

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU İLE GETİRİLEN AYRIMCILIK YASAĞI İSTİSNALARININ İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A General Assessment of the View of Business Law of No-Discrimination Exceptions with the Effect of Turkey's Human Rights and Gender Equality Authority Act

Dilek KAYAALP*

Öz

Uluslararası hukukta, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin daha etkin bir biçimde korunması amacıyla, ülkelerin ulusal kurumlar kurmaları öngörülmüştür. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu bağlamda insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacını güden kurumsallaşmanın ülkemizdeki yansıması Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile olmuş ve bu kuruma yönelik çalışmalar kendini ilk olarak 20. yüzyılın sonlarında göstermiştir. 1990 yılında İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun kurulması ile başlayan süreç, 2016 yılında 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun yayınlanması ile günümüze kadar süregelmiştir. Kurumun amaçları; yasal düzenlemede insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, eşitlik ilkesinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi ile işkence ve kötü muamele ile mücadele olarak kabul edilmiştir. Ka-

* 23. Dönem Adli Yargı Hâkim Adayı, dilekelmas_59@outlook.com, ORCID: 0000-0001-6829-3493.

Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2019.

Makale Kabul Tarihi: 13.05.2019.

nun, istihdam alanında ayrımcılığı ayrıca düzenleyerek yasal güvence altına almış, ancak bu korumaya bazı istisnalar da getirmiştir. Çalışmamızda da ayrımcılık yasaklarına getirilen istisnai düzenlemeler ile bu düzenlemelerin İş Hukuku üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Farklı Muamele, İş Hukuku, Eşitlik Kurumu, İnsan Hakları.

Abstract

In international law, it is envisaged that countries will establish national institutions in order to protect their fundamental rights and freedoms more effectively. The protection of fundamental rights and freedoms, in this context, reflecting of institutionalization aiming to prevent human rights violations in our country is "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu" and the work towards this institution has first shown itself in the late 20th century. The process started with the establishment of the Human Rights Investigation Commission in 1990, has continued until today with the publication of the "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu". Objectives of the institution are protection and development of human rights in legal regulation, ensuring the principle of equality, prevention of discrimination, fight against torture and ill-treatment. The law also regulates discrimination in the field of employment and legally secured, but brought some exceptions. In our study, we will focus on exceptional regulations on discrimination prohibitions and the effects of these regulations on Labour Law.

Keywords: Discrimination, Different Treatment, Labour Law, Equality Institution, Human Rights.

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağı; çoğu zaman eşitlik ilkesi ile karıştırılan bir kavram olmakla birlikte bu iki kavramın birbirinden tamamen bağımsız olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Eşitlik ilkesi tanımlanırken ayrımcılık yasağı kavramından, ayrımcılık yasağı tanımlanırken de eşitlik ilkesi kavramından yararlandığı çoğunlukla görülmektedir. Bu bağlamda öncelikle bu iki kavramın netleştirilmesi gerekmektedir.

Eşitlik ilkesi; maddi eşitlik, şekli eşitlik, fırsat eşitliği, sonuçlarda eşitlik gibi farklı türleri olan bir kavramdır.¹ Anayasanın² 10. maddesi ile de koruma altına alınan eşitlik ilkesi ise, temelde maddi eşitliği hedeflemekle birlikte en genel ifadesi ile benzer ya da aynı durumda bulunan bireylere benzer veya aynı şekilde davranılmasını, objektif haklı nedenlerin olmaması durumunda bu bireylere farklı davranılmamasını ifade etmektedir.³ Ayrımcılık yasağı ise; eşitlik ilkesinden tamamen bağımsız olarak görülmesi mümkün olmayan, ancak bu kavram ile bire bir aynı anlama da gelmeyen bir ifadedir. Ayrımcılık kavramını tanımlayan yasal bir düzenleme olmamakla birlikte; en genel ifadesi ise; bireylerin hukuken tanınan belli hak ve özgürlükleri kazanmada ve kullanmada, belli ayrımcılık temellerine dayanılarak, belli alanlarda farklı konumda bulunan bireylere nazaran gördükleri farklı ve olumsuz muameleyi ifade etmektedir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının İş Hukukundaki yansıması İş Kanunu⁴ m. 5 düzenlemesinde yer alan “eşit davranma ilkesi”dir.⁵ Kanun düzenlemesinde her ne kadar bu başlık kullanılmış olsa da, yasal düzenlemenin içeriği aslında ayrımcılık yasağını ön planda

¹ Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (İstanbul: Legal Kitabevi, 2018), 29-35.

² 2709 sayılı T.C. Anayasası, RG. 09.11.1982, S. 17863.

³ AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, 04.12.1963, erişim tarihi Ocak 21, 2019, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf.

⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, RG. 10.06.2003, S. 25134.

⁵ A. Can Tuncay, *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 5.

tutmaktadır.⁶ Yasal düzenlemenin lafzi yorumundan hareket edilmesi durumunda her ne kadar ayrımcılık yasağı ön planda kalacak olsa da, işverenin söz konusu maddede sayılan ayrımcılık yasaklarının kapsamı dışında kalan hallerde makul sebebi olmadan farklı muamele yapamayacağının, yani genel anlamda eşit davranma borcunun da madde düzenlemesi kapsamında kaldığının kabulü gerekmektedir.⁷

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁸ ise; yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan kişiler bakımından bir ayrımcılık yasağını düzenlemek yerine, İş Kanunu kapsamı dışında kalan her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri bakımından da geçerli olacak bir düzenlemeye yer vermiştir. Kanunun “istihdam ve serbest meslek” başlığını taşıyan m. 6 düzenlemesinde çok kapsamlı bir ayrımcılık yasağı kabul edilmiş ve bir sonraki maddesinde de ayrımcılık yasağının ileri sürülemeyeceği halleri sıralamak suretiyle bu kapsam daraltılmıştır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun çok yeni olması, İş Hukuku bakımından önemli yenilikler içermesi ve bu yeniliklerin hem çalışan hem de çalıştıranlar bakımından önem arz etmesi, söz konusu yeniliklerin İş Hukuku bakımından uygulamada ne gibi etkiler doğuracağına henüz çözümlenmemiş olması bu çalışmanın ortaya çıkmasındaki etkenlerdir. Çalışmanın amacı; niteliği itibari ile yeni olan ve uluslararası düzenlemeleri de dikkate alan bu Kanunun incelenmesini, uygulamada nasıl dikkate alınacağını sağlamaktır. Bununla birlikte söz konusu Kanunun yargı kararlarına yansımaya başlaması da göz önüne alınarak, iş ilişkilerinde yaşanan ayrımcılık yasağı ihlallerinin hangi hallerde kabul edilemeyeceğini çözümlenmek, ayrımcılık yasağının sınırsız bir kabule dayanmadığının anlaşılmasını sağlamak da çalışmanın hedeflenen sonuçları arasındadır.

⁶ Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 63.

⁷ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 480.

⁸ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, RG. 20.04.2016, S. 29690.

I. AYRIMCILIK YASAKLARININ İŞ HUKUKU VE TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA DÜZENLENİŞİ

TİHEKK ile getirilen ayrımcılık yasağı ihlalinin istisnalarının anlaşılabilmesi açısından, öncelikle bu Kanun ve İş Kanununda yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin genel olarak incelenmesi ve bu inceleme yapılırken de her iki kanunun kıyaslanması en doğru yöntem olacaktır.

A. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Kabul Edilen Nedenler

İş Kanunu eşit davranma ilkesini düzenlediği 5. maddesinde; hangi şekillerde ayrımcılık yapılamayacağı, madde düzenlemesinde ayrıca yer almamakla birlikte, ayrımcılık yapılamayan hallerin içerisinden anlaşılacak şekilde, yapılan farklı muamelenin hangi hallerde ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında ispatın ne şekilde olacağı ve ihlalin varlığı halinde uygulanacak yaptırımları düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasında mutlak ayrımcılık nedenleri, sayılanlarla sınırlı olarak kabul edilmemek üzere sıralanmıştır. Buna göre iş ilişkisinde; dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep nedenleri ile ayrımcılık yasaklanmış, aynı zamanda benzeri sebeplere dayalı olarak da ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme temelde ayrımcılık temellerini ortaya koymuş ve bunların sınırlı olmadığını da “ve benzeri sebepler” ifadesi ile ortaya koymuştur.⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ise ayrımcılık temellerine m. 3/2 düzenlemesinde yer vermiş ve bu temelleri sınırlı sayıda tutmuştur. Düzenlemeye göre; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken,

⁹ Eşit davranma borcunun uygulanması Kanunda açıkça yer almasa dahi, belli koşullara varlığını gerektirir. Buna göre; iş ilişkisinin kurulmuş olması, aynı işyerinin işçileri olmak, işyerinde bir işçi topluluğunun mevcudiyeti, işverenin kolektif nitelikte bir kural getirmesi veya davranışta bulunması, zamanda birlik olması, uygulamanın bir veya bir kısım işçinin aleyhine olması eşit davranma borcunun uygulama koşulları olarak sıralanabilir. A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2013), 161.

servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu bağlamda TİHEKK, ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda sayması ve inanç, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu ve yaş ifadelerini ayrımcılık temelleri arasında kabul etmesi bakımından İş Kanunundan farklılaşmaktadır. TİHEKK düzenlemesi ile getirilen bu ayrımcılık temelleri, ayrımcılık yasağının korumayı hedef edindiği kapsamı genişletmekle birlikte, ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda tutması nedeniyle eleştiriye açıktır.¹⁰ Örneğin; İş Hukuku bakımından önemli sorunlardan biri olan yaş temelinde ayrımcılığın TİHEKK ile ayrımcılık temelleri arasında sayılması, İş Kanunu kapsamına giren işçilerin bu temele dayanan bir ayrımcılığa uğramaları durumunda önem arz edecektir. Nitekim İş Kanunu ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda kabul etmediğinden yaş temelinde ayrımcılığın¹¹ da bu kapsamda kabul edilip edilmeyeceği sorunu, artık mevcut TİHEKK düzenlemesi çözmektedir. Buna göre yaş temelinde ayrımcılığın da İş

¹⁰ Fatih Düğmeci, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 282.

¹¹ Yaş temelinde ayrımcılık, AB Direktifleri bakımından yalnızca İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi'nde yer almıştır. Bununla birlikte; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2005 tarihli Mangold kararında; Direktiflerin ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümlerinin uygulanmadığı uyuşmazlıklarda, Birlik Hukukunun genel ilkelerine gidilmesi gerektiği ve Direktif hükümlerinin uygulanamamasının, Birlik Hukukunun genel prensiplerinin geçerliliğini hak arama yollarına başvuru ve ispat usulleri gibi özel tedbirler bakımından etkilemeyeceği belirtilmek suretiyle, yaş temelinde ayrımcılığın, Birlik Hukukunun genel prensipleri arasında kabul edilen yasaklar kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bkz. ABAD, C-144/04, Werner Mangold & Rüdiger Helm, 22.11.2005, Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı," *Çalışma ve Toplum*, no. 22 (2009): 172-173. Fakat ABAD'ın 2007 tarihli Palacios kararına konu olayda, yaş ayrımcılığının, Birlik Hukukunun genel prensibi olarak kabul edildiğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. ABAD, C-411/05, Felix Palacios de la Villa & Cortefiel Servicios, 16.10.2007, Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 88. Bununla birlikte ABAD 2002 tarihli Küçükdeveci kararında yaş temelinde ayrımcılık yasağı Birlik Hukukunun genel prensipleri arasında kabul edilmek suretiyle somut olay karara bağlanmıştır. ABAD, C-555/07, Seda Küçükdeveci & Swedex GmbH, 19.01.2010, Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 88.

Kanununun eşit davranma borcunu düzenleyen m. 5 düzenlemesi dâhilinde kabul etmek gerekecektir. Bununla birlikte hukukumuzda ilk kez TİHEKK ile ayrımcılığın kapsamına giren bu nedenlerin neyi ifade ettiğinin, bu temellerin içine nelerin girdiğinin açık olmaması ise eleştirilmeye açık olan bir diğer konudur. Örneğin; sağlık durumu nedeniyle ayrımcılığın hastalık kapsamında kalan bir ayrımcılık mı olduğu, yoksa engellilik kapsamında kalan bir ayrımcılık mı olduğu açık değildir. Bununla birlikte sağlık durumunun hangi seviyelerinin farklı muameleye uğramasının ayrımcılık olarak kabul edilebileceği, sağlık durumu nedeninin ortaya çıkması durumunda tıpkı engellilikte olduğu gibi makul düzenleme yapma külfetinin olup olmadığı hususları da açıklığa kavuşturulmadığından düzenleme bazı yönleri itibariyle uygulamada sorunlarla karşılaşacaktır.

İş Kanunu düzenlemesi; ayrımcılığı sözleşme türleri bakımından da ele almış ve esaslı sebeplerin olmaması durumunda belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye karşı farklı muamele yapılmasını yasaklamıştır. TİHEKK düzenlemesi ise böyle bir ayrıma gitmemiştir.¹² Ancak böyle bir düzenlemeye özellikle yer vermemiş olması, bu nitelikteki farklı muamelelerin yasal düzenleme ile kabul edildiği sonucunu doğurmamalıdır. Nitekim yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan iş ilişkilerini değil, tüm iş ve iş görme ilişkileri bakımından ayrımı yasaklayacak kadar geniş kapsamlı bu Kanunun, bu şekildeki sözleşmesel farklılıklar nedeniyle yapılan farklı muameleyi kabul etmesi yasal düzenlemenin amacıyla çelişecektir.

¹² TİHEKK m. 6/1 düzenlemesinde “işe alım şartları” ndan bahsetmiş ve bu süreç bakımından da ayrımcılığı yasaklamıştır. İşe alım şartları; işverenlerin, genellikle verdikleri iş ilanlarında da yer alan, işyerlerinde çalıştıracakları kişilerde aradıkları nitelikleri, bu kimselerin sahip olmaları gereken eğitim, bilgi ve deneyim gibi özellikleri ifade etmektedir. İş İlişkisinin kurulmasından önceki bir aşamayı ifade eden “işe alım şartları”, işveren ve yanında çalıştıracığı kişi arasında sözleşmenin kurulması ve iş ilişkisinin başlamasından önceki bir aşamayı ifade ettiğinden, bunun sözleşme türü olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

B. Ayrımcılık Yasası İhlallerinin Görünüş Biçimleri

İş Kanunu düzenlemesi ayrımcılığın görünüş biçimlerine yer vermemiş, yalnızca m. 5/3 düzenlemesinde belli hallerde doğrudan veya dolaylı farklı işlemde söz etmiştir. Söz konusu düzenlemede doğrudan veya dolaylı ayırım yasasına yalnızca cinsiyet veya gebelik nedenlerine özgü olarak yer verilmiş olması, diğer ayrımcılık temelleri bakımından bu şekilde bir ayırma gidilmemiş olması, ayrımcılığın bu görünüş biçimlerinin diğer ayrımcılık temelleri bakımından söz konusu olmasının uygulamada nasıl çözüleceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte TİHEKK, ayrımcılık türlerini m. 4 düzenlemesinde ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık olarak sıralamıştır. Sayılan ayrımcılık türlerinin tanımlarına ise "Tanımlar" başlığı altında m. 2 düzenlemesinde yer vermiştir. Ayrımcılık her zaman doğrudan ayrımcılık¹³ şeklinde gerçekleşmeyebilir. Görünürde ayrımcı olmayan bir uygulama belli gruplar aleyhine dezavantajlı durumlar yaratarak dolaylı ayrımcılığı doğurabilir.¹⁴ Örneğin; Avrupa Birliği Adalet

¹³ Doğrudan ayrımcılık uluslararası hukukta, Avrupa Birliği direktiflerinde tanımlanmış, tanımlamaların her biri de direktifin konusuna göre yapılmıştır. Ancak her direktifin de ortak noktası; doğrudan ayrımcılığı, benzer durumda olanlara göre daha olumsuz davranışa maruz kalma olgusu olarak açıklamalarıdır. A. Eda Manav, "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 738; Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 736-737.

¹⁴ Dolaylı ayrımcılık; daha ziyade olayın doğuracağı sonuçların değerlendirilmesini gerektirir. Örneğin; işveren, işyerinde yeniden yapılanma gereğiyle sadece kısmi süreli çalışanların iş akdini feshediyor ve iki kadın işçi cinsiyet ayrımcılığı iddiasını ileri sürüyor. Burada ilk bakışta cinsiyet ayrımcılığına ilişkin herhangi bir sorun yok gibi görünmektedir. Ancak; işyerinde kısmi süreli çalışanların tamamına yakını kadın ve tam süreli çalışanların da tamamına yakını erkek olursa, dolaylı cinsiyet ayrımcılığının varlığının irdelenmesi gerekecektir. Ya da; işveren, işyerinde emekliliğe hak kazanan tüm işçilerin iş akdini feshediyor, kadın işçilerden biri cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı iddiasında bulunuyor.

Divanı 2003 tarihli bir kararında; kısmi zamanlı iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ve tam zamanlı iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında yaratılan sosyal güvenlik sistemi farklılığı nedeniyle açılan davadaki ayrımcılık iddiasına bakmıştır. Divan, cinsiyet temeline dayanan doğrudan bir ayrımcılığın olmadığına, fakat kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların yüzde seksen sekizinin kadın olması nedeniyle dolaylı ayrımcılığın varlığına karar vermiştir.¹⁵ Ayrımcılık türleri yalnızca doğrudan veya dolaylı ayrımcılık değildir. Ayrımcılık; birden fazla ayrımcılık temelinin birlikte bulunması suretiyle çoklu ayrımcılık ya da işverenin kendi nam ve hesabına hareket eden kişiye verdiği talimat doğrultusunda ayrımcılık talimatı verme ya da başka şekillerde de ortaya çıkabilir. Bu bağlamda TİHEKK'in ayrımcılık türlerine ilişkin düzenlemelerinin İş Kanunu kapsamında gerçekleşen ayrımcılık yasağı ihlallerinde de uygulanmasının ve yapılan tanımlamaların da yol gösterici olduğunun kabulü gerekmektedir.

C. Ayrımcılık Yasağının Kabul Edileceği Zaman

İş Kanunu, ayrımcılık yasağını düzenlerken, iş ilişkisinin tüm aşamaları bakımından uygulanacağına dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. İş Kanunu m. 5/1 düzenlemesinde ayrımcılık temellerini sıralamadan önce "iş ilişkisi" kavramını kullanmış, m. 5/6 düzenlemesinde ayrımcılık yasağının ihlali halinde hükmedilecek olan ayrımcılık tazminatından bahsederken "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ihlalin varlığını aramıştır. Söz konusu düzenlemelerin

Burada da ilk bakışta cinsiyet ayrımcılığına ilişkin herhangi bir sorun yoktur. Fakat kadın işçilerin erkek işçilere nazaran emeklilik yaşlarının daha erken olması dikkate alındığında aynı yaştaki erkek işçi işine devam edebilecek iken, kadın işçinin iş akdinin feshi söz konusu olacaktır. Bu nedenle dolaylı cinsiyet ayrımcılığının varlığının irdelenmesi gerekmektedir. Aydın Başbuğ, *İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları* (İstanbul: Binyıl Yayınevi, 2015), 149-151.

¹⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hilde Schönheit – Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003] ECR -12575, 23.10.2003, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı/Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, 2010, 29-30. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf.

yanı sıra m. 5/3 düzenlemesinde cinsiyet veya gebelik nedenleriyle ayrımcılık yasağından bahsedilirken iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesi aşamalarının tümünü kapsayacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemeler iş sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen iş görüşmeleri ve işe alım bakımından da işverenin ayırım yasaklarına tabi olup olmadığı, sözleşme öncesi işverenin böyle bir yükümlülük altına girmesinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün olup olmadığı sorunlarını ortaya çıkarmıştır. İş Kanunu düzenlemesi; cinsiyet veya gebelik bakımından öngörülen istisnai hal dışında işe alım bakımından işverenin eşit davranma borcunun olmadığı kabulünü gerektirmektedir.¹⁶ Nitekim Yargıtay kararları da eşit davranma borcunun, kural olarak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borç olduğunu kabul etmektedir.¹⁷ TİHEKK ise; istihdam ve serbest meslek alanında ayrımcılık yasağına yer verdiği m. 6 düzenlemesinde “bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde” ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. Kanun düzenlemesinden açıkça görüleceği üzere; ayrımcılık yasağı yalnızca iş ilişkisinin devamı veya sona ermesi süreçleri bakımından kabul edilmiş, işe alım süreci de kapsam dâhilinde kabul edilmiştir. Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi; süreçlerin tamamını detaylandırarak sıralamış ve işe alım sürecinin içinde yalnızca işe alıp almama ya da iş görüşmeleri bakımından ayrımcılığı değil, bilgilenme, başvuru, işe alım kriterleri gibi süreçleri de dahil etmiştir. Yani TİHEKK düzenlemesinin İş Kanunu düzenlemesine nazaran çok daha kapsamlı olduğu açıktır. Bu düzenleme açıkça çalışanın lehine olmakla birlikte, işverenin sözleşme serbestisine hanel getirip getirmeyeceği bakımından da eleştirilebilecek niteliktedir. Ancak kanaatimce Kanunun m. 7 düzenlemesinde yer alan istisnai haller doğrultusunda söz konusu ayırım yasağı mutlak bir nitelik taşımadığından işverenin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmadığı sonucuna varmak gerekecektir.

¹⁶ Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, 68.

¹⁷ Yar. HGK, E.2016/1253, K.2018/1800, 29.11.2018, erişim tarihi Nisan 11, 2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

D. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Korunacak Kişiler

İş Kanunu eşit davranma borcunu düzenlerken; yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan işçiler bakımından bu düzenlemeyi getirmiştir. Yani İş Kanunu m. 4'te yer alan İş Kanunu kapsamına girmeyen çalışanlar ile başka kanunlara tabi olan çalışanlar bu Kanun kapsamında yer alan eşit davranma borcu doğrultusunda talepte bulunamayacaklardır. Bununla birlikte TİHEKK; işçi kavramı yerine *“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”* den bahsetmiştir. Öncelikle çalışan kavramını değerlendirmek gerekir. Çalışan; İş Kanunu kapsamında kalan işçiyi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na¹⁸ tabi olan memurları, sözleşmeli personelleri, İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan kimseleri de içine alan, işçiden çok daha geniş kapsamlı bir ifadedir. Bu bağlamda TİHEKK hem çalışanı hem de bir işyerinde çalışan olmak üzere başvuruda bulunan kişileri kapsamına alarak geniş bir kesimi yasal düzenlemeleri ile koruma kapsamına almıştır.

TİHEKK m. 6 düzenlemesinde uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan kişiden bahsetmiştir. Kanaatimce bu kişiler 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda¹⁹ tanımlanmış olan çırak ve stajyerleri ifade etmektedir. Nitekim 3308 sayılı Kanunun m. 3,c düzenlemesinde yer alan tanıma göre çırak; *“çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişi”* olarak tanımlanmıştır ki bu tanımdan hareketle çırakların uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyerinde buldukları tanımdan da anlaşılmaktadır. Yine aynı Kanunun m. 3,r düzenlemesine göre staj *“Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanıma-*

¹⁸ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG. 23.07.1965, S. 12056.

¹⁹ 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, RG. 19.06.1986, S. 19139.

ları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre staj yapmak amacıyla bir işyerinde bulunan kişi de stajyer olup, bu kişiler de uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan kişiler arasında kabul edilmelidir.

TİHEKK düzenlemesine göre ayrımcılık yasağı kapsamında korunacak kişilerden bir diğeri serbest meslek mensuplarıdır. Serbest meslek çalışanlarına ilişkin tanım Gelir Vergisi Kanunu²⁰ m. 65 ve m. 66’da yer almaktadır. Kanunun 65/2 madde düzenlemesine göre serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi çalışma, ilmi veya mesleki bilgiye ya da ihtisasa dayanan ve ticari nitelikte olmayan işlerin bir işverene tabi olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır. Kanunun m. 66 düzenlemesine göre serbest meslek erbabı ise; serbest meslek faaliyetini mutad meslek olarak icra edenleri ifade etmektedir. Serbest meslek faaliyetinin yanı sıra meslekten başka bir iş veya görev ile sürekli olarak uğraşılmasının, kişinin serbest meslek erbabı olmasına hanel getirmeyeceği de madde devamında belirtilmiştir. Serbest meslek mensuplarına verilebilecek en uygun örnek avukatlardır. Buna göre avukatlara yönelik ayrımcılık da Kanun kapsamında yasaklanmıştır.

TİHEKK düzenlemesine göre ayrımcılık yasağı kapsamında korunacak kişilerden bir diğeri kamu personelleridir. Memur kavramı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4’te Devlet ve diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kişiler olarak tanımlanmış ve “Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.” denilmiştir. Yine aynı maddenin devamında sözleşmeli personel kavramı “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca belirlenen esas ve usuller çerç-

²⁰ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, RG. 06.01.1961, S. 10700.

vesinde, ihdas edilen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun²¹ m. 393 ve devamı hükümleri “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında iş ilişkileri bakımından hükümler getirmiştir. Belirtmek gerekir ki; TBK, İş Kanununa göre genel kanun olup, İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde bu Kanuna başvurulacaktır. Ancak İş Kanunu kapsamı dışında kalan kimseler bakımından bu hükümler doğrudan uygulanacaktır.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere İş Kanunu ve TİHEKK, ayrımcılık yasağı ihlalinin mağduru olabilecek kimseler bakımından farklılaşmaktadır. Ancak bu farklılığın, İş Kanununa tabi olmayan kişilerin de İş Kanunu m. 5 düzenlemesinden faydalanabileceği şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

E. Ayrımcılık Yasağını İhlal Etmesi Yasaklanan Kişiler

İş Kanunu eşit davranma borcunu yalnızca işveren bakımından öngörmüş, TİHEKK ise ayırım yasağını m. 6 düzenlemesinde hem işveren hem işveren tarafından yetkilendirilen kişiler bakımından kabul etmiştir. Yani ihlalin faili bakımından da İş Kanunu düzenlemesine nazaran kapsam çok daha geniş tutulmuştur ki kanaatimce işveren tarafından yetkilendirilen kişinin işveren vekili olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim İş Kanunu m. 2 düzenlemesine göre işveren vekili; işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan, işveren adına hareket eden kimseleri karşılayacak şekilde tanımlanmıştır. Yani işveren vekiline işveren tarafından verilmiş bir temsil yetkisi söz konusudur. Ancak işveren vekilinin işverence temsile yetkili kılınması yalnız başına yeterli olmayacak, aynı zamanda işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alması da gerekecektir.²² Bununla birlikte Kanun çalışanları veya uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyerinde bulunan kişilerin işveren tarafından yetki-

²¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, S. 27836.

²² Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 243-247.

lendirilen kişiler arasında olduğunu kabul etseydi buna açıklık getirirdi. Bu bağlamda bu kişilerin işveren tarafından yetkilendirilen kişiler olduğunun kabulü pek mümkün görünmemektedir.

Alt işveren de işveren tarafından yetkilendirilen kişi olarak kabul edilemez. Nitekim İş Kanunu m. 2 düzenlemesine göre alt işveren; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde işverenden iş alıp, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işveren olarak tanımlanmıştır. Yani alt işveren de tıpkı asıl işveren gibi doğrudan bir işveren olduğundan²³, işveren tarafından yetkilendirilen kişi olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

Geçici işveren bakımından da durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Geçici iş ilişkisi; İş Kanununun m. 7'de düzenlenmiştir. Bu iş ilişkisi; özel istihdam bürosu aracılığıyla, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Kanuna göre; özel istihdam bürosu aracılığıyla çalışan geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olmamalıdır. İşverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini gerçekleştirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir. Kanuna göre işverenin eşit davranma borcunun düzenlendiği 5. maddede yer alan hak ve yükümlülükler geçici iş ilişkisinde de uygulanacaktır. Geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştıran işveren tıpkı alt işverende olduğu gibi bizatihi işveren olup, asıl işveren adına ve hesabına değil, kendi nam ve hesabına faaliyette bulunduğu işveren vekili değildir. Yine aynı nedenle geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, ayrımcılık yapması halinde, geçici işverenin de işveren olması nedeniyle bizatihi kendisinin yaptığı ayrımcılıktan söz edilecektir.

²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 207.

Hem İş Kanunu hem de TİHEKK düzenlemesine bakıldığında; ayrımcılık yasağını ihlal etmesi yasaklanan kimseler yukarıda belirtildiği şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından sorumlu tutulacak kişilerin de karşılaştırılması gerekmektedir. İş Kanunu m. 5 açısından gerçekleştirilen ihlallerde ayrımcılık tazminatına ilişkin sorumluluk işverene yüklenmiş, ancak idari para cezası bakımından farklı bir düzenleme kabul edilmiştir. İş Kanunu m. 99/1,a düzenlemesine göre Kanunun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline ihlal mağduru olan her işçi bakımından yüz elli Türk Lirası idari para cezası kabul edilmiştir. Yani ayrımcılık tazminatından farklı olarak, idari para cezasında sorumluluk işverene ya da işveren vekiline yüklenebilecektir. Bununla birlikte TİHEKK m. 25'te idari yaptırımlara yer verirken "ihlalden sorumlu olan" ifadesini kullanmıştır. Yani; ayrımcılığı yapan kişinin işveren olması halinde bu yaptırımdan sorumlu olacak kişi işveren, işveren vekili olması halinde ise yaptırımdan sorumlu olacak kişi işveren vekilidir. Bu bağlamda her iki kanun açısından öngörülen idari para cezasının sorumlularının paralellik arz ettiğini söylemek mümkün iken, ayrımcılık tazminatı bakımından bir farklılaşmanın söz konusu olduğunun da kabulü gerekmektedir.

II. AYRIMCILIK YASAĞININ İSTİSNALARININ İŞ HUKUKU VE TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA DÜZENLENİŞİ

TİHEKK; ayrımcılık yasağı bakımından düzenleme getirirken; yeni ayrımcılık temelleri öngörmüş, yasağın uygulanacağı zaman, ihlali yapacak kimseler ve ihlal mağdurları bakımından da kapsamı geniş tutmuştur. Söz konusu düzenlemelerin tamamı, mağdur lehine düzenlemeler getirmekte, işverenlerin farklı davranma bakımından hareket alanını oldukça sınırlandırmaktadır. Bu nedenle TİHEKK, m. 7 düzenlemesi bazı şartların varlığı halinde yapılan farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceğine yönelik olan, yani ayrımcılık yasağını ihlal eden lehine düzenlemeler getirmiştir. Söz konusu düzenlemelerin İş Hukukunu ilgilendiren kısımlarının tek tek incelenmesi gerekir.

A. Zorunlu Mesleki Gerekliliklerin Varlığı Halinde Amaca Uygun ve Orantılı Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,a düzenlemesine göre; “İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden ilkidir.

Madde düzenlemesine göre ihlal iddiasının ileri sürülememesi için üç koşulun varlığı aranmaktadır. Buna göre ilk koşul; zorunlu mesleki gerekliliğin olmasıdır. Söz konusu ifade son derece muğlak ve belirsiz olup, kötüye kullanıma açıktır. Zorunlu mesleki gerekliliğin neye göre belirleneceği mümkün olmayıp, bu konuda karar verme yetkisi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na bırakılmıştır. Buna göre Kurum, her somut olaya göre bu mesleki gerekliliğin var olup olmadığını ayrı ayrı değerlendirecektir. Örneklendirmek gerekirse; bir işyerinde tercüman olarak çalışacak kişinin dil bilmesi zorunlu mesleki gereklilikten kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda dil bilmeyen bir kimsenin işe alınmaması suretiyle gerçekleştirilen farklı muamele halinde ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir.

İkinci koşul; yapılan farklı muamelenin amaca uygun olmasıdır. Amaca uygunluk; yapılan farklı muamelenin zorunlu mesleki gereklilikten kaynaklanmasını, yani zorunlu mesleki gereklilik ile farklı muamele arasında uygun illiyet bağının olmasını ifade etmektedir. Bu ikisi arasında nedensellik bağının kurulamaması durumunda ihlal iddiası ileri sürülebilecektir. Bunun tespiti de Kurum tarafından yapılacaktır. Örneklendirmek gerekirse; çalışanın astım hastası olması durumunda işyerinin daha ferah bir yerinde çalıştırılması suretiyle farklı muamelede bulunulması gerekirken, hastalığın sürekli çalışanın yüzüne vurulması ve onurunun rencide edilmesi suretiyle psikolojik tacizde bulunulması amaca uygun bir farklı muamele olarak kabul edilemeyecektir.

Son koşul ise; zorunlu mesleki gereklilik nedeni ile yapılan amaca uygun farklı muamelenin aynı zamanda orantılı olmasıdır. Örneğin; işverenin engelli hale gelen işçi bakımından makul düzenleme yapması ve işe giriş çıkışı için engelli yolu yapması mümkün

iken, doğrudan işçiyi işten çıkarması orantısız farklı muamele olduğundan ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturacaktır.²⁴

Söz konusu madde düzenlemesi; soyut ifadeler içermesi, işverenler tarafından her durumun bu kapsama sokulabileceği, sınırları ve kapsamının kişiler bakımından bilinmesinin mümkün olmayacak olması, orantılı ve amaca uygun olma koşullarının değerlendirilmesinin Kuruma bırakılması nedenleriyle eleştiriye açıktır. Ancak verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere işveren bakımından sınırsız bir ayırım yasağının öngörülmesi de menfaatler dengesinin sağlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda getirilen düzenlemenin yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte İş Kanunu da sınırsız bir ayırım yasağı öngörmemiş, ancak istisnaların kapsamına TİHEKK kadar detaylı da yer vermemiştir. Şöyle ki; m. 5/2 düzenlemesine göre; esaslı sebeplerin varlığı halinde sözleşme türlerine göre farklı muamele yapılabileceği kabul edilmiştir. Ancak işin niteliği kavramı da tıpkı zorunlu mesleki gereklilik gibi belirsiz bir ifadedir. Ayrıca yalnızca sözleşme türleri ile sınırlı olarak kabul edilen istisnai hal son derece yetersizdir.

B. Sadece Belli Bir Cinsiyetin İstihdamını Zorunlu Kılan Durumlarda Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,b düzenlemesine göre; “*Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden ikincisidir. Yani bu düzenlemeye göre sadece kadın veya sadece erkek olması hasebiyle farklı muameleye uğramasına rağmen ayrımcılık iddiasında bulunamayacaktır.

Bu istisnai hal; cinsiyetin ya zorunlu bir mesleki gereklilik olarak görülmesi ya da çalışma yasakları bakımından kendisini gösterebilir. Çalışma yasakları kadın ve erkek çalışanlar arasında, daha ziyade kadınları korumak adına getirilen farklı muameleyi ifade

²⁴ Söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi başvurunun reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, 26.12.2017, (RG. 26.12.2017, S. 30282).

ettiğinden m. 7/1,f kapsamında incelenmesi daha doğru olacaktır.²⁵ Yalnızca bir cinsiyetin istihdamının zorunlu bir mesleki gereklilik olması ise; günümüzde kadınların yapamayacakları işlerin artık çok sınırlı olması, söz konusu düzenlemenin cinsiyet ayrımcılığını meşurlaştırması, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğrayan kişilerin Kuruma başvuru yolunun bu düzenleme ile kapatılmış olması gibi gerekçelerle eleştiriye açıktır. Ancak bazı meslekler vardır ki gerçekten cinsiyet nedeni ile farklı muameleyi haklı kılmaktadır ve bu istisnai halin düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Örneğin; kadın iç giyim ürünlerinin bir erkek manken tarafından tanıtılması mümkün değildir.²⁶

Burada ayrımcılık yasağı ihlali bakımından getirilen istisnai düzenlemenin kullandığı ifadelerin çok genel ifadeler içermesi eleştiriye açık olmakla birlikte, madde düzenlemesi bu durumu bir istisnai hal olarak düzenlediğinden ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, düzenlemenin sınırlı bir alana yönelik olarak getirildiğinin kabulü en doğru yöntem olacaktır. İş Kanunu m. 5/3 düzenlemesi, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması halinde bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu düzenleme de tıpkı TİHEKK düzenlemesi gibi çok genel ifadeler içermektedir. Biyolojik nedenlerle cinsiyet veya gebelik temelinde farklı muamele yapılması; kadınlara mahsus olan hamile kalma ihtimali, hamilelik süreci ve sonrası açısından hem kadının hem de çocuğun korunması

²⁵ Çalışma yasakları; cinsiyet temelinde ortaya çıkan farklı muamele nedeni ile mağdur edilen, daha ziyade kadınlara yönelik olarak öngörülen pozitif ayrımcılık oluşturan nitelikteki düzenlemeleri ifade etmektedir. Bu düzenlemeler Anayasa m.50'de yer alan "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." şeklindeki düzenleme ile uyum arz eder. Buna göre; fizyolojik ve psikolojik olarak erkeklerden farklı olan kadınların, bu farklılıkları nedeni ile mağdur olmamaları adına getirilen yasal düzenlemeler, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Söz konusu düzenlemelere m. 7/1,f kapsamında getirilen istisnaların incelendiği ilerleyen bölümde yer verilecektir.

²⁶ Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği* (İstanbul: Beta, 2000), 285-286.

bakımından öngörülen farklı muamelenin haklılaştırılması olarak yorumlanabilir. İşin niteliğine ilişkin sebeplerin kapsamına da ilk istisnai halde belirtilen şartların girdiği kabul edilebilir.²⁷

Bu bağlamda hem TİHEKK düzenlemesi hem de İş Kanunu düzenlemesi bakımından cinsiyet temelinde ayrımcılığı haklı kılan, geniş yorumlanmaya müsait düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme de istisna kapsamında olup dar yorumlanması en doğru yöntem olacaktır.²⁸

C. Hizmet Zorunlulukları Nedeniyle Yaş Temelinde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,c düzenlemesine göre; “İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele” ayrımcılık yasası bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden üçüncüsüdür. Bu düzenleme ayrımcılık yasası ihlali bakımından yaş temeline özgü bir istisnai hal getirmektedir.

TİHEKK, AB müktesebatına uyum sağlamak amacı ile getirilen bir yasa olup²⁹, İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve

²⁷ Özellikle kadınlar bakımından İş Hukuku mevzuatında, iş ilanlarında yapılan ayrımcılığa ilişkin eksiklik; hukuki bir boşluk olarak değerlendirilerek, iş ilanlarının ayrımcılık yasasını ihlal eder şekilde düzenlenmesinin kanuni düzenleme ile yaptırım altına alınmamış olmasının, bu nitelikteki ilanların önüne geçilmesindeki eksiklik olduğu belirtilmiş, söz konusu eksikliğin 5. maddede yapılacak düzenleme ile giderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler,” *Kadın Araştırmaları Dergisi*, no. 10 (2012): 10-11.

²⁸ Söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi başvurunun reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, (RG. 26.12.2017, S. 30282).

²⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı (1/596) ile Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporları, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss149.pdf>.

2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi³⁰ de yaş ayrımcılığı bakımından istisnai bir düzenleme getirmektedir. TİHEKK' in amacı doğrultusunda Direktif düzenlemesi yol gösterici bir nitelik arz etmektedir. Direktifin m. 6 düzenlemesinde; *“Ulusal yasalar bağlamında meşru istihdam politikası, meşru işgücü piyasası ve eğitim hedefleri gibi nesnel ve makul haklı bir gerekçeye dayanıyorsa ve amaç için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise, Üye Devletler Madde 2(2) hükmüne halel getirmeksizin yaş nedeniyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı kayırcı tedbirleri alabilir”* denilmiştir. Maddenin devamında ise bu istisnai haller örneklendirilmiştir. Bu örnekler; *“(a) Mesleki entegrasyonları ve korunmalarını temin maksadıyla, sorumlu oldukları kimsesi olan gençler ile yaşlı işçiler için istihdam edilebilirlik ve mesleki eğitime giriş, işten çıkarma ve ücret dâhil istihdam edilme ve mesleki açılardan özel koşulların getirilmesi, (b) İstihdam edilebilmeleri maksadıyla yaş, profesyonel deneyim ve kıdemle ilgili asgari koşullar veya istihdamla ilintili olmak üzere belli kimi avantajlar tespit edilmesi, (c) İşin gerektirdiği eğitim veya emekliye ayrılmadan önce makul bir süre çalıştırma gerekçesiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi”* şeklinde sıralanmıştır.

Direktif düzenlemesinden hareketle hizmet zorunluluklarının neyi ifade ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre belirtilmesi gereken ilk husus; zorunlu mesleki gereklilik ile hizmetin zorunluluklarının aynı şeyi ifade etmediğidir. Hizmet zorunluluklarında, zorunlu mesleki gereklilikten farklı olarak farklı muamelenin “meşru amaca dayalı, nesnel ve uygun” olması aranacaktır. Nitekim Direktif düzenlemesi bu hususa açıkça yer vermiştir. Nesnellik ve uygunluk; yaş nedeni ile getirilen farklı muamele ile hedeflenenin objektif ve anlaşılır kaygı ve düşüncelere dayanması, yalnızca subjektif ya da varsayımsal kaygılara dayanmamasını ifade etmektedir. Meşru amaca dayanma ise; Direktif ile de öngörüldüğü üzere; işverenin istihdam politikası, eğitim piyasası, iş gücü piyasası gibi kendi bi-

³⁰ İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019,

http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVR_UPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

reysel yararı dışında kalan, gerçek işletmesel yararının olmasıdır.³¹ Meşru amaç; ülkelerin kendi takdirinde olup, yasal düzenlemeler aynı zamanda nesnel ve uygun olmalıdır.³²

TİHEKK, istisnai düzenlemeyi; hem yaş sınırlarının belirlenmesi hem de uygulanması bakımından getirmiştir. Bu durumda, hizmetin zorunluluklarının erekli kılması halinde, işe kabul ve istihdam sürecinde, gerekli ve amaca uygun olmak şartıyla iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi düzenlemesi ile yaşa dayalı farklı muamele yapılmasının kanunen ayrımcılık oluşturmayacağı kabulünü gerektirmektedir.³³ Hukukumuzda; iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile yaşa dayalı farklı muamele ayrımcılık yasağı kapsamında kalacak iken, istisnai düzenleme ile bu yasağa açık bir kapı bırakılmıştır.

³¹ Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 233-289.

³² Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da bu yöndedir. David Hütter - Graz Teknik Üniversitesi, Dava C-88/08 [2009] davasında; davacı, Avusturya mevzuatında yer alan, 18 yaşına gelinmeden önce gerçekleştirilen fiili çalışmaların, çalışma tecrübesi olarak kabul edilmeyeceği, ücret tespitinde de bu hususun dikkate alınmayacağını kabul eden düzenlemenin ayrımcılık oluşturduğu gerekçesi ile başvuruda bulunmuştur. Davacı karşılaştırma süjesi olarak çalışma deneyimi kendisi ile çok yakın olan, kendisinden yaş olarak 22 ay büyük kişiyi göstermiştir. Buna göre ülke mevzuatı doğrultusunda davacının ücreti altı buçuk aylık çalışmasına göre belirlenmiş, diğer çalışanın ise yirmi sekiz buçuk aylık çalışmasına göre belirlenmiştir. Divan, yasal düzenlemenin amaçlarının; meslek eğitimi alanlara kıyasla, genel orta öğretimden geçenlerin dezavantajlı bir konuma sokulmaması ve çıraklıkları daha maliyetli hale getirilmesinden kaçınılması ve bu doğrultuda çıraklık eğitimi alanların işgücü piyasasına girmesini kolaylaştırmak olduğunu belirtmiş ve bu amaçları meşru kabul etmiştir. Divan, meşru amaçların ülkelerin takdirinde olduğunu kabul etmektedir. Fakat uygun ve gerekli olup olmadıklarının da tespitinin gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda yasal düzenleme, genç işçileri orantısız bir biçimde mağdur etmesi ve bunun objektif haklı sebebe dayanmaması yönleri ile ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında kabul edilmiştir; ABAD, C-88/08, David Hütter & Technische Universität Graz, 18.06.2009, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, 53.

³³ Gizem Sarıbay Öztürk, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017), 123.

Kurum Kanunu söz konusu düzenlemede; yaş temelinde ayrımcılığa, yalnızca işe alım ve istihdam sürecinde bir istisnai hal getirmiştir. Bu durum; Kanunun iş ilişkisinin sona ermesi bakımından da böyle bir istisna kabul edip etmediği sorununu gündeme getirmektedir. Kanun; madde düzenlemesinde istihdam sürecinden bahsetmiştir. Kural olarak iş ilişkisinin sona ermesi de istihdam süreci kapsamı içinde yer almaktadır. Ayrımcılık yasakları bakımından TİHEKK m. 6/1 düzenlemesinde zamansal bakımdan iş ilişkisinin kurulması, iş ilişkisinin devamı ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamaları bakımından her ne kadar doğrudan bu şekilde bir ayrıma gidilmemiş olsa dahi, bu ayrımın içine dâhil edilebilecek kavramlar ayrı ayrı kullanılmak suretiyle belli süreçler tek tek sayılmıştır. Buna göre örneğin; seçim kriterleri iş ilişkisinin kurulmasından önceki aşamayı ifade etmektedir. Kanunun m. 6/1 düzenlemesi, çalışmanın sona ermesi sürecini de bizatihi vurgulamıştır. Kanunun madde düzenlemeleri arasındaki bu farklılık kanaatimce normal şartlarda her ne kadar iş ilişkisinin sona ermesi süreci istihdam süreci kapsamında kabul edilebilecek olsa da, söz konusu Kanuna göre yaş temelinde düzenlenen bu istisnai hal bakımından iş ilişkisinin sona ermesi süreci kapsama dâhil edilmemiştir. Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi istisnai bir hal getirmiş olup, bu istisnai halin suiistimal edilmeyecek şekilde dar yorumlanması gerekmektedir. Kanaatimce TİHEKK düzenlemesine göre iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından yaş temelinde farklı muamele her zaman ayrımcılık olarak kabul edilecektir.

TİHEKK düzenlemesi doğrultusunda, yaş ayrımcılığını iş ilişkisinin sona ermesi bakımından bizatihi ele almak faydalı olacaktır. İş Kanunu eşit davranma borcunu düzenlerken yaş temelinde ayrımcılığa m. 5 düzenlemesinde yer vermemiştir. Ancak bu durum yaş temelinde ayrımcılığın İş Hukuku bakımından kabul edilmeyeceği gibi bir sonuca varılmasına neden olmamalıdır. Belirtmek gerekir ki; bir ayrımcılık temelini kanun düzenlemesinde özellikle yer alması başlı başına bir sorun iken, kanun düzenlemesinde dahi yer almayan ayrımcılık yasağının istisnasının ne şekilde uygulanacağı ayrı bir sorun oluşturacaktır. Kanaatimce İş Hukuku bağlamında TİHEKK düzenlemesi ile getirilen yaş temelinde ayrımcılığın da

işverenin eşit davranma borcu kapsamında uygulanması gerekmektedir. Birlikte istisnai hal olarak öngörülen düzenlemenin uygulamada yalnızca yorum aracı olarak kullanılması gerekecek, bu istisnai hal İş Hukuku bakımından bire bir uygulanamayacaktır. Yani; iş ilişkisinde çalışanlardan birine yapılan yaş temelinde farklı muamelenin de İş Kanunu kapsamında ayrımcılık olarak kabul edilmesi gerekecek, bununla birlikte yapılan farklı muamelenin mutlak olarak uygulanmaması ve belli hallerde bu farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağına kabulü gerekecektir. Bu bağlamda hangi hallerde yaşa dayalı farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağına ilişkin olarak somut olayda karar verilirken de TİHEKK düzenlemesi ile getirilen istisnai hal düzenlemesinde yer alan koşullar yorum yönteminde kullanılabilir.

Ç. Çocuk veya Özel Bir Yerde Tutulması Gereken Kimseler Bakımından Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,ç düzenlemesine göre; “Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden dördüncüsüdür. Madde, korunması gereken iki farklı gruba yönelik düzenleme getirmektedir. Bu grupların her ikisi de bu Kanunda tanımlanmamıştır. Her iki grup birbirinden farklı olup ayrı ayrı incelenmeleri faydalı olacaktır.

1. Çocuklara Yönelik Farklı Muamele

Kanun “çocuk” kavramını tanımlamadığından, öncelikle çocuk kavramının neye karşılık geldiği açıklanmalıdır.

Çocuk; BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin³⁴ ilk maddesinde; daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşına gelmemiş kişiyi ifade etmektedir. Sözleşme; m. 32 düzenlemesi ile çalışma yaşamında çocukların korunmasına ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir.

³⁴ BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, RG. 27.01.1995, S. 22184.

Söz konusu madde düzenlemesine göre; Sözleşmeye taraf Devletler; çocukların eğitimine zarar verecek işlerde, sağlığını ya da bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ya da toplumsal gelişimi bakımından zararlı işlerde çalıştırılmalarını, ekonomik sömürüye ve her türden tehlikeli işlerde çalışmalarını korumak ve Sözleşmenin bu maddesinin uygulanmasını sağlamak adına ilgili kanuni, idari ve toplumsal düzenlemeyi yapmakla mükellef tutulmuştur. Buna ek olarak Sözleşme, belli önlemlerin alınması yükümlülüğünü de getirmiştir. Sözleşmede öngörülen önlemler; işe kabul açısından bir veya birden fazla asgari yaş sınırının belirlenmesi, çalışma saatlerinin, çalışma sürelerinin ve çalışma koşullarının uygun biçimde düzenlenmesi, maddenin etkinliğinin hayata geçirilmesi için gerekli cezai veya diğer yaptırımların öngörülmesidir. Çocukların istihdamı bakımından bir diğer önemli uluslararası düzenleme Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22.06.1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Konsey Direktifidir.³⁵ Direktif; hem çocuk kavramını hem de genç insan ve ergen kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre çocuk; on beş yaşından küçükleri ya da ulusal mevzuata göre hala tam gün süreli olarak öğretime tabi olan kişiyi ifade etmektedir. Direktife göre genç insan; bir iş sözleşmesi veya ulusal mevzuat ya da idari düzenlemeler gereğince bir iş ilişkisi içinde bulunan on sekiz yaşından küçükleri karşılamaktadır. Ergen ise; on beş yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük olan ve ulusal mevzuata göre tam gün süreli öğretime tabi olmayan kimseyi karşılamaktadır. Direktif de tıpkı AB Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede olduğu gibi ülkelerin, çocuklara yönelik olarak çalışma yasağı bakımından asgari yaş sınırını getirmesini öngörmüştür. Bununla birlikte belli hallerde bu sınırın uygulanmayacağını belirtmiştir. Direktif'e göre çalışma yasakları; kültürel ve benzeri faaliyetlerde çalışan çocuklar, yetkililer tarafından tespit edilen koşullarda en az on dört yaşında olan ve iş/egitim veya fabrika içi iş/tecrübe programlarına göre yaptıkları işlerde çalışan çocuklar, kültürel ve benzeri faaliyetler dışında kalan hafif işlerde çalışan en az on dört

³⁵ Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22.06.1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019,

http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVR_UPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

yaşında olan çocuklar ve ulusal mevzuat ile belirlenip kültürel ve benzeri işler dışında kalan işlerde çalışan en az on üç yaşında olan çocuklar bakımından uygulanmayacaktır. Yani Direktif, çocukları korumak adına çalışma yasaklarını kabul etmiş, ancak belli hallerde de bu yasakların uygulanmamasının çocukların korunmasına engel teşkil etmeyeceğini öngörmüştür. Bununla birlikte Direktif m. 6 düzenlemesinde çocuk çalıştıran işverenler bakımından ek sorumluluklar getirmiştir.

Hukuk sistemimizde de çocuklar korunması gereken kişiler olup Anayasa m. 10/3 düzenlemesinde çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 71 düzenlemesi de çocukları belli gruplara ayırarak belli koruyucu tedbirler öngörmüştür. İş Kanununa göre; on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar ilk grubu oluşturmaktadır ve bu grubun çalışması yasaktır. On dört yaşını dolduran ve zorunlu ilköğretim çağını dolduran çocuklar ikinci grup olarak kabul edilmiş ve bunların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilecekleri kabul edilmiştir. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise üçüncü grup olarak kabul edilmiş ve bunların da bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapabilecekleri ve her bir faaliyet için ayrı ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilecekleri yasal düzenleme ile kabul edilmiştir. Bununla birlikte maddenin devamında çocukları koruyucu düzenlemelere de yer verilmiştir. 1593 sayılı ve 24.04.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 176 düzenlemesinde; *"Mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur."* demek suretiyle belli alanlarda on sekiz yaşın altındaki kimseler bakımından çalışma yasağına ilişkin düzenleme getirmiştir.³⁶ Ayrıca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik³⁷ ile de çalışma yaşamında çocukları koruyucu düzenlemeler getirilmiştir

³⁶ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, RG. 06.05.1930, S. 1489.

³⁷ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 06.04.2004, S. 25425.

TİHEKK düzenlemesi bakımından İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanlar da bu Kanun hükümlerine göre korunacağından çıraklar da bu kapsamda kalmaktadır. Çıraklar da Mesleki Eğitim Kanunu m. 13 düzenlemesi ile *“Bu Kanun kapsamında bulunan il ve mesleklerde faaliyet gösteren iş yerleri, Bakanlıkça tespit edilecek illerde ve meslek dallarında on dokuz yaşından gün almamış kişileri çıraklık sözleşmesi yapmadan çalıştıramazlar.”* şeklinde korunmuşlardır. Çırakların ücrete ilişkin hakları da söz konusu Kanunun m. 25 düzenlemesi ile koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere; TİHEKK düzenlemesi uluslararası düzenlemeler ile ve hukuk sistemimizde yer alan düzenlemeler ile uyumludur. Yasal düzenlemelerin kapsamı dışında kalan çocukları koruyucu nitelikteki önlemler de TİHEKK kapsamında bu madde düzenlemesinin içinde kabul edilecektir.

2. Özel Bir Yerde Tutulması Gereken Kişilere Yönelik Farklı Muamele

Maddenin koruduğu ikinci grup; özel bir yerde tutulması gereken kimselerdir. Bunların kimleri kapsamına aldığı da Kanun ile tanımlanmadığı gibi madde gerekçesinde de açıklanmamıştır. Kanaatimce Kurum; aslında temel olarak bu düzenlemede cezaevleri veya huzurevleri gibi yerlerde bulunan kimseleri korumak istemiştir. Çalışma yaşamı bakımından madde düzenlemesinin yorumlanmasında ise engellilerin de bu kapsama girip girmediğinin tartışılması gerekir. Engelliler hem uluslararası düzenlemelerde hem de ulusal mevzuat düzenlemelerinde koruma altına alınması gereken kimseler olarak kabul edilmiştir. Uluslararası düzenlemeler bakıldığında özellikle; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi³⁸, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile bağlantılı olarak Komite tarafından yayımlanan 5 No’lu Genel Yorum³⁹,

³⁸ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf.

³⁸ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, (www.esithaklar.org/.../İstihdam-ve-Meslekte-Eşit-Muameleye-Dair-AK-direktifi.docx).

³⁹ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile bağlantılı olarak Komite tarafından yayımlanan 5 No’lu Genel Yorum, <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/>.

Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁰, İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi⁴¹, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁴² bu konuda detaylı düzenlemeler getirmiştir.

Hukuk sistemimizde de engellileri koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa m. 10/3 düzenlemesine göre engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 5 düzenlemesi ile engellilik mutlak ayrımcılık yasakları kapsamında sayılmış, m. 30 düzenlemesi ile belli şartların varlığı halinde engelli çalıştırma yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde m. 101 ile belli yaptırımlar öngörülmüştür. Bununla birlikte Engelliler Hakkında Kanun; engelli kavramını, zihinsel, fiziksel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli seviyede kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey olarak tanımlamış ve engellileri çalışma yaşamında koruyucu düzenlemeler öngörmüştür.⁴³ Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi ile engelliler bakımından getirilen makul düzenleme yapma yükümlülüğünün de değerlendirilmesi gerekir. TİHEKK düzenlemesi doğrultusunda makul düzenlemeyi örneklendirmek gerekirse; tekerlekli sandalye kullanan bir engelli çalışanın, asansör bulunmayan bir işyerinde zemin katta bulunan odalardan birinde çalıştırılmasının sağlanmasından bahsedilebilir. Bu bağlamda kanaatimce söz konusu kavram kapsamına giren kişilerin engellileri ifade ettiğini düşünmek biraz zorlama bir yorum olacaktır.

⁴⁰ Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EngellilerinHaklarınaİliskinSozlesme.pdf>.

⁴¹ İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, (www.esithaklar.org/.../İstihdam-ve-Meslekte-Eşit-Muameleye-Dair-AK-direktifi.docx).

⁴² Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>.

⁴³ Engelliler Hakkında Kanun, RG. 07.07.2005, S. 25868.

TİHEKK'in özel bir yerde tutulması gereken kişiler ile ifade etmek istediğinin cezaevlerinde bulunan, huzurevlerinde bulunan kişiler olduğunun kabulü ile engellilerin bu kapsamda sayılmayacağına kabulü en doğru yorum olacaktır. Bununla birlikte cezaevi veya huzurevindeki kimselerin, İş Hukuku ile ilgisinin ne şekilde olacağına ya da maddenin koruma kapsamına aldığı bu kimseleri bu düzenlemeye dâhil ederken taşıdığı amacın İş Hukuku ile ilgisinin olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

Cezaevinde çalışan kadrolu ve sözleşmeli personeller 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında çalışan kimseler olduğundan, kanaatimce bu kimseler söz konusu istisnai hal kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bununla birlikte cezaevlerinde çalışan hükümlü ve tutukluların bu kapsamda olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu konuda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun⁴⁴ yol gösterici nitelik arz etmektedir. 5275 sayılı Kanun m. 29 düzenlemesine göre; Kurum hekimi nezdinde bedensel ve psikolojik olarak sağlıklı kabul edilen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan isteklilerin Kurumun imkânları dahilinde belirlenen ücret karşılığında atölye ve işyurtlarında çalıştırılabilir olup bu kişilerin çalıştırılmasında 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 5275 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. Tutuklulara yönelik düzenleme ise 5275 sayılı Kanun m. 114 düzenlemesinde yer almakta ve bu kişilerin çalışmaya zorlanamayacakları belirtilmekle birlikte, çalışmalarını halinde de hükümlüler bakımından kabul edilen sistemin uygulanacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda; hükümlü ve tutukluların, diğer çalışanlara nazaran farklı olduğu Kanun kapsamında kabul edilerek bu kişiler açısından alınan tedbirler ve koruyucu önlemlerin ayrımcılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir denilebilir. Örneğin; hükümlü bir kimse adliyeler nezdinde bulunan işyurtlarında çalışırken denetim altında çalıştırılabilir. Bu bakımdan bu kimsenin çalışma bahanesi ile kaçmasının önlenmesi amacıyla alınan bu tedbir ayrımcılık olarak kabul edilemeyecektir.

⁴⁴ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, RG. 29.12.2004, S. 25685.

Huzurevlerinde bulunan kimseler bakımından durum değerlendirildiğinde ise; huzurevinde bulunan kimseler zaten çalışabilecek durumda olan kimseler değildir. Nitekim Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği⁴⁵ m. 4 düzenlemesine göre; 60 yaş ve üzerindeki sosyal ve/veya ekonomik yönden yoksunluk içinde olan, korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç kimseler bu yerlerde kalmaktadır. Bu bağlamda bu kimselerin çalışmaları ve İş Hukuku bakımından istisna kapsamında kabul edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Ancak bu kimseler, yaşları nedeniyle ortaya çıkan belli hastalıklar dolayısıyla denetim altında tutulması gereken kimselerdir ve kanaatimce yasal düzenleme ile getirilen bu istisnai hal de denetimin sağlanması, gerekli koruyucu önlemlerin alınması bakımından yaşlılara yapılan farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağıının kabulünün gerektiğine ilişkindir.

Belirtmek gerekir ki; her ne kadar özel bir yerde tutulması gereken kimselere ilişkin yukarıda sayılan kişiler olduğu şeklinde bir açıklama yapılmış ise de; bu açıklamalar tamamen yorumlanma suretiyle yapılmış olup, Kanun bu konuda açıklanan şekilde bir belirtme yapmamıştır. Düzenlemenin belirsizlik taşıdığı ve buna açıklık getirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

D. Belli Şartların Varlığı Halinde Din Temelinde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,d düzenlemesine göre; “Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden beşincisidir. Madde düzenlemesi yalnızca din temelinde gerçekleştirilen ayrımcılıklara yönelik bir istisna getirmiş ve bu istisna için belli koşullar öngörmüştür.

⁴⁵ Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği, RG. 21.02.200, S. 24325.

Söz konusu düzenlemenin uluslararası düzenlemelerle uyumluluk gösterdiğini söylemek mümkündür. Nitekim İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi belli hallerin mevcut olması durumunda istihdam alanında yalnızca belli bir dine mensup kişilerin istihdam edilebileceğini kabul etmiştir.⁴⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı; eşit muamele ilkesinin herhangi bir istisnasının dar yorumlanması gerektiğine değinmiş ve Direktif düzenlemesinin istisnai bir hal getirmesi sebebi ile sınırlı olarak uygulanması gerektiğini, bu yüzden de bu istisnanın, dinin tanıtımı ve temsili ile ilgili rahiplik gibi dini mesleklerde ve dini okullar ya da dini huzurevleri gibi dini kurumlarda uygulanabileceği belirtilmiştir.⁴⁷

Hukukumuzda din temelinde ayrımcılığa ilişkin istisnai hal getiren ilk düzenleme TİHEKK m. 7/1,d'de yer almaktadır. Bu bağlamda düzenlemenin detaylandırılması ve koşullarının somutlaştırılması gerekmektedir. Düzenlemeye göre ilk şart; farklı muamelenin, çalışma ilişkisinin gerçekleştiği herhangi bir yerde değil, dini bir kurumda gerçekleşmesi gerektiğidir. Buna göre örneğin; konserve üretimi ya-

⁴⁶ Direktif'in m. 4/2 düzenlemesi "Değerler sistemi din veya inanca dayalı kilise ve diğer kamusal ya da özel teşkilatlarda sürdürülen mesleki faaliyetler söz konusu ise, mesleki faaliyetin niteliği ve ifa edildiği bağlam itibariyle kişinin din veya inancı gerçek, meşru ve haklı bir mesleki gereksinim teşkil ediyorsa, Üye Devletlerin, böyle bir teşkilatın değerler sistemini dikkate alarak bu Direktifin kabul edildiği tarihte yukarıda açıklanan duruma uygun nitelikteki yürürlükte olan ulusal uygulamayla birleştirerek yeni mevzuat getirmesi, kişinin din ve inancı nedeniyle gördüğü bir farklı muamele teşkil etmez. Bu türden bir farklı muamele Üye Devlet anayasası hüküm ve ilkeleri ile Topluluk hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak yasalara konup uygulanır ve bu durum diğer bir başka temelde ayrımcılığa hak kazandırmaz. Bu Direktifin hükümleri, farklı bir biçimde olsa da yerine getiriliyor olması halinde, ulusal anayasa ve yasalara uygun olarak faaliyet gösteren değerler sistemi dine veya inanca dayalı Kiliseler, kamu kuruluşları veya özel kuruluşların, çalışanlarından teşkilatın değerler sistemine inanmaları ve sadakatle bağlı kalmalarını isteme hakkına hâlel getirmez." şeklindedir. İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019, http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVRUPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

⁴⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı*, 50-51.

pan bir fabrikada din temelinde gerçekleştirilen farklı muamele hiçbir surette bu istisna kapsamına girmeyecek, ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilecektir. Bir başka örnek vermek gerekirse; bir et tesisinde çalışan kişi, verilecek olan “helal kesim” sertifikasına rağmen Müslüman olmasa dahi bu işletmede çalışabilecek, din temelinde yapılan farklı muamele ayrımcılık oluşturacaktır. Nitekim et tesisi dini bir kurum değildir. Dini kurum bakımından getirilen istisna; İmam Hatip Liseleri ve İlahiyat Fakülteleri bakımından da değerlendirilmelidir. Bu kurumlarda din eğitim ve öğretimi verilmekle birlikte, bu kurumların dini kurum olarak kabul edilmesi kanaatimce mümkün değildir. Nitekim İmam Hatip Liseleri ve İlahiyat Fakülteleri her ne kadar dini eğitim ve öğretim veren kurumlar olsa da temelinde yalnızca bir dine yönelik faaliyet yürüten kurumlar olmayıp; dini eğitim dışında eğitim ve öğretim veren kurumlar olduğundan, bunların eğitim-öğretim kurumu olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İkinci şart; istisnai hal dini kurumun her çalışanı için geçerli olmayacak, çalışan ya dini hizmet veren ya da dine ilişkin eğitim ve öğretim veren kişi olacaktır. Bu bağlamda bir caminin imamı istisna kapsamında kabul edilebilecekken, caminin temizliğinden sorumlu olan kişi istisna kapsamında kalmayacak, dini nedeni ile farklı muameleye tabi tutulması halinde ayrımcılık iddiasını ileri sürebilecektir.⁴⁸

Üçüncü şart ise; yapılan farklı muamele yalnızca din temelinden ve istihdam edilen kişinin görev alacağı yerde aranan dine mensup olmamasından kaynaklanmalıdır. Belirtmek gerekir ki; din temelinde getirilen bu istisnai hal, çok sınırlı bir uygulama alanı ba-

⁴⁸ Bu noktada Mekke ve Medine gibi kutsal topraklara gayrimüslimlerin alınmaması ve bunun doğal sonucu olarak da gayrimüslimlerin buralarda çalışmaması hususunu da değerlendirmek gerekecektir. Kanaatimce iş ilişkisi bakımından bu hususta ön sorun gayrimüslimlerin bu yerlere girememesidir. Bu bağlamda bu kişilerin ayrımcılık yasağı ihlalinin mağduru olarak değerlendirilebilmeleri öncelikle ülkeye giriş bakımından söz konusudur. Kutsal topraklarda gayrimüslimlerin çalışmaları bakımından bir ayırım yapılmassa dahi bu kimselerin söz konusu yasak yerlere girmeleri baştan itibaren mümkün olmayacağından, bu hususun iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Çalışmanın konusunun da ülkemiz bakımından, yani ulusal anlamda İş Hukuku ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiğinden burada bu açıklama ile yetinilecektir.

kımından kabul edilmiştir. Kişiler dini inançlarını yaşarken, dini kurumlarda kendilerine bu yönde hizmet veren ya da bu dine ilişkin olarak dini eğitim ve öğretim veren kimselerin de kendileri ile aynı dinden olmalarını beklemektedirler. Kendilerine bir dini öğreten kimsenin aynı dinden olmaması kişilerin inançlarını sorgulamalarına neden olabilecek bir durumdur. Bu sebeple de bir din mensubu olan veya bir dini inanışa sahip olmayan herhangi bir kurum böylesi bir durumu kabul etmeyecektir. Bu bağlamda söz konusu düzenleme makul ve orantılı bir farklı muameleyi kabul etmiş görünmektedir. Ancak bu durumun Anayasa düzenlemeleri ile çeliştiğini de kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasa m. 24 düzenlemesi herkesin dini inanç hürriyeti olduğunu, m. 49 düzenlemesi ise herkesin çalışma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda düzenleme Anayasaya aykırı görünmektedir. Kanaatimce çok sınırlı bir alan bakımından kabul edilen bu istisnai hal Anayasa düzenlemelerine aykırı değildir. Nitekim kişi çalışmak isterse dini kurumda sayılan görevler dışında kalan alanlarda çalışabilecek ya da sayılan görevleri yerine getirmek istiyorsa da dini kurum dışında kalan yerlerde bu görevleri yerine getirebilecektir. Her iş ilişkisi veya her dini hizmet bakımından sınırlama getirmeyen bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunun kabulü pek mümkün değildir.

E. Sendika Üyeliği Bakımından Belli Hallerde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,e düzenlemesine göre; “Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden altıncısıdır. Bu düzenlemenin de İş Hukukunu ilgilendiren kısmı sendikaların üyelere belli nitelikler aramasına ilişkin olan bölümdür. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki; sendikal ayrımcılık, işverenin İş Hukuku bağlamında kabul edilen eşit davranma borcunun sendikal özgürlük çerçevesinde somut görünümünü ifade etmektedir.⁴⁹ Bu bağlamda

⁴⁹ A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 103.

söz konusu ayrımcılık da bu düzenleme ile istisnasını da beraberinde getirmiş olmaktadır.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında da sendikaların ilgili mevzuat veya tüzüklerinde, hedef edindikleri gaye, ilke ve temel değerler doğrultusunda üye olacak kişilerde belli nitelikler aranmaları makul karşılanmaktadır.⁵⁰ Gerçekten de bir işçi sendikasına üyelik için; işçi olma koşulu aranması, yaş koşulu aranması ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerdir. Nitekim bu husus Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu m. 17 düzenlemesi ile de kabul edilmiştir.⁵¹ Söz konusu maddenin ilk iki fıkrası “(1) On beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir. (2) Bu Kanun anlamında işveren sayılanlar, işveren sendikalarına üye olabilir.” şeklindedir. Bununla birlikte aynı maddenin 5. fıkrası üyelik başvurusunun haklı neden gösterilmeden reddi halinde kişiye dava açma hakkı vermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; amaca uygun bir farklı muamelenin söz konusu olmasıdır. Yani; söz konusu muamelenin amaca uygun olması durumunda, belli niteliklerin üyelik bakımından aranması haklı neden oluşturacak, haklı nedenin olmaması durumu ise dava hakkını doğuracaktır.⁵²

⁵⁰ ILO'nun 87 No'lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi, ilk bölümünde “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.” demiştir. Bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm.

⁵¹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu, RG. 07.11.2012, S. 28460.

⁵² 6356 sayılı Kanun m. 17/5 doğrultusunda dava hakkı doğuran durum sendikal tazminata ilişkindir. Kanuni düzenleme ile getirilen istisnai hal kapsamı dışında kalan durumlarda sendikal tazminat hakkı doğacaktır. Bu şekilde bir ayrımcılığa maruz kalan işçi bakımından hem ayrımcılık tazminatının hem de sendikal tazminatın talep edilmesi mümkün değildir. Nitekim İş Kanunu m. 5/6 düzenlemesi Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerini saklı tutmuştur. Buna göre sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçi bakımından daha yüksek miktardaki sendikal tazminata hükmedilecektir. Bununla birlikte işçinin maddi manevi zararının doğması durumunda sendikal tazminatın yanı sıra maddi ve manevi tazminata da hükmedilebilecektir. Nuri Çelik, “İşçilerin İşten Çıkarılma-

Ancak TİHEKK bu madde düzenlemesini getirmesinin yanı sıra, m. 5/4'te bu hüküm ile ayrımcılığın yasağının zamansal olarak kapsamı yönünden çelişen bir düzenlemeye de yer vermiştir. TİHEKK m. 5/4; *“Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz.”* şeklindedir. Yani yapılan farklı muameleyi yalnızca sendikaya üyelik bakımından değil, aynı zamanda organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından da kabul etmiştir. Bu bağlamda mevzuat ve sendika tüzükleri ile getirilecek olan ve farklı muamele olarak kabul edilecek olup ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek olan istisnai hallerin hangi durumlar bakımından söz konusu olacağı hususunda bir karışıklık söz konusudur. Bu bağlamda eleştiriye açık olan bu düzenlemelerin netleştirilmesi, TİHEKK düzenlemesi ile bu konuya bir açıklık getirilmesi gerekmektedir.

F. Eşitsizlikleri Ortadan Kaldırma Amacı ile Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,f düzenlemesine göre; *“Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele”* ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden bir diğeridir. Söz konusu istisnai hal; belirleyici kıstaslar getirmedi-

larında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 14 (2007): 489-490. Bu noktada işçi aynı zamanda TİHEK’na başvurabilecek ve sendikal ayrımcılığı gerçekleştiren kişilere de Kanununun 25. maddesine göre idari para cezası verilebilecektir. Belirtmek gerekir ki; Kurum kararlarından yalnızca idari yaptırım kararı icrai ve bağlayıcı nitelik arz etmektedir. Söz konusu düzenleme, insan hakları ve ayrımcılık konularında görevli bir kurumun ilk kez bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmasını sağlayarak ihlallere karşı etkin mücadele yönünden önemli bir gelişmedir. Emine Cin Karagöz, *“Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri,” Yasama Dergisi* 11, no. 32 (2016): 21-40. Hukuki sorumluluk bu çalışmanın konusu oluşturmadığından burada bu açıklamalarla yetinilecektir.

ğinden geniş yorumlanmaya son derece müsait bir istisnai hal ortaya konmuştur. Ancak düzenlemeye göre; farklı muamelenin eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ve gerekli, amaca uygun ve orantılı olması şeklinde iki koşul belirlediği görülmektedir.

Gerekli, amaca uygun, orantılı bir farklı muamelenin aranması, söz konusu istisnai halin kapsamını daraltan, ölçülülük ilkesine uygun bir muamele olması gerektiğini vurgulayan ifadelerdir. Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ise ucu açık bir ifadedir. Kanaatimce burada belirtilmek istenen pozitif ayrımcılık temelinde bazı kimselere yönelik gerçekleştirilen farklı muamelelerin, diğer kimseler bakımından ayrımcılık olarak görülmemesi gerektiğine ilişkindir. Pozitif ayrımcılık; temelde belli bir gruba nazaran daha dezavantajlı konumda bulunan veya bu konuma getirilen kimsele- rin bazı ek düzenlemelerle de korunmasını hedefler. Bu kişileri ko- rumak adına alınan tedbirlerin özünde, ayrımcılığın önlenmesi ve eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesi yer almaktadır. Bu sebeple de yapılan bu farklı muameleler ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturu- mayacaktır.⁵³ Buna göre yukarıda sayılan istisnai haller kapsamında açıklanan kadınları korumak amacıyla getirilen ayrımcılık yasakla- rı⁵⁴, çocukları korumak amacıyla getirilen düzenlemeler ve asgari çalışma yaşı getiren çalışma yasakları ya da mevzuat düzenlemeleri dışında kalan ve gerekli nitelikleri taşıyan pozitif ayrımcılıklar, ölçü- lü olmaları halinde bu kapsamda farklı muamele olarak kabul edile- cekken ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin; vardiyalı çalışılan bir tekstil fabrikasında erkekler ile kadınların hem gece hem gündüz vardiyasında çalışmaları, ancak ulaşım araçlarının gece vardiyasında da olması ve erkek çalışanlara ulaşım ücretlerinin ödenmesinin yanı sıra kadınların korunması adına gece vardiyasın- da çalışmaları halinde servis hizmetinin sağlanması ölçülü olarak

⁵³ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 372ff.

⁵⁴ Hamilelik ve doğum izni bağlamında İş Hukuku mevzuatında öngörülen ka- dınları koruyucu düzenlemelerin ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceğinde dair açıklamalar için; Hatice Duygu Özer, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi," *Çalışma ve Toplum*, no. 21 (2009): 123-136.

uygulanması halinde pozitif ayrımcılık oluşturacak ve bu farklı muamele ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir.

G. Vatandaş Olmayanlara Yönelik Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,g düzenlemesine göre; *“Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”* ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden bir diğeridir. Söz konusu istisnai hal; belirleyici kıstaslar getirmediğinden geniş yorumlanmaya müsaittir. Bu düzenlemenin İş Hukuku bakımından incelenmesinde; yabancıların çalışma izinlerinin ve yapamayacakları işlerin değerlendirilmesi gerekir.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında yabancılar hakkında genel itibariyle yabancı düşmanlığının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağlamında yasaklandığı, ancak ülkelerin ikili ve çok taraflı sözleşmeler doğrultusunda yabancılara kendi vatandaşlarına nazaran belli kısıtlamalar getirebileceği kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; yabancıların siyasal etkinliklerine, sınır dışı edilmelerine ve topluca sınır dışı edilmeleri yasağına yönelik düzenlemeler getirmiş, çalışma ilişkisi bakımından ise vatandaş-yabancı ayrımını kullanmadan “hiç kimse” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m. 16 düzenlemesinde diğer akit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkına yer vermiş, yabancı çalıştıran kimselere akit ülkelerin kolaylık sağlaması gerektiğine dair düzenlemeler öngörmüştür. Şart’ın Eki, kişi yönünden kapsamı düzenlerken; yabancıların sadece ilgili taraf ülkesinde yasal olarak ikamet eden veya düzenli olarak çalışan diğer taraf vatandaşları olduğunu belirtmiştir. Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 Tarih ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi ise; yabancı düşmanlığını tıpkı ırk ayrımcılığı gibi yasaklamıştır. Uluslararası düzenlemelerde açıkça görüldüğü üzere yabancılara yönelik belli ayrımcılıklar yasaklanmış, ancak koşulların

varlı halinde çalışma ilişkisi bakımından farklı muamele edilebileceği de kabul edilmiştir.

Yabancıların çalışma izni ve yapamayacakları işler açısından ulusal düzenlemeler bakıldığında ise; 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁵⁵ ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği⁵⁶ yol gösterici olacaktır. 4817 sayılı Kanun m. 4 düzenlemesinde; Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan evvel izin almaları gerektiği belirtilmiştir. Takip eden sonraki maddelerde ise çalışma izninin verilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre süreli çalışma izninin yer aldığı m. 5 düzenlemesinde; iş piyasası, çalışma hayatında yaşanan gelişmeler, istihdam alanındaki ekonomik ve sektörel konjontür gibi hususlar dikkate alınarak yabancıların süreli çalışma izni en fazla bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte belli koşulların sağlanması durumunda söz konusu sürenin uzatılabileceği de belirtilmiştir. Süresiz çalışma izninin yer aldığı m. 6 düzenlemesinde, 11.04.2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni alan kişilerin bu izinleri saklı tutularak, uzun dönem ikamet izni almış olan veya en az sekiz yıl yasal çalışması bulunan yabancılar ile mesleki tecrübesi, eğitim seviyesi, bilim ve teknolojiye katkısı, ülke ekonomisi ve istihdam bakımından önem arz eden yabancılar süresiz çalışma izni alabilecektir. Bağımsız çalışma izni ise m. 7'de düzenlenmiş olup, en az 5 yıl kesintisiz ve yasal ikamet koşulu aranmaktadır. Kanunun m. 8 düzenlemesi belli istisnai hollere yer vermiş, m. 9 düzenlemesi yasal çalışma süresine eklenebilecek süreler ile ikamette kesinti sayılacak süreleri düzenlemiştir. Yönetmelik ise; Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulanması bakımından hükümler içermektedir. Bu bağlamda Kanun ve Yönetmelik düzenlemelerinin tek tek incelenmesinin ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacağı açık olmakla

⁵⁵ 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, RG. 06.03.2003, S. 25040.

⁵⁶ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG. 29.08.2003, S. 25214.

birlikte, yabancılar bakımından istihdam alanında belli farklı düzenlemelerin kabul edildiği de açıkça görülmektedir.

Yabancılar uluslararası düzenlemeler ve diğer ülke mevzuatlarında olduğu gibi, hukuk sistemimizde de vatandaş ile aynı statüde kabul edilmemektedir. Ancak bu durum; yabancılara yapılacak olan her farklı muamelenin ayrımcılık olarak kabul edilmeyeceği sonucunu doğuracak biçimde bir kabul değildir. Bu bağlamda yabancılara yönelik belli farklı muameleler ayrımcılık yasağının ihlalini doğurmayacaktır. TİHEKK düzenlemesi de bu hususu dikkate alarak; ulusal ve uluslararası mevzuat ile uyumlu bir hüküm getirmiş ve yabancıların hukuki statülerinde doğan farklı muameleyi ayrımcılık yasağının istisnası olarak kabul etmiştir. Burada da Kanun istisnai hal getirdiğinden, madde metninin dar yorumlanması ve yabancıları mağdur etmeyecek şekilde uygulamaya gidilmesi gerekmektedir. Örneğin; bir kimseye yalnızca yabancı olduğu gerekçesi ile günde 15 saat çalışma yaptırılması suretiyle farklı muamele ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda TİHEKK düzenlemesinin vatandaş olmayanlara da istisna kapsamında yer vermesi önemli bir düzenlemedir.

SONUÇ

Hukuk sistemimizde ayrımcılık yasaklanırken belli istisnai durumlarda gerçekleştirilen farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağı da kabul edilmiştir. Ancak bu kabuller ya ayırım yasaklarına ilişkin madde düzenlemelerinin içinde çok yüzeysel kavramlarla ya da çalışma yasaklarına ilişkin düzenlemelerin yorumlanması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ise istihdam alanında ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek farklı muameleleri ayrı bir başlık altında ve bu güne kadar mevzuatımızda düzenlenmediği kadar geniş bir biçimde koşulları ile düzenlemiştir. Bu düzenlemeler her ne kadar belli yönleri ile eleştiriye açık olsalar da işverenlerin ayrımcılık yasaklarına ilişkin kurallar ile sınırsız bir sorumluluk ile karşı karşıya kalmamalarını sağlamaları bakımından son derece önemli düzenlemelerdir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu; ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği halleri düzenlerken çalışma hayatının gereklerini dikkate almış ve AB müktesebatına da uyumlu düzenlemeler getirmiştir. Kanun; çalışma hayatının gereklerini dikkate alırken yalnızca bir koşul ile yetinmemiş, genellikle birden fazla koşulu aramıştır. Bu bağlamda söz konusu düzenlemelerin istisna kapsamında kaldığını ve dar yorumlanması gerektiğini unutmamıştır. Aslında son derece yeni bir kurum olarak önümüze çıkan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile Kurum Kanunu belli düzeltmelere ve detaylara yer vermeye muhtaçtır. Bu bağlamda önü açık olan bu Kurumun getirdiği düzenlemelerin iyileştirilmesi, geliştirilmesi ve üzerinde durulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan. *İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2013.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi. *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*. 2010.
- https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf.
- Aydınöz, Gonca. "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı." *Çalışma ve Toplum*, no. 22 (2009): 163-192.
- Bakırcı, Kadriye. "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler." *Kadın Araştırmaları Dergisi*, no. 10 (2012): 1-37. <http://tarmakder.dergipark.gov.tr/download/article-file/7205>.
- Başbuğ, Aydın. *İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları*. İstanbul: Binyıl Yayınevi, 2015.
- Cin Karagöz, Emine. "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri." *Yasama Dergisi* 11, no. 32 (2016): 21-40.
- Çelik, Nuri. "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar." *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 14 (2007): 485-496.
- Düğmeci, Fatih. *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Manav, A. Eda. "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 731-779.
- <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf>.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Odyakmaz, Zehra, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz. "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 721-761. <https://dergipark.org.tr/mdergi/issue/24952/263405>.
- Onaran Yüksel, Melek. *Karşılaştırmalı Hukuk İşliğinde Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*. İstanbul: Beta, 2000.
- Özer, Hatice Duygu. "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi." *Çalışma ve Toplum*, no. 21 (2009): 123-136.
- Sarıbay Öztürk, Gizem. "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017): 114-142.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Tuncay, A. Can. *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Tuncay, A. Can ve Burcu Savaş Kutsal. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Ulucan, Devrim. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 369-383. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/15-devrimulucan.pdf>.
- Ünal, Canan. *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2018.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.

