

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU AÇISINDAN TÜRK İŞ HUKUKUNUN AVRUPA BİRLİĞİ İŞ HUKUKUNA UYUMU

The Compliance with European Union Labour Law of the Turkish Labour Law in Terms of Employer Has Liability for Equal Behavior

Ebru KILIÇ*

ÖZET

Hayatın her alanında var olan eşitsizliğin ortadan kaldırılması için tüm devletler gerek anayasalarında gerek toplumsal düzeni sağlamaya yönelik yaptıkları diğer düzenlemelerde belli normatif kurallar koymuşlardır. Ulusal düzeydeki düzenlemelerin yanı sıra pek çok uluslararası belgede de insanlar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla birtakım düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Söz konusu edilen eşitsizliğin sosyal hayata yansıyan bir yönü de çalışma hayatıdır. Devletler ve uluslararası kuruluşlar, çalışma hayatının düzenlenmesi, işçi ve işveren ilişkilerinin belirlenmesi ve belki de sosyal hayatta en çok ezilen ve baskı altına alınan işçi sınıfının haklarının korunması amacıyla birtakım düzenlemeler yapmış, düzenlemelere ek olarak da bazı yaptırımlar öngörmüştür.

Çalışmamızda sözünü ettiğimiz işçi haklarını koruyucu, iş hayatında adaleti, huzuru ve barışı temin edici bir hukuk normu olan ‘işverenin işçilerine eşit davranma borcu’nu ele alacağız. Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak eşitlik ilkesi ve bu ilkenin işverenin işçilerine yönelik olarak var olan ‘eşit davranma borcu’na yansımalarını ele alacağız. Bununla birlikte eşit davranma ilkesinin uluslararası hukuktaki ve Avrupa Birliği hukukundaki dayanaklarına kısaca değineceğiz. Önemine binaen söz konusu dayanaklardan ILO belgelerinden ayrıca söz edeceğiz.

Çalışmamızın devam eden bölümlerinde eşit davranma yükümlülüğü kapsamında ayrımcılık yasağını inceleyeceğiz. Bu yasağın içeriğinde, işverenin işyerinde çalışan işçilerine yönelik din, dil, ırk, cinsiyet, mezhep, siyasal düşünce, felsefi inanç gibi birtakım ayrımcılık nedenlerini Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği’ne uyumu kapsamında ayrı ayrı ele alacağız. Çalışma hayatında belki de en çok ayrımcılığa maruz kalan kadınların cinsiyetleri sebebiyle muhatap oldukları bu ayrımcılığın iş hayatına yansımaları şekillerini hususi olarak ele alıp inceleyeceğiz.

Anahtar kelimeler: Türk İş Hukuku, Avrupa Birliği İş Hukuku, Eşitlik İlkesi, Eşit Davranma Borcu, Ayrımcılık Yasağı

* Hâkim Adayı/Ankara

ABSTRACT

All states, both the constitutions of other regulations to ensure social order but also for the elimination of inequality have put certain rules. Arrangements at national level as well as many international documents, in order to ensure equality, some changes were made. The one aspect of inequality in social life, working life. States and international organizations, organization of working life, relations between workers and employers to identify and perhaps the most oppressed and under pressure from social life in order to protect the rights of workers, has made some arrangements. In addition to the regulations also provides some certain sanctions.

In our study, we will discuss which guaranteed the rights of workers, to protect justice and peace at business life, a legal norm of "to workers the employer's equal treatment debt". In the first part of our study, we will examine the principle of equality and a reflection of this principle is to workers the employer's equal treatment debt. However, we look briefly underpinnings of the principle of equal treatment at international law and European Union Law. Due to the importance the ILO documents of them also will be mentioned.

In the study, we also will consider a ban on discrimination under the equal treatment obligation. We will consider separately the content of this prohibition, in the scope to compliance with the European Union with of the Turkish Labour Law to workers of the employer religion, language, race, creed, political opinion, philosophical belief in a number of discrimination reasons. We also will examine to the women, who perhaps the most exposed to discrimination in working life, to the way reflection in her career of this discrimination which faced because of their ender.

Keywords: Turkish Labour Law, European Union Labour Law, The principle of equality, The debt of equal treatment, The prohibition of discrimination.

GİRİŞ

İş Hukuku'nda 'eşitlik ilkesi' eşit haklara sahip olma veya eşit muamele görme şeklinde özetleyebileceğimiz bir adalet normudur. Daha açık bir ifadeyle iş ilişkisinde, işverenin benzer durumda olan çalışanlarına "haklı ve makul" bir neden olmadıkça eşit davranması, hakka ve hakkaniyete uygun olarak işlem tesis etmesi yükümlülüğünü ifade eder. Çalışan işçi kesiminin bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarının karşılanmasının, insan onuruna ve saygınlığına yaraşır bir hayat sürmesinin temin edilmesi sosyal devlet anlayışının bir gereğidir. Bu anlamda her yönüyle işçilerin haklarını ve hukuklarını koruyucu bir norm olan 'eşit davranma ilkesi' İş Hukuku açısından ciddi önem arz etmektedir. Çalışmamızda da hukuk literatüründe son derece önemli olan ve çalışma hayatında vazgeçilmez bir ilke olan 'eşit davranma ilkesi' çeşitli yönleri ile ele alınacaktır.

I.GENEL OLARAK EŞİTLİK İLKESİ VE EŞİT DAVRANMA BORCU

Temelini hakkaniyet ilkesinden¹ alan ve tüm hukuk literatüründe geçerli genel bir ilke olan ‘eşitlik ilkesi’, iş hukukunda eşit davranma (eşit işlem yapma) ilkesi olarak ortaya çıkmaktadır. İş hukukunda eşit davranma ilkesi, farklı işlem yapmayı gerektiren haklı bir neden bulunmadıkça, işverenlerin çalışanlarına eşit işlem yapması, eşit çalışma koşullarını uygulaması, çalışanları arasında keyfi ayırım yapmaması demektir.² Bu nedenle haklı, makul ve genel geçer bir neden olmadıkça işveren işyerinde çalışan işçiler arasında çalışma koşulları, iş sağlığı ve güvenliği, işin yönetimi, ücret, çalışma saatleri ve dinlenme gibi haklar bakımından farklı bir muamelede bulunamayacaktır. İşverenin bu yükümlülüğü iş sözleşmesiyle kurulan iş ilişkisinden kaynaklanmaktadır.³

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü tüm çalışanlara mutlak şekilde eşit davranılacağı anlamına gelmeyecektir.⁴ Eşit davranma yükümlülüğü aynı nitelikteki işçiler, başka deyişle eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler için söz konusudur. Bu nedenle işverenler yapılan iş, uzmanlık, öğrenim, kıdem gibi objektif nedenler ve çalışkanlık, yetenek, performans, tecrübe, bilgi ve liyakat gibi subjektif nedenler sebebiyle işçilere farklı koşullar uygulayabileceklerdir.⁵ Ancak işveren tamamen keyfi ya da kötü niyetli biçimde bu hakkını kullanamaz. Burada sorun, işverenin bu hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasıdır. Bu nedenle işçiler arasında farklı işlemin meşrulaştırılması ayırıcılık yasaklarına oranla çok daha kolaydır. Örneğin işveren yapılan işin niteliği gereği sadece bir bölümde çalışan işçilere prim verebilir ve bu uygulama işletme gerekleri ve yapılan işin niteliğinden ötürü işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerle sıkı bağlantısı nedeniyle, ayırıcılık yasaklarına dayanan bir davranışın hukuken kabul görebilir objektif nedenlerle meşrulaştırılabilmesi çok daha

¹ Hakkaniyet (hak ve nasafet) ilkesi, bireylerin yasa karşısında eşit olduğu ve onların haklarına uyulmasının zorunlu olduğu esasından çıkartılan bir adalet ilkesidir.(Türk Hukuk Lügati, 267, ‘nasafet’).

² Can TUNCAY, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul, 1982, s.21; Kenan TUNÇOMAĞ/Tankut CENTEL, *İş Hukukunun Esasları*, 3.B.,İstanbul, 2003, s.132.

³ Ertan İREN, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Üçlü Diyalog*, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Yayın no: 18, Ankara, 2005, s.113.

⁴ İren, s.113; Mutlak eşitlik, kanunların herkese eşit değerde uygulanmasıdır. Mutlak eşitlikte kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz. Nispi eşitlik ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır.

⁵ Tuncay, s.27.

güçtür. Örneğin Adalet Divanı'nın kararları ile açığa kavuşmuştur ki işverenin uğrayacağı maddi zarar veya işletme gerekleri hamile kadın işçinin işten çıkartılmasında meşru bir ayrımcılık nedeni olamaz.⁶

Eşit davranma yükümlülüğünün bazı uygulanma koşulları vardır. Eşit davranma yükümlülüğünden söz edebilmek için öncelikle işçi ve işveren arasında kurulmuş bir iş ilişkisi olmalıdır. Zira iş ilişkisi çerçevesinde olmayan işveren işlemlerinde eşit davranma yükümlülüğü dikkate alınmayacaktır. Bununla beraber, eşit işlem yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için aynı işyerinde karşılaştırılabilecek işçiler olmalıdır. Ancak burada kıyas yapılacak işçilerin 'aynı işyerinin işçileri' olması gibi bir zorunluluğun olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü kıyaslama yapılacak emsal işçi kriteri ele alınırken, işyerinde böyle bir işçi yoksa o işkolunda şartlara uygun başka bir işyerinde aynı veya benzer işi yapan işçinin esas alınacağı İşK.'nun 12/son ve 13/3 maddelerinde belirtilmiştir.⁷

II. EŞİT DAVRANMA İLKESİNİN ULUSLARARASI HUKUKTAKİ VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDAKİ DAYANAKLARI

A. Eşit Davranma İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Dayanakları

Eşit davranma ilkesi, Birleşmiş Milletler Belgeleri (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar ile İlgili Sözleşme), Avrupa Sözleşmeleri (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı), ILO Sözleşmeleri (İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığı Yasaklayan 111 Sayılı Sözleşme, Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesini Öngören 100 Sayılı Sözleşme, Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 Sayılı Sözleşme, İş İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme, Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit İşlem Yapılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 Sayılı Sözleşme), AB anlaşmaları ve yönergelerinde düzenlenmiştir.⁸

⁶ Kübra Doğan YENİSEY, *İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.67.

⁷ İren, s.114.

⁸ İren, s.115-116-117.

İş hukukunun uluslararası kaynağı denilince akla ilk gelen, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve onun ürettiği hukuksal metinlerdir.⁹

ILO, yeryüzünde evrensel ve sürekli bir barışın ancak, “sosyal adalet” ilkesinin gerçekleşmesi durumunda mümkün olabileceği inancı ile sosyal adaleti ve daha iyi yaşama koşullarını sağlamak üzere, hükümet, işveren ve işçi örgütlerini bir araya getirerek ortak hareket etmelerini gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş bir örgüttür. Bu nedenle, kuruluş aşamasında komisyonda tartışılan en önemli konulardan birisi de örgütteki oylama biçiminin nasıl olacağı ile ilgili olmuştur. Konferansa katılan devletlerin temsilcileri, ILO’ da hükümetlerin işçi ve işveren temsilcileri karşısında eşit sayıya sahip olmasını istemişler ve sonunda da, tüm kurullarda işçi ve işveren kuruluşları birer kişi ile temsil edilirse, hükümetlerin toplam iki kişi ile temsili (%50) esası kabul edilmiştir. Böylece hükümet-işçi-işveren temsiline dayalı *üçlü yapı* içinde çalışacak bir ILO ortaya çıkmıştır. Üçlü bir yapıya sahip olan ILO’da yapılan bütün çalışmalarda işveren ve işçi temsilcileri hükümetlerle eşit statüdedir.¹⁰

Türkiye 1932 yılında Milletler Cemiyetine üye olduğu zaman otomatik olarak 1919 yılında Birleşmiş Milletler Cemiyetine bağlı olarak kurulan Uluslararası Çalışma Örgütüne de üye olmuştur. 04.06.2003 tarihinde 4872 sayılı yasayla uygun bulunan protokole dayalı olarak yer tahsisi yapılmış, ILO’nun Ankara’da da bir ülke ofisi kurulmuştur.¹¹

Türkiye tarafından 27.05.1946 tarih ve 4907 sayılı yasa ile onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü anayasasının başlangıç kısmında ifade edildiği gibi ILO’nun kuruluşu üç temel nedene dayandırılmıştır. Bunlardan birincisi, bütün dünyayı kapsayabilecek sürekli bir *barışın* ancak *sosyal adalet* temeli üzerine kurulabileceği gerçeğidir. Diğer, dünyada çok sayıda insan için adaletsizlik ve sefalet yaratan *çalışma koşullarının* ivedilikle *iyileştirilmesi* gereğidir. Sonuncusu ise, çalışanların ekonomik ve sosyal durumunu geliştirmek isteyen bir ülkenin, bu ekonomik ve sosyal durumun geliştirilmesinin yarattığı ekonomik maliyetler yüzünden, başka ülkeler aynı önlemleri almadıkları takdirde, uluslararası pazarda *rekabet gücünü kaybedeceği* gerçeği ve endişesiyle bu maliyete katlanmaktan

⁹ Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 30

¹⁰ Mustafa ÇINKILIÇ, *Anayasa’nın 90. Maddesindeki Değişiklik Işığında ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka ve Mahkeme Kararlarına Etkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2006, s.42.

¹¹ R.G.,07.06.2003, S.25131.

kaçınabileceği, bu nedenle de çalışanların ekonomik ve sosyal durumunun geliştirilmesi için bütün ülkelerin bu konuda ortak hareket etmek zorunda olduğunu.¹²

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaç ve hedeflerini gerçekleştirebilmesi bakımından en önemli hukuksal araçları Genel Konferanslarda üretilen Sözleşme ve Tavsiye kararlarıdır.¹³ Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde 2005 yılı itibarıyla 185 adet sözleşme ve 195 adet tavsiye kararı kabul edilmiştir. Türkiye'nin onayladığı sözleşme sayısı 56'dır.¹⁴

ILO normlarının (sözleşme ve tavsiye kararlarının) üye ülkeler için bağlayıcı hukuk kuralları haline gelmesi, üye ülkelerin yasama veya yetkili organı tarafından onaylanması ile başlar. Bu onay, Örgüt'ün genel konferanstaki onayından farklı bir onaydır. Konferansta kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararları otomatik olarak üye ülkeleri bağlayıcı hukuk kuralı haline gelmez. Bağlayıcılık ancak, üye ülkelerin bu belgeleri kendi iç hukuk düzenlemelerini etkileyecek şekilde onaylaması ile söz konusu olmaktadır. ILO sözleşme ve tavsiye kararlarının üye ülkeler tarafından onaylanması konusunda takip edilen süreç, Örgüt Anayasası'nın 19. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁵

ILO Anayasası'nın 19. maddesindeki ayrıntılı düzenlemeye uygun olarak onaylanarak Anayasamızın 90. maddesine göre iç hukukumuz haline gelen ve geçmişte farklı yazarlar tarafından farklı normatif değerler verilen ancak her türlü değerlendirmede de iç hukukumuzda bir "norm" olduğu tartışmasız olan ILO belgeleri, Anayasa Mahkemesi'nce, Danıştay'ca ve Yargıtay'ca farklı farklı değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Her üç yüksek mahkeme kararlarında da, geçmişte uluslararası hukuka ve sözleşmelere dayandırılan pek çok karar bulunmakla beraber, ortak bir çözüme ulaşıldığı söylenemez. Türk yargı organları uluslararası hukuk kurallarını uygularken genellikle çekingen davrandıkları, belli ve yerleşmiş içtihadı ulaşmadıkları söylenebilir.¹⁶

¹² Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s.70.

¹³ Çinkılıç, s.48.

¹⁴ Çinkılıç, s.52.

¹⁵ Pir Ali KAYA, *Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri*, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) Yayınları, Ankara, 1999, s.31.

¹⁶ Kaya, s.60.

B.Eşit Davranma İlkesinin Avrupa Birliği Hukukundaki Dayanakları

1. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Avrupa Birliği Antlaşmalarındaki Düzenlemeler

Eşit davranma ilkesi denilince ilk akla gelen cinsiyet eşitliğidir. Zira gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerin büyük bir kısmı cinsiyet ayrımını engelleyen esaslardan oluşmaktadır. Kadın işçilerin analık, doğum, süt, kreş izinleri gibi özelliklerinin verim düşüren ve maliyeti arttıran durumlar olarak nitelendirilmek suretiyle erkeklere nazaran daha az ücretle ve daha kötü çalışma koşullarında çalıştırılmaları söz konusu olabilmektedir. Devletler, bu sıkıntıları ortadan kaldırmak amacıyla işçileri koruyucu ayrıntılı düzenlemeler yapmakta, iş sözleşmesinin yapılması aşamasından sona ermesi aşamasına kadar çeşitli önlemler almaktadırlar.¹⁷

Kadın ve erkeklere eşit davranma yükümlülüğü AB antlaşmalarında ve AB'nin birçok yönergesinde düzenlenmiştir. Roma Antlaşması'nın eski 119. (şimdiki 141) maddesi cinsiyet eşitliğine ilişkin Avrupa Birliği mevzuatındaki ilk düzenlemedir diyebiliriz. Söz konusu maddede, 'Her üye devletin kadın ve erkek için 'eşit işte eşit ücret' prensibini uygulayacağı, ücret kavramından mutad asli ve asgari ücretler ve işverenin iş ilişkisine istinaden işçi ile dolaylı ve dolaysız nakdi veya aynı ödediği diğer bütün ödemelerin anlaşılacağı, cinsiyet farkı gözetilmeksizin ücret eşitliğinin, aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması ve zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işler için eşit olması anlamında olduğu' belirtilmiştir.¹⁸

1992 Maastricht Antlaşması'nda ve antlaşmaya ekli Sosyal Şart'ta, Roma Antlaşması'nın eski 119. maddesinde düzenlenen eşit işe eşit ücret ilkesinin bir kez daha vurgulanmıştır. Maddede eşit veya eşdeğerde işe eşit ücret ödenmesinin yanı sıra, kadın ve erkekler arasında çalışma alanında fırsat eşitliğinin sağlanması ve işyerinde eşit davranma ilkesinin yaşama geçirilmesi hükmüne yer verilmektedir. Birliğin, üye devletlerinde kadın ve erkek eşitliği konusunda alınan önlemleri desteklemesi öngörülmüş ve üye devletlerin eşitlik sağlanana kadar kadınlar lehine çeşitli imtiyazlı

¹⁷ İren, s.118.

¹⁸ İren, s.118.

düzenlemeler (affirmative action) kabul etmesine de bir engel olmadığı vurgulanmıştır.¹⁹

Yine 2 Ekim 1997’de imzalanan ve 1 Mayıs 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile Roma Antlaşması’nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede 119.maddenin içeriği değişmiş ve madde numarası da 141 olmuştur. Maddenin yeni düzenlemesi uyarınca her üye devlet, eşit işte veya eşit değerde işte çalışan kadın ve erkek çalışanlar için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını temin edecektir. Böylece 141.maddedeki düzenleme ile ILO normlarıyla paralellik sağlanarak ‘eşit değerde işe eşit ücret’ ilkesi kabul edilmiştir.²⁰

Amsterdam Antlaşması, her şeyden önce kadın ve erkek eşitliğini Topluluğun temel görevlerinden biri olarak belirlemiştir. Bu antlaşma ile Konsey’e cinsiyete dayalı ayrımcılığın kaldırılması için etkin kararlar alma yetkisi de tanınmıştır. Ayrıca AB politikalarını oluşturan eğitimden tarıma, ulaştırmadan çevreye her alanda, kadın erkek eşitliğinin yaşama geçirilmesi gerektiği hükmüne de yer verilmiştir.²¹

2. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Avrupa Birliği Yönergelerindeki Düzenlemeler

Eşit davranmaya ilişkin AB yönergeleri, ayrımcılığı engelleyen ve cinsiyet eşitliğini düzenleyen olarak iki başlık altında tasnif edilebilir. Ayrımcılığı engelleyen yönergeler başlığı altında; ‘İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit İşlem Yapılması İlkesinin Uygulamaya Konulmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 tarihli ve 2000/43/EC Sayılı Yönerge’ ve ‘İstihdamda ve İşte Eşit İşlem İçin Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Yönerge’ yer almaktadır. Cinsiyet eşitliği başlığı altında ise; ‘Kadın ve Erkeklerle Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Üye Ülke Kanunlarının Yaklaştırılması Konusunda 10.02.1975 tarihli ve 75/117/EEC sayılı Yönerge’, ‘İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek Eşit İşlem Yapılması İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 09.02.1976 tarihli ve 76/207/EEC sayılı Yönerge ile bu yönergeyi değiştiren 23.09.2002 tarihli ve 2002/73/EEC sayılı Yönerge’, ‘UNICE, CEEP ve ETUC tarafından imzalanan ‘Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine Dair 03.06.1996

¹⁹ Sinem GÖÇMENER, *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.67.

²⁰ İren, s.120.

²¹ *AB’ye Giriş Sürecinde TC Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği Politikaları*, Ankara: KSSGM Yayınları, 2000, s. 85-88.

tarihli ve 96/34/EEC sayılı Yönerge', 'Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne Dair 15.12.1997 tarihli ve 97/80/EEC sayılı Yönerge' , 'İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma ve Eşit Fırsatlar İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/EEC sayılı Yönerge' bulunmaktadır.²²

III. EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAPSAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI

Eşit davranma yükümlülüğü, hayatın her alanında olduğu gibi iş hukukunda da beraberinde 'ayrımcılık yasağını' da getirir. 4857 sayılı yasa ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yanda bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur. Ayrıca ayrımcılık yasakları açısından da kapsam ve içerik açısından bir farklılaşma ile karşılaşılmaktadır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında genel anlamda; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme bağlanmıştır. Aynı hükmün 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması, 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. 5. maddenin 2. fıkrasında getirilen sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık, Kanun'un 12. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, 13. maddesinde kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. İş Kanunu'ndaki bu somut ayrımcılık halleri dışında Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 14. maddesinde de özürllük nedeniyle yapılan ayrımcılık yasaklanmıştır. Sözleşme türleri açısından ayrımcılık yasakları ayırık tutulursa, İş Kanunundaki somut düzenlemelerin tamamı işçinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir. Bunlardan cinsiyet ve gebelik, sendikal neden ve özürllük özel hükümlerle düzenlenmişken, İşK. m. 5/1 Anayasa'nın 10. maddesinin iş ilişkisine uyarlanmış bir hali olarak, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımı yasaklamıştır. Buradaki "ve benzeri" sebepler kişi temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aslında sözleşme türü nedeniyle yapılan ayrımcılıkların ortaya çıkışında da cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımcılık yatmakta olup, Avrupa Birliği Adalet Divanı, içtihat yoluyla geliştirdiği dolaylı ayrımcılık yasağı ile kısmi süreli sözleşmeler-

²² İren, s.121.

le çalışan kadınlar aleyhine yapılan ayrımcılıkları önlemeyi hedeflemiştir. Bu yolla sözleşme türünün bir ayrımcılık nedeni oluşturamayacağı esasının ilk temelleri atılmıştır.²³

İşverenin işçilerine yönelik ayrımcılık yasağının kapsamına giren hususları incelemeye başlamadan önce çeşitli ülkelerde eşit davranma ilkesinin uygulama alanları hakkında bilgi vermekte yarar vardır;

- **Almanya:** Cinsiyet, köken, ırk, dil, ulusal köken, renk, dini ve siyasi inanç, işçi sendikası üyeliği, medeni hal, cinsel tercih, yaş, hamilelik (çalışma bürosunun onayı ile olmadıkça), askerlik durumları ile çırak olan işçiler, engelli işçiler, yasal grevciler, ebeveyn izni kullanmakta olanlar, işvereni şikâyet eden işçiler ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **Avusturya:** Sendikal üyelik, ırk, cinsiyet, medeni hal, din, siyasi görüş, ulusal köken, maluliyet, askerlik hizmeti durumları ile etik standartların ihlalini rapor eden işçiler, yasal grevciler. siyasi baskı mağdurları ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **Belçika:** Hamilelik, askerlik hizmeti, eğitim izni, işçi hekiminin görevini üstlenme durumları ile siyasi büro sahibi işçi, kadın ve erkek arasında eşit davranış ile ilgili bir şikâyette bulunan veya dava açan işçi, yasal grevciler ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **Hollanda:** Evlilik, hamilelik, ırk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal köken, geçici hastalık, ebeveyn izni, askerlik hizmeti durumları ile ayrımcılık iddiasında bulunan işçiler, devlet memurluğu ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **İngiltere:** Hamilelik, işçi sendikasına üyelik veya sendikal faaliyet, ırk, cinsiyet, işçi sendikasına üye olmayı reddetme, ebeveyn izni, gönüllü askerlik hizmeti, maluliyet, evlilik (sadece Kuzey İrlanda’da dini ve siyasi görüş) durumları ile sağlık ve güvenliği tehdit eden hallerin kalkmasını veya yasal hakların uygulanmasını isteyen işçiler, “etkisini kaybetmiş” inançlara sahip olan işçiler, “Pazar Günü” görevi yapmayı reddeden işçiler, emekli sandığı mütevellileri ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **İspanya:** Cinsiyet, etnik köken, medeni hal, ırk, sosyal statü, bakıma muhtaç kişilere bakım izni, dini ve siyasi inanç, işçi sendikasına üyelik veya üye olmama, askerlik veya memuriyet hizmeti, geçici hasta-

²³ Yenisey,s.65

lık veya yaralanma, ebeveyn izni, hamilelik, dil, maluliyet, renk, cinsel tercih, yaş durumları ile yasal grevciler, şikayette bulunanlar ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **İsveç:** Cinsiyet, işçi sendikasına üyelik, ırk, din, zihinsel durum, siyasi görüş, ulusal köken, askerlik hizmeti, eğitim izni, geçici hastalık veya yaralanma, ebeveyn izni durumları ile yasal grevciler ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **İsviçre:** Maluliyet, işçi sendikasına üyelik, cinsiyet, geçici hastalık veya yaralanma, ırk, milliyet, askerlik hizmeti süresince ve bundan önce veya sonraki 4 hafta, gönüllü toplum görevi (Kızılhaç gibi) veya zorunlu devlet memurluğu, Anayasal hakları uygulama ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **İtalya:** İşçi sendikasına üyelik, ırk, cinsiyet, medeni hal, din, siyasi görüş, ulusal köken, hamilelik, şikâyette bulunma, askerlik hizmeti, geçici hastalık veya yaralanma durumları ile grevciler ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Fransa:** İşçi sendikasına üyelik, hamilelik, köken, cinsiyet, aile durumu, ırk, milliyet, siyasi görüş, din, maluliyet, grev hakkını kullanma, şikayette bulunma, ebeveyn izni durumları ile iş kazası veya mesleki hastalığa maruz kalan işçi ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Bulgaristan:** Milliyet, etnik köken, cinsiyet, ırk, işçi sendikası veya diğer kamu teşkilatına veya faaliyetine katılma, siyasi ve dini tercih, sosyal ve mülkiyet durumu ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Macaristan:** Hastalık nedeniyle çalışmama durumu, zorunlu askeri ve toplum hizmeti, ebeveyne bakma izni ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Polonya:** İşçi sendikasına üyelik, ırk, cinsiyet, din, yaş, maluliyet, milliyet, siyasi görüş durumları ile savaş malulleri veya emekliliğine 2 yıl kalmış olanlar ve bulaşıcı hastalık nedeniyle karantinaya alınanlar, askerlik hizmeti görmekte olanların eşleri ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Çek Cumhuriyeti:** Maluliyet durumu ile zorunlu askerlik hizmeti yapmakta olan veya hastalık veya yaralanma sonucu geçici olarak çalışamayacak durumda olanlar, resmi görev yapmakta olanlar ayrımcılık yasağı kapsamına girer.

- **Japonya:** Sendikalar faaliyet, cinsiyet, evlilik, hamilelik, doğum, analık izni talebi ayrımcılık yasağı kapsamına girer.
- **ABD:** Yaş, cinsiyet, ırk, din, maluliyet veya işçi sendikası üyeliği, çeşitli yasalar ışığında şikayette bulunma ayrımcılık yasağı kapsamına girer.²⁴

A. Din ve İnanç Ayrımcılığı Yasağı

Avrupa Birliği'nde 2000/78 sayılı direktifin²⁵ kapsamına giren ayrımcılık sebeplerinden biri de din ve inançtır. Farklı din ve inanç işçinin işe alınması veya işten çıkarılmasında ayırım nedeni olamaz. Bu direktifin uygulanmasında din ve inanç kavramları sadece semavi dinler olarak anlaşılmalıdır. Müslümanlık, Hıristiyanlık ya da Yahudilik ayrımcılık kapsamına gireceği gibi, ateizm, farmasonluk ve aynı din içindeki çeşitli inançlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu durumda, ateist, agnostik ve hümanist düşünce ve inanç sistemlerini benimseyen bireyler de ayrımcılığa karşı koruma altındadırlar.²⁶

Ancak icra edilecek işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda belli bir dine ve inanca mensup olmak objektif olarak gerekiyorsa bu takdirde yapılan farklı uygulama ayrımcılık olarak değerlendirilemez. Örneğin bir camide, kilisede, ya da sinagogda çalışacak, burada yürütülen dini hizmeti ifa edecek kişilerin o dine mensup olmasını aramak, çevre koruma konusunda faaliyet gösterecek bir kuruluşun istihdam edeceği kişilerin çevreci olmasını şart olarak aramak ayrımcılık olarak değerlendirilemez.²⁷

Ülkemizde din ve inanç özgürlüğü Anayasa'nın 24.maddesi ile güvence altına alınmıştır. Bununla beraber, Avrupa Birliği'nin Türkiye'ye ilişkin 2007 yılı ilerleme raporunda nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunmasının (kişiler tarafından doldurulsa ya da boş bırakılsa da) ayrımcı uygulamalara neden oluşturabileceği belirtilmiştir.²⁸

²⁴ www.tisk.org.tr.

²⁵ 'İstihdamda ve İşte Eşit İşlem İçin Genel Çerçeve Oluşturan 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Yönerge'

²⁶ Murat TURPÇU, *Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, s.100; Gaye Burcu YILDIZ, *İşverenin Eşit İşlem Borcu*, Ankara, 2008, s.131.

²⁷ Yıldız, s.131.

²⁸ European Commission, 2007 Progress Report,16.

B. Felsefi Düşünce, Siyasi Düşünce ve Dünya Görüşüne Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın 25.maddesi ile koruma altına alınmış olan düşünce özgürlükleri nedeniyle de işçiler arasında ayrımcılık yapılamaz. Bu madde uyarınca; 'Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.'

İşveren felsefi veya siyasi düşünceler dolayısıyla ya da dünya görüşü dolayısıyla işçilerin işlerine son veremez, farklı bir ücrete tabi tutamaz veyahut kendi görüşüne daha yakın bulduğu işçilere salt bu sebep nedeniyle farklı bir muamelede bulunamaz.

Siyasi nedenlere dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi, iş güvencesi kapsamında yer alan işçiler açısından geçersiz fesih, iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar için ise ayrımcı nitelik taşıyan, kötü niyetli fesih-tir.²⁹

İşçinin başvurduğu iş ile dünya görüşünün çatışması durumunda, söz konusu durumun işçi tarafından önceden bilinmesi halinde, durumdan işvereni haberdar etmesi gerektiği, aksi takdirde işverenin hileye dayalı olarak iş akdini feshedebileceği ileri sürülmüştür. Bu durumlara örnek olarak ahlaka aykırı fotoğrafların montajının istenmesi örnek olarak verilebilir.³⁰

C. Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Türk Hukukunda Anayasa'nın 10. maddesi, İş Kanunu'nun 5.maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi ırka dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır. Hukuk sistemimizde etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağı ayrıca ve açıkça yer almamaktadır. Ancak yukarıda saydığımız üç maddede 'benzer sebepler' ifadesi yer almıştır. Etnik kökene dayalı ayrımcılık da benzer sebepler kavramı içinde değerlendirilmelidir.³¹

İşveren işçilerine sağladığı hakları ve yüklediği yükümlülükleri ırk ve etnik köken ayrımı yapmaksızın tüm işçilerine eşit olarak dağıtmak zorundadır.

²⁹ Sarper SÜZEK, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara, 1976, s.146-147.

³⁰ Yıldız, s.134.

³¹ Yıldız, s.139.

Avrupa Birliği'nde ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık 2000/43 sayılı direktifle³² yasaklanmıştır. Direktifin üçüncü bölümü eşit davranma ile ilgili organlar kurulması (Eşitlik Kurumu) ile ilgilidir. Buna göre üye devletler, bireylerin ırk ya da etnik kökene dayalı olarak ayrımcılığa uğramadan, eşit şekilde muamele görme haklarını sağlamak için organ ya da organlar oluşturmalarıdır. Bu organlar, ulusal düzeyde insan haklarının korunması ile görevli olan kuruluşların bir parçası olarak da örgütlenmiş olabilirler. ırk veya etnik kökene dayalı olarak ayrımcılığın önlenmesi ile görevli olacak bu organlar ayrımcılığa maruz kalan bireylere, yapacakları başvurularda yardımcı olacak, ayrımcılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yürütecek, bu konuda bağımsız raporlar yayımlayacak ve tavsiyelerde bulunacaktır (m.13). Bu maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılıkla ilgili olarak çalışacak bu kuruluşların belli oranda bağımsızlığa sahip olmaları gerekmektedir.³³

Ulusal düzeyde oluşturulacak Eşitlik Kurumlarının yanı sıra, Avrupa Birliği'nde başlangıçta, Yabancı Düşmanlığı ve ırkçılığı Gözlemleme Merkezi kurulmuş, bu merkez 1 Mart 2007 tarihinde Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı'na dönüştürülmüştür. Bu kurumun görevi, ırk etnik ayrımcılık ile ilgili olarak bilgi ve veri toplamak, araştırma ve analiz yapmak, AB kurumlarına ve üye devletlere tavsiyelerde bulunmak ve toplumda bilinçlendirme faaliyetlerini yürütmek için sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapmaktır.³⁴

ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/43 sayılı direktif, Avrupa Birliği sınırları içerisinde bulunan tüm kişileri, AB vatandaşı olup olmamalarına bakmaksızın koruma altına almıştır. Bir kişi, belli bir ırka, etnik azınlığa ya da dine mensup olduğu düşünülerek ayrımcılığa maruz kalıyorsa, gerçekte bu kişi anılan gruplara ait olmasa bile direktif kapsamında korunmaktadır. Bunlara ek olarak belli bir ırka, cinsel tercihe ya da inanca mensup bir kişi ile mevcut ilişkisi nedeniyle ayrımcılığa uğrayan kişiler de direktif kapsamında yer almaktadır.³⁵

Avrupa Birliği'nin Türkiye ile ilgili olarak yayımladığı 2007 yılı İlerleme Raporunda 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktiflerin iç hukuka henüz tam olarak aktarılmadığı, cinsiyete dayalı ayrımcılık ile ilgili ayrımcılıkla

³² 'ırk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit İşlem Yapılması İlkesinin Uygulamaya Konulmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 tarihli ve 2000/43/EC Sayılı Yönerge'

³³ Yıldız, s.138.

³⁴ Yıldız, s.139.

³⁵ European Commission, Annual Report 2005, 8.

mücadele ve eşit fırsatlar alanında kısıtlı bir gelişme kaydedildiğini ve daha fazla uyum gerektiğini, ayrıca bağımsız ve etkili bir Eşitlik Kurumunun oluşturularak ayrımcılıkla mücadele edilmesinin ve eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesinin gerektiği belirtilmiştir.³⁶

D. Engelliliğe Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Engelliler toplumun en dezavantajlı kesimlerinden biri olarak tanınmaktadır. Bu kişilerin iş gücü piyasasına girişte ve eğitim olanaklarından yararlanmada önemli sorunlarla karşılaştıkları herkesçe bilinen bir gerçektir.³⁷ Korunup gözetilmeye muhtaç olmaları sebebiyle bu kişiler hukuk alanında ayrı bir öneme sahiptir. Engelli işçilerin, engelli durumları dolayısıyla işverenin sömürüsüne maruz kalmalarının önüne geçmek ciddi bir gerekliliktir.

Türk Hukukunda da bu konuda düzenlemeler mevcuttur. Anayasa, İş Kanunu, Özürlüler Kanunu ve Türk Ceza Kanunu özürlülere karşı ayrımcılığı yasaklamaktadırlar.³⁸ 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun 14.maddesi ayrımcılık yasağını iş başvurusunda bulunma aşamasından itibaren düzenlemiştir. Bu kanunun 14. maddesinin 3. fıkrasına göre çalışan veya iş başvurusunda bulunan özürlülerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerlerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Hüküm yalnızca kurum ve kuruluşları değil, işyerlerini de özel olarak belirtmiştir. Ayrıca özürlülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmalarında güçlük olanlar korumalı işyerleri aracılığıyla istihdam piyasasına hazırlanacaklardır.³⁹ Her ne kadar yapılacak fiziksel düzenlemeler işyerinden işyerine değişse de, bu yönde yapılacak somut düzenlemelere ihtiyaç vardır.⁴⁰ Genel olarak bakıldığında ise kanımızca bu düzenleme de AB'ye uyum süreci içinde ayrımcılık yasaklarının ötesine geçip, maddi eşitlik yolunda atılan adımlara bir örnek teşkil etmektedir.⁴¹

³⁶ Göçmener, s.139; Yıldız, s.142.

³⁷ Turpçu, s.112.

³⁸ Yıldız, s.146.

³⁹ Gülsevil ALPAGUT, *Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler*, Mercek, Ekim 2005, s.156.

⁴⁰ Alpagut, s.156.

⁴¹ Yenisey,s.73.

TCK.'nın 122. maddesi de özürlülük nedenine dayalı olarak işe alınmama durumunu suç olarak değerlendirmektedir. Ancak, ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da işe almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, özürlülük nedeniyle ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım öngörülmemiştir.⁴²

Özürlüler Kanunu, işe alım aşamasından itibaren başlayarak özürlülere karşı ayırım yapılmasını açıkça yasaklamış ancak bu düzenlemenin ihlali halinde uygulanacak yaptırımı belirlememiştir. Öğretide isabetli olarak özürlüler kanununda yaptırım öngörülmemiş olmasına rağmen, bir kimseye özürlülük durumu nedeniyle ayrımcılık yapılması halinde bu durumda İş Kanunu'nun 5.maddesinde öngörülen ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği, özürlülüğün bu madde kapsamında 've benzeri sebepler' ifadesi içinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.⁴³

İş Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca özürlü işçi çalıştırmak zorunda olan işverenlerin, bu işçilerin özel durumlarını dikkate alarak bu kişilere diğer işçilerden olumlu anlamda daha farklı davranmaları halinde, burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmamaktadır.⁴⁴

Özürlülük durumuna dayalı ayrımcılık Avrupa Birliği mevzuatında 2000/78 sayılı direktif ile yasaklanmıştır. Bu direktif, koruma altına aldığı diğer ölçütlerde olduğu gibi özürlülük durumu ile ilgili olarak da herhangi bir tanım vermemiştir. Uygulamada açık bir tanımın olmaması birtakım sorunları da beraberinde getirmiştir. Örneğin; Adalet Divanı Navas davasında 2000/78 sayılı direktifin hastalık durumlarını kapsayıp kapsamadığını incelemiş, sonuçta hastalığın 2000/78 sayılı direktif uyarınca özürlülük kapsamında değerlendirilemeyeceğini karara bağlamıştır.⁴⁵ 2000/78 sayılı direktif, özürlülük durumuna ilişkin olarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını, taciz ve ayrımcılık yapılmasına ilişkin talimatların da ayrımcılık sayılacağını hükme bağlamıştır. Dolaylı ayrımcılıkla ilgili olarak direktifin (2/2,b,ii) maddesi, üye devletlerin 5.maddede düzenlenmiş olan ilkeler doğrultusunda, dolaylı ayrımcılık yaratan ölçüt, hüküm ya da uygulama ile ilgili olarak gerekli önlemleri almakla yükümlü olduklarını düzenlemiştir.⁴⁶

⁴² Alpagut, s.155.

⁴³ Alpagut, s.155.

⁴⁴ Muhammed Fatih UŞAN, *İş Hukukunda Sakat İstihdam*, Ankara, 1999, s.245.

⁴⁵ European Commission, Annual Report 2006, 16-17.

⁴⁶ Yıldız, s.148.

2000/78 sayılı direktifin 5.maddesi uyarınca işverenler özörlöler için makul düzeyde önlemler almakla yükömlölüdürler. Bu kapsamda olmak üzere, işe alma, mesleki eğitime katılma gibi konularda işverenler açısından orantısız bir yük getirmemesi koşuluyla gerekli önlemlerin alınması beklenmektedir.⁴⁷ Konumuz açısından asıl önem taşıyan husus, bir işverenin bu önlemleri almamış olmasının, doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. 2000/78/AB sayılı Yönergenin 2. maddesinde işveren orantısız bir yük teşkil etmediği sürece, özörlöler için makul işyeri ve çalışma koşulları (reasonable accomadation) sunmakla yükömlölü tutulmuştur.⁴⁸ Konuya ilişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bir kararında, Yönerge'de belirtilen esaslar bir parça aydınlatılmıştır: 2000/78 sayılı Yönerge ile amaçlanan işin ya da görevin temel fonksiyonlarını yerine getirmeye yetkin veya yeterli olmayan ya da uygun durumda bulunmayan işçilerin istihdam edilmesini zorunlu kılmak değildir. Bu yükömlölülük, özörlö kişilere karşı eşit davranma ilkesine uygun davranıldığıının bir güvencesidir. İşveren somut olayın koşulları çerçevesinde ihtiyaç duyulduğu takdirde, özörlö kişilerin işe erişimini, çalışmasını veya işte mesleki ilerlemesini mümkün kılacak fiziki koşulları sağlamakla yükömlölüdür. Bu sebeple alınacak önlemlerin işveren açısından orantısız bir yük yaratmaması gereklidir. Eğer işçinin iş sözleşmesi, görevinin gereklerini yerine getiremediği için, diğer bir deyişle yetersizliği nedeniyle, sona erdirilmişse ve işçinin yetersizliğinin ve verimsizliğinin gerisinde özörlö işçinin karşılaştığı, işyerinde somut düzenlemelerin yapılmamasından kaynaklanan nedenler yatıyorsa, işyerinde alınması gereken önlemler işveren açısından orantısız bir yük teşkil etmediği sürece, yapılan fesih ayrımcılık teşkil eden bir fesihtir. Kısaca Yönerge ile işveren özörlölölerin çalışma hayatına eşit katılımının sağlanabilmesi için işyerinde uygun çalışma koşulları sağlamakla yükömlölü kılınmıştır. Bu şekilde, iş ilişkisinin kurulmasından önce işverene getirilen yükömlölölükler demetine AB hukukunda ilk kez rastlanmaktadır.⁴⁹

Türkiye açısından, Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin ulusal programda, 159 sayılı ILO Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan, özörlölölerin mesleki rehabilitasyonu ve istihdamları hakkındaki tedbirlerin

⁴⁷ Yıldız, s.148.

⁴⁸ Ali Nazım SÖZER, *-AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78/EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özörlölölük, Yaşlılık ve Cinsel Eğitime İlişkin Düzenlemeler*, Sicil, 2006, S. 2, s. 188.

⁴⁹ Yenisey, s. 73- 74.

ulusal mevzuata dâhil edilmesi, orta vadeli hedefler arasında gösterilmiştir.⁵⁰

E. Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Sendikaya üyelik ve sendikal faaliyetler nedeniyle ayrımcılık Sendikalar Kanunu m. 31/3'te ayrıntılı bir biçimde ele alınmış, "... işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması ve çalıştırılmaya son verilmesi" bakımından ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir.⁵¹

Sendikal nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yasağı işe alma aşamasından başlamakta, iş akdinin devamı süresince geçerliliğini korumakta ve fesih durumunda da varlığını sürdürmektedir. Sendikal nedenlerle yapılan fesih, fesih hakkının kötüye kullanılmasının da en önemli örneğini oluşturmaktadır.⁵²

Uygulamada bazı işverenlerin işyerlerinde sendikalı işçi çalıştırmak istemedikleri için daha önce bir sendikaya üye olmuş olan ya da halen üyeliğini sürdüren işçileri "kara listeye" aldıkları iddia edilmektedir. Bu yönde bir uygulama hiç şüphesiz işçilerin pozitif sendika özgürlüklerine aykırılık oluşturduğu gibi kişilik haklarına da müdahale etmektedir. Bu durumda işçilerin Medeni Kanun'un 24., Borçlar Kanunu'nun 41 ve 49.maddeleri uyarınca tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir.⁵³

F. İş Sözleşmesinin Türü Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak farklı uygulamaları açıkça yasaklamıştır. İş Kanunu'nun 5/2.maddesi "İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" hükmünü içermektedir. Maddenin gerekçesinde bu düzenlemeyle ilgili olarak; "Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayrımı haklı kılan nedenler olma-

⁵⁰ Yıldız, s.149.

⁵¹ Yenisey ,s.67.

⁵² Sarper SÜZEK, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, s.131.

⁵³ Fevzi ŞAHLANAN, *Sendikalar Hukuku*, İstanbul, 1986, s.212 (Yıldız, s.149'dan naklen).

dıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir” ifadesi yer almaktadır. İşverenin, işçiler arasında iş sözleşmesinin türünü esas alarak ayırım yapamayacağını genel bir kural olarak düzenleyen 5.maddenin yanı sıra İş Kanunu’nun 12. ve 13.maddeleri de konuyla ilgili özel düzenlemeler içermektedir.⁵⁴

4857 s. Kanun yürürlüğe girmeden önceki mevzuatta eşitlik ilkesi, sadece tam süreli çalışan işçiler bakımından düşünülmüş ve tam süreli çalışan işçiler arasında eşitliğin sağlanması yeterli görülmüştür. Kısmi çalışmanın yoğunluk kazanmasının göz önünde bulundurulmasıyla yeni iş kanununda tesis edilen hüküm, istihdam türlerine göre farklı işlem yapılmasını önlemeye çalışmaktadır.⁵⁵

G. Medeni Hâl ve Ailevi Yükümlülükler Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı

Türk İş Hukuku’nda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18.maddesinde, geçerli fesih için sebep oluşturmayacak haller arasında sayılan “medeni hal”, görüşümüze göre işverenin işçileri arasında söz konusu ölçüte dayalı olarak “haklı bir neden olmaksızın” ayırım yapmasını da engeller. İş Kanunu’nun 5.maddesinde yer alan “ve benzeri sebepler” ifadesi de bu yoruma izin vermektedir.⁵⁶

Bu ayrımcılık daha ziyade kadınlara yönelik olarak uygulanmaktadır. Ailevi yüklerden ve genel olarak çocukların bakımından ve yetiştirilmesinden birinci derecede sorumlu olarak görünen kadınların, anılan sorumlulukları yerine getirebilmek için mesleki sorumlulukları erkekler ile aynı oranda karşılayamayacakları, çocukları nedeniyle verimli olamayacakları, fazla mesaiye kalamayacakları ve şehir dışına gidemeyecekleri gibi düşünceler, kadınların işe alınmalarında etkili olmaktadır. Bu nedenle, işverenlerin iş görüşmesine gelen adaylara, medeni hal ve ailevi yükümlülüklerle ilişkin olarak sadece işin ve işletmenin gereği olarak haklılaştırılabilir konularla ilgili olarak ya da sosyal düşüncelerle soru yöneltebilecekleri ifade edilmiştir.⁵⁷

H. Kıdem Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı

Başlangıçta objektif bir ölçüt gibi görülen kıdem, bazı durumlarda kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık yaratabilirler. Kadınların istihdam edilme-

⁵⁴ Yıldız, s.157.

⁵⁵ Nesrin AKIN, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, e.t.,2.4.2008, www.hukuki.net.

⁵⁶ Yıldız, s.151.

⁵⁷ Melek ONARAN YÜKSEL, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın- Erkek Eşitliği*, 1.Baskı, İstanbul, 2000, s.154-155.

sinde var olan eşitsizlik nedeniyle çalışmaya başlamaları eşit veya benzer durumdaki erkeklere göre daha geç olmaktadır. Bunun yanı sıra ailevi yükümlülükleri nedeniyle çalışma süreleri erkeklere oranla daha çok ke-sintiye uğramaktadır. Bütün bunlar birlikte ele alındığında hem kadınlar hem de erkekler açısından objektif bir ölçüt gibi görünen kıdem şartı, aslında somut olayın özelliğine bakıldığında kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturabilmektedir.⁵⁸

I. Yaş Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı

Türk Hukukunda yaşa dayalı ayrımcılık hususi olarak düzenlenip, yaptır-ırma bağlanmamıştır. Yaşa dayalı ayrımcılığın da İş Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca “benzeri sebepler” kavramı çerçevesinde yasaklandı-ğı kabul edilmelidir.

İşçilerin yaşları nedeniyle ayrımcılığa uğramaları genellikle fesih konu-sunda olmaktadır. Hukuk sistemimizde işçiler için resen emeklilik öngö-rülmemiştir. Yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin iş sözleşmelerinin işverence işin, işyerinin veya işletmenin gereklerine dayalı olarak feshi, işyeri iç yönetmeliklerine belli bir yaşa erişildiğinde iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğine ya da feshedileceğine ilişkin kayıtlar kon-ması ya da toplu iş sözleşmesi veya diğer yazılı kaynaklara toplu işçi çıkarmalarda uyulacak sıra belirlenirken öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış kişilerin seçileceğine ilişkin kurallara sıklıkla rastlanmaktadır.⁵⁹

Avrupa Birliğinde 2000/78 sayılı direktifin kapsamına aldığı ayrımcılık nedenlerinden biri de yaştır. Direktif iş ilişkisinde yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamakla beraber altıncı maddesinde yaşa dayalı olarak yapılan farklı uygulamaların haklılaştırılabileceğini de hükme bağlamıştır.⁶⁰

İ. Sağlık Durumu Dolayısıyla Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın 50.maddesi, hiç kimsenin gücüne uymayan işlerde çalıştırı-lamayacağını hükme bağlamıştır. Bireylerin bedensel ve ruhsal sağlıkla-rını koruma altına alan bu düzenlemeden hiçbir kimsenin sağlığına uygun olmayan yerlerde ve işlerde veyahut çalışma koşullarında çalıştırılmaya-cağı sonucu da çıkmaktadır.

⁵⁸ Yüksel, s.147-149

⁵⁹ Yıldız, s. 156.

⁶⁰ Yıldız, s. 153-154.

İşverenin iş ilişkisi dolayısıyla herhangi bir şekilde öğrendiği ve işçinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler sebebiyle ayrımcılık yapması işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırılıktır.

J. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kadının sadece kadın olması nedeniyle, istihdam alanında erkeklerin gölgesinde kalmasını ifade eder. Örneğin, yönetici pozisyonlarında daha çok erkeğin bulunması, tam zamanlı ve sürekli iş sözleşmeleri ile çalışan kategorilerinde daha çok erkeklerin bulunuyor olması kadınları iş alanında daha bir geri planda bırakmıştır. Bunun yanı sıra hamilelik ve doğum sadece kadınları etkileyen olaylar olduklarından, anılan nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılık da cinsiyete dayalı ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir.⁶¹

Günümüzde gerek Türkiye’de gerekse diğer ülkelerde çalışma yaşamı konusunda yapılan araştırmalarda cinsiyete dayalı ayrımcılık diğer ayrımcılıklar yanında özel bir öneme sahiptir. Kanun koyucu 5. maddede cinsiyet ayrımcılığı yasağının kapsamından açık olarak bahsetmemiştir. Ancak ilgili maddeye kaynak Avrupa Birliği Hukuku Kaynaklarına göre, Avrupa Birliği Adalet Divanı cinsiyet ayrımcılığını salt iki cinsten birine has olarak kadın-erkek arasındaki ayrımcılık olarak değil, cinsel eğilimler ve cinsiyet değiştirme nedeniyle yapılan ayrımları da bu yasak kapsamında değerlendirmektedir. Bu nedenle İş Kanunu madde 5 anlamında düzenlenen cinsiyet ayrımcılığı yasağının; işyerinde kadın-erkek arasında yapılan ayrımlar kadar, aynı cinse yönelen eğilimler ve cinsiyet değiştirme nedeniyle yapılan ayrımlar bakımından da göz önüne alınması gerekmektedir.⁶² Nitekim Avrupa Birliğinin ayrımcılık yasağına ilişkin normlarına bakıldığında özellikle cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağına ilişkin normların gerisinde, toplumdaki bütün bireylerin toplumsal cinsiyetin temelinde yatan rol ve yakıştırmalardan arınmış, bireysel yeteneklerini ortaya koyma şansı olan, fırsat eşitliğine dayalı bir toplum hedefi bulunmaktadır. Böyle bir toplum hedefinin sağlanmasında şekli anlamda eşitlik anlayışı yeterli değildir. Bu nedenle Adalet Divanı 1970’li yıllarda göçmen işçiler hakkında geliştirilen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağını cinsiyetler arası ayrımcılık hallerine ilk defa ‘Jenkins’ kararı ile uygulamıştır. Divan’ın bu alandaki temel kararı olarak kabul edilen ‘Bilka’ kararı ile dolaylı ayrımcılık kavramı belirginleşmiş ve doğrudan dolaylı

⁶¹ Yıldız, s.89.

⁶² Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *İş Hukuku*, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s.546.

ayırıcılık ayırımı 97/80/AB sayılı ispat yüküne ilişkin Yönerge ve 2000 yılından sonra kabul edilen diğer yönergelerde de korunmuştur.⁶³

Ayırıcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde ne zaman ve hangi konulara dayalı ayırıcılık yapılamayacağı yasa da özellikle bazı ayırıcılık türleri açısından ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Genel ayırıcılık yasağına ilişkin İşK. m. 5/1'de "iş ilişkisinde" ayırım yasaklanmışken, cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırıcılık "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" yasaklanmıştır (İşK. m. 5/3).⁶⁴ 4857 sayılı İşK. m. 5 f. 1'de iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayalı ayırım yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. 3. fıkrada, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılmadıkça bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırıcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Biyolojik nedenler, kadın veya erkek cinsiyetine özgü psikişik veya anatomik özellikler olup bu nedenlerin zorunlu kıldığı ölçüde cinsiyete dayalı farklı davranışlar ayırıcılık teşkil etmez. İşin niteliğine ilişkin nedenler ise, bir işin yapılmasının diğer cinsten beklenilmesinin işin özelliklerine aykırı düşmesi durumunda söz konusu olan nedenlerdir. Ancak, yapılacak işin niteliğine ilişkin nedenlerin dar yorumlanması gereklidir. Aksi takdirde, cinsiyet ayırıcılığı yasağı ihlal edilmiş olur.⁶⁵ Bununla beraber istihdamda kadınlar lehine ayrıcalıklı koruma getiren, onlar lehine düzenlemeler içeren pozitif ayırıcılık programlarının eşit haklara sahip olma ilkesine aykırı düştüğü söylenebilir, ancak gerçekte pozitif ayırıcılık programlarının amacı, kadınlara karşı ayırıcılık sorununun ortadan kaldırılmasına yönelik önlemlerin alınmasını sağlayarak bu sorunu çözmek, hakların ve fırsatların farklı cinsler arasında eşit olarak bölüşülmesini temin etmektir. Pozitif ayırıcılık programları, pek çok ülkede, hatta bu konuda yasaların bulunmadığı ülkelerde bile sendikalarca toplu sözleşme görüşmelerine dahil edilmektedir.⁶⁶

Avrupa Birliği,yasal düzenlemelerin tek başına eşit davranma ilkesini gerçekleştirmeye yeterli olmadığı, sosyal yapı, davranış ve yargılardan

⁶³ Yenisey, s.70-71.

⁶⁴ Yenisey, s.67.

⁶⁵ Cevdet İlhan GÜNAY, *İş Kanunu Şerhi: Açıklamalı-Yargı Kararları- İlgili Mevzuat*, C. 1, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 256.

⁶⁶ Akın, s.1.

kaynaklanan mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için mutlaka uygulamada etkili olacak, eşit fırsatlar yaratılmasına yönelik paralel tedbirler alınmasının gerekliliğine dikkat çekmiş ve kendi pozitif ayrımcılık programlarını oluşturmuştur.⁶⁷

Onaylayarak iç hukukumuzda dâhil ettiğimiz uluslararası sözleşmelerde de kadınlara karşı pozitif ayrımcılığın yapılabileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkındaki Sözleşme'nin 4/1 maddesinde, “erkeklerle kadınlar arasındaki eşitliği gerçekten sağlamak amacıyla taraf devletlerce geçici ve özel önlemlerin benimsenmesi, bu sözleşmenin tanımladığı biçimiyle ayrımcılık sayılmaz ve hiçbir koşulda eşitsiz ve değişik ölçülerin sürdürülmesi sonucunu doğurmaz. Fırsat ve davranış eşitliği amaçlarına ulaşıldıktan sonra bu önlemlere son verilir” denmektedir. Sözleşme, politik, eğitim ve istihdam alanında bu tür pozitif ayrımcı önlemlerin alınmasını teşvik etmiş, kadın-erkek eşitliğini fiilen sağlamak için alınan bu önlemlerin eşit haklara sahip olma ilkesini ihlal etmediğini vurgulamıştır.⁶⁸

Bununla birlikte, kadın işçinin fiziksel ve biyolojik özellikleri nedeniyle ağır işte çalıştırılmaması ve annelik ve hamilelik dönemlerinde ücretli izin verme zorunluluğu İş Kanununda yer almaktadır. Kadının biyolojik özelliğinden kaynaklanan bu durum eşitlik ilkesinin bir ihlali anlamına gelmemektedir. Literatürde bu tür uygulamalar “pozitif ayrımcılık” başlığı altında toplanmakta ve değiştirilemeyen özelliklerinden dolayı dışlanışlıkları azaltmak amacıyla uygulanmaktadır.⁶⁹

İfade ettiğimiz hususlar dışında İş Kanunumuzda, özellikle, ücretler konusunda eşit davranma borcuna aykırılıklara rastlandığından, eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere cinsiyet farklılığı nedeniyle farklı ücret verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.⁷⁰

Kadın ve erkek arasındaki ücret eşitliği ilkesinin anayasal dayanakları, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan ve genel eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve ücrette adalet sağlanması başlığını taşıyan 55.maddesidir.⁷¹

⁶⁷ Akın, s.1.

⁶⁸ Akın, s.1.

⁶⁹ Erdal, s.38.

⁷⁰ Yüksel ERDAL, *İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk İş Hukuku Açısından Eşit Davranma İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007, s.37.

⁷¹ Melek FETTAH, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.54.

Uygulamada, ücretler bakımından farklılığın nedenleri, kadının biyolojik özelliği, toplum içindeki rol dağılımı, kadın-erkek işi ayrımı, kadınların eğitim düzeylerinin düşüklüğü, kadınların çalışma yaşamının genellikle kısa ve fasilalı olması, kadının sarf ettiği emeğin ekonomik yönden daha değersiz sayılması ve kadınlar arasında sınıfsal dayanışmanın zayıf olmasıdır.⁷²

Kadınların cinsiyetlerinden ötürü daha düşük ücret almasının adaletli olmadığı düşüncesi, bu durumun ortadan kaldırılması için ‘eşit ücret, eşit değerde işe eşit ücret ilkelerine’ yer veren uluslararası düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur.⁷³

Burada açıklığa kavuşturulması gereken bir husus vardır ki; o da ‘eşit iş’ kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Eşit işten söz edebilmek için bir iş yerinde aynı zamanda görülmekte olan bütün işlerin aynı çalışma koşullarına tabi olması, işlerde aynı araç ve gereçlerin kullanılması, çevre etkilerinin beden ve ruh üzerinde aynı etkilere sahip olması gerekir. Bu tür çalışma eşitliğinin gerçek yaşamda bulunması oldukça zordur.⁷⁴

Avrupa Toplulukları Mahkemesi, farklı işler arasında eş değerliliğin belirlenmesi hakkındaki bir kararında, işin görülmesinde işçinin sahip olması gereken öğrenim durumu, bilgi, beceri, deneyim, dikkat, el yatkınlığı ve sıcaklık, toz, kir gibi dış etkenlere bağlı çalışma koşulları, harcanacak beyinsel ve bedensel güç gibi nesnel ölçütlere dayandırılacak işlerin karşılaştırılmasının yapılması ve değerlerinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir (ATMK, C-237/85, Rummler/Dato-Druck GMBH, 01.07.1986). 100 sayılı ILO Sözleşmesi ise, eşit değerde işe eşit ücret ödeneceğini düzenlemiş (m.1/b), ancak eşit değerde işten ne anlaşılacağını her ülkenin kendi ulusal düzenlemesine (yasa ya da toplu iş sözleşmesine) bırakmıştır.⁷⁵

Cinsiyet temelli ayrımcılık yasağının çalışma yaşamındaki temel görünüş şekillerinin irdelenmesi söz konusu ayrımcılığın daha iyi anlaşılması açısından bir gerekliliktir. İşçilerin işe alımlarından, yükselmelerine ve dahası işten çıkarılmalarına kadar iş hayatının her alanında maruz kaldıkları ayrımcılık eşitlik ilkesinin önemini bir kez daha ortaya koyacaktır.

⁷² Tuncay, s.177-183.

⁷³ Tuncay, s.177-183.

⁷⁴ Akın, s.1.

⁷⁵ Akın, s.1.

a) Mesleklere Yönlendirmede Ayrımcı Uygulamalar

Ülkemizde erkek işgücünün istihdamda dengeli bir dağılımı söz konusu iken, kadın işgücü ya çok iyi bir eğitimi gerektiren vasıflı işgücünün ya da fazlaca bir eğitim gerektirmeyen vasıfsız işgücünün bir parçasını oluşturmaktadır ki bu uygulama da, toplumun geleneksel sosyo-kültürel yapısı içinde kız çocuklarının eğitim olanaklarından erkekler kadar yararlanmalarının bir sonucudur.⁷⁶ İşgücü piyasasına kadınların alınması uygun olan sektörler, meslekler önceden belirlenmiş ve ilgili kurallar saptanmıştır. Bu sektörler emek ve yoğun tempo gerektiren, ekonomi ve dalgalanmalardan çabuk etkilenen, düşük ücretli ve vasıfsız işçi kullanımına dayalı sektörlerdir.⁷⁷

Kadınların eğitim düzeyi arttıkça, işgücüne katılma oranları artmakla birlikte, halen eğitimin her kademesinde kadınlar aleyhine bir eşitsizlik söz konusudur. Kadın erkek arasında bir eğitim eşitliğinin var olduğunun söylenmesine rağmen, kız çocuklarının aldığı eğitim daha çok ev hanımlığına yönelik olmaktadır. Kız çocukları annelerinin yardımcısı konumundadır. Bu geleneksel ayrımcılık neticesinde, kadın, üstelik eğitimsiz bir kadın işgücü olarak şanssız bir konumda çalışma yaşamına başlamaktadır.⁷⁸

b) İşe Eleman Alımında Ayrımcı Uygulamalar

Bir meslek veya pozisyona girmeye çalışan kadınlar aynı durumdaki erkeklere nazaran daha olumsuz durumdadırlar. Kadınların temelde taşıdıkları özelliklerin birçok işin yapılmasına engel olduğu yönündeki önyargılar nedeniyle kadınlar cinsiyet rollerine uymayan işlere başvurduklarında yoğun bir engelleme ve zorlama ile karşılaşılır. Örneğin işe alım mülakatlarında erkeklerle kadınlara farklı sorular sorulur ve farklı kriterlerle değerlendirilirler. Özellikle kadınlara özel hayatları ve çocuk sahibi olmaları ile ilgili olarak sorular sorulmakta ve ne zaman çocuk sahibi olmaları gerektiği ile ilgili baskılar yapılmaktadır.⁷⁹ Bununla beraber daha personel seçiminin ilk aşaması olan adayların başvurularının kabulünde yaygın bir araç olarak kullanılan gazete ilanları dahi ayrımcı ifadeler içe-

⁷⁶ İlknur KALAN/A. Esin ÖZBEY, "Çalışma Hukuku ve Kadın", Çağdaş Hukuk Dergisi, Yıl: 4/5, Sayı 46/49, Mart- Haziran 1996, s.63.

⁷⁷ Göçmener, s.28.

⁷⁸ Özgü KURŞUN, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006, s.74.

⁷⁹ Kurşun, s.76.

rebilmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla kadınlar işe alım konusunda da erkeklere nazaran birtakım ayrımcılıklara maruz kalırlar.

c) Örgütlerdeki Tutum, Davranış ve Değerlendirmelerde Ayrımcı Uygulamalar

Örgütlerde, çalışan kadınlara yönelik ayrımcı tutum ve davranışlar ile değerlendirmeler bulunmaktadır. Örneğin ülkemizde sendikalaşan kadın oranı erkeklere nazaran oldukça azdır. Ne sendikal eğitim ne de sendikal yönetimde kadınlara yönelik bir öncelik bulunmamaktadır.⁸¹

Mevcut toplum ve çalışma düzeni erkek eksenli organize edilmiştir. Bu düzen içinde erkeğe aktif, kadınsa edilgen bir rol kalıbı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, kadın sosyalleşme süreci dışında bırakılmıştır; erkeğin hareket alanı geniş dış dünya olarak belirlenirken kadının yaşamı ev içi gibi dar bir alanla sınırlandırılmıştır.⁸² Bu da gene kadınlara yönelik bir ayrımcı tutumun resmidir.

d) İşten Çıkarmalarda Ayrımcı Uygulamalar

İş olanaklarının hem kadın hem de erkek için sınırlı olduğu toplumlarda, erkeğin hane reisi ve evin geçimini sağlamakla yükümlü kişi olması, kadının istihdamda kendine yer bulmasını güçleştirmektedir. Toplumda kadının ücretine ikinci bir ek gelir anlayışıyla yaklaşılmaktadır. Dolayısıyla işe girişte en son kadın düşünülürken, işten çıkarmalarda akla ilk gelen kadın olmaktadır.⁸³

e) Cinsel Taciz

Avrupa Birliği'nin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde cinsel taciz de cinsiyet nedeniyle ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. 2002/73/AB sayılı 76/207/AB sayılı Yönerge'de değişiklik yapan Yönerge'nin 2. maddesinde ve nihayet 2006/54 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde taciz ve cinsel taciz, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yanı sıra cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir türü olarak düzenlenmiştir.⁸⁴ 4857 sayılı yasa ile cinsel tacize ilişkin düzenlemeler getirilmişse de, tacizi

⁸⁰ Göçmener, s.30.

⁸¹ Kurşun, s.77.

⁸² Kurşun, s.78.

⁸³ Filiz KARDAM, "Türkiye'de Kadınların Toplumsal Sorun Alanları" Çalışma Ortamı, (Ocak -Şubat 2001), s.14.

⁸⁴ Erdem ÖZDEMİR, *İşyerinde Cinsel Taciz*, Sicil, 2006, S. 2, s. 147-148.

ayırıcılık bağlamına oturtmamıştır. Hemen belirtilmelidir ki pek çok Avrupa Birliğe üyesi ülkede de henüz bu bağlantı kurulmamıştır.⁸⁵

Birlik belgelerine ve direktiflere baktığımızda cinsel tacizin de bir ayırıcılık türü olarak kabul edilerek çeşitli tanımlamalarının yapıldığını görüyoruz. Cinsel taciz konusunda hemen herkesin bir fikri olmasına rağmen kavramın sınırlarını belirlemek ve hangi davranışın cinsel taciz olduğunu saptamak güçtür. Cinsel taciz, mağdurca istenmeyen bir davranış şeklidir. Aynı zamanda cinsel anlam içeren bir davranıştır. Dokunma, elleme, gibi fiziksel bir davranış olabileceği gibi; sözle sarkıntılık, laf atma gibi sözlü davranış ya da pornografik resim ve materyal içeren resimlerle de gerçekleştirilebilir. Buna göre cinsel tacizi, cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar olarak tanımlamak mümkündür.⁸⁶

AB Komisyonu da konuya ilişkin bir kararında, açık bir tanım yapmama ile beraber üye devletlere, cinsel temele dayanan ve mağdura yönelik, istenmeyen, sebepsiz ve taciz niteliğindeki davranışlara; işverenlerin ya da işçilerin işe almada, iş eğitiminde, çalışmada, ücret, ikramiye ve yükselmelerde cinsel tabanlı davranışlara; mağdur açısından düşmanca ve cinsellik ihtiva eden davranışlara karşı önlemler alınması gerektiği belirtilerek kavramın sınırları çizilmeye çalışılmıştır.⁸⁷

Cinsel taciz, kadının istihdama eşit hak ve fırsatlarla katılımını engelleyen bir sorundur. Çünkü kadına karşı cinsel taciz oluşturan fiiller, kadının çalışma hak ve özgürlüğünü doğrudan etkiler, kadını baskı altında tutar, mesleki statüsünün gelişmesine ve yükselmesine engel olur.⁸⁸

Cinsel taciz dâhil kadınlara karşı her türlü ayırıcılık, ancak bu fiillere karşı oluşturulan gerek yasal gerek eğitim ve sosyal destek alanlarındaki ulusal önlemlerle giderilebilir. Özellikle işletme ve işyeri yönetimleri bu soruna duyarlılık göstererek, işyeri veya işletme düzeyinde komiteler (kurullar) oluşturarak, işyerinde uygulanabilecek gerekli önlemler ve politikalar geliştirmelidir. İşyerlerinde kurulan komiteler tarafından bu tip olaylar teşhir edilmeli, failer hakkında disiplin cezası öngörülmelidir.⁸⁹

⁸⁵ Yenisey, s.74.

⁸⁶ Ufuk AYDIN, *İş Hukukunda İşçinin Hakları*, Eskişehir, 2002, s.90-91.

⁸⁷ Turpçu, s.94-95.

⁸⁸ Yüksel, s.282.

⁸⁹ Yüksel, s.282.

SONUÇ

Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesi Anayasa'nın 10.maddesinde hukuki temelini bulmaktadır. Anayasa'nın 10.maddesi iki boyutlu bir düzenlemeyi içermektedir. Bu maddede hem ayrımcılık yasakları hem de aynı veya benzer durumda bulunan kişilere aynı veya benzer durumlarda eşit davranılmasını öngören eşit işlem yapma borcu düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun belli maddelerinde de eşitlik ilkesi vurgulanmış, işverenin işçilerine yönelik olarak eşit işlem yapması temin edilmek istenmiştir. Bu yönüyle işverenin işçilerine karşı farklı muamelede bulunmasına yönelik din, dil, ırk, mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç gibi ayrımcılık sebepleri hukuki metinler ile yasaklanmıştır. Ancak gelişmiş ülkelere ve uluslararası hukuka bakıldığında ülkemizde daha köklü ve etkin önlemlerin alınması gerektiği bir gerçektir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun yerine AB ve ILO mevzuatları ile uyum çerçevesinde 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun hazırlanmış olması büyük bir gelişmedir. Cinsel tacizin açıkça haklı fesih nedeni olarak kabul edilmesi, doğum öncesi ve sonrası izin sürelerinin artırılması, cinsiyet farklılığından kaynaklanan nedenlerin işverence iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep olmaması, ücretlendirmede 'aynı veya eşit değerde iş' ölçütünün esas alınması gibi düzenlemeler kadın erkek eşitliği ve kadının korunması yönünden olumlu düzenlemelerdir.

Avrupa Birliği'ne adaylık sürecinde olan Türkiye, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü Direktifleri'ni iç mevzuatına dâhil etmiştir. Bunun en güzel örneğini 4857 sayılı kanunun 5. maddesiyle getirilen 'eşit davranma ilkesi' oluşturmaktadır. Bu anlamda yapılan değişiklikler ile AB uyum sürecinde eşitlik ilkesine paralel düzenlemeler hayata geçirilmek istenmiştir. Yine kanunun beşinci maddesi ile dolaylı ayrımcılığın da açıkça yasaklanması AB normlarına uygundur. Burada asıl önemli olan husus da hiç şüphesiz çıkarılan yasaların gerektiği şekilde hayata geçirilmesi ve uygulanmasının gerekliliğidir. Ancak bu şekilde işyerinde ayrımcılık önlenecek ve iş hayatında çalışma barışı sağlanacaktır. Ayrıca işçilerin topluma uyumları temin edilmiş olacaktır.

Çalışmamızda, toplumun en çok ezilen ve dışlanan bir sınıfı olan işçilerin iş hayatlarının ve sosyal konumlarının güvence altına alınması ve kapsamlı bir şekilde korunması gerektiğini açıklığa kavuşturmak istedik. Bu amacın hayata geçirilebilmesi için işverenlerden sendikalara, sendikalardan devlete, uluslararası kuruluşlara ve örgütlere, hatta toplumu oluş-

turan fertlere kadar her kesime görev düşmektedir. Eşitliğin ve adaletin gerçek temeline oturtulabilmesi için ayrımcı davranış ve söylemlerden uzak olunması, herkese hak ettiği nispette ve kıvamda muamelede bulunulması, eşitlere eşit şekilde, eşit olmayanlara da farklı şekilde hitap edilmesi zaruridir. Zira iş hayatında barış ve huzurun temini ancak bu şekilde mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

AB'ye Giriş Sürecinde TC Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği Politikaları, Ankara: KSSGM Yayınları,2000, s. 85–88.

AKIN, Nesrin, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, 2.4.2008, www.hukuki.net.

ALPAGUT, Gülsevil, Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler, Mercek, Ekim 2005.

AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Hakları, Eskişehir, 2002.

ÇINKILIÇ, Mustafa, Anayasa'nın 90. Maddesindeki Değişiklik Işığında ILO Sözleşmelerinin İç Hukuka ve Mahkeme Kararlarına Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Çaç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Adana, 2006.

ERDAL, Yüksel, İnsan Kaynakları Yönetimi ve Türk İş Hukuku Açısından Eşit Davranma İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2007.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2005.

FETTAH, Melek, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

GÖÇMENER, Sinem, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek Eşitliği, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi: Açıklamalı-Yargı Kararları- İlgili Mevzuat, C. I, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

İREN, Ertan, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Üçlü Diyalog, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası, Yayın no: 18, Ankara, 2005.

KALAN, İlknur / ÖZBEY A. Esin, "Çalışma Hukuku ve Kadın", Çağdaş Hukuk Dergisi, Yıl: 4/5, Sayı 46/49, Mart- Haziran 1996.

KARDAM, Filiz, "Türkiye'de Kadınların Toplumsal Sorun Alanları" Çalışma Ortamı, (Ocak –Şubat 2001).

KAYA, Pir Ali, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) Yayınları, Ankara, 1999.

KURŞUN, Özgü, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.

ONARAN YÜKSEL, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın- Erkek Eşitliği, 1.Baskı, İstanbul, 2000.

ÖZDEMİR, Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Sicil, S. 2, 2006.

SÖZER, Ali Nazım, -AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78/EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğitime İlişkin Düzenlemeler, Sicil, 2006, S. 2.

SÜZEK, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2005.

TUNCAY, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2003.

TURPÇU, Murat, Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

UŞAN, Muhammed Fatih, *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, Ankara, 1999.

YENİSEY, Kübra Doğan, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4.

YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Borcu, Ankara, 2008.