

## Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Özgür OĞUZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Gelişen bilişim teknolojileri, beraberinde önemli fırsatlar getirdiği gibi kimi risklerin de kapısını aralamaktadır. Algoritmik yönetim araçları, modern işyerlerinde verimliliği artırmak için sıklıkla kullanılmaktadır. İşe alım süreçleriyle başlamak suretiyle işçilerin denetlenmesi ve hatta işten çıkarılması gibi birçok süreçte yer alan algoritmalar işçi hakları açısından önemli endişeler doğurmaktadır. Algoritmaların önyargı içermesi ve ayrımcı sonuçlar doğurması, algoritmik ayrımcılık adı verilen sistematik ayrımcılığın kapısını aralamaktadır. Algoritmik ayrımcılığın geri çevrilemez sonuçlarına bir an önce cevap verilebilmesi adına hukukçuların potansiyel riskleri etraflı bir şekilde analiz edip mevzuatın güncellenmesine ön ayak olmaları gerekmektedir. Ancak, endişelere cevap verebilen bir hukuki zemin hazırlandığında algoritmik araçların avantajları işçi hak ve özgürlüklerini kısıtlamadan kullanılabilir.

### Anahtar Kelimeler

Ayrımcılık, Algoritma, Eşitlik, Büyük Veri, Yönetim.

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.11.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 08.12.2024.

Atıf Şekli: Özgür Oğuz, 'Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1851, 1886.

DOI: 10.52273/sduhfd..1581436.

<sup>(\*\*)</sup> Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: ooguz1@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>.

## **Algorithmic Discrimination in Work Life**

### **Abstract**

The development of information technologies brings about significant opportunities, nonetheless, opening the floodgates to major risks. Algorithmic management tools are frequently used to increase efficiency in modern workplaces. Algorithms involved in many processes, starting with recruitment processes, algorithms are used in auditing and even dismissal of employees, which raises significant concerns for employee rights. The fact that algorithms contain bias and produce discriminatory results opens the door to systematic discrimination referred to as algorithmic discrimination. In order to respond to the irreversible consequences of algorithmic discrimination as soon as possible, lawmakers need to analyze the potential risks in a comprehensive manner and take the lead in updating the legislation. When a legal framework that can respond to possible concerns is prepared, only then the advantages of algorithmic tools can be enjoyed without restricting employee rights.

### **Keywords**

Discrimination, Algorithm, Equality, Big Data, Management.

### Extended Summary

The impact of algorithmic management tools in the workplace has become increasingly significant, especially in processes like hiring, employee auditing, and overall operational efficiency. While these tools bring about notable efficiencies, they also carry considerable risks, particularly concerning discriminatory outcomes. This summary delves into the complexities and challenges posed by algorithmic discrimination in the context of labor law, as highlighted in the original text. Algorithmic management tools, particularly those that rely on machine learning, analyze large datasets to identify patterns and make decisions based on these patterns. However, the datasets used to train these algorithms often reflect existing social biases and discrimination patterns. For example, if a workplace historically lacks representation of individuals with disabilities, this absence is likely mirrored in the algorithm's decision-making process, leading to continued exclusion of disabled candidates from hiring processes. This is especially problematic as such discrimination is not overt; rather, it emerges subtly through complex decision-making processes, which makes it challenging to detect and prove. One of the core issues with algorithmic discrimination is its "black box" nature. Unlike traditional hiring or management decisions, where the reasoning behind decisions can often be traced and scrutinized, algorithms operate in ways that are opaque to most users. Their decision-making process involves complicated associations that can produce discriminatory outcomes, but the pathways to these outcomes are not readily observable. As a result, even if a discriminatory result is apparent, the difficulty of backtracking through the algorithm's logic means that proving a discrimination claim can be exceptionally challenging for employees. This is compounded by the fact that companies typically do not share the parameters or datasets used by these algorithms, further obscuring the transparency of algorithmic decision-making processes. In the realm of labor law, these concerns present unique challenges. Traditional labor regulations and anti-discrimination statutes are primarily designed to address direct forms of discrimination, where a clear causal link can be established between the discriminatory act and the outcome. Algorithmic discrimination, however, often manifests as indirect discrimination. This means that the discriminatory effect is not necessarily intended but is rather a byproduct of biases ingrained in the data or algorithmic model. Consequently, current labor laws, including the Labor Law, are insufficient in addressing these new forms of discrimination brought about by algorithmic tools. In Türkiye, for example, indirect discrimination is only defined in certain laws, such as the Disability Law and the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey (TİHEKK), which limits the scope for addressing algorithmic discrimination across all protected groups. Given this gap, it is essential that labor law provisions be updated to reflect the realities of algorithmic discrimination. Such updates would allow for judicial protection against algorithmic discrimination by recognizing the unique ways in which indirect discrimination can manifest in algorithmic systems. Specifically, it would be beneficial to introduce more comprehensive definitions of indirect discrimination within labor laws, ensuring that all protected classes are covered rather than only specific groups such as those protected under disability laws. Another area where algorithmic discrimination is particularly concerning is in recruitment processes.

Although the current Labour Code No. 4857 aims to prevent discrimination based on factors like pregnancy and gender, these provisions are insufficient when it comes to the broader array of biases that algorithms may perpetuate. For example, algorithms might inadvertently favor certain age groups or educational backgrounds if the data used to train them is skewed in this direction. Updating the Labor Code to encompass a broader range of discriminatory factors, beyond just gender and pregnancy, would be a necessary step in countering algorithmic discrimination in hiring processes. A further challenge lies in the burden of proof. In cases of traditional discrimination, the burden of proof often lies with the employee, who must demonstrate that discrimination has occurred. While there have been recent efforts to lighten this burden within the Labor Code, proving discrimination in an algorithmic context remains particularly difficult. Given the opacity of algorithms, employees may lack access to the information needed to substantiate their claims. To address this, it would be beneficial to establish legal provisions that lower the burden of proof not only during the employment relationship but also at the recruitment stage and even after the employment relationship has ended. This could be done by mandating that companies disclose certain algorithmic parameters or by introducing presumptions in favor of employees in cases where algorithmic discrimination is suspected. In summary, while algorithmic management tools have the potential to revolutionize workplace efficiency, they also introduce complex issues surrounding discrimination. The opaque nature of algorithmic processes makes it difficult to detect, prove, and address discriminatory outcomes, posing a challenge for current labor laws, which were not designed with algorithmic discrimination in mind. To ensure that human rights are protected in the age of algorithmic management, labor laws need to be urgently updated. These updates should aim to encompass indirect forms of discrimination, broaden the range of protected classes in hiring, and alleviate the burden of proof for employees, particularly in recruitment processes. Only by adapting labor law to the new realities of algorithmic decision-making can we hope to mitigate the risks of discrimination and ensure fair treatment in modern workplaces.

## Giriş

Teknolojik gelişmeler, verilerin işleme hızını önemli ölçüde artırmış ve birçok alanda algoritmalar yardımı ile büyük veri analizleri yapılarak daha önce hayal bile edilemeyen boyutlarda algoritmik çıkarımlar yapmak mümkün hale gelmiştir. Algoritmaların kamu yönetimi, sağlık, eğitim ve sosyal medya gibi çeşitli alanlarda kullanımının artmasının, özellikle hukuk alanında değerlendirilmesi gereken birçok avantaj ve riski beraberinde getirdiğini belirtmek gerekir<sup>1</sup>. Gün geçtikçe algoritmik araçların kullanımının sıklaşması ve kullanılan algoritmik araçların karmaşık hale gelmesi nedeniyle hukukçuların, algoritmik araçların beraberinde getireceği avantaj ve riskleri iyi analiz edip potansiyel sorunlara çok geç olmadan çözüm üretmeleri gerekmektedir. Algoritmik araçların kullanımının beraberinde getirdiği en temel risklerden biri ise ayrımcılıktır. Algoritmalar insanlar tarafından geliştirildiğinden, istemeden dahi olsa halihazırda bulunan önyargıların otomatik karar verme sistemlerine etki etmesi ihtimal dahilindedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla, algoritmaların kullanımı nedeniyle ayrımcılık içeren sonuçların doğması endişesine cevap verilebilmesi için hukuki bir zemin oluşturulması elzemdir. Bu çalışmada iş hukukunda ayrımcılık yasağı çerçevesinde algoritmik ayrımcılık değerlendirilecek olup, işçi haklarının etkin korunması bakımından çeşitli önerilerde bulunulacaktır.

## I. Ayrımcılık

### A. Genel Olarak Ayrımcılık

Ayrımcılık, bireylerin veya sosyal grupların cinsiyet, yaş, ırk, etnik köken, din, engellilik veya benzeri korunmuş özelliklerine dayalı olarak haklı bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulması ve bu muamelenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki iki birey arasında

<sup>1</sup> Dilara Yüzer Eltimur, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları' (2022) (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559, 561.

<sup>2</sup> Eltimur (n 1) 569.

<sup>3</sup> Wilhelm Heitmeyer ve Salentin Kurt, 'Discrimination'. Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/discrimination-society>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023; Ulaş Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 33-35; Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2011) 14-18; Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press 2013) 52-58; Mehmet Erdoğan ve Celalettin Vatandaş, 'Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Önyargı ve Ayrımcılık' (2020) 3(1) İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi 474; Ali Rıza Erdem, 'Ayrımcılığın Kavramsal Analizi' (2020) 4(4) Uluslararası İnsan ve Sanat Araştırmaları Dergisi 12, 14; Kenan Çayır, 'Yaşa Dayalı Ayrımcılık/Yaşçılık', *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2018) 21-33.

farklı muamele yapılması, tek başına ayrımcılık anlamına gelmez<sup>4</sup>. Zira bireyler arasındaki farklı muameleler, ahlaken kabul edilebilir nedenler gibi farklı muameleye izin veren gerekçeler bulunduğunda kabul edilebilir olabilir<sup>5</sup>. Çoğunlukla ayrımcılık, kişilere veya sosyal gruplara bir şekilde zarar vermekte veya dezavantajlar getirmektedir<sup>6</sup>. Irkçılık, cinsiyetçilik, İslamofobi, antisemitizm, homofobi, transfobi, sınıf ayrımı, görünüşçülük (fiziksel görünüme dayalı ayrımcılık) ve ableizm (engellilik temelli ayrımcılık) gibi birçok terim, ayrımcılık biçimlerini tasnif etmek için ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık kavramı hukuk alanında ise hukuka aykırı olarak aleyhe sonuç doğuran ve haklı bir temele dayandırılmayan ayırım gözetme olarak tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Hukuk alanında ayrımcılık tanımının daha dar olmasının sebebi etnik kökene veya cinsiyete dayalı bazı ayrımcılık faaliyetlerinin soykırım veya insan ticareti gibi tanımlamalarla kavramsallaştırılmış olmasıdır<sup>8</sup>. Genel anlamda ayrımcılık kavramından bahsederken, haksız bir ayırım yapılarak, bir kişinin veya sosyal grubun farklı muamele görmesi suretiyle hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden söz edilmektedir.

### 1. Doğrudan ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, bir kişinin meşru olmayan gerekçelerle farklı muameleyle maruz kalması ve benzer bir durumda bulunan başka bir kişiye göre daha olumsuz bir şekilde muamele görmesi durumunda ortaya çıkar<sup>9</sup>. Eşit muamele ilkesine aykırı durumlar, doğrudan ayrımcılık kapsamına girmektedir<sup>10</sup>. Doğrudan ayrımcılık, karşılaştırılabilir bir kişiyi gerektirdiğinden, benzer durumlarda bulunan benzer kişilere atıfta bulunan biçimsel eşitlik yaklaşımından kaynaklanır<sup>11</sup>.

Bu tür ayrımcılık, özellikle cinsiyet, ırk, din, yaş veya engellilik gibi korunmuş özellikler temelinde gerçekleşir ve açık bir şekilde bireyin haklarının ihlal edilmesine yol açar. Örneğin, bir işverenin, yalnızca hamile olduğu için bir işçiye terfi vermemesi, doğrudan ayrımcılığa örnek teşkil eder. Türk hukukunda doğ-

<sup>4</sup> Daniel Moeckli, 'Equality and Non-Discrimination' in Daniel Moeckli ve diğerleri (eds), *International Human Rights Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2014) 159.

<sup>5</sup> ibid

<sup>6</sup> Heitmeyer/Kurt (n 3).

<sup>7</sup> Karan (n 3) 66.

<sup>8</sup> ibid 66.

<sup>9</sup> Moeckli (n 4) 164; Fredman (n 3) 166; Lippert-Rasmussen (n 3) 54-78.

<sup>10</sup> Fredman (n 3)

<sup>11</sup> Moeckli (n 4) 160

rudan ayrımcılık yasağı, Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Ancak doğrudan ayrımcılığın ispatı, genellikle karşılaştırılabilir bir durumdaki başka bir kişinin bulunmasına bağlı olduğundan, kanıt yükü açısından zorluklar içerebilir<sup>12</sup>.

## 2. Dolaylı ayrımcılık

Günümüzde ayrımcılık kavramından bahsederken yukarıda açıklandığı gibi doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğimiz salt bir ayrımcılık tanımı üzerinden hukuki problemlerin açıklığa kavuşturulmasının isabetli olmayacağını söylemek mümkündür. Zira, ayrımcı sonuçlar sadece farklı muamelelerden doğmamaktadır. Kimi zaman kişi veya grupların herhangi bir fark gözetmeksizin aynı kurala tabi olmaları da ayrımcı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir<sup>13</sup>. Örneğin; özel bir güvenlik firması işe alımlarda 175 cm ve üzerinde boy uzunluğu bulunan adayların başvurularını değerlendireceğini ileri sürerse, bu sınırlama kadınlar veya bazı etnik gruplar için ayrımcı sonuçlar doğuracağı aşikardır<sup>14</sup>.

Avrupa Birliği hukukunda dolaylı ayrımcılığın mevzuatta tanımlanması ilk olarak Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat yükümlülüğüne ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi'nde<sup>15</sup> karşımıza çıkmaktadır. Avrupa müktesebatıyla uyum adına 4857 sayılı İş Kanunumuza<sup>16</sup> da yansıyan, cinsiyet ve ispat yükü konulu bu Direktifin ardından, 2000 yılında kabul edilen iki başka Direktif ise dolaylı ayrımcılığın tanımını güçlendirmiştir: istihdam ve meslekte eşit muamele için genel bir çerçeve belirleyen 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi ve cinsiyet, ırk veya etnik köken, yaş, engellilik durumu, cinsel yönelim, din veya inanç temelinde ayrımcılığı yasaklayan 29 Haziran 2000 tarihli 2000/43/EC sayılı, ırk veya etnik kökenine bakılmaksızın kişiler arasında eşit muamele ilkesini ortaya koyan Direktif. Akabinde, İstihdam

<sup>12</sup> ibid; Fredman (n 9); Mark W. Janis, Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3. Baskı, Oxford University Press 2008) 485.

<sup>13</sup> Ulaş Karan, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği' (2007) (73) TBB Dergisi 146, 154.

<sup>14</sup> Karan (n 13) 155.

<sup>15</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, *Temel Haklar Şartı ve Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri* (2019) 33 [https://www.tihek.gov.tr/upload/file\\_editor/2019/03/1551818880.pdf](https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf) Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.

<sup>16</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2006/54/EC direktif gibi ayrımcılığa ilişkin Direktiflerin de aynı tanımları içerdiğini söylemek mümkündür. İç hukukumuzda ise 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu<sup>17</sup> (TİHEKK) ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da dolaylı ayrımcılık kavramı açıkça yer almaktadır.

Dolaylı ayrımcılıktan bahsederken, doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi ayrımcılığın *ex-ante* olarak saptanmasının ve ispat edilmesinin daha zor olacağını belirtmek gerekir. Bu kapsamda, dolaylı ayrımcılığın tanımlanması ve ispat yüküne ilişkin tedbirler alınması işçi haklarının etkin korunması bakımından zaruridir. Dolayısıyla, iç hukuk düzenlemelerinde de bu mevzuva önem verilmesi, teknolojinin gelişmesiyle birlikte karşımıza çıkacak olan ayrımcılık sorunlarının önlenmesi ve AB müktesebatına uyum adına isabetli olacaktır.

## II. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

*“Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir<sup>18</sup>.”* Dolayısıyla eşitlik ilkesinden bahsederken ayrımcılık yasağından söz etmemenin mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir<sup>19</sup>.

### A. Uluslararası Düzenlemeler

#### 1. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin yerini belirlerken ilk olarak, Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli milletlerarası sözleşmelerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile

<sup>17</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016, RG 20.04.2016/29690.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi, E 2014/256, 25.6.2014. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2024.

<sup>19</sup> Janet E. Lord, Katherine N. Guernsey, Joelle M. Balfe ve Valerie L. Karr, *Human Rights. Yes!: Understanding the Human Rights of Persons with Disabilities* (2. Baskı, University of Minnesota Human Rights Resource Center, 2012) 27; Mesut Gülmez, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2 (25) Çalışma ve Toplum 217, 217.



alakalı hükümlerinden bahsetmek isabetli olacaktır. Zira, 1982 Anayasası<sup>20</sup> m. 90/5 hükmünce, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*”. Aşağıda, Türkiye’nin taraf olduğu, Avrupa Konseyi ve ILO tarafından kabul edilen sözleşmelerin ilgili hükümlerinden bahsedilecektir.

Öncelikli olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 14. maddesinden bahsetmek gerekir. İlgili madde “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, 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 duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, Mezkûr maddenin ayrımcılık yasağı bakımından temel bir dayanak olarak karşımıza çıktığını söylemek gerekir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, ayrımcılığı yasaklamanın yanı sıra, taraf Devletlerin ayrımcılığa karşı koruma sağlanmasına yönelik önlemler almasını da gerektirmektedir. Bu önlemler, sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere; etkili hukuki yola başvuru imkânı sağlamak, yargısal hukuki yollara başvurma olanağı geliştirmek ve bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak şekline karşımıza çıkmaktadır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır. Sözleşme, kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit bir şekilde yararlanmalarını sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu önlemler, kadınların eğitim, sağlık, istihdam, siyasal katılım, din ve kültür gibi tüm alanlarda erkeklerle eşit haklara sahip olmalarını amaçlamaktadır.

## 2. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) ortaya koyduğu on temel sözleşmenin tamamını onaylamıştır. Bunlardan eşitlik ilkesini yakından ilgilendirenler aşağıda kısaca ifade edilecektir.

ILO’nun 100 No.lu Eşit Ücret Sözleşmesi, kadın ve erkeklere eşit işe eşit ücret ödenmesini zorunlu kılmaktadır. Cinsiyet bakımından ücret konusunda ayrımcılık yapılmaması adına önemli bir sözleşme olduğunu belirtmek gerekir.

<sup>20</sup> Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, RG 09.11.1982/17863.

ILO'nun 111 No.lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin 2. maddesi “*Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tesbit ve takip etmeyi taahhüt eder*” hükmünü içermektedir. Bu bağlamda, taraf devletlere ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına bir milli politika geliştirme yükümlülüğü getirildiğini ve ayrımcılıkla ilgili iç hukuk reformları yapılırken ilgili maddenin gözetilmesinin elzem olduğunu belirtmek gerekir.

ILO'nun 122 No.lu İstihdam Politikası Sözleşmesi ile işçilerin farklı muamele görmeden iş başvurularında sadece niteliklerine göre bir değerlendirme ile seçilmesi sağlanmaktadır.

Son olarak, ILO'nun 159 No.lu Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam Sözleşmesi, taraf ülkelerin uyması adına mesleki rehabilitasyon ve istihdam politikası prensiplerini ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, işyerinde engelli işçilere ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

ILO'nun Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin iç hukukumuzda kanun hükmünde olduğunu ve dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili hukuki düzenlemelerimizin oluşturulmasında, uygulanmasında ve güncellenmesinde gözetilmesi gereken önemli bir dayanak teşkil ettiklerini vurgulamak isabetli olacaktır. Bu bağlamda ILO sözleşmelerinde iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağının öngörülmüş olması, Türk iş hukuku mevzuatında ayrımcılık bakımından güncellemelere ihtiyaç olduğunu gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, Türkiye, yukarıda açıklanan uluslararası sözleşmelerde tanımlanan ayrımcılığın kapsamını gözeterek şekilde iç hukukunu mezkûr sözleşmelere uyumlu hale getirmekle yükümlüdür<sup>21</sup>.

## B. Ulusal Düzenlemeler

### 1. Anayasal Normlar

Eşitlik ilkesi en temel anlamda dayanağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenen m. 10 hükümünden almaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa m. 10, yukarıda ifade edilen ve Türkiye'nin de taraf devlet olduğu antlaşmalarda yer alan eşitlik

<sup>21</sup> Mürvet Ece Büyükçalık, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 300.

ilkesiyle paralel bir yapıda oluşturulmuştur. Maddenin birinci fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek, eşitlik kavramının bir hak olarak değerlendirilmesine olanak tanıyan bir açıklamaya yer verilmiştir<sup>22</sup>. Kanun koyucu, sistematik sınıflandırma olarak ilgili maddeyi, “Kanun önünde eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenmekle birlikte eşitlik kavramının ilkesel boyutunu ortaya çıkarmaktadır<sup>23</sup>. Anayasa m. 10 açık bir şekilde dolaylı ayrımcılık kavramına atıf yapmamış olsa dahi, 10. maddede düzenlenmiş olan eşitlik anlayışının dolaylı ayrımcılığı da kapsayacak şekilde genel bir anayasal kural mahiyetinde olduğunu belirtmek gerekir<sup>24</sup>.

## 2. Yasal Normlar

### a. Ceza Hukuku Düzenlemeleri

Ceza hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin dayandığı norm 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun<sup>25</sup> (TCK) 122. maddesidir. İlgili madde “Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefî 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 işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir. Belirtmek gerekir ki ceza hukuku bakımından ayrımcılığın, kanunda sınırlı sayıda sayılan nedenler vasıtasıyla kapsamı daraltılmıştır. İş ilişkileri bakımından ise TCK m. 122’de, yalnızca bir kişinin işe alınmasının anılan sebeplerden kaynaklanan nefret nedeniyle engellenmesi durumunun suç teşkil edeceği düzenlenmiştir. TCK’da, İş Kanunundaki ve Anayasa’daki ayrımcılık düzenlemesinden farklı olarak “ve benzeri sebepler” ifadesine yer verilmemesi dolayısıyla, TCK hükümlerince yaş ayrımcılığı (ageizm) kaynaklı nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasının engellenmesi durumunun bir suçun konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Ayrıca işçi işveren ilişkisinin başladığı takdirde TCK m.

<sup>22</sup> Hakan Kolçak, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz’ (2023) (1) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 80, 85.

<sup>23</sup> ibid 85

<sup>24</sup> Büyükçalık (n 21) 288.

<sup>25</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

122 hükmünün uygulanamayacağını, mezkûr maddenin yalnızca işe alımlarla ilgili bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir. Ayrımcılık suçunun ispatının zor olmasından dolayı, ispat yükü bakımından bazı endişelere değinilecek olursa, doktrinde, ceza hukukunda ispat yükünün ayrımcılığı düzenleyen diğer hukuk düzenlemeleri gibi bir yer değiştirmeye tabi olamayacağı ve özel kast varlığının aranmasının mezkur suçun ispatlanmasını imkansızlaştırdığı ileri sürülmekle birlikte, ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin ceza hukuku dışında bırakılması gerektiği görüşü vardır<sup>26</sup>. Zira ispatlanması imkânsız olduğu sürece ayrımcılık bakımından bir korumanın olması, ispat yükünün yer değiştirmesine imkan tanıyan diğer kanun düzenlemelerinin uygulanmasının önünü kapatmaktadır.

### **b. İş Hukuku Düzenlemeleri**

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin ayırım yapma yasağına uymakla birlikte benzer durumdaki işçilere keyfi nedenlerle farklı muamele yapmama ve eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder<sup>27</sup>. İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" başlığı altında yer verilen m. 5 hükmünce iş ilişkisinde ayrımcılığın kapsamı ve sınırları ortaya konulmaktadır. Eşit davranma ilkesi, temelde Anayasa m. 10'da yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansımasıdır<sup>28</sup>. İş hukukundaki eşit davranma yükümlülüğü, işverene eşit durumdaki işçilere adil bir şekilde davranma sorumluluğunu yükler.

İş Kanunu m. 5 birinci fıkrası uyarınca "*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*" hükmünde "*ve benzeri sebepler*" ibaresinin bulunması dolayısıyla, ayrımcılığın kapsamının genişletildiği ve ayrımcılığa karşı korunmak

<sup>26</sup> Karan (n 13) 160.

<sup>27</sup> Sarper Süzek, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu' (2008) 3(12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24, 26.; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin Yayınları 2008) 22-27; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' in Süleyman Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I (Beta 2011) 430; Kübra Doğan Yenisey, 'Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi' (2005) 2(7) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 974, 978; Ali Nazım Sözer, 'AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler' (2006) 1(2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184, 189.; Hakan Keser, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar' (2004) 7(3) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37, 59; Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002) 100.

<sup>28</sup> Yasin Ulusoy ve Senar Çağırğan Tuncer, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' (2020) 7 (2) Pamukkale Avrasya Sosyoekonomik Çalışmalar Dergisi 86, 95.

istenen kişi veya gruplar için “açık uçlu” bir ayrımcılık hükmü oluşturulduğunu söylemek mümkündür<sup>29</sup>.

İş Kanunu’nun m. 5’in üçüncü fıkrasında yer verilen “(...) cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” ibaresinin ışığında, İş Kanunu’nda dolaylı ayrımcılığa da değinildiğini belirtmek uygun olacaktır<sup>30</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki “cinsiyet veya gebelik” temelli ayrımcılığa ilişkin düzenleme, İş Kanunu hükümlerince sadece işçi bakımından değil, “iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde” ibaresine yer verilerek iş ilişkisi kurulmadan önce de kişi ve grupların hakları bakımından bir koruma da sağlamaktadır.

Cinsiyet veya gebelik temelli ayrımcılığa ilişkin düzenleme Avrupa Konseyi’nin 97/80/EC sayılı Yönergesi ışığında yapılmıştır<sup>31</sup>. İş Kanunu m. 5 gerekçesi: “Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanunu’na alınması gerekli olmuştur (...) Avrupa Birliği’nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir” şeklinde açıklanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki Avrupa müktesebatına uyulması ve ayrımcılık bakımından kişi ve gruplara etkili koruma sağlanması adına, Avrupa Konseyinin 2000/78/EC sayılı Direktifi’ne paralel şekilde İş Kanunu güncellenmelidir. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde tartışılacak olan algoritmik ayrımcılık gibi teknolojik gelişmelerin yol açtığı yeni ayrımcılık problemleri genellikle dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilişkilendirildiğinden, 2000/78/EC sayılı Direktifin dolaylı ayrımcılığı açıkladığı m. 2 ve ispat yüküne ilişkin m. 10’a uyumlu bir İş Kanunu tesis edilmediği sürece ayrımcılık bakımından işçi ve insan hakları endişelerine cevap verilmesi güçleşecektir. Zira gelişen teknolojiler birçok alanda dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verme potansiyeline sahiptir ve bu bağlamda eşitlik ilkesinin tesisi adına İş Kanunu ihtiyaçlara karşılık verebilecek şekilde güncellenmelidir. Yargıtay bir kararında<sup>32</sup> “Ölçüt olarak alınacak Avrupa Birliği’nin 2000/48/AB, 2000/73/AB, 2000/78/AB, 2006/54 sayılı yönergelerindeki tanımlara göre “bir işçi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, örneğin

<sup>29</sup> Büyükçalık (n 21) 294.

<sup>30</sup> Büyükçalık (n 21) 296.

<sup>31</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003 RG 10.06.2003/ 25134

<sup>32</sup> Yargıtay 9 HD, 34591/18303, 14.12.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2024.

*cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılık, buna karşın görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işlemi, örneğin bir sendikaya mensup kişileri diğer sendikaya mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz biçimde etkilemekte ise dolaylı ayrımcılık söz konusudur”* şeklinde İş Kanunu m. 5’i uluslararası kaynaklara göre geniş yorumlayarak dolaylı ayrımcılığı da kapsadığını ileri sürmüştür. Doktrinde de ilgili fıkra düzenlemesinde iş ilişkisinde yasaklanan ayrımcılığın biçimine dair bir ifadenin bulunmaması dolayısı ile dolaylı ayrımcılık yasağının ilgili yasağa dahil edilebilmesi önünde bir engel olmadığı ileri sürülmektedir<sup>33</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki *“cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz”* ibaresinin yargı içtihatlarında bir vurgudan ziyade istisna olarak yorumlanması tehlikesi mevcuttur. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle değil diğer nedenlerden kaynaklanan ayrımcılığın da ele alındığı şekilde İş Kanunu güncellenirse, ancak bu şekilde AB müktesebatıyla uyum ve işçi ve insan haklarının etkin korunması mümkün olabilir.

### ***c. İş Hukukunda Ayrımcılığa İlişkin Diğer Kanuni Düzenlemeler***

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un iş hukukunu yakından ilgilendiren “İstihdam” başlığı altında düzenlenen m. 14, engellilerin haklarının korunmasına ilişkin çeşitli hükümler sıralamaktadır. Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilecek hükümler aşağıdaki gibidir:

*“(…) işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.*

*Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.*

*Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur (...).”*

<sup>33</sup> Büyükçalık (n 21) 295.

Engelliler Hakkında Kanun, İş Kanunu m. 5 hükmünden farklı olarak, sadece engelli işçileri değil iş başvurusunda bulunan engellileri de koruma kapsamına almaktadır.

TİHEKK m. 6/1 *“İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz”* hükmüne havi olmakla birlikte, ilgili hüküm aracılığıyla çalışma hayatında ayrımcılık yasağı kapsamında İş Kanunu m. 5’te öngörülen ayrımcılığın kapsamı genişletilmiştir. Dolayısıyla çalışma hayatı kapsamında ayrımcılık bakımından işçileri koruyan İş Kanunu hükümlerinin yanı sıra, hukukumuzda, işe başvuranları da koruyan özel kanun hükümlerinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Engelliler Hakkında Kanunda ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin, İş Kanunu’na nazaran başka bir farklılığı ise dolaylı ayrımcılık kavramını açıkça tanımlamış olmasıdır. Bu bağlamda, Engelliler Hakkında Kanunun ‘Tanımlar’ başlıklı m. 3/b *“Dolaylı ayrımcılık: Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklaştırılamayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını, (...) ifade eder”* düzenlemesini içermektedir. Keza, “Ayrımcılık” kenar başlıklı m. 4/A’da ise *“Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır”* hükmüne yer verilmiştir. Paralel olarak TİHEKK sırasıyla m. 2/-/e ve m. 4/1-d uyarınca dolaylı ayrımcılık tanımlanmış ve bir ayrımcılık çeşidi olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda işçileri ve aday işçileri, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık karşısında koruyan özel kanun düzenlemelerin bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Fakat dolaylı ayrımcılığa uğrayanların ve işe başvuranların yalnızca engellilik çerçevesinde veya kurum seviyesinde korunmasının insan hakları bakımından ideal olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum sağlanması ve işe başvuranların, işçilerin ve işten ayrılanların, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık bakımından koruma altına alınması ve mağdurlara yargısal koruma sağlanması adına İş Kanunu hükümlerinin güncellenmesi kanaatimizce elzemdir.

#### **d. İş Hukukunda Ayrımcılık Bakımından İspat Yükü**

İş Kanunu m. 5'in son fıkrasında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davrandığını iddia eden işçinin, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu; ancak işçi, bir ihlalin varlığına dair güçlü bir olasılık gösterdiğinde, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlama sorumluluğunun doğduğunu düzenlemektedir. Buna göre: "20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur" Bu bağlamda, işçi 'bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda' ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, yukarıda da belirtildiği üzere ispatı doğrudan ayrımcılığa nazaran daha güç olan dolaylı ayrımcılık bakımından<sup>34</sup> ve aşağıda detaylı olarak belirtileceği üzere, ispatı 'kapalı kutu' niteliğinde olması sebebiyle imkânsız bir boyuta ulaşan algoritmik ayrımcılık bakımından oldukça önemlidir. Ancak burada karşımıza çıkan önemli bir problem ise ispat yükünün yer değiştirmesinin kanunun lafzından hareketle sadece işçiler bakımından söz konusu olması riskidir. Bu bağlamda, işe alım süreçlerinde ayrımcılık söz konusu olduğu zaman İş Kanunu nezdinde ispat yükünün yer değiştirmesi açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde İş Kanunu m. 5'in son fıkrasından *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında işe başvuran adayların da faydalanabileceği fikri hâkim olsa da<sup>35</sup>, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsedebilmek için işe alım sürecinde işverenin davranışlarının kusurlu olması şartı aranmaktadır<sup>36</sup>. Bunun yanında, örneğin İş Kanunu'nda düzenlenen ayrımcılık tazminatı müessesesinde, ilaveten zararın doğmuş bulunması veya işverenin kusuru aranmaktadır<sup>37</sup>. Bu bağlamda İş Kanunu hükümlerinin ispat yükünün yer değiştirmesi bakımından işe alımlardaki ayrımcılığı da kapsayacak şekilde güncellenmesi, insan haklarının etkin korunması bakımından isabetli olacaktır. Zira gelişen teknolojilerin ortaya çıkardığı ayrımcılık sorunu kendini en çok iş ilişkisinin kurulması sürecinde belli etmektedir. Belirtmek gerekir ki, işe alımlarda yaşa-

<sup>34</sup> Büyükçalık (n 21) 302.

<sup>35</sup> Seray Poyraz 'İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2022) 292; Kübra Demir, 'İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1075, 1080.

<sup>36</sup> Demir (n 35) 1079.

<sup>37</sup> Selçuk Zengin, 'Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018) 51.



nan eşitlik ilkesine aykırılıkların ayrımcılık tazminatı kapsamına alınmasında yarar vardır<sup>38</sup>.

TİHEKK'te<sup>39</sup> İş Kanunu'na göre daha isabetli düzenlemelerin var olduğunu söylemek gerekecektir. TİHEKK m. 21 hükmünce: *"Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir"*. Mezkûr Kanunun m. 6 hükmünce ayrımcılık bakımından Kuruma yapılacak başvurularda m. 21'de öngörülen ispat yükünün paylaşılması ilkesi yalnızca işverenin işçileri bakımından değil aynı zamanda bu amaçla başvuranlar bakımından da geçerli olacaktır. Yine de belirtmek gerekir ki TİHEKK'in uygulama alanı Kurum tarafından yapılacak incelemeler açısından geçerlilik kazandığından<sup>40</sup>, ispat yükünün paylaşılması durumu yargısal koruma bakımından ancak İş Kanunu'nun güncellenmesi suretiyle insan hakları endişelerine cevap verilebilecektir.

### III. Algoritmik Yönetim ve Algoritmik Ayrımcılık

Önceki bölümlerde, ayrımcılık kavramı ile iş hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi kapsamlı bir şekilde ele alınmış, ayrıca İş Kanunu'nun bu bağlamdaki eksiklikleri tartışılmıştır. Bu noktadan hareketle, bu bölümde güncel teknolojik gelişmelerin iş yaşamında ortaya çıkardığı ayrımcılık kaygıları derinlemesine incelenecek ve söz konusu kaygılara karşı geliştirilebilecek önleyici yaklaşımlar değerlendirilecektir.

#### A. Algoritmik Yönetim

Makine öğrenimi algoritmaları, gündelik insan deneyimlerinin birçok yönünü artan bir şekilde şekillendirmektedir. Algoritmalar aynı zamanda işyerini de etkileyerek işgücünün yönetimi, koordinasyonu ve idaresini kısmen veya tamamen otomatikleştirmek suretiyle işletmenin konusunu oluşturan faaliyet-

<sup>38</sup> Veli Karagöz, 'İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı' (2014) 5 (1) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 57, 73.

<sup>39</sup> Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016 RG 20.04.2016/ 29690

<sup>40</sup> Zeynep Sümeyra Deveci, 'İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi' (2020) (2) İzmir Barosu Dergisi 15, 25; Poyraz (n 35) 264.

leri biçimlendirmektedir<sup>41</sup>. 'Algoritmik yönetim' veya 'algoritma ile yönetim' olarak adlandırılan bu eğilim, işletmesel kararların algoritmalara devredilmesi olarak ifade edilebilir<sup>42</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, geleneksel ve geleneksel olmayan işyerleri, artan bir şekilde 'insan ve makine yönetim rejimlerinin etkileşimi' neticesinde şekillenecektir<sup>43</sup>. Algoritmik yönetim araçları halihazırda birçok sektörde yaygın olarak kullanılmaktadır. İlk olarak dijital iş platformlarında kendisini gösteren algoritmik yönetim sistemleri, şu anda geleneksel işyerlerinde ve küçük, orta ve büyük şirketlerde giderek daha fazla kullanılmaktadır<sup>44</sup>. *Sydney Myers*'ın raporuna göre 2023 yılı itibarıyla, 'Fortune 500' listesindeki şirketlerin %97.4'ü işe alım süreçlerinde algoritmik karar alma araçlarına başvurmaktadır<sup>45</sup>. Dolayısıyla, yakın gelecekte algoritmik yönetimin birçok işyerinde işçiler üzerinde etki doğuran önemli bir faktör haline geleceğini söylemek mümkündür. Algoritmik yönetim sistemleri; işe alım aşamasında, iş ilanlarına yönelik hedefleme yapmak, başvuruları taramak ve sıralamak, hangi başvuru sahiplerini mülakatlara davet edeceğine karar vermek ve iş görüşmelerinde başvuranların yüz ifadesi, vücut dili, kelime seçimi ve ses tonu gibi farklı iletişim özelliklerini analiz ederek değerlendirmek için kullanılabilir<sup>46</sup>. Bunlara ek olarak, işçilere talimat vermek, işçilerin performansını denetlemek, işçilerin gelecekteki davranışlarını tahmin etmek ve işçilerin sözleşmelerine son vermek gibi önemli kararların alınmasında algoritmik yönetim araçlarının kullanılması mümkündür<sup>47</sup>.

Algoritmik yönetim araçları, işverenin işletmesine ilişkin faaliyetlerini yürütmesinde kolaylık sağlaması amacıyla kullanılmaktadır. Algoritmik yönetim araçlarının, insanlar tarafından yazılan kodlar ve makine öğrenimi süreçleri aracılığıyla belirli eğilimler çerçevesinde analiz yapıp sonuçlara ulaştığı belirtil-

---

<sup>41</sup> Mohammad Hossein Jarrahi, Gemma Newlands, Min Kyung Lee, Christine T. Wolf, Eliscia Kinder ve Will Sutherland, 'Algorithmic Management in a Work Context' (2021) 8 (2) *Big Data & Society* 1, 1.

<sup>42</sup> ibid

<sup>43</sup> ibid 2.

<sup>44</sup> Halefom Abraha, 'Regulating Algorithmic Employment Decisions Through Data Protection Law' (2023) 14 (2) *European Labour Law Journal* 172, 1.

<sup>45</sup> Jobscan. 2023 Applicant Tracking System (ATS) usage report: Key shifts and strategies for job seekers. <<https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

<sup>46</sup> Abraha (n 44) 2.

<sup>47</sup> ibid 2.

melidir. Ancak bu araçlar, bazı durumlarda kasıtlı olarak kodlara ayrımcılığa neden olacak filtreleme yöntemlerinin entegre edilmesi, bazı durumlarda ise işletmenin geçmiş faaliyetlerindeki ayrımcı eğilimlerin yansıması nedeniyle işyerinde eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bağlamda, algoritmik ayrımcılık üzerine yapılan araştırmalarda, dijital platform çalışanlarının sıklıkla ayrımcılığa uğradığı öne sürülmüştür<sup>48</sup>. Ancak, algoritmik yönetimin, dijital platformlar aracılığıyla gerçekleşen işlerle sınırlı olmadığını söylemek gerekir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, son yıllarda, algoritmik yönetimin konvansiyonel işyerlerinde de kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu bakımdan, geleneksel işyerlerinde de algoritmik yönetim sistemleri dolayısıyla, işverenin çıkarları ve işçilerin hak ve yükümlülükleri arasında kurulması gereken hassas dengenin sarsılacağını, işveren ve işçinin arasındaki güç eşitsizliğinin işveren lehine bozulacağını ve iş hukuku bakımından birçok sorunun ortaya çıkacağını öngörmek mümkündür. Geleneksel anlamda kişiler tarafından verilen önemli kararlar kompleks algoritmik yönetim araçları vasıtasıyla algoritmalara bırakılmaktadır<sup>49</sup>. Bu bağlamda, işçiler bakımından koşulların önemli ölçüde değişeceğini, ayrımcılık doğurabilecek durumların ortaya çıkabileceğini ve işçilerin kişisel verilerinin korunması gibi birçok hassas alanda haklarının ihlal edilebileceğini belirtmek gerekir.

## B. Algoritmik Ayrımcılık

### 1. Genel Olarak

Algoritmik yönetimin beraberinde getirdiği en temel sorun ayrımcılığa uğrama riskidir<sup>50</sup>. Bu çerçevede algoritmik yönetim araçlarına getirilen eleştiriler, özetle algoritmik sistemlerin ancak onları eğitenler kadar önyargısız olabileceğini belirtmektedir<sup>51</sup>. Öyle ki bir algoritma ancak onu tasarlayanların, geliştirenlerin, geri dönüt veren kullanıcıların önyargısız olduğu kadar önyargısız olabilir. Makine öğrenimi, algoritmik sistemlere özel olarak programlanmadan otoma-

<sup>48</sup> Anikó Hannák, Claudia Wagner, David Garcia, Alan Mislove, Markus Strohmaier ve Christo Wilson, 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from TaskRabbit and Fiverr' (2017) CSCW '17: Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing 1914, 1927.

<sup>49</sup> Abaha (n 44) 2.

<sup>50</sup> Keith E. Sonderling, Bradford J. Kelley ve Lance Casimir, 'The Promise and The Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination' (2022) 77 (1) University of Miami Law Review 1, 22.

<sup>51</sup> ibid 22.

tik olarak deneyimden öğrenme ve geliştirme yeteneği kazandırmaktadır. Makine öğrenimi algoritmaları genellikle bireyler, iş süreçleri, işlemler, olaylar ile ilgili desenleri öğrenmek için verileri tüketir ve işler<sup>52</sup>. Bir makine öğrenimi algoritmasının verimliliği ve etkililiği, verilerin doğası ve özelliklerine bağlıdır<sup>53</sup>. Veri setleri, makine öğreniminin temelini oluşturur. Bir algoritmanın veri toplama işlemi nicelik ve nitelik bakımından eksikse, gerçekliği objektif bir şekilde temsil etme konusunda başarısız olabilir ve bu da algoritmik kararlarda ayrımcılığa yol açabilir. Buna ek olarak, kişisel önyargılar veri setlerinin seçiminde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin; mühendisler, makinenin belirli bir şekilde davranması ve karar vermesi adına belirli özelliklere veya değişkenlere öncelik verebilir<sup>54</sup>. Örnekte bir firmanın işe alımlarda izlediği desen ile beslenen bir algoritma o firmanın geçmişte uyguladığı eşitlik ilkesine aykırı davranışları da öğreneceğinden, gelecekteki işe alımlarda ilgili algoritmanın ayrımcılık yapmaya programlı olması söz konusu olacaktır. Yapılan bir araştırma, Amazon'un işe alımlarda kullandığı algoritmanın erkek adayların lehine sonuç doğurduğunu ve şirketin eski işe alımlarını baz aldığı için önyargılı kararlara sebebiyet verdiğini ortaya koymuştur<sup>55</sup>. Zira Reuters'in raporuna göre 2014 yılında Amazon'un işe alım algoritmasını geliştiren ve ismini vermek istemeyen mühendislerle yapılan görüşmeler ışığında Amazon'un işe alım algoritmasının 2015 yılında kadın adaylara karşı ayrımcılığa sebebiyet verdiği fark edilmiştir. Bu durum algoritmaya yapılan müdahalelerle düzeltilmeye çalışılmış olsa da pek başarılı olunamamış ve nihayet Amazon işe alımlarda algoritmik yönetim araçlarını kullanmayı bırakmak durumunda kalmıştır<sup>56</sup>. Aynı şekilde işçilerin performansını müşteri yorumları vasıtasıyla değerlendiren ve bunlara göre karar alan bir algoritma, en az müşterilerin önyargıları kadar önyargılı olmaya mecburdur. Dolayısıyla, bir

<sup>52</sup> Iqbal H. Sarker, 'Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions' (2021) (2) SN Computer Science 1, 19

<sup>53</sup> Raffaele Pugliese, Stefano Regondi ve Riccardo Marini, 'Machine Learning-Based Approach: Global Trends, Research Directions, and Regulatory Standpoints' (2021) (4) Data Science and Management 19, 20.

<sup>54</sup> Zhisheng Chen, 'Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices' (2023) 10 (1) Humanities and Social Sciences Communications 1, 5-6.

<sup>55</sup> Xinyu Chang, 'Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. Advances in Economics' (2023) Management and Political Sciences 134, 139

<sup>56</sup> Reuters, 'Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women', <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.

algoritmanın tasarımında ve geliştirilmesinde insan faktörünün rolü ve bu süreçte ortaya çıkabilecek önyargılı yaklaşım, algoritmanın işleyişine önyargının entegre edilmesine yol açabilir.

Algoritmaların ayrımcılığa sebebiyet vermesi bakımından bir başka önemli risk ise algoritmaların direkt olarak ayrımcılığa sebebiyet verebilecek verilere ulaşamamasına rağmen başka verileri ayrımcılık nedenleriyle ilişkilendirebilecek potansiyele sahip olmasıdır. Sendika üyeliği, din, cinsiyet, cinsel yönelim veya engellilikle ilgili veri toplamanın yasaklanmış olması durumunda bile, algoritmalar bu bilgileri diğer veriler aracılığıyla türetebilir<sup>57</sup>. Örneğin; algoritmalar kişinin ika- metgâh verilerinden dini inancı veya siyasi görüşü gibi ayrımcılığa mahal verebi- lecek veriler türeterek ayrımcı sonuçlar doğurabilecek kararlar verebilir.

Algoritmaların ayrımcı sonuçlar doğurması durumunda, yeniden tasarlan- rak ayrımcılığa maruz kalan grup lehine sonuçlar üretecek şekilde düzeltilmesi hedeflenebilir. Ancak, bu tür bir düzeltmenin, kaçınılmaz olarak başka bir alt grup için ayrımcı sonuçlara yol açma riskini taşıdığı unutulmamalıdır<sup>58</sup>.

Algoritmik yönetim sistemlerine getirilen başka bir eleştiri ise algoritmala- rın “kapalı kutu” olmasından kaynaklanmaktadır<sup>59</sup>. Zira, algoritmalar çoğu za- man bir kapalı kutu niteliğinde olup, aldığı ayrımcı kararlar bakımından geriye dönük bir sebep analizi yapılmasına imkan tanımamaktadır<sup>60</sup>. Bir başka deyişle, algoritmanın aldığı bir kararın arkasındaki nedeni tespit etmek ve dolayısıyla ayrımcılığın kaynağını ortaya çıkarmak, algoritmanın doğası gereği imkânsız bir durumdur. Bu imkânsızlık dolayısıyla algoritmanın kararlarının altında her za-

<sup>57</sup> Adrián Todolí-Signes, ‘Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection’ (2019) 25 (4) *European Review of Labour and Research* 401, 407.

<sup>58</sup> Kelly Cahill Timmons, ‘Pre-Employment Personality Tests, Algorithmic Bias, and the Americans With Disabilities Act’ (2021) 125 (2) *Penn State Law Review* 389, 445.

<sup>59</sup> Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 22.

<sup>60</sup> Antonio Aloisi ve Elena Gramano, ‘Artificial Intelligence Is Watching You at Work. Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context’ (2019) 41 (1) *Special Issue of Comparative Labor Law & Policy Journal, Automation “Artificial Intelligence and Labour Protection”* 95, 106; Matthew U. Schere, Allan G. King ve Marko N. Mrkonich, ‘Applying Old Rules to New Tools: Employment Discrimination Law in the Age of Algorithms’ (2019) (71) *South Carolina Law Review* 449, 520; Kimberly Houser, ‘Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making’ (2019) (22) *Stanford Technology Law Review* 291, 350; Tolu Yılmaz, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, Platform Çalışanlarının Algoritmik Yönetiminde İtibar Profillerinin Yeri ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 143.

man bir önyargı olabileceği şüphesinin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bazı araştırmacılar eşitliğin sağlanması adına algoritmaların şeffaf olmasının verimlilik sağlamayacağını savunsa da<sup>61</sup> doktrinde şeffaflığın ve denetimin algoritmik yönetimin beraberinde getireceği başlıca tehlikelere karşı kullanılması gereken en önemli araçlardan biri olması gerektiği hakim görüştür<sup>62</sup>. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin korunması adına, iş hukuku düzenlemelerinin algoritmik yönetim araçlarının denetimini ve şeffaflığını esas alacak şekilde güncellenmesi kanımızca zaruri hale gelmiştir.

## 2. İşe Alım Süreçlerinde Algoritmik Ayrımcılık

İşe alım süreçleri teknolojiyle birlikte gelişmektedir, fakat bu gelişim beraberinde çeşitli hukuki problemler de getirmektedir. İşe alım süreçlerinde kullanılan algoritmalar yukarıda açıklandığı üzere ayrımcı sonuçlara yol açabilmektedir. İş Kanunu'nun ayrımcılık bakımından, kişinin işçi sıfatının kazanmasının ardından daha etkili önlemler sunduğunu söylemek isabetli olacaktır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere ayrımcılık tazminatı ve ispat yükünün yer değiştirmesi İş Kanunu hükümlerince işçiler bakımından açıkça düzenlenmiş olsa da aday işçiler bakımından bu korumalardan söz edilip edilemeyeceği doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır<sup>63</sup>. Doktrinde, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile bu problem çözüme kavuşturulmak istense de kabul etmek gerekir ki, günümüz gereklilikleri ve insan haklarının etkin korunması bakımından İş Kanunu düzenlemelerinin ayrımcılık tazminatını işe başvuran adayları da kapsayacak şekilde güncellenmesi ve İş Kanunu'na dolaylı ayrımcılık tanımının yerleştirilmesi isabetli olacaktır.

İşe alımlarda algoritmik yönetim araçlarının kullanılmasının doğurduğu birçok potansiyel risk mevcuttur. Bu riskler kimi zaman algoritmik yönetim araçlarının tasarımının işe başvuran adaylar tarafından etkili bir şekilde kullanılmaması nedeniyle dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verilmesi şeklinde, kimi zaman ise algoritmik yönetim araçlarının yaptığı analizlerin ırk ve cinsiyet gibi faktörlerden etkilenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

<sup>61</sup> Joshua A. Kroll, Joanna Hue, Solon Barocas, Edward W. Felten, Joel R. Reidenberg, David G. Robinson ve Harlan Yu, 'Accountable Algorithms' (2017) (165) University of Pennsylvania Law Review 633, 658.

<sup>62</sup> Colin Clemente Jones, 'Systematizing Discrimination: AI Vendors & Title VII Enforcement' (2022) (171) University of Pennsylvania Law Review 235, 247; Pauline T. Kim ve Matthew T. Bodie, 'Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy. ABA' (2021) (35) Journal of Labor and Employment Law 289, 290.

<sup>63</sup> Poyraz (n 35) 290; Büyükçalık (n 21) 299.

### a. Oyun Tabanlı Algoritmik Sistemler

Algoritmik yönetim araçları, işe alım süreçlerinde kullanılırken kimi zaman oyun tabanlı sistemler olarak karşımıza çıkmaktadır. *AstraZeneca* gibi büyük firmalar işe alım süreçlerinde adayları dikkat, risk yönetimi ve diğer bazı faktörler açısından değerlendirmek adına oyun tabanlı algoritmik yönetim araçlarını sıklıkla kullanmaktadır<sup>64</sup>. İşe alım süreçlerinde oyun tabanlı algoritmaların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan önemli bir risk ise yukarıda bahsedildiği üzere kimi grupların diğer adaylara kıyasla söz konusu algoritmik yönetim sistemlerinin ara yüzüne alışık olmaması veya nöroçeşitli bireylerin (dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu veya disleksi gibi) dezavantajlı olarak değerlendirilmesi dolayısıyla ayrımcılığa uğramasıdır<sup>65</sup>. İşe alım süreçlerinde oyun tabanlı algoritmik sistemlerin kullanılması gençlere nazaran oyunlara yabancı olan yaşça büyük grupların sistematik olarak dışlanmasına sebebiyet verebilir<sup>66</sup>. Bir başka yandan, oyun tabanlı algoritmik yönetim araçlarının engelli ayrımcılığına (ableizm sebebiyet vermesi de potansiyel bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelecekteki işçilerin özelliklerini, halihazırda bulunan iyi işçilerin özellikleri ile eşleştirmek üzere bir algoritma oluşturulması ve işe alım süreçlerinin bu algoritma aracılığı ile yürütülmesi, 'halihazırdaki eşitsizliğin çoğaltılması' sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>67</sup>. Nöroçeşitli bireyler herhangi bir şirkette yeterince temsil edilmediği durumlarda algoritmik yönetim araçları vasıtasıyla işe alım süreçleri yürütülecek olursa, nöroçeşitli insanlara sistematik bir ayrımcılık yapılması söz konusu olabilecektir. Oyun tabanlı algoritma araçlarının işe alım süreçlerinde kullanıldığı durumlarda dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu veya disleksi gibi durumlardan mustarip olan bireylerin ilgili oyunlarda, nörotipik adaylar karşısında açık bir dezavantaj yaşayacakları aşikardır. Kimileri bu durumun önüne geçilmesi için algoritmik yönetim araçlarının söz konusu ayrımcı sonuçlar dikkate alınarak tekrar programlanabileceğini ve böylece ayrımcı sonuçlardan kaçınılabileceğini savunsa da<sup>68</sup>, nöroçeşitliliğin birçok türü olduğundan ve işverenin işe alımlardan önce adayların nöroçeşitlilikleri

<sup>64</sup> Disability rights advocates are worried about discrimination in AI hiring tools. MIT Technology Review. <<https://www.technologyreview.com/2021/07/21/1029860/disability-rights-employment-discrimination-ai-hiring/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.

<sup>65</sup> Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 29.

<sup>66</sup> David Savage ve Richard A. Bales, 'Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias' (2017) 32 (2) ABA Journal of Labor & Employment Law 211, 218.

<sup>67</sup> Timmons (n 58) 443.

<sup>68</sup> Savage, Bales (n 66) 226.

bakımından herhangi bir bilgi sahibi olamayacağı da dikkate alındığında söz konusu algoritmalara ayrımcı sonuçlar doğurmaması adına gerekli müdahalelerin etkili bir şekilde yapılabileceği fikri gerçeklikten uzak görünmektedir<sup>69</sup>.

Algoritmik ayrımcılığın önüne geçmek adına algoritmalara müdahale edilebileceği ve algoritmaların ayrımcılık karşıtı şekilde programlanabileceği düşüncesi üzerinde durmak gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre ayrımcı algoritmalar, eşitlik ilkesi çerçevesinde kodlanarak etkili bir şekilde yeniden kodlanabilmektedir<sup>70</sup>. Konu il ilgili yürütülen bir projede, bilgisayar bilimcileri, algoritmaların bilinçsiz önyargıları önlemek için bir yöntem oluşturmak amacıyla çalışmalar yürütülmüştür<sup>71</sup>. Projenin sonunda, birlikte çalışacak şekilde tasarlanmış iki algoritma modelli bir sistem geliştirilmiştir<sup>72</sup>. İlk algoritma, bir algoritmanın ayrımcı olup olmadığını test etmek için analizlerde bulunurken, algoritmanın ayrımcı olduğunun kanıtlandığı durumlarda, ikinci algoritma veri setini ayrımcılık etkilerini kaldırmak için değiştirmek üzere programlanmıştır<sup>73</sup>. İlk bakışta akıllıca bir çözüm gibi görünse de pratikte bir algoritmaya yapılan müdahaleler sonucunda algoritmanın kimi gruplara yönelik ayrımcı sonuçlar doğurmasının engellenmesi, başka bir gruba ayrımcılık yapılması sonucunu doğurmaktadır<sup>74</sup>. Varsayalım ki kadınlara yönelik ayrımcı sonuçlar doğuran bir algoritma yeniden tasarlınsın ve tasarlanan bu yeni algoritma Afro-Amerikalılar aleyhine ayrımcı sonuçlar doğursun<sup>75</sup>. Algoritmanın yeniden tasarlanması durumunda istenmeden başka bir azınlık grubu aleyhine ayrımcı sonuçlar doğuran bir algoritma ortaya çıkarsa bu sefer çözüm ne olacaktır? Öyle ki işveren algoritmaya ayrımcı sonuçların engellenmesi adına her müdahalede bulunduğu, herhangi başka bir grubun veya kişinin aleyhine sonuç doğmadığı bir duruma erişene kadar kendini bir müdahale çıkmazı içerisinde bulacaktır<sup>76</sup>. Bu durum gerçekleştiğinde ise algoritmanın verimliliği veya seçiciliğinin nasıl etkileneceği ise bu öneriye karşı getirebilecek başka bir eleştiridir.

---

<sup>69</sup> Timmons (n 58) 444.

<sup>70</sup> Savage, Bales (n 66) 223.

<sup>71</sup> ibid 227.

<sup>72</sup> ibid

<sup>73</sup> ibid

<sup>74</sup> Timmons (n 58) 445.

<sup>75</sup> Allan G. King ve Marko Mrkonich, 'Big Data and the Risk of Employment Discrimination' (2016) (68) Oklahoma Law Review 555, 549.

<sup>76</sup> ibid 580.



### **b. Algoritma Destekli Video Mülakatlar**

İşverenlerin adayları değerlendirmek için yüz ve ses tanıma ile analiz yapmak üzere algoritmik yönetim araçlarına başvurdukları durumlarda, eşitlik ilkesi bakımından belli bazı başka endişeler ortaya çıkabilir. Kimi algoritmalar işverenlere, başvuranların video mülakatlarını, yüksek performans gösteren işçilerin verdiği cevaplarla karşılaştırarak değerlendirme imkânı tanımaktadır. *Washington Post*'un bir haberine göre<sup>77</sup> *HireVue* isimli bir yapay zekâ firması, adayların yüz hareketlerini, kelime seçimlerini ve seslerini analiz ederek, işe başvuran adaylara otomatik olarak 'işe alınabilirlik' puanı atfeden bir algoritmik sistem geliştirmiştir. Bu sistem, bazı büyük şirketler tarafından halihazırda kullanılmakta olup, algoritmanın işe alım sürecini hızlandırdığı ve objektif olduğu iddia edilmektedir. Kimi araştırmacılar ise bu sistemin bilimsel bir temele dayanmadığını ve adayları yüzeysel ve keyfi ölçütlere göre değerlendirdiğini savunmaktadır. Bu algoritmalar, yüz ifadesi, göz teması, entonasyon ve kelime seçimi gibi faktörleri analiz etmek için makine öğrenimi gibi yöntemlerle geliştirilmektedir. Ancak bazı yüz tanıma algoritmalarının, ırka dayalı olarak farklı şekillerde analiz etme eğiliminde olduğu karşımıza çıkan bir gerçektir<sup>78</sup>. Bu bağlamda, sivil hak savunucuları bu sistemlerin, adaylara, ırk veya cinsiyetle ilişkilendirilen farklılıklara dayanarak, adil olmayan puanlar verebileceğini savunmuştur<sup>79</sup>. İnsanların konuşma tarzları ve kelime seçimleri etnik kimlikleri ile ilişkilendirilebilen faktörler olduğundan, ses analizi yapılmasının ayrımcı sonuçlar doğurabileceği karşımıza çıkan bir gerçektir. Zira, algoritma destekli video mülakatlar<sup>80</sup> (AVI), adayların kelime seçimlerini, konuşma desenlerini ve yüz ifadelerini içeren videoların makine öğrenimi yoluyla geliştirilen algoritmaların kullanılması ile analiz edilmesi sonucunda, adayların söz konusu işe uygunluğunun tahmin edilmesini içeren bir süreçtir. Belirtmek gerekir ki belirli gruplara özgü farklılıkların öne çıktığı durumlarda, konuşma tanıma algoritması ayrımcı sonuçlara yol açabilir. Örneğin, ses komutları ile çalışan bir algo-

<sup>77</sup> A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. *Washington Post*. <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013.

<sup>78</sup> Sonderling, Kelley ve Casimir, (n 50) 29.

<sup>79</sup> *Seattle Times*, 'Rights group files federal complaint against HireVue, a hiring company that uses artificial intelligence.' <<https://www.seattletimes.com/business/rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-and-deceptive-practices/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013.

<sup>80</sup> Louis Hickman, Nigel Bosch, Vincent Ng ve Rachel Saef, 'Automated Video Interview Personality Assessments: Reliability, Validity, and Generalizability Investigations' (2022) 107 (8) *Journal of Applied Psychology* 1323, 1323.

ritma, aksanı olan adaylar için ve konuşma engeli veya işitme engeli olan bireyler için zorluklar oluşturabilir. Bu da etnik ve engelli ayrımcılığı endişelerini tetikleyebilir<sup>81</sup>. Diğer bir yandan, yüz ifadelerini parametre olarak kullanan bir algoritmanın, Tourette sendromu veya otizm gibi diğer başka nöroçeşitliliğe sahip bireyler aleyhine de ayrımcı sonuçlar doğurabileceği önemli bir endişe olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>82</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki video tabanlı algoritmik araçların işe alım süreçlerinde kullanıldığı durumlarda, yüz ifadeleri ve konuşma alışkanlıkları kültürler arası farklılıklar gösterebileceğinden dolayı etnik ayrımcılık söz konusu olabilir. Ayrıca örneğin; göz temasını bir değerlendirme ölçütü olarak kullanan işe alım algoritmasının görme engelli bireylere düşük puan vereceği ve bu durumun da eşitlik ilkesine aykırı olacağı aşıkardır<sup>83</sup>.

## 2. İşçilerin Denetlenmesinde Algoritmik Ayrımcılık

Algoritmik yönetimin bir başka uygulama alanı ise işçilerin denetimi konusunda karşımıza çıkmaktadır. Şirketler, işçileri denetlemek adına giderek artan bir şekilde algoritmik yönetim sistemlerini kullanmaktadır<sup>84</sup>. Algoritmik yönetim araçları, geçmişte hiç olmadığı kadar işçilerin denetlenmesini, büyük miktarda veri toplanmasını ve bunların işlenmesini mümkün kılmıştır<sup>85</sup>. Örneğin, günümüzde giderek artan bir uygulama giyilebilir teknolojik cihazlardır. Bu cihazlar sayesinde işverenler, işçilerin hareketlerini ve konumlarını gerçek zamanlı olarak denetleyebilmektedir. Giyilebilir cihazlar aracılığıyla toplanan veriler, genellikle algoritmalar vasıtasıyla analiz edilmektedir ve işçilerin üretkenliğini ve belirli görevleri yerine getirme yeteneklerini değerlendirmek amacıyla kullanılmaktadır<sup>86</sup>. Dijital 'freelance' platformlarında çalışanlar, sürekli olarak müşteri değerlendirmeleri ve bu değerlendirmelerin platform algoritması tarafından nasıl dikkate aldığı konusunda endişe içinde yaşamaktadır<sup>87</sup>. Algoritmik yönetim

<sup>81</sup> Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 30.

<sup>82</sup> Haley Moss, 'Screened Out Onscreen: Disability Discrimination, Hiring Bias, and Artificial Intelligence' (2021) 98 (4) Denver Law Review 775, 793.

<sup>83</sup> Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 30.

<sup>84</sup> Alina Köchling, ve Marius Claus Wehner, 'Discriminated by an Algorithm: a Systematic Review of Discrimination and Fairness by Algorithmic Decision-Making in the Context of HR Recruitment and HR Development' (2020) (13) Business Research 795, 834.

<sup>85</sup> Valerio De Stefano, 'Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection' (2018) 41 (1) Comparative Labor Law & Policy Journal 1, 9.

<sup>86</sup> ibid 10.

<sup>87</sup> ibid

sistemlerinin işleyişi neredeyse hiçbir zaman şeffaf değildir, çünkü şirketler, işçilerin faaliyetleri üzerindeki değerlendirmelerinin ve müşteri geri bildirimlerinin nasıl toplandığı ve işlendiği hakkında bilgi paylaşmamaktadır<sup>88</sup>. Sistemlerin çalışma prensiplerinin gizli tutulmasının temel amacı, işçilerin bu parametreleri öğrendiklerinde, sistemi kendi lehlerine manipüle etme olasılığını azaltmaktır<sup>89</sup>.

Algoritmik yönetim araçları geleneksel işyerlerinde de sıkça kullanılmaktadır. Bu bağlamda e-posta kullanımı, web taraması, yazıcı kullanımı, telefon kullanımı, hatta konuşma sırasında ses tonu ve fiziksel hareketlerin denetlenmesi sırasında algoritmalar ile veriler analiz edilmektedir<sup>90</sup>. Yukarıda da açıklandığı üzere algoritmik yönetim sistemleri eğitildikleri veri setlerinin özelliklerinden kaynaklı olarak veya kasten ayrımcılığa sebebiyet verebilmektedir. Bu bağlamda işçilerin performans denetiminin algoritmik araçlarla yapılması, işçi hakları bakımından önemli endişeler yaratmaktadır. İşçilerin işten çıkarılmasına kadar önemli sonuçlar doğurabilecek bu sürecin içerisinde ayrımcılık şüphesinin bulunması önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Algoritmik yönetim araçlarının genellikle işçinin gelecekteki davranışı veya iş performansı hakkında tahminlerde bulunmak için gözlemlenebilir özelliklerle açıklanamayan korelasyonlara dayanabilecek olması önemli bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Algoritmanın baz aldığı değişken, işçinin performansı ile direkt bir bağlantıya sahip olmayabilir ve bazı durumlarda ilişki tamamen korelasyonel olup işçinin gerçek performansını yansıtmayabilir<sup>91</sup>. Bazı makine öğrenimi temelli algoritmalar, veri setlerinden desenler çıkararak öğrenme/eğitme tekniğiyle geliştirilmektedir. Makine öğrenimi algoritmaları genellikle son derece karmaşıktır ve şeffaf değildirler<sup>92</sup>. Bu tür algoritmaları kullanan işverenler için, algoritmik yönetim araçlarına dayanarak verdikleri kararların arka planını açıklamak imkânsız olacaktır. Bu durum da ispat bakımından önemli endişeler yaratmaktadır. Zira hem işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması zorlaşacak, hem de işveren böyle bir ayrımcılığın söz konusu olduğunu saptamanın algoritmanın doğası bakımından imkânsız olduğunu ileri sürebilecektir.

---

<sup>88</sup> ibid

<sup>89</sup> Arzu Karaca, *Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Uluslararası Araştırmalar XI*, (Eğitim Yayınevi 2022) 147.

<sup>90</sup> De Stefano (n 85) 11.

<sup>91</sup> Kim ve Bodie (n 62) 298.

<sup>92</sup> ibid 299.

#### IV. İşten Çıkarma Süreçlerinde Algoritmik Ayrımcılık

Algoritmik yönetim araçları, işe alım süreçlerinin yanı sıra işten çıkarma ve iş akdi feshi süreçlerinde de giderek daha fazla kullanılmaktadır<sup>93</sup>. İşverenler, işçilerin performansını izlemek ve değerlendirmek için algoritmalar kullanmakta ve bu algoritmaların verdiği kararlar doğrudan işten çıkarmalara yol açabilmektedir<sup>94</sup>. Belirtmek gerekir ki bu durum, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi açısından ciddi riskler barındırmaktadır.

Algoritmaların işten çıkarma süreçlerinde kullanılması, özellikle bu algoritmaların şeffaf olmaması ve nasıl karar verdiklerinin anlaşılmasının zor olması nedeniyle işçi hakları bakımından endişe yaratmaktadır. Örneğin, Amazon'un depo çalışanlarını performanslarına göre otomatik olarak izleyen ve gerektiğinde işten çıkaran bir algoritma kullandığı bilinmektedir<sup>95</sup>. Bu sistemler, işçilerin bireysel koşullarını ve performanslarını etkileyen dış faktörleri dikkate almadan karar verebilmekte ve bu da haksız işten çıkarmalara yol açabilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, algoritmaların mevcut önyargıları ve ayrımcı uygulamaları pekiştirebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer algoritma, geçmiş verilerden öğreniyorsa ve bu verilerde ayrımcı uygulamalar varsa, algoritma bu önyargıları gelecekteki kararlara da yansıtabilir<sup>96</sup>. Bu durum, belirli cinsiyet, ırk veya yaş gruplarına mensup işçilerin sistematik olarak dezavantajlı hale gelmesine neden olabilir. Ayrıca, engelli çalışanlar da algoritmik ayrımcılıktan olumsuz etkilenebilir. Örneğin, performans metrikleri fiziksel hız veya belirli standartlara dayalıysa, engelli çalışanlar bu metriklere uymakta diğer işçilere nazaran zorluk çekebilir ve bu da işten çıkarılmalarına yol açabilir<sup>97</sup>. Benzer şekilde, nöroçeşitliliğe sahip çalışanlar, iletişim veya sosyal etkileşim kriterlerine dayalı algoritmik değerlendirmelerde haksız dezavantajlarla karşılaşabilmektedirler.

<sup>93</sup> Tolga Oral, 'Dijital Emek Platformlarında Algoritmik Yönetim ve Sendikalar' (2024) 11(1) Sağlık Akademisyenleri Dergisi 170, 171.

<sup>94</sup> Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Gülnihal Ahter Yakacak, 'Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık' (2023) 72(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1701, 1740.

<sup>95</sup> Colin Lecher, 'How Amazon Automatically Tracks and Fires Warehouse Workers for "Productivity"' (2019) The Verge <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.

<sup>96</sup> Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (Crown Publishing Group 2016) 147.

<sup>97</sup> Pauline T. Kim, 'Data-Driven Discrimination at Work' (2017) 58(3) William & Mary Law Review 857, 865.

Algoritmaların karar verme süreçlerinde insan faktörünün tamamen ortadan kalkması, işçilerin itiraz ve hak arama mekanizmalarını da olumsuz etkileyebilir. İşçiler, neden işten çıkarıldıklarını tam olarak anlayamayabilir ve bu da hukuki itiraz süreçlerini zorlaştırabilir<sup>98</sup>. Bu risklerin önüne geçmek için algoritmaların şeffaflığının artırılması, düzenli olarak denetlenmesi ve ayrımcılık karşıtı ilkelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, iş hukuku mevzuatında algoritmik kararların nasıl ele alınacağına dair özel düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir.

## V. Algoritmik Ayrımcılığa Karşı Önlem ve Öneriler

Gelişen teknolojiler ve Endüstri 4.0, işyerinde önemli değişikliklerin habercisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar verimlilik bakımından önemli adımların atılmasına imkân tanısalar da bilişim teknolojileri, kimi durumlar için çeşitli riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, iş hukukunun bu yeni risklere etkili bir şekilde cevap vermesi gerekmektedir. Yukarıda da tartışıldığı üzere, algoritmik yönetim araçlarının kullanılması algoritmik ayrımcılık riskini beraberinde getirmektedir. Algoritmaların işletme kararlarında kullanılmasının ihtiva ettiği başlıca riskler ise algoritmaların dolaylı ayrımcılığa sebebiyet vermesi, işe alım süreçlerinde ayrımcı sonuçlar doğurması ve algoritmik ayrımcılığın ispatının imkansız bir durumda olması olarak kendini belli etmektedir. Bu anlamda, İş Kanunu'nun dolaylı ayrımcılık tanımına havi olmaması, ayrımcılık yasağı bakımından iş ilişkisi başladıktan sonra etkin koruma sağlanması ve ispat yükünün hafifletilmesi bakımından yalnızca "işçi" ibaresinin kullanılması iş hukukunda algoritmik ayrımcılığın baş göstereceği hukuki boşluklar olarak gözükmektedir. Dolayısıyla öncelikli olarak, AB müktesebatıyla da uyum sağlamak adına, İş Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık kavramının tanımlanması, işe alımlarda yalnızca cinsiyet ve gebelik temelli değil bütün ayrımcılık çeşitlerini kapsayacak şekilde bir düzenleme yoluna gidilmesi ve ispat yükü bakımından işe alımları da kapsayacak şekilde bir güncelleme yapılması, insan ve işçi haklarının etkin korunması bakımından atılması gereken önemli adımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlara ek olarak güncel hukuki problemlere ancak güncel mevzuatla karşılık verilebileceğinden, algoritmik yönetim araçlarını kapsayan iş hukuku düzenlemelerinin oluşturulması, bir hukuki zemin sağlanması adına elzemdir. Böylece gelişen teknolojilerin avantajlarından yararlanırken dezavan-

<sup>98</sup> Danielle Keats Citron ve Frank Pasquale, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions' (2014) 89(1) Washington Law Review 1, 6.

tajlarının da minimuma indirilmesi sağlanacak olup, olası insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi ile hukuki ve insani bir gelişim ve entegrasyon sürecinin temelleri sağlanacaktır.

Algoritmik ayrımcılıkla başa çıkabilmek için belli bazı ilkelerin hukuk oluşturma ve uygulama safhalarında dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle bilgilendirme ilkesi önemli bir rehber olmalıdır. İşçiler olası hak ihlalleri bakımından bilgilendirilmelidir ve kamu otoriteleri bu amaçla algoritmik ayrımcılığı açıklayan ve olası bir algoritmik ayrımcılık mağduriyeti durumunda işçilere haklarını nasıl arayacakları konusunda kılavuzlar yayınlamalıdır<sup>99</sup>. Bunun yanında, rehber olarak alınması gereken başka bir ilke ise şeffaflık ilkesidir. Yukarıda açıklandığı üzere algoritmik sistemler onlara sunulan veri setleriyle eğitilmektedirler. Dolayısıyla kaliteli, çeşitli ve önyargısız veri setlerinin toplanmadığı durumlarda önemli ayrımcılık endişeleri karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu veri setlerinin şeffaf olması bu sorunun çözülmesi adına önemli bir kriterdir. Verilerin toplanması süreçlerinde ve bu verilerden algoritmik çıkarımları yapılması süreçlerinde şeffaflık ilkesinin benimsenmesi ve mevzuatın da şeffaflık ilkesini bir kriter olarak kabul etmesi bu bağlamda algoritmik ayrımcılığın önüne geçilmesi adına önem arz etmektedir<sup>100</sup>.

## Sonuç

Bilişim teknolojileri, gündelik hayatı daha önce hiç olmadığı kadar kolaylaştırırken, öncesinde tahayyül edemediğimiz sorunları da beraberinde getirmektedir. Algoritmik yönetim araçları, işe alım, işçilerin denetimi, işletmesel faaliyetler gibi birçok alanda işverenlerin işletmelerindeki verimliliği artırmasına olanak sağlamaktadır. Fakat araştırmalar göstermektedir ki, algoritmik sistemlerde kullanılan algoritmalar kimi zaman ayrımcı sonuçlar doğurabilmektedir. İş dünyasında yeni bir problem olmayan ayrımcılık müessesesi, algoritmik araçlarla birlikte farklı boyutlar kazanmış durumdadır. Bu bağlamda algoritmik araçlar, daha önce hiç olmadığı kadar dolaylı ayrımcılık endişelerinin önünü açmaktadır. Makine öğrenimi yoluyla geliştirilen bu algoritmalar büyük veri setlerinin onlara sunulmasıyla çeşitli desenler saptamak suretiyle analiz yapmaktadır. Bu veri setlerinin halihazırda bulunan ayrımcılık desenlerini yansıtmaları karşımıza çıkan en büyük problemlerdendir. Zira, bir işyerinde yeteri kadar engelli bireyin çalış-

<sup>99</sup> Eltimur (n 1) 584.

<sup>100</sup> Eltimur (n 1) 585.

tırılmaması, algoritmik işe alım süreçlerinde yeni engelli işçilerin işe alınmasının önüne geçmektedir. Bu durumun oluşturduğu başka bir endişe ise algoritmik ayrımcılığın, algoritmaların “kapalı kutu” şeklinde çalışmasından ötürü, saptanmasının ve ispatlanmasının oldukça zor olmasıdır. Zira algoritmalar komplike ilişkilendirme yöntemleriyle ayrımcı sonuçlar doğurabilecek analizler yapma potansiyeline sahiptir. Ayrımcı sonuçların doğduğu aşikâr olsa bile, algoritmaların bu sonuçları sunmak için izlediği yolu geriye dönük olarak gözlemleyemediğimizden, bir ayrımcılık iddiasının ispatlanması işçi bakımından önemli problemler ihtiva etmektedir. Çoğu zaman algoritmaların kullandığı parametreler ve veri setleri işçilerle paylaşılmadığından algoritmik yönetim araçlarının kullanımı şeffaflıktan uzak yürütülmektedir.

İşbu çalışmada iş hukukunda ayrımcılık yasağından bahsedilmiş, algoritmik yönetim araçlarının oluşturabileceği olası ayrımcılık riskleri açıklanmış ve bu risklere karşı alınması gereken önlemlerden söz edilmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu ve diğer iş hukuku düzenlemelerinin algoritmik ayrımcılık endişelerine cevap veremeyeceği saptanmıştır. Algoritmik ayrımcılığın genellikle dolaylı ayrımcılığa sebebiyet vermesi ve iş hukukunda dolaylı ayrımcılığın tanımına sadece Engelliler Hakkında Kanun ve TİHEKK’te yer verilmesi durumu, algoritmik ayrımcılığın sadece engelli temelli ayrımcılık durumlarında veya kurum nezdinde önlenebileceğini söylemek gerekecektir. Dolayısıyla, İş Kanunu hükümleri ivedilikle güncellenmeli, algoritmik ayrımcılık endişelerine cevap verebilecek hale getirilmelidir ki algoritmik ayrımcılık bakımından bir yargısal koruma sağlanabilsin. Bunun yanı sıra, algoritmik ayrımcılığın işten çıkarma ve iş akdinin feshi süreçlerinde de ciddi sorunlara yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. İşverenlerin çalışanların performansını izlemek ve değerlendirmek için kullandıkları algoritmik sistemler, önyargılı veya hatalı sonuçlar üreterek haksız işten çıkarmalara sebep olabilir. Bu durum, özellikle dezavantajlı gruplara mensup çalışanların ayrımcılığa maruz kalmasına ve haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Önümüze çıkan bir başka problem ise algoritmik ayrımcılığın çoğu zaman işe alım süreçlerinde karşımıza çıkması durumudur. Güncel İş Kanunu hükümlerince, işe alımlarda gebelik veya cinsiyet temelli ayrımcılığın önüne geçilmesi amaçlanmış olsa da ilgili hükmün diğer ayrımcılık temellerini de kapsayacak şekilde güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca, işten çıkarma süreçlerinde algoritmik ayrımcılığın önlenbilmesi için de yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve bu süreçlerde insan denetiminin sağlanması önem arz etmektedir. Son olarak ispat yükü durumunun, algoritmik ayrımcılık bakımından karşımıza çıkan bir başka önemli problem olduğunu söylemek gerek-

tedir. Bu bağlamda güncel İş Kanunu hükümleri ispat yükünü işçiler bakımından hafifletmiş olsa da özellikle işe alım süreçlerinde karşımıza çıkan algoritmik ayrımcılığın önlenmesi ve insan haklarının bu bağlamda etkin korunması adına, iş ilişkisi başlamadan önce ve bittikten sonra da ispat yükünü hafifleten bir hükmün benimsenmesi isabetli olacaktır.



**Kaynakça**

- A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. Washington Post. <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Abraha H, 'Regulating Algorithmic Employment Decisions Through Data Protection Law' (2023) 14 (2) European Labour Law Journal 172-191
- Aloisi A ve Gramano E 'Artificial Intelligence Is Watching You at Work. Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context' (2019) 41 (1) Special Issue of Comparative Labor Law & Policy Journal, "Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection" 95-121
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y ve Yakacak G A, 'Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık' (2023) 72(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1701-1757
- Büyükçalık ME, *Delaylı Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Chang X, 'Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. Advances in Economics' (2023) Management and Political Sciences 134-140
- Chen Z, 'Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices' (2023) Humanities and Social Sciences Communications 1-12
- Citron D K ve Pasquale F, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions' (2014) 89(1) Washington Law Review 1-33
- Çayır K, 'Yaşa Dayalı Ayrımcılık/Yaşçılık', *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2018) 21-33
- De Stefano V, 'Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection' (2018) 41 (1) Comparative Labor Law & Policy Journal 1-25
- Demir K, 'İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1075-1090
- Deveci Z S, 'İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi' (2020) (2) İzmir Barosu Dergisi 15-63
- Disability rights advocates are worried about discrimination in AI hiring tools. MIT Technology Review. <<https://www.technologyreview.com/2021/07/21/1029860/disability-rights-employment-discrimination-ai-hiring/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Doğan Yenisey K, 'Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi' (2005) 2(7) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 974-1003
- Erdem A R, 'Ayrımcılığın Kavramsal Analizi' (2020) 4(4) *Uluslararası İnsan ve Sanat Araştırmaları Dergisi* 12-20
- Erdogan M ve Vatandaş C, 'Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Önyargı ve Ayrımcılık' (2020) 3(1) *İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi* 474-485

- Ertürk Ş ve Gürsel İ, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' in Başterzi S (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I (Beta 2011) 425-458
- Ertürk Ş, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002)
- Fredman S, *Discrimination Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2011)
- Gülmez M, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2 (25) Çalışma ve Toplum 217-266
- Hannák A, Wagner C, Garcia D, Mislove A, Strohmaier M ve Wilson C, 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from TaskRabbit and Fiverr' (2017) CSCW '17: Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing 1914-1933
- Heitmeyer W ve Kurt S, 'Discrimination'. Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/discrimination-society>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Hickman L, Bosch N, Ng V ve Saef R, 'Automated Video Interview Personality Assessments: Reliability, Validity, and Generalizability Investigations' (2022) 107 (8) Journal of Applied Psychology 1323-1351
- Houser K, 'Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making' (2019) (22) Stanford Technology Law Review 290-353
- Janis M W, Kay R S ve Bradley A W, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3. Baskı, Oxford University Press 2008)
- Jarrahı MH, Newlands G, Lee MK, Wolf CT, Kinder E ve Sutherland W, 'Algorithmic Management in a Work Context' (2021) 8 (2) Big Data & Society 1-14
- Jobscan. 2023 Applicant Tracking System (ATS) usage report: Key shifts and strategies for job seekers. <<https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023
- Jones CC, 'Systematizing Discrimination: AI Vendors & Title VII Enforcement' (2022) (171) University of Pennsylvania Law Review 235-265
- Karaca A, *Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Uluslararası Araştırmalar XI* (Eğitim Yayınevi 2022)
- Karagöz V, 'İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı', (2014) 5 (1) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 57-76
- Karan U, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği' (2007) (73) *TBB Dergisi* 146-173
- , *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2017)
- Keser H, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar' (2004) 7(3) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37-73

- Kim P T, 'Data-Driven Discrimination at Work' (2017) 58(3) William & Mary Law Review 857-936
- Kim PT ve Bodie MT, 'Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy. ABA' (2021) (35) Journal of Labor and Employment Law 289-315
- King AG ve Mrkonich M, 'Big Data and the Risk of Employment Discrimination' (2016) (68) Oklahoma Law Review 449-520
- Kolçak H, 'Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz' (2023) (1) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 80-99
- Köchling A ve Wehner MC, 'Discriminated by an Algorithm: a Systematic Review of Discrimination and Fairness by Algorithmic Decision-Making in the Context of HR Recruitment and HR Development' (2020) (13) Business Research 795-848
- Kroll JA Hue J, Barocas S, Felten EW, Reidenberg JR, Robinson DG ve Yu H, 'Accountable Algorithms' (2017) (165) University of Pennsylvania Law Review 633-705
- Lecher C, 'How Amazon Automatically Tracks and Fires Warehouse Workers for "Productivity"' (2019) *The Verge* <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.
- Lippert-Rasmussen K, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press 2013)
- Lord JE, Guernsey KN, Balfe M ve Karr VL, *Human Rights. Yes!: Understanding the Human Rights of Persons with Disabilities* (2. Bası, University of Minnesota Human Rights Resource Center 2012)
- Moekli D, 'Equality and Non-Discrimination', *International Human Rights Law* (2. Bası, Oxford University Press 2014)
- Moss H, 'Screened Out Onscreen: Disability Discrimination, Hiring Bias, and Artificial Intelligence' (2021) 98 (4) Denver Law Review 775-805
- O'Neil C, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (Crown Publishing Group 2016)
- Oral T, 'Dijital Emek Platformlarında Algoritmik Yönetim ve Sendikalar' (2024) 11(1) Sağlık Akademisyenleri Dergisi 170-180
- Poyraz S, *İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi 2022)
- Pugliese R, Regondi S ve Marini R, 'Machine Learning-Based Approach: Global Trends, Research Directions, and Regulatory Standpoints' (2021) (4) Data Science and Management 19-29
- Reuters, 'Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women', <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023

- Sarker IH, 'Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions' (2021) (2) SN Computer Science 1-21
- Savage D ve Bales RA, 'Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias' (2017) 32 (2) ABA Journal of Labor & Employment Law 211-228
- Scherer MU, King AG ve Mrkonich MN, 'Applying Old Rules to New Tools: Employment Discrimination Law in the Age of Algorithms' (2019) (71) South Carolina Law Review 555-584
- Seattle Times, 'Rights group files federal complaint against HireVue, a hiring company that uses artificial intelligence.' <<https://www.seattletimes.com/business/rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-and-deceptive-practices/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013
- Sonderling KE, Kelley BJ ve Casimir L, 'The Promise and The Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination' (2022) 77 (1) *University of Miami Law Review* 1-87
- Sözer A N, 'AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler' (2006) 1(2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184-208
- Süzek S, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu' (2008) 3(12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24-38
- Timmons KC, 'Pre-Employment Personality Tests, Algorithmic Bias, and the Americans With Disabilities Act' (2021) 125 (2) Penn State Law Review 389-452
- Todolí-Signes A, 'Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection' (2019) 25 (4) *European Review of Labour and Research* 401-493
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, *Temel Haklar Şartı ve Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri* (2019) [https://www.tihek.gov.tr/upload/file\\_editor/2019/03/1551818880.pdf](https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf) Erişim Tarihi 2 Aralık 2024
- Yasin U, Tuncer SÇ, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' (2020) 7 (2) Pamukkale Avrasya Sosyoekonomik Çalışmalar Dergisi 86-104
- Yıldız G B, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin Yayınları 2008)
- Yılmaz T, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, Platform Çalışanlarının Algoritmik Yönetiminde İtibar Profillerinin Yeri ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Yüzer Eltimur D, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapây Zeka Uygulamaları' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559-594
- Zengin S, *Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2018)