

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ ANABİLİM DALI
YÖNETİM VE ÇALIŞMA PSİKOLOJİSİ BİLİM DALI

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE AYRIMCILIKLA MÜCADELE

Yüksek Lisans Tezi

İzzet Otru

İstanbul, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ ANABİLİM DALI
YÖNETİM VE ÇALIŞMA PSİKOLOJİSİ BİLİM DALI

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE AYRIMCILIKLA MÜCADELE

Yüksek Lisans Tezi

İzzet Otru

Danışman:
Dr. Öğretim Üyesi M. Halis Karaman

İstanbul, 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ Anabilim Dalı YÖNETİM VE ÇALIŞMA PSİKOLOJİSİ Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi İZZET OTRU'nun İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE AYRIMCILIKLA MÜCADELE adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 14.11.2019 tarih ve 2019-39/21 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 26.11.2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi M. HALİS KARAMAN	
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. SİBEL GÖK	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi EFE YAMAKOĞLU	

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE AYRIMCILIKLA MÜCADELE

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : İzzet Otru

Anabilim Dalı : Çalışma Ekonomisi

Programı : Yönetim ve Çalışma Psikolojisi

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi M. Halis Karaman

Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans, Kasım 2019

Anahtar Kelimeler : Ayrımcılık, eşit davranma borcu, eşitlik ilkesi, kategorik grup, önyargı, kalıp yargı, ayrımcılık tazminatı, taciz

ÖZET

Ayrımcılık, hukuki bir kavram olduğu kadar, pek çok sosyal bilim disiplininin de inceleme konusudur. Sosyal psikoloji, yönetim ve çalışma psikolojisi, sosyoloji bunlardan sadece bir kaçıdır. Diğer disiplinlerde tanımlanması konunun teorik yanının iş hukuku bakımından da belirgin hale gelmesini kolaylaştırır. Özellikle eşitlik kavramı ile birlikte düşünüldüğünde kategorik grupların tanımlanması bu anlamda önem kazanır. Tanımlamaların disiplinler arası bir boyutta belirlenmesi ile birlikte, çalışma yaşamında ayrımcılık ve eşit davranma borcu düzenlemeleri karşımıza çıkar. Bu kavramlar sadece iç hukukta değil, ulusalüstü ve uluslararası düzenlemelerde de ele alınmıştır. Ayrımcılık davranışının, eşit davranma borcuna aykırılıkla birlikte çalışma yaşamında ortaya çıktığı anda, bir takım yaptırımlar gündeme gelir. Bu yaptırımlar sadece iş hukuku kapsamında değil, örneğin ceza hukuku bakımından da düzenlemeler içermektedir. İş hukukunda, ayrımcılık ve eşit davranma borcu farklı maddelerde ve farklı düzenlemelerle ele alındığı için, yaptırım konusunda zaman zaman tartışmalar meydana gelmektedir. Ayrımcılık ve eşit davranma borcunun düzenlenme şekli ile yaptırımları caydırıcılıktan uzak olup, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle, ayrımcılık davranışı ortaya çıkmadan ayrımcılığın engellenmesini sağlayacak düzenleme ihtiyacı elzem olduğu kadar, organizasyonel, politik ve toplumsal bilincin artırılması ve düzenlemeler getirilmesi de önemlidir. Ayrımcılık kavramının yönetim ve çalışma psikolojisi ile iş hukuku açısından birlikte değerlendirilmesi ve incelenmesi ayrımcılık kavramına bütünsel bir yaklaşım ve işyerlerinde ayrımcılıkla mücadele için ayrıca önemlidir.

DISCRIMINATION AT THE WORKPLACE AND THE WAYS OF STRUGGLE

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : İzzet Otru
Field : Labour Economics and Industrial Relations
Programme : Administration and Work Psychology
Supervisor : Asst. Prof. M. Halis Karaman
Degree Awarded and Date : Master, November 2019
Keywords : Discrimination, obligation of equal treatment, principle of equality, categorical group, stereotype, discrimination compensation, harassment

ABSTRACT

As much as being a legal term, discrimination is also subject to examination of many disciplines of social sciences. Social psychology, management and labor psychology, sociology are just a few of them. Describing the notion under the framework of other disciplines also makes the theoretical aspects of the subject to become clear in terms of labor law. Especially when considered with the notion of equality, defining stereotypes gains importance. As the definitions are made in an interdisciplinary way, we come across with obligations of non-discrimination and equal treatment in work life. Those notions are not only regulated in domestic law, but in international and supra-national law as well. At the exact moment discrimination occurs in work life, together with acts against equal treatment obligation, sanctions come into place. Those sanctions are not only under the framework of the labor law, but for instance criminal law as well. As in labor law discrimination and the obligation for equal treatment are regulated in different rules and clauses, sanctions come under debate from time to time. The way discrimination and equal treatment obligations regulated in law and related sanctions are far from being persuasive, and a new regulation is needed. Especially the need for regulations preventing discriminative actions before they happened is critical. Also it is important to raise organizational, political and social consciousness and bring regulations for that. Examining the notion of discrimination in terms of both management and labor psychology and labor law is important for an integrated approach and also for struggling against discrimination at the workplace.

ÖNSÖZ

Ayrımcılık kavramının literatürde çokça işlendiği ve incelendiği bir gerçektir. Çalışma yaşamında ayrımcılık olgusu da aynı şekilde etraflıca incelenmiş ve tartışılmıştır. Çalışma yaşamı bakımından ayrımcılık ve ayrımcılığın kendisinden bağımsız düşünülemeyeceği açık olan eşitlik kavramlarının yönetim ve çalışma psikolojisi perspektifi ile birlikte iş hukuku açısından değerlendirildiği çalışmalar ise Türkiye Doktrinde yok denecek kadar azdır. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ÇEKO Anabilim Dalı'nda, ilk yüksek lisans çalışmamı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı'nda tamamlamıştım. Bu defa yine aynı anabilim dalı, Yönetim ve Çalışma Psikolojisi Bilim Dalı'nda yürüttüğüm bu ikinci yüksek lisans çalışmamda, ayrımcılık, eşitlik ve bunlara bağlı kavramları yönetim psikolojisi açısından da inceleyerek iş hukukunun kendine özgü yapısı içinde ve disiplinler arası bir perspektifte ele almaya çabaladım. Bu tez çalışmam, Prof. Dr. Sibel Gök, Dr. Öğretim Üyesi M. Halis Karaman ve Dr. Öğretim Üyesi Efe Yamakoğlu'ndan oluşan jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulundu.

Bu vesileyle bir kez daha; tüm çalışma boyunca gösterdiği sabır ve katkıları ile sağladığı rahat çalışma imkanı için danışmanım çok değerli İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dr. Öğretim Üyesi M. Halis Karaman hocama, çalışmanın başlamasını sağlayan ve yol gösteren, derslerini keyifle aldığım değerli hocam Yönetim ve Çalışma Psikolojisi alanından Profesör Dr. Sibel Gök'e, tez savunması esnasında ve sonrasında çok değerli eleştiri ve katkıları için İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dr. Öğretim Üyesi Efe Yamakoğlu hocama teşekkür ederim.

Bir takım sebepler dolayısıyla ortalama süreden daha kısa bir sürede oldukça yoğun bir çalışma ile bu tezi tamamlamam gerekti. Haliyle, gündelik hayatın zaman zaman tüm yükünü sırtlamak zorunda kalan sevgili eşim Şafak Timur'a çok teşekkür ederim. Bu çalışma O'nun sayesinde başladı ve bitti.

Aynı şekilde yoğun iş hayatımda en sıkıştığım zamanlarda yanımda olan, bana zaman kazandırarak çalışmama devam edebilmem için kendi iş yüklerini ağırlaştıran ve bundan hiç şikayet etmeyen, üstadım, ağabeyim Av. Süleyman Etlik'e, Zeynep Uysal'a, Av. Hikmet Topal'a, Av. Gürsel Arslan'a, Av. Yasemin Zeytinoğlu'na, Dr. Öğretim Üyesi Y. Özhan Türker'e, Öğr. Gör. Özlem Cigirim'e teşekkür ederim.

Çalışmanın stresli ve zorlu sürecinde kendisine daha az zaman ayırabildiğim Sevgili Kızım Zeytin Deniz'den de özür dilemeliyim. Bu çalışmayı O'na ve hangi ırktan, dinden, dilden, renkten, cinsiyetten olurlarsa olsunlar, tüm çocuklara ithaf ediyorum. Umarım yaşamlarının hiçbir anında ayrımcılığa uğramazlar ve farklılıklarıyla mutlu olurlar.

Son olarak eklemeliyim ki, elbette hiçbir çalışma kusursuz değildir. Varsa eksiklikler ve kusurlar, bana aittir. Bu tez çalışmasının salt bir yönetim psikolojisi ya da salt hukuk monografisi olmadığını ifade etmeliyim. Her iki disiplinin kesişim noktaları konu itibarıyla ele alınmaya çalışıldı. Bu nedenle her iki disiplin bakımından da, diğer disiplinden gelen araştırmacının kendi alanına göre çalışmayı takip ederken, anlaşılmayı zorlaştıracak ileri düzey tartışmaları bir nebze dışarıda tutan bir planın takip edildiğini dikkate almasını ve buna göre değerlendirmesini rica ederim.

İzzet OTRU

Ekim 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYRIMCILIK, EŞİTLİK VE HUKUKİ KARŞILIKLARI

I. GENEL OLARAK.....	4
II. AYRIMCILIĞIN TEORİK ARKA PLANI	5
A. EŞİTLİK.....	5
B. AYRIMCILIKLA İLİŞKİLİ KAVRAMLAR	7
1. Kategorik Grup	7
2. Tutum.....	10
3. Kalıp Yargı.....	11
4. Ön Yargı.....	14
III. TANIMLAR.....	15
A. AYRIMCILIK TANIMI	15
B. POZİTİF AYRIMCILIK.....	18
C. DOĞRUDAN AYRIMCILIK.....	20
D. DOLAYLI AYRIMCILIK.....	21
E. AYRIMCILIK TALİMATI.....	23
F. MAĞDURLAŞTIRMA	25
IV. AYRIMCILIK İLE EŞİTLİĞİN HUKUKTA GÖRÜNÜŞÜ VE ARALARINDAKİ FARKLAR.....	26

A. HUKUKİ GÖRÜNÜŞ: AYRIMCILIK YASAĞI, EŞİTLİK İLKESİ ve EŞİT DAVRANMA BORCU	26
B. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ/EŞİT DAVRANMA BORCU İLİŞKİSİ.....	29

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI İLE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. BİR KISIM ULUSLARASI BELGEDE İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK DÜZENLEMELERİ.....	33
A. KAPSAM.....	33
B. EVRENSEL İNSAN HAKLARI BİLDİRİSİ.....	33
C. MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ.....	35
D. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ – CEDAW	35
E. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ.....	38
F. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	40
G. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ (ILO) BELGELERİ.....	42
II. ULUSLARARASI BELGELERİN İÇ HUKUKTA DOĞRUDAN İŞLERLİĞİ	46
III.TÜRKİYE HUKUKUNA GÖRE İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE EŞİT DAVRANMA BORCU	49
A. GENEL OLARAK.....	49
B. HUKUKİ DAYANAKLAR.....	49
C. İLİŞKİLİ KAVRAMLAR	52
1. İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Eşit Davranma Borcu.....	52
2. İşverenin Yönetim Yetkisi	56
3. İşverenin Yönetim Yetkisi Ve Eşit Davranma Borcu/Ayrımcılık Yasağı Çatışması	57
4. İşverenin İşçisini Koruma Ve Gözetme Borcu	58
5. Eğilimli İşletme	60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK YASAKLARI VE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. KAPSAM VE GENEL AÇIKLAMALAR.....	62
A. GENEL OLARAK.....	62
B. KAPSAM.....	63
1. Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelim	65
2. Dil, Irk, Etnik Köken, Renk	67
3. Din, Mezhep, Felsefi İnanç, Siyasal Düşünce	71
4. Engellilik.....	72
5. Analık, Gebelik (ve Doğum), Babalık	75
6. Sendikalı Olma ya da Olmama	76
7. Sözleşmesel.....	77
II. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULMADAN ÖNCE VE KURULDUKTAN SONRA AYRIMCILIK.....	78
A. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULMADAN ÖNCE (İŞE ALIMDA) AYRIMCILIK.....	78
B. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULDUKTAN SONRA VE FESİHTE AYRIMCILIK	88
1. İş Sözleşmesi Devam Ederken Ayrımcılık	88
2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ayrımcılık	93
III. İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK ARAÇLARINA ÖRNEKLER	97
A. TACİZ.....	97
1. Taciz.....	97
2. Cinsel Taciz.....	99
3. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)	103
B. ŞİDDET	112
C. DIŞLA(N)MA.....	114

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIKLA MÜCADELE

I. GENEL OLARAK	117
II. İŞYERİNDE AYRIMCILIK YASAĞINA VE EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI	118
A. İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR.....	118
1. Ayrımcılık Tazminatı Ve Yoksun Kalınan Hakları Talep	118
2. Kötü Niyet Tazminatı.....	122
3. Kıdem/İhbar Tazminatı	126
4. İş Güvencesi Hükümleri.....	127
5. Sendikal Tazminat.....	131
B. MADDİ/MANEVİ TAZMİNAT	135
C. CEZA HUKUKU VE DİĞER ALANLARDAKİ DÜZENLEME VE YAPTIRIMLAR	137
SONUÇ	141
KAYNAKÇA.....	149

KISALTMALAR

<i>AB</i>	Avrupa Birliği
<i>a.e.</i>	Aynı eser
<i>a.y.</i>	Aynı yer
<i>a.g.e.</i>	Adı geçen eser
<i>a.g.m</i>	Adı geçen makale
<i>AİHM</i>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<i>AİHS</i>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<i>AÜHFD</i>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
<i>AÜSBF</i>	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
<i>ATAD</i>	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<i>AYM</i>	Anayasa Mahkemesi
<i>B.</i>	Baskı
<i>B.No.</i>	Başvuru Numarası
<i>BAM</i>	Bölge Adliye Mahkemesi
<i>BM</i>	Birleşmiş Milletler
<i>bkz.:</i>	Bakınız
<i>Böl.</i>	Bölüm
<i>C.</i>	cilt
<i>c.</i>	Cümle
<i>CEDAW</i>	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)
<i>EKO</i>	alışma Ekonomisi
<i>ev.:</i>	eviren
<i>Danş.</i>	Danıştay
<i>DEÜHFD</i>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
<i>DÜHFD</i>	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
<i>dnt.</i>	dipnot
<i>E.</i>	Esas
<i>Edn.</i>	Edisyon

Ed.:	Editör
Eng.K.	Engelliler Hakkında Kanun
f.	fıkra
H.D.	Hukuk Dairesi
H.G.K.	Hukuk Genel Kurulu
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBY	İstanbul Barosu Yayını
İDDGK	İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İİBF	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
İİBFD	İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
İst. Tic. Üni. SBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İş K.	İş Kanunu (4857)
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	karar
karş.	karşılaştırınız
LİSGHD	Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
md.	madde
Milli Komite	İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi
MK	Türk Medenî Kanunu
No.	numara
s.	Sayfa/sayfalar
S.	Sayı
T./ (t.)	Tarih
t.y.	Tarih yok
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TİHEK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hakkında Kanun

<i>TİSK</i>	Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
<i>TÜHİS</i>	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
<i>Üni./Uni</i>	Üniversite/University
<i>v.d.</i>	ve devamı / ve diğerleri
<i>WHO</i>	Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization)
<i>Y.</i>	yıl
<i>Yarg.</i>	Yargıtay
<i>yay.</i>	Yayımları/yayıncılık/yayını



GİRİŞ

İş yaşamından gündelik yaşama kadar ayrımcılık ile ilgili olarak pek çok alanda örneklerle karşılaşmak mümkündür. Birkaç tanesini belirtmek gerekirse, bir havayolu şirketinin, İsrailli yolcuların isteği üzerine iki Filistinli yolcuyu uçaktan indirmesi¹, bir başka havayolu şirketi hostesinin, kola kutusunu silah olarak kullanabileceği gerekçesi ile, Müslüman kadına önceden kapağı açılmış içecek servis etmesi², görme engelli öğrenciye üniversite sınavı öncesi bilgisayar verilmesi ancak sonda güvenlik gerekçesiyle geri alınması³, nefret söylemi içeren broşürlerin dağıtılmasının engellenmemesi ve sonuçta bir katliamın gerçekleşmesi, örnekleri sayılabilir.

Çalışma kapsamında da görüleceği gibi, ayrımcılık olgusu, eşitlik kavramının tanımlanması ve uygulanmasının getirdiği güçlüklerle de birleştiğinde, belli kategorik gruplara mensup olan kişiler bakımından yaşamın her alanında yıkıcı sonuçlar doğurmaktadır. Bu sonucun meydana gelmesinde hukuk sistematığının yetersizliğinin yanında, ayrımcılığı engelleyici bir eğitim içeriğine sahip olunmaması, nefret söylemlerinin engellenmemesi ya da engellenmesinde yetersiz kalınması⁴ gibi başka sebepler de etkilidir.

Ayrımcılık bir fenomen değildir. Tanımlanabilir, öngörülebilir ve gerekli önlemler alınırsa engellenebilir, engellenmezse oldukça yıkıcı, bir davranış biçimidir. Ayrımcılık, işlevsel mekanizmalar olan kalıp yargıların olumsuz halleri ile önyargıya ulaşmış, kanıtlanabilir temelleri bulunmayan tutum ve yargıların toplamının bir sonucu olarak davranışa dönüşmektedir.

Çalışma, eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın farklı boyutlarını ele alıp tanımlamaları belirginleştirirken, nihayetinde, ayrıntılı olarak işyerlerinde ayrımcılık olgusu üzerinde

¹ <https://t24.com.tr/haber/yunan-havayolu-sirketi-ayrimcilik-yaptigi-icin-filistinden-ozur-diledi,323322>

² <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/ucakta-ayrimcilik-krizi-29153454>

³ <https://bianet.org/bianet/toplum/146510-osym-hayallerimizi-geri-ver>

⁴ Örneğin, “Baş zanlı ..., saldırıdan önce Müslümanların Batı kültürünün hakim olduğu ülkelerde yaşamalarına karşı çıkan bir de manifesto yayımladı.” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47578620> ; örneğin, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/almanyada-turklere-irkci-tehdit-mektuplari/1498808>

durmakta ve bu noktadaki tartışmalara katkı sunmayı, yönetim ve çalışma psikolojisi disiplini ile iş hukuku disiplinine ayrımcılık konusu bakımından bütünsel bir bakış getirmeyi amaçlamaktadır.

Ayrımcılığın, kişinin zihin dünyasında gerçekleşme süreci ve sosyal psikolojinin ilgi alanına giren tutumlar, kalıp yargılar ve önyargıların ayrımcılık sürecine evrilmesi, ayrımcılığın boyutları ve hukuki olarak görünüş biçimleri de bir diğer boyutu oluşturmaktadır. Bir tutumun ayrımcılığa nasıl dönüştüğü, kalıp yargılar gibi yaşam bakımından işlevsel mekanizmaların önce önyargıya ardından bir davranış biçimi olarak ayrımcılığa dönüşüp görünür olduktan sonra hukuken nasıl ele alınacağı çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır. Haliyle ayrımcılık tek bir boyutu ya da şekli olan bir davranış biçimi olmadığından, görünüş biçimleri de örnekler üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır.

Hukuken ayrımcılığın tanımlanması yapılırken uluslararası pozitif düzenlemeler de önemli bir yer tutmaktadır. Bu pozitif uluslararası düzenlemeler çalışma yaşamını da ilgilendirmektedir. Hukukun spesifik alanlarından birisi olan ve kendine özgü bir yapısı bulunan iş hukuku açısından ayrımcılık ve bu şekilde ayrımcı davranışların sonuçlarına ilişkin açıklamalar ise, ayrımcılık davranışının gerçekleştikten sonra yaptırımlar şeklinde ele alınmıştır. Çalışma içerisinde sıklıkla yer verildiği gibi, yaptırımlar her ne kadar önemli olsa da, yıkıcı sonuçları olan ayrımcılık davranışının oluştuktan sonra yaptırıma tabi tutulmasından ziyade, bu davranışları engelleyici düzenlemelerin oluşturulması gerektiği de çalışma kapsamında anlaşılmaktadır.

Ayrımcılık kavramının, eşitlik ilkesi olmadan ele alınmasının mümkün olmayacağı da dikkate alındığında, çalışmanın önemli bir kısmında, eşitlik kavramı da farklı boyutları ile açıklanmaya çalışılmış, bununla birlikte ayrımcılıkla ilişkili kavramlara da ayrı bir başlıkta yer verilmiştir.

Çalışmamız, belirtildiği gibi, ayrımcılık kavramının yönetim ve çalışma psikolojisi alanları kapsamında da incelenerek, hukuki sonuçları ile birlikte bütünlüklü bir bakış sunmayı amaçlamaktadır. Çalışmada ayrımcılık ve eşitlik kavramları teorik olarak öncelikle incelenmiş, bu noktada ayrımcılık kavramının belirginleşmesi için gerekli olarak kategorik grup, tutum, kalıp yargı ve önyargı gibi ilişkili kavramlar ele

alınmıştır. Ardından, ayrımcılık ile doğrudan ilgili kavramların tanımlarına yer verilmiş, devamında hukuki olarak ayrımcılığın ve eşitliğin karşılığı olan hukuki nitelemeler açıklanmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, Türkiye'nin bir parçası ya da tarafı olduğu pozitif ulusal ve uluslararası hukukta ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcunun ne şekilde düzenlendiği aktarılmıştır. İncelenen uluslararası kaynaklar seçilirken Avrupa Birliği direktifleri, Türkiye direktiflerin tarafı olmadığı için kapsam dışı bırakılmış olmakla birlikte, yeri geldikçe bu Direktiflere dayanan kaynaklara ve kararlara yapılan atıflarla yetinilmiştir.

Devamı bölümlerde, Türkiye hukukuna göre ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcu hem teorik hem de uygulamalı olarak açıklanmaya çalışılmış, bu kapsamda iş hukukunun ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcu ile ilgili olan ilişkili kavramları ayrı bir bölümde incelenmiştir.

Çalışmanın ana planı içerisinde, ayrımcılık yasakları kapsamında korunan kategorik gruplara ilişkin sistematik bir açıklama getirilmeye çalışılmıştır. Buna bağlı olarak, teorik olarak iki farklı kategori oluşturan kişiden değiştirmesi beklenemeyecek özellikleri ile kişinin doğuştan getirdiği özellikleri ayrı ayrı gruplandırılmıştır. Bu aşamada yeri geldikçe bu gruplara ilişkin olarak iş ilişkisinin safhalarına göre ayrımlara kısa yer verilmişse de, asli olarak iş ilişkisinin aşamalarına ilişkin açıklamalar, kategorik gruplarla ayrıca bir sınıflandırma yapılmadan, iş ilişkisi aşamalara ayrılarak işe alımdan feshe kadar olan süreçte incelenmiştir.

Nihayetinde son bölümde ise, ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcuna aykırılık bakımından iş hukukunda gündeme gelebilecek yaptırımlar ile diğer yaptırımlara yer verilmiş, ayrımcılıkla mücadele yaptırımlar özelinde ele alınmış, yaptırımlara ilişkin incelemelerde önerilere yer verildiği gibi, diğer mücadele araçlarına yönelik önerilere sonuç bölümünde ayrıca yer verilmiştir.

Son olarak eklenmelidir ki, çalışma tek başına bir hukuk monografisi olmamasından ve disiplinler arası bir çalışma olmasından hareketle, çok boyutlu ele alınmaya çalışılmış ve bu nedenle derinlemesine hukuki tartışmalar bakımından genel bir çerçeve ile sınırlı tutulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

AYRIMCILIK, EŞİTLİK VE HUKUKİ KARŞILIKLARI

I. GENEL OLARAK

Ayrımcılık en genel anlamıyla, bir kimsenin meşru bir sebep olmaksızın başka bir kimseye farklı davranması olarak tanımlanabilir. Aşağıda daha detaylı açıklandığı ve literatürde genel kabul gördüğü üzere, tanım daha öznel bir şekilde ele alınmakta, ayrımcılığa maruz kalan kişinin mensubu olduğu bir takım kategorik gruplara referanslarla “ayrımcılık” kavramının açıklandığı görülmektedir. Aynı şekilde mevzuatta da ayrımcılık yasakları kategorik olarak belli gruplarla ilişkili ele alınmaktadır. Bu kategorik gruplar⁵ cinsiyet, ırk, din, dil, engellilik hali, analık, gebelik, felsefi düşünce, ideoloji gibi, kişilik hallerine ve ifade özgürlüğü gibi dokunulmaz hakları içerecek şekilde olduğu gibi, sözleşmesel statü (belirli süreli iş sözleşmesi v.b.) ve sendikalılık gibi özel düzenlemeleri içeren hallerdir.

Ayrımcılık, bazı grupların olumsuz şekilde farklı muameleye tabi tutulması hali olduğuna göre aynı zamanda eşitliği bozan da bir durumdur. Haliyle, ayrımcılık, eşitliğe aykırı davranışların bir alt boyutunu teşkil eder.

Genel olarak ifade edilebilir ki, ayrımcılık, durumun ya da sürecin önemi olmaksızın bir kimsenin mensubu olduğu grup dolayısıyla, kişinin aidiyeti ile bir kategori oluşup bu nedenle farklı bir uygulamaya maruz kalmasıyken, eşitlik ilkesine aykırılıkta, durumun ve/veya sürecin kendisi önem taşır; kategori önem taşımaz. Teorik arka plan ve devamı başlıklarda bu hususlar daha ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

⁵ Bu kategorik gruplara ilişkin detaylı inceleme için bkz. aşağıda: §1, II/B-1 ve iş hukuku bakımından: §3, I/B.

II. AYRIMCILIĞIN TEORİK ARKA PLANI

A. EŞİTLİK

Eşitlik farklı disiplinlerde farklı anlamlara bürünen, sıklıkla kullanılan, özellikle sosyal bilimlerde, bir ihtiyaç olduğuna dair genel kabul gören ama tanımda uzlaşamayan bir kavramdır⁶. Tabiatındaki hiçbir şeyin mutlak eşit olamayacağı varsayımından hareketle, verili duruma göre bir eşitlik kastedilmektedir. Buna bağlı olarak da, bir “aynılık” durumundan değil de “benzerliklere ve ortak özelliklere” göre bir eşitlemeden bahsedilebilir⁷. Yani, matematikteki gibi birebir bir eşit olma durumundan, örneğin bir kümenin elemanlarının tamamının diğer kümede de yer alıyor olması gibi bir zorunluluktan sosyal bilimler alanında bir beklenti oluşturulursa, eşitlik, gerçekleşmesi imkansız bir fenomen halini alır. Bu nedenle, sosyal bilimler eşitlik göreliliği bir eşit olma hali olarak ele alınmakta ve iki kişi arasındaki değişime konu hususlar ile erkin kullanımı ve karşılıklı etkileşimler üzerinde karşılıklı adalet temelinde bir çıkar değişimini sağlaması, iki kişi arasında eylem, işlem ve davranışlarda adaletin sağlanması amaçlanmaktadır⁸. Bu ikili ilişkilerin dikey olarak yani hukuken (devlet-birey gibi) veya sosyal konumlar itibarıyla eşit olmayan kişilerin kamu gücü ile (veya çoğunluk/azınlık gibi sosyal anlamda üstünlük iddiasında olanın) eylem ve işlemlerindeki keyfiliği ortadan kaldırmada en önemli araçlardan biri olduğu şeklinde düşünmek mümkün olabileceği gibi, yatay olarak yani hukuken eşit kişiler arasında da eylem ve işlem eşitliği şeklinde aranması da mümkündür⁹.

⁶ Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Ens. Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı, İzmir 2010, s.4, Karan, Ulaş; **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası**, Onikilevha Yay., İstanbul 2017, s.36.

⁷ Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yay., Ankara 2002, s.96

⁸ Pir Ali Kaya, **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış**, Siyasal KE, Ankara 2014, s.20, 22; Ertürk, **Temel Haklar**, s.96; Gözde Kaya, **a.g.e.**, s.5.

⁹ Karş. Mustafa Erdoğan, “*Adalet ve Eşitlik*”, **Muhafazakar Düşünce Dergisi**, Y.4, S.15, Kış 2008, s.15; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 2.B., Orion Yay., Ankara 2011, s. 255. Erdoğan, eşitlik ilkesini, kamu otoritesi ile kişi arasındaki dikey ilişkide aramak gerektiğini, eşitler arası yatay ilişkide ise, eşit davranma zorunluluğu olmadığını kabul etmektedir. Erdoğan’a göre, özel hukuk ilişkilerinde, kişilerin karşısındaki kişilere eşit davranmak gibi bir yükümlülüğü yoktur ve herhangi bir kişiye iş verme zorunluluğu kişiye yüklenemez. Burada, ayrımcılık yasağının aslında bir kimseye iş verme zorunluluğu yüklemek olmadığını, “vermek” gibi aktif bir edime gönderme yapılarak metodolojik olarak, koruma mekanizmasının, görüşü temellendirmek adına tahrif edilerek riijt gösterildiğini, aslında edimin

Eşitlik, İngilizce sözlük¹⁰ anlamında (*equality*); “farklı insan gruplarının benzer bir sosyal konuma sahip olma ve aynı muameleyi görme hakkı”, “kadınlara, erkeklere, farklı ırktan, dinden ve benzerlerinden insanlara, adil davranıldığı ve insanların aynı fırsatlara sahip olduğu bir durum”; Türkçe sözlükte¹¹ ise, “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet”, “kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu” ve “bedensel, ruhsal başkalıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayırım bulunmaması durumu” olarak tanımlanmaktadır.

Eşitlik, en yalın tanımına göre, aynı durumda, koşulda ve verili çevredeki kişilerin, aynı muameleye tabi tutulmalarıdır. Buna göre eşitlik, aynı durumdaki kişilerin meşru bir sebep olmadıkça farklı işlemlere, eylemlere, durumlara maruz kalmaması olarak da ifade edilebilir¹². Eşitlik ile ilgili tanımlarda genelde atıf yapıldığı şekilde, eşitlik ilkesi adalet kavramı ile iç içedir¹³.

“yapmama” edimi olduğunu, aynı durumdaki iki kişiden birinin seçiminde, kategorik nedenlerle, ırk, din, dil, ideoloji, cinsiyet v.b. nedenlerle bir ayırım yapılamayacağını düzenlediğini hatırlatarak, Erdoğan’ın bu görüşüne katılmanın mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Aynı zamanda, iş hukuku bakımından ayrımcılık yasağı sadece seçim aşaması için değil, işi düzenlerken de taraflardan birinin kayırılmaması gerekliliğini içerdiğini belirtmek gerekir. Bunun yanında Erdoğan, yine İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku adlı eserinde, örneğin siyahlara zulmedilmesinde yanlış olanın, bunun siyahlara yapıyor olmasının değil, masum bir insana zulmedilmesi olduğunu da, Jan Narveson, “*Have We a Right to Nondiscrimination*”, **Respecting Persons in Theory and Practice: Essays on Moral and Political Philosophy**, 2002, s.202-224’den aktararak ileri sürmektedir. Belirtilmelidir ki, masum bir insana zulmedilmesi hem ahlaki hem hukuki açıdan kabul edilebilir olmadığı gibi, aynı zamanda bu zulmün nedeni kişinin korunan kategorik grup mensubiyetinden, dilinden, dininden, ırkından kaynaklanıyorsa, herhangi bir insana zulüm gibi ele alınamayacağı, bunun çok daha ileri düzeyde bir hukuka aykırılık teşkil etmesi yanında, moral anlamda da daha derin bir sorun oluşturduğunu görmek için en belirgin sonuçları itibarıyla, Yahudi Soykırımına, Ruanda Soykırımına, Srebrenitsa ve Arakan Katliamları’na, bakmanın yeterli olacağı kanaatindeyiz. Yani ileri sürülen görüş, salt dünya tarihi ve nefret suçları bağlamında düşünülse dahi işlevini analitik olarak yitirmektedir. Doktrinde, eşitlik ilkesine karşı çıkan diğer görüşlerin derlemesi için bkz: Gözde Kaya, **a.g.e.**, s.5-9 ve orada sayılan kaynaklar.

¹⁰ “equality” = <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/equality>

¹¹ “eşitlik” = <http://sozluk.gov.tr>

¹² Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s. 19; E. Tuncay Senyen- Kaplan; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, **TBB Dergisi**, Özel Sayı 2017, s.235.

¹³ Murat Kandemir / Didem Yardımcıoğlu; “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **DÜHFD**, C.19, S.30-31, Yıl 2014; Bihterin DİNÇOL, “Kadın- Erkek Eşitliği İçin Pozitif Eşitlik”, **İstanbul Ticaret Üni. SBD**, Y.4., S. 8, Güz, 2015/2, s. 104.

Eşitlik, şekli olarak ele alındığında, aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı muameleyi öngörmektedir. Buna karşılık, eşitliğin gerçek anlamda sağlanabilmesi için şekli eşitliğin yeterli olmadığı yönündeki eleştirilerden hareketle maddi eşitlik kavramı geliştirilmiştir. Aynı olanlara aynı muamele edilirken, dezavantajlı olanlara farklı ve olumlu yönde muamele edilerek eşitliğin sağlanmaya çalışılması toplamına ise maddi eşitlik denir. Bir başka anlatımla, hak özneleri açısından somut gerçeklikleri, buna bağlı olarak farklılıkları da dikkate alarak, bu farklılıkları eşit olma iddiası ile giderebilme amacını da içerir¹⁴. Eşit durumda olmayan kişilere eşit muamele edilirse, eşitsizlik ortaya çıkacaktır ve aynı verili koşulda olmalarına karşılık daha dezavantajlı durumda olanlarla diğer kişilere eşit muamele edilirse de yine eşitsizliğin ortaya çıkması gibi bir kısır döngü oluşacaktır¹⁵.

Sonuç olarak, eşitlik, ayrımcılık ile bir arada bulunması mantıksal olarak mümkün olmayan bir durumdur. Ayrımcılığın olduğu bir anda, yerde, durumda eşitlikten söz edilemez, ayrımcılık özel bir eşitsizlik halidir. Başka bir deyişle, eşitlik, ayırım yapmama halini kapsayan, daha geniş bir kavram; ayrımcılık eşitliğin bozulduğu özel bir durumu tanımlayan bir kavramdır.

B. AYRIMCILIKLA İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1. Kategorik Grup

Bir grubun varlığı, “ayrımcılık” kavramının belirlenmesi bakımından değerlendirilmesi gereken temel konudur. Bu anlamda, ayrımcılık kavramını tanımlarken ve ayrımcılık yasağını tespit ederken ele alınan grupları, ayrımcı eylemde bir kategorileştirmenin parçası olması dolayısıyla “kategorik grup” olarak tanımlamaktayız. Buna göre, kategorik grup, eşit davranma ilkesi ile ayrımcılık arasındaki küçük nüansa temel farkı belirleyen ayırıcı unsurlardan birisidir¹⁶.

¹⁴ D. Çiğdem Sever, “İdeolojik Bir Kavram Olarak Hukuki Eşitlik”, **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları**, Edt.: Bora Erdağı, Nota Bene Yay., Ankara 2015, s.43.

¹⁵ Karan, **a.g.e.**, s.38, 40, 42, 43.

¹⁶ Özel olarak “kategorik grup” şeklinde ifade edilmese de, ayrımcılığın tanımının “grup” referansı ile birlikte yapıldığı çalışmalarda tanım benzer şekildedir. Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık

Ayrımcılık yasakları tanımlanırken, kişinin mensubu olduğu bir gruba atıfla ve kişinin bu kategorinin mensubu olması dolayısıyla¹⁷, farklı, dezavantajlı veya daha az avantajlı bir muameleye maruz kalma hali sayılır. Hemen bu noktada belirtilmelidir ki, sayılan kategorik gruba mensup olmasa da ayrımcılığa maruz kalan bir kişiye destek veren kişinin de dezavantajlı veya daha az avantajlı bir muameleye maruz kalması da ayrımcılık kapsamında değerlendirilir. Başka bir anlatımla; kişinin kendisinin sahip olduğu özellikler dolayısıyla değil de, ilişkide olduğu kişi dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalması da mümkündür.¹⁸

Aşağıda detaylıca incelendiği gibi, örneğin İş K. md.5; “*dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler*”den, AY md.10, “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler(le)*”den; AİHS, “*cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir durum*”dan söz etmektedir.

Görüldüğü gibi, ayrımcılık yasaklarından söz ederken, kişinin “değiştiremeyeceği” veya “değiştirilmesi istenemeyecek” kişisel özelliklerine göre, ayrı muameleye tabi tutulamayacağı açıkça belirtilmektedir¹⁹. Bu hükümlerin hemen hepsinde kategorik gruplar sınırlı sayı prensibi ile değil, örnekleme şeklinde

Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s.221; Eda Manav- Özdemir, “*İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması*”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017, s.135; Emin Zeytinoğlu, “*Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış*”, **İstanbul Ticaret Üni. Sos. Bil. Der.**, Y. 9, S. 18, Güz 2010 s.117, Yekbun Geylani Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2006, s.25.

¹⁷ Türkkaya Ataöv, **Çatışmaların Kaynağı Olarak Ayrımcılık**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara 1996, s.1.

¹⁸ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.268 (Karan “dolayısıyla ayrımcılık” şeklinde ifade etmektedir); Kadriye Bakırcı, **Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye: Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı**, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2012, s.297 (Bakırcı “bağlantılı olma” şeklinde ifade etmektedir).

¹⁹ A. Eda Manav, “*2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Ve Türkiye’deki Uygulamalar*”, **DEÜHFD**, C. 15, Özel S., 2013, s.732.

sayılmaktadır.²⁰ Ancak sayılan örneklerde, kişi bir kümenin içinde yer almasına göre kategorize edilmekte, farklı muamelenin salt bu gruba aidiyet dolayısıyla gerçekleşmesi halinde bunun ayrımcılık olacağı belirtilmektedir.

Kişinin ait olduğu gruba ilgisi olmaksızın da elbette farklı davranılmamasını, kendisine eşit davranılmasını talep etme hakkı vardır. Bu noktada ise, ayrımcılık yasağı değil, eşitlik ilkesi söz konusu olmaktadır. Kişiler, eylem ve işlemlerinde, eşitlik ilkesine uygun hareket etmekle yükümlüdürler (AY md.10, md.11).

Kişinin değiştirilemez bir takım özellikleri (cinsiyet, ana dili, renk, ırk, etnik köken, engellilik v.b.) ile, değiştirmesi istenemeyecek²¹ (felsefi düşünce, dini inanç, sendikalı olmak) ve temel insan hakkı olarak korunacak durumların yanı sıra, pozitif hukuk itibarıyla getirilmiş başkaca korunaklı kategorik gruplar da oluşturulabilir. Örneğin İş Kanunu ve bazı uluslararası belgeler, yukarıdaki kişilik hallerine ilişkin olarak ayrımcılık yasaklarını ele aldıktan sonra, işçinin tabi olduğu sözleşmesel statüye göre de özel koruma geliştirmiştir.²² İşçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması, ya da aynı şekilde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması, bir kategorik durum yaratır ancak, yukarıda açıklanan kişilik hallerinden farklıdır. Buna göre de, İş Kanunu, ayrı bir fıkra (İş K. md.5/II) ile sözleşmesel statüleri de tek tek sayarak (belirli süreli – kısmi süreli) belirsiz süreli ve/veya tam zamanlı iş sözleşmesine göre çalışan işçilerle belirli süreli – kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağını açıklamıştır. Yine İş Kanunu, genel eşitlik ilkesi ile ayırım yasaklarını farklı şekilde ve farklı sonuçlarla, fakat aynı madde, yani 5. Madde içerisinde düzenlemiştir²³.

²⁰ Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan KE Yay., Ankara 2012, s.45, Canan Ünal, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018, s.40,41.

²¹ Kübra Doğan Yenisey, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **LİSGHD**, 2005(7), s. 976; Nazlı, a.g.m., s.574;Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil**, Y.3, S.10, Haziran 2008, s. 80; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.73,74; Zeytinoğlu, “Genel Bakış”, s.118, Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.37.

²² İş hukuku kapsamında kategorik gruplar için bkz. aşağıda §3, I.

²³ Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz: §4, II ve Sonuç.

2. Tutum

Tutum, en genel tanımıyla, bireyin psikolojik obje ile ilgili düşünce duygu ve davranışlarını şekillendiren, belirleyen eğilimdir²⁴. Burada ifade edilen psikolojik obje, birey için anlam ifade eden, bireyin farkında olduğu herhangi bir şeydir²⁵. Yani tutum, bireyin nesnelere karşı dolaylı ya da dolaysız etki edebilen, bireyin nesneye olumlu ya da olumsuz bir atıfta bulunabileceği psikolojik eğilimdir²⁶.

Tanımlardan anlaşılacağı gibi tutum, olumlu ya da olumsuz olabilir²⁷. Temelde tutumların üç ögesi vardır: Duygusal, Bilişsel ve Davranışsal²⁸. Tutumların oluşmasını sağlayan etkenlere dair pek çok teori bulunmakla birlikte, çalışmanın sınırlarını aşacağı için bu konuya değinilmemiş, çalışmanın sınırları dahilinde özet bir açıklama yapmakla yetinilmiştir.

Tutumlar ve inançlar çoklukla baş başa ilerlemektedirler buna bağlı olarak da önyargı kısmında açıklanacağı gibi, önyargının öncelikle bir tutuma, ardından da aşkın bir genelleme içeren inanca ihtiyacı vardır²⁹. Tutum ve inancın (ve kalıp yargının) ilişkisinde ve nihayetinde önyargıya varan süreç inançların tutumlarla uyumlaştırılması, rasyonelleştirilmesi şeklinde ilerlediği kabul edilmektedir³⁰. Bu rasyonelleşme gerçekleşmeden önce tutumun değişme olasılığı daha yüksektir. Yani, içsel olarak bir psikolojik objeye karşı, söz gelimi kadınlara karşı bir olumsuz düşünce, his söz konusu ise ve hisle düşünce arasında bilişsel olarak henüz kendi mantıksal bütünlüğünü³¹

²⁴ Çiğdem Kağıtçıbaşı/Zeynep Cemalcılar; **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş**, 18.B. Evrim Yay., İstanbul 2016, s.130; s.68; Steven L. McShane/ Mary Ann Von Glinow, **Örgütsel Davranış**, Çev.: Ayşe Günsel/Serdar Bozkurt, Nobel Yay., İstanbul 2016, s.68.

²⁵ Kağıtçıbaşı/Cemalcılar, **a.g.e.**, 101.

²⁶ Nuray Sakallı, **Sosyal Etkiler: Kim Kimi Nasıl Etkiler?**, İmge Yay. 5. B., İstanbul 2016, s. 106.

²⁷ Leandre R. Fabriger/Duane T. Wegener; **Advanced Social Psychology: The State of the Science**, ed. Roy J. Baumeister/Eli J. Finkel, Oxford Uni. Press, New York 2010, s.179

²⁸ Fabriger/ Wegener; **a.g.e.**, s.180.

²⁹ Allport, **a.g.e.**, s.42,43.

³⁰ Allport, **a.g.e.**, s.43.

³¹ Burada mantıksal bütünlükten kastedilen, genel hayat tecrübelerine veya bilimsel verilere göre rasyonel bir hal kastedilmemektedir. Buradaki bütünlükten kasıt, bireyin nöropsikolojik olarak, duyusunu mantıklı ve kendi iç bütünlüğü bakımından sistemli hale getirmesidir. Örneğin bir kişinin, “siyahi bir kişinin saldırısına uğradım, bu nedenle her siyahi beni gasp etmek amacındadır” şeklinde bir genelleme geliştirdiğinde, ya da kişinin aslında ders çalışmak istemediği için, şimdi uykuya ihtiyacı olduğunu,

oluşturmamışsa, inançla uyumlaştırılamamışsa tutumun değiştirilebilmesi görece kolay bir aşamadır ve çeşitli araçlarla bu tutumun olumsuz ya da olumlu olarak görece daha kolay bir şekilde değiştirilmesi mümkündür³².

Bu tutum, duygusal ve bilişsel olarak tutarlı bir aşamaya ulaşmışsa, artık değiştirilmesi daha zor olacaktır ve muhtemelen davranışsal olarak da bu tutumların sonuçları görülmeye başlanacaktır. Haliyle, tutumlar, ayrımcılık davranışına giden yoldaki aşamaları ve adımları oluşturur.

3. Kalıp Yargı

Kalıp yargı, belirli bir obje ya da grupla ilişkili olarak bilgi ve veri boşluklarını dolduran, önceden oluşmuş/oluşturulmuş izlenimler, atıflar, bütünü olarak bilişsel sürecimizde karar vermeyi kolaylaştıran kabullerdir.³³ Kalıp yargılar, tutumların bilişsel boyutunu oluşturur³⁴.

Kalıp yargılar, aslında gündelik hayat pratiklerinde insanın yaşamını kolaylaştıran bir işlev görür³⁵. Kalıp yargılar, tüm nesnelere, objelere, durumlara, kişilere, kısacası insanın etrafındaki her türlü veri girdisine tek tek dikkatini vermek külfetinden kişiyi kurtarır. Geçmişte edinilmiş bir bilgi ya da deneyim, ya da duruma göre içgüdüler sonucunda kategorik bir bilgi sınıfını bilişsel olarak oluşturan kalıp yargılar, ileride benzer referans çerçevesi ile karşılaşıldığında, tüm detayların tek tek

şimdi uyuyup sabah daha dinç bir zihinle çalışmasının daha verimli olacağını düşünmesi, bilimsel ve rasyonel olup olmadığından bağımsız olarak bireyin kendi içinde bir bütünlük yaratmaktadır. Bu mantığın dış dünyada da aynı şekilde karşılık bulmasının veya bulmamasının önemi yoktur. Yukarıda kastedilen de, mantığın dış dünyada anlam kazanması değil, kişinin kendi içsel durumunda bir bütünlük yakalamasıdır. Bu konu hakkında farklı örnekler ve nörolojik açıklamalar ile alınan kararlar için bireyin zihninde tutarlı bir öykü yaratması hakkında bkz. David Eagleman, **Beyin: Senin Hikayen**, 9. B., Çev.: Zeynep Arık Tozar, Domingo Yay., İstanbul 2015, s.162 v.d, 149 v.d..

³² Allport, **a.g.e.**, s.43.

³³ Melek Göregenli, “*Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı, Ayrımcılık*”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s.23

³⁴ Pelin Kesebir, “*Sosyal Psikoloji*”, **Psikolojiye Giriş**, Edt.: Zeynep Camalcılar, Anadolu Üni. Yay., Eskişehir 2012.

³⁵ Allport, **a.g.e.**, s.50. Ayrıca, Allport, gündelik girdileri kategorize etme sürecinin nasıl işlediği ile ilgili 5 süreç öngörür: 1) Gündelik değişikliklere uyum sağlamaya yarayacak geniş sınıf ve kümelerin oluşumu 2)Kümeye mümkün olduğunca fazla şeyi dahil etmek 3)kategorinin ilgili nesneyi kolayca belirlemeyi sağlaması 4) kategorinin içerdiği her şeyi aynı düşünsel duygu ve nitelikle doldurması 5)Kategorilerin az çok rasyonellik içermesi ihtimali. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Allport, **a.e.**, 50 – 53.

işlenmesi ve incelenmesi gibi insan zihninin kapasitesini çok zorlayacak bir süreçten tasarruf edilmesini sağlayan işlevli mekanizmalardır. İnsan zihninin bu anlamda ihtiyaç duyduğu öngörülerini kalıp yargılar sağlar³⁶. Aksi durumda gündelik hayat, insan zihni açısından baş edilemez bir hale gelirdi.³⁷ Bu hususu, tekrara düşmek pahasına biraz açmakta yarar vardır. İnsan zihni, görsel, duyuşsal, işitsel, kokusal bir çok girdiyle aynı anda baş etmek zorundadır. Bu girdilerin tamamının tek tek ve sonuçları ile analiz edilmesi ise gündelik yaşamda neredeyse imkansızdır. Bu nedenle beyin, işlevsel olarak bir takım kategorileri kullanır. İnsan zihni, belirsizlik taşıyan durumlarla ilgili olarak deneyimlere (veya bir teze göre içgüdüsel olarak edinilmiş bir takım iç görümlere³⁸) göre bir seçim yapar.³⁹ İhtiyaç duyduklarını, kategorik olarak saklar ve ileride kullanılmak üzere bir imge olarak tutar. Benzer durumla karşılaşıldığında da, kategorize edilmiş bu bilgileri tekrar işleyecek duruma getirerek, karar verme sürecini kolaylaştırır. Zihin böyle çalışmazsa, ilgili, ilgisiz, gerekli gereksiz ayrımı yapmaksızın tüm verileri teker teker işlemek insan beyni için oldukça maliyetli olurdu. Bu durumda da, örneğin bir tehlike sesi duyduğumuzda, ya da saldırgan bir köpekle karşılaştığımızda zihnin baştan sona tüm süreci bilinçli olarak tek tek analiz etmesi gerekirdi⁴⁰. Bunun yaşamsal olarak oldukça riskli olacağı aşikardır. Bu nedenle, saldırgan bir köpek görüldüğünde, beyin bilinçli olarak süreci analiz etmektense, öncelikle vücudu saldırmaya ya da kaçmaya hazırlamış olacaktır⁴¹, analiz ardından gelecektir.

Elbette ki, sosyal ilişki ağları; korkmak, savaşmak, kaçmak gibi en ilkel içgüdülerimizden çok daha karmaşık bir sürecin ve farklı beyin işleyiş mekanizmalarının sonucudur. Ancak, örneği basitleştirmek adına, aslında işleyiş bakımından kalıp yargılar oluşturduğumuz duyuşsal, sosyal, bilişsel ve psikolojik

³⁶ Allport, **a.g.e.**, s.37

³⁷ Çevremizdeki örüntüler ile beynin bu konudaki işlevselliğine nörobilimler perspektifinden bakan, ayna nöronların keşfini gerçekleştiren ekipten iki yazarın önemli bir çalışması için bkz. Corrado Sinigaglia/Giacomo Rizzolatti, **Beyindeki Aynalar**, Çev.: Devin Keleş, Alfa Bilim, İstanbul 2016. Yukarıda açıklanan şekilde gündelik hayatla başa çıkabilmek için yaratılan kategorilerle ilgili olarak da bkz. s. 162. Ayrıca bkz.: Eagleman, **a.g.e.**, s.121, 165.

³⁸ Eagleman, **a.g.e.**, s.165.

³⁹ Eagleman, **a.g.e.**, s.121 ayrıca bkz. **a.e.**, s.101,39.

⁴⁰ Sinigaglia/ Rizzolatti, **a.g.e.**, s.162.

⁴¹ Robert Winston, **İnsan Beyni**, Çev. Gül Tonak, Say Yay., İstanbul 2012, s.207.

örüntüler bütününün, hayatta kalma güdümüzdeki benzerliğin, süreci anlamak bakımından da işlevsel olacaktır. Haliyle, en ilkel güdülerimizde hayatta kalabilmek için beynimiz bir kategorik sistem ile çalışırken, gündelik sosyal ilişkiler ağı içinde de bu mekanizmanın bir benzerine bilişsel olarak ihtiyaç duyarız. Bir başka ifadeyle, mekanizmanın sosyal etkileşimler bakımından da (arka plan işleyişi daha farklı ve zaman zaman beynin farklı bölümleri üzerinden ilerliyor olsa da) kategorik olarak benzer şekilde işlediğini söylemek mümkündür. İşte kalıp yargılar, bu kategorik olarak zihnine işlenmiş bilgi ve imgeleri ifade etmektedir. Tekrarlanmalıdır ki, kalıp yargılar insan zihninin hızlı ve etkin şekilde işlemesi için gerekli bir bilişsel süreci ifade eder.

Yukarıda belirtildiği gibi, kalıp yargıların işlevsel bir özelliği olmasıyla birlikte, kalıp yargılar her zaman olumsuz bir anlam taşımazlar. Olumlu ya da nötr kalıp yargılar da oluşabilir. Örneğin, Almanların çok disiplinli olduklarını var saymak gibi.

Önemli olan, olumsuz kalıp yargılar yığını ile muhakeme becerilerini yitirmeden, olumsuz kalıp yargının önyargıya ve giderek önyargının davranışsal aşamasını oluşturan ayrımcılığa dönüşmesini engellemektir. Çünkü, olumsuz kalıp yargılar, önyargıların oluşumunu tetikleyen araçlardır⁴². Kalıp yargıların, doğrudan karar verme süreçlerinde rol oynaması ve olumsuz kalıp yargının sadece kategorik olarak yaşamı kolaylaştırma işlevinin ötesinde olumsuz olarak davranışlara da yön verdiği ölçüde ayrımcılık sonucuna yol açacağı kabul edilmektedir.⁴³ Örneğin, “yaşlı işçiler eğitime direnç gösterirler” diyerek yaşlı çalışanların eğitime gönderilmemesi hali, bir ayrımcılık davranışdır⁴⁴. Bir başka anlatımla, bir his, bir düşünce, olumsuz bir kalıp yargı ile oluşmuş, önyargıya dönüşmüş bir davranış olarak ayrımcılık meydana gelmiştir.

⁴² Göregenli, *a.g.m.*, s.23; McShane/Von Glinow, *a.g.e.*, s.58. McShane/Von Glinow çevirisinde, kalıp yargı “basmakalıp yargı” olarak kullanılmaktadır. Yıldız da, eğitimle birlikte cinsiyet ayrımcılığının nedenlerinden biri olarak “basmakalıp yargılar”ı görmektedir. Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s.83-86.

⁴³ Göregenli, aynı yer; McShane/Von Glinow, *a.g.e.*, s. 55, 58, 167.

⁴⁴ A. Noe Raymond, **İnsan Kaynaklarının Eğitimi ve Geliştirilmesi**, ed. ve çev.: Canan Çetin, 4. B., Beta Yay, İstanbul 2009, s.354..

4. Ön Yargı

Önyargı, gündelik hayatta sıradan iyi ya da kötü yargı içermeyen, yeterli kanıt dayanmayan her türlü ön fikir olarak kullanılsa da, ayrımcılık ile bağlantılı olarak ele alındığında olumlu bir önyargıdan söz edilmez⁴⁵. Önyargının davranışa dönüşmüş halini de ayrımcılık oluşturur. Her genellemeci yaklaşımı önyargı olarak ele almak mümkün değildir. Hatalı, genellemeci bir yargının önyargı olup olmadığını tespit ederken bir araçtan yararlanmak mümkündür. Eğer, hatalı varılan bir yargı, bir genelleme, hatta bir kalıp yargı, yeni bir kanıt ışığında düzeltilebiliyorsa, önyargı yoktur, çünkü, basit bir kavram yanılgısından farklı olarak önyargıda, genellemeyi ortadan kaldırmaya karşı sert bir karşı duruş, zihinsel bir fiili direnme oluşmaktadır.⁴⁶

Bu halde önyargıyı, ayrımcılık boyutuyla ilişkili şekilde ve olumlu anlamlarını dışlayarak; doğrudan Allport'un⁴⁷ tanımıyla “*Bir gruba mensup birine karşı sadece o gruba mensup olduğu ve bu nedenle bu gruba yakıştırılan sakıncalı nitelikler taşıdığı gerekçesiyle takınılan, itici ya da düşmanca tutum*” dur şeklinde, açıklamak mümkündür. İşte bu tutum, davranışa dönüştüğü hallerde, ayrımcılık ortaya çıkacaktır⁴⁸. Davranışa dönüşmemiş olsa bile bu tutum bir önyargı olacaktır çünkü yukarıdaki paragrafta açıklandığı gibi, genellemeyi ortadan kaldırmaya dönük kanıt ortadan kalsa dahi yargı değişmemektedir⁴⁹. Buna bağlı olarak da, tutumun davranışa dönüşme eğilimi artacaktır.

⁴⁵ Göregenli, *a.g.m.*, s.22.

⁴⁶ Göregenli, *a.g.m.*, s. 19; Allport, *a.g.e.*, s.38; Linda Hamilton Krieger / Susan T. Fiske; “*Behavioral Realism in Employment Discrimination Law: Implicit Bias and Disparate Treatment*”, *California Law Review*, C. 94, S. 4 (Jul., 2006), s.1041.

⁴⁷ Allport, *a.g.e.*, s.36.

⁴⁸ Kesebir, *a.g.e.*, s.182; Murat Paker, “*Psikolojik Açıdan Önyargı ve Ayrımcılık*”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s.42.

⁴⁹ Kitle iletişim araçlarıyla, kitaplarla bir önyargının propagandasının yapılmasını ise, ayrımcı bir davranış olarak ele almak mümkündür. Örneğin, Almanya’da yaşayan Türklere karşı Alman toplumunda, “Türkiyelilerin Almanca öğrenmek istemedikleri doğru değil. İlk kuşak Türkiye kökenliler kadınlarda %35, erkeklerde %58 oranında iyi veya çok iyi Almanca bilgisine sahipken ikinci kuşakta bu oran %70 ve %80’e çıkıyor” (Şanlı’dan aktaran Kenan Çayır, “*Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık*”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s. 8,9) şeklinde sunulan bir kanıt karşılık, kitap olarak basılmış bir propaganda aracında Türkler hakkındaki, ‘Almanca bilmiyorlar ve entegre olmamakta direniyorlar’

Burada, arkadan konuşma ve uzak durma eylemlerinin bir davranış olarak ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı konusu tartışılabilir. Arkadan konuşma, önyargıya sahip olunan kişi ya da gruplar hakkında, benzer düşüncede olanlara fikirlerin ifade edilmesidir. Salt bu aşamada kalır ve bu arkadan konuşma hali bir işveren olarak, kamu otoritesi olarak, komşu olarak, sokaktaki herhangi bir kişi olarak, kategorik gruptan birisini daha az avantajlı bir duruma sokacak ya da herhangi bir şeyden mahrum edecek bir eylem içermediği sürece ayrımcılık olarak değerlendirilmez. Aynı şekilde, kişi kendisi geri çekilmenin tüm sonuçlarını üstlenerek, önyargılı olduğu gruptan uzak duruyorsa, ancak yine kategorik gruptan bir kişiyi herhangi bir şeyden mahrum bırakacak şekilde bir aktif ya da pasif eylem gerçekleştirmiyorsa, ayrımcı bir düşüncesi, önyargısı vardır ancak arkadan konuşma ve uzak durma kendi başlarına bu şekilde ayrımcılık davranışı olarak değerlendirilmezler. Allport, sıralamayı yukarıdaki şekilde yapmakta, 3. seviyeye ayrı bir aşama olarak ayrımcılığı koymakta, devamında 4. seviyeye fiziksel saldırıyı ve 5. seviyeye ortadan kaldırma, linç, katliam ve soykırımı koymaktadır⁵⁰.

