

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Yüksek Lisans Tezi

ECE BİLİR

İSTANBUL, 2011

T.C
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Yüksek Lisans Tezi

ECE BİLİR

Tez Danışmanı: PROF. DR. A. CAN TUNCAY

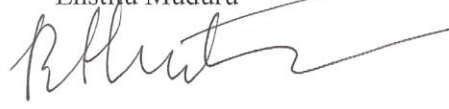
İSTANBUL, 2011

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı : TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI
Öğrencinin Adı Soyadı : Ece BİLİR
Tez Savunma Tarihi: : 28.07.2011

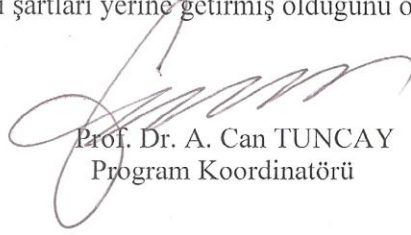
Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Yard. Doç. Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü



Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. A. Can TUNCAY
Program Koordinatörü



Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

Jüri Üyeleri

Prof. Dr. A. Can TUNCAY (Tez Danışmanı)

Doç. Dr. Talat CANBOLAT

Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

İmzalar



ÖZET

TÜRK İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Bilir, Ece

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Can Tuncay

Temmuz, 2011, 177 Sayfa

Cinsiyetlerarası eşitsizlik günümüzde de varlığını sürdüren önemli bir sorundur. Kadına yönelik pek çok önyargı toplumsal hayatta ve çalışma hayatında kadını erkeğin arkasına iterek, cinsler arasında eşitsizliğe sebep olmaktadır. Bu önyargıların başında kadının evinden ve ailesinden sorumlu olması gerektiğine ilişkin inanış gelmektedir. Bu inanışla meslekler cinsiyetlerarasında bölüşülmekte, kız çocukları okula gönderilmemektedir. Adeta bir zincirin halkaları olan tüm bu önyargılar, kadını eve hapsetmektedir.

Kadının sırf cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa maruz kalarak mağdur edilmesini engellemeye yönelik pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeler tek başına toplumsal yargıların değiştirilmesini sağlayamasa da, ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmesini önlemeleri bakımından önemlidir. Fakat ayrımcılığın önlenerek kadının erkeklerle eşit uygulamalara tabi tutulması var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması bakımından yeterli değildir. Bu sebeple kadına fırsat eşitliği tanınarak fiili eşitsizliklerin de ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bunun içinde geçici bir süre olumlu ayrımcılık politikalarının uygulanmasına ihtiyaç vardır.

4857 Sayılı İş Kanunu madde 5 ile istihdamın her aşamasında cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır. Bu düzenlemeyle hem tarafı olduğumuz uluslararası düzenlemelerle hem de Avrupa Birliği mevzuatıyla uyum sağlanmak istenmiştir. Her ne kadar düzenleme ayrımcılık tazminatına ilişkin üst sınırın varlığı gibi bir takım nedenlerle eleştirilebilecekse de, kadınların çalışma hayatının her aşamasında ayrımcılığa karşı yasa ile korunması önemlidir.

Anahtar Kelimeler: İş Kanunu Madde 5, Cinsiyetlerarası Ayrımcılık, Olumlu Ayrımcılık

ABSTRACT

GENDER DISCRIMINATION IN LABOUR LAW

Bilir, Ece

MASTER IN PRIVATE LAW

Thesis Supervisor: Prof. Dr. A. Can Tuncay

July, 2011, 177 Pages

Inequality between sexes is an important matter which has sustained to the present. Many prejudices towards women keep them behind compared to men in both social and business life which cause disparity. To begin with the prejudices, it is believed that the women are supposed to be responsible for their homes and families. With this belief, jobs are split among genders and women are prevented to go on with their education. As the rings of a chain, these prejudices imprison the women to their homes.

There are many arrangements to protect women against discrimination which occurs just because of their genders. Although social rules are not changed by only these legal arrangements, they are essential in the point of preventing the discrimination rules broken. However, by preventing discrimination and equalizing opportunities for both women and men are still not enough for the removing the inequality. Accordingly, with the positive discrimination policies, implementation of gender equality should be ensured

With Turkish Labour Law Code (No: 4857) article 5, gender discrimination is prohibited in every area of employment. The aim of this regulation is "becoming" coherent with the international regulations which are ratified by Turkey and European Union Legislation. Although the upper limit of compensation about discrimination can be criticized; this article is so important to protect women against discrimination in every field of employment.

Key Words: Labour Law Code Article 5, Discrimination Between Genders, Positive Discrimination.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
I. KADINLARIN ÇALIŞMA HAYATINDAKİ YERİ	3
A. Türkiye’de Kadının Çalışma Hayatındaki Yerini Gösteren Sayısal Veriler	3
B. Avrupa Birliği Ülkelerine İlişkin Sayısal Veriler	5
C. Ülkemizde Kadın İstihdamının Az Oluşunun Nedenleri	5
II. EŞİTLİK İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI	10
A. Eşitlik İlkesi	10
1. Genel Olarak Eşitlik Kavramı	10
2.Eşitlik İlkesi İle İlgili Diğer Kavramlar	12
a. Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi İle Eşitlik İlkesinin İlişkisi	12
b. Eşit Davranma İlkesi İle Eşitlik İlkesinin İlişkisi	14
B. Ayrımcılık Yasağı	15
1. Genel Olarak Ayrımcılık Kavramı	15
2. Cinsiyet Ayrımcılığı	16
a. Anlamı ve Kapsamı	16
b. Cinsiyet Ayrımcılığının Ortaya Çıkış Şekilleri	18
C. Tarihte Cinsiyetlerarası Eşitsizlik ve Cinsiyet Ayrımcılığı	19
1. Türkiye’de Durum	19
2. Dünyada Durum	20
III. ULUSLARARASI METİNLERDE EŞİTLİK İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI 24	
A. Birleşmiş Milletler Belgeleri	24
1. Birleşmiş Milletler Antlaşması	24
2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	24
3. Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi	26
4. Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi	27
5. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)	28
B. Uluslararası Çalışma Örgütünün Kadın Erkek Eşitliğine Yaklaşımı	32
1. Genel Olarak	32
2. Uluslararası Çalışma Örgütünün Eşitlik İlkesini ve Ayrımcılık Yasağını İçeren Sözleşmeleri	33

a. Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme	33
b. İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme.....	35
c. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme	38
d. Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme	41
e. Analığın Korunmasına İlişkin Sözleşme	43
f. Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme	44
g. Gece Çalışması Sözleşmesi ve Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması.....	44
C. Avrupa Konseyi Belgeleri	44
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	44
2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	46
D. Avrupa Birliği Mevzuatı	51
1. Avrupa Birliği'nin Eşitlik ve Cinsiyetlerarası Ayrımcılıkla İlgili Antlaşmaları ..	52
a. Roma Antlaşması.....	52
b. Amsterdam Antlaşması	53
2. Avrupa Birliği'nin Eşitlik ve Cinsiyet Ayrımcılığı İle İlgili Yönergeleri	55
a. 92/85 Sayılı Hamile, Loğusa ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Saygılığının Korunması Hakkında Yönerge.....	55
b. 96/34 Sayılı İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge.....	56
c. 2000/78 Sayılı İşe Alma ve Meslekte Eşit Muamele Yönergesi	57
d. 2006/54 Sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın Ve Erkeğe Eşit Muamele Ve Fırsat Eşitliğinin Uygulanmasına Dair Yönerge.....	57
IV. TÜRK HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ ve CİNSİYET AYRIMCILIĞI	
.....	63
A. Genel Olarak Eşit Davranma İlkesi.....	63
B. Eşit Davranma İlkesinin Uygulama Koşulları	63
C. Eşit Davranma İlkesinin Kaynağı.....	64
D. Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanakları	65
1. Anayasada Eşitlik İlkesi.....	65
a. Anayasada Yer Alan Eşitlik İlkesinin Kişiler Arası İlişkilere Uygulanabilirliği	68
b. Anayasada Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Diğer Maddeler	70

2. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi.....	72
a.1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	72
b. 4857 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	73
aa. Eşit Davranma İlkesi, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık	73
Kavramlarının İlişkisi.....	73
bb. İş Kanunda Yer Alan Diğer Düzenlemeler.....	75
c. Deniz İş Kanunu	76
d. Basın İş Kanunu	76
e. Sendikalar Kanunu	76
E. Cinsiyet Ayrımcılığının Çeşitleri.....	77
1. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı	77
a. Genel Olarak.....	77
b. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığının Tespiti.....	79
2. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı	80
a. Genel Olarak.....	80
b. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığının Unsurları.....	82
3. Olumlu Ayrımcılık	87
a. Genel Olarak.....	87
b. Kota Sistemi.....	89
F. Cinsiyet Ayrımcılığının Söz Konusu Olduğu Bazı Haller	90
1. İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında Cinsiyet Ayrımcılığı	90
a. Genel Olarak.....	90
b. İş İlanlarında ve İş Görüşmelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı	93
aa. Genel Olarak.....	93
bb. İş İlişkisinin Kurulmasında Gebelik Nedeniyle Cinsiyet Ayrımcılığı	94
c. Yaptırım	98
2. İş İlişkisinin Devamında Cinsiyet Ayrımcılığı.....	99
a. Çalışma Koşullarında Cinsiyet Ayrımcılığı	99
b. Mesleki Yükselmeye Cinsiyet Ayrımcılığı	102
3. Ücret ve Eklerinde Cinsiyet Ayrımcılığı	103
a. Genel Olarak Ücrette Cinsiyet Ayrımcılığı.....	103
b. Ücrette Cinsiyet Ayrımcılığının Nedenleri	105
c. Ücret Eşitliğini Sağlamayı Amaçlayan İlkeler.....	106

aa. Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi.....	106
bb. Eşit Değerde İşe Eşit Ücret İlkesi	107
aaa. Genel Olarak.....	107
bbb. İş Değerlendirmesi	107
cc. İlkelerin Uygulama Koşulları	109
d. Mevzuatımızda Durum.....	110
e. Prim, İkramiye ve Diğer Sosyal Yardımlarda Cinsiyet Ayrımcılığı.....	112
4. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Cinsiyet Ayrımcılığı.....	113
a. Genel Olarak.....	113
b. İş ilişkisinin Kadının Evlenmesi Sebebiyle Sona Erdirilmesi	115
c. İş İlişkisinin Kadının Hamile Kalması Nedeniyle Sona Erdirilmesi.....	117
aa. Hamilelik İznine Ayrılmadan Önceki Dönemde Fesih	118
bb. Hamilelik İznine Ayrıldığı Dönemde Fesih	120
cc. Hamilelik Sonunda Hamileliğe Bağlı Hastalığın Ortaya Çıkması Halinde Fesih.....	120
d. Deneme Süreli İş Sözleşmelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı Sebebiyle Fesih	121
5- Cinsel Taciz.....	122
a. Genel Olarak.....	122
b. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz	124
aa. Cinsel Taciz Nedeniyle İşverenin Sorumluluğunun Dayanakları.....	125
bb. İş Sözleşmesinin Kurulması Aşamasında Cinsel Taciz	128
cc. İş İlişkisinin Devamında Cinsel Taciz.....	129
c. Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçu	133
aa. Cinsel Taciz Suçu	133
bb. Cinsel Saldırı Suçu.....	134
6. Cinsel Yönelim (Cinsel Tercih)	134
a. Avrupa Birliğinde Durum	134
b. Türk Hukukunda Durum.....	136
F. Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağının İstisnaları.....	138
1. Biyolojik Sebepler	139
a. Hamilelik Ve Doğum Sonrası Döneme İlişkin Düzenlemeler.....	139
b. Kadına Yasak Olan İşler	141
2. İşin Niteliğine İlişkin Sebepler	144

3. Farklı Davranmayı Haklı Kılan Sair Nedenlerin Varlığı.....	146
V. CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ	
SONUÇLARI.....	147
A. Uygulanacak Yaptırımlar	147
1. Hukuki Yaptırımlar	147
a. Geçersizlik.....	147
b. Eda Davası	148
c. Maddi ve Manevi Tazminat.....	149
d. Ayrımcılık Tazminatı.....	151
aa. Genel Olarak.....	151
bb. Ayrımcılık Tazminatının İş Güvencesi ve Kötü Niyet Tazminatlarıyla	
İlişkisi.....	152
cc. Cinsel Tacizde Ayrımcılık Tazminatı	156
e. İş Görmekten Kaçınma	156
f. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı.....	158
2. Cezai Yaptırımlar.....	159
3. İdari Yaptırımlar.....	160
B. İspat Yüğü.....	161
1. Genel Olarak.....	161
2. Doğrudan ve Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığında İspat	163
C. Zamanaşımı.....	165
SONUÇ.....	166
KAYNAKÇA	169

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bak.	: Bakanlık
BK	: Borçlar Kanunu
BM	: Birleşmiş Milletler
C	: Cilt
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK.	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İş K.	: İş Kanunu
K.	: Karar
md.	: madde
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa.
S.	: Sayı
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti.
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri Ve İşadamları Derneği
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
vd.	: Ve Devamı
vs.	: Ve Saire

GİRİŞ

Kişinin sırf cinsiyeti sebebiyle farklı bir muameleye maruz kalması halinde cinsiyet ayrımcılığı söz konusu olur. Cinsiyet ayrımcılığı her iki cinsiyete yönelik olabileceksede genellikle mağdurun kadınlar olduğu görülmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı doğrudan ya da dolaylı olabilir ki 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen düzenlemede bu iki şekli de yasaklanmıştır. İş Kanunu md. 5'in kenar başlığı "Eşit Davranma İlkesi"dir. İlkenin kaynağı Anayasa md. 10'da yer alan eşitlik ilkesidir. Kenar başlığı böyle olsa da madde 5'in içeriğinde ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

Tezimizin ilk bölümünde Türkiye'de kadınların çalışma hayatında ne kadar yer aldığına, yer alanların ise hangi sektörlerde çalıştığına ilişkin sayısal verilere değinilmiştir. Bu sayısal verilerle kadınların çalışma hayatında ne kadar az yer aldığı tespit edilerek somut gerçekler ortaya konmaya çalışılmıştır. Ülkemize ilişkin sayısal veriler dışında Avrupa Birliği ülkelerine yönelik verilere de değinilerek kadının çalışma hayatında az yer almasının sadece ülkemize özgü bir sorun olmadığı ortaya konmak istenmiştir. Sayısal veriler her ne kadar bazı gerçekleri ortaya koysa da önemli olan bu gerçeklerin altında yatan nedenlerin tespitidir. Zira amaç kadınların çalışma hayatında az yer almasına neden olan sorunların çözümüdür. Dolayısıyla istatistikî tespitlerin dışında ülkemizde kadın istihdamının neden az olduğu da incelenmiştir.

Bu belirlemelerden sonra tezimizin ikinci bölümünde, eşitlik ilkesine ve bu ilke ile anılan diğer ilkelere değinilerek, kavramların birbirleri ile ilişkileri belirtilmiş, içerikleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Eşitlik ilkesine yönelik bu belirlemelerden sonra ayrımcılık kavramı ve cinsiyet ayrımcılığından ne anlaşılması gerektiği gibi konulara değinilmiş, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği incelenmiştir. Eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına dair genel bilgilerden sonra cinsiyet ayrımcılığı sorununun bugüne gelene kadar hangi aşamalardan geçtiği gösterilmek istenmiştir.

Üçüncü bölümde ülkemizin taraf olduğu metinlerdeki ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Böylelikle mevzuatımızın ne yönde olması gerektiği belirlenmiştir. Her ne kadar

henüz Avrupa Birliği üyesi olmasak da, üyelik sürecinde ilerlediğimizden Avrupa Birliği mevzuatına da değinilmiştir. Uluslararası kaynakların incelenmesinden sonra Türk Hukukunda eşitlik ilkesi incelenmiştir.

Tezimizin dördüncü bölümünde eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayrımcılığı incelenmiştir. Eşit davranma ilkesinin ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışma kapsamında mümkün olmadığından açıklamalarımız konumuzun daha iyi anlaşılmasına yönelik olarak konumuzla sınırlı olarak yapılmıştır. Eşit davranma ilkesine ilişkin açıklamalardan sonra ayrımcılık çeşitlerine ve bu kapsamda olumlu ayrımcılığa değinilerek, ayrımcılık kavramının detaylı incelemesi yapılmıştır. Kavramın somutlaştırılması ve ayrımcılığa ilişkin ihlallerin ne şekilde ortaya çıkabileceğinin tespiti için de istihdamın her aşamasında ayrımcılık halleri incelenmiştir. Ayrımcılık yasakları mutlak yasaklardandır. Yani kural olarak her durumda uyulması gerekmektedir. Fakat kanun koyucu bazı hallerde mutlak olarak bu yasağa uyulmasının eşitsizlik ve ayrımcılık yaratacağından bahisle, farklı davranılmasına izin vermiştir. Bu haller ayrımcılık yasaklarının istisnalarını oluşturur. Bu istisnalara dördüncü bölümün sonunda değinilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmesi halinde uygulanacak hukuki, cezai ve idari yaptırımlara değinilmiş, ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisine ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Ayrıca bu bölümde ayrımcılık yasaklarının ihlal edildiğinin nasıl ispat edileceği ve ayrımcılık tazminatına ilişkin zamanaşımı konuları da incelenmiştir.

I. KADINLARIN ÇALIŞMA HAYATINDAKİ YERİ

A. Türkiye’de Kadının Çalışma Hayatındaki Yerini Gösteren Sayısal Veriler

2009 yılı istatistiklerine göre Türkiye’nin kurumsal olmayan¹ nüfusu 70.542’dir. Bu nüfusun 35.000’ini erkekler oluştururken 35.541’ini kadınlar oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere kadın ve erkek nüfusu birbirine oldukça yakındır. 15 yaş ve üzeri nüfusa baktığımızda da kadınlara ve erkeklere ilişkin verilerin yakınlığı dikkat çekmektedir. Kadın nüfusunun 26.317’si, erkek nüfusunun ise 25.369’u 15 ve daha yukarı yaştaki kurumsal olmayan nüfusu oluşturmaktadır².

Kadınların çalışma hayatındaki yerinin tespiti için cinsiyete göre işgücüne katılım oranlarının da incelenmesi gerekmektedir. İşgücüne katılım oranını istihdam edilmiş ya da işsiz olarak işgücü piyasası ile ilişkisi olan kesim oluşturur. Yani, çalışan ya da çalışmaya hazır ve iş arayanların oluşturduğu oran işgücü oranını ifade etmektedir³. Dolayısıyla bu orana dâhil olmayanlar herhangi bir şekilde iş aramayanlardır.

2009 yılında kadınların işgücüne katılım oranı yüzde 26’dır. 2004 ve 2005 yılında kadınların yüzde 23,3’ü; 2006 ve 2007 yılında ise yüzde 23,6’sı işgücüne katılmış, bu oran 2008 yılında yüzde 24,5’a ulaşmıştır. Buna karşılık 2004 yılından 2009 yılına kadar erkeklerin işgücüne katılma oranları sırasıyla yüzde 70,3, yüzde 70,6, yüzde 69,9, yüzde 69,8, yüzde 70,1 ve yüzde 70,5’tir⁴. Görüldüğü üzere kadınların işgücüne katılım oranları erkeklerin oldukça gerisindedir. Diğer taraftan son yıllarda kadınların işgücüne katılım oranlarında az da olsa bir artış görülüyorsa da, kadınların işgücüne katılım oranları 1988 yılından bu yana gerilemiştir. 1988 yılı verilerine göre kadınların işgücüne katılım oranları yüzde 34,3’tür⁵.

Kısacası tüm bu rakamlara bakılarak söylenebilir ki, son yıllarda kadınların işgücüne katılım oranlarında az da olsa bir artış gözlemlenmişse de sonuç olarak katılım oranları erkeklerin katılım oranlarının çok gerisindedir. Diğer taraftan bu rakamlar bizlere

¹ “Kurumsal olmayan nüfus: Okul, yurt, otel, çocuk yuvası, huzurevi, hastane, hapisane, kışla ya da orduvinde ikamet edenler dışında kalan nüfustur”, Türkiye İstatistik Kurumu, Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, Ankara 2009, s.XX.

² Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.4.

³ Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.XXI.

⁴ T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Çalışma Hayatı İstatistikleri 2009, Ankara 2010, s.10.

⁵ “Türkiyede Kadın İstihdamının Durumu”,

(<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/wstat2009.pdf>, 04.07.2011).

Türkiye’de çalışma hayatına yani üretime katılmayan kesimin ne kadar fazla olduğunu da işaret etmektedir.

Sektörel dağılımların incelenmesi ülkenin gelişmişlik düzeyinin tespiti bakımından önemlidir. Kalkınan ülkelerde hizmet ve sanayi sektöründe istihdam fazlalaşırken tarımda bu sektörler nazaran daha düşük oranda istihdam görülmektedir. Genel olarak ülkemizde her ne kadar hizmet ve sanayi sektöründe istihdamda artış olsa da tarım sektöründeki istihdamda da artış gözlenmektedir⁶. 2009 verilerine göre kadınların istihdam edildiği sektörlerin başında kırsalda tarım sektörü, kentlerde ise hizmet sektörü gelmektedir⁷. 2008 yılı Kasım ayı verilerine göre –ki sayılarda 2009 yılında da etkili bir artış olmamıştır- kadınların yüzde 49’u tarım sektöründe, yüzde 35’i hizmet, yüzde 13’ü ise sanayi sektöründe istihdam edilmektedir. Bu sektörlerde çalışan kadınların yüzde 52’si ücretli ve yevmiyeli, yüzde 36’sı ücretsiz aile işçisi olarak, yüzde 11’i kendi hesabına, yüzde 1’i ise işveren olarak çalışmaktadır. Kentlerde üst düzey yönetici⁸ veya kanun yapıcı gibi yönetim alanlarında istihdam edilen kadınların sayısı yalnızca yüzde 5,4’tür⁹. Kırsalda bu veriler değişmektedir ve ücretsiz aile işçisi olarak çalışan kadınların sayısı, ücretli ve yevmiyeli çalışan kadınların sayısının önüne geçmektedir¹⁰. Son olarak belirtmek gerekir ki, kadınların eğitim durumları yükseldikçe işgücüne katılma oranları artmaktadır. Zira yükseköğretim ve fakülte mezunu kadınların yüzde 70,8’i işgücüne katılırken, lise ve dengi meslek okullarından mezun kadınların yüzde 33,7’si, lise altı eğitimlilerin yüzde 21,8’i, okuryazar olmayanların ise yüzde 15’i işgücüne katılmaktadır¹¹.

⁶ BERBER, Metin/ YILMAZ-ESER, Burçin, “Türkiye’de Kadın İstihdamı: Ülke Ve Bölge Düzeyinde Sektörel Analiz”, “İş, Güç”, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Nisan 2008, s.5.

⁷ Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.5.

⁸ Kadın yöneticilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. TÜTEK, Hülya, “Dünyada Ve Türkiye’de Kadın Yöneticiler: Cam Tava Deliniyor mu?”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s.241 vd.

⁹ “Türkiyede Kadın İstihdamının Durumu”

(<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/wstat2009.pdf>, 04.07.2011); ayrıca bak. Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.17.

¹⁰ Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.6.

¹¹ Çalışma Hayatı İstatistikleri 2009, s.11; KORAY, Meryem, “Çalışma Yaşamında Kadın Gerçekleri”, Amme İdaresi Dergisi, s.101, (yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDU0MDU2MDUw, 04.07.2011).

B. Avrupa Birliği Ülkelerine İlişkin Sayısal Veriler

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2009 yılı verilerine göre, Hollanda'da kadınların işgücüne katılım oranları yüzde 60,4 erkeklerin ise yüzde 73,3 iken; Almanya'da kadınların yüzde 53,7'si, erkeklerin yüzde 66,3'ü; Fransa'da kadınların yüzde 51,9'u, erkeklerin yüzde 62,4'ü, İtalya'da ise kadınların yüzde 38,3'ü, erkeklerin ise yüzde 59,9'u işgücüne katılmaktadır¹². Söz konusu verilere göre, her ne kadar Avrupa Birliği ülkelerinde kadınların işgücüne katılım oranları ülkemize nazaran çok daha fazla olsa da, erkeklerin katılım oranlarıyla kıyaslandığında kadınların ekonomik hayata katılımları bu ülkelerde de azdır.

Avrupa Birliği ülkelerinde kadınlar daha çok hizmet sektöründe çalışmaktadır. Bunu sanayi sektörü ve tarım sektörü izlemektedir. Bu ülkelerde ev hizmetlerinde çalışan kişilerin yüzde 82'sini; sağlık sektörünün yüzde 79'unu; eğitim sektöründe çalışanların yüzde 72'sini kadınlar oluşturmaktadır¹³. Yine, Avrupa Birliği ülkelerinde de, yönetici pozisyonlarında kadınlardan çok erkekler çalışmaktadır¹⁴. Avrupa Birliği ülkelerinde kadınların daha çok hizmet sektöründe yer alması bu ülkelerdeki istihdam imkânlarının Türkiye'dekinin aksine tarım yoğunluklu olmamasından kaynaklanmaktadır¹⁵.

Tüm bu verilere bakıldığında denebilir ki kadınların iş hayatında erkeklere göre daha az yer almaları ülkemizde daha belirgin olmakla birlikte aslında ülkelerin çoğunun önemli bir sorunudur.

C. Ülkemizde Kadın İstihdamının Az Oluşunun Nedenleri

Bir gerçeği ortaya koyan sayısal veriler elbette ki tek başına yeterli değildir. Önemli olan, bu verilerin altında yer alan sebeplerin tespit edilerek çözüm yollarının bulunmasıdır. Türkiye'de kadın istihdamının düşük olduğu sayısal verilerle sabit olmuş bir gerçektir. Kadının işgücüne katılması hem daha demokratik bir toplum yapısının oluşması açısından hem de kadının ekonomik özgürlüğünü kazanarak kendine dayatılan

¹² http://laborsta.ilo.org/sti/DATA_FILES/TABLE_PDF/By_Country_FULL_EN.pdf, (04.07.2011).

¹³ Women And The Labour Market, Labour Market Observatory Section For Employment Social Affairs And Citizenship, European Economic And Social Comitee, 2008, s.37, (<http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/eesc-2009-04-en.pdf>, 04.07.2011).

¹⁴ NEWELL, Helen, Industrial Relations Developments In Europe 2006, Luxembourg 2007, s.47, (<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/34/en/1/ef0734en.pdf>, 04.07.2011).

¹⁵ YÜKSEL-ONARAN, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.9.

rollerden sıyrılması bakımından önem arz etmektedir¹⁶. Dolayısıyla kadın istihdamının az olmasının temelinde yatan ve cinsiyetlerarası ayrımcılık yaratan uygulamaların ve ön yargıların nedenlerin belirlenmesi gerekmektedir.

Bu gerçeğin arkasında yer alan nedenlerden biri kadınların eğitime katılma oranlarının yani eğitim seviyelerinin düşük olmasıdır. 2006 verilerine göre hala kadınların %20'si okur-yazar değildir¹⁷. Bu noktada belirtmek gerekir ki Türkiye 1995 yılında Pekin'de toplanan 4. Dünya Kadın Konferansında kadınların okur-yazarlık oranının %100'e çıkarılmasını taahhüt etmişse de bu taahhüt maalesef yerine getirilememiştir¹⁸. Erkek çocuklarının okutulması meslek sahibi edindirilmelerine karşın, kız çocuklarının nasılsa ev hanımı olacağı düşüncesiyle okutulmamaları eğitim seviyesi bakımından kadınları erkeklerin gerisine itmektir¹⁹. Eğitim kadın için oldukça önemlidir. Zira eğitim gören kadın toplumun kendisine biçtiği rolden sıyrılarak özgürleşmekte ve güçlenmektedir. Diğer taraftan işverenlerin istihdam edilecek kişilerden beklentilerinin karşılanabilmesi için de eğitim gerekmektedir. Eğitimli kadın çalışma hayatına girme şansı yakalayacak, daha iyi şartlarda istihdam edilecek ve istihdam edildiği işte terfi etme fırsatı yakalayacaktır. Eğer kadın gereken eğitime sahip olmazsa rekabetin hakim olduğu iş piyasasında tutunamayacak, cazip olmayan şartlarla istihdam edilecek ve bu sebeple de kadın, toplumun kendisine uygun gördüğü evde hizmet görme görevinden sıyrılmayarak çalışma hayatında yer alamayacaktır²⁰. Bu sorunların ortadan kalkması ve kadının çalışma hayatına kazandırılabilmesi için eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanması gerekmektedir.

Değindiğimiz veriler gösteriyor ki kırsal alanda kadın tarım sektöründe ücretsiz aile işçisi olarak istihdam edilmektedir²¹. Ülkemizde çeşitli nedenlerle köylerden kentlere göç söz konusudur. Eğitimsiz kadın kente göçtüğü zaman ona uygun istihdamın

¹⁶ ÇELİKEL, Aysel, Türkiye'de Kadın Sorunları Paneli, İnsan Hakları Hukuku Ve Kadın (Anılış: Panel), İstanbul 2003, s.144.

¹⁷ Bak. <http://nkg.tuik.gov.tr/goster.asp?aile=3>, (04.07.2011).

¹⁸ ANIL, Ela/İLKKARACAN, Pınar/ KILIÇ, Zülal/ RONGE, Karın/ SERAL, Gülşah/ ÜLGEN, Tuluğ, Pekin+5: Birleşmiş Milletler'de Kadının İnsan Hakları Ve Türkiye'nin Taahhütleri, 2001, s.14.

¹⁹ ALTAN, Z. Ömer, Kadın İşçiler Ve Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması, Eskişehir 1980, s. 86 vd., Kadın-Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş: Eğitim, Çalışma Yaşamı Ve Siyaset, Yayın No. TÜSİAD-T/2000-12/290, İstanbul 2000, s.155.

²⁰ BERBER/YILMAZ-ESER, s.14; YÜKSEL- ONARAN, s. 12; ATA, Namık, "Türkiye'de Kadınların İşgücüne Katılma Oranı Erkeklerin Ancak Üçte Biri Kadardır", İşveren, C.44, S.4, Ankara 2006, s.19; ayrıca bak. ÖZKUZUKIRAN, Şule, "Sorunun Çözüm Noktası: Eğitim", İşveren, C.44, S.4, Ankara 2006, s.37.

²¹ Bak. BERBER/YILMAZ-ESER, s.6.

mümkün olmaması sebebiyle çalışma hayatından uzaklaşarak ev hanımı olmaktadır²². Belirtmek gerekir ki ücretsiz aile işçisi olmak, kadının ekonomik bağımsızlığını sağlaması ya da toplumsal statüsünün artması konusunda bir yarar sağlamamaktadır²³. Fakat yine de kırsalda kadın ücretsiz olarak çalışsa da en azından ülke üretiminde yer alırken kentte eğitimsizliğinin de etkisiyle kendine uygun iş bulamaması sebebiyle eve kapanmaktadır²⁴.

Kadınların çalışma hayatında az yer almalarının bir diğer sebebi ise, mesleklerin cinsiyetlere göre sınıflandırılmaya tabi tutulmasıdır. Toplumdaki inanişına göre bazı meslekler kadınlara daha uygunken bazı meslekler²⁵ erkek mesleği olarak nitelendirilmektedir. Bu inaniş ayrımcılığa sebep olmaktadır. Verilere bakıldığında kadınların daha çok hizmet sektöründe; eğitim, sağlık²⁶, tekstil gibi alanlarda çalıştığı görülmektedir²⁷. Mesleklerin cinsiyetlerarasında bölünmesiyle kadının istihdam olanakları sınırlandırılmakta, kadına uygun görülen kısıtlı alanda kadın erkeğe göre daha düşük ücret getiren işlerde çalıştırılmaktadır. Zira kadının gördüğü iş az dayanıklılık gerektiren işlerken, erkek idari kadroda ve daha fazla dayanıklılık gerektiren işlerde çalışmaktadır. Diğer taraftan kadının gebe kalması durumunda işten uzaklaşacak olması da işverenlerce hoş karşılanmamaktadır. İşveren böyle bir işçiye eğitim vermek ya da onu terfi ettirmek yerine işte kalacağı daha garanti olan erkek işçiye bu imkânları sunmayı tercih etmektedir²⁸. Kadınlar eğitim olanaklarına ulaşmakta zaten zorlanırken,

²² PUR, Necla, Türkiye’de Kadın Sorunları Paneli, İnsan Hakları Hukuku Ve Kadın, İstanbul 2003, s. 171; SUR, Melda, “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu” (Anılış: Çalışma Hayatında Kadın), Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, 170; TÜRKTAN, Gülден, “AB Ve Türkiye’de Kadın İstihdamının Önündeki Engeller Ve Çözüm Önerileri- II. Oturum, Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s.77.

²³ SUR, Çalışma Hayatında Kadın, 170; TÜRKTAN, s.77.

²⁴ PUR, s.171.

²⁵ Bankacılık sektöründe müfettişliğin erkek mesleği kabul edildiğine ilişkin banka çalışanlarının görüşleri ve yorumları için bak. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Çalışma Yaşamında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Bankacılık Sektöründe Örnek Olay İncelemesi, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2000, s.59.

²⁶ Sağlık sektöründeki durumun detaylı incelemesi için bak. URHAN, Betül/ ETİLER, Nilay, “Sağlık Sektöründe Kadın Emeginin Toplumsal Cinsiyet Açısından Analizi”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2011/2, (<http://calismatoplum.org/sayi29/urhan-etiler.pdf>, 04.07.2011).

²⁷ Sayısal veriler için bak. Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, s.17.

²⁸ MOROĞLU, Nazan, “Avrupa Birliği Antlaşmalarında Ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği İle İlgili Düzenlemeler” (Anılış: Avrupa Birliği), Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara 2000, s.58; KORAY, Meryem/DEMİRİLİK, Sevda/DEMİRİLİK, Tunç, Gıda İşkolunda Çalışan Kadınların Koşulları Ve Geleceği, Ankara 1999, s.173; ALTAN, s. 85 vd.; KORAY, s. 96; YÜKSEL-ONARAN, s.14 vd.

eğitim g6r6p iş hayatinde yer alan kadınlar da ilerlemeleri için gerekli olan eğitimi almakta zorluk yaşamaktadır. B6ylelikle de kadınlar işte ilerlemekte zorlanmaktadır.

Kadın istihdamını engelleyen ve kadına karşı ayrımcılığa neden olan bir diğer toplumsal neden, kadının iş yaşantısında yer almasından ziyade evinde kalarak evin d6zeniyile ve varsa çocuklarının eğitimiyle ilgilenmesine ilişkin, ataerkil yapıyı savunan d6şuncedir. Bu d6şünce erkeğe dış d6nyada sorumluluklar y6klerden, kadınları çalışma hayatından uzaklaştırmaktadır. B6ylelikle kadın aile yaşantısı ya da çalışma hayatı arasında bir seçim yapmak zorunda kalmaktadır. alışan kadın ise gebe kalması ve çocuk sahibi olması durumunda iş hayatından uzaklaşmakta ve çocuğunu b6y6tt6kten sonra iş hayatına d6nmekte zorlanmaktadır. Diğer taraftan çalışma hayatında yer alan kadınlar çalışma hayatına ilişkin sorumluluklarla birlikte aile yaşantısının da kendisine sorumluluk y6klemesi sebebiyle daha çok kısmi s6reli işlerde çalışmayı tercih etmektedir. Zira kadının ev yaşantısından doğan sorumlulukları onun seçeceği işyerini veya çalışabileceği saatleri de etkilemektedir. Kadınlar tarafından tercih edilen kısmi s6reli işler ise daha az nitelik gerektiren, daha az 6cret getirisi olan ve ilerleme şansı daha az olan iřlerdir²⁹.

Bahsettiğimiz t6m bu nedenlerle kadınlar işe alınmada, işinde y6kselmede zorluk çekmekte erkek işçilere nazaran daha d6ř6k 6cretlerle çalışmaktadır. Toplu işten çıkarmalarda erkek evini geçindirmekle g6revli kabul edildiğinden, işten çıkartılacak kişi olarak kadınlar tercih edilmektedir. Yine işten çıkarma s6z konusu olduğunda kıdem esas alınması halinde de bu uygulamadan kadınlar daha fazla etkilenmektedir. Cinsiyet ayrımcılığına neden olan bu sosyo-k6lt6rel nedenler kadının 6retime katılımını azaltmaktadır³⁰.

Unutmamak gerekir ki kadın erkek arasındaki eşişsizlik ve ayrımcılık insan hakları sorunudur. Toplumsal adaletin sağlanması için cinsiyetlerarası eşişliğin sağlanması

²⁹ ÇELİKEL, Aysel, “AB Ve T6rkiye’de Kadın İstihdamının 6n6ndeki Engeller Ve 6z6m 6nerileri- II. Oturum (Anılış: Kadın İstihdamı), Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s.71-72; MOROĞLU, Nazan, “AB Ve T6rkiye’de Kadın İstihdamının 6n6ndeki Engeller Ve 6z6m 6nerileri (Anılış: İstihdam Engelleri) - II. Oturum, Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s.87 ve s. 91; YILDIZ, G. Burcu, İşverenin Eşiş İşlem yapma Borcu (Anılış: Eşiş İşlem), Ankara 2008, s.98; ALTAN, s.90 vd. ; ATA, s.19; KORAY/DEMİRBEK/DEMİRBEK, s.182 vd.; KORAY, s. 95; PUR, s. 173-174; T6RKATAN, s.75; T6SİAD, Kadın- Erkek Eşişliğine Doğru Y6r6y6ř, s.158 vd., Y6KSEL- ONARAN, s. 12 vd.

³⁰ Y6KSEL-ONARAN, s.15-16.

gerekmektedir. Kadının çalışma hayatında yer alması ülke ekonomisinin ve sosyal yaşantının gelişimine katkıda bulunur. Ayrıca, “ulusal gelirden herkesin belirli bir düzeyin altına düşmeyecek şekilde pay alması” anlamına gelen sosyal adaletten bahsedilebilmesi için de cinsiyetlerarası eşitlik var olmalıdır. Sosyal adaletin varlığı ise sosyal devletin oluşumuna esas teşkil eder³¹. Kadının çalışma hayatından uzaklaşmasını sağlayan toplumsal nedenler, kendisine fırsat eşitliği tanınarak çalışma hayatında yer almasıyla değişirse daha demokratik bir toplum meydana gelecektir.

Cinsiyetlerarası işbölümüne yönelik eski Medeni Kanun’un hükümleri yeni Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesiyle kalkmıştır ki bu olumlu bir gelişmedir. Söz gelimi, eski Medeni Kanununun 152. maddesine göre koca evlilik birliğinin reisidir ve karı ve çocukların bakımı kocaya aittir. Yine eski Medeni Kanun madde 153/f.2’ye göre eve kadın bakar. Bu hükümler yeni Medeni Kanun’un 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle kalkmıştır. Mevcut Medeni Kanununun 186. maddesine göre evlilik birliği eşlerce beraberce yönetilir ve yine eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılır. Böylelikle evin yönetiminde eşler eşit söz sahibi kılınmış ve cinsiyetlerarasındaki görev bölüşümünün yasal dayanağı kalkmıştır. Elbette yasal düzenlemeler tek başlarına toplumsal inanışların bir anda değişmesini sağlamaz. Fakat rol dağılımına ilişkin toplumsal inanışların yasalarla desteklenmemesi, ülkedeki eğitim seviyesinin artırılmasıyla birleştiğinde cinsiyetlerarası ayrımcılığın kaldırılmasında önemli bir yol alınmış olacaktır.

³¹ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri (Anılış: İş Hukuku) , Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010, s.18; SÜRAL, Nurhan, “Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri Ve Türkiye” (Anılış: UÇÖ), Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s.125.

II. EŞİTLİK İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI

A. Eşitlik İlkesi

1. Genel Olarak Eşitlik Kavramı

Eşitlikten ne anlaşılması gerektiği hususu tarih boyunca irdelenmiştir. Bu kapsamda cinsiyetlerarası eşitlik de eski Yunan filozoflarınca incelenen bir konu olmuştur. Platon'a göre, kadın ve erkek arasındaki tek fark kadınların doğurabilmesidir. Bunun dışında herhangi bir farklılığı olmayan bu iki cins arasında görev bölüşümüne gidilmesi yersizdir. Her ne kadar erkekler bazı alanlarda daha kabiliyetliyse de kadınlar da başkaca alanlarda kabiliyetlidir. Fakat bu fark erkeklerin kabiliyetli olduğu alanlarda kadınların başarılı olamayacağı anlamına gelmemektedir³². Platondan farklı olarak Aristo'ya göre ise, kadın erkeğe itaat etmek için yaratılmıştır ve kadın erkek arasındaki eşitsizlik doğal karşılanmalıdır³³. Yunan filozofların bu düşünceleri ortaya attığından bu yana oldukça uzun bir zaman geçse de, bugün hala farklı cinslerin eşit olup olmadıkları tartışma konusudur. Fakat elbette ki bir cinsin diğerine hizmet ve itaat amacıyla yaratıldığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Platon'un da ifade ettiği gibi kadın ve erkek arasındaki farklılıklar onlara belirli roller yüklemeyi ve onları bazı alanlara hapsedmeyi haklı kılmaz.

Eşitlik ilkesinin genel olarak ne ifade ettiğini anlamak için eşitlik kelimesinin ne anlama geldiği de belirlenmelidir. Eşitlik kelimesi iki veya daha fazla şeyin denk olması anlamına geldiği gibi, “kanunlar yönünden insanlar arasında ayrım olmamasını” da ifade etmektedir³⁴. Toplum bilimi bakımından ise “Bedensel, ruhsal başlıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden ayrım bulunmaması durumunu” ifade etmektedir³⁵. Eşitlik kelimesinin sözlük anlamından da açıkça anlaşılacağı üzere eşitlikten söz edilebilmesi için birbiriyle kıyaslanabilecek birden fazla şey gerekmektedir.

Eşitlik, kıyaslanacak şeylerin ya da kişilerin tüm özellikleri göz önünde tutularak yapılan bir değerlendirme neticesinde varılan bir yargı değildir. Doğada hiçbir şey

³² ŞENEL, Alâeddin, Eski Yunanda Eşitlik Ve Eşitsizlik Üstüne, Ankara 1970, s.398-399.

³³ ŞENEL, s.442.

³⁴ <http://www.tdk.gov.tr>, (04.07.2011).

³⁵ <http://www.tdk.gov.tr>, (04.07.2011).

diğerinin birebir aynısı değildir. Hiçbir nesnenin diğerinin tıpatıp aynı olmadığı bir dünyada bir insanın tüm özellikleriyle diğerinin aynısı olması beklenemez. Bu farklılıklar doğuştan kaynaklanabileceği gibi, kişinin yaşantısı boyunca kazandığı birtakım özelliklerden de kaynaklanabilir³⁶. Birebir benzerlikten bahsedilemeyeceğinden bahisle, eşit olup olmadığı belirlenecek şeylerin belirli özellikleri kıyaslanır ve eşit olup olmadıklarına da bu belirli alanda yapılan değerlendirme sonucu karar verilir³⁷.

Birbiriyle kıyaslamaya konu şeyler eğer obje ise, bu objelerin eşit olup olmadığı renk, hacim veya büyüklük gibi objektif ölçütlere göre belirlenirken; insanların eşit olup olmadığının belirlenmesinde kullanılacak kıstaslar arasında cinsiyet, ırk, dini inanç, yaş gibi ölçütler de yer alır. Fakat bunlar objektif ölçütler değildir. Dolayısıyla burada kesinlikten ziyade bir değerlendirme söz konusudur. Yani söz konusu ölçütler kullanılarak iki insanın eşit olup olmadığı konusunda bir değer yargısına ulaşılır ve eşitlik ilkesine uyulup uyulmadığının değerlendirmesi de bu yargıya göre yapılır. Bu da belirli kişileri sınıflandırarak denk olduğu kabul edilen grupların oluşturulması anlamına gelmektedir. Zira birbiriyle eşdeğer kabul edilen insanlar, kıyaslanan ve eşit olduğu kabul edilen özellikleri ve nitelikleri bakımından bir grup oluştururlar. Eşit kişilere karşı eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının tespiti için de eşitlik ilkesinin ne olduğunun belirlenmesine ilişkin bir ahlak ya da hukuk kuralına ihtiyaç vardır³⁸.

Eşitlik kavramına ilişkin bu açıklamalardan sonra eşitlik ilkesi ile ne sağlanmak istendiğine de değinmek gerekir. Aristo, adaleti dağıtıcı ve denkleştirici olarak ikiye ayırır. Dağıtıcı adalete göre; eşitler eşit haklara sahipken, eşit olmayanlarda eşitsizlikleri oranında paylara ve haklara sahip olur. Yani dağıtıcı adalet oranlı adaleti sağlar. Denkleştirici adalet ise sayısal eşitliği sağlamaya ilişkindir. Oranlı bir adalet yerine mutlak olarak herkese eşit davranılmasına ilişkindir. Yasalarla kurulan eşitliğin

³⁶ BAYSAL, Ulaş, “İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:7 Sayı: 25, İstanbul 2010, s.60; CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler Ve Mağduriyetin Giderilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, İstanbul 2006, s.643; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 30.

³⁷ ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s.18-19; TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Anılış: Eşit Davranma İlkesi), İstanbul 1982, s.8; İNCEOĞLU, Sibel, “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, s. 50, (<http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoğlu.pdf>, 04.07.2011).

³⁸ ÖDEN, s.24; YILDIZ, Eşit İşlem, s.30-31.

bozulması halinde devreye girer ve bu adalet anlayışına göre kişiler yasalar önünde eşittir³⁹.

Aristonun adalet anlayışına ilişkin ortaya attığı görüşünden sonra, eşitlik ilkesinin ne olduğu ve neyi sağlaması gerektiğine ilişkin ortaya çıkan teorilerin⁴⁰ başında şekli eşitlik⁴¹ ve maddi eşitlik⁴² teorileri gelmiştir. Şekli eşitliğe göre genel ve soyut olan kanunlar kapsadıkları herkese eşit olarak uygulanır. Maddi eşitliğe göre ise aynı durumda olanlara aynı, farklı olanlar ise farklı işlemlere tabi tutulmalıdır. Bu eşitlik anlayışına göre kanunların sadece genel ve soyut olmaları yetmez, içeriğinin de araştırılması gerekir. İçerik aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı davranılmasına ilişkinse eşitlik sağlanmış olur⁴³.

Hukuk düzeninde de eşitlik, aynı durumda olanlara aynı işlem yapılması şeklinde anlaşılmaktadır. Bu kabule göre, aynı durumda olmayanlara aynı kuralların uygulanmaması eşitsizlik değildir. Zira şekli anlamda eşitlik anlayışının uygulanabilmesi için insanların özdeş yani birebir aynı olması gerekir ki bu mümkün değildir. Dolayısıyla kanunların herkese, kişilerin özel durumları göz önünde tutulmaksızın uygulanması eşitlik ilkesinden beklenen yararı sağlamaz. Objektif, makul ve haklı bir nedenin varlığı halinde bir gruba farklı davranılması eşitlik ilkesine aykırı değildir⁴⁴.

2.Eşitlik İlkesi İle İlgili Diğer Kavramlar

a. Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi İle Eşitlik İlkesinin İlişkisi

Hukuk düzeninde aynı ve benzer durumda olanlara eşit davranılması anlamına gelen eşitlik ilkesi, eşit davranılması gereken bu kimselerin eşit haklara sahip olduğunu kabul eder ve kişilere kendilerine eşit davranılmasını isteme hakkı verir. Dolayısıyla, eşit

³⁹ ŞENEL, s.456.

⁴⁰ Detaylı bilgi için bak, ÖDEN, s.25.

⁴¹ Şekli eşitliğe mutlak eşitlik, şekli hukuki eşitlik, yatay eşitlik veya aritmetik eşitlik de denmektedir, GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Bursa 2009, s.109.

⁴² Maddi eşitliğe nispi eşitlik, dikey eşitlik veya geometrik eşitlik de denmektedir, GÖZLER, s.109.

⁴³ ERTÜRK, Şükran, Uluslararası Belgeler Ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği (Anılaş: Kadın Erkek Eşitliği), Ankara 2008, s.33; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2009, s.148; GÖZLER, s.109.

⁴⁴ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Eşitlik İlkesi", Prof. Dr. İlhan Akın'a Armağan, İstanbul 1999, s.81; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.33; YILDIZ, Eşit İşlem, s.32.

haklara sahip olma ilkesi eşitlik ilkesinin içinde yer alır ve onun bir sonucudur. Bir başka deyişle eşit haklara sahip olma ilkesi, eşitlik ilkesinin somutlaştırılmasıdır⁴⁵.

Eşit haklara sahip olma ilkesiyle amaçlanan diğer kimselere nazaran daha zayıf olan ve bu sebeple daha kötü bir muameleye maruz kalan kişilerin diğerleriyle eşit haklara sahip olmasını sağlamaktır. Diğer bir deyişle, bu ilkeyle zayıf olan özelliği göz önünde tutulduğunda bir adım geride olan kimsenin, bu durumu ortadan kaldırılarak diğerleriyle eşit fırsatlardan yararlanabilmesi istenmektedir. Fakat bu ilkeyle sağlanan eşitlik şekli eşitlik değildir. Kişilerin eşit haklardan yararlandırılması onların özellikleri göz önünde tutulmaksızın eşit işleme tabi tutulması olarak anlaşılırsa, bu tutum sağlanmak istenen eşitlikten ziyade eşitsizliğe sebep olabilir. Dolayısıyla eşit haklara sahip olma ilkesi kişilerin durumlarını göz önünde tutularak işlem yapılmasını ve haklı nedenlerin varlığı halinde kişilere farklı işlemler yapılabileceğini yani maddi eşitliği ifade eder⁴⁶.

Eşit haklara sahip olma ilkesinin temelinde özgürlük düşüncesi yatar. Kişiler bir kısıtlamaya uğramaksızın özgür oldukları bir ortamda fırsatlardan özgürce faydalanıp kendilerini geliştirme imkânı bulurlar ve özgür bir ortamda baştan beri sahip oldukları ya da sonradan geliştirdikleri yetenekleri ölçüsünde haklardan yararlanırlar⁴⁷.

Eşit haklara sahip olma ilkesi farklı cinslerin aynı haklardan yararlanmasını öngörmektedir. Kişiler sırf farklı bir cinsiyetten diye söz gelimi kadın diye erkeklerin sahip olduğu haklardan mahrum bırakılamaz. Elbette ki aynı husus erkekler için de geçerlidir. Fakat kabul etmek gerekir ki günümüzde, gerek geleneksel yapı gerekse kadınların biyolojik farklılıkları onları erkekler karşısında daha avantajsız bir konuma sokmaktadır. Eşit haklara sahip olma ilkesi gereği kadınlar ve erkeklere fırsat eşitliği tanınmalı, farklı cinsiyetten olanlar aynı haklardan yararlanmalıdır. Fakat elbetteki cinsiyetlerarası farklılıklar göz önünde tutulmalıdır. Bu farklılıklar biyolojik nedenlerden kaynaklanabileceği gibi kişilerin sonradan kazandıkları bir takım

⁴⁵ GÖREN, Zafer, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Biçimi), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İzmir 1998, s. 12; KANTARCIOĞLU, Fulya, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s.53; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.10; YÜKSEL-ONARAN, s. 29.

⁴⁶ YÜKSEL-ONARAN, s.32.

⁴⁷ BAYSAL, s. 61; SÜRAL, UÇÖ, s.125; YÜKSEL-ONARAN, s.31-32; ayrıca bak. DİNÇKOL, Bihterin, “Kadın- Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4 Sayı: 8, 2005/2, s.104 vd.

özelliklerden de kaynaklanabilir. Fakat daha sonrada sık sık değineceğimiz gibi farklı davranılmayı haklı kılan nedenler objektif ve makul olmalıdır⁴⁸.

Eşit haklara sahip olma ilkesi sadece kişilerin eşit haklara sahip olduğunu tespit etmez; aynı zamanda yasa koyucuya kişilerin eşit fırsatlara sahip olması, haklardan eşit yararlanması için gerekenin yapılması konusunda emir verir⁴⁹. Anayasaya 2004 yılında madde 10/f.'ye "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliği sağlamakla yükümlüdür" cümleleri eklenerek hem kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu hususunda bir durum tespiti yapılmış, hem de devlete bir yükümlülük yüklenmiştir.

b. Eşit Davranma İlkesi İle Eşitlik İlkesinin İlişkisi

Eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki görünümü olan eşit davranma ilkesine ayrıntılı olarak daha sonra değinilecektir⁵⁰. Fakat burada ilkenin ne ifade ettiğine ve diğer ilkelerle ilişkilerine değinmeyi yerinde buluyoruz.

Belirttiğimiz gibi eşit davranma ilkesi⁵¹ eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünümü bir başka deyişle yansımasıdır. Eşit davranma ilkesi ile işverene aynı durumdaki işçilerine haklı ve makul bir neden olmaksızın keyfi olarak farklı davranmama yükümlülüğü yüklenmiştir. Eşitlik bir durumu, eşit davranma bir eylemi ifade eder. Eşitlik kavramı adalet kavramının temelinde yer alır. Yani eşitliğin sağlanamadığı bir ortamda adaletten de bahsedilemez. Eşit davranma ilkesinin temelinde de eşitlik ilkesi ve dolayısıyla adalet kavramı yer alır⁵².

Eşit davranma ilkesinin eşit haklara sahip olma ilkesi ile karşılaştırılmasına gelince; eşit haklara sahip olma ilkesi bir hakkı, eşit davranma ilkesi ise bir yükümlülüğü ifade eder. Bu ayrım dışında iki ilke de adaleti sağlama temellinde yükselir⁵³.

⁴⁸ GÖREN, s.9- 11-20; KANTARCIOĞLU, s.55; YÜKSEL-ONARAN, s. 35-36.

⁴⁹ GÖREN, s.10; YÜKSEL- ONARAN, s.29.

⁵⁰ Bak. IV. Bölüm s. 64 vd.

⁵¹ Bu ilkeye eşit işlem ilkesi, eşitlik ilkesi, eşit haklara sahip olma ilkesi, eşit ölçüde davranma ve adalet eşitliği de denildiği görülmüştür, bak. TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.6-7.

⁵² BAYSAL, s. 61; DİNÇKOL, s. 104; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.9; YÜKSEL-ONARAN, s.37.

⁵³ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.37; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.10; YÜKSEL-ONARAN, s.37.

Eşit davranma ilkesi gereği, eşit davranma yükümlülüğü altında bulunan kimsenin davranışları kısıtlanır ve keyfi davranışları engellenir. Bu sebeple eşit davranma borcu altında bulunan kimse iki kişiden birini seçecek ise cinsiyet gibi karar almada önem arz etmeyen hususları dikkate almamalıdır. Bu borç gereği objektif ve haklı bir nedenin varlığı söz konusu olmaksızın kişilere farklı davranılması mümkün değildir⁵⁴. Kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğunun kabulünden bahisle denebilir ki haklardan yararlanmak ile cinsiyet arasında bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural olarak cinsiyet kişinin farklı davranışa maruz kalmasını haklı kılacak bir neden değildir. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmama eşitlik ilkesinin olduğu kadar eşit davranma ilkesinin de gereğidir⁵⁵.

B. Ayrımcılık Yasası

1. Genel Olarak Ayrımcılık Kavramı

Ayrımcılık, kişinin bir özelliği sebebiyle keyfi olarak farklı bir muameleye tabi tutulması ve bu sebeple de mağdur olması anlamına gelmektedir⁵⁶. Cinsiyet ayrımcılığı ise sözlükte “ Genellikle eğitim veya iş yaşamında bireye erkek veya kadın olduğu için farklı tutum ve davranışlar içinde olma” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrımcılık yasakları ile kişinin belirli bir niteliği sebebiyle maruz kaldığı farklı davranış dolayısıyla mağdur olmasını engellemesi amaçlanmaktadır. Bu nitelik kişinin doğasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği bir özellik olabileceği gibi, değiştirebilmesi mümkün olan ama yine kişinin kişiliği ile alakalı bir özellik de olabilir⁵⁷.

Ayrımcılık yasaklarına konu nedenlerle bir kişiye kural olarak hiçbir şekilde farklı davranılmaması gerekmektedir. Yasaklara konu nitelikler arasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din gibi kişisel özellikler yer alır. Ayrımcılık yasakları ile yasaklara konu özelliklere sahip kimselerin aynı uygulamalara tabi olması yani bu kimseler arasında eşitsizlik yaratılmaması amaçlanmıştır. Dolayısıyla ayrımcılık yapılması eşitsizlik anlamına gelmekte, ayrımcılık yasakları ile eşitlik amaçlanmaktadır.

⁵⁴ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.37; YÜKSEL-ONARAN, s.38.

⁵⁵ YÜKSEL-ONARAN, s.38.

⁵⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s.69; YÜKSEL-ONARAN, s.38; SOYSAL, s. 7.

⁵⁷ YÜKSEL- ONARAN, s. 38.

Keyfi olarak farklı davranmayı yasaklayan ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmemesi için, farklı davranma ancak haklı bir nedenin varlığı halinde olmalıdır. Bu bağlamda cinsiyete dayalı ayrımcılığın haklı bir nedene dayandığından bahsedilebilmesi için bu ayrımın işin doğasından, niteliğinden ya da yürütülmesinden kaynaklanması ve o işin icrası için gerekli, vazgeçilmez bir koşul olması gerekmektedir⁵⁸.

Ayrımcılık kavramı genel olarak eşitlik ilkesiyle, İş Hukuku bakımından ise eşit davranma ilkesiyle birlikte kullanılmaktadır. Ayrımcılık kavramı eşit davranma ilkesini somutlaştırıp bu ilkenin uygulanmasını kolaylaştırır. Aynı ya da benzerler arasında keyfi olarak farklı işlem yapılması anlamına gelen ayrımcılık, kimlerin aynı ya da benzer olduğunun saptanması noktasında eşitlik ilkesiyle yakın bir ilişki içindedir⁵⁹.

Eşit durumda olanların tespiti için kişilerin ortak özelliklerinden yola çıkarak bir gruplama yapılmasına ve bu grupların kıyaslanarak benzerliklerinin ve farklılıklarının ortaya konmasına ihtiyaç vardır ki bu farklı işlemin belirlenmesine de yarar. Bu tespit de ancak farklılıkları olan bir toplulukta olabilecektir. Bir de kişilerin ortak özelliklerinin göz önünde tutularak gruplama yapıp, grupların karşılaştırılması sonucu uygulanan işlemin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını tespit etmeye ihtiyaç duyulmaksızın mutlak olarak ayrımcılık yapılması yasaklanan bazı ölçütler vardır. Bu ölçütler Anayasa madde 10 ve İş Kanunu madde 5'te de sayıldığı şekilde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ölçütlerdir ve bu sebeplerle herhangi bir ayırım kural olarak yapılamaz. Bu ölçütler kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir⁶⁰.

2. Cinsiyet Ayrımcılığı

a. Anlamı ve Kapsamı

Cinsiyet ayrımcılığı, kişinin cinsiyeti sebebiyle ya da cinsiyetine ilişkin bir sebeple farklı muameleye tabi tutularak mağdur edilmesidir⁶¹. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi ayrımcılıktan bahsedilebilmesi için uygulamanın bir topluluğu ilgilendirmesi gerekmez. Bir kişinin uygulamadan olumsuz etkilenmesi yeterlidir.

⁵⁸ YÜKSEL-ONARAN, s. 290.

⁵⁹ CANIKLIOĞLU, s.644.

⁶⁰ TUNCAY, Tebliğ, s.241.

⁶¹ SOYSAL, s.7; YILDIZ, Eşit İşlem, s.89; YÜKSEL-ONARAN, s.96.

İş Kanunu madde 5'te genel olarak ayrımcılığa ilişkin bir tanım bulunmadığı gibi cinsiyet ayrımcılığına ilişkin bir tanım da bulunmamaktadır. Bu durum doktrinde⁶² ve Avrupa Komisyonu 2009 İlerleme raporunda eleştirilmektedir⁶³. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde ise bir tanım bulunmaktadır. Bu tanıma göre kadına karşı ayırım, medeni duruma bakılmaksızın, kadın erkek eşitliğine dayalı olarak ekonomik, sosyal, politik, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ya da haklardan ve özgürlüklerden yararlanmayı engelleyen, ortadan kaldıran veya bu amaçları taşıyan cinsiyete bağlı yapılan kısıtlama, ayırım veya dışlama anlamına gelir. Belirtmek gerekir ki cinsiyet ayrımcılığı dendiğinde akla genellikle kadına yönelik yapılan ayrımcılık gelmektedir⁶⁴.

Cinsiyet ayrımcılığı kapsamına kadının hamileliği ya da doğum yapması sebebiyle farklı bir muameleye maruz kalması da girmektedir. Zira bu haller sadece kadına özgüdür ve kadının cinsiyetinden kaynaklanmaktadır⁶⁵. Günümüzdeki bu kabul edilişe rağmen cinsiyet ayrımcılığı içeren ilk düzenlemeler hamilelik ya da doğum gibi halleri kapsamamaktaydı. Sonraları bu hallere yönelik yapılan ayrımcılıkların da cinsiyet ayrımcılığı sayılacağı kabul edilmeye başlandı. Hatta Amerikan Hukukunda 1978 tarihinde çıkarılan Hamileliğe Dayalı Ayrımcılık Yasasında⁶⁶ hamilelik ve doğum dışında hamileliğe bağlı kürtaj, kısırlık tedavisi gibi tıbbi durumlara ilişkin farklı uygulamaların objektif nitelikte, gerekli bir uygulama olmadığı durumlar da diğer şartların varlığı halinde ayrımcılık sayılmıştır.

Hamilelik ve doğumun da kapsama dahil edilmesinden sonra, ailesel yükümlülükler sebebiyle yapılan ayrımcılıkların da cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğu yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Bunun altında yatan sebep, baştan beri değindiğimiz ailesel sorumlulukların sadece kadına ait olduğu yönündeki toplumsal inanın önüne geçmektir. Bu önyargı sebebiyle kadınlar çalışma hayatlarını devam

⁶² BAKIRCI, İstihdam, s.26.

⁶³ İlerleme raporu için bak. <http://www.resmi-gazete.org/gundem/duyurular/disisleri-bakanligi/ab-komisyonu-2009-turkiye-ilerleme-raporu-ve-genisleme-stratejisi.html>, (04.07.2011).

⁶⁴ KESER, s.63; TUNCAY, Eşitlik İlkesi, s.125; YÜKSEL-ONARAN, s.39.

⁶⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 89.

⁶⁶ Sözleşme metni için bak http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/pregnancy_discrimination-1978.html, (04.07.2011).

ettirememektedirler⁶⁷. Kısacası sırf ailesel sorumluluğu olması sebebiyle bir kimseye keyfi olarak farklı davranılması ayrımcılık kabul edilmektedir.

Ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelerin temel aldığı nedenler arttıkça, bir olayda birden fazla ayrımcılık türünün ihlal edilmesi gündeme gelmiştir. Bir kişinin birden fazla nedenle ayrımcılığa uğramasına *çoklu ayrımcılık*⁶⁸ (multiple discrimination) denir. Sözelimi bir kadın işçi hem dini inancı hem de cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa maruz kalıyorsa çoklu ayrımcılık söz konusu olur⁶⁹. Bu durumda işveren İş Kanunu madde 5 kapsamında ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Kanımızca birden fazla nedenle ayrımcılık yapılması tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır.

b. Cinsiyet Ayrımcılığının Ortaya Çıkış Şekilleri

Ayrımcılık yasaklarına aykırılık “yapma” şeklinde ya da “kaçınma” biçiminde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda işverenin işçisinin cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığını bilmesine rağmen, söz gelimi işçinin başka bir işçi tarafından cinsel tacize uğruyorsa, sessiz kalması halinde de ayrımcılıktan söz edilir⁷⁰. Önemli olan bu aktif ya da pasif davranışın işçinin üzerindeki etkisi⁷¹ yani sonuçtur. İşverenin niyeti önemli değildir. Niyet sadece işverenin ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır⁷².

Kadın istihdamın her aşamasında ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Aslına bakılırsa istihdam aşamasından önce eğitime katılma aşamasında cinsiyet ayrımcılığı başlamaktadır. İstihdam edilen kadın ise erkeklere göre daha az getirisi olan, daha düşük statülü işlerde çalıştırılmakta, terfide erkeklere öncelik tanınmaktadır. Bu eşitsizliklerin giderilmesi için ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin yanında incelediğimiz pek çok uluslararası metinde de izah edildiği gibi koruyucu tedbirler alınmalı, ayrımcılık karşıtı politikalar benimsenmeli ve ayrımcılık yasaklarına uyulması teşvik edilmelidir. Bu

⁶⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 91.

⁶⁸ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. MOON, Gay, “Multiple discrimination – problems compounded or solutions found?”, (<http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multiplerediscrimination.pdf>, 04.07.2011).

⁶⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.83, s.91; KARAN, Ulaş, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasası Ve Eşitlik Kurumları, Ankara 2009 s.18-19.

⁷⁰ ERGİN, Hediye, “Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası”nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:14, Cilt: 4, İstanbul 2007, s.645; ÇELİK, İş Hukuku, s.178; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 983.

⁷¹ ÇELİK, İş Hukuku, s.179; YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s.840.

⁷² YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.983.

koruyucu düzenlemelerle ve tedbirlerle kadına ayrıcalık sağlanmış olmaz. Bu tedbirlerle kadın, erkeğe göre eşitsiz olan konumundan çıkartılır ve cinsiyetlerarası eşitlik sağlanır⁷³. Fakat elbette ki yasal düzenlemeler toplumsal yargılar değişmediği müddetçe yeterli olamayacaktır.

C. Tarihte Cinsiyetlerarası Eşitsizlik ve Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Türkiye’de Durum

Yakın tarihimize⁷⁴ baktığımızda Osmanlı Devletinde geleneksel yapı dolayısıyla kadına karşı baskının son derece fazla olduğu görülmektedir. Tanzimat dönemine kadar kadın hakları pek çok fermanla kısıtlanmıştır⁷⁵. Bu dönemde kadının ev hayatı dışına çıkması mümkün olmadığından toplum hayatında yer edinememiştir. Çeşitli fermanlarla yapılan kısıtlamalar batılılaşma düşüncesinin etkisiyle ilan edilen Tanzimat Fermanı ile biraz değişmiş ve kadınlara bazı haklar tanınmıştır. Yine bu dönemde kadınlar eğitim hayatında yer almaya başlamıştır ki bu önemli bir adımdır⁷⁶.

II. Meşrutiyetin ilanı ile kadınlar çalışma hayatında yer almaya başlamıştır. Özellikle basında ve edebiyatta kadın yazarlara rastlanmaya başlanmıştır. Yine bu dönemde kadınlar, dernekler kurarak çeşitli faaliyetlerde bulunmuştur. Böylelikle o döneme kadar erkeklere nazaran daha düşük konumda olan kadınların bu durumları biraz olsun iyileşmiştir⁷⁷. Kurtuluş savaşı döneminde ise, savaşta aktif rol alan Türk kadınının, savaşın kazanılmasında büyük katkıları olmuştur. Kurtuluş savaşı sonrasında, hayatın her alanında ayrımcılığın son bulmasına ilişkin adımlar atılmıştır. Ulu önder Atatürk’ün gerçekleştirdiği inkılâplarla kadınlara fırsat eşitliği sağlanması hedeflenmiştir. Cumhuriyetin kurulmasıyla başlayan çağdaşlaşma dönemiyle birlikte kadınlar, siyasal ve medeni hakları yasal düzeyde elde etmişlerdir. Atatürk geleneksel düşünceleri yıkarak kadını toplumda hak ettiği konuma getirip çalışma hayatında daha fazla yer alması için gerekenlerin yapılması konusunda çalışmalarda bulunmuştur. Bu hedeflerin

⁷³ TUNCAY, Eşitlik İlkesi, s.125; YÜKSEL-ONARAN, s.39-40.

⁷⁴ Erken cumhuriyet döneminde kadının istihdamdaki yerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. MAKAL, Ahmet, “Türkiye’de Erken Cumhuriyet Döneminde Kadın Emegi”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2010/2, (<http://calismatoplum.org/sayi25/makal.pdf>, 14.06.2011).

⁷⁵ EDİZ, Zerrin, Kadınların Tarihine Giriş -Hititlerden Günümüze-, İstanbul 1995, s. 46.

⁷⁶ KURNAZ, Şefika, Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını, Ankara 1991, s.4; EDİZ, s. 82 vd; YÜKSEL-ONARAN, s.24; ayrıca kadınlara tanınan haklara ilişkin kronolojik sıralama için bak. ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.18 vd.

⁷⁷ EDİZ, s.93 vd.; KURNAZ, s.77 vd; YÜKSEL-ONARAN, s.24.

gerçekleştirilebilmesi için gerekli yasal düzenlemelere 1926 yılında iktibas edilen Medeni Kanun ile başlanmıştır. Günümüze gelirse, daha sonra ayrıntılı olarak değineceğimiz 1982 Anayasası ve 4857 sayılı İş Kanununda yer alan düzenlemelerde de kadın erkek eşitsizliğinin giderilmesine ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁷⁸. Görüldüğü üzere kadınların toplumda erkeklere nazara daha düşük bir statüde yer alması tarihsel süreç içerisinde giderilmeye çalışılmıştır. Fakat yine de cinsiyetlerarası eşitsizlik günümüzde varlığını devam ettiren önemli bir sorundur ve bu sorunun çözülmesi için atılacak pek çok adıma ihtiyaç vardır.

Yasal düzenlemeler dışında, cinsiyetlerarası eşitsizliğin giderilmesine ilişkin çalışmaların etkin hale getirilmesi için kurumsal çalışmalara da ihtiyaç duyulmuştur. Bu bağlamda, 1990 yılında Başbakanlığa bağlı Kadın Statüsü Ve Sorunları Başkanlığı kurulmuştur. Yine aynı yıl, Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı olarak kurulmuştur. Genel Müdürlük yeniden yapılandırma amacıyla başka birimlere bağlansa da en son 2003 yılında Başbakanlığa bağlanmıştır⁷⁹. Genel müdürlüğün bugüne kadar tamamlanan projeleri arasında “Kadın İstihdamının Güçlendirilmesi”, “Birleşmiş Milletler Kadının Kalkınmaya Katılımını Güçlendirme Ulusal Programı”, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Geliştirilmesi” gibi projeler yer almaktadır⁸⁰.

2. Dünyada Durum

Eşitlik ilkesi ve insan hakları kavramının temelini Amerika, İngiltere ve Fransa'da atıldığı kabul edilmektedir⁸¹. Eşitlik ilkesi 1776 yılında kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirgesi'nde⁸² tüm insanların eşit olduğu ifade edilerek somutlaştırılmıştır. 1789 yılında kabul edilen Amerikan anayasasında 1868 tarihinde yapılan 14. değişiklikle bütün vatandaşların hak ve özgürlüklerinin garanti altında olduğu, herkesin yasaların korumasından eşit yararlanacağı kabul edilmiştir. Her ne kadar bu düzenleme ırk ayrımcılığını önleme amacıyla ortaya çıkmış ve açıkça farklı

⁷⁸ EDİZ, s.115 vd.; GÖREN, s.7; YÜKSEL-ONARAN, s.25-26; DİNÇ, Meryem, “Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler”, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf>, 04.07.2011).

⁷⁹ Kadın Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün ayrıntılı tarihsel gelişimi için bak. http://www.ksgm.gov.tr/gmh_tarihce.php, (04.07.2011).

⁸⁰ Projelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. http://www.ksgm.gov.tr/Projeler_menu.php, (04.07.2011).

⁸¹ EDİZ, s.68; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.17.

⁸² Bildirge metni için bak <http://www.ushistory.org/declaration/document/>, (04.07.2011).

cinslerin eşit haklara sahip olduğundan bahsedilmemişse de maddenin cinsiyet ayrımcılığını da yasakladığı sonucuna varılmıştır⁸³.

1789 Fransız İhtilali ile ortaya çıkan fikirler arasında eşitlik de yer almaktadır. 18. yüzyılda Avrupa'yı da etkileyen bu hareketin temel amacı kadın erkek eşitliğini sağlamak olmasa da kadınlar bu ihtilalin her aşamasında etkin bir şekilde yer aldıkları için bir takım haklar kazanmışlardır. Bu kazanımlar da kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik adımların atılmasına sebep olmuştur. Fransız devriminden sonra yayınlanan İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisinde de verilen mücadelelerin neticesinde özgürlük ve eşitlik fikirleri egemen olmuştur⁸⁴.

İngiltere'de ise Fransa ve Amerika'dan farklı olarak kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına ilişkin mücadele, sınıf mücadelesinden bağımsız olarak bir kadın hareketi şeklinde ortaya çıkmıştır. Sokak hareketleriyle haklarını elde etmeye çalışan kadınların bu etkili mücadelesi neticesinden 1918 yılında bazı şartları yerine getiren kadınlara oy hakkı tanınmıştır⁸⁵.

Tarih boyunca var olan kadın erkek eşitsizliği konusunda uluslararası kuruluşlar da kayıtsız kalamamış bu eşitsizliğin giderilmesi için çeşitli çalışmalarda bulunmuşlardır. 1945 tarihinde resmen kurulan Birleşmiş Milletler cinsiyetlerarası eşitsizlik sorununa da değinmiştir. Birleşmiş Milletlerin ilk kabul ettiği belge olan ve daha sonra değineceğimiz İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kadın erkek eşitliğinin ilanı anlamını taşımaktadır. Ayrıca 1946 yılında Birleşmiş Milletler içinde Ekonomik ve Sosyal Konseyin bir komisyonu olarak Kadın Statüsü Komisyonu kurulmuştur. Komisyonun temel amacı kadın erkek eşitliğini sağlamak, cinsiyetlerarası ayrımcılığın son bulmasını engellemektir⁸⁶.

Birleşmiş Milletler bugüne kadar 4 defa kadın konferansı düzenlenmiş, 1975 yılı ise kuruluş tarafından Uluslararası Kadın Yılı ilan edilmiştir. 1976-1985 yılları ise "Kadın

⁸³HAVELKOVA, Barbara; "Competences Of The "Union" and Sex Equality: A Comparative Look At The European Union And United States", Michigan Law Review, (<http://www.michiganlawreview.org/articles/competences-of-the-union-and-sex-equality-a-comparative-look-at-the-european-union-and-the-united-states>, 04.07.2011); YÜKSEL-ONARAN, s.17.

⁸⁴ EDİZ, s.68 vd.; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.17; YÜKSEL-ONARAN, s.18; Ayrıca bildiri metni için bak. http://www.constitution.org/fr/fr_drm.htm, (04.07.2011).

⁸⁵ EDİZ, s.75.

⁸⁶ http://www.ksgm.gov.tr/uluslararasi_kuruluslarBM.php, (04.07.2011).

On Yılı” kabul edilmiştir. Kadın on yılının bitişi olan 1985 yılında Nairobi’de “Kadın İçin Eşitlik, Kalkınma ve Barış” konularında “Birleşmiş Milletler Kadın On Yılı'nın Başarılarının Gözden Geçirilmesi ve Değerlendirilmesi Dünya Konferansı” düzenlenmiş, bu konferansta “Kadının İlerlemesi İçin Nairobi İleriye Dönük Stratejileri” kabul edilmiştir. 1995 yılında ise Çin’de düzenlenen IV. Dünya Kadın Konferansında Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı isimli iki belge kabul edilmiştir. Pekin Deklarasyonuyla kadın erkek eşitsizliğinin giderilmesi ve kadının güçlendirilmesi konularında hükümetler yükümlü kılınmıştır. Bu deklarasyon kadın ve erkeklere fırsat eşitliği tanınması bakımından önemli bir adımdır⁸⁷. Eylem Planında ise kadının özel ve kamusal alanlarda eşit katılımının sağlanmasının karar alma mekanizmalarında yer almasıyla olacağı ifade edilmiştir⁸⁸.

Her ne kadar ayrıntılarına daha sonra değinecek olsak da belirtmek gerekir ki 1979 yılında Birleşmiş Milletlerce kabul edilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” kadınlarla erkeklerin her alanda eşitliklerinin sağlanması ve ayrımcılığın kaldırılması bakımından atılmış önemli bir adımdır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler bünyesinde, 2010 yılında Birleşmiş Milletler Kadınların Güçlenmesi ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Birimi kurulmuştur. Bu birim Çalışan Kadınların İlerlemesi Birimini, Kadınların İlerlemesi İçin Uluslararası Araştırma ve Eğitim Enstitüsünü, Toplumsal Cinsiyet İşleri ve Kadınların İlerlemesi Özel Danışmanı Ofisini ve Birleşmiş Milletler Kadınlar Kalkınma Fonu’nu birleştirmiştir. Birim 2011 yılında aktif hale gelecektir. Birimin amacı kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla daha etkin çalışma sağlamaktır⁸⁹.

Kadın erkek eşitliğinin sağlanması Uluslararası Çalışma Örgütü için de önemli bir konu olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü de kadınlara toplum tarafından biçilen rolün, kadınların daha az istihdam edilmesinde etken olduğu, istihdam edilen kadınların da az ücretli ve uzun süreli olmayan işlerde istihdam edildiği belirtilmiştir. Ayrıca, kadınların erkeklere göre eğitim olanaklarına ve kendilerini geliştirmek için gerekli imkanlara daha zor ulaştığı ve bu sebeple de kadın erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasının önemli

⁸⁷ Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Avrupa Birliği Ve Eşitlik-İstihdamda Eşit Fırsatlar, Ankara: Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği Yayını 2000, s.2.

⁸⁸ http://www.ksgm.gov.tr/uluslararasi_kuruluslarBM.php, (04.07.2011).

⁸⁹ http://www.ksgm.gov.tr/uluslararasi_kuruluslarBM.php, (04.07.2011).

olduğu vurgulanmıştır. Eğitim 6nemlidir unk6 eğitimli kadınlar daha iyi çalışma koşullarında istihdam edileceklerdir. B6ylelikle kadınlar, iyi 6cret getiren işlerde daha uzun s6re çalışarak, yaşlılıklarında da ekonomik g6venceye sahip olacaklardır. Uluslararası alışma 6rg6t6 t6m bu nedenleri g6z 6n6nde tutarak kadın erkek eşitsizliğini gidermek ve kadına karşı ayrımcılığın son bulması için yeni istihdam t6rleri yaratmak maksadıyla gerekli teknik ve idari bilgilerin sağlanması adına lazım olan desteği sağlama çalışmalarını y6r6tmektedir⁹⁰.

⁹⁰“Gender And Employment”,
http://www.ilo.org/employment/Areasofwork/lang--en/WCMS_DOC_EMP_ARE_GEN_EN, (04.07.2011).

III. ULUSLARARASI METİNLERDE EŞİTLİK İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI

Belirtmek gerekir ki usulüne uygun yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu şekilde yürürlüğe konmuş antlaşmalar iç hukukun parçası olurlar ve idari makamları, yargı yerlerini ve devletin organlarını bağlarlar. Çalışmamızın bu bölümünde ülkemiz bakımından önem arz eden cinsiyetlerarası eşitsizliğe ve ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere değinilecektir.

A. Birleşmiş Milletler Belgeleri

1. Birleşmiş Milletler Antlaşması

1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması⁹¹ aynı yıl Türkiye tarafından bir kanunla onaylanmıştır⁹². Antlaşmanın başlangıç bölümünde BM halklarının “temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inançlarını” yeniden ilan ettikleri ifade edilmiştir. Antlaşmanın 1. maddesine göre, Birleşmiş Milletlerin amaçları arasında cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilmesi hususunda işbirliği sağlamak da sayılmıştır. Bu maddede ayrımcılık yapılmayacak nedenler ırk, cinsiyet, dil ve din ile sınırlı tutulmuştur.

Bu düzenlemeler dışında, Antlaşma BM'nin ana ve yardımcı organlarına katılmada Ayrım Gözetme Yasağı (md. 8), insan haklarından yararlanmada ayrım gözetme yasağı (md.13/f.1-b) ve BM'nin ayrım gözetilmeksizin, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı duyulmasını kolaylaştırma görevi) cinsiyetlerarası eşitliğin sağlanmasına, ayrımcılık yapılmamasına (md. 55/c) ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

1948 yılında kabul edilen bildirge günümüzdeki pek çok anayasaya temel olmuştur. İnsan hakları, insanın insan olmasından yani doğasından kaynaklanan, iktidarın korumasına ihtiyaç duymayan ve hatta iktidar tarafından tanınmasa bile varlığını aynen

⁹¹ Antlaşma metni için bak. <http://www.un.org/en/documents/charter/intro.shtml>, (04.07.2011).

⁹² Türkiye antlaşmayı 15.08.1945 tarihinde 4801 sayılı kanunla onaylamıştır. RG tarih ve sayısı: 24.08.1945/6902.

koruyan haklardır. İnsan hakları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarının üzerinde yükselir⁹³. Bu bakımdan, insan haklarına saygılı bir düzenden bahsedilebilmesi için ayrımcılık yasaklarına uyulması ve eşitlik ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının imzalanmasından sonra, antlaşmada ifade edilen amaçların yerine getirilmesi için İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletlerin 1948 yılında kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁹⁴, 1949 yılında 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilmiştir⁹⁵.

Bildirge uluslararası hukuk bakımından öneri niteliği taşımaktadır. Yani bildirge ile ulaşılmaması gereken nokta gösterilmiştir⁹⁶. Bir sözleşme ya da antlaşma niteliği taşımayan ve dolayısıyla hukuken bağlayıcılığı bulunmayan bu metnin göz ardı edilebileceği düşünülebilirse de metnin işaret ettiği hedeflerin ülkeleri, manevi açıdan zorladığı söylenebilir. Doktrinde bir görüşe göre⁹⁷ bildirge uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçasıdır. Başka bir görüşe⁹⁸ göre ise bildirgeyi uluslararası hukukun parçası kabul etmemek gerekir. Bu görüşe göre bildirge yüksek idealleri gösteren manevi zorlayıcılığı olan bir metindir. Bu görüş ayrılıkları bir yana, bildirge pek çok anayasaya kaynaklık ederek hukuken göz ardı edilemez hale gelmiş, hukuk sistemlerinin parçası olmuştur⁹⁹. Hukuk sistemimizde de mahkeme kararlarında bildirgeye atıf yaptığı görülmüştür¹⁰⁰.

⁹³ ÇELİKEL, Aysel, “Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması Ve Eşitlik İlkesinin Yorumu” (Anılış: Eşitlik İlkesi), Değişen Dünyada İnsan, Hukuk Ve Devlet, Edip F. Çelik’e Armağan, İstanbul 1995, s.92; MOROĞLU, Nazan, “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi Ve Ek İhtiyari Protokol” (Anılış: Kadınların İnsan Hakları), Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s.882.

⁹⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi metni için bak. http://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html, (04.07.2011).

⁹⁵ RG tarih ve sayısı: 27.05.1949/ 7217.

⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Anayasa Hukuku- Anayasa Metni Ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Anılış: Anayasa Hukuku), Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 16. Bası, Ankara 2010, s.301-302.

⁹⁷ GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, İstanbul 2005; s.356; USAL, Z. Oya, Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul 2006, s.10.

⁹⁸ KAPANİ, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Ankara 1991, s.28.

⁹⁹ YÜKSEL- ONARAN, s.58; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.13.

¹⁰⁰ AYM, 14.01.2010, 2007/68 E., 2010/2 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 23/07/2009, 2006/166 E., 2009/113 K. www.hukukturk.com, 04.07.2011); HGK., 23.12.2009, 2009/485 E., 2009/598 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. H.D., 17/03/2009, 2008/32183 E., 2009/7045 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. H.D., 22.04.2008, 2008/13930 E., 2008 9895 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

Bildirgenin 1. maddesine göre herkes özgür doğar ve onur ve haklar bakımından da eşittir. 2. maddeye göre ise “Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya başka bir ayırım gözetmeksizin bu bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir”. Birleşmiş Milletler Antlaşmasından farklı olarak bildirmede ayrımcılık sebepleri sınırlı sayıda ifade edilmemiştir. Dolayısıyla haklı bir neden olmaksızın yapılan tüm ayrımlar yasaklanmıştır. Fakat bildirgenin hangi hak ve özgürlükler bakımından ayrımcılık yasağı getirdiği bellidir. Bu sınır yani bildirgenin uygulama alanı, metinde ifade edilen hak ve özgürlüklerdir. Doktrinde bir görüşe¹⁰¹ göre bu sınırlama madde 1’deki herkes onur ve haklar bakımından eşit doğar hükmüyle çelişmektedir. Eleştiri yerindedir çünkü sadece sözleşmede belirlenen hak ve özgürlükler manevi zorlama ile de olsa koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla bunlar dışındaki hak ve özgürlüklere ilişkin ayrımcılık yapılabilecektir ki bu eşitlik ilkesinin ihlalidir.

Bildirgenin 7. maddesi ile yasa önünde herkesin eşit olduğu ve herkesin ayırım gözetilmeksizin yasaların korunmasından eşit yararlanacağı ifade edilmiştir. Bildirgeye aykırı ayırım gözetici işlemler karşısında ya da böyle işlem yapılmasına ilişkin kışkırtmalara karşı herkes eşit şekilde korunacaktır. Madde 23’te ise eşit iş için eşit ücret verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ücret bakımından cinsiyetlerarası ayrımcılığın engellenmesi açısından önemli olan bu düzenleme eşit değerde işten söz etmediği için eksiktir. Madde 23/f.3’e göre ise herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.

3. Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi

1966 yılında imzalanan sözleşme¹⁰², 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye tarafından 2000 tarihinde üç beyan ve bir çekince¹⁰³ imzalanmış; 2003 tarihinde 4867 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş; 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır¹⁰⁴.

¹⁰¹ GÜLMEZ, Mesut, İnsan Hakları Ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması Ve Türkiye (Anılış: Ayrımcılık), Ankara 2009, s.53.

¹⁰² Sözleşme metni için bak. <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>, (04.07.2011).

¹⁰³ Beyanlar ve çekince için bak. <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=27156&1=1>, (04.07.2011).

¹⁰⁴ RG tarih ve sayısı: 11.08.2003 / 25196.

Sözleşme madde 2/f.2'ye göre, sözleşmeye taraf devletler sözleşmede düzenlenen hakların ırk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, doğum gibi nedenlerle ayırım yapmaksızın kullanılmasını güvence altına almakla yükümlüdür. Görüldüğü üzere İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki gibi burada da sözleşmenin uygulama alanı sözleşmedeki haklarla sınırlandırılmış fakat ayrımcılık nedenleri sınırlandırılmamıştır. Sözleşmenin 3. maddesine göre ise, sözleşmeye taraf devletler sözleşmedeki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlarla erkeklere eşit haklar sağlamakla yükümlüdür.

Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi madde 7'ye göre devletler herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanınmalıdır. Adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı, bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile hiçbir ayırım uygulanmaksızın özellikle kadınların erkeklerden daha kötü çalışma şartlarında çalışmasına engel olarak, eşit işe eşit ücret verilmesini ve sözleşme hükümlerine uygun olarak çalışana ve ailesine nezih bir yaşamla güvenli ve sağlıklı çalışma şartlarını da güvence altına alır. Ayrıca maddeye göre, kimse işinde ilerlemesinde kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi tutulmamalı, herkese eşit imkanlar sağlanmalıdır. Bu sözleşmede de eşit değerde işten bahsedilmemiş ücret eşitliği eşit işle sınırlandırılmıştır. Meslekte ilerleme konusunda cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapılmamasının engellenmeye çalışılması ile önemlidir.

Sözleşme madde 10'a göre annelere doğumdan önce ve sonra özel bir koruma sağlanır ve çalışan annelere bu dönemde ücretli izin ve diğer sosyal güvenlik haklarından yararlanabilecekleri bir izin verilir.

4. Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi

1966 tarihinde kabul edilip 1976 tarihinde yürürlüğe giren Siyasi Ve Medeni Haklar Sözleşmesi¹⁰⁵ Türkiye tarafından üç beyan ve bir çekince¹⁰⁶ ile 2000 yılında imzalanmış ve 2003 yılında 4868 sayılı bir kanunla onaylanması uygun bulunmuş, 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmıştır¹⁰⁷. Sözleşme ile genel olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde düzenlenen kişiliğe bağlı haklarla temel özgürlükler

¹⁰⁵ Sözleşme metni için bak. <http://www.hrweb.org/legal/cpr.html>, (04.07.2011).

¹⁰⁶ Beyanlar ve çekinceler için bak. USAL, s.12.

¹⁰⁷ RG tarih ve sayısı: 21.07.2003/25175.

düzenlenmiştir¹⁰⁸. Sözleşme Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesinin “ikiz” sözleşmesi kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Sözleşmenin 2. maddesine göre, taraf devletler sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, servet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. Diğer sözleşmelerde olduğu gibi burada da uygulama alanı sözleşme ile sınırlandırılmış, ayrımcılık yasakları ise sınırlandırılmamıştır. Sözleşmenin 3. maddesi cinsiyetlerarası eşitliğe ilişkindir ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde olduğu gibi bu maddeye göre, taraf devletler sözleşmede yer alan kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında kadınlara ve erkeklere eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.

Hukuk önünde eşitlik madde 26’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, herkes hiçbir ayrıma tutulmaksızın hukuk kurallarının korumasından eşit yararlanır. Maddenin devamında hukukun ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, servet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlaması gerektiği ifade edilmiştir.

5. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)

1979 yılında kabul edilen ve 1981 yılında yürürlüğe giren sözleşme¹¹⁰ Türkiye tarafından 1985 tarihinde 3232 nolu kanun ile onaylanması uygun bulunmuş; 85/9722 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır¹¹¹. Bu sözleşmeyle¹¹² kadınlara yönelik ayrımcılığın evrensel bir sorun olduğu kabul edilmiştir¹¹³. Bir görüş¹¹⁴ sözleşmeyi “kadın anayasası” olarak nitelendirmiştir. Sözleşme maddi çözümler yerine devletlere

¹⁰⁸ KAPANİ, s.33.

¹⁰⁹ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.77.

¹¹⁰ Sözleşme metni için bak. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>, (04.07.2011).

¹¹¹ RG tarih ve sayısı: 14.101985/18898.

¹¹² Sözleşmenin hazırlanması ve yürürlüğe girişi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bak. MOROĞLU, Kadınların İnsan Hakları, s.884 vd.

¹¹³ DİNÇKOL, s.108.

¹¹⁴ ACAR, Feride, “Kadınların İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi Ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslar arası Standartlar”, Hukukta Kadın Sempozyumu, Düzenleyen: T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü İle Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma Ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü, Ankara 2000, s.50; CANIKLIOĞLU, s.669; YÜKSEL-ONARAN, s.42.

izlemeleri gereken yolu göstermiş, devletlerin toplumsal ve hukuksal alandaki yükümlülüklerine işaret etmiştir¹¹⁵.

Sözleşmenin önsözünde, bugüne kadar düzenlenen pek çok belgenin kadınlara karşı ayrımcılığı önlemeye yetmemesinden ve ayrımcılığın hala sürmesinin endişe yarattığından bahsedilmiştir. Önsözde kadınlara karşı ayrımcılık, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlal etmekte, ayrımcılık sebebiyle kadınların erkekler kadar ekonomik, toplumsal, siyasal, kültürel hayatta yer alamadığı da belirtilmiştir. Bir ülkenin tam ve eksiksiz kalkınması, dünyada refahın ve barışın elde edilmesi için kadınların erkeklerle eşit şartlarda çalışmasına ve kadınların her alanda azami katkılarına ihtiyaç vardır. Sözleşmenin önsözünde ayrıca, kadının toplumsal rolünün onu çalışma hayatından uzaklaştırmaması gerektiği ve çocuk yetiştiriminin kadının olduğu kadar erkeğinde görevi olduğu ifade edilmiş, kadına ve erkeğe biçilen toplumsal rollerin değişmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Sözleşmenin 1. maddesinde kadına karşı ayırım deyiminden ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu maddeye göre kadına karşı ayırım, medeni duruma bakılmaksızın, kadın erkek eşitliğine dayalı olarak ekonomik, sosyal, politik, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ya da haklardan ve özgürlüklerden yararlanmayı engelleyen, ortadan kaldıran veya bu amaçları taşıyan cinsiyete bağlı yapılan kısıtlama, ayırım veya dışlama anlamına gelir. Taraf devletlerin ayrımcılığa karşı politika izlemesi gerektiğini ifade eden madde 2'ye göre devletler bu politikayı sağlamak adına, kadın erkek eşitliği ilkesinin anayasada ve ilgili yasalarda düzenlemeyi ve bu ilkenin uygulamasını sağlamayı; kadınlara karşı her türlü ayırımı yasaklayan tedbirleri içeren yasal düzenlemeleri yapmayı taahhüt eder.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, kadın erkek eşitliğini sağlamak adına alınacak özel ve geçici önlemler bu sözleşmede tanımlanan ayrımcılık hallerinden sayılmaz. Fakat bu tedbirler hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan ve farklı türden standartların sürdürülmesi sonucunu doğuramaz. Fırsat eşitliği sağlandığında söz konusu uygulamalar son bulur. Olumlu ayrımcılık olarak adlandırılan bu özel düzenlemelere amaçlanan erkeklere nazaran daha kötü uygulamalara maruz kalan kadınlara fırsat eşitliği sağlanarak

¹¹⁵ MOROĞLU, Kadınların İnsan Hakları, s.882; YÜKSEL-ONARAN, s.44.

erkeklerle eşit duruma getirilmeleri sağlanmak istenmektedir. Sözleşmelerle bir takım düzenlemeler yapılmasının cinsiyetlerarası eşitliği sağlamak adına yeterli olmadığı görülmüş, bu sebeple de fırsat eşitliği sağlanarak fiiliyatta eşitsizliğin giderilmesi alınacak tedbirlerle sağlanmak istenmiştir¹¹⁶. Kadın ve erkek eşit duruma geldiğinde bu düzenlemelerin uygulanmasına devam edilmesi de ayrımcılık yaratabileceğinden bu önlemler geçici süreli olmalıdır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre anneliğin korunmasına dair alınacak özel önlemler de ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Zira bu dönemde kadın sağlığı bakımından korunmaya ihtiyaç duyar.

Sözleşme madde 5'e göre ise, kadının erkekten aşağılığına veya erkeğin kadından üstünlüğüne dayalı inanıştan ortaya çıkan toplumda kadın ve erkeğe ilişkin kalıplaşmış rol dağılımının sebep olduğu ön yargıların ve diğer uygulamaların ortadan kaldırılması amacıyla sosyal ve kültürel inanışların değiştirilmesi, çocuk yetiştirilmesinin anne ve babanın ortak sorumluluğunda olduğunun kabul edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemede tespit edilen hususlar ülkemiz için de oldukça önemlidir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere ülkemizde çocuk yetiştirilmesi sadece annenin göreviymiş gibi görülmektedir. Hâlbuki çocuk bakımı ebeveynlerin ortak sorumluluğunda olmalıdır. Böylelikle ailesel sorumluluklar ortak paylaşılacak, kadın da erkek de çalışma hayatında yer alabilecektir.

Sözleşmenin 11. maddesi istihdamda kadınlara karşı ayrımcılığı önlemeye ilişkindir. Bu maddeye göre, taraf devletler istihdamda eşitliği sağlamak adına a) çalışma hakkına; b) İstihdam konularında eşit seçim kriterlerinin uygulanması da dahil erkeklerle kadınların eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkına; c) Serbest olarak iş seçme, işte ilerleme, iş güvenliği, hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkına, mesleki eğitim ve sürekli eğitim görme hakkına; d) Sosyal yardımlar dahil eşit ücret alma ve eşit değerde yapılan işe karşı eşit muamele görme ile birlikte işin niteliğinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkına; e) Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışmama hallerinde sosyal güvenlik hakkına; f) Sağlığın ve doğurganlığın korunması ile güvenli şartlarda çalışma hakkına ilişkin konularda gereken önlemler alınacaktır. Sözleşmede, değindiğimiz diğer

¹¹⁶ ACAR, s.55.

sözleşmeler ve antlaşmadan farklı olarak eşit değerde ücretten bahsedilmiştir. Böylelikle ücrette ayrımcılığın önlenmesi sadece eşit iş için sınırlandırılmamıştır.

Sözleşmenin 11. maddesinin 2. fıkrası annelik veya evlilik sebebiyle kadına karşı yapılan ayrımı önlemeye ilişkindir. İlgili maddeye göre bu ayrımın önlenmesi için: a) Hamilelik, analık izni veya evlilik sebebiyle işten çıkarmalar yasaklanmalı, ayırım yapanlar cezalandırılmalı; b) İş, işteki kıdemi veya sosyal hakları kaybetmeden ücretli olarak veya buna benzer menfaatler sağlanarak annelik izni verilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmalı; c) Anne ve babanın ailesel yükümlülükleri ile çalışma yaşamından doğan sorumlulukları ve toplumsal yaşama katılmalarının uyumlu hale getirilebilmesi için özellikle çocuk bakım kurumlarının kurulması ve geliştirilmesi ile gerekli sosyal yardım hizmetlerinin sağlanması teşvik edilmeli; d) Hamilelik döneminde kadına zararlı olduğu kanıtlanan işlerde çalışan kadınlar için özel koruma sağlanmalıdır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi tarafından izlenmektedir (md.17). Taraf ülkeler kadına karşı ayrımcılığı önlemek adına aldıkları önlemleri komisyona dört yılda bir rapor sunarak bildirirler (md.18). Bu yol denetim değil bilgilendirme amaçlıdır.

- Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Ek İhtiyari Protokolü

Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Ek İhtiyari Protokolü 1999 yılında kabul edilmiştir. Ek ihtiyari protokol Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanmış, 2002 yılında bir kanunla onaylanmış¹¹⁷, 2003'te de yürürlüğe girmiştir. İhtiyari Protokol ile sözleşmede taraf devletlerin taahhütte bulunduğu hususları yerine getirip getirmediğinin etkin olarak denetlenmesini sağlamaya ilişkin olarak kişilere bireysel başvuru imkânı tanınmıştır. Başvurular Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesince incelenir¹¹⁸.

Sözleşme kadına karşı ayrımcılığın sebeplerini göz önünde tutarak detaylı düzenlemelerde bulunmuştur. Sözleşmede düzeltilmesi istenen hususlar ülkemizde kadın istihdamının az oluşunun altında yatan nedenlerle örtüşmektedir. Bu sebeple

¹¹⁷http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en, (04.07.2011).

¹¹⁸ACAR, s.51; MOROĞLU, Kadınların İnsan Hakları, s.906; USAL, s.23-24; bireysel başvuru usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. GEMALMAZ, s.504 vd.

sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi ülkemizdeki ayrımcılığın önlenmesi bakımından önemlidir. Özetle, Sözleşmede kadın erkek eşitsizliğinin giderilmesine yönelik her konuya değinilmiştir. Dolayısıyla sözleşmeyi kadınların anayasası olarak değerlendiren görüşe katılmamak mümkün değildir.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Kadın Erkek Eşitliğine Yaklaşımı

1. Genel Olarak

Uluslararası Çalışma Örgütü Versay Antlaşmasında öngörülen Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1919 yılında kurulmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1944 yılında kabul edilen ve 1946 yılında da UÇÖ'nün Anayasasına eklenen Filadelfiya Bildirgesi ile örgütün amaç ve ilkeleri genişletilmiştir. UÇÖ'nün kurucu belgelerinden olan Versay Antlaşması¹¹⁹ madde 427/f.3-7'de cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu ilke daha sonra değineceğimiz 100 sayılı sözleşme ile biraz değiştirilerek güvence altına alınmıştır. Filadelfiya Bildirgesi¹²⁰,nin ikinci bölümüne göre de ırk, cinsiyet, ya da inanç fark etmeksizin herkesin özgür ve onurlu bir biçimde ekonomik güvenlik içinde maddi ve manevi gelişmelerini eşit şartlarda sürdürme hakkı vardır. 1998 yılında kabul edilen Çalışmaya İlişkin Temel Haklar Ve İlkeler UÇÖ Bildirgesi¹²¹ ile ise diğer ilkelerle birlikte istihdam ve meslekte ayrımcılığın kaldırılması ilkesine de değinilmiştir.

Kısaca UÇÖ'nün kadın erkek eşitliğine yaklaşımını değerlendirmek gerekirse önceleri, kadına ilişkin düzenlemelerin koruma amacı güttüğü kabul edilmekteydi. Kendisine toplumsal vazifeler yüklenen, ailevi sorumlulukları olan kadınların çalışma hayatında özel olarak korunmaları, onların ailevi sorumluluklarını da gereği gibi yerine getirmelerine yardımcı olacağından, kadının yasalarla korunmaya ihtiyacı olduğu düşünülmekteydi. Fakat sonraları, kadının korunmasından ziyade kadın erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanmasının kabulünün daha yerinde olduğu kabul edilmiş, uluslararası metinlerde de koruma ifadesi yerine fırsat eşitliğinden bahsedilmeye başlanmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü de ailevi yükümlülüklerin kadına olduğu kadar erkeğe de ait olmasından bahisle düzenlemelerinde fırsat eşitliğinden bahsetmiş,

¹¹⁹ Antlaşma metni için bak. <http://www.firstworldwar.com/source/versailles.htm>, (04.07.2011).

¹²⁰ Bildirge metni için bak. http://www.ilocarib.org.tt/projects/cariblex/conventions_23.shtml, (04.07.2011).

¹²¹ Bildirge metni için bak. http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_bildirge.htm, (04.07.2011)

kadının sadece gebe kaldığı ve doğum yaptığı süreçte korunması gerektiğini kabul etmiştir¹²². Yani, kadınların ailesel sorumluluklarını tam olarak yerine getirebilmeleri için çalışma hayatında korunmaya ihtiyacının kabul edilmesi, ayrımcılığı beraberinde getirir. Çünkü bu kabul kadına bir rol biçilmiş olur. Oysa ailesel sorumlulukların ortak olduğunu kabul edip bir takım sebeplerle çalışma hayatında yer alamamış kadınlara fırsat eşitliği sağlayarak onları iş hayatında yer almalarını sağlamak daha yerindedir. Kadının sadece gebelik ve doğum yaptığı dönemde sağlığının tehlikeye düşmemesi için korunması gerekmektedir.

2. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Eşitlik İlkesini ve Ayrımcılık Yasağını İçeren Sözleşmeleri

a. Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme

Versay Antlaşmasında ve UÇÖ Anayasası¹²³,nda yer alan ve daha iyi çalışma koşullarının sağlanması için acilen tanınması gereken ilkeler arasında eşit değerde işe eşit ücret ilkesi de sayılmıştır. Ülkemiz tarafından da onaylanan Eşit Değerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 100 Sayılı 14 maddelik sözleşme¹²⁴ 1951 yılında UÇÖ tarafından kabul edilmiş 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmenin 1966 tarihinde 810 sayılı kanunla onaylanmasını uygun bulmuş, 1967/6-8036 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır¹²⁵.

100 sayılı sözleşme UÇÖ'nün temel kabul ettiği sözleşmeler arasında yer almaktadır¹²⁶. Sözleşme, kadın erkek arasındaki ücret farklılıklarının kaldırılmasıyla kadınların iş yaşantısına katılımının artırılması ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılması bakımından önemlidir¹²⁷.

100 sayılı sözleşmenin 1. maddesine göre ücret işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya ayni olarak doğrudan doğruya veya dolayısıyla ödenen

¹²² DİNÇ, s. 4; SÜRAL, UÇÖ, s. 124.

¹²³ UÇÖ Anayasa'sı için bak., <http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>, (04.07.2011).

¹²⁴ Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm>, (04.07.2011).

¹²⁵ RG tarihi ve sayısı: 13.06.1967/12620.

¹²⁶ UÇÖ'nün temel sözleşmeleri için bak.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_tsoz.htm, (04.07.2011).

¹²⁷ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.59; SÜRAL, UÇÖ, s.144.

normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer ödemeleri içine alır. Yine aynı maddeye göre eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği deyimi ücretlerin cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmesi anlamına gelmektedir. Görüldüğü üzere maddede ücret dar anlamıyla ifade edilmemiştir. Bu bağlamda parasal olan ya da olmayan her türlü doğrudan ya da dolaylı ödemede ayırım gözetilmemesi gerekmektedir. Daha sonra değineceğimiz Avrupa Birliği yönergelerinde de durum böyledir.

Sözleşmenin 2. maddesinde göre, üye devletler eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesini ülkelerin yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olarak tüm çalışanlara uygulanması hususunda işverenleri teşvik etmeli ve bu ilkenin uygulanmasını sağlamalıdır. Sözleşmeye taraf üye ülkelerin bu prensibi uygulaması ulusal mevzuatla ya da ulusal mevzuatla tanınmış herhangi bir ücret düzenlemesiyle, toplu iş sözleşmeleriyle veya tüm bu usullerin birleştirilmesi yoluyla olacaktır. Sözleşmenin kişiler yönünden uygulama alanı tüm çalışanları kapsamaktadır.

Sözleşmenin 3. maddesine göre ise, eşit değerde işin tespiti için yapılan işlerin objektif olarak değerlendirilmesinin özendirilmesine yönelik gereken tedbirler alınmalıdır. Aynı maddeye göre bu değerlendirmelerin nasıl yapılacağı ve ücret hadlerinin tespiti yetkili makamlarca veya toplu sözleşme taraflarınca kararlaştırılabilir. Ayrıca maddede, değerlendirme neticesinde farklı oldukları saptanan işlere farklı ücretler verilmesinin eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında eşit ücret ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Zira burada farklı uygulamanın kaynağında cinsiyet nedeni yatmaz. Burada farklı işler söz konusudur.

- 90 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 sayılı sözleşme ile aynı konuya ilişkin, 1951 yılında kabul ettiği 90 sayılı tavsiye kararıyla¹²⁸ da, 100 sayılı sözleşmenin 2. maddesinde ifade edildiği gibi eşdeğerde iş için erkek ve kadın işçiler arasındaki ücret eşitliği ilkesinin uygulanabilmesi için gereken tedbirlerin alınması hususunda ülkeler teşvik edilmiştir.

¹²⁸ Tavsiye kararı metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, (04.07.2011).

Tavsiye kararının 6. maddesine göre, eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi için gerekli olan mesleki eğitim fırsatlarının, mesleki yönlendirme konusunda rehberlik hizmetlerinin sağlanması hususunda erkeklere tanınan kolaylıkların kadınlara da tanınması gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı maddede özellikle aile sorumluluğu olan kadınların sosyal yardım hizmetlerinden yararlandırılması gerekmektedir. Bu hizmetlerin sağlanması için yapılacak masrafların da genel kamu, sosyal güvenlik veya endüstriyel refahı sağlamaya ilişkin fonlardan karşılanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu fonlar cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm işçilerden alınan paralardan oluşturulur. Son olarak yine aynı maddede, kadının sağlığı ve refahını korumaya ilişkin özel düzenlemelerin yapılması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanması için işe girmede fırsat eşitliğinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.

Eşit iş veya eşit değerde iş için ücret eşitliği ilkesinin düzenlemelerde yer alması ilkedeki beklenen yararın sağlanması için yeterli olmaz. Bu sebeple tavsiye kararında belirtildiği gibi başkaca önlemlerin de alınması gerekmektedir. Şayet kadın mesleki eğitim fırsatlarından yararlanmaz ve bu imkanlar erkek işçilere tanınırsa, erkek işçiler daha nitelikli olacaktır. Bu halde eşit değerde işten bahsedilemeyeceğinden kadın düşük ücretle istihdam edilebilecektir. Dolayısıyla ilke bu gibi hallerde tek başına yeterli değildir.

b. İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme

1958 tarihli 111 sayılı UÇÖ sözleşmesinin¹²⁹, 1966 yılında 811 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunmuş; 1967/6- 8730 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır¹³⁰. Sözleşmenin başlangıç kısmında ifade edildiği üzere Filadelfiya Beyannamesi'nde bütün insanların şerefli, haysiyetli, ekonomik yönden iyi ve güvenli olarak fırsat eşitliği içinde maddi ve manevi gelişimlerinin gözetilmesi teyit edilmiştir. Bu teyidin yerine getirilmesi adına 111 sayılı sözleşme düzenlenmiştir. Sözleşme tüm çalışanlar için geçerlidir. Dolayısıyla sözleşme işçi, memur, sözleşmeli personel veya atipik (esnek çalışma) sözleşmelerle istihdam edilenler gibi tüm çalışanlara uygulanacaktır¹³¹.

¹²⁹ Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm>, (04.07.2011).

¹³⁰ RG tarih ve sayısı: 21.09.1967/ 12705.

¹³¹ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.132.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, “ayırım” deyimi ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya toplumsal köken bakımından yapılan; iş veya meslek edinmede ya da edinilen iş veya meslekte çalışana uygulanacak işlemlerde eşitliği ortadan kaldıran veya bozan; her türlü fark gözetme (ayırım), dışlama (ayrı tutma) veya üstün tutmayı (yeğleme) *veyahut* ilgili üye tarafından –varsa- işveren veya işçi temsilcisine veya ilgili makamlara danışıldıktan sonra tespit edilen iş ve meslek edinmede ya da edinilen iş ve meslekte çalışana uygulanacak işlemlerde eşitliği ortadan kaldıran veya bozan her türlü ayırım, dışlama veya üstün tutma anlamına gelir. Sözleşme madde 1/a’da ifade edilen ayrımcılık kavramından söz edebilmek için öncelikle bir fark gözetme, dışlama ya da üstün tutma eylemlerinden biri bulunmalıdır. Bu eylemler uygulanan işlemlerde farklılığın meydana gelmesine sebep olur. Bahsi geçen eylemlerin ayrımcılık oluşturması için gereken ölçütler ise 7 adet olarak sayılmıştır. Sözgelimi, cinsiyet sebebiyle bir fark gözetmeden bahsedilmesi gerekir. Fakat md. 1/b’de ifade edildiği üzere bu ölçütler genişletilebilir. Son olarak ise, bu ölçütleri içeren eylemlerin istihdam ya da fırsat eşitliğini ortadan kaldırması ya da bozması gerekmektedir. Örneğin çalışanın cinsiyeti sebebiyle farkı gözetilerek istihdam edilmemesi ve böylelikle iş ya da meslek edinmede fırsat eşitliğinin ortadan kaldırılması durumunda ayrımcılıktan bahsedilecektir¹³².

111 Sayılı sözleşmenin 1. maddesinin 2. bendine göre, belirli bir iş için yapılan ve o işin niteliği gereği olan ayırım, dışlama veya üstün tutma ayrımcılık sayılmaz. Ayrımcılık yasağının istisnası olan işin niteliğinden ne anlaşılması gerektiğinin sınırı iyi çizilmelidir¹³³. Zira aksi takdirde işin niteliğinin ortaya çıkardığı gereklerle, bir grubun o işi yapmasını engellemek amacıyla konulan sınırlamaların farkı ortaya konulamayacağından bu yolu kullanarak ayrımcılık yapmak mümkün olabilecektir.

Sözleşmenin 1. maddesinin son bendine göre 111 sayılı sözleşmeye göre iş ve meslek terimleri mesleki eğitimi, bir işe veya belirli mesleklere girişi ve çalışma şartlarını kapsar. Maddeden anlaşıldığı üzere ayrımcılık yasağı yalnızca iş ilişkileri için değil aynı zamanda mesleki eğitim için de söz konusudur. Mesleki eğitim çalışanın işte ilerlemesi ve kendisini geliştirmesi bakımından önem arz etmektedir. İlk- orta öğretim,

¹³² GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.128.

¹³³ YILDIZ, Eşit İşlem, s.40.

üniversiteye gidebilme ve mesleki eğitim kurumlarından yararlanabilme; mesleki eğitime ulaşım kapsamında görülmektedir¹³⁴. Eğitimde ayrımcı bir uygulamaya gidilirse bu mesleki ilerlemede fırsat eşitliğini de ortadan kaldıracaktır. Meslek öncesi eğitim, mesleğe kabul ediliş, mesleki eğitimle meslekte ilerleme adeta bir merdivenin basamakları gibidir. Birinde yapılacak ayırım bir üst basamağa çıkmak konusunda fırsat eşitliğinin engellenmesi anlamına gelecektir.

Çalışanların fırsat ve işlem eşitliğinden tam olarak yararlanması gereken hususlar arasında sözleşme madde 2/b’de ifade edildiği üzere, mesleki yönlendirme, işe yerleştirme hizmetlerinden yararlanma, mesleksi eğitim, mesleki ilerleme, feshe karşı koruma, iş güvenliği ve sağlığı, eşit değerde iş için eşit ücret, çalışma-dinlenme süreleri, yıllık ücretli izin ve sosyal güvenlik hakları yer almaktadır. Kısacası istihdamın her alanı kapsam dâhilindedir.

Sözleşmenin 2. maddesi devletlerin yükümlülüklerine ilişkindir. Bu maddeye göre, üye devletler ulusal mevzuatlarına uygun olarak, sözleşmede bahsedilen ayrımcılık hallerini ortadan kaldırmak için iş veya meslek bakımından ayrımcılığı önleyerek fırsat eşitliği sağlamaya yönelik ulusal bir politika izleme yükümlülüğü altındadır. 3. Maddeye göre de ülkeler ayrıca politikanın istihdam konusunda yetkili bir makamca takip edilmesini sağlamalıdır. Bu da politikanın daha etkin bir şekilde işlemesine yardımcı olacaktır.

Madde 5’e göre, UÇÖ tarafından kabul edilen diğer sözleşme ve tavsiyelerde tanınan özel koruma ve yardım tedbirleri veya “herhangi bir üye, varsa temsilci, işveren ve işçi kuruluşlarıyla yapılacak görüşmeden sonra cinsiyet, yaş, sakatlık, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları dolayısıyla, özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacında oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla güden özel tedbirler” ayrımcılık sayılmaz. UÇÖ’nün diğer sözleşme tavsiye kararlarında tanınan koruma ve yardım tedbirlerinin ayrımcılık sayılmamasıyla sözleşmeler arasında ortaya çıkabilecek çatışmalar önlenmek istenmiştir. Diğer taraftan maddede sadece UÇÖ sözleşmelerinden bahsedilmiş olması fakat sözgelimi BM sözleşmeleri gibi başkaca sözleşmelerle kabul edilmiş önlemlerden bahsedilmemiş

¹³⁴ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.133.

olmaması bu sözleşmelerin dikkate alınmayacağı anlamına gelmemelidir. Sözleşme madde 5’de sayılan haller örnek niteliğindedir yani sınırlı değildir¹³⁵.

- 111 Sayılı Tavsiye Kararı

Sözleşme ile aynı konuda olan 1958 tarihli 111 sayılı tavsiye kararının¹³⁶ 2. maddesine göre üye devletlerin ayrımcılığın önlenmesi için ulusal politikalar izlemesi gerekmektedir. Bu politikaların kanuni düzenlemelerle, toplu iş sözleşmeleriyle ya da ulusal şartlara uygun başka bir usulle uygulanabilecektir. Sözleşme madde 3 ve tavsiye kararındaki düzenleme göz önünde tutulursa denebilir ki sözleşme, sadece fırsat ve işlem eşitliği sağlamaya yönelik yasalar yapılmasını, bu eşitlikleri bozucu düzenlemelerin kaldırılmasını değil aynı zamanda fırsat ve işlem eşitliğini geliştirici politikaların da uygulanması istenmiştir¹³⁷.

Her ne kadar sözleşme Türkiye tarafından onaylanmış olsa da ülkemizde sözleşmede ve tavsiye kararında ifade edildiği gibi istihdamın her alanında tam anlamıyla ayrımcılık yasağının uygulandığını ve çalışanlara fırsat eşitliği tanındığı söylenemez. Her şeyden önce ayrımcılığın giderilmesine ilişkin bir politikanın benimsendiğinden ve bu konuya önem verildiğinden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla Türkiye, istihdamın her alanını kapsayan ayrımcı uygulamaları dışlayan ulusal bir politika benimseyerek düzenlemelerini bu yönde yapmalı ve denetim sistemini etkinleştirerek politikaya işlerlik kazandırmalıdır¹³⁸.

c. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme

1981 tarihli 156 sayılı UÇÖ sözleşmesi¹³⁹ Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Fakat ayrımcılığın tam anlamıyla önlenmesi için önem arz eden bir sözleşme olduğundan bu sözleşmeye de değinmeyi yerinde görüyoruz.

¹³⁵ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.138-139.

¹³⁶ Tavsiye kararı için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, (04.07.2011).

¹³⁷ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.143.

¹³⁸ YÜKSEL-ONARAN, s.48.

¹³⁹ Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C156>, (04.07.2011).

Sözleşmenin 1. maddesine göre sözleşme çocuklarının veya kendilerine muhtaç kimselerin bakımlarından sorumlu olan ve bu sebeple ekonomik hayata katılımları sınırlanan ve yine çocuklarının ya da kendilerine muhtaç kimselerin bakımlarının sorumluluğu sebebiyle çalışma hayatında yer almak için kendilerini geliştirme imkânları sınırlanan çalışanlar için düzenlenmiştir. Sözleşme UÇÖ'nün kadın erkek eşitliğine bakış açısını ve bu bağlamda ailesel yükümlülüklerin eşit paylaşılması gerektiği görüşünün bir yansımasıdır¹⁴⁰. Sözleşmenin 2. maddesine göre bu sözleşme ekonomik hayatın her alanında yer alan tüm çalışanlar için geçerlidir.

156 sayılı sözleşmenin 3. maddesine göre üye devletler tam anlamıyla fırsat eşitliğini sağlayabilmeleri için, aile sorumluluğu olan çalışanların ayrıma maruz kalmaksızın çalışma hayatında yer almaları sağlanmalı ve ailesel sorumluluklarla çalışma hayatının bir arada yürütülebilmesine imkân tanıyan ulusal düzenlemeler yapılmalıdır.

Sözleşmenin 7. maddesine göre eğitim ve rehberliğe ilişkin alınacak tedbirler dışında yine ulusal mevzuata uygun olarak aile sorumluluğu olan çalışanların işe devamının sağlanması, bu sorumlulukları nedeniyle ayrılanların işe geri dönmeleri hususunda tedbirler alınmalıdır. Sözleşmenin 8. maddesine göre çalışanın ailesel sorumluluğunun bulunması hizmet sözleşmesinin feshinde geçerli ve haklı bir neden oluşturmaz.

-165 Sayılı Tavsiye Kararı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bu sözleşmesiyle aynı konuda bir de tavsiye kararı bulunmaktadır. 1981 tarihli 165 sayılı tavsiye kararının¹⁴¹ 6. maddesinde üye devletlerin milli politikalarında tam bir fırsat eşitliği sağlayabilmeleri için, kadın ve erkek çalışanlara, ev hayatlarıyla iş hayatları arasında bir çatışma olmaksızın, bir ayrıma uğramadan çalışma hayatında yer almalarını sağlamaları gerektiği ifade edilmiştir. 7. maddede de milli politikalarda çalışanlar arasında evlilik durumuna göre ya da aile sorumluluğuna ilişkin doğrudan veya dolaylı ayırım yapılmaması gerektiği ifade edilmiş, ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiğinin tespitinin ise 111 sayılı sözleşmeye göre yapılması gerektiği öngörülmüştür.

¹⁴⁰ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.61; SÜRAL, UÇÖ, s.148.

¹⁴¹ Tavsiye kararı metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, (04.07.2011).

Tavsiye kararının 11. maddesinde ise kadın erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi için üye ülkelerin milli politikalarında, kamuyu eğitime ve bilgilendirmeye ilişkin düzenlemelere yer vermesi gerektiği ve bu eğitimlerin ailevi sorumlulukların kadın ve erkek arasında paylaşılmasını ve ailevi sorumlulukları olan çalışanların çalışma hayatına girmesini özendirmeye ilişkin olması gerektiği ifade edilmiştir. Ailevi sorumlulukları nedeniyle çalışma hayatından uzaklaşan çalışanların kolayca geriye dönmelerinin sağlanması, medeni halin ya da ailevi sorumlulukların iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağı ve çalışma sürelerinin düzenlenmesinde daha esnek olunması gerektiği gibi pek çok tedbire tavsiye kararında yer verilmiştir.

Aile sorumlulukları olan çalışanların aile hayatıyla iş hayatı arasında kalıp bir seçim yapmaması adına bahsedilen tedbirlerin alınması gerekmektedir. Diğer taraftan iş hayatında yer alan çalışanların çocuklarının sağlıklı bireyler olarak yetişmeleri için de gereken sosyal hizmetlerin sağlanması gerekmektedir. Kanımızca sözleşme, ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek işçilerden bahsetmesi yani sorumluluğun her iki cinsiyete de ait olduğunun vurgulanması ve babaya da çocuğun bakımı için izin verilmesi gerektiğinin belirtilmesi bakımından önemlidir. Böylelikle ailesel sorumlulukların sadece kadınlara yüklenmesinin önüne geçilerek toplumdaki rol dağılımına ilişkin geleneksel yapının ortadan kaldırılması istenmiştir. Elbette ki bu düzenleme tek başına yeterli değildir¹⁴². Fakat sözleşmenin etkin bir şekilde uygulandığında geleneksel rol dağılımının ortadan kaldırılması adına önemli bir katkıda bulunabileceği kabul edilmelidir.

Mevzuatımız bu konuya ilişkin düzenlemeler bakımından yetersizdir¹⁴³. Yetersizlik bir yana, gerek İş Kanunu gerekse Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükümleri çocuk bakımının annenin görevi kabul eden bir bakış açısıyla düzenlenmiştir. Bir yazarca belirtildiği gibi, bebeklik döneminde bebeğin annenin bakımına ihtiyacı olduğu dolayısıyla bu dönemde annenin bebeğin bakımını üstlenmesi gerektiği düşüncesi kabul edilebilirse de, ebeveyn izni çocukluk döneminde çocuk belirli bir yaşa gelene kadar

¹⁴² YILDIZ, Eşit İşlem, s.277.

¹⁴³ YILDIZ, Eşit İşlem, s.279; YÜKSEL-ONARAN, s.51.

alınabilecek bir izindir. Dolayısıyla bebeğin anneye muhtaç olduğu dönem dışındaki süreçte babanın da izin kullanarak çocuğun bakımını üstlenmesi mümkündür¹⁴⁴.

Mevzuatımızdaki bu eksiklik üzerine Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı düzenlenmiştir. Bu tasarıya daha sonra değinilecektir.

d. Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme

1982 yılında kabul edilen 158 sayılı UÇÖ sözleşmesinin¹⁴⁵ 1994 yılında 3999 sayılı kanun ile onaylanması uygun bulunmuş; 1994 / 94-5971 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır¹⁴⁶. Sözleşme iş sözleşmesinin işveren tarafından geçerli bir neden olmaksızın feshedilmesi durumuna yönelik düzenlemeler içermektedir. Konumuzla sınırlı olarak belirtmek gerekir ki, sözleşmeye göre cinsiyet ya da cinsiyete dayanan biyolojik bir sebeple iş akdinin feshi yasaktır. Böylelikle iş akdinin feshinde kadın korunmuş olmaktadır¹⁴⁷.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, hizmet ilişkisinin işverence sonlandırılabilmesi için bu sonlandırmanın işçinin kapasitesine, işin yürütümüne ya da işyerinin gereklerine dayanan geçerli bir nedenle olması gerekmektedir. Sözleşme madde 5/d'ye göre ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya siyasi köken ve madde 5/e'ye göre doğum izni sırasında işe gelmeme iş akdinin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Madde 8'e göre ise, iş akdi geçerli nedenle feshedilmeyen işçiye itiraz hakkı tanınmalıdır.

158 sayılı sözleşme madde 9/2-a'ya göre geçerli bir nedenin varlığını ispat yükü işverene aittir. İş ilişkisinin, sözgelimi cinsiyete dayalı bir nedenle feshedildiğinin işçi tarafından ispatı oldukça güçtür. Bu sebeple, ispat yükü işverene bırakılmıştır¹⁴⁸. İşveren iş ilişkisinin işçinin performansından, işin ya da işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle feshedildiğini ispatlamak zorundadır. İşçinin feshin geçerli bir nedene dayanmadığını ispatlaması gerekmez. Kısaca denebilir ki feshe karşı işçiyi

¹⁴⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s.279.

¹⁴⁵ Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C158>, (04.07.2011).

¹⁴⁶ RG tarih ve sayısı: 12.10.1994/ 22079.

¹⁴⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.53.

¹⁴⁸ YÜKSEL-ONARAN, s.52.

korumanın doğal bir sonucu olarak iş akdinin geçerli bir nedenle feshedildiğinin ispatının işverene yüklenmesi gerekmektedir. Zira böyle bir sistemde feshin geçerli bir nedenle yapılacağı kabul edildiğinden, iş ilişkisinin normal bir şekilde devam ettiğini ileri süren taraf değil, fesih için geçerli nedenin oluştuğunu iddia eden taraf iddiasını ispat etmelidir¹⁴⁹.

-119 Sayılı Tavsiye Kararı

158 sayılı sözleşme ile aynı konuda olan 1963 tarihli 119 sayılı tavsiye kararı¹⁵⁰ da bulunmaktadır. Bu tavsiye kararı md. 3'e göre de işçinin cinsiyeti iş ilişkisinin sonlandırılması için geçerli neden oluşturmaz.

158 sayılı sözleşme iş güvencesi kavramının uluslararası kaynağıdır. Hukukumuzda iş güvencesine ilişkin hükümlerin temelini 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla" atıldığı söylenebilir¹⁵¹. Daha sonra 4857 sayılı İş Kanununda iş güvencesine ilişkin hükümler yer almıştır. Fakat iş güvencesine tabi olabilmek için bir takım şartların sağlanması gerekmektedir (İş K. md. 18). Dolayısıyla hukukumuzda 158 sayılı sözleşmenin sağladığı korumadan ancak bazı işçiler yararlanabilmektedir. 158 sayılı sözleşmeye paralel olarak iş güvencesine tabi olan işçiler için İş Kanunu madde 18/f.3-d'ye göre "İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" iş akdinin feshinde geçerli neden oluşturmaz. Belirtmek gerekir ki işverenin gebe ya da doğum yapmış işçinin iş akdini haklı nedenle fesih hakkı da ancak madde 25'deki sürelerin dolması halinde söz konusu olacaktır. Gebelik ya da doğum yapma sözleşmenin feshi için geçerli neden oluşturmaz. Sözleşme ancak başka bir geçerli nedenin varlığı halinde sonlandırılabilir. Sözleşmenin feshinde ayrımcılık yapılmamasına ilişkin hususlara daha sonra ayrıntılı olarak değineceğiz.

¹⁴⁹ YÜKSEL-ONARAN, s.53.

¹⁵⁰ Tavsiye kararı metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R119>, (04.07.2011).

¹⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008, s.705.

e. Analığın Korunmasına İlişkin Sözleşme

Kadının hamilelik ve analık dönemlerinde özel olarak korunması gerekmektedir. Kadının çalışma hayatına katılımını arttırmak isteyen UÇÖ da kadının gebelik ve doğum gibi biyolojik sebeplerle çalışma hayatından geri kalmaması adına analığın korunması sözleşmesini düzenlemiştir. Bu yolda ilk adım 1919 yılında kabul edilen ve 1921’de yürürlüğe giren 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi ile atılmıştır. Sözleşme 1952 tarihinde 103 sayılı sözleşme ve 2000 yılında ise 183 sayılı sözleşmelerle gözden geçirilmiştir. Türkiye bu sözleşmelerin hiç birini onaylamamıştır.

2000’de kabul edilen ve 2002’de yürürlüğe giren 183 sayılı sözleşmenin birinci maddesine göre sözleşme ayırım gözetilmeksizin tüm kadınlara uygulanır. Sözleşmenin 8. maddesi “İşin Korunması ve Ayrımcılık Yapılmaması” başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre işverenin kadının gebeliği, analık veya hastalık izinleri sırasında ve ulusal mevzuata göre işe dönüşünü izleyen dönemde iş sözleşmesini feshetmesi yasaktır. İşten çıkarmanın gebelik, doğum ya da emzirme sebepleri dışında bir sebeple sonlandırılmışsa bu sebebin ne olduğunu kanıtlama yükümlülüğü işverene düşmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, kadının analık izni bitiminde tekrar aynı göreve ya da aynı oranda ücretlendirilmiş eşdeğer bir göreve getirileceği garanti edilmelidir. Bu düzenlemeyle hamileliği sebebiyle işten uzaklaşan kadının işe dönüşü kolaylaştırılmak istenmiş, ücreti garanti altına alınmıştır. Zira doğum sonrası işine dönen kadının daha düşük ücretli bir işte çalıştırılması, doğum yapması sebebiyle onu cezalandırmak anlamına gelecektir ki bu kabul edilemez.

Sözleşmenin 9. maddesine göre, üye ülkeler hamilelik sebebiyle kadınların ayrımcılığa uğramasını engelleyen tedbirler almalıdır. Bu önlemler istihdama girişi de kapsar. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise 1. fıkrada bahsi geçen önlemler kapsamında bir kadından işe başlarken gebelik testi sunması ya da gebelik durumunu doğrulayan ya da doğrulamayan bir sertifika ibraz etmesi istenemez. Fakat şayet ulusal mevzuata göre iş kısmen veya tamamen gebe ya da emziren kadına yasaklanmışsa veya o iş kadının ya da çocuğun salığı için tehlike oluşturuyorsa bu hallerde mevzuat gereği kadından gebe olup olmadığına ilişkin bilgi istenebilir. Bu sözleşme ile aynı konuyu düzenleyen 2000 yılında kabul edilen 191 sayılı Analığın Korunması Tavsiyesi de sözleşmeyi tamamlayıcı düzenlemeler içermektedir.

f. Yeraltı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme

1935 tarihli 45 sayılı sözleşme¹⁵² Türkiye 1937 yılında 3229 sayılı kanunla kabul edilmiştir¹⁵³. Sözleşme bütün kadınların özel durumlarını gözetmeksizin genel olarak yer altı işlerinde çalışmasını yasakladığı için fırsat eşitliğini bozduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁵⁴. Zira sadece yeraltında çalışması tehlikeli olanlara değil, bütün kadınlara bu alanların yasaklanması eşitlik ilkesine aykırı görülmektedir¹⁵⁵. Bu konuya daha sonra değinilecektir.

g. Gece Çalışması Sözleşmesi ve Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması

Türkiye'nin onaylamadığı 89 ve 171 sayılı sözleşmelere daha sonra değinilecektir.

C. Avrupa Konseyi Belgeleri

Avrupa Konseyi 1949 yılında kurulmuş, Türkiye'de aynı yıl konseye katılmıştır¹⁵⁶. Bu bölümde Avrupa Konseyi'nin konumuz açısından önem arz eden sözleşmelerine değinilecektir.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁵⁷, 1950 yılında Roma'da imzalanmış 1953 yılında da yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi 1954 yılında 6366 sayılı kanun ile onaylamıştır¹⁵⁸. Sözleşmenin 1. maddesine göre sözleşmeye taraf ülkeler sözleşmenin birinci bölümünde düzenlenen hakları ve özgürlükleri kendi yetkileri altında bulunan kişilere tanımakla yükümlüdür. Sözleşmenin en önemli özelliği, madde 33 ve 34'te ifade edildiği üzere sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklere aykırı hareket edilmesi durumunda, sözleşmeyi ve ilgili protokolü onaylamış devlete karşı, diğer devletler dışında bireyler de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilecek olmasıdır¹⁵⁹.

¹⁵² Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, (04.07.2011).

¹⁵³ RG tarihi ve sayısı: 23.06.1937/ 3638.

¹⁵⁴ SOYSAL, Tamer, "Uluslar arası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", s.15, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf>, 04.07.2011); DİNÇ, s.5.

¹⁵⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 288; SÜRAL, s 161.

¹⁵⁶ RG tarih ve sayısı: 17.12.1949/ 7382.

¹⁵⁷ Sözleşme metni için bak. <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>, (04.07.2011).

¹⁵⁸ RG tarih ve sayısı: 19.03.1954/ 8662.

¹⁵⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. GEMALMAZ, s.706 vd., GÖZÜBÜYÜK, s.315 vd.; KAPANİ, s.46 vd.

Anayasa md. 90 gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türk mahkemelerince davaların çözümünde dayanak olarak kullanılabilir.

“Ayrımcılık Yasağı” başlığını taşıyan sözleşme madde 14’e göre bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, dil, din, renk, siyasi ya da diğer düşünceler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya başka bir durum bakımından ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Sözleşmede kadın- erkek eşitliği temel bir hak olarak tanınmamıştır. BM belgelerinde olduğu gibi sadece sözleşmede tanınan hak ve özgürlükler bakımından ayrımcılık yasağı yapılamayacağı ifade edilmiştir. Madde 14 bağımsız olarak uygulanabilecek bir madde değildir. Bu sebeple sözleşmede tanınan bireysel başvuru yoluna kadın ya da erkek eşitliğine aykırı bir olay sebebiyle başvurulamaz¹⁶⁰. Bu maddenin uygulanabilmesi için ayrımcılığın sözleşme kapsamındaki bir hak ya da özgürlüğe ilişkin olması gerekmektedir. Fakat md. 14’ün uygulanabilmesi için mutlaka sözleşmede yer alan bir hak veya özgürlüğün ihlali gerekmez. Yani, sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere uygun davranılması da bir ayrımcılık yaratabilir¹⁶¹. Diğer taraftan sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin bir ihlal varsa ve madde 14’ün ihlali davanın önemli bir yönünü oluşturmuyorsa md. 14’ün araştırılması gerekmez¹⁶².

Son olarak belirtmek gerekir ki her ayırım madde 14’ün ihlali anlamını taşımaz¹⁶³. Bu bağlamda Belçika Dil Davasında¹⁶⁴ da ifade edildiği gibi ayırım nesnel ve makul bir nedene dayanmadığı takdirde, yani kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir ölçülülük yoksa madde 14’e aykırılıktan bahsedilir.

¹⁶⁰ ÇELİKEL, Eşitlik İlkesi, s.95; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.248; YÜKSEL-ONARAN, s.59.

¹⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası, Ankara 2007, s. 401; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.251.

¹⁶²Strazburg Mahkemesinin bu yöndeki kararlarının incelemesi için bak. GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.254; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.402.

¹⁶³ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 400- 401.

¹⁶⁴ Davanın metni için bak. <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/portal.asp?sessionId=29004674&skin=hudoc-en&action=request>, (04.07.2011).

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 12 No'lu Protokol

Protokol 2000 yılında imzaya açılmış olup, 2005'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu protokolü 2001 yılında imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamamıştır¹⁶⁵. Protokolde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.14'te yer alan ve sözleşmede tanınan haklarla sınırlı olan ayrımcılık yasağı genişletilerek genel ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

Protokolün 1. maddesine göre *yasayla tanınan herhangi bir haktan yararlanma* cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, servet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir ayrımcılık olmadan güvence altına alınacaktır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, hiç kimse herhangi bir kamu makamı tarafından 1. fıkrada bahsedilen nedenlerle herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulamaz. Bahsettiğimiz ve maddede de görüldüğü üzere protokolde yasayla tanınan herhangi bir hakka ilişkin ayrımcılıkta bulunmak yasaklanmıştır. Açıklayıcı rapor paragraf 29'da da ifade edildiği üzere yasa ulusal hukukun yanı sıra uluslararası hukuka ilişkin düzenlemeleri de kapsar¹⁶⁶.

Protokol madde 3 ise sözleşme ve protokol arasındaki bağlantıyı kurmaya ilişkindir. Bu maddeye göre protokol madde 1 ve 2 sözleşmenin ek maddesi kabul edilir ve sözleşmenin tüm hükümleri protokoldeki bu düzenlemelere göre uygulanır. Böylelikle sözleşmenin koruma alanı genişletilmiştir. Protokole ilişkin açıklayıcı raporun 33. paragrafına göre ise protokol md. 1, sözleşme madde 14'ü kaldırmamakta ya da değiştirmemekte bu iki düzenleme birbirinin üstüne binmektedir. Sözleşme md. 32/f.1'e göre ise bu iki düzenlemenin uygulanmasına yönelik bir sorunun varlığı halinde yorum mahkemece yapılacaktır.

2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi, üyelerinin ekonomik ve sosyal gelişimlerini sağlamak, insanlığın ortak mirası olan ilke ve prensipleri geliştirmek amacıyla kurulmuş, bu yolda da pek çok

¹⁶⁵<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=7/6/2009&CL=ENG>, (04.07.2011).

¹⁶⁶ Açıklayıcı rapor için bak. <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>, (04.07.2011).

sözleşme kabul etmiştir. Avrupa Sosyal Şartı bunlardan biridir¹⁶⁷. Avrupa Sosyal Şartı¹⁶⁸ 1961’de Torinoda imzalanmış ve 1965 yılında da yürürlüğe girmiştir¹⁶⁹. Türkiye sözleşmeyi 1961’de imzalamış, 1989’da ise çekincelerle 3581 nolu kanunla onaylanmasını uygun bulmuş; 89/14434 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır¹⁷⁰. Avrupa Sosyal Şartı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde eksik bırakılan ekonomik ve sosyal haklar düzenlenmiştir¹⁷¹.

Avrupa Sosyal Şartı önsözünde şartın, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerekliliği göz önünde tutularak imzalandığı ifade edilmiştir. Fakat toplumsal gelişmeler neticesinde şartın gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Dolayısıyla da 3 Mayıs 1996 tarihinde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı¹⁷² imzalanmıştır. Şart 1 Temmuz 1999’da yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu şartı 2004 yılında imzalamış, 2006’da ise 5547 sayılı kanunla onaylanmasını uygun bulmuş; 2007/11907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır¹⁷³. Türkiye beyanında “Türkiye Cumhuriyeti, 1996 tarihli "(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı"nın III. Bölümünün A maddesi gereğince, anılan Şart'ın II. Bölümünün aşağıdaki madde, fıkra ve bentlerini kabul ettiğini beyan eder: 1 inci madde, 2 nci maddenin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7 nci fıkraları, 3 üncü madde, 4 üncü maddenin 2, 3, 4 ve 5 inci fıkraları, 7 ilâ 31 inci maddeler” demiştir¹⁷⁴. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile, şart kapsamındaki her alanda cinsiyetlerarası eşitlik sağlanması amaçlanmıştır. Ayrıca kadının hamilelik döneminde ve doğum sonrası dönemde

¹⁶⁷ TARCAN, Nurseli, “Avrupa Sosyal Şartı’ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, Sicil, Yıl:1, Sayı:4, İstanbul 2006, s. 218.

¹⁶⁸ Şartın metni için bak. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/035.htm>, (04.07.2011).

¹⁶⁹ Şartın hazırlanma süreci ve uygulama alanına ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. SUR, Melda, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler (Anılış: Uluslararası Kaynaklar), İzmir 1995, s.70 vd.

¹⁷⁰ RG tarih ve sayısı: 14.10.1989/ 20312.

¹⁷¹ GÜLMEZ, Mesut, “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?” (Anılış: Avrupa Sosyal Şartı), Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2007/1, s. 31, (<http://www.calismatoplum.org/sayi12/Gulmez2.pdf>, 04.07.2011).

¹⁷² Şartın metni için bak. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm>, (04.07.2011).

¹⁷³ RG tarih ve sayısı: 09.04.2007/ 26488.

¹⁷⁴ Bak. <http://www.resmi-gazete.org/sayi/9905/5547-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sartinin-onaylanmasinin-uygun-bulunduguna-dair-kanun.html>, (04.07.2010); çekincelere ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bak. GÜLMEZ, Avrupa Sosyal Şartı, s.32 vd.

korunmasına yönelik düzenlemeler yapılması gerektiği yönünde hükümlere yer verilmiştir¹⁷⁵.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın birinci bölümüne göre taraf devletlerin amaç edindiği ilkeler arasında; herkesin özgürce seçtiği bir işle yaşamını sağlama fırsatına sahip kılınması yer almaktadır. Herkesin işini özgürce seçebilme hakkına sahip olması fırsat eşitliğini de içermektedir. Kişi özgürce seçtiği işte çalışabilmesi için o iş kabulünde diğer kişilerle eşit şartlara sahip olmalıdır. Yani fırsatlardan herkes eşit yararlanmalıdır¹⁷⁶.

Yine birinci bölümdeki düzenlemede tüm çalışanların adil- güvenli- sağlıklı çalışma koşullarına sahip olması, tüm çalışanların kendilerinin ve ailelerinin iyi bir yaşam düzeyine sahip olmaları için adil bir ücret alma hakkına sahip olması, çalışan kadınların anne olmaları durumunda özel olarak korunma hakkına sahip olması, herkesin meslek seçimi için uygun yönlendirme imkânına sahip olması ve herkese mesleki eğitim için uygun imkânlar sunulması gerektiği belirtilmiştir. Bunlara ek olarak, tüm çalışanlar istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına sahiptir ve ailevi sorumlulukları olan çalışanlar ya da ailevi sorumlulukları olup çalışmak isteyenler ailevi sorumluluklarıyla çalışma hayatı arasına sıkışmadan ve ayrımcılığa maruz kalmadan çalışabilmelidirler.

Şartın ikinci bölümünde yer alan 1. madde “Çalışma Hakkı” başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre, çalışma hakkının etkin bir biçimde gerçekleşmesi için taraf devletler çalışanların özgürce seçtikleri bir işte yaşamlarını sürdürme haklarını korumalı ve herkesi uygun mesleğe yönlendirmek için eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamalı ya da bunları teşvik etmelidir. 4. maddeye göre ise, ücret hakkının etkin bir biçimde kullanılmasının sağlanması için çalışan kadın ve erkeklere eşit değerde iş için eşit ücret verilmelidir. Bu düzenleme 100 sayılı UÇÖ sözleşmesi ile de uyumludur.

“Çalışan Kadınların Analığının Korunması” başlığını taşıyan 8. madde uyarınca taraf devletler, kadınlara doğumdan önce ve doğumdan sonra ücretli izin verilmesi veya yeterli sosyal güvenlik yardımı ya da kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam olarak en az 14 hafta izin kullandırılması gerektiği düzenlemiştir. Yine aynı maddeye göre işveren kadın işçinin hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine

¹⁷⁵ USAL, s.51.

¹⁷⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s.46.

ayrılacağı dönem içinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin bildirim yapamaz veya bu dönem içinde hüküm ve sonuç doğuracak bir işten çıkarma bildiriminde bulunamaz. Ayrıca emzirme dönemindeki kadınların gece çalışmaları bu durumlarına göre düzenlenmeli ve hamile, yeni doğum yapmış ve emzirme dönemindeki kadınların yeraltında ya da ağır işlerde çalışmaları yasaklanmalıdır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın Ekinde yer alan düzenlemeye göre kadın çalışanın hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılacağı dönem içinde iş akdine son verilemeyeceğine ilişkin düzenleme mutlak bir yasak içermez. İş akdinde belirlenen çalışma süresinin son bulduğu, kadın çalışanın görevini kötüye kullanması ve dolayısıyla işverenin iş akdini sonlandırmada haklı olduğu ve işletmenin çalışmayı durdurduğu haller düzenlemenin istisnası kabul edilir. Mevzuatımızda kadın gebe olduğunu işverene bildirdiği dönemden itibaren korunmamaktadır. Gebe olduğunu bildirdiği dönemden sonra fesih bildiriyle karşılaşması durumunda kadın işçi duruma göre ancak feshin geçersizliğini ya da fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia edebilecek, iş güvencesine tabi değilse işine geri dönemeyecektir.

Konumuz açısından önem taşıyan madde 20'ye göre, taraf devletler "istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak için uygun önlemler almayı taahhüt ederler. Maddede istihdam ilişkisinin her alanında cinsiyete dayalı ayırım yasaklanmıştır. Fakat koşulları ve nitelikleri gereği belirli cinsiyetlerin yerine getirebileceği meslekler 20. maddenin kapsamı dışında tutulabilir.

Şartın 26. maddesine göre, taraf devletlerin onurlu çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılabilmesini sağlayabilmeleri için taahhüt ettikleri hususlar arasında çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlendirilmesi, bilgilendirilmesi ile cinsel tacizin engellenmesini desteklemeye yönelik ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya ilişkin tüm uygun önlemleri almak yer almaktadır. Böylelikle incelediğimiz diğer metinlerden farklı olarak cinsel taciz de düzenleme kapsamına alınmış ve bu konuda da koruma sağlanmak istenmiştir.

"Ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı" başlığını taşıyan şartın 27. maddesine göre, taraf devletler ailevi sorumlulukları olan

çalışanların mesleki eğitim ve yönlendirmeye istihdam edilmelerini, çalışmalarının devamlılığının sağlanması ve sorumlulukları sebebiyle işten ayrılmaları durumunda geri dönmeleri konularında tedbirler almayı taahhüt eder. Ayrıca yine aynı maddeye göre, ebeveynlerden her birine, doğum sonrası dönemde ulusal mevzuat, uygulama ya da toplu iş sözleşmeleri ile belirlenen süre ve koşullarda çocuğa bakmak için aile izni verilmelidir. Bu tür ailevi sorumluluklar akdin feshi için geçerli neden sayılmaz. Şartın ekine göre ailevi sorumluluğu olan çalışanlardan anlaşılması gereken; kendilerine bağımlı çocukları olanlar ile bakım ve desteğe muhtaç olan yakın aile fertlerinden kaynaklanan sorumluluğu olan ve bu sorumlulukları sebebiyle çalışma hayatına hazırlanmalarını, katılmalarını veya bu faaliyetlerde ilerlemeleri engellenen kişiler anlaşılmalıdır. Yine şartın ekinde ifade edildiği üzere bakıma muhtaç yakın ve bakmakla yükümlü olunan çocuktan ne anlaşılacağı ulusal mevzuatça tanımlanacaktır. Görüldüğü gibi 156 Sayılı UÇÖ sözleşmesinde olduğu gibi burada da ailevi sorumluluklarla çalışma hayatı arasındaki denge sağlanmak istenmiştir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın beşinci bölümünde şartla sınırlı genel ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanır. Şartın ekine göre ise, nesnel ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamalar ayrımcılık sayılmaz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, taraf devletler Sosyal Şartta yer alan düzenlemelere uygun düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür. Devletler bu düzenlemelere ilişkin raporları sunma konusunda da taahhüt altına girmiştir. Devletlerce sunulan raporlar değerlendirilir ve bazı hallerde devlete tavsiye kararı da verilerek bu sonuçlar yayınlanır¹⁷⁷. Ülkemiz açısından, bugüne kadar şartın onaylanmış kısmına ilişkin yükümlülüklerin yeterli şekilde yerine getirilmediği söylenebilir. Komisyon raporlarında ülkemizin eleştirildiği görülmektedir. Komisyonun eleştirileri arasında ayrımcılık

¹⁷⁷ GEMALMAZ, s. 779.

yasağının ihlal edilmesi halinde ödenecek tazminatın 4 aylık ücret ile sınırlı tutulması da yer almaktadır¹⁷⁸.

D. Avrupa Birliği Mevzuatı

Türkiye Avrupa Birliğine¹⁷⁹ tam üye değildir. Avrupa Birliği ve Türkiye arasındaki ilişkiler 1963 yılında imzalanan Ankara Antlaşması ile kurulmuştur. 1 Ocak 1996'da ise Türkiye'nin Avrupa Birliğine uyum sürecindeki "geçiş dönemi" Avrupa Gümrük Birliğine üyeliğinin tamamlanmasıyla son bulmuş, "son döneme" girilmiştir¹⁸⁰. Her ne kadar Türkiye Avrupa Birliğine tam üyelik sağlayamamışsa da tam üyeliğin sağlanabilmesi için mevzuatımızın Avrupa Birliği ile uyumlu hale gelmesi önemlidir. İş K. gerekçesinde de bu gereklilik belirtilmiştir. Bu sebeple Avrupa Birliği mevzuatı hukukumuz açısından önemlidir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesi Avrupa Birliğinin de önem verdiği bir konu olmuştur. Avrupa Birliği sözleşmelerinde yer alan düzenlemelere değinmeden önce Avrupa Birliği'nin uygulamalarına değinmeyi yerinde buluyoruz. Avrupa Birliği uygulamasında ilk olarak bireysel temelli tazmin ve telafi politikasının uygulandığı görülmüştür. Bu politika kusurlu davranışı ile ayrımcılık yaparak bireyi zarara uğratan tarafın bu zararı gidermesi anlamına gelmektedir. Sonraları gruplar, topluluklar açısından da durumun incelendiği görülmüştür. Grupların maruz kaldığı ayrımcılık neticesinde karşılaştıkları zorlukların ortadan kaldırılması hedeflenmiştir. Yani zamanla Avrupa Birliği bireysel tazminin yanında genel olarak fırsat eşitliğinin sağlanmasını da hedeflemiştir¹⁸¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki Avrupa Birliğinde fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından bireyin uğradığı ayrımcılığın dikkate alınmasından toplulukların korunmasına doğru bir yol izlense de, ayrımcılığın varlığının tespiti bakımından tek bir kişinin böyle bir uygulamaya maruz kalması yeterli görülmüştür. Yani ayrımcılığın tespiti için illaki bir grup insanın etkilenmesi gerekmez¹⁸². Avrupa Birliği kurallarının uygulanması bakımından Adalet Divanı'nın varlığı önemlidir. Adalet Divanı üye

¹⁷⁸ GÜLMEZ, Avrupa Sosyal Şartı, s.50.

¹⁷⁹ 1992'de imzalanan Maastricht Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Avrupa Birliği olarak adlandırılmıştır.

¹⁸⁰ Türkiye'nin Avrupa Birliği ile olan ilişkilerinin kronolojisi için bak.

<http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=112&l=1>, (04.07.2011).

¹⁸¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 43.

¹⁸² YILDIZ, Eşit İşlem, s.81.

ülkelerde Avrupa Birliği düzenlemelerinin aynı şekilde uygulanması ve yorumlanması için kurulmuştur. Ayrıca Divan, üye ülkelerle, Avrupa Birliği Kurumları, bireyler ve işletmeler arasında çıkan uyuşmazlıkları da çözer¹⁸³.

Avrupa Birliğinde hakim olan eşitlik anlayışına değinecek olursak; Roma Antlaşmasının kabulüyle şekli eşitlik anlayışının benimsendiği fakat Amsterdam Antlaşmasıyla maddi eşitlik anlayışının da sağlanılmak istendiği görülmüştür¹⁸⁴. Taciz ve ayrımcılığa uğrayan kişinin herhangi bir yasal süreci başlatması durumunda mağdur edilmesinin engellenmesi de Avrupa Birliği'nin ayrımcılığa ilişkin düzenlemeleri kapsamına dahil edilmiştir¹⁸⁵. Çalışmamızın bu bölümünde Avrupa Birliği hukukunun birincil kaynaklarından olan antlaşmalarına ve ikincil kaynaklarından olan yönergelerine¹⁸⁶ konumuzla sınırlı olarak değinmeyi yerinde buluyoruz.

1. Avrupa Birliği'nin Eşitlik ve Cinsiyetlerarası Ayrımcılıkla İlgili Antlaşmaları

a. Roma Antlaşması

Avrupa Ekonomik Topluluğunun oluşumunu sağlayan antlaşma, Roma'da 25 Mart 1957 tarihinde imzalanmış 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸⁷. Antlaşmasının 119. maddesine göre eşit iş için, eşit ücret verilmesi kabul edilmiştir. Bu madde uyarınca ücret kavramından anlaşılması gereken, çalışanın doğrudan ya da dolaylı olarak çalışması karşılığında nakit ya da başka şekilde kazandığı minimum ücret, maaş veya başkaca bedellerdir. Yine aynı maddeye göre; cinsiyet ayrımcılığına dayanmayan eşit ücret kavramıyla parça başına ücret ödemesi yapılan işlerde aynı ölçüye göre, zamana göre ücret ödemesi yapılan işlerde aynı süreye göre yapılan ödeme kast edilmektedir. Düzenleme UÇÖ'nün 100 Sayılı Sözleşmesi'nden etkilenecek kalem alınmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki burada eşit işten söz edilirken 100 sayılı sözleşmede eşit değerde

¹⁸³ Adalet Divanına ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. http://europa.eu/institutions/inst/justice/index_en.htm, (04.07.2011)

¹⁸⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s.43.

¹⁸⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s.58.

¹⁸⁶ İkincil kaynaklardan olan direktiflerin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Üye ülkelerin bu direktifleri iç hukuklarına geçirmiş olmaları gerekir. Fakat direktifinde belirlenen sürede iç hukuka geçirilmezse mahkemeler önünde doğrudan ileri sürebilecektir, MOROĞLU, Nazan, "Avrupa Birliği Anlaşmalarında Ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği" (Anılış: Kadın Erkek Eşitliği), Sicil, YIL:1, Sayı: 4, İstanbul 2006, s.212.

¹⁸⁷ Antlaşma metni için bak.

http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf, (04.07.2011).

işten bahsedilmiştir. Dolayısıyla Topluluk Antlaşmasında 100 Sayılı Sözleşmenin gerisinde daha dar bir düzenleme yapılmıştır.

Roma Antlaşması md. 119’da yer alan düzenlemenin sosyal nedenlerden ziyade ekonomik sebeplerle yapıldığı kabul edilmektedir. İlk olarak Fransa kadınlar ve erkekler arasında eşit iş için eşit ücret ödeneceğini ulusal mevzuatında kabul etmiştir. Diğer ülkelerde bu ilkenin kabul edilmemesi ve bu sebeple ucuz kadın iş gücünden faydalanmalarının haksız rekabet olacağını ifade eden Fransa’nın baskısı ile söz konusu düzenleme yapılmıştır¹⁸⁸. Belirtmek gerekir ki eşit iş için eşit ücret öngören 119 sayılı madde doğrudan uygulanabilir, somut haklar doğuran bir madde olması sebebiyle önemlidir¹⁸⁹.

Antlaşmanın 117. maddesinde çalışma şartlarının ve çalışanların yaşam standartlarının iyileştirilmesi ve böyle bir gelişme sürecinde çalışanların eşitliğinin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.

b. Amsterdam Antlaşması

02.10.1997 tarihinde imzalanan ve 01.05.1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması¹⁹⁰ ile Roma Antlaşması md.119, md. 141 olarak yeniden numaralandırılmıştır. Bu maddeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki antlaşmanın başlangıcında Avrupa Topluluğunun amaçları arasında çalışma koşullarının iyileştirilmesi sayılmıştır.

Amsterdam Antlaşmasının 141 maddesi ile eşit iş yanında eşit değerde iş kavramı da düzenlemeye eklenmiştir. Üye devletler eşit ya da eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi ilkesine uymak durumundadır. Böylelikle ilk defa eşit değerde iş kavramı

¹⁸⁸TUNCAY, A. Can, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”(Anılış: Tebliğ), İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu - Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2007, s.23; YENİSEY-DOĞAN, Kübra, “Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”(Anılış: Avrupa Birliği), s.3, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf>, 04.07.2011); ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 90- 91; GÜLMEZ, s. 342; MOROĞLU, Kadın Erkek Eşitliği, s.210; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 44.

¹⁸⁹ Defrenne V. Sabena davasında Bayan Defrenne Sabena havayollarında hostes olarak çalışmaktadır. Uçakta stewards olarak çalışanlara erkeklere nazaran daha az ücret alması sebebiyle Belçika Ulusal Mahkemelerinde dava açmıştır. Belçika Ulusal Mahkemesi bu konuda Roma Ant. md. 119’u doğrudan uygulayıp uygulayamayacağını Avrupa Topluluğu Adalet Divanına sormuştur. Divan md. 119’un doğrudan etkiye sahip olduğunu ve ulusal mahkemelerin md. 119 çerçevesinde bireyleri koruması gerektiğini ifade etmiştir, karar için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0043:EN:HTML>, (04.07.2011)

¹⁹⁰ Antlaşma metni için bak. <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>, (04.07.2011).

açıkça ifade edilmiştir¹⁹¹. Bu ekleme dışında 141. maddede, Roma Antlaşması md. 119'da yer alan ücret kavramına ilişkin ve cinsiyet ayrımcılığına dayanmayan eşit ücretten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalar tekrarlanmıştır.

141. maddenin 3. fıkrasına göre, Konsey kadın ve erkeklerin eşit muamele görmesi ve fırsat eşitliğinin sağlanması için gerekli önlemleri alır. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca da, kadın erkek arasındaki eşitliğin tam olarak sağlanabilmesi için, daha az temsil olunan cinsin işe girmesini kolaylaştırmak ve iş ilişkisi devam ederken uğradığı ayrımcılığı önlemek için üye devletler bir takım tedbirler alabilir. Daha az temsil edilen cinsin işe alınmasının kolaylaştırılması olumlu ayrımcılık politikalarının bir sonucudur. Olumlu ayrımcılığa ilişkin açıklamalar daha sonra yapılacaktır.

Amsterdam Antlaşmasınının 13. maddesi uyarınca konsey cinsiyet, ırk, etnik köken, din, inanç, özürlülük, yaş ve cinsel tercihe dayalı her türlü ayrımcılığa karşı gerekli önlemleri alabilir. Daha önce incelediğimiz metinlerden farklı olarak burada cinsiyet dışında cinsel tercihe dayanılarak da ayrımcılık yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan maddede ayrımcılık nedenleri sınırlı tutulmuştur.

Roma Antlaşmasında da ifade ettiğimiz gibi, 141. madde de devletlerin bu konuda ayrıca bir düzenleme yapmasına ihtiyaç olmaksızın bireylerin doğrudan ileri sürebilecekleri, doğrudan uygulanabilecek bir maddedir. Roma Antlaşmasında eşitliğe ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan anlayış Amsterdam Antlaşmasındaki düzenlemelerle değişmiştir. Amsterdam Antlaşmasıyla cinsiyet ayrımcılığı sadece ekonomik bir sorun değil aynı zamanda sosyal bir sorun olarak da görülmeye başlanmıştır¹⁹².

Amsterdam Antlaşmasıyla ücret eşitliğini aşan istihdam ilişkisini de kapsayan, fırsat - ücret ve işlem eşitliğinin sağlanması için olumlu ayrımcılık yapılabilmesine olanak tanıyan düzenlemelere yer verilmiş¹⁹³, maddi eşitliğin sağlanması amaçlanmıştır. Bu antlaşma ile fırsat eşitliğinin sağlanması üye ülkelerin öncelikleri arasına girmiştir¹⁹⁴.

¹⁹¹ BLANPAIN, Roger, European Labour Law, Twelfth Revised Edition, Hollanda 2010, s.508.

¹⁹² YÜKSEL- ONARAN, s.73.

¹⁹³ Adalet Divanı bir kararında kamu görevinde erkekler ve kadınlar arasında eşitliği sağlamaya ilişkin bir düzenlemeyi 141. maddeye ve 76/207 sayılı direktife aykırı bulmuştur. Bu düzenleme işe alımda yeterli nitelik

2. Avrupa Birliği'nin Eşitlik ve Cinsiyet Ayrımcılığı İle İlgili Yönergeleri

a. 92/85 Sayılı Hamile, Loğusa ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Saygılığının Korunması Hakkında Yönerge

1992 tarihli yönerge¹⁹⁵ ile kadınların hamilelik, loğusa ve emzirme dönemlerinde özel olarak korunması gerektiği belirtilmiştir. Yönergeye göre hamile ya da emziren kadının çalışma koşulları ve saatlerinin bu durumlarına uygun olarak ayarlanması veya daha uygun bir işe yerleştirilmeleri, böyle bir imkan yok ise kadının sağlığının tehlikeye atılmaması adına ulusal mevzuata ya da uygulamalara uygun olarak hamile kadına belirli bir süre izin verilmesi gerektiği ifade edilmiştir (md.5). Bunun dışında yönergede, hamile kadının hamileliği süresince, emzikli-loğusa kadının ise belirli bir süre gece çalışmasının yasaklanması, gece çalışan bu kadınların gündüz çalıştırılmaları, böyle bir şey mümkün değilse belirli bir süre izin verilmesi (md.7) gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca yönergeye göre kadına doğum öncesi ve sonrası en az 14 hafta izin verilmesi gerekmektedir (md.8). Mevzuatımızda bu süre 16 haftadır¹⁹⁶ (İş K. md.74).

Ayrıca yönergede hamile kadının hamileliğinin başlangıcından analık izninin sonuna kadar -ulusal mevzuat uyarınca hamilelik ile ilişkisi olmayan başkaca bir haklı nedenin varlığı halleri dışında- iş sözleşmesinin sona erdirilmemesi gerektiği (md.10) düzenlenmiştir. Bu koruma mevzuatımızda bu kadar geniş değildir. Zira iş güvencesine tabi olmayan bir işçinin sözleşmesi neden bildirilmeksizin işverence feshedilebilir. İşveren sözleşmeyi işçinin gebeliği sebebiyle feshetmişse işçiye sadece kötü niyet tazminatı öder. İşçinin işine dönmesi mümkün değildir.

taşıyan bir kadının daha nitelikli bir erkeğe tercih edilmesine ilişkin. Divana göre, kadının işe alımda hiçbir nesnel değerlendirmeye tabi kılınmadan koşulsuz bir önceliğe tabi olmamalıdır. Divan adayların kişisel nitelikleri göz önünde tutularak nesnel bir değerlendirmeye tabi olmaları gerektiğini ifade etmiştir

Anderson v. Fogelqvist, C-407/98, karar metni için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0407:EN:HTML#SM>, (04.07.2011)

¹⁹⁴ Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği, s.2

¹⁹⁵ Direktif metni için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0085:EN:HTML>, (15.06.2011)

¹⁹⁶ 25.02.2011 tarih ve 27857 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun' md.76 ile İş K. md.74/f.1'e kadın işçilerin erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı sürelerin doğumdan sonraki sürelerle eklenerek kullanabileceğine ilişkin bir düzenleme eklenmiştir.

b. 96/34 Sayılı İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge

1996 tarihli yönerge¹⁹⁷ ebeveynlerin iş ve aile hayatlarına ilişkin sorumluluklarını bir arada götürebilmelerini sağlamaya ilişkindir¹⁹⁸. Yönerge üye devletin ulusal mevzuatına uygun bir hizmet sözleşmesi ile veya kanun, toplu iş sözleşmesi ya da uygulamayla tanınmış bir hizmet ilişkisi ile çalışan herkes için geçerlidir. Yönerge çocuğun doğumu ya da evlat edinme hallerinde anne ve babaya ayrı ayrı izin vermeyi öngörmektedir. Kadın erkek arasındaki fırsat ve muamele eşitliğinin sağlanması bakımından bu izin hakları prensip olarak devredilmemelidir. Ebeveynlere tanınan bu izne¹⁹⁹ ilişkin şartlar üye devletlerce kanun ya da toplu iş sözleşmeleri aracılığı ile belirlenebilir (md. 2).

Yönergeye göre, izni kullanan ebeveyn izin bitiminde aynı işe dönmeli, bu mümkün değil ise eşdeğer ya da benzer bir işte istihdamı sağlanmalıdır (md.2/f.6). Bu düzenlemeyle çocuk sahibi olan ya da evlat edinen ebeveynlerin sırf bu sebeple cezalandırılmaları engellenmek istenmiştir.

Hukukumuzda ebeveyn iznine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır ve bu eksiklik eleştirilmektedir²⁰⁰. Eşi doğum yapan erkeğin izin alabilmesi ancak bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin bir düzenleme yapılmışsa mümkün olabilecektir²⁰¹. Toplumumuzda bebeğin ve çocuğun bakımı sadece annenin göreviymiş gibi algılanmaktadır. Yeni doğan bir bebeğin anneye ihtiyacı reddedilemez bir gerçek olmakla birlikte ileriki dönemlerde çocuğun bakımı anne kadar baba tarafından da üstlenilebilir. Çocuğun bakımının sadece anneye ait olması gerektiği yönündeki önyargı, kadına karşı iş hayatında ayrımcılık yapılmasını tetiklemektedir. Zira böyle bir sorumluluğa sahip kadın işçinin işine odaklanamayacağı düşüncesiyle onun yerine iş almada ya da mesleki eğitim verilmesinde erkek işçiler tercih edilmektedir.

¹⁹⁷ 96/54 sayılı yönerge, 8 Mart 2010 tarihli 2010/18 sayılı Ebeveyn İznini Düzenleyen Direktifi Değiştiren Konsey Direktifiyle 8 Mart 2012 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılacaktır.

¹⁹⁸ Yönerge metni için bak. http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31996L0034&model=guichett, (04.07.2011)

¹⁹⁹ Avrupa Birliğinde ebeveyn iznine ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. ERALTUĞ-KÖKKİLİNÇ, Ayşegül, “Avrupa Birliği Hukuku’nda Ebeveyn İzni”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:9, İstanbul 2006, s.112 vd

²⁰⁰ BAKIRCI, Kadriye, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin İnsan Hakları” (Anılış: Kadın İşçiler), Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, Cilt III, Ankara 2006, s.363.

²⁰¹ SÜRAL, Nurhan, “Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri” (Anılış: Torba Kanun), Sicil, Yıl:6, Sayı:21, İstanbul 2011, s.7.

Mevzuatımızdaki bu eksikliğin giderilmesine yönelik “Devlet Memurları Kanunu Ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” düzenlenmiştir. Tasarı metni hala komisyondadır. Tasarının gerekçesinde toplumun kadına yüklediği sorumluluklardan ve kadınlara yapılan ayrımcılıklardan bahsedilmiştir. Tasarıda ebeveyn iznine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır²⁰². Şu anda İş K.’da evlat edinme iznine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Evlat edinme halinde işçiye izin tanınabilmesi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde buna ilişkin düzenleme bulunmasına bağlıdır²⁰³. Tasarıda evlat edinilmesi durumunda ebeveynlere izin tanınması gerektiği düzenlenmiştir.

Her ne kadar ebeveyn izninin yasal düzenlemeye kavuşturulması gerektiği söylene de Avrupa Birliği ülkelerinde bu izinden yararlanan kadınların yüzdesi %32,6 iken erkeklerin oranı %7,4’tür²⁰⁴. İşte bu oranlar yasal düzenlemelerin ayrımcılığın önlemedeki tek çözüm yolu olmadığını toplumsal yargıların değiştirilmesinin en önemli konu olduğunu bir kez daha gözler önüne sermektedir.

c. 2000/78 Sayılı İşe Alma ve Meslekte Eşit Muamele Yönergesi

Bu yönergeye aşağıda cinsel tercih adlı başlıkta değinilecektir.

d. 2006/54 Sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın Ve Erkeğe Eşit Muamele Ve Fırsat Eşitliğinin Uygulanmasına Dair Yönerge

2006 tarihli yönerge²⁰⁵ ile 76/207 sayılı, 86/378 sayılı, 75/117 sayılı ve 97/80 sayılı yönergelerde düzenlenen hususların tek bir yönergede toplanması amaçlanmıştır. Yönerge istihdam edilmede, meslekte ilerlemede, çalışma şartlarında ve mesleki sosyal güvenlik sistemlerinde eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin hükümler içermektedir.

²⁰² Ebeveyn izninin AB ülkelerindeki düşük doğum oranının arttırılması amacıyla getirildiği için Türkiye’deki yapıya uymadığı ve tasarının Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının ve AB Direktiflerinin tanıdığı haklardan daha kapsamlı olması sebebiyle eleştiren görüş için bak. TARCAN, s.233.

²⁰³ SÜRAL, Torba Kanun, s. 7.

²⁰⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s.94.

²⁰⁵ Direktif metni için bak. [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF), (04.07.2011)

Önceki yönergelerden farklı olarak Adalet Divanı kararlarından yola çıkarak farklı örneklere yer verilmiştir. Fakat yönergede yeni bir hak düzenlenmemiştir²⁰⁶.

Yönergenin 2. maddesinde tanımlar yer almaktadır. Bu maddeye göre, *doğrudan ayrımcılık* bir kişiye benzer durumda olanlardan daha az avantajlı davranılması durumudur. *Dolaylı ayrımcılıkta* ise hükümler ya da uygulamalar görünüşte tarafsızdır. Fakat görünüşte tarafsız olan bu hükümlerin ya da uygulamaların meşru bir amacının veya objektif haklılığının olduğu gösterilemez ve o amaca ulaşmanın araçlarının uygun ve zorunlu olmadığı kanısına varılırsa ve bu şekildeki hükümler ya da uygulamalar belli cinsiyetten kişileri, öteki cinsiyetten olan kişilere nazaran mağdur duruma düşürürse dolaylı ayrımcılıktan bahsedilir. Yine aynı maddeye göre *taciz* bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen davranışların onur kırıcı, düşmanca, haysiyet kırıcı, aşağılayıcı, saldırgan bir çevre yaratma amacıyla ya da böyle sonuçlar doğuracak şekilde ortaya çıkmasıdır. *Cinsel taciz* ise arzu edilmeyen söz ya da söz dışında bir davranışla veya cinsel içerikli fiziksel davranışla kişinin haysiyetinin kırılması, ona düşmanca ve aşağılayıcı davranılmasıdır. Aynı maddede tanımlanan bir diğer kavram ise ödemedir. Maddeye göre *ödeme* işçinin çalışmasının karşılığının doğrudan ya da dolaylı olarak nakit ya da aynı olarak asgari ücret, maaş veya başka bir karşılık şeklinde verilmesidir.

Yönergenin I. Kısmı eşit ücret ilkesine ilişkindir. Bu ilke ilk olarak 1975 tarihli 75/117 sayılı Kadın Ve Erkekler İçin Ücret Eşitliği Yönergesinde²⁰⁷ düzenlenmiştir. Avrupa Birliği mevzuatında ilk defa Amsterdam Antlaşmasında değinilen eşit değerde iş kavramına bu yönergede de yer verilmiştir. Pek çok yönergeyi tek bir yönergede toplama amacıyla yapılan 2006/54 sayılı yönergede de eşit değerde işten bahsedilmiş ve eşit iş veya eşit değerde iş için doğrudan ya da dolaylı ayırım yapılmaksızın çalışanlara eşit ücret verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ücret belirlenmesinde bir sınıflama sistemi kullanılması halinde bu sistem kadın erkek ayırımı gözetilmeksizin herkes için geçerli olmalıdır. Yani herkes için aynı ölçütler kullanılmalıdır (md. 4).

Yönergenin III. Kısmında istihdama, mesleki eğitime, terfi olanaklarına erişim ve çalışma koşulları bakımından eşit işlem ilkesini düzenlemiştir. Bu konuda düzenlenen

²⁰⁶ MOROĞLU, Kadın Erkek Eşitliği, s.210

²⁰⁷ Direktif metni için bak.

[http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Directive&an_doc=1975&nu_doc=117, \(04.07.2011\).](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Directive&an_doc=1975&nu_doc=117, (04.07.2011).)

ilk yönerge 1976 tarihli 76/207 sayılı yönergedir. Daha sonra bu yönerge 2002 yılında 2002/73 sayılı yönergeyle tekrar gözden geçirilmiş ve bir takım eklemeler yapılmıştır. Bu yönergelerin düzenleme konusu olan istihdama, mesleki eğitime, terfi olanaklarına erişim ve çalışma koşulları bakımından eşit işlem ilkesinin uygulanması sağlama 2006/54 sayılı yönerge kapsamında tekrar değerlendirilerek III. Bölüm oluşturulmuştur. Bu yönergenin 14. maddesi uyarınca, a) Hangi faaliyet alanında olursa olsun ve terfi dahil mesleki hiyerarşinin her düzeyinde seçme kriterleri ve işe alma koşulları da dahil; istihdamda, bağımsız çalışmada veya mesleğe erişim koşullarında; b) Her çeşit ve her düzeyde mesleki rehberlikte, mesleki eğitimde, ileri mesleki eğitimde ve pratik iş tecrübesi de dahil yeniden eğitimde c) Antlaşmanın 141. maddesinde (Amsterdam Antlaşması) öngörüldüğü gibi işten çıkarmalar ve ücret de dahil istihdam ve çalışma koşullarında; d) İşçilerin veya işverenlerin bir örgütüne veya üyeleri belli bir mesleği icra eden herhangi bir örgüte, bu örgütler tarafından sağlanan yardımlar da dahil katılım ve üyeliğe ilişkin konularda doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamaz. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, istihdam ya da istihdam edilmeyi sağlayacak eğitime ilişkin cinsiyet temelli farklı bir işlem yapılması halinde, bu farklılık işin niteliğinden ya da faaliyetin icrasından kaynaklanıyorsa ve farklılığa sebep durum o meslek için asli bir gereklilik ise amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması koşuluyla yönergeye aykırılıktan bahsedilmez.

Yönerge madde 15 analık iznini düzenlemiştir ve bu bağlamda, doğum izni biten bir kadın işe daha kötü şartlarda dönmemelidir. Kadının yokluğu sırasında o işe ilişkin bir iyileştirme söz konusu ise kadın bundan yararlanmalıdır. 16. maddede düzenlenen babalık/evlatlık izni de bu doğrultudadır.

2006/54 sayılı yönergenin III. Kısmı çözüm yolları ve uygulamaya ilişkindir. 1997 tarihli 97/80 sayılı yönergede ayrımcılık yapıldığı iddiası ile yargı yoluna başvuran kişilerin bu iddialarını ne şekilde ispatlayacakları düzenlenerek eşitlik ilkesinin daha etkili uygulanması istenmiştir. 2006/54 sayılı yönergeyle 97/80 sayılı direktife ilişkin hükümler daha kapsamlı düzenlenmiştir. Yönerge ayrımcılık iddiasında bulunan kişilere, istihdam ilişkisi sona erse bile, uzlaştırma prosedürler de dahil olmak üzere adli ve idari yolların varlığını temin ederek, ayrımcılığın etkin bir şekilde takip edilip sonlandırmasını amaçlamıştır. Bu bağlamda yönergenin 18. maddesine göre, üye

devletler ayrımcı eylemlerin engellenmesi adına caydırıcı tazmin ve telafi yollarını mevzuatlarında düzenlemelidirler. Aynı maddeye göre yönerge hükümleri kapsamında bir ayrımcılık söz konusuysa ve bu sebeple kişinin iş başvurusu değerlendirilmemiş ise ödenecek tazminata ya da telafiye ilişkin bir üst sınır belirlenebilir. Bu hal dışında tazminat ya da telafi üst sınır belirlenerek kısıtlanamaz

Yönergenin 19. maddesinin 1. fıkrasına göre eşit davranma ilkesine aykırı davranılmadığının iddia edilmesi halinde doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılık olduğunun varlığı kabul edilir gibi gözükürse, eşit davranıldığına ispatı davalı tarafça yapılacaktır. 2. fıkra uyarınca üye devletler davacı taraf için daha elverişli ispat rejimi kabul edebilir.

III. Kısımın 2. Bölümünde eşit işlem ilkesinin teşviki için yapılması gerekenlerden bahsedilmiştir. Yönergeye göre bu ilkenin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için sosyal taraflar arasında sosyal diyalog geliştirilmelidir. 3. Bölüm 23. madde uyarınca, kanun, tüzük ve idari hükümler ile bireysel anlaşmalar veya toplu sözleşmelerde yer alan eşitliğe aykırı ilkeler kaldırılmalı ya da değiştirilmelidir. Yönerge madde 24'e göre eşit işlem ilkesine aykırılık hallerinde şikâyet ya da hukuksal sürece başvuran kimsenin işveren tarafından işten çıkarılmaması ya da olumsuz bir tavra maruz kalmaması için gereken tedbirler alınmalıdır. 26. maddeye göre de, üye devletler ayrımcılığın önlenmesi için ulusal kanunlarıyla istihdam, mesleki eğitim ve terfi olanaklarına erişimde cinsiyete dayanan ayrımcılığın bütün biçimlerinin ve özellikle işyerlerinde taciz ve cinsel tacizi önlemek için gereken tedbirleri alması hususunda teşvik edici politika izlemelidir.

Görüldüğü üzere bu yönerge ile daha önce birden fazla yönergede düzenlenmiş hususlar bir araya getirilmiştir. Bazı maddeler önceki düzenlemelerin tekrarı olmakla birlikte daha ayrıntılı düzenlemelere de yer verilmiştir. Birden çok yönergede yer alan ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler bu yönergede bir çatı altında toplanarak, tekrarların son bulması sağlanmıştır. Bu yönerge ile mevzuatımızdaki durumun kısa bir karşılaştırmasını yapmak gerekirse;

Öncelikle belirtmek gerekir ki mevzuatımızda doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığa ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Özellikle belirlenmesi daha zor olan dolaylı ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti için, mevzuatımızda da bu kavramlara

ilişkin tanımların yer alması gerekmektedir. Diğer taraftan İş Hukuku kapsamında cinsel tacizden ne anlaşılması gerektiği de doktrinde açıklanmaya çalışılmıştır. Zira İş Hukukundaki cinsel tacizin kapsamı, Ceza Hukukundakinden farklıdır ve İş Hukuku mevzuatında bu kavrama ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. İş Hukuku mevzuatında cinsel tacizin tanımını da içeren, cinsel taciz mağdurlarının korunmasına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Diğer taraftan yönergede olduğu gibi mevzuatımızda da eşit ve eşit değerde işe eşit ücret verilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla İş K. md.5/f.4'te yer alan bu düzenleme yönerge ile uyumludur. İş K. md.5/f.3'te yönergedeki kadar ayrıntılı olmasa da istihdamın her aşamasında ayrımcılık yasaklanmış ancak bazı hallerde ayrımcılık yapılabileceği ifade edilmiştir. Yönergede ebeveyn iznine yer verilmişse de daha öncede değindiğimiz gibi mevzuatımızda henüz böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İspat ve tazminatın üst sınırına değinmemiz gerekirse, İş Kanunumuzda 5. maddede iş ilişkisinin kurulması döneminde ayrımcılık yapılacağından bahsedilmişse de md.5/f.6'da bu dönem yaptırma bağlanmamıştır. Dolayısıyla hukukumuzda daha sonra ifade edeceğimiz gibi, iş ilişkisinin kurulması döneminde ayrımcılık yapılması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu gereği ayrımcılık yapan taraf uygun bir tazminat ödemesi gerektiği kabul edilir²⁰⁸. İş ilişkisinin devamı ve son bulması aşamalarında yapılan ayrımcılıklar için İş K. md.5'te ayrımcılık tazminatı düzenlenmiştir. Bu tazminatın üst sınırı ise işçinin 4 aylık ücretidir. Görüldüğü üzere mevzuatımızda yönergeden farklı olarak ayrımcılık tazminatına ilişkin bir üst sınır belirlenmiştir ki Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında da üst sınır belirlenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Mevzuatımızda ispat yükü davacı tarafa bırakılmıştır. Fakat bu ispat yükü hafifletilmiş bir ispat yüküdür ve davacı ihlalin varlığına ilişkin kuvvetli emareler sunduğunda ispat yükü davalı tarafa geçecektir. Kısacası ispat yüküne ilişkin düzenleme yönerge ile uyumludur. Ayrımcılığa uğrayan işçinin yargısal sürece başvurması halinde işveren iş sözleşmesini feshederse, işçi iş güvencesine tabi ise işe iadesini isteyebilir ve iş güvencesine ilişkin diğer düzenlemelerden faydalanır. Şayet iş güvencesine tabi değil ise kötü niyet tazminatı isteyebilir. Fesih haklı nedenle yapılmış ise haksız fesih

²⁰⁸ ATAMER, M. Yeşim, "Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği Sorunu", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.918; SEVİMLİ, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s.87; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.163; SÜZEK, İş Hukuku, s. 404; TARCAN, s.229; YILDIZ, Eşit İşlem, s.204; TUNCAY, Tebliğ, s.34

gündeme gelecektir. Hamilelik döneminde ise bu dönemin başlangıcından itibaren koruma sağlanmamıştır. Dolayısıyla kadın işçinin hamileliğinin başında sözleşmesi feshedilirse ancak iş güvencesine tabi işe iadesini isteyebilecek, değilse sadece tazminat isteyebilecektir. Mevzuatımızdaki durum bu haliyle Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu değildir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ ve CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Konumuz gereği cinsiyet ayrımcılığı incelenecek olsa da 4857 sayılı kanunda ayrımcılık yasaklarının düzenlendiği madde 5'in kenar başlığının eşit davranma ilkesi olması ve ayrımcılık yasaklarının eşit davranma ilkesinin kapsamında yer alması sebebiyle, sınırlı olarak eşit davranma ilkesine de değinilecektir.

A. Genel Olarak Eşit Davranma İlkesi

Eşit davranma ilkesi eşitlik ilkesinin İş Hukukundaki görünümüdür. 4857 sayılı Kanunla İş Hukukunda yasal düzenlemesine kavuşan bu ilke İş Hukukunun temel ilkeleri arasındadır²⁰⁹. Bu ilke işverenin haklı ve uygun nedenler olmaksızın aynı durumda olan işçilerine keyfi davranarak farklı işlemlerde bulunmasını engellemeye ilişkindir. Eşit davranma ilkesi bir yükümlülüğü ifade eder ve bu sebeple de işverenin eşit davranma borcundan bahsedilir²¹⁰.

Eşit davranma ilkesi, işçilerin işverene karşı korunmasını sağlar. Zira işçi diğer işçilerden farklı bir işlem görmesi durumunda ilkenin doğurduğu yükümlülük gereği kendine farklı davranılmasını önleyebilecek ve güçlü işveren karşısında korunacaktır. İşçiler arasında eşitlik önemlidir. Çünkü bu eşitlik çalışma barışının sağlanmasına katkıda bulunur. Son olarak, eşit davranma ilkesi İş Hukuku kaynaklarında yorumlanması gereken herhangi bir husus bulunması durumunda göz önünde tutulması gereken temel bir ilkedir²¹¹.

B. Eşit Davranma İlkesinin Uygulama Koşulları

İşverenin eşit davranma borcundan bahsedilebilmesi için aynı işyerinin işçilerinden oluşan bir grup olmalıdır. Farklı işyerlerinin işçileri ile kıyaslama yapılamaz. Eğer aynı işletmenin işyerlerinde aynı çalışma koşulları uygulanıyorsa yani bu işyerleri aynı işyeri gibi ise bu halde bu işyerlerinde için eşit davranma ilkesi uygulanabilir. Bu şartın istisnası md. 12 ve md. 13'te ifade edilen ve gereken hallerde emsal işçinin tespitinde o

²⁰⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.536.

²¹⁰ UŞAN, Fatih, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:8 İstanbul, 2005, s.1626; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 536; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 82; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.5, s.7; YÜKSEL-ONARAN, s.37.

²¹¹ ÇELİK, İş Hukuku, s.179; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 536; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 139- 140; YILDIZ, Eşit İşlem, s.61.

işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi yapan işçi dikkate alınmasıdır. Diğer taraftan ilkenin uygulanmasına yönelik karşılaştırmanın yapılabilmesi için birden fazla işçinin varlığına ihtiyaç vardır. Bununla birlikte ilkenin uygulanabilmesi için iş ilişkisinin kurulmuş olması da gerekmektedir. İş ilişkisini ya da işletmeyi ilgilendirmeyen uygulamalar için işverenin eşit davranma borcundan bahsedilmez. Ayrıca ilkenin uygulanabilmesi için, tüm işçilere yönelik bir uygulama bulunmalıdır. Bir grup içinde bu uygulamadan faydalanamayan azınlıkta olan işçiler, eşit davranma ilkesine dayanarak kendilerinin de bu lehe olan uygulamadan yararlandırılmalarını isteyebileceklerdir. Uygulama önceki dönemlere ait eski bir uygulama olmamalıdır²¹².

Eşit Davranma İlkesi kapsamında yer alan ayrımcılık yasaklarına ilişkin durumu incelemek gerekirse bu yasakların ihlali için kolektif bir uygulamanın varlığı aranmaz. Hatta iş ilişkisinin kurulmasına da ihtiyaç yoktur. Sözgelimi daha sonra inceleyeceğimiz cinsel taciz ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir. İşçinin cinsel tacize maruz kalması halinde de bunun ayrımcılık kabul edilmesi ve İş K. md. 5 kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için birden fazla kişinin cinsel tacize maruz kalması gerekmez²¹³.

C. Eşit Davranma İlkesinin Kaynağı

İşverenin eşit davranma ilkesinin kaynağına ilişkin çeşitli görüşler²¹⁴ ortaya atılmıştır. Bu ilkenin kaynağının ahlak kuralı olduğu görüşünde olanlar olduğu gibi dürüstlük kuralı²¹⁵, adalet kavramı²¹⁶, işverenin işçiyi gözetme borcu, anayasadaki eşitlik ilkesi²¹⁷,

²¹² Yargıtay 9. HD , 31.5.2010, 2008/26989 E., 2010/15054 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 07.07.2009, 2009/25544 E., 2009/20096 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); ayrıca bak. SÖZER, A. Nazım, “Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık Ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, SİCİL, Yıl:1, Sayı: 2, Haziran 2006, s.190; BAYSAL, s.65 vd.; CENTEL, s.139 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 542 vd.; PİR, s.146 vd.; SEVİMLİ, s. 87; SÜZEK, İş Hukuku, s. 401; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.148 vd.; YILDIZ, Eşit İşlem, s.179 vd.

²¹³ YILDIZ, Eşit İşlem, s.189.

²¹⁴ Bu görüşlere yönelik ayrıntılı bilgi için bak. TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 32 vd.

²¹⁵ ULUCAN, s. 193; YENİSEY- DOĞAN, Kübra, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”(Anılış: Eşitlik İlkesi), Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, s. 64, (<http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf>, 04.07.2011).

²¹⁶ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 32vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.396.

²¹⁷ GÜLMEZ, s.586; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.108; YÜKSEL-ONARAN, s.37.

hakkaniyet esası²¹⁸ veya işyeri uygulamaları olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır²¹⁹.

Biz de bu esaslardan adalet ve hakkaniyet kavramının birbirinden ayırmanın mümkün olmadığı görüşüne²²⁰ katılarak eşit davranma ilkesinin kaynağının adalet kavramı ve hakkaniyet esası olduğunu düşünüyoruz. Zira hakkaniyet esasının temelinde de adalet kavramı yer alır. Hakkaniyet, somut adalete denir. Yani somut olaydaki bireyselleştirilmiş adalete hakkaniyet denir²²¹. Bununla birlikte kavramların soyut oluşu anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple eşitlik kavramı adalet ve hakkaniyet esası üzerinde yükselse de yine bu esaslar üzerinde yükselen yasal dayanaklarla bu soyutluğun somutlaştırılmasına ihtiyaç vardır. Aksi takdirde böylesine soyut kavramlara her olayda dayanılması oldukça güçleşecektir. 4857 sayılı İş Kanunda yer alan düzenlemeden önce bu ilkenin somut dayanağı Anayasa madde 10 olarak görülürken²²², 4857 sayılı kanunun kabulü ve madde 5'in düzenlenmesi ile eşit davranma ilkesinin kaynağı İş Kanunu madde 5 ve İş Kanunu gerekçesinde belirtildiği üzere Anayasa madde 10'daki genel ilkenin yansıması olması sebebiyle Anayasa madde 10'dur²²³.

D. Eşit Davranma İlkesinin Yasal Dayanakları

1. Anayasada Eşitlik İlkesi

Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında²²⁴ ifade ettiği gibi kanunların, Anayasanın açık hükümlerinden önce Anayasaya kaynaklık eden, Anayasa ilkelerinin dayandığı ve bütün uygar ülkelerin kabul ettiği genel, temel ilkelere uygun olması gerekmektedir. Eşitlik

²¹⁸ ÇELİK, İş Hukuku, s.178; SÜZEK, İş Hukuku, s. 396; ULUCAN, s.193; YENİSEY-DOĞAN, Eşitlik İlkesi, s.64; YILDIZ, Eşit İşlem, s.60.

²¹⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.60.

²²⁰ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.58.

²²¹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.58.

²²² ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar (Anılış: Temel Haklar), Ankara 2002; ÇELİK, İş Hukuku, s.178; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.586; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 542; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.108; UŞAN, s.1626; YENİSEY-DOĞAN, Eşitlik İlkesi, s.65; s.102; SEVİMLİ, s.86; AY md. 10 yanında md. 55'inde eşit davranma borcunun kaynağı olduğuna yönelik Yargıtay kararı için bak. Yargıtay 9. HD, 2008/26989 E., 2010/15054 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²²³ ÖZDEMİR, Erdem, "Ücret Artışında Eşitlik Ve Adalet"(Anılış: Ücret), Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sayı: 5, İstanbul 2007, s. 258; SÜZEK, İş Hukuku, s. 396; TUNCAY, Tebliğ, s.22; Dar anlamda eşit işlem yapma borcu İş Kanunu md. 5'te düzenlemediğinden dar anlamda eşit işlem borcunun kaynağı AY md. 10, ayrımcılık yasağının kaynağı İş K. md.5 ve AY md. 10'dur görüşü için bak. YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 841.

²²⁴ AYM, 03.07.1986, 1986/3 E., 1986/15 K., 19.04.1988, 1987/16 E., 1988/8 K., 15.03.1988, 1987/30 E., 1988/5 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

ilkesinin bütün uygar ülkelerin kabul ettiği genel ve temel bir ilke olduğu açıktır. Zira uluslararası metinler incelenirken bu görülmüştür. Dolayısıyla eşitlik ilkesi Anayasada açıkça düzenlenmiş olmasa bile temel bir hukuk ilkesi olarak uygulanmalıdır²²⁵. Fakat Anayasamızda eşitlik ilkesinin düzenlenmiştir. Bu sebeple bu düzenlemenin yorumlanmasında hukukun genel ilkesi olan eşitlik ilkesi de göz önünde tutulacaktır²²⁶. Bunun için de tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümler dikkate alınacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 10'da eşitlik ilkesi "Kanun Önünde Eşitlik" başlığı ile Genel Esasların düzenlendiği birinci kısımda yer almıştır. Düzenlemenin yeri göz önünde tutulduğunda bu ilkenin devletin yönetimine ilişkin temel bir ilke olduğu kabul edilmelidir²²⁷.

Eşitlik ilkesi hukuksal alanda formüle edilmesi zor bir ilke olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu ilke açıklanırken birtakım formüllere ihtiyaç duyulmuştur. Bu formüllerin başlıcaları "kanun önünde eşitlik", "kanunların eşit koruması", "eşit haklar" ve "ayırım yapmama"dır. Eşitlik ilkesi kanunlaştırılırken bu formüllerin biri ya da bir kaç bir arada kullanılabilir. Görüldüğü üzere, anayasamızda eşitlik ilkesi birden fazla formül ile ifade edilmeye çalışılmıştır. Bunlar kanun önünde eşitlik, ayırım yapmama, eşit haklara sahip olma ve imtiyaz tanıma yasağıdır²²⁸

2004 yılında yapılan ekleme ile kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu maddede ifade edilerek, anayasal güvenceye bağlanmıştır ve bu ekleme ile kadınlar için yapılacak olumlu ayrımcılık uygulamalarının pozitif dayanağı oluşturulmuştur²²⁹. Anayasalar adeta, devletlerin kimlik kartlarıdır. Yani o devletin hangi ilkeleri benimsediği, ne şekilde yönetildiği kısaca devlete dair bilgiler bu yasada yer alır. Bu sebeple kadın erkek eşitliğinin anayasada ayrıca belirtilmesi önemlidir. Ayrıca madde 10'da yer alan

²²⁵ ÖDEN, s. 126; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.23; YÜKSEL-ONARAN, s.82.

²²⁶ ÖDEN, s.126.

²²⁷ KAYA, Pir Ali, Avrupa Birliği Ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Bursa 2009, s.130; CANIKLIOĞLU, s.644; GÖZLER, s.108; ÖZBUDUN, s.148; YÜKSEL-ONARAN, s.82; Eşitlik ilkesinin aynı zamanda bir hak olduğu görüşü için bak. TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Son Değişikliklere Göre, 9. Bası, İstanbul 2009, s.111; GÜLMEZ, s.548.

²²⁸ ÖDEN, s.127 ve s.131.

²²⁹ İNCEOĞLU, s. 49; CANIKLIOĞLU, s.644; DOĞAN-YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 72; GÖZLER, s.110; KAYA, s.131; TUNCAY, Tebliğ, s.21; YILDIZ, Eşit İşlem, s.55.

düzenlemeyle devlet, fiili eşitliği sağlamaya ilişkin önlemler almakla yükümlü kılınmıştır²³⁰.

Anayasa madde 10'da herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtilerek genel eşitlik ilkesi düzenlemiş, ayrıca bazı hususlarda ayrımcılık yapılamayacağı belirterek ayrımcılık yasağına da yer verilmiştir. Bu sebepler örnek niteliğindedir. Zira maddede de "benzeri sebeplerle" diyerek sayılan sebepler sınırlandırılmamıştır²³¹.

Belirtmek gerekir ki Anayasa madde 10'da yer alan eşitlik ilkesi sadece mutlak bir eşitliği öngörmez. Anayasa Mahkemesi kararlarında²³² da ifade edildiği gibi düzenleme ile amaçlanan sadece kanunların genel ve soyut olmasına ilişkin olan şekli eşitlik değildir. Aynı zamanda eşitler arasında eşitliği öngören maddi eşitliğin sağlanması da amaçlanmıştır²³³. Yani Anayasa'nın hedefi eylemli eşitliğin değil, hukuksal eşitliğin²³⁴ sağlanmasıdır. Dolayısıyla haklı bir nedenin varlığı halinde kişilere farklı davranılması eşitlik ilkesini zedelemeyiz²³⁵. Anayasa Mahkemesi kararında haklı neden kavramının açıklanmasında *işin özelliklerine uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçüler, zorunluluk* gibi ölçütler kullanılmıştır²³⁶.

²³⁰ GÖZLER, s. 110; ÖZBUDUN, s.149; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.112.

²³¹ GÜLMEZ, s.547; ÖDEN, s.130; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.27; YILDIZ, Eşit İşlem, s.55.

²³² AYM, 27.11.2008, 2007/58 E., 2008/178 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 13.11.2008, 2008/46 E., 2008/163 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 13.11.2008, 2005/60 E., 2008/162 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 17.05.2007, 2004/17 E., 2007/59, (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 28.04.1983, 1981/13 E., 1983/8 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYM, 17.11.1998, 1997/74 E., 1998/69 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²³³ ALİEFENDİOĞLU, s.86; İNCEOĞLU, s. 53; KAYA, s.132; YÜKSEL-ONARAN, s.85.

²³⁴ "Anayasanın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz", AYM, 11.05.1999, 1997/65 E., 1999/15 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²³⁵ MK'da yer alan ve kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan yasa Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı bulunmuş ve "...Oysa, kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz, benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin kadına doğum izni verilmesi gibi-bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil; her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir" denmiştir, AYM, 29.11.1990, 1990/30 E., 1990/31 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Ayrıca bak., AYM, 12.05.1998, 1997/4 E., 1998/15 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²³⁶ "Anayasa'nın amaçladığı eylemi değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara değişik kurallar konulamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

a. Anayasada Yer Alan Eşitlik İlkesinin Kişiler Arası İlişkilere Uygulanabilirliği

Klasik kamu hukuku teorisi Anayasa kurallarının devlet ile kişi arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar olduğunu ve özel hukuk ilişkilerine uygulanamayacağını kabul eder. Bu anlayış bugün önemini yitirmiştir²³⁷. Anayasanın 11. maddesi uyarınca “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*”. Eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddede de devlet organları ve idari makamların eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu iki maddenin birlikte yorumlanması sonucu eşitlik ilkesinin devlet organları ve idari makamları bağladığı açıktır.

Eşitlik ilkesinin devlet organları ve idari makamlar dışındaki diğer kişi ve kuruluşları bağlayıp bağlamayacağına ilişkin olarak doktrinde kabul gören görüşe²³⁸ göre Anayasa Hukuku kurallarının yatay ilişkilere uygulanamayacağına ilişkin klasik kamu hukuku görüşü Türk Anayasa Hukuku için de geçerli değildir. Hukuki gelişmeler anayasa kurallarının sadece devlet ve idari makamlara karşı ileri sürülebilecek kurallar olmadığını buna mukabil özel hukuk ilişkilerine de uygulanabilecek kurallar olduğunu ortaya koymuştur. Buna Anayasanın yatay etkisi denmektedir. Aslına bakılırsa Anayasa madde 11 ile anayasa kurallarının diğer kişi ve kurumları da bağlayacağı açıktır. Her ne kadar 10. maddede sadece devlet organları ve idari makamlardan söz edilse de, 11. maddenin göz önünde tutulması ile eşitlik ilkesinin diğer kişi ve kurumları bağlamayacağından söz edilemez²³⁹. Diğer taraftan Anayasa madde 138 uyarınca

Ancak, "kamu yararı" ve "haklı neden"in a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birilerini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir” AYM, 19.02.1992, 1991/13 E., 1992/10 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); ayrıca bak. AYM, 31.10.1991, 1991/24 E., 1991/40 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²³⁷ TANÖR, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s.249-250.

²³⁸ HIRSCH, Ernst, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, s.12; ULUCAN, Devrim, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi Ve Uygulaması”, KAMU-İŞ, Cilt:5, Sayı: 3, Ankara 2000, s.192; YENİSEY-DOĞAN, Kübra, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi” (Anlış: Metodoloji), Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl:2005, Sayı:7, s.975; GÜLMEZ, s. 553;GÖREN, s. 25 ÖDEN, s.156; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 542; TANÖR, s.250; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.62;YILDIZ, Eşit İşlem, s.65; YÜKSEL- ONARAN, s.84.

²³⁹TAŞKENT, Savaş, İşverenin Yönetim Hakkı (Anlış: Yönetim Hakkı), İstanbul 1981, s.15; YILDIZ, G. Burcu, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu Ve Ayrımcılık Yasağı” (Anlış: İş Sözleşmesinin Feshi), Prof Dr Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 841; BALKIR, Z. Gönül, Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Kocaeli 2009, s.55; ÖDEN, s.156; SÜZEK, İş Hukuku, s.400; TANÖR, s.249; YÜKSEL-ONARAN, s.84; Aksi yönde görüş için bak. GÖZLER, s.109.

hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Bu madde de hakimlerin Anayasaya uygun olarak karar vereceği ifade edilerek, anayasanın özel hukuktaki etkisi ortaya konmuştur.

Anayasa Hukuku kurallarının özel hukuk ilişkilerini etkileyeceğinin kabulüyle belirlenmesi gereken diğer bir konu bu etkilemenin doğrudan mı yoksa dolaylı mı olacağıdır. Bu noktada doktrinde bir görüş²⁴⁰ konuyu sadece md. 10 kapsamında değerlendirerek bu maddede düzenlenen ayrımcılık yasaklarının özel hukukun her alanında kolayca uygulanabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca yine bu görüş tarafından maddenin eşit davranma ilkesi olarak İş Hukuku gibi belirli özel hukuk alanlarında doğrudan uygulanabileceğini ifade edilmiştir.

Doktrindeki diğer görüşe²⁴¹ göre ise, genel olarak anayasa hukuku kurallarının özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması mümkün değildir. Zira anayasa kuralları gelişen durumlara yanıt verebilmek için oldukça soyuttur ve dolayısıyla bu kuralların doğrudan uygulanabilmesi oldukça zordur. Bununla birlikte anayasa kuralları yaptırım açısından da özel hukuk ilişkilerinde uygulanmaya elverişli değildir. Bu kurallar özel hukuk kurallarının yorumlanmasında ve boşluk doldurmada önemli rol oynarlar. Dolayısıyla Anayasa kuralları özel hukukta dolaylı olarak uygulanabilecektir. Bu görüşe göre Anayasa kurallarının özel hukuka dolaylı etkisi, sözelimi hukuki ilişkilerin hükümsüzlüğüne ilişkin olarak Borçlar Kanunu madde 27'de yer alan kamu düzeni ve ahlaka aykırılık halinde sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağına ilişkin düzenlemede karşımıza çıkar. Buradaki yorum anayasadaki temel ilkelerin de göz önünde bulundurulmasıyla yapılacaktır. Konuyu eşitlik ilkesi kapsamında değerlendiren bir diğer görüşe²⁴² göre ise Anayasada yer alan eşitlik ilkesi oldukça kapsamlı bir düzenlemedir ve özel hukuk ilişkilerinde bu kapsamda bir eşit davranma yükümlülüğü söz konusu değildir. Bir başka görüş²⁴³ ise genel bir yaklaşımla herhangi bir konuya

²⁴⁰ÖDEN, s.157; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.975; YILDIZ, Eşit İşlem, s.56; Anayasa Hukuku kurallarının her türlü özel hukuk ilişkisine doğrudan uygulanacağına ilişkin görüş için bak. GÖREN, s.30; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s.15; ayrıca bak. HIRSCH, s. 12.

²⁴¹SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008, s.85; ATAMER, s.916; BALKIR, s.56; TANÖR, s.256; YÜKSEL-ONARAN, s.84.

²⁴²ULUCAN, Devrim/EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010; s141.

²⁴³TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 237.

ilişkin düzenleme bulunmaması halinde Anayasa kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Konuyu, incelememiz kapsamımızda yani eşitlik ilkesi bakımından değerlendirecek, kanımızca md. 10'un iş ilişkilerinde doğrudan uygulanması mümkün değildir. Zira İş Kanunu madde 5'in düzenlenmesi ile bu temel ilke İş Hukukunda yansımaları bulmuştur. İşverenin eşit davranma borcuna ilişkin düzenlemenin yorumunda elbette ki Anayasa madde 10 göz önünde tutulacak, md. 5'in yorumunda kullanılacaktır.²⁴⁴. Bunun dışında şayet özel hukuk ilişkilerinin tabi olduğu kanunlarda eşitlik ilkesine ilişkin bir düzenleme yoksa bu halde Anayasa md. 10 uygulanabilecektir. Fakat varsa, bu hallerde de Anayasa madde 10 ilgili düzenlemenin yorumunda kullanılır.

b. Anayasada Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Diğer Maddeler

Anayasada eşitlik ilkesinin düzenlendiği madde dışında, bu ilkeyi destekleyen başkaca düzenlemeler de bulunmaktadır. Anayasa madde 49'da "Çalışma Hakkı Ve Ödevi" başlığı altındaki düzenlemeye göre, devletin görevleri arasında çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak yer almaktadır. Devletin görevleri arasında yer alan çalışmanın desteklenebilmesi için kadınların çalışma hayatına kazandırılması, kadın ve erkek arasındaki eşitsizliklerin kaldırılması ve cinsiyetlerarası ayrımcılık yapılmaksızın herkese eşit bir çalışma ortamı yaratılması gerekmektedir²⁴⁵. Belirtmek gerekir ki bu madde devletin kişilere iş bulma yükümlülüğü altında olduğu anlamına gelmediği gibi, kişiye işe alınmayı isteme hakkı da tanımaz²⁴⁶. 55. maddeye göre ise devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlamalıdır. Madde 10 ile birlikte eşit ücret ilkesinin ve asgari ücretin anayasal dayanağı olan bu ilke uyarınca haklı bir neden olmaksızın kişiler arasında

²⁴⁴ YÜKSEL- ONARAN, s.87.

²⁴⁵ Eski Medeni Kanun'da yer alan ve kadının çalışmasını erkeğin iznine bağlayan yasanın iptaline ilişkin davada Anayasa Mahkemesi kararında "...kadının, tıpkı erkek gibi mesleğini ve işini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır. Anayasa'nın 12. maddesine göre kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki çalışma hak ve özgürlüğü, evli kadının da temel haklarından biridir. Kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğü ile aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalık yoktur" demiştir, AYM, 29.11.1990, 1990/30 E., 1990/31 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²⁴⁶ KANDEMİR, Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.417.

ücrete ilişkin farklı bir uygulama yapılmaması, herkese eşit davranılması gerekmektedir²⁴⁷.

Bu düzenlemeler dışında Anayasa madde 50'ye göre kimse cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işler yapamaz ve yine aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca da kadınlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunmalıdır. Maddenin 2. fıkrası haklı olarak eleştirilmektedir²⁴⁸. Zira bu fıkra kadının iş gücünü ikincil kılan bir düzenleme niteliğindedir. Kadının sağlığı bakımından bazı dönemlerde korunması gerekmektedir. Fakat bu kadının işgücünü ikincil kılınması ya da onun erkeklere nazaran daha hafif işlerde çalıştırılması gerektiği anlamına gelmez. Bu bakımdan düzenlemeyi eleştiren yazarın da ifade ettiği gibi düzenleme tüm kadınları yani geneli içermemeli, sadece hamilelik ve doğum hallerinde kadınların özel olarak korunmaları gerektiği ifade edilmelidir²⁴⁹. Daha önce de değindiğimiz gibi uluslararası kuruluşların bakış açısı da bu yöndedir.

Anayasa madde 41 göre “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*”. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın korunması için gerekli tedbirleri alır. Ailenin eşler arasındaki eşitliğe dayandığının vurgulanması kadına biçilen toplumsal modellerden sıyrılmak için elbette yeterli değildir fakat bu konuya ilişkin önyarguların kaldırılması bakımından, anayasada yer alan bu düzenlemeyle adım atılması önemlidir²⁵⁰.

²⁴⁷ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.27.

²⁴⁸ BAKIRCI, Kadriye, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”(Anılış: İstihdam), Sicil, Yıl: 2, Sayı: 8, İstanbul 2007, s.23; YILDIZ, Eşit İşlem, s.95.

²⁴⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.96.

²⁵⁰ Evlenen kadının hizmet akdini 1 sene içinde sonlandıran kadına kıdem tazminatının ödeneceğine ilişkin 1475 Sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi “Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez” demiş, karşı oy yazısında ise “Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur” denmiştir, AYM, 19.06.2008, 2006/156 E., 2008/125 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

2. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

a.1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi

Bu dönemde²⁵¹ işverenin eşit davranma ilkesi ile ilgili genel bir kural bulunmamaktaydı. İlkeye uyma gerekliliğinin yasal dayanağı Anayasa md. 10 olarak görülmekteydi²⁵² (1961 Anayasası madde 12). İş sözleşmelerinin, iç yönetmeliklerin, işyeri uygulamalarının ve toplu iş sözleşmelerinin Anayasada yer alan bu temel ilkeye uygun olması gerekmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu'nda ayrımcılık yasağına ilişkin olarak madde 26'da "*Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz*" düzenlenmesi yer almaktadır. Maddede belirtilen eşit nitelikte iş ile eşit değerde iş kastedilmektedir²⁵³. Bu bakımdan düzenleme uluslararası düzenlemelere uygundur. Ayrıca maddede eşit verimle çalışmaktan da bahsedilmiştir. Eşit verim ve eşit işten ne anlaşılması gerektiği gibi tespiti zor bir hususa ilişkin açıklama ise düzenleme de bulunmamaktadır.

Bu madde dışında ayrıca 70. maddede kadının sağlığını korumak adına, kadınların hamilelik ve doğum sonrası dönemde ne kadar süre ile çalıştırılmayacaklarına ilişkin bir düzenleme yer almıştır. Madde 17'nin madde 70'e yaptığı atıf ile ancak madde 70'deki doğum izni sürelerinin sonunda işverenin devamsızlık sebebiyle haklı fesih hakkının doğacağı öngörülmüştür. Böylelikle kadınlar bu dönemlerinde feshe karşı korunmak istenmiştir. Ayrıca madde 68'de kadınların çalışamayacakları işler ve madde 69'da ise gece çalıştırma yasağı düzenlenmiştir. Bunlar gibi madde 78'de hangi ağır ve tehlikeli işlerde kadınların çalışamayacağını, madde 81'de ise gebe ve emzikli kadının hangi dönemde ne gibi işlerde çalıştırılacağını tüzükle düzenleneceği ifade edilmiş bunlara ilişkin tüzükler çıkarılmıştır.

Son olarak yine bu dönemde, asgari ücret yönetmeliğinin²⁵⁴ 2. maddesi uyarınca asgari ücretin tespitinde cinsiyetin göz önünde tutulamayacağı ifade edilmiştir. Bu yönetmelik

²⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bak. ALTAN, s.119 vd.

²⁵² YILDIZ, Eşit İşlem, s. 61.

²⁵³ YÜKSEL-ONARAN, s.91.

²⁵⁴ RG sayı ve tarih: 12.02.1972/ 14097.

25540 Sayı ve 01.08.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni yönetmeliğin 5. maddesinde de cinsiyet sebebiyle ücrette ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir. Görülen o ki 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde cinsiyetlerarası eşitliğin sağlanması adına bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Fakat bu düzenlemeler mevcut düzenlemelerle kıyaslandığında oldukça sınırlıdır.

b. 4857 Sayılı İş Kanunu Dönemi

aa. Eşit Davranma İlkesi, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık

Kavramlarının İlişkisi

4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesi ile eşit davranma ilkesi yasal düzenlemesine kavuşmuştur.

Madde başlığı “Eşit Davranma İlkesi” olan bu maddede genel ayrımcılık yasağının yanı sıra cinsiyetlerarası ayrımcılık da düzenlenmiştir. Bundan bahisle bu kavramların birbirleri ile ilişkisinin tespiti önemlidir. Belirtmemiz gerekir ki eşit davranma ilkesinin alt başlıklarını ayrımcılık yasakları ve işverenin aynı durumda olan işçilere aynı davranması anlamına gelen eşit davranma borcu olarak kabul edilip, açıklamalar bu kabul doğrultusunda yapılacaktır.

İş Kanunu madde 5’te ayırım yasakları detaylı olarak düzenlense de işverenin genel anlamda eşit davranma borcunun devam ettiği kabul edilmektedir²⁵⁵. Her ne kadar md. 5’te sadece ayrımcılık yasaklarından bahsedilmiş gibi gözükse de, belirttiğimiz gibi eşit davranma ilkesinin içeriğinde ayrımcılık yasaklarının yanı sıra eşit davranma borcu da yer almaktadır. Yani bu iki kavram birbirini tamamlar niteliktedir. Ayrıca kanımızca İş K. md. 5/f.2’deki düzenleme ayrımcılık yasaklarından ziyade işverenin eşit davranma borcu ile ilgilidir. Dolayısıyla İş K. md. 5’te sadece ayırım yasaklarının düzenlendiği kabul edilemez.

Eşit davranma ilkesi dar anlamda işverenin iş sözleşmesinin tarafı olarak işçileri arasında makul bir neden olmaksızın ayırım yapmaması anlamına gelip bireysel iş

²⁵⁵ BAYSAL, s. 71; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.586; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.978; YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s.840; aksi yönde görüş için bak. SÜZEK, İş Hukuku, s. 399; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 63.

ilişkilerinde geçerli iken, geniş anlamda İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun tüm alanlarında geçerlidir²⁵⁶. İlke, işverene keyfi ayırım yapmama ve eşit durumdaki işçilerine eşit davranma borcu yüklemektedir²⁵⁷. Bu yatay anlamda eşitliği ifade eder. Bunun dışında farklı durumda olanlara da farklı davranılması gerekmektedir ki bu da dikey eşitliğe ilişkindir²⁵⁸.

Eşit davranma ilkesi sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikteyse de mutlak ayırım yasakları dışında işverenin mutlak anlamda eşit davranma borcundan söz edilemez. İşveren tüm işçilerine eşit davranmak zorunda değildir²⁵⁹. Aksi yönde bir kabulde Anayasada güvence altına alınan sözleşme özgürlüğüne aykırılık gündeme gelecektir (madde 48). Fakat bu hal işverenin eşitler arasında keyfi ayrımcılıklar yapabileceği anlamına da gelmemektedir. Ancak akla uygun nedenlerle, objektif ölçütlerle ve amaca uygun olarak ya da işin niteliği gereği ayırım yapılabilir²⁶⁰. Yani dürüstlük kuralı göz önünde tutulmalı keyfi ayrımlara gidilmemelidir. Bununla ilgili olarak Yargıtay bir kararında²⁶¹ eşit davranma ilkesinin “işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir” demiştir. Bu bağlamda sözgelimi, işçilerin ücretleri arasında eğitim durumu gibi objektif bir nedenle ya da çalışkanlık gibi sübjektif bir nedenle farklılık olabilir. Ölçütlerin varlığı somut olayın incelenmesiyle tespit edilir²⁶². Kısacası, ayırım yasakları ile birlikte eşit davranma

²⁵⁶ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.593; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.6; YILDIZ, Eşit İşlem, s.64.

²⁵⁷ SÖZER, s.189; SÜZEK, İş Hukuku, s. 397; TUNCAY, Tebliğ, s. 24; YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 840.

²⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 402.

²⁵⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s.180; DOĞAN-YENİSEY, Eşit İşlem, s.66-67; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 537; TUNCAY, Eşitlik İlkesi, s.123; YILDIZ, Eşit İşlem, s.88; ERTÜRK, Temel Haklar.

²⁶⁰ Yargıtay 9. HD, 03.04.2000, 2000/1034 E., 2000/4713 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011)

²⁶¹ Yargıtay 9 HD, 31.05.2010, 2008/26989 E., 2010/15054 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

²⁶² CENTEL, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, s. 137; ÇELİK, İş Hukuku, s.180; DOĞAN-YENİSEY, Eşit İşlem, s.66-67; TUNCAY, Eşitlik İlkesi, s.123; YILDIZ, Eşit İşlem, s.88; ERTÜRK, Temel Haklar.

ilkesinin içeriğinde yer alan eşit davranma borcu ile işverenin, aynı durumdaki işçilerine aynı davranması sağlanmak istenmiştir²⁶³.

Eşit davranma ilkesinin genel ve soyut yapısı karşısında ayrımcılık yasağı dar ve uygulanması kolaydır. Bu yasak ile işverenin birtakım nedenleri temel alarak işçilerine farklı davranışlarda bulunması engellenmek istenmiştir²⁶⁴. Bu özellikler insan olmadan kaynaklanmaktadır²⁶⁵. İş K. md.5’de sayılan özellikler mutlak niteliktedir. Yani bu sayılan özelliklere dayanılarak hiçbir koşulda ayrımcılık yapılamaz²⁶⁶. Tüm bu açıklamalardan sonra denebilir ki ayrımcılık yasakları şekli anlamda eşitliğin sağlanmasına ilişkindir²⁶⁷.

Ayrımcılık yasakları iş ilişkisi kurulmadan öncede vardır ve bu bakımdan eşit davranma borcundan ayrılır²⁶⁸. Fakat İş Kanunu madde 5’te iş sözleşmesinin yapıldığı aşama yaptırıma bağlanmamıştır. Bu aşamanın da 1. fıkraya eklenerek bu dönemin de İş K. md. 5’deki tazminat kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir²⁶⁹. Diğer taraftan İş Kanunu madde 5’de yer alan ayrımcılık yasakları sınırlı sayıda değildir. 1. fıkrada “ve benzeri sebepler” şeklinde ifade edildiği üzere buradaki haller dışında makul bir nedene dayanmayan kişi temel hak ve özgürlüklerine ilişkin başkaca ayrımlar da madde kapsamında değerlendirilecektir²⁷⁰.

bb. İş Kanunda Yer Alan Diğer Düzenlemeler

İş Kanunu madde 5’te yer alan eşit davranma ilkesi dışında madde 18’de iş güvencesi kapsamındaki işçiler için fesihte geçerli sebep oluşturmayacak nedenler arasında, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum gibi nedenlerle sözleşmeyi

²⁶³ AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları (Anılış: Kişilik Hakları), Eskişehir 2002, s.63; ERTÜRK, Temel Haklar, s. 99; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s. 593; TUNCAY, Tebliğ, s.27; UŞAN, s. 1627; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.977; YILDIZ, Eşit İşlem, s.66; SEVİMLİ, s.86.

²⁶⁴ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.586; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.978; YILDIZ, Eşit İşlem, s.69.

²⁶⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 396.

²⁶⁶ KESER, Hakan, “4857 Sayılı İş K.’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri Ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004, s.63; AYDIN, Kişilik Hakları, s.64, TUNCAY, Tebliğ, s.25; ULUCAN, s.194.

²⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 536.

²⁶⁸ YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 844.

²⁶⁹ BAKIRCI, İstihdam, s.26; YILDIZ, Eşit İşlem, s.198.

²⁷⁰ BAYSAL, s. 71; GÜLMEZ, s.591; KANDEMİR, s.420; PİR, s.152; TUNCAY, Tebliğ, s.22; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.978; YILDIZ, Eşit İşlem, s.63.

feshetmek ve 74. maddede düzenlenen kadının çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi sayılmıştır. Bu nedenler aynı zamanda iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi halinde, feshin haksız olup olmadığı hususunun tespitinde de kullanılacaktır²⁷¹.

Bu madde dışında madde 25, madde 72, madde 73 ve madde 74'te de cinsiyetlerarası eşitsizliğin giderilmesi hususunda bir takım düzenlemeler yer almaktadır ki bunlara yeri geldiğinde değinilecektir.

c. Deniz İş Kanunu

Uygulamada genellikle gemi adamları erkek işçiler olduğundan Deniz İş Kanunda ayrımcılığa ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Her ne kadar gemi adamı olarak kadın işçiye sıklıkla rastlanmasa da gemilerde kadın işçiler de istihdam edilebilmektedir. Herhangi bir düzenleme olmaması sebebiyle bu işçiler ayrımcılığa karşı korunamayacağından kanun haklı olarak eleştirilmektedir²⁷². Biz de bu eleştiriye katılarak, özellikle ücret ya da fesih gibi konularda cinsiyetlerarası ayrımcılığın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin Deniz İş Kanununda da yer alması gerektiği görüşündeyiz.

d. Basın İş Kanunu

Her ne kadar İş Kanununda yer aldığı gibi ayrımcılık yasaklarına bu kanunda değinilmese de, kanunun 16. maddesinde kadına yönelik düzenleme olarak kadının gebeliğinde verilecek ücret ve izinli sayılacağı süre düzenlemiştir. Kanunda ayrıca, ayrımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelerin yer almaması önemli bir eksikliklerdir.

e. Sendikalar Kanunu

Sendikalar Kanunu'nun 33. Maddesine göre “Sendika ve konfederasyonlar faaliyetlerinden yararlandırmada, üyeleri arasında eşitliğe uymak zorundadırlar”.

²⁷¹ BAKIRCI, Kadriye, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları Ve Kötüniyet Veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi” (Anılış: Tazminat), Sicil, Yıl:1, Sayı:2, Yıl: 2006, s.118; SÜZEK, Sarper, “İşçinin Yetersizliği Veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”(Anılış: Geçerli Fesih), A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.566.

²⁷² BAKIRCI, Kadın İşçiler, s.360; YÜKSEL-ONARAN, s.92.

Konumuz bakımından bu madde üyelerin cinsiyetleri göz önünde tutulmaksızın eşit işleme tabi olmasını sağlaması bakımından önemlidir.

Sendikaların en önemli faaliyeti toplu iş sözleşmesi akdetmektir. İş Hukukunun kaynaklarından olan toplu iş sözleşmesi, güçlü işveren ile güçsüz işçi arasındaki dengesizliğin giderilmesi bakımından önemlidir. Zira bu sözleşmeyle işçiler, sendikaları aracılığı ile çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik bireysel iş sözleşmelerinin üstünde haklar elde etmektedirler²⁷³. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin iş sözleşmesini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkilemesi sebebiyle, toplu iş sözleşmeleri, bu sözleşmeye taraf sendika üyeleri için oldukça önemlidir²⁷⁴.

Toplu iş sözleşmelerinde yer alan ücret, prim, ikramiye gibi konularda cinsiyetler arasında ayrımcılığa sebep olacak hükümler yer alamaz. Sözgelimi toplu iş sözleşmesi ile sırf cinsiyeti sebebiyle kadın ve erkek işçiler arasında farklı ücret miktarları belirlenemez²⁷⁵. Böyle belirlenmelerin yapılması halinde ise İş K. md. 5 dışında Sendikalar Kanunu md.33'e aykırılık gündeme gelecektir. Zira bu düzenlemeler sendikanın kadın ve erkek üyeleri arasındaki eşitliği bozucu niteliktedir. Bu sebeple ayrımcı nitelik taşıyan toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersiz sayılacaktır²⁷⁶.

E. Cinsiyet Ayrımcılığının Çeşitleri

1. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı

a. Genel Olarak

Doğrudan ayrımcılık bir kimsenin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde yer alan nedenlerden birine dayanılarak farklı bir işleme maruz kalması anlamına gelmektedir²⁷⁷. Bu kapsamda doğrudan cinsiyet ayrımcılığı da bir kimsenin cinsiyeti sebebiyle ya da cinsiyetine özgü bir sebeple farklı bir işleme maruz kalarak mağdur edilmesidir. Söz

²⁷³ TUNCAY, A. Can, Toplu İş Hukuku (Anılış: Toplu İş Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2010, s.131.

²⁷⁴ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.197, s.200.

²⁷⁵ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 152; YÜKSEL-ONARAN, s.94.

²⁷⁶ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s. 152.

²⁷⁷ BLANPAIN, s.370; SOYSAL, s.7; KARAN, s.9; YENİSEY-DOĞAN, Avrupa Birliği, s.13; YILDIZ, Eşit İşlem, s.73.

gelimi bir kimsenin cinsiyetini öne sürerek onu işe almamak ya da cinsiyeti sebebiyle ona daha az ücret zammında bulunmak doğrudan cinsiyet ayrımcılığıdır²⁷⁸.

Yabancı mevzuatlarda doğrudan ayrımcılığa ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Söz gelimi Amerikan Hukukunda doğrudan ayrımcılığın bireysel ve sistemli olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Bireysel ayrımcılık adından da anlaşılacağı gibi bir kimseye bir özelliği sebebiyle farklı bir uygulamada bulunulması ve kişinin mağdur edilmesidir. Sistemli ayrımcılıkta ise belirli bir özelliği taşıyan birden çok kimseye bu özellikleri dolayısıyla ayrımcı bir uygulamada bulunulmaktadır. Yine bu hukuk sistemine göre cinsiyet sebebiyle yapılan farklı uygulama o iş gerektirdiği için yapılmış ise ayrımcılıktan bahsedilmez. Fakat farklı işlemin temelinde yatan sebep kişinin ırk ya da renk ise hiçbir şekilde bu farklı işlem haklı kılınamaz²⁷⁹.

Alman Genel Eşit Davranma Yasasına göre de bir kimsenin hamileliği ya da anne olması sebebiyle işe alınma koşullarında ve seçilme kriterlerinde, yükselmede, ücrette, işten çıkarılmada, mesleki eğitimde ve mesleki rehberlikte farklı bir işleme tabi tutulamaz²⁸⁰.

Avrupa Birliği'nin 2006/54 sayılı direktifinde ayrımcılık bir kişiye benzer durumda olanlardan daha az avantajlı davranılması olarak ifade edilmiştir. Avrupa Birliği uygulamalarında da hamilelik ve doğum sebebiyle ayrımcılık yapılması hali de doğrudan ayrımcılık kapsamında görülmektedir²⁸¹.

Hukukumuzda ise İş Kanunu md.5/f.3'e göre "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz". Görüldüğü üzere mevzuatımızda doğrudan cinsiyet ayrımcılığı istihdamın her aşamasında gebeliği de kapsar şeklinde

²⁷⁸ ÖZDEMİR, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü Ve Araçları (Anılış: İspat), İstanbul 2006, s. 222; TUNCAY, Tebliğ, s.25; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.981; YÜKSEL-ONARAN, s.96.

²⁷⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.73-74.

²⁸⁰ ERGİN, H., s. 646.

²⁸¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 74.

düzenlenmiştir. Fakat doğrudan ayrımcılığın ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmemesi eleştirilmektedir²⁸²

b. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığının Tespiti

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığında tespit edilmesi gereken kişinin karşı cinsten olsaydı o işleme maruz kalıp kalmayacağıdır. Amerikan Hukukunda buna “But- for test” denmektedir ve bu metot gerek Amerikan Hukukunda gerekse Avrupa Birliği Hukukunda doğrudan ayrımcılığın tespitinde kullanılır²⁸³. Karşılaştırması yapılacak işçilere uygulanan işlemlerin aynı ya da benzer olması gerekmektedir. Bunun yanında karşılaştırmaya tabi tutulacak kadın ve erkek işçiler de aynı statüde olmalıdır. Kadının hamileliği sebebiyle farklı bir işleme maruz kalması halinde karşılaştırma yapılacak aynı statüde karşı cinsten bir işçiden bahsedilemez²⁸⁴. Bu hallerde kadına özgü bir sebeple farklı bir işlem yapılması ve mağdur edilmesi, ayrımcılık yapıldığına karar verilmesi bakımında yeterli kabul edilmelidir²⁸⁵.

Her olaydan karşılaştırılacak bir karşı cins olmayabilir ki bu durumda Avrupa Birliği Hukuku’nda da kabul edildiği üzere ayrımcılığa uğrayan kişinin varsayımsal birisinin aynı durumda daha farklı işlem göreceğini ortaya koyması yeterlidir²⁸⁶. Bu husus 2006/54 Sayılı yönerge madde 2/1-a’nın lafzından da anlaşılmaktadır. Sözelimi işveren işe erkek işçi almak istemiş ve sadece kadın işçi iş için müracaat etmişse bu durumda karşılaştırılacak erkek işçi olmadığından varsayımsal olarak bir erkek işçi temel alınır. İşe kadın adayla aynı niteliklerde erkek işçi başvursaydı işveren tarafından kabul edilecek idiyse, kadın işçinin cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığı kabul edilecektir²⁸⁷. Hukukumuzda gerek doğrudan gerekse dolaylı cinsiyet ayrımcılığında işyerinde kıyaslanacak bir kimse bulunmaması halinde işçinin o cinsiyetten olmasaydı ona ne tür bir işlem uygulanacağı dikkate alınır. Fakat İş Kanunu madde 5/son’da ifade edildiği gibi bir ihlalin varlığı da ortaya konmalıdır. Bu varsayımsal kişiye ilişkin

²⁸² SÖZER, s.204.

²⁸³ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.991.

²⁸⁴ Avrupa Adalet Divanının bu yönde bir kararı için bak. Webb v EMO Air Cargo, C-76/207, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61993J0032&lg=en, 04.07.2011).

²⁸⁵ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.992; YÜKSEL- ONARAN, s.100-101.

²⁸⁶ ERGİN, H., s.646; YILDIZ, Eşit İşlem, s.75; YÜKSEL-ONARAN, s.101.

²⁸⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s.75; YÜKSEL-ONARAN, s.101.

tespitin yapılmasında da aynı sektörde çalışan işçilerden aynı veya benzer işi yapan karşı cinse mensup kişiler de esas alınacaktır²⁸⁸. Avrupa Birliği Adalet Divanı aynı veya benzer işin tespitini ulusal mahkemelere bırakmakta bu konuda fikir beyan etmektan kaçınmaktadır. Kıyaslanacak kadın- erkek işçinin belirlenmesinde, kıyaslanacak farklı cinslerin eğitimlerinin -ki bu eğitimin yapılan işle alakalı olmalıdır- benzer olması, yapılacak işe harcanan çaba gibi ölçütler incelenir. Böylelikle kıyaslanacak kadın- erkek işçinin keyfi olarak belirlenmesi de engellenmiş olur²⁸⁹.

2. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı

a. Genel Olarak

Dolaylı ayrımcılık, görünürde nötr olan yani tarafsız bir düzenlemenin uygulandığı zaman bir grubu diğerlerine nazaran olumsuz etkilenmesi ve bu durumun objektif, makul ve haklı bir nedenle açıklanamaması halinde ortaya çıkar. Normal şartlarda ihlal oluşturmayacak nedenler, somut olayda dolaylı ayrımcılık oluşturursa ayrımcılık yasaklarına aykırılık söz konusu olur²⁹⁰. Bu bağlamda dolaylı cinsiyet ayrımcılığından söz edilebilmesi için, görünüşte cinsiyete dayalı olmayan bir düzenlemenin uygulanması halinde cinsiyete dayalı bir ayrımcılık meydana getirmesi gerekir. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada, karşı cinsiyetten olursa idi söz konusu uygulamanın o kişiye uygulanıp uygulanmayacağına tespiti yersizdir. Zira burada, görünüşte cinsiyetle alakası olmayan herkese uygulanabilecek bir uygulamanın varlığı söz konusudur. Bu tarafsız uygulamanın ciddi bir şekilde cinslerden birini olumsuz etkilemesi gerekmektedir. Yani burada önemli olan sonuçtur²⁹¹.

Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi, dolaylı ayrımcılıkta da işverenin kasıtlı hareket etmesi gerekmez. Davacı tarafsız gözükten bir uygulamanın kendisinin dahil olduğu cinsiyeti olumsuz etkilediği yönünde bir durumu ortaya koymalı buna karşı davalı

²⁸⁸ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.988.

²⁸⁹ Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, C-127/92, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0127:EN:HTML>, 04.07.2011); Danmark v Royal Copenhagen, C-400/93, (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0400:EN:HTML>, 04.07.2011).

²⁹⁰ BLANPAIN, s.271; KARAN, s.10; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 537; ÖZDEMİR, İspat, s. 222; SOYSAL, s.8; TUNCAY, Tebliğ, s.25; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.981; YILDIZ, Eşit İşlem, s.75.

²⁹¹ ULUCAN, s.200; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.992.

işveren de söz konusu uygulamanın ayrımcılık yaratmadığını, bu düzenlemenin işin ya da işletmenin gereğinden kaynaklandığını kanıtlamalıdır²⁹².

Amerikan Hukuku'nda başlarda dolaylı ayrımcılık yasal düzenlemelerde yer almamaktaydı. Sonraları Amerikan Yüksek Mahkemesi görünüşte adil olan ama uygulandığı zaman bir grup aleyhine sonuçlar doğuran düzenlemelerin de ayrımcılık olduğunu kabul etmiştir. Dolaylı ayrımcılığa yönelik ilk karar 1971 tarihinde verilen ırkçılığa ilişkin karardır²⁹³. Cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığa ilişkin verilen ilk karar ise 1977 tarihli *Dothard v. Rawlinson* kararıdır²⁹⁴. Bu kararlar işe girişte uygulanan testlerde, aranan fiziksel ve kişisel şartlarda dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı kabul edilmiştir. Bu kararlardan sonra dolaylı ayrımcılık yasal düzenlemelere de dahil edilmiştir.²⁹⁵

Avrupa Birliğinde dolaylı ayrımcılığa ilişkin kararların ilk örneklerinden olan 1981 tarihli *Jenkins* kararında²⁹⁶, görünürde tarafsız olan kısmi çalışanların saat ücreti bedellerinin tam zamanlı çalışanlara nazaran düşük olmasına yönelik uygulama tek başına ayrımcılık yasağına aykırı olmasa da; kısmi süreli çalışan grubun kadınlardan oluşması ve bu düzenlemenin eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı olması sebebiyle düzenleme dolaylı ayrımcılık yaratır denmiştir. Bu uygulama aynı zamanda objektif haklı bir sebeple de açıklanamadığından kadınların dolaylı olarak ayrımcılığa uğradığı ifade edilmiş, kararla dolaylı ayrımcılık somutlaştırılmıştır²⁹⁷.

Avrupa Birliği yönergelerinde de dolaylı ayrımcılığa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İlk düzenleme 1976 tarihli 76/207 sayılı Eşit Davranma yönergesinde yer almıştır. Fakat dolaylı ayrımcılığın ne olduğu bu yönergede tanımlanmamıştır. Dolaylı ayrımcılığa ilişkin tanım ilk olarak 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılıkta İspat Yükü isimli yönergede yer almıştır. Bu yönergeyi kaldıran 2006/54 sayılı yönergede,

²⁹² YILDIZ, Eşit İşlem, s. 76.

²⁹³ YÜKSEL-ONARAN, s.102.

²⁹⁴ Karar için bak. <http://supreme.justia.com/us/433/321/case.html>, (04.07.2011).

²⁹⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s.76; YÜKSEL-ONARAN, s.103.

²⁹⁶ *Jenkins v. Kingsgate*, C-96/80, karar metni için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980J0096:EN:HTML>, (04.07.2011); dolaylı cinsiyet ayrımcılığına ilişkin bir başka karar için bak. *Helga Nimz v Freie*, C-184/89, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61989J0184, 04.07.2011).

²⁹⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.105.

görünüşte tarafsız olan hükümlerin ya da uygulamaların meşru bir amaçla objektif olarak haklılıklarının gösterilmediği ve o amaca ulaşmanın araçlarının uygun ve zorunlu olmadığı durumlarda, bu hükümler ya da uygulamalar belli cinsiyetten kişileri, öteki cinsiyetten olan kişilere nazaran özellikle dezavantajlı duruma düşürürse dolaylı ayrımcılık söz konusu olur denmiştir.

İş Kanunumuzun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”. Bu düzenlemeyle pek çok hukuk düzeninde kabul edilen dolaylı ayrımcılık, hukukumuzda da yer almıştır. Fakat doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir tanım da maddede yer almamıştır. Tespiti zor olan bir kavram olması sebebiyle kanımızca da maddede bir tanıma yer verilmesi yerinde olacaktır²⁹⁸. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının tespiti için kıyaslanacak bir grubun varlığına ihtiyaç vardır. Grubun tespiti için mutlaka o işyerinde var olan bir kimsenin varlığı aranmaz. Bu konuya ilişkin olarak doğrudan ayrımcılığa yönelik söylenenler burada da geçerlidir. Dolayısıyla tekrardan kaçınılacaktır.

b. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığının Unsurları

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığından bahsedilebilmesi için bir takım unsurların bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu unsurlardan biri, hem kadın ve hem de erkeğin gerçekleştirebileceği cinsiyete dayalı olmayan bir uygulamanın ya da düzenlemenin varlığıdır²⁹⁹. İşverenin uygulamaları objektif ya da sübjektif ölçütlere dayanabilir. Örneğin işe almada eğitim temel alınıyorsa objektif bir ölçütten bahsedilir. Diğer taraftan yöneticilerin işçiler hakkında inisiyatiflerini kullanarak bazı değerlendirmelerde bulunmaları durumunda ise sübjektif bir ölçüt kullanılmış olacaktır. Objektif ölçütler temel alınarak yapılan uygulamaların dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yaratıp yaratmadığının belirlenmesi kolayken, sübjektif ölçütler için aynı şey söz konusu değildir. İşe alımda

²⁹⁸ SÖZER, s.204.

²⁹⁹ TUNCAY, Tebliğ, s.25; YILDIZ, Eşit İşlem, s.78; YÜKSEL-ONARAN, s.113-114.

adaylar arasında takdir yetkisi kullanılarak karar verilmişse, işverenin bu kararının cinsiyet temelli olup olmadığının tespiti zordur³⁰⁰.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının ikinci unsuru, işverenin bu uygulamalarının bir cinsiyeti diğerine nazaran daha fazla ve olumsuz olarak etkilemesidir³⁰¹. Bunun tespiti için de doğrudan cinsiyet ayrımcılığında olduğu gibi kıyaslanabilecek gruplara ihtiyaç vardır³⁰². Kimin ne kadar ve nasıl etkilendiğinin tespiti için somut olayın değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz gelimi sadece bir cinsiyetin yerine getirebileceği şartların aranması bir grubun daha fazla ve olumsuz etkilenmesine sebep olacaktır.

Düzenleme işverenin bütün işçilerini etkileyebileceği gibi sadece bir bölüm işçiyi de etkileyebilir. Düzenlemenin yöneldiği grubun belirlenmesinden sonra bu grubun içinde daha fazla etkilenen grubun belirlenmesi için karşılaştırma yapılacak grupların tespit edilmesi gerekmektedir. Sözgelimi düzenleme kısmi süreli çalışan işçi grubuna yönelikse ve bu grubun büyük bir kısmını oluşturan kadınlar daha fazla ve olumsuz etkilenmekte ise dolaylı ayrımcılık söz konusu olur. Böyle bir istatistikî tespitin neticesinde hangi grubun ne şekilde etkilendiği belirlenir. Belirtmek gerekir ki burada tespit edilmesi gereken etkilenen işçi sayısı değil bu işçilerin oranıdır³⁰³. Zira uygulamadan üç kadın işçinin etkilenmesi çok önemsenmesi gereken bir sonuç gibi gözükmesede bu kadınlar o uygulamanın yöneldiği grubun tamamını oluşturuyorsa yüzde yüzlük bir etkilenmeden bahsedilecektir ki bu oran dolaylı ayrımcılığın varlığını gösteren önemli bir veridir.

Karşılaştırma yapılacak grubun belirlenmesine yönelik yöntemlere ilişkin örnek vermek gerekirse; işe almada olumsuz etkilenen ve karşılaştırmaya konu olacak grubu belirleme metotlarından biri, toplumda o cinse dahil herkes temel alınır ve bu cinse mensup kişilerin işe alınma oranları tespit eder. İkinci metot, başvuran adayları temel alır ve bu gruptaki farklı cinsiyete mensup kişilerin işe alınma oranlarına göre tespit yapar. Üçüncü metoda göre, potansiyel olarak o işle ilgilenecek kişiler temel alınarak bu grup içinde cinsiyete ilişkin belirleme yapılır. Dördüncü ve son metotta ise işe kabul edilen

³⁰⁰ YÜKSEL- ONARAN, s.115.

³⁰¹ TUNÇAY, Tebliğ, s.25; YILDIZ, Eşit İşlem, s.78.

³⁰² YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.988.

³⁰³ YÜKSEL-ONARAN, s.116-117.

ve işe kabul edilmeyen gruplar karşılaştırılarak belirleme yapılır³⁰⁴. Avrupa Adalet Divanı bir kararında³⁰⁵ ayrımcılığa sebep olan uygulamanın şartlarını sağlayan ve sağlamayan kişilerin oranının, kadın erkek işgücünün tespit edilmesi yoluyla bulunması gerektiğini belirtmiştir. Fakat bu kararda bir yasa hükmü ayrımcılığa sebep olmuştur.

Kanımızca işverenin işe almada dolaylı cinsiyet ayrımı yapıp yapmadığının tespiti için potansiyel olarak o işe başvuracak kişiler ve başvuranlar dikkate alınmalıdır. Zira o işverenin işlemine ilişkin bir tespit yapılacaksa daha geniş bir grubun değerlendirmeye katılarak işverenin bunlardan sorumlu tutulması yerinde değildir. Bununla birlikte o iş ilanında aranan koşulları sağlayamadığı düşüncesi ile işe başvurmayanlar da olabilir. Dolayısıyla potansiyel olarak işe başvuracak kimselerin dikkate alınması yerindedir. Potansiyel işçi sayısının belirlenmesi zor olduğundan o işyerinin dahil olduğu sektöre ilişkin veriler dikkate alınarak tespit yapılabilir³⁰⁶. İş ilişkisi devam ederken yapılan bir düzenlemenin cinsiyet ayrımcılığı oluşturup oluşturmadığının tespitinde ise düzenleme öncesi ve sonrası sonuçlar değerlendirilir ve bu sonuçlardan hangi cinsiyete mensup kişilerin daha fazla etkilendiği tespit edilir³⁰⁷.

Dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilmesi için kadınlar ve erkekler arasındaki fark belirgin olmalıdır. Bu belirginlik oranlar arasında çok yüksek bir fark şeklinde olmak zorunda değildir. Şayet oranlar arasındaki farklılık uzun süre etkisini devam ettiriyorsa somut olaya göre dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilecektir³⁰⁸.

Amerikan Hukukunda istatistiksel tespitlere oldukça önem verilmiştir. Amerika gibi Avrupa Birliği Hukukunda da bu veriler ispatta kullanılan vasıtalar olarak kabul edilmiştir³⁰⁹. Kanımızca sayısal verilerin ortaya konarak daha fazla mağdur olan grubun tespiti, belirlenmesi zor olan dolaylı ayrımcılığın somutlaştırılması bakımından önemli ve gereklidir. Fakat belirtmek gerekir ki bu veriler her zaman doğruluk taşımamakta bazen yanıltıcı sonuçlar doğurabilmektedir³¹⁰. Hukukumuzda da sayısal verilerin ispat

³⁰⁴ YÜKSEL-ONARAN, s.117, dipnot 43.

³⁰⁵ Seymour-Smith v. Perez, C-167/97, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61997J0167, 04.07.2011).

³⁰⁶ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.994.

³⁰⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.117, dipnot 43.

³⁰⁸ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.996.

³⁰⁹ ÖZDEMİR, İspat, s. 223; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.993; YÜKSEL-ONARAN, s.119.

³¹⁰ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.981; YÜKSEL-ONARAN, s.119.

vasıtası olarak kullanılması mümkündür. Fakat bu ispatta kullanılacak tek yol değildir, ispat vasıtalarından biridir. Diğer taraftan tekrar belirtmek gerekir ki ayrımcılığın varlığından söz etmek için mutlak suretle uygulamanın birden fazla kişiyi etkilemesi gerekmez. İşe başvuran tek bir kadın olsa dahi, işe alım şartlarında sadece erkeklerin yerine getirebileceği bir şart yer almışsa bu halde dolaylı bir ayrımcılık vardır. Çünkü kadın adayın bu şartı gerçekleştirmesi mümkün değildir. Adalet Divanı da 2000 yılından sonra tek bir kişinin bile dolaylı ayrımcılığa uğrayabileceğini kabul etmiştir³¹¹.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığından bahsedilebilmesi için gereken üçüncü unsur kadınların o uygulamadan cinsiyetleri sebebiyle; kadına özgü bir neden ya da kadına yönelik toplumsal bakış açısı dolayısıyla daha fazla etkilenmesidir³¹². Bir uygulamadan kadınların daha fazla etkilendiğinin tespit edilmesi cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapılmasının belirlenmesinde yeterli değildir. Etkilenmenin sebebinin cinsiyet olduğunun da ortaya çıkarılması gerekir. Kadınların daha fazla etkilenmesinin altında yatan neden kadına özgü bir sebep -bu hamilelik ve doğum gibi bir neden- olabileceği gibi kadına toplum tarafından biçilen bir önyargı da -bazı mesleklerin kadınlar tarafından yapılabileceği ya da ailesel sorumlulukların kadınlar tarafından yerine getirilmesi gerektiği gibi bir neden³¹³- olabilir. Toplumda kadına yönelik önyargıların, ona biçilen rollerin iş hayatına yansımaları ve işverenin de bu yönde bir yargıyı barındırması, bir başka deyişle kadına karşı toplumdaki eşitsizliklerin işverenler tarafından kullanılması kadınların daha kötü şartlarda istihdam edilmesine sebep olabilir. Dolayısıyla kadının çalışma hayatında sömürülmesinin önlenmesi bakımından dolaylı cinsiyet ayrımcılığının engellenmesi gereklidir³¹⁴.

Daha öncede belirttiğimiz gibi dolaylı cinsiyet ayrımcılığından bahsedilebilmesi için işverenin bu yöndeki bir kastının ya da ayırım yapma niyetinin varlığı aranmaz³¹⁵. Düzenlemenin cinsiyete özgü bir nedene ya da cinsiyetten kaynaklanan bir inanışa ilişkin olması ve kadının bu nedenle mağdur edilmesi düzenleme ile sonuç arasındaki uygun nedensellik bağının bulunduğunu göstermektedir. Yani bahsettiğimiz gibi

³¹¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.81.

³¹² YILDIZ, Eşit İşlem, s.78.

³¹³ Yükselme ya da zam belirlemede kıdem esas alınması dolaylı ayrımcılık oluşturacaktır. Zira kadın doğum, çocuk bakımı gibi sebeplerle çalışmalarına bir süre ara vermek durumunda kalmakta böylelikle çalışması kesintiye uğramaktadır, ERGİN, H., s.647; TUNCAY, Tebliğ, s. YILDIZ, Eşit İşlem, s.82.

³¹⁴ YILDIZ, s.79; YÜKSEL-ONARAN, s.120.

³¹⁵ ULUCAN, s.200; YILDIZ, Eşit İşlem, s.79.

toplumsal eşitsizliklerden iş hayatında yararlanması durumlarında kadını mağdur eden sonuç o düzenlemeye isnat edilebilecektir. Nedensellik bağının varlığı cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilmesi için gereken bir diğer unsurdur³¹⁶.

Son olarak işverence uygulanan bu işlemin objektif haklı bir nedene dayanmaması gerekmektedir³¹⁷. Amerikan Hukukunda işyeri ve işletme ile ilgili nedenler haklı nedenin varlığını tespit için kullanılan ölçütler arasındadır. İşletmenin amacının yerine getirilmesi için olması gereken, o işin daha iyi konumlara gelmesi ve işin yapılması için gerekli sebepler işletmeden kaynaklanan nedenlerden sayılmaktadır. Avrupa Birliği Hukukunda ise uygulamanın ayrımcılık yaratmaması için işletmenin bir amacının yerine getirilmesi için gerekli ve o amaca uygun olması gerekmektedir³¹⁸. Ayrıca o düzenlemenin yerine uygulanabilecek başka ve daha uygun, yani ayrımcı sonuçlar doğurmayacak bir düzenlemenin bulunmaması da gerekmektedir. İşletmenin ihtiyacından kaynaklanan sebepler o işletmenin iktisadi varlığını ilgilendiren, işletmenin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmeyen çıkarlar olarak anlaşılmaktadır. Fakat belirtmek gerekir iktisadi olarak makul gözükten her neden dolaylı ayrımcılık oluşturmaz gibi bir yargıya varılması yanlış olur³¹⁹. Kanımızca haklı bir sebebin varlığının tespiti için somut olaya yönelik tüm veriler, yargılar ve sonuçlar değerlendirilerek tespit yapılmalıdır. Sözelimi işe almada bir boy şartı getirilmiş ise -1.80 boyunda olmak gibi- bu şartı sağlayan kadınların sayısı düşük olduğundan dolaylı cinsiyet ayrımcılığından bahsedilebilir. Fakat bu şart o işyerindeki yüksek makinelerin kullanılması için gerekliyse ve bu tip makinelerde o işyerindeki üretimin büyük bir kısmında kullanılıyorsa bu durumda cinsiyet ayrımcılığından bahsedilemez³²⁰.

³¹⁶ YÜKSEL-ONARAN, s.122.

³¹⁷ TUNCAY, Tebliğ, s.25; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.981; YILDIZ, Eşit İşlem, s.78.

³¹⁸ Avrupa Adalet Divanı bir kararında haklı neden kavramını işyeri ihtiyacı ve işletme gerekleri ile açıklamaya çalışmış, bu ihtiyaçların giderilmesine yönelik araçların da uygun ve zorunlu olması gerektiğini ifade ederek ölçülülük ilkesine de değinmiştir, *Bilka-Kaufhaus v. K. Weber von Hartz*, C-170/84, karar metni için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0170:EN:HTML>, (04.07.2011).

³¹⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.81; YÜKSEL-ONARAN, s.126.

³²⁰ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.984.

3. Olumlu Ayrımcılık

a. Genel Olarak

Kadın erkek eşitliği, gerek toplumsal yargılar nedeniyle eşitsizlik yaşayan kadınlara fırsat eşitliği sağlanması yoluyla, gerekse kadının doğum gibi fiziksel özellikleri nedeniyle sağlığının korunması gerektiği dönemde koruyucu düzenlemeler ve uygulamalarla sağlanmalıdır³²¹. Kadına yönelik “koruyucu” düzenlemelerden sadece sağlığının korunması gerektiği gebelik ya da loğusalık gibi dönemlerde bahsedilmelidir. Bunun haricinde ise kadının çalışma hayatında daha az yer almasına neden olan sebeplerin ortadan kaldırılmasına ve fırsat eşitliğinin yani fiili eşitliğin sağlanmasına ihtiyaç vardır.

Bazı grupların diğerlerine nazaran daha az temsil edilmesi ya da daha fazla ayrımcılığa maruz kalması halinde sadece yasal düzenlemelerle bu eşitsizliğin giderilmesi mümkün değildir. Bu yasaklayıcı düzenlemelerin yanında diğerlerine nazaran daha dezavantajlı konumda olan kişilerin, diğerleriyle fırsat eşitliğinin sağlanmasına yani olumlu ayrımcılık politikalarının uygulanmasına ihtiyaç vardır. Fırsat eşitliği kadınların ve erkeklerin eşit haklardan yararlanabilecekleri bir sistemin sağlanmasını hedefler. Fırsat eşitliğinin varlığı ile kadınlar çalışma hayatında daha fazla yer alır, ekonomi gelişir ve sosyal adalet sağlanır. Aslına bakılırsa olumlu ayrımcılık uygulamalarında da bir ayrımcılık söz konusudur. Bu ayrımcılık eşitsiz uygulamalara maruz kalan grup lehine yapılmaktadır. Amaç bu grubu kendisine nazaran daha iyi koşullarda olan grupla aynı seviyeye getirmek yani eşitsizliği gidermektedir. Dolayısıyla bu uygulamalarla eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaz³²².

Eşitsizliği giderme amacı, aynı zamanda olumlu ayrımcılığın sınırını da oluşturmaktadır³²³. Olumlu ayrımcılık politikaları TCK madde 122 anlamında

³²¹ ALTAN, s.96.

³²² “Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabul edilmiştir. Ancak, toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir”, AYM, 22.10.1996, 1996/10 E., 1996/40 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

³²³ ARASLI, Oya, “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasada Ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Ve Kadın-

ayrımcılık suçunu da oluşturmaz³²⁴. Fakat olumlu ayrımcılık uygulamalarının amacı aşarak bir cinsiyet aleyhine ayrımcılık yaratan düzenlemeler yapıp eşitsizlik yaratılmasından kaçınılmalıdır³²⁵.

Olumlu ayrımcılık uygulamaları kadının çalışmasını teşvik eden, istihdamın her döneminde eşit fırsatlardan yararlanmasını sağlayan, kadını çalışma hayatı ile ailesel sorumlularından birini seçmek zorunda bırakmayan, doğumdan sonra işine kolayca dönmesini sağlayan uygulamalardır. Olumlu ayrımcılık uygulamalarının işyerinin işleyişini olumsuz olarak etkileyecek düzeyde, çoğunluğun haklarını aşırı derecede kısıtlar nitelikte ve toplumdaki cinsiyetlere karşı önyargıları besler şekilde olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde olumlu ayrımcılık politikalarıyla hedeflenen amaçtan uzaklaşılır.³²⁶

Avrupa Birliği mevzuatında olumlu ayrımcılık uygulamalarının yasal temeli Amsterdam Antlaşması madde 141/f.4 ile atılmıştır. Bu maddeye göre daha az temsil edilen gruplara yönelik istihdam alanında alınacak özel tedbirler, eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmaz. 2006/54 sayılı yönergenin “Pozitif Eylem” başlığını taşıyan 3. maddesinde de bu maddeye atıf yapılarak üye devletlerin bu yönde tedbirler alması gerektiği ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletlerin önemli metinlerinden olan Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi madde 4’e göre de kadın erkek eşitliğini sağlamak adına alınacak özel ve geçici önlemlerin, bu sözleşmede tanımlanan ayrımcılık hallerinden sayılmayacağı ifade edilmiştir. Yine bu maddeye göre, alınacak tedbirlerin eşitsizliğin son bulması ile uygulamadan kaldırılması gerektiği belirtilmiştir. Bunun sebebi bahsettiğimiz gibi özel önlemlerin eşitliği sağlamak adına aslında eşitsiz bir durum yaratmasıdır. Kısacası, özel önlemlerle cinsiyetler arasında var olan eşitsiz durum eşit hale getirildiğinde, bu önlemler son bulmalıdır. Aksi takdirde lehine olumlu ayrımcılık yapılan cinsiyet diğer cinsiyete nazaran daha avantajlı konuma geleceğinden yine, eşitsizlik söz konusu olur.

Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara 2000, s.47; BAKIRCI, İstihdam, s.25; ÇELİKEL, Eşitlik İlkesi, s.98-99; TUNCAY, Tebliğ, s.26; YILDIZ, Eşit İşlem, s.83; YÜKSEL-ONARAN, s.318-319.

³²⁴ YENİDÜNYA, Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.105, (<http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenidunya.pdf>, 04.07.2011).

³²⁵ YÜKSEL-ONARAN, s. 321.

³²⁶ YÜKSEL-ONARAN, s.323.

Mevzuatımızda Anayasa madde 10'a 07.05.2004 tarihinde eklenen fıkra ile olumlu ayrımcılığın dayanağını oluşturulmuştur. Bu madde devlete, olumlu ayrımcılık sistemlerini uygulama yükümlülüğü yüklemektedir. Bu maddenin düzenlenmesi ile olumlu ayrımcılık uygulamalarının Anayasada düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturulacağına yönelik ortaya atılabilecek iddialar da dayanaksız kalacaktır³²⁷. Olumlu ayrımcılık uygulamalarından beklenen yararın sağlanması adına olumlu ayrımcılık uygulamalarının etkin bir şekilde uygulandığının denetiminin yapılabilmesi için, işverenlerin kadın erkek çalışanların oranlarına ilişkin veriler tutması gerektiğine ilişkin görüşe³²⁸ katılmaktayız.

Kadınlara yönelik olumlu ayrımcılık politikalarına bir örnek vermek gerekirse Torba Kanun olarak adlandırılan, Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md. 74 ile kadın istihdamı teşvik süresi uzatılmıştır. Buna göre 31 Aralık 2015 tarihine kadar ilk kez işe alınacak 18 yaşından büyük kadınlar için özel sektör işverenleri sigorta primi desteğinden yararlanacaklardır. Böylelikle kadınların işe alımlarının artırılması, işverenler için tercih edilmeleri istenmiştir.

b. Kota Sistemi

Cinsiyetlerarası eşitsizliğin kaldırılması amacına hizmet eden olumlu ayrımcılık uygulamalarının başında kota sistemi ve kadın girişimcilere ucuz kredi sağlanması ve yukarı da değindiğimiz gibi işverenlere sigorta primi desteği sağlanması gibi uygulamalar gelmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde olumlu ayrımcılık politikalarından kota sistemine değinilecektir.

Kota sistemine ilişkin uygulamalar, kadınların daha az temsil edildiği alanlarda eşitsizliklerin son bulmasını hedefleyen ve belirli bir sayıya ulaşıldığında son bulan uygulamalardır. Özellikle işe alımda cinsiyetlerarası eşitlik sağlanması bakımından

³²⁷ ARASLI, s.52.

³²⁸ BAKIRCI, İstihdam, s.26.

önemlidir. Zira belirli sayıda kadının istihdam edilmesini zorlayan bu düzenlemeler sayesinde, istihdamda erkeklere öncelik tanınması bir nevi engellenebilecektir.³²⁹

Adalet Divanı'nın bir kararına³³⁰ konu olan olayda, kadınların az temsil edildiği bir alanda kota uygulaması gereği, açık olan pozisyona kadın işçinin istihdam edilmesi üzerine, erkek aday kendisinin daha kalifiye olması rağmen kadın adayın tercih edilmesinin yasalara aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Divan kota uygulamalarının sınırlı olarak uygulanması gerektiğini, bu uygulamaların lehine kota uygulaması yapılan kişilere her hal ve şartta öncelik tanınması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

Kısacası, olumlu ayrımcılık uygulamaları şartlar ne olursa olsun her koşul altında kadına öncelik tanınması anlamına gelmez. Şayet bir aday o işin görülmesi için gerekli objektif nitelikleri haiz değilse sırf kota uygulaması sebebiyle daha nitelikli olan adayın yerine istihdam edilmez. Fakat kota uygulaması gereği belirli sayıda kadın istihdam edilmesi gereken bir alanda kadın aday o iş için gereken asgari niteliklere sahipse kendisinden daha nitelikli erkek aday yerine tercih edilebilecektir³³¹.

F. Cinsiyet Ayrımcılığının Söz Konusu Olduğu Bazı Haller

1. İş İlişkinin Kurulması Aşamasında Cinsiyet Ayrımcılığı

a. Genel Olarak

Çalışma özgürlüğü Anayasa madde 48'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre herkes dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahiptir. Kişinin iş bulup çalışması hayatını sürdürebilmesi için gereklidir. Hele ki çalışma hayatında erkeğe nazaran daha az yer alabilen kadınlar için iş bulmak ve başvurduğu işe kabul edilmek daha da önemlidir. Diğer taraftan yine Anayasa md. 48'de yer alan ve Borçlar Hukukuna egemen olan sözleşme serbestisi ilkesi göz önünde tutulduğunda işverenin de sözleşme yapma özgürlüğü yani dilediği kimseyi işe alma özgürlüğü bulunmaktadır. Bu iki anayasal güvencenin hangisinin diğerine üstün olduğu konusu tartışmalıdır. Bu tartışmanın ayrıntısına girmemekle birlikte konumuz bakımından belirtmemiz gerekirse, bazı

³²⁹ YÜKSEL-ONARAN, s. 321.

³³⁰ Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61993J0450,04.07.2011); kararın ayrıntılı incelemesi için bak. BLANPAIN, s.548.

³³¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 87 vd.

hallerde işverenin sözleşme özgürlüğü mutlak olarak sınırlandırılmıştır ve cinsiyet de bu mutlak sınırlamalardan biridir³³². Dolayısıyla işveren, sözleşme özgürlüğüne dayanarak bir kimseyi istihdam etmede özgürdür fakat cinsiyeti ölçüt olarak kullanarak kararlarını buna göre alması mümkün değildir. Fakat İş K. md.5/f.3’de belirtildiği gibi biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılırsa kişilere cinsiyetlerine yönelik farklı uygulamalarda bulunabilir. Kısacası, işe almada mutlak ayırım yasaklarının etkisinin ortadan kalktığı haller mevcuttur³³³.

İşveren istihdam edeceği kişiyi seçerken, adayların cinsiyetlerinden ziyade bilgilerini, becerilerini ve yeteneklerini göz önünde tutmalıdır. Bir başka deyişle işveren keyfi davranışlarda bulunulmamalıdır³³⁴. Adaylar niteliklerinin tespiti için objektif, yeterliliklerini ölçen ve işle ilgili değerlendirmelere³³⁵, testlere ve sorulara tabi tutulmalıdır³³⁶. Denebilir ki işverenin soracağı sorular ve vereceği ilanlar işin nitelikleri ve adayın kişilik hakları ile sınırlandırılmıştır³³⁷. Bu testlerle ve sorularla dolaylı ya da doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapılmamalıdır³³⁸.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında işveren açık pozisyon için uygun adayı bulmak ister. Buna karşılık adayın da geçimini sağlamak için o işe ihtiyacı vardır. Dolayısıyla güçlü işveren karşısında korunmaya muhtaç bir aday bulunmaktadır. İşe alma aşaması, kişiye sorulacak sorular ve kişide aranabilecek özellikler göz önünde tutulduğunda ayrımcılık yasaklarının çiğnenmesine ve kişisel özgürlüklerin ihlal edilmesine oldukça açık bir evredir³³⁹. Bu sebeple yabancı hukuk sistemlerinde bu evrenin yasalarla korunduğu

³³² YÜKSEL-ONARAN, s.139 vd.

³³³ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.155.

³³⁴ EYRENCİ, Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.249.

³³⁵ Amerikan Anayasa Mahkemesi bir kararında işle ilgili olmayan koşulların caiz olmadığını belirtmiştir ve uyuşmazlık halinde bu şartların haklı nedene dayandığının ispatının işverence yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Griggs v. Duke Power Co, 401 U.S.424, (<http://supreme.justia.com/us/401/424/case.html>, 15.06.2011).

³³⁶ SÖZER, s. 190; ayrıca bak. Türkiye’nin önde gelen şirketlerinin iş başvuru formlarının etik açıdan değerlendirilmesi için bak. ATALAY, İ. Orkun, “İstanbul Sanayi Odası’nın Belirlediği Türkiye’nin İlk 1000 Büyük Sanayi Kuruluşu Arasında Yer Alan Bazı Şirketlerin İş Başvurusu Formlarının Etik Kriterler Bakımından Değerlendirilmesi”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.: 7, Sayı: 2006, İstanbul 2010, s.591 vd.

³³⁷ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.150-151; EYRENCİ, s.249; KESER, s.64; YÜKSEL-ONARAN, s.168.

³³⁸ Mesleki kıdeme ya da yaşa göre seçim yapmak objektif bir temele dayansa da kadınların çocuk sahibi olduğu dönemde meslekten uzak kalmaları sebebiyle kıdemde erkeklere nazaran daha geride kalmakta, yaş olarak da daha geç işe döndüklerinden aranan özellikleri sağlayamayabilecekti. Somut olayda bu kriterlerin kadınları mağdur etmek için konup konmadığının araştırılması gerekmektedir. İşçi seçiminde esas alınacak kriterlerin ayrıntısı için bak. ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.151 vd.; YÜKSEL-ONARAN, s.147 vd.

³³⁹ EYRENCİ, s.239; YILDIZ, Eşit İşlem, s.195-196; YÜKSEL-ONARAN, s.142.

görülmüştür. Sözgelimi Amerikan Hukukunda Yurttaş Hakları Yasası VII Ayırım Bölüm 703/e’de işe girişte cinsiyet ayrımcılığı yapılamayacağı fakat o işin yürütebilmesi için gerekli objektif bir nedenin varlığı ile haklı görülen hallerde³⁴⁰ cinsiyete dayalı olarak işe alınacak kişinin belirlenmesinin aykırılık oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

Dothard v. Rawlinson davasına³⁴¹ konu olayda hapisaneye alınacak gardiyanlar için belirli bir uzunluk ve ağırlık şartı aranmasının cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu iddia edilmiştir. Kadın davacıya göre bu şartların kadınlar tarafından sağlanması mümkün değildir. Dolayısıyla işveren işe almada cinsiyet ayrımcılığı yapmaktadır. Bu iddia karşısında davalı beyanlarında, hapisanede cinsel saldırıdan hüküm giymiş mahkûmların olduğunu ve bunların hapisanenin bütün bölümlerinde kaldığını belirtmiştir. Davalı, kadın gardiyanların istihdam edilmesinin cinsel saldırıdan hüküm giymiş mahkûmların varlığı düşünüldüğünde, sadece istihdam edilecek kadın gardiyanlar için değil bütün hapisane için güvenli olmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme davalı tarafı haklı görerek aranan özelliklerin meslek gereği olduğu kabul etmiştir. Bunun gibi sözgelimi kadın kıyafetlerinin sergileneceği bir defile için kadın manken araması da o işin yürütümü için gerekli haklı ve objektif bir nedendir.

Avrupa Birliği mevzuatında da, örneğin 2006/54 sayılı yönergede olduğu gibi, işe almada cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında Sözleşme md.11/b’ye göre de seçim kriterleri de dahil, istihdamın her alanında kadınlara erkeklerle eşit istihdam olanakları tanınmalıdır.

Hukukumuzda ise İş Kanunu madde 5’e göre “*İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz*”. Görüleceği üzere maddede iş sözleşmesinin yapılması sırasında cinsiyet ya da gebelik sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir. Fakat 6. fıkrada iş ilişkisinin kurulması aşamasında

³⁴⁰ Orijinal metinlerde “A bona fide occupational qualification” olarak adlandırılan bu kavram a göre işveren istihdam edeceği işi seçerken işçilerde aradığı özelliklerin o işin nitelikleri ve ifası için gerekli olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bak. <http://definitions.uslegal.com/b/bona-fide-occupational-qualification/>, (04.07.2011).

³⁴¹ Dothard v. Rawlinson, Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, (<http://supreme.justia.com/us/433/321/case.html>, 04.07.2011).

cinsiyet ya da gebelik sebebiyle ayrımcılık yapılması hali yaptırıma bağlanmamıştır. Bu durum karşısında biz de doktrindeki İş K. md.5/f.6'ya iş sözleşmesinin kurulması evresinin de eklenmesi gerektiği görüşüne³⁴² katılıyoruz. Bu ekleme ile işe alım aşamasında yapılan ayrımcılıkta uygulanacak yaptırım, diğer evrelerde meydana gelecek ayrımcılık hallerinde uygulanacak yaptırımla paralel hale gelecek ve bu aşamada yapılan ayrımcılığa ilişkin yaptırım İş Kanununda yasal dayanağına kavuşmuş olacaktır. Zira mevcut düzenlemede bu evrede yapılan ayrımcılıklarda culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelecektir. Fakat kanımızca bu evrenin İş K.'da korunması daha yerindedir. Çünkü culpa in contrahendo sorumluluğunda işvereni sorumlu tutabilmek için zararın varlığı aranır. Hâlbuki İş Kanunu md. 5'deki ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için zararın varlığı aranmaz.

b. İş İlanlarında ve İş Görüşmelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı

aa. Genel Olarak

Anayasa madde 70'e göre her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir nitelik aranarak ayrımcılık yapılamaz. Bu maddede kamu hizmetinden bahsedilse de bu esaslar özel sektör için de geçerlidir³⁴³. Anayasadaki bu hükme rağmen gerek kamu hizmetlerine gerekse özel sektöre ilişkin iş ilanlarında ayrımcı ifadelerle rastlanmaktadır. Bu tutum toplumdaki meslekleri cinsiyetlere göre ayıran ön yargının çalışma hayatına yansımalarıdır. İşin niteliği ya da icrası gerektirmemesine rağmen bay eleman arandığını belirten veya açıkça belirtmese bile böyle olduğu anlaşılan iş ilanları ayrımcı nitelik taşır³⁴⁴. Sözelimi askerliğini tamamlamış avukat aranıyor ya da seyahat engeli olmayan bay eleman alınacaktır şeklindeki ilanlar doğrudan ayrımcılık oluşturacaktır. Diğer taraftan her iki cinsin de gerçekleştirebileceği fakat erkek adayların kadınlara nazaran daha fazla gerçekleştirebileceği birtakım ölçütler de ayrımcılık oluşturabilir³⁴⁵. Örneğin iş ilanında aranan ölçütler arasında 1.85 boya sahip olmak varsa her ne kadar bu boyda bayan adaylar da olabilecekse de erkeklerin bu ölçütü daha rahat sağlayabileceği açıktır.

³⁴² BAKIRCI, İstihdam, s.26; YILDIZ, Eşit İşlem, s.198.

³⁴³ YÜKSEL-ONARAN, s.137.

³⁴⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s.201; YÜKSEL-ONARAN, s.142.

³⁴⁵ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.147; YÜKSEL-ONARAN, s.14.

İş görüşmeleri sırasında veya verilen iş ilanlarında da adaylara cinsiyetleri, medeni durumları ya da cinsel tercihlerinin ne olduğunun sorulması ayrımcılık oluşturabilir. Örneğin sırf evli olması sebebiyle adayın işe alınmaması ve bekar adayın tercih edilmesi ayrımcılık oluşturacaktır. Şayet işin niteliği bekar bir kişinin çalıştırılmasını gerektiriyorsa -sözgelimi evde yatılı çalışacak kişinin bekar olmasının aranması haklı sayılabilir- ayrımcılıktan bahsedilemez³⁴⁶.

Belirttiğimiz gibi işin niteliği ya da yürütülmesi için sorulması objektif olarak gerekli sorular ayrımcılık oluşturmaz. Bunun tespiti için somut olayın incelenmesi gerekmektedir. Bu tespitin yapılmasında MK madde 2 esas alınacaktır³⁴⁷. Aday da cinsiyetine ilişkin bir durumu ya da cinsel tercihini işin niteliği ya da icrası gerektirmedikçe, açıklamak durumunda değildir.

Kısacası, işverenin sorduğu soruların ve uyguladığı testlerin o iş için gerekli olması gerekir³⁴⁸. Bu ölçüyü aşan sorular karşısında aday yanlış cevap verse bile işveren bu sebeple kurulan sözleşmeyi feshedemez. Zira aday burada kendi kişiliğine yönelen saldırıyı uzaklaştırmak adına yanlış bilgi vermiştir³⁴⁹.

Bir iş görüşmesinde ayrımcılık yasağına aykırı davranıldığıının tespiti için illa ilanda ayrımcı bir ifadeye yer verilmesi gerekmez. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz gibi ayrımcılıktan bahsedilebilmesi için birden fazla kişinin bu ayrımcılıktan etkilenmesi de gerekmez. Bu bağlamda müracaat eden birden fazla işçinin kıyaslanmasına ve bir sonuca varılmasına ihtiyaç yoktur. Bir kadın adaya görüşme sırasında o iş için erkek işçinin istihdam edileceğinin ya da istihdam edilse bile işin onun için ağır olduğunun ya da mesleki ilerlemesinin söz konusu olmadığıın söylenmesi de ayrımcılık oluşturur³⁵⁰.

bb. İş İlişkinin Kurulmasında Gebelik Nedeniyle Cinsiyet Ayrımcılığı

İşe alımlarda işin niteliği ya da işin icrası gerekli kılmadıkça iş için başvuran kadın işçiye hamile olup olmadığı, ileride çocuk sahibi olmak isteyip istemediği ya da

³⁴⁶ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.155; EYRENCİ, s.251.

³⁴⁷ ERTÜRK, Temel Haklar, s.65; SÖZER, s. 191.

³⁴⁸ EYRENCİ, s.245; SEVİMLİ, s.156; SÖZER, s.190-191; YILDIZ, Eşit İşlem, s.204; YÜKSEL-ONARAN, s.146.

³⁴⁹ EYRENCİ, s.246.

³⁵⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s.204; YÜKSEL-ONARAN, s.146.

mahremiyetine ilişkin herhangi bir soru³⁵¹ sorulamaz. Kadın adaydan hamile olmadığının raporla tespit edilmesi istenemez. Bu haller kişinin özel hayatına ilişkindir. Bu soruların cevaplarına göre işverenin karar vermesi cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Söz gelimi, işveren bu soruları kadın adayın ileride çocuğuna zaman ayırmak zorunda kalacağı için işine zaman ayırıp ayıramayacağını ya da fazla mesai yapip yapamayacağını tespit etmek için soruyorsa veya sırf ileride hamile kalması muhtemel diye bir kadın aday reddediliyorsa bu halde cinsiyet ayrımcılığından bahsedilir³⁵². Fakat değindiğimiz gibi haklı nedenlerin varlığı halinde bu sorular sorulabilir. Örneğin istihdam edilecek iş antrenörlükse, bu durumda başvuran kadın işçiye hamile olup olmadığı ya da çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği sorulabilir. Zira antrenörlük mesleğinin yerine getirilmesi gebe kadın için sağlık sorunu oluşturabilecektir. Diğer taraftan belirli süreli iş sözleşmesi yapmak isteyen işveren belirli sürenin kesintisiz devam etmesi bakımından kadına gebe olup olmadığını sorabileceği kabul edilmektedir. İşverenin bu soruları sormasının sınırını MK md.2’de yer alan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır³⁵³.

Adaya sorulan sorular işin niteliğinin gerektirdiği ölçütlerin tespiti amacını aşar nitelikteyse, adayın bu sorulara doğru cevap vermemesi, iş ilişkisinin kurulmasında işverenin yanıtılması anlamına gelmemektedir. Bu hallerde işveren yanıltığı sebebiyle haklı olarak iş sözleşmesini feshedemez³⁵⁴. Ancak sorulan soru o işin vazgeçilmez, esaslı bir niteliğine ilişkin olarak sorulmuşsa, bu halde adayın yanlış cevap vermesi işvereni yanıtılması anlamına gelmektedir ve bu durumda işveren haklı nedenle iş akdini feshedebilir (İş K. md.25/II-a). Doktrinde işçinin yanlış bilgiler vermesi üzerine iş akdinin kurulması durumunda işverenin sözleşmeyi hile sebebiyle iptal ettirebileceği

³⁵¹ Böyle soruların sorulduğuna ilişkin örnekler için bak. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s.57.

³⁵² EKONOMİ, Münir, “Kadın İşçilerin Gebelik Ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2009/3, s.17, (<http://calismatoplum.org/sayi22/ekonomi.pdf>, 04.07.2011); ATAMER, s.920; EYRENCİ, s.255; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.157; SEVİMLİ, s.154-155; YILDIZ, Eşit İşlem, s.199; YÜKSEL-ONARAN, s.154, s.157.

³⁵³ TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri” (Anılış: İptal Nedenleri), Prof Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982, s.175; YILDIZ, Eşit İşlem, s.199; YÜKSEL-ONARAN, s.158.

³⁵⁴ ATAMER, 920; EKONOMİ, s. 17; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.161; EYRENCİ, s.246; YÜKSEL-ONARAN, s.158.

görüşü³⁵⁵ bulunsa da biz İş Kanunundaki açık hükmün karşısında genel hükümlere başvurulmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz³⁵⁶.

Değindiğimiz gibi, bazı hallerde iş başvurusunda bulunan kadın işçiye hamile olup olmadığı sorulmamış olsa bile dürüstlük kuralı gereği kadın işçinin bundan bahsetmesi gerekebilir. Taraflar sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olarak, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi gereği açıklamada bulunup, bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Sözgelimi kadın işçi manken olarak istihdam edilecekse bu halde kendisine sorulmamış olsa bile hamile olduğunu açıklamalı, susmamalıdır. Şayet kadın işçi bunu açıklamamışsa işveren iş sözleşmesini işçi tarafından yanıltıldığını ileri sürerek haklı nedenle feshedebilir³⁵⁷. Burada işçinin madde 18/f.3-d gereği işe iadesi mümkün olmaz. Bunun gibi, eğer işçi yeni doğum yapmışsa İş Kanunu madde 74 gereği çalışmasının yasak olduğu süre sebebiyle, yeni doğum yaptığı hakkında işverene bilgi vermelidir³⁵⁸.

İşçi işe alınmadan önce işyeri doktoru tarafından muayene edilebilir. Bu muayene ancak yasal bir zorunluluk bulunması halinde zorunlu tutulabilir. Fakat bu muayenede kadının gebe olup olmadığına ilişkin bir bulgu elde edilirse, doktor buna ilişkin bilgiyi işverene veremez. Ancak kadın aday, doktoru sır saklama yükümlülüğünden kurtardıysa işveren bilgilendirilebilir³⁵⁹. Diğer taraftan o iş hamile bir kadın tarafından yapılmaya uygun değilse yani kadının sağlığını tehdit edecek nitelikteyse ya da başkaca makul, haklı ve objektif bir neden varsa bu halde de doktor, adayın başvuru işi yapmaya uygun olmadığı konusunda işvereni bilgilendirebilecektir.

Değnilmesi gereken bir diğer husus da adayın görüşme sırasında hamile olduğunu bilmemesi ve hamileliğin iş ilişkisi kurulduktan sonra öğrenilmesi durumunda, o işin niteliği hamile bir kadının çalışmasına engelse işverenin sözleşmeyi iptal ya da feshetmesinin mümkün olup olamayacağıdır. Bir sözleşme yapılırken taraflar pek çok hususu dikkate alır, bunlar hakkında bir kaniya vararak sözleşmeyi akdeder. Şayet taraflar sözleşme yapmalarına etki eden hususlarda yanıltılmışsa bu durumda bir saik hatası söz konusu olur. Saik hatası kural olarak esaslı hata değildir (BK md.24). Esaslı

³⁵⁵ TAŞKENT, İptal Nedenleri, s.174; KESER, s.65.

³⁵⁶ YÜKSEL-ONARAN, s.160.

³⁵⁷ EYRENCİ, s.245; EKONOMİ, s. 17; YILDIZ, Eşit İşlem, s.200; YÜKSEL-ONARAN, s.158.

³⁵⁸ EKONOMİ, s.19.

³⁵⁹ ERTÜRK, Temel Haklar, s.69-70.

saik hatasından yani temel hatasından bahsedebilmek için bazı şartların varlığına ihtiyaç vardır. Bunlardan birincisi akit yapma arzusunun oluşuma etki eden bir hususta yanılmış olunmalıdır. İkinci olarak hataya düşünülen husus o akdin yapılması için *condicio sine quo non* (olmazsa olmaz) bir noktaya ilişkin olmalıdır. Ayrıca hata edilen hususun sözleşmenin geçerliliği etkilediği iş hayatındaki dürüstlük kuralları gereği kabul edilmelidir. Bu şartların varlığı halinde temel hatasından bahsedilir ve sözleşmenin iptali söz konusu olabilecektir³⁶⁰. İptal için bu yöndeki iradenin karşı tarafa bildirilmesi gerekir (BK md. 31). Doktrinde bu konuya ilişkin olarak, o iş niteliği itibariyle hamile bir kadınca yapılması uygun olmasa da esaslı hataya dayanılarak iş sözleşmesinin Borçlar Kanunu hükümlerince iptal edilemeyeceği yönünde bir görüş³⁶¹ bulunmaktadır. Bu yazara göre, hamilelik geçici bir dönemdir ve bu hallerde kadın sadece belirli bir süreliğine edimini gereği gibi ifa edemeyecektir. Yani akdin tamamı düşünüldüğünde bu süre kısa bir dönemdir. Dolayısıyla bu halde esaslı bir hatanın varlığından söz edilemez. Diğer taraftan yine bu görüşe göre bu durumda sözleşmenin feshedilmemesi de gerekir. Zira bu durumda feshi geçerli kılan bir sebep ortaya çıkmış değildir. İş güvencesine tabi olmayan işçilerin sözleşmesi feshedilirse bu halde de fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır³⁶² çünkü gebelik nedeniyle sözleşmenin sonlandırılması ayrımcılık oluşturur.

Kanımızca burada somut olay temelinde değerlendirme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira belirli süreli bir sözleşme yapılmış ve bu belirli süre kısa bir süreysen, söz gelimi 10 aylık bir dönemse, kadın işçinin hamileliği ortaya çıkmışsa ve kadının sağlığı için o işyerine daha hafif bir işte çalışması gerekecekse bu durumda kanımızca işveren esaslı bir hataya düşmesi sebebiyle iş akdini sonlandırabilir. Çünkü sözleşme belirli bir süreye ilişkindir ve işverenin o kişi ile sözleşme yapmasının sebebi bu belirli sürede işçinin devamlılığında bir kesinti olmayacağı inancıdır. Bu sürenin büyük bir bölümünde kadın

³⁶⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2009, s.85-93.

³⁶¹ YÜKSEL-ONARAN, s.162.

³⁶² Bu konuya ilişkin Avrupa Topluluğu Mahkemesi kararı için bak. Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb., C-421/92, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61992J0421, 04.07.2011).

işçi edimini gereği gibi ifa edemezse bu halde işverenin bu akitle bağlı kalması beklenemez³⁶³.

c. Yaptırım

Ayrımcı iş ilanlarına karşı TCK madde 122 uyarınca suç duyurusunda bulunabilir. Bu maddeye göre kişiye cinsiyeti sebebiyle ayırım yaparak, kişinin işe alınmasının veya alınmamasının cinsiyetine bağlayan kişi hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir³⁶⁴. Bu hal dışında ayrıca şartları sağlanıyorsa kişi Borçlar Kanunu madde 41 ve madde 47 uyarınca maddi ve manevi zararlarının tazmini isteyebilir³⁶⁵.

Mevcut düzenlemede iş ilişkisi kurulmadan önceki dönem yasal düzenlemede yaptırımı tabi tutulmadığından işverenin sorumluluğu sözleşme sırasında kusurlu davranışı ifade eden culpa in contrahendo esasına dayanmaktadır³⁶⁶. Bu esas uyarınca iş görüşmeleri sırasında ayrımcılığa uğrayan işçi Borçlar Kanunu madde 96 vd. uyarınca işverenden uygun bir tazminat isteyebilir³⁶⁷. Kanımızca da tazminat miktarının belirlenmesinde İş K. md 5 göz önünde tutularak aynı ya da eşdeğer işte çalışanların aldığı ücret ya da ve yoksun kaldığı diğer haklar ölçüt olarak kullanılmalıdır³⁶⁸. Diğer taraftan İş Kanunu madde 5'te yer alan hafifletilmiş ispat yüküne ilişkin kurallar burada da geçerli olmalıdır. Yani, açılacak davada davacı ayrımcılığa uğradığına dair olguları ortaya koymalı, buna karşılık da davalı taraf da aradığı ölçütlerin o işin niteliği ya da icrası sebebiyle objektif olarak aranması gereken haklı ölçütler olduğunu ispat etmelidir³⁶⁹. Ayrıca, adayın uğradığı ayrımcılık kişilik haklarını zedeler nitelikteyse manevi tazminat istemesi de mümkündür³⁷⁰. Son olarak tekrar belirtmek gerekir ki iş görüşmesi sırasında işin esaslı noktalarından birine ilişkin olarak adayın bilerek yanlış bilgi vermesi

³⁶³ YÜKSEL- ONARAN, 314 nolu dipnot.

³⁶⁴ Bu düzenlemenin İş K. md.5'te işe almada cinsiyet ayrımcılığının düzenlenmemesinin bir sonucu olduğu ve bu düzenlemenin yapılarak işe almada ayrımcılığın idari para cezasına bağlanması halinde TCK'da da ayrımcılık yapan işverene güvenlik tedbiri (ayrımcılık yasağı eğitimi alınması) uygulanacağına ilişkin düzenleme yapılabilir. İş Hukukundaki cezai yaptırımların idari para cezası olduğu göz önünde tutulursa bu şekilde düzenleme yapılması daha uygundur görüşü için bak. BAKIRCI, İstihdam, s.26.

³⁶⁵ YÜKSEL-ONARAN, s.338.

³⁶⁶ İşe almada ayrımcılığın İş K. md.5/f.6 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bak. BAKIRCI, Kadın İşçiler, s. 361.

³⁶⁷ ATAMER, s. 918; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.163; SEVİMLİ, s.87; SÜZEK, İş Hukuku, s. 404; TARCAN, s.229; TUNCA, Tebliğ, s.34; YILDIZ, Eşit İşlem, s.204.

³⁶⁸ ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 143.

³⁶⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 324.

³⁷⁰ ATAMER, s.918; YILDIZ, Eşit İşlem, s.205.

durumunda iş sözleşmesi kurulmuş ise işveren iş sözleşmesini İş Kanunu madde 25/II-a gereği haklı olarak feshedebilir³⁷¹.

2. İş İlişkisinin Devamında Cinsiyet Ayrımcılığı

İşverenin iş ilişkisinin devamında da aynı ya da benzer durumda olan işçilerine eşit davranması, ayırım yapmaması gerekmektedir. Bu da işverenin yönetim hakkını kullanırken keyfi davranışlarda bulunmamasıyla mümkün olacaktır. İşverenin yönetim hakkı dışında iş ilişkisini düzenleyen iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelik gibi kaynakların da ayrımcı düzenlemeler içermemesi gerekmektedir³⁷².

Çalışmamızın bu kısmında iş ilişkisinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek ayrımcı uygulamalardan sık rastlanılanlarına değinilecektir.

a. Çalışma Koşullarında Cinsiyet Ayrımcılığı

İşverenin tek taraflı kurallar koyabilmesi ya da talimatlar vermesi yönetim hakkını oluşturur. İşverenin yönetim hakkı herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı konulara ilişkindir. Bu hak işverence ya da belirli ölçülerde talimat vermeye yetkili kılınan işveren vekilince kullanılabilir³⁷³.

Anayasaya, kanunlara, toplu iş sözleşmesine ya da iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere, yani bu sınırlar dahilinde, işveren tarafından verilen talimatlara işçi uymak zorundadır. Talimatlar işyerinin düzenine, işin yapılmasına kısacası çalışma şartlarına ilişkindir. Bu talimatlar sözgelimi ara dinlenmesi, yıllık ücretli izin kullanılma zamanı, mesainin başlangıç veya bitiş zamanlarının belirlenmesi, yükselme koşullarının ne olduğu ya da disiplin cezası verilecek konular gibi işin yürütümüne ilişkin olabileceği gibi, belirli bir düzenin sağlanmasına yönelik olarak işçinin davranışlarına ilişkin de olabilir. İş yerindeki bazı bölümlere girilmemesine ilişkin talimatlar bu yöndedir³⁷⁴.

³⁷¹ EYRENCİ, s.246.

³⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s. 404; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 206.

³⁷³ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 64.

³⁷⁴ AYDIN, Kişilik Hakları, s.58-59; ÇELİK, İş Hukuku, s. 115-116 ve s. 130-131; ERTÜRK, Temel Haklar, s. 93; ; SEVİMLİ, s. 84; SÜZEK, İş Hukuku, s.72-73 ve s.75; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 68-69; TUNCAY, Tebliğ, s. 158; YILDIZ, Eşit İşlem, s.207 ve s.210; YÜKSEL-ONARAN, s. 176.

İşveren yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcuna aykırı hareket etmemeli, işçinin kişilik haklarını göz önünde tutmalı, işçiyi gözetme borcuna, dürüstlük kuralına, ahlak kurallarına aykırı davranmamalı ve keyfi ya da kötü niyetli talimatlar vermemelidir. Eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasakları işverenin yönetim hakkının yukarıda sayılan düzenlemeler dışındaki diğer sınırını oluşturmaktadır³⁷⁵. Geçerli bir talimattan bahsedilebilmesi için bu talimatın işverenin yönetim hakkının sınırları dahilinde ve hukuka uygun olması gerekmektedir³⁷⁶.

İşveren işin yönetimine ilişkin olarak işçiler arasında belirli gruplar oluşturarak onlara birbirinden farklı talimatlar verebilir. Bu gruplar arasında örneğin işe giriş çıkış saatlerinde farklılıklar olabilir. Burada önemli olan işverenin bu grupları belirlemede objektif esaslara dayanması ve bu gruplara verdiği talimatlarda keyfi olarak farklılık yaratmamasıdır. Yani, gruplar ve talimatlar arasındaki farklılıklar objektif temellere dayanmalıdır³⁷⁷.

Bahsettiğimiz bu haller dışında fazla çalışma, işin dağıtımı ve hafta tatilinde çalışma konularında da aynı durumda bulunan işçilere aynı, benzer durumdakilere benzer davranılmalıdır. Örneğin, hafta tatilinde yapılacak çalışmalarda işçiye fazla çalışma ücreti ödeneceğinden bu günlerde çalışmak isteyen işçi çok olabilir. Bu durumda işveren hafta tatilinde çalışacak işçiyi belirlerken eşit davranma borcuna uygun hareket etmeli ve isteklileri sırayla çalıştırmalıdır³⁷⁸. Tam tersine hafta tatilinde çalışmak isteyen işçi olmayabilir. Bu durumda ise kadınların çabuk yorulacağı ya da dayanıksız olduğu düşüncesiyle sadece erkek işçilerden hafta tatilinde çalışmalarını istemek ayrımcılık oluşturacaktır. Fakat yeni doğum yapmış bir işçi varsa, bebeğin annesine ihtiyaç duyması sebebiyle hafta tatilinde çalıştırılmaması ayrımcılık teşkil etmez³⁷⁹. İşin

³⁷⁵ Yargıtay 9. HD, 07.07.2009, 2009/25544 E., 2009/20096 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

³⁷⁶ SEVİMLİ, s. 88; SÜZEK, İş Hukuku, s. 78; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 84; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 158; YILDIZ, Eşit İşlem, s.207.

³⁷⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 209.

³⁷⁸ TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 86; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği s.172; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.162; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 240; YÜKSEL-ONARAN, s.183.

³⁷⁹ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.172; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.162; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 240; YÜKSEL-ONARAN, s.183.

dağıtılmasına ilişkin olarak da; zahmet gerektiren işlerin sürekli aynı işçiye verilmesi ya da bir işin isteklisi varken o işin başka kişilere yaptırılması ayrımcılık oluşturabilir³⁸⁰.

İşveren bazı hallerde çalışanların davranışlarına, giyimine ya da saç modellerine karışabilir. Bu karışma işin niteliğinden kaynaklanıyorsa ve eşit koşullardaki işçilerden aynı özen bekleniyorsa burada kişilik haklarına saldırıdan söz edilemez. Örneğin, bir otelin lobisinde çalışanlardan -müşterilerin ilk karşılaşacağı kişiler olacaklarından bahisle- bakımlı, temiz, saçlarının her gün yapılı olması ve kıyafetlerinin düzgün olması istenebilir³⁸¹. Fakat kadın çalışandan fiziksel çekiciliğini ön plana çıkarması istenemez³⁸². Bu istek kişiliğe saldırı niteliği taşır. Diğer taraftan işveren ya da vekili işin yürütümü adına işçileri denetleyebilir. Bu denetleme cinslerden birine yoğun şekilde yapılıyor, diğer cinsiyete mensup işçiler hiç denetlenmiyorsa burada da ayrımcı bir uygulamadan söz edilecektir³⁸³.

Gereken şartları taşımayan talimatlar Borçlar Kanunu madde19-20'ye göre geçersizdir, yani hüküm ve sonuç doğurmaz. Ayrıca işçi eşit davranma ilkesine ve ayrımcılık yasalarına aykırı bir talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir. Böyle bir talimata uymadığı gerekçesi ile işçinin iş sözleşmesi feshedilirse feshin türüne göre fesih hakkının kötüye kullanılması, geçersiz fesih ya da haksız fesih söz konusu olacaktır³⁸⁴.

İşverenin yönetim hakkı dışında iş sözleşmesinin koşullarının belirlenmesinde, personel yönetmeliklerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde de ayrımcılık yasağına aykırı hükümler yer almamalıdır. İşçinin hangi işte çalışacağı ya da çalışma yeri gibi konular genel olarak iş sözleşmesinde belirtilir. Şayet iş sözleşmesinde kadının hamile kalması durumunda çalıştığı işten daha alt kademedeki bir işte istihdam edileceği düzenlenmişse cinsiyet ayrımcılığı söz konusu olacaktır. Diğer taraftan kadının hamileliği döneminde işveren tarafından geçici olarak daha az yorulacağı ama ücretinin aynı kalacağı bir işte çalışması önerilirse, burada işverenin kadının sağlığı koruma amacıyla olduğundan

³⁸⁰ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.160; iş dağıtımına ilişkin başkaca örnekler için bak. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s.69.

³⁸¹ AYDIN, Kişilik Hakları, s. 112; SEVİMLİ, s.234; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s. 93; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.163; YÜKSEL-ONARAN, s.184.

³⁸² Bu konuya ilişkin uygulamada yer alan örnekler için bak. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s.58.

³⁸³ YÜKSEL-ONARAN, s.184-185.

³⁸⁴ ERTÜRK, Temel Haklar, s. 12; TAŞKENT, Yönetim Hakkı, s.88; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 208-209.

bahsedilir³⁸⁵. Bunun dışında hekim raporu alınan hallerde İş Kanunu madde 74/f.4 gereği de “*Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz*”. Fakat bu haller dışında, eğer kadının gebe olması ya da cinsiyeti sebebiyle işi ya da işyeri değiştiriliyorsa bu durumda esaslı değişiklik söz konusu olacaktır (İş K. md. 22). Esaslı değişiklik 6 iş günü içinde işçi tarafından kabul edilmezse işveren mevcut durumda işçi ile çalışmaya devam etmelidir. Şayet işverenin geçerli başka bir sebebi varsa iş sözleşmesini feshedilebilecektir. İşveren iş sözleşmesini feshetmez ve buna rağmen işçiyi işe kabul etmezse iş akdini feshetmiş sayılır. Bu durumda işçi haklarını iş güvencesine tabi olup olmamasına göre ilgili maddeler uyarınca ileri sürebilecektir³⁸⁶.

b. Mesleki Yükselmeye Cinsiyet Ayrımcılığı

İşçinin hangi koşulları sağlaması halinde terfi ettirileceği başkaca bir kaynakta düzenlenmediği takdirde işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilir. Yönetim hakkına ilişkin daha önce değindiğimiz noktalar burada da geçerlidir. Kısaca, işveren terfi koşullarını belirlerken objektif temellere, somut ölçülere dayanmalı, keyfi davranmamalıdır. Bu sınırlar içinde işveren dilediği işçisini terfi ettirebilecektir. Terfide bir cinse öncelik tanınması keyfi bir uygulamadır ve ayrımcılık teşkil eder. Bu bağlamda kadının ailesel sorumlulukları olduğu düşüncesiyle terfi ettirilmemesi ayrımcılık teşkil edecektir³⁸⁷. Uygulamada mesleki ilerlemede liyakat ve kıdem gibi objektif ölçütlerin esas alındığı görülmektedir³⁸⁸.

Liyakat işçinin çalışma performansı ve yeteneğine ilişkin bir kavramdır. Her ne kadar hangi işçinin terfiye layık olup olmadığına karar verilmesi subjektif bir karar olsa da bu işçinin çalışkanlığı objektif değerlendirmeler sonucunda belirlenecektir. Bu bakımdan işverenin kararının temelinde yatan düşüncenin tespiti kolay olacak, ayrımcılık yapıp yapmadığı belirlenebilecektir.

³⁸⁵ YÜKSEL-ONARAN, s. 181-182.

³⁸⁶ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.174.

³⁸⁷ Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s. 61 vd.

³⁸⁸ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.167; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 167; YÜKSEL-ONARAN, s. 176-177.

Terfi edecek işçinin belirlenmesinde dikkate alınan bir diğer ölçüt kıdemdir. Kıdem objektif bir ölçüt olsa da uygulamada, kadınların doğum ve ailesel sorumluluk gibi sebeplerle iş hayatından uzak kalmaları nedeniyle erkeklere nazaran daha az kıdeme sahip oldukları görülmektedir. Dolayısıyla bu objektif uygulama dolaylı ayrımcılık yaratabilmektedir. Şayet işletme gereklilikleri terfide kıdemın esas alınmasını gerektiriyorsa burada objektif bir nedenin varlığından söz edileceği için ayrımcılıktan bahsedilemez. Fakat kıdemın terfi ettirilen işin görülmesindeki etkisi azsa ve az kıdemli olmasına rağmen çalışkan ya da yetenekli bir kişinin terfi ettirilecek görevi daha iyi ifa edebileceği kabul edilebilirse, bu durumda yetenek ya da çalışkanlık gibi değerlendirmelere öncelik tanınmalıdır³⁸⁹.

İncelediğimiz pek çok uluslararası metinde mesleki ilerlemede ayrımcılık yapılmasının yasaklandığına değindik. Hukukumuz açısından durumu incelemek gerekirse, İş Kanunu md.5/f.3'e göre bir işçiye, iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında ve uygulanmasında cinsiyet ya da gebelik sebebiyle ayrımcılık yapılamaz. Buna aykırı davranılması halinde İş Kanunu md.5/f.6 uyarınca işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.

3. Ücret ve Eklerinde Cinsiyet Ayrımcılığı

a. Genel Olarak Ücrette Cinsiyet Ayrımcılığı

Ücrette cinsiyet ayrımcılığı sanayi devrimi ile ortaya çıkan ve hala sanayileşmiş pek çok ülkede varlığını sürdüren, pek çok düzenlemeye konu olmuş bir sorundur³⁹⁰. Sanayi devrimi ile üretim maliyetlerini azaltmak isteyen işveren düşük ücretle kadın işçi istihdam etmiş ve böylelikle kadın erkek arasındaki ücret farklılıklarının temelleri atılmış olmuştur³⁹¹. Ücret eşitliği ilkesi cinsiyet ayrımı yapmaksızın aynı ya da eşit değerde işi yapan işçilere eşit ücret ödenmesi anