

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİNE AYKIRILIK

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Erdal KARAER (187229009)

Enstitü Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK
Enstitü Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Recep MAKAS

NİSAN 2021

BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT İŞLEM İLKESİNE AYKIRILIK

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 87 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 12/04/2021 tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen TURNİTİN intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı % 24'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı Soyadı : Erdal KARAER

Öğrenci Numarası : 187229009

Ana Bilim Dalı : Özel Hukuk Programı : Özel Hukuk

Türü : () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora

Danışman

Doç. Dr. Recep MAKAS

ÖNSÖZ

İş hukukunda ise işverenin eşit işlem yapma borcu yükümlüğü bulunmaktadır. Bu borcun nasıl ortaya çıktığı konusunda da birçok farklı görüş öne sürülmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde, başlığın eşit davranma ilkesi adını taşımasına rağmen kapsamı çerçevesinde yalnızca ayrımcılık yasaklarını düzenlemiştir. Fakat Anayasanın

10. maddesinde eşitlik ilkesi bir hükme bağlandığı için, 11. madde uyarınca bütün özel hukuk ilişkilerinde de bu madde bağlayıcıdır. Bu sebeple, yürürlükteki iş mevzuatında işverenin eşit işlem yapma borcu özel bir madde kapsamında düzenlenmemiş olsa da Anayasanın 10. maddesi uyarınca işveren bu borca yükümlü kılınmıştır.

Erdal KARAER

12/04/2021

İÇİNDEKİLER

BEYAN BELGESİ	i
ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vi
ÖZET	vii
SUMMARY	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK KAVRAMI ve AYRIMCILIK YASAĞI

1.1. EŞİTLİK KAVRAMI	2
1.1.1. Genel Olarak	3
1.1.2. Anayasa’da Eşitlik İlkesi	5
1.1.3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi	6
1.1.3.1. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Niteliği ve Temeli	6
1.1.3.1.1. Hukuki Temeli.....	7
1.1.3.1.2. Eşit Davranma Borcunun İşlevleri	7
1.1.3.1.3. Eşitlik İlkesinin Yasal Dayanağı	8
1.1.3.1.4. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı ve Sınırları	8
1.1.3.2. Eşit Davranma Borcunun Doğumu.....	9
1.2. AYRIMCILIK YASAĞI.....	10
1.2.1. Ayrımcılık Kavramı.....	10
1.2.1.1. Genel Olarak Ayrımcılık.....	13
1.2.1.2. Amerikan Hukuk Sisteminde Ayrımcılık Yasakları	13
1.2.1.3. Türk Hukuku	15
1.2.2. Ayrımcılık Çeşitleri	16
1.2.2.1. Doğrudan Ayrımcılık	16
1.2.2.1.1. Amerikan Hukukunda Doğrudan Ayrımcılık.....	16
1.2.2.1.2. Avrupa Birliği Hukukunda Doğrudan Ayrımcılık	16
1.2.2.2. Dolaylı Ayrımcılık	17
1.2.2.2.1. Amerikan Hukukunda Dolaylı Ayrımcılık	17
1.2.2.2.2. Avrupa Birliği Hukukunda Dolaylı Ayrımcılık.....	18
1.2.2.2.3. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı.....	19
1.2.2.3. Olumlu (Pozitif) Ayrımcılık	22
1.2.2.3.1. Olumlu Ayrımcılık ve Eşitlik İlkesi	22
1.2.2.3.2. Amerikan Hukukunda Olumlu Ayrımcılık	23
1.2.2.3.3. Olumlu Ayrımcılık ve Kota Sistemi.....	24
1.2.2.3.4. Avrupa Birliği Hukukunda Olumlu Ayrımcılık.....	24
1.2.3. Ayrımcılık Nedenleri	25
1.2.3.1. Cinsiyet	26
1.2.3.2. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasi Düşünce.....	26
1.2.3.3. Engellilik.....	27

1.2.3.4. Sendikal Nedenler	28
1.2.3.5. Yaş	29
1.2.3.6. Kıdem.....	33
1.2.3.7. Yabancılık.....	34

İKİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNUN KOŞULLARI, SINIRLARI VE UYGULANDIĞI HALLER

2.1. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI	35
2.1.1. İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik).....	35
2.1.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı.....	36
2.1.3. Kolektif Bir Uygulama Olması	36
2.1.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma.....	37
2.1.5. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması	37
2.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN SINIRLARI	38
2.2.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	38
2.2.2. Orantılılık İlkesi ve Eşit Davranma Borcu.....	38
2.3. EŞİT DAVRANMA BORCU ÇERÇEVESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI	39
2.3.1. İş İlişkisinin Kurulmasında Ayrımcılık Yasağı.....	39
2.3.1.1. Cinsiyet ve Gebelik Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı	40
2.3.1.2. Belli Bir Yaş Koşulunun Öngörülmesi ile Ayrımcılık Yasağı	40
2.3.2. İş İlişkisinin Devamı Süresince Ayrımcılık Yasağı	41
2.3.2.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Eşitlik İlkesi	41
2.3.2.1.1. İşverence Verilen Emir ve Talimatlar.....	41
2.3.2.1.2. İşçiler Arasında Çeşitli Grupların Oluşturulması.....	42
2.3.2.2. Ücretlerin Belirlenmesinde Ayrımcılık Durumu.....	42
2.3.2.3. İş Sözleşmesinin Türü ve Ayrımcılık Yasağı	43
2.3.2.3.1. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri ile Çalışan İşçiler Arasında Ayrımcılık Yasağı	43
2.3.2.3.2. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Arasında Ayrımcılık Yasağı	45
2.3.2.4. Sosyal Yardımlar ve İkramiyelerde Ayrımcılık Yasağı	47
2.3.2.5. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesinde Eşit Davranma Borcu	50
2.3.3. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde Ayrımcılık Yasağı.....	51
2.3.3.1. Genel Olarak.....	51
2.3.3.2. Fesih Türlerine Göre.....	52
2.3.3.2.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu	53
2.3.3.2.2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu.....	54
2.3.3.2.3. İş Güvencesi Sisteminde Sosyal Seçim Uygulaması	55
2.3.3.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılık	56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK, İSPATI VE HUKUKİ
SONUÇLARI

3.1. İSPAT YÜKÜ.....	58
3.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI	59
3.2.1. Genel Olarak	59
3.2.2. Eda Davası	59
3.2.3. İş Görmekten Kaçınma	59
3.2.4. Maddi ve Manevi Tazminat	60
3.2.5. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı.....	61
3.2.6. Ayrımcılık Tazminatı	62
3.2.6.1. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötü Niyet Tazminatı İlişkisi.....	62
3.2.6.2. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı İlişkisi.....	63
3.3. İDARİ SONUÇLARI.....	64
3.4. CEZAI SONUÇLARI	66
3.5. ZAMANAŞIMI	68
SONUÇ	69
KAYNAKÇA.....	71

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ADEA	: Yaşı Dair Ayrımcılığın Yasaklanmasına Dair Yasa
AİHM	: Anayasa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Teşkilatı
MK	: Medeni Kanun
s.	: Sayılı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
Yy	: Yüzyıl

ÖZET

Tezin Başlığı: Türk İş Hukukunda Eşit İşlem İlkesine Aykırılık	
Tezin Yazarı: Erdal KARAER	Danışman: Doç.Dr.Recep MAKAS
Kabul Tarihi: 15.04.2021	Sayfa Sayısı: vii(ön kısım)+87(tez)+(ekler)
Anabilim Dalı: Özel Hukuk	Bilim Dalı: Özel Hukuk
Anayasanın 10. maddesinde eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Düzenlenen eşitlik ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Bu yönlerden ilkinin ayrımcılık yasağı oluşturmaktadır. Bu yasak doğrultusunda kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş gibi nedenlere dayanarak farklı işlem yapılamamaktadır. İlkenin ikinci boyutu ise, aynı ya da benzer durumdaki kişilere, haklı bir gerekçe sunulmadığı takdirde farklı işlem yapılmaması gerektiğidir. Dolayısıyla tüm bireylere eşit davranılması öngörülmektedir. Bireylere eşit davranılması ise eşit işlem yapma borcu olarak adlandırılmaktadır. Benzer durumda olanlara aynı davranılması gerektiğini ileri süren bu anlayış farklı durumdaki kişilere de farklı davranılması gerektiği anlamını taşımaktadır. İş Hukukuna göre işveren, işçilerine karşı ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcuna uygun davranışlarda bulunmalıdır. Eşit işlem yapma borcu işveren ile işçi arasında iş ilişkisinin kurulması ile ortaya çıkmaktadır. Tüm bunların yanında işveren çalışma şartlarını oluştururken ya da yönetim hakkını kullanırken ve iş sözleşmelerinin feshi durumunda eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadır.	
Anahtar Kelimeler: Eşit İşlem, Eşitlik İlkesi, Türk İş Hukuku, İşveren-İşçi.	

SUMMARY

Thesis Title: Discrimination To Equal Processing Principles In Turkish Labor Law	
Thesis Author: Erdal KARAER	Advisor: Doç.Dr.Recep MAKAS
Date of Acceptance: 15.04.2021 Total Number of Pages: vii(pre text)+87(main body)+(appendices)	
Department: Private Law	Field of Study: Private Law
The 10th article of the Constitution includes regulations on the principle of equality. The regulated equality principle has two aspects. The first of these aspects is the prohibition of discrimination. In line with this prohibition, different transactions cannot be made among people based on reasons such as language, race, color, gender, religion, political opinion. It is argued that the second dimension of the principle is that people who are in the same or similar situation should not be treated differently unless a justified justification is provided. Therefore, all individuals are expected to be treated equally. This understanding is called equal transaction debt. This understanding, which suggests that those who are in a similar situation should be treated the same, states that people in different situations should be treated differently. In the Labor Law, the employer should behave in accordance with the prohibition of discrimination against employees and equal debt. The equal transaction debt arises with the establishment of a business relationship between the employer and the worker. In addition to all these, the employer has to act in accordance with the principle of equality when creating working conditions or exercising his right to management and in case of termination of employment contracts.	
Keywords: Equal Treatment, Equality Principle, Turkish Labor Law, Employer-Worker.	

GİRİŞ

Tarih boyunca eşitlik ilkesi farklı açılardan incelenmiştir. Hukukun genel geçer bir kavramı olan eşitlik, bütün insanların eşit yaratılışı, birbirine benzeyen ve birbirini andıran aralarında eşit haklar olan özdeşliğe dayanan hukukun evrensel ilkelerinden biridir. İnsanlar arasında meydana gelen problemlerin, hayatta var olan adaletsizliklerin temelini eşitsizliklerin oluşturduğu ve bu eşitsizliğin ortadan kaldırılması için insanlar arasında eşitlik sağlanmasının gerekli olduğu söylenebilir.

Hemen her alanda hüküm süren eşitsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla çok sayıda devlet eşitlik ilkesine anayasalarında yer vermiş ve kanun yoluyla bu ilkeyi düzenlemiştir. Ulusal düzeyde yapılan düzenlemelerle birlikte uluslararası belgelerde de insanlar arasındaki eşitliği sağlamak için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan tüm düzenlemelere rağmen kişiler arası hukuki ilişkilerde farklılık sebebi ile tam olarak eşitlik ilkesi uygulanamamıştır. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi ile ayrımcılıkla karşı karşıya kalan kişilerin haklarının korunması gerekmektedir.

İş hukukunda da eşitlik ilkesi geçerlidir. Ancak iş hukukunda eşitliğin ne derece ve şekilde uygulama bulacağı hususu güncelliğini korumaktadır. İş hukukunda eşitlik ilkesinin yansımaları, işverenin eşit davranma borcu biçiminde olmuştur.

Ayrımcılık yasağı kavramı eşitlik ilkesinin içini doldurmakta ve bu ilkeyi somutlaştırmaktadır. Özellikle AB Hukukundaki ayrımcılık yasağının gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca cinsiyet ayrımının yasaklanmasıyla başlayan süreç diğer ayrımcılık yasaklarını da kapsayarak genişlemiştir.

Ayrımcılık yasakları ile birlikte, işverenin keyfiyete dayalı ayırım yapması yasaklanır ve bu durumun doğal sonucu olarak benzer ya da aynı durumdaki işçilere eşit davranılması gerektir. Eşit davranma borcu bu noktada iş ilişkisinin tüm alanlarında önem taşıyan bir borçtur.

Türk İş Hukukunda Eşit İşlem İlkesine Aykırılık adlı çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Bu çalışmanın birinci bölümünde eşitlik kavramı ve ayrımcılık yasağı ele alınmış, bu kavramların tanımları, yasal dayanakları ve çeşitleri açıklanmıştır.

İkinci bölümde eşit davranma borcunun koşulları, sınırları ve uygulandığı haller ele alınmış, eşit davranma borcunun sözleşme özgürlüğü ilkesi, sınırlar ve uygulama koşullarına sırasıyla değinilerek, eşitlik ilkesinin iş ilişkisinin kurulması, işin yürütümünde ve sözleşmenin feshedilmesinde işverenin eşit davranma borcu açıklanmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise eşit davranma borcuna aykırılığın ispatı ve hukuki sonuçları ele alınarak, ayrımcılık yasağı ile eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda açılacak davalara, ispat yüküne ve uygulanacak olan yaptırımlara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİTLİK KAVRAMI ve AYRIMCILIK YASAĞI

1.1. EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik, çeşitli disiplinlerde farklı anlamları olan, özellikle sosyal bilimlerde sıkça kullanılan ve genel olarak kabul edilen bir kavramdır. Ancak bu kavramın tanımında mutabakat yoktur¹. Doğada hiçbir şeyin mutlak eşit olmayacağı düşünüldüğü için verilen duruma göre eşitlikten söz edilmektedir. Buna göre bir aynılık durumundan değil benzer ya da ortak özelliklere göre eşitlikten bahsedilmiştir. Eşitlik ile iki birey arasında uygulanan işlem ve davranışlarda adaleti sağlamak amaçlanmaktadır.

Farklı gruplardaki insanların benzer konumlara sahip olması, aynı muameleyi görmesi hakkı ve kadın-erkek her bireyin farklı ırk, din, renk gibi ayrıma sebep olan kavramlar gözetilmeksizin aynı fırsatlara sahip olması ile birlikte adil davranılması durumu olarak tanımlanmaktadır². Türkçe sözlükte ise bu kavram, iki veya daha fazla şeyin birbirine denk olması ya da eşit sayılması olarak geçmektedir. İnsanlar arasında toplumsal ve siyasal alanlarda farklar bulunmaması, kanun önünde hepsinin eşit haklara sahip olması, aralarında bir ayrım gözetilmemesi olarak da tanımlanmaktadır³.

Eşitlik kavramı en basit ifadeyle, aynı koşulda ve durumda bulunan bireylerin aynı muameleyi görmesi şeklinde tanımlanabilmektedir. Bu doğrultuda eşitlik, aynı durumda bulunan bireylerin haklı nedenler olmadığı takdirde birbirlerinden farklı işlemlere ya da durumlara maruz kalmaması şeklinde ifade edilebilir.

Eşitlik ilkesi insan hakları kavramıyla ilişkilendirilerek incelenirse, insan haklarının özellikle kişiyi esas aldığı, eşitlik ilkesinin ise kişinin başka kişiler ile olan ilişkilerinde kendini gösterdiği görülmektedir. İnsan haklarının mutlak bir standardı vardır. Kişi doğumu ile beraber vazgeçilmez bazı haklara sahiptir ve her insan için bu haklar geçerlidir. Fakat eşitlik ilkesi ortaya mutlak standartlar koymamakta ve ihlali ise bireyin konumunun başka bireylerle kıyaslanması ile belirlenmektedir⁴.

Eşitlik ilkesi, şekli olarak ele alındığında; aynı durumdaki bireylere aynı, farklı durumdaki bireylere ise farklı muamele edilmesini ifade eder. Buna karşılık maddi eşitlik kavramı ortaya çıkmaktadır. Maddi eşitlik, eşitliğin sağlanabilmesi için şekli eşitliğin yetersiz kaldığı yönündeki hareketle oluşturulmuştur. Aynı durumdaki bireylere aynı

muamele gösterilirken, dezavantajlı bireylere olumlu ve çeşitli muamele gösterip eşitlik sağlanmaya çalışılması durumuna maddi eşitlik adı verilmektedir. Bir olayda eşit durumda olmayan bireylere eşit muamele edilmesi ya da aynı durumda olmalarına rağmen

¹ **Kaya, G.** (2010). Avrupa Birliği İş Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı (Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimleri Enstitüsü), s.4; **Karan, U.** (2017). *Uluslararası insan hakları hukuku ve Anayasa hukuku ışığında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı*. On İki Levha, s.36.

² **Öden, M.** (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik, Ankara, s. 62.

³ **Öden, a.g.e.**, 2003, s. 63.

⁴ **Ünal, C.** (2018). İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. (Birinci Baskı). İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, s. 36.

diğer dezavantajlı bireylerle aynı muameleyi görmeleri eşitsizlik kavramını ortaya çıkarmaktadır⁵.

Buna göre, eşitlik ve ayrımcılığın bir arada olması mantıklı bir durum değildir.

Ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda eşitlikten söz edilememektedir.

Çünkü ayrımcılık, başlı başına özel bir eşitsizlik durumudur. Özetle eşitlik; ayrım yapmamayı savunan, ayrımcılık ise eşitliğin ortadan kaldırıldığı özel bir durumdur.

1.1.1. Genel Olarak

İnsanların tarih boyunca en çok tartıştıkları kavramlardan biri eşitliktir. Eşitlik kavramının tanımlanması sorununun kökleri Eski Yunan Uygarlığına kadar dayanmaktadır. Aristo ve Platon'un fikirleri, eşitlik konusunda oldukça önemli konumdadır⁶.

Eşitlik terimi iki veya daha fazla şeyin eşit olması durumunun yanında, kanunlar yönünden de bireyler arasında ayrımcılık yapılmaması durumudur. Eşitlik kavramından bahsedebilmek için birden fazla kişi ya da durumun olması ve bunların birbiriyle karşılaştırılması gerekmektedir. Yani bir durumda eşitlikten bahsedebilmek için en az iki durumun meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bu doğrultuda bir değerlendirme yapılarak eşitliğin olup olmadığı kanısına varılmaktadır. İki insana eşit davranılıp davranılmadığını anlayabilmek adına öncelikle bu kişilerin yaşadıkları olayların aynı olduğu tespit edilmeli sonrasında ise bu kişilere aynı şekilde davranılıp davranılmadığı belirlenmelidir⁷.

Hak ile yükümlülüklerde eşitlik olması; aynı durumdaki bireylerin aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması ve bu bireylerin birbirinden farksız tutumlarla karşı karşıya kalması demektir. Kişilere eşit davranılıp davranılmadığının anlaşılabilmesi için bunu ölçmeye yarayacak kuralların olması gerekliliği kaçınılmazdır. Bir hukuk veya ahlak kuralı ile bu ölçüm yapılmakta ve bu ölçümler sonucu insanlara nasıl davranıldığı tespit edilmektedir⁸.

Bir uygulama ya da kuralın eşitlik ilkesine uygunluğuna karar verilirken, bunların temelinde bulunan sınıflandırmayı ele almak gerekmektedir. Bir durum karşısında değerlendirme yapmak için bir kriter konulmuşsa, örneğin eğitim seviyesi gibi, buradaki kişiler eğitim seviyelerine göre sınıflandırılmaktadır. Belirlenen bu kriteri taşıyanlar ve taşımayanlar olarak bir ayrıma gidilmektedir. Sınıflandırmalardaki ölçütler, eşitlik ilkesinin değerlendirilmesinde incelenmektedir. Bunun nedeni olarak doğada eşit kişi gibi bir kategorinin olmaması gösterilmektedir. Ahlaki ve hukuki anlamdaki eşit kişi kavramı kişiler tarafından yaratılmaktadır⁹.

Kısaca özetlemek gerekirse; eşit olanlara eşit, olmayanlara eşit olmayan haklar ya da işlemleri öne süren eşitlik kavramı yüzyıllardır tartışılan bir konudur. Bu kavram,

⁵ Karan, a.g.e., 2017, s. 38-43.

⁶ Şenel, A. (1970). *Eski Yunanda eşitlik ve eşitsizlik üstüne*. Sevinç Matbaası, s. 377-469.

⁷ Yıldız, G. B. (2008). *İşverenin eşit işlem yapma borcu*. Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, s. 30.

⁸ Öden, a.g.e., 2003, s. 24-25.

⁹ Öden, a.g.e., 2003, s. 39-41.

modern toplumlarda ilerlemeci bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern toplumda ahlaki temellendirme eşitlik değil, eşitsizliğe göre oluşmaktadır. Bu sebeple Fransız Devrimi'nden sonra eşitlik, modern toplumsal değişme biçimlerinin ve toplumun yeniden inşasının temel unsurlarındandır. Eşitlik kavramı günümüzde modern zamanların değer yargısı olarak kullanılmıştır. Modern toplumdan önceki geleneksel toplumlarda; toplumsal konum sistemi ve hiyerarşi, bireyin toplumdaki yerinin değişmesinin imkânsız olduğu, sayı ve gücün birleştirildiği özel konumlara göre dağıtılırken, bu durum modern toplumlarda; cinsiyet, din, yaş veya kan bağı gibi özelliklerden ziyade beceriler ve başarıya göre belirlenmektedir¹⁰.

Bu yaklaşım, ulus-devletin şekillenmesine katkıda bulunan siyasi eşitliğin gelişmesine yol açmaktadır. Modern toplumların eşitlik kavramını dönüştürücü bir kavram olarak kullanması ile kendi keyfine göre hareket eden yöneticilerin denetimi, keyfi konulan yasaların yerine ulusal ve adil yasaların konulması, toplumun kuralların belirlenmesinde söz sahibi olmasını sağlamaktadır. 1789 Fransız Haklar Bildirgesi'nin 6. maddesine göre toplumdaki tüm bireyler eşit kabul edilmektedir. Buna göre her vatandaş rütbe, görev ve işine; yeteneklerinden başka bir fark gözetilmeden kabul edilmektedir.

1793 Fransız Anayasası'nda 3. maddede yer alan; "Eşitlik kişileri cezalandırma da korusa da herkese karşı eşitlik sağlanmakta ve doğum sebebi ile ayrımcılık yapılmasını ya da iktidarın kalıtımsal yoldan geçmesini kabul etmemektedir.", ifadeleri ile modern toplum hukukuna göre temel atıldığını ve kanun önünde eşitlik ilkesinin 17. yy sonuna doğru ortaya çıktığı görülmektedir. Tüm hukuk sistemlerinde karşılaşılan eşitlik kavramı bugünkü konumunu, modern toplumun eşitlik kavramına yüklediği anlamlar ile sağlamaktadır. Bu durum bireyleri yöneten-yönetilen ilişkisinden çıkarıp, bütün insanlara eşit davranılması yaklaşımına götürmektedir. Yöneten-yönetilen ilişkiye doktor ve hasta, çoban ve koyun ilişkisi gözüyle bakılmamaktadır. Bunun yerine, siyasetin herkese verdiği temel haklar ile eşitlikçi ilkeye göre değerlendirilmektedir¹¹.

Eşitliğin hüküm sürdüğü toplumlarda ayrımcılıktan söz edilmez. Çünkü ayrımcılık, meşru bir sebep olmamasına rağmen bir bireye diğerinden farklı muamele gösterilmesidir.

Ayrımcılık, bazı bireylerin olumsuz ve farklı muamele görmesi durumu olduğu için eşitliği bozan bir kavramdır. Böylece ayrımcılık, eşitliğe aykırılık olarak ifade edilebilir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, ayrımcılıkta durum ya da sürecin hiçbir önemi yoktur. Bireyin mensup olduğu gruptan dolayı kişi için farklı bir kategori oluşturulup farklı bir uygulama gerçekleştirilmektedir. Eşitlik ilkesine ayrılıkta ise durum ya da sürecin önemi vardır fakat kategorinin hiçbir önemi yoktur.

Eşit davranma borcunun başka bir ifadeyle eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatar. Hukukumuzda eşitlik ilkesinin ve işverenin eşit davranma

¹⁰ Öden, a.g.e., 2003. s. 43.

¹¹ Kaya, P. A. (2009). *Avrupa Birliği ve Türk iş hukuku bağlamında eşitlik ilkesi*. Dora Basım Yayın Dağıtım, s. 8.

borcunun pozitif dayanakları Anayasanın 10., İş kanununun 5., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 6., Türk Ceza Kanununun 122. Maddelerinde düzenlenmiştir¹².

1.1.2. Anayasa’da Eşitlik İlkesi

1982 Anayasası’na 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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*” (madde 10).

2010 yılındaki anayasa değişikliği ile maddeye eklenen hüküm (Ek Fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) ise şöyledir: “*Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*”¹³.

Bu maddelerde ifade edilen eşitlik ilkesi, bireylere karşı tarafsız olunması ve bu çerçevede kamu kurumlarının işlevlerini icra ederken bireylere eşit davranmak zorunda olduğudur. Dil, din, ırk, cinsiyet, renk, mezhep, siyasi düşünceler ve buna benzer nedenlerden bağımsız olarak yasama, yürütme ve yargı önünde herkese eşit davranılmasıyla bu doğrultuda hareket edilmesi sağlanmaktadır. Eşitlik kavramı keyfiliği önleyen kapsamlı bir ilkedir. Bahsedilen maddenin gerekçesi olarak ise demokrasinin vazgeçilmez üç ilkesinden birinin eşitlik olduğu, insanların insan olmaları sebebiyle doğuştan gelen bir değere sahip olduğu, bu nedenle insanlar arasında bir nitelik ya da ölçüte bağlı ayırım yapılamayacağı belirtilmektedir.

Anayasanın 10.maddesinin 1.fikrasında geçmekte olan “benzeri sebepler” ifadesi ayırım yasaklarının sadece bu kriterlerle sınırlı olmayacağını bunların yalnızca örnek olarak yer aldığını belirtmektedir. 2004 yılında maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. “(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) *Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*” Bu fıkra, kadınlar adına yapılacak olan olumlu ayrımcılık uygulamalarının dayanağını oluşturmaktadır¹⁴.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunundan önce de Anayasa’nın bu hükmünden mülhem işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmekteydi.¹⁵

Anayasamız, eşitlik ilkesini, bütün vatandaşların aynı hakka sahip olduğu şeklinde bir eşitlik olarak benimsememektedir. Anayasada bahsi geçen eşitlik, yasa önünde herkesin

¹² **Süzek, S.** (2020). İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 20.Bası, s.452.

¹³ **29 Mart 2011, R.G Sayı : 27889.**

¹⁴ **İnceoğlu, S.** (2006). Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, S. 11. ; Tuncay, A. (2007). Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu; s., 26. Tuncay, A. C. (2007). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, s. 21-53.

¹⁵ **Ekmekçi Ö., Yiğit E.,** (2020). Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2.Bası, s.333.

eşit olması şeklinde ortaya konmaktadır. 10.maddede geçen birinci fıkranın önemli bir özelliği daha vardır. Bu özellik yasa önündeki eşitliğin sadece yurttaşlar için değil, herkes için geçerli olmasıdır¹⁶.

Durumu biraz da özel hukuk açısından ele almak gerekirse eşitlik ilkesi 4857 Sayılı İş Kanunundan önceki süreçte iş mevzuatında ayrı, açık bir şekilde düzenlenmediği için eşitlik ilkesinin özel hukuk ve iş hukuku alanındaki çerçevesi tam anlamıyla çizilememiştir. Kamu hukukunda eşitlik ilkesinin mutlak bir anlamı olsa da sözleşme özgürlüğünün baskın olduğu özel hukuk ilişkilerinde daha esnek bir uygulaması vardır.

Ayrıca, özel hukuk alanında eşitlik ilkesinin kamu hukukunda olduğu kadar yaygın bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Bu bağlamda uygulandığında, özel hukukta geçerli ve Anayasa’da güvence altına alınan çalışma ile sözleşme özgürlüğü ve kişilerin maddi- manevi bütün varlıklarını koruma hakkı; mülkiyet hakkı ilkeleri ile çelişki yaşanma ihtimalinin artması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, özel hukuk alanında eşit işlem yapma ve eşit hareket etme ilkelerine dönüşmektedir. O nedenle kamu hukukunda olduğu kadar kapsamlı ve geniş değildir¹⁷.

1.1.3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte işverenin borçlarından sayılan ‘Eşit Davranma İlkesi’nin, iş hukukunun en önemli ilkelerinden biri kabul edildiği söylenilebilmektedir¹⁸. İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin işçiler arasında ayırım gözetmemesi yerine, “eşit davranma borcu” adı altında bir borç olarak somutlaştırılmaktadır. 4857 sayılı kanunun “eşit davranma ilkesi” başlıklı 5.maddesinde ayrımcılık yasağı kapsamında konuya ilişkin hükümlere yer verilmiş, ayrıca 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununda da ayrıntılı hükümler yer almıştır¹⁹. İş Kanununun 5.maddesinin 1.fıkrasında “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” ifadelerine yer verilmiştir.

1.1.3.1. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Niteliği ve Temeli

İşverenin eşit davranma borcu, nispi nitelikte bir borç olarak kabul edilmektedir. Esasen eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağının mutlak olmasının sınırlı nedenleri dışında, nispi bir niteliğe sahiptir. Eşit davranma borcu, işveren için bütün işçilerine kesinlikle eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Bu borç aynı durumda olan işçiler için geçerli olmaktadır²⁰. Eşit işlem yapma borcunda gerekli koşullar gerçekleşmiş olsa bile, bu borç işverenin işyerindeki tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına

¹⁶ Serim, B. (1994). Yasa önünde eşitlik ilkesi. *Amme İdaresi Dergisi*, 27(3), s. 14.

¹⁷ Ulucan, D. (2000). Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması. *Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 5(3), s. 192.

¹⁸ Mollamahmutoğlu, H. (2008). İş Hukuku (3. Bası). Ankara: Turhan, s. 535- 536.; Yenisey, K. D. (2006). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. *Çalışma ve Toplum*, 4(11), s. 63-81.

¹⁹ Ekmekçi Ö., Yiğit E., (2020). Bireysel İş Hukuku Dersleri, s.333.

²⁰ Öden, a.g.e., 2003 s.25-26, Tuncay, a.g.e., 2007; Mollamahmutoğlu, H. (2008). İş Hukuku (3. Bası). Ankara: Turhan, s. 430.

gelmemektedir. Söz konusu yükümlülük aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur²¹.

Zira bilindiği üzere işbu eşitlik ilkesi, iş sözleşmesinin kişisellik özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu çerçevede; iş sözleşmesi koşulları, işe alım, ücret ve iş ilişkisinin sona ermesi temelinde farklı çalışanlar arasında nispeten eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Yani; işverenin haklı sebeplerle ayırım yapma niyeti olmadan, işçilere farklı davranması söz konusu olabilmektedir. Zira sayılan kıstaslar belli ölçülerde eşit davranmayı imkânsız kılabilir ancak burada hususiyetle altı çizilmesi gereken nokta işaret edilen haklı sebeplerle eşit davranmama durumunun yine her hâlükârda gerçek bir eşitliğin sağlanmasına hizmet etme düşüncesinden besleniyor oluşudur.

1.1.3.1.1. Hukuki Temeli

Eşit davranma borcu; adalet düşüncesi ve ahlak kuralı gibi çeşitli kavram ya da kurallara dayandırılarak açıklanmaktadır. Bunun yanında hakkaniyet kuralı, anayasal eşitlik ilkesi, dürüstlük kuralı gibi kavramlar da örnek olarak verilebilmektedir²².

Anayasanın 10. maddesi ve İş Kanununun 5. maddesi, hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanaklarını oluşturmaktadır. Anayasanın 10. maddesi uyarınca, anayasal eşitlik ilkesinin kişiler arasındaki ilişkide de etkili olacağı düşünülmektedir. Bu ilkeye göre; hâkimin işverene karşı, maddi durumu düşük işçileri koruması gerektiği kabul edilmektedir.

Doktrindeki görüşlerden biri, anayasal eşitlik ilkesinin, devlet ilişkilerindeki bağlayıcılığı kabul ettiğini ancak iş hukukunda eşit davranma yükümlülüğünün yasal dayanağını oluşturmayaacağını kabul etmektedir²³. Ancak baskın görüş; genel eşitlik ilkesinin, Anayasanın 11 ve 132. maddelerinin gerektirdiği şekilde, bireyler arasındaki iş hukukunun doğrudan uygulanabileceği yönündedir²⁴.

Eşit davranma borcunun yasal metinlerin konusu olmasının sebebi olarak; ırk, etnik köken, cinsiyet gibi sebeplerden dolayı ayrımcılığa gidilmesi ve bunun yanında insan hak ve özgürlükleri açısından bu durumun kabul edilemezliğiyle birlikte uluslararası barış ve dayanışmayı tehlike altına sokması gösterilmektedir.

1.1.3.1.2. Eşit Davranma Borcunun İşlevleri

Eşit davranma borcunun en önemli işlevi işçiyi korumaktır. Bu işlev eşit davranma ilkesinin koruyucu işlevi olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca, işçiler arasında eşitliği sağlamanın bir sonucu olarak, çalışma barışının kurulmasını da olumlu yönde etkilemektedir. Öğretide bu işleve eşit davranma ilkesinin düzen sağlama işlevi denilmektedir. Bunun yanında eşit davranma ilkesinin yorumlayıcı ve boşluk doldurucu işlevi de bulunmaktadır. Buna bağlı olarak herhangi bir uygulamada iş hukuku

²¹ Sözek, 2020, s.457.

²² Tuncay, A. C. (1982). *İş hukukunda eşit davranma ilkesi*. İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, s. 32; Ertürk, a.g.e., 2002, s. 97.

²³ Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 321-323.

²⁴ Sözek, 2020, s.457.; Tuncay, a.g.e., 1982, s. 108; Ulucan, D. (2003). 4857 Sayılı Kanun'a Göre İş Sözleşmesi Türleri. *Yeni İş Yasası, İstanbul, s. 191*; Çelik, a.g.e., 2007, s. 104; Ertürk, a.g.e., 2002, s. 99.

kaynaklarında yer alan kuralların yorumlanması gerektiğinde yorumun, eşitlik ilkesi doğrultusunda yapılmasına dikkat edilmelidir²⁵.

1.1.3.1.3. Eşitlik İlkesinin Yasal Dayanağı

İşverenin eşit davranma borcunun yasal dayanağı 4857 sayılı İş Kanunundan önce yalnızca Anayasa'nın 10. maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple iş sözleşmeleri, işyeri uygulamaları ve toplu iş sözleşmelerinin de eşitlik ilkesine bağlı olması gerekmektedir.

Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi İş Kanunu'nun 5. Maddesinde yer almaktadır. İş Kanunu'nun bu maddesinde "Eşit Davranma İlkesi" başlığı altında iş ilişkileri bağlamında ayırım yasağı bir hükme bağlanmış olmaktadır. Bu maddede "İş ilişkilerinde dil, din, ırk, siyasi düşünce, cinsiyet ve buna benzer sebeplerle ayırım yapılamaz." şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümde geçen buna benzer sebepler ifadesiyle anlatılmak istenen ise; sadece bahsedilen durumlarda (dil, ırk, cinsiyet vb.) değil de her türlü durum ve koşulda ayırımın önüne geçilebileceğinin belirtilmek istenmesidir. Bu doğrultuda; işveren, bu ve buna benzer sebeplerle ayırım yasağını ihmal edemez konuma gelmektedir.

Benzer şekilde, İş Kanunun 5. Maddesinin 3. ve 5. fıkralarında da işverenin iş sözleşmesinde, ücretler ve çalışma şartlarında, sözleşmenin feshi durumunda cinsiyete göre farklı işlem uygulayamayacağı ileri sürülmektedir. Öte yandan, işverenin eşit davranma borcu bazı iş sözleşmelerine özgü olarak iş mevzuatımızda ayrı ayrı düzenlenmektedir. Gerçekten de İş Kanununda ayırmacılığı haklı kılan bir sebep olmadığı sürece, işçiye belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli iş sözleşmeleri nedeniyle farklı muamele edilemeyeceği öngörülmüştür.

1.1.3.1.4. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı ve Sınırları

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin işçiler arasında keyfi ve belli sebeplere dayalı ayırmacılık yapmasını engellemektedir. Bu ilke ile birlikte işveren sınırlandırılmaktadır²⁶. İş hukukunun esasını, işçiler arasında ayırım yapma yasağı sonucu ortaya çıkan eşit davranma durumu teşkil etmektedir. Ancak eşit davranma borcunu, yalnızca işverenin işçiler arasında bir ayırım yapmaması olarak dar kalıba sokmamak gerekir. Şekli eşitlik anlayışının, eşit davranma borcundaki tezahürü ayırım yapmama yükümlülüğüdür²⁷.

Başka bir ifadeyle, eşit davranma borcu; haklı sebepler olduğu takdirde işçilere farklı muamele edilmesine izin vermektedir. Eşitlik ilkesi, iş hukukunda da aynı ya da benzer durumlar söz konusu olduğunda işçiler arasında farklı işlemler uygulanmasını engellemektedir. Haklı sebepler söz konusu olduğunda işçiler arasında farklı işlemler uygulanması, işverenin eşit davranması borcunun, iş ilişkisinde işçinin taşıdığı kişiliğin de görmezden gelinmediğini göstermektedir²⁸.

²⁵ Mollamahmutoğlu, H. (2008). İş Hukuku (3. Bası). Ankara: Turhan, s. 542.

²⁶ Yıldız, a.g.e., 2008, 65.

²⁷ Mahmutoglu, a.g.e., 2008, s. 536.

²⁸ Süzek, a.g.e., 2005, s. 362; Tuncay, a.g.e., 1982, s. 121; Ekonomi, M. (1984). İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, s. 156- 157.

Bu borç, işçilere işveren tarafından mutlak bir eşitlik sağlayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü bu borç, aynı nitelikte ya da aynı veya benzer durumlardaki işçiler için geçerli olmaktadır. İşveren, iş, uzmanlık, eğitim ve çalışanın kıdemi gibi nesnel nedenlere veya çalışkanlık, beceri ve liyakat gibi öznel (haklı) nedenlere dayanarak farklı eylemlerde bulunabilmektedir. Aksi gerçekleştiği takdirde işverenin, sözleşme serbestine aykırı bir tutum ortaya çıkmaktadır²⁹.

İşveren bu borca doğrudan ya da dolaylı olarak aykırı davranışlarda bulunabilmektedir. İşveren herhangi bir zam uygulaması yapıyor ve haklı bir sebep olmadığı halde bir işçisini bu durumdan mahrum ediyorsa bu durum ‘doğrudan ayrımcılık’ örneğidir. Bunun aksine, tarafsız olan bir uygulama herhangi bir işçi grubu üzerinde eşit olmayacak şekilde tezahür edebilmektedir. Bu durum da ‘dolaylı ayrımcılık’ olarak adlandırılmaktadır. Kadın-erkek işçiler arasında çalışma şartları ya da ücret gibi konulardaki ayrımcı tutumlar da yine dolaylı ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir.

Dolaylı ayrımcılığı doğrudan ayrımcılıktan ayıran kıstas, tarafsız olan ölçütün cinslerden birinin aleyhine sonuç doğurmasıdır. Buna göre; ayrımcılığın sebebi ölçüt değil, bu ölçütün meydana getirdiği neticelerdir.

Eşit davranma borcu, olumlu ve olumsuz nitelikteki yükümlülüklerden oluşmaktadır. Olumsuz nitelik olarak nitelendirilen husus bir şeyi yapmama, kaçınma durumu iken; olumlu nitelik ise bir şeyi yapma durumu olarak ifade edilmektedir. Haklı nedenler olmadığı takdirde işçiler arasında ayırım yapılmaması eşit davranma borcunun olumsuz yanını (ayırım yapmama ilkesi), haklı nedenler varken ayırım yapılması ise olumlu yanını (pozitif ayırım yükümlülüğü) oluşturmaktadır.

Pozitif ayırım, iş hayatında eşitsizliğe maruz kalmış işçiler için uygun bulunan bir ayırım türüdür. Engelliler için iş yerlerinde kontenjan açılması bu duruma örnek gösterilebilmektedir. Şekli eşitliğin gerekleri ile pozitif ayırımın bağdaşması gerekmektedir. Aile sorumluluklarının paylaşımı esnasında fiili eşitsizlikler sebebiyle kadınlara avantajın daha fazla sağlanması yalnızca gebelik durumu sebebiyle olabilmektedir³⁰.

İşverenin, işçilerine ikram ya da hediye olarak verdiği şeyler işçiler arasında eşit davranma borcunu ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. İşverenin bir işçiye doğum gününde hediye alması buna örnek olarak gösterilebilmektedir. Bu durumda işveren eşit davranma borcunu ihlal etmemektedir. Çünkü eşit davranma borcunun ihlali işçinin talep etme hakkının bulunduğu konularda söz konusu olmaktadır. Ücretler ya da işverenin yönetimi gibi buna benzer durumlar bu konular arasında yer almaktadır. Özetle eşit davranma borcunun söz konusu olduğu durumlar işverenin sosyal yardımlar vermesi, yönetim yetkisini kullanması, işten çıkarma ve ücretler olarak tasnif edilmektedir.

1.1.3.2. Eşit Davranma Borcunun Doğumu

İş ilişkisinin doğmasıyla birlikte eşit davranma borcu ortaya çıkmaktadır. Fakat işveren İş Kanunu’nun 5. maddesi gereğince, iş ilişkisi kurulurken cinsiyete dayalı

²⁹ Süzek, 2020, s.477.; Tuncay, a.g.e., 1982, s. 5.

³⁰ Mollamahmutoglu, a.g.e., 2008, s., 541.

ayrımcılık yapamaz. Burada teknik olarak düzenlenen şey, eşit davranma borcundan ziyade ayrımcılık yasağıdır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 122.maddesinde de ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere uyarınca; *“Kişiler arasında dil ve cinsiyet gibi ayırım yapılmamaktadır. Bunun yanında ırk, din, özürlülük, siyasi düşünce ve buna benzer diğer sebeplerle de ayırma gidilmemektedir. Kişinin işe alınmaması bahsedilen bu nedenlerden birine bağlanırsa, bu ayırımı yapan kimseye 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilmektedir.”* hüküm altına alınmıştır.

Kişinin işe alınmasıyla beraber kurulan iş ilişkisinden sonra da işverenin ayrımcılık yasağı devam etmektedir. Bu aşamadan sonra işveren, işçiler arasındaki bütün hak ve borçlara ilişkin eşit işlem yapmakla yükümlüdür.

Özetle; eşit davranma borcu işverenin keyfi tutumlar sergilemesinin önüne geçmek için iş ilişkisi kurulduktan itibaren uygulamaya geçen bir borç olarak değerlendirilmektedir. Ayrımcılık yasağı ise iş ilişkisinden önce, işçinin işe alınma süreciyle birlikte yapılan iş sözleşmelerinin feshedilmesine kadar geçen süreçte geçerli olmaktadır. Aynı zamanda işverenin, bir işçiye diğer işçilerden farklı kötü muamele göstermesinin önüne geçmektedir³¹.

1.2. AYRIMCILIK YASAĞI

1.2.1. Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık terimi Latince “discriminare” sözcüğünden gelmekte ve “bölmek, ayırt etmek, ayırmak” anlamlarında kullanılmaktadır³². Devletin ya da toplumun bazı bireylerinin, diğer bireylerde sağlanan hak ve ayrıcalıklardan yoksun bırakılması ise ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.

Başka bir deyişle, bir bireyin sahip olduğu bir özelliği sebebiyle diğer bireylerden farklı muamele gösterilmesi ve bu muameleyle bireyin mağdur edilmesi ayrımcılık olarak ifade edilmektedir³³.

Ayrımcılık diğer bir ifade ile bir kişinin meşru bir sebep olmadan başka bir kişiye farklı muamele göstermesi olarak da tanımlanmaktadır. Ayrımcılık yasakları mevzuatta kategorik olarak belirli gruplarla ilişkili olarak ele alınmaktadır. Bu kategorik gruplar cinsiyet, ırk, din, dil, özürlülük, felsefi düşünce, sendikaya üyelik, sözleşmesel statü, yaş ve kıdemdir.

Ayrımcılık, bazı bireylerin ya da grupların olumsuz olarak farklı muamelelere maruz kalması olarak tanımlandığı için bu durum aynı zamanda eşitsizliği bozan bir durum olarak da nitelendirilmektedir. Dolayısıyla ayrımcılığın eşitliğe aykırı davranışların bir alt boyutunu teşkil ettiği ifade edilebilmektedir.

³¹ Yıldız, a.g.e.,2008, s.68.

³² Demir, A. (2007). *Avrupa insan hakları sözleşmesinde ve Türk hukukunda ayrımcılık yasağı* (Doctoral dissertation, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 21.

³³ Yüksel, M. O. (2000). *Karşılaştırmalı hukuk ışığında Türk iş hukukunda kadın-erkek eşitliği*. Beta, s. 38.

AB’de eşitlik ilkesi ile beraber ayrımcılık yasağı kavramı kurallaştırılmıştır. Bu kavram uygulamada eşitlik ilkesinin içini dolduran bir kavram haline gelmiştir. “Kimler eşit?” ya da “Kime göre eşit?” soruları karşısında verilen cevapların çeşitli olması ve çoğu zaman da sorulan bir sorunun ardından yeni soruların doğması, bununla birlikte ortaya çıkan kısır döngü neticesinde sonuca ulaşılması zorlaşmaktadır. Değer yargıları olmadan eşitlik ilkesi, bir durumla karşılaşıldığında nasıl davranılacağını söylememektedir. Bu noktada ayrımcılık yasağı yürürlüğe girmekte, eşitlik ilkesini somutlaştırmakta ve içini doldurmaktadır³⁴.

İş Kanunu’nun 5. maddesinin başlığı “Eşit Davranma İlkesi”dir. Fakat maddedeki düzenlemelerin ayrımcılık yasaklarına ilişkin olduğu görülür. Buna bağlı olarak eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasakları arasında bulunan ilişkinin incelenmesi gerekmektedir.

Tüm eşitlik normlarının uygulanması için bir öze ihtiyaç vardır. Eğer tüm insanlar her yönden eşit olsaydı, bu ilke hak ve yükümlülüklerde eşitliği sağlamak için yeterli olacaktı. Fakat tüm insanlar ve konumuz gereği ele alınan işçiler eşit veya benzer değildir. Aristo tarafından “eşitlere eşit davranmak” diye benimsenen şekli eşitlik ilkesinin, eylem kılavuzu olarak pek yardımcı olmadığı görülmektedir. Bu ilkeyi uygulayabilmek için, kimlerin hangi yönden benzediğinin ve hangi yönden eşit olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir³⁵. Bu belirsizlikler sonucu, şekli eşitlik anlayışının bütün eşitsizlikleri haklılaştıran yönü ortaya çıkmaktadır³⁶.

Ayrımcılık yasağı; olumsuz, dar ve uygulanması daha kolay bir ilkedir. Bu yasak esasen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmakla birlikte, dar anlamda eşit davranma borcu çoğunlukla işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir³⁷. Ayrımcılık yasaklayan normlar, insanların olumsuz davranışların muhatabı olmasını veya bazı özellikler (ırk, din, cinsiyet vb.) nedeniyle bazı faydalardan yoksun bırakılmalarını engellemektedir. Bu normlarla; kimin, hangi çıkarlar veya yükler açısından, hangi sebeplerle kimler arasında ayırım yap(a)mayacağı düzenlenmektedir. “Bir birey ile diğeri arasında ayırım yapılmamalıdır.” ifadesi kullanılıyorsa, hangi sebeplere bağlı olarak farklı tutum ve davranışların kabul edil(e)meyeceği belirtilmektedir.

Bu minvalde eğer ki nihai hedef, toplumun zayıf kesimleri için eşit fırsatlar elde etmek ise bu hedefe ayrımcılık yasağı içeren normlarla ulaşmak her zaman için kolay olmamaktadır. Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağının ötesinde bazı pozitif yükümlülükler gerektirebilmektedir. İşverenin eşit davranma ilkesi, İş Kanunu’nun 5. maddesinde somutlaştırılmıştır. Yine aynı maddede negatif ayrımcılık yasakları da yer almakta fakat kanun koyucu tarafında herhangi bir somutlaştırmaya gidilmeyerek yalnızca ilgili maddede yer vermek ile yetinilmiştir.

³⁴ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 69.

³⁵ Öden, a.g.e., 2003 s. 26.

³⁶ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 977.

³⁷ Yenisey, a.g.e., 2006, s. 66.

Eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağı arasındaki fark, İş Kanununda 4857 Sayılı Kanundan³⁸ sonra daha belirgin hale gelen bir tabakalaşmaya neden olmuştur. Yeni kanun ile bir yandan işverenin eşit davranma yükümlülüğü devam ederken, öte yandan ayrımcılık yasakları düzenlenmiştir³⁹.

Öte yandan; ayrımcılık yasakları arasında kapsam ve içerik açısından da bir gruplaşma ile karşılaşılması söz konusudur. İş K. 5/1. maddesinde iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı hiçbir ayrımcılığın yapılamayacağını belirten ayrımcılık yasağı en genel anlamda düzenlenmiştir. Bu genel yasak kavramında; iş ilişkisinin kurulmasında, işleyişinde ve sona ermesinde cinsiyet ve hamileliğe dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı oluşturulmuş ve dolaylı ayrımcılık da cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının kapsamına dahil edilerek, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca sözleşme türü, özel bir ayrımcılık yasağı olarak belirtilmiştir.

Ayrımcılık yasakları, İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen hallerle sınırlı kalmamış ve maddede açıkça belirtilmeyen sendikaya dayalı ayrımcılıklar da yasaklanmıştır. Yasamızın işverenin eşit davranma borcunun şekillendirilmesinde önemli ölçüde etkilendiği Alman Yasası, AB mevzuatına uygun değişikliklerden sonra genel eşit işlem yükümlülüğü ve ayrımcılık yasaklarını bir arada bulunduran bir biçim almıştır⁴⁰.

Ayrımcılık yasağının eşitlik ilkesi gibi insan haklarıyla da ilişkisi bulunmaktadır. Bu kavramlar bazen birbirleriyle iç içe bazen de bağımsız kavramlar olabilmektedir. Bu konuyla ilgili, bir dini grubun hayatlarını inançları doğrultusunda yaşamalarına fırsat sağlanırken, başka bir dine mensup olan grubun inançlarını yaşamalarının önüne geçmek örnek olarak gösterilebilmektedir. Bireylerin kendi inançlarını yaşamaları, ibadetlerini yerine getirmelerinin önüne geçilmesi insan haklarının ihlali ile ilgilidir.

Bir gruba söz konusu bu özgürlük tanınır iken bir başka gruba tanınmaması ise ayrımcılık ile ilgilidir. Ayrımcılık yasağının ihlaliyle kişi kendini değersiz, onuru göz ardı ediliyor veya her anlamda ihlal ediliyormuş gibi hissedebilmektedir. Ancak insanların onuruna yönelik davranışın oluşması için yalnızca ayrımcılık yasağının ihlali değil buna ek olarak yapılan işbu ihlalin insan hakları doğrultusunda korunan bir değerle de ilişkili olması gerekmektedir. Böylece ayrımcılık oluşturacak olan davranıştan insan haklarının ihlaline ideolojik bir temel sağlanacak ve artık ayrımcılık yasağı ihlali değil, insan hakları ihlaline yönelik bir davranış olacaktır⁴¹.

³⁸ 4857 sayılı Kanun, Kabul Tarihi 10/6/2003 tarihli Resmî Gazete, sayı: 25134, Tertip, 5, Cilt: 42.

³⁹ **Süzek**, a.g.e., 2005, 362; Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, 536; Yenisey, a.g.e., 2005, 978.

⁴⁰ **Yenisey**, a.g.e., 2005, 978.

⁴¹ **Tiedemann, P.** (2012). “İnsan Hakları, Eşit Muamele, Ayrımcılık Yasağı Kavramlarının Açıklaması”, (Çev. E. M.Tümer). Hukuk Köprüsü, 2(3), s. 23.

1.2.1.1. Genel Olarak Ayrımcılık

En genel haliyle ayrımcılık, bir bireyin mensubu olduğu gruptan ve o gruba ilişkin önyargılardan dolayı, o kimsenin diğerlerinden başka bir muameleye veya duruma maruz kalması olarak ifade edilmektedir⁴².

Ayrımcılık kavramı öncelikle olumsuz bir kodla bilişsel olarak algılanır. Bu sebeple kelimenin içeriği olumsuz anlamlı olarak ele alınmaktadır. Düz bir gözlemle bakıldığında, eşitliği adil bir şekilde sağlamak için pozitif ayrımcılık kavramı ortaya çıktığından, “ayrımcılık” kavramının doğrudan olumsuz olarak ele alınması etimolojik olarak doğru olmayabilir. Fakat var olan sözcükler yalnızca etimolojik olarak ele alınmamaktadır. Buna ek olarak; insanların tutum ve davranışlarından karşılık bularak, yaratılan algılarla bir anlam ifade etmektedir⁴³. Bu nedenle de ayrımcılık kavramı söz konusu olduğunda anlam genellikle olumsuz olarak algı yaratmaktadır⁴⁴.

Olumlu durumlarda, örneğin maddi eşitliğin sağlanması araçlarından biri olan pozitif ayrımcılıktan bahsediliyorsa, ayrımcılık kavramına pozitif nitelmesiyle birlikte yer verilmesi gerekmektedir.

Olumlu durumlarda, örneğin maddi eşitliğin sağlanması araçlarından biri olan pozitif ayrımcılıktan bahsediliyorsa, ayrımcılık kavramına pozitif nitelmesi ile birlikte yer verilmesi gerekmektedir. Öte yandan; işyerlerinde ayrımcılık, genel anlamda, işyeri olarak tanımlanmış bir referans çerçevesinde ve bir iş ilişkisi olan ya da iş ilişkisi kurma niyeti olan herkese karşı gerçekleşmektedir.

Son olarak; ayrımcılık, sendika ayrımcılığındaki gibi her zaman önyargıların sonucu oluşmadığı, kategorik grup veya üyeleriyle çıkar çatışmasının bir sonucu olarak ekonomik, sosyal, politik nedenlerden kaynaklandığı veya kategorik gruba ya da grup üyesine yaşam hakkı verilmemesiyle kendi konumunu pekiştirmek istediği durumlarda da oluşabilmektedir.

1.2.1.2. Amerikan Hukuk Sisteminde Ayrımcılık Yasakları

Birleşik devletlerde çeşitli ulusal kökene ya da etnik kökene ait kişilerin bir arada olması Amerikan Hukukunun özelliğini oluşturmaktadır. Bu durum sebebiyle Amerikan vatandaşlığı içerisinde her dine mensup ve her milletten bireylerin bulunduğu söylenebilmektedir. Dolayısıyla bir toplumdaki farklı özelliğe sahip kişilerin çokluğu, o toplumdaki ayrımcılıkla karşılaşma oranını artırmaktadır. Çünkü ayrımcılık olarak tanımladığımız kavramın temelinde, kişinin kendisinden farklı olan veya farklı gördüğü birey ya da bireylere ön yargılı yaklaşması yatmaktadır⁴⁵.

⁴² **Düzen, N. E.** (2015). Herkes İçin Kolay ve Pratik Ayrımcılık, Ötekileştirme, Dışlama Rehberi, Pharmakon Yay., Ankara, s. 68.

⁴³ **Krieger, L. H., & Fiske, S. T.** (2006). Behavioral realism in employment discrimination law: Implicit bias and disparate treatment. *California Law Review*, 94(4), s. 126.

⁴⁴ **Tuncay, C.** (2011). “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Sarper Süzek’e Armağan, ed. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul (“İrk ve Etnik Köken”)

⁴⁵ **Sullivan, C. A. & Zimmer, M. J. & White, R. H.** (2002) *Employment Discrimination, Law and Practice*, 3rd ed. V.1&V.2, USA, s. 1-3.

ABD’de 1864 tarihinde çıkarılmış olan bir yasa ile ırka dayalı olarak yapılan ayrımcılığın yasaklanması sağlanmaya çalışılmıştır. Çıkarılan bu yasa uygulamada Medeni Haklar Yasası “Section 1981” olarak belirtilmektedir. Bu yasa, ırka dayalı ayırım yapılan iş sözleşmelerini yasaklamaktadır. Özellikle işverenlerin istihdam alanında, istihdam büroları ve işçi kuruluşlarının ayrımcılığını engellemek için çok sayıda yasa çıkarılmıştır. 1963 tarihinde bu alanda çıkarılan ilk yasa, Eşit Ücret Yasası (Equal Pay Act) olmuştur. Bu yasa ile birlikte cinsiyete dayalı ücret ayırımının yasaklanması sağlanmak istenmiştir. Bu yasayı takip eden 1964 yılında Amerikan Medeni Haklar Yasası çıkarılmıştır. İstihdamda Yaşa Dayalı Ayrımcılık Yasası (1967), Özürlü Amerikalılar Yasası (1990) ve Medeni Haklar Yasasında da (1991) ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır⁴⁶.

Amerikan Hukukunda 1864 yılında ilk düzenleme yapılan Medeni Haklar Yasasında yasaklanan ayrımcılık, yalnızca renge ve ırka dayalı ayrımcılık iken, 1964 yılındaki yasanın bu ayrımcılıkların yanında cinsiyet, ulusal köken ve dine dayalı olan ayrımcılıkları da yasaklamaktadır. Medeni Haklar Yasasının yedinci bölümünde yer alan maddeler incelendiğinde, bir işverenin; renk, cinsiyet, ırk, din veya ulusal kökenlere dayalı sebeplerle bir bireyi işe almak istememesi ya da bu sebeplerin herhangi birinden dolayı çalışma şartları ve ücretinde ayrımcılık yapması bu yasaya aykırı bir davranış sayılmaktadır. Bunun yanında bahsedilen sebeplerden dolayı çalışmakta olan ya da iş için başvuran kişilerin, istihdam olanağından yoksun etmeye veya işçi olarak kötü nedenlere sebep olabilecek şekilde bir sınıflandırma yapması da işveren için hukuka aykırı davranış olarak değerlendirilmektedir⁴⁷.

Ayrımcılık yasakları ile ilgili Amerikan Hukukunun yaptığı düzenlemelerde, AB mevzuatı ve Türk Hukukunda yer almayan bir özellik vardır. Bu özellik ayrımcılık yasaklarıyla ilişkili mevzuatın, hukukumuzdaki iş güvencesi sisteminde öngörülen belirli bir sayıda işçi çalıştırma ölçütüne benzer şekilde, belli sayı üzerinde işçi çalıştırmakta olan iş yerlerini de kapsama almasıdır. Medeni Haklar Yasasının yedinci bölümünde, söz konusu bazı durumların saklı kalması kaydı ile kanunun uygulanmasında işveren kavramını, içinde bulunulan ya da bir önceki takvim yılının hafta olarak yirmi ya da daha çok haftanın her çalışma gününde, on beş ya da daha çok işçi çalıştıran, ticaret üzerinde etkili olan alanlarda faaliyet gösteren kişi olarak ifade edilmesi bir hükme bağlanmıştır. Medeni Haklar Yasasının yapmış olduğu bu tanım Yaşa Dayalı Ayrımcılığın Yasaklanmasına Dair Yasada da (ADEA) aynı şekilde benimsenmiş fakat kişinin yaşını ayrımcılık nedeni olarak ele almıştır. ADEA, 40 yaş ve bu yaşın üzerindeki bireyleri kapsamına almaktadır. Bunun yanında işyeri ile ilgili olan tanım da aynen kabul edilmekte fakat çalışan sayısı 20’ye yükselmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi iş yerlerinde çalışan bireyleri sayıca tespit ederken, fiilen çalışması dahi bir iş sözleşmesi ile işverene bağlı bulunan her bireyi de bu hesaba katmaktadır⁴⁸. İşveren adına faaliyetlerde bulunan ya da işveren vekillerinin bireylere yaptıkları ayrımcılıklar da Amerikan hukukunda yasalar ile koruma altına alınmaktadır.

⁴⁶ Sullivan, C. A. & Zimmer, M. J. & White, R. H., a.ge., s. 6.

⁴⁷ Twomey, D. P., Jennings, M. M., & Fox, I. (2001). Business Law and the Regulatory Environment, s. 386.

⁴⁸ Sullivan vd., a.ge., 2002, s. 5-45.

1.2.1.3. Türk Hukuku

Türk Hukukunda ayrımcılık ile ilgili düzenlemeler, Anayasanın 10. İş Kanununun 5, 12 ve 13., 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 3,4, ve 5., Türk Ceza Kanununun ise 122. maddelerinde yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ilk kez Türk hukukunda ayrımcılık suçu düzenlenmiş ve bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu konuyla ilgili maddenin koruduğu hukuki değer, ceza hukuku öğretisinde şu şekilde vurgulanmıştır: *“Kişiler arasında hukukun ön görmediği ayrımlar yapılarak, bireylerin yasaların sağlamış olduğu hak ve özgürlüklerden keyfiyete dayandırılarak mahrum edilmesi, bireylerin iş, mülkiyet ve çalışma gibi özgürlüklerinin engellenerek vatandaşlar arasında bir bölücülüğe gidilmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır.”*⁴⁹.

Belirtilen maddeler incelendiğinde ayrımcılık için net bir tanımın yapılmadığı fakat düzenlemeye gidilen sebepler veya bunlara eşdeğer kabul edilebilecek diğer sebeplere dayalı olarak, ayrımcılığın yasaklandığı ifade edilmektedir. Bu maddeler ayrımcılık sebeplerini sınırlı sayıda düzenlememiştir. İşverenin İş Hukuku açısından ayrımcı uygulamalarda barındırdığı saikin hiçbir önemi bulunmamaktadır. Ayrımcılığın belirlenebilmesi için yapılan uygulamadan zarar gören kişi üzerinde oluşan etkilere bakılmaktadır. Bu durumda işverenin sahip olduğu saikten bağımsız olarak ayrımcılık tazminatının talebine olanak tanımaktadır⁵⁰.

İşverenin ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek davranışları ile ilgili niyetinin Türk Ceza Kanunu için önem taşıdığı ifade edilebilmektedir. Kişinin cezalandırılabilmesi için ceza hukukunda, o bireyde mutlaka bir kusur bulunması gerektiğini belirtmektedir. Eşit işlem yapma borcu ve ayrımcılık yasağına aykırılık bölümlerinde bu konu ile ilgili detaylı bir inceleme yapılacaktır⁵¹.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁵² çerçevesinde de hukukumuzda ayrımcılıkla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Kanunun birinci maddesinde belirtildiği üzere; *“Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu*

⁴⁹ **Yenidünya, C.** (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu”. Çalışma ve Toplum, 4(11)., s. 102.

⁵⁰ **Yenisey, a.g.e.,** 2005, s. 983; Barnard, Catherine. EU employment law. OUP Oxford, 2012, s. 320.

⁵¹ **9. Hukuk Dairesi 2019/3473 E. , 2019/20827 K** “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. İşçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlüdür.”

⁵² Kanun Numarası: 6701 Kabul Tarihi : 6/4/2016 Yayımlandığı R.Gazete : Tarih: 20/4/2016 Sayı : 29690 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (E.T. 03/04/2021)

konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir”.

6701 sayılı Kanunun 2. ve 4. maddelerinde ayrımcılık türleri belirlenmiş ve tanımlanmıştır. Kanunun 3. Maddesinde ise konuya ilişkin temel ilkeler ve yükümlülükler hükme bağlanmıştır⁵³. 6701 sayılı kanunun 3.maddesinin 1. ve 2.fıkralarında ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşitlik ve eşit davranma ilkeleri tekrarlanmış; bu hükümlerde belirtilen ayırım yasaklarına “servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık” halleri de isabetli olarak eklenmiştir. Bunun gibi maddenin 3. ve 4.fıkralarında hem kamu kurum ve kuruluşları hem de özel kesim işverenlerine ayrımcılığın önlenmesi konusunda gereken her türlü önlemi alma yükümlülüğü getirilmiştir⁵⁴.

1.2.2. Ayrımcılık Çeşitleri

1.2.2.1. Doğrudan Ayrımcılık

Yasal bir düzenlemenin, bir idari işlem veya sözleşme hükmünün ayırım yasaklarına dayanarak açıkça uygulamalara farklılık getirmesi, ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir duruma göre işverenin farklı işlemlerde bulunması doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Bir işverenin meslekteki statüyü yükseltmeyi hedefleyen bir eğitim programına katılım için sendikasız olmayı şart koşması, doğrudan ayrımcılığa örnek olarak gösterilebilir.

1.2.2.1.1. Amerikan Hukukunda Doğrudan Ayrımcılık

Amerikan Hukukunda, ‘bireysel’ ve ‘sistemli’ olmak üzere doğrudan ayrımcılık ikiye ayrılmaktadır. Bireysel ayrımcılığın olduğu durumlarda tek bir kişinin mağduriyeti söz konusu iken, sistemli ayrımcılıkta ise belirli bir özelliğe sahip birçok bireye karşı uygulanan bir ayrımcılıktan söz edilmektedir. Bir işyerinde kadınların zaman oranının erkeklerden daha az olacağını duyuran bir işverenin sistemli ayrımcılık yaptığı ifade edilebilmektedir⁵⁶.

1.2.2.1.2. Avrupa Birliği Hukukunda Doğrudan Ayrımcılık

Avrupa Birliği’nin 09.02.1976 tarihli ve 76/207 sayılı İşe Alınma ve Yükselme, İş Koşullarında Eşitlik ve Mesleki Eğitim direktifinin, 2. Maddenin 1. fıkrası uyarınca, kadın ile erkek çalışanlar arasında, medeni ya da ailevi durumlarına göre cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamaz. Bu doğrultuda, bir bireyin yalnızca cinsiyeti sebebiyle benzer durumda olan diğer bireylerden farklı ve kötü muameleler görmesi, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır. İşyerinde uygulanacak bir

⁵³ **Süzek, S.**, Bireysel İş Hukuku, 20.Bası, İstanbul (2020), s.478

⁵⁴ **Süzek** (2020), s.479

⁵⁵ **Yenisey, K. D. (2002).** Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları. *Kamu-İş Dergisi*, 6(2) s.125; **Selwyn, N.**(2004). *Law of Employment*, 13th ed., İngiltere, s. 52.

⁵⁶ **Sullivan vd.**, a.g.e., 2002, s. 87.

ücret değişikliğinin kadınlara uygulanmayacak olması doğrudan cinsiyet ayrımcılığına örnek verilebilmektedir⁵⁷.

Marshall kararında, AB Adalet Divanı, kadınların 62 yaşında erkeklerin de 65 yaşında kazanacakları yaşlılık aylığı hakkı üzerine işverenin iş sözleşmelerini feshedebilmesinin mümkün olduğu uygulamaların, kadınlar aleyhine doğrudan ayrımcılık oluşturduğu kabul edilmiştir⁵⁸.

Bunların yanında Adalet Divanı kararlarına göre iş ilişkisinin kurulması, işin yürütümü veya sona erdirilmesinde hamilelik ve doğum gibi kadınlara özgü herhangi bir niteliğe göre farklı işlemler uygulanması da doğrudan ayrımcılık olarak ifade edilmektedir⁵⁹. Amerikan hukukunda Medeni Haklar Yasasının 1978 yılında yedinci bölümünde yapılmış olan bir değişiklikle, hamilelik sebebi ile yapılan ayrımcılığın da cinsiyet ayrımcılığı kapsamına dâhil edilmiştir.

1.2.2.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık kavramı 1970’li yıllarda ortaya çıkmıştır. Bir hükmün, görünüşte tarafsız ölçüte dayanarak, ölçütün ya da bir uygulamanın meydana gelen sonuçları belli kişileri başkaları ile karşılaştırıldığı durumda olumsuz olarak etkiliyor ve bu olumsuzluk haklı gerekçelerle de açıklanamıyorsa bu durum tam olarak ‘dolaylı ayrımcılığı’ ifade etmektedir.

1.2.2.2.1. Amerikan Hukukunda Dolaylı Ayrımcılık

Amerikan Hukukunda, Medeni Haklar Kanununu yedinci bölümü ilk halinde yalnızca doğrudan ayrımcılığı kapsamaktadır. Bu doğrultuda bu bölümde, görünüşte tarafsız görünüme sahip bir ölçütün ya da uygulamanın bazı kişiler üzerinde yaratacağı olumsuz etkiler yani tam da az önce tabir ettiğimiz üzere dolaylı ayrımcılık koruma altına alınmamıştır.

Bu sebeple, görünüşte tarafsız görülen bir test ya da uygulamanın altında herhangi bir ayrımcılık yapma niyetinin bulunmaması dahi yapılmış olan ayrımcı uygulamalarla oluşan mevcut durumun muhteviyatı çeşitli adaletsizlikler ihtiva edeceğinden mütevellit bu sonucun hakka uygun sayılamayacağını belirtmektedir. Burada netice olarak izah edilmeye çalışılan durum; Amerikan Hukuk Sisteminde dolaylı ayrımcılığın uygun görülmediği ve yasaklanmış olduğudur. Medeni Haklar Kanununun yedinci bölümünün, görünüşte tarafsız ve adil görünen ancak uygulamada ayrımcı etkileri olan uygulamaları yasakladığı da kabul edilmektedir⁶⁰. İşverenin kasıtlı olarak davranmamış olması ya da iyi niyetli olduğunu ispat etmiş olması dolaylı ayrımcılık durumunda bir önem taşımaz⁶¹.

⁵⁷ **Marshall M.H v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority**, 26.2.1986, s.58; **Blanpain, R.** (2003). *Legal Status of Sportsmen and Sportswomen Under International European and Belgian National and Regional Law* (Vol. 22). Kluwer Law International BV, s.125.

⁵⁸ **Marshall**, a.g.e., 1986, s. 63.

⁵⁹ Yüksel, a.g.e., 2000; Süral, N. (2006). Türkiye’de kadın istihdamı: fırsatlar, engeller ve hukuki çerçeve. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 279-310.

⁶⁰ **Sullivan vd.**, a.g.e., 2002, s. 92; **Twomey, D. P., Jennings, M. M., & Fox, I.**, a.g.e., 2001, s. 116.

⁶¹ **Sullivan vd.**, a.g.e., 2002, s. 98.

Dolaylı ayrımcılık olduğu iddia edilen bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ve işbu uyuşmazlık yargı mercilerine taşındığı vakit; davacı taraf üzerinde ele alınan durum, uygulama ya da ölçütte herhangi bir farklılık ya da adaletsizlik mevcut olmasa da uygulanan durumun bir grup üzerinde olumsuz etkiler doğurduğunun ortaya konmasıdır. Bu durum dolaylı ayrımcılığa uğradığını iddia eden davacı işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

Öte yandan; ilgili uyuşmazlıkta karşı taraf konumunda olan davalı işverenin bu uygulamanın herhangi bir dolaylı ayrımcılığa neden olmadığını, davacının ortaya attığı olguların gerçekleri yansıtmadığını veya dolaylı ayrımcılık oluşturan koşulun yapılacağı olan işle ilgili ya da işletmenin bir gereği olduğunu ispatlaması gerekmektedir⁶².

1.2.2.2.2. Avrupa Birliği Hukukunda Dolaylı Ayrımcılık

AB'ye bakıldığında dolaylı ayrımcılık, 76/207 sayılı direktifte “dolaylı cinsiyet ayrımcılığı” ifadesiyle yer almaktadır. Uzun bir süre sonra bu kavramın tanımı, ispat yüküne ilişkin, 97/80 sayılı direktifte daha sonra da 2000/73 sayılı direktifte yapılan bir değişiklik ile 76/207 sayılı direktif kapsamına alınmıştır. 2002/73 direktifinin gerekçesinde ve 76/207 direktifinde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlanmıştır. 2002/73 direktifte bu tanıma şu şekilde yer verilmektedir: “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 cinsiyet mensuplarını diğerleriyle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir”⁶³.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, görünüşte bir ayrıma sebep olmayan fakat haklı gerekçelere de dayandırılmayan bir hüküm ya da bir uygulama veya ölçütün, belirli cinse ait kişileri başka cinse ait kişiler ile karşılaştırıldığında bu kişilerin olumsuz bir şekilde etkilendiğini gösteren durumdur.

Davacı bir çalışanın objektif görünen bir ölçüt ya da uygulamanın belirli bir cinse ya da ırka mensup olanlara olumsuz etkileri olduğunu ispatlaması gerekir. İspat aşamasından sonra davalı işveren yapılan uygulamaların ya da ölçütlerin işyerinin gerekleri ya da işin gereği ile yapıldığını haklılaştırmalıdır. Örneğin; erkek giyim üzerine yapılacak bir tanıtım için yalnızca erkeklerin başvurması gerektiği belirtilerek bir ilan verildiği durumlarda işletmenin yalnızca erkek mankenlere görev vermiş olması işin bir gereği olduğu için cinsiyet ayrımcılığı oluşmayacaktır.

İşgücü piyasasından kaynaklanan sebeplerde de AB Hukukunda haklılaştırma bir ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, istihdama teşvik amacıyla yapılan düzenlemelerin herhangi bir dolaylı ayrımcılık yaratmadığı ve tam süreli çalışmaların sağlanması veya desteklenmesi amacı ile yapılan çeşitli ücret ödemelerinin de haklı görülebileceği ifade edilmiştir⁶⁴.

⁶² Twomey, D. P., Jennings, M. M., & Fox, I., a.g.e., 2001, s. 220.

⁶³ Gül İ. İ. ve Karan U. (2011). Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 88.

⁶⁴ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 88; Yüksel, a.g.e., 2000, s. 99; Süral, a.g.e., 2006, s.92.

1.2.2.2.3. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı

Uygulamada en sık karşılaşılan dolaylı ayrımcılık türü cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılıktır. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının objektif unsurları olarak aşağıda bahsedilen durumlar ele alınmıştır⁶⁵.

- İşveren tarafından görünüşte erkekler ve kadınlar tarafından gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu bir koşulun öne sürülmesi ya da görünüşte objektif olan bir uygulamanın iki cins için de yapılması,
- Uygulamadan olumsuz etkilenen kadınların erkeklere oranla sayıca çok fazla olması,
- İşveren tarafından ileri sürülen koşul ya da yapılan uygulamanın erkeklere oranla kadınları olumsuz anlamda daha çok etkilemesinin nedeni, cinsiyete özgü olan ya da cinsiyete yüklenmiş olan geleneksel görevlerden kaynaklanması ile açıklanması,
- Düzenlemelerin ya da uygulamaların objektif haklı sebeplere dayanmaması,
- İşverenin yaptığı uygulama ya da ileri sürdüğü koşuldan, cinsiyete özgü sebepler ile işçinin mağdur olması⁶⁶.

a. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığının Tespiti

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının söz konusu olduğu iddialarda karşılaştırma yapabilmek için bir grup seçilmelidir. Bu noktada bu grubun seçimi oldukça önemlidir. Genel olarak işverenlerinin aynı olduğu ve benzer işlerde çalışmakta olan kadın ile erkek grupları karşılaştırılır.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında da işverenin cinsler arasında ayırım yapma kastının ya da niyetinin bulunmaması gerekir. Bu durumda önemli olan husus söz konusu durumun kadınların aleyhinde neticelenmesidir. Dolayısıyla dolaylı ayrımcılık durumunda önemli olan nokta uygulama değil bu uygulamanın ortaya çıkardığı sonuçtur. Dolaylı ayrımcılığın olmaması için işverenler, dolaylı ayrımcılığa sebep olacak uygulamalar yapmamalı, bu nedenle bir uygulamanın ya da aranılan bir koşulun yalnızca görünüşte eşitlik ilkesine uygun olmasını yeterli görmemelidir.

Görünüşte kadın ve erkek için eşit görünmekte olan uygulama ya da koşulun, cinsiyet sebebi ile kadınlar üzerinde olumsuz etkiler yaratmamalıdır. Bu noktada işveren dolaylı cinsiyet ayrımcılığına neden olmayacak uygulama ya da koşul aramaya dikkat etmelidir.

Bir işverenin işyerinde çalıştırmak üzere en az 1.80 boy şartı ile eleman araması görünüşte ayrımcı bir nitelik taşımaz. Bu şart erkekler ve kadınlar tarafından yerine getirilebilecek bir şart olarak görülebilir. Fakat ortaya konan boy şartını kadınların yerine

⁶⁵ Yüksel, a.g.e., 2000, s. 111-126; Selwyn, a.g.e., 2004, s. 109; Acar, F. A., & Ayşe g. V., (1999) Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Türkiye’de Eğitim Sektörü Örneği, T.C Başbakanlık Kadınının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, s. 5-6.

⁶⁶ Yüksel, a.g.e., 2000, s. 111-116; Acar, F. A., & Ayşe g. V., a.g.e., 1999, s.5-6.

getirebilmesi erkeklere oranla daha azdır. Böylece işveren bu şartı işletmenin veya işin bir gereği olarak objektif bir şekilde haklılaştıramazsa, bu durum dolaylı ayrımcılığa neden olan bir uygulama olarak değerlendirilir⁶⁷. Dolayısıyla işverenler, yapmak istedikleri uygulama ve ortaya attığı şartlarda hayatta var olan eşitsizliklere göre hareket etmeli ve bu eşitsizliklere güç verecek uygulamalarda bulunmamalıdır⁶⁸.

Dolaylı ayrımcılığa maruz kalan işçilerin, bu durumu ortaya koyabilmesinin birtakım zorlukları vardır. Bu zorluğu, ölçütün görünüşte tarafsız olması ve bir grup aleyhine sonuçlar doğurduğunun ortaya konmasının gerekliliği oluşturmaktadır.

Normal şartlarda yasaklanmayacak olan nedenler, dolaylı ayrımcılığa sebep oldukları zaman yasaklanmaktadır⁶⁹. Bu duruma örnek vermek gerekirse, işyeri kıdemini esas alan düzenlemeler görünüşte tüm bireyler için eşit kabul edilmektedir. Ancak, söz konusu olan bu şartın kadınlar tarafından yerine getirilmesi erkeklere oranla sayısal olarak daha azdır. Çünkü kadınların, meslek hayatları erkeklere göre daha çok kesintiye uğramaktadır.

Genel olarak dünya geneline bakıldığında vakit ailevi yükümlülüklerin artması ile kadınlar çalışma hayatlarını yarıda kesmekte yükleri hafıflediğinde tekrar iş hayatına geri dönmektedir. Yalnızca bu neden nazara alındığında bile kadınlar için kesintisiz bir iş hayatından bahsetmek mümkün değildir. En azından erkeklere kıyasen kadınların iş hayatlarının daha fazla kesintiye uğradığının/uğrayabileceğinin açık olduğu rahatlıkla söylenebilecektir, kıdem gibi bir kıstasa bakıldığında da kadınların erkeklere nazaran bu anlamda eşit koşullarda bulunmadıkları söylenebilmektedir.

Erkeklerin ise belirli bir kıdem süresine dayanan şartları yerine getirebilmesi daha yüksektir. Çünkü ülkemizde erkekler genel olarak yalnızca askerlik hizmeti sebebi ile çalışma hayatına ara vermekte bunun dışında erkeklerin sağlıkları ile alakalı özel ve şahsi bir durum olmadığı müddetçe iş hayatlarına herhangi bir şekilde ara vermedikleri gözlemlenmektedir. Fakat kadınlar hamilelik, çocuğun doğumu, sonraki süreçte çocuğun bakımı, aile içerisinde bakıma gereksinim duyan herhangi bir ferde bakım ve buna benzer sebeplerden mütevellit iş hayatını yarıda kesebilmektedir.

b. Dolaylı Ayrımcılığın Belirlenmesinde Farklı Bakış Açıları

Dolaylı ayrımcılık üç bakış açısı ile belirlenmektedir. Bunlar; birey merkezli bakış açısı, grup merkezli bakış açısı ve sonuç merkezli bakış açısıdır. Bir hüküm, uygulama veya bir ölçütün ırk, etnik köken ya da cinsiyet gibi faktörlerden dolayı birey üzerinde ayrımcılığa sebep olup olmadığını birey merkezli bakış açısı incelemektedir.

Grup merkezli bakış açısı ise, bir hüküm, uygulama veya ölçütün belirli cins, din, etnik köken ya da ırka ait bireylerde ayrımcılığa sebep olup olmadığını, bahsedilen faktörler nedeniyle bir grubun başka bir gruba karşılaştırıldığında daha düşük temsil edildiği ya da edilmediğini belirlemektedir.

⁶⁷ Barnard, a.g.e., 2012, 321-323.

⁶⁸ Yenisey, a.g.e., 2005 s., 984; Barnard, a.g.e., 2012, s. 324.; Yüksel, a.g.e., 2000, s. 121-122; Sullivan vd., a.g.e., 2002 s. 411; Acar, F. A., & Ayşe g. V., a.g.e., 1999, s. 6.

⁶⁹ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 982.

Sonuç merkezli bakış açısı ise ortaya çıkan sonuçların eşitliği ya da orantılı bir şekilde dağıtılıp dağıtılmadığını incelemektedir. Dolaylı ayrımcılık ile ilgili başlangıçta grup odaklı bakış açısına sahip olan Adalet Divanı, 2000/43 ile 2000/78 sayılı direktiflerde vazgeçmiş olduğu istatistiksel yöntemler sebebi ile bireyci bakış açısına sahip olmuştur⁷⁰. Başka bir deyişle, başlarda dolaylı ayrımcılığın olabilmesi için olumsuzluğun belirli bir grubu etkilemiş olması gerektiğini düşünen Adalet Divanı, 2000 yılından sonra dolaylı ayrımcılıkla tek bir kişinin bile zarar görmesini kabul etmektedir.

Dolaylı ayrımcılığı belirleme noktasında en doğru yöntemin bireyi esas almış olması, ayrımcılığa uğrayan bireylerin korunması ve ayrımcılıkların önlenmesi olduğu kabul edilmelidir.

c. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı İddialarının Objektif Olarak Haklılaştırılması

İşverence yapılan uygulamaların veya aranan şartların işletmelerin gereği, iş niteliği gibi objektif ölçütlerle haklı kabul edilip edilmemesinin belirlenmesi, işveren tarafından yapılan uygulamanın veya aranan şartın dolaylı cinsiyet ayrımını meydana getirip getirmediğini ortaya koyması bakımından önemli bir noktadır⁷¹.

Bilka kararında Avrupa Adalet Divanının, işveren tarafından yapılan uygulamanın yalnızca iktisadi açıdan makul olmasının bu durumda haklılığı da beraberinde getirmeyeceği yönünde yer alan tespiti, Türk hukuku tarafından da esasen kabul edilmektedir. Alt işveren uygulaması ile ilgili olarak Türk iş hukuku öğretisinde, ekonomik güçlüğü olmayan ve verimli bir şekilde çalışmalarını sürdürebilen işverenlerin maliyetlerini düşürmek amacıyla alt işverene iş vermemesi haklı görülmektedir⁷². İktisadi açıdan makul görülen bir uygulamanın haklılığı kendiliğinden beraberinde getirmeyeceği esas bu görüşün temelinde yer almış olmaktadır.

Mühim olan somut hükümlerin amaçlarının göz önünde bulundurularak, korumaya çalıştığı menfaatlerini belirlenerek incelemeye konu olan olayda bu doğrultuda bir sonuç çıkarılmasıdır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, belirli nedenlerden dolayı ayrımcılık yapılmasının ve aynı ya da benzer durumlardaki kişiler arasında keyfiyete dayanan farklılıkların oluşmasını engeller. Bu sebeple iktisadi açıdan makul kabul edilse de ayrımcı nitelikteki uygulamaların işletme gereği olduğuna dayandırılarak haklılaştırılması söz konusu değildir. Yalnızca iş gücü maliyetini düşürmeye yönelik uygulamalar, dolaylı cinsiyet ayrımını haklılaştıramaz.

Bir işveren kadın işçilerin hamilelik kontrolleri ve doğum sonrası emzirme için ücretli izin aldıklarını bu gibi durumların da iş gücü maliyetini artırdığını ileri sürerek erkek işçi çalıştırmak istediğini ifade edemez.

⁷⁰ Yenisey, a.g.e., 2002, s. 42-43; Ellis, E., & Watson, P., a.g.e., 2012, 94.

⁷¹ Yenisey, K. D. (2002). Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları. *Kamu-İş Dergisi*, 6(2), s. 42-43.

⁷² Süzek, a.g.e., 2008, s. 141.

Kıdemin odak merkezi olduğu uygulamalar ile ilgili işverenler, objektif olarak kıdem şartının işletme gereği veya işin niteliği ile ilgili olduğunu ortaya koyduğu takdirde dolaylı ayrımcılık söz konusu olmaz⁷³.

Ancak salt kıdeme bağlı olan uygulamalar yönünden dolaylı ayrımcılığın kadınlar aleyhine varlığını koruduğu bilinmektedir. Kadınlar geçmişten bugüne çocukların veya yaşlı ya da bakıma muhtaç aile büyüklerinin bakımlarından sorumlu kişiler olarak görülmüştür. Bu sebeple kadınlar iş hayatında genellikle ikinci planda tutulmuştur. Ailevi yaşamlarında ortaya çıkan durumlar sebebi ile çalışma hayatına ara vermek zorunda kalan ya da tam süreli çalışırken kısmi süreli çalışmaya başlayan kadınlar, yükselme ya da zam oranları belirlenirken işyeri kıdeminin göz önünde bulundurulduğu işletmelerde dolaylı ayrımcılığa maruz kalır.

d. Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri ve Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı

4857 sayılı İş Kanunundan önce kadınlar aleyhine kısmi süreli iş sözleşmeleri, dolaylı ayrımcılık oluşturmaktaydı. Bu sözleşmeler ile daha çok kadınların çalışması, işverenlerin de çalışan işçiler için çeşitli çalışma koşulları öngörmesi bu düşüncenin temelinde yer almaktadır⁷⁴. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi ile kısmi süreli ya da tam süreli iş sözleşmeleriyle çalışmakta olan işçiler arasında herhangi bir ayrımın söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir.

Bu sebeple de yürürlükteki mevzuatta, tam süreli çalışan işçilere göre kısmi süreli çalışan işçilere yapılan ayrımcılıklar, doğrudan ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Eğer bir uygulamada işveren tarafından görünüşte objektif bir şart aranıyorsa veya böyle bir uygulama yürürlüğe konuluyorsa ama bu şart ya da uygulama kısmi süreli iş sözleşmesi veya tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler içinden yalnızca kadınları olumsuz etkiliyor ise dolaylı cinsiyet ayrımcılığının yapıldığı ifade edilebilmektedir.

1.2.2.3. Olumlu (Pozitif) Ayrımcılık

Belirli alanlarda, az temsil edilen grupların fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi amacıyla olumlu anlamda bazı ayrımcılıklar sağlayan politika ya da programlar, olumlu ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. Eğitim, sosyal refah, sağlık ve istihdam alanlarında olumlu ayrımcılık programlarına rastlanmaktadır⁷⁵.

1.2.2.3.1. Olumlu Ayrımcılık ve Eşitlik İlkesi

Olumlu ayrımcılık uygulamaları ile klasik ayrımcılık kavramının farkı, olumlu ayrımcılık uygulamalarının belirli bir grup lehine yapılan ayrımcılıklar olması şeklinde ortaya konur. Bu ayrımcılık taşıdığı amaç ile makul kılınmaktadır. Yapılacak uygulamaların taşıdıkları amaç, lehine ayrımcılık yapılacak olan belirli bir grubun daha

⁷³ Yüksel, a.g.e., 2000, s. 118.

⁷⁴ Yenisey, a.g.e., 2005, 54; Yüksel, a.g.e., 2000, s. 220-221; Süral, a.g.e., 2006, s. 88.

⁷⁵ Öden, a.g.e., 2003, s. 36.

önce maruz kaldığı haksız tutumlar sebebiyle ortaya çıkan eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasıdır⁷⁶.

Olumlu (pozitif) ayrımcılıkta; ayrımcılık meydana getiren durum ya da ayrımcılığın yapılış şekli, eşitlik ilkesini herhangi bir şekilde zedelememektedir. Lehine olumlu eylem politikaları oluşturulup olumlu ayrımcılık yapılan grup ya da bireyler diğer grup ve bireylerle zaten ayrımcılık yapılmadan evvel eşit değillerdir. Bu bireyler, daha evvelden belli sebeplerden ötürü dolaylı ayrımcılığa maruz kalmış ve başka bireyler ile aralarında mevcut olan eşitlik dengesi bozulmuştur. Dolayısıyla olumlu ayrımcılıkta, bu bireylerin daha önce hiçbir ayrımcılığa maruz kalmamışçasına diğer bireylerle eşit hale getirilmesi amaçlanmıştır ve bu nedenle de olumlu (pozitif) ayrımcılık makul görülmektedir. Ceza hukuku anlamında da olumlu ayrımcılıklar ayrımcılık suçu teşkil etmemektedir⁷⁷.

Olumlu ayrımcılık programlarının ve politikalarının amacı, belirli bir grup üzerindeki eşitsizlikleri ortadan kaldırarak diğer grup üyeleri ile eşit hale getirmektedir. İzlenilen bu amaç uygulanacak olan olumlu ayrımcılık uygulamalarının sınırlarını belirlemektedir.

Olumlu ayrımcılık uygulamaları, toplumda var olan cinsiyet rollerini pekiştirecek nitelikte olmalı ve iş yerlerinin düzenini olumsuz etkilememelidir. Adalet Divanı bir kararında, toplu iş sözleşmelerinin veya iş sözleşmeleri ile kadınlar lehine ayrıcalıklı hükümlerin getirilmesini, kadınların cinsiyet rollerini pekiştireceği ve bu sebeple yapılacak düzenlemelerin herkesi kapsamaması gerektiğini belirtmiştir. Hamile kadınların çalışma saatlerinin daha az olması yönündeki kararların bu kapsamda değerlendirilmesi bu duruma örnek olarak verilebilmektedir⁷⁸.

1.2.2.3.2. Amerikan Hukukunda Olumlu Ayrımcılık

Amerikan Hukukunda olumlu ayrımcılığı bir örnek ile açıklamak gerekirse; Amerikan Hukukunda bir uygulamanın ırk ayrımcılığına neden olduğu ileri sürülmüş, işverenin ise siyahlar lehine olumlu ayrımcılık yaptığını ispatlaması ile mahkeme tarafından bir ayrımcı nitelik olmadığı belirtilmiştir. Siyahlar için kıdemlerine göre seçilip eğitime katılacak işçilerin seçimi sırasında bir kota konması, uyuşmazlığa konu olmuştur. Bu kota ile kıdemleri az dahi olsa belirli bir sayıda siyahlar da eğitime seçilmişlerdir. Bu uygulama ile ilgili bir dava açan beyaz, kıdeminin fazla olması ve eğitime seçilmemiş olmasına rağmen daha az kıdem sahibi olan siyahların seçilmiş olmasını ırk ayrımcılığı olarak ifade etmiştir. Davalı işveren, ırksal olarak dengesiz bir dağılım olduğunu belirtmiş ve bu dengesizliği ortadan kaldırabilmek adına bu uygulamayı gerçekleştirdiğini, bu durumun bir olumlu ayrımcılık olduğunu açıklamıştır⁷⁹.

Amerikan Hukukunda, olumlu ayrımcılıkların bireyi kazanılmış olan haklarından mahrum etmemesi, diğer bireylerin çoğunluğunun haklarını aşırı sınırlandırmaması, ırk

⁷⁶ Öden, a.g.e., 2003, s. 38; Le Goff, J. (2001). *Droit du travail et société*. Presses universitaires de Rennes; s., 88. Hernu, R. (2003). *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* (Doctoral dissertation, Amiens), s. 180.

⁷⁷ Yenidünya, C., a.g.e., 2006, s. 105.

⁷⁸ Yüksel, a.g.e., 2000, s. 324.

⁷⁹ Sullivan vd., a.g.e., 2002, s. 218-219.

veya cinsiyete dayalı denge durumlarını sağlaması amacını taşıdıkları takdirde hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁸⁰.

1.2.2.3.3. Olumlu Ayrımcılık ve Kota Sistemi

Genel olarak kadınların iş ilişkisinin devamı, istihdama kabul ve terfi alanlarında karşılaşmış oldukları ayrımcılıkların ortadan kaldırılması için oluşturulan kotalar, uygulanan politikaların asıl amacını oluşturur. Bu kotalar ile birlikte kadınların istihdam edilmesi sağlanarak, işe başlama aşamasında rastlanan cinsiyet ayrımcılığının belli bir oranda önüne geçilmektedir. Erkeklere oranla kadınların daha az yoğunlukta çalıştığı ve temsil edildiği mevki veya sektörlerdeki kadın sayılarını artırmak olumlu ayrımcılığın bir diğer yönünü oluşturmaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere olumlu eylem programlarının amacı, başlangıç noktasını kadınlar ile erkekler arasında eşitlemektir⁸¹.

1.2.2.3.4. Avrupa Birliği Hukukunda Olumlu Ayrımcılık

Adalet Divanı tarafından görülen Kalenke davasında kadınlar lehine konmuş olan kotalar inceleme altına alınmıştır⁸². Kalenke adındaki erkek çalışan, bahsedilen yasa hükmünün diğer yasalara ve Anayasaya aykırı olduğunu ve daha kıdemli bir eleman olduğunu öne sürerek yalnızca bu yasa sebebiyle seçilmediğini ifade etmiş ve davada bulunmuştur. Bu dava ilk derece mahkemesi ve bölge mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Böylece Adalet Divanının önüne uyuşmazlık konusu gelmiştir. Adalet Divanı, öncelik hakkının kadınlara verildiği yasal düzenlemelerin cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa neden olduğunu fakat 76/207: direktifindeki 2/4.maddenin⁸³ bu şekilde bir olumlu ayrımcılığa fırsat verdiğini ifade ederek dava kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu uygulama hukuka uygun bulunmuştur. Ancak kararda, aynı durumdaki iki kişinin kota uygulamasında, şartlar ne olursa olsun önceliğin kadınlara verilmesi şeklinde bir uygulamanın kabul edilmeyeceği belirtilmiştir⁸⁴.

Kalenke kararının verilmesi ile yürürlüğe girmiş olan Amsterdam Anlaşmasının 141/1. maddesi AB'de olumlu ayrımcılığın yasal temelini oluşturur. Bu maddeye göre, kadın-erkek arasındaki uygulamalarda eşitliğin sağlanabilmesi için, üye devletler sayıca daha az olan cinsiyet lehine istihdam alanı açarak birtakım düzenlemeler getirebileceklerdir. Bu doğrultuda oluşturulan hüküm ve uygulamalarda eşitlik ilkesine bir

⁸⁰ Sullivan vd., a.g.e., 2002, s. 220; Harper, M., Estreicher, S., & Tippet, E. (2016). Cases and Materials on Employment Discrimination and Employment Law: The Field as Practiced, s. 156.

⁸¹ Süral, a.g.e., s. 53.

⁸² Barnard, a.g.e., 2012, s. 422-423; Ellis, E., & Watson, P., a.g.e., 2012, s. 301-307; Le Goff, J., a.g.e., 2001, s. 443.

⁸³ "İstihdam, mesleki eğitim, yükselme ve çalışma koşullarında kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207/AET sayılı Konsey Direktifi 9 ve mesleki sosyal güvenlik programlarında kadın ve erkeğe eşit muamele uygulanmasına ilişkin 24 Temmuz 1986 tarihli ve 86/378/AET sayılı Konsey Direktifi üzerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Kadın ve erkeğe eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanmasına ilişkin üye ülkelerin kanunlarının yakınlaştırılması hakkında 10 Şubat 1975 tarihli ve 75/117/AET sayılı Konsey Direktifi 12 ve cinsiyete dayalı ayrımcılık davalarında ispat yüküne ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/AT sayılı Konsey Direktifi 13 de kadın ve erkeğe eşit muamele uygulanmasını amaçlayan ilgili hükümler içermektedir."

⁸⁴ Barnard, a.g.e., 2012, s. 420-424; Blanpain, a.g.e., 2003, s. 403-404.

aykırılık söz konusu değildir. Bu madde ile birlikte Kalenke davasında ortaya konan anlayış ile karşılaştırıldığında, olumlu ayrımcılığa daha ileri bir yaklaşım kazandırılmıştır⁸⁵.

Kalenke kararı ile Adalet Divanının belirttiği, kota uygulamasının aynı durumda iki kişinin söz konusu olması halinde önceliğin şartlar ne olursa olsun lehine olumlu ayrımcılık yapılan kişiye tanınmasını şeklinde bir yorum yapılamayacağı görüşü kanımızca doğru bir karardır.

Avrupa Birliği mevzuatında 2000/43 direktifin 5. maddesinde ve 2000/78 sayılı direktifte yer alan düzenlemeler olumlu eylem ile ilgilidir. Bu direktiflerin ilgili maddelerinde eşit davranma ilkesinin üye devletleri, uygulamada bir eşitliğin sağlanmasının, direktifin ırk, inanç, din, cinsiyet, yaş gibi koruma altına aldığı nedenlere dayanan ayrımcılıkların önlenmesi veya daha önce maruz kalınan ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alabilmelerinin önüne geçilmediği bir hükme bağlanmıştır.

1.2.3. Ayrımcılık Nedenleri

Bireylerin ayrımcılığa uğramalarına sebep olan faktörler iki grupta incelenir. Bunlardan ilk grup kişilerin kendi iradesi dışında gelişen ve değişmesinin mümkün olmadığı ırk, renk, yaş ve cinsiyet gibi kavramlarken ikinci grup ise din, sosyal ya da siyasal açıdan değerlendirilebilecek faktörler ve felsefi inançlardır⁸⁶. İkinci grupta yer alan faktörler biyolojik özellik taşınamasına karşı kişilerin kendi iradeleri dışında bu özelliklerin değiştirilmesi ahlaken beklenmez. Bu kapsamdaki faktörlerin tümü, düşünce ve inanç özgürlüğü ile birlikte kişisel hak ve özgürlüklerle korunmaktadır⁸⁷.

Hukuk düzeni, kişiler arasında dil, cinsiyet, renk, mezhep, sendikal faaliyetler, din ve ırk konusunda ayrımlar yapılmasını yasaklamaktadır⁸⁸. Mutlak ayırım yasaklarının dışında, haklı bir ayırım sebebi oluşturdukları ya da oluşturmadıkları öncesinde kesin olarak belirlenemeyen somut her olayın durum ve özelliklerine göre değerlendirilmesini gerektiren nitelikler ise ayırım yasaklarını oluşturur. İşçiler arasında kıdeme dayalı yapılacak olan bir ayırım haklı görülebilirken, iş niteliğinin bir gerekliliği olmamasına rağmen yaş niteliği ile ilgili bir ayırım yapılmasının hukuken uygun görülmemesi görece ayırım yasaklarına örnek verilebilir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının yabancı hukuk sistemlerinde de Türk Hukuk sisteminde de göstermiş olduğu gelişimler göz önüne alındığında, bugün için ayırım yasaklarının mutlak veya nispi olarak ele alınması bu yasaklar arasında böyle bir gruptandırılma yapılması gerekmez. Mutlak ayırım yasaklarının ölçütleri yanında Türk Hukukunda özürllülük ve iş sözleşmelerine dayanan ayrımcılıklar da ilgili yasalar ile düzenlenerek yasaklanmıştır.

⁸⁵ Blanpain, a.g.e., 2003, s. 405.

⁸⁶ Yüksel, a.g.e., 2000.

⁸⁷ Yüksel, a.g.e., 2000, s. 38.

⁸⁸ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 123-128.

1.2.3.1. Cinsiyet

Kadın-erkek arasında çalışma hayatında görülen ayrışma üç farklı düzeydedir. Bunlardan birincisi, kadınlar ile erkeklerin farklı işlerde ve iş kollarında çalışmalarını ifade eden yatay ayrışimlardır. Yatay ayrışmaya, hizmet ya da tekstil sektörlerinde daha fazla kadının çalışması örnek olarak verilebilmektedir. İkinci düzey ise aynı iş kolu ya da işte çalışan erkekler ve kadınların farklı orandaki yoğunlaşmalarını ifade eden dikey ayrışimlardır.

Yöneticilik pozisyonlarında erkek sayısındaki fazlalık dikey ayrışma örnek oluşturur⁸⁹. Üçüncü ve son düzey ise, sözleşme bazındaki ayrışimlardır. Kadınların çoğunlukla kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışması, erkeklerin ise sürekli iş sözleşmeleri ve tam zamanlı iş sözleşmeleri ile çalışması bu ayrışma biçimini oluşturur⁹⁰.

Cinsiyete dayanan ayrımcılık, kadınların temel gereksinimlerinden yoksun kalması, şiddet görmesi, çalışma hayatında erkeklere oranla çok düşük oranlarda temsil edilmesi, kamusal imkânlardan yararlanmasının önüne geçilmesi, işyerinde tacize uğraması, haksızlıklara maruz kalması, eğitim hakkı ve medeni haklardan yararlanamaması şeklinde ifade edilebilmektedir⁹¹.

AB’de temel bir hak olan ve ortak bir değer yargısı bildiren, birliğin büyümesi, istihdam ve sosyal birleşme amaçlarına ulaşılması için cinsler arasındaki eşitlik gerekli bir koşul kabul edilmektedir. AB ülkeleri cinsiyetler arasındaki eşitliği bu alanda çıkarmış olduğu mevzuat ve ilkelerle sağlamaya çalışmış, toplumda uygulanan tüm politika, program ve uygulamalara tüm kadınların dâhil edilmesini büyük ölçüde gerçekleştirmiş olsa da varlığını sürdürmekte olan birtakım eşit olmayan uygulamalar hala görülmektedir.

Bahsedilen durumun sebepleri arasında küresel rekabetin artmasıyla birlikte ortaya çıkan esnek ve hareketli iş gücüne duyulan ihtiyaç yer alır. Dolayısıyla daha esnek iş imkânları ve ailevi sorumlulukların erkeklerle eşit paylaşılamamasına bağlı olarak kadınların çocuklarını bırakabileceği çocuk bakım servislerinin azlığı sebebi ile toplumda cinsiyete dair var olan basmakalıp düşünceler neticesinde çocuk sahibi olmak veya kariyer yapmak arasında seçim yapmaya mecbur bırakılan kadınların bu durumdan oldukça etkilendiği genel olarak ifade edilmektedir.

1.2.3.2. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasi Düşünce

Avrupa Birliği’nde 2000/78 sayılı direktif kapsamındaki ayrımcılık sebeplerinden biri de din ve inançtır. Bu direktife göre, yapılacak olan işin niteliği ele alındığında objektif olarak belli bir din veya inanca mensup olmak gerekiyor ise yapılacak olan farklı uygulamaların ayrımcılık olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Fakat aranan şartların yapılacak olan meslek için belirleyici bir nitelikte olup olmaması konusunda sıkı ölçütlere bağlı olarak incelemeler yapılmaktadır.

⁸⁹ Acar, F. A., & Ayşe g. V., a.g.e., 1999, s. 10-17.

⁹⁰ Süral, a.g.e., 2006, s. 51.

⁹¹ Ata, N. (2010). *Temel haklardan yararlanmada cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı* (Doctoral dissertation, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü), s. 10.

Felsefi ve siyasi düşünceler, bireylerin manevi varlıkları kapsamında değerlendirilen diğer unsurlar arasında yer almaktadır. Anayasanın beşinci maddesi ile koruma altına alınan bu özgürlüklerle ilgili ayrımcılık yapılamamaktadır.

Siyasi nedenlere dayandırılarak iş sözleşmelerinin feshedilmesi, iş güvencesi kapsamındaki kişiler için geçersiz bir fesih iken, iş güvencesi kapsamı dışındaki bireyler için ayrımcı nitelikli fesihlerdir⁹².

Ülkemizde din ve inanç özgürlükleri Anayasanın 24 maddesi ile güvence altına alınmıştır. Belirli bir dini inanca mensup olma özgürlüğünü koruyan bu madde aynı zamanda herhangi bir dine mensup olmayanları da korumaktadır. Ancak kamu düzenine ya da laiklik ilkesine aykırı bir biçimde kullanılan din özgürlüğü kapsamına sokulmaya çalışılan davranışlar hukuk sistemi tarafından korunmamaktadır.

Kişinin manevi varlıkları içerisinde değerlendirilebilen felsefi ve siyasi düşünce Anayasanın 25. maddesi ile koruma altına alınmış olan özgürlükler içerisinde olduğu için ayrımcılık yapılamamaktadır. Her birey düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahiptir. Hiçbir sebeple ve amaç ile kimse bir başkasının düşünce ve kanaatlerini açıklamak zorunda bırakamamakta ve bu düşüncelerinden dolayı başkalarını suçlayamamaktadır.

1.2.3.3. Engellilik

5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun üçüncü maddesi engelli terimini, doğuştan ya da sonradan herhangi bir sebepten zihinsel, ruhsal, bedensel, duygusal ve sosyal yeteneklerini farklı derecelerde kaybeden, bu nedenle de toplumsal hayata uyum sağlamak ve günlük ihtiyaçlarını karşılamakta güçlük çeken her türlü destek hizmetlerine gereksinim duyan kişi olarak ifade etmiştir.

Öğretide engellilik “*doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal 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*” tanımlamaktadır.

Türk hukukunda, engellilere karşı yapılan ayrımcılıklar Engelliler Hakkında Kanun ve TCK’de yasaklanmıştır. İş Kanununun 5. maddesinde engellilik kavramı yer almamasına rağmen, bu maddenin metninde “benzeri sebepler” kavramının yer alması sebebiyle engellilik ve sağlık durumları ile ilgili yapılacak her türlü ayrımcılığa karşı koruma sağlanmaktadır⁹³.

İş Kanununun 30. maddesi⁹⁴ gereğince engelli işçileri çalıştırmak durumunda olan işverenlerin, engelli işçilerinin özel durumlarını göz önünde bulundurarak bu bireylere diğer çalışanlara göre olumlu anlamda daha farklı davranışları durumunda eşit işlem yapma borcuna karşı aykırı bir durum sergilemiş olmamaktadır.

⁹² Sözek, S. (1976). İş akdini fesih hakkının kötüye kullanılması. *İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Ankara, s. 96.

⁹³ Yıldız, a.g.e.,2008.

⁹⁴ 4857 sayılı 10.06.2003 tarihli Resmi Gazete, sayı, 25134, cilt, 42.

Amerikan Hukukunda ise 1990 tarihli Özürlü Amerikalılar Yasası (ADA) ile özürlülere karşı istihdamda ayrımcılık sınırları genişletilmiştir. Bu yasanın kapsamına federal devletler yanında yerel idareler, işçi sendikaları ve istihdam büroları da dâhil edilmiştir. Bu yasa kapsamındaki iş yerleri ticaretle ilgili bir iş kolunda ya da 20 takvim haftasının çalışılan günlerinde en az 15 işçi çalıştıran yerlerdir⁹⁵.

ADA, kapsamında bir kişinin özürlü olarak değerlendirilebilmesi için üç koşul söz konusudur. Fiziksel ya da ruhsal bir rahatsızlığının olması ve bu rahatsızlığın temel yaşam faaliyetlerine ciddi bir kısıtlama getirmesi, özürlü kaydının bulunması ya da böyle bir rahatsızlığa sahipmiş gibi işlem görmesidir. Bu koşullardan herhangi birinin olması durumunda birey özürlü kabul edilmektedir⁹⁶.

ADA özürlüleri, iş ile ilgili bulunması gereken nitelikleri taşımalarına karşın özürlülük durumları sebebi ile iş başvuruları, işe alma ve çıkarma, mesleki eğitim, çalışma koşulları gibi konularda ayrımcılığa karşı güvence altına almaktadır.

Bu yasa kapsamına dâhil olabilmek için gereken en önemli koşul ise, başvuru için gerekli niteliklere sahip bir özürlülük durumunun olmasıdır. Bu tanım karşısında bir iş kolunda çalışacak özürlü birey için gerekli olan faaliyetleri yerine getirebilecek kişi yorumu yapılabilmektedir. Bir kişi tüm önlemlerin alınmasına rağmen yapması gereken işin gereklerini yerine getiremiyorsa, ADA kapsamına dâhil edilmemektedir⁹⁷.

Amerikan hukuk sisteminde engellilik durumu olan bir bireyin iş başvurusunda bulunması ile işe alma aşamasında tıbbi bir incelemenin talep edilmesi söz konusu değildir. Aynı zamanda bu bireylere engellilik durumunu ortaya çıkaracak olan tüm soruların sorulması da doğru bulunmamaktadır. Ancak iş başvurusunda bulunan bireye söz konusu olan işle ilgili işin gereklerini yerine getirip getiremeyeceğinin tespiti doğrultusunda sorular sorulabilmektedir. İşverenin tıbbi muayene isteyebilmesi için tek koşul, çalışılacak olan iş kolunda çalışmakta olan tüm kişilere işin niteliğinden dolayı sağlık muayenesinden mutlaka geçmesinin gerekliliğini ortaya konulmasıdır. Bu muayene sonucundaki verilerin ise gizli kalması önemlidir. İş ilişkisi kurulduktan sonra ise ancak işçi razı olursa o zaman sağlık muayenesi yapılabilmektedir.

1.2.3.4. Sendikal Nedenler

Sendikal sebeplere dayanan ayrımcılık yasakları işe alma aşaması ile başlayıp iş aklının devamıyla geçerliliğini kaybetmemekte ve fesih durumunda bile varlığını sürdürmektedir. Fesih hakkının kötüye kullanımının en önemli örneğini sendikal nedenlere dayalı olarak yapılan fesih oluşturmaktadır⁹⁸.

Sendikal nedenlere dayandırılarak yapılan ayrımcılıklar İş Kanununun 5. Maddesi ile yasaklanmıştır.

⁹⁵ Sullivan vd., a.g.e., 2002, s. 46.

⁹⁶ Harper, M., Estreicher, S., & Tippet, E., a.g.e., 2016, s. 123.

⁹⁷ Sullivan vd., a.g.e., 2002, s. 82.

⁹⁸ Süzek, a.g.e., 1976, s. 106; Sümer, H. H. (1997). *İşçinin sendikal nedenlerle feshiye karşı korunması*. Mimoza Yay., s. 215.

Sendikal nedenlere dayandırılan ayrımcılık ile ilgili bir Yargıtay kararı incelemeye alındığında, işverenin 4773 sayılı Kanun yürürlükte değilken iş güvencesi ile ilgili hükümlerin uygulanmasının önüne geçmek amacı ile işçilerini belli bir süre için iş sözleşmesi yapmaya zorladığı, bu durum karşısında kalan işçilerin sendikaya üye olmaları ile bu defa üyelikten çekilmeleri üzerine baskı yaptığı, üyelikten çekilmeyenlerin iş sözleşmelerini feshettiği, çekilenlerin ise tekrar işe alındığı görülmüştür. Davalı işveren taleplerin ve siparişlerin azaldığı bununla birlikte ekonomik krize bağlı olarak bu fesihlerin gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. Ancak işyerinde üretim ile fazla çalışmaların arttığı görülerek bütün olgular bir arada değerlendirilmiş böylece feshin sendikal nedenlerden dolayı yapıldığı sonucuna varılmıştır⁹⁹.

Öğretide, sendikal tazminatın da ötesinde işveren tarafından sendikal nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımların ve yapılan işlemlerin direkt geçersiz kabul edilmesi ile daha etkili yaptırım sağlanabileceği öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, konu hakkında bir kanun değişikliği beklemekten ziyade mahkeme kararlarında bu yol işlem görmelidir¹⁰⁰.

1.2.3.5. Yaş

Yaş, kişilerin doğduğu andan itibaren geçen yıl ile ölçülen zamandır. Başka bir ifadeyle hayatın çeşitli aşamalarının her birinin ifade edilmesidir. Yaşa dayalı ayrımcılık ise kişilere yaşları itibariyle gösterilen olumsuz muameleleri ifade eder. Aynı yaşlarda olmayan çalışanlara gösterilen muamelelerin yaşlarının farklı olması sebebi ile farklı olması yaş ayrımcılığını oluşturur¹⁰¹.

Sanayi devriminden sonraki dönemde çalışma koşullarında köklü değişikliklerin meydana geldiği özellikle de 19. yy.'ın sonlarına doğru yaş ayrımcılığı ortaya çıkmıştır¹⁰².

⁹⁹ 9. Hukuk Dairesi 23.10.2019 Tarihli, 2019/7174 E., 2019/18429 K.,

“Davacı vekili; müvekkilinin davalı işyerinde çalışırken iş akdinin sendikal faaliyetlerde bulunması ve bu nedenle iş akdi fesh edilen arkadaşına tanıklık yapacak olması nedeni ile davalı işveren tarafınca fesh edildiğini, müvekkilinin üyesi olduğu sendikadan çıkarak başka bir sendikaya üye olmaya zorlandığını, bunu kabul etmeyip, başka bir arkadaşı için Yalova İş Mahkemesi'nin 2015/44 esas sayılı dosyasından tanık olarak bildirilmesi nedeni ile işten çıkartıldığını, müvekkilinin işe iadesine karar verilmesini 4857 sayılı Kanunun 21/3 maddesi gereğince 4 aylık ücret ve sosyal yardımları ile 4857 sayılı Kanunun 21/1 ve 6356 sayılı Sendikalar Kanunun 25. maddesi gereği sendikal nedenlerle fesih nedeni ile bir yıllık ücreti toplamından az olmamak üzere sendikal tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmadığı, feshin sendikal nedene dayanmadığı kabul edilerek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir. Karar süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş ve Dairemizin 16/10/2017 tarih, 2016/22130 Esas ve 2017/ 15679 Karar sayılı ilamıyla, sendikal tazminat talebi bakımından yapılan araştırmanın eksik olduğu gerekçesiyle bozulmuştur.”

¹⁰⁰ Sümer, a.g.e., 1997.56; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 09.12.2016 Tarihli, 2016/20609 E., 2016/20879 K. Davacı vekili, davacının 04.08.2015 tarihinde İnsan kaynaklarına çağırılarak işyerinden kıdem ve ihbar tazminatı ile 6 aylık ücret tutarında teşvik ödemesi yapılarak ayrılmasının teklif edildiğini, kabul etmeyince iş akdinin feshedildiğini, davalı şirketin sendika üyesi işçilerin iş akdini feshedip, sendikasız ve A statüsünde işçi aldığını, ayrıca işçilerden üyelikten istifa edip dayanışma aidatıyla çalışmaya devam etmelerinin istenildiğini, işverenin sendikayı etkisizleştirmeye çalıştığını öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine ve sendikal tazminata karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, davacının performansının düşük olduğunu ispatlanamadığı gerekçesiyle davacının işe iadesine karar verilirken sendikal nedenle tazminat talebi reddedilmiştir.

¹⁰¹ Sözer, a.g.e., s. 184.

¹⁰² Baybora, D. (2010). Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yaş ayrımcılığı düzenlemesi üzerine. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 24, s. 88.

Yaşlı çalışanlar yeni çalışma koşullarına uymamaları ve üretim taleplerini karşılayamamaları sebebiyle uzun yıllar çalışıyor olmalarına rağmen işten çıkarılmışlardır.

Yaş ayrımcılığı ile ilgili doğrudan düzenleme hukukumuzda henüz bulunmamakta ancak İş Kanununun beşinci maddesinde yer alan “benzeri sebepler” ibaresi çerçevesinde yaşa dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır.

Genel olarak iş sözleşmelerinin feshinde işçiler yaşları sebebi ile ayrımcılığa uğramaktadırlar. İşçiler için hukuk sistemimizde re’sen emeklilik öngörülmemektedir. Yaşlılık aylığına hak kazanan işçilerin iş sözleşmelerinde; iş, işyeri ya da işletmelerin gereksinimlerine göre iş sözleşmelerinin feshi, iş sözleşmesinin belirli bir yaşa ulaşıldığında kendi kendine sona ereceği veya feshedileceğine ilişkin kayıtlar konması uygulamada görülmektedir. Öte yandan; toplu iş sözleşmesine ya da diğer yazılı kaynaklara toplu işçilerin çıkarılmasında izlenecek sıra belirlenirken, yaşlılık aylığına hak kazanan bireylerin öncelikle seçilmesine ilişkin kurallara yer verildiğine sıkça rastlanmaktadır. Fakat belirtildiği üzere re’sen emeklilik hukuk sistemimizde öngörülmüş değildir¹⁰³.

Belirli bir yaşa erişme ya da yaşlılık aylığına hak kazanma şartları doğrultusunda iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin kayıtların yer aldığı hükümler hukuka uygun olmamaktadır¹⁰⁴. Fakat yaş gruplarının belirlenip bu doğrultuda bir ücret veya iş koşulu oluşturulmasında haklı bir sınıflandırma yapılması ya da söz konusu unsurların uygulama esasıyla beraber geçerli bir sebep oluşturabileceği belirtilmektedir¹⁰⁵.

Uluslararası hukukta, yaş ayrımcılığı ile ilgili düzenlemeler TİHEKK ile getirilmiş olan yaş ayrımcılığı konusunda önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), 14. maddesinde ayrımcılık yasağı durumlarının içerisinde yaş sebebi ile ayrımcılığı doğrudan belirtmemiş sayılan kavramlar dışında kalan başka nedenlere dayalı olan ayrımcılıklar da dâhil edilerek hiçbir nedene dayalı ayrımcılığın kabul edilmeyeceği yer alır. Bununla beraber yaş ayrımcılığı 14. madde kapsamında düzenlenmiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında 14. madde kapsamında yaşa dayalı ayrımcılığın kabul edilmesinin gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰³ **Sözer**, a.g.e., s. 199.

¹⁰⁴ **Sözer**, a.g.e., 2006, 201; Alp, M. (2006). Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? *Karar İncelemesi*, YKİ, 2.

¹⁰⁵ **Tuncay**, a.g.e., 2007; Ekonomi, M. (2006). Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme”. *Legal İHSGHD*, s. 9-15.

¹⁰⁶ **Karan**, a.g.e., 2017.; 9. Hukuk Dairesi 2016/1965 E. , 2019/11426 K

Davacı vekili özetle; davacının davalı işyerinde 20/07/2011 - 23/05/2014 tarihleri arasında poğaçacı ve simit ustası olarak, dini bayramların iki günü haricinde ulusal bayram ve genel tatil günleri dahil haftada 6 gün 19:00 - 05:00 saatleri arasında çalışıldığını, fesih tarihindeki son ücretin 1.400,00 TL. net olduğunu 2-3 aylık ücretin davalı uhdesinde kaldığını, yaşı nedeniyle işyerinde ayrımcılığa uğrayan davacıdan eksik ücretlerin ödeneceği vaadiyle hile yolu ile yazı alındığını, akabilinde iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'na aykırı şekilde sona erdiğini kullandırılmayan son yıla ait yıllık izin ücretinin kıstıyevmiye esasına göre ödenmesi gerektiğini açıklayarak tüm alacaklarının davalıdan tahsili ile yargılama gideri ve vekalet ücretinin de davalı tarafa yükletilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme 2- İhbar tazminatı talebinin kabulü ile, net 2.616,19 TL.nin 500,00 TL.sinin dava tarihi olan 10/10/2014 tarihinden, bakiye 2.116,19 TL.sinin talep artırım tarihi olan 14/07/2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar vermiştir.”

AİHM kararlarına göre yaş ayrımcılığı aynı zamanda ceza davalarının da konusunu oluşturmuştur. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı da beşinci bölümündeki E maddesinde ayrımcılık yasaklarını düzenlerken yaş ayrımcılığını dâhil etmemiş fakat ayrımcılık sebeplerini de sınırlı tutmamıştır.

İşe alım ve mesleki yönden eşit davranılmasını sağlamak için genel çerçeve oluşturan 27.11.2001 tarihli, 2000/78/EC sayılı konsey direktifi, altıncı maddesi ile yaş ayrımcılığı ile ilgili en geniş düzenlemeyi yapmıştır.

Söz konusu düzenleme ile yaş sebebiyle yapılan çeşitli muameleler için haklı kabul edilecek gerekçeler sıralanmış, bunun dışındaki durumların gerçekleşmesi halinde yaş ayrımcılığının ortaya çıktığı kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, ulusal kanuni düzenlemeler doğrultusunda meşru iş gücü piyasası ve istihdam politikası veya eğitim hedefleri gibi makul, objektif haklı bir gerekçe ile bunlara ek olarak kullanılan aracın ve hedeflenen amacın birbirleri ile orantılı olması gerekmektedir. Bu orantı sağlandığı takdirde devletlerin yapmış oldukları muamelelerin bir ayrımcılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Bahsedilen haklı kabul edilecek haller şöyle örneklerden biri şöyle verilebilir:

- Düzenlemeden elde edilecek sonuca göre, yaş temeline dayandırılan ayrımcılığın yasak olduğu, istisnai durumlarda belli şartlar ile yaşa dayanan farklı muamelelerin ayrımcılık durumu meydana getirmeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Uluslararası düzenlemelere genel anlamda bakıldığında yaşa dayalı ayrımcılığın, ayrımcılık yasaklarını düzenleyen düzenlemelerde direkt olarak yer almadığı fakat sayılanlar dışındaki herhangi bir statüye dayalı olarak farklı muamelelerin de ayrımcılık oluşturabileceğinin kabulü ile yaş temeline dayandırılarak farklı muamele gösterilmesinin ayrımcılık oluşturacağı kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Yaş ayrımcılığı, belirli hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ya da bu haklardan yararlanılmasında, çocuk, genç ve yaşlı biçiminde gruplandırılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Aynı zamanda bu ayrımcılık direkt olarak asgari ya da azami yaşların aylık ücretin davalı uhdesinde kaldığını, yaşı nedeniyle işyerinde ayrımcılığa uğrayan davacıdan eksik ücretlerin ödeneceği vaadiyle hile yolu ile yazı alındığını, akabilinde iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 Sayılı İş Kanunu'na aykırı şekilde sona erdiğini kullandırılmayan son yıla ait yıllık izin ücretinin kıstatelyevmiye esasına göre ödenmesi gerektiğini açıklayarak tüm alacaklarının davalıdan tahsili ile yargılama gideri ve vekalet ücretinin de davalı tarafa yükletilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkeme 2- İhbar tazminatı talebinin kabulü ile, net 2.616,19 TL.nin 500,00 TL.sinin dava tarihi olan 10/10/2014 tarihinden, bakiye 2.116,19 TL.sinin talep artırımı tarihi olan 14/07/2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar vermiştir.” verilmesi ile veya belirli bir yaş aralığı koşulu sunulması ile de gerçekleşebilmektedir¹⁰⁸. Yaşa dayalı

¹⁰⁷ Tuncay, a.g.e., s. 49.

¹⁰⁸ Türkmen, A. (2017). “6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukuku'na Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(149- 150).

ayrımcılık genel olarak yaşlılara yönelik olarak karşımıza çıkmakta ancak ayrımcılık türü olarak sadece yaşlıları kapsamamaktadır¹⁰⁹.

Yaşa dayalı ayrımcılık, iş sözleşmelerinin kurulmasından önce ya da kurulan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde kendini gösterebilmektedir. İş sözleşmesi öncesine bir örnek verilirse, iş ilanlarında 35 yaş ve üzeri bireylerin veya 40 yaşını doldurmayan bireylerin ya da 35-40 yaş arasındaki bireylerin başvurabileceği ile ilgili koşulların belirtilmesi yaş ayrımcılığını ortaya çıkarmaktadır.

İş görüşmelerinde genç kişilerin iş için arandığının belirtilerek görüşmelerin sonlandırılması da bir yaş ayrımcılığı oluşturmaktadır. İş ilişkisinin devamında yaş ayrımcılığıysa, daha fazla ücret, çalışma süresi ya da yıllık izin şeklinde kendini göstermektedir. İşçilere ödenen aylık ücretlere bir zam yapılması planlandığı vakit işçinin verimliliğinin ve kıdeminin göz ardı edilerek bir kimse emekli olmaya yaklaştı diye o kimsenin işbu yapılması planlanan zamların kapsamı dışarısında tutuluyor oluşu da açık bir yaş ayrımcılığına örnek teşkil etmektedir ve bu iş ilişkisinin devamında yapılan yaş ayrımcılığının bir örneğidir.

Yıllık izin yönünden örnek verilecek olursa; planlanmış olan ücret zammı için işverenin çalışanın kıdemi yerine çalışanın yaşına bakarak daha az ya da daha fazla süreli yıllık izin kullanma hakkı tanınması durumu yaş ayrımcılığını meydana getirmektedir.

Çalışma süreleri açısından örneklendirilirse, haklılaştırmayı sağlayacak gerekçeler halinde öngörülmüş olan yaşa dayalı olarak farklı veya esnek çalışma saatleri kenara bırakıldığında yaşı 30'a kadar olan çalışanlar ve yaşı 30 üzeri olan çalışanlar bakımından çeşitli çalışma sürelerinin kabulü durumunda yaşa dayalı ayrımcılık ortaya çıkmış olacaktır.

İş sözleşmelerinin sona ermesi durumunda yaş ayrımcılığına ilişkin olarak ise esasen belirtilmesi gereken bir husus vardır. Memurların görmüş oldukları kamu hizmetlerinin bir gereği olarak, gençler adına istihdam alanlarının açılması amacı ile öngörülmüş olan emeklilik yaşına ilişkin yapılan düzenlemelerin hukuka uygunluğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla beraber; iş sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin belirli bir yaşa geldiklerinde iş akdinin kendiliğinden son bulacağına dair yapılan düzenlemeler iş hukuku açısından da TİHEKK açısından da geçerli kabul edilmemektedir¹¹⁰.

Hukuk sistemimizde ise, İş Kanunu açısından geçerli sebeplerle fesihlerin düzenlendiği 18.maddenin gerekçesinde emeklilik yaşına gelmek, işyerinden kaynaklanan nedenlerle yapılacak fesihlerde geçerli bir neden olarak kabul görmektedir.

6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile yaş nedeni ile yapılan ayrımcılıklara belirli istisnalar getirilmiştir. TİHEKK, ayrımcılık iddialarının ileri sürülemeyeceği durumları sıraladığı 7.maddesinin, “a” ile “c” fıkralarında belirli sınırlar

¹⁰⁹ **Düğmeci, F.** (2019). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, (Birinci Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 170.

¹¹⁰ **Ünal, a.g.e.,** 2018, s. 36; **Kocabıyık, S.** (2009). “Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?”. Sicil İş Hukuku Dergisi. 4(13), s. 28.

getirilmiştir. Buna göre, mesleki gereklilikler ve hizmet gereklilikleri durumunda, amaca göre yaşa bağlı olarak farklı muamelelerin yapıyor oluşu bir ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir¹¹¹.

Yaş nedeni ile ayrımcılıkların belirli sınırlarının olduğu kabul edilmelidir. TİHEKK, ayrımcılık iddialarının ileri sürülemeyeceği durumları sıraladığı yedinci maddesinin, a ile c fıkralarında belirli sınırlar getirilmiştir. Buna göre, mesleki gereklilikler ve hizmet gereklilikleri durumunda, amaca göre yaşa bağlı olarak farklı muamele ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir.

İş Kanunu bakımından çalışma yaşıyla ilgili olarak getirilmiş olan belirli sınırlamalar da mevcuttur. İş Kanununun 71. maddesiyle¹¹² çalışma yaşıyla ilgili düzenlemede sosyal amaçlar ile çocukların korunmasına yönelik olması göz önünde bulundurularak belirlenen yaş sınırlarının altındaki bireylerin çalıştırılmasının yasak olması ve yaş ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹¹³.

Yaşa dayalı ayrımcılığın da diğer ayrımcılıklarda olduğu gibi doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu ayrımcılık ya da başka bir ayrımcılık türü şeklinde gerçekleşmesi mümkündür.

1.2.3.6. Kıdem

Kıdem, başlangıçta objektif ölçüt gibi görülse de kadınlar aleyhine bazı durumlar için dolaylı ayrımcılık yaratabilmektedir. Kadınların istihdamındaki eşitsizlik nedeniyle, benzer ya da eşit durumda olan erkeklerle göre çalışma yaşantılarına daha geç başlamaktadırlar. Bununla birlikte çalışma süreleri aile yükümlülükleri sebebi ile erkeklerle göre daha fazla kesintiye uğramaktadır. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda

¹¹¹ “TİHEKK a)İstihdam ve serbest meslek alanlarında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller (md.7/f.1/(a) bendi) 7.maddenin 1.fikrasının (a) bendi istihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu meslek gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı farklı muamelelerde ayrımcılık iddiasında bulunulamayacağını düzenlemektedir. c) İşe Kabul ve İstihdam Sürecinde Yaş Temeline Dayalı Farklı Muamele (md.7/f.1/(c) bendi) 1.fikranın (c) bendi ile, hem işe kabul sırasında hem de istihdam sürecinde, hizmetin getirdiği zorunluluklardan dolayı yaş sınırının belirlenip uygulanması nedeniyle ve ayrıca amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muameleyle karşı ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır.”

¹¹² İş Kanunu Madde 71: Onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez. Onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile onbeş yaşını tamamlamış, ancak onsekiz yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, ondört yaşını bitirmiş ve ilk öğretimini tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri hafif işler ve çalışma koşulları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Ancak, onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir. Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda birinci fıkrada öngörülen süreleri aşamaz.”

¹¹³ Türkmen, a.g.e., 2017, s.77 ; Düğmeci, a.g.e., 2019, s.101.

objektif bir ölçüt gibi görünmekte olan kıdem şartının, bahsedilen özelliklere göre kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılığa sebep olabileceği görülmektedir¹¹⁴.

1.2.3.7. Yabancılık

Yabancılar uygulamalarda, ırk ya da etnik kökene dayanan ayrımcılıklarla karşı karşıya kalabilmektedir. Kişi, yabancılardan veya kendinden farklı olan bireylerden korkması ya da nefret etmesi sebebiyle yabancılara karşı ayrımcılık yapabilmektedir. Bu korku uygulamasında zenofobi terimi ile karşılanır. Zenofobi, farklı olanın tehlikeli olduğunun düşünülmesinden doğmaktadır.

Yasal olarak çalışmakta olan bir yabancıya işverence ücret, iş koşulları veya iş sözleşmesinin feshi konusunda ayrımcılığın yapılması, iş ilişkisi içerisinde tacizde bulunulması veya ırka dayalı ayrımcılık kapsamlarında değerlendirilerek işlem görmektedir.

İlgili mevzuatlar ile yabancı bireylerin ülkelere giriş, ikamet ve çalışma izinleri düzenlenir. Ülkelerin durumlarına göre yapılacak olan düzenlemelerde değişiklikler görülebilir. Vatandaşlara göre yabancılardan hukuki düzenlemelerindeki farklılıklar, ırk ya da etnik kökene dayandırılarak ayrımcılık olarak değerlendirilmez¹¹⁵. Fakat ülkeye yasal yollardan girmiş ve usullere uygun çalışma izinlerini alarak işe başlamış olan yabancıya iş ilişkisinde, ülkenin kendi vatandaşlarından farklı olarak yabancılık durumuna dayalı bir uygulama yapılmamaktadır. Bir yabancı işyerinde yasal olarak çalışmaktaysa, işveren tarafından çalışma koşulları, iş sözleşmesinin feshi veya ücret konusunda ayrımcılık yapılması ya da iş ilişkisinde herhangi bir tacizde bulunulması milliyete veya ırka dayalı ayrımcılık kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir¹¹⁶.

¹¹⁴ **Yüksel**, a.g.e., 2000, s.25 ; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 09.12.2016 tarihli E. 2015/43531, K. 2016/20810, “Davacı vekili, iş akdine davacı işçi tarafından haklı nedenle son verildiğini öne sürerek kıdem tazminatı ile ayrımcılık tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir. emyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 09.12.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

¹¹⁵ **Mollamahmutoğlu**, a.g.e., 2008, s. 67.

¹¹⁶ **Yıldız**, a.g.e.,2008, s. 75.

İKİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNUN KOŞULLARI, SINIRLARI VE UYGULANDIĞI HALLER

2.1. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI

2.1.1. İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik)

Eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi, işverene yüklenen benzer durumlardaki çalışanlara yönelik bir eşit davranma borcu olduğu ve bu işverenin çalışanlarına eşit davranıp davranmadığının tespiti için, çalışmakta olan kişilerin aynı işyerinde olması ve benzer şartlarda çalıştıklarına dair bir iş ilişkisinin olması gerekmektedir¹¹⁷. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, öncelikle, eşit davranmanın söz konusu olacağı işçiler arasında, aynı işyerine ait olma yoluyla kurulacak olan bir iş ilişkisinin varlığı aranır. Buna göre, aynı işverenin veya değişik işverenlerin birbirinden ayrı işyerlerinde çalıştırdığı işçiler karşısında, eşit davranma borcu yoktur. Bununla birlikte, tamamen birbirine benzeyip tekdüzen esaslarla yönetilen, yer itibarıyla birbirlerine yakık bulunan veya işçilerin birinden diğerine nakli sık olarak gerçekleşen aynı işletmeye bağlı işyerlerinin oluşturduğu özel durumlarda, istisnaen, eşit davranma borcundan söz edilebilir¹¹⁸.

Alman hukukunda eşit davranma borcu uzun süre boyunca, aynı iş yerlerindekiileri kapsamakta fakat işletme kapsamında yalnızca istisnai durumlarda (örneğin yöneticiler hakkında) uygulanması kabul edilmişti. Ancak Federal İş Mahkemesi bu esastan dönerek eşit davranma borcu ile işlem yapma yetkisinin bir bağlantısı olduğunu, bu sebeple de kuralı koyanın yetkisi altındaki her yerde eşit davranma borcunun uygulama alanına gireceğini yakın tarihli kararlarında¹¹⁹ kabul etmektedir.¹²⁰ Buna göre ise eşit davranma borcu işyeri esasına göre değil, işletme esasında uygulanmış olacaktır.

İşçilerin aynı işyerinde çalışmaları ve ilgili işyerinde çalışma koşullarının sıkı bir şekilde aranması birtakım adaletsiz uygulamaları ortaya çıkarabilir. Çeşitli alanlarda faaliyette bulunan işveren, yapılmış olan işin farklılığından dolayı işçilerine farklı çalışma koşulları sunabilmektedir. Örneğin; inşaat işçileri ve kargo işçileri arasında ödenecek sosyal yardım, ücret ya da çalışma koşulları gibi durumlarda farklı uygulamalar yapılabilmektedir. Fakat her durumda işveren, aynı iş kolunda çalışmakta olan işçileri arasında eşit davranma borcunun olduğu kabul edilmelidir. Örneğin; bir işveren her banka şubesinin farklı iş yerleri olduğunu öne sürerek, bu bankalarda çalışan ve aynı işi yapmakta olan işçiler arasında herhangi bir ücret, çalışma koşulu ya da sosyal yardım farklılığına gidemez.

Bir işveren aynı alanda faaliyet gösteren iş yerlerinde çalışmakta olan işçileri arasında yalnızca çalışma koşullarının farklı olması sebebi ile farklı uygulamalarda bulunabilmektedir. Örneğin bir işverenin büyük şehirdeki iş yerlerinde çalışan işçileri için

¹¹⁷ Kaya, a.g.e., 2009, s. 58.

¹¹⁸ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 112; Demircioğlu, Centel, Kaplan., (2019). İş Hukuku, B. 20, İstanbul s. 117.

¹¹⁹ Alman Federal İş Mahkemesi, T. 12.12.2013, S. 8 AZR 838/12.

¹²⁰ Baysal, U. (2010). İşverenin eşit davranma borcu ve iş sözleşmesinin feshinde uygulanması. *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S, 25, s. 65.

şehrin trafiği göz önünde bulundurularak servis imkânı sağlanabilmektedir. Aynı işveren ulaşım sıkıntısı olmayan küçük bir şehirdeki işyeri çalışanları için servis sağlamayabilir. Bu durumda servis imkânı sağlanmayan işçiler eşit davranma borcuna aykırılık olduğunu iddia edememektedir. Çünkü böyle bir durumda işverenin işçileri arasından yapmış olduğu farklı uygulamalar objektif nedenlerle haklılaştırılabilir.¹²¹

2.1.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, işverenin işyerinde çalıştırdığı işçilerin, sayı itibariyle birden fazla olması gerekir. Çünkü, eşit davranma ilkesi, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasını içerir ve bu da, doğal olarak, en az iki işçinin, yani bir işçi topluluğunun varlığını zorunlu kılar. Böylece, eşit davranma borcu, ancak işçi topluluğunu ilgilendiren konularda söz konusu olabilir.¹²² Dolayısıyla, herhangi bir işyerinde eşitlik ilkesinin uygulandığı ya da uygulanmadığını anlayabilmek için o işyerinde en az iki kişinin çalışıyor olmalıdır.¹²³

Eşitlik ilkesinin işveren açısından devreye girmesi için, bahsedilen işçi topluluğunu yakından ilgilendiren bir uygulama ya da davranışın gerçekleşmesi aranır. Burada ek bir parantez olarak bir işyerinde geçici bir süre için çalışmakta olan işçilerin durumunda da şu noktaya değinmekte fayda vardır:

Haklı ve objektif bir neden olmadığı takdirde ödünç iş ilişkisi ile gönderilen işçiler, gönderen işverenin uygulamalarında işyerindeki diğer iş gören işçilerden farklı bir işleme tabi olmamalıdır. Bununla birlikte, işyerinde çalışmakta olan işçilere uygulanan çalışma koşulları konusunda da gönderilen işveren o kişilerden farklı bir işlem görmemelidir.

Kamu işverenlerinde ortaya çıkma ihtimali olan sorun ise, iş yerlerinde bir işçi topluluğuyla beraber memurların da yer almasıdır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda işçiler ile memur kadrosunda olan kişiler kıyaslanmamalıdır.

2.1.3. Kolektif Bir Uygulama Olması

İşverenin açık veya kapalı biçimde kolektif bir kural oluşturması veya kolektif bir davranış sergilemesi halinde eşit davranma borcundan söz edilebilir.¹²⁴ Genel ve objektif nitelikteki uygulamaların tümü hukuken kolektif nitelikteki davranışlardır. Bir ya da birden fazla işçinin kolektif nitelikteki uygulamaların dışında bırakılması durumunda eşit davranma borcu ihlal edilmiş olur.¹²⁵

İşverenler, iş yerlerinde kural oluşturup, oluşturacakları bu kurallarını içeriğini kendileri belirleyebilmektedir. Belirlenecek olan bu kural eşit davranma borcunu dikkate aldığı takdirde, işveren kuralın uygulanacağı grubu da kendisi belirleyebilmektedir. İşverenin kendi koyduğu bu kuralların istisnalarını oluşturmada, istisnalardan etkilenecek işçi ya da işçilerin kural kapsamına dâhil olan diğer işçilerden kötü bir duruma düşmemesi

¹²¹ Yenisey, a.g.e., s. 102-106.

¹²² Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, s. 543.; Yenisey, a.g.e., 2005, s. 61, Demircioğlu, Centel, Kaplan, 2019, s., 118; Baysal, a.g.e., 2010, s. 68.

¹²³ Kaya, a.g.e., 2010, s. 83; Baysal, a.g.e., 2010, s. 68

¹²⁴ Baysal, a.g.e., 2010, s. 70.

¹²⁵ Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, s. 547.

gerekmektedir. Aynı durum işverenin verecek olduğu disiplin cezalarında da geçerlidir. İşverenin haklı nedenler dışında ayırım yapması söz konusu değildir.¹²⁶

Bunun yanında işverenin üçüncü kişilerden kaynaklanmış olan farklılıkları eşitleme zorunluluğu da yoktur. Bu bağlamda; söz konusu farklılık yasal bir düzenleme veya toplu bir iş sözleşmesine dayanıyorsa, yalnızca normlar hiyerarşisi dikkate alınarak, farklılığa sebep olan düzenlemenin bir üst norma göre uygunluğu çerçevesinde denetlenebilir.

Toplu iş sözleşmelerinde ortaya çıkan maddi yararlardan yalnızca sendikaya üye olan işçilerin yararlanabilmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilememektedir. Fakat maddi yararlar dışında kalan, ücretli izin, iş sağlığı ve güvenliği ya da disiplin cezaları gibi konularda toplu iş sözleşmeleri, sendika üyesi olmayan işçilere de aynı şekilde uygulanmaktadır.¹²⁷

2.1.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma

Eşit davranma borcunun ortaya çıkması için gereken diğer bir koşul, zamanda birliktir. İşverenin eşit davranma borcunu yerine getirip getirmediği tespit edilirken, aynı zaman dilimi içinde yapılan uygulamalar dikkate alınarak karşılaştırma yapılmaktadır. Geçmişte gerçekleştirilen bir uygulama, bugün gerçekleşmekte olan bir uygulama için bir ölçüt niteliği taşımaz.¹²⁸

2.1.5. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması

Eşit davranma borcundan söz edilebilmesi için işveren ile işçi arasında iş sözleşmesi kurulmuş olması gerekir¹²⁹. 4857 sayılı kanununun 5. maddesinde iş ilişkisinde herhangi bir ayırım yapılmasının mümkün olmadığına yer verilir. İş ilişkisinde bir ayırım yapılmaması kural olarak, iş ilişkisinin öncesini ve iş ilişkisinin sonrasını dışarıda bırakır¹³⁰.

İşçi, işverenden iş ilişkilerinin başlaması öncesinde yapılmış olan herhangi bir kolektif işlem ile ilgili eşit davranma borcuna uymasını talep edemez. Çünkü işverenin bu işçiye eşit davranma borcu, iş ilişkisinin başladığı zamanda oluşmaktadır. Diğer bir deyişle; işveren için eşit davranma borcu geriye etkili olarak yürütülemediği gibi bunun doğal sonucu olarak işveren geriye etkili olarak yapmış olduğu uygulamalardan sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde işçinin işveren ile iş ilişkisinin bitmesi durumunda da işçi işverenden eşit davranmasını talep edemez. Fakat usulsüz fesihlerdeki gibi, iş ilişkisinin fiilen ortadan kalkması ile birlikte bildirim süresi içerisinde ortaya çıkan işçilik haklarından işçilerin faydalandığı durumlarda, bildirim süresinin bitimine kadar eşit davranma borcunun da devam ettiği genel hatlarıyla kabul edilebilir¹³¹.

¹²⁶ Süzek, a.g.e., 2005, s. 122; Çelik, a.g.e., 2007, s. 153.

¹²⁷ Baysal, a.g.e., 2010, s. 72.

¹²⁸ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 185 ; Tuncay, a.g.e., 2007, s. 121.

¹²⁹ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 192 ; Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 135.

¹³⁰ Süzek, a.g.e., 2005 s. 122; Tuncay, a.g.e., 2007, s. 138.

¹³¹ Eyrenci, a.g.e., s. 251.

2.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN SINIRLARI

2.2.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Anayasanın 48/I¹³². maddesi ile sözleşme özgürlüğü ilkesi koruma altına alınmıştır. Bu ilke, sözleşmenin karşı tarafını seçme, yapılan bir sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ve akit yapıp yapmama durumlarını kapsamaktadır.

Eşit davranma ilkesi ve sözleşme ilkesinin karşılıklı olarak durumları konusunda çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Ortaya atılan bu fikirlerin bazıları sözleşme özgürlüğünün tüm durumlarda eşit davranma özgürlüğünden önce geldiğini savunmuş, bazıları ise birbiri ile çatışan bu ilkelerin hangisinin diğerine göre üstünlük sağladığının sosyal devlet ilkesi ile çözülebileceğini belirtmiştir. Söz geçen sosyal devlet ilkesi ise, toplumda yer alan zayıf kişileri güçlülere karşı korumayı amaçlayarak, bireyler arasında gerçekleşen ilişkilerin adil bir biçimde yürütülmesini sağlayabilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü niteliği itibarıyla iş hukukunu sınırlandırmaktadır. İşverenin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının amacı, iş hukukuna karakteristik bir özellik katmaktadır. İş hukuku işçiyi korumak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu sebeple eşit davranma ilkesi ve sözleşme ilkesi çatıştığında, eşitlik ilkesi sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır¹³³.

Türk hukukundaki kabul edilişliği en yüksek görüş, işverenin bir kişiyi işe alma esnasında eşit davranma yükümlülüğünde olmamasıdır. Bu görüşe göre, Anayasa’da güvence altına alınan girişim ve sözleşme özgürlüğünün sonucu olarak, işveren işe alacağı işçilerin arasından hangisinin iş için daha verimli ve uygun olduğunu belirleme hakkına sahiptir. Bununla birlikte eşit davranma yükümlülüğünden bahsedebilmek için iki taraf arasında bir iş ilişkisinin olması şarttır. Sözleşme görüşmelerinin yapılması esnasında taraf arasında bir iş ilişkisi kurulduğu söylenememektedir. Çünkü iş ilişkisi kavramı, işverenin işçiyi çalıştırmasına dayanan ve işçiye ise işverenin işlerini yapma borcu yükleyen fiili bir ilişkidir.

2.2.2. Orantılılık İlkesi ve Eşit Davranma Borcu

Orantılılık bir başka deyişle ölçülülük ilkesi amaç ve aracı karşılaştırarak yapılacak müdahalenin ağırlığı ve müdahaleyi hukuka uygun bir biçime getirmekte olan nedenlerin sahip olduğu önemler arasında değerlendirilmelerin yapılmasıdır¹³⁴.

Hukukun genel kuralları ve Anayasa işverenin yönetim hakkını kısıtlamakta olup işverenin işçiler arasında dengeli bir şekilde davranması gerekmektedir. Bu durum esasen orantılılık ilkesinin özünü oluşturur. İşçiler arasında işverenin, eşit davranma ya da özelde ayrımcılık yapmama borcu mutlak bir borç değildir. Eşitsiz bir davranışın ya da ayrımcılık ortaya çıkardığı iddia edilen ölçütün gerisinde haklı nedenlerin yer aldığının gösterilmesi ile eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilememektedir. Böyle bir durumda herhangi

¹³² “IV. Çalışma ve sözleşme hürriyeti

Madde 48 – Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

¹³³ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 144-145; Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 133; Yüksel, a.g.e., 2000, s. 138-142.

¹³⁴ Metin, Y. (2002). Ölçülülük ilkesi, Karşılaştırmalı bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, s. 95.

ayrımcılık da gerçekleşmemiş olmaktadır. Objektif ve haklı nedenlerin eşit davranma borcu veya ayrımcılık yasağına aykırı bir davranışı kabul ettirebilmesi için aranan ölçülülük derecesi aykırı olduğu öne sürülen normların türüne göre değişebilmektedir¹³⁵.

Orantılık ilkesine Yargıtay'ın da değindiği görülmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde incelemelerde bulunduğu bir uyuşmazlıkta, uygulanacak olan yaptırım ile işçinin eylemi arasındaki orantıya değinmiş, işçinin kıdemini ise belirleyici unsur olarak değerlendirmiştir.

Eşit davranma borcuna aykırı olan davranışları haklı kılabilecek sebepler için aranmakta olan orantılılık ilkesi, ayrımcılık yasaklarına göre nitelikleri bakımından daha gevşektir.¹³⁶ Kişilerin ırk, din, dil ya da cinsiyet gibi nedenlere dayalı olarak ayrımcılığa uğramamaları temel haklarındandır. Bu haklara getirilmiş olan sınırlamaların nitelikleri ile eşit davranma borcunu aykırılık arasından farklar bulunmaktadır. Yani cinsiyete dayalı olarak doğrudan ayrımcılığı haklı kılmayan bir neden, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışını haklı kılabilir¹³⁷.

2.3. EŞİT DAVRANMA BORCU ÇERÇEVESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI

2.3.1. İş İlişkisinin Kurulmasında Ayrımcılık Yasağı

İş ilişkisi ve işin sona erdirilmesinde ayrımcılık yapılmayacağı açık olsa da iş ilişkisi kurulmasında durum bu kadar net değildir. Ayrımcılık yasakları daha tereddütlü bir görünüme sahiptir. 4857 sayılı kanunun 5.maddesine 6/2/2014 tarihinde getirilen ek fıkra ile iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayırım yapılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Anayasanın 48.maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyeti başlığı altında herkesin (işverenin) sözleşme serbestisi ve girişim özgürlüğü düzenlenmişse de anayasanın 10.maddesinde kanun önünde eşitlik güvence altına alınmıştır. Bu durumda çatışan iki anayasal hak karşımıza çıkmaktadır ki öğretilerdeki bir görüşe göre; kişinin insan olmasından kaynaklanması nedeniyle değiştiremeyeceği ve değiştirmesi beklenemeyecek ve talep edilemeyecek özellikleri söz konusu olduğu vakit, sözleşme serbestisi karşısında ayrımcılık yasağına üstünlük tanımak, işverenin işe almada bu yasağı uyma borcu olduğunu kabul etmek gerekir¹³⁸. Öte yandan; daha evvelden de bahsettiğimiz üzere İş Kanununun 5.maddesinde de işe alımdan itibaren eşit işlem yapma borcunun bulunduğu açıkça ifade edilmiştir.

¹³⁵ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 996.

¹³⁶ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 997.

¹³⁷ 9. Hukuk Dairesi 2015/28748 E., 2019/2083.K. “işyerinde ana okulu öğretmeni olarak belirli süreli iş sözleşmesiyle 01.09.2012-31.08.2013 tarihleri arasında çalışmayı kabul ettiğini, iş sözleşmesinin “o” maddesi gereğince sözleşmeyi erken fesheden tarafın diğer tarafa bakiye süre ücreti kadar tazminat talep hakkı bulunduğunu, davalının 10.09.2012 tarihinde işten ayrılması neticesinde müvekkilinin cezai şart talep hakkının doğduğunu ileri sürerek, cezai şart alacağının davalıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece belirli süreli sözleşmenin süresinden önce feshedildiği durumlarda fahiş cezai şarttan bahsedilemeyeceği, şart ve ceza arasında eşitlik ve orantılılık bulunduğu, işçinin aleyhine bir durum olmadığı, belirli süreli sözleşmenin geriye kalan kısmına ilişkin olması nedeni ile ayrıca hakkaniyet indiriminin yapılamayacağı ve buna göre davacının sözleşmenin geriye kalan süresine ilişkin toplam ücretten sorumlu olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.”

¹³⁸ Süzek (2020), s.459

2.3.1.1. Cinsiyet ve Gebelik Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı

İş sözleşmesinin yapılmasında, cinsiyet ve gebelik sebepleri ile farklı işlem yasakları İş Kanunu'nun 5/III maddesinde düzenlenmiştir. Fakat bu maddenin devamındaki fıkralarda işverenin, iş görüşmeleri esnasında cinsiyet sebebi ile yapacağı ayrımlar sonucunda uygulanacak olan yaptırımlar yer almaz. İş Kanunu'nun beşinci maddesinin yaptırım ile ilgili fıkrası şöyledir: *“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.”* Bu fıkraya bakıldığında iş ilişkisi ve bu ilişkinin sona ermesi durumunda ayrımcılık tazminatı talep edilebilir.

İş ilişkisi devam ederken işveren, yapılacak işin gereği belirli süreli iş sözleşmesi gerçekleştirmek istemekteyse iş başvuru yapan kişiye hamile olup olmadığını sorması herhangi bir ayrımcılık oluşturmaz. Yani, işveren bir projesinde sekiz aylık bir işçi çalıştırmak istiyorsa, başvuran kadınlara hamile olup olmadığını sorabilmelidir. Bu iş sözleşmesinin yapılmasındaki amaç, işin kesintiye uğramadan sekiz ay boyunca yürütülmesidir. İşveren, iş için ya da işte kullanılması gereken bir maddenin anne veya bebek sağlığı açısından tehlikeli bir madde olması durumunda kesinlikle görüşmeye gelen adayın gebelik durumunu öğrenmelidir.

2.3.1.2. Belli Bir Yaş Koşulunun Öngörülmesi ile Ayrımcılık Yasağı

İş hayatında yaş ayrımcılığı kişinin işe alınırken, alındıktan sonra ya da işten çıkarılması durumunda söz konusu olmakta ve bu ayrımcılık istihdamın hemen her alanında meydana gelmektedir. Farklı yaşlar arasında çeşitli muameleler, en sık işe alım esnasında görülmektedir. Yaş ayrımcılığının günümüzde 40 yaş ile başladığı gözlemlenmiştir¹³⁹. Bir iş ilanında, 30 yaş üzeri kişilerin başvurmasına gerek yoktur, ifadesi yaş ayrımcılığına örnek olarak gösterilebilmektedir.

İstihdamda sık sık yaş ayrımcılığını etkileyen bir diğer örnek ise zorunlu emekliliktir. Çalışmaya ihtiyacı olan veya çalışma hayatına devam etmek isteyen bireyler yaş ayrımcılığı sebebiyle çalışmamaktadır.

Sözleşme özgürlüğü gereği, iş ilişkisinin kurulması esnasında, işverenin belirli bir yaş koşulu öne sürmesi mümkün olmaktadır. Çünkü işverenin sözleşme üstünlüğü vardır.¹⁴⁰

Avrupa Birliği direktifinde konuyla ilgili madde incelendiğinde bunun mümkün olduğuna değinilmektedir. 2000/78 sayılı direktifin altıncı maddesi gereğince¹⁴¹, üye devletlerin ulusal hukuklarında, haklı bir gerekçeye dayanarak hukuka uygun bir amaca ulaşabilmek sebebi ile yaşa dayalı farklı uygulamalarda bulunmasının ayrımcılık yaratmayacağına dair düzenlemeler gerçekleştirebileceklerdir.

¹³⁹ Baybora, a.g.e., 2010, s. 141.

¹⁴⁰ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 146.

¹⁴¹ European Commision, Annual Report 2005, 10; ayrıca bkz. European Commision, Combating Discrimination, 17.

2.3.2. İş İlişkisinin Devamı Süresince Ayrımcılık Yasağı

İş ilişkisinin devamı esnasında ayrımcılıkların gerçekleşmesi ya da eşit davranma borcuna aykırı olarak davranılması genellikle işverenin yönetim hakkını, 4857 sayılı kanunun 5. maddesi başta olmak üzere ayrımcılığı yasaklamış olan düzenlemelere aykırı veya keyfi olarak kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır.

Keyfi uygulanan işlemler haklı sebeplere dayandırılmadıkları için kural olarak, eşitlik ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte, iş ilişkilerini düzenlemeye yönelik olan kaynakların da eşitlik ilkesine aykırı hükümler içerdikleri belirtilmektedir. Ayrımcılık yasağına ve eşit davranma borcuna aykırı nitelikteki iş sözleşmeleri, iç yönetmelik veya toplu iş sözleşmelerinin hükümleri geçersiz kabul edilmektedir.

Yürürlükteki mevzuatın incelenmesi ile iş ilişkisinin yürütülmesinde ayrımcılık İş Kanununun 5. Engelliler Hakkında Kanununun 14. maddesi ile yasaklanmıştır. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelliliğiyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz. Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin 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. Engellilik durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engellilerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır.

2.3.2.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Eşitlik İlkesi

İş sözleşmelerinde, iş edimi ana çizgileri ile belirlenir, ayrıntılar düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak kalır. Boş kalan alan ise, işverene bırakılan yönetim hakkı ile doldurulmaktadır. İşverenin verecek olduğu talimatlar ile yasaya, toplu iş sözleşmelerine ve iş akdine aykırı olmayacak şekilde, işin yürütümünün ve çalışanların işyerindeki davranışlarının düzenlenmesi hakkı, yönetim hakkı olarak tanımlanmaktadır¹⁴².

Kaynaklar hiyerarşisinin en altın basamağında yer alan işverenin yönetim hakkı, diğer kaynaklar ile sınırlandırılmaktadır. Hakkında hiçbir düzenlemenin olmadığı alanlarda yönetim hakkı ortaya çıkmaktadır. İşverenin yönetim hakkının sınırlarından birini, eşit davranma borcu oluşturmaktadır.

İşveren iş ilişkisi kurulduktan sonra işçiler arasında, uygulanacak disiplin cezaları, işçiye nitelik kazandıracak uygulamalar, çalışma şartları, ödenecek ücretler ya da yükselme ölçütü gibi konularda yönetim hakkını kullanırken, haklı gerekçelere dayandırılmadığı takdirde keyfi bir ayırım yapamamaktadır.

2.3.2.1.1. İşverence Verilen Emir ve Talimatlar

İşçilerin işverenlerin emir ve talimatlarına uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşılığını oluşturmaktadır. İşverenlerin yönetim haklarını kullanırken yapılacak işin görülmesi veya çalışanların davranışları ile ilgili onlara talimat verdikleri bilinmektedir. İşçilerin işyerine giriş çıkışlarında uyması gereken kurallar, işyerinde sigara kullanımına

¹⁴² Süzek, S. (1998). İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları. Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, 225-232.

dair ya da araçların park yerlerinin kullanımlarına yönelik talimatlar işçilerin davranışlarına yönelik talimatlar arasında yer almaktadır¹⁴³.

İş yerinde uyulması gereken kuralların belirlenmesinde de işverenin, eşit davranma borcuna uygun davranması gerekmektedir. Örneğin; herhangi bir konuda yapılacak olan kontroller için işveren kontrol yapacağı çalışanları keyfi olarak belirlememeli, aynı pozisyondaki her işçiyi bu kontrollere tabi tutmalıdır.

İşverenin yönetim hakkının sınırları dâhilinde işçilere talimat vermesi gerekmektedir. Bu talimatların geçerli kabul edilmesi ve hukuka uygun olabilmesi ile birlikte eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasağına da aykırı olmaması gerekmektedir. Bir işveren, sendika üyesi olan çalışanlarının izinlerini kullanmak bulunduğu talepleri dikkate almıyor fakat sendikasız çalışanların bu konudaki taleplerini uygun buluyor ve izinlerini kullanma imkânı sağlıyorsa, bu durumda sendikal nedene dayalı olarak ayrımcılık yaptığından söz edilebilir.

2.3.2.1.2. İşçiler Arasında Çeşitli Grupların Oluşturulması

İşveren bir işi yürütürken aynı ya da benzer nitelik taşıyan işçiler arasında bir gruplandırma yapabilmektedir. Örneğin, işçilerin çalışma saatlerinin düzenlenmesi, yöneticilik pozisyonu için yapılacak olan sınava katılım şartlarını belirlenmesi ve ücrete yapılacak olan zamanlar için çeşitli gruplandırmalar yapılabilmesi gibi konular hakkında, yönetim hakkından dolayı düzenlemeler yapabilmektedir. İşverenin, gruplandırmaları yaparken veya ölçütleri belirlerken keyfi davranmaması bu düzenlemelerdeki en önemli noktadır.¹⁴⁴ Dolayısıyla, çalışanlar arasında düzenlenecek iş saatlerinin veya ücretleri yapılacak olan zamların belirlenmesi amacı ile grupların oluşturulmasında ya da aynı gruba ait çalışanlara yapılan ödemelerde keyfi bir ayırım yapılmamalıdır.¹⁴⁵

2.3.2.2. Ücretlerin Belirlenmesinde Ayrımcılık Durumu

Öğretideki görüşe göre, iş hukukuna ait eşit davranma ilkesinin işe alımlarda ücretin belirlenmesi noktasında etkili olmamaktadır.¹⁴⁶ Yani işverenin sözleşme görüşmeleri aşamasında böyle bir yükümlülüğü yoktur. Özel hukuka ait olan sözleşme özgürlüğü bu noktada üstünlük kazanmaktadır. Çünkü çalışanların ücretleri belirlenirken, işyeri ve işçinin özellikleri ile ekonomik durum ya da ücret piyasası gibi faktörler göz önünde bulundurulmaktadır.

İşverenin iş ilişkisi kurulduktan sonra yapacak olduğu zamlarda eşit davranma borcu yükümlülüğü altındadır. Daha önce bahsedildiği gibi, işveren belirli gruplar oluşturuyor ya da belirli bir esasa dayanarak ücret ödüyor ise keyfi olarak bazı işçileri bu uygulamaların dışında tutamamaktadır. Böylece aynı gruba ait işçiler arasında, işverenin eşit davranma yükümlülüğü devam etmektedir.

İşverenin bireysel veya kişisel nitelikli ücret zammı yapması mümkündür. Bu durumda sözleşme serbestliği ilkesinin geçerli olduğu ve işverenin eşit davranma

¹⁴³ Süzek, a.g.e., 1998, s. 61.; Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, s. 358; Taşkent, a.g.e., 1981, s. 68-69;

¹⁴⁴ Yenisey, a.g.e., 2005, s.34.

¹⁴⁵ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 210; Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 146.

¹⁴⁶ Ertürk, a.g.e., 2002, s. 69.

yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Ancak işverenin kişisel veya bireysel nitelikte yapmış olduğu ücret zamlarına da ayrımcılık yasağı ile eşit davranma ilkesine uygunluk bağlamında dikkat edilmelidir.

Belirli bir grupta veya performans değerlendirmesine dayanmayan ücret zammı uygulamasında, işverenin bu zammı tüm çalışanlarına uygulaması gerekmektedir. İşverenin keyfi olarak bazı çalışanlarına bu zammı uygulayıp bazılarını uygulamaması kabul edilemez bir durumdur. Bu doğrultuda yapılacak bir zamdan keyfi olarak hiçbir çalışan uygulamanın dışında tutulmamalıdır¹⁴⁸.

İşveren, genç işçilere fazla bir zam oranı uygulamaktayken, emeklilik hakkı kazanan fakat çalışmaya devam eden yaşlı işçileri için düşük bir zam oranı uygulayamamaktadır.

2.3.2.3. İş Sözleşmesinin Türü ve Ayrımcılık Yasağı

İş Kanunumuz işçilerin temel haklarıyla ilgili ayrımcılığı yasaklamanın yanında sözleşme türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir.¹⁴⁹

İş Kanununun 5/2. maddesinde “İşveren, esaslı sebepler olmadığı takdirde tam süreli çalışanlar karşısında kısmi süreli çalışanlara, belirsiz süreli çalışanlar karşısında da belirli süreli çalışanlara farklı bir işlem yapamaz” hükmü yer almaktadır. Bu maddenin gerekçesinde düzenleme ile ilgili olarak “Diğer yandan, ülkemizdeki esnek istihdam türleri için belli bir iş sözleşmesinin türlerine ilişkin düzenlemeler yapılırken AB çalışma müktesebatı dikkate alınmış, maddede belirli süreli iş sözleşmeleri ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam süreli iş sözleşmeleri ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmalarda ayrımı haklı kılacak sebepler bulunmadıkça eşit davranılması gerektiğine yer verilmektedir.” ifadesi bulunmaktadır.

Buradan İş Kanununun beşinci maddesinin 2. fıkrasının, yalnızca iş sözleşmelerinin türüne dayanarak işverenin, eşit işlem yapma borcuyla ilgili bir düzenlemenin getirildiği sonucu çıkarılmaktadır. İş Kanunun 5. maddesinin yanında 12. ve 13. Maddelerinin de konuyla ilgili özel düzenlemeler içerdiği belirtilmektedir.

2.3.2.3.1. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri ile Çalışan İşçiler Arasında Ayrımcılık Yasağı

İşverenin, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçilere eşit davranma borcunu düzenleyen 4857 sayılı kanunun 12. madde başlığı, “belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ayrımının sınırları”dır. Buna göre; belirli süreli bir iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin, ayrımı haklı gösterecek bir sebep olmadıkça, iş sözleşmesinin süreli olması sebebiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan benzer işçiye göre, farklı bir işlem uygulanamaz. (İş kanunu m. 12/I)

Buradan anlaşılacağı üzere, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere her durumda aynı, eşit davranılması gerektiğine değil, ayrımı haklı kılacak herhangi bir

¹⁴⁷ Tuncay, a.g.e., 1982, s. 89; Ertürk, a.g.e., 2002, s.71.

¹⁴⁸ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 211.

¹⁴⁹ Yenisey, a.g.e., 2006, s. 60.

neden olmadığı takdirde farklı davranılmasının önüne geçilmek istenmektedir. Böylelikle işveren yalnızca iş sözleşmelerinin türüne göre ayırmda bulunmayacak, belirli süreli çalışan işçilere, belirsiz süreli çalışan işçilere oranla daha fazla olumsuz olarak değerlendirilebilecek davranışlar gösteremeyecektir.¹⁵⁰

İş kanununun 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre, işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye, bir zaman ölçütü doğrultusunda ücrete ilişkin bir menfaat sağlanırsa, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin de aynı haktan çalıştığı süre ile orantılı olarak yararlanması gerekir¹⁵¹.

Benzer şekilde, İş kanununun maddesinin ikinci fıkrasına göre, belli bir haktan yararlanma konusunda çalışanın kıdemine bakıldığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışmakta olan işçinin bu haktan yararlanması söz konusu ise, farklı bir kıdem uygulamasını haklılaştıran bir sebep olmadığı takdirde, kıdem açısından farklılık gözetilemez.

İş kanununun 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre ücret ve kıdeme bağlı haklardan yararlanılması konusunda eşitlik ilkesi düzenlenmiş bununla birlikte işveren, İş kanununun 12.maddesinin 1.fıkrasında yer alan ilke gereği işveren, başka çalışma şartları yönünden de belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere eşit davranma borcu yükümlülüğü altındadır ve bu borca aykırı işlem yapamaz.¹⁵²

Belirli çalışma şartlarından yararlanma konusunda, çalışanların kıdemine bakıldığı ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin de bu haktan faydalanması söz konusu ise, kıdem yönünden farklılıklar gözetilemez. İş Kanununda bu kural kıdem tazminatları ve yıllık ücretli izinlerde de uygulanmaktadır.

İş yerinde ikramiye ödemesinin yapılabilmesi için, asgari belli bir yıl çalışmış olma şartı aranmaktaysa, belirli iş sözleşmesiyle çalışanların da belirtilen yıl kadar çalışmış olması şartı ile bahsedilen ikramiye talep etme hakları mevcuttur. Bir işyerinde beş yıl çalışmış olan çalışanlara verilecek bir ikramiye, üç yıl belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin o işyerindeki işinden ayrılırken çalışma süresi ile orantılı olarak böyle bir talepte bulunması bu duruma bir örnek oluşturmaktadır.

Öğretide, bir işyerinde sürekli çalışacağı düşünülmekte olan belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçilere belirli süreli sözleşmelerle çalışanlara göre daha fazla kendini geliştirme veya eğitim olanaklarından faydalanmalarının sağlanması eşitlik ilkesine aykırı bir durum sayılamaz. Çünkü böyle bir durumda her olay kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁵³.

¹⁵⁰ Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanununun belirli süreli iş sözleşmesi yapılması konusunda öngördüğü sistem ile ilgili olarak ayrıntılı bir inceleme için bkz. Başterzi, 119 vd.; belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere farklı işlem yasağı ile ilgili olarak bkz. Süzek, 206-208.

¹⁵¹ Eyrenci, a.g.e., 2005, s. 86.

¹⁵² Süzek, a.g.e., 2008.,s.45.

¹⁵³ Alpogut, a.g.e., 2004, s. 88.

2.3.2.3.2. *Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Arasında Ayrımcılık Yasası*

İş sözleşmeleri çoğunluk olarak; kanunda belirtilmiş olan günlük ve haftalık çalışma sürelerinin hepsinin bir işverene bağlı olarak geçirmek sureti ile yapılmakta olup bu yapılan sözleşmeye de tam süreli iş sözleşmesi denilmektedir. Bir işyerinde çalışan tam süreli işçinin çalıştığı 1 iş sözleşmesine oranla daha az çalışılan iş sözleşmesine ise kısmi süreli iş sözleşmesi denir. Mesela, bir işçi, haftanın sadece üç gününü gelip çalışıyorsa ya da her gün gelmekle birlikte, kısa bir süre çalışıp gidiyorsa, kısmi süreli çalışıyor demektir.

İş Kanununun 13. maddesine göre, işveren haklı neden olmadıkça, tam süreli ve kısmi süreli işçiler arasında ayırım yapamaz. Kısmi süreli çalışan işçi de tam süreli çalışan işçinin aldığı ikramiye, gıda yardımı gibi haklardan, çalışma süresiyle orantılı olarak yararlanır.

İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçileri korumak için, farklı işlem yapma yasağını kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için de getirmiştir.¹⁵⁴ Örneğin, haftanın belirli günlerinde tam ya da haftanın her gününde belirli bir süre ile veya haftanın bir ya da birkaç günü belirli süre ile kısmi süreli çalışma yapılabilir¹⁵⁵.

İş Kanununun 13.maddesinin kısmi süreli çalışma ile ilgili olarak yaptığı düzenleme şu şekildedir:

“Bir işçinin haftalık normal çalışma süresinin, tam süreli sözleşme ile çalışmakta olan benzer işçiye göre önemli oranda daha az belirlenmesi ile kısmi süreli iş sözleşmesi oluşturulmuş olmaktadır.

Kısmi süre ile çalışmakta olan bir işçi, yapılan ayrımları haklı kılan bir sebep olmadığı takdirde, iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesi olması nedeniyle tam süreli iş sözleşmesine göre çalışan emsal bir işçiden daha farklı işlemlere tabi tutulmalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin ücreti, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan benzer işçinin çalışma süresine orantılı olarak belirlenip ödenmektedir.

İş yerinde tam süreli anlaşma ile çalışan benzer bir işçi bulunmadığı zaman, kısmi süreli işçinin çalışmış olduğu iş kolunda şartlara uygun olan bir işyerinde aynı ya da benzer işleri yapan tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin çalışma koşulları dikkate alınmaktadır.

İş yerindeki çalışanların, niteliklerine uygun bir pozisyonda açık yer olduğu takdirde kısmi süreliiden tam süreliye ya da tam süreliiden kısmi süreliye geçme talebinde bulunduklarında işveren, bu talebi dikkate alarak boş yerler olduğu zaman bunu duyurmaktadır” (m.13).

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara göre işyeri ile daha az bütünleşmektedir. Bu sebeple ücretler, izinler ya da parasal çıkarlar

¹⁵⁴ Ulucan, a.g.e., 2003, s. 56.

¹⁵⁵ Süzek, a.g.e., 1998 s. 216.

yönünden işverence ayrımcı nitelikte uygulamalara maruz kalmaları mümkün olabilmektedir.¹⁵⁶ Bu sebeple AB'nin 6 Haziran 1997 tarihli çerçeve anlaşması ile kısmi süreli çalışan işçilerin tam süreli benzer işçilere göre çalışma koşulları bakımından, salt kısmi süreli çalışmaları sebebi ile daha az elverişli bir işleme tabi tutulamayacakları öngörülmüştür. Bununla birlikte objektif nedenlerin söz konusu olması durumunda farklı işlemlerin istisna olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Bu çalışanların ücretleri konusunda da “prorata temporis” (zamana göre değerlendirme) ilkesi gereğince, benzer bir işte tam süreli çalışan bir çalışana göre çalıştığı süre oranınca ücretlendirme yapılacağı öngörülmüştür.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara yönelik yapılan ayrımcılıkların ortadan kaldırılmak istenmesi bahsedilen maddenin gerekçesinde 97/81: AB direktifinin amaçlarından biri olarak belirtilmiştir. Eşit davranma borcu ile ilgili açıklamalara da gerekçenin ilerleyen paragraflarında yer verilmiştir. Buna göre; *“buradaki amaç kısmi süreli çalışanlar için ayrımcılıkların kaldırılması hedefi iken bütün çalışma koşullarından yararlanmada tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle eşit hale getirilmeleri düşünülemez çünkü bu durumun aksi söz konusu olduğunda eşitsizlik meydana gelmektedir.*

Dolayısıyla bu noktada söz konusu olan ayrımın haklılaştırılmasını sağlayan sebepler karşısında gerek kısmi gerekse tam süreli çalışan işçiler arasında farklılıkların ortaya çıkması doğal karşılanmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalıştırılmakta olan bir işçi, işyerinde haftada iki iş günü iş gördüğü takdirde bu çalışma düzenine göre hafta tatilinin ücretini almaya hak kazanamayacaktır. Aynı zamanda öğleden sonra çalışmasına başlayan bir işçinin de iş yerlerinin sabah servislerinden ya da öğle yemeğinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçiler arasında bir ayrım yapıldığından bahsedilememektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin, bölünebilir haklardan yararlanması söz konusudur.”

Kısmi süreli çalışanların kısmi süreli iş sözleşmeleri feshedildiğinde kanunda iki saat olarak düzenlenen yeni iş arama izinleri aynen uygulanmalıdır. Bu konuda herhangi bir oranlama yapılmamalıdır.¹⁵⁷

İş Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen ve kısmi süreli iş sözleşmelerinin tanımının yer aldığı düzenlemelerde normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli sözleşmelere göre çalışan benzer durumdaki işçilere göre az olarak belirlenmesi kavramının ne anlatmak istediği şu şekilde belirtilmiştir:

“Kısmi süreli iş sözleşmelerinin tanımı yapılırken Yönerge hükümlerinde yer alan ölçütler göz önünde bulundurulduğu gibi, tam süreli sözleşmeler karşısında kısmi süreli sözleşmelerden söz edilebilmesi için önemli miktarda daha az çalışma süresinin sözleşmede yer alması gerektiği de aranmaktadır. Örneğin; bir işyerinde uygulanmakta olan tam süreli sözleşme için çalışma süresi haftada 40 saat ise, kısmi süreli için haftada 2 ya da 3 saat gibi daha az değil, tam sürenin üçte ikisinden daha az olacak 30 saat altında çalışan kimselerin sözleşmeleri kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.”

¹⁵⁶ Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, s.56.

¹⁵⁷ Ulucan, a.g.e., 2003, s. 59.

İş Kanununun 13. maddesinde kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışan ve tam süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler arasında ayırım yapılmasını haklı kılacak bir sebep olmadıkça farklı işlem yapamaz.

İş Kanununda her ne kadar açıkça düzenlenmese de geçici işçilere karşı iş sözleşmesinin türü nedenine dayandırılarak farklı işlem uygulanamaz. Geçici iş ilişkisi kurulan işçilere de işverenlerin eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. İş sözleşmesinin taraflarından olan işverenin, işçiye ücrette ya da işin yürütümü sırasında yönetim hakkının kullanımında, haklı nedenlere dayandırılmadıkça yalnızca iş ilişkisinin geçici olması sebebine dayanarak farklı işlem uygulamalarında bulunması mümkün değildir.¹⁵⁸

2.3.2.4. Sosyal Yardımlar ve İkramiyelerde Ayrımcılık Yasası

İşveren, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılan, kendi iradesiyle işçilere sağlayacağı sosyal yardımlarda eşit davranma borcuna aykırı davranamaz. Bu tür ödemeler bir kez yapılacak olsa bile aynı durumdaki çalışanlara işverenin aynı sosyal yardımı yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Belirli koşullar gerçekleşip bu uygulamalar bir işyeri uygulaması haline geldiğinde de işveren aynı şekilde eşit davranma borcu altındadır.¹⁵⁹ Öğretide, bir işverenin sosyal ve insani düşünceleri üzerine yardım amacı ile bir ya da birkaç işçisinin ücretlerine zam yapmasının, aynı şartlarda çalışan başka bir işçiye uygulanmış olan zam oranını kendisi için talep edebilme hakkı verilmediği belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca, işverenin yardım amaçlı yapılmış olan zam, zam yapılmasına sebep olan durumun ve yardımın bir koşulu olması durumunda, bu koşul diğer işçilerde de gerçekleşirse bu defa bu işçiler de zam talebinde bulunabilmektedir.

Öğretideki başka bir görüşe göre ise, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmelerine dayanan sosyal yardımlar söz konusu ise, işverenin eşit işlem yapma borcundan ziyade iş hukuku kaynaklarını uyguladığı vurgulanır. Eşit davranma borcunun sosyal yardımlarda söz konusu olabilmesi için, işveren tarafından sözleşmeye dayanmadan tek taraflı olarak yapılması gerekmektedir. Bu sosyal yardımlara, prim, ikramiye ya da çocuk zammı gibi örnekler verilebilmektedir. İşveren yapacağı bu yardımlar esnasında işçiler arasında yapacak olduğu gruplandırmalarda keyfi bir ayırım yapmadan objektif esaslar doğrultusunda hareket etmelidir.¹⁶⁰

İşverenin kişisel iradesine dayanarak ikramiye ödemesi söz konusu ise, bu ödemeyi aynı grup içerisindeki tüm işçilere yapması eşit davranma borcunun yükümlülüğüdür. Aynı zamanda işverenin grupları oluştururken esas aldığı ölçütleri ayrımcılık İş Kanununun 13.maddesinin kısmi süreli çalışma ile ilgili olarak yaptığı düzenleme şu şekildedir:

“Bir işçinin haftalık normal çalışma süresinin, tam süreli sözleşme ile çalışmakta olan benzer işçiye göre önemli oranda daha az belirlenmesi ile kısmi süreli iş sözleşmesi oluşturulmuş olmaktadır.

Kısmi süre ile çalışmakta olan bir işçi, yapılan ayrımları haklı kılan bir sebep olmadığı takdirde, iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesi olması nedeniyle tam süreli

¹⁵⁸ Sözek, a.g.e., 2008, s. 235; Yıldız, a.g.e., 2008, s. 232.

¹⁵⁹ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 235; Sözek, a.g.e., 2008, s. 365; Ertürk, a.g.e., 2002, s. 107.

¹⁶⁰ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 31; Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 135; Çelik, a.g.e., 2007, s. 179-180.

iş sözleşmesine göre çalışan emsal bir işçiden daha farklı işlemlere tabi tutulmalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin ücreti, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan benzer işçinin çalışma süresine orantılı olarak belirlenip ödenmektedir.

İş yerinde tam süreli anlaşma ile çalışan benzer bir işçi bulunmadığı zaman, kısmi süreli işçinin çalışmış olduğu iş kolunda şartlara uygun olan bir işyerinde aynı ya da benzer işleri yapan tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin çalışma koşulları dikkate alınmaktadır.

İş yerindeki çalışanların, niteliklerine uygun bir pozisyonda açık yer olduğu takdirde kısmi süreli den tam süreliye ya da tam süreli den kısmi süreliye geçme talebinde bulunduklarında işveren, bu talebi dikkate alarak boş yerler olduğu zaman bunu duyurmaktadır” (m.13).

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara göre işyeri ile daha az bütünleşmektedir. Bu sebeple ücretler, izinler ya da parasal çıkarlar yönünden işverence ayrımcı nitelikte uygulamalara maruz kalmaları mümkün olabilmektedir.¹⁵⁷ Bu sebeple AB’nin 6 Haziran 1997 tarihli çerçeve anlaşması ile kısmi süreli çalışan işçilerin tam süreli benzer işçilere göre çalışma koşulları bakımından, salt kısmi süreli çalışmaları sebebi ile daha az elverişli bir işleme tabi tutulamayacakları öngörülmüştür. Bununla birlikte objektif nedenlerin söz konusu olması durumunda farklı işlemlerin istisna olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Bu çalışanların ücretleri konusunda da “prorata temporis” (zamana göre değerlendirme) ilkesi gereğince, benzer bir işte tam süreli çalışan bir çalışana göre çalıştığı süre oranınca ücretlendirme yapılacağı öngörülmüştür.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara yönelik yapılan ayrımcılıkların ortadan kaldırılmak istenmesi bahsedilen maddenin gerekçesinde 97/81: AB direktifinin amaçlarından biri olarak belirtilmiştir. Eşit davranma borcu ile ilgili açıklamalara da gerekçenin ilerleyen paragraflarında yer verilmiştir. Buna göre; “buradaki amaç kısmi süreli çalışanlar için ayrımcılıkların kaldırılması hedefi iken bütün çalışma koşullarından yararlanmada tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle eşit hale getirilmeleri düşünülemez çünkü bu durumun aksi söz konusu olduğunda eşitsizlik meydana gelmektedir.

Dolayısıyla bu noktada söz konusu olan ayrımın haklılaştırılmasını sağlayan sebepler karşısında gerek kısmi gerekse tam süreli çalışan işçiler arasında farklılıkların ortaya çıkması doğal karşılanmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalıştırılmakta olan bir işçi, işyerinde haftada iki iş günü iş gördüğü takdirde bu çalışma düzenine göre hafta tatilinin ücretini almaya hak kazanamayacaktır. Aynı zamanda öğleden sonra çalışmasına başlayan bir işçinin de iş yerlerinin sabah servislerinden ya da öğle yemeğinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçiler arasında bir ayrım yapıldığından bahsedilememektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin, bölünebilir haklardan yararlanması söz konusudur.”

Kısmi süreli çalışanların kısmi süreli iş sözleşmeleri feshedildiğinde kanunda iki saat olarak düzenlenen yeni iş arama izinleri aynen uygulanmalıdır. Bu konuda herhangi bir orantı yapmamalıdır.¹⁵⁸

İş Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen ve kısmi süreli iş sözleşmelerinin tanımının yer aldığı düzenlemelerde normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli sözleşmelere göre çalışan benzer durumdaki işçilere göre az olarak belirlenmesi kavramının ne anlatmak istediği şu şekilde belirtilmiştir:

“Kısmi süreli iş sözleşmelerinin tanımı yapılırken Yönerge hükümlerinde yer alan ölçütler göz önünde bulundurulduğu gibi, tam süreli sözleşmeler karşısında kısmi süreli sözleşmelerden söz edilebilmesi için önemli miktarda daha az çalışma süresinin sözleşmede yer alması gerektiği de aranmaktadır. Örneğin; bir işyerinde uygulanmakta olan tam süreli sözleşme için çalışma süresi haftada 40 saat ise, kısmi süreli için haftada 2 ya da 3 saat gibi daha az değil, tam sürenin üçte ikisinden daha az olacak 30 saat altında çalışan kimselerin sözleşmeleri kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.”

İş Kanununun 13. maddesinde kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışan ve tam süreli iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler arasında ayırım yapılmasını haklı kılabilecek bir sebep olmadıkça farklı işlem yapılamaz.

İş Kanununda her ne kadar açıkça düzenlenmese de geçici işçilere karşı iş sözleşmesinin türü nedenine dayandırılarak farklı işlem uygulanamaz. Geçici iş ilişkisi kurulan işçilere de işverenlerin eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. İş sözleşmesinin taraflarından olan işverenin, işçiye ücrette ya da işin yürütümü sırasında yönetim hakkının kullanımında, haklı nedenlere dayandırılmadıkça yalnızca iş ilişkisinin geçici olması sebebine dayanarak farklı işlem uygulamalarında bulunması mümkün değildir. İğa sebep olmayacak şekilde belirlemesi gerekmektedir.¹⁶¹

Sosyal yardımlar konusunda da işverenin grupları oluştururken esas aldığı ölçütlerin ayrımcı nitelikler taşıması gerekmektedir. Örneğin, yalnızca erkeklerle çocukları olduğunda bir aylık maaşları kadar yardım edileceği veya sendika üyesi olmayan işçilere bu yardımın yapılacağı konusundaki bir bildirim ayırım yasaklarına aykırıdır. Bu durumda da hukuken geçersiz sayılmaktadır.

İşçilere ödenecek olan ikramiyelerin eşit davranma borcuna uygun olarak hareket edilmesiyle ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi feshin geçersiz kabul edilmesinin talep edildiği davada şöyle bir karar verir: "...işçilerin üzerine düşün görevleri yerine getirmesinin ve dağıtıldığı zamana kadar yerini korumasının karşılığı olarak bir ödül kabul edilen ikramiye, ödül düşüncesi gütmenden belirli vesilelerle de verilebilmektedir.

Örneğin; dini bayramlarda ya da milli bayramlarla birlikte yılbaşı gibi özel günlerde de ödenebilmektedir. Aynı zamanda belirli bir zamanın geçmesi sonucu da ödenebilmektedir. Örneğin; toplu iş sözleşmelerinin ya da hizmet sözleşmelerinin de öngördüğü gibi çalışanın işyerine bağlılığını artırmak için yılın ikinci yarısı ya da nisan, ağustos ve aralık ayında parçalar halinde ikramiye ödemesi yapılabilir.

¹⁶¹ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 203; Taşkent, a.g.e., 1981, s. 83-84.; Yüksel, a.g.e., 2000, s. 203-204.

İkramiye hakkı, sözleşmeye göre belirlenmektedir. Bu ödeme çalışanın ücretinin eki olarak ücretine bağlı olması sebebiyle işverene bırakılmış bir bağışlama olarak değerlendirilemez. Bu sebeple işveren, iyi niyet kurallarına uygun davranmak zorundadır. İşveren, tüm uygulamalarda olduğu gibi ikramiye ödemesinde de tüm çalışanlara aynı işlemi uygulamalıdır. Aynı ya da benzer durumdaki işçilere farklı işlem uygulamamalıdır. İşveren işçiler arasında bir ayrımcılık yaparsa bu durumda işveren çalışanlara yardım-gözetme borcuna ve eşit işlem yapma borcuna aykırı hareket etmiş kabul edilmektedir. Genel anlamda ücret kabul edilen bir ikramiye ödenmesi, gereken zamandan üç ay geçmesine rağmen ödenmemişse, çalışanların iş görme ediminden kaçınma eylemi yasa dışı bir grev olarak görülmemektedir.”

İşveren çalışanların grev hakkını önleyecek nitelikte bir ikramiye ödemesi yaparsa, örneğin; greve katılım sağlayan sendikasız işçilere ödeme yaparken sendikalı işçilere ödeme yapılmaz ise, bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık oluşur.

Sosyal yardımlar gibi işverence işçilerden bir katkı alınmadan uygulanan iştiraksiz emeklilik sisteminde de işveren eşit davranma borcuna göre hareket etmelidir.¹⁶²

2.3.2.5. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesinde Eşit Davranma Borcu

İşverenler, iş yerlerinde yürütülmekte olan işlerin dağıtımında, fazla çalışma ya da gece çalışması ve haftalık tatillerde çalışma gibi konularda aynı durumlardaki çalışanlar için eşit davranmalıdır. Bu uygulamalarda ödenen ücretlerin fazla olması sebebiyle çalışanların yararına olduğunun düşünülmesi de bu durumu değiştirmemektedir. İşçiye daha az ücret verilmesi halinde de aynı sonuç geçerli kabul edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş olan denkleştirme süresi ile telafi çalışmalarının uygulanmasında da çalışanlar arasında keyfi işlemler yapılmamalı, eşitlik ilkesine uyulmalıdır.

Çalışma Süresi doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanununda 61.maddede bu sürenin en çok kırkbeş saat olacağı belirtilmiştir. Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilmekte olup bu durumda ise; ilgili iki aylık zaman zarfı içerisinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz.

Çalışma sürelerinin uygulama şekilleri ise, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenmektedir.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği, yıllık ücretli izin hakkının kullanılmasıyla ilgili 13. maddesinde iş sözleşmelerinin türüne dayalı bir ayırımın yapılmayacağını hükme bağlamaktadır. Böylece kısmi süreli veya çağrı üzerine iş sözleşmesiyle işçiler yıllık ücretli izin haklarından tam süreli çalışan işçiler gibi yararlanacak ve bu kişiler tam süreli çalışanlardan farklı bir işleme tabi tutulmayacaklardır.

¹⁶² Güzel, A., Şahlanan F., (2008). Çalışanın Katkısı Olmaksızın İşverenin Kurduğu Emeklilik Sisteminde Eşit Davranma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, s. 15.

Kısmi süreli veya çağrı üzerine iş sözleşmeleri ile çalışan işçiler, iş sözleşmelerinin devam etmesi durumunda her yıl hak ettikleri izin haklarını, sonraki yıl içinde kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanabilmektedir.

İşverenlerin, işçiler arasında yıllık ücretli izin haklarını kullanması üzerine ayrımcılık yasağı ve eşit işlem borcuna uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu durumun Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen eşit işlem yapma borcu ve ayrımcılık yasağına uygun davranma yükümlülüğü ile ilgili olarak Anayasanın 10., İş kanununun 5. maddeleri gereğince iş ilişkisi kapsamına girmesi nedeniyle geçerli kabul edilmektedir.

2.3.3. İş İlişisinin Sona Erdirilmesinde Ayrımcılık Yasağı

2.3.3.1. Genel Olarak

İş sözleşmelerinin feshinde, yürürlükten kalkan 1475 sayılı İş Kanunu döneminde ayrımcılık yasağı içeren düzenlemeler yer almamaktaydı. Bu dönemde işveren temel ayırım yasaklarından birine dayanan, ırk nedeniyle veya cinsiyet nedeniyle iş sözleşmesini feshettiye ve işçi işverenin kötü niyetini ispat edebildiyse, işverenin yaptığı bu fesih kötü niyetli fesih olarak değerlendirilmekteydi. Sonuç olarak ise işçiye yalnızca kötü niyet tazminatı ödenmekteydi¹⁶³.

İş hukukunda işverenin, sözleşmelerin feshinde eşit davranma borcu yükümlülüğü tartışmalı bir konudur. Sözleşmelerin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcu olmadığını, işverenin sözleşme serbestinin olduğunu da yer verilmektedir. İş sözleşmesinin feshi konusunda eşit davranma borcunun mutlak bir anlam taşımadığını görülmektedir. Fakat bir diğer grup ise sözleşmenin feshi durumunda işverenin eşit davranma borcuna uyma yükümlülüğü olduğunu ifade etmektedir¹⁶⁴.

Eşit davranma borcunun iş sözleşmelerinde bulunmadığını durumlarda süreli fesihte, ancak toplu uygulamaların yapılacağı durumlarda eşit davranma ilkesinin söz konusu olabileceğini ama fesih işleminin genellikle muhatabının tek kişi olması sebebiyle, fesih hakkının kullanılmasının işverenin iradesine bırakılmış bir hak olduğunu bu sebeple de bu hakkın kullanılmasının bir şarta bağlı tutulamayacağını fakat işverenin fesih yetkisi kendisi tarafından daha önceden sınırlandırılmışsa, böyle bir durumda sınırlı olarak eşit davranma borcu gündeme gelebilmektedir. Aynı zamanda bu görüş, haklı nedenlere dayalı olarak derhal fesih durumunun söz konusu olmasıyla işverenin bu hakkı kullanması ya da kullanmaması konusunda serbest olduğunu belirtmektedir.

Eşit işlem yapma borcunun iş sözleşmelerinin feshinde bulunduğunu öne sürenler ise, eşit davranma ilkesi ile keyfi olarak yapılan ayrımların yasaklandığını, işverenin haklı nedenlere dayalı olarak fesih hakkını kullanmada ayrımlar yapabildiğini ve böylece eşit davranma ilkesine bu durumların aykırılık oluşturmayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre eşit davranma ilkesinin süreli fesihlerden ziyade, daha çok haklı nedenlere dayalı olarak yapılacak olan derhal fesihlerde söz konusu olacağı belirtilmektedir. Haklı nedenlere

¹⁶³ **Süzek**, a.g.e., 1976, s. 139; **Kaplan**, E. T. (1987). *İşverenin fesih hakkı: sınırları, hüküm, ve sonuçları*, s. 92-98.

¹⁶⁴ **Sümer**, H. H. (2010). *İş hukuku uygulamaları*. Mimoza Yayınları, s. 85; **Ekonomi**, a.g.e., 1984, s.157.

dayalı olarak yapılacak olan fesihlerin ise, iş sözleşmeleri feshedilecek olan çalışanlar arasında keyfi bir ayırım yaratacak biçimde kullanılmaması gerekir.

İşverenin haklı nedenlere dayalı olarak fesih hakkını eşit davranma borcuna uygun olarak kullanması gerektiğini öne süren görüşe göre, yasa dışı bir grev sebebi ile iş sözleşmelerinin feshine karar verilen çalışanların seçiminde de işverenin eşit davranma borcu bulunmaktadır. İşverenin yasa dışı greve katılan işçilerinden yalnızca sendikalı çalışanları işten çıkarması fakat yasa dışı greve katılmasına rağmen sendikaya üye olmayan işçileri çalıştırmaya devam etmesi ile hem sendikal özgürlüklerin ihlali hem de eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır. İşverenin yasa dışı greve katılan çalışanlarından bazılarının iş sözleşmesini feshederken, bazılarının sözleşmelerini feshetmeyerek çalışmalarına devam etmeleri yönünde verdiği karar, ayrımcı bir ölçüte dayanmamakta ve haklı gerekçeler ile açıklanabilmekteyse yapılmış olan fesihler eşit davranma ilkesine aykırı olmamaktadır¹⁶⁵.

2.3.3.2. Fesih Türlerine Göre

İş sözleşmesi, sözleşmenin yanlarından birisi olan işçinin ücret karşılığında diğer yan olan işverene tabi olarak çalışmayı taahhüt ettiği sözleşmedir. İşçi veyahut işveren tarafından yazılı veyahut da sözlü olarak iş ilişkisinin bitirildiğinin diğer yana iletilmesi sonucunda ise iş sözleşmesi fesholunmuş olacaktır. İş Kanunu uyarınca, işverenler, bir gerekçenin mevcut olduğu durumlarda, bir çalışanın iş sözleşmesini feshedebilir.

İş sözleşmesi devamlı sözleşmelerden olup nitekim, iş sözleşmesinde işin görülmesi ve aynı zamanda işçinin ücretinin kendisine ödenmesi, devam eden bir zaman zarfı içerisinde gerçekleşir. İş sözleşmesinde belirli bir sürenin kararlaştırılması veya görülen işin süresiz olması ise; iş sözleşmesinin devamlılık özelliğini hiçbir surette ortadan kaldırmaz. Çünkü, yanların edimleri bu durumda da sona ermemekte, devamlılık göstermektedir. Bu anlamda, işçi, belirli bir sonucu ortaya çıkarmak için uğraşmaz ve onun tek tek yaptığı işler, adeta devamlı bir borç ilişkisi zincirinin birer halkası durumundadır¹⁶⁶.

Taraflar arasında sürekli borç ilişkileri ileride de devam eden bir bağlılık oluşturmakta ve ekonomik çıkarların düzenlenmesi yönünde istikrar oluşturmaktadır. Sürekli borç ilişkisinin bir tarafı olmak, kişisel özgürlüklerden vazgeçme olarak algılanmamalıdır.

Tarafların istikrar ve kişisel özgürlükler arasında bir denge sağlayabilmesi, ilişki için belli bir sürenin kararlaştırılmasına bağlıdır. Belirsiz süreli bir borç ilişkisi kurulduğunda, söz edilen denge kanun koyucuların belirsiz süreli sözleşmelerin sonlandırılması ile ilgili hükümleriyle kurulmaktadır.

Tarafların sürekli borç ilişkilerini sona erdirebilmesi, tarafların karşılıklı anlaşmaları ya da fesih ile mümkündür. Fesih; (olağanüstü) iş sözleşmesine ilişkin haklı nedenlerle fesih veya (olağan) süreli fesih şeklinde ikiye ayrılabilir.

¹⁶⁵ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 251; Tuncay, a.g.e., 2007, s. 213.

¹⁶⁶ Demircioğlu, Centel, Kaplan, 2019, s. 71.

Haklı nedenle fesih; belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerini, taraflardan birine derhal sona erdirmeye hakkı tanıyan fesihtir. Türk İş Hukukunda bu durum, çalışan açısından İş Kanunu'nun 24. maddesinde, işveren açısından ise 25. maddesinde düzenlenmiştir. Fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren, bu feshin hüküm ve sonuçları meydana gelmektedir.

Süreli fesih; tarafların bir nedene ihtiyaç duymadan, kanunların belirlediği kurallara uyarak iş ilişkilerini sona erdirmesi olarak tanımlanabilmektedir. İş güvencesi düzenlemeleri ile fesih hakkının kötüye kullanılması, iş hukukunda bu hakkın sınırlarını oluşturmaktadır. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için, İş Kanunu'nun 18. maddesi gereğince, işverenin işçinin yeterliliği, davranışlarından veya işyerinin, işletmenin ya da işin gereğinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırması gerekmektedir.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre, işverenin geçerli bir sebep gösteremediği ya da gösterdiği sebebin geçerli kabul edilmediği durumlarda, mahkeme feshin geçersizliğe karar verirse, işverenin işçiyi bir ay içerisinde tekrar işe başlatmak zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Bütün bu fesihlerle ilgili olarak; kolektif nitelikteki bir fesihte, işverenin sözleşme feshinde eşit davranma borcundan söz edilebilmektedir. Başka bir deyişle, bireysel ilişki bağlamında bir tek işçi ile bir problem ortaya çıkmış ve işveren tarafından bu işçinin sözleşmesi feshedilmişse, bu durumda eşit davranma borcundan bahsedilememektedir.¹⁶⁷

2.3.3.2.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu

a. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından

İşverenin süreli fesih hakkını sınırlandırmak, iş güvencesinin amacını oluşturmaktadır. İşverenler, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini geçerli bir sebebe dayandırmak suretiyle feshedebilmektedir. İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde herhangi bir nedenin gösterilmemesi ya da gösterilen nedenin geçerli olmaması iddiaları ile fesih bildirimini tebliği geldikten sonraki bir ay içerisinde iş mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Mahkeme ise herhangi bir neden gösterilmemesi ya da gösterilen nedenin geçerli olmaması durumunda feshin geçersizliğine karar verecektir¹⁶⁸.

Kanun koyucu iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin, iş sözleşmelerinde geçerli nedenlerle feshine yönelik düzenlemede, bu nedenlerin işçinin yeterliliği ya da davranışları, işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklanabileceğini ifade etmiştir. Geçerli nedenler ise, işçilerin şahsına ilişkin olan ve işçilerin şahsına ilişkin olmayan geçerli nedenler olarak ikiye ayrılabilir. İş Kanunu madde 18/III/d uyarınca, medeni hal, ırk, cinsiyet, hamilelik, doğum, renk, din gibi nedenler, iş güvencesi kapsamı içindeki çalışanlar için geçerli bir neden oluşturmamaktadır.

¹⁶⁷ Ertürk, a.g.e., 2002, s. 110.; Baysal, a.g.e., 2010, s. 77.

¹⁶⁸ Sarıbay, G. (2007). Türk iş hukukunda iş güvencesi kapsamında fesih usulü, feshin itiraz ve feshin sonuçları, s. 81.

Aynı zamanda aynı fıkranın hükmü gereği, sendikal üyelikleri olan ya da çalışma saatlerinin dışında veya işverenin isteği ile mesai saatleri içinde katılım gösterilen sendikal faaliyetler ve işyeri sendika temsilciliği de geçerli neden oluşturmamaktadır.

İşçiden kaynaklanan yani işçinin davranışı ya da yeterliliği konusunda geçerli bir neden mevcut ise, eşit davranma borcuna aykırılık sebebiyle bir yaptırım uygulanabilmesi için; yalnızca işçinin iş sözleşmesi feshinin işverenin göstermiş olduğu sebeplere göre değil, cinsiyet, ırk, medeni hal, renk, hamilelik, din, siyasi görüş gibi veya bir sendikaya üye olma ya da çalışma saatleri içinde işverenin rızası ile çalışma saatleri dışında da kendi isteği ile sendikal faaliyetlere katılmış olması gibi sendikal ayrımcılığa dayandığının ispat edilmesi ile söz konusu olabilir¹⁶⁹.

İşçiden kaynaklanmayan yani işletmenin veya işin gereğinden kaynaklanan nedenler ile işverence iş sözleşmesi feshediliyorsa eşit davranma borcunun sorumlu uygulanışından söz edilebilmektedir. Bu nedenlerden kaynaklanan fesihler, birden fazla işçiyi ilgilendirmekte ve kolektif nitelikte olmaktadır. İşverenin çalışanlardan belli bir kısmının sözleşmelerini feshedebilmesi için, geçerli bir nedeni olduğu durumlarda sözleşmeleri feshedilecek olan işçiler işveren tarafından belirlenmektedir. Ancak bu seçimde işverenin ne kadar özgür davrandığı, iş güvencesinin temel problemlerinden biridir¹⁷⁰.

b. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

İş güvencesi kapsamı dışında olan çalışanların iş sözleşmeleri, İş Kanununun 17. maddesindeki usullere uyularak serbest bir biçimde feshedilebilmektedir. Bir çalışan iş güvencesi kapsamı dışında ise işveren tarafından kanunun belirttiği gerekleri yerine getirerek nedensiz fesihte bulunabilmektedir. Fakat hakkın kötüye kullanılması yasağı ve ayrımcılık yasağına aykırı davranmadan işveren fesih hakkını kullanabilmektedir¹⁷¹.

Hakkın kötüye kullanımı yasağı TMK madde 2/II ile düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeni korumamaktadır. İş Kanununun 17. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, iş güvencesi uygulama alanı dışındaki çalışanların iş sözleşmelerinin, işverenlerin fesih hakkını kötüye kullanarak sona erdirilmesi durumunda, işçiye tazminat ödeme zorunluluğu vardır. İş Kanununun beşinci maddesinde düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık durumunda fesih hakkı kötüye kullanılmış anlamı çıkarılmaktadır. Dolayısıyla eşit davranma borcuna aykırılık, kötü niyet olmadan da ortaya çıkabilmektedir¹⁷².

2.3.3.2.2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu

Bozucu yenilik doğurucu bir hukuki işlem olan haklı nedenle fesih, belirli süreli iş sözleşmelerinin veya belirsiz süreli iş sözleşmelerinin derhal sona ermesini sağlamaktadır. İş kanununun 24. ve 25. maddelerinde haklı nedenle fesih konusu düzenlenmiştir.

¹⁶⁹ Yenisey, a.g.e., 2005, s. 62.

¹⁷⁰ Baysal, a.g.e., 2010, s. 80.

¹⁷¹ Tuncay, a.g.e., 1982, s. 216; Tunçomağ, a.g.e., 2003, s. 137.

¹⁷² Yenisey, a.g.e., 2005, s. 65.

Haklı nedenle iş sözleşmesinin feshinde, haklı neden oluşturan durumun gerçekleşmesinde kural olarak işverenin, iş sözleşmesinin feshi konusunda serbest olduğu vurgulanır. İş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı feshindeki temel nokta, işverenden iş ilişkisinin devamlılığının beklenemez hale geldiği kabul edildiğinde, işverenin bu konularda karar verme yetkisi kendisine aittir. Fakat işverenin bu serbestliğe dayanarak yaptığı fesihlerin eşit davranma borcuna aykırı olmaması gerekmektedir. Tersi bir durumda fesih, haksız bir fesih haline gelmektedir¹⁷³.

Haklı nedenle fesih durumunda işverenin, ayrımcılık yasaklarına uygun bir biçimde hareket etmesi gerekmektedir. İşveren tarafından haklı fesih hallerinde, işveren açısından iş ilişkisinin devamı beklenilmeyecek olduğu kabul edilerek, haklı nedenle fesihlerde işverenin eşit davranma borcuna uymakla yükümlü olduğu da kabul edilmektedir. Çünkü bir işverenin birden çok çalışanıyla ilişkin haklı neden söz konusuysa, bir ya da birden fazla çalışanın iş sözleşmelerini feshederken, diğer çalışanların iş sözleşmelerini feshetmemesi, işveren açısından iş ilişkisinin devam edilebilirliğini göstermektedir. İşveren böyle bir durumda kendi beyanı ile çelişmiş olmaktadır.

Genel anlamda haklı nedenle fesihte, eşit davranma borcunun ihlal edilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaktadır. Bunun dışında, birçok çalışanın katıldığı yasa dışı bir grevde, işverenin çalışanlara farklı davranmasını gerektiren haklı bir neden olmadığı takdirde, greve katılan çalışanlardan yalnızca birkaç tanesinin iş sözleşmesini feshettiği, diğer çalışanlar ile iş ilişkisine devam etmesi hukuk düzeni tarafından korunmaması gereken bir husustur.¹⁷⁴

2.3.3.2.3. İş Güvencesi Sisteminde Sosyal Seçim Uygulaması

Sosyal seçim kavramı, işletme gereğinden kaynaklanan fesihlerden dolayı sosyal olarak zayıf olan işçilerin korunması amacı ile işverenin işten çıkaracağı çalışanları belli kriterler vasıtası ile seçim yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁵.

Alman Hukukunda işin, işyerinin veya işletmenin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle işverence iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda, işveren, kanun koyucunun öngördüğü sosyal seçim kriterleri doğrultusunda davranması benimsenmiştir. Böylece söz konusu durumda dar ve teknik anlamda eşit davranma ilkesi uygulanmış olmaktadır¹⁷⁶.

Sosyal seçim kriterleri adı verilen kriterlere uygun davranılmaması durumunda Alman Fesihe Karşı Koruma Kanunu'nun 1/III maddesi uyarınca fesih geçersiz kabul edilecektir.

Sosyal seçim kriterlerinin neler olduğu da ilgili düzenlemede açıkça belirtilmiştir. İşçilerin kıdemi, yaşı ve özürlülük durumu işverenlerin dikkate alması gereken sosyal seçim kriterleridir. Yine aynı düzenlemeye göre, eğer kabiliyetleri, bilgisi, işyeri yapısındaki dengenin korunması ya da verimliliği açısından işçilerin işyerinde

¹⁷³ Yıldız, a.g.e.,2008, s.250; Süzek, a.g.e., 2005, s. 409-410; Baysal, a.g.e., 2010, s. 85.

¹⁷⁴ Baysal, a.g.e., 2010, s. 87.

¹⁷⁵ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 243; Alpagut, a.g.e., 2004, s. 99.

¹⁷⁶ Engin, E. M. (2003). *İş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshi*. Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 112.

kalabilmesinde işyerinin haklı bir çıkarı varsa, bu işçiler, sosyal seçime tabi olanların dışında kalabilir. Seçimin sosyal yönden haksız olduğunun ispatlanması ise işçinin yükümlülüğündedir¹⁷⁷.

Sosyal seçim konusunda Türk Hukukunda bir düzenlemesi yoktur. Bu sebeple, feshin keyfi olarak yapılması ve fesih hakkının kötüye kullanılması durumları dışında, işverenin işyeri, işletme ya da işten kaynaklanan sebeplerle sözleşmelerini feshedeceği işçileri seçerken bir kısıtlamada bulunulmayacağı, söz konusu çalışanları yönetim hakkı sınırları içerisinde serbestçe seçebileceği söylenebilir¹⁷⁸.

Sosyal seçim kapsamı konusundaki ayırt edici ölçütler; verimlilik, iş görme borcunu yerine getirirken özenli davranmama, hastalık nedeni ile işe gelememe gibi subjektif ölçütlerdir. Yargıtay bu ölçütleri hiçbir ayrıma tabi tutmaksızın kabul etmiş ve birbirleri ile ilişkilerine dahi değinmemiştir¹⁷⁹.

Yargıtay hem objektif kriterler kararlarında hem de sosyal seçim kararlarında sözleşmelerini feshedeceği işçilerin seçimini, ultima ratio (feshin son çare olması ilkesi) ilkesi ile birlikte incelemektedir. Oysaki çalışanların seçilmesi ile ultima ratio ilkesi birbirlerinden farklı hususlardır¹⁸⁰.

Türk Hukukunda işletme, işyeri ya da iş gereklerinden ortaya çıkan nedenlerle iş güvencesi kapsamındaki iş sözleşmesi feshedilen çalışanların seçimi konusunda bir hükme yer verilmemektedir. Başka bir deyişle kanunda sosyal seçim yükümlülüğü öngörülmemektedir. Böyle bir durumda fesih ile karşı karşıya kalacak çalışanların seçiminde işveren keyfi davranmamak ve ayrımcılık yasaklarına riayet etmek koşulu ile serbestçe karar verebilmektedir¹⁸¹.

2.3.3.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılık

Sendikal nedenler, işçilerin işverenler tarafından işten çıkarılma nedenlerinden biridir. İş hayatında işçilerin, işverenler tarafından bir sendikaya üye olması ya da herhangi bir sendikal faaliyette bulunması sebebiyle işten çıkarılmasına çok sık rastlanmaktadır.¹⁸²

Sendikal nedenlere dayalı olarak iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin durumlarıyla ilgili olarak, iş güvencesi kapsamı içindekiler ve iş güvencesi kapsamı dışındakiler olarak iki çeşit bir ayırım yapmak gerekmektedir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler iş sözleşmelerinin sendikal nedenlere dayalı olarak feshi durumunda tazminat talep edebilirler.

Eda davasıyla işverenin bir şey yapma veya yapmamaya zorlanabileceği öne sürülebilse de uygulamada bu durum mümkün değildir. Örneğin; işçi gerekli bütün nitelikleri bünyesinde barındırmasına rağmen cinsiyet veya ırk nedeniyle bir üst pozisyona geçirilmediğinde ayrımcılık yasağına aykırılık söz konusu olmaktadır. Bu durumda

¹⁷⁷ Engin, a.g.e., 2013, s. 114.

¹⁷⁸ Çelik, a.g.e., 2007, s. 168.

¹⁷⁹ Alpagut, a.g.e., 2004; Baysal, a.g.e., 2010.

¹⁸⁰ Ulucan, a.g.e., 2000.

¹⁸¹ Alpagut, a.g.e., 2004; Baysal, a.g.e., 2010.

¹⁸² Sümer, a.g.e., 2010.

davacının üst pozisyona geçirilmemesi hukuku aykırı olarak nitelendirecektir. Fakat davacı, bu karar doğrultusunda yöneticilik pozisyonuna geçmeyi talep eder ve işverence bu talep yerine getirilmezse, bu kararın ifasını aynen sağlayacak olan bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁸³.

¹⁸³ Ertürk, a.g.e., 2002,s. 155.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK, İSPATI VE HUKUKİ SONUÇLARI

3.1. İSPAT YÜKÜ

4857 sayılı İş Kanunundan önce öğretide, cinsiyete dayalı olarak yapılan ayrımcılıkla ilgili, uluslararası uygulamalar dikkate alınarak, ispat yükünün ayrımcılık iddialarının işverende olması gerektiği, işçinin ayrımcılığa uğradığını ortaya koyan olguları mahkemeye sunması ile işçinin ispat yükünün hafifletilmesini öngören ispat yükü sisteminin yasal olarak açıkça ve ayrı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸⁴.

İş kanununun 5.maddesine göre, işçi işverenin bu hükme aykırı bir davranış sergilediğini iddia ediyorsa, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İş Kanununa göre işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İK m.5/son). Ancak bu konudaki ispat güçlüğünü göz önünde tutan kanun koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır¹⁸⁵.

İş güvencesi kapsamında yer alan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda işçi, fesih için geçerli bir sebebin olmadığı ve sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yasaklarına aykırı hareket edildiği iddiasında bulunuyorsa, İş Kanununun 20. maddesinin 2.fıkrası uyarınca, işverenin sözleşmenin feshi için geçerli bir neden olduğunu ispatlaması gerekir.

İşveren geçerli nedeni ispatladığında ise, işçi tarafından feshin başka bir nedene dayandırıldığı iddia edilebilir, bu durumda işçinin bu iddiasını ispatlaması gerekir. Örneğin; işyerinde iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi ve işçilerin işverene işe iade davası açması halinde işveren, geçerli sebebi ispatlamak zorundadır.

İşverenin, işletme gereği bir grup işçinin iş sözleşmelerinin feshedilmesi gerektiğini ispatlaması, fakat işçinin ise iş sözleşmeleri feshedilenlerin örneğin tümünün kadınlar ya da büyük çoğunluğunun kadınlar veya başka bir ayrımcılık temeliyle hareket edilen bir grup olduğunu ve bu nedenle iş sözleşmesinin esasen başka bir gerekçeye dayandığını, ayrımcılık yasaklarına aykırı hareket edildiğini iddia etmesi durumunda bu iddiasını ortaya koyması gerekmektedir. İşçi iddialarını genel hatları ile yani bir ihlalin varlığını güçlü bir biçimde ortaya koyduğu zaman, ispat yükü tekrar işverene geçmekte, işverenin ise işçi seçimlerini hukuka uygun olan kriterlere göre objektif olarak yapıldığını ispatlama yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. İşveren ise bu kriterleri ortaya koyamadığı takdirde feshin geçersizliği kabul edilmiş olacaktır¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 299; Süral, N. (2002). *Avrupa Topluluğunun çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliğine dair düzenlemeleri ve Türkiye*. Başbakanlık, s. 69.

¹⁸⁵ Süzek, 2020, s.478.

¹⁸⁶ Çelik, a.g.e., 2007, s. 29; Baysal, a.g.e., 2010, s.93.

İşçi, 5. madde hükümlerine karşı aykırı bir davranışın olduğunu güçlü bir şekilde ortaya koyabiliyor ise bu durumda ispat yükü işverene geçmektedir. İhlal durumunun güçlü bir biçimde ortaya nasıl konulacağı ise somut olaylara göre farklılık göstermektedir. Örneğin; bir işyerinde işverence terfi ettirilmiş olan tüm işçilerin, işverenle aynı din ya da etnik grup üyesi olması durumunda uzun zamandır terfi ettirilmeyen bir çalışanın terfi ettirilmemesinin sebebinin yalnızca bu durum olduğunu, çalışanın farklı bir dine ya da etnik gruba mensup olduğunu kanıtlaması halinde eşit davranma borcunun karşı ihlal edildiği ihtimali güçlü bir biçimde ortaya konmuş olacaktır. Dolayısıyla artık işveren eşit davranma borcunu ihlal etmediğini bu borca aykırı bir davranışta bulunmadığını ispat etmekle yükümlü olmaktadır.

3.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

3.2.1. Genel Olarak

Kişilerin insan hakları çerçevesinde korunmaya alınan özellikleri ile ayrımcılık yasaklarının örtüştüğü gözlenmektedir. Uluslararası ve ulusal hukuk tarafından bu değerler koruma altına alınır. Hukukumuzda da Anayasanın 10. maddesi ve İş Kanununun 5. maddesi işverene ayrımcılık yapma yasağı ve eşit davranma borcunu yüklemiştir. Bu sebeple de eşitlik anlayışına aykırı olan bütün işlemler geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmaktadır.

3.2.2. Eda Davası

Edim davaları olarak da nitelendirilmekte olan eda davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 105. Maddesinden hareketle; mahkemenin, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilen dava türü olarak açıklanmaktadır.

Eda davası ile işçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmamış olsaydı hangi durumda bulunacaksa, tekrardan o duruma getirilmesini talep edecektir. Bu dava, eşit davranmaya yönelik değil borca aykırı bir davranış sergilendiği için yoksun kalınan hakların talep edilmesine yönelik bir davadır.

Ana hatlarıyla eda davasının daha çok ücret ve sosyal yardım gibi işverenin yapmış olduğu parasal konularda başvurulabildiğini, ancak işverenin yönetim hakkı ile ilgili konularda başvurulamadığı kabul edilebilir. Bu davanın en fazla ikramiye, sosyal yardım veya ücret konularında eşit davranma ilkesine aykırılık durumunda uygulanabileceği düşünülürse, yönetim hakkıyla alakalı konularda uygulanamayacağı doğru kabul edilemez. Çünkü bir şeyin verilmesi ya da ödenmesine hükmedilebildiği kadar, bir şeyin yapılması ya da yapılmamasına da hükmedilebilir. Dolayısıyla, böyle bir davada işveren bir şeyi yapmaya ya da vermeye olduğu kadar yapmaktan kaçınmaya da mahkum edilmektedir.¹⁸⁷

3.2.3. İş Görmekten Kaçınma

Eşit davranma borcuna aykırılık durumlarında öğretide, çalışanların başvurabildikleri başka bir yol ise işten kaçınma hakkıdır. İşçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce işverenden sürdürmekte olduğu ayrımcı uygulamalara son

¹⁸⁷ Tuncay, a.g.e., 2007, s. 221.

vermesini talep etmeli, bu doğrultuda makul bir zaman içerisinde önlemler alınmazsa işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanmalıdır.

İşçilerin karşılaşmış olduğu ayrımcılıklar karşısında iş görmekten kaçınma durumu ile ilgili yapmış oldukları değerlendirmelerin tüm sorumlulukları kendilerine aittir. Yani işçi, iş görmekten kaçındığı neden ve ayrımcılık yarattığını düşündüğü durum ile ilgili yapacağı her türlü yanlış değerlendirmeden kendisi sorumludur. Ayrımcılığa uğradığını ileri süren bir işçi iş görmekten kaçınırsa işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilebilir. Bu olay üzerine açılan bir davada, eğer aslında olayda bir ayrımcılık olmadığı fakat işçinin iş görmekten kaçındığı tespit edilirse mahkemece, işveren tarafından yapılan feshi geçerli sayılır.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkı Alman Hukukunda, yalnızca cinsel taciz ya da taciz şeklinde gerçekleşmiş olan ayrımcılık durumlarında tanınmaktadır. Bu olaya maruz kalan işçinin işverene durumu anlatması ancak işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması sonucu işçi bu hakkını kullanabilmektedir. Bununla birlikte eğer işten kaçınma, cinsel tacize veya tacize uğrayan işçiyi korumak amacı için gerekiyorsa başvurulması mümkün bir yoldur. Eğer bu koşullar varsa, işçinin iş görmekten kaçındığı bu durumlarda ücretinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır¹⁸⁸.

Yalnızca işçilerin maddi yönden bütünlüğünün tehlikelere karşı korunması işyerinin sağlıklı bir işyeri olduğu anlamına gelmemektedir. İşçinin fiziksel ve ruhsal açıdan sağlıklı olması işçi sağlığı kavramı içerisinde yer aldığı gibi işçinin maddi-manevi varlığını geliştirmesinin önüne geçecek etkenlerden arındırılması, kişilik değerlerinin güvence altına alınması, ruhsal ve fiziksel tehlikeler karşısında korunması sağlıklı işyeri ortamı kapsamındadır.

İşçinin kişilik değerleri, sağlığı ya da kendini geliştirme özgürlüğü de ayrımcılık nedenlerinin engel oluşturduğu durumlar arasındadır. Dolayısıyla işverenler işyerinde hem eşit işlem yapma borcu hem de gözetme borcu gereği ayrımcılığı ortadan kaldırmalıdır. Ayrımcılıktan arındırılmış olan işyerinin yaratılması işverenin gerçekleştirmesi gereken bir unsurdur. Örneğin; işyerindeki bir işçi cinsel bir tacize uğramışsa ve bu durumu işverene bildirmiş ancak bu durumun önüne geçilecek bir tedbir alınmamışsa fiziksel ve ruhsal sağlığı açısından iş görme borcunu yerine getirmeme hakkına sahip olabilir. Aynı şekilde cinsiyet, dil, din veya ırk sebebiyle ayrımcılığa uğrayan bir işçinin bu davranışların insan haklarına bir saldırı oluşturması gerekçesiyle gereken önlemler alınmaya değin iş görmekten kaçınması olağandır. İş görmekten kaçınma hakkını kullanmadan önce işçinin işverene sürdürülen ayrımcı uygulamaların önüne geçilmesi talebi ile başvurusu ve önlemler alınmadığı takdirde iş görmekten kaçınması gerekir.

3.2.4. Maddi ve Manevi Tazminat

Hukuk sistemimizde yer alan ayrımcılık tazminatı 4857 sayılı İş Kanununda işe alımdan önceki süreçte cinsiyet ve gebelik gibi sebepler ile ayrımcılık yapıldığında ve iş

¹⁸⁸ **Ergin**, H. (2007). Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi. *Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 4(16), s. 23.

ilişkisinin kurulmasıyla talep edilebilen bir tazminat olarak düzenlenmiştir¹⁸⁹. Bu sebeple, işe alınma sırasında ayrımcılığa maruz kalınması durumunda genel hükümlere göre, tazminatın talep edilebileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁹⁰. Ancak culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanan bu tazminatın, işe alım sırasında ayrımcılıklara karşı etkili bir koruma sağlayamayacağı açıkça görülmektedir.

İş ilanlarında ayrımcılık durumunda da kadınlar, haksız fiil hükmüne dayanarak manevi tazminat talep edebilmektedir¹⁹¹. İş ilişkisinin kurulması ve bu ilişkinin sona erdirilmesinde de eşit davranma ilkesine aykırı bir durum varsa işçinin mal ya da bireysel varlığında zarar oluşmuşsa, Türk Borçlar Kanunu gereği maddi veya manevi tazminat talep edilebilmektedir. Fakat söz konusu maddi veya manevi tazminatın talebi için, işverenin eşit davranma borcuna aykırılığı sebebi ile işçinin zarar görmüş olması gerekmektedir.

3.2.5. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İşçi, eşit davranma ilkesine aykırılık halinde çalışma koşullarının uygulanmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir¹⁹². Ayrımcılık halleri ya da eşit işlem yapma borcuna yönelik aykırı durumlarda iş sözleşmesinin haklı nedenlere dayalı olarak işçi tarafından feshine yönelik İş Kanununun 24/II,(c) bendine bakılması gerekir. Söz konusu bentte “İşveren işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse...” ibaresi ile haklı nedenle işçi sözleşmeyi derhal feshedebilecektir.

Ayrımcılık Türk Ceza Kanununun 122. maddesi ile suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, İş Kanununun 24/II,(c) bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle, işveren ya da işveren vekili tarafından bir ayrımcılığa maruz kalındığında işçinin derhal feshedebileceği kabul edilmelidir.

İşveren tarafından eşit ücret ödememe durumunda eşitlik ilkesini ihlal edilmişse, işçi İş Kanununun 24/II e ya da f uyarınca, iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme olanağından yararlanabilir. Bunun yanında koşulları var ise İş Kanununun 22. maddesi uyarınca da değişiklik feshi hükümlerinde de faydalanabilmektedir.¹⁹³

¹⁸⁹ “4857 sayılı İş Kanununda işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrası gereğince “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki belirtilen fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında, işçi dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 31 . maddesi hükümleri saklıdır”.

¹⁹⁰ **Ertürk, Ş.** (2008). *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*.

¹⁹¹ **Yüksel, a.g.e.,** 2000, s. 218.

¹⁹² **Ekmekçi, Yiğit,** s.339.

¹⁹³ **Yıldız, a.g.e.,**2008, s.235.; **Süzek, a.g.e.,** 200, 186.; 9. HUKUK DAİRESİ 20.01.2015 tarihli, E.2013/7528, K.2015/1421 “5362 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin (1) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine “üç kişi”den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Yasaya tabi olacaktır. Somut olayda, yukardaki ilkeler doğrultusunda araştırma yapılarak ve gerekirse şahitler yeniden dinlenerek davalı işverenlerin esnaf niteliğinde olup olmadığı, uyuşmazlığın İş Kanunu ve İş Mahkemesi’nin görevi kapsamına girip girmediği araştırılmaksızın sonuca gidilmesi hatalı olup, BOZMAYI gerektirmiştir.”

3.2.6. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında iş ilişkisinde ya da sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı biçimde davranıldığında işçinin dört aya kadarki ücreti miktarınca ayrımcılık tazminatına hükmedileceği öngörülmektedir. Tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmemektedir. İş ilişkisinin devamı sırasında işveren eşitlik ilkesini ihlal ederse, söz konusu tazminat yine istenebilmektedir.

İşçi öncelikle dört aya kadar ücreti tutarında tazminat talep edebilir. Azami miktarı dört ay olan bu tazminatın miktarını hakim tayin eder. Bunu tayin ederken ihlalin ağırlığını göz önünde bulundurur. Ayrıca bu tazminattan bağımsız olarak bu ayrımcılık nedeniyle işçinin yoksun bırakıldığı bir hak söz konusu ise, söz gelimi işçiye cinsiyet nedeniyle daha az ücret zammı verilmişse, işçi yoksun kaldığı hakkı da talep edebilir¹⁹⁴.

İşçinin çıplak ücreti üzerinden ayrımcılık tazminatları hesaplanmaktadır. Bu esas yasa gerekçesinde şu şekilde yer almaktadır: "... maddenin 6. fıkrasında hukuki yaptırım olarak işçinin, dört aya kadar varan ücreti tutarınca tazminat için esas olacak ücret asıl ücret olmakta, ikramiye, prim ya da sosyal yardımlar bunun dışında kalmaktadır." İhlalin ağırlığına göre söz konusu olan tazminat hâkim tarafından belirlenmektedir. Yargıtay'ın 17.11.2015 tarihli kararında tazminatın bir gerçekte gösterilmeksizin üst sınırdan verilmesi hatalı bulunmuş ve yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹⁹⁵.

İş hukukunda eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağı ile birlikte eşit davranma borcunu da içerir¹⁹⁶. 4857 sayılı kanunun 5.maddesinin 6.fıkrasına ilişkin madde metninde ayrımcılık tazminatından ve yoksun kalınan haklardan bahsedilmiş olsa da, bir ayrımcılığın varlığının kabulü için esasen işçinin bazı maddi haklardan yoksun bırakılmış olması şart değildir. İşçinin hak kaybına uğramaması durumunda dahi bir ayrımcılık söz konusu olabilir.¹⁹⁷

3.2.6.1. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötü Niyet Tazminatı İlişkisi

Ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi, kanundaki başka hükümlere göre işçinin zarar koşuluna bakılmadan sahip olabileceği tazminat taleplerini etkilememektedir. İş sözleşmelerinin sona ermesi ile ayrımcılığa maruz bırakılan işçiler, ayrımcılık tazminatından farklı bir iş güvencesinden yararlanması ya da yararlanmamasına göre ve koşulları varsa kanundaki 17. maddede yer alan kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatı, 21. maddede yer alan iş güvencesi tazminatı ile kıdem tazminatı talebinde bulunabilmektedir¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Ekmekçi, Yiğit, s.335-336.

¹⁹⁵ Süzek, 2020, 368; Mollamahmutoğlu, 441-442, yazar bu tazminatın hukuki niteliğinin "medeni ceza" olduğunu ifade etmektedir, aynı yönde Tuncay, Sempozyum, 36; Yenisey, Metodoloji, 983; aynı yazar, "Ayrımcılık Yasağı, bu tazminatın uğranılmış zararın karşılığı için öngörülmüş olan gerçek bir tazminat değil, götürü nitelikte bir tazminat, bir medeni ceza olduğunu ifade etmektedir."

¹⁹⁶ Yıldız, a.g.e.,2008, s. 329.

¹⁹⁷ Ekmekçi, Yiğit, s.336.

¹⁹⁸ Mollamahmutoğlu, a.g.e., 2008, s. 554.

İş Kanununun 17. maddesiyle iş güvencesinden faydalanamayan işçilere, işveren tarafından sözleşmeyi fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda, iş güvencesi tazminatını uygulamak yerine kötü niyet tazminatı ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁹⁹.

İş sözleşmesinin feshi durumunda her iki tazminat da gündeme geldiği için, bu tazminatların birlikte talep edilip edilmemesi hususunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumu için incelenmelidir.

Öğretide yürürlükte yer alan düzenlemeler incelemeye alındığında İş Kanununun 5., 17. ve 18. maddelerinde aynı sebeplere dayanan üç farklı düzenleme olduğu belirtilmiştir. Bunlar arasında, nedenler konusunda herhangi bir farklılık olmamasına karşın ispat kuralları ve tazminat miktarları konusunda birtakım farklılıklar olduğu, kötü niyet oluşturan sebepler ile ayrımcılık oluşturan nedenlerin esasında aynı olduğu görüşü öne sürülmüştür²⁰⁰.

Bir başka görüş de ayrımcılığa neden olan sebebin bir kötü niyetli davranış olduğunu fakat kötü niyetli her davranışın da ayrımcı nitelik taşımadığını ileri sürerek ilk görüşe kısmen karşı çıkmaktadır²⁰¹.

Başka bir görüşe göre ise iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler ile iş sözleşmeleri İş Kanununun 5. maddesinde sayılan nedenlerden birine dayanarak feshedilen işçilerin seçimlik hakkına sahip oldukları ve eğer isterlerse İş Kanununun 17. maddesine dayalı olarak kötü niyet tazminatı, isterse de 5. maddeye dayalı olarak ayrımcılık tazminatını talep edebilme fikri öne sürülmüştür.

Aynı görüş, İş Kanununun beşinci maddesine dayalı olarak kıdemi dört haftaya kadar olan işçilerin tazminat talebinde bulunmaları durumunda daha yüklü miktarda tazminat talep edebileceklerini ispat kuralı açısından da daha avantajlı bir maddeye dayanacağını, fakat kıdemi dört haftadan daha fazla olan çalışanların İş Kanununun 17. maddesine dayanarak kötü niyet tazminatının talebinde bulunmalarının daha lehe olduğu fakat bu grubun ispat durumunda da daha çok zorluk yaşayacağını MK altı uyarınca ispat yükü kurallarının gereğince işverenin kötü niyetini ispatla yükümlülüğü olduğu açıklanmıştır²⁰². Bu görüşü savunan bir kısım da çalışanın seçimlik olarak iki tazminattan bir tanesini talep edebileceğini, eğer dava açılırken her iki tazminatın talep edilmesi durumunda hakim işçi lehine tazminata hükmetmesini savunur²⁰³.

3.2.6.2. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği ve bu iki tazminatın ilişkisi de incelenmesi gereken bir konudur. Bahsi geçen tazminatların amaçları birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı, yargı kararı ile

¹⁹⁹ Çelik, a.g.e., 2007, s. 322.

²⁰⁰ Bakırcı, K. (2006). İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi. Sicil, S, 2, s. 116.

²⁰¹ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 331.

²⁰² Demir, F. (2005). *İş hukuku ve uygulaması: en son yargıtay kararları ışığında*. Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 123; Bakırcı, a.g.e., 2006, s. 118.

²⁰³ Çankaya, O. G., Günay, C. İ., & Gökteş, S. (2005). *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*. Yetkin Yayınları, s. 58.

feshin geçersizliğinin saptanmasına rağmen, işe başlamak için başvuru yapan işçinin, işveren tarafından işe başlatılmaması üzerine öngörülen yaptırımdır.

Ayrımcılık tazminatı ise, iş sözleşmesinin feshinde İş Kanununun beşinci maddesinde yer alan sebeplerle işveren tarafından ayrımcılık yapılması durumunda işçilerin talepte bulunabileceği tazminat olarak tanımlanmaktadır²⁰⁴. İşverenin ayrımcılığa neden olan davranışının yaptırıma tabi tutulması ayrımcılık tazminatının iş güvencesinden farkını oluşturmaktadır.

Örnek vermek gerekirse; cinsiyeti sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirildiği iddiasında bulunan iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin, bu duruma dayalı olarak feshin gerçekleşmesini ispatlamasına karşın, işveren tarafından işe başlatılmadığı takdirde iş güvencesi tazminatı almaya hak kazanmaktadır. Aynı zamanda cinsiyete dayalı fesih işlemi gerçekleştiği için ayrımcılık tazminatı da talep edilebileceği kanısındayız.

Yargıtay’a göre, işçilik alacakları ile işe iade talebinin aynı davada öne sürülmesi mümkün değildir. Çünkü işçilik alacakları, sözlü yargılama usulü dahilindedir. Yargıtay yürütmekte olduğu bir davada, işçilik alacakları ile işe iade talebinin birlikte talep edilemeyeceğini şu şekilde ifade etmektedir:

“... bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iadeyle birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır.”²⁰⁵

Bu uygulama eleştirilmştir. Çünkü öğretilde, işe iade talebi ve işçilik haklarının bir arada talep edilebileceği görüşündekiler, bu iki talebin birlikte talep edilmesinin çelişkili bir durum olmadığını ileri sürmektedir²⁰⁶. Örneğin, işe iade talebi ile beraber işçi, fazla çalışma ücretlerini ya da ödenmemiş ücretlerini de talep edebilmelidir. Bunun sebebi olarak işe iade durumu söz konusu olsa da olmasa da hak kazandığı ödemelerin işçiye yapılması gerekmektedir. Böylece teknik olarak objektif bir dava birleşmesi söz konusudur.

3.3. İDARİ SONUÇLARI

Eşit davranma ilkesine aykırı davranmanın birtakım idari sonuçları da bulunmaktadır. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu²⁰⁷ madde 3/1’de herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada “*Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır*” hükmüne yer verilmiştir.²⁰⁸ 6701 sayılı kanunun 2. ve 4. Maddelerinde ayrımcılık türleri belirlenmiş ve tanımlanmıştır.

²⁰⁴ Bakırcı, a.g.e., 117.

²⁰⁵ Bu konuda bkz. Çelik, 235, dn 280’de künyesi verilen kararlar

²⁰⁶ Yıldız, a.g.e., 2008, s. 335.

²⁰⁷ R.Gazete : Tarih: 20/4/2016 Sayı : 29690, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf>. E.T. (03/04/2021).

²⁰⁸ Ekmekçi, Yiğit, s.339.

Kanunun 3. Maddesinde ise konuya ilişkin temel ilkeler ve yükümlülüklerde bahsedilmiştir²⁰⁹.

Kanunun 6.maddesi ise; “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz. 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır” şeklindedir²¹⁰.

6701 sayılı kanunun ayrımcılık yasağı bakımından sağladığı korumanın daha kapsamlı olduğuna dair öğretide bir görüş vardır²¹¹. Buna göre; işveren; çalışanlara, bu amaçla başvuran kişilere, staj yapanlara veya staj yapmak amacıyla başvuranlara veya bu konularda bilgi edinmek isteyen kişilere karşı işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. İşle ilgili süreçler; iş için bilgilendirme, başvuru, seçim ölçütleri, işe alım koşulları, çalışma koşulları ve çalışmanın sona ermesi konularını kapsar²¹².

6701 sayılı kanunun 7.maddesinde ise ayrımı haklı kılan nedenler sayılmıştır. Bu çerçevede ayrımcılığın öne sürülemeyeceği durumlar ile bu durumların istisnaları belirtilmiştir. İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele olarak verilenler sayılabilir.

Kanunun beşini bölümünde İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na başvuru ve inceleme esasları düzenlenmiştir. 6701 sayılı kanun madde 17 uyarınca, ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na başvurabilmektedir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla yapılabilmekte olup başvuru ücretsizdir. İlgililer, kuruma başvurmadan önce 6701 sayılı kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep ederler. Bu talebin reddedilmesi veyahut cevap verilmemesi halinde kuruma başvuru yapılabilir²¹³.

²⁰⁹ Süzek, 2020, s.478-479.

²¹⁰ Ekmekçi, Yiğit, s.340.

²¹¹ Ekmekçi, Yiğit, s.340.

²¹² Ekmekçi, Yiğit, s.340.

²¹³ Ekmekçi, Yiğit, s.342.

Kanunun 18.maddesinde başvuru ve inceleme ile ilgili bazı durumlar açıklanmaktadır. Bu çerçevede; kurumun başvurularla ve re'sen yapmış olduğu incelemelerle alakalı durumların en geç üç ay içerisinde sonuçlandırması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak ilgili sürenin, kurum başkanı tarafından bir kez olmak kaydı ile üç ay daha uzatılabileceği de belirtilmiştir.

Başlıca amacı insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak ve faaliyetlerde bulunmak olan Türkiye İnsan Hakları Kurumunun görev ve yetkileri 6701 sayılı kanunun

9.maddesine belirtilmiştir²¹⁴. 10.madde uyarınca: *“Kurumun karar organı olan kurul, bu yasayla ve diğer mevzuatla verilen Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz”*.

3.4. CEZAI SONUÇLARI

Türk Ceza Kanunu²¹⁵ madde 122’de nefret ve ayrımcılık suçu düzenlenmiştir. Dolayısıyla işverenin ayırım yasaklarına aykırı davranışı bu bağlamda bir suç oluşturabilir²¹⁶. Ayrımcılık suçunu düzenleyen TCK madde 122’de cezai açıdan sorumluluk bir hükme bağlanmıştır. TCK’nun 122.maddesinin 1.fikrasında ayrımcılık ve nefret nedeniyle işe almada eşitlik ilkesine aykırı davranılması suç olarak düzenlenmiştir²¹⁷.

TCK 122. maddede sayılan sebeplere dayalı olarak işverenin bir kişiyi işe alması ya da almaması sonucunda ayrımcılık suçu ortaya çıkmaktadır. Ayrımcılık suçu, TCK.’nın 122’nci maddesinde çeşitli sebepler ile yapılan ayrımcılıkların bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması çerçevesinde düzenlenmiş olup çeşitli sebepler olarak belirtilen; dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret sebebi ile bir kişinin işe alınmasının cezalandırılması olarak da konumuza değinmektedir.

Madde, 6529 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle değişikliğe uğramış ve bugünkü halini almıştır. 6529 sayılı Kanun ile, maddede sayılan ayrımlar arasına “milliyet” de dahil edilmiş, bunun yanında maddeden “ve benzeri sebepler” ibaresi çıkarılarak, kişiler arasında farklılık oluşturan konular kanunilik unsuruna uygun tarzda sınırlandırılmıştır. Buna göre, insanlar arasında maddede sayılanlara benzer farklılıklara dayalı olarak yapılan ayrımcılığın, bu suç kapsamında mütalaa edilemeyeceği ifade edilmelidir.

Failin kasıtlı olması sonucu ayrımcılık suçu oluşmuş sayılabilmektedir. Dolayısıyla bu suçun manevi unsurunu kast oluşturmaktadır. Failin bile isteye ayrımcılık yapması gerekmektedir. Taksirle veya olası kastla ayrımcılık suçunun işlenmesi mümkün değildir.

²¹⁴ Süzek, 2020, s.480.

²¹⁵ R.G. 12/10/2004 Tarih 25611 Sayı

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

²¹⁶ Ekmekçi, Yiğit, s.343., Süzek,2020, s.476.

²¹⁷ Süzek, 2020, s.476.

Bununla birlikte failin maddede yer alan ve bu kapsamda yer alabilecek nedenlere dayalı olarak, belirli bir saik ile hareket ederek ayrımcılık yapması gerekmektedir.²¹⁸ Bu sebeple dolaylı ayrımcılık durumlarında, işveren ya da vekiline ceza hukuku anlamında bir yaptırım uygulanmamaktadır. Dolaylı ayrımcılığa neden olan uygulamalarda, ayrımcılık yapma niyeti bulunmamakta fakat belirli ölçüt, uygulama veya hüküm bir grup üzerinde olumsuz sonuçlar meydana getirmektedir.²¹⁹

Başka bir konu ise, failin birden fazla uygulama ile birden çok kişiye ayrımcılık suçu işlemişse, ayrımcılığa maruz kalan kişi sayısının suçu gerçekleştirmiş kabul edilmektedir. Fakat fail, tek bir ayrımcı fiil ile birden çok kişiye karşı ayrımcılık suçunda bulunmuşsa, Türk Ceza Kanunu 43/2. maddesi uygulanarak faile zincirleme suça ilişkin arttırılmış ceza verilmektedir.

Türk Ceza Kanununda psikolojik taciz konusunda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, ceza hukuk öğretisinde psikolojik taciz durumunun Türk Ceza Kanununda madde 117’de düzenlenen “hukuka aykırı farklı bir davranış ile çalışma ve iş hürriyetinin ihlali” olarak değerlendirilmesi öne sürülmektedir. TCK madde 44 uyarınca böyle bir durum karşısında her iki suç için öngörülmüş olan cezalar içerisinde en ağırı verilecektir.²²⁰

Ceza hukuku açısından ayrı bir suç şeklinde düzenlenen, iş hukuku anlamında ise ayrımcılık kapsamında değerlendirilmekte olan bazı durumlar söz konusudur. İş hukukunda cinsel taciz kavramının geniş bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Fakat ceza hukuku dâhilinde cinsel içerikli suçlar kapsamı içerisinde cinsel taciz ile cinsel saldırı birbirinden farklı iki ayrı suç olarak düzenlenmektedir.

Kişi cinsel taciz durumuna maruz kalmış ise Türk Ceza Kanununun 105. maddesine başvurabilir. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca cinsel tacize maruz kalan kişinin şikâyeti ile fail, üç aydan başlayarak iki yıla kadar hapis cezası alabilmekte veya adli para cezasına çarptırılmaktadır. 5237 sayılı Ceza Kanunu, işveren ya da diğer yetkililerin nüfuzlarını kullanıp cinsel tacizde bulunmalarını suçun nitelikli hali olarak değerlendirmekte ve failin alacak olduğu ceza oranını da yarı yarıya artırmaktadır.

İş yerinde gerçekleşmiş olan cinsel taciz faili tarafından farklı zamanlarda aynı kişiye karşı devam ettirildiği takdirde zincirleme suça ilişkin Türk Ceza Kanununun 43. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Böyle bir durumda faile verilmesi düşünülen cezanın dörtte üçe kadar arttırılması söz konusudur. Failin işyerinde birden çok kişiye aynı fiile cinsel tacizde bulunması durumunda, örneğin aynı odayı paylaştığı kadın çalışanların yanında açık seçik resimler göstermesi gibi durumlarda, Türk Ceza Kanununun 43/2. maddesi uyarınca faile verilecek cezanın aynı oranda arttırılması gerekir.²²¹

Cinsel saldırı, iş hukuku açısından cinsel taciz kavramı olarak değerlendirilen fakat Türk ceza hukukumuzda farklı bir suç olarak değerlendirilen başka bir konudur. Türk Ceza

²¹⁸ Yenidünya, C., a.g.e., 2006, s. 112- 113.

²¹⁹ Kabahatler Kanununun ilgili düzenlemesi şu şekildedir “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”

²²⁰ Yenidünya, a.g.e., 2006, s. 115.

²²¹ Artuk, a.g.e., s. 39-40.

Kanununun 102. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, cinsel davranışlarda bulunan bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişiler, mağdurun şikayeti ile iki yıldan başlayarak yedi yıla kadar hapis cezası alabilmektedir. Cinsel saldırı işçi fiili işleyen kimseye verilecek olan ceza yarısı oranında artırılmaktadır. Türk Ceza Kanunu 73/son uyarınca suçun basit hali için uzlaşmaya gidilmesi mümkün olmaktadır²²².

3.5. ZAMANAŞIMI

Bu başlık altında 4857 sayılı kanuna 2017 yılında getirilmiş olan “Ek Madde-3” ile “Geçici Madde-8” ele alınmalıdır. Ek-Madde 3’te belirtildiği üzere; “İş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti ve aşağıda belirtilen tazminatların zamanaşımı süresi beş yıldır. a) Kıdem tazminatı. b) İş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat. c) Kötüniyet tazminatı. d) İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat. Geçici Madde 1 - Diğer mevzuatta 1475 sayılı İş Kanununa yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır. Bu Kanunun 120 nci maddesi ile yürürlükte bırakılan 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 inci ve 2 nci bendi ile onbirinci fıkrasında, anılan Kanunun 16, 17 ve 26 ncı maddelerine yapılan atıflar, bu Kanunun 24, 25 ve 32 ncı maddelerine yapılmış sayılır”.

Bu çerçevede 4857 sayılı kanun uyarınca gerek işçilik alacakları gerekse de daha evvelden bahsetmiş olduğumuz tazminat kalemlerinde 5 yıllık zamanaşımının söz konusu olacağı görülmektedir.

²²² Tezcan, Erdem ve Önok (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, s. 243.

SONUÇ

Hukuki anlamda eşitlik, aynı veya benzer durumdaki kişileri benzer işlemler yapılması anlamı taşımaktadır. Yani eşitlik ilkesi doğrultusunda, aynı ya da benzer kişilere aynı durumlarda aynı davranılması, farklı durumlardaki kişilere ise farklı davranılması gerekmektedir.

İş hukukunda ise işverenin eşit işlem yapma borcu yükümlüğü bulunmaktadır. Bu borcun nasıl ortaya çıktığı konusunda da birçok farklı görüş öne sürülmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde, başlığın eşit davranma ilkesi adını taşımasına rağmen kapsamı çerçevesinde yalnızca ayrımcılık yasaklarını düzenlemiştir. Fakat Anayasanın

10. maddesinde eşitlik ilkesi bir hükme bağlandığı için, 11. madde uyarınca bütün özel hukuk ilişkilerinde de bu madde bağlayıcıdır. Bu sebeple, yürürlükteki iş mevzuatında işverenin eşit işlem yapma borcu özel bir madde kapsamında düzenlenmemiş olsa da Anayasanın 10. maddesi uyarınca işveren bu borca yükümlü kılınmıştır.

Aynı zamanda Anayasanın 10., İş Kanununun 5. maddeleri ise ayrımcılık nedenlerini sınırlandırmaktadır. İki maddede de yer alan “benzeri sebepler” ifadesi ile bu görüş desteklenmektedir. Ayrımcılık yasakları ile birlikte bu kapsamda değerlendirilebilen nedenlere dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır.

İşverenin aynı ya da benzer işleri, aynı çalışma şartları altında yürüttüğü iş yerlerinin tamamında eşit işlem yapma borcu vardır. Bu noktada önemli olan husus, işverenin aynı şartlarda çalışan işçileri arasında herhangi bir ayrıma gitmeden, ayrımcılık yapmadan eşit işlem borcunu yerine getirmesidir.

Yönetim hakkının sınırlarından birini eşit işlem yapma borcu oluşturmaktadır. İşveren ayrımcılık yasaklarına ve eşit işlem yapma borcuna uygun yönetim hakkına dayalı işlemler yapmalıdır. İşverenin yönetim hakkını keyfi olarak işçiler arasında ayrımcılık oluşturacak şekilde kullanmaması gerekmektedir.

İş hukuku öğretisi ve uygulamalarda en çok tartışılan konulardan biri işverenin iş sözleşmesini feshederken eşit işlem borcuna uygun davranıp davranmadığıdır. İşveren, aynı eylemde bulunan işçiler arasından çalıştırmaya devam edeceği ya da iş sözleşmelerini feshedeceği kişileri belirlerken keyfi davranırsa eşit işlem borcuna aykırı hareket etmiş kabul edilmektedir. Ancak işveren iş sözleşmelerini feshettiği işçilerin objektif olarak nasıl seçildiğini ortaya koyabilirse eşit işlem borcuna aykırı davrandığı iddia edilemez.

Ayrımcılık yalnızca ileri düzeylerde yapılan yasal düzenlemeler ile ortadan kaldırılamaz. Çünkü ayrımcılığın hukuki boyutunun yanında hem psikolojik hem de toplumsal boyutları vardır. Böylelikle yalnızca yasalar ile ayrımcılığa maruz kalan kişilerin uğradıkları zararların temin edilmesine yönelik bir sistemin kurulması sorunun çözümü kavuşmasını sağlamayacaktır. Bu noktada önemli olan toplum içerisinde bireylerin diğer bireylere göre kendilerini “öteki” olarak görmemelerini sağlamaya yönelik politikaların üretilmesidir. Dolayısıyla öncelikle toplumda var olan önyargıların ortadan kaldırılması gerekir.

Aynı şartlar altında çalışan, aynı veya benzer işleri yürüten iş yerlerinde işverenin eşit işlem yapma borcunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu noktada ise önemli olan olgu, işyerinin coğrafi sınırlarında eşit işlem yapma borcunun belirlenip belirlenmemesi değil, şartların aynı olduğu durumlarda aynı iş verene bağlı olarak işlerini yürüten işçilere eşit davranılmasıdır. Bu doğrultuda, işverence devralınmış olan bir işyerinde aynı veya benzer çalışma şartları mevcut ise işyeri ile ilgili işverenin eşit işlem yapma borcu altında olduğu söylenebilir. Diğer işyerinde uygulamış olduğu çalışma şartlarının burada da uygulanması gerekir.

Eşit işlem yapma borcu aynı zamanda yönetim hakkının da sınırlarından biridir. Yönetim hakkına dayalı olarak işverenin yapmış olduğu bütün işlemlerde eşit işlem borcu ve ayrımcılık yasaklarına uygun bir biçimde hareket etmesi gerekmektedir. İşçiler arasında keyfi olarak yönetim hakkının kullanılması mümkün olmamalıdır. Bu doğrultuda işveren eşit işlem borcuna uygun olarak işyerine giriş ve çıkışların kontrolünü sağlamalı, fazla çalışacak işçilerin tespitinde ya da yıllık izinlerin kullanımı noktasında keyfi işlem yapmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Acar, F. A., & Ayşe g. V.,**(1999) Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Türkiye’de Eğitim Sektörü Örneği, T.C Başbakanlık Kadınının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara.
- Alp, M.** (2006). Otuz Hizmet Yılımı Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? Karar İncelemesi, YKİ, 2.
- Alpagut, G.** (2004). 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, Mercek.
- Altıparmak, A., & Küzeci, D.** (2009). Türk Hukukunda Yeni Bir Kavram: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing). Terazi Hukuk Dergisi.
- Artuk, M. E .,** (2006). Cinsel Taciz Suçu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum.
- Ata, N.** (2010). Temel haklardan yararlanmada cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı (Doctoral dissertation, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü).
- Bakırcı, K.** (2006). İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi. Sicil.
- Barnard, Catherine.** EU employment law. OUP Oxford, 2012.
- Baybora, D.** (2010). Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde yaş ayrımcılığı düzenlemesi üzerine. Çalışma ve Toplum Dergisi, 24.
- Bayram, F.** (2006) Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı, Ankara, 69.
- Bayram, F., Tınaz, P., Ergin, H.,** (2008). Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul.
- Baysal, U.** (2010). İşverenin eşit davranma borcu ve iş sözleşmesinin feshinde uygulanması. Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.
- Bell, M.** (2002). Anti-discrimination law and the European Union. Oxford University Press, 212.
- Blanpain, R.** (2003). Legal Status of Sportsmen and Sportswomen Under International European and Belgian National and Regional Law (Vol. 22). Kluwer Law International BV.
- Çankaya, O. G., Günay, C. İ., & Göktaş, S.** (2005). Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları. Yetkin Yayınları.
- Çelik, N.** (2007). İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.

- Çelik, N., Canikliöğlu, N., Canbolat, T.** (2016). İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul.
- Demir, A.** (2007). Avrupa insan hakları sözleşmesinde ve Türk hukukunda ayrımcılık yasağı (Doctoral dissertation, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).
- Demir, F.** (2005). İş hukuku ve uygulaması: en son yargıtay kararları ışığında. Dokuz Eylül Üniversitesi.
- Demircioğlu, M. Centel, T., Kaplan, H.,** (2019). İş Hukuku, B. 20, İstanbul.
- Doğan Yenisey, K.** (2005). Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi. LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (7).
- Durmuş, T., Ruhan, E. M., Murat, Ö. R.** (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Düğmeci, F.** (2019). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, (Birinci Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Düzen, N. E.** (2015). Herkes İçin Kolay ve Pratik Ayrımcılık, Ötekileştirme, Dışlama Rehberi, Pharmakon Yay., Ankara.
- Düzen, N. E.** (2015). Herkes için kolay ve pratik ayrımcılık ötekileştirme dışlama rehberi. Pharmakon Yayınevi.
- Ekmekçi, Ö., Yiğit E.,** (2020). Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2.Bası, İstanbul.
- Ekonomi, M.** (1984). İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul.
- Ekonomi, M.** (2006). 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme". Legal İHSGHD.
- Ellis, E., & Watson, P.** (2012). EU anti-discrimination law. OUP Oxford.
- Engin, E. M.** (2003). İş sözleşmesinin işletme gerekleri ile feshi. Beta Basım Yayın Dağıtım.
- Ergin, H.** (2007). Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi. Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.
- Ertürk, Ş.** (2002). İş ilişkisinde temel haklar. Seçkin.
- Ertürk, Ş.** (2008). Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., & Ulucan, D.** (2005). Bireysel iş hukuku. Legal.
- Gülsevil, A.** (2006). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?. Sicil İHD.
- Güzel, A., Şahlanan F.,** (2008). Çalışanın Katkısı Olmaksızın İşverenin Kurduğu Emeklilik Sisteminde Eşit Davranma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul.

- Harper, M., Estreicher, S., Tippet, E.** (2016). Cases and Materials on Employment Discrimination and Employment Law: The Field as Practiced.
- Hernu, R.** (2003). Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (Doctoral dissertation, Amiens).
- İnceoğlu, S.** (2001). Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi. Anayasa Yargısı, 17(1).
- İnceoğlu, S.** (2006). Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum.
- Kaplan, E. T.** (1987). İşverenin fesih hakkı: sınırları, hüküm, ve sonuçları.
- Karan, U.** (2017). Uluslararası insan hakları hukuku ve Anayasa hukuku ışığında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı. On İki Levha.
- Kaya, G.** (2010). Avrupa Birliği İş Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı (Doctoral dissertation, DEÜ Sosyal Bilimleri Enstitüsü).
- Kaya, P. A.** (2009). Avrupa Birliği ve Türk iş hukuku bağlamında eşitlik ilkesi. Dora Basım Yayın Dağıtım.
- Kocabıyık, S.** (2009). “Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?”. Sicil İş Hukuku Dergisi. 4(13).
- Krieger, L. H., & Fiske, S. T.** (2006). Behavioral realism in employment discrimination law: Implicit bias and disparate treatment. California Law Review, 94(4).
- Le Goff, J.** (2001). Droit du travail et société. Presses universitaires de Rennes.
- Marshall M.H v. Southampton and South-** (1986). West Hampshire Area Health Authority, 84.
- Merih, Ö. D. E. N., & İlkesi, T. A. H. E.** Yetkin Yay., 2003. Mollamahmutoğlu, H. (2008). İş Hukuku (3. Baskı). Ankara: Turhan. Öden, M. (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik, Ankara.
- Sarıbay, G.** (2007). Türk iş hukukunda iş güvencesi kapsamında fesih usulü, feshe itiraz ve feshin sonuçları.
- Savaş, F. B.** (2007). İş yerinde Manevi Taciz, İstanbul.
- Selwyn, N.** (2004). Law of Employment, 13th ed., İngiltere.
- Serim, B.** (1994). Yasa önünde eşitlik ilkesi. Amme İdaresi Dergisi, 27(3).
- Sevimli, K. A.** (2013). “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum. (“İşçinin Kişiliğinin Korunması”).

- Soyer, P.** (2005). Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları. İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları” konulu Legal.
- Sözer, A. N.** (2006). AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler. Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran.
- Subaşı, İ.** (2005). İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshinde İş Güvencesi Tazminatı ile Sendikal Tazminat İlişkisi (Karar İncelemesi). Çalışma ve Toplum.
- Sullivan, C. A. & Zimmer, M. J. & White, R. H.** (2002) Employment Discrimination, Law and Practice, 3rd ed. V.1&V.2, USA.
- Sümer, H. H.** (1997). İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması. Mimoza Yay.
- Sümer, H. H.** (2010). İş hukuku uygulamaları. Mimoza Yayınları.
- Süral, N.** (2002). Avrupa Topluluğunun çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliğine dair düzenlemeleri ve Türkiye. Başbakanlık.
- Süral, N.** (2006). Türkiye’de kadın istihdamı: fırsatlar, engeller ve hukuki çerçeve. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15.
- Süzek, S.** (1976). İş akdini fesih hakkının kötüye kullanılması. İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara.
- Süzek, S.** (1998). İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları. Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan.
- Süzek, S.** (2020), İş Hukuku, İstanbul.
- Süzek, S.** (2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu. Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, (12).
- Şenel, A.** (1970). Eski Yunanda eşitlik ve eşitsizlik üstüne. Sevinç Matbaası.
- Taşkent, S.** (1981). İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul.
- Tezcan, Erdem ve Önok** (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara.
- Tiedemann, P.** (2012). “İnsan Hakları, Eşit Muamele, Ayrımcılık Yasağı Kavramlarının Açıklaması”, (Çev. E. M.Tümer). Hukuk Köprüsü.
- Tınaz, P.** (2006). İşyerinde psikolojik taciz.
- Tuncay, A.** (2007). Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu.
- Tuncay, A. C.** (1982). İş hukukunda eşit davranma ilkesi. İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi.
- Tuncay, C.** (2011). “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Sarper Süzek’e Armağan, edt. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul (“İrk ve Etnik Köken”)
- Tunçomağ, K., Centel T.** (2003) İş Hukukun Esasları, B. 3, İstanbul.

- Türkmen, A.** (2017). “6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukuku’na Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Twomey, D. P., Jennings, M. M., & Fox, I.** (2001). Business Law and the Regulatory Environment.
- Ulucan, D.** (2000).Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması. Kamu-iş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 5(3).
- Ulucan, D.** (2003). 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri. Yeni İş Yasası, İstanbul. Uşan, M. F. (1999). İş Hukukunda sakat istihdamı. Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayınları. Ünal, C. (2018). İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. (Birinci Baskı). İstanbul: Oniki Levha Yayınevi.
- Yenidünya, C.** (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu”. Çalışma ve Toplum, 4(11).
- Yenisey, K. D.** (2002). Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları. Kamu-İş Dergisi, 6(2).
- Yenisey, K. D.** (2005). “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (7).
- Yenisey, K. D.** (2006). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. Çalışma ve Toplum, 4(11).
- Yıldız, G. B.** (2008). İşverenin eşit işlem yapma borcu. Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım.
- Yüksel, M. O.** (2000). Karşılaştırmalı hukuk ışığında Türk iş hukukunda kadın-erkek eşitliği. Beta.