III. TANIMLAR

A. AYRIMCILIK TANIMI

Ayrımcılık, en genel haliyle, bir kimsenin mensubu olduğu bir grup dolayısıyla, gruba ilişkin önyargıların sonucunda, diğerlerinden farklı bir duruma veya muameleye maruz kalması halidir⁵¹.

Ayrımcılık kavramı, algısal olarak öncelikle olumsuz bir kod ile bilişsel olarak değerlendirilir. Yani kelimenin içeriği olumsuz anlamlı olarak ele alınmaktadır.

şeklinde özetlenecek bir bilgi toplumsal bir önyargıyı da körükleme ihtimali taşıdığından, önyargının ayrımcılığa dönüştüğünü söylemek mümkündür.

⁵⁰ Allport, **a.g.e.**, s. 44, 85, 87, 453, benzer şekilde “hoşlanmama, hoşnutsuzluk” halinin ayrımcılığa nasıl dönüşeceği hakkında bkz. Göregenli, *a.g.m.*, s. 21, bir başka aşamalandırma şekli için Kesebir, **a.g.e.**, s.182.

⁵¹ Ayrımcılık süreçleri, ötekileştirme ve dışlama ile ilgili uygulama örnekleri ile birlikte ayrıntılı bir derleme için bkz.: N. Ekrem Düzen, **Herkes İçin Kolay ve Pratik Ayrımcılık, Ötekileştirme, Dışlama Rehberi**, Pharmakon Yay., Ankara 2015.

Düz bir gözlem ile bakıldığında, eşitliğin adil şekilde sağlanabilmesi için ortaya çıkmış olan pozitif ayrımcılık kavramı da söz konusu olduğundan, “ayrımcılık” kavramının doğrudan olumsuz şekilde ele alınması salt etimolojik açıdan doğru olmayabilir. Fakat sözcükler, sadece etimolojik olarak değil, insan tutum ve davranışlarında karşılık bulur, yarattıkları algılar itibariyle de anlama bürünürler⁵². Bu yönüyle de ayrımcılık dendiğinde, anlam genel olarak olumsuz olarak algı yaratır⁵³. Olumlu bir durum, mesela maddi eşitliği gerçekleştirme araçlarından biri olan pozitif ayrımcılık tarif ediliyorsa, adı üstünde, ayrımcılık kelimesine pozitif nitelemesinin yapılması gerekmektedir..

Aynı şekilde, pozitif hukukta da ayrımcılık negatif anlamlı bir sözcük olarak ele alınmakta, pozitif anlamda gerçekleştirilen ayrımcılık için “pozitif” nitelemesi yapılmakta veya, belli avantajlardan yoksun gruplar için yapılacak özel düzenleyici işlemlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceği vurgulanarak, ayrımcılığa dolaylı bir olumsuz anlam atfedilmektedir. Örneğin, Anayasa’nın 10/II maddesi “...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” derken devamı fıkrada “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” ifadeleri ile, her farklı muamelenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağını, dezavantajları ortadan kaldırmaya dönük olarak yapılacak farklı uygulamaların ayrımcılık olmayacağını belirtir. Farklı bir metodoloji ile İş K. md. 5/V de “İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz” demektedir.

Tüm bu açıklamalar dahilinde, eğer ayrımcılık nötr olarak ele alınacaksa şu şekilde tanımlanabilir: *Ayrımcılık, bir kimsenin bir başka kimseye, bu kişinin salt bir grup mensubiyeti dolayısıyla, sebep her ne olursa olsun farklı davranmasıdır.*

⁵² Krieger/Fiske, *a.g.m.*.

⁵³ Benzer yönde, Can Tuncay, “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, **Sarper Süzek’e Armağan**, edt. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul 2011, s.726.

Ayrımcılık genelde anlamlandığı ve pozitif hukuk düzenlemelerinde de ele alındığı gibi, negatif anlam taşıyacak şekilde tanımlanacaksa “*bir kimsenin, bir kategorik gruba mensup bir başka kimseye, hakkaniyeti ve adaleti sağlamak gibi meşru bir sebep olmaksızın olumsuz veya daha az avantaj yaratacak şekilde farklı davranmasıdır*” denilebilir. Tanımların içeriğinde de “esaslı sebepler olmadıkça...” v.b. ifadeler ile, ayrımcılığın söz konusu olması için, meşru bir sebep olmadan daha az avantajlı veya dezavantajlı bir işlem yapılması veya davranışta bulunulması hususları yer almaktadır. Yani, ayrımcılık kavramı kendi başına olumsuz bir anlam taşır, kelimenin olumlu hale gelmesi tek başına mümkün olmayıp olumlu bir ifadeye bulunulmak isteniyorsa, buna ilişkin sıfatların kullanılması gerekmektedir. Aslında, ayrımcılıktan söz ederken tek başına olumsuz bir anlamdan bahsedildiğini vurgulamış olsak da, içerik itibarıyla yasak olan ayırım, ‘keyfî ayırım’ halidir⁵⁴. Bir eylem, işlem, uygulama, davranış; içerik olarak keyfî değil, objektif ve hakkaniyetli olarak savunulabilir nitelikte veya maddi eşitliği gerçekleştirmek için uygulanan olumlu anlamda farklı bir muamele ise ayrımcılıktan söz edilmeyecektir⁵⁵.

Tüm bu açıklamalar dahilinde, çalışma içinde “ayrımcılık”tan söz edildiğinde, genel kabul gördüğü gibi, olumsuz anlam dikkate alınmaktadır. Bu nedenle gerçek eşitliğin sağlanabilmesi için dezavantajlı grupların dezavantajını ortadan kaldırmak için yapılan olumlu ayrımcılık hali içim literatüre paralel şekilde “pozitif ayrımcılık” kavramı kullanılacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamaların toplamında ayrımcılık, *bir kimsenin, olumsuz kalıpyargılar ve önyargılarıyla, bir başka kimseyi mensubu olduğu kategorik bir grup dolayısıyla, o kategorik gruba mensup olmayanlara göre daha az avantajlı veya dezavantajlı uygulamaya veya kötü muameleye maruz bırakması; daha az avantajlı veya dezavantajlı şekilde davranmasıdır*.

Bu durumda ayrımcılık, daha öz bir tanımla ilişkili kavramlarla birlikte ele alındığında, *bir gruba ilişkin oluşan olumsuz kalıp yargılardan doğan önyargıların*

⁵⁴ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 2.B., Yapı Kredi Yay., İstanbul 2001, s.114.

⁵⁵ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.52.

kategorik grubun tümüne ya da kategorik gruba mensup kişiye karşı davranışsal olarak dışa vurumu halidir.

İşyerlerinde ayrımcılık ise, en genel hatlarıyla, yukarıda belirtilen daha az avantajlı veya dezavantajlı muameleye maruz bırakma halinin işyeri olarak tanımlanan bir referans çerçevesi içinde ve iş ilişkisi kurulması niyeti aşamasında veya iş ilişkisine tabi olan bir kimseye karşı gerçekleştirilmesidir.⁵⁶

Son olarak eklenmelidir ki, ayrımcılık, örneğin sendikal ayrımcılıkta olduğu gibi, her zaman, sadece önyargıların sonucu olarak değil, ekonomik, sosyal, politik sebeplerle, kategorik grupla veya mensupları ile yaşanan menfaat çatışması sonucu olarak ya da kategorik gruba veya grup mensubuna yaşam hakkı tanımayarak kendi konumunu pekiştirmek gayesi ile de oluşabilir.

B. POZİTİF AYRIMCILIK

Pozitif ayrımcılık, dezavantajlı durumda olan kategorik grupların daha olumlu muameleye tabi kılınarak fiili eşitliğin sağlanması demektir⁵⁷. Pozitif ayrımcılıkta, dışlanma ve/veya ayrımcılığa maruz kalma potansiyeli taşıyan ve ayrımcılık yasakları ile korunmuş kategorik gruplara meselenin niteliğine göre daha farklı ‘haklar’ sağlanarak, eşitsizliğin ortadan kaldırılması amaçlanır.⁵⁸

Pozitif ayrımcılıkla, kategorik grupların ayrımcılığa karşı korunması arasında bir nitelik farkı vardır. Bir tanesinde, ayrımcılığı uygulama potansiyeli olan, güç eşitsizliğinde güçlü tarafı temsil eden kişi veya grupların ayrımcı eylem ve işlemlerini engelleyici önlemler alınırken, pozitif ayrımcılıkta, güç eşitsizliğinde dezavantajlı

⁵⁶ Aşağıda, §3.

⁵⁷ Zeytinoğlu, “Genel Bakış”, s.121

⁵⁸ Yeter Demir Uslu, “Pozitif Ayrımcılık”, **Türk İş Yaşamında Ayrımcılık**, Edt. Erkan Demirel/Mehmet Tikici/Canan Çetin, Nobel Yay., Ankara 2011, s. 318; Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, **DEÜHFD** C. 15, Özel S., 2013, s. 379; Zeytinoğlu, “Genel Bakış”, s.120, Yıldız, **Eşit İşlem**, s.68. Örneğin Alman Federal İş Mahkemesi bir kararında, çalışma konseyi seçimlerinde, işyerinde azınlıkta kalmış cinsiyet için uygun oranda temsiline olanak sağlayan kota uygulamasının, anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Alman Federal İş Mahk. 16.03.2005- 7 ABR 40/04, Çev. Alpay Hekimler (**Çalışma ve Toplum**, 2005/4, s.301).

durumda olan grupların korunması için onlar lehine önlem alınması durumu söz konusudur⁵⁹. Yani, pozitif ayrımcılığın süjesi korunan kategorik grupken ve onlara yönelik olarak eylem, işlem ve düzenlemeler söz konusuyken; ayrımcılığın önlenmesinde ve yasaklanmasında süje, ayrımcılık uygulama potansiyeli taşıyan kişi veya kurumlardır. Öte yandan, pozitif ayrımcılık geçici bir önlemken, ayrımcılık yasakları mutlak ve süreklidir.⁶⁰

Feminizmin güçlenen etkisiyle, günümüzde, kadın erkek arasındaki eşitsizliğin kaynağı olarak salt biyolojik sebepler değil, geçmişten gelen baskıların da etkili olduğu kabul edilmelidir⁶¹. Kadını, engellileri, çocukları, azınlıkları, ve bir düzenleme getirilmesi halinde diğer kategorik grupları sosyal anlamda korumayı ve çalışma yaşamında olumlu anlamda bir şekilde farklı rejime tabi tutma hali bir pozitif ayrımcılık olup eşitlik ilkesine aykırı değildir⁶². AY md.10⁶³ ve İş K. md.5/V de bu yöndedir. Aynı

⁵⁹ Arslan, **a.g.e.**, s.46,47.

⁶⁰ Arslan, **a.g.e.**, s.47. Nitekim, örneğin CEDAW’da da pozitif ayrımcılığa vurgu yapılmasına karşılık, önlemlerin geçici olacağı özellikle ifade edilmiştir. Sözleşmenin başlangıç kısmında belirtildiği gibi kadın ve erkeklerin nihai eşitliği sağlanıncaya kadar bu önlemlerin alınması gerekliliği ve geçici olması vurgulanmışken, 4. Maddede bu önlemlerin geçici olduğu özel olarak madde başlığı ile vurgulanmıştır bkz. aşağıda § 2, I-C.

⁶¹ Dinçkol, *a.g.m.*, s.115.

⁶² Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.114; Ulucan, *a.g.m.*, s. 372; Sibel İnceoğlu, “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.54; Rona Serozan, **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.36,37. Serozan, s.37’de, olumlu anlamda farklı rejime tabi tutma halini kadınlar için belirtmekte ve “kayıracı” kelimesiyle ifade etmektedir.

⁶³ **AYM**, 19.06.2008 T., 2006/156 E. ve 2008/125 K. sayılı kararında (Karar incelemesi için bkz. Kadriye Bakırcı, “*Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı*”, **Sicil**, 2008, Y.3, S.12, s.120-123 önüne gelen, 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 14. Maddesinde, kadın işçinin evlenmesi halinde bir yıl içinde işten ayrıldığı durumda kıdem tazminatına hak kazanacağına dair hükmün iptali talebini reddetmiş ve AY md.10’da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı bulmamış ve bunu, “*Aile hukuku öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır. Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa’ya aykırılığından söz edilemez*” gerekçesine dayandırmıştır. Karar oy çokluğu ile alınmış olup karara karşı iki üye (Fulya Kantarcıoğlu/Z. Ayla Perkaş) tarafından yazılan karşı görüş önemlidir. Karşı görüşte, “*Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayrımın gerekçesi olamaz. Bu, kadın lehine dayanağını Anayasa’dan alan pozitif ayrımcılık değil, erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır. Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa’nın 10.*

zamanda, doğrudan “pozitif ayrımcılık” kavramından bahsedilmese de, AY md.50 hükmü aslında kadınların, çocukların ve küçüklerin özel düzenlemelerle korunmasından bahsederek, bu grupların lehine koruyucu düzenlemelerin yapılması gerekliliğinden söz etmektedir.⁶⁴

C. DOĞRUDAN AYRIMCILIK

Doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin, mensubu olduğu kategorik grup itibariyle, doğrudan eylem, işlem ve davranışlarla ayrımcılığa maruz bırakılması halidir. Daha geniş ifade etmek gerekirse, kategorik gruba mensup kişinin salt o mensubiyeti dolayısıyla, daha az avantajlı veya dezavantajlı bir muameleye maruz kalması halidir. Böyle bir muamelede, ayrımcılığı gerçekleştiren kişinin saiki önem taşımaz, maruz kalan kişideki etkileri önem taşır⁶⁵.

Doğrudan ayrımcılıkta, eylem ile kategorik mensubiyet arasında doğrusal bir ilişki vardır. Kişinin salt cinsel yönelimi nedeniyle, bir kafeye alınmaması, Müslüman kişinin dini inançları nedeniyle, farklı bir dine mensup kişinin sahibi olduğu bir pastanede kendisine servis yapılmaması, kişinin konuştuğu ana dil nedeniyle, çok iyi düzeyde, işle ilgili başka bir dili biliyor olsa da işe alınmaması, sırf Yahudi ismi taşıdığı

maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır.” denilmiştir. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz: Tankut Centel, “*Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık*”, Sicil, Eylül 2009, Y.4, S.15, s. 7-8; Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “*Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi*”, **Çalışma ve Toplum**, s. 1272 (kararın tam metni için: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/de995cbd-17f8-4666-94d9-5fcad684c946?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>). Gökçeoğlu-Balcı, görüşe aynen katıldığını ifade etmiştir. Centel ise, azınlık görüşüne bir takım çekincelerle katılmaktadır (Centel, “*Pozitif Ayrımcılık*”, s.8). Bakırcı, AYM kararının sonucuna katılmakla birlikte, gerekçesine katılmamakta, “AYM Kararındaki gerekçe, aile yükümlülüklerinin kadına ait olduğu biçimindeki değer pekiştiricidir” diyerek, yaklaşımın eşitliğe ve CEDAW md.5’e aykırı olduğunu belirtmektedir (Bakırcı, “*Karar İncelemesi*”, s.122).

⁶⁴ Centel, “*Pozitif Ayrımcılık*”, s. 5. Bakırcı, bizim de katıldığımız görüşüne göre, md.50/II düzenlemesini, kadınların “eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar” olarak gördüğü için eleştirmekte, Gökçeoğlu – Balcı da bu görüşe katılmaktadır . Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s.61, Gökçeoğlu-Balcı, *a.g.m.*, s.1270.

⁶⁵ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.54.

için kişiye otel rezervasyonu yapılmaması⁶⁶, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara verilen yol yardımından yararlanılmaması, sendikalı bir işçinin, işverenin sağladığı Ramazan yardımlarından yararlanılmaması ya da eğitime göndermede sendikasızlık şartı aranması⁶⁷, işe alımda işle ilgili olmamasına karşılık sadece erkek işçilerin alınacağına bildirilmesi, işle ilgili fiziksel durumları değerlendirmeksizin veya işle ilgili olmamasına karşılık belli yaşın üstündekilerin işe kabul edilmeyeceğinin beyan edilmesi gibi onlarca örnek verilebilir.

Doğrudan ayrımcılık, normun bizzat kendisinin açıkça ayrımcı olması şeklinde, bir grubun öngörülen bazı koşulları taşıyamayacağı varsayımı ile belli grupların bazı koşulları karşılaması imkansız olacak şekilde veya normun uygulanması şekillerinde de ortaya çıkabilir⁶⁸.

D. DOLAYLI AYRIMCILIK

Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan, herkes için aynı şekilde uygulanan bir düzenlemenin veya uygulamanın, herkes için aynı şekilde uygulanıyor olması nedeniyle objektif ve haklı kılınabilir bir gerekçe içermeksizin bir grup için dezavantajlı veya daha az avantajlı sonuçlar yaratması halidir⁶⁹. Bir başka anlatımla ve ATAD pratiklerinde, görünüşte tarafsız bir uygulamanın kategorik gruplarda yer alan kişiler bakımından elverişsiz sonuçlar doğurmasıdır⁷⁰. Dolaylı ayrımcılık aynı zamanda, yasada açıkça ayrımcılık olan tanımlanmamış, doğrudan engellenmemiş ancak objektif hukuk

⁶⁶ S.L. Wax'ın deneyini aktaran Allport, **a.g.e.**, s.32

⁶⁷ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.54.

⁶⁸ Karan, **a.g.e.**, s. 204.

⁶⁹ Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s.52; Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.210, ayrıntılı bilgi için: Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.70 v.d, Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.210-227, 303-308; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.58 v.d., **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El kitabı**, (ç.y.), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf, s.29.

⁷⁰ Gonca Aydınöz, “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s.175 dolaylı ayrımcılığın ATAD kararlarına göre ispatı ve emsal kararlar için ayrıca bkz.: *a.g.m.*, s.179 v.d.

kuralları ile ayrımcılık olarak kabul edilebilecek uygulamalar şeklinde de tanımlanmaktadır.⁷¹ Örneğin, işe giriş çıkışlarda otopark asansörünün kullanımını yasaklayan bir işveren, bu yasağı tüm işçileri bakımından uyguladığında, işverenin yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilebilir. Bu örnek, görünüşte eşit de bir işlemdir, ancak, işyerinde çalışan engelliler varsa ve daha uzun bir yolu tüketerek diğer asansörlere ulaşıyorlarsa, ya da başka bir asansör yoksa, burada engelliler bakımından dolaylı bir ayrımcılık vardır. Ya da, işveren, işe alım aşamasında cinsiyet ayrımcılığı yapmamakta, buna ilişkin bir beyanda bulunmamaktadır ancak işle ilgisi olmadığı halde örneğin getirdiği asgari boy ve kilo standardı ile, başvuracak kadın sayısı ciddi oranda düşeceğinden burada da yine bir dolaylı ayrımcılık söz konusudur.⁷² Bir diğer örnekte ise, terfi için kesintisiz çalışma koşulunun getirilmesi, kadın çalışanlar açısından dolaylı ayrımcılıktır.⁷³ Haliyle, doğrudan ayrımcılık yasakları daha ziyade şekli eşitlik anlayışının bir parçası olarak görülürken, dolaylı ayrımcılık yasakları ile görünenin ötesine geçilerek, tarafsız görünen bir takım eylem ve işlemlerin de ayrımcılık teşkil edebileceği kabul edilmektedir.⁷⁴

Dolaylı ayrımcılık ile doğrudan ayrımcılık değerlendirildiğinde aralarındaki en temel fark, doğrudan ayrımcılığın farklı muameleyi yasaklarken, dolaylı ayrımcılığın ayrımcı etkileri olan aynı muameleyi yasaklamasıdır.⁷⁵

Dolaylı ayrımcılık mevzuatımızda, Eng. K’da ve TİHEK’de tanımlanmıştır. Buna göre Eng. K.’ya göre, dolaylı ayrımcılık, “*Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle*

⁷¹ Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.71; Zeytinoğlu, “*Genel Bakış*”, s.120;.

⁷² Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s. 69; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.63. Tanay, özgün bir örnekle, Türkiye’de hukuk fakültelerinin Türkçe-matematik puanı ile öğrenci almasının görünüşte ayrımcı değilken ve herkese eşit uygulanırken, görme engelli öğrenciler için bir dolaylı ayrımcılık hali olduğunu belirtmektedir, Gizem Tanay, **Ayrımcılık Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üni. SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2012, s.47,48.

⁷³ Çünkü, gebelik, analık hali, toplu kullanılan süt izni, doğum izni gibi durumlar dolayısıyla kadın işçilerin potansiyel olarak bunu sağlayamama durumları söz konusudur. Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.727. Haliyle, doğrudan, gebelik veya analık haline ilişkin bir ayrımcılık olmasa da, getirilen koşul dolaylı olarak bu sonucu doğurmaktadır.

⁷⁴ Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.71.

⁷⁵ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.210, Yıldız, **Eşit İşlem**, s.62.

bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması”dır (md.3/I-b).

TİHEK’e göre ise, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulması”dır (md.2/I-e).*

E. AYRIMCILIK TALİMATI

Ayrımcılık talimatı, bir kimsenin ayrımcı davranışı doğrudan gerçekleştirmediği ancak, ayrımcı davranışın başkası tarafından gerçekleştirilmesi için talimat verdiği durumu ifade eder ve bir ayrımcılık biçimidir⁷⁶. Ayrımcılık talimatında, “talimat veren kişi özne, talimatı alan kişi nesne ve ayrımcılığa uğrayan kişi mağdur durumundadır”⁷⁷

Tanımdan da görüleceği gibi iki sorun mevcuttur⁷⁸. Birincisi “talimat” kavramının bir hiyerarşik ilişkiye, yani bir talimat verme yetkisine dayanıp dayanmayacağı sorusudur. İkincisi ise, ayrımcı davranan değil ancak bunun vereceği talimatın sonucunda yaptırımın süjesinin kim olacağıdır.

Ayrımcılık talimatını, salt ast-üst ilişkisi, amir – memur ilişkisi şeklinde ele almak, ayrımcı davranışı gerçekleştirecek kişinin bir hukuki ilişki ile, talimatı veren kişiye bağlı olmadığı durumlarda yaptırım ihtimalini ortadan kaldıracaktır ve yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle, talimat ilişkisinin hukuki ilişki içinde hiyerarşiyeye dayalı bir emir-komuta ya da bağımlı bir ilişkide amir-memur, işveren-işçi

⁷⁶ Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.750.

⁷⁷ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.278.

⁷⁸ Detaylı bilgi için: Karan, aynı yer.

gibi değerlendirmemek, talimatı veren kişinin alan kişi üzerinde oluşturabileceği baskının gücüne göre ayrımcılık talimatının olup olmadığını belirlemek gerekir⁷⁹.

Örneğin, müşterilerin işverenler üzerinde herhangi bir hiyerarşisi bulunmamaktadır. Ancak, bir müşterinin, işverene işyerinde rneğin Suriyeli işşi alıştırmaması konusundaki telkinleri, çalıştırmaya devam etmesi halinde ise kendisi ile çalışmayacağını belirtmesi hali de ayrımcılık talimatıdır. İş ilişkisi bakımından, ayrımcılık talimatının, üçüncü kişilerden değil de, doğrudan işverenden geldiği durumlarda ise zaten işveren doğrudan sorumludur. Bu nedenle işveren-işşi arasındaki ayrımcılık talimatında ayrıca bir açıklamaya gerek görülmemektedir.

Bu noktada, ast-st, emir-talimat ilişkisi olan olmayan durumlarda dahi, ayrımcılık talimatını verenle uygulayan bakımından, ayrımcılık yasağına aykırı davranışlarda sorumluluğun kimde olacağı konusu tartışmaya açılmış haldedir. Ceza hukuku bakımında azmettirmenin koşullarının oluştuğu düşünülebilir. İş hukuku bakımından, talimatı veren işveren veya vekili değil bir üçüncü kişi ise, bu üçüncü kişiye karşı genel hükümlere göre haksız fiil sorumluluğu kapsamında, işverene karşı iş hukuku hükümleri dahilinde başvurularda bulunmak mümkündür. İdare hukuku açısından da failler bakımından disiplin yaptırımı gündeme gelebilir. Bu hukuk alanları dışındaki üçüncü kişilerin ayrımcılık talimatında yine haksız fiil sorumluluğu gündem gelecektir ve somut olayın koşullarında çözümlenmesi gerekir.⁸⁰

TİHEK'e göre ayrımcılık talimatı, *“Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimatı”* anlamına gelmektedir (md.2/1-b).

⁷⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.279, 316.

⁸⁰ Türkiye Hukukunda ayrımcılık talimatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.316-318.

F. MAĞDURLAŞTIRMA

Mağdurlaştırma, eşitlik ilkesinin uygulanmasını talep eden, ayrımcılık yasaklarına karşı şikayette/başvuruda bulunan kişilerin, bu başvuru dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalması⁸¹, ya da ayrımcılığa maruz kalmış ve bir takım başvurularda bulunmuş A kişisine destek veren B kişinin de ayrımcılığa uğraması halidir⁸².

Ayrımcılık yasaklarının söz konusu olduğu durumlarda, genelde ayrımcılığa maruz kalan kişi ile uygulayan kişi arasında bir güç eşitsizliği söz konusudur. Ayrımcılık davranışlarının ortaya çıktığı durumlarda maruz kalan kişinin yalnız kalması da sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu haliyle de başvuruda bulunan kişinin, bu başvurunun ardından daha ağır ve olumsuz bir süreçle karşılaşma ihtimali mevcuttur. Bunun ortadan kaldırılabilmesi için de, eşit muamele talep eden veya ayrımcılık yasakları kapsamında başvuruda bulunan kişinin, bu başvuru dolayısıyla tekrar zarar görmesinin engellenmesi gerekmektedir. Aksi durum, “mağdurlaştırılma” halidir. Mağdurlaştırma da bu kapsamda, ayrımcılığın bir türüdür. Aynı şekilde, ayrımcılığa maruz kalan veya eşit davranılmasını talep eden kişiye destek olan, tanıklık yapan, hatta maruz kalan değil, başka bir kişi olarak şikayet eden kişinin de korunması gerekmektedir. Bu nedenle mağdurlaştırma kavramı gündeme gelmiş ve yasaklanmıştır⁸³. Nitekim, ILO 158 Sayılı Sözleşme md.5 kapsamında da mağdurlaştırma yasaklanmaktadır⁸⁴.

⁸¹ Eda Manav, “AB direktifleri çerçevesinde”, s. 770.

⁸² Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.282; Ensari Yücel, **Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi**, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2015, s.48; Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s.351.

⁸³ Uluslararası hukuki dayanakları için bkz.: Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.283-284; Manav, “AB Direktifleri Çerçevesinde”, s.770; Türkiye hukukuna göre hukuki dayanakları için, Karan, **a.g.e.**, s. 318; Manav, **a.g.m.**, 771.

⁸⁴ §2, I/G. Ayrıca, bkz. Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s.352.

IV. AYRIMCILIK İLE EŞİTLİĞİN HUKUKTA GÖRÜNÜŞÜ VE ARALARINDAKİ FARKLAR

A. HUKUKİ GÖRÜNÜŞ: AYRIMCILIK YASAĞI, EŞİTLİK İLKESİ VE EŞİT DAVRANMA BORCU

Çalışmanın başlangıcından bu aşamasına kadar, “eşitlik” ve “ayrımcılık” kavramları ana hatları ile, farklı disiplinlere göre tanımlanmaya, işleyiş ve ortaya çıkış mekanizmaları ortaya konmaya çalışıldı. Bu aşamadan sonrasında ise, ayrımcılık ve eşitlik kavramlarının pratik sonuçlarının ve bir sosyal düzende karşılıklarının açıklanmasına, yani hukuki olarak bürünecekleri anlamlara değinilecektir. Bu kapsamda da, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu iki kavramın hukuken uygulanabilir hale gelmesi için gereken, ilke, hak, borç, yetki, sorumluluk gibi temel hukuki niteliklerle ve ilişkili kavramlarla açıklanacak ve devamında da, bu borç ve hak ilişkilerinin iş hukukundaki görünüş ve uygulanma biçimleri ortaya konacaktır.

Eşitlik ilkesi, devletlere hem eşit davranma hem de pozitif düzenlemeler ile ilkenin hayata geçmesi için gerekli önlemleri alma konusundaki ana hatları çizen bir çerçeve normdur, temel bir ilkedir⁸⁵. Yararlananlar için bir hak doğuran eşitlik ilkesinin⁸⁶, pozitif olarak uygulanabilir hale gelmesi için devletin bizzat kendisine veya kişilere bir edim olarak yüklenmesi sonucuna da yol açar. Bu da aynı zamanda bir görev doğurur. Bu özel hukuk kişileri için borç, kamu otoriteleri ve yasa koyucu için hukuki işlem ve eylemler ile, her türlü davranış ve yaklaşımda eşit davranma yükümlülüğü⁸⁷, genel normatif düzenlemelerin yapılması, genel soyut nitelikteki eylem ve işlemlerde dikkate alınması gereken temel bir ilkedir de aynı zamanda. Hukuk düzeni tarafından himaye edilen menfaate hak denir⁸⁸ve buna karşılık olarak yerine getirilmesi gereken bir davranış, uygulama, düzenleme yer alır. Özel hukuk bakımından borç, bir kimsenin hukuki ilişki içinde veya hukuki işlem ve eylemleri esnasında, yerine

⁸⁵ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4.B., Yetkin Yay., İstanbul 1995, s.113; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.114.

⁸⁶ Özbudun, **a.g.e.**, s.113. Ayrıca, Kanun yapım aşamalarında ve kanunların içeriğinde eşitlik ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. **a.e.**, s.176-177, 381.

⁸⁷ İlhan Akın, **Kamu Hukuku**, 5.B., Beta Yay., İstanbul 1987, s.316.

⁸⁸ Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, 11.B., Ekin Yay., Bursa 2013, s.154.

getirmekle yükümlü olduğu davranış biçimidir. Verme, yapma ve yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. Kamu hakları açısından bunun karşılığını temel düzenlemelerde dikkate alınacak bir ilke, devletin ve diğer kamu hukuku kişilerinin eylem ve işlemlerinde yerine getirmesi gereken bir yükümlülük, talep eden süje bakımından da bir hak olarak görünür.⁸⁹ Kamu hukuku kişilerinin ve kamu ajanlarının yükümlülükleri, yapma/verme, hakka dokunmama veya katılım imkanı tanıma şekillerinde görülür.

Hakkın karşısında talep edilebilir bir edim, yani bir borç yer alır. İşte bu anlamda, eşitlik ilkesinin bir çerçeve norm olmasının yanında kamu ve özel hukuk kişilerine ödev yükleme hali, hukuk uygulamasındaki somut karşılığı eşitlik ilkesi, özel hukuk kişilerine borç yükleyen hali “eşit davranma” borcudur⁹⁰. Soyut olarak tanımlanmış bir hakkın, bir kişi için talep edilebilir hale gelmesi için eylem ve işlemde dikkate alınması gereken bir ilke, karşılıklı hukuki ilişki içinde de yerine getirilmesi gereken bir edim olarak tanımlanmış olması gerektiğini bunun da karşı taraf için bir talep hakkını doğuracağını açıklamıştık. Bir başka deyişle, hak tanımının içinde yer alan, ‘hukuken himaye edilmiş bir menfaat’ten kast edilen, hukuken talep edilebilir bir içerik taşıması halidir. Bu nedenle, eşitlik kavramının hukuk uygulamasında somutlaşmış halleri, tüm düzenleme, eylem ve işlemlerde dikkate alınması gereken bir ilke ve hukuki ilişki içinde yerine getirilmesi gereken bir davranış yükümlülüğü bir edim olarak, eşit davranma borcudur. Eşit davranma yükümlülüğü, bir “yapma borcu”dur⁹¹. Kişi, hukuken tanımlanmış sınırlar içerisinde, eylem, işlem ve uygulamalarında, eşit davranmakla yükümlüdür.

Eşitlik ilkesi ve bunun özellikle özel hukuk ilişkilerindeki karşılığı olarak doktrinde farklı deyişlerle, eşit davranma/eşit işlem/eşit muamele borcu, özel hukuk ilişkilerinde kamu hukuku ilişkilerindeki katılıkla uygulanamasa da, ayırım yasakları mutlaktır ve eşit davranma borcu da, kamu hukuku kadar geniş olmamakla birlikte özel hukuk kişileri için de bağlayıcıdır. Haliyle, sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi bir takım temel anayasal haklar ile çelişmesine rağmen ve daha sınırlı olsa da; eşitlik ilkesi,

⁸⁹ İnceoğlu, *a.g.m.*, s.78.

⁹⁰ Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.755

⁹¹ Tuncay, aynı yer.

özel hukuk ilişkilerinde de borç yükler⁹². Eşit davranma borcu bakımından makul görülebilecek bu durum, ayırım yasakları söz konusu olduğunda eşitlik ilkesinin mutlak çerçevesi içinde değerlendirilmelidir ve ayrımcılık yasaklarının özellikle kişilik hallerine özgü durumları içinde özel hukuk kamu hukuku ayırımı olmadan makul istisnalar dışında mutlak şekilde uygulanmalıdır. Yukarıda belirtildiği şekilde, özel hukuk ilişkilerinde eşit davranma borcu oldukça dar bir alanda dikkate alınırken, iş hukuku açınsındansa, iş hukukunun, kendine özgü yapısı içinde ve işçinin korunması ilkesi ile birlikte, bir özel hukuk dalı olarak diğer özel hukuk dallarına göre daha geniş bir uygulama alanı bulur⁹³. Ayırım yasakları ve eşit davranma borcu, İş Kanunu'nda "eşit davranma ilkesi" olarak özel bir hükümle düzenlenmiştir.⁹⁴

Ayrımcılık, olumsuz bir anlam itibariyle tanımlanmakla, kendi başına bir durumun ortaya konması, bir davranışın adlandırılması halidir. Ayrıca bu kelime tek başına bir borca aykırılık durumunu ifade etmekten öte, kendi başına hukuken somut bir anlamı ancak, eylemin gerçekleştirilmesinin yasaklanması ile taşıyabilir. Bu haliyle, ayrımcılık davranışı, ancak yasaklanmakla hukuki bir ödeve ve/veya borca, bir edime karşılık gelir. Bu nedenle bir norm olarak ayrımcılık kendi başına değil, "yasak" olması ile birlikte bir anlam taşır. Buna bağlı olarak da ayrımcılık kavramının hukuki karşılığı aslında "ayrımcılık yasakları"dır. Bir başka deyişle, önemli olan, ayrımcılık davranışının gerçekleştikten sonra harekete geçilmesinden ziyade, hukuki bir öngörülebilirlikle kişilere önceden borcu yüklemektir. Ayrımcılık söz konusu olduğunda borç, bir genel olarak bir "yapmama"⁹⁵ borcuysa da, zaman zaman, bir "yapma" borcu olarak görülebileceği de ifade edilmektedir ve yapma/yapmama bakımından ayrımcılık yasağına aykırılık arasında bir fark olmamalıdır⁹⁶. Yani, kişilere ayrımcı davranılmamalıdır ve yapmama borçları "yasaklar" ile ifade edilir.

⁹² Ulucan, "Pozitif Ayrımcılık", s.377.

⁹³ Erol Akı, "İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları- İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu", **SİCİL**, Haziran 09, Y.4, S.14, s.137.

⁹⁴ Eşit davranma borcunun iş hukuku bakımından anlamı ve niteliği aşağıda detaylıca açıklanmıştır. §2, III/C,1.

⁹⁵ Tuncay, "İrk ve Etnik Köken", s.755.

⁹⁶ Doğan Yenisey, "Orantılılık İlkesi", s.983.

Ayrımcılığa ilişkin olarak tanımlanan pozitif kurallarda da bu durumu görmek mümkündür. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki aşamalarında, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcu kavramları sıklıkla tercih edilecektir.

B. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ/EŞİT DAVRANMA BORCU İLİŞKİSİ

Yukarıda ilgili parametreleri ile detaylıca ele alındığı gibi, ayrımcılık davranışının söz konusu olabilmesi için, ayrımcı davranışa maruz kalan kişinin objektif olarak bir kategorik gruba mensubiyeti gerektiği kabul edilmektedir. Kişinin öznel nitelikleri dolayısıyla farklı muameleye tabi olması halinde ise, bir ayrımcı davranıştan ziyade eşit davranma borcuna aykırılık oluşacaktır. Yani ayrımcılık yasakları, eşitlik ilkesinin/eşit davranma borcunun özel bir halini, yaptırım bakımından da ağırlaştırılmış bir şekliyi teşkil etmektedir.

Bu anlamda, eşit davranma borcuna aykırılık, *bir kimsenin, ayrımcılık olarak değerlendirilemeyen, kişinin kategorik mensubiyetinden değil, kişinin özne olarak sahip olduğu özellikler, pozisyon, karakter v.b. şeklinde, ayrımcılık yasaklarındaki gibi kategorize edilen bir mensubiyetiyle ilgisi olmadan dezavantajlı veya daha az avantajlı muamelelere maruz kalma hali* olarak tanımlanabilir. Yani, kategorik gruba mensubiyet (örneğin Hristiyan olma, Müslüman olma, Kadın olma gibi), bir nesnel özellik dikkate alınarak farklı muamele yapılması ayrımcılıkken, kategorik grup dikkate alınmadan farklı muamele, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder⁹⁷. Burada kişiye karşı ya bir önyargı, kalıp yargı vardır ama, bunlar nesnel olarak belirlenmiş bir grup ölçeğinden doğmamaktadır, ya da ortada bir kalıpyargı-ön yargı yoktur farklı muamele eden kişinin özel bir nedeni ile eşitliği bozucu davranışı vardır. Kişinin, herhangi bir bireysel/kişisel sebeple farklı uygulamaya, işleme, davranışa maruz kalması ayrımcılık olarak tanımlanmamaktadır⁹⁸. Eşit davranma borcuna aykırı davranan kişinin, elbette kendi zihinsel dünyasında ve hayat algısında belli özelliklere sahip bir kişinin, belli olumsuz

⁹⁷ Devrim Ulucan, *a.g.m.*, s.375.

⁹⁸ Allport, *a.g.e.*, s.87.

özelliklere sahip olduğuna dair bir önyargısı olabilir. Mesela X lisesine mensup herkesin mutlaka yabancı devlet ajanı olduğuna inanıyor olabilir. Bu nedenle X lisesine mensup kişilere farklı davranabilir. Bu durumda, mezuniyet bir kategorik grup olarak sayılmamıştır ama, kategorik gruplar sayıldıktan sonra “benzer sebepler” denildiği için, sınırlı sayıda olmayan bir kategorik grup olarak ele alınabilir⁹⁹. Burada altı çizilmesi gereken nokta şudur: Kategorik grup, tek tek sayılanlardan olmasa da, belli bir referans çerçevesine giren herkesin, ayrımcı davranacak kişinin zihinsel algısında belli bir olumsuz özellik atfedilebilir olmasıdır. Örneğin, bir kişi, İngilizce bilen herkesin vatan haini olduğuna inanıyor olabilir. Ya da, kişinin kendi ideolojik politik çizgisine göre, makro politik gelişmeler, dış politikadaki zaman zaman değişen ilişkiler dolayısıyla bir yargı gelişebilir. Mesela, İtalya ile yaşanan bir dış politika krizinde, İtalyanca bilen herkesi vatan haini diye kodlayabilir. Bu durumda, İtalyanca bilen kişinin farklı muameleye maruz kalması hali de kanaatimizce ayrımcılıktır. Çünkü kişi(fail), İtalyanca bilen bir başka kişiye(maruz kalan) de aynı şekilde davranacaktır. Davranışın ayrımcılık değil, eşit davranma borcuna aykırılık olması için, maruz kalan kişinin kategorik olarak pozisyonu değil, tamamen öznel bir sebebi olmalıdır.

Tüm bu kapsamda, Ayrımcılıkla, eşit davranma borcuna aykırılık arasındaki fark şudur: *Ayrımcılıkta bireyin öznel niteliği önem taşımaz. Bireyin toplumda işgal ettiği pozisyondan ziyade mensubu olduğu kategorik grubun veya failin bir kategorik grup yaratmasının önemi vardır*¹⁰⁰. Şöyle somutlaştırmak mümkündür: Mesela, ayrımcılık uygulayan kişi A ise, maruz kalan B ise; B’nin yerinde C’nin olması aynı gruba mensup olmaları, maruz kalacakları ayrımcılık davranışında değişiklik göstermez. Yani, örneğin A, Çerkezlere önyargılı yaklaşıyor ve onları güvenilmez bulduğu için işyerinde Çerkez kökenli çalışanları sürekli denetliyor, buna bağlı olarak da Çerkez

⁹⁹ Örneğin, cinsel yönelim madde metninde yer almamasına karşılık, Yargıtay, “Yasanın 5. maddesiyle 18. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır” demektedir. Yargıtay’ın, cinsel yönelimi “cinsel tercih” şeklinde ifade etmiş olmasının eleştiriye açık olduğunu da ekleyelim. Bkz. **Yarg. 9.H.D., E. 2015/23998 K. - 2018/21039 - T. 20.11.2018** (www.kazanci.com)

¹⁰⁰ Cinsiyet ayrımcılığının tespitinde kullanılacak bir yöntem olarak Amerikan hukukunda gelişen, ATAD kararlarında da benimsenen “but-for test” e dair açıklamalar için bkz.: Doğan Yenisey, “Orantılılık İlkesi”, s.991 v.d.

B'ye ayrımcılık yapıyorsa, B'nin yerine Çerkez C geldiğinde de derecesi farklı olsa da aynı veya benzer davranışlarını sürdürecektir. Bu ayrımcılıktır.

Eşit davranma borcuna aykırılıkta ise, bizzat öznenin, durumun, sürecin önemi vardır. Yani A kişisi, örneğin İK direktörü olsun. İşe de yabancı dil bilen, daha tecrübeli bir İK Uzmanı (B) alınmış olsun. Bu durumda, A kişisi, B'nin mensup olduğu grupta ilgilenmeksizin pozisyonuna tehdit oluşturduğunu düşünerek diğer kişilerden daha farklı davranıyorsa, eşit davranma borcuna aykırı davranıyor demektir. Örneğin kendisine tehdit görmediği C kişisine objektif gereklilikler olmadan 100 Performans puanı verirken, tehdit gördüğü B'ye 80 veriyorsa burada eşit davranma borcuna (İş Kanunu ifadesi ile 'Eşit Davranma İlkesi'ne) aykırılıktan bahsedilebilir.

Görüleceği gibi, ayrımcılık yasağına aykırı her davranış, eşit davranma borcuna da aykırılık oluştururken, her eşit davranma borcuna aykırılık, ayrımcılık yasakları kapsamında ele alınmamaktadır.¹⁰¹

İşyerinde psikolojik taciz üzerinden de bu husus örneklendirilebilir. Farklı davranışlar silsilesinde, sürecin toplamı işyerinde psikolojik taciz¹⁰² olarak kabul edilecek düzeye varmışsa, bunun içinde ayrıca eşitliğe aykırı bir durum var mıdır diye aramaya gerek yoktur; çünkü zaten işyerinde psikolojik tacizin ortaya çıkışında en az bir tane eşit davranma borcuna aykırılık vardır. Ancak, işyerinde psikolojik tacize maruz kalan kişinin, bu sürece maruz kalması nedeni kategorik olarak mensup olduğu grup dolayısıyla gerçekleşmişse, zaten ayrımcılığın bir aracı olarak kullanılmış demektir ve tespit edilmesi gerekir.

İşyerinde psikolojik taciz sürecinin, bir kategorik gruba mensubiyet dolayısıyla gerçekleşmesi halinde bu da zaten ayrımcılığın bir parçasını oluşturur. Örneğin İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, işyerlerinde psikolojik tacizi (kanundaki ifadesiyle işyerinde yıldırma) tek başına bir ayrımcılık hali olarak ele almaktadır. Ancak metodolojik olarak bu Kanunda da, işyerinde yıldırmanın ayrımcılık olarak kabul

¹⁰¹ Yıldız, "Ayrımcılık Yasağı" çalışmasının soru cevap kısmında benzer bir cevap vermektedir (Bkz., **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2010, s.329).

¹⁰² §3, III/B.

edilmesi için, Kanun'da tanımlanmış kategorik sebeplerden birisi dolayısıyla başlaması gereği bir ön kabuldür.

Bu noktada, ayrımcılık yasağının; eşitliğin gerçekleştirilmesi için en önemli araçlardan birisi olduğu kabul edilmektedir, ancak, eşitliğin sağlanması için ayrımcılık yasakları tek başına yeterli değildir ve bu nedenle eşit davranma borcunun da salt bir borç değil hukuki ilişkilerde ele alınacak temel bir ilke olarak kabulü gerekir¹⁰³. Ayrımcılık yasağının eşitliğin sağlanması için tek araç olarak kabul edilmesi salt şekli eşitliğe hizmet edecek ve bu da kendi başına eşitliği zedeleyici bir nitelik taşıyacaktır¹⁰⁴.

Tüm bunların toplamında, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, hukuki görünüş bakımından farklı edimler yükleseler de, hem temel haklılar hem de insan hak ve özgürlüklerinden yararlanmak ve bunları kullanmak için temel ilkelerdir.¹⁰⁵ Birinden birinin yokluğu diğerini anlamsız kılacak şekilde birbirine bağlı, (iki farklı süreci düzenliyor gözükse de aslında) birbirini içeren bütünün parçalarıdır.¹⁰⁶ Gülmez'in tanımıyla, "ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesi" bir insan hakkıdır.¹⁰⁷

¹⁰³ Sarper Süzek, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", **SİCİL**, Aralık 08, Y. 3, S.12, s.24,26.

¹⁰⁴ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.70; Doğan Yenisey, "Ayrımcılık Yasağı", s.72; Ulaş Karan, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve", **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s. 139; Göregenli, *a.g.m.*, s.18.

¹⁰⁵ Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s.61. Ayrıca, "eşitlik ile ayrımcılık yasağı ilkeleri arasındaki ilişki" bakımından doktrin görüşleri ve daha ayrıntılı bilgi için bkz. **a.e.**, s.61-65.

¹⁰⁶ Gülmez, "Aykırı Düşünceler", s.221.

¹⁰⁷ Gülmez, "Aykırı Düşünceler", s.222.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK YASAĞI İLE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. BİR KISIM ULUSLARASI BELGEDE İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK DÜZENLEMELERİ

A. KAPSAM

Uluslararası belgeler, çalışma kapsamında ve ayrımcılık bağlamında incelenirken, Türkiye'nin tarafı olduğu ve sözleşmesel olarak yükümlülük altına doğrudan girdiği sözleşmelerle sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle Avrupa Birliği Direktiflerine çalışmanın sınırlarını zorlayacağından ele alınmamıştır. Gerektiği ölçüde, direktifleri inceleyen çalışmalara atıfla yetinilmiştir¹⁰⁸.

B. EVRENSEL İNSAN HAKLARI BİLDİRİSİ

Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, 1948 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş, bütün insanlara yönelik olan ve insan haklarını tanıyan ve tanımlayan ilk uluslararası belgedir¹⁰⁹. İnsan haklarının, uluslararası düzeye taşınmasında en önemli ve temel belge olarak kabul edilmektedir.¹¹⁰

Bildirinin 2. Maddesinde, ırk, dil, din, cinsiyet, siyasal ya da diğer görüş, uyrukluk, ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statüye dayalı

¹⁰⁸ Avrupa Birliği'nde ayrımcılık yasağının uygulama alanı ve örnekler için bkz.: **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El kitabı**, s. 13 v.d., s.60 v.d, 145 v.d.. Bu konuda incelemeler için bkz.: Aydınöz, *a.g.m.*; Ensari, *a.g.e.*; Manav, “*AB Direktifleri Çerçevesinde*”.

¹⁰⁹ Senyen Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s.227.

¹¹⁰ Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yay., İstanbul 2003, s. 329.

ayrımcılık olmaksızın bildiride düzenlenen tüm haklara ve özgürlüklere herkesin sahip olacağı belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi, Bildiride eşitlik, bir statüye göre kategorik olarak temel insan haklarını korumaktadır. Buna bağlı olarak da bildiride tanımlanan haklardan, herkesin hukukun eşit korumasına sahip olacağı md.7’de ayrıca ifade edilmiştir. Bildiri, açıkça “ayrımcılık” ifadesini kullanarak, bildiride hakları ihlal eden herhangi bir ayrımcılığa yönelik olarak eşit korumaya sahip olacağı da belirtilmektedir.

12. maddede ise, herkesin özel yaşamının ve aile yaşamının keyfi müdahalelere karşı korunması gereği ifade edilmektedir. Bu yönüyle, işverenin kişisel gözetim ve denetim uygulamalarında ayrımcı davranamayacağı, kişinin özel hayatına keyfi müdahalede bulunamayacağı da uluslararası pozitif dayanaklardan birisine kavuşmaktadır. İş Hukuku bakımından aynı şekilde Bildirinin 20. Maddesi de önem taşımaktadır. Bu maddeye göre, herkesin örgütlenme özgürlüğü vardır. Haliyle, işçilerin de sendikalar veya başka meşru araçlar (dernek, sandık gibi) ile örgütlenme özgürlüğü bulunmaktadır. Bu maddeye karşılık, 23. Maddede de sendika kurma hakkı ayrıca düzenlenmiştir. 22. Maddede de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Görüldüğü gibi, hakların kategorik olarak ifade edilmesinde “herkes” ya da “hiç kimse” gibi, kolektif bir gönderme olması tüm insanları kapsadığının açık göstergesi olması¹¹¹ yanında yukarıda da belirtildiği şekilde, ayrımcılık konusunda ayrıca bir madde de düzenlenmiştir.

Bildirinin 23. Maddesinde, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarına sahip olma hakkı olduğu, herhangi bir ayrımcılık olmaksızın eşit ücrete hakkı olduğu açıkça düzenlenmiştir.

24. madde işin düzenlenmesi bakımından “herkesin” tatil, dinlenme ve boş zaman hakkına sahip olduğu, çalışma sürelerinin makul şekilde sınırlandırılmasından yararlanma hakkı olduğu; 25. Madde herkesin sosyal yardımlardan yararlanma ve sosyal güvenlik hakkının, analık, dulluk gibi çeşitli biçimlerinden yararlanma hakkı olduğu düzenlenmiştir.

¹¹¹ Gemalmaz, **a.g.e.**, 336, 337.

C. MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde tanınmış hakların bir kısmına bağlayıcılık getirmek ve buna bağlı olarak yaptırımlar ön görmek üzere, 1966'da Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi BM Genel Kurulu'na kabul edilmiştir.¹¹² Türkiye bu sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamış, 04.06.2003 tarihli 4868 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 2003/5851 Sayılı kararla da onaylamıştır.¹¹³

Sözleşmenin 2. Maddesine göre, taraf devletler, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeden, Sözleşme' de tanımlanan hakları sağlamak ve haklara saygı göstermekle yükümlüdür. Ayrıca bu çerçevede hakları ihlal edilen kişilere etkili ve işleyen bir hukuk mekanizması temin etmeyi üstlenmiştir.¹¹⁴

Sözleşmenin 3. Maddesine göre, Kadın ve Erkeklerin haklardan eşit olarak yararlanmalarını taraf devlet güvence altına almak zorundadırlar.

Md.17; Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne paralel şekilde özel yaşamın korunmasını, md.22 örgütlenme ve sendika kurma hakkını, md.26 eşitliği ve ayrımcılık yasağını düzenlemektedir.

D. KADINLARA KARŞI HER TÜRLÜ AYRIMCILIĞIN ÖNLENMESİ SÖZLEŞMESİ¹¹⁵ – CEDAW

CEDAW¹¹⁶, ekonomik, kültürel, siyasal ve sosyal haklar bakımından kadınlara hak ve fırsat eşitliği sağlanması amacıyla düzenlenmiş ve akdedilmiş bir BM

¹¹² Senyen-Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”, s.227.

¹¹³ R.G. 21.07.2003 – 25175.

¹¹⁴ Gemalmaz, a.g.e., s.345.

¹¹⁵ Tam metin için bkz.:

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf

sözleşmesidir. CEDAW’ın en önemli özelliklerinden birisi, sadece kanun önünde eşitliği değil, fiili eşitliği de öngörmesidir¹¹⁷. CEDAW, başlangıçta bir tavsiye niteliği taşıyan düzenlemelerden oluşurken, 1999 yılında yürürlüğe gire ek protokolü ile bir başvuru mekanizması da öngörmüştür. İç hukuk yollarını tüketmesine karşılık ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden kadının, iç hukuktan sonuç alamaması halinde Sözleşmeni ek protokolü kapsamında kurulan Komite mekanizmasına başvurmasının yolu da açılmıştır ve bu nedenle oldukça önemlidir¹¹⁸.

Sözleşmenin 1. Maddesine göre, insan haklarının ekonomik, sosyal, kültürel, siyasal, kişisel ve diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayandığı ifade edilmiştir. Anılan temellere dayanan insan haklarının, temel özgürlüklerin, medeni duruma bakılmaksızın kadınlara tanınmasını, bu haklardan kadınların yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme, hükümsüz kılma amaçlı ya da bu sonucu doğuran cinsiyetle ilgili herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama ise kadınlara karşı ayrımcılık olarak kabul edilmiştir. Buna göre CEDAW, getiriliş amacı itibariyle, normatif ve kategorik olarak, kadınlara karşı kadın olmaları dolayısıyla farklı muameleyi ayrımcılık olarak tanımlamaktadır¹¹⁹.

Sözleşmenin 2. Maddesi ise, ayrımcılığın engellenmesi ve eşitliğin sağlanması için sözleşmecı devletlerin yükümlülüklerini belirlemektedir. Bu kapsamda, taraf devletlerin “kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ile ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi

¹¹⁶ *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Türkiye Hukuku uygulamasında ve öğretisinde bu sözleşme, çoklukla İngilizce kısaltması ile anıldığı için, çalışma kapsamında da bu kısaltma tercih edilmiştir. Örneğin bkz.: **Yarg. 21. H.D.** 14.2.2017 T., 2016/6732 E. - 2017/996 K.; **Yarg. H.G.K.**, 28.9.2011 T., 2011/2-447 E. - 2011/556 K. -, **Yarg. 4. H.D.**, 23.1.2014 T., 2013/1506 E.- 2014/825 K.; **Yarg. 4. H.D.** 23.1.2013 T., 2012/1610 E.- 2013/806 K. -, **Yar. 1. C.D.**, T. 27.4.2010 2009/6525 E.- 2010/3023 K.; **Yarg. 8.H.D.** 26.4.2011 T., 2010/5168 E. - 2011/2501 K. (Kararların tamamı Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.6; Senyen-Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s.228; Gözde Kaya, *a.g.e.*, s.26; Şükran Ertürk/Demet Özdamar, “*Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık*”, **DEÜHFD**, C.11, Özel S.,2009, s.1172; Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.224.

¹¹⁷ Dinçkol, *a.g.m.*, s.109.

¹¹⁸ Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s. 114

¹¹⁹ Gülriz Uygur, “*İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Temel Yaklaşımı*”, **Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri**, Der.: Betül Yazar, İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2015, s.197.

kabul” ettikleri belirtildikten sonra, yükümlölüklerel ilifkin taahhütler sayılmıştır. Bu taahhütlere göre ayrımcılığın engellenmesi için koruyucu mevzuat düzenlemelerinin yapılması, kadınlara karşı ayrımcılık anlamına gelen mevzuat düzenlemelerinin yürürlükten kaldırılması, devlet ve devlet dışı kişi ve kuruluşların ayrımcılık yapmasının engellenmesi ve bunun için gerekli tedbirlerin alınması düzenlenmiştir.

11. madde, Çalışma Hakkı’nı düzenlemektedir. Buna göre, taraf devletler istihdam alanında kadınlar ve erkeklerin eşitliğini sağlamakla yükümlüdür. İstihdam konularında seçim yapılırken aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı, mesleği serbestçe seçme, meslekte ilerleme, iş güvenliğine sahip olma, hizmet karşılığı imkanlardan yararlanma, çıraklık, ileri düzeyde mesleki eğitim alma hakları güvence altına alınmıştır.

Sözleşmenin 11/I-d maddesi, eşit değerde işe eşit ücret ve eşit muamele hakkını düzenlemektedir. Sözleşmenin 16/I-g maddesi, serbestçe iş ve meslek seçimi hakkını düzenlemektedir. Aynı şekilde 11/I-e, sosyal güvenlik haklarından da erkeklerle kadınların eşit koşullarda yararlanma hakkının sağlanması için devletlere bir yükümlölük getirmektedir. 11. Maddenin ikinci fıkrası ise, annelik, gebelik halleri için özel koruma yükümlölüğünün yanı sıra, ev içi emek bakımından kadın ve erkeklerin eşit sorumluluk alması için gerekli sosyal hizmetlerin sunulması konusunda devletlerin teşvik edici olması gereği belirtilmiştir.

Üçüncü fıkra, çalışma hakkı kapsamındaki bu yükümlölüklerin statik olmadığını, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin takip edilerek dinamik bir şekilde uygulanması gerektiğini, gerek görülen durumlarda değıştirilmesini, genişletilmesini, geliştirilmesini veya kaldırılmasını bunun için periyodik gözden geçirme işlemlerinin yapılması gerektiğini belirtmektedir.

3. Madde daha ziyade, pozitif ayrımcılık olarak kabul edilebilecek siyasal, ekonomik ve kültürel tedbirlerin alınması gereğini düzenlemektedir. Buna göre, kadınların gelişimlerini sağlayacak, erkeklerle eşitlik temelinde hakları kullanabilecekleri bir ortamın sağlanması için devletlerin önlem alması gerektiği ifade edilmektedir.

Yine 4. Madde, kadınların görelî eşitsizlik durumunu ortadan kaldırmak için alınacak önlemlerin ayrımcılık anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Dikkat çeken nokta, sözleşmenin başlangıç kısmında belirtildiği gibi kadın ve erkeklerin nihai eşitliği sağlanıncaya kadar bu önlemlerin alınması gerekliliği ve geçici olmasıdır. Zaten madde başlığı, “Geçici Özel Tedbirler”dir. Eşitlik sağlandıktan sonra bu uygulamaya son verileceği maddede belirtilmiş, ikinci fıkrada anneliği koruyucu önlemlerin ayrımcılık oluşturmıyacağı özel olarak vurgulanmıştır.

5. maddede ise, önyargıların ve geleneklerin, ayrımcılığın bir kaynağı olduğunu kabulden hareketle, devletlere bunları değiştirmek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir.

7. ve 8. Maddeler aktif statü haklarını tanımlarken, 9. Madde vatandaşlık konusunda ayrımcılık yapılamayacağını, 10. Madde eğitim hakkını düzenlemektedir.

12. madde sağlık hakkını, 13. Madde ekonomik ve sosyal hakları, 14. Madde kırsal alanlardaki kadınların haklarını, 15. Madde hukuk önünde eşitlik hakkını, 16. Madde evlenme ve aile içindeki hakları düzenlemektedir. Devamı maddeler ise sözleşmenin uygulanmasına, yorumuna ilişkin hükümlerle izleme komitesinin kurulması konusundaki hükümleri içermektedir.

23. Maddeye göre, ulusal mevzuat veya sözleşmeci devletin taraf olduğu başka bir sözleşmede, kadınlar için daha lehe hükümler varsa, CEDAW’ın bu lehe hükümleri kısıtlayıcı şekilde uygulanamayacağını düzenlerken, 24. Madde, taraf devletlerin iç hukukta gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduklarına dair taahhütlerini düzenlemektedir.

E. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ

İstanbul Sözleşmesi, yani resmi adıyla “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi”¹²⁰,

¹²⁰ Sözleşmenin tam metni için: <https://rm.coe.int/1680462545> ve sözleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için: Seher Kırbaş Canikoğlu, “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve

kadına yönelik şiddetin engellenmesi amacıyla Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılan ve İstanbul'da imzalandığı için İstanbul Sözleşmesi adıyla anılan uygulamada da sıklıkla referans verilen oldukça önemli bir sözleşmedir. Kadına karşı ayrımcılık ve kadınların maruz kaldığı şiddetle mücadele için oldukça detaylı hükümler içermekte ve devletlere pozitif/negatif yükümlülükler getirmektedir.

Sözleşmeye göre kadın ve erkek arasındaki fiili eşitlik, öncelikli olarak kadına karşı şiddetin¹²¹ engellenmesi ile mümkün olacaktır.¹²²

Sözleşmenin amaçlarının düzenlendiği 1. maddede, sözleşmeciler taraflara, kadınlara karşı şiddetin önlenmesi ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması için yükümlülükler getirilmektedir. Sözleşmenin kapsamı bakımından (md.2), “aile içi şiddet de dahil” denilerek (md.2/1), asıl olarak aile için ya da dışı ayırım yapılmaksızın kadınlara karşı her türlü şiddetin engellenmesi, aile şiddetinin de bundan azade olamayacağı belirtilmektedir. Ayrıca, sözleşmenin silahlı çatışma durumlarında da geçerli olacağı (md.2/3) ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin de mücadele alanı olduğu ifade edilmiştir (md.2/2). Bunların yanı sıra, kadın tanımından, 18 yaşından küçüklerin de anlaşılacağı belirtilmiştir (md.3/f).

Sözleşmeye göre, kadına yönelik şiddet, başlı başına bir ayrımcılık ve insan hakkı ihlalidir (md.3/a). Sözleşmede toplumsal cinsiyet de, “herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler” şeklinde tanımlanmıştır (md.3/c).

Ayrıca bir ayrımcılık tanımı sözleşmede yapılmamıştır ancak, Sözleşme hükümlerinin, “cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal,

Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun), Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, s.355-378; Kadriye Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, s.133-204.

¹²¹ Kadına karşı ayrımcılıkla ilgili uluslararası standartların genel bir dökümü için bkz. Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, s.134, dnt.4’de sayılan belgeler.

¹²² Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, s.133; Ayrıca fiili ve hukuki eşitlik için bkz. Kadriye Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**.

göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın” uygulanacağı belirtilerek dolaylı bir tanımlama getirilmektedir (md.4/3). Sözleşmenin devamında da, kadınlara karşı şiddetin ve ayrımcılığın önlenmesi için devletlere ve devletlerin oluşturacağı düzenlemelerle sosyal taraflara getirilecek yükümlülükler detaylı şekilde ele alınmaktadır.

F. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye’nin taraf bir sözleşme olup, etkisi iç hukukta en ağırlıklı hissedilen uluslararası bir metindir.¹²³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. Maddesi, ‘Ayrımcılık Yasağı’na doğrudan yer vermektedir. Maddeye göre, Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerden yararlanmada hiçbir ayrımcılık yapılmamasını sağlama yükümlülüğünü yüksek sözleşmeciler taraflara yüklenmektedir.

AİHS’in genel sistematığı de, 14. Maddedeki doğrudan düzenleme olmasaydı dahi, maddelerin ifade ediş biçimi ve sözleşmenin toplam ruhu dikkate alındığında da ayrımcılığın yasaklandığını göstermektedir. Maddelerin (12. Maddedeki ‘evlenme çağındaki her erkek ve kadın’ ifadesi hariç) hepsi, “herkes...” veya “hiç kimse” şeklinde formüle edilmiş olup, tanımlanan hak her ne ise herkesin bu haktan yararlanacağını veya hiç kimsenin öyle bir muameleye tabi tutulamayacağını belirtmektedir. AİHS md.14 hükmü, kural olarak tek başına uygulanabilir bir hüküm ve hak olarak kabul edilmemekte, sözleşmede tanımlanmış diğer hakların kullanımında dolaylı ve bağlı bir madde olarak ele alınmamaktadır ve AİHM kararları da çoğunlukla böyledir. Maddenin, tek başına koruma mekanizması yaratması istisnai olarak kabul

¹²³ Aslında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, uluslararası değil ulusalüstü bir sözleşmedir. Ancak, çalışmanın sınırlarını zorlayacağı için uluslararası-ulusalüstü kavramlarının ayrımlarına ve detaylarına girilmemiş, terim birliğini sağlamak bakımından uluslararası kavramı toplamda tercih edilmiştir. Ulusalüstü hukuk ile anlaşılması gereken birden fazla devletin taraf olduğu düzenlemelerden kaynağını alan, bu devletlerin iç hukukundan daha üstün ve devletlerin kişiliğinin ötesinde bir mekanizma ile uygulanma imkanı bulunan hukuk olarak tanımlanabilir. Bkz. Karan, **Eşitlik İlkesi**, s. 16, dnt. 60.

edilmiştir.¹²⁴ Ancak, AİHS ile teminat altına alınmış, ayrımcılık yasağının bağlantılı olduğu bir başka hakkın mutlaka ihlal edilmiş olma koşulu da aranmamaktadır. Başvuru konusu tasarruf, AİHS’deki teminat altına alınmış hak ve özgürlüklerle uyumlu olsa bile, ayrımcılık konusu tartışılabilir olduğu sürece başvuruya konu edilebilir yani, 14. Maddenin, diğer hükümlerden biriyle bağlantılı şekilde ihlal edildiğine dair ihtimal yeterlidir. Tam bu noktada, AİHS’e Ek 12 No.lu Protokol¹²⁵’den söz edilmelidir. Bu protokole göre, yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve bu şekilde asgari bir eşitlik anlayışı getirilmesi amaçlanmıştır¹²⁶. Ancak, Protokol 18 Nisan 2001 tarihinde imzalanmasına, 1 Nisan 2005’de yürürlüğe girmesine karşılık henüz onaylanmamıştır¹²⁷. 1 madde, AİHS md.14’den bir adım ileri geçerek sadece sözleşmede tanımlanan haklardan değil hukuken temin edilmiş tüm haklardan söz etmektedir.

Yukarıda açıklandığı şekilde (hemen her maddenin “herkes” veya “hiç kimse” şeklinde) ifade ediliş biçimi ile birlikte, ülke yetkisi içindeki yabancıların da salt yabancılik statüsü dolayısıyla farklı bir muameleye tabi tutulamayacakları ayrıca belirtilmiştir (md.16). Haliyle, maddelerin ifade ediliş biçimleri ile birlikte, ayrımcılık yasağı bir bütün halinde, AİHS’in amacına ve ruhuna uygun bir eşitlikçi mekanizma yaratma amacı taşımaktadır.

Aynı şekilde hakkın sınırlandırılmasına ilişkin hükümler de, aynı durumda olanlara karşı, meşru bir sebep olmadıkça farklı uygulanamayacağı şeklinde formüle edilmekte, haklar sınırlandırılırken ayrımcı davranılamayacağı da 14. Madde ile Sözleşmenin koruması altına ayrıca alınmaktadır.

¹²⁴ Gilles Duterte, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, çev. yok, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2007, s. 415. Ayrıca, *aynı eser*, s.416’dan atıfla, AİHM’in 28.11.1984 tarihli **Rasmussen vs. Danimarka** kararında “14. Madde, Sözleşme’nin ve Protokoller’in diğer hükümlerini tamamlayıcı niteliktedir. Yalnızca bu hükümde teminat altına alınan ‘hak ve özgürlüklerden yararlanma’ bağlamında yürürlüğe girdiğinden, bağımsız bir uygulama alanı yoktur. [...] davaya ilişkin olgular diğer hükümlerden en az birinin kapsamına dahil olmadığı sürece uygulanmaz” denilmiştir. Aynı yönde, **Petrovic vs. Avusturya**, 27.03.1998, Başvuru No.20458/92 (*Aynı yer, ayrıca bkz. s.417,418*).

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Arslan, **a.g.e.s.**11-17.

¹²⁶ Arslan, **a.g.e.**, s.13.

¹²⁷ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/62-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-12-numaral-protokol/>, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/ak.html> (e.t.:13.05.2019)

AİHS Sistematiği içinde ayrımcılık yasağı kategorik olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, “başka herhangi bir duruma dayalı” olarak da ayrımcılık uygulanmayacağı ifadesi ile, bu kategorilerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda içeriğin, sözleşmenin uygulanmasından sorumlu Mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından doldurulacağı açıktır. Nitekim AİHM, ayrımcılığı kategorilerin dışında genel ifadelerle geniş tanımlamakta, bir kimsenin ya da grubun makul bir gereklilik olmadan diğerine göre daha az lehte muamele görmesi olarak da ifade etmektedir¹²⁸. Bir başka ifadeyle, bir farklı muamele, makul ve nesnel nedenlere dayanıyor ve meşru bir amaç taşıyorsa, ayrımcılık oluşturmaz¹²⁹.

G. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ (ILO) BELGELERİ

Uluslararası Çalışma Örgütü¹³⁰ (International Labour Organization-ILO), 1919 Versay Barış Anlaşması ile Milletler Cemiyeti’nin bir organı olarak kurulmuş, 1946 yılında, Milletler Cemiyeti’nin devamı olan Birleşmiş Milletler’in özel uzmanlık kuruluşuna dönüşmüş ve günümüze kadar faaliyetine devam etmiş bir uluslararası organizasyondur.¹³¹ ILO, henüz kuruluş aşamasında kadın ve erkek işçiler arasında ayırım yapılmaması, yabancı işçilere adil davranılması gerektiğine dair temel ilkeler getirmiştir¹³². Devam eden süreçte de, ayrımcılıkla mücadele ve eşit davranma yükümlülüklerini içeren sözleşmeler yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmelere çalışmanın kapsamı ile ilgili oldukları ölçüde aşağıda değinilmektedir.

¹²⁸ Sevi Bakım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Aihm) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22 / 3: Cevdet Yavuz’a Armağan, Aralık 2016, s.3196.

¹²⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.74; Duterte, **a.g.e.**, 418-420 ile 425-427’de sayılan kararlar.

¹³⁰ Çalışma biçimi ve organları için bkz.: https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412382/lang--tr/index.htm.

¹³¹ Ayrıntılı tarihçe için bkz. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-en/index.htm>

¹³² Mukbil Özyörük, **Hukuka Giriş**, Ege Matbaası, Ankara 1959, s. 112. Ayrıca bkz. ILO Anayasası.

100 No.lu Eşit Ücret Sözleşmesi

Türkiye'nin onayladığı ILO sözleşmelerinden¹³³ 100 No.'lu Eşit Ücret Sözleşmesi, ILO tarafından 1951 yılında kabul edilmiş, sözleşme Türkiye bakımından 1967'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye göre, 'Eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği' deyimi, "*cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tesbit edilmiş bulunan ücret hadlerini ifade eder*" (md.1).

Sözleşmeye göre, devletlere, eşit değerde iş için eşit ücret prensibini teşvik etmek ve mümkün ölçüde milli mevzuatla, mevzuata göre kurulmuş bir ücret tespit düzenine göre, işverenle işçiler arasındaki toplu pazarlıklar veya bunlara benzer usullerin birleşimi yoluyla uygulanmasını, işlerin objektif şekilde değerlendirilmesini, değerlendirme neticesinde işler arasında farklılıklar varsa bile, yapılan işe karşılık gelen ücretlerin, kadın erkek ayrımı yapılmadan tespitini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir (md.2). Objektif şekilde yapılacak iş değerlendirmesi sonucunda ücret hadleri arasında farklılık oluşursa bu eşit ücret prensibine aykırı sayılmaz ancak, iş değerlemesi sonucuna göre aynı veya eşit değerde işi yapan erkek ve kadın işçiler arasında ayırım yapılmamalıdır.

AY md.10 ve İş K. md.5 hükmünün sözleşmeye paralel düzenlemeler getirdiğini söylemek mümkündür.

105 No.lu Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi

Türkiye'nin onayladığı sözleşmelerden 105 No.lu sözleşme, ILO tarafından 1957'de kabul edilmiş, Türkiye'de 1961'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye göre, sözleşmeyi onayan her devlet, siyasi zorlama amacıyla, belli siyasi fikirlere sahip olan veya bunları açıklayan kişilere veya siyasi, ekonomik, toplumsal düzene aykırı ideolojilere sahip kişilere karşı, greve katılan işçilere karşı bir ceza tedbiri olarak, ırk, toplumsal, milli veya dini bir ayırım aracı olarak hiç kimsenin cebri veya mecburi çalıştırmaya başvurmamayı taahhüt etmektedir (md.1, 2).

¹³³ Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmelerinin tamamı için bkz.: <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>

111 No.lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi

Türkiye'nin onayladığı 111 No.lu Sözleşme, ILO tarafından 1958 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye'de 1967'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1. Maddesine göre “ayırım” deyimi,

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

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

ifade eder. Aynı maddeye göre, iş icabı yapılan farklı bir muamele veya üstün tutma ayırım sayılmaz.

Sözleşme, onaylayan devletlere, sözleşmede belirlenen anlamda ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacıyla, iş veya meslek edinmede, edinilmiş iş veya meslekte bağlı kalınacak eylem ve işlemlerde eşitliği geliştirmeyi hedefleyen bir ulusal politika belirleme yükümlülüğü getirmiş(md.2), bahsi geçen politikanın kabulü için sosyal taraflarla işbirliği geliştirmeyi, gerekli eğitim ve programları teşviki, politika ile bağdaşmayan mevzuatın ilgasını ve idari uygulama ve talimatları değiştirmeyi, mesleğe yöneltme, eğitim, işçi bulma hizmetlerinde ulusal bir makamın idaresini temin etmeyi, uygulanacak politika ve tedbirler ile bunların sonuçlarını ILO'ya iletmeyi yükümlülük altına almıştır (md. 3)

Maddeye göre, pozitif ayrımcılık anlamında alınacak tedbirler ayrımcılık sayılmayacaktır (md.5). Md.4 hakkın sınırlanma sebebini belirtir ve yetkili makama başvuru imkanı sunulduğu ölçüde sınırlamanın ayırım teşkil etmeyeceği aynı maddede ifade edilmiştir.

AY md.10 ve İş K. md.5 hükmünün sözleşmeye paralel düzenlemeler getirdiğini söylemek mümkündür.

135 No.lu İşçi Temsilcileri Sözleşmesi

Türkiye'nin onayladığı 135 No.lu sözleşme¹³⁴, ILO tarafından 1971'de kabul edilmiş, Türkiye'de 1993'de yürürlüğe girmiştir.

135 No.lu Sözleşme, işçilerin, işçi temsilcisi sıfatına veya sendika üyesi olmalarından, sendikal faaliyete katılmalarından dolayı işçi temsilcilerinin işten çıkarma dahil her türlü olumsuz davranışa ve işleme karşı etkili bir korumadan yararlanacaklarını düzenlemektedir (md.1).

Sözleşmeye göre, işçi temsilcilerinin işletme faaliyetlerini engellemeden görevlerini etkili biçimde yapmalarını sağlayacak kolaylıkların sağlanması gerekir (md.2).

Sözleşmeye ile, Türkiye hukuku bakımından sendikal güvencenin bir boyutu oluşmaktadır. Bu haliyle de, sendikal ayrımcılık yasağı, uluslararası güvenceye de kavuşmuş olmaktadır.

158 No.lu Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi

Sözleşmeye göre(md.4) geçerli bir neden olmadan işçinin hizmet ilişkisine son verilemez.

Md.5, ayrımcılık teşkil edecek nitelikteki durumların, sınırlı sayı prensibi ile belirtilerek hizmet ilişkisine son vermede geçerli neden teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Maddeye göre,

Özellikle aşağıdaki hususlar son verme için geçerli bir neden teşkil etmezler:

¹³⁴ Bu sözleşme, 87 No.lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi (ILO Kabul T.:1948, Türkiye'de yürürlük T.:1993) ve 98 No.lu Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi ile birlikte değerlendirilmelidir (ILO Kabul T.: 1949, Türkiye'de yürürlük T.:1952).

Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma,

İşçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak,

İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak,

İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken,

Doğum izni esnasında işe gelmeme

işten çıkarma için geçerli neden değildir. Md. 6 bu hallere ayrıca, “hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlık” halini de, hizmet ilişkisine son vermede geçerli neden olamayacağını belirtmektedir.

AY md.10 ve İş K. md.5 ile md.18, md.74 ve sendikal güvence hükümlerinin sözleşmeye paralel düzenlemeler getirdiğini söylemek mümkündür¹³⁵.

II. ULUSLARARASI BELGELERİN İÇ HUKUKTA DOĞRUDAN İŞLERLİĞİ

Bir devletin, taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukukta ne şekilde yer alacağı, iç hukukta normlar hiyerarşisine göre hangi kıstaslar dahilinde uygulamaya geçeceği konusu genellikle anayasa düzeyinde belirlenmektedir.¹³⁶

AY md.90 hükmüne göre de, önce uluslararası anlaşmaların kabulü ve yürürlüğü usulü açıklandıktan sonra 5. Fıkra¹³⁷, usulünce yürürlüğe konmuş

¹³⁵ İş güvencesi hükümleri ile ayrımcılık tazminatının iki farklı maddede düzenlenmiş olması dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel uygulama sorunları için bkz.: Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s.252.

¹³⁶ Olgun Akbulut, “AİHS ile AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, Edt. Ali Güzel/D. Ugan Çatalkaya/Hande Heper, Seçkin Yay., Ankara 2015, s. 21; Anayasa Mahkemesi’nin, anılan hükmü uygulamada ayrımcılık yasakları bakımından dar yorumladığına ve iç hukuka göre hareket ettiğine dair bir kısım eleştiri için bkz.: Gülmez, “Aykırı Düşünceler”, s.259-261.

¹³⁷ Hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiğine dair tarihsel perspektife de değinen daha geniş kapsamlı bilgi için bkz. Akbulut, *a.g.m.*, s.22 v.d.

uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanların ise, kanunlarla çelişmesi durumunda anlaşmaya üstünlük tanınacağını belirtilmektedir.¹³⁸

Anayasanın bu açık hükmüne karşılık olarak, Türkiye mahkemelerinin, hükmü çekingen yorumladıklarını, örneğin sendika özgürlüğünden bahsedilen bir sözleşmede eğer grev/lokavt hakkında düzenleme yoksa, bu sözleşmeye dayanarak grev ve lokavttan kamu görevlilerinin yararlanamayacağını, bir başka kararında, toplu gösterinin barışçıl olması durumunda uluslararası anlaşmalar dikkate alınabilecek olsa da siyasi grev niteliğindeki eylemlerin hukuka uygun kabul edilmeyeceğine dair kararlar da mevcuttur.¹³⁹

¹³⁸ Bu kapsamda, iş hukukuna ve konuya dair yüksek mahkemelerce alınmış şu karar örnekleri verilebilir: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca, İş Kanununa göre iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin, sözleşmenin feshinde sendikal güvenceden de yararlanamayacaklarına dair hükmün yerine, uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulamak suretiyle, iş güvencesinden yararlanamayan işçinin de, sendikal güvenceden yararlanabileceği hakkında bkz.: **Yarg. 9. H.D.** 25.3.2014 T. – 2013/13993 E – 2014/10049 K. AY. Md.90 Uyarınca, Uluslararası sözleşmelerin kanun hükümlerinden önce uygulanması gerektiğini ancak; sözleşmelerdeki istisna hükümleri kapsamında silahlı kuvvetler ve emniyet mensuplarının sendika kuramayacağı; emniyet mensuplarının kurduğu sendikanın yok hükmünde olduğu hakkında bkz. **Yarg. 22. H.D.** 6.6.2016 T., E. 2016/12861 - K. 2016/16434; AY. Md.90 uyarınca, aynı konuda iki farklı kanun farklı hükümler içermesi durumunda ilgili uluslararası sözleşmelerin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. **Yarg. 9. H.D.** 4.2.2013 T., 2012/277 E. - 2013/4106 K.; Davacının üyesi bulunduğu sendikanın almış olduğu karar uyarınca gerçekleşen iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekeceğinden, davacıya yönetmelik uyarınca disiplin cezası verilmesinin hukuka uygun olmadığı AY md.90 uyarınca uluslararası sözleşmelerin kanunlardan önce uygulanacağı hakkında bkz.: **Danş. 12. D.** T. 16.2.2016; E. 2012/11200 - K. 2016/698; Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmelerde, kişilerin özel hayatı de aile hayatının ve kişisel verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi gerektiği ve bu gizliliğe müdahale edilemeyeceği bu nedenle parmak izi ile mesai takip işleminin hukuka aykırı olduğu hakkında bkz.: **Danş. İDDGK** E. 2014/2242 - K. 2015/4991, T. 9.12.2015; AİHM'in Dudgeon - Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No: 7525/76 - Karar Tarihi: 22.10.1981) Smith ve Grady - Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:33985/96, Karar Tarihi:27.9.1999), Lustig/Prean ve Beckett - Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:31417/96 - Karar Tarihi: 27.9.1999), Perkins ve R. - Birleşik Krallık Kararı (Başvuru No:43208/98 - Karar Tarihi: 22.10.2002), Beck, Copp ve Bazeley - Birleşik Krallık (Başvuru No:48535/99 - Karar Tarihi: 22.10.2002) kararlarına atıfla davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisinde yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit veya tanık bulunmadığı, AY md. 90 uyarınca AİHS md.8'in öncelikli uygulanması gerektiği, aynı şekilde taraf olduğumuz sözleşmeler ile yetkisini tanıdığımız mahkemelerin kararlarının iç hukuk bakımından da etkisi olduğu, bu nedenle özel alanda eşcinsel ilişkinin öğretmenlik mesleğinden çıkarılmayı gerektirmeyeceği hakkında bkz.: **Danş. 12. D.** E. 2011/750 - K. 2014/7169, T. 7.11.2014. Buna karşılık, burada zikredilmemiş çelişen iki Yargıtay kararına ilişkin eleştiri ve incelemeler için bkz.: Mesut Gülmez, "Ulusüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri", **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s. 13-55.

¹³⁹ AY md. 90 hükmünün iş hukuku bakımından iç hukuktaki etkisine dair Yargıtay kararlarının incelendiği ayrıntılı bir çalışma için bkz. Öner Eyrenci, "İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk –

Ayrımcılığa uğramama ve eşit davranılmayı talep etme haklarının temel insan hakkı olduğu dikkate alındığında, bu konulardaki veya hakları içeren uluslararası belgeler iç hukukumuzda, kanunların önünde değerlendirilmelidir. Haliyle, ayrımcılık yasaklarının ve eşit davranma borcunun hukuki dayanakları arasında uluslararası belgeler de yer almaktadır¹⁴⁰.

Son olarak eklenmelidir ki, temel haklar ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerde, kanunlar ile uluslararası sözleşmelerin çeliştiği durumlarda, uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınacağına dair hüküm, doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirinin temelinde de, hangi tür sözleşmelerin ve haklar kategorilerinin temel haklar olarak tanımlanmamış olmasının uygulamada sorun yaratacağı, ikinci olarak ise, kanun hükümlerinin uluslararası sözleşmelerden daha lehe hükümler içerdiği durumlarda sözleşmeye üstünlük tanınmasının hükmün amacına uygun olmayacağı ancak buna karşılık sözleşmeye mutlaka üstünlük tanınmış olmasının doğru olmadığı yatmaktadır.¹⁴¹

Ulusal Hukuk İlişkisi Ve Yargı Kararları", **İÜHFİM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s. 381-396 ayrıca bkz.: Mesut Gülmez, "*Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?*", **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, S.38, s. 137-169.

¹⁴⁰ Hatta, Yargıtay bir kararında (**Yarg. 7. H.D.** E. 2014/7358 - K. 2014/13055, T. 11.6.2014), Avrupa Sosyal Şartı'nın karar tarihi itibarıyla onaylanmamış olmasının, şarta bağlı olmama sonucuna yol açmayacağı, temel demokratik bir normun anayasanın diğer hükümleri ile birlikte AY Md. 90 kapsamında değerlendirilmesi gerekeceğine karar vermiştir. Buna göre, Avrupa Sosyal Şartı Sözleşmesinin 6/4 maddeleri de nazara alındığında telafisi imkansız zarar meydana getirmeyecek şekilde toplu eylemde bulunmanın işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği, 6.maddenin Türkiye tarafından onaylanmaması, sosyal şartla bağlı olmama sonucunu doğurmayacağı, AY md.54'deki yasakların kalkması ve AY md.90 hükmü uyarınca uluslararası normlar uyarınca demokratik bir hakkın kullanımının söz konusu olduğu veya demokratik bir hakkın kullanımı niteliğinde sayılmasının uygun olacağı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır..

¹⁴¹ Derya Belgin, "*Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri*", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.66 S. 4, Güz 2008, s. 112-113.

III. TÜRKİYE HUKUKUNA GÖRE İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK VE EŞİT DAVRANMA BORCU

A. GENEL OLARAK

Ayrımcılık yasakları ile eşit davranma borcu, birbirinden ayrılamaz bir bütünün parçaları olsalar da, uygulamalar itibariyle her zaman aynı anlamı taşımamaktadır. Ayrımcılık yasakları, kategorik olarak belli bir gruba mensubiyet dolayısıyla farklı uygulamalara karşı korunmayı sağlarken, işverenin eşit işlem borcu, yani işçinin eşit muameleye tabi tutulma hakkı, herhangi kategorik bir gruba aidiyet söz konusu olmasa dahi, aynı durumda olan işçilere aynı, farklı durumda olanlara farklı uygulamayı gerektirir.¹⁴² Halin icabına göre, farklı durumda olanlara aynı şekilde muamele etmek de, eşit davranma borcunun ihlalinin oluşturabilir.

İşyerinde ayrımcılık, işyeri olarak tanımlanan bir referans çerçevesi ve örgüt¹⁴³ yapısı içinde yer alan bir kişinin (diğer işçi, işveren vekili veya bizzat işveren) veya üçüncü kişilerin, bir başka kişiye (işçiye) mensubu olduğu kategorik grup üyesi olması dolayısıyla, kötü muamele etmesi veya olumsuz uygulamada bulunması ya da daha az avantajlı muamele etmesidir.

B. HUKUKİ DAYANAKLAR

Eşitlik ilkesi, iç hukukta temel dayanağını Anayasa md.10 hükmünden almaktadır¹⁴⁴. Doktrinde 1475 Sayılı İş Kanunu ve 1961 Anayasası dönemlerinde de

¹⁴² Süzek, “Eşit Davranma”, s. 27, Esener, ayrımcılığı, belli bir özellik atfedilerek gerçekleşen eşitsizlik, meşru olmayan eşitsizlik olarak adlandırmış ve bunun haksız olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1978, s.175,176.

¹⁴³ Bir işletme, yönetim ve organizasyon, çalışma ekonomisi, çalışma psikolojisi kavramı olarak örgütün iş hukukundaki işletmeye karşılık geldiği söylenebilir.

¹⁴⁴ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. B., Beta Yay., İstanbul 2019, s.414; Can Tuncay, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İst Barosu Yay., İstanbul 2007, s. 20,21; Süzek, “Eşit Davranma”, s.24, 25; Devrim Ulucan, *a.g.m.*, s.371,373; Berki, *a.g.m.*, s. 34; Kandemir/ Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s. 6; Gülmez, dayanağı anayasal olarak almasının yanı sıra, hükmü “ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi olarak tanımlamaktadır: “Aykırı Düşünceler”, s. 233. Ayrıca Gülmez, aynı makalesinde,

kaynağın temelde Anayasadaki eşitlik ilkesinden alındığı ifade edilmiştir.¹⁴⁵ 1982 Anayasası'nda eşitlik ilkesi ile ilgili olarak dört temel içerik bulunmaktadır: 1-Kanun önünde eşitlik, 2-Anayasa'da sayılmış kategorik gruplar ve benzerleri nedeniyle ayırım yasağı, 3-imtiyaz yasağı ve 4-temel hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanma hakkı¹⁴⁶. Anayasada da ifadesini bulan eşitlik ilkesinin, işverenler bakımından da, yani işyerlerinde de bir borç haline gelmesini sağlayan ise AY md.11 hükmüdür. Buna göre, anayasal hükümler gerçek ve tüzel tüm kişileri bağlayıcı niteliktedir. Aynı zamanda, hakkaniyet ilkesi¹⁴⁷, işverenin işçiyi gözetme borcu, adalet ilkesi¹⁴⁸ ve dürüstlük kuralı¹⁴⁹ da, işyerlerinde ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcunun dayanaklarını oluşturur.

Yine, yukarıda daha etraflıca incelendiği gibi, uluslararası kaynaklar da, Anayasanın 90. Madde hükmü uyarınca, ayrımcılık yasaklarının ve eşit davranma borcunun hukuki kaynağını oluşturmaktadır.¹⁵⁰

AY md.10'da sayılan kategorik grupların sınırlı sayıda olmadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak, toplumsal normlar, toplumsal cinsiyete dair algılar bir bütün

“anayasal eşitlik ilkesini, sözel metninde böyle bir sınırlandırma yapma olanağı verebilecek hiçbir açıklık olmamasına karşın, içini boşaltarak salt biçimsel anlamına indirgeyen bu görüşe katılmak olanaksızdır. Hukuk önünde eşitlik, aynı zamanda “hukuk” ve “uygulama” düzeylerindeki eşitliği kapsayan bir ilkedir ve bu ilke, ancak bu iki yönüyle gerçekleştirildiği zaman anlam taşır ve anayasal yükümlülük yerine getirilmiş olur” diyerek, bizim de katıldığımız şekilde, hükmü biçimsel ve hukuk önünde eşitliğe indirgeyen görüşlere ve AYM kararlarına karşı çıkmaktadır (Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.234). AYM'nin, eşitliği salt kanun önünde eşitlik olarak ele aldığı ve md.10'un eylemli bir eşitlikten söz etmediğini belirttiği bir kararı için bkz.: **AYM**, 29.11.2017 T., 2015/68 E., 2017/166 K. (R.G. 20.2.2018 – 30338). AYM'den daha ileri bir yorum yapan ve Anayasa aykırılık itiraz yoluna başvuran Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin anayasa aykırılık iddiası da bu anlamda oldukça önemlidir bkz.: Askeri Yargıtay 1. C.D. https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-166.pdf (Erişim T.: 02.03.2019)

¹⁴⁵ “...*Hiyerarşik açıdan Anayasa'nın (1961 Anayasası kastediliyor – y.n.) altında olan İş Kanunumuz'un (1475 S. İş K. kastediliyor – y.n.) ücretlerle ilgili bölümünde (md.26 – y.n.) yer alan bu ilke kaynağını Anayasanın 12. maddesinden almaktadır*” Nermin Berkî, “*Kadın ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret*”, **Bülent Nuri Esen'e Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 34,35; **Yarg. 9.H.D.** 11.09.1967 T. 8479 E. / 7519 K. Çenberci'den aktaran: Esener, **a.g.e.**, 177 dnt.128.

¹⁴⁶ Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s.202,203; Yıldız, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.196.

¹⁴⁷ Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s.22; Emin Zeytinoğlu, “*İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı*”, **İst. Tic. Üni SBD 10. Yıl'a Armağan**, Y.11, S.22, 2012/2., s.179.

¹⁴⁸ Senyen- Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s. 236.

¹⁴⁹ Kübra Doğan Yenisey, “*İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*”, **SİCİL**, Haziran 2006, Y.1.; S.2, s. 64.

¹⁵⁰ §2, II.

halinde düşünülürken, kadına karşı ayrımcılığın açıkça tanımlanması olumlu olmakla birlikte, örneğin cinsel yönelimin açık şekilde sayılmamış olması uygulamada sorunlara neden olmakta, ayrımcılık yasaklarının efektif şekilde uygulanma alanını daraltmaktadır¹⁵¹. Bu nedenle, ayrımcılık karşıtı düzenlemelerde toplumsal algılar dikkate alınmalıdır, ancak evrensel hukuk ilkelerine aykırı bir toplumsal algı varsa, buna uyumlu bir düzenleme değil, evrensel ilkeleri koruyan etkili ve ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bir başka ifadeyle, ayrımcılık yasaklarının hukuki kaynakları pozitif olarak oluşturulurken, evrensel insan haklarının etkin ve etik değerleri dikkate alınarak, bununla çatışan toplumsal normlarla da mücadele edecek gerçekçi bir sistemin kurulması etkili bir ayrımcılıkla mücadele için oldukça gereklidir. Elbette kanun koyucu da cinsel yönelimi, örnek kabilinden kategorik gruplardan saymadığında, güncel siyasetin etkisine göre bir koruma alanı oluşup oluşmayacağını uygulamaya bırakarak bilinçli bir tercih yürütmektedir. Ancak, ayrımcılık yasaklarının etkin uygulanmasında gerçekçilik büyük önem taşımakta, kendisi bir ayrımcılık grubuna mensup olmayan uygulayıcıları da bağlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁵².

Farklı muamelenin, hukuken anlam taşıyabilmesi yani farklı muamelenin tek başına anlam ifade etmesi ve dolaylı da olsa bir yaptırıma tabi tutulması için, gerçekten objektif, denetlenebilir, haklı, hakkaniyetli, adil ve gerekçenin bulunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, farklı muameleyi objektif ve denetlenebilir şekilde haklı kılan durumlarda, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilmez ve pozitif ayrımcılık da burada değerlendirilebilir.¹⁵³

Ayrımcı uygulamaların söz konusu olduğu durumlarda, Anayasa'nın 10. Maddesinin geniş şekilde yorumlanması ile din, dil, ırk v.b. kategorik durumlarda farklı muameleyi yasaklayan “ayrımcılık” yasakları dışında kalan hallerde de, aynı durumda olanlara aynı şekilde muamele edilmesini gerektiren, eşit davranma borcu, ayrı

¹⁵¹ Örneğin Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun 16.01.2019 tarihli, “cinsel kimliğin” kategorik gruplardan sayılmaması nedeniyle verdiği red kararı (<http://www.sanalbasin.com/> E.t: 20.06.2019) (Kararın tam metnine ulaşamamıştır).

¹⁵² Krieger / Fiske, *a.g.m.*, s.1001.

¹⁵³ Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.222.

muamelelere karşı yaptırımın da yasal dayanağını oluşturur¹⁵⁴ ve bu durum, İş Kanunu’nda tanımlanan eşit davranma borcu (İş K. ifadesi ile “Eşit Davranma İlkesi”) için de uygulanabilir olmalıdır¹⁵⁵.

Bu durumda, iş hukuku bakımından farklı uygulamaların, her durumda ayrımcılık yasağına takılmayacağını ancak koşulların olduğu hallerde, eşit davranma borcuna aykırılık yaptırımına uğrayacağını ifade etmek gerekir. Genel hukuk bakımındansa, AY md.10¹⁵⁶, TMK md.2 kapsamında bir değerlendirme yapmak mümkün olabileceği gibi, Ceza Hukuku bakımından da kendine uygun uygulama alanları bulacaktır. Çalışma yaşamı ile ilgili olarak, TCK md.122; genel anlamda ceza hukuku bakımından ayrımcılık yasağı; AY hükmü ile birlikte eşitlik ilkesi de, TCK md.3/II’de düzenlenmiştir.¹⁵⁷

C. İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1. İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu, işverenin aynı durumda olan işçilerine aynı şekilde davranması zorunluluğunu ifade eder¹⁵⁸. İş Kanunu’nda “eşitlik ilkesi” olarak

¹⁵⁴ Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Aralık 08, Y. 3, S.12, s. 25, Senyen - Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”, s. 236.

¹⁵⁵ Süzek, İş K. md.5 ile getirilen “Eşit Davranma Borcu” hükmünün aslında dar anlamda bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi olduğunu, bunun genel anlamda eşit davranma borcunu dışarıda bıraktığını ifade eder. Ancak Süzek, anılan maddenin genel anlamda eşitliği dışarıda bıraktığını ileri sürse de, Anayasa md.10 hükmünün ve hatta daha ileri bi yorumla, AY md.10 olmasaydı bile, hukukun genel ilkelerinin, işvereni eşit işlem yapma borcu altına soktuğunu da ifade eder. bkz. Süzek, “Eşit Davranma”, s. 26; Süzek, **İş Hukuku**, 18. B., Beta Yay., İstanbul 2019, s.442. Karş. **Yarg. 9. H.D.** 12.11.2018 T. 2015/26907 E. - 2018/20333 K.

¹⁵⁶ Doktrinde, Gül AY md.10’un devlete bir takdir yetkisi yüklediğini ve kesin ve mutlak olarak ayrımcılığın önlenmesi ile birlikte eşitliğin sağlanması için bir borç yüklediğini, eğer böyle olsaydı maddenin daha kesin ve net şekilde kaleme alınacağını ifade etmektedir. Bkz.: İdil Işıl Gül, “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, 274,275; benzer şekilde, hükmün devlete ödev yükleyici nitelikte olmadığı yönünde Erdoğan, **a.g.e.**, s.175. Aksi yönde; Gülmez, “Aykırı Düşünceler”, s.235,236.

¹⁵⁷ Zeytinoğlu, “Genel Bakış”, s.129.

¹⁵⁸ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yay., İstanbul 2016, s. 443,444; Nuri Çelik, **İş hukuku Dersleri**, Beta Yay. 20.B., İstanbul 2007, s.175; Senyen Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”, s. 237; Sevil Doğan, “Türk İş

tanımlanmış bu borç, sadece bir borç olarak değil, aynı zamanda tüm iş ilişkilerinde dikkate alınması gereken bir temel ilkedir¹⁵⁹. Biraz daha açmak gerekirse, bir özel hukuk ilişkisi olan iş ilişkisinde, eşit davranma ilkesi, salt bir borç şeklinde ele alınmamalıdır. Yani iş hukukunda eşitlik ilkesi, salt bir edim yükümlülüğü olan borç kavramını da kapsar şekilde ancak bunun da ötesinde, iş ilişkilerini değerlendirmede, hukuki nitelirmede ve yorumda da dikkate alınması gereken bağlayıcı bir genel ilke olarak, Anayasa'daki eşitlik ilkesinin iş hukukuna özgülümlenmiş hali olarak kabul edilmesi gerekir.¹⁶⁰ Bu hal, bir mutlak eşitlik olarak değerlendirilmemelidir. Şöyle ki, işveren, aynı durumdaki işçilere aynı şekilde davranmakla yükümlü olup, İş K. Md. 5¹⁶¹ kapsamında ifade edildiği gibi, haklı bir sebep olan durumlarda farklı davranma hak ve yetkisine sahiptir¹⁶². Hatta, bazı durumlarda bu hususa aykırı davranırsa, yani, farklı durumda olanlara aynı şekilde davranırsa bu davranış veya uygulanan işlem başlı başına eşit davranma borcunun ihlali oluşturabilir. Haliyle öz olarak denilebilir ki, işveren aynı durumda bulunan işçilere haklı neden olmaksızın farklı davranmamakla, farklı durumda bulunan işçilere ise aynı davranmamakla yükümlüdür.¹⁶³ Başka bir anlatımla,

Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı", TAAD, Y.3, S.9 Nisan 2012, s.182; Tunçomağ/ Centel, **a.g.e.**, s.134.

¹⁵⁹ Gülmez, "Aykırı Düşünceler", s.240, Doğan Yenisey, "Orantılılık İlkesi", s.974.

¹⁶⁰ Gülmez, "Aykırı Düşünceler", s.238,240

¹⁶¹ 1475 Sayılı İş K. döneminde de, doktrinde eşit davranma borcundan söz edilmekte ve eşit davranma borcunun kaynağı olarak, Işıklı sadece AY md. 10'u; (Alparslan Işıklı, **İş Hukuku**, İmaj Yay., Ankara 1996, s.82); Berki ve Esener ise, 1475 Sayılı İş Kanunu'ndaki ücretlerle ilgili düzenleme (md.26) ile birlikte Anayasayı (1961 Anayasası için md.12)'yi kabul etmektedir. Berki, *a.g.m.*, s.34; Esener, **a.g.e.**, s.177.

¹⁶² Yuvalı, **a.g.e.**, s.41; Süzek, "Eşit Davranma", s. 27., Kandemir/ Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s. 4; Süzek, **İş Hukuku**, s.444, Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s. 177; Gülmez, "Aykırı Düşünceler", s.242; Doğan Yenisey, "Orantılılık İlkesi", s.977.

¹⁶³ Karan, "Hukuksal Çerçeve", s.139, Doğan, *a.g.m.*, s.182; Ertürk, **Temel Haklar**, s.99; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s. 4 ve ayrıca dipnot 9'da sayılan kaynaklar; Seçkin Nazlı, "İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler", **İÜHFM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s.574,575; Veli Karagöz, *a.g.m.*, s.59; "Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırma bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haklı nedenler varsa ayırma bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder" **Yarg. 9.H.D.**, 07.10.2013 T., 2011/33127 E., 2013/25090 K. Aynı karara göre, "Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için ücretini çalışan sendika üyesi emsal işçiye göre daha yüksek ücret kararlaştırması ve ödemesi eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir". Bu hususun, özellikle kıdemin yüksek olmasının ücretin de yüksek olması konusunda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığını da kabul eden bir sistemde kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır. İşe yeni giren, üstelik aynı işi yapan işçinin ücretinin, yıllardır orada çalışan ve sendikalı olan işçiden daha yüksek olmasının eşit davranma borcunun ihlali olacağı kanaatindeyiz.

eşit durumda olanlara eşit davranmak, farklı durumda olanlara farklı davranmak, eşitlik davranma borcunun ve ayrımcılık yasağının bir gereğidir¹⁶⁴.

Örneğin, işveren, mola haklarını standart ve taviz vermez şekilde uygularken, hamile işçiler için de bu mola haklarını kendi belirlediği saatlerle katı bir şekilde uygulamaya koyarsa, hamile işçi bakımından eşitsiz bir sonuca, haliyle eşit davranma borcuna (ayrımcılık yasaklarını da kapsar şekilde) aykırı davranmış olur.

Bunlarla birlikte, eşit işlem borcu Yargıtay tarafından, kamu düzenine ilişkin bir borç olarak görülmekte ve mahkemece re'sen gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Bu da eşit davranma borcunun, İş K. 5. madde başlığına uygun şekilde, bir ilke olarak ele alındığının bir göstergesidir.

Genel nitelikteki md.5'in yanı sıra, İş K. md. 12; belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye farklı muamele yapılamayacağını, md.13 kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, "salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı isleme tâbî" tutulamayacağını, md.7/VIII-d'ye göre, sosyal yardımlar bakımından geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiye farklı muamele yapılamayacağı, iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapılması durumunda feshin geçerli nedene dayanmayacağı belirtilerek düzenlenmiştir(md.18). Özellikle md.5 ile md.18'de yer alan düzenlemeler, aynı hususa işaret etmekle birlikte, yaptırımında farklılaşma söz konusu olduğu için de, bu dağınıklık tartışmalı sonuçlara yol açmakta ve eleştirilmektedir.¹⁶⁶

İş Kanunu md.5, eşit davranma ilkesini düzenlerken, aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret ödenemeyeceğini belirtmektedir. Bu kapsamda, Kanun'un "aynı" iş tanımlaması ile birlikte "eşit değerde" iş kavramını da belirtmiş olması olumludur ve uluslararası belgelerle uyumludur. Ancak, bu düzenlemenin salt cinsiyet nedenli ayrımlar için özel olarak ifade edilmiş olması yeterli değildir. Tüm

¹⁶⁴ Karan, "Hukuksal Çerçeve", s.139; Doğan, *a.g.m.*, s.182.

¹⁶⁵ **Yarg. HGK.** T. 7.2.2019, E. 2017/9-1066 K. 2019/100 ve T. 18.12.2018, E. 2015/22-2677 K. 2018/1954 (Kazancı).

¹⁶⁶ §4, II/A,4.

ayırım yasakları için eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi gerekliliği şeklinde fıkranın düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir işyerinde, yapılan iş birebir aynı olmasa bile, eşit değerde iseler, eşitlik ilkesinin kapsamındadır ve işveren keyfi olarak ayırım yapmamakla ya da eşit davranma borcuna uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu yönüyle, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, eşit işe eşit ücret ilkesinden daha geniş bir uygulama alanı yaratır.¹⁶⁷ Örneğin, bir hukuk bürosunda, iş hukuku danışmanlığı birimi ile iş davalarına bakan birimler farklı olduğunu düşünelim. Burada, iş yükleri, çalışma süreleri dengeli dağıtılabiliyorsa bu iki işin eşit değerde işler oldukları değerlendirilebilir. Ancak, somut olayın somut koşullarına göre bir değerlendirme yapılması ve eşit değerde işin tespiti için iş değerlemesinin yapılması ve işverenin uygulamalarının eşitlik ilkesi kapsamında hakkaniyet, gereklilik ve objektiflik denetimine tabi olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

İş hukuku bakımından da, işverenin eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasakları birbirleri ile ilişkili kavramlar olmakla birlikte, ayrımcılık, daha eşit davranma borcunun ihlalinin daha nitelikli bir halidir. Şu halde, çalışmanın genelinde vurgulandığı, yukarıda¹⁶⁸ detaylıca açıklandığı gibi, her ayrımcı davranış, aynı zamanda eşit davranma borcunun da ihlalidir ancak, her eşit davranma borcunun ihlali ayrımcılık değildir. Ayrımcılık tespiti için, farklı muamelede bulunan kişinin kategorik gruplardan birinde yer alıyor olması ve farklı muamelenin bu nedenle gerçekleşmiş olması gerekir, yeterlidir ve kast aranmaz¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Pir Ali Kaya, eşit değerde işe, endüstri mühendisi ile makine mühendisini örnek olarak vermektedir. Bunlar aynı iş olmasalar da, benzer işi yapabilmektedirler. Teorik olarak bu yaklaşım doğrudur. Ancak, işçilerin kategorik olarak mesleklerine göre eşit değerde iş nitelmesi yapılması uygulamada bir takım sıkıntılar doğurabilir. Makine mühendisi doğrudan üretim hattında, endüstri mühendisi ise satış hattında yer alıyorsa; ya da endüstri mühendisi üretim planlaması yaparken, makine mühendisi kalite kontrol yapıyorsa, bu iki mühendisin yaptıkları işlerin eşit değerde olup olmadığını belirlemek, iş değerlemesi yapılmadan olası değildir. Bkz. Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s. 235.

¹⁶⁸ §1, IV/B.

¹⁶⁹ Doğan Yenisey, “*Orantılılık İlkesi*”, s.983; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.59, 64; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.416. Ceza hukuku bakımından manevi unsurun kast olduğu, taksir ile ayrımcılık suçunun işlenemeyeceği yönünde Yıldız, **Eşit İşlem**, s.407 ve orada sayılan kaynaklar.

2. İşverenin Yönetim Yetkisi

İşverenin yönetim yetkisi, yasalar çerçevesinde iş sözleşmesine ve varsa toplu iş sözleşmesine uygun olarak işçilerin iş yerindeki davranışlarını düzenleme ve talimat verme yetkisidir.¹⁷⁰ İş ilişkisi, kendine özgü bir nitelik taşır ve tarafların mutlak eşit iki tarafın olmadığı, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimini yerine getirdiği bir sözleşmesel ilişkidir. Haliyle, iş görme ediminin yerine getirilmesi özel bir bağımlılık hali oluşturur.¹⁷¹ İşçinin bu şekilde bağımlı olarak işi yerine getirirken, doğal olarak işverenin otoritesi ve talimatları altındadır. Başka bir anlatımla, işverenin işçilerine talimat verme hak ve yetkisi bulunmaktadır¹⁷². İşverenin yönetim yetkisinin sınırını sadece iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi değil, aynı zamanda, hukukun genel ilkeleri, işçinin kişiliğinin gözetilmesi borcu ve MK. Md. 2 de belirler¹⁷³. Nitekim, TBK md. 399 da, işçinin, işverenin talimatlarına dürüstlük kuralları çerçevesinde uyması gerektiğini belirtir. Haliyle, işçi dürüstlük kuralına uygun şekilde talimatlara uymakla yükümlü olduğuna göre, işverenin bu talimatlarının da dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. Bu husus, TBK Md. 417 uyarınca da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, işveren *“hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla”* yükümlüdür. Yani, işveren, sözleşmeye uygun olarak bir talimat verse bile, bu talimat insan onuruna, dürüstlük kuralına aykırı ise işçinin bu talimata uyma yükümlülüğünden söz edilemez¹⁷⁴.

İşverenin yönetim yetkisinin karşısında, işçinin talimatlara uyma borcu yer almaktadır. İşte işverenin yönetim talimatları ile işçinin bu talimatlara uyma borcu birbirleri ile anlam ifade eden karşılıklı bir haklar ve borçlar silsilesini oluşturur. Bu noktada, işverenin dürüstlük kuralına uygun ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmayan şekilde bu talimatları vermesi gerekirken, işçinin de talimatlara

¹⁷⁰ Süzek, **İş Hukuku**, s.78 v.d., Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yay., İstanbul 2006, s.34,143.

¹⁷¹ Ertürk, **Temel Haklar**, s. 87,92.

¹⁷² Tunçomağ/ Centel, **a.g.e.**, s.137; Çelik, **İş Hukuku Dersleri**,s.. Süzek, **İş Hukuku**, s.78; Eyrenci/ Taşkent /Ulucan, **a.g.e.**, s. 34; Senyen – Kaplan, *“Cinsiyet Ayrımcılığı”*, s.252; Gönül Balkır, *“İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar”*, **SİCİL**, Yıl 3, S.12, s.77.

¹⁷³ Gönül Balkır, *a.g.m.*, s.77; Süzek, **İş Hukuku**, 80,81; Dilek Dulay Yangın, *“Karar İncelemesi: İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı”*, **Çalışma ve Toplum**, 2019/3, s.2057,2058.

¹⁷⁴ Süzek, **İş Hukuku**, s. 81; Ertürk, **Temel Haklar**, s.93.

dürüstlük kuralına uygun ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun şekilde edimini ifa etmesi gerekir. İşçinin her ne kadar, işverenin talimatlarının sözleşmeye, hukukun genel ilkelerine veya kişilik haklarına aykırılık iddiası ile talimatı yerine getirmekten kaçınması mümkün ise de, burada oluşan “talimata uymaktan kaçınma” hakkının, yukarıda belirtildiği gibi, dürüstlük kuralına uygun olması ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bulunmuyor olması gerekir.

İşverenin yönetim yetkisinin sınırını, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işçiliğinin kişiliğinin korunması borcu, MK md.2 ve md.4 hükümleri ile sınırlandırılmasının yanı sıra, iş hukukunun diğer sınırlayıcı ve nisbi emredici hükümlerini de burada saymak mümkündür. Çalışmanın konusu itibariyle de, işverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları da, işverenin yönetim yetkisini sınırlamaktadır¹⁷⁵. Bu durum, talimat verme ve yönetim yetkisi ile donatılmış işverenin, keyfilikten kaçınarak bu yetkileri kullanma yükümlülüğünü de beraberinde getirir¹⁷⁶. Haliyle, işverenin yönetim yetkisi/hakkı ile eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları bir çatışma oluşturmaktadır.

3. İşverenin Yönetim Yetkisi Ve Eşit Davranma Borcu/Ayrımcılık Yasağı Çatışması

İşverenin yönetim yetkisi ile, eşit işlem borcu zaman zaman çatışma oluşturmaktadır¹⁷⁷. Bir başka ifade ile, işverenin yönetim yetkisi eşit işlem borcuna uygun davranması zorunluluğunun önüne geçemez. Bu yönüyle, eşit işlem borcu işverenin keyfi ayrımı yasaklayarak işverenin davranış özgürlüğünü sınırlar¹⁷⁸. Zaten işverenin yönetim yetkisi, iş hukukunun kaynakları özelinde belirlenecek normlar hiyerarşisinde,

¹⁷⁵ Süzek, **İş Hukuku**, s.82. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, iş sözleşmesinin bu şekilde kendi özgü niteliği gereği, işverene eşit davranma borcu yüklediğini, bunun da iş ilişkisinin işveren ile işçi arasında kişisel bir ilişki kurarak, işçinin işverenin yönetim yetkisi altına girmesinden kaynaklandığını, diğer özel hukuk sözleşmelerinde böyle bir borcun bulunmadığını ifade eder. **Bireysel İş Hukuku**, s.143.

¹⁷⁶ Nazlı, *a.g.m.*, s. 573.

¹⁷⁷ Esener, **a.g.e.**, s.176

¹⁷⁸ Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.4; Hande Bahar Aykaç, “*Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması*”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-II**, Edt. Tankut Centel, Oniki Levha Yay., İstanbul 2016, s.54.

en altta yer almaktadır.¹⁷⁹ Buna bağılı olarak işveren yönetim yetkisini kullanırken ve bu yetkiyi kullanarak işi düzenlerken eşit işlem borcuna uygun hareket etmesi gerekir¹⁸⁰. Haliyle, eşit işlem borcu, yönetim yetkisinin doğal sınırlarından birini oluşturur¹⁸¹ ve işverenin yönetim yetkisi ile eşit muamele talep etme hakkı çatıştığıında, eşit muamele talep hakkı öncelik taşıyacaktır.¹⁸² Tüm bu kapsamda, yönetim yetkisi denetimsiz mutlak bir tasarruf yetkisi vermez. Mutlaka ki işverenin, eşit işlem borcu ve ayrımcılık yasakları kapsamına girmeyen yönetim yetkisi kapsamındaki işlemleri de sınırsız bir yetki vermez. Ancak çalışmanın kapsamını aşacağıından, işverenin başka eylem ve işlemlerindeki yönetim yetkisi kısıtlamalarına ve denetimine yer verilmemiştir.¹⁸³

İşveren yönetim yetkisini, iyiniyetli, dürüst, hakkaniyetli ve objektif şekilde kullanmalı, yetkinin kullanımı gerektiren seçimlerinin de hakkaniyetli, adil, objektif ve eşit davranmalıdır. İşçinin kişiliğinden kaynaklanan nedenlerle bir seçim söz konusu ediliyorsa bu nedenler algısal değil objektif bir temel dahilinde değerlendirilebilmelidir. Aksi durumda, eşit işlem borcuna aykırılık, hatta koşulları varsa ayrımcılık oluşacaktır. Bu konu ileride detaylı olarak incelenmiştir.

4. İşverenin İşçisini Koruma Ve Gözetme Borcu

İşveren, kendisine bağımlı olarak iş görme edimini yerine getiren işçisini, korumak ve gözetmekle yükümlüdür. İşverenin işçisini koruma ve gözetme borcu en

¹⁷⁹ Ertürk, **Temel Haklar**, s.93; Gaye Burcu Yıldız, “*Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi*”, **DEÜHFD**, C.15, Özel Sayı, 2013, s.686.

¹⁸⁰ Devrim Ulucan, *a.g.m.*, s.373; Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, s.180; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s.137; Senyen Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s.252.; Gaye Baycık, “*İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi*”, **AÜHFD**, 61(2) 2012, s.494, Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s.235; Zeytinoğlu, “*Ayrımcılık Yasası*”, s. 181.

¹⁸¹ Kübra Doğan – Yenisey, “*İki Yargıtay Kararı*”, s.64.

¹⁸² “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayırım yapılmasını yasaklamaktadır.” **Yarg. 9. H.D.** T. 12.11.2018, 2015/26907 E., 2018/20333 K. (www.kazanci.com).

¹⁸³ Örneğin, İşverenin yönetim yetkisi kapsamındaki nakil yetkisi bu kapsamda değerlendirilebilir. Detaylı bilgi için: Baycık, “*Nakil Yetkisinin Denetimi*”, s. 487-504. Elbette ki, işverenin ayrımcı veya eşit işlem borcuna aykırı yaklaşımının davranışsal boyutunu, nakil yetkisinin kullanımı esnasında görmek de mümkündür. Ancak, her nakil yetkisinin kötüye kullanımı ayrımcılık teşkil etmez. Orantılılık ilkesinin, yönetim yetkisini sınırlandırması hakkında bkz. Yıldız, “*Orantılılık İlkesi*”, 688 v.d.; Sosyal yardımlarda eşit davranma borcu için, Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s.136.

genel haliyle, işçinin fiziksel ve psikolojik sağlığını, vücut bütünlüğünü, kişiliğini, mallarını gözetme yükümlülüklerini içerir.¹⁸⁴ Bununla birlikte, işveren işçinin sosyal çevresi, ailesi gibi çeperi de, işyerinden veya iş ilişkisinden gelecek saldırılara karşı da gözetmekle yükümlüdür. Bu kapsamda örnek olarak İş K. md.24/II verilebilir. Buna göre işveren, işçinin ailesinin de şeref ve haysiyetine karşı eylem ve işlemlerde bulunamaz. Bulunursa, işçi bakımından haklı nedenle fesih sebebi olur. Kısaca eklenmelidir ki, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun karşısında, işçinin sadakat borcu yer alır.¹⁸⁵

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu sadece işverenin buna uygun şekilde davranması ile ifa edilmiş olmaz. İşveren, işçiyi, iş arkadaşlarının amirlerinin ve hatta üçüncü kişilerin saldırılarından korumakla da yükümlüdür.¹⁸⁶ Bu durumda, işçi, haklarına karşı saldırıyı gerçekleştiren üçüncü kişiye karşı doğrudan başvurabileceği gibi, saldırının önlenmesi için gerekenlerin işverence yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Aynı zamanda, üçüncü kişiden gelen saldırı, işveren bakımından ifa yardımcısı olarak kabul edilebilecek bir kişiden kaynaklanıyorsa da ayrıca işçinin talepte bulunması mümkün olduğu gibi, aynı zamanda işverenin üçüncü kişilerin işçiye saldırısına sebebiyet verdiği durumda, iş sözleşmesinin niteliği ve işçinin korunması borcu kapsamında işverenin sorumluluğu mevcuttur.

İşverenin işçisini koruma ve gözetme borcu, aynı zamanda, işverenin diğer işçilerinin işçiye karşı ayrımcı muamelelerde bulunmalarını engellemeyi de içerir. Aşağıda detaylıca görüleceği gibi, örneğin, bir işçinin ayrımcılığın bir aracı olarak bir diğer işçiye mobbing uygulaması halinde, işveren de bundan doğrudan sorumludur. İşverenin bu saldırı ve tacizleri, dolayısıyla ayrımcılığı engellemek, çalışanlarının özellikle talimat yetkisine sahip olan işveren vekillerinin bu emir ve talimatları, kendi bilgisi dahilinde veya dışında önemli olmaksızın, eşit davranma borcuna uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamak yükümlülüğü vardır. Yani bu kapsamda, eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasaklarına aykırı davranışta, davranışın kendisi veya kullanılan

¹⁸⁴ Ertürk, **Temel Haklar**, s.87

¹⁸⁵ Sevimli, K. Ahmet; “*Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*”, **Çalışma ve Toplum**, S.36, s. 110.

¹⁸⁶ Ertürk, **Temel Haklar**, s. 88,89.

araç, aynı zamanda işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun ihlalini de teşkil edebilir.¹⁸⁷ Ayrımcılık talimatı ve mağdurlaştırmaya ilişkin yukarıda yapılan açıklamalar bu kapsamda da değerlendirilebilir.

5. Eğilimli İşletme

Eğilimli işletme, Alman doktrinine ve hukukuna atıfla, doğrudan doğruya ve ağırlıklı olarak belli bir dini, mezhebi, siyasi düşünceyi açıklama yayma, konusunda faaliyet gösteren işletmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁸. Türkiye hukukunda tanımlaması yapılmamış olmakla birlikte, TİHEK md.7/I'e göre de, bir dine ait kurumda din hizmetleri ile ilgili olarak sadece o dine mensup kişilerin seçilmesinin ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir¹⁸⁹. Bu işletmeler söz konusu olduğunda, işletmenin amacı ile işe alımı yapılacak işçiye veya iş ilişkisi devam eden işçiye din, mezhep, felsefi inanç, siyasi düşünce kapsamında işçinin farklı inanç ya da görüşe sahip olması veya bunlara ilişkin sembol kullanımlarının kısıtlanabileceği, işe alımda soru sorulabileceği belirtilmektedir.¹⁹⁰ Aynı şekilde, işe alımdan sonra işletme eğiliminden farklı bir yönde hareket eden işçinin iş sözleşmesi (eğer işvereni kasıtlı yanıltma yoksa) geçerli nedenle (ve feshin son çare olması ilkesi dikkate alınarak) sona erdirilebilir¹⁹¹.

¹⁸⁷ Örneğin, işveren vekillerinden birinin, bir işçinin salt siyahi olması dolayısıyla kendisine işyerinde psikolojik taciz uyguladığını düşünelim. Bu durumda, ayrımcılığın açıkça ispatlanabilmesi koşulunun varlığı gerekir. Ancak, işyerlerinde psikolojik tacizin bir yaptırıma bağlanması için, ayrımcılığın ispatına gerek yoktur. İPT'nin ispatlanması, ya da İPTye ilişkin bir takım emarelerin ortaya konması yaptırım uygulanması için yeterlidir (**Yarg.9.HD.** T. 12.02.2013, 2010/38293 E. 2013/5390 K.). Bu örnekteki olayda, bu davranış ve eylem şekli/silsilesi (İPT, Aşağıda §3, III/B), kendi başına ayrımcılık aracı olarak o işçi özelinde uygulanmış olsaydı, aynı zamanda ayrımcılık tazminatı da gündeme gelebilecekti (Aşağıda §4, II/A,1; II/B). Aslında bu noktada, işverenin işçisini koruma ve gözetme borcu kapsamında, hukuki olarak hareket etmek, daha kolay ve hareket imkanı daha geniş bir alanı temsil eder. Bu açıklamalarımız, *eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının kaynağının işçinin korunması ve gözetilmesi borcu olduğu anlamına gelmez* ancak, olayın özellikleri itibarıyla işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun eşit davranma borcu ile de çok yakın ilişki içinde olduğu anlamına gelir.

¹⁸⁸ Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2064 v.d.; Ulaş Baysal, **İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde, İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler**, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, Ankara 201, s.112.

¹⁸⁹ Dulay Yangın, *a.y.*

¹⁹⁰ Dulay Yangın, *a.y.* ve ayrıca çeşitli karar örnekleri ile doktrin tartışmaları için s. 2065-2068, Baysal, **a.g.e.**, s.111-114.

¹⁹¹ Baysal, **a.g.e.**, s.116; Dulay Yangın, *a.e.*, s.263,264.

Eğilimli işletme söz konusu olduğunda, bu işletmenin eğilimi doğrultusunda kişilerle çalışmak istemesine sınırlı ölçüde de olsa imkan tanınması, buna bağlı olarak da normal bir işletmenin sorması yasak olan bazı soruları işçiye işe alım aşamasında yöneltebileceği, görüş açıklamalarına ya da işletmeyi etkileyen yaşam biçimine müdahale edilebileceği kabul edilmelidir. Bu tür işletmeler bakımından, objektif haklı neden, işe tesir ettiği ölçüde çalışanların kişisel değerlerine kısıtlı müdahaleye imkan tanımaktadır¹⁹².

Örneğin, X Sendikasına işe alınacak işçiye, rakip Y sendikasına mensup olup olmadığının sorulmasında objektif bir haklı neden vardır.¹⁹³ Bir başka örnekte, sağ bir partiye işçi alımı yapılırken, sosyalist bir sendikada yönetici olup olmadığı sorulabilir, ancak üye olup olmadığının sorulup sorulamayacağı olayın somut koşullarına detaylıca irdelenmelidir ve tartışmaya açıktır.

Ancak, eğilimli işletmede farklı muamelenin objektif ve haklı bir gerekçeye dayanması konusunda dikkate alınması gereken nokta işyerinde objektif olarak dini, siyasi, mezhepsel felsefi olarak belli nitelikte bir işin yapılıyor olmasının gereğidir. Yoksa, işverenin veya yöneticilerin bağlı oldukları din ya da sahip oldukları siyasi düşünce nedeniyle, işin dini ya da siyasi düşünceyi yayar bir nitelikte olmamasına karşılık, örneğin ‘burası muhafazakar Hristiyan değerlere bağlı bir işletmedir’ ya da “burası milliyetçi bir işyeridir” denilerek çorap imal eden bir işyerinde, işe alımda ya da iş ilişkisinin devamında veya sonrasında dine, siyasi düşünceye, mezhebe, felsefi ve diğer kategorik gruplara mensubiyete dayanılarak ayrımcılık yapılamaz.

Tüm bunların yanında eklenmelidir ki, eğilimli işletmenin söz konusu olduğu bir durumda, eğilimden farklı bir işçinin, bu farklılığı bilinerek işe alınması sonrasında, eğilimli işletme olduğundan bahisle, farklı muamelede bulunulamaz.¹⁹⁴

¹⁹² Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s. 2066

¹⁹³ Alman Federal Mahkemesi’nce verilen bir kararda, benzer örnek için: Baysal, **a.g.e.**, s.113-114, ve diğer örnekler için 111-116; Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2064.

¹⁹⁴ Karş. **Yarg. 9. H.D.**, 21.12.2017 T, 2016/32606 E., 2017/21996 K. (Karar metni ve eleştirisi için: Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2049-2071.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK YASAKLARI VE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. KAPSAM VE GENEL AÇIKLAMALAR

A. GENEL OLARAK

Ayrımcılıktan söz ederken, kanunda sayılan kategorik gruplar ve benzerleri ile AY md. 90 dahilinde, taraf olunan uluslararası sözleşmelerdeki korunan kategorik gruplar ile benzerlerine mensubiyet dolayısıyla farklı muamelenin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Bu kategorik grupları ana hatları ile üç başlıkta toplamak mümkündür: Kişinin doğuştan gelen veya sonradan meydana gelen, değiştiremeyecek özellikleri ve benzerleri (ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, renk, ana dil v.b.) ile değiştirmesi ahlaken kendisinden beklenemeyecek temel hak ve özgürlükler kapsamında korunan özellikleridir (din, felsefi düşünce, sendikal olma ya da olmama v.b.).¹⁹⁵ Bunlara iş hukuku bakımından bir de, işçinin tabi olduğu belirli süreli iş sözleşmesi ve kısmi süreli iş sözleşmesi eklenmektedir. Bu sözleşme tipleri de Kanun'da özel olarak sayılmış ve esaslı sebepler olmadıkça belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışana göre, kısmi süreli iş sözleşmesi çalışan işçi için tam zamanlı çalışan işçiye göre farklı muamelede bulunulamaz. Ancak, belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinin kanunda açıkça sayılmış olması, diğer sözleşme tipleriyle (örneğin çağrıya dayalı, örneğin deneme süreli¹⁹⁶) çalışanların koruma dışında bırakıldığı

¹⁹⁵ Doğan Yenisey, s. 976; Nazlı, *a.g.m.*, s.574; Yıldız, “Özürlülük ve Sağlık Durumu” s. 80; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.73,74; Zeytinoğlu, “Genel Bakış”, s.118.

¹⁹⁶ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.299 v.d. karş. Tuncay, “Eşit Davranma”, Soru-Cevap, s.48.

anlaşılmalı, uygun düştüğü ölçüde diğer sözleşme tipleriyle çalışanların da eşit davranma ilkesinden yararlanacağı kabul edilmelidir.¹⁹⁷

Tüm bu kategorik gruplara ilişkin olarak ayrı ayrı düzenlemelere (cinsiyete ve engellilik durumuna yönelik ekstra koruyucu düzenlemeler ile sendikal güvenceler ile ilgili normatif düzenlemeler dışında) Türk hukukunda genelde yer verilmemiş birlikte sayılmışlardır (Örneğin, AY md.10, TCK md.3, İş K. md.5). Yaklaşık olarak (az önce belirtilen özel düzenlemeler hariç) aynı yapıya sahiptirler. Bu nedenle, aşağıda, bu gruplara ilişkin hususlar ayrı başlıklar halinde değil, iş sözleşmesi kurulmadan önce ve sözleşme kurulduktan sonra, hem devam ederken hem de fesih aşamaları itibarıyla incelenecektir.

Kapsam bakımından kategorik gruplara ilişkin genel açıklamalara ise bu bölümün devamında değinilmiştir. Kapsam olarak, işe alım aşamasına ilişkin özel açıklamalar bir kenara bırakılırsa, yapılan açıklamaların tamamını, iş sözleşmesinin devamı ve sona ermesi halleri için değerlendirmek mümkündür.

B. KAPSAM

Kategorik gruplara ilişkin olarak, işçinin değiştiremeyeceği özellikleri, cinsiyeti, cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, ana dili, rengi, ırkı, etnik kökeni, yaşı, engellilik durumu ile bunlara benzer durumlardır. Analık veya babalık halinin de gerçekleşmiş olması ile birlikte, bu kapsamda sayılması mümkün olacaktır.

İşçiden, temel hak ve özgürlükler kapsamında korunmasından hareketle, değiştirmesinin istenemeyeceği özellikleri ise, dini inanış, felsefi düşünce, mezhep, uyrukluk, sendikalı olma ya da olmamadır. Gebelik halinin de burada sayılması mümkündür. İşçiden bu özellikleri değiştirmesini istemek hem ahlaken hem de hukuken kabul edilebilir değildir.

¹⁹⁷ “İşçi ile işveren arasında kurulmuş olan iş akdinin türü nedeniyle işveren eşit işlem yapmaktan kaçınamaz. Nitekim, yukarıda belirtildiği gibi haklı (esaslı) bir neden olmadıkça işveren tarafından belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreyle çalıştırılan işçiler arasında ayırım yapılamaz. Bu ilke sadece belirtilen sözleşmelere göre çalışan işçiler açısından değil diğer iş akdi türlerine göre çalışanlar bakımından da geçerlidir” **Yarg. HGK**, 06.02.2013 T., 2012/9-847 E., 2013/200 K.

Bir de, iş hukukunun kendi yapısı içinde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarla tam zamanlı çalışanlar arasında salt buna dayanarak ayrımcılık yapılamayacağı, aynı şekilde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarla tam zamanlı çalışanlar arasında ayrımcılık yapılamayacağı da ayrıca düzenlenmiştir.

Çalışmanın planında İş K. md.5 sistematığı ve içerdiği başlıkların kapsamlarına göre (örneğin cinsiyet kavramının cinsel yönelimi de kapsadığı görüşü) inceleme yapıldığından yaş ayrımcılığı¹⁹⁸ konusunda, özel bir başlık açılmamıştır. Burada genel açıklamalar yapılmakta ve ayrıntılı bilgi için atıflarla yetinilmektedir.

Buna göre, yaş, kişinin değiştiremeyeceği özelliklerinden birisini oluşturur. Yaş bir süreçtir ve diğer kategorik gruplardan farklı olarak zaman geçtikçe sürekli değişir¹⁹⁹. Yaşa dayalı ayrımcılık, İş K. Md. 5 ve AY md.10 kapsamında açık şekilde sayılmış kategorilerden birini oluşturmamakla birlikte, yaş ayrımcılığı da, “diğer nedenler” kapsamında ayrımcılık yasağı kategorilerinden bir tanesini oluşturmaktadır²⁰⁰. Bununla birlikte, TİHEK md.3/II’de, yaş ayrımcılığı ayrı bir kategori olarak açıkça tanımlanmıştır²⁰¹.

Yaş ayrımcılığı, gençleri de etkilemekle birlikte, sıklıkla belli bir yaşa ulaşmış kişilerin karşılaştığı bir ayrımcılık türü olmakla, genel itibariyle aslında bir yaşlı ayrımcılığı halidir²⁰². Yaşlılık da, kişinin fizyolojisi ve psikolojisindeki yaş almaya bağlı olarak meydana gelen değişiklikleri ifade eder²⁰³. Yaş ayrımcılığı da diğer gruplara

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**; Gizem Sarıbay Öztürk, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı”, **Sicil**, Y.2017, S.37, s.114-141; Canan Ünal, “Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017,s.313-377; Dilek Baybora, “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/1, s.33-58 Serap Özen/Çağlar Özbek, “Çalışma Yaşamında Yaşlılık:Yaşlı İnsanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları”, **Çalışma ve Toplum**, 2017/2, s.51-76; Can Tuncay, “Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2012/2, s.84-102.

¹⁹⁹ Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.42.

²⁰⁰ Süzek, **İş Hukuku**, s.450.

²⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Öztürk, *a.g.m.*, s.114-141; Canan Ünal, “Yaş Ayrımcılığı Yasağı”, s. 320-334.

²⁰² Baybora, “Yaş Ayrımcılığı”, s.39,40.

²⁰³ Özen/ Özbek, *a.g.m.*, s.53, Yaşlılık türlerine ve tanımlamalarına ilişkin bkz. Tuncay, “Geciken Yaşlılık”, s.85 v.d.

yönelik ayrımcılıklardaki gibi genelleştirilmiş kanı ve önyargılara dayanmaktadır ve bu durum özellikle istihdam alanında belirginleşmektedir²⁰⁴. Yaş ayrımcılığının, diğer ayrımcılık türlerine göre yeni bir konsept olduğu, diğer ayrımcılık türlerine göre de daha dar bir kapsamda ele alındığı ifade edilmektedir. Buna göre, örneğin cerrahlık, pilotluk gibi mesleklerde, yaşın artmasına bağlı olarak farklı muamelenin ayrımcılık olmayacağına belirtilmesinin yanında²⁰⁵, objektif olarak belli bir yaşa ulaşmış kimselerin kendiliğinden emekli edileceklerine dair konularda, ILO'nun üye ülkeleri düzenleme yapmak bakımından serbest bıraktığı ifade edilmektedir²⁰⁶.

Yaş, kişinin değiştiremeyeceği özelliklerden olmakla birlikte, her somut olayın kendi koşullarında ve eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasaklarının sınırlarına, yapılacak işin niteliğine ve işi yapacak kişinin (fizyolojik, psikolojik) öznel durumu ve/veya yaşın (genç veya yaşlı) o işe engel olup olmayacağına göre değerlendirilmesi gereken bir olgudur²⁰⁷.

Diğer kategorik gruplar aşağıda biraz daha detaylı ele alınmıştır. Buna göre, pozitif hukukta genellikle sayılmış olan kategorik gruplar açıklanmakta, bu gruplara uygulanan ayrımcılık biçimleri ise bir bütün halinde çalışmanın devamında incelenmektedir.

1. Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği, Cinsel Yönelim

Cinsiyet, cinsel kimlik ve cinsel yönelim doğuştan gelen değiştirilemez özellikler olup, bunların değiştirilmesinin talep edilmesi ahlaken ve hukuken de mümkün değildir. Bir kimsenin, salt cinsiyet, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği dolayısıyla farklı muameleye maruz kalması ayrımcılıktır. Öte yandan, bu kategorik gruplara yönelen taciz ve cinsel taciz halleri kendi başına birer ayrımcılık halidir²⁰⁸. Cinsiyet ayrımcılığı, teorik olarak her iki cinsiyeti de kapsar şeklinde değerlendirilse

²⁰⁴ Baybora, “Yaş Ayrımcılığı”, s.38

²⁰⁵ Canan Ünal, “Yaş Ayrımcılığı Yasağı”, s.361.

²⁰⁶ Tuncay, “Geciken Yaşlılık”, s.90,91.

²⁰⁷ Yaşa bağlı olarak farklı muamelenin hangi durumlarda ayrımcılık olmayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.173-291.

²⁰⁸ §3, III.

bile bunun anlamı olmayacağı açıktır. Cinsiyete yönelik ayrımcılık kadına²⁰⁹ ve diğer cinsel yönelimler²¹⁰ ile cinsiyet kimliğine, yani erkek kimliğinin dışındaki cinsel kimliklere yönelik bir ayrımcılıktır.

Cinsiyet, biyolojik olarak bilindiği gibi, kromozom yapısına bağlı olarak üreme aşamasındaki role ve buna yarayan organlara göre belirlenen bir kavramdır. Ancak buna karşılık toplumsal cinsiyet kavramı da söz konusudur ve ayrımcılık yasaklarında toplumsal cinsiyet rollerinin de kendi başlarına bir form olduğunun kabulü gerekir. Toplumsal cinsiyet, *“herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler”*dir.²¹¹

Cinsel yönelim, kişinin cinsel, duygusal ve romantik hislerinin hangi cinsiyete yöneldiğini belirten bir kavramdır.²¹² Cinsiyet, biyolojik olduğu kadar duygusal ve bilişsel de bir kavram olup, kişinin cinsel çekimini kendi cinsiyetinden birisine karşı hissetmesi veya kendini tabi olduğu biyolojik cinsiyetten farklı bir cinsiyete ait kabul ederek buna göre davranması veya bununla ilgili olarak cinsiyet değişikliği ameliyatı olabilme hak ve imkanı, cinsiyetin doğuştan gelen bir özellik olduğu ve değiştirilemez nitelikte olduğu gerçeğini bertaraf etmez. Burada yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına ifade edilmelidir ki, cinsiyet değişikliği ameliyatı olunmasa dahi, doğuştan getirilen özellik olarak kişinin doğduğu biyolojik cinsiyeti değil, duygusal olarak kişinin kendini ait hissettiği, öyle görünmek istediği veya geçiş sürecini tamamlamış ya da tamamlamamış tüm cinsiyet kimlikleri kastedilmekte olup, ayrımcılık yasakları kapsamında korunacak olan da budur.

Aynı şekilde cinsel yönelim de, kişinin doğuştan getirdiği özelliklerden biri olup bir tercih değildir. Tercih olsaydı dahi, ayrımcılık yasakları kapsamında fakat bu defa “kişiden değiştirmesi istenemeyecek” konulardan biri dahilinde yine korunurdu.

²⁰⁹ Tanay, **a.g.e.**, s.128.

²¹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.415.

²¹¹ İstanbul Sözleşmesi, md.3/c.

²¹² **Psikologlar İçin LGBTİ’lerle Çalışma Kılavuzu**, Yay. Haz.:Özge Gündül/Özlem Çolak/Pınar Önen v.d., TODAP, İstanbul 2017, s. 15.

Ancak, tıp biliminin de tespit ettiği gerçeklik karşısında, cinsel yönelimi bir tercih olarak ifade etmemek de ayrımcılıktan kaçınmanın araçlarından bir tanesini oluşturur.

Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin geniş anlamda cinsiyet kavramı içinde olmasına²¹³ karşılık, yani her ne kadar makul bir temel hak ve özgürlükler değerlendirmesinde ayrıca sayılmasına gerek olmasa da; özgün koşullar dolayısıyla gerçekçi bir koruma yaratabilmesi açısından, cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimin de pozitif düzenlemelerde ayrıca belirtilmesi yerinde olacaktır.²¹⁴

2. Dil, Irk, Etnik Köken, Renk

İşçinin işyerinde ana dili ile ya da başka bir dil ile konuşması, iş ilişkisini, iş akışını, işyerinde üretilen mal ve hizmeti etkilemediği sürece işverenin bu sebebe dayalı olumsuz davranışları ayrımcılık teşkil eder.²¹⁵

Örneğin, bir işçinin işle ilgili olmayan bir konuda telefonda Almanca konuşması veya işyerindeki başka bir arkadaşı ile İtalyanca konuşması, işçi işe alınırken Türkçe ya da İngilizce bilgisine göre alınmış olsa dahi olumsuz muameleye tabi kılınmasını haklı kılmaz. Bilakis işverenin, işle ilgili olmayan konularda, kendisinin istediği dille konuşması için işçiye talimat vermesi ve bu konuda ısrarcı olması tek başına ayrımcılık teşkil etmesinin yanında, bu talimata uyulmaması ya da salt işçinin başka bir dilde konuşması nedeniyle olumsuz muameleye tabi kılınması halinde,

²¹³ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.118; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.17. Karş. **Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesi**, 29.05.2008 T., 2007/190 E., 2008/238 K. sayılı kararında "...Anayasal düzenlemede kadın ve erkek cinsiyetinin yanı sıra farklı bir cinsiyet tanımı bulunmadığına..." şeklinde ifadelerle cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin koruma altında olmadığını kararına gerekçe yapmıştır. Beyoğlu Asliye Mahkemesi'nin verdiği, Anayasaya'ya ve ulusalüstü yükümlülöklere aykırı bu karar, **Yargıtay 7. H.D.**, 2008/4109 E., 2008/5196 K. Sayılı kararı ile cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin doğuştan gelen (ve eleştiriyeye açık şekilde yetiştirme tarzından kaynaklanabileceği ifadesi ile) özellikler olduğu vurgulanarak cinsel yönelim ve cinsiyet kavramlarının ahlaka aykırı olduğundan bahsedilemeyeceği gerekçeleriyle bozulmuştur. Mahkemece bozma kararına uyulmuş ve karar kesinleşmiştir (Kararlar ve incelemesi için: Mesut Gülmez, "*Karar İncelemesi: Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık Sorunu: Lambdaİstanbul Kararları*", **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s.195-229. İlk derece mahkemesi kararının detaylı eleştirisi için bkz. *a.g.m.*, s.223 v.d; 7. H.D. kararının değerlendirmesi ve birtakım eksiklikler ile gereksiz gerekçeler içerdiğine dair savlarla birlikte kısmi eleştirisi için, *a.g.m.*, s.226 v.d.).

²¹⁴ Gülmez, "*Karar İncelemesi*", s.228.

²¹⁵ Tanay'ın, lehçeleri de bu anlamda korunan kategorik gruplar içinde değerlendirmek, geniş anlamda dil kavramının lehçe ve ağız farklılıklarını da kapsadığını kabul etmek gerektiği yönündeki görüşüne katılıyoruz. **a.g.e.**, s.126.

ayrımcılık oluşur. Buna karşılık, mal ve hizmet üretimini gerektirdiği ölçüde işverenin talep ettiği dilin işyerinde kullanılması gerekir. İşverenin mal ve hizmet üretimi ile ilgili olduğu ve iş akışını etkileyeceğini düşündüğü şekillerde kullanılacak dile müdahalesi kabul edilebilir sınırlarda olacaktır. Örneğin, iki işçinin üretim müdürünün anlamayacağı bir dilde, üretimle ilgili kendi aralarında, üretim müdürü de yanlarındayken konuşmalarına, işverenin ya da işveren vekilinin müdahalesi eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına aykırı olmaz. Elbette tüm bunların, oldukça subjektif nitelik taşıyabileceğini, her konuyu ‘işle ilgili’ kıstasına tabi tutarak da dolaylı bir ayrımcılığın yapılabileceğini, bunun ispatının da, ne yazık ki, oldukça zor olacağını eklemek gerekir.

Yukarıdaki açıklamaların ana dilini mi yoksa, yabancı dili de mi kapsadığına da değinmek gerekir. Buna göre, ana dili²¹⁶, kişinin annesinin konuştuğu dil²¹⁷ şeklinde tanımlandığı görülmekle birlikte, bu kavramın yetersiz olduğundan bahisle, kişinin sadece annesinden ya da ailesinden değil ilk temasta olduğu sosyal çevresinden edindiği veya soy bağı ile bağlı olduğu etnik kökenin kullandığı dil olarak da tanımlanmaktadır²¹⁸. Bu dil değiştirilemez, seçilemez, sadece kullanmamak bir tercih olabilir. Bununla birlikte, kişinin işle ilgisi olmayan durumlarda ana dilini kullanmasının engellenmesi, ayrımcılığın görünüş biçimlerinden birisi olarak gündeme gelir. Almanya’da, bir Türk’ün, işle ilgili olmayan bir konuda arkadaşları ile Almanca konuşmak zorunda bırakılması dolaylı (görünüşte herkes için eşit bir uygulama vardır) ayrımcılığa, Türkçe konuşmasının engellenmesi doğrudan ayrımcılığa örnek olarak verilebilir.

Bir kişinin, ana dilini kullanmamayı seçmesi, kişisel bir tercih olup, iş akışı ile ilgili olmadığı durumlarda talep edilemez. İşverenin, iş akışı ile ilgili olmayan bir konuda işçiye herhangi bir dili kullanması ya da kullanmaması noktasında vereceği

²¹⁶ Sıklıkla ana dil olarak kullanılan, kişinin ilk edindiği dili tanımlamakta kullanılan kavramın aslında “ana dili” olduğu konusu için bkz. Mukim Sağır, “*Ana Dil mi Ana Dili mi?*”, Turkish Studies/Türkoloji Araştırmaları, S.2/2, Bahar 2007, çevrimiçi: [turkishstudies – kısa link: https://ko.tc/LT6u](https://ko.tc/LT6u)

²¹⁷ Gıyasettin Aytaş/Akif Çeçen, “*Ana Dili Eğitiminde Dil Bilgisi Öğretiminin Yeri Ve Önemi*”, **Türklük Bilimi Araştırmaları**, (27), s.79; Ahmet Turan Sinan, “*Anadili Eğitimi Üzerine Bazı Düşünceler*”, çevrimiçi: Çukurova Üni. Türkoloji-kısa link: <https://ko.tc/LT6r>

²¹⁸ Sağır, *a.g.m.*, s.541 v.d.; Sinan, *a.g.m.*, 2.

talimat, kişilik haklarına ağır bir saldırı teşkil edecektir. Buna bağlı olarak da, işçinin ana dili dolayısıyla farklı bir muameleye maruz kalması ayrımcılık teşkil edecektir.

Pozitif hukuk düzenlemelerinde ana dili veya yabancı dil gibi ikili bir ayrımla düzenlenmiş değildir. Pratikte, bir dilin kullanımına ilişkin olarak verilecek talimat ya da farklı muamele konuları aslında aynı sonuca ulaşır. Her iki durumda da, dile bağlı olarak daha az avantajlı veya dezavantajlı bir muamele ayrımcılık teşkil eder. Fakat, ana dili ile yabancı dil arasındaki, ayrımcılık konusunda teorik farklılık, ana dilinin, kişinin değiştiremeyeceği özelliklerinden olmasında, ana dili dışında kullanılan dilin ise, işle ilgili olmadığı sürece değiştirilmesi istenemeyecek özellikler içerisinde yer almasında yatar. Her ikisi için de, iş ilişkisinin gerektirdiği ve objektif olarak savunulabilir bir sebebin işverence makul gerekçelerle ortaya konduğu durumlarda, bir dilin kullanımının istenmesi ve talep edilmesi (örneğin müşteri çevresi İtalyan olan bir işveren işyerinde İtalyanca konuşulmasını talep etmesi ya da sadece İngilizce bilenleri işe alması²¹⁹) mümkünken, iş ilişkisi ile ilgisi olmayan bir şekilde işçilerin mesela kendi aralarında belli bir dilin konuşulmasının ya da konuşulmamasının istenmesi ayrımcılık teşkil edecektir²²⁰. Örneğin telefonda ailesi ile belli bir dilde konuşmasını yasaklaması ya da belli bir dilde konuşmak zorunda bırakması gibi. Burada eğilimli işletme kavramının dikkate alınıp alınamayacağı somut olayın koşullarında değerlendirilmelidir.

İşe alım aşaması içinde de, işverenin, işle ilgili olmayan bir şekilde işçinin bildiği dilleri sorması tek başına ayrımcılık teşkil edebilir. Örneğin, işyerinde kullanılacak dil Türkçe veya İngilizce ise ve işveren buna karşılık işçinin Ermenice ya da Kürtçe bilip bilmediğini, biliyorsa işe almamak üzerine bu soruyu sorması ayrımcılık teşkil edeceği gibi, aynı şekilde işle ilgili olmadığı durumlarda, işçinin Kürtçe veya Ermenice bilmemesinin işe alıma engel olması hali de ayrımcılıktır. Dil konusundaki bu

²¹⁹ Ulucan, *a.g.m.*, s.382.

²²⁰ Kuvvet Lordoğlu/Mustafa Aslan, “*Türkiye İş Gücü Piyasalarında Etnik Bir Ayrımcılık Var mıdır?*”, **Çalışma ve Toplum**, 2012/2 , s.120. Aynı makalenin 121. Sayfasında verilen bir başka örnek de, işe başvuran kişinin ana dili Flamanca veya Fransızca olmadığından bahisle, bu iki dili de çok akıcı ve iyi şekilde konuşan bir kişinin işe alınmamış olmasının ayrımcılık olduğu, Belçika’da, ırk ayrımcılığı ile mücadele eden bir merkezin Centre Pour l’Egalité des Chances et la Lutte Contre le Racisme, Discrimination et Diversité, Rapport, Annuel 2007 raporuna atıfla verilmektedir. Bu raporda, buna benzer başka örneklerin de yer aldığı açıklanmaktadır.

açıklamalar, etnik ve ırk temelli ayrımcılık konusu ile de iç içe değerlendirilebilir.²²¹ Tekrarlamak gerekirse, etnik/ırk/din kategorisini tespiti yarayacak şekilde iş akışı ile ilgisi olmayacak şekilde bir dilin bilinip bilinmediğinin sorulması da ayrımcılık teşkil edecektir.

Buna göre, ırk ve etnik köken iç hukukumuzda ya da AB yönergelerinde tanımlanmış değildir.²²² Genel anlamıyla, ırk ve etnik köken ayrımcılığı²²³, kişinin tabi olduğu ırk veya etnik köken dolayısıyla doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa maruz kalması halidir.²²⁴ Örneğin işverenin, belli bir ırksal kökene ya da etnik kökene sahip kişileri işe almayacağını beyan etmesi ayrımcılıktır.²²⁵ Buna karşılık, Japonya'dan İngiltere'ye gönderilmiş Japon yöneticilere, aynı statüdeki İngiltere'de çalışmaya devam eden yöneticilerden daha yüksek ücret ödenmesi veya sadece vatandaşlara tekel olarak tanınmış bazı meslekler için vatandaş olmayanların işe alınmaması veya alınmayacaklarının belirtilmesi tek başlarına ayrımcılık teşkil etmez.²²⁶ Görüldüğü gibi, objektif haklı kılınabilir bir nedene dayalı tercihler ayrımcılık oluşturmaz²²⁷ ancak çok dikkatli ve sınırlı şekilde kabul edilmesi gerekir. Örneğin, Van kahvaltısı sunan bir işyerine Van'lı bir ustanın ya da Adana kebabı üreten bir lokantaya Adana'lı bir ustanın tercih edilmesi meşru kabul edilebilir. Ancak, Adana kebabı üreten bir işletmenin otoparkına vale olarak, belli bir coğrafi bölge ya da etnik kökenden kişilerin tercih edilmesi ya da edilmemesi işle ilgisi kurulamayacağından ayrımcılıktır.²²⁸

²²¹ Tuncay, “*Irk ve Etnik Köken*”, s.729.

²²² Tuncay, “*Irk ve Etnik Köken*”, s.728.

²²³ Irk ayrımcılığında, kişinin tabi olduğu ya da tabi olduğu sanılan “ırk”, kişinin kişilik özellikleri hakkında da fikir verdiği varsayımı vardır. Ancak, yapılan çalışmalar, ırklara göre oluşan farklılıkların oranı, aynı ırka mensup kişilerin kendi aralarında gösterdikleri farklılıklara göre oldukça azdır (Elif Küzeci, “*Genetik Ayrımcılık Yasağı*”, *YÜHFD*, C.XV., 2018/1, s. 96,97.

²²⁴ Türkiye iş gücü piyasasındaki ırk ayrımcılığı ile ilgili bir takım bulgular için bkz.: Lordoğlu/Aslan, *a.g.m.*.

²²⁵ Avrupa Adalet Divanı kararlarından aktaran Tuncay, “*Irk ve Etnik Köken*”, s.747, dnt. 65; Ulucan, *a.g.m.*, s.377.

²²⁶ Tuncay, “*Irk ve Etnik Köken*”, s.735, 759.

²²⁷ Tuncay, “*Irk ve Etnik Köken*”, s.750. Ayrıca ayrımcılık yasağına girmeyen durumlara dair ayrıntılı bilgi için bkz. a.e., s. 752 v.d.

²²⁸ Aşağıda da değinilen, Martin Luther King ve Koreli bulaşıkçı örnekleri için: Zeytinoğlu, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s. 180, etnik restoranlarda etnik garsonların çalıştırılabileceği veya siyahi modellerin arandığı

3. Din, Mezhep, Felsefi İnanç, Siyasal Düşünce

Kişinin, bir dine inanması ya da inanmaması ve bir mezhebe bağlı olması ya da olmaması farklı bir muameleye maruz kalmasına yol açıyorsa, din, mezhep, felsefi inanç veya siyasal düşünce temelli bir ayrımcılıktan söz edilir. Dini inanış dendiğinde, uluslararası belgelerde de Türkiye hukukunda da sadece semavi dinler anlaşılmaz, daha geniş bir kapsamı ifade eder.²²⁹ Dini veya mezhepsel inanışa göre, işe alım aşamasında bir tercihte bulunulması çok sınırlı olarak dikkate alınabilir.

İşe alım sürecinde ve evleviyetle iş ilişkisinin devamında, bir kişinin mensup olduğu dinin, mezhebin, felsefi inancın veya siyasi görüşün önem taşıması, ancak bir dine, mezhebe, felsefi inanışa veya siyasal düşünceye referanslı işlerin yapıldığı işyerleri için geçerli kabul edilebilir. Bu konuda Alman doktrinine ve hukukuna atıfla, “eğilimli işletme”den söz edildiğini yukarıda açıklamıştık²³⁰. Bu işletmeler söz konusu olduğunda, işletmenin amacı ile işe alımı yapılacak işçiye veya iş ilişkisi devam eden işçiye din, mezhep, felsefi inanç, siyasi düşünce kapsamında işçinin farklı inanç ya da görüşe sahip olması veya bunlara ilişkin sembol kullanımlarının kısıtlanabileceği belirtilmektedir.²³¹ Örneğin, helal gıda sertifikalı bir kesimin yapıldığı iddia edilen iş yerlerinde, rasyonel ispatlanabilirlik tartışmasını dışarıda bırakırsak denilebilir ki, işverenin Müslüman kasapları tercih etmesi kabul edilebilir bir nedendir. Aynı şekilde, bir kilisenin bakım ve onarım işi için de Hristiyan bir kişi tercih edilebilir. Bir başka örnekte, sosyalist düşünceye yönelik yayınlar basan bir yayınevinin editörlerinden

bir ajansta siyahilerin çalıştırılabileceği ve bunun ayrımcılık teşkil etmeyeceğine dair örnekler için bkz. :Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.735.

²²⁹ Anayasa Mahkemesi bir kararında, TCK’nın sadece semavi dinleri korumaya almasına dair hükmünü, bireyler arasında inançlara göre ayırım yapılması olarak kabul etmiş ve Anayasa’ya aykırı bulmuştur. AYM, 4/11/1986 T., 1986/11 E., 1986/26 K, R.G.: 22.02.1987-19380, [www. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr](http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr), İnceoğlu, *a.g.m.*, s.55.

²³⁰ §2, III/C-5.

²³¹ Dulay Yangın, “*Dini Sembol*” ve ayrıca çeşitli karar örnekleri ile doktrin tartışmaları için s. 2065-2068.

birisinin sağ eğilimli bir gazetede makaleler yayınlamasının, işletmenin inandırıcılığını zedeleyeceği için iş sözleşmesinin feshi sebebi olabileceği verilebilir.²³²

Objektif haklı nedenin varlığı durumunda dikkat çekilmesi gereken noktalardan birisi de, işçinin işvereni yanıltıcı bir davranışı olmaksızın işe kabul edilmesi halinde, iş ilişkisi devam ederken dini nedenlerle işçinin daha az avantajlı bir duruma maruz bırakılmasının ayrımcılık yasakları kapsamında olacağıdır. Fakat, örneğin dini referanslı bir Musevi işyerine, Hristiyan kimliği bilinerek işe alınmış bir kişiye, daha sonra bizzat işveren, veya işveren vekili tarafından kişinin dini nedeniyle farklı muamele edilmesi ya da diğer işçiler tarafından farklı muamele edilmesi ve işverenin bundan haberdar olmasına karşılık gerekli önlemleri almaması ayrımcılık yasağı kapsamındadır ve tabii olarak eşit işlem borcuna aykırı olacaktır.²³³

Dini inancıya göre işe alımda, farklı muamelenin objektif ve haklı bir gerekçeye dayanması konusunda dikkate alınması gereken nokta ise, işyerinde objektif olarak dini, siyasi, mezhepsel felsefi olarak belli nitelikte bir işin yapıyor olmasının gereğidir. Yoksa, işverenin veya yöneticilerin bağlı oldukları din ya da sahip oldukları siyasi düşünce nedeniyle, işin dini ya da siyasi düşünceyi yayar bir nitelikte olmamasına karşılık, örneğin ‘burası muhafazakar Hristiyan değerlere bağlı bir işletmedir’ ya da “burası milliyetçi bir işyeridir” denilerek çorap imal eden bir işyerinde, işe alımda ya da iş ilişkisinin devamında dine, siyasi düşünceye, mezhebe, felsefi inancıya dayalı olarak ayrımcılık yapılamaz.

4. Engellilik

Engelli birey, Engelliler Hakkında Kanun’da²³⁴ “*Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından*

²³² Astarlı’dan Dulay Yangın’ın aktardığı, alkol ile savaşıma amacı taşıyan bir dernekte çalışan işçinin bir gazetenin ekinde şarap tanıtımı yazısı yazmasının iş sözleşmesinin feshine yol açacağına dair ve başka örnekler için: Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2067, dnt.40.

²³³ Karş. **Yarg. 9. H.D.**, 21.12.2017 T, 2016/32606 E., 2017/21996 K. (Karar metni ve eleştirisi için: Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2049-2071).

²³⁴ 5378 Sayılı Kanun, R.G.: 7/7/2005 Sayı : 25868. Bu kanunun önceki adı, “Özürlüler” ibaresi içermekte olup, 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanun ile “özürlü” ifadeleri “engelli” şeklinde değiştirilmiştir. Tam metin için bkz.: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf>

etkilenen” birey şeklinde tanımlanmıştır (md.3/I-c). Aynı tanım, “koşul” yerine “şart” ifadesi tercih edilerek kullanılmıştır. Eski Özürlüler İdaresi Başkanlığı, yeni adıyla, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılan bir çalışmada, engelli tanımına ayrıca, kronik hastalıklar da dahil edilmiştir.²³⁵ Kanun’un eski halinde engelli tanımı, “*doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğü olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi...*” şeklindeydi. Bu anlamda yeni tanımın bir takım koşutları ortadan kaldırmakla kapsamı genişlettiğini söylemek mümkündür. Bu noktada eklenmelidir ki, engellilik hali, doğuştan gerçekleşebileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Bu durum tanımı değiştirmeyeceği gibi, ayrımcılık bakımından da bir sonuç doğurmaz. Sonuç itibariyle, engellilik, kişinin değiştiremeyeceği özelliklerindendir.

Engellilik, korunan kategorik gruplardan birisini oluşturmakla, engelli bir kişiye karşı daha az avantajlı veya dezavantajlı muamele edilmesi (doğrudan ayrımcılık)²³⁶ veya engelli olmayanların tabi oldukları kurallara engellilerin de aynı koşullarla tabi tutulması ve dezavantajlı veya daha az avantajlı hale gelmelerine yol açılması da (dolaylı)²³⁷ ayrımcılık teşkil edecektir. Eng. K.’ya göre, Kanun’un amacı, bu ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını temin ve teşvik ederek, engelli bireylerin doğuştan sahip oldukları onurlarının korunmasının yanı sıra, engelli bireylerin topluma entegrasyonu için devletin pozitif yükümlülüklerini de belirlemektir. Ayrıca engelli bireylerin topluma eşit katılımı da kanunun amaçlarından birisi olarak belirlenmiştir (md.1).

²³⁵ Ayrıca, Yıldız, “Özürlülük ve Sağlık Durumu”, s.81; ayrıca bkz. Tanay, **a.g.e.**, s.130.

²³⁶ Örneğin, uçağa alınan engellinin, engelli olması nedeniyle güvenlik riski yaratacağı beyan edilerek uçaktan indirilmesi <https://bianet.org/bianet/insan-haklari/107341-thy-engelli-diye-yolcuyu-ucaktan-indirdi>, <http://www.airkule.com/default.asp?page=haber&id=3927> habere ilişkin açıklama için karş. http://www.bbc.co.uk/turkish/europe/story/2007/07/070726_europe_airliners.shtml (erişimler: 02.07.2019)

²³⁷ Örneğin üniversite sınavına giren görme engelli adaya, talebi doğrultusunda ÖSYM tarafından bilgisayar tahsis edilmesi ancak sınavdan önce güvenlik gerekçesiyle bilgisayarın geri alınması hakkında <https://bianet.org/bianet/toplum/146510-osym-hayallerimizi-geri-ver> (e.t. 23.03.2019)

Eng. K. md.14 ile, engellilere yönelik olarak işe başvuru ve alım aşamaları da dahil olmak üzere, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı açık şekilde düzenlenmiştir. Ancak buna aykırılığın caydırıcı yaptırımını tanımlanmamıştır. Bu da temel yasa yapma tekniğine aykırılık dışında uluslararası yükümlülöklere ve AY ile tanımlanan devletin pozitif yükümlölüğüne de aykırılık oluşturmuş, kanunun bahsi geçen hükümleri iyiniyet beyanından öteye geçememiştir. İstatistiki veriler de bunu yaklaşık olarak göstermektedir.²³⁸

Engellilerin topluma kazandırılması noktasında pozitif ayrımcılık araçlarının sıklıkla uygulanması gerekmektedir.²³⁹ Engellilerin karşılaştığı en büyük problemlerden bir tanesini, belki de en ciddisini toplumsal entegrasyon oluşturmaktadır. Örneğin işverenlerin engelli çalıştırma yükümlölüğünü çoğunlukla yardımcı işlerle geçiştirmeye çalıştıkları veya cezası ne ise ödeyerek, engelli birey çalıştırmaktan kaçındıkları gözlenmektedir²⁴⁰. Bu noktada, cezaların caydırıcı olmadığı anlaşıldığı gibi, caydırıcılıktan uzak yaptırımların engellilerin toplumla temasını da büyük ölçüde kesmesinde önemli bir araç olduğu da açıktır. Olması gereken, kanaatimizce, engelli bir bireyin yapabileceği bir iş söz konusu olduğunda ve engelli olmayan birey ile aynı koşullara sahip olduğunda (örneğin yabancı dil, örneğin hukuk faköltesi diploması) engelli birey lehine pozitif ayrımcılıkla, engelli bireyin tercih edilmesi, gerekirse bunun için işe alım zorunlulukları dışında teşvik mekanizmalarının geliştirilmesidir. Unutulmamalıdır ki, engelle başa çıkmanın en önemli araçlarından bir tanesi, engelli olmayanlarla eşit şartlarda yaşayabilmektir. Burada kastedilen elbette ki maddi eşitliktir, tek başına şekli eşitlik değildir. Bunun sağlanmasının yolu da, engelli olarak

²³⁸ İstatistikler, kesin veri içermese ve veri havuzu tartışmaya açık olduğu için, oranların daha yüksek olduğunu düşünüyor olsak da, bu haliyle de oldukça olumsuzdur. Güncel verilere göre (en son 2016 yılı için yayınlanan istatistik) engelli bireylerin %80,4'ü çalışmamakta, 19,6'sı çalışmaktadır. Bu çalışan %19,6'lık kesimin 20,6'sı ise, ücretsiz ev işçisi olarak istatistiğe yansımaktadır. Yani ücretli, kendi hesabına veya işveren olarak çalışan oranı aslında reelde yaklaşık %16'ya tekabül etmektedir. Bununla birlikte, kadına karşı ayrımcılık bu istatistiklerden de anlaşılmaktadır. Bahsi geçen, 19,6'lık oranın aslında yaklaşık üçte biri kadındır. Çalışan engelli kadınların, %40'ı ücretsiz ev işçisidir. Yani, çalışan engelli bireyler içinde oran yaklaşık 5'te 1'e kadar düşmektedir. Bir başka ifadeyle, reelde çalışan 5 engelliden sadece 1 tanesi kadın engellidir. (bkz. TÜİK istatistikleri http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1068 e.t.: 12.07.2019)

²³⁹ Dilek Baybora, "Çalışma Hayatında Özürlöklere Karşı Ayrımcılık", **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 2010/51, s.264.

²⁴⁰ Bkz.: Baybora, a.g.m., s.241,243.

tanımlanan bireyleri, farklı, görmemek, toplumun eşit bir bireyi olarak algılamak ve imkan ve fırsatlardan eşit şekilde yararlanılabilmesi için onlar lehine düzenlemelerin yapılmasından geçmektedir.

Bir hukuk bürosuna işe alım örneğini düşünelim²⁴¹. Aynı yetkinliklere sahip iki avukat adayından, öncelikle engelli olmayan adayın işe alımının yapılacağı neredeyse kesindir. Bu noktada, toplumla temas aşamasında engelli olmayan bireyin şansının daha yüksek olduğunu, alternatif alanlarda işe alım şansının daha yüksek olduğu düşünüldüğüne göre, engelli bireyin eşit şartlarda yarışmasının sağlanması ancak kendisine pozitif ayrımcılık yapıldığı hallerde mümkün olacaktır.

Tüm bunların yanı sıra, doktrindeki bir görüşe göre²⁴², engellilik tanımının pozitivist olarak yapıldığı durumların kendisi de başlı başına ayrımcılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, görüşü açıklayan Tanay'ın da öz olarak belirttiği üzere *ülkemizde engelli olarak tanımlanmak için %40 beden gücü kaybına ihtiyaç bulunmaktadır ve mesela sürekli kas hastalığı olan ancak engeli %39 olarak tanımlanmış bir kişinin, engelli olarak kabul edilmediği, ancak bu şekilde hareketlerinin yavaşlamış olduğu gerekçesiyle ayrımcılığa maruz kaldığında, pozitif olarak engelli kabul edilmediği iddiası ile korumanın dışında bırakılmasının kabul edilebilir bir yanı yoktur. Buna göre, önemli olan, oran v.b. olmaksızın herhangi bir engeli, örneğin aksaması olan kişinin sırf bu nedenle işe alınmadığı durumda ayrımcılığın da gerçekleştiğini kabul etmek gerekir*. Bahsi geçen görüşlere aynen katıldığımızı ifade edelim.

5. Analık, Gebelik (ve Doğum), Babalık

Gebelik ve doğum sonucu olan analık, en temel haklardan üreme hakkını oluştururlar. Gebelik durumunun mevcudiyeti, kadının kendi rızası (rahim tahliyesi) olmadığı sürece değiştirilemez özelliklerdendir. Analık hali ise, meydana geldikten sonra geri alınamaz bir statü olup, getirdiği yükümlülüklerden kaçınmanın medeni hukuk ve ceza hukuku anlamında karşılığı vardır. Bununla birlikte, hamile veya doğum

²⁴¹ Uygulamadan detaylı örnekler için bkz. Tanay, **a.g.e.**, s.142-145.

²⁴² Tanay, **a.g.e.**, s.130-131.

yapmış işçiye farklı muamele edilmesi, işten uzaklaşması için taciz edilmesi, ya da doğrudan işten çıkarılması, tartışmasız olarak birer ayrımcılık halidir.

Cinsiyet ayrımcılığı ile oldukça paralel seyreden, gebelik ve analık durumlarında ayrımcılık için, §3,I/B’de detaylı açıklamalar yapıldığından burada tekrar edilmemiştir.

Mevzuatta, kadın işçilere özel düzenlemelerin pozitif ayrımcılık anlamında yer almasının yanı sıra, gebelik ve doğum ile sonrasında analık hali de ayrıca korunmaktadır. Bu korunmada, örneğin doğum izinlerinin süreleri tartışmaya açık olmakla birlikte, kadın işçiler lehine çokça hükmün bulunduğunu söylemek mümkündür. Çalışma kapsamında ilk elden belirtilmesi gereken, İş K. md.5/III, md.5/V’dir. Bunların yanı sıra, İş K. md. 74, İş K. md.18 de kadın işçileri ve gebelik ile analık durumlarını koruyan düzenlemelerdir.²⁴³

Bu kategori altında, teorik de olsa sayılması gereken aslında babalık hali de bulunmaktadır. Her ne kadar kanunda ayrımcılık kategorilerinden olarak, babalık hali ayrı bir durum olarak sayılmamışsa da, İş K. md.5’e göre, “diğer sebeplerden” kabul edilmesi gerekir. Ancak bu teorik ayrımın, toplumsal cinsiyet rolleri ile birlikte düşünüldüğünde pratikte bir karşılığının olması pek mümkün değildir. Bir işçinin, baba olması dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalması oldukça istisnai olarak söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, sadece teorik olarak, babalık halinin de ayrımcılık yasakları kapsamında korunacağını belirtmekle yetinelim.

6. Sendikal Olma ya da Olmama

Sendikal ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda, ayrımcılık tazminatının ağırlaştırılmış hali gündeme gelmektedir. Sendikal ayrımcılık için özel bir tazminat türü belirlendiğinden ve sendikal tazminata ilişkin açıklamalarda bu konuya aşağıda değinildiğinden²⁴⁴ burada ayrıca açıklanmamıştır.

²⁴³ Hatice Duygu Özer, “*Karar İncelemesi: Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/2, s.134.

²⁴⁴ §4, II/A,5.

7. Sözleşmesel

İş hukuku bakımından, işçinin belirli ya da kısmi süreli iş sözleşmesine tabi olarak çalışıyor olmasının da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasakları bağlamında korunması İş Kanunu gereğidir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesi ve kısmi süreli iş sözleşmesi kanunun lafzi gereği doğrudan koruma altındadır. Ancak, ayrımcılık sebepleri, eşitlik ilkesi başlığı altında sınırlı sayıda sayılmamış olduğundan, diğer sözleşmesel statüler de (örneğin mevsimlik veya çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi) eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları kapsamına, mahiyetleri uygun düştüğü ölçüde tabidirler.

Belirli süreli iş sözleşmesi, İş Kanunu md.12’de düzenlenmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin belli bir olgunun ortaya çıkması, projenin bitmesi veya belirlenmiş bir süreye bağlı olarak, sözleşme taraflarının sözleşmenin ne zaman sona ereceğini bildikleri iş sözleşmesi türünü ifade eder.²⁴⁵

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, sıklıkla vurgulandığı şekilde, haklı, objektif ve meşru bir sebep olmaksızın farklı muameleye tabi tutulması, İş K. md.5/II ve İş K. md.12/I uyarına eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir. Örneğin işveren, daha düşük iş güvenliği önlemleri ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların çalışmasını isteyemeyecek ya da fazla çalışmayı sadece belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara yaptırılamayacaktır.²⁴⁶ Ancak, kıdeme bağlı koşullarda çalışılan süreye göre orantılama yapılabilecek olsa da, sadece belirli süreyle çalışıldığı gerekçesiyle kıdeme bağlı haklardan yararlandırılmasına engel olunamayacaktır.²⁴⁷ Buna karşılık, TİS ile getirilen, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan sendikalı dahi olsa işçilerin bir takım menfaatlerden yararlandırılmamasına yönelik hükümler geçersiz olacaktır.²⁴⁸

²⁴⁵ Belirli süreli iş sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Serkan Ayan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.54, S.5., s.431-487.

²⁴⁶ Ayan, *a.g.m.*, 461.

²⁴⁷ Ayan, *a.g.m.*, 462.

²⁴⁸ Tuncay, “Eşit Davranma”, Soru-Cevap, s.43.

Kısmi süreli iş sözleşmesi, çalışma süresinin, Kanunda belirlenmiş haftalık çalışma süresinden önemli ölçüde daha düşük kararlaştırıldığı iş sözleşmelerini ifade eder.²⁴⁹ İş Kanunu’nda bu “önemli ölçüde daha düşük” sürenin ne kadar olduğu düzenlenmemiştir ancak Çalışma Süreleri Yönetmeliği md.6’da bu süre, haftalık çalışma süresinin 2/3’ü yani 30 saat ve altı olarak tespit edilmiştir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, İş K. md.5/II ve İş K. md.13/II uyarınca farklı muamele edilmesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir.

II. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULMADAN ÖNCE VE KURULDUKTAN SONRA AYRIMCILIK

A. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULMADAN ÖNCE (İŞE ALIMDA) AYRIMCILIK

İşe alım aşaması, bir iş sözleşmesinin kurulmadan önce, işverenin aradığı nitelikleri tespit ve ilan etmesinden başlayarak, işçiye çeşitli yollarla tespit etmesini, seçmesini ve seçtiği adaylarla iş sözleşmesinin imzalanması anına kadar geçen süreci ifade eder.²⁵⁰ Genellikle de, işçi adayı ve işverenin karşılıklı olarak görüşmelerinden ve özellikle işverenin işçi adayı hakkında, çeşitli vasıtalarla topladığı bilgilerden sonra vereceği karara göre iş sözleşmesi kurulacak ya da kurulmayacaktır.²⁵¹ İşe alımda ayrımcılık²⁵² ilan aşamasından başlayarak, adayla görüşme, işe kabul ya da ret kararı

²⁴⁹ Kısmi süreli iş sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Muzaffer Koç/İbrahim Görücü, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/1, s.149 – 178; M. Halis Karaman, “Karar İncelemesi: 4857 Sayılı İş Kanunu m.13, Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s. 272 v.d.

²⁵⁰ İş hukuku bakımından sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların yükümlülükleri ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz.: Betül Erkanlı, **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Programı, İzmir 2013.

²⁵¹ Manfred Rehinder; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev.: Ömer Teoman, **İÜHFM**, C. XLV, S.1-4, s. 746 v.d.

²⁵² Örneğin, işe alım aşamasında kadın işçilerin işverenlerce neden tercih edilmek istenmediklerine ilişkin olarak kendi tarihsel dönemindeki bir takım sebeplere dair görüşler için bkz. Esener, **a.g.e.**, s. 176; Tuncay, “Eşit Davranma”, Soru-Cevap, s.42.

verme süreçlerinin hepsinde veya belli kısımlarında söz konusu olabilir. İlan aşaması, işverenin ihtiyaç duyduğu pozisyona ilişkin belirlediği nitelikleri kamuya ilan ettiği evredir²⁵³. İlan aşaması, iş sözleşmesinin yapılması bakımından ilk önemli adımı oluşturmaktadır²⁵⁴. Bu çeşitli araçlarla yapılabilir. Önemli olan, adayların, işverenin, bir pozisyon için işçi aradığını öğrenebilmesidir. İlan aşaması söz konusu olmadan, işverenin işçiye ulaştığı durumlar da söz konusu olabilir. Bu noktada, ilandan başlayarak (hatta ilan öncesinde işverenin nitelik değerlendirmesi yaparken dahi) işe alımın her aşamasında ayrımcılık meydana gelebilir. Şu hususa dikkat çekilmelidir ki, daha işe alımın da ilk aşamasını oluşturan ilanlardaki ayrımcılık, hem yayın olarak kamuya ilan niteliği itibariyle ilgili ilgisiz geniş kitlelere ulaşabilmekte, hem de daha sözleşmenin kuruluşu gerçekleşmeden ortaya çıkan bir yapısal durum olması itibariyle oldukça yaşamsal bir ayrımcılık aşamasını oluşturur²⁵⁵.

Türkiye iş hukuku bakımından İş K. md.5 hükmünün, işe alım aşamasında da koruma sağlayıp sağlamadığı tartışılmaktadır. Hemen ifade edilmelidir ki, doktrinde baskın görüş, md.5 hükmünün, 6. fıkra düzenlenmiş yaptırımını işletecek şekilde işe alım aşamasında bir koruma sağlamadığını ancak culpa in contrahendo kapsamında işçi adayının talepte bulunabileceğini savunmaktadır.²⁵⁶

İş K. md. 5/IV, açıkça, işe alımda sadece cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını belirtmektedir. Ancak, hukukun genel ilkelerinden olan eşit davranma ilkesinin işe alım aşamasında da bir koruma yaratacağını, özellikle ayrımcılık yasakları bakımından söylemek mümkündür²⁵⁷. Eşit davranma borcuna, işe

²⁵³ İşe alım ilanlarında ayrımcılıkla ilgili, İngiltere ve Türkiye karşılaştırmasına yönelik bir çalışma için: Elif Şeşen, **Gazetelerde Yayımlanan İş İlanlarında Ayrımcılık ve Fırsat Eşitliği: Türkiye ve İngiltere Karşılaştırması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üni. SBE, Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı, Ankara 2006.

²⁵⁴ Ertürk, **Temel Haklar**, s.61.

²⁵⁵ Şeşen, **a.g.e.**, s.8.

²⁵⁶ Ertürk, **Temel Haklar**, s.66; Tuncay, *“İrk ve Etnik Köken”*, s.767; Doğan, *a.g.m.*, s.201; Tuncay, *“Eşit Davranma”*, s.34,35; Yuvalı, **a.g.e.**, s.177,180.

²⁵⁷ Çağla Erdoğan, *“İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”*, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, 2. B., Edt. Gülriz Uygur/Nadire Özdemir, Seçkin Yay., İstanbul 2019, s.437; Aykaç, *a.g.m.*, s.60; Yıldız, *“Ayrımcılık Yasağı”*, s.220, 223; Yıldız, *“Eşit İşlem”*, s.229. Nitekim Danıştay, bir işe alım aşaması olan, MTA’ya mühendis alım şartları arasında mühendisler için “erkek” koşulu getirmesini oy çokluğu ile iptal etmiştir (**Danş. 12. D. E. 2004/4382 K. 2006/539 T. 22.2.2006**). Karara, esas itibariyle katılan, usule ilişkin karşı oy yazan üye, TMMOB’un dava açma ehliyetine ilişkin *“davacı birliğin, üyelerinin*

alım aşamasında, ayrımcılık yasaklarına kıyasla görece esnek yaklaşılması ve işverenin seçim yetkisinin ayrımcılık yasaklarındakine göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, ayrımcılık yasaklarının ise, işe alımda uygulanabilir hale getirilmesi önemli ve gerekli²⁵⁸; eşit davranma borcuna temkinli yaklaşmak gerekir²⁵⁹. Şöyle ki, işverenin eşit durumdaki iki adaydan birini seçerken dahi, birine daha farklı muamelesi söz konusudur. Haliyle, eşit davranma borcunun işe alım

hak ve menfaatleri arasında birliktelik olmayan, mensuplarının ortak çıkarlarını zedelemeyen, bir kısım üyelerinin lehine bir kısmının aleyhine sonuç doğuracak şekilde tercih kılavuzundaki koşula karşı subjektif anlamda dava açma ehliyeti bulunmamaktadır” gerekçesiyle usul yönünden karşı çıkmıştır Karşı görüşe, hukuki her hangi bir tartışmaya girmeksizin, metodolojik olarak katılmak mümkün değildir. Karşı oy bildiren üyenin, Mühendis kadrosuna sadece kadın işçi alınacak olmasının, Davacı TMMOB’un, kadın üyeleri aleyhine ama erkek üyeleri lehine bir düzenleme olmasından hareketli subjektif dava açma ehliyetinin olamayacağını belirtmesi oldukça çelişkilidir. Çünkü, hukuken kabul edilebilir olmayan bir düzenlemenin (erkekler lehine de olsa) bir “lehe durum/hak” yarattığını ileri sürerek dava ehliyeti olmaması gerektiğini ifade ederken, mühendis kadrosuna sadece erkeklerin alınmasına yönelik idari işlemin ayrımcılık nedeniyle iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmek çelişki oluşturmaktadır.

²⁵⁸ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.67,68 Karş. Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.246 (Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. Bir sonraki dipnotu).

²⁵⁹ Gülmez, ayrımcılık yasağının ve eşit davranma borcunun bölünemez iki ilke olduğundan, bu görüşe karşı çıktığını ifade etmektedir (Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.247). Aynı zamanda da, iş ilişkisinin, şekli anlamda iş sözleşmesinin imzalandığı andan itibaren kurulduğunun kabul edilemeyeceğini, işçinin biçimsel olarak iş sözleşmesi kurulmadan önce de eylemli olarak çalışırken korunduğunu belirtmekte (s.246) ve aksi görüşleri ayrıntılı şekilde irdeleyerek neden katılmadığını açıklamaktadır. Gülmez, aynen, “... iş ilişkisi, işe giriş aşamasını da içerir. Bunun tersini yani, iş ilişkisinin ancak imzalanarak kurulmasından sonraki evreleri kapsadığını düşünmek, bu ilişkinin içeriğinin ayrımcılık yasağının korumadan yoksun olarak...” demektedir. Görüldüğü gibi Gülmez, iş ilişkisini, iş sözleşmesinin eylemli olarak kurulduğu aşama şeklinde ele almaktadır. Gülmez, iş ilişkisi kavramının işe alımı da kapsadığını belirtirken, işçinin fiilen çalışmaya başlamış olmasını kastettiği anlaşılmaktadır. Aksi görüştekiler ise, iş ilişkisinin kurulmasını yine işçinin fiilen çalışmasına bağlamakta, biçimsel olarak iş sözleşmesinin imzalanması gibi bir yaklaşımla iş ilişkisinin başlayacağını ifade etmemektedirler. İş sözleşmesi, işçinin “imza” atmadan çalışması halinde de biçimsel ve hukuki olarak kurulmuş olmaktadır. Buna göre, iş ilişkisinin fiilen kurulmuş olması ile birlikte, eşit davranma borcunun başlayacağına dair doktrinde bir tartışma yoktur. Bunun için, iş sözleşmesinin imzalanması gibi bir koşul yoktur, çünkü istisnalar dışında iş sözleşmesinde şekil yoktur. İstisnalar da, (örneğin belirli süreli iş sözleşmesi) ispat şeklidir. İş ilişkisinin geçerliliğini (başka bir sözleşme tipi, örneğin vekalet sözleşmesi iddiası gibi olasılıklar dışında) tartışmaya açmaz. Buna karşılık, iş ilişkisinin doktrinde kabul edildiği şekilde, ancak eylemli ya da biçimsel olarak iş sözleşmesinin kurulduğu andan önce, sözleşme görüşmelerinde borcun varlığı ya da yokluğu esaslı tartışma konusudur. Bizce, iş ilişkisi deyimi, sözleşmenin biçimsel ya da Gülmez’in belirttiği gibi eylemli olarak kurulduğu anı ve sonrasını değil, iş sözleşmesinin görüşmeleri aşamasını da içine alan daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Keza, fesih bakımından da aynı durum söz konusudur. İş sözleşmesinin bildirimli olarak feshedildiği ve bildirim süresinde işçinin çalıştığı durumlarda, sözleşmenin, haliyle tarafların borçlarının sona erdiği anın fesih anı olduğunu ileri süren bir görüş tespit edebildiğimiz kadarıyla yoktur. Sözleşmenin fiilen sona erdiği ana kadar tarafların borçları, haliyle işverenin ayırım yasaklarına ve eşit davranma borcuna uygun hareket etme yükümlülüğü devam etmektedir. Gülmez’in, iş ilişkisinin eylemli olarak kurulmadan önceki, iş görüşmeleri aşamaları bakımından görüşünü net olarak makaleden çıkaramamakla birlikte, makalenin toplamındaki görüşlerden ve bağlamından, işe alım aşamasının da md.5 koruması altında olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür diye düşünüyor ve bu yönüyle Gülmez’in görüşüne katılıyoruz.

aşamasındaki etkisini, her olayın somut koşuluna tabi tutmak ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile keyfiyet bakımından değerlendirmek gerekir, fakat bu, borcun mutlak olacağı anlamı taşımaz. Bununla birlikte de, doğaldır ki kategorik olarak farklı davranmayı yasaklayan ayrımcılık yasakları kapsamında, etnik, dini, ideolojik v.b. kategorik nedenlerden kaynaklanırsa, bu durumda ayrımcılıktan söz edilebilecektir ve yasak olmalıdır. Ayrımcılık yasaklarına ilişkin istisnai durumlar olarak, objektif haklı neden ve eğilimli işletme hususları burada da geçerlidir.

İşe alım aşamasında ayrımcılık, işe alınacak işçinin seçiminde ortaya çıkabileceği gibi, ayrımcılık niteliği taşıyacak şekilde ilanlarda ve işçiye yöneltilecek sorularda da ortaya çıkabilir. İşverenin, ayrımcı davranışlarına ilişkin bir algı elde edebilmek bakımından soracağı bir takım sorular da bu anlamda ayrımcılığın görüntüsü oluşturabilme ihtimaline sahiptir. Birkaç örnekle durum açıklanmaya çalışılacaktır. Sözgelimi, bir işveren açıkça, Roman vatandaşları işletmesinde çalıştırmayacağını beyan edebilir. Bu zaten açık bir ayrımcılık biçimidir. Buna karşılık bunu ilan etmese de, kişinin etnik kökeni hakkında, işle ilgisi olmayan durumlarda, bilgi almasını yarayacak doğrudan veya dolaylı sorular sorması da ayrımcılık teşkil eder. Örneğin, işveren doğrudan Müslümanları işe almayacağını ilan etmese de, kişinin namaz kılop kılmadığını sorması gibi. Tersî örnek de aynı şekilde ayrımcılıktır ve geçerlidir, bir işveren sadece Müslümanları, hatta politik olarak muhafazakarları işe almak istediğı için, kişiye okuduğı gazeteleri sorarsa, işverenin istemediğı gazeteleri okuyanlara ayrımcılık yapmış olacaktır. Bu sorular belli bir saik ve amaçla soruldukları için sadece adayı tanımak için sohbet etmek olarak algılanamaz. Bu aşamada, işe alım ile ilgili sorular konusuna biraz daha değinilmesi gerekmektedir.

Eşyanın tabiatı gereğı, işveren, işçi hakkında bir fikri olmasına yarayacak sorular sorabilir ancak bu edinilecek bilgi mutlaka alımı yapılacak pozisyona ilişkin bir fikir vermesi bakımından işe yarayacaksa işçi adayının soruları cevaplaması²⁶⁰, daha doğru bir ifadeyle doğru şekilde cevaplaması, yalan söylememesi ya da esas bilgiyi gizlememesi gerekir. Yani, işçinin doğru cevap verme veya cevap verme yükümlülüğü

²⁶⁰ Erkanlı, **a.g.e.**, s. 52.

ancak, geçerli sorular bakımından söz konusudur.²⁶¹ Örneğin, Hatay yemekleri yapan bir restoran, çıraklık sürecini Hatay’da geçirmiş bir usta aşçı talep ediyor olabilir. Bu durumda, işçinin çıraklık eğitimini hangi şehirde aldığına dair bir soruya doğru cevap verilmesi gerekir. Ya da, bir defile takvimine sahip olan ve buna göre bir planlama yapan moda evi, işe alımını gerçekleştireceği kadın işçinin hamile olup olmadığını bilmekte haklı bir faydası vardır.

İşle ilgisi olmayan, daha doğru bir ifade ile başvuru pozisyon ve yapılacak işle ilgili olmayan soruların sorulması hukuka aykırı olduğu gibi; sorulması halinde işçi bunlara cevap vermeyebilir²⁶². İşverenin, işçisi adayına soramayacağı bir soruyu, referans olarak gösterilen veya işveren kendi imkanları ile tespit ettiği üçüncü kişilere de sorması evleviyetle hukuka aykırıdır²⁶³. İşverene, ayrımcılık yasağı getirilmesine karşılık, sorulacak soruların sınırlanmamasının sorun oluşturacağı, ayrımcılık yasağının işe alım aşamasında geçerli kabul edildiği anda, sorulabilecek soruların sınırlandırılması gerekeceği açıktır. Çünkü, bu sorular işveren açısından ayrımcılık yapılacak aracı ve kategori tanımlamış olacağından, sorulamayacak soruların sorulmasına izin verildikten sonra, işçi işe alınmadığı takdirde korunmasının ayrımcılıkla mücadele için etkisinin düşük olacağı ortadadır²⁶⁴. Önemli olan, ayrımcı muamelenin cezalandırılması/bir yaptırıma bağlanmasından öte, bunların yasak sınırlarının açık şekilde tanımlanıp engellenebilmesidir.

Yukarıda ifade edilen, işçinin sorulan sorulara cevap vermeme hakkını biraz açmak gerekir. Burada “cevap vermeme”yi, lafzi olarak değerlendirmemek gerekir. İşçinin, bir soruya cevap vermeme hakkı varsa, yanıltıcı cevap verme hakkının da olduğunun kabulünü gerektirir çünkü, hayatın olağan akışında, işçi adayının kendisine sorulan bir soruya “buna cevap vermeme hakkım var ve kullanıyorum” dediğinde, işe

²⁶¹ Rehbinden, *a.g.m.*, s.757, 758.

²⁶² Ertürk, **Temel Haklar**, s.64; Erkanlı, **a.g.e.**, s.52.

²⁶³ Ayşe Merve Belge, “Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlali ve Korunması Yolları”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s.1034.

²⁶⁴ Ertürk, **Temel Haklar**, s.65.

alınmayacağı neredeyse kesindir²⁶⁵. Bu nedenle işçi adayının bazı soruları cevaplamama hakkının tanımlanmış olması lafzi olarak cevap vermeme hakkı olarak kabul edilirse, bir anlam taşımaz²⁶⁶. Belirttiğimiz şekilde, işçi adayının sorulara cevap vermeme hakkı olan durumlarda, yanıltıcı cevap verme hakkının da olduğunu kabul etmek gerekir²⁶⁷. Çünkü işçi, kişilik haklarına yapılan saldırıya karşı kendini korumaktadır²⁶⁸. Tek başına bir çözüm getirmeyecek olmakla ve cevap vermeme hakkını tanımakla birlikte, sorulamayacak soruları veya ilan kriterlerini açık şekilde belirlemek, ayrımcılık oluşturacak ibareler ile soru kategorilerini yasaklamak nesnel düzenleme için bir adımdır. Ancak, ilan kriterlerinde ayrımcı ifadelerin yasaklanması da, sosyokültürel olarak da ayrımcılıkla topyekûn mücadele araçları ile birlikte değerlendirilmezse, yine tek başına çok da anlamlı olmayabilir²⁶⁹.

Tüm bunların yanında, işverenin, makul, objektif, hakkaniyetli, haklı bir gerekçesi olduğu durumlarda, işveren farklı muamelede bulunabilecektir²⁷⁰ yani işe alımda bir kategorik tercihte bulunması ayrımcılık olarak nitelenemeyecektir. Zaten bunun aksi durum da, yani her türlü koşulda tüm işçilere aynı davranılması da eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi, işin niteliği gereği yapılan bazı makul ayrımların da ortadan kaldırılması demek olacaktır ki, bu da gerçeklikle bağdaşmayacaktır. Örneğin, bir Japon Restoranında aşçının Japon olmasının istenmesi makul olacağı gibi, Martin Luther King'in canlandırılması için de siyahi bir aktörün tercih edilmesi makul bir gerekçe olacak ve ayrımcılık teşkil etmeyecektir²⁷¹. Ancak, işin niteliği gereği verilen bu örneklerde, işle ilgisi olmayan alanlarda farklı muamele yapılamayacaktır. Örneğin, Kore restoranında bulaşıkçının belli bir ırktan olması²⁷² ya da Martin Luther King ile ilgili filmin çekiminde, kameramanın belli bir ırktan seçilmesi, işle ilgili olmadığından ayrımcılık oluşturacaktır. Buna göre de, denilebilir ki, işverenin objektif, haklı,

²⁶⁵ Benzer yönde Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.299.

²⁶⁶ Erkanlı, **a.g.e.**, s. 53, 51, 58.

²⁶⁷ Erkanlı, **a.g.e.**, s.58, Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.299.

²⁶⁸ Rehbinden, *a.g.m.*, s.758.

²⁶⁹ Şeşen, **a.g.e.**, s.80.

²⁷⁰ Nazlı, *a.g.m.*, s. 576, dnt.19, 20'de sayılan Yargıtay kararları.

²⁷¹ Zeytinoglu, "*Ayrımcılık Yasağı*", s. 180.

²⁷² Zeytinoglu, *a.y.*

meşrulaştırılabilir bir menfaate dayanan ve işle ilgili ayrımları eşit davranma borcuna veya ayrımcılığa aykırılık oluşturmaz. ²⁷³ Önemli olan işverenin keyfi ayrım yapmamasıdır ²⁷⁴. Diğer yandan, işveren dini kurum ²⁷⁵, cinsel yönelim ile ilgili bir dernek, siyasi parti gibi, belli bir görüşe yönelik faaliyet gösteren eğilimli işletme söz konusu olduğunda, işletmenin niteliğiyle ve yapılacak işle doğrudan ilgili olmak kaydıyla bu hususlara ilişkin olarak soru sorulabilecektir ²⁷⁶. Farklı muameleyi haklı kılan sebepler, bu farklı muameleyi yapma yönünde tercihte bulunacak işverenin, tanımlayıcı sorularını da ayrımcı olmaktan ve haliyle sorulamaz sorular kategorisinden çıkaracaktır. Ancak, işletmeyle bağlantılı bir işyeri de olsa, çalışanların eğilime ilişkin olarak kamuoyu tarafından görülemeyen yardımcı iş ve işlemlerde, örneğin komünist bir gazeteyi basan matbaadaki işçiler açısından siyasi eğilime yönelik olarak soru sorulamamalıdır ²⁷⁷. Soru sorulamıyorsa buna ilişkin bir ayrım da yapılamamalıdır.

İşe alım ilanlarında bir objektif ve bilimsel temele dayanıp dayanmadığı anlaşılmayan yaş ve cinsiyet belirten koşullar özellikle ayrımcılık olarak görülebilmektedir. Örneğin, bir hukuk bürosu ilanında “erkek” veya “kadın” belirtilerek seçim kriterinin daraltılmasının işin doğası ile açıklanması mümkün olamayacaktır ²⁷⁸.

²⁷³ Bu konu yukarıda, korunan kategorik gruplara ilişkin “kapsam” itibariyle yapılan açıklamalarda da değerlendirilmiştir. Bkz. §3, I/B

²⁷⁴ Nazlı, *a.g.m.*, s.575; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s. 21. Kandemir/Yardımcıoğlu, bu hususta işverenin, “haklı nedenler olmadıkça işçileri arasında keyfi ayrım yapamayacağını” (*a.y.*) belirtmektedirler. Burada bir yazım hatası olduğunu düşünüyoruz. Yoksa, cümleden işverenin, haklı nedenler varsa keyfi ayrım yapabileceği anlamı çıkacaktır ki, yazarların makalesinin bağlamı dikkate alındığında böyle bir görüşü ileri sürmüş olmaları olası gözükmemektedir. İşveren, keyfi ayrım yapamaz. Haklı nedenler varsa da, ayrım keyfi olamaz. Bir başka deyimle, haklı neden söz konusu olduğunda, ayrımın keyfi olduğu ileri sürülemez, bu iki niteleme aynı anda ve birlikte bulunamaz. Haklı neden, keyfiyeti ortadan kaldırır.

²⁷⁵ Erkanlı, *a.g.e.*, s.59.

²⁷⁶ Sevimli, *a.g.e.*, s.185; Rehbinder, *a.g.m.*, s.754; Ertürk, **Temel Haklar**, s.72; Dulay Yangın, “*Dini Sembol*”, s.2068; Eğilimli işletme için bkz.: §2, III/C-5.

²⁷⁷ Baysal, *a.g.e.*, s.116.

²⁷⁸ Tuncay, bir hukuk bürosuna işe alımda “İstanbul Hukuk mezunu avukat” gibi bir ibarenin ayrımcılık ya da eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir (Tuncay, “*Eşit Davranma*”, Soru-Cevap, s.47). Bu görüşe tam olarak katılmıyoruz. Mezun olunan bir okulun ilanda belirtilmesi veya seçimde tek başına dikkate alınması (yani diğer tüm nitelikler eşitken sadece okul farkına göre işlem) ancak yapılacak işle seçilmesi tercih edilecek okulun arasında doğrudan ve objektif bir ilişkinin kurulabilmesine bağlıdır, sübjektif bir algıya dayanmamalıdır. Örneğin, bir hukuk bürosu, işle ilgisini kurabildiği ölçüde hukuk lisans eğitiminde psikoloji dersi almış olan adayları tercih etmek isteyebilir. Bunu sağlayan da belli üniversiteler varsa, işe alım aşamasında başvuracak adayları baştan eleyerek zaman tasarrufu etmek isteyebilir ve bunları belirtebilir. Ancak yine de, bu özel koşulu vurgulamak

Öte yandan, bir iç giyim firmasının kadın iç giyim için kadın, erkek iç giyim için erkek mankenlerle çalışmak istemesi ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyecektir. Burada önemli olan, işverenin eylem, davranış ve konu özelinde seçimini, haklı ve meşru bir nedenle açıklayıp açıklayamadığıdır. Aynı şekilde, itfaiyeci alımı yapılacaksa, belli bir yaşa kadar olan adayların seçilmesi üstündekilerin alınmaması işin gereğidir.

İşe alım sürecinde ve özellikle mülakatlarda gerçekleşen ayrımcılığın ispatı hukuki olarak oldukça zor olmaktadır. Kayıt altına alınmayan görüşmelerin sonrasında tercihin ayrımcılık kaynaklı olarak başka bir aday lehine yapıldığını çoğu zaman adayların dahi anlaması kolay olmamaktadır. Ancak, özellikle kadın adayların evli olup olmadığının, çocuk düşünüp düşünmediğinin bir soru olarak sıklıkla sorulduğu da bilinmektedir. Burada ‘toplumsal cinsiyet rollerinin’ oldukça etkili olduğu ise ortadadır. Kadının çocuğunun olması, çocuğun bakım sorumluluğunun salt kadın olduğuna dair toplumsal cinsiyet odaklı yaklaşımın sonucu, çocuğun varlığının ya da yeni evli olmanın bir süre sonra performansı düşüreceği önyargısını oluşturmaktadır.

Kadın işçiye işe alım aşamasında, cinsel hayatı veya erkeklerle ilişkisi hakkında sorular sorulamaz. Bu soruların işin yürütülmesi ile ilgisi yoktur. Kural olarak kadın işçiye hamilelik veya evlenme ile ilgili sorular da sorulamaz²⁷⁹. Bu soruların sorulabilmesinin yolu ancak, yapılacak iş ile hamileliğin bağdaşmaması olabilir. Örneğin radyasyon tehlikesi içeren işler ya da pilotaj eğitimi alacak kadın işçi açısından bir süre hamilelik planlamayan bir kadın işçinin seçilmesinde işverenin makul bir yararı

(hukuk lisans eğitimi sırasında psikoloji dersi almış olmak gibi), okul ismi zikrederek (X Üniversitesi Hukuk Fakültesi gibi) ilan verilmesinden daha doğru olur. Öte yandan, örneğin, bazı üniversiteler, ön lisansta alınan hukuk derslerini, hukuk lisans programlarında sayabilmekte ve bazıları 2., 3., sınıftan itibaren başlatabilmektedirler. Bu şekilde bir eğitimle mezun olan adayı “bir serbest hukuk bürosu tercih etmek istemeyebilir mi sorusu” tartışmaya açıktır. Ancak, bu konuda bir netliğe ulaşamadığımızdan şimdilik bir görüş açıklamamayı tercih ediyor, tartışılması gereken hususa işaret etmekle yetiniyoruz. Burada son olarak bir hususa daha işaret etmek gereklidir. Belli üniversitelerin, örneğin dil eğitimleri, oldukça ileri düzeyde olup, bu üniversitelerden mezun olanların, mesela Boğaziçi Üniversitesi’nden mezun olanların, ileri düzeyde İngilizce bildiği kabul edilir. İleri düzeyde İngilizce bilgisi arayan bir işletme, salt bu nedenle Boğaziçi Üniversitesi mezunlarının başvurabileceğini belirten bir ilan yayınlarsa bu ayrımcılık oluşturur. Çünkü pek ala, başka üniversiteden mezun olmuş ve bir şekilde ileri düzeyde İngilizce bilen adaylar da mutlaka mevcut olacaktır.

²⁷⁹ Ertürk, **Temel Haklar**, s.69; Sevimli, **a.g.e.**, 153; Savaş Taşkent/Dilek Kurt, “*Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması*”, **Çalışma ve Toplum**, 2014/1, s.36

olabilir²⁸⁰. Burada önemli olan nokta, sorulan soruların veya işe alımda yapılacak tercihin doğrudan ve objektif (ve elbette toplumsal cinsiyet rollerinden bağımsız) bir şekilde işle ilişkisini kurabilmektir²⁸¹. İşle ilişki doğrudan kurulamıyorsa ya da bu ilişki sübjektif bir nitelik taşıyorsa (“hamile kadın işçinin verimi düşer”²⁸² gibi bir inanışa sahip işverenin ya da işe alım yetkilisinin varlığı gibi), o zaman bu soruların sorulması işçinin kişilik haklarına saldırı teşkil edecektir²⁸³. Tüm bu kapsamda, mutlak yasak olarak ise, kadın işçiden hamilelik testinin istenemeyeceği, işverenin işle ilgili olması durumunda sadece soruyu sorabileceği bunun belgelendirilmesini talep edemeyeceği açıkça ifade edilmelidir.²⁸⁴ İspat konusunda yaşanacak sıkıntıların çözümünde, işverenin işe alım sürecinde tercihini belirleyen nedenleri objektif ve haklı kılabilir şekilde ortaya koyması yükümlülüğü değerlendirilebilir. Bu bir ispat yükü değişikliği anlamı taşıyacağından, dikkatli ele alınması gereken, ancak sağlıklı bir denetim mekanizması ile gerçek anlamda ayrımcılıkla mücadele araçlarından biri olma potansiyeli taşıdığına bir denge kurularak çözüme gidilmesi gerekmektedir.

²⁸⁰ Yuvalı, **a.g.e.**, s.175; Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.765, İşle ilgili ölçüde gebelik ile ilgili soru sorulabileceği hususunda bkz. Erkanlı, **a.g.e.**, s.62 ve orada anılan yazarlar. Ayrıca, Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s. 34. Tuncay, Pilotaj yerine hosteslik örneğini vermektedir. Burada, spor antrenörlüğü ve mankenliği de saymaktadır. Ancak, spor antrenörünün işten gebelik süresince uzak kalması ihtimali ile makine mühendisinin işten uzak kalma süreleri bakımından bir fark olsa da, yine de bu ikisinin seçiminin mankenlik gibi estetik sebeplere dayandığını düşünüyoruz. Bu nedenle, radyasyon örneğine aynen katılmakla birlikte, hosteslik ve spor antrenörlüğü hususlarının, sınırlarının çok net tanımlanması, salt estetik sebeplerin eşit davranma borcuna aykırılık bakımından bir haklı sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu tartışmaya açıktır. Aynı şekilde, sınırı tanımlanamayan noktalarda sözleşme özgürlüğü değil işçi lehine yorum yapılması gereği, konunun tartışmaya açık olduğuna işaret etmektedir. Nitekim, son dönemlerde yerleşik estetik algıların dışında hareket etmeye çalışan pek çok büyük moda şirketinin de, estetik konusunu tartışmaya açtığı görülmektedir. Gereçekleri itibariyle yükselen toplumsal cinsiyet karşıtı hareketlerle çatışmama arzusunun ön planda olduğunu ve asli olarak toplumsal cinsiyet rolleriyle mücadele, endüstriyel toplumun oluşturulmuş estetik algılarını reddetme, kadın bedeninin meta olarak kabul edilmemesi gibi sebeplere dayanmadığını, bir stratejinin ürünü olduğunu düşünüyor olsak da, büyük moda şirketlerinin bu eğilimleri ve tercihlerinin sonuçları itibariyle bir algı değişikliğini de kendiliğinden getirme ihtimali göz ardı edilmemelidir.

²⁸¹ Keser, benzer görüşle bir adım ötede, işveren gebelik durumunu sormasa bile, işçinin bunu açıklamakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Hakan Keser, “4857 Sayılı İK’na Göre işverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinden Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, **Kamu-İş**; C.7, S. 3/2004, s.29. Aynı yönde, Taşkent/Kurt, *a.g.m.*, s.29.

²⁸² Örneğin Yuvalı, hamileliğin veya muhtemel hamilelik planının, kadın işçinin performansını düşüreceğini, verimi azaltacağını belirtmekle birlikte, hamilelik ile ilgili soruların cinsiyet ayrımcılığı teşkil edeceğini de kabul etmektedir (Yuvalı, **a.g.e.**, s.173,174).

²⁸³ Bu konuda cinsel yönelimle ilgili bir örnek için bkz.: Çala Erdoğan, *a.g.m.*, s.440, dnt.21.

²⁸⁴ Ertürk, **Temel Haklar**, s. 71.

Buraya kadar yaptığımız açıklamaların tamamının, yukarıda kapsam başlığında saydığımız, cinsel yönelim, etnik köken, dil, din, siyasi düşünce, engellilik, sendikacılık gibi konular için de aynen geçerli olduğunu, İş K. md.5/III²⁸⁵, IV ve V'in, sadece gebelik ve cinsiyet açısından değerlendirilmemesi gerektiğini, işe alım aşaması bakımından da tüm mutlak ayırım yasaklarını kapsar şekilde genişletilmesi gerektiğini düşünüyoruz²⁸⁶. Haliyle, “*cinsiyet yada gebelik nedeniyle farklı işlem yasağı öngören 3. fıkra, “iş ilişkisi” teriminin somut içeriğinin saptanmasında, karşıt kavram yorumu için değil, iş ilişkisinin işe almayı da içeren bir kavram olduğunu saptamak için göz önüne alınmalıdır*” şeklindeki Gülmez'in²⁸⁷ görüşüne aynen katılıyoruz. Buna bağlı olarak da, ayrımcılık tazminatı bizce her ne kadar işe alım aşamasını kapsadığını, “iş ilişkisi” niteliğinin özel olarak iş sözleşmesine vurgu yapmadığını, kanun koyucunun md.5'i ihdas ederken kapsamını sözleşme ile sınırlı tutmak istese bunu açıkça yazacağını, iş ilişkisi derken işe alımı da kastettiğini, madde gerekçesinin de buna işaret ettiğini, bu nedenle işe alımda md.5 ihlalinin, ayrımcılık tazminatı yaptırımını gerektireceğini ve iş mahkemesinin görevli olması gerektiğini düşünüyor olsak da, mevcut düzenleme tereddüt yaratmakta ve işveren açısından da hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, İş K. md.5'in ilan aşaması da dahil olmak üzere işe alımlar (ve tüm iş ilişkisi süreci) için caydırıcı ve bağlayıcı bir hüküm haline getirilmesi gerekmektedir²⁸⁸.

Son olarak, İşçinin sözleşmesel statüsüne dayalı olarak işe alım aşamasında ayrımcılık söz konusu olmayacağını belirtmek gerekir. Bu durum, teknik olarak mümkün değildir çünkü kurulmamış bir sözleşmesel ilişki kapsamında işe alım aşamasının tartışılması takdir edilir ki anlamsızdır. Bu nedenle, işe alım aşamasında oluşabilecek ayrımcılık hallerinin, işçinin değiştiremeyeceği veya değiştirmesi

²⁸⁵ “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

²⁸⁶ Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.67; Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s. 760; Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s., Erkanlı, **a.g.e.**, s.100; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.18, Çağla Erdoğan, *a.g.m.*, s.437.

²⁸⁷ Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.245.

²⁸⁸ Gülmez, a.y., Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 414.

beklenemeyecek özellikleri açısından ele alınması gerekmektedir, sözleşme türü açısından değil.

B. İŞ SÖZLEŞMESİ KURULDUKTAN SONRA VE FESİHTE AYRIMCILIK

1. İş Sözleşmesi Devam Ederken Ayrımcılık

İş sözleşmesi kurulduktan sonra, işveren sözleşme süresi boyunca eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasaklarına uygun davranmakla yükümlüdür. Bu kapsamda işveren, işçinin ırkı, dini, dili, etnik kökeni, cinsiyeti, rengi, sendikalı olup olmaması, mezhebi, belirli süreli ya da kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı çalışıyor olması gibi nedenlerle, dezavantajlı veya daha az avantajlı uygulamalarda bulunamayacaktır. Bu ayırım yasaklarını oluşturur. Öte yandan işveren, iş sözleşmesinin devamı süresince, işçileri arasında eşitliği bozacak şekilde eylem ve işlemlerde bulunamayacaktır. Bu da eşit davranma borcunun gereğidir.

İşverenin yönetim ve talimat ilişkisi kapsamında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Yukarıda, §2, III/C’de ve alt başlıklarında detaylıca incelendiği gibi, işveren yönetim yetkisini kullanırken eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi ve objektif haklılaştırılabilir nedenler olmadıkça farklı uygulamalar geliştirmemesi gerekir²⁸⁹.

İşveren, iş ilişkisinin devamı esnasında, yönetim yetkisini kullanırken ve işin düzenlenmesinde ayrımcılık yasağına uygun davranmakla ve eşit borcuna uymakla yükümlüdür.²⁹⁰

²⁸⁹ Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.21; Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.68; Tunçomağ/Centel, *a.g.e.*, s.136; Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”, *SİCİL*, Y.1, S.4, 2006, s.5,6.

²⁹⁰ Mavi Yaka- Beyaz Yaka ayırımının haklı bir ayırım nedeni olarak kabul edilemeyeceği hakkında bkz.: “İş mevzuatında beyaz yakalı işçi mavi yakalı işçi ayrımı bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışanlar arasında fazla çalışma ve bayram genel tatil ücretleri bakımından farklı oranların uygulanması İş Kanunu’nun 5. maddesine aykırılık oluşturur.” **Yarg. 9. H.D.**, 23.9.2014 T, 2012/36446 E., 2014/27623 K.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, *a.g.e.*, s.730’da Yargıtay’ın görüşüne katılmaktadır. Kararı eleştiren bir inceleme için bkz. Erdem Özdemir, “Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile

İşveren, bir çalışma koşulu değişikliği oluşturan, uygulamada “nakil” olarak anılan, işçinin fiilen iş gördüğü işyerini değiştirme yetkisini ve sözleşmede tanımlanmışsa hakkını kullanırken de eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasaklarına uygun davranmakla yükümlüdür.²⁹¹ Yani işveren, bazı işçilerin işyerlerinin değiştirilmesi gerçekten ve objektif olarak gerekse dahi, ayrımcı bir şekilde nakil yetkisini kullanarak, işyeri değiştirilecek işçileri belirleyemeyecektir. Belirlemesi halinde, İş K. md.22’deki prosedüre uyulmuş olsa bile, işlem İş K. md.5 kapsamında ayrımcılık ve/veya eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. İşlem salt eşit davranma borcuna aykırılık oluşturuyorsa, md. 22 kapsamında değişiklik işlemi hükümsüz olacak ve değişiklik feshine gidilemeyecektir. İşlem aynı zamanda ayrımcılık teşkil ediyorsa, ayrımcılık tazminatı da diğer koşulların varlığı ile birlikte gündeme gelecektir. İş güvencesinden yararlanamayan işçiler bakımından ayrıca, koşulları varsa kötü niyetle fesih hükümlerine başvurulabilecektir. Bu konuya aşağıda değinilmiştir²⁹².

İşveren yönetim yetkisine giren konulardan, ücretlendirmelerde, objektif haklı bir nedene dayanarak farklılık yaratabilir.²⁹³ Farklı kıdem, liyakat, işe bağlılık gibi bir takım kriterler ile, işçinin bildiği yabancı dil sayısı geçmiş çalışma yaşamındaki deneyimleri gibi konular da ücret farklılığını haklı kılacak niteliktedir yani işveren orantılı ve haklı bir amaç izlemişse, bir başka deyişle davranışını haklılaştırabildiği ölçüde eşit davranma borcunu ve ayrımcılık yasaklarını ihlal etmiş olmayacaktır²⁹⁴. Aynı şekilde, yapılacak zamlarda da objektif haklı nedenler ile işçiden kaynaklanan bir takım özellikler, örneğin bir işçinin buluş yapması gibi durumlarda, zam oranı da

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?, (karar incelemesi), **Sicil**, Y.2015, S.33, s.45-55. Özdemir, “fazla çalışma ücretlerinin mavi yaka personel bakımından arttırılarak uygulaması, mavi ve beyaz yaka ücretlendirme sistemlerindeki temel işlevsel farklılıklar dikkate alındığında objektif açıdan haklılaşmakta ve bu durum işverenin eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmemektedir. Aynı şekilde, beyaz yaka işçilerin ücretlerinin mavi yaka çalışanlara göre yüksekliği, yaratılan farklılığın ölçülülüğü bağlamında da işveren lehine son derece güçlü bir argüman sağlamaktadır” diyerek, Yargıtay’ın bu kararının uygulama bakımından olumsuz sonuçlar doğuracağını, konunun çağdaş insan yönetimi çerçevesinde ele alınarak sonraki içtihatları etkileyecek ilkesel nitelikte olmaması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir (a.g.m., s.54)

²⁹¹ Baycık, “Nakil Yetkisinin Denetimi”, s. 494.

²⁹² §4, II.

²⁹³ Nazlı, a.g.m., s.577; Kandemir/Yardımcıoğlu, a.g.m., s.22.

²⁹⁴ Süzek, “Eşit Davranma”, s.27; Nazlı, a.g.m., s.575; Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.67; Yıldız, “Orantılılık İlkesi”, s.688.

farklılaştırabilecektir. Ancak işveren, objektif bir performans değerlendirme sistemine göre zam skalalarını belirlediği durumlarda, aynı performans puanına sahip iki işçi arasında zam oranları bakımından bir farklılık yaratamayacaktır²⁹⁵. Bunun aksi, aynı durumda olan işçilere farklı muamele kapsamında olacaktır, ki bu durum da, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder.

İşverenin yaptırım yetkisini kullanırken de eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerektiği, gerek Yargıtay kararlarında²⁹⁶, gerekse doktrinde kabul edilmektedir.²⁹⁷ Ancak, burada önemli olan örneğin kavgaya karışmış veya usulsüz işlem yapmış kıyaslanabilir iki işçinin kusur durumlarının da değerlendirilmesini gerektirecek etkili bir soruşturmanın yürütülmüş olması ve borcun mutlak olmadığının kabulü gereğidir. Aksi durumda, kavgaya karışma örneğindeki şekilde, iki işçinin de kusur durumları dikkate alınmadan yaptırımda mutlak eşitlik öngörülürse, bunun sonucu da eşitsizlik olacaktır. Aynı örnekten devam edersek Kavgaya karışmış işçilerden, daha kusurlu olanın daha alt düzeyde yaptırıma maruz bırakılması, daha az kusurlu olanın daha ağır bir yaptırımla karşılaşmış olması eşit davranma borcuna aykırıdır.²⁹⁸ Aynı şekilde, farklı kusur derecelerine sahip iki işçiden ikisinin de iş sözleşmesinin feshedilmesi de, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek, daha az kusurlu olanın aleyhine aynı ağır işlem hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca bu örnekler aynı zamanda birer kötü yönetim örneğidir. Dikkat edilirse bu örnek tek başına ayrımcılık değildir, eşit davranma borcuna aykırılıktır. Ancak, örnek olsun, hırsızlık yapmış iki işçiden, Roman olan işçinin iş sözleşmesi feshedilirken, diğer işçiye aylıktan kesme cezası verilmesi, sıklıkla devamsızlık yapan iki işçiden gebe olanın iş sözleşmesinin sona erdirilmesi örneklerinde ise, kusur durumları ve eylemlerin aynı olduğu durumda böyle farklı bir muamele ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecektir.²⁹⁹ Kusur

²⁹⁵ Tuncay, “Eşit Davranma”, Soru-Cevap, 49,50.

²⁹⁶ Örneğin, **Yarg. 7. H.D.**, 25.04.2016 T, 2016/13286 E., 2016/9203 K. (www.kazanci.com).

²⁹⁷ Tuncay, “Eşit Davranma”, s.30.

²⁹⁸ Doğan Yenisey, “İki Yargıtay Kararı”, s.63. Doğan Yenisey, iş sözleşmesinin feshinde mutlak bir eşit işlem borcu olmadığını, ancak işverenin yönetim yetkisinin dürüstlük kuralına uygun kullanması için bir sınırlandırma aracı olarak kullanılması gerektiğini belirtmektedir. (“İki Yargıtay Kararı”,s. 65).

²⁹⁹ Aynı yönde ve cinsiyet temelli ayrımcılık açısından verilen bir örnek için bkz.: Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s.265, 266.

durumları farklı olduğunda, işçinin salt Roman olması dolayısıyla yaptırma ya da daha ağır bir yaptırma maruz bırakılması da aynı sonucu doğurur. Çünkü, Romanların hırsızlık yaptıklarına dair, hiçbir kanıtlanabilir rasyonel veri içermeyen bir kalıp yargı vardır ve genellenmiş olumsuz önyargı ile birlikte, veya gebe işçinin işveren tarafından gereksiz bir işçilik maliyeti olarak görülmesi nedeniyle, ya da hiçbir gerekçe olmasa dahi böyle olumsuz farklı muamele sonucuna, daha açık ifade etmek gerekirse ayrımcılığa yol açmaktadır. Yani, nitelik olarak işçinin öznelliğinden farklı şekilde, kategorik bir gruba mensubiyeti dolayısıyla işverenin farklı yaptırım uygulaması, ayrımcılık teşkil edeceğinden, evleviyetle eşit davranma borcuna da aykırılık oluşturmaktadır.

İş sözleşmesinin devamı esnasında, objektif ve hakkaniyetli olan; kanuna ve sözleşmeye aykırı olmayan³⁰⁰ belirli kriterlere göre (örneğin TİS'te hüküm varsa sendikalı olmak³⁰¹) işverenin verdiği sosyal yardımlar bakımından, bu kriterleri karşılayan işçilerle karşılamayan işçiler arasında ayırım yapılması doğal olarak eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. Ancak, aynı kriterleri karşılayan çalışanlar arasında farklı uygulama yapılamaz, burada mutlak bir eşit davranma borcu vardır.³⁰² İşçiler arasında, farklı uygulama yapılırsa, bu muamele herhangi bir kategorik grupla ilişkilendirilmeden işverenin keyfi ayrımı kapsamındaysa eşit davranma borcuna aykırılık, farklı muamele işçinin mensubu olduğu kategorik gruptan, örneğin siyasi düşüncesi ya da sendikalı olup olmamasından, kaynaklanırsa ayrımcılık oluşur. Sosyal yardımlar, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden kaynaklanıyorsa ve hak kazanmanın koşulu gerçekleştiyse, işveren sözleşmeye veya eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasaklarına aykırı gruplandırma yapamaz, uygulama başladıktan sonra ayrıca

³⁰⁰ Örneğin belirli süreli iş sözleşmesi bir kriter değildir.

³⁰¹ Keser, *a.g.m.*, s.25; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.21.

³⁰² Süzek, **İş Hukuku**, s.447; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.21, Doğan Yenisey, *a.g.m.*, s.68; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.268. Yıldız, sosyal yardımlar konusunda, işverenin sağladığı sosyal yardım koşullarının objektif olarak başka işçilerce de karşılandığı durumlarda, işverenin iyilik ya da yardım gibi saiklerinin dikkate alınmayarak, işlemin objektif şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe katıldığımızı ifade edelim.

kriterler getiremez ve bu şekilde bir işçinin sosyal yardımlardan yararlanması engellenirse eşit davranma borcuna aykırılık oluşur.³⁰³

Yine işverenin ayrımı haklılaştırabileceği objektif bir neden olmadan belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarla belirsiz süreli çalışanlar arasında, kısmi süreli çalışanlarla tam zamanlı çalışanlar arasında ayrım yapılamaz. İş K. md.5, 12, 13’de bu hususlar açık şekilde düzenlenmiştir.

İşveren iş sözleşmesi devam ederken ve sona ererken yukarıda örnekleri verildiği gibi pek çok aracı kullanarak eşit davranma borcuna veya ayrımcılık yasaklarına aykırı hareket edebilir. Normatif olarak tamamı her ne kadar açıkça düzenlenmemiş olsa da, bu saydığımız hususların tamamı, doğrudan ayrımcılık, ayrımcılık talimatı, dolaylı ayrımcılık³⁰⁴, bağlantılı ayrımcılık halleri için de geçerlidir.

Keza, özel olarak mevsimlik işlerle ilgili İş Kanunu’nda bir düzenleme bulunmasa da, işverenin mevsimlik işçi kategorisindeki işçilere eşit davranmakla yükümlü olduğu Yargıtay’ca kabul edilmektedir.³⁰⁵

Tüm açıklamalarla birlikte, belirtilmelidir ki, işverenin, özel koruyucu düzenlemelerle farklı uygulamaya gittiği durumlarda, yani pozitif ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda meydana gelen farklı uygulamalar, ayrımcılık yasaklarına ve eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez.

Son olarak, geçici iş ilişkisi ile çalışan işçiye eşit davranma borcu konusundan söz edilmesi gerekmektedir. Geçici iş ilişkisi ile çalışan işçi ile geçici işveren arasında bilindiği gibi bir emir ve talimat ilişkisi bulunmaktadır. Bu noktada da talimat ilişkisinin ve yönetim yetkisinin bulunduğu göre, geçici işverenin geçici işçiye eşit davranma borcu altında olduğunu söylemek mümkündür. İş K. md.7/X a göre, geçici iş ilişkisi ile

³⁰³ Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.22; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.270; Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s.148.

³⁰⁴ Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.69-74.

³⁰⁵ **Yarg. 9. H.D.**, T. 22.03.2004 E.2003/17019 - K. 2004/5660 (Bektaş Kar, “*Mevsimlik İş*”, **SİCİL**, Y.1, S.4, 2006, s. 73).

istihdam edilen işçiye, aynı iş için doğrudan çalıştırılacak işçilere sağlanan koşullardan daha düşük istihdam koşulları sağlanamaz.³⁰⁶

2. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ayrımcılık

İş K. md.5/VI hükmü, “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” işverenin ayırım yasaklarına aykırı davranması açıkça yasaklanmıştır.³⁰⁷ Bir başka deyişle, ayrımcılık yasağını oluşturacak şekilde işçinin din, dil, ırk, cinsiyet gibi kategorik gruba mensubiyeti dolayısıyla iş sözleşmesinin feshedilmesi mutlak olarak yasaktır yani işveren iş sözleşmesinin feshinde de ayrımcılık yasaklarına tabidir.³⁰⁸ Ancak, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu altında olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır ve bir görüş birliği yoktur. Bir kısım yazarlar, iş sözleşmesinin feshinde, *işverenin eşit davranma borcu altında olduğunu*³⁰⁹, bir kısım yazarlar *çok sınırlı şekilde eşit davranma borcu yasağı kapsamında olduğunu ve değerlendirmenin kötü niyet keyfilik kapsamında yapılması gerektiğini veya işverenin eşit davranma borcu altında olmadığını*³¹⁰ ileri sürmektedirler³¹¹.

İşverenin iş sözleşmesinin devamı esnasında, eşit davranma borcu altında olmadığını ileri süren görüşlerin neredeyse tamamı, *feshe gerekçe konuya dahil işçilerin tamamının işten çıkarılmasını ya da tamamının çalıştırılmaya devam etmesi şeklinde yorumladıklarına, ancak iş sözleşmesinin devamında eşit davranma borcuna ilişkin*

³⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Dilek Dulay Yangın, “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler”, **SİCİL**, 2017/38, s.112-124; Zeytinoğlu, “Geçici İş İlişkisi”, s.128.

³⁰⁷ Erhan Birben, “İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları”, **DEÜHFD**, C.8, S.2, 2006, s.22,23; Sadece Gebelik ve cinsiyet durumları için uygulanabileceği hakkında bkz. Çelik, “Fesihle Eşit Davranma”, **SİCİL**, Y.1, S.4, Y. 2006, s.6, Süzek, “Eşit Davranma”, s.30; Gülmez, “Aykırı Düşünceler”; Ahmet Soyacan, **İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinin Sonuçları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İst. Tic. Üni. SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2013, s. 69.

³⁰⁸ Süzek, “Eşit Davranma”, s.30; Aykaç, *a.g.m.*, 71,73; Yuvalı, *a.g.e.*, s.205.

³⁰⁹ Karaman, *a.g.m.*, s.273; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s. 30; Tuncay, *a.g.e.*, s.213; Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s.263; Yıldız, “Orantılılık İlkesi”, s.690,691; Süzek, **İş Hukuku**, s.452, Doğan, *a.g.m.*, s.192, 194,196.

³¹⁰ Tunçomağ/Centel, *a.g.e.*, 147; Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.69; Soyacan, *a.g.e.*, s. 68,69, Doğan Yenisey, “İki Yargıtay Kararı”, s. 64-65; Çelik, “Fesihle Eşit Davranma”, s.5,6; Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, *a.g.e.*, s.421, 539.

³¹¹ İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığına ilişkin doktrindeki görüşler ve Yargıtay uygulaması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Aykaç, *a.g.m.*, s.78-95.

yapılan açıklamaların fesih aşamasında da geçerli olacağına, yani, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcundan söz ederken, aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı davranılmasının eşitlik ilkesinin bir gereği olduğuna dair, Yıldız'ın görüş ve eleştirilerine aynen katılıyoruz³¹².

İşverenin iş sözleşmesinin feshinde ayırım yasaklarına mutlak uyma yükümlülüğü bir kenara bırakılırsa, eşit davranma borcu bakımından da aynı durumda olan işçiler için aynı işlemi yapması, farklı durumda olanlar için farklı işlem yapması ancak bunu kötude birleşme şeklinde uygulamaması gereği açıktır³¹³. Aynı şekilde işveren işlemi, keyfi ve objektif iyi niyet kurallarına aykırı olmamalıdır³¹⁴. Önemli olan, işverenin farklı bir muamelesi söz konusuysa, örneğin kavgaya karışmış iki işçiden birinin çalışmaya devam etmesine imkan tanırken diğerinin iş sözleşmesini feshetmesini objektif, haklı bir gerekçeye dayandırıp dayandıramadığıdır.³¹⁵ İşveren keyfi davranıyorsa, eşit davranma borcuna aykırılık vardır. İşveren keyfi davranmadıysa, işlemi makul gerekçelerle ve adalet temelinde açıklayabildiyse zaten eşit davranma borcuna aykırılık yoktur. Haliyle, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun bulunmadığı ancak fesih hakkının kullanımının sınırını keyfilik ve kötü niyetin oluşturacağını belirten görüşler de keyfiyeti kabul etmemektedirler³¹⁶. Aslında bu noktada ileri sürülen görüşlerin ayırımının teorik olduğu, pratikte sözleşmenin feshine ilişkin yapılacak denetimin adalet ilkesini içereceği ölçüde eşit davranma borcunu da kapsayacağını söylemek mümkündür³¹⁷.

³¹² Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s. 264-270.

³¹³ Doğan Yenisey, “Orantılılık İlkesi”, s.982; Tuncay, “Eşit Davranma”, s.28, Soru-Cevap, s.47.

³¹⁴ Aykaç, a.g.m., s.110,117.

³¹⁵ Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s.264 v.d. , Süzek, “Eşit Davranma”, s.30,31; Doğan Yenisey, “İki Yargıtay Kararı”, s.65 aksi yönde Yuvalı, a.g.e., s.205.

³¹⁶ Doğan Yenisey, “İki Yargıtay Kararı”, s.64,65; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.423 ayrıca bkz. **Yarg. 9. H.D.**, 11.09.2006 T., 2006/18576 E., 2006/21357 K. (Kamu İş Bülteni, 2007, S.53, s.22’den akt. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.y.).

³¹⁷ Yıldız, “Ayrımcılık Yasağı”, s.264,269,270; Birben, a.g.m., s.22; Süzek, “Eşit Davranma”, s.31. Mevsimlik iş bitmeden, bir kısım işçinin iş sözleşmelerinin askıya alınmasının fesih olarak kabul edilmesi gerektiği ve eşit davranma borcuna aykırı olduğu hakkında bkz. **Yarg. 9. H.D.**, T. 22.03.2004 E.2003/17019 - K. 2004/5660 (Kar, aynı yer).

Doktrinde bir görüş ve Yargıtay bir takım kararlarında, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını tespit etmekle birlikte, feshin salt bu nedenle geçersiz sayılamayacağını ve geçerli nedeni ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir³¹⁸. Eşit davranma borcuna aykırılık halinin kendisi bir keyfiyet taşıdığından ve “*keyfilik denetimi*”nin işverenin eylem ve işlemleri için dikkate alınması gereken temel bir sınırlama olmasından hareketle Yargıtay’ın bu görüşüne katılmıyoruz³¹⁹.

Tüm bunların kapsamında, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranmakla yükümlü olduğu ifade edilebilir. İşverenin iş sözleşmesini feshedilecek işçiyi seçerken, keyfi davranamayacağı, mutlaka sözleşmesi feshedilmesi gereken birden fazla işçi bulunuyorsa, bunlar arasında bir seçim yaparken eşit davranma borcuna uygun davranma, karşılaştırılabilir bir başka işçi olmasa bile, ayırım yasakları kapsamında da, haklı veya geçerli nedene dayanan objektif bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilememesi gereğinden söz etmek mümkündür³²⁰. İş güvencesinden yararlanmayan işçilerin iş sözleşmeleri, ayrımcı olarak sona erdirilmişse, ayrımcılık evleviyetle kötü niyet teşkil ediyor olacaktır. Ayrımcılık teşkil etmeyen eşit davranma borcuna aykırılık ise somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Buna göre, işveren sözleşmesi feshedilecek işçiyi belirlerken, öncelikle işçiden kaynaklanan nedenle mi fesih yapıyor yoksa işyerinden veya işletmeden kaynaklanan nedenlerle mi fesih yapıldığını belirlemek gerekir. İşletme/işyeri gereği yapılan fesihler bakımından, işverenin ayrımcılık yasağına tabi olacağını söylemek mümkündür³²¹. Sözleşmenin feshi işçiden kaynaklanan nedenlerle gerçekleştiriliyorsa, eşit davranma borcunun varlığı için birden fazla işçinin bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekecektir. Eğer, işçiden kaynaklanan nedenle fesih söz konusu ise, ancak karşılaştırılabilir bir başka işçi ya da işçi grubu yok ise, işverenin burada eşit davranma borcunun bulunduğunu ileri sürmenin manası olmayacaktır. Ancak, işçiden

³¹⁸ Aykaç, *a.g.m.*, s.103; **Yarg. 9. H.D.**, 16.04.2018 T., 2018/3244 E., 2018/8685 K. (www.hukukmedeniyeti.org)

³¹⁹ Yıldız, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.269; Öztürk, *a.g.m.*, 1829, Süzek, 509.

³²⁰ Yıldız, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s. 265; İş Sözleşmesinin feshinde Md.5’in uygulanabilmesi için de her koşulda birden fazla işçinin bulunması gerektiğine dair karş.: Çelik, “*Fesih Eşit Davranma*”, s.5,6.

³²¹ Aykaç, *a.g.m.*, s.112.

kaynaklanan nedenlerle fesihte, aynı durumda birden fazla işçi bulunuyorsa, işverenin burada eşit davranma borcu gereği olarak da yaptığı işlemin denetlenmesi gerekecektir. Burada tekrarlamak pahasına dile getirilmelidir ki, ayırım yasaklarının söz konusu olduğu durumda, karşılaştırılabilir bir emsal işçiye ya da işçi grubuna ihtiyaç duyulmayabilir³²². Tekil işlemde dahi ayrımcılık yasağına aykırılık doğabilir. Örneğin yeni kurulmuş bir işletmede, henüz tek bir çalışan olacaksa ve kadınların kişilerin işe alınmayacağı ilanda ifade edilmişse, erkeklerin işe alımlarının beklenmesine gerek yoktur³²³.

İşverenin, işletmeden, işin veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshi söz konusu olduğunda, burada işverenin kanaatimizce hareket etmesi gereken nokta, aynı durumda olan işçilerden birini diğerine neden tercih ettiğini objektif ve haklı bir gerekçeyle açıklayabilir olması gereğidir.³²⁴ Yani işverenin keyfi bir niyetten ziyade objektif kriterler oluşturmuş olması ve iş sözleşmesi feshedilecek tüm işçilerde bu kriterleri objektif olarak uyguladığı durumda, bizce incelenecek nokta, bu belirlenmiş makul ve objektif kriterlerin gerçekten objektif şekilde uygulanıp uygulanmadığı noktasında olmasıdır³²⁵. Belirlenmiş kriterlerden işverenin ayrıldığı noktada bu ayrımı haklı gösterecek haklılaştırılabilir; bir açıklaması yoksa eşit davranma borcuna aykırı davranılmış olacaktır. İşverenin, bu kriterleri objektif olarak uyguladığı durumlarda ise eşit davranma borcu kapsamında bir incelemeden ziyade geçerli neden denetimi yeterli olacak, zaten bu inceleme ile birlikte eşit davranma borcu incelemesi de gerekirse yapılabilir. Bir başka ifadeyle, fesih, işverenden kaynaklanıyorsa, işverenin sözleşmesi feshedilecek işçiyi veya işçileri seçerken, bizzat işverence oluşturulmuş objektif kriterleri esas alıp almadığına bakılmalıdır. Kriterleri

³²² Ertürk/Gürsel, *a.g.m.*, s.432; Aykaç, *a.g.m.*, 58;.

³²³ Avrupa ayrımcılık hukuku bakımından da, aslında emsal kişiye ihtiyaç duyulduğu ancak, pek çok kararda emsal kişi meselesinin tartışmaya dahi açılmadığı ifade edilmiştir (**Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El kitabı**, s.23), devamında ise, emsal kişi tespitine ilişkin karar örnekleri verilmiştir (s.23-25). Karşılaştırma metodolojisine ilişkin örnekler için bkz. Doğan Yenisey, “*Orantılılık İlkesi*”, 979-981 ve ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz. “*Orantılılık İlkesi*”, s.984 v.d..

³²⁴ Süzek, “*Eşit Davranma*”, s.31.

³²⁵ “... bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir.” **Yarg. 9. H.D.**; 12.02.2015 T., 2015/1199 E., 2015/6314 K. (www.kazanci.com).

esas almış ve aynı durumdaki tüm işçilere uygulamışsa, eşit davranma borcunun gereği yerine getirilmiştir. Kriterleri esas almış ama haklı neden olmadan bir kısım işçiye kriterleri uygulamadan seçim yaptıysa, aynı durumda olanlara farklı davrandıysa eşit davranma borcunun ihlali söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalarımız, geçerli nedenle fesihte, haklı nedenle fesihte, işçilere uygulanacak fesih içeren ya da içermeyen yaptırımlar³²⁶ ile uygun düştüğü ölçüde askı hallerine karar verilecek işçilerin seçimi ile, askı süresindeki edimlere de uygulamak mümkündür.

III. İŞYERLERİNDE AYRIMCILIK ARAÇLARINA ÖRNEKLER

A. TACİZ

1. Taciz

Taciz, işyerinde psikolojik tacizi ve cinsel tacizi de kapsayacak çerçeve bir kavram olarak, en genel ifade biçimiyle, bir kimsenin istemediği bir davranış biçimi geliştirerek o kişiyi rahatsız etme eylemdir³²⁷. Bu eylem biçimi, şakalar, ısrarlı aramalar, küçük düşürücü, iğneleyici söylemler, cinsel, ya da fiziksel olarak kişinin iradesini ortadan kaldırmaya yönelik her türlü eylem ve işlemi içerir. Bu yönüyle tacizin en genel haliyle geliştiği durumlarda, cinsel ve psikolojik tacizin kavramdan çekildiği anda geriye kalan her türlü rahatsız edici, küçük davranış taciz olarak ele almak mümkündür. Taciz, psikolojik ve cinsel tacizi de kapsayan daha genel bir kavramdır.

İşyerlerinde sıklıkla karşılaşılan taciz, bir kişinin, taciz davranışları da kişinin mensubu olduğu kategorik gruba dayandığında ayrımcılığın bir görüntüsünü, ya da ayrımcılık araçlarından birisini oluşturur. Özellikle kadınlara veya eşcinsellere yönelik,

³²⁶ Konuyla bağlantılı olarak bkz. yukarıda §3, II/B-2.

³²⁷ Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.227.

cinsellik içermeyen ancak rahatsızlık verici küçük düşürücü, söz, eylem ve işlemler genel manada taciz olarak ele alınabilir³²⁸ ve bir ayrımcılık davranışıdır.

Taciz, yukarıda belirtildiği gibi, kategorik gruba mensup bir kişiye veya kişi hedef alınmasa bile kategorik gruplardan birine yöneldiği anda, ayrımcılık davranışına dönüşmekte, ayrımcılığın bir aracı haline gelmekteyken, kadınları ya da farklı cinsel yönelimleri hedef aldığı anda, tacizin kendisi ayrımcılık haline bürünmektedir³²⁹. Bu anlamda, bir ayrımcılık türü/aracı olarak taciz, kategorik gruplardan birisine mensup olan bir kimsenin, onurunu çiğneyen, veya bunu amaçlayan, yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici her türlü davranış veya böyle bir ortamı oluşturan davranışlardır.³³⁰ TİHEK md. 2/I-j de tacizi paralel şekilde düzenlemektedir. Tacizin ayrımcılık olabilmesi için bulunması gereken koşul, taciz sonucuna yol açan eylem veya davranışın, kişinin mensubu olduğu kategorik grup nedeniyle gerçekleştirilmiş olması gereğidir. Bu anlamda, ayrımcılık teşkil eden taciz davranışları için ayrımcılık niyeti aranmaz, taciz sonucunun meydana gelmesi için kişinin taciz kastında bulunmasına gerek yoktur, sonucun onur kırıcı etki doğurması yeterlidir.³³¹

Taciz davranışında, tacizci, tacize maruz kalan kişinin iradesini doğrudan hedef almaktadır. Bu şekilde, taciz ettiği kişiyi uysallaştırmakta veya bir başkasına göz dağı vermekte, ya da taciz edilen kişiye istediğini yaptırmak için bir araç olarak kullanmaya, ona geri adım attırmaya çalışmaktadır. Bunların hepsi, cinsel amaçla gerçekleştiğinde cinsel taciz ortaya çıkmakta, bu cinsel taciz işyerinde veya iş ilişkisinin verdiği kolaylıkla gerçekleştiğinde de işyerinde cinsel taciz olgusu ortaya çıkmaktadır. Bu konuya aşağıda değinilmiştir.

Taciz davranışının özel olarak bir kişiye yönelmesine gerek olmayıp, örneğin işyerinde cinsel yönelimlere ilişkin olarak aşağılayıcı ifadeler kullanılıyorsa, heteroseksüel olmayan bir kişiye yönelik bir ayrımcılık, taciz yoluyla gerçekleştirilmiş

³²⁸ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.276.

³²⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.270.

³³⁰ AB Irk Ayrımcılığı ve İstihdamda Eşit Eşit Muamele direktiflerinde tanım bu şekildedir: Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s.57.

³³¹ Pir Ali Kaya, a.y.

olacaktır. Taciz için özel bir suç tipi düzenlenmemiş olmakla birlikte, cinsel düzeyde olmayan tacizlerde, kişileri huzur ve sükunu bozmak suçu gündeme gelebilir. Taciz, ayrımcılık teşkil eden diğer eylemlerle birlikte, suçun tipe uygun eyleminin gerçekleştiği durumlarda, ayrımcılık suçunu da oluşturur.

Ceza hukuku anlamında değerlendirmeler, her ne kadar çalışmanın sınırlarını aşacak olsa da, özet olarak, cinsel taciz niteliğinde olmayan taciz davranışlarının da ayrıca yasal düzenlemeye kavuşturulması, işyerinde psikolojik taciz düzeyine ulaşanlar için de ayrı bir düzenleme ya da taciz suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmesi gerektiği söylenebilir.

2. Cinsel Taciz

Cinsel taciz ise, cinsel bir saikle bir kimsenin rahatsız, iğreti edilmesi, küçük düşürülmesi veya cinsel imalar içerecek şekilde cinsel özgürlüğüne saldırı oluşturulması halidir. Bir başka ifadeyle cinsel taciz, cinsel anlam taşıyan ve/veya cinsel temele dayalı olarak her türlü araçla bireyin cinselliğine yönelen her türlü davranış veya işlemdir³³². Doktrinde Özdemir tarafından yapılan³³³ “*insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış*” cinsel taciz tanımı da (“düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam” koşulunu aramak gerekmediği ölçüde), hem hukuki belirliliği sağlamak hem de cinsel tacizin önlenmesi için alınması gereken tedbirlere yol

³³² A. Eda Manav Özdemir, “*Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması*”, **TİSK Akademi**, C.11, S.21, 2016/1, s.200. Ayrıca detaylı açıklamalar için bkz. Yıldız, **Eşit İşlem**, s.94-111 Cinsel taciz davranışlarına ilişkin, Manav-Özdemir, uygulamadan şu örnekleri verilmektedir: Göğüs elleme, istenmeyen okşamalar, kalçaya dokunma, “cimciklemek, okşamak, arkasından ısıklık çalmak veya cinsel içerikli alay”, “saunada iş görüşmesi”, tekrar eden müstehcen teklifler, “cinsel içerikli e-posta gönderimi”, göğse vurma, tekrar eden sarılma ve dokunma, müstehcen çağrılar, göğse, cinsel bölgeye dokunma. Bu örnekler dahilinde eylemin niteliğine göre Alman Hukukunda verilen kararlara ilişkin bkz. Manav Özdemir, *a.g.m.*, s. 219-223. Ayrıca, Almanya Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi 27.09.2006 T. 3 Sa 136/06 Sayılı kararında “*Burada cinsel taciz kavramından sadece acık bir biçimde cinsel içerikli vücuda dokunmalar anlaşılmamalıdır. Amir konumundaki bir kişinin, çalışanı gereksiz yerde ve de istenmemesine rağmen tekrarlar halinde dokunması veya pornografik içerikli resimler göstermesi ve bu esnada kendisinin de bu tarz resimlerini çekebileceğini ifade etmesi, açık bir biçimde cinsel taciz olarak kabul edilmektedir*” demiştir (Çev. Alpay Hekimler, **Çalışma ve Toplum**, 2007/2, s.85,86). Ceza hukuku bakımından cinsel taciz örnekleri için bkz. Mehmet Emin Artuk, “*Cinsel Taciz Suçu (TCK md.105)*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.37, dnt.28.

³³³ Erdem Özdemir, “*İşyerinde Cinsel Taciz*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.90-91.

gösterecek nitelikte olup, en yalın tanımlardan birisini oluşturmaktadır³³⁴. Bu kapsamda da, tanımın, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı, saldırgan bir ortam yaratan davranış niteliğinin “ve” bağlacı ile değil, “veya” bağlacı ile tanımlanması gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre, tanımın “*insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel bir amaç taşıyan her türlü düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış*” şeklinde ele alınması gerektiği kanaatindeyiz (kalın şekilde yazılanlar tanımdaki değişiklik önerilerini vurgulamaktadır).

Yargıtay, çok yakın tarihli bir kararında³³⁵, cinsel taciz kavramının, doktrinde tartışıldığı kadar grift olmadığını, cinsel amaçlı yönelen tüm eylemlerin cinsel taciz olduğunu, ayrıca cinsel tacizin sadece karşı cinse değil hemcinslere de yönelik olabileceğini, ancak uygulamada çok büyük oranda kadın çalışandan erkek çalışana yönelik gerçekleştiğini, toplumsal yapı dikkate alındığında maruz kalanın ceza yargılaması için bir başvuru yapmamış olmasının cinsel tacizin gerçekleşmediği anlamına gelmeyeceğini, ayrıca, cinsel tacizin iş hukuku bakımından haklı nedenle fesih yaptırımı gündeme geldiğinde, yaptırımla eylem arasında bir oransallığın

³³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, Özdemir’in bu tanımını benimsemektedir. **Yarg. HGK**, 30.5.2018 T. 2015/7 – 2875 E., 2018/1142 K.

³³⁵ “...Davacı muhatap kadın işçinin kibarca engelleme çabalarına rağmen ısrarla mesaj atmaya devam etmiştir. Mesaj içeriklerinden, özellikle ‘...Tamam hakkını helal et bir an bastıracağım duyularına yenildim...’, ‘...yaptığım bu günahı dolaylı tövbe edeceğim, bir an gaflete düştüm..’ şeklindeki mesajlarından davacının muhatap kadın işçiye karşı cinsel dürtülerle yaklaştığı, çok açık bir şekilde ortadadır. Kadın işçiye sırasıyla, cinsel dürtülerle yazılan mesajların taciz, kamuoyundaki deyimi ile sarkıntılık olduğu Mahkemenin de kabulündedir. Mahkemenin feshin haksız olduğunun kabulünün gerekçeleri ‘...davacının eylemi ile iş akdinin sona erdirilmesi mukayese edildiğinde iş akdinin sona erdirilmesinin çok ağır bir yaptırım olduğu ve davacının hatasını anlayarak, hatasından çabuk dönerek özür dilediği, feshin hakkaniyete uygun olmadığı ve eylemle ilgili suç duyurusunda bulunulmadığıdır. Davalı iş yerinde çalışan evli, davacı işçinin aynı iş yerinde çalışan ve dosya içeriğinden kendisinden küçük, kızı yaşında olduğu anlaşılan bir kadın çalışanı gönderdiği SMS’ler ile taciz eyleminin ‘kişiye yönelik tehdidi içeren, onu aşağılayan ve küçük düşüren, duygusal ve psikolojik olarak çökmesine sebep olan, muhatapının kişilik haklarına ve çalışma özgürlüğüne saldırı oluşu, ailesel, kurumsal ve toplumsal düzeylerde de derin etkiler bırakan bireysel ve toplumsal bir sorun olma’ niteliği karşısında bu eylemin hafife alınması, fesih ile kıyaslanması, yapılmakla sonuçlarını doğuran ve daha vahim sonuçlara yol açabilecek bir eylem karşısında feshin ağır bir yaptırım olduğunu söylemek yasal olarak mümkün değildir. Ayrıca toplum yapımız dikkate alındığında, mağdurun bir kısım saikler ile cezai anlamda şikayetçi olmaması eylemin niteliğini değiştirmemektedir. Sonuç olarak, yukarıda detaylıca açıklandığı üzere, iş yerinde çalışan kadın işçiye karşı cinsel tacizde bulunduğu açık olan davacının iş akdinin feshinin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken mahkemece yerinde ve yasal olmayan gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir”. **Yarg. 9. H.D.**, 25.9.2019 T., 2019/6572 E., 2019/16671K. (www.kazanci.com)

aranamayacağını, cinsel tacizin psikolojik ve toplumsal sonuçları olan çok ağır bir ihlal olduğunu haklı olarak bir kararında belirtmiştir.

Cinsel taciz, doğrudan cinsiyete veya cinsel yönelime yöneltilmiş bir fiil olmasından hareketle, kendi başına bir ayrımcılık formudur.³³⁶ Cinsel tacizde, “(s)aldırmanın amacı sadece mağdurun cinselliğinden yararlanmak değil mağduru kontrol etmek, utandırmak, zorlamak, zarar vermek ve boyun eğdirmektir”³³⁷.

Cinsel taciz, özellikle iş ilişkisinde, yükselme, istihdam ya da bir takım faydalara ulaşabilme, performansın değerlendirilmesi gibi süreçlerde, yetkili konumda olan kişinin, maruz kalan karşı bu yetkisini olumlu anlamda kullanması için bir cinsel talep ileri sürmesi ile (taciz bedeli³³⁸, cinsel rüşvet³³⁹), ya da düşmanca ortam oluşturmak anlamında herhangi bir vaatte bulunmadan gerçekleşen cinsel taciz olmak üzere ikili bir şekilde gerçekleşebilir³⁴⁰.

Bu anlamda cinsel tacizde açık olan şudur ki, bir tahakküm ilişkisi kurulmaya çalışılmakta olup, aslında cinsel şiddetin bir başka boyutu da oluşmaktadır. En genel hattıyla şiddetin bir parçasını oluşturan cinsel taciz³⁴¹, maruz kalanın kişilik değerlerine en ağır saldırılardan birini teşkil eder.³⁴² Bu haliyle, İş Kanunu’nda, işçinin işyerinde veya işverenin emir ve talimatı altındayken bir başka işçi, işveren veya müşteri gibi üçüncü kişi tarafından cinsel tacize maruz kaldığını ileri sürerek iş sözleşmesini feshetmesi³⁴³ (24. Madde) veya işverenin işçilerden birinin işveren, müşteri, üçüncü kişi

³³⁶ Özdemir, *a.g.m.*, s.83, 86-87, Uygur, *a.g.m.*, s.196; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.100,101. Ayrıca, cinsel tacizin eşit işlem borcuna aykırılık değil bir haksız fiil olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşler ve bu görüşün eleştirisi için bkz.: Yıldız, *a.e.*, s.99-101.

³³⁷ Oğuz Polat, “*Şiddet*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, S.1, s.26.

³³⁸ McShane/Von Glinow, **a.g.e.**, s.81.

³³⁹ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s. 274, Özdemir, *a.g.m.*, s.88; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.110.

³⁴⁰ McShane/Von Glinow, **a.g.e.**, s.81; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.110; Karan, **Eşitlik İlkesi**, s. 274, Özdemir, *a.g.m.*, s.88, 90.

³⁴¹ Cinsel şiddetin türleri ve boyutları için bkz. Polat, *a.g.m.*, 26 v.d.

³⁴² **Yarg. 9. H.D.**, 25.3.2019 T., 2015/35803 E., 2019/6594 K. (www.kazanci.com).

³⁴³ Cinsel taciz iddiasının bir başka boyutu olarak, işveren cinsel tacizde bulunduğunu iddia ettiği işçisi bakımından bu iddiasını yargılama aşamasında ileri sürmediği ve ispatlayamadığı durumlarda, kişinin cinsel tacizle suçlanmasının da kişilik haklarının ağır ihlali oluşturarak, manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir. **Yarg. 9. H.D.**, T. 11.12.2018, E. 2016/16971, K. 2018/22885.

veya bir başka işçiye karşı cinsel tacizde bulunması halinde iş sözleşmesini feshetmesini düzenleyen (25. Madde) hükümlerde, sadece cinsel tacizden söz edilmesi, cinsel saldırıdan söz edilmemesi bir anlam taşımaktadır. Buna göre, cinsel taciz, cinsel saldırının daha hafif bir boyutunu oluşturmakla, cinsel taciz için getirilmiş bu düzenlemeler evleviyetle cinsel saldırı için de geçerli olacaktır.³⁴⁴

Cinsel taciz, aynı zamanda bir suç olarak TCK'da düzenlenmiştir. Ceza hukukunun³⁴⁵ cinsel taciz tanımı ile, iş hukukunun tanımı birbirlerinden farklılık göstermektedir. Ceza hukukunun temel kanunu, TCK md.105 ve devamında, temelde fiziksel temasın olması ve olmamasına göre, cinsel taciz ve cinsel saldırı ayrımını yaparken, İş Kanunu cinsel tacizi tanımlamamakta, tanımı doktrine ve yargı kararlarına bırakmaktadır. Buna göre de, yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı gibi iş hukukunda cinsel taciz, cinsel saldırıyı da içerecek şekilde geniş olarak ele alınmaktadır.³⁴⁶

Ceza hukuku anlamında cinsel taciz, “birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir”³⁴⁷. Tanımda da görüldüğü gibi, “vücuda temas içermeme” hali özel olarak vurgulanmaktadır. Çünkü, cinsel tacizde, ceza hukuku bakımından önemle vurgulanması gereken husus şudur, cinsellik içeren eylem ve davranışların dokunma, öpme ya da daha ileri cinsel eylemler içermemesi gerekmektedir. Çünkü bunlardan biri gerçekleşirse ortada artık cinsel taciz değil, daha ağır bir suç olan cinsel saldırı suçundan söz edilir. Cinsel tacizde, ceza hukukunun aradığı anlamda, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir icra hareketi gerçekleşmiş değildir. Ancak cinsel saldırıda kişinin vücut bütünlüğü de ihlal edilmiştir. Eğer, kişinin cinsel taciz eylemleri, doğrudan fiziksel temas içermese bile maruz kalanın vücut dokunulmazlığına yönelmişse, artık bu defa cinsel tacizden değil, cinsel saldırı suçunun basit halinden söz edilir. Suçun basit şeklinde, herhangi yolla cinsel ilişkiye gerek bulunmamaktayken, ya da kanunun ifadesiyle vücuda organ veya sair cisim sokulmasına gerek yokken ve bu

³⁴⁴ Sokullu Akıncı, **a.g.e.**, s. 140.

³⁴⁵ Artuk, *a.g.m.*, s.36, Füsün Sokullu Akıncı, “*İşyerinde Şiddet ile Savaşım ve Hukuki Boyutları*”, **İşyerinde Şiddet**, Edt. Serpil Aytaç/Nuran Bayram, Beta Yay. İst. 2011,s.134.

³⁴⁶ Özdemir, *a.g.m.*, s.90; Pir Ali Kaya, **a.g.e.**, s.58; Senyen-Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s.256.

³⁴⁷ Artuk, *a.g.m.*, s.36.

haliyle de suç oluşmaktayken (örneğin dokunmak ile); nitelikli halinde ise cinsel ilişkinin veya vücuda sair cisim sokulmasıyla gerçekleşmesi veya teşebbüste kalmış olsa dahi, cinsel birleşme için eylemlerin bulunması gerekmektedir³⁴⁸. Tüm bu eylemlerin, işyerinde veya iş ilişkisinin sağladığı kolaylık veya hiyerarşi ile gerçekleşmesi durumlarında, işyerinde taciz, işyerinde cinsel taciz veya işyerinde cinsel saldırı gerçekleşmiş olacaktır.

Son olarak eklenmelidir ki, cinsel taciz suçunun, hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kullanılarak veya aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak gerçekleştirilmesi halinde, suça verilecek ceza artırılabacaktır. Yani, hizmet ilişkisinin varlığı ile birlikte, işyerlerinde veya işveren nüfuzu altında gerçekleştirilen cinsel taciz suçu, cinsel tacizin nitelikli halidir³⁴⁹.

3. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)

İşyerinde Psikolojik Taciz, yani mobbing, literatüre yeni girmiş bir kavramdır. Ancak muhtemelen emek ilişkisinin söz konusu olduğundan beri fenomen olarak vardı. Kavramsallaşması ve kabulü 60'lı yıllara kadar geri çekilebilse de, tam olarak tanımlanması ve hukuk düzenleri bakımından uygulayan kişinin yaptırıma maruz bırakılmasını sağlayacak şekilde düzenlemelere konu edilmesi, 80'lerden sonradır.³⁵⁰

İşyerinde psikolojik taciz, “bir veya birkaç kişi tarafından sistematik bir şekilde yönlendirilen düşmanca ve etik dışı iletişimi içerir”³⁵¹. En basit işyerinde bir veya birkaç kişi (veya işveren) tarafından diğer bir kişi (veya kişilere) yönelik olarak sistematik biçimde, kişinin (veya kişilerin) işten ayrılması ya da sindirilmesi amacıyla uygulanan baskı ve taciz davranışlarının bütünü anlamına gelir³⁵².

³⁴⁸ Sokullu Akıncı, *a.g.m.*, s.132,133.

³⁴⁹ Artuk, *a.g.m.*, s.40 v.d.

³⁵⁰ Tarihçe için bkz.: 352. dipnotunda verilen kaynaklar.

³⁵¹ Heinz Leymann, “*The Content and Development of Mobbing at Work*”, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5(2), s.170,171.

³⁵² Leymann, *a.g.m.*, s.170; Derya Deniz, **Mobbing (İşyerinde Yıldırma): İnsanda Saldırganlığı Açıklayan Kuramlar ve Vaka Örnekleriyle**, Fam Yay., İstanbul 2012, s.21; Mehmet Şahin/ Aykut Bedük, “*Mobbing (Yıldırma)*”, **Örgüt Psikolojisi: Yeni Yaklaşımlar – Güncel Konular**, (Ed.) Aykut Bedük, 2.B., Atlas Akademi, Konya 2014, s. 134, 135; Pınar Tınaz, **İşyerinde Psikolojik Taciz**

Yani “bir süreç”, bahsi geçen unsurların tamamının var olması ile birlikte, klinik olarak “mobbing” şeklinde tanımlanabilir. Burada, “klinik” kelimesi tesadüfi seçilmemiştir. Çünkü multi disiplinler bir yaklaşımı gerektiren işyerinde psikolojik taciz olgusu, zaman zaman yönetim ve çalışma psikolojisinin veri/bulgu/olgu kriterleri ile ya da klinik olarak psikoloji ya da psikiyatri bilimlerinde tanımlanamasa da, hukuki veri/bulgu/olgulara göre bir durum işyerinde psikolojik taciz olarak tanımlanabilir ve yaptırım araçları harekete geçebilir. Bir başka olasılıkta ise, süreç işyerinde psikolojik taciz boyutuna ulaşmamış olsa ve bu başlık açısından, psikoloji ve alt dalları için değerlendirmeye alınacak ağırlıkta görülmesi bile, hukukun yaptırım araçları devreye girebilir³⁵³. Bunun nedeni, hukuken kabul edilebilir yaptırım aygıtlarının harekete geçmesi anı ve gereklilikleri ile, tanı ve tedavi bakımından belli sistematik süreçleri gerektiren psikoloji ve psikiyatri alanında beklenenlerin farklılıkları olsa gerektir. Bu durum zaman zaman psikoloji ile hukuk disiplinleri açısından farklılıklar doğursa da,

(**mobbing**), Beta Yay., İstanbul 2008, s.8; Ali Güzel, / Emre Ertan; “*Karar İncelemesi: İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötü niyet Tazminatı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/1, s. 149-169; Tınaz/ Bayram/ Ergin, **a.g.e.**, s.7; Sibel Gök, “*İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Kadın*”, **Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Kadın**, Marmara Üni. Yay., İstanbul 2017, s.19,20. Ayrıca detaylı bilgi için: Bu dipnotta sayılmış kaynaklar ile; Yves Michaud; **Şiddet**, çev: Cem Muhtaroglu, İletişim Yay., (T.Y.); Noa Davenport/ Ruth Distler Schwartz/ Gail Pursell Elliott; **Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz**, çev.:Osman Cem Öneroy, Sistem Yay.,İstanbul 2003; McShane/Von Glinow, **Örgütsel Davranış**, Çev.: Ayşe Günsel/Serdar Bozkurt, Nobel Yay., İstanbul 2016 s.81 v.d.; İbrahim Aydın; “*İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi*”, **TÜHİS: İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.19, Kasım 2005, S.6, s. 21–43.

³⁵³ İşyerindeki süreç, mobbing düzeyine varmamış olsa bile kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerektiği yönünde bir bozma kararı için bkz. **Yarg. 9. H.D.**, 27.12.2017 T., 2015/33818 E., 2017/22160 K. (**Çalışma ve Toplum**, 2018/2, s. 859-868). Anılan karar oy çokluğu ile alınmış olup, muhalefet şerhinde, sürecin mobbing düzeyine vardığı ifade edilerek, “yoğun ve uzun soluklu günlük çalışma temposu içerisinde rahatsız edici, incitici, ruhsal dengeyi bozucu ve bayan kimliğine saldırı nitelikli davranışlara maruz kalmıştır. Eğitimi itibariyle donanımlı, başarılı, gayretli ve uzmanlık alanında yoğun çalışma konusunda istekli olan davacının, departman toplantılarında ve günlük çalışmalarında amiri konumundaki ... tarafından özel hayatına dair yakışsız anlatımlarda bulunularak ve daha önce çalıştığı bürodaki bayanlardan sözedilirken eğitime ve çalışılan ortamın düzeyine yakışmayacak biçimde nitelemelerde bulunulmasından etkileneyeceği tartışmasızdır. Konuşulanların yakın çalışma ortamında kişiyi rahatsız ve huzursuz edeceği, güven duygusunu zedeleyerek performansını düşüreceği de şüphesizdir. Sicil amiri de olan şahsın, davacının sicilini düzenlerken de olumlu açıklamalarda bulunduğu ancak çalışma şevkini kırıcı, hedefine ulaşmasını engelleyici düzeyde düşük not verdiği de bir gerçektir. Davacı yaşadıklarını ortaklığın üst düzey kademelerine taşıdığı halde olumlu bir gelişme ve amirinin yıldırıcı, performansını düşürücü ve saldırı nitelikli tavırlarını önleyici bir tedbir alınmamış ve iş akdi feshedilmiştir. Yaşananlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yoğun ve yakın çalışma ortamı içinde davacının amirinden kaynaklanan olaylar Mobbing düzeyine ulaşmıştır. Yerel mahkemece açıklanan husus gözetilerek Mobbing hukuksal nedenine dayalı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken” denilmiş ve sonuç itibariyle sürecin mobbing değil ancak kişilik haklarının ihlali yönüyle ele alınmış olmasına karşı çıkmıştır.

birbirlerinden, özellikle hukuk alanı, psikoloji alanından, işyerinde psikolojik taciz konusunda da bolca yararlanmaktadır.

Bu farklı yaklaşım doğrudur da, eğer, işyerinde psikolojik taciz vakalarının bir yaptırımla sonuçlanması için, mutlak surette psikoloji ya da psikiyatrinin klinik tanılarına katı bir şekilde ihtiyaç duyulsaydı³⁵⁴, bu koşullar altında pek çok psikolojik taciz sürecinin yaptırımsız kalması söz konusu olacaktı. Gerçekte, hukuk düzeni, yaptırım için bir ihlal ya da zarar arar, ancak bunun kişinin ruhundaki bir örselenme olarak görünmesi, kişilik haklarına saldırı niteliğinde olması da yeterlidir, yani teknik anlamda bir travma veya travma sonrası stres bozukluğu gibi klinik teşhislere kesin surette ihtiyaç duymaz³⁵⁵; her zaman klinik olarak tanımlanabilir bir “hastalık”, “klinik seyir”, “psikosomatik sonuç”, “psikolojik rahatsızlık” v.b. gözlemek gerektirmez³⁵⁶. Zaten klinik seyir ya da psikosomatik sonuç gözlenebiliyorsa, başka hukuksal araçların da devreye girmesi bekleneneği gibi, ispat da şüphesiz ki daha kolay; bununla paralel olarak da zarar unsuru da katı şekilde gerçekleşmiş olacaktır. Ancak uygulamada hem genelde böyle olmaz hem de hukuki araçların işlerlik kazanması için bazen ihlal de tek başına yeter. Örneğin ayrımcılıkta durum böyledir. Klinik seyir ve psikoloji/psikiyatri kriterlerinde bir sonuca kesin olarak rastlanamadığı durumlarda da, kişi işyerinde mutsuzken, işten kaçınmakta, işyerinden uzaktayken kendini çok daha iyi hissedebildiği vakalarla karşılaşmaktadır. Her ne kadar mobbinge maruz kalan kişide gözlenecek sonuçlardan birisi olarak, işyerindeki mutsuzluğunun ve örselenmişliğinin iş dışındaki yaşamını da etkileyeceği belirtilse de, her zaman böyle olmayabilir. Tüm örneklerden

³⁵⁴ Karş. Leymann, “*Content and Development*”, s.171.

³⁵⁵ Bu konuda Yargıtay tarafından verilen son dönem kararlarından bir tanesi oldukça önemlidir. Bu karara göre, işyerinde psikolojik taciz olgusunun söz konusu olduğu durumlarda, ceza hukukundaki gibi mutlak ispat koşullarının aranmayacağı, maruz kalanın bir olgu/emare olarak işyerinde psikolojik tacizin varlığını hissettirmesi yeterli olup, kesin şekilde işyerinde psikolojik tacizin gerçekleşmediğini ispat yükünü işverene bırakmaktadır. Bu haliyle, ispat külfetinin yer değiştirmesi maruz kalan lehine avantajlı bir durum yaratmaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, eğer hukuk açısından da konunun psikoloji/psikiyatri biliminin verilerine göre katı sonuçların aranmasını gerekli kılıyorsa, bu kararın alınması mümkün olmayacaktı. Bahsi geçen kararda Yargıtay, maruz kalanın klinik seyri ve psikosomatik sonuçlarla doğrudan ilgilenmemiştir. Başka bir deyişle, Mobbinge maruz kalan bunu mutlak surette ispatlamak zorunda değildir, ilk görünüş ispatı yeterlidir ve mobbing için kişilik haklarının ağır ihlaline gerek yoktur. **9.HD.** 12.02.2013 T., 2010/38293 E. 2013/5390 K. Aynı yönde: **9.HD.** 05.07.2018 T., 2015/21084 E., 2018/14846 K. (www.kazanci.com)

³⁵⁶ Örneğin bkz: **Yarg. 22. H.D.**, 22.05.2014 T., 2013/11788 E., 2014/14008 K. (**Çalışma ve Toplum**, 2015/3, s.438-440).

görüldüğü gibi, hukukun ilgili alanına dahil olduğu sürece mobbing, mutlaka klinik bir süreç tanımı ihtiyacına sahip değildir. İşçinin korunması ilkesinin de bunu gerektirdiği tabiidir. ILO, işyerinde psikolojik tacizi davranış temelli ele almakta ve bir kimsenin “zalimce, kötü niyetli ve aşağılayıcı girişimler yoluyla bir bireye veya bir gruba zarar vermeyi amaçlayan saldırgan davranışları” şeklinde öz olarak tanımlamaktadır³⁵⁷.

Bir işyerinde meydana gelen olumsuz bir davranışın³⁵⁸ veya her tacizin kendi başına mobbing olarak adlandırılması mümkün değildir³⁵⁹. Bir taciz olgusunun öncelikle süreç olarak ele alınabildiği durumlarda mobbing olarak değerlendirilebileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Leymann “*çatışma ve mobbing arasındaki ayrım(ın), ne yapıldığına veya nasıl yapıldığına değil, ne yapıldığının sıklığına ve süresine*” odaklanacağını belirtmektedir³⁶⁰. Bu noktada, süreç olmak da tek başına yeterli değildir. Bir taciz sürecinin Mobbing, yani işyerinde psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi bir başka ifadeyle işyerinde psikolojik taciz düzeyine ulaşmamış bir çatışma ya da kötü iletişimden ayrılması gerekir³⁶¹. Bunun için literatürdeki bir çok modelin³⁶² toplamından çıkan sonuca göre a- İşyerinde veya işle bağlantılı gerçekleşmesi ve çoklukla da, b-

³⁵⁷ Arzu Arslan Ertürk, “*İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünya’dan Örnekler*”, **Prod. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üni. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.1(Özel Sayı), Y.2014, s. 290.

³⁵⁸ “... ekip şefi iken üretim elemanı olarak görevlendirilerek tenzili rütbe yapılması işçiye haklı fesih hakkı verirse de, davacı mobbinge maruz kaldığını ispat edemediğinden manevi tazminat talebinin reddi yerine kabulü hatalı olmuştur”, **Yarg. 7. H.D.**, 04.10.2016 T., 2016/23374 E., 2016/15476 K. (www.kazanci.com) .

³⁵⁹ **Yarg. 22. H.D.**, 22.05.2014 T., 2013/11788 E., 2014/14008 K. (**Çalışma ve Toplum**, 2015/3, s.438-440). Ayrıca bkz.: **Yarg. 9. H.D.**, 27.12.2017 T., 2015/33818 E., 2017/22160 K. (Bkz. dipnotu 353).

³⁶⁰ Leymann, *a.g.m.*, s.171.

³⁶¹ Sibel Gök / Işıl Karatuna, “*Yükseköğretimde Psikolojik Taciz Olgusuna İlişkin Bir Örnek Olay İncelemesi*”, s. 7
<http://acikerisim.kirklareli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.11857/418/örnek%20olay%20çalışması.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁶² Bir davranış silsilesinin mobbing olarak tanımlanması için gereken kıstasları da içeren modeller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Işıl Birik (Karatuna), **İşyerinde Psikolojik Taciz: Bir tıp Fakültesi Hastanesinde Çalışan Asistan Doktor ve Hemşirelerin Algıları Üzerine Bir Çalışma**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Çalışma Ekonomisi Bilim Dalı, İstanbul 2009 s.64 v.d.; Leymann ve Ege modelleri için, Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s.30 v.d.; ayrıca çatışma sürecinin Glasl’ın çatışma modelinden işyerlerinde psikolojik tacize göre bir uyarlama için bkz.: Dieter Zapf/Claudia Gross; “*Conflict Escalation and Coping With Workplace Bullying: A Replication and Extension*”, **European Journal Of Work And Organizational Psychology**, Y. 2001, C. 10, S.4, s.501. Birik(Karatuna)’ın bir model önerisi için bkz.: **a.g.e.**, s.211-219 ve 221.

Sistemantik olması, c- belli sıklıkla gerçekleşmesi ve d- belli bir ağırlığa ulaşması, e- Güç eşitsizliği bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Literatürde bir kısım görüşlerde kast unsurunun varlığı da aranmaktadır³⁶³. Ancak bizce, işçinin işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar bütünü ya da uygulayıcı kastı, bir taciz sürecinin işyerinde psikolojik taciz olarak kabul edilmesi için şart değildir³⁶⁴. İşyerinde psikolojik taciz süreci, işçinin daha kolay yönetilebilir hale getirilmesi için yıldırılması amacıyla da pek ala yürütülebilir³⁶⁵. Sonuç itibariyle taciz davranışlarının sistemantik şekilde bir araya gelmiş olması yeterlidir. Sistemantiklikten kasıt aralıklı bir süreye yayılmış olmak değil, tacizin ağırlığına göre kişi veya kişilere yöneltilmiş olmasıdır.

Yukarıda belirtilen unsurlar kısaca şu şekilde açıklanabilir.

İşyerinde veya İşle Bağlantılı Gerçekleşme

İşyerinde psikolojik taciz olgusu bağlamında “işyerini” dikkate alırken, soyut bir kavram olarak değerlendirilebileceğini de göz ardı etmemek gerekir. Ancak, işyeri soyut bir kavram değildir. İşyerinde psikolojik taciz, kavramdan da anlaşıldığı gibi, işyeri olarak tanımlanmış bir alanda veya işle bağlantılı bir şekilde gerçekleşmelidir.³⁶⁶ İş Kanunu’na göre işyeri, bir mal ve hizmet üretimi için çalışanların, hammaddelelerin,

³⁶³ Davenport / Schwartz / Elliott, **a.g.e.**, s.15; Arslan Ertürk, *a.g.m.*, s.296; F. Burcu Savaş Kutsal, “*Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)*”, **İÜHFİM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s.623,624.

³⁶⁴ Aynı yönde: Çelik/Caniklioglu/Canbolat, **a.g.e.**, s.357,358. Ayrıca, Birik, **a.g.e.**, s.13; Stale Einarsen v.d., “*The Concept of Bullying and Harrassment at Work: The European Tredition*”, **Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research and Practice**, (Edt. Stale Einarsen v.d.), CRC Press, New York 2011, s.10.

³⁶⁵ Tınaz, işyerinde psikolojik taciz olgusu için bir parametre olarak “zalimce niyet” olması gerektiğini de belirtir (Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s.68). Bu yönüyle de, “kişinin zalimce niyet”e sahip olması gerektiğine ilişkin bir koşul aranabilir. Aslında, yanlışlıkla ya da sadece kişisel özellik sonucu olmayan her eylem ve davranış sürecinin altında bir niyet vardır. Bu “niyet”in, hukuki anlamda kast unsuru olarak kabul edilmesi ise her zaman ne mümkün ne de ispat edilebilir niteliktedir. Bu nedenle niyet olgusunun hukuki olarak araştırılması, sürecin ortaya konmasını imkansız kılabilir niteliktedir. Benzer şekilde, Bayram da (Tınaz/Bayram/Ergin, *a.g.e.*, s.86), işyerinde psikolojik taciz sürecinin hukuksal analizini yaparken, “failin amacı: mağduru iş ilişkisinden dışlama”yı da bir adım olarak ele almaktadır. Bayram, temkinli bir dille, bu hususun her zaman gerekmeyeceğini ama genelde hakim olan amacın, (Bayram’ın deyimiyle) mağdurun kendiliğinden işten ayrılmasını sağlamak olduğunu, böylece işverenin mevzuatın kendisine yüklediği mali yükümlülüklerden kaçınmayı amaçladığını belirtmektedir.

³⁶⁶ Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s. 63 v.d.

makine ekip ve ekipmanlarının bir arada örgütlendiği yerdir. İşyerinin eklentisi niteliğindeki kreş gibi alanlar ile araçlar da işyeri kavramının içindedir.

İşyeri olarak tanımlanmış olan alan somut olarak bir üretim sahasını ifade ediyor olsa da, işçinin işyeri dışında çalışma arkadaşları tarafından uygulanan yıldırıcı davranışlar, işverenin emir ve talimat yetkisi alanı içinde gerçekleşiyorsa; işyeri olarak tanımlanmış alan dışındaki faaliyet ve yıldırıcı davranışlar da işyerinde gerçekleşmiş olarak kabul edilecektir. Yani, işyerinde psikolojik taciz olgusunun söz konusu olduğu durumlarda, aynı işverene bağlı çalışanlar arasında gerçekleşecek taciz davranışlarının kastedildiğini dikkate almak gerekir. İşverenin yetkisi altında olmayan, işyeri dışında gerçekleşen ancak işe tesir edecek şekilde, maruz kalana yöneltile taciz niteliğindeki eylemleri de psikolojik tacizin bir parçası olarak kabul etmek, bundan haberdar olmasına karşılık işçisini koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin, bu eylemlerden ve sonuçlarından, sorumlu tutmak gerekir.

Aynı zamanda, işyeri dışında gerçekleşen hasmane davranışlar, örneğin müşterilerden gelen taciz edici nitelikteki davranışlar, işyerinde psikolojik taciz olarak değil, taciz, veya duruma göre, zorbalık, fiziksel şiddet, cinsel taciz olarak ele alınabilecektir. Ancak, müşteri, örneğin işyerinde psikolojik taciz davranışlarını gerçekleştiren bir amir tarafından kişiye karşı kışkırtılmışsa, yine psikolojik tacizin bir aracını oluşturur.³⁶⁷ Diğer yandan, bir çalışanın, iş ortamı dışında başka bir çalışanı rahatsız etmesi de, diğer koşullar da, örneğin işverenin durumdan haberdar olmasına karşılık önlem almaması, fail açısından bir yaptırım süreci başlatmaması v.b., söz konusu ise işyerinde psikolojik taciz oluşturabileceği gibi, duruma göre taciz, ya da cinsel taciz olarak da kabul edilebilecektir. Önemli olan, işle ilişkili bir şekilde bu eylem ve davranışların gerçekleştirilmesi ve aynı işverene tabi olarak çalışıyor olma, ya da işverenle bağlantılı olan ve işverenin gerekli önlemleri almamasından veya örtülü ya da açık işveren kışkırtmasından dolayı bu taciz davranışlarının herhangi bir kimse tarafından gerçekleşmiş olması gereğidir.

³⁶⁷ Bkz. Ayrımcılık Talimatı §1, III/F.

Sistematik ve Belli Ağırılıkta Olma ve Sıklıkla Devamlılık

İşyerinde psikolojik taciz olgusunda, belli süredir devam etme ve sıklık sorunu ispatı en zor alanlardan birisini oluşturur. Sistematik olmadan kasıt, etik dışı ya da taciz edici davranışların anlık ya da tek bir defa gerçekleşmesi değil; belli bir düzen içinde tekrar ediyor olması veya tekrar eden etik dışı davranışlara tekil de olsa tacizkar bir tutumun eşlik etmesi gereğidir. Bazı yazarlar, etik dışı ve hasmane davranışların diğer unsurlarla birlikte haftada bir ve en az altı ay sürmesi gerektiğini ileri sürerken³⁶⁸ bazı yazarlar süre koşulunu 3 aya kadar düşürebilmektedir.³⁶⁹ Bu görüşlere katılmadığımızı baştan ifade edelim. Yukarıda vurguladığımız işyerinde psikolojik taciz konusunda hukuk ve psikolojinin kendi verili bilimsel sistematiklerine göre konuyu farklı boyutlarıyla ele alınması gereğini burada da kısaca yinelemek gerekmektedir. Gerçekte, hukuk düzeni, yaptırım için bir ihlal ya da zarar arar, ancak bunun kişinin ruhundaki bir örselenme olarak görünmesi de yeterlidir, yani teknik anlamda bir travma veya travma sonrası stres bozukluğu gibi klinik teşhislere psikolojideki kesinlikle ihtiyaç duymaz. Bu nedenle süre, sıklık ve sistematiklik konusu hukuki açıdan daha esnektir. Çünkü etki ve tesirin sonuçları hukukta, her zaman psikoloji ile ya da psikolojinin ihtiyaç duyduğu gözlem ya da klinik seyirle tespit edilmez. Ancak ispat kolaylığı sağlar. Hukukun aradığı koşulların oluşmasında, sürenin psikoloji biliminin beklediği bir aralığa yayılması gereği olmadığı gibi, sürecin etkisi ve sonuçları ile oluşturacağı tahrip kişiden kişiye ve duruma göre değişecektir. Yargı organları ise, süre ve sıklık koşulunun bir davranış sürecinin işyerinde psikolojik taciz olarak kabul edilmesi için gerektiğini tespit ediyor olsalar da, 6 ay ve haftada bir gibi çerçevesi net ve kesin şekilde belirlenmiş bir sınır çizmemekte, her olayın kendi koşulları içinde davranışların ve sonuçlarının ağırlığına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedirler.³⁷⁰ Hukuki açıdan dikkate alınması gereken de budur.

³⁶⁸ Tınaz, **Mobbing**, s.13 v.d. ve orada sayılan diğer yazarlar. Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s.65,66; 81; Özkalp/Kırel, **a.g.e.**, s.614.

³⁶⁹ Ege'den akt. Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s. 65.

³⁷⁰ Süre, sıklık, sistematiklik aranmakla birlikte, bu süre, sıklık ve sistematikliğe ilişkin kesin bir veri ve sayı belirtilmeden olayın koşullarına göre çözümlendiği bir örnek: **Yarg. 22. HD. 22.05.2014 T., 2013/11788 E. 2014/14008 K.**; ayrıca bkz.: Arslan Ertürk, *a.g.m.*, s.298; Aydın, *a.g.m.*, s. 24 v.d.; Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s.81-87 ve 140 v.d.

Özet olarak ifade etmemiz gerekirse, kanaatimizce, işyerinde psikolojik taciz kavramının hukuken ele alındığı an itibariyle, psikoloji biliminin teşhis ve tanı sürelerine göre ve mutlak bir psikolojik sonuç yaratma olasılığı dahilinde ele alınmaması; ülkenin öznel koşulları içerisinde, işçinin işten kendi isteği dışında ayrılması için ruhsal bütünlüğüne saldırı halinin süre koşuluna tabi kalınmadan işyerinde psikolojik taciz olarak nitelenebilmesi gerekmektedir. Hukuken değerlendirildiğinde manevi tazminatın koşullarının oluşması için kişilik haklarına saldırı ve bir zararın oluşması yeterli olup, bunun için psikolojik bir rahatsızlığın, hatta bir adım ötede işyerinde psikolojik taciz olarak tanımlanması şartı yoktur. Bir başka deyişle, tek bir tacizkar, saldırgan v.b. davranış söz konusu olduğu durumlarda, ya da herhangi bir sürecin tamamı mobbing olarak değerlendirilemediği durumlarda dahi, bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine dair kararlar³⁷¹, psikoloji bilimi ile hukuk arasındaki görece farklı yaklaşımlarda bir denge yaratmaktadır.

Güç Eşitsizliği Bulunması³⁷²

Güç, belli bir değişikliği sağlama kudreti olarak en kısa ve yalın şekilde tanımlanabilir. Güç, formel olarak doğabileceği gibi, doğal liderlikte gözlendiği haliyle, formel olmayan ilişki ağı içinde, diğer kişilerin başka bir kişinin “iktidar” alanını kabullenmeleri ile de doğabilir.

İşyerinde psikolojik taciz uygulamasında, güç eşitsizliğinin bulunması gerektiği doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Bu güç eşitsizliği, formel olabileceği gibi (amirden astına yönelen işyerinde psikolojik taciz davranışlarında), işyerinde psikolojik taciz sürecinin başlaması ile birlikte, maruz kalan kişinin uygulayan karşısında sahip olduğu yetkeleri kaybetmeye başlaması ile ya da uygulayıcının, maruz kalanın zayıf noktalarını bilmesi ya da ortaya çıkarması, tacizci sayısı veya taciz sürecinin etkileri şeklinde³⁷³ doğabileceği de kabul edilmektedir.

³⁷¹ Mobbing için kişilik haklarının ağır ihlaline gerek yoktur. Kişilik haklarına yönelik haksızlık yeterlidir. **Yarg. 22.HD** T. 27.12.2013, 2013/693 E - 2013/30811 K. (Lexpera).

³⁷² Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, s. 66.

³⁷³ Birik (Karatuna), **a.g.e.**, s.13.

Yukarıda sayılan koşulların bulunması ile birlikte, ancak her durumda ve her zaman bu koşulların bir arada bulunması zorunluluğu olmadığı şerhini de düşerek (çünkü somut olayın somut koşullarına göre farklı süreçler söz konusu olabilmektedir) ifade edilebilir ki, taciz eylem, davranış ve işlemleri, belli bir sistematığa sahip olduğunda, artık işyerinde psikolojik taciz olarak kabul edilecektir ve yaptırım da buna göre belirlenecektir. İşyerinde psikolojik taciz, sıklıkla vurgulandığı gibi, kişinin kişilik özelliklerinden değil de, kişilik hallerinden ve/veya kategorik gruba mensubiyetinden kaynaklandığı durumlarda, ayrımcılığın bir parçasını oluşturacaktır.³⁷⁴

Son olarak, psikolojik tacizin araçlarından birisini cinsel tacizin oluşturabileceği de ifade edilmelidir.³⁷⁵ Bu anlamda, TCK bakımından, *psikolojik tacizin bir aracı olarak* gerçekleştirilen cinsel taciz, işçinin işyerinden ayrılmasına yol açmışsa, yine suçun nitelikli hallerinden birisi oluşmuş olacaktır. Nitekim, TCK'ya göre, cinsel tacize maruz kalan kişinin bu duruma dayanamayarak işini bırakmak zorunda kalması suçun nitelikli halini oluşturur³⁷⁶.

İşyerinde psikolojik tacize maruz kalan işçi, feshe karşı korunma araçlarından yararlanabileceği gibi; işten kaçınma hakkını kullanabilir³⁷⁷, süreç ayrımcılığın bir parçası olarak gelişmişse ayrımcılık tazminatı³⁷⁸, koşulları varsa kötü niyet tazminatı,³⁷⁹ maddi manevi tazminat³⁸⁰; ve ayrıca diğer koşulları da oluşmuşsa, sözleşmeyi haklı nedenle feshederek kıdem tazminatı³⁸¹ talebinde de bulunabilir³⁸².

³⁷⁴ Arslan Ertürk, *a.g.m.*, s.305. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, *a.g.e.*, 356. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat ayrıca, TİHEK'in yürürlüğe girmesi ile birlikte, iki ayrı İşyerinde psikolojik taciz kavramının oluştuğunu, birinin genel anlamda işyerinde psikolojik tacizi, TİHEK kapsamında ise, ayrımcılığın bir türü olarak işyerinde psikolojik tacizi tanımladığını belirtmektedirler. (*a.g.e.*, s.358) Bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce iki farklı tanım oluşmuş değildir. TİHEK'te "yıldıma" olarak tanımlanmış olan işyerinde psikolojik taciz, ayrımcılık temellerinden birisine dayanılarak gerçekleştirildiğinde ayrımcılığın bir aracı olarak kabul edilmektedir. Bu düzenleme ile, özel bir 'işyerinde psikolojik taciz' kavramı oluşturulduğu sonucunu doğurmaz kanaatindeyiz.

³⁷⁵ Taciz ve cinsel taciz için bkz. §3, III/A-1 ve 2.

³⁷⁶ Artuk, *a.g.m.*, s.41.

³⁷⁷ Tınaz/Bayram/Ergin, *a.g.e.*, s.137; Arslan Ertürk, *a.g.m.*, s.308-311.

³⁷⁸ §4,II/A-1.

³⁷⁹ §4,II/A-2.

³⁸⁰ §4,II/B.

³⁸¹ §4,II/A-3.

B. ŞİDDET

Şiddet, en genel anlamıyla kişinin iradesi dışında bir davranışa, eyleme, eylemsizliğe yönlendirilmesi demektir³⁸³. Karşılıklı ilişkiler ortamında taraflardan bazıları doğrudan, dolaylı, organize veya kaotik olup olmadığı fark etmeksizin, diğerinin ya da diğerlerinin, bedensel bütünlüğüne, psikolojisine, moral değerlerine mallarına, sembolik önem taşıyan herhangi bir değer ya da objesine zararın niteliğine bakılmaksızın bir zarar veriliyorsa orada şiddet vardır³⁸⁴.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO), şiddeti, “kişinin kendisine, bir başkasına veya bir gruba ya da topluluğa karşı tehdit, fiziksel güç veya gücün kasıtlı olarak kullanılması ile yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, yoksun bırakma, olumsuz gelişime yol açması ya da yol açma olasılığı” olarak tanımlamaktadır³⁸⁵. Tanıma, psikolojik zarar vermenin de bir şiddet biçimi olarak alınmış olduğuna dikkat çekilmesi gerekir. Diğer yandan, fiziksel güç ve güç ayrımının yapılması, sadece fiziksel zarar verici davranışların değil aynı zamanda herhangi bir güç kullanımının da şiddet olarak kabul göreceği belirtilmektedir³⁸⁶. Aynı zamanda tanımda dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, şiddet eylemi sonunda bir zararın meydana gelmesine gerek olmamasıdır. Yani bir eylemin şiddet olarak tanımlanmasında meydana getirdiği olumsuz sonuca ihtiyaç duyulmayacağı, eylemin ya da eylemsizliğin zarar verici bir sonuca yol açma

³⁸² Tınaz/Bayram/Ergin, **a.g.e.**, 138,139; Güzel/Ertan, *a.g.m.*, s.165 v.d.; Bakırcı, **Cinsiyet Ayrımcılığı**, s.508 v.d.; Arslan Ertürk, *a.g.m.*, s.304,305 ve ayrıca 311 v.d.; Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.359 v.d.; Savaş Kutsal, “*Mobbing*”, s.632 v.d. **Yarg. HGK**, 25.09.2013 T., 2012/9-1925 E., 2013/1407 K. (**Çalışma ve Toplum**, 2014/2, s.207-206).

³⁸³ Yves Michaud, **Şiddet**, çev: Cem Muhtaroglu, İletişim Yay., (T.Y), s.7, ayrıca şiddet konusunun kapsamlı tanımı ve incelemesi için bkz. Michaud, tüm eser. Saldırganlık konusunda detaylı bir inceleme için bkz. Erich Fromm, **İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri**, Birinci Kitap, Çev. Şükrü Alpagut, 3. B., Payel Yay., İstanbul 2011 Ayrıca şiddet için bkz: Artun Ünsal, “*Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi*”, **Cogito**, S.6-7, Kış-Bahar, 1996, s. 33 v.d.; Didem Yardımcıoğlu, “*Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar*”, **International Journal of Social and Humanities Sciences**, 2018, 2(2), s.146; Serpil Aytaç v.d., “*Şiddetin Kavramsal ve Kuramsal Çerçevesi*”, **İşyerinde Şiddet**, ed.: Serpil Aykaç/Nuran Bayram, Beta Yay., İstanbul 2011, s.3; **Cogito**, S.6-7, Kış-Bahar 1996;.

³⁸⁴ Michaud, **a.g.e.**, s.8,9.

³⁸⁵ **World Report on Violence and Health**, ed.: Etienne G. Krug v.d., World Health Organization, 2002, s.5 https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf?sequence=1

³⁸⁶ **World Report on Violence and Health**, s.5.

ihtimali taşıması tanımlama için yeterli görülmektedir³⁸⁷. Ancak, trafik kazası gibi, bir kast içermeyen ancak zarar verici sonuçları olan eylem ve davranışlar şiddet tanımının dışında yer almaktadır³⁸⁸.

Buna bağlı olarak şiddet, fiziksel, cinsel, ekonomik ve psikolojik olarak görülebilir. Literatürde şiddet, failin, maruz kalanın, kullanılan araçların türüne göre de tipolojik olarak incelenmektedir., şiddet türleri daha geniş ayrımlarla da sayılabilmektedir³⁸⁹. Ancak çalışmanın sınırlarını aşacağı için çalışmayla bağlantılı olan ve genel başlıklara indirgenen haliyle yetinilmiştir. Fiziksel olarak gerçekleştirildiğinde, ayrıca ceza hukuku anlamında da, eylemin sonucuna ve niteliğine göre, öldürme, yaralama, eziyet, işkence, mala zarar verme gibi bir çok formda, açık şekilde düzenlenmiş bir suçtur. Psikolojik ve ekonomik şiddet, henüz hukukumuzda bir suç tipi olarak düzenlenmemiş, özel hukukun yorum insafına bırakılmış durumdadır. Psikolojik³⁹⁰ ve cinsel³⁹¹ şiddet biçimleri yukarıda açıklandığı için bu başlık altında tekrar edilmemiştir.

Şiddet, yöneldiği öznenin kategorik mensubiyetinden kaynaklandığında ayrımcılığın bir formu bir aracı haline bürünür³⁹². Şiddet, örneğin kadına karşı şiddet, bir itaat ve iktidar alanı/aracı olarak ele alındığı için, uygulayıcı açısından bir ayrımcılık formu³⁹³, maruz kalan açısından bir ötekileştirilme aracıdır. Nitekim örneğin, İstanbul

³⁸⁷ Sibel Gök, “İşyeri Şiddeti: İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing)”, **Kadına Yönelik Şiddetin Anatomisi**, Edt.:Gülay Akgül Yılmaz, 2018, s.27 Çevrimiçi: https://www.researchgate.net/publication/337317845_Isyeri_Siddeti_ve_Mobbing_Workplace_violence_and_mobbing-chapter

³⁸⁸ **World Report on Violence and Health**, s.5.

³⁸⁹ Sınıflama tipolojisi için bkz: **World Report on Violence and Health**, s. 6 v.d., Gök, “İşyeri Şiddeti”, s.28 v.d., Polat, *a.g.m.*, s.16 v.d. Ayrıca saldırganlık sınıflandırmaları ve tipolojileri hakkında açıklamalar ve tezler için bkz. Fromm, *a.g.e.*, s.235-318.

³⁹⁰ Bkz. §3, IV/B

³⁹¹ Bkz. §3, IV/A

³⁹² Allport, fiziksel şiddeti ayrımcılığın daha da ileri bir boyutu olarak belirtir. Buna göre, 3. Aşamayı ayrımcılık, 4. Aşamayı fiziksel şiddet ve 5. Aşamayı linç, soykırım, şeklinde belirtir. Bkz. Allport, *a.g.e.*, s. 44, 85, 87, 453 ve yukarıda §1,II/B-4.

³⁹³ Uygur, *a.g.m.*, s. 196-198.

Sözleşmesi'ne göre, kadına karşı şiddet kendi başına bir ayrımcılık biçimidir (md.3/a)³⁹⁴.

Şiddetin herhangi bir türünün işyerinde veya iş ilişkisi kapsamında gerçekleşmesi durumunda, işyerinde şiddetten söz edilir³⁹⁵. ILO, fiziksel şiddeti ele alan geleneksel şiddet tanımlarının, işyerinde şiddeti açıklamak bakımından yeterli olmadığını belirterek zorbalık, mobbing, zorlama, cinsel tacizi de içeren bir süreci de şiddet olarak tanımlamaktadır³⁹⁶.

C. DIŞLA(N)MA

Ayrımcılığın sosyal ilişkilerde en sık karşılaşılan formu dışlanmadır.

Dışlanma, bireyin ya da grubun, diğer bir birey ya da grup tarafından sosyal etkileşim sürecinin dışında bırakılması şeklinde en genel haliyle tanımlanabilir. Literatürde genel olarak, sosyal dışlama, reddetme ve psikolojik dışlanma formlarına göre üçlü bir ayrım yapılmaktadır³⁹⁷. Bu ayrımların ayrıntılı incelemesinin yapılması çalışmanın sınırlarını aşacağından böyle bir değerlendirmeye girilmeyecektir. Ancak ayrımlar dışlanarak genel bir tanım yapmak gerekirse dışlama, bireye ya da gruba, istenmediğinin sözlü ya da fiziksel olarak belli edilmesi, net ve belirgin bir tepki verilmesi, bireyin ya da grubun sosyal ağın dışına itilmesi, yok sayılması, göz ardı edilmesidir³⁹⁸. Farklı davranış türleri ve formları ile ortaya çıkması mümkündür. Dışlanma/dışlama davranışı sosyal teması azaltan, yok eden bir davranış biçimidir.

³⁹⁴ Bkz. §2, I/D.

³⁹⁵ İşyerlerinde şiddet ile ilgili disiplinler arası çok boyutlu bir çalışma için bkz.: **İşyerinde Şiddet**, ed.: Serpil Aykaç/Nuran Bayram, Beta Yay., İstanbul 2011; Gök, “*İşyeri Şiddeti*”, s.32; Birik (Karatuna), **a.g.e.**, s.20.

³⁹⁶ **Violence at Work**, ed.3, ILO, 2006, s.17. Çevrimiçi:
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_publ_9221108406_en.pdf

³⁹⁷ Yasemin Abayhan, **Sosyal Etki Kuramı Bağlamında Psikolojik Dışlanma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Psikoloji Anabilim Dalı, Sosyal Psikoloji Bilim Dalı, Ankara 2013, s. 4 v.d.

³⁹⁸ Abayhan, **a.g.e.**, s.5; Onur Sunal, “*Sosyal Dışlanmaya Kuramsal Yaklaşımlar*”, <https://sosyalpolitika.fisek.org.tr/soysal-dislanmaya-kuramsal-yaklasimlar/>, erişim t.: 04.05.2019.

Ayrımcılığın bir parçası olarak görüldüğünde, belli kalıp yargılardan ve önyargılardan kaynaklı şekilde, kategorik gruba mensup bir kişiyle sosyal temasın kesilmesi, ya da en aza indirilmesi, kaynaklardan imkandan faydalandırılmaması halidir. Aslında ayrımcılık için bir araçtır. Aynı sosyal çevre içinde yer alan bir kişinin kutlamaya çağırılmaması, selam vermenin kesilmesi, herkes sigara molasındayken dışlanan birey ortama geldiğinde herkesin işine dönmesi dışlama davranışlarına örnek olarak verilebilir.

Dışlama, işyerlerinde söz konusu olup hukuki bir karşılığa büründüğünde, işyerlerinde psikolojik tacizin bir parçası³⁹⁹, ya da mağdurlaştırmanın bir aracı olarak da görülebilir.

Dışlanmanın, fiziksel bir acıyı da beraberinde getirdiğine dair bir takım nörofizyolojik çalışmalar vardır. Eisenberger ve Liberman, dışlanma davranışının beyindeki etkilerini oldukça zarif bir deneyle incelemiştir⁴⁰⁰: Deneyde, fMRI incelemesinde olan deneklere bir bilgisayar oyunu oynatılmıştır. Oyunda, oyuncular arasında bir top dolaştırılmaktadır. Deneyin ilerleyen aşamalarında, dışlanma etkisi incelenen denek, sanki oyun dışında bırakılmış gibi kendisine top atılmamaya başlanmıştır. Doğrudan farkındalık söz konusu olmasa da, denegin dışlandığını hissetmeye ve buna bağlı olarak acı çekmeye başladığı gözlenmiştir. Deneye göre, dışlanan kişinin çektiği sosyal acı, beyindeki fiziksel acı çektiğinde aktifleşen bölgeleri aktive etmektedir⁴⁰¹. Bunun anlamı da, dışlanan kişinin doğrudan farkındalığı olmasa bile acı çekmeye başlamış olmasıdır⁴⁰². Görüldüğü gibi, dışlanma süreci, bireyin kişiliğine bir saldırı teşkil etmesinin yanı sıra, aslında fiziksel benzeri acı çekmesine yol açan bir olumsuz davranış türüdür.

³⁹⁹ Davenport / Schwartz / Elliott; **a.g.e.**, s.23; Pınar Tınaz/ Fuat Bayram/ Hediye Ergin, **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yay., İstanbul 2008; s.52.

⁴⁰⁰ Naomi Eisenberger/ Matthew D. Lieberman/ Kipling D. Williams, “Does Rejection Hurt? An fMRI Study of Social Exclusion”, **Science**, 302, 290 (2003); Naomi Eisenberger/ Matthew Lieberman, “Why Rejection Hurts: A Common Neural Alarm System For Physical and Social Pain”. **Trends in Cognitive Sciences**, 8(7), 2004; Orijinal çalışmaları incelemeden önce bu deneyden ilk haberdar olunmasını sağlayan kaynak: Eagleman, **a.g.e.**, s.178.

⁴⁰¹ Eisenberger/ Lieberman, *a.g.m.*, s.296; Eisenberger/Lieberman/Williams, *a.g.m.*, s.291 v.d.

⁴⁰² Eagleman, **a.g.e.**, s.178; Çağrı Mert Bakırcı, “Dışlanmanın Sosyal Psikolojisi”, <https://evrimagaci.org/dislanmanin-sosyal-psikolojisi-4220> .

Elbette ki, kişilerin, başka kişilerle sosyal ilişki kurması onlarla sürekli ve doğrudan temas etmesi zorunluluğu altında tutulması da kabul edilemez. Böyle bir yaklaşımın kendisi, yani bir kimsenin bir başka kimse ile sosyal ilişki kurmaya zorlanması kendi başına kişilik haklarını ihlal eden bir sonuca yol açar. Ancak, burada sosyal ilişkinin devamlılığı, kişinin ilişki ağının dışına itilmemesi reddedilmemesi; objektif olarak sosyal ilişki ağı içindeki kişilerin belirli referans çerçevesi içerisinde ilişkide olunan kişilerin sosyal ağın dışına atılmaması, reddedilmemesi gerekliliğini ifade eder. Bir işyerinde, emekli olacak bir kişinin işyerindeki çok yakın arkadaşları ile birlikte bir veda yemeğine katılması başka bir şeydir, emekli olacak kişinin veda yemeğinin işveren ya da yöneticilerden biri, ya da yakın iş arkadaşlarından biri tarafından verilse bile, objektif olarak bir davet süreci söz konusuysa herhangi bir kişinin, salt sosyal ağın dışında bırakılması için davet edilmemesi başka bir şeydir. Başka bir anlatımla, tüm satış departmanının katıldığı bir davete bu departmandaki x kişinin davet edilmemesi başka bir anlama, satış departmanından a,b,c'nin yakın arkadaşları y için verdiği yemeğe, x'in davet edilmemesi elbette ki başka bir anlama gelmektedir. Birincisi, dışlamayken, ikincisi sosyal ilişki tercihidir. Buna bağlı olarak, birincisi, başka araçlarla birlikte hukuka aykırıyken⁴⁰³ ve bir dışlama davranışyken, ikincisi kişilerin sosyal ilişkilerinde kiminle temas kurmak istediklerine göre yaptıkları bir seçimdir. Tüm bu kapsamda, dışlama eylemi, kişinin kategorik gruba mensubiyetinden kaynaklı olduğunda ayrımcılığın bir aracı⁴⁰⁴, kategorik grupla ilişkisi olmadan dışlanmaya maruz kalan hak öznesinin öznel niteliğinden kaynaklı gerçekleştiğinde ise eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur.

Dışlanmanın kendisinin engellenmesi, ayrımcılıkla mücadeledeki sosyal temasın gerekliliğinin de öncül bileşenini oluşturur.

⁴⁰³ Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s. 225.

⁴⁰⁴ CEDAW md.1 de, dışlamayı cinsiyet temelli olduğu durumlarda kadınlara karşı ayrımcılık olarak tanımlamaktadır. Bkz. §2, I/C.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞYERLERİNDE AYRIMCILIKLA MÜCADELE

I. GENEL OLARAK

İşyerlerinde ayrımcılıkla mücadele, ayrımcılığın ortaya çıkmasından sonra işlerlik kazanacak yaptırımlarla gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Ancak, sonuç kısmında daha detaylı değinileceği gibi aslında, yaptırımların gündeme gelmesinden önce bir takım önleyici mekanizmaların kurulması için de hem devletin pozitif yükümlülükleri hem de taraf olunan uluslararası sözleşmelerde yüklenilen sorumluluklar birlikte değerlendirildiğinde, ayrımcılıkla mücadelede önleyici düzenlemeler büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, ayrımcılıkla mücadelede, hem etkili bir başvuru mekanizmasının oluşturulması için işverenlere somut yükümlülükler getirilmesi, hem de iç grup-dış grup temasının sağlanarak, ayrımcılıkların en aza indirilmesi için sosyal bileşenlerin birlikte hareket edebilmesinin sağlanması gerekmektedir. Bu şekilde grup temasları ile bireysel olarak ayrımcılığın önüne geçilebileceği gibi, organizasyonel düzenlemeler ile de kurumsal olarak ayrımcılığın engellenmesi mümkün olacaktır.

Her durumda, ayrımcılık bir kez ortaya çıktıktan sonra maruz kalanın uğradığı zararın giderilmesi gerektiği gibi, yaptırımların engelleyici ağırlığa ulaşması da önem taşımaktadır. Önerilere, sonuç yer verilmiş olmasının yanında, örneğin ayrımcılık tazminatının daha geniş bir koruma sağlaması ve etkili bir yaptırım olarak önleyici işlev görmesi için de gerekli olduğunu düşündüğümüz düzenleme şekilleri aşağıda açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, eldeki çalışmanın salt bir hukuk monografisi olmamasından hareketle, özellikle yaptırımlara ilişkin açıklamalar, ana hatları ile hukukçu olmayan araştırmacı için de anlaşılır kılınmaya çalışılmıştır. Bu nedenle yaptırımlara yönelik incelemeler uygulama örnekleri ile birlikte genel olarak değerlendirilmelidir.

II. İŞYERİNDE AYRIMCILIK YASAĞINA VE EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

A. İŞ HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR

1. Ayrımcılık Tazminatı Ve Yoksun Kalınan Hakları Talep

Ayrımcılık tazminatı olarak, doktrinde ve yargı kararlarında ifade edilen tazminat türü, İş k. md.5/VI'da düzenlenmiş maktu bir tazminat niteliğindedir. Buna göre, işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması durumunda, işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında bir tazminatı ödemekle yükümlü kılınması yanında işçinin ayrımcılık dolayısıyla yoksun kaldığı haklarını da talep edebilmesi söz konusudur. Ayrımcılık tazminatında, her ne kadar kavram “tazminat” olarak geçiyor olsa da, özel hukuk ilişkisi anlamında götürü bir yaptırım olarak kabul edilmiştir.⁴⁰⁵ Bu nedenle, tazminatın uygulanması için zarar veya failin kastı/saiki aranmayacağı gibi, buna bağlı olarak iş ilişkisi devam ederken de bu tazminatın talep edilebilmesi mümkündür⁴⁰⁶. Ayrımcılık yasağına aykırı eylem, işlem ya da davranış yeterlidir.

Yargıtay'a göre bu tazminat, her eşit davranma borcuna aykırılıkta değil, mutlak ayırım yasakları kapsamında işlerlik kazanacak bir yaptırım türü olduğu kabul edilmektedir. Yani Yargıtay'a göre, işçinin eşit davranma ilkesine aykırılık dolayısıyla İş K. md.5/VI'ya aykırılıktan kaynaklı olarak bir tazminat talep edebilmesi için, kategorik olarak bir gruba mensubiyeti ve maruz kaldığı eşit davranma borcuna aykırılık halinin bu mensubiyetten kaynaklandığına dair illiyet bağının kurulmuş olması gerekir, ayrımcılık teşkil etmeyen eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olduğunda bu tazminat gündeme gelemez.⁴⁰⁷ Yargıtay'ın aksi yönde, yani ayrımcılık

⁴⁰⁵ Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.76; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.428.

⁴⁰⁶ Karaman, *a.g.m.*, s.274, 299; Aykaç, *a.g.m.*, s.120; Doğan -Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s. 77; Sükran Ertürk/İlke Gürsel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Sarper Süzek'e Armağan**, ed. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 447.

⁴⁰⁷ “...Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli - kısmî süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir.” **Yarg. 9. H.D.**; 2015/23051 E. , 2018/17844 K. (www.kazanci.com.tr); aynı yönde, **Yarg. 9. H.D.** 12.11.2018 T. 2015/26907 E. - 2018/20333 K.

oluşturmayan eşit davranma borcuna aykırılıkta da, ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğini belirten kararları olsa da⁴⁰⁸, genellikle⁴⁰⁹ ayrımcılık tazminatının mutlak ayırım yasakları durumunda gündeme geleceğine karar vermektedir. Ancak, maddenin ele alınış şekli lafzi olarak düşünülürse, bu yoruma bir nebze yaklaşıyor olsa da, işçi yararına yorum ilkesi gereğince, eşit davranma borcuna aykırılık durumlarında da, md.5/VI'da öngörülen tazminata hükmedilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bir başka anlatımla, ayrımcılık tazminatının sadece ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde hükmedilecek bir tazminat olduğu yolundaki görüşler, salt lafzi yoruma dayanmaktadır ve bizce kabul edilebilir değildir. Mevcut durumda da, eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmelidir.⁴¹⁰ Maddeye ilişkin eleştirilerde de ele alındığı üzere, tazminat sınırının üst sınır şeklinde belirlenmiş olması caydırıcılıktan uzak olmakla birlikte⁴¹¹, eşit davranma borcuna aykırılık ile ayrımcılık arasında bir hiyerarşi kurulması, eşit davranma borcuna aykırılık için de bir tazminat getirilmesi gerektiğini ancak bunun alt sınırının ayrımcılık tazminatından bir miktar daha düşük olması ve ayrımcılık tazminatı için de üst sınır değil bir alt sınır getirilmesi ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminatından bir miktar daha yüksek belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Eylem ile yaptırım arasındaki orantılılık ilkesinin burada da kanun koyucu tarafından dikkate alınması, uluslararası yükümlülükler dahilinde de gerçekten etkin bir ayrımcılıkla mücadele amaçlanıyorsa, İş K. md.5 ve 18 hükümlerinin daha açık şekilde ve birbirleri ile ilişkileri, işçinin aleyhine olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Buradaki önemli bir nokta, bu tazminatın iş ilişkisi başlamadan önce uygulanamayacağı konusudur. Maddenin ifade ediliş biçiminde, genel olarak, işe alım

⁴⁰⁸ **Yarg. 9. H.D.** 18.09.2007 T, 2007/28938 E., 2007/26952 K. (Ertürk/Gürsel, *a.g.m.*, s.449).

⁴⁰⁹ Örneğin, **Yarg. 9. H.D.** 12.11.2018 T. 2015/26907 E. - 2018/20333 K.. Yargıtay bir başka kararında da bu hususu açıklıkla vurgulamıştır: “...ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir.” **Yarg. 9. H.D.**; 2015/23051 E. , 2018/17844 K. (www.kazanci.com.tr)

⁴¹⁰ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.329; Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.250; Aynı yönde: Ertürk/Gürsel, *a.g.m.*, s.448,449.

⁴¹¹ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.308,350; Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, 76,77; Gülmez, “*Aykırı Düşünceler*”, s.249, 250.

ve devamında ayrımcılık yasağından söz edilirken, yaptırım fıkrasında “iş ilişkisinde...” denilmektedir. Bu nedenle, bu ayrımcılık tazminatı yaptırımının işe alım aşamasındaki ayrımcılık yasağına aykırılık için uygulanma imkanı olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

Doktrinde, her ne kadar belirlenmiş ayrımcılık tazminatının işe alım aşamasında, yani iş ilişkisi başlamadan talep edilemeyeceği ağırlıkla kabul edilse de, culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında, işçi adayının genel hükümlere göre tazminat talep edebilmesinin önünde engel olmadığı ileri sürülmektedir⁴¹². Ancak, bu tarz bir korumanın istenen sonucu sağlamayabileceğini, yani işe alımlardaki ayrımcılığı engellemesinin güç olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.⁴¹³ Madde gerekçesinde ise, ayrımcılık yasağından ayrıca söz etmeksizin, madde başlığına uygun şekilde işverenin işe alımdan itibaren eşit davranma borcu altında olduğu belirtilmektedir. Bu noktada maddenin gerekçesi ile madde hükmü çelişmektedir. Normatif olarak işçi yararına yorum gereği, işe alım aşamasında da ayrımcılık tazminatının uygulanabileceğini ileri sürmek mümkün olsa da, bu yorum hukuki öngörülebilirliği ortadan kaldırma riskini de beraberinde getirecektir. Bu nedenle, hukuki öngörülebilirliğe üstünlük tanınarak, ayrımcılık tazminatının ancak iş sözleşmesinin kurulması ile birlikte gündeme geleceği kabul edilse de, genel hükümlere başvurularak işe alımdaki ayrımcılık karşısında tazminat yaptırımının uygulanması için, yorum yaparken madde 5 hükmü dikkate alınmalıdır⁴¹⁴. Ayrımcılıkla mücadelenin daha güçlü kılınması içinse, işe alım aşamasında da ayrımcılık yapılamayacağı ve ayrımcılığın söz konusu olduğu durumlarda aynı yaptırımın uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir⁴¹⁵.

⁴¹² Tuncay, “*İrk ve Etnik Köken*”, s.767, Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s.34, 35; Ertürk, **Temel Haklar**, s.81; Ekonomi, *a.g.m.*, s.19.

⁴¹³ Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s. 77. Doğan Yenisey, culpa in contrahendo sorumluluğu konusunda doktrinde hakim bir görüş olduğunu belirtirken, bunun gerekli korumayı sağlamaktan uzak olduğunu da eklemektedir.

⁴¹⁴ Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s.34,35.

⁴¹⁵ Yıldız, “**Eşit İşlem**”, s.67,68; Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s.34.

Aynı zamanda, ayrımcılık tazminatının üst sınır olarak belirlenmiş olması da, yeterli korumayı sağlamamaktadır⁴¹⁶. Nitekim, 76/207 AB Yönergesi'ne göre de bu şekilde bir üst sınır belirlenmiş olması uygun değildir⁴¹⁷. Ayrımcılık yasağına aykırılık bakımından zarar ile illiyet bağı kurulmayan bir tazminatın öngörülmesi uygun olmakla birlikte, bunun bir alt sınır olarak belirlenmesi ve zararın ağırlığı oranında alt sınırdan uzaklaşarak tazminatın belirlenmesi daha işlevsel ve caydırıcı olacaktır. Bu noktada, ayrımcılık ile birlikte manevi tazminatın istenebileceği, bunun önünde hukuki bir engel olmadığı ileri sürülebilir.

İş Kanunu md.5/VI hükmü uyarınca, işçinin ayrımcılığa maruz kalması halinde, bundan dolayı yoksun kaldığı haklarını talep etme imkanı vardır. Aslında bu hüküm, yer almasaydı dahi, ayrımcılık yasakları veya eşit davranma borcuna aykırılık halinin söz konusu olması ile birlikte, buna dayanak oluşturan eylem veya işlem hükümsüz kalacağından, sözleşme ilişkisi gereği, kişinin yoksun kaldığı haklarını talep etmesi mümkün olurdu. Yani önemli olan bir eşitlik ilkesi hükmünün varlığıdır. Bir ileri yorumda, bu ilke yer almasaydı dahi AY md. 10 hükmü uyarınca da bu yoksun kalınan haklar talep edilebilirdi, çünkü AY md. 10 bir temel haktır.⁴¹⁸ Örneğin, işçinin ücret hakkı sözleşmesel bir talep hakkı olup, işverenin eylem ve işlemlerinde eşit davranma borcu tanımlanması ile birlikte, sözleşmesel olarak ücretin daha farklı ya da düşük belirlendiği durumlarda, bu ücret farkının eşit davranma borcunun tabii sonucu olarak talep edilebileceği hatta buna dayanılarak sözleşmenin haklı nedenle feshedilebileceği⁴¹⁹ ya da işten kaçınma hakkının kullanılabilmesi ortadadır.

Son olarak, ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisine değinilmesi gerekmektedir de, bu ilişki aşağıda diğer yaptırım türleri açıklanırken her yaptırım türünün ayrımcılık tazminatı ile ilişkisi ele alınmaya çalışıldığından, tekrar düşmemek adına burada incelenmemiştir.

⁴¹⁶ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.330; Doğan Yenisey, “*Ayrımcılık Yasağı*”, s.77; Ertürk/Gürsel, *a.g.m.*, s.448.

⁴¹⁷ Doğan Yenisey, *a.e.*, s.77; Aynı yönde, ayrıca Estonya, Almanya gibi ülkelerden örnekler için: Yıldız, “*Orantılılık İlkesi*”, s.699, 701.

⁴¹⁸ Emin Zeytinoğlu, “*Türk Hukukunda Geçici İş İlişkisi*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/236/M00067.pdf?sequence=1> , s.129

⁴¹⁹ Tuncay, “*Eşit Davranma*”, s.37.

2. Kötü Niyet Tazminatı

a. Kötü Niyet Tazminatı

İş Kanunu'na göre, iş güvencesinden yararlanamayan işçiler bakımından işverenin herhangi bir fesih gerekçesi bildirmesine gerek olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilebilmesi mümkündür. Gerekçe bildirme zorunluluğu olmadığına göre, fesih sebebinin denetimi de söz konusu edilemeyecektir. Ancak, iş güvencesinden yararlanamayan işçiler bakımından, işverence yapılan fesih işleminin kötü niyetli olmaması gerekir. Yani işveren, her ne kadar iş güvencesinden yararlanamayan işçilerin iş sözleşmesini feshederken geçerli neden gibi bir kısıta tabi olmasa da, yine de feshin kötü niyetli olup olmadığının denetleneceğini İş K. md. 17 belirtmektedir. Buna göre, işverenin feshi kötü niyetli bir fesihse, işveren işçinin bildirim süresinin üç katına kadar bir tazminatı kötü niyet tazminatı olarak işçiye ödemekle yükümlü olacaktır.

Kanun'da, kötü niyetin ve kötü niyetli feshin tanımı yapılmış değildir. Ancak, gerekçede kötü niyetli fesih türleri örnek olarak sayılmıştır. Buna göre işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından *“işçi kendisi hakkında bir şikayette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için”*⁴²⁰ feshedilirse bu, kötü niyetli fesih olarak kabul edilecektir. Bunun yanı sıra, işyerinde psikolojik taciz⁴²¹, hamilelik ve doğumdan kaynaklı fesih⁴²² kötü niyetli kabul edilmektedir.⁴²³ Bu noktada, kötü niyetin

⁴²⁰ İş K. md. 17 madde gerekçesi.

⁴²¹ **Yarg. 9. H.D.** 11.06.2007 T., 2006/32353 E., 2007/18337 K. (Kararın tam metni ve incelemesi için: Güzel/ Ertan, a.g.m., s. 149-169).

⁴²² Münir Ekonomi, *“Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”*, **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s.20. Ayrıca bkz. *“Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir.”* **Yarg. 9. H.D.**, 17.09.2007 T., 2007/29103 E., 2007/26743 K. (Kararın tam metni ve incelemesi için bkz.: Özer, a.g.m., s.123-136); **Yarg. 9. HD.**, 28.4.2005 T., 2004/25538 E., 2005/14932 K. (**Çalışma ve Toplum**, 2005/3, s.201-202).

⁴²³ 1475 Sayılı Kanun döneminde verilen bir takım kararlar, bu noktada örnek kabilinden açıklayıcıdır. Örneğin, işçinin, aynı iş yerinde çalışan eşinin çalışma müdürlüğüne şikayeti dolayısıyla sözleşmenin feshi, davacı işçinin ayrıldığı işyerine karşı açtığı davayı, işe tekrar başlaması üzerine müracaata bırakıp, tekrar çalışmaya başladıktan sonra davasını yenilemesi dolayısıyla yapılan fesih, iş ilişkisi devam ederken açılan dava dolayısıyla sözleşmenin feshedilmesi kötü niyet tazminatına

belirlenmesinde, İş K. md.18’de belirtilen, geçerli neden olmayacak nitelikte örnek olarak sayılmış fesih sebeplerinin, iş güvencesinden yararlanamayanlar bakımından kötü niyetli fesihler için örnek olarak sayılması uygundur⁴²⁴. Bunun yanında, md.5’de sayılan ayrımcılık yasaklarına aykırı fesihler de doğal olarak aynı zamanda kötü niyetli fesih niteliğindedirler.

İşçinin iş güvencesi kapsamında olmasına karşılık, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmamayı seçerek kötü niyet tazminatı talep etmesi ise mevcut yasal düzenleme karşısında mümkün değildir.⁴²⁵ Hem 17. Maddede, hem de gerekçesinde açıkça iş güvencesini hükümlerini düzenleyen 18, 19, 20, 21. Madde hükümleri dışında kalan işçilerin kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilecekleri belirtilmiştir. Bu düzenleme eleştiriye açıktır ve kötü niyet gibi ağır bir ihlalle karşı karşıya kalmış ancak iş güvencesine tabi işçilerin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak zorunda bırakılmaları hakkaniyetli olmamıştır. İş güvencesinden yararlanabilen işçilerin, bu yolu tercih etmeyerek kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilmeleri, her ne kadar işçi yararına olsa da, Kanun’un mevcut sisteminde mümkün değildir⁴²⁶. Bu düzenlemenin değişmesi, en azından kötü niyetli fesihlerde işçiye, iş güvencesinden veya kötü niyet tazminatından yararlanma bakımından seçim hakkı tanınması gerektiği kanaatindeyiz.⁴²⁷

hükmedilmesini gerektirmiştir. Karar ve görüşler için bkz. Fevzi Şahlanan, “*Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması*”, **İktisadi, Sosyal Ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması: İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2002, s. 150, 151.

⁴²⁴ M. Nusret Bedük, “*İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı*”, **Sarper Süzek’e Armağan**, I. Cilt, edt. Süleyman Başterzi, Beta Yay., İstanbul 2011, s.929.

⁴²⁵ İş güvencesi kapsamında olan işçilerin kötü niyet tazminatı talep edip demeyeceklerine dair tartışmalar için bkz.: Nuri Çelik, “*Karar İncelemesi: İş Güvencesi – Kötüniyet Tazminatı İlişkisi*”, **İst. Tic. Üni SBD**, Y.5, S.10, Güz 2006/2, s.3 v.d.

⁴²⁶ **Yarg.22.HD.** 11.03.2014 T. 2014/5140 E. 2014/5624 K.; **Yarg. 9.HD.** 24.10.2011 T. 2009/23390 E. 2011/39223 K..

⁴²⁷ Aynı yönde: Kadriye Bakırcı, “*İş güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*”, **SİCİL**, Haziran 06, Y.1, S.2, s.121; Çelik, “*Karar İncelemesi*”, s.4,5.

b. Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi

Kötü niyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının istenip istenemeyeceği konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş bunun mümkün olduğunu kabul ederken⁴²⁸, diğer görüş ile Yargıtay, birlikte talep edilemeyeceğini, işçinin bu tazminatlardan birini seçmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴²⁹. Diğer bir görüş ise, ayrımcılık tazminatı ya da kötü niyet tazminatının birini seçme gerekliliği yönünde bir yasal düzenleme olmadığından, bir seçim hakkı da yoktur ve hem ayrımcılık hem de kötü niyet teşkil eden durumlarda sadece kötü niyet tazminatına hükmedilebileceğini ileri sürmektedir.⁴³⁰

Çoğu durumda, ayrımcı bir fesih aynı zamanda kötü niyetli bir fesihtir. Doktrinde, her iki tazminatın birlikte istenebileceğini ileri süren görüşün de isabetli bir şekilde belirttiği gibi, mevcut yasal düzenleme içerisinde, ayrımcılık tazminatının ve kötü niyet tazminatının birlikte istenmesine engel bir durumun da olmadığı⁴³¹ ve her iki

⁴²⁸ Süzek, “Eşit Davranma”, s. 35; Süzek, **İş Hukuku**, s. 456, Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.452; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.393; Ekonomi, *a.g.m.*, s.21; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.38; Aykaç, *a.g.m.*, s.114, 120,121.

⁴²⁹ Odaman, *a.g.m.*, s.80, 83; Tuncay, “Eşit Davranma”, s. 36,37. Bedük, ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatının düzenlenme amaçları ile uygulanma kapsamalarının farklı olduğunu belirtmekle birlikte, kötü niyetli feshin aynı zamanda ayrımcılık yasağına da aykırılık oluşturduğu durumlarda, sadece işçi lehine olana hükmedilebileceğini, ikisinin aynı anda talep edilemeyeceğini belirtmektedir. Bedük, *a.g.m.*, s.947,948. Doğan Yenisey, ayrımcılığın, kötü niyetin özel bir hali olduğundan bahisle, ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte istenemeyeceğini belirtmektedir. Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.74. Karagöz ve Özer, aynı eyleme birden fazla yaptırım uygulanamayacağından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceğini belirtmektedir. Özer, *a.g.m.*, s.136; Karagöz, *a.g.m.*, s. 74. Bakırcı, kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı aynı anda istenemeyeceğini, çünkü buna olanak tanıyan bir madde olmadığını, ayrımcılığın aynı zamanda kötü niyetli bir fesih olup iki eyleme birden fazla yaptırım yüklenemeyeceğinden bahisle ve Yargıtay kararlarına paralel şekilde kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda istenemeyeceğini belirtmektedir. (Bakırcı, “Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, s.118,119; benzer yönde, Taşkent/Kurt, *a.g.m.*, s.39); ayrıca bkz.:“Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir” **Yarg. 22. H.D.** 29.11.2013 T., 2012/29053 E., 2013/27095 K. (www.kazanci.com).

⁴³⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.483.

⁴³¹ Süzek, “Eşit Davranma”, s.35. Süzek ayrıca, eşit davranma borcuna aykırı davranışın önlenmesi için de, kıdem süresi düşük işçilerin sadece ayrımcılık tazminatı ile yetinmesini beklemenin yeterli olmayacağını, bu iki tazminatın birlikte istenebilmesi gerektiğini belirtmektedir (a.y.); Benzer yönde Yıldız, **Eşit İşlem**, s.393. Bu görüşe katılıyoruz. Ayrımcılık yasakları ve eşit davranma borcu için öngörülebilir ve daha ağır bir yaptırım süreci ile kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı ilişkisinin net şekilde kanun koyucu tarafından düzenlemeye konu edilene kadar (Aynı yönde Yıldız, **Eşit İşlem**, s.394, 395) bu iki tazminatın işçinin korunması ilkesinin bir gereği olarak birlikte istenebilmesi gerekmektedir.

tazminatın birlikte istenebileceği kanaatindeyiz⁴³². Çünkü, kanun koyucu sendikal tazminattaki gibi, açık bir şekilde bu iki tazminatın birlikte istenemeyeceğini belirtmiş değildir. Ancak, kural olarak her ayrımcılık halinin kötü niyetli de olduğu düşünüldüğünde, hukuki öngörülebilirlik bakımından da bir sorun yaratacağı açıktır. Bu nedenle, bu iki tazminatın ilişkisinin açık şekilde tanımlanması gerekmektedir. Ayrıca, kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı hukuki değeri koruduğu görüşünün kabul edilmesi de mümkün gözükmemektedir, çünkü böyle bir durumda, her kötü niyetli feshin ayrımcı da olduğunu kabul etmek gerekecektir⁴³³. Ama böyle değildir çünkü her kötü niyetli fesih aynı zamanda ayrımcılık teşkil etmez.

Kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının veya iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceğini öne süren görüşlerin yanı sıra, İş Kanunu'nun lafzına göre iş güvencesinden yararlanan işçilerin kötü niyet tazminatı talep edemeyecekleri hususları hep birlikte düşünüldüğünde hakkaniyete aykırı ve adaletsiz bir sonuç doğması muhtemeldir⁴³⁴. Buna bir de, iş güvencesinden yararlanabilen işçinin, işe geri dönmeyi tercih etmediği durumda, iş güvencesi tazminatından yoksun kalacağı gerçeğini eklediğimizde sorun hem daha da karmaşıklaşmakta hem de hukuki öngörülebilirliği bertaraf etmektedir. Bu nedenle, bu tazminatlar arasındaki ilişkiyi tanımlayan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.⁴³⁵ Bu düzenleme hem işçiler için hak kayıplarının önüne geçebilecektir, hem de işverenler için hukuki öngörülebilirliği sağlayacaktır.

⁴³² Süzek, “Eşit Davranma”, s. 35; Süzek, **İş Hukuku**, s. 456, Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.452; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.393; Ekonomi, *a.g.m.*, s.21; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.38; Aykaç, *a.g.m.*, s.114, 120,121; Yuvalı, **a.g.e.**, s.227. Yuvalı, kötü niyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının istenemeyeceğine dair doktrin görüşlerinde haklılık payı olduğunu belirtmekle birlikte, bu iki tazminatın birlikte istenebileceğinin kabul edilmediği durumda, ayrımcılık tazminatının anlamsızlaşacağını, zira, ayrımcılık tazminatı her ne kadar iş ilişkisi devam ederken de talep edilebilir bir tazminat olsa da, işten atılma korkusu nedeniyle feshe kadar bu yaptırım için başvuruda bulunmayacağını, fesih sonrası ise, muhtemelen daha yüksek bir tazminat olan kötü niyet tazminatını seçeceğini bunun da ayrımcılık tazminatının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından anlamsız kılacağını belirtmektedir (s.227).

⁴³³ Yıldız, **Eşit İşlem**, s.391.

⁴³⁴ Bedük, *a.g.m.*, s.934-936, 942,943.

⁴³⁵ Yıldız, **Eşit İşlem**, s. 394.

Bu noktada eklenmelidir ki, kötü niyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının istenemeyeceğine dair görüş dikkate alınır ş u soruna nasıl bir çözüm geliştirilecektir: Örneğin, işçinin iş sözleşmesi devam ederken ayrımcılık tazminatı talebinde bulunduğ u, dava sonuçlanmadan da iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedilmesi durumunda sonuca nasıl ulaşılacaktır? Ya da, iş sözleşmesi devam ederken ayrımcılık tazminatı talebinde bulunan, davası sonuçlanan ve ayrımcılığ a uğradığı kabul edilen işçinin sözleşmesi, daha sonra bu davaya dayanılarak işverence feshedilirse, işçi bu defa kötü niyet tazminatı talebinde bulunabilecek midir? Bu sorular, her iki tazminatın birlikte istenemeyeceğini ileri süren görüşler dikkate alınarak değerlendirildiğinde, sözleşme feshedildiğinde kötü niyet tazminatı talep edilemeyeceğ i sonucuna ulaşırsa gerektir.

3. Kıdem/İhbar Tazminatı

İşverenin iş sözleşmesini, eşit işlem borcuna aykırı olarak feshetmesi durumunda, koşulları oluştuy ş a kıdem tazminatı ve/veya ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğ ü altına girecektir. Çalışma kapsamında ele alındığında, işverenin iş sözleşmesini feshinin ayrımcılık yasağ ına aykırı olarak ya da eşit işlem borcuna aykırı olarak uygulandığı durumlarda feshin her koşulda haklı veya geçerli nedene dayanmadığı açıktır.⁴³⁶

İhbar tazminatı açısından ise biraz daha karmaşık bir süreç işleyecek, olasılıklara göre ihbar tazminatının söz konusu olup olmayacağı tartışılacaktır. İhbar tazminatının söz konusu olması için ilk koşul, sözleşmenin ihbar süresi tanınmadan feshedilmiş olmasıdır. Sözleşmenin derhal feshedilmesi tek başına yeterli olmaz, işveren feshinin madde 25 kapsamında olmaması gereklidir. İşveren feshi md.25'e göre yapılmış olsa ve gerçekte bu fesih haklı neden teşkil etmiyorsa yine ihbar tazminatı ödenmesi gerekecektir.

Tüm bu kapsamda, işçinin iş sözleşmesini, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması veya ayırım yasaklarına aykırı hareket etmesine dayanarak İş K.

⁴³⁶ Karş. İşverenin eşit işlem borcuna aykırı davranmış olmasının feshi geçersiz hale getirmeyeceğ i konusunda bkz. **Yarg. 9. H.D.**, 16.04.2018 T., 2018/3244 E., 2018/8685 K. (www.hukukmedeniyeti.org)

md.24/II uyarınca feshetmesi halinde de kıdem tazminatına hak kazanması mümkündür.⁴³⁷ İşçinin bu halde ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı⁴³⁸, işçinin özellikle taciz koşullarında, sözleşmeyi feshetmesi için işveren tarafından baskı altına alınması halinde, sözleşmenin feshi işleminin gerçekten bir işçi feshi mi yoksa işverenin eylemli feshi mi olacağı ya da işverenin bu şekilde kusurlu davranışının haksız fiil teşkil ederek, ihbar tazminatı tutarında maddi tazminat talep edip edemeyeceği, çalışmanın sınırlarını aşacağından burada tartışılmamıştır ancak doktrinde, işçinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda ihbar tazminatına hak kazanamayacağı konusunda fikir birliği mevcuttur.

Ayrımcılık tazminatı ile birlikte, kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanma koşulları varsa, birlikte istenebileceklerdir⁴³⁹.

4. İş Güvencesi Hükümleri

a. İş Güvencesi ve İşe Başlatmama (İş Güvencesi) Tazminatı

Uygulamada, iş güvencesi hükümleri ve işe iade olarak anılan İş. K. md.18 ve devamı, Kanun'un ifadesine göre feshin geçerli nedene dayanması gerekliliğidir. Belli ölçekteki (en az 30 işçi çalıştıran) işletmelerde, işverenin iş sözleşmesini geçerli bir neden olmadan feshedememesini düzenlemektedir. Buna göre bir işçinin iş güvencesinden yararlanabilmesi için, işverenin aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçi sayısının en az 30 olması, işçinin en az altı aylık kıdeme sahip ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması, işçinin işletmenin bütününü sevk ve idareye yetkili veya işçi alma çıkarma yetkisi bulunana işveren vekili olmaması gerekmektedir. Bu koşulların tamamı bir araya geldiğinde işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanıyor olacaktır.

⁴³⁷ Senyen-Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”, s.264; Süzek, **İş Hukuku**, s.458,459.

⁴³⁸ Tartışmalar için bkz.: Fatih Uşan; “İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, **Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İÜHF, İstanbul 2000, s.1220 v.d; Ayrıca bkz. Kemal Oğuzman, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi – Genel Görüşme”, **Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s.117–118.

⁴³⁹ Yıldız, “Orantılılık İlkesi”, s.704; Karagöz, *a.g.m.*, s.70.

Kanun’da, hangi hallerin geçerli neden “olamayacağı” örnekleme metodu ile sayılmıştır. Buna göre, bu çalışmanın kapsamı ile ilgili olarak, “Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak (md.18/III-a)”, “İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” ile bir pozitif ayrımcılık olarak düzenlenmiş olan, İş K. md.74 hükmüne göre kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmediği iddiası ile yapılacak fesihler geçerli nedene dayanmayacaktır.

Özellikle ayrımcılık niteliği taşıyacak olan, “İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” md. 5 paralelinde düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak da, iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından işverenin iş sözleşmesinin feshi aşamasında ayrımcılık yasağına tabi olduğu konusunda duraksama yoktur.⁴⁴⁰ Zaten, yukarıda detaylıca ele alındığı gibi, esas tartışma, ayırım yasakları bakımından ziyade, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu altında olup olmadığı konusundadır.⁴⁴¹

İşveren, geçerli nedene dayanmaksızın, ayrımcılık niteliğinde bir işlemle iş güvencesinden yararlanan işçinin iş sözleşmesini feshederse, işçinin fesih işleminden itibaren bir ay içerisinde işe iade talepli olarak arabulucuya başvuru hakkı vardır. Arabuluculuk aşamasında anlaşma sağlanamazsa, anlaşamama tutanağının tutulduğu andan itibaren iki hafta içinde işçi, işe iade talepli olarak mahkemeye başvurabilir. Mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde karar verilmesi halinde, kararın kesinleşmesinden itibaren işçi en geç on gün içinde işe başlamak yönünde işverene başvurmakla yükümlüdür. İşverenin de işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmak ya da başlatmamak konusunda seçimlik bir hakkı vardır. Ancak işveren işçiyi bir ay içerisinde işe başlatmaz, mahkemece feshin geçersizliği veya haklı nedene dayanmadığına dair hükmüyle birlikte belirlemiş olacağından, işe başlatmama halinde

⁴⁴⁰ Mustafa Alp, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2006, s. 161, https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/yargitayin_is_hukukuna_iliskin_kararlarinin_degerlendirilmesi_2006/pdf_yargitayin_is_hukukuna_iliskin_kararlarinin_degerlendirilmesi_2006.pdf (e.t.: 29.02.2019)

⁴⁴¹ §3, II/B,2.

dört aydan sekiz aya kadar ücret tutarında bir tazminatın işçiye ödenmesine de hükmedecektir⁴⁴². Feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçi işe başlatılsa da başlatılmasa da işçinin dört aya kadarlık boşa geçen süre ücretinin kendisine ödenmesine de ayrıca karar verilmektedir.

Görüldüğü gibi, ayırım yasakları kapsamında bir fesih söz konusu olduğunda, bir başka ifadeyle işveren ayrımcılık yaparak işçinin mensubu olduğu kategorik grubu dolayısıyla iş sözleşmesini feshettiğinde, işçiye işe başlatmazsa, iş güvencesi tazminatı olarak adlandırılan bir tazminatı işçiye ödemekle yükümlü olacaktır.

b. Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi

Doktrinde, iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının talep edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüş, bir eylemden dolayı iki farklı yaptırım uygulanamayacağı gerekçesiyle, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatı talep edemeyeceğini ileri sürmekte olup Yargıtay da genel olarak bu görüştedir⁴⁴³. Bizim de katıldığımız karşı görüş ise, bu iki hükmün koruduğu hukuki değerlerin farklı olduğu, iş güvencesi tazminatı, işverene tanınan seçimlik hakka göre bir şarta bağlı olarak (işe başlatmama hali) hükmedilen

⁴⁴² Mevcut durumda, Yargıtay, ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına hükmedilemeyeceğini ancak iş güvencesi tazminatının alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir (Örneğin, **Yarg. 9.H.D.**, 18.06.2012 T., 2010/13065 E, 2012/23353 K.).

⁴⁴³ Tuncay, “Eşit Davranma”, s.36,37; Taşkent/Kurt, *a.g.m.*, s.39; Karagöz, *a.g.m.*, s.73. **Yarg. 9. H.D.**, 14.4.2016 T., 2015/29051 E., 2016/9441 K; aynı yönde **Yarg. 9.H.D.**, 18.06.2012 T., 2010/13065 E., 2012/23353 K.: “Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Çünkü bu husus işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılmalıdır. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Bu açıdan davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi gerekirken bu konuda karar verilmesi hatalıdır” Aynı yönde: **Yarg. 9. H.D.**, 18.6.2012 T., 2010/13065 E., 2012/23353 K. (www.kazanci.com). Kararın incelemesi için bkz: Selda Taşyürek, “Karar incelemesi: Ayrımcılık Sebebiyle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Edilemeyeceği Sorunu”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.415-425 (Taşyürek, Yargıtay kararına katılmamaktadır, s.422,425). **Yarg. 9. H.D.** 06.06.2007 T., 2006/30630 E., 2007/18174 K. Kararın tam metni ve incelemesi için bkz: Can Tuncay, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **SİCİL**, S.10, Haziran 2008, s.106. Tuncay anılan karar incelemesinde, Yargıtay’ın görüşünü benimsemekte ve iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir. Ayrıca: Tuncay, “Eşit Davranma”, s.37; Soru-Cevap, s.47.

götürü bir yaptırım⁴⁴⁴, ayrımcılık tazminatının ise şarta bağlı olmaksızın eylemin gerçekleşmesi ile birlikte, ayrımcılık eylemine özgü olarak getirilmiş bir yaptırım olduğundan hareketle, birlikte istenebileceğini ifade etmektedir.⁴⁴⁵ Yargıtay, genelde verdiği kararların aksine istisnai bir kararında, daha önce işe iade davası açmış ve işe başlatılmamış, böylece iş güvencesi tazminatından yararlanmış kadın işçinin, analık sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini kabul ile, işe iade davası sonrası, açılan ayrımcılık tazminatı ve yoksun kalınan hakları talep ettiği davayı kabul ederek, aksi yöndeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur⁴⁴⁶.

Gerçekten de, iş güvencesinde, işçinin iş sözleşmesinin her türlü eylem ve işlemle, keyfi olarak sona erdirilmesini engellenmeye çalışılmakta, işçinin keyfi fesihlere karşı korunması amaçlanmaktadır⁴⁴⁷. Keyfi, haklı ve geçerli nedene dayanmayan fesihler, her zaman ayrımcılık yasağına aykırı değildir. Ancak, ayrımcılık yasağına aykırı fesihlerde, işçinin bir başka hakkı, temel bir insan hakkı olarak mensubu olduğu kategori sebebiyle farklı muameleye tabi olmama hakkı ayrıca ihlal edilmektedir. Eğer, işçinin ayrımcılık halinde iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceği kabul edilirse, işverenin ayrımcı eylemi, işçinin işe başlatılması halinde yaptırımsız kalacak ve geçerli nedene dayanmayan herhangi bir fesih gibi işlem görecektir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Yıldız, “Orantılılık İlkesi”, s.701; Tuncay, “Eşit Davranma”, s.36; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.396; Aykaç, *a.g.m.*, s.118,119.

⁴⁴⁵ Süzek, **İş Hukuku**, s.457; Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.458 v.d.; Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Sorunu Üzerine Görüşler”, **SİCİL**, Haziran 09; Y.4, S.14, s.82; Yuvalı, **a.g.e.**, s.229; Doğan Yenisey, “Ayrımcılık Yasağı”, s.79; Süzek, “Eşit Davranma”, s.35, Yıldız, **Eşit İşlem**, s.335; 396; Aykaç, *a.g.m.*, s.119; Kandemir/ Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.39; Senyen-Kaplan, *a.g.m.*, s.263; Yıldız, “Orantılılık İlkesi”, s.701; Taşyürek, *a.g.m.*, s.422,423.

⁴⁴⁶ **Yarg. 9. H.D.**, 29.11.2011 T, 2009/19835 E., 2011/46440 K. (**Çalışma ve Toplum**, S.33) karş.: “İşçinin işe başlatılma başvurusunun işverence reddedilmesi,... yeni bir fesih sayılmaktadır. Dolayısıyla burada, ayrımcılık söz konusu olmayıp kanundan doğan sonuç gerçekleşmektedir. Müeyyidesi ise Yasa’nın 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada, ayrıca 5. maddedeki ayırım yasaklarının tartışılması da mümkün değildir” **Yarg. 9. HD**, 18.06.2012 T., E. 13065/ K. 23353 (Taşkent/ Kurt, *a.g.m.*, s.39) Taşkent/Kurt, Yargıtay’ın kararına katılmakta ve iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının istenemeyeceğini belirtmektedirler.

⁴⁴⁷ Odaman, *a.g.m.*, s.82 v.d.; Süzek, “Eşit Davranma”, s.35; Ertürk/Gürsel, *a.g.m.*, s.450.

⁴⁴⁸ Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.459.

Teorik olarak şöyle bir örnek verilebilir. İş güvencesinden yararlanamayan bir işçinin, ayrımcılık nedeniyle işten çıkarıldığını ve bu işlemi, gerçek işverenin, haberi olmadan bir işveren vekilinin gerçekleştirdiğini, işverenin de konudan ayrımcılık tazminatına hükmedilen bir dava sonunda haberdar olduğunu, buna çok üzüldüğünü ve işçiyi geri işe alarak, ayrımcılık yapmış işveren vekilini işten çıkardığını düşünelim. Bu, küçük ölçekli işveren, ayrımcılık tazminatını ödeyecektir. Buna karşılık aynı örneği, iş güvencesinden yararlanabilen bir işçi için verelim. İşçi işe iade davası açmış olsun ve dava ile birlikte işveren, işveren vekilinin bu ayrımcı uygulamasını öğrenmiş olsun. İşveren işçiyi işe başlattığında, iş güvencesi tazminatı ödemeyeceği gibi, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenemeyeceği kabul edildiğinde, ayrımcılık tazminatı da ödemeyerek, işlemi yaptırımsız kalacaktır. İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda istenemeyeceği kabul edildiğinde, iş güvencesine tabi olacak nitelikte büyük ölçekli işveren, ayrımcılık tazminatını ödemeyecektir. Bir başka anlatımla, İş Kanunu'nun 30 işçi koşuluyla, iş güvencesi hükümlerini, gerekçeye göre, belli ölçeğin üstündeki işverenler için getirdiği dikkate alındığında, büyük ölçekli işveren ayrımcılık sonucu herhangi bir tazminat ödemezken, küçük ölçekli işletme yaptırıma maruz kalmış olacaktır. Bu, hem işçi bakımından hem de işveren bakımından adaletsiz bir sonuç doğuracaktır. Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle birlikte, bu örnekteki nedenler de dikkate alınarak iş güvencesi tazminatı ile birlikte, ayrımcılık tazminatının istenmesinde kanaatimizce bir engel yoktur. Aksi durum hakkaniyetli de olmayacaktır⁴⁴⁹.

5. Sendikal Tazminat

a. Sendikal Tazminat

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu “*İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı*” tutulamayacağını (md.25/I) ve işverenin “*bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir*

⁴⁴⁹ Benzer yönde Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.459.

ayrım” yapamayacağını (md.25/II), “İşçiler(in), sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılma(mayacağını) veya farklı işleme tabi tutulma(mayacağını)” (md.25/III) düzenlemektedir. Bununla birlikte, “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır” (md.25/II, son cümle) denilerek, bu konularda toplu iş sözleşmesine dayanılarak farklı uygulamaya gidilmesinin sendikal ayrımcılık olarak tanımlanamayacağı belirtilmektedir. Aslında bu, haklı ayrımlardan birisini oluşturacaktır çünkü STİSK md.39 uyarınca da, aksi kararlaştırılmadıkça, toplu iş sözleşmesinden, taraf işçi sendikası üyesi işçiler yararlanacaktır⁴⁵⁰ ancak, dayanışma aidatı konusundaki hükümler saklıdır.⁴⁵¹

Devamı fıkralar ise, işçinin işe alınmasında, iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde bu şekilde sendikal nedene dayalı bir ayrımcılık söz konusu olması durumunda, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere bir tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir.

Genellikle, sendikal nedenle fesih üzerinde durulmakla birlikte, sendikal tazminat, işe alım aşamasında sendikal ayrımcılık halinde ve iş sözleşmesi feshedilmemiş, ancak sendikal olması ya da belli bir sendikaya üye olmaması nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalmış, örneğin sendikal olduğu için eğitime gönderilmemiş veya belli bir sendikaya üye olmadı diye ikramiyesi ödenmemiş ya da daha az ödenmiş işçinin de talep edebileceği bir haktır.⁴⁵² Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ayrımcı muamelenin STİSK. md.25/II, son cümle kapsamında olmamasıdır. Bu istisna dışındaki ikramiye ayrımcılığı, sendikal nedenden kaynaklandığında, sendikal tazminat gündeme gelecektir. Bunun yanı sıra da, iş sözleşmesinin feshinde sendikal ayrımcılık söz konusu olduğunda, sendikal tazminatın söz konusu olacağı da açıktır. Sendikal tazminatın iş sözleşmesinin feshinde gündeme gelmesi hali, aşağıda detaylı açıklanan, iş güvencesinden yararlanabilen yararlanamayan

⁴⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Tuncay, “Eşit Davranma”, Soru-Cevap, s.41.

⁴⁵¹ Fevzi Şahlanan, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, s.133.

⁴⁵² Şahlanan, “Değerlendirme”, s.133,134.

işçiler arasındaki ayrımı, AYM kararından önce, Yargıtay tarafından içtihat yoluyla çözümlenmeye çalışılırken AYM kararı sonrasında, iş güvencesinden yararlanan yararlanamayan işçi ayrımı, sendikal güvenceler bakımından anlamsızlaşmıştır.

Şu halde denilebilir ki, sendikal nedenle bir ayrımcılığın gerçekleştiği durumda, bunun yaptırımını İş K.md5’de düzenlenmiş ayrımcılık tazminatından daha ağır bir yaptırım getirmektedir. İş K. md. 5/VI, bilindiği gibi işçinin iş ilişkisinde, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılığa maruz kalması durumunda, dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. Yine md.5/VI son cümle ise, Sendikalar Kanunu hükümlerinin saklı olduğunu ifade etmektedir. Hükümdeki yollama, mülga 2812 Sayılı Kanun md.31’e yapılmış olsa da yollamanın yürürlükteki 6356 Sayılı Kanun md.25’e atfı olarak anlamak gerekir. Bu durumda sendikal ayrımcılık için öngörülen tazminat, diğer ayrımcılık türleri için öngörülenden farklıdır.

Sendikalı olan ya da olmayan işçinin, yani sendikalı olduğu için ya da bir sendikaya üye olmaya zorlanmasına karşılık üye olmadığı için sözleşmesi feshedilen işçinin, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra⁴⁵³, İş K. md.18 hükümleri uyarınca iş güvencesinden yararlanıp yararlanmadığına bakılmaksızın, işe iade talep hakkı bulunmaktadır. Yani işçi, 6 aylık kıdemden daha az kıdemi olsa ya da belirli

⁴⁵³ **AYM** 22.10.2014 Tarih 2013/1 E., 2014/161 K. - **R.G.:** 11.11.2015-29529 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>). Anayasa Mahkemesi bu kararı ile, Kanun’un; 25. Maddesinin 4. Fıkrasındaki “... fesih dışında” ibaresinin iptaline oy birliği ile, 25. Maddesinin 5. Fıkrasının 1. Cümlesindeki “18” ibaresinin iptaline oy birliği ile karar vermiştir. Buna göre, eski düzenlemede işçinin işe alımda ve iş ilişkisi devamı esnasında sendikal ayrımcılığa uğrarsa bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminat talep edebilmesi öngörülmüşken “fesih dışında” ibaresinin iptali işe, sözleşmenin sendikal nedenle feshi halinde de, sendikal tazminata hak kazanma imkanı doğmuştur. Aynı şekilde, eski düzenlemede, ancak iş güvencesinden yararlanabilen işçilerin iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilirse, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, özel bir sendikal tazminattan değil, 4857 S. İş K.’daki genel iş güvencesi hükümlerine göre iş güvencesi tazminatından yararlanabiliyorken, İş k. md.18’e yollama yapan “18” ifadesinin iptali ile birlikte, sendikal fesihler bakımından iş güvencesi kapsamında olan ya da olmayan işçi ayrımı kalmamıştır. Ayrıntılı bilgi ve karara ilişkin açıklamalar için bkz. : Banu Uçkan Hekimler, “*Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2015/4, s.24-31; Dava açıldıktan sonra karar henüz verilmeden önceki görüşler için bkz.: Metin Kutal, “*Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi*” **Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar**”, **Çalışma ve Toplum**, 2014/4, s.13-27. Ayrıca, hükmün AYM tarafından iptali öncesindeki eleştiriler için bkz: Ercüment Özkaraca, “*6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler*”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.205 v.d; Mehmet Onat Öztürk, “*İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması*”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.228 v.d.

sürelî iş sözleşmesi ile çalışıyor olsa da sendikal nedenle feshe karşı iş güvencesine sahiptir⁴⁵⁴. Bunun yanı sıra bir diğerk fark da, genel iş güvencesinde, işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatının ancak, işçinin işe başlama başvurusu ve buna karşılık işverenin işe başlatmaması halinde işçinin bu tazminata hak kazanması mümkünken, sendikal nedenle feshe karşı güvence kapsamında işçinin işe iade talebinde bulunduğu durumda, genel iş güvencesi hükümlerinden farklı olarak işe başlatılsa da başlatılmasa da, sendikal tazminata hak kazanacağını belirtmek gerekir. Hatta işçi, işe iade talep etmeyip sadece sendikal tazminat talebinde de bulunabilir.

Ancak, sendikal nedenlerle fesih sonrası sendikal tazminatında bulunmuş olan işçi, işe iade başvurusu yapsın ya da yapmasın, STİSK md. 25/V,c.3 uyarınca ayrıca iş güvencesi tazminatı talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi az yukarıda bahsi geçen iptal davasında, *"Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez"* ifadesinin de iptali talep edilmişse de, sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshinde işçiye en az bir yıllık ücreti tutarında bir tazminat ödeneceği ve işçiye de gerçek anlamda, işe başlamak ya da başlamamak noktasında bir seçim hakkı tanındığı, ancak işçi işe başlamayı seçmese bile tazminata hak kazanacağı düzenlenerek yeterli korumanın sağlandığı, aynı eylemden ikinci bir tazminata hükmedilmesinin bu cümle ile önüne geçildiği gerekçesi ile, oybirliğiyle bu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiş ve iptal talebi reddedilmiştir.

Bununla birlikte, sendikal ayrımcılık yasağının yanı sıra, STİSK md.23 ve md.24'de sendika temsilciliği ve yöneticiliği güvencesi yer almaktadır.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Bir önceki dipnotunda belirtilen iptal kararından önce, Yargıtay, doğrudan uluslararası sözleşmelerin uygulanması yoluyla, iş güvencesi kapsamında yer almayan işçiler için de sendikal feshe karşı iş güvencesine sahip olduğu yönünde karar vermiştir (9. H.D.25.3.2014 T. – 2014/13993 E – 2014/10049 K., **Çalışma ve Toplum**, 2014/3, s.393-398) Karara ilişkin olarak bkz.: Uçkan-Hekimler, *a.g.m.*, s.25 v.d.; Murat Engin, *"İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine"*, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2015/2, s. 14 v.d.; Yargıtay kararının güvenceyi sağlamak bakımından tek başına yeterli olmayacağı hakkında, Kutal, *a.g.m.*, s.19.

⁴⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Şahlanan, *"Değerlendirme"*, s.120-131; Ünal Narmanlıoğlu, *"Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı"*, **Çalışma ve Toplum**, 2014/1, s.11-27; Melda Sur, *"6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi"*, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, s.330-331; Özkaraca, *a.g.m.*, s.176-198.

b. Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminat bir arada istenemeyeceği, İş K. md.5/VI hükmü uyarınca açıkça belirtilmiştir. Bu noktada, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatının özel ve ağırlaştırılmış bir halini teşkil ettiği ileri sürülmekte ve bu halde, sendikal ayrımcılık nedeniyle ayrıca ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceği ve yalnızca sendikal tazminat istenebileceği kabul edilmektedir⁴⁵⁶.

B. MADDİ/MANEVİ TAZMİNAT

1. Maddi/ Manevi Tazminat

Tazminat kurumu, maddi ve manevi fark etmeksizin bir bütün olarak, kişiler arasında menfaat dengesinin korunması için en sık başvurulanan yollardan birisidir⁴⁵⁷. Temelde, maddi tazminat ve manevi tazminat olmak üzere ikili bir ayrımı vardır.

Tazminat yaptırımının söz konusu olabilmesi için, bir zararın doğması gerekir. Zarar ise, kişinin malvarlığında bir eksilme veya malvarlığında artışın engellenmesi ise maddi zarar, kişinin psikolojik ve duygusal bütünlüğünde bir acıya, eksikliğe sebebiyet veriyorsa manevi zararın varlığından söz edilir. Maddi zararın ve buna bağlı olarak maddi tazminat haklarının devri, temliki, mirasçılara intikali mümkün olan, mal varlığındaki azalmanın maddi ve likit olarak tespit edilebildiği bir zararken, manevi zarar kişinin mal varlığında eksilmeye yol açmayan, haliyle zararın likit olarak kesin ölçütlerle tespiti, temliki ve devri mümkün olmayan bir zararı ifade eder⁴⁵⁸. Aynı eylem, aynı anda hem maddi hem de manevi zarara yol açabilir. Mümkün olduğu ölçüde,

⁴⁵⁶ Ertürk/Gürsel; *a.g.m.*, s. 451; Yıldız, **Eşit İşlem**, s.335; Süzek, “*Eşit Davranma*”, s.35; Kandemir/Yardımcıoğlu, *a.g.m.*, s.37; Senyen-Kaplan, “*Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s.263, Şahlanan, “*Değerlendirme*”, s.138; Canan Ünal, **Yaş Ayrımcılığı**, s.447. Ünal, çoklu ayrımcılık olarak tanımlanacak şekilde birden fazla ayrımcılık temeline, örneğin hem yaş hem de sendikal olma nedeniyle fesih söz konusu olursa, ayrımcılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminatın da talep edilebileceğini, çünkü birden fazla ayrımcılık temeline dayanıldığında sendikal tazminatın amacı ile ayrımcılık tazminatının güdülen amacının ve uygulanacak yaptırımların farklı olacağını belirtmektedir.

⁴⁵⁷ Mehmet Ünal, “*Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*”, **AÜHFED**, Y.1978, C.35., S.1, s.398.

⁴⁵⁸ Mehmet Ünal, *a.g.m.*, s.400.

maddi zararın telafisi, maddi tazminat ile, manevi zararın telafisi ise manevi tazminatla sağlanır.

İşverenin, işçinin gerçekleştirdiği ispatlanmamış, hatta feshe gerekçe yapılmasına karşılık, dava sürecinde hiçbir şekilde işveren tarafından bir iddia olarak ileri sürülmemiş şekilde, işçinin cinsel tacizde bulunduğu iddiası ile sözleşmenin feshedilmesinin işçinin kişilik değerlerine saldırı kabul edilerek manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁵⁹.

Manevi tazminat, kişiye yöneltilmiş haksız bir saldırı sonucunda zarara uğrayanın manevi zararını, yani üzüntüsünü, çektiği acıyı gidermeye yardımcı olacak bir giderim aracıdır⁴⁶⁰. Manevi tazminatta aynen tazmin çoğu zaman ve neredeyse imkansız olmakla birlikte⁴⁶¹; manevi tazminat, bir derecede kişinin çektiği acıyı azaltmak amacıyla bir miktar paranın ödenmesi, özür dilenmesi veya kararın üçüncü kişilere açıklanması gibi yollarla, bir telafi imkanının aranmasıdır. İşçinin, maddi varlığı ile birlikte, manevi varlığı da korunmakta olup, işçinin manevi varlığına yönelen ve zarar verici eylemler manevi tazminat yoluyla telafi edilmelidir⁴⁶².

İşte tüm bu kapsamda, ayrımcılığa maruz kalan işçinin veya işçi adayının manevi tazminat talep edebilmesi kural olarak mümkündür ve özel hukukun genel hükümleri gereği TMK ve TBK kapsamında kabul edilen bir yaptırım aracıdır. Bir özel borç ilişkisi olan iş sözleşmesine göre de manevi ve maddi tazminatın talep edilebilmesi mümkündür. Ancak, iş hukukunun kendine özgü niteliği gereği, iş hukukunda haksız fiilin söz konusu edilmesi mümkün olmakla birlikte, manevi tazminata yol açacak zararlandırıcı davranışların büyük bir kısmının aslında haksız fiil değil sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği ve buna bağlı olarak da ispat külfetinin yer değiştirmesi gerektiği açıktır. Başka bir ifadeyle, İşverenin, iş sözleşmesi gereği üstlendiği ayırım yapmama ve eşit davranma borçları, sözleşmenin asli edimlerinden birisi olmakla,

⁴⁵⁹ Yarg. 9. H.D., T. 11.12.2018, E. 2016/16971, K. 2018/22885, (www.kazanci.com)

⁴⁶⁰ Safa Reisoğlu, **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 24. B., Beta Yay., İstanbul 2013, s.228.

⁴⁶¹ Mehmet Ünal, *a.g.m.*, s.400.

⁴⁶² Yarg. 9. H.D., T.26.03.2009, E. 2007/41164, K. 2009/8092, (www.kazanci.com). Kararın incelemesi için bkz. K. Ahmet Sevimli, “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat”, **Çalışma ve Toplum**, S.24 (2010/1, Ocak), s.295-308.

aykırılık halinde manevi tazminat gündeme gelecektir. İşverenin, manevi bütünlüğünü korumak da TBK md. 407 uyarınca artık yasal zemine de kavuşmuş bir borçtur ve buna aykırılık da manevi zarara yol açacağından manevi tazminatın gündeme geleceği açıktır.

2. Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkileri

Ayrımcılık tazminatı, mevcut düzenlemeye göre, ihlalin ağırlığını gidermeye yeterli ölçüde sahip değilse, ayrıca manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür^{463,464}. Öte yandan, yoksun kalınan haklar dışında işçinin örneğin psikiyatrik tedavi dolayısıyla uğradığı maddi bir zarar varsa, ya da ayrımcılığa maruz kalarak işyerinde şiddetle de karşılaştıysa, bu nedenle oluşan maddi zararlarının, maddi tazminat ile talep etmesi önünde engel yoktur.

Özet olarak belirtmek gerekirse, koşulların oluştuğu durumlarda maddi ve manevi tazminat ile birlikte ayrımcılık tazminatı da talep edilebilir.⁴⁶⁵

C. CEZA HUKUKU VE DİĞER ALANLARDAKİ DÜZENLEME VE YAPTIRIMLAR

Ceza Hukuku bakımından yaptırımlardan söz etmeden önce, TCK'da düzenlenmiş kanun önünde eşitlik ilkesinden söz etmek gerekmektedir. TCK md.3/II aynen “Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz” demektedir. Görüldüğü gibi, ceza kanunlarının uygulanmasında cezanın tayin ve tespiti ile suçun ve failin tespitinde kişiler arasında ayrımcılık yapılamayacaktır.

⁴⁶³ Senyen-Kaplan, “Cinsiyet Ayrımcılığı”, s. 364.

⁴⁶⁴ Ancak bu teorik imkanın Yargıtay’ın eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasaklarına yaklaşımındaki dar yorumlayıcı bakış açısı dikkate alındığında, bu şekilde iki farklı tazminata hükmedileceğine pek ihtimal vermediğimizi de ifade edelim.

⁴⁶⁵ Senyen-Kaplan, a.y.; Tuncay, “Eşit Davranma”, s.36; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s. 360; Yuvalı, a.g.e., s.221.

Bunun yanı sıra, TCK md.122 ile “nefret ve ayrımcılık”^{466,467} suçu düzenlenmiştir.

Buna göre;

“(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin ise alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Görüleceği gibi, işe alım aşamasında ayrımcılık yapılması halinde, fail bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. TCK md.122 hükmünün caydırıcılıktan uzak olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶⁸ Aynı şekilde, maddenin ispat açısından da ciddi sorunlar taşıdığı kabul edilmektedir.⁴⁶⁹

Bunun yanı sıra, ayrımcılığın bir görüntüsü olarak cinsel taciz suçu (TCK md.105), tacizin bir aracı olarak veya ayrımcılığın bir parçası olarak meydana gelmesi de muhtemel hakaret suçu (md.125), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu (md.125), sendikal hakların kullanılmasını engelleme suçu⁴⁷⁰ (md.126), soykırım suçu (md.76), insanlığa karşı suçlar (md.77) da sayılabilir.

Hakaret suçu bakımından, md.125/III-b’de, hakaret suçunun ağırlaştırılmış hali düzenlenmektedir. Buna göre, hakaret suçu kişinin “*Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından,*

⁴⁶⁶ “Bu madde başlığı ‘Ayrımcılık’ iken, 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için: Tanay, **a.g.e.**, s.119 v.d; Muammer Altun, **Ayrımcılık Suçu**: TCK md.122, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, İzmir 2010, s.47 v.d.; Muhammed Buhari Çetinkaya, **Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üni SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2012, s.56 v.d..

⁴⁶⁸ Karan, **Eşitlik İlkesi**, s.377, Tanay, **a.g.e.**, s.162. Karş. Baybora, *a.g.m.*, s.223.

⁴⁶⁹ Tanay, **a.y.**

⁴⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Altun, **a.g.e.**, s.51 v.d.

mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı” gerçekleştirilirse, alt sınırın bir yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir.

Bunların yanında, TİHEK md.25’e göre, tüm kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile, kamu görevlisi olsun ya da olmasın gerçek kişilere, bu kanuna aykırı hareket ettikleri durumlarda idari para cezası uygulanabilir. Bu cezaya, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması halinde ayrımcı uygulamaya sebebiyet veren memur, diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu çalışanlarına rücu edilir. İş hukuku özelinde de İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda, ayrımcılığa ilişkin bir takım düzenlemeler yer almıştır.⁴⁷¹ Buna göre, iş hukuku bakımından ayrımcılık yasakları işe alım ilanları ve iş alım süreçleri ile başlamaktadır. Ancak, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na İş K. md.5 kapsamındaki ihlal iddialarına ilişkin yapılacak başvurular, TİHEK Md. 17/V’ye göre, sadece İş Kanunu’ndaki yaptırım imkanlarına ilişkin olarak yapılacak başvurularda bir ihlal kararı çıkmaması durumunda yapılabilir. Diğer bir ifadeyle, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na bir işçinin, kendisine ayrımcılık yapıldığı iddiası ile başvurabilmesi için öncelikli olarak iş hukuku ile ilgili mevzuata göre öncelikli bir şikayet başvurusu yapılması ve bu başvurusu sonucunda incelemeye/karara yetkili makamca bir ihlalin bulunmamış olması gerekmektedir. Aksi durumda, Kurum, kendi kanunundaki başvuru usulü kısıtı dolayısıyla inceleme yapamayacaktır. TİHEK’in anılan hükmü açıklıktan yoksundur. İş Mevzuatına göre yapılacak şikayetten kastın ne olduğu anlaşılamamaktadır ve İş K. dışındaki mevzuata tabi hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından bu şartın öngörülmemiş olması eleştirilmektedir.⁴⁷² Örneğin, bir şikayet başvurusunda bulunduktan sonra dava açmayan işçi veya işçi adayı, sadece şikayet başvurusunun reddi ile Kurum’a başvurursa sonuç alabilecek midir sorusu askıdadır. Bir de, İş K. md.5 hükmünün işe alım aşamasını kapsamadığı kabul edildiğinde, işe alım aşaması bakımından işçi adayının Kurum’a doğrudan başvuru imkanı olup olmadığı da hükümden anlaşılamamaktadır. Bu

⁴⁷¹ Kurumun görev yetkileri, kapsam, kuruma başvuru, ihlal incelemeleri ve inceleme yetkisi, ispat ve yaptırımlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: F. Burcu Savaş Kutsal, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017, s.268-284.

⁴⁷² Savaş Kutsal, “TİHEK Hükümleri”, s.274; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s.430.

kapsamda da, işçinin korunması ve hak arama özgürlüğü birlikte değerlendirilerek, işçinin idari bir başvuru yapmasının ve sonucunda başvurulmuş makamca sessiz kalınması veya başvurunun reddedilmesinin yeterli kabul edilmesi, işe alım aşaması içinse başkaca herhangi bir başvuru yapmadan Kurum’a doğrudan başvurabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.^{473, 474}

Engellilerin Korunması Hakkında Kanun’un geçici maddeleri, engellilere yönelik olarak uyumlaştırma çalışmaları için belli süreler öngörmekte ve çalışmaların bu sürelerde tamamlanmaması halinde yaptırım öngörmekteyse de, caydırıcı yaptırımlar içermekten uzak olmasının yanında, ayrımcılığa ilişkin net ve gerçekçi bir yaptırım sistemi de öngörmemiştir.

4857 Sayılı Kanun’un 99. Maddesi ayrıca, İş K. md.5 hükmünün ihlali halinde, idari para cezasına hükmedileceğini de düzenlemiştir.

⁴⁷³ Aynı yönde, Savaş Kutsal, “*TİHEK Hükümleri*”, s.274 v.d.

⁴⁷⁴ Hemen eklenmelidir ki, çalışmanın genelinde ileri sürdüğümüz “İş K. md.5 hükmü işe alım aşamasını da kapsar” görüşü, aslında burada da aynen ileri sürülmekte. Ancak, doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, TİHEK md.17 hükmünün, işe alım aşaması bakımından yapılacak Kurum başvurularında, Kurum’a başvurudan önce mevzuata göre şikayet yolunun tüketilmesi gereğini öngörmediğini düşünüyoruz.

SONUÇ

Günümüzün küreselleşmenin de bir adım ötesine geçerek, internetin sağladığı imkanlarla birlikte coğrafi sınırların sanal dünyada ortadan kalktığı bir gerçekliğin içerisinde yaşadığımız açıktır. Bu gelişmelerin çalışma yaşamını etkilememesi de mümkün değildir. Bilgiye erişimin kolaylaşmış olması yanında, yanlış bilgilerin dolaşımının da bir o kadar hızlandığı bir ortamda, kalıp yargıların ve önyargıların ayrımcılık davranışına dönüşme eğilimi de hızla artmaktadır. Bununla birlikte, dünyanın hemen tüm ekonomik sistemlerinde gözlemlenen kırılmalar, ülkemiz coğrafyasının komşu ülkelerindeki çatışma ve savaşların da etkisiyle, yabancı nüfusun artması, sadece ülkemizde değil, tüm ülkelerdeki nüfus dengelerinin değişmesi gibi çalışmanın sınırlarını zorlayacak bir çok etmen olumsuz kalıp yargılarla önyargıları beslemektedir. Bunun sonucu olarak da ayrımcılık davranışlarıyla sıklıkla karşılaşmakta olup çalışma yaşamı da bundan azade değildir. Haliyle sadece bir gruba mensup olduğundan hareketle bir kimse ya da grubun tamamı; dışlayıcı, taciz edici, ayrımcı, nefret söylemini ve davranışlarını içeren uygulamalara sıklıkla maruz kalabilmektedir.

Çalışma yaşamı da, ayrımcılık davranışlarının var olduğu temel ve en görünür alanlardan birini oluşturmaktadır. İş ilanlarından iş görüşmelerine, işçinin işe kabul edilmesi halinde işin devamından iş sözleşmesinin sona ermesine kadar tüm aşamalarda ayrımcılık (ve/veya eşit davranma borcuna aykırılık) ile karşılaşılması olasıdır.

Ayrımcılık davranışının yönetim ve çalışma psikolojisi bakımından tanımlanabilmesi için, önyargı, kalıp yargı, tutum gibi bir takım kavramların da belirginleştirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, ayrımcılık kavramının, bir olgu olarak varlığı “ayrımcılık” olarak tanımlanırken, kişilerin bu olguyu davranışa dönüştürmelerini engelleyecek olan hukuki karşılık ise “yasak”tır. Ayrımcılık, eşitlik kavramı ile birlikte anlam kazanabilir. Tek başına bir mana ifade etmeyecektir. Bu nedenle de, öncül ilke eşitlik ilkesi, bu ilkeyi hayata geçirecek koşullardan birisi de ayrımcılık yasakları olup, bu ikisi birbirinin ayrılmaz yüzleridir.

Ancak, eşitlik ilkesine aykırılık hali her zaman ayrımcılık olarak nitelenemeyebilir. Şöyle ki, her ayrımcı davranış eşitlik ilkesine aykırılık sonucunu doğururken, eşitliği bozucu her davranışı bir ayrımcılık hali olarak tanımlamak mümkün değildir. Ayrımcılık davranışında, kişinin bir kategorik genelleme sürecine tabi tutulması sonucunda farklı muamele söz konusu iken, eşitliğe aykırı davranışta, kişinin kategorik olarak genellenmesi ya da ait olduğu grubun önemi olmayabilir. Bu ikisini de yaptırıma tabi tutmak önemli olduğu kadar, davranışların yarattığı ihlal sonuçlarının ağırlığıyla orantılı bir yaptırım süreci belirlemek, ayrımcılıkla mücadelenin somut olarak ele alınabilir bir sonuç vermesi açısından da önemlidir. Ayrımcılık teşkil etmeyen, ancak eşitlik ilkesini bozucu, eşit davranma borcuna aykırılıkların yaptırımsız kalması da ancak bu şekilde engellenebilir. Özellikle iş hukuku uygulamasında zaten caydırıcılıktan uzak ayrımcılık yasaklarına aykırı davranış yaptırımları, bir de pozitif hukukta açıkça eşit davranma borcunun ihlali için de açıkça tanımlanmadığı için, eşit davranma borcuna aykırılık çoklukla özel bir yaptırım sürecinden yoksun bırakılmaktadır. Bu hususun, tekrara düşmek pahasına biraz daha açılmasında yarar vardır.

Mevcut yapıda (İş K. md.5 sistematığı ve yargı pratikleri), ayrımcılığın çalışma yaşamında engellenmesi için getirilmiş yaptırımlar bu davranışları engellemede yetersiz kalmaktadır. Sadece ayrımcılık olarak tanımlanan, bir kişiye farklı bir kategorik gruba mensubiyeti dolayısıyla farklı muameleler yaptırıma bağlanmakta, eşit davranma borcuna aykırılık ise, ayrımcılıktaki gibi özel bir yaptırım şekline tabi tutulmamaktadır. Yargıtay, bizce Kanun'un ruhuna ve eşitlik ilkesinin bir üst norm olduğu kabulüne aykırı şekilde, ayrımcılık tazminatını sadece "ayrımcılık" davranışlarının karşılığı olarak uygulamaktadır. Yine mevcut yapıda, İş K. md.5 hükmü, ayrımcılığa maruz kalan için bir ispat kolaylığı getirmekteyse de, ayrımcı davranışın yaptırımsız kalmasını engelleyecek nitelikte değildir. Ayrımcılıkla etkili bir mücadele için yaptırımların ağırlaştırılması ve tazminatın üst sınır değil, alt sınır olarak Kanun'da düzenlenmesi ve çerçeve bir norm olarak sadece İş K.'ya değil tüm çalışma ilişkilerine uygulanabilir bir norm haline getirilmesi gerekmektedir. Ayrımcılıkla mücadelede önemli araçlardan bir diğerini, sağlıklı bir denetim prosedürü ve ispat yükünün yer değiştirmesi sağlayacaktır. Ayrımcılık iddiasının bir olgu olarak ortaya konabildiği bir durumda, ayrımcılık

davranışının olmadığını iddia edenin ispatla yükümlü tutulması, ayrımcı davranışa niyetlenen kişinin bu gerçeği de dikkate alarak eylemini ve sonuçlarını belirlemesini sağlayabilir. Çalışma içinde de sıklıkla vurgulandığı gibi, her farklı uygulama ve muamele, ayrımcılık ya da eşit davranma borcuna aykırılık değildir. İşveren, farklı uygulamasını objektif, hakkaniyetli ve haklı kılınabilir bir gerekçeye dayandırabiliyorsa ayrımcılık ya da eşit davranma borcuna aykırılık yoktur. İşte bu nedenle, işverenin eylem ve işlemlerini gerçekten haklılaştırabilir bir çerçevede farklılaştırmasını sağlayacak araçlardan birisi ispat külfetinin yer değiştirilmesidir.

Özellikle, tüm kayıtların işverende olduğu, işçi adayının henüz herhangi bir belgelendirme sürecinde yer alamadığı işe alım aşamasında da getirilmesi ve tereddütleri gidermek için Kanun'da açıkça düzenlenmesi gereken koruyucu önlemler de belirlenmelidir. Bunlardan birisini de ispat külfetinin yer değiştirmesi sağlayabilir. Böylece, işverenin iş hukukunun kendine özgü kuralları içinde hareket ve tercih alanlarını tespit edilerek, şeffaf bir işe alım süreci konusunda teşvik edilmesi, kayıt dışılığı engelleyecek denetimlerin yanı sıra, tercihte bulunurken bunun objektif ve haklı kılınabilir, hakkaniyetli bir sebeple kullanıldığı konusunda ispat yüküne sahip olması, ayrımcılığı engelleyecek araçlardan biri olurken, liyakati de öne çıkaracaktır.

Ayrımcılığın bir davranış olarak somut dünyada var olduğu andan itibaren yaptırımlar önem taşıdığı kadar, engellenmesi için gerekli mekanizmaların kurulması da elzemdir. Aksi durumda, ayrımcılıkla mücadele bir anlam taşımaz. Yaptırımlar, ayrımcılığın sonuçlarına dönük olarak alınmış önlemler olarak kalır ve ayrımcılık davranışları yaptırımı göze alanlar bakımından varlığını sürdürmeye devam edecektir.

Cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, toplumsal cinsiyet, aslında geniş anlamda cinsiyet kavramının içindedir. İş K. md. 5 sistematığı içerisine teorik bir perspektifle düşünüldüğünde, yerleştirilmiş olması gerekmemektedir. Ancak uygulamada oluşan tereddütler ve bizzat uygulayıcıların önyargılarının varlığı ve bu önyargılara karşı bir önlem mekanizması geliştirilmesi gereği de dikkate alınarak⁴⁷⁵, uluslararası normlardaki

⁴⁷⁵ Ayrıca, Doğan Yenisey, bunun için hakimlerin üzerinde fikir birliğine ulaştığı bir metodoloji geliştirilmesi gerektiğini de belirtmektedir ("*Orantılılık İlkesi*", s.979).

devletin pozitif yükümlölüklerini de karşılayacak şekilde, İş K. md. 5/I,II,IV ve VI'ya, “cinsel yönelim” ve “cinsiyet kimliği” kavramları da eklenmelidir.

Yargıtay'ın ayrımcılık oluşturmayan eşit davranma borcuna aykırılık hallerini ayrımcılık tazminatının dışında tuttuğu kararlarının da gözden geçirilmesi, gerekmektedir.

Kanun'da ayrımcılıkla ilgili olan düzenlemeler tek madde altında detaylı şekilde düzenlenmeli, yaptırım üst sınırdan değil alt sınırdan belirlenmeli, yaptırımın alt sınırdan ne kadar uzaklaşılacağı konusunda takdir yetkisi yargıca bırakılmalı ve eşit davranma borcuna aykırılık durumu için ön görülecek yaptırım ile ayrımcılık yasaklarına aykırılık kapsamındaki yaptırım arasında bir hiyerarşi kurulmalı ama eşit davranma borcuna aykırılık yaptırımsız bırakılmamalıdır. Bununla birlikte, konunun işe alım aşamasını da kapsayacak şekilde açıkça tanımlanması, gerekçe ile kanun metninin uyumlaştırılması gerekmektedir.

Kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının, iş güvencesi kapsamı içinde ya da dışında kalan işçilere farklı şekilde çözüm getirilmek suretiyle kanun metni üzerinden oluşan ayrımcılığın engellenmesi, fesih kötü niyetli ise, ancak ayrımcılık teşkil etmiyorsa mevcut düzenlemenin korunması, aynı zamanda kötü niyetli fesih ayrımcılık da teşkil ediyorsa bu defa eşit davranma borcuna ilişkin maddenin işletileceği, tazminatın da alt sınırdan uzaklaşarak belirleneceği, iş güvencesi kapsamında olan ya da olmayan ayrımının burada dikkate alınmayacağı açıkça tanımlanması gerekmektedir. Ayrımcılık ya da kötü niyetli davranışların neler olduğu elbette yargı kararlarına bırakılabilir ancak, tazminatların niteliği ve uygulanma koşullarının pozitif olarak belirlenmesi gerekeceği, doktrin tartışmalarından da anlaşılmaktadır.

İşe alım aşamasında ve ayrımcılığın ispatı konusunda, ispat külfetinin yer değiştirmesi de, kötü yöneticilik uygulamalarının yol açtığı iş hukuku mağduriyetlerinin en azından ayrımcılık konusunda bir nebze de olsa engellenmesine yardımcı olacağı değerlendirilmelidir. İş ilanlarında, ayrımcı ifadelerin engellenmesi için de düzenleme yapılmasının gerekeceği açıktır.

Ancak, buraya kadar sayılanların hepsi, açıktır ki, devletin müdahalesine dönük düzenleme önerileridir. Hiçbir kanun uygulaması tek başına ayrımcılığı yok edici, ortadan kaldırıcı nitelikte olamaz. İşyerinde engellenirse, markette, orada da engellenirse başka yerlerde ayrımcılık sürecektir. Burada önemli olan alınacak önlemlerin, toplumsal entegrasyonları sağlayacak nitelikte, eğitimle de paralel şekilde yürümesinin sağlanmasıdır. En somut örneklerden bir tanesi toplumsal cinsiyetin ortadan kaldırılması yönünde atılacak adımlardır. Okul öncesi eğitimden, yüksek öğretime kadar her aşamada, toplumsal cinsiyet derslerinin olması, buna dönük okul öncesi ve sonrası için yayınların teşvik edilmesi ayrımcılığın önlenmesinde önemli adımlardan birini oluşturacaktır. Kalıp yargıları ve ön yargıları besleyen, toplumun bir kesimini aşağılayan ötekileştiren dilin, yapıların ve yayınların toplumsal olarak önüne geçilmesi ve yatay denetimi de bu anlamda çok kıymetlidir.

Bunların yanı sıra, işletmesel olarak organizasyonel düzenlemeler ile de ayrımcılıkla topyekûn mücadele edilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, ayrımcılık sorunu temelde organizasyonel düzenlemeler ile de ele alınmalı, işverenler bu konuda teşvik edilmelidir. Bir örnek vermek gerekirse, ayrımcılığa ya da tacizin her türlüsüne maruz kaldığını hisseden bir çalışanın, özerk bir denetim mekanizmasına başvurarak buradan sonuç alabileceğine inanması gerekmektedir. Öncelikle; sorun yoktur, ya da işveren dilediği kişi ile çalışma hakkına sahiptir şeklinde konuya yaklaşılmalı, kamusal bir yönü de olan çalışma yaşamının, eşitlik ilkesini iş ilanlarından başlayarak gerçek anlamda sağlayacak araçlarla donatılması gerekmektedir.

İşyerinde ayrımcılık, özellikle kurumsal sermaye işletmelerinde, doğrudan sermayedar ve iştirakçi kararı ile değil, üst, orta ve alt kademe yöneticiler ile çalışanların birbirlerine uyguladıkları ayrımcılık şeklinde de gözlenebilmektedir. Yani ayrımcılık zaman zaman işletme politikası olarak ortaya çıkarken, bazen de karar mekanizmasına sahip olan kişinin eylem ve davranışlarının sistematikleşmesi ile de ortaya çıkabilir. Buna bağlı olarak da, kişilerin varlığından bağımsız olarak sistemin işlemesi şeklinde adlandırılan kurumsal uygulamalar bakımından, kişilerin ayrımcı uygulamalarının sistem içinde engellenebilmesi için doğru mekanizmaların kurulması gerekmektedir. Bir başka deyişle, kurumsal olarak ayrımcı uygulamalara dönük karar

alan işletmelerin teşhiri ve yaptırım ile engellenmesi gerekirken, aynı zamanda da kurumsallığın bir parçası olarak, ayrımcı uygulamaları desteklemeyen ve teşvik etmeyen örgütlerin, politikalarına rağmen ayrımcılığın ortaya çıkmasını engelleyecek organizasyonel düzenlemeler geliştirmeleri ve özerk/bağımsız destek almaları gerekmektedir. Bu mekanizmaların kurulması, etkili ve güvenilir başvuru araçlarına olanak tanınması, ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden işçinin, organizasyonel yapı içinde sorunun çözümünün sağlanması amaçsal olarak daha uygundur. Bu noktada, doğru ve güvenilir bir başvuru mekanizmasından kasıt, kişinin başvuruyu yaptıktan sonra korunacağına, mağdurlaştırılmayacağına ve dışlanmayacağına, soruşturmanın etkili yürütüleceğine olan inancının sağlanmasıdır. Bu nedenle aslında bu mekanizmalarda soruşturmayı yürütecek ve karar verecek kişilerin iş güvencelerinin sağlanması ve hiyerarşik mekanizma dışında konumlandırılması, soruşturma ve karar merciinin objektif tutum alacağını taahhüt etmesi ve gerçekleştirebilmesi önemlidir. Aynı zamanda, ayrımcılıkla gerçekten mücadele etmek isteyen kurumsal bir işletmenin yatay ve özerk denetim araçlarına imkan tanınması da önemlidir.

İşletme politikasının, ayrımcılık, her türlü taciz, cinsel şiddet gibi yıkıcı sonuçları olan durumlarda, etkili bir soruşturma mekanizmasına imkan verdiğini işçinin bilmesi, ayrımcı durumlarda bu mekanizmaları işletmesini sağlayacak önemli araçlarından birini oluşturur. Etkili soruşturma, bir iddiada bulunulduğunda, bu iddianın gerçek olma ihtimalinin başat kabul edilerek, tüm olanakların kullanılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması çabasıdır. İşyerinde ayrımcılık söz konusu olduğunda da, bu iddianın en etkili şekilde araştırılması, araştırma aşamasında maruz kalanın ve fail olduğu iddia edilen kişinin, kişilik hakları korunurken, ayrımcılığın ispatının oldukça güç olduğu ve soruşturmanın bu veriyi dikkate alarak çok hassas yürütülmesi gerektiği hususları dikkate alınmalıdır. Soruşturmayı yürütecek kişinin ne şekilde hareket etmesi gerektiğini bilmesi gerekirken, soruşturmacının da hedef alınmayacağının garanti altına alınmasının sağlanması gerekmektedir. Tanık dinleme, bilirkişiye başvurma, hukuki psikolojik destek alma/destek sağlama, süpervizyon verilmesi gibi imkanların soruşturmacıya tanınması, bunun için bir soruşturma bütçesinin oluşturulması ve özerk şekilde kullanımına imkan tanınması önemlidir. Soruşturma merci ile karar merciinin kesin olarak ayrılması, soruşturmacının hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu kişiyi

soruşturmaması, veya soruşturacaksa bile hiyerarşi dışına çıkmasının sağlanacağı yetki silsilesi ile donatılması, maruz kalanın ve soruşturmacının soruşturma sonrasında korunacağına garanti edilmesi hususları da önem taşımaktadır.

Aynı zamanda, soruşturmacının soruşturmanın devamlılığı ve amacına ulaşabilmesi için gerekli tüm yetkilerle donatılması; ancak yetkinin kötüye kullanımı halinde ağır yaptırımların gündeme geleceğinin de açık ve net şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu nedenle soruşturma usulleri ile ilgili olarak, ayrımcılık başvurusu yapılmadan önce ilan edilmiş bir prosedürün varlığı hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik için tüm taraflar açısından güvence oluşturur. İlan edilmiş bir soruşturma usulleri yönergesinin ise, mutlak şekilde uygulanması, öngörülen mekanizmaların işler kılınması, sadece görüntüden ibaret kalmaması gereklidir. Bu noktada da, bu iddiaların incelenmesi için bağımsız bir kurulun oluşturulması önemli olduğu kadar, soruşturmacıların ve karar vericilerin konu ile ilgili olarak eğitilmesi de önem taşımaktadır.

Ayrımcılık ve ön yargı ile mücadelede, gruplar arası temasın en temel güç olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. Gruplar arası temasın artırılmasına yönelik sivil toplum ve devletin üzerine düşenleri yerine getirmesi, bu temasın sağlanmasını teşvik ederken, ötekileştiren aşağılayan her türlü eylem, söz ve işlemle mücadele edecek topyekûn bir mücadeleye ihtiyaç bulunmaktadır. Denetimler kapsamında, ayrımcılık yasaklarına aykırılık da alınmalı, ayrımcılığın hem hukuki hem idari olarak denetimi sağlanırken hem de kamuoyu denetiminin gelişmesi için kişilerin bilinçlendirilmesi için gerekli adımların atılması gerekmektedir. Bu adımların ilki de belirttiğimiz üzere, okul öncesi de dahil olmak üzere bir eğitimsel, zihinsel ve politik değişimdir.

Kişinin kategorik gruba karşı geliştirdiği önyargı ve olumsuz kalıp yargının kırılabilmesi için, kişinin gruplarla temas etmesi, tüm süreçlerde, “ötekini” dışlayan tüm söz, eylem ve davranışların dönüştürülmesi için önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu nedenle, iş ilişkilerinin devamında organizasyonel olarak bu grupların temas etmesini sağlayacak önlemler alınmalıdır. Diğer yandan da, çeşitli azınlık gruplarını ya da bahsi geçen kategorik grupları temsil eden sivil toplum kuruluşlarının ve kişilerin davet edilerek, iç grupla ilişkisinin tesis edilmesi yararlı olacaktır. Örneğin, gerçekten cinsiyet

temelli ayrımcılıkla mücadele etmek isteyen bir işletmenin, kadın örgütleri ile bir araya gelmesi, bu örgütlerin işyerinde kadın ve erkek işçilerle temas ederek, önyargının aşılmasını sağlayabilecek bilimsel çalışmaları ve belki de eğitim çalışmalarını yürütmelerinin sağlanması etkili olacaktır.



KAYNAKÇA*

Kitaplar, Tezler, Monografiler, Raporlar

Abayhan, Yasemin, **Sosyal Etki Kuramı Bağlamında Psikolojik Dışlanma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Psikoloji Anabilim Dalı, Sosyal Psikoloji Bilim Dalı, , Ankara 2013.

Akın, İlhan; **Kamu Hukuku**, 5.B., Beta Yay., İstanbul 1987.

Altun, Muammer; **Ayrımcılık Suçu: TCK md.122**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, İzmir 2010.

Arslan, Yekbun Geylani; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Ayrımcılık Yasağı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul 2006.

Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El kitabı, (ç.y.), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010, [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK TR.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf)

* Kaynakçada, aynı yazarın birden fazla eseri mevcutsa, eserlerde ‘a.g.e’, ‘a.g.m’ gibi genel kısaltma araçları kullanılmamış; ilk tam atıftan sonra sonra kaynakçada gösterilmiş ilgili eserin sonunda parantez içinde belirtilen kısaltma kullanılmıştır. Aynı yazarın aynı eserinin birden fazla baskısından yararlanıldığı durumlarda, yararlanılan eserin sadece son baskısına kaynakçada yer verilmiştir. Aynı soyada sahip yazarlar bakımından ilk atıftan sonra da, ad soyad birlikte kullanılarak yollama yapılmıştır.

Bakırcı, Kadriye **Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye: Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı**, 2. B., Seçkin Yay., Ankara 2012. (Cinsiyet Ayrımcılığı)

Birik (Karatuna), Işıl; **İşyerinde Psikolojik Taciz: Bir tıp Fakültesi Hastanesinde Çalışan Asistan Doktor ve Hemşirelerin Algıları Üzerine Bir Çalışma**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, Çalışma Ekonomisi Bilim Dalı, İstanbul 2009.

Cabrelli, David; **Employment Law**, 4.ed., Pearson Press., Harlow 2015.

Çelik, Nuri / Canıklıoğlu, Nurşen / Canbolat, Talat; **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. B., Beta Yay., İstanbul 2019.

Çelik, Nuri; **İş hukuku Dersleri**, Beta Yay. 20.B., İstanbul 2007. (İş Hukuku Dersleri)

Çetinkaya, Muhammed Buhari; **Türk Hukukunda Ayrımcılık Suçu: TCK 122. Madde**, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üni SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2012

Davenport, Noa / Schwartz, Ruth Distler / Elliott, Gail Pursell; **Mobbing: İşyerinde Duygusal Taciz**, çev.: Osman Cem ÖnerToy, Sistem Yay., İstanbul 2003.

Düzen, N. Ekrem; **Herkes İçin Kolay ve Pratik Ayrımcılık, Ötekileştirme, Dışlama Rehberi**, Pharmakon Yay., Ankara 2015

Eagleman, David; **Beyin: Senin Hikayen**, 9. B., Çev.: Zeynep Arık Tozar, Domingo Yay., , İstanbul 2015

Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 2.B., Orion Yay., Ankara 2011.

Erkanlı, Betül **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Programı, İzmir 2013.

Ertürk, Şükran; **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yay., Ankara 2002.

Esener, Turhan, **İş Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1978.

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim; **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yay., İstanbul 2006.

Fabriger, Leandre R. / Wegener, Duane T.; **Advanced Social Psychology: The State of the Science**, ed. Roy J. Baumeister/Eli J. Finkel, Oxford Uni. Press, New York 2010, s.179.

Fromm, Erich; **İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri**, Birinci Kitap, Çev. Şükrü Alpagut, 3. B., Payel Yay., İstanbul 2011.

Gemalmaz, Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yay. İstanbul 2008.

Gözler, Kemal; **Hukukun Temel Kavramları**, 11.B., Ekin Yay., Bursa 2013.

Işıklı, Alparslan; **İş Hukuku**, İmaj Yay., Ankara 1996.

Kağıtçıbaşı, Çiğdem / Cemalcılar, Zeynep; **Dünden Bugüne İnsan ve İnsanlar: Sosyal Psikolojiye Giriş**, 18.B. Evrim Yay., İstanbul 2016.

Karan, Ulaş; **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, Onikilevha Yay., İstanbul 2017. (Eşitlik İlkesi)

Kaya, Gözde; **Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı, İzmir 2010.

- Kaya, Pir Ali, **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış**, Siyasal KE, Ankara 2014.
- McShane, Steven L. /Von Glinow, Mary Ann; **Örgütsel Davranış**, Çev.: Ayşe Günsel/Serdar Bozkurt, Nobel Yay., İstanbul 2016.
- Michaud, Yves, **Şiddet**, çev: Cem Muhtaroglu, İletişim Yay., İstanbul, (T.Y).
- Özyörük, Mukbil; **Hukuka Giriş**, Ege Matbaası, Ankara 1959.
- Raymond, A. Noe, **İnsan Kaynaklarının Eğitimi ve Geliştirilmesi**, ed. ve çev.: Canan Çetin, 4. B., Beta Yay, İstanbul 2009.
- Reisoğlu, Safa; **Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 24. B., Beta Yay., İstanbul 2013.
- Sakallı, Nuray; **Sosyal Etkiler: Kim Kimi Nasıl Etkiler?**, İmge Yay. 5. B., İstanbul 2016.
- Serozan, Rona; **Medeni Hukuk: Genel Bölüm – Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Sinigaglia, Corrado /Rizzolatti, Giacomo; **Beyindeki Aynalar**, Çev.: Devin Keleş, Alfa Bilim, İstanbul 2016.
- Süzek, Sarper; **İş Hukuku**, 18. B., Beta Yay., İstanbul 2019. (**İş Hukuku**)
- Şeşen, Elif; **Gazetelerde Yayımlanan İş İlanlarında Ayrımcılık ve Fırsat Eşitliği: Türkiye ve İngiltere Karşılaştırması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üni. SBE, Halkla İlişkiler ve Tanıtım Anabilim Dalı, Ankara 2006.
- Tanay, Gizem; **Ayrımcılık Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üni. SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2012.
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 2.B., Yapı Kredi Yay., İstanbul 2001.

Tınaz, Pınar; **İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing)**, Beta Yay., İstanbul 2008.

Tınaz, Pınar / Bayram, Fuat / Ergin, Hediye; **Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)**, Beta Yay., İstanbul 2008.

Ünal, Canan; **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018. (Yaş Ayrımcılığı)

Winston, Robert; **İnsan Beyni**, Çev. Gül Tonak, Say Yay., İstanbul 2012.

World Report on Violence and Health, ed.: Etienne G. Krug v.d., World Health Organization, 2002.

Yıldız, Gaye Burcu, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008. (Eşit İşlem)

Yuvalı, Ertuğrul; **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan KE Yay., Ankara 2012.

Yücel, Ensari; **Uluslararası ve Avrupa Konseyi Belgelerinde, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Denetimi**, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.

Kitap Bölümleri, Makaleler ve Diğer Yayınlar

Akbulut, Olgun; “*AIHS ile AIHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi*”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar 5**, Edt. Ali Güzel/D. Ugan Çatalakaya/Hande Heper, Seçkin, Ankara 2015, s.21-52.

Akı, Erol; “*İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları- İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*”, **SİCİL**, Haziran 09, Y.4, S.14, s.134-141.

- Akıncı, Füsün Sokullu; “İşyerinde Şiddet ile Savaşım ve Hukuki Boyutları”, **İşyerinde Şiddet**, Edt. Serpil Aytaç/Nuran Bayram, Beta Yay. İst. 2011, s.101 - 150.
- Alp, Mustafa; “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, 2006, www.tisk.org.tr/tr/eyayinlar/pdf_yargitayin_is_hukukuna_iliskin_kararlarinin_degerlendirilmesi_2006.pdf (e.t.: 29.02.2019).
- Arslan Ertürk, Arzu; “İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünya’dan Örnekler”, **Prod. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üni. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.1(Özel Sayı), Y.2014, s.
- Artuk, Mehmet Emin “Cinsel Taciz Suçu (TCK md.105)”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.29-43.
- Ayan, Serkan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.54, S.5., s.431-487.
- Aydınöz, Gonca; “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s.163-192.
- Aykaç, Hande Bahar “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar-II**, Edt. Tankut Centel, Oniki Levha Yay., İstanbul 2016, s.47-133.
- Aytaç, Serpil/Bilgel, Nazan/Bozkurt, Veysel/ Yıldız, Selver; “Şiddetin Kavramsal ve Kuramsal Çerçevesi”, **İşyerinde Şiddet**, ed.: Serpil Aykaç/Nuran Bayram, Beta Yay., İstanbul 2011, s.1-26.
- Aytaş, Gıyasettin / Çeçen, Akif; “Ana Dili Eğitiminde Dil Bilgisi Öğretiminin Yeri Ve Önemi”, **Türklük Bilimi Araştırmaları**, (27), s.y.

- Bakım, Sevi; *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Aihm) Kararları Çerçevesinde Cinsiyet Ayrımcılığı"*, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22 / 3: Cevdet Yavuz'a Armağan, Aralık 2016, s. 3191-3218.
- Bakırcı, Kadriye; *"Anayasa Mahkemesi'nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı"*, **Sicil**, 2008, Y.3, S.12, s. 112-123 (*Karar İncelemesi*)
- Bakırcı, Kadriye; *"İstanbul Sözleşmesi"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/4, s.133-204 (*İstanbul Sözleşmesi*)
- Bakırcı, Kadriye; *"İş güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi"*, **SİCİL**, Haziran 06, Y.1, S.2 , s. 114-121. (*Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*)
- Balkır, Gönül; *"İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar"*, **SİCİL**, Y. 3, S.12, s.73-79.
- Baybora, Dilek; *"Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık"*, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, 2010/51, s.229-269. (*"Ayrımcılık"*)
- Baybora, Dilek *"Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine"*, **Çalışma ve Toplum**, 2010/1, s.33-58. (*"Yaş Ayrımcılığı"*)
- Baycık, Gaye; *"İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi"*, **AÜHFD**, 61(2) 2012, s. 487-504.
- Bedük, M. Nusret; *"İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı"*, **Sarper Süzek'e Armağan**, edt. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul 2011, s.921-967.

- Belge, Ayşe Merve; “Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Çerçevesinde İşçilerin Kişisel Verilerinin İhlâli ve Korunması Yolları”, **DEÜHFD: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1025-1051.
- Belgin, Derya; “Anayasa’nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.66 S. 4, Güz 2008, 112-113
- Berki, Nermin; “Kadın ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret”, **Bülent Nuri Esen’e Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s.29-37.
- Birben, Erhan; “İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları”, **DEÜHFD**, C.8, S.2, 2006, s.7-25.
- Centel,Tankut; “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, **Sicil**, Eylül 2009, Y.4, S.15, s. 5-10. (Pozitif Ayrımcılık).
- Çayır, Kenan; “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s.5-16.
- Çelik, Nuri; “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Y.1, S.4, 2006, s.5-12. (Fesihle Eşit Davranma).
- Çelik, Nuri; “Karar İncelemesi: İş Güvencesi – Kötüniyet Tazminatı İlişkisi”, **İst. Tic. Üni SBD**, Y.5, S.10, Güz 2006/2, s.1-6. (Karar İncelemesi)
- Demir Uslu, Yeter; “Pozitif Ayrımcılık”, **Türk İş Yaşamında Ayrımcılık**, Edt. Erkan Demirel/Mehmet Tikici/Canan Çetin, Nobel Yay., Ankara 2011, s.317-325.

- Doğan Yenisey, Kübra; “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.63- 81. (“Ayrımcılık Yasağı”)
- Doğan Yenisey, Kübra; “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **LİSGHD**, 2005(7), s. 973 – 1003. (“Orantılılık İlkesi”)
- Doğan Yenisey, Kübra; “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **SİCİL**, Haziran 2006, Y.1.; S.2, s.60-65. (“İki Yargıtay Kararı”).
- Doğan, Sevil; “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, **TAAD**, Y.3, S.9 Nisan 2012, s.177-207.
- Dulay Yangın, Dilek; “Karar İncelemesi: İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı”, **Çalışma ve Toplum**, 2019/3, s. 2049-2071. (Dini Sembol)
- Dulay Yangın, Dilek; “Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler”, **SİCİL**, 2017/38, s.112-124. (Geçici İş İlişkisi)
- Ecevit, Yıldız; “Çalışma Yaşamında Kadın Emeğinin Kullanımı ve Kadın-Erkek Eşitliği”, **Kadın Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş: Eğitim, Çalışma Yaşamı ve Siyaset**, TUSİAD Raporu, Ankara 2000, s. 117-195.
- Einarsen, Stale; v.d.; “The Concept of Bullying and Harrassment at Work: The European Tredition”, **Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research and Practice**, (Edt. Stale Einarsen v.d.), CRC Press, New York 2011, s.3-39.
- Eisenberger, Naomi / Lieberman, Matthew D. / Williams, Kipling D., “Does Rejection Hurt? An fMRI Study of Social Exclusion”, **Science**, 2003 (302), 290 - 292.

- Eisenberger, Naomi / Lieberman, Matthew D.; “*Why Rejection Hurts: A Common Neural Alarm System For Physical and Social Pain*”. **Trends in Cognitive Sciences**, 8(7), 2004, s.294-300.
- Ekonomi, Münir; “*Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması*”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s.11-33.
- Engin, Murat; “*İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m. 90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine*”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2015/2, s.9-36.
- Erdoğan, Çağla; “*İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet*”, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, 2. B., Edt. Gülriz Uygur/Nadire Özdemir, Seçkin Yay., İstanbul 2019, s.433-512.
- Erdoğan, Mustafa; “*Adalet ve Eşitlik*”, **Muhafazakar Düşünce Dergisi**, Y.4, S.15, Kış 2008, s.15-26.
- Ertürk, Şükran/Gürsel, İlke; “*İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*”, **Sarper Süzek’e Armağan**, edt. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul 2011, s.425-458.
- Ertürk, Şükran / Özdamar, Demet; “*Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık*”, **DEÜHFD**, C.11, Özel S.,2009, s.1169-1218.
- Eyrenci, Öner ; “*İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi Ve Yargı Kararları*”, **İÜHFM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s. 381-396.
- Gök, Sibel; “*İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Kadın, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Perspektifinden Kadın*”, Marmara Üni. Yay., İstanbul 2017, s.17-46. (“*Mobbing*”)
- Gök, Sibel; “*İşyeri Şiddeti: İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing)*”, **Kadına Yönelik Şiddetin Anatomisi**, Edt.:Gülay Akgül Yılmaz, 2018, s.25-46.

Çevrimiçi:

https://www.researchgate.net/publication/337317845_Isyeri_Siddeti_ve_Mobbing_Workplace_violence_and_mobbing-chapter (“işyeri şiddeti”)

Gök, Sibel/Karatuna, Işıl; “Yükseköğretimde Psikolojik Taciz Olgusuna İlişkin Bir Örnek Olay İncelemesi”, Çevrimiçi: <http://acikerisim.kirklareli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.11857/418/örnek%20olay%20çalışması.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gökçeoğlu Balcı, Şebnem; “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2017/3, s. 1263 – 1298.

Göregenli, Melek; “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı, Ayrımcılık”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s.17-28.

Gül, İdil Işıl; “Ayrımcılığın Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s. 117-134.

Gülmez, Mesut; “Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s. 13-55. (“Doğrudan Uygulanması Sorunu”)

Gülmez, Mesut; “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s. 217-265.(“Aykırı Düşünceler”)

Gülmez, Mesut; “Karar İncelemesi: Dernek Özgürlüğü ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık Sorunu: Lambdaİstanbul Kararları”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/3, s. 195-229. (“Karar İncelemesi”).

- Gülmez, Mesut; “*Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?*”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/3, S.38, s. 137-169 (“*Toplu Eylem Hakkı*”).
- Güzel, Ali / Ertan, Emre; “*Karar İncelemesi: İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2008/1, s. 149-169.
- İnceoğlu, Sibel; “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.45-61.
- Kandemir, Murat / Yardımcıoğlu, Didem; “*İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.19, S.30-31, Y. 2014, s.1-44.
- Karaman, M. Halis; “*Karar İncelemesi: 4857 Sayılı İş Kanunu m.13, Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili*”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/2, s.269-300.
- Karan, Ulaş; “*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve*”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s. 135-146 (“*Hukuksal Çerçeve*”).
- Kesebir, Pelin; “*Sosyal Psikoloji*”, **Psikolojiye Giriş**, Edt.: Zeynep Camalcılar, Anadolu Üni. Yay., Eskişehir 2012, s.15-16.
- Keser, Hakan; “*4857 Sayılı İK’na Göre işverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinden Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar*”, **Kamu-İş**, C.7, S. 3/2004, s.1-38.
- Kırbaş Canikoğlu, Seher; “*Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 Sayılı Kanun)*”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/3, s.355-378.

- Koç, Muzaffer / Görücü, İbrahim; “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları”, **Çalışma ve Toplum**, 2011/1, s.149 – 178
- Krieger, Linda Hamilton / Fiske, Susan T.; “*Behavioral Realism in Employment Discrimination Law: Implicit Bias and Disparate Treatment*”, **California Law Review**, Vol. 94, No. 4 (Jul., 2006), s. 997-1062, çevrimiçi: <http://www.jstor.org/stable/20439058> .
- Kutal, Metin; “*Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi*” Yasasının Kimi Hükümlerinin İptali İstemi ile Anayasa Mahkemesine Açılan Davaya İlişkin Notlar”, **Çalışma ve Toplum**, 2014/4, s.13-27.
- Küzeci, Elif; “*Genetik Ayrımcılık Yasağı*”, **YÜHFD**, C.XV., 2018/1, s.89-132.
- Leymann, Heinz; “*The Content and Development of Mobbing at Work*”, **European Journal Of Work And Organizational Psychology**, 1996, 5(2).
- Lordoğlu, Kuvvet/ Aslan, Mustafa, “*Türkiye İş Gücü Piyasalarında Etnik Bir Ayrımcılık Var mıdır?*”, **Çalışma ve Toplum**, 2012/2 , s.117-146.
- Manav- Özdemir, A. Eda, “*Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması*”, **TİSK Akademi**, C.11, S.21, 2016/1, s.194-228.
- Manav- Özdemir, A. Eda; “*İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması*”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017, s.123-177. (“Cinsiyet Ayrımcılığı”)
- Manav, A. Eda; “*2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Ve Türkiye’deki Uygulamalar*”, **DEÜHFD** C. 15, Özel S., Y. 2013, s.731-779 (“AB Direktifleri Çerçevesinde”)
- Narmanlıoğlu, Ünal; “*Sendika Yöneticisinin Güvencesinin Anlamı ve Kapsamı*”, **Çalışma ve Toplum**, 2014/1, s.11-27

- Nazlı, Seçkin; “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s.571-586.
- Odaman, Serkan; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Sorunu Üzerine Görüşler”, **SİCİL**, Haziran 09; Y.4, S.14, s.77-83.
- Oğuzman, Kemal; “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Genel Görüşme **Yargıtay’ın 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990,.
- Özdemir, Erdem; “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.83-96.
- Özen, Serap / Özbek, Çağlar; “Çalışma Yaşamında Yaşlılık:Yaşlı İnsanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları”, **Çalışma ve Toplum**, 2017/2, s.51-76.
- Özer, Hatice Duygu “Karar İncelemesi: Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, **Çalışma ve Toplum**, 2009/2, s.123-136.
- Özkaraca, Ercüment; “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.173-216.
- Öztürk, Mehmet Onat “İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.217-241.
- Paker, Murat “Psikolojik Açıdan Önyargı ve Ayrımcılık”, **Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar**, Der. Kenan Çayır/ Müge Ayan, 3. B., İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2018, s.41-52.
- Polat, Oğuz “Şiddet”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.21, S.1, s.15-34.
- Rehbinder, Manfred; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev.: Ömer Teoman, **İÜHFM**, C. XLV, S.1-4, s. 745-759.

- Sağır, Mukim; “*Ana Dil mi Ana Dili mi?*”, Turkish Studies/Türkoloji Araştırmaları, S.2/2, Bahar 2007, çevrimiçi: [turkishstudies – kısa link: https://ko.tc/LT6u](https://ko.tc/LT6u).
- Sarıbay Öztürk, Gizem; “*Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı*”, **Sicil**, Y.2017, S.37, s.114-141.
- Savaş Kutsal, F. Burcu “*Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*” **İÜHFM: Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı (C.1), C. LXXIV, Y. 2016, s.617-643. (“*Mobbing*”)
- Savaş Kutsal, F. Burcu; “*Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz*”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017, s.257-287. (“*TİHEK Hükümleri*”)
- Senyen- Kaplan, E. Tuncay; “*İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı*”, **TBB Dergisi**, Özel Sayı 2017, s. 225-268. (“*Cinsiyet Ayrımcılığı*”)
- Sever, D. Çiğdem; “*İdeolojik Bir Kavram Olarak Hukuki Eşitlik*”, **Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları**, Edt.: Bora Erdağı, Nota Bene Yay., Ankara 2015, s.29-58.
- Sevimli, K. Ahmet, “*İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat*”, **Çalışma ve Toplum**, 2010/1, s.295-308 (“*Manevi Tazminat*”)
- Sevimli, K. Ahmet; “*Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması*”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/1, s.107-147 (“*İşçinin Kişiliğinin Korunması*”)
- Sinan, Ahmet Turan; “*Anadili Eğitimi Üzerine Bazı Düşünceler*”, çevrimiçi: Çukurova Üni. Türkoloji-kısa link: <https://ko.tc/LT6r>

- Sur, Melda “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, s.317-356.
- Süzek, Sarper; “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **SİCİL**, Aralık 08, Y. 3, S.12, s. 24-38. (*Eşit Davranma*)
- Şahin, Mehmet / Bedük, Aykut; “Mobbing (Yıldırma)”, **Örgüt Psikolojisi: Yeni Yaklaşımlar – Güncel Konular**, (Ed.) Aykut Bedük, 2.B., Atlas Akademi, Konya 2014, s.133-155.
- Şahlanan, Fevzi; “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/4, s.110-142. (*Değerlendirme*)
- Şahlanan, Fevzi; “Bireysel İş Hukukunda İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **İktisadi, Sosyal Ve Uluslararası Hukuki Boyutu İle İşçinin Feshe Karşı Korunması: İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2002. (*Feshe Karşı Korunma*)
- Taşkent, Savaş / Kurt, Dilek; “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum**, 2014/1, s.29-48.
- Taşyürek, Selda; “Karar incelemesi: Ayrımcılık Sebebiyle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Edilemeyeceği Sorunu”, **Çalışma ve Toplum**, 2013/3, s.415-425
- Tuncay, Can; “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **SİCİL**, S.10, Haziran 2008, s.105- 110. (*“Birden Fazla Tazminat”*)

- Tuncay, Can; “*Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık*”, **Sarper Süzek’e Armağan**, edt. Süleyman Başterzi, I. Cilt, Beta Yay., İstanbul 2011, s.725- 770. (“*Irk ve Etnik Köken*”)
- Tuncay, Can; “*İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İst Barosu Yay., İstanbul 2007, s. 19-53. (“*Eşit Davranma*”)
- Tuncay, Can “*Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine*”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2012/2, s.84-102. (“*Geciken Yaşlılık*”)
- Uçkan Hekimler, Banu; “*Anayasa Mahkemesi’nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi*”, **Çalışma ve Toplum**, 2015/4, s.12-34.
- Ulucan, Devrim; “*Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*”, **DEÜHFD**, C. 15, Özel S., 2013, s.369 – 383.
- Uşan, Fatih; “*İşverenin İşçisini Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisi ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)*”, **Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İÜHF, İstanbul 2000.
- Ünal, Canan; “*Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi*”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar**, Edt.: Kübra Doğan Yenisey/ Seda Ergüneş Emrağ, Beta Yay., İstanbul 2017, s.313-377 (“*Yaş Ayrımcılığı Yasağı*”)
- Ünal, Mehmet; “*Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*”, **AÜHFD**, Y.1978, C.35., S.1, s.398-437.
- Ünsal, Artun; “*Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi*”, **Cogito**, S.6-7, Kış-Bahar, 1996, s.29 – 39.
- Uygur, Gülriz; “*İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Temel Yaklaşımı*”, **Şiddetin**

Cinsiyetli Yüzleri, Der.: Betül Yarar, İstanbul Bilgi Üni. Yay., İstanbul 2015, s.193-210.

Yardımcıoğlu, Didem; “*Türk İş Hukukunda İşyerinde Şiddet ve Uygulanacak Hukuki Yaptırımlar*”, **International Journal of Social and Humanities Sciences**, 2018, 2(2), s.144-160.

Yıldız, Gaye Burcu; “*Ayrımcılık Yasağı*”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2010, s. 189-328. (“*Ayrımcılık Yasağı*”)

Yıldız, Gaye Burcu; “*Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı*”, **Sicil**, Y.3, S.10, Haziran 2008, s. 80-87. (“*Özürlülük ve Sağlık Durumu*”)

Yıldız, Gaye Burcu; “*Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi*”, **DEÜHFD**, C.15, Özel Sayı, 2013, s.681-707. (“*Orantılılık İlkesi*”)

Zapf, Dieter / Gross, Claudia; “*Conflict Escalation and Coping With Workplace Bullying: A Replication and Extension*”, **European Journal Of Work And Organizational Psychology**, 2001, C.10, S.4, s.497-522.

Zeytinoğlu, Emin; “*Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış*”, **İst. Tic. Üni. SBD**, Yıl: 9, Sayı 18, Güz 2010 s.115-134 (“*Genel Bakış*”)

Zeytinoğlu, Emin; “*İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı*”, **İst. Tic. Üni SBD: 10. Yıl’a Armağan**, Y.11, S.22, 2012/2, s. 177-202. (“*Ayrımcılık Yasağı*”)

Zeytinoğlu, Emin; “*Türk Hukukunda Geçici İş İlişkisi*”, **İst. Tic. Üni. D.**, <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/236/M00067.pdf?sequence=1> (*Geçici İş İlişkisi*)

İnternet Siteleri**

www.anayasa.gov.tr

www.anayasa.gov.tr

www.hukukmedeniyeti.org

www.humanrightscenter.bilgi.edu.tr

www.ilo.org/ankara

www.ilo.org/global

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr

www.tuik.gov.tr

www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler

www.yargitay.gov.tr

** İnternet siteleri, kaynakçada atıf yapılan eserlerdeki link yolları dışında kalan ve mevzuat metni, istatistik ya da karar içerikli olanlardan seçilmiş şekilde burada yer almaktadır. Haber içerikli siteler ya da kaynakçada makaleler içerisinde yazar adı ile atıf yapılanlar ayrıca burada sıralanmamıştır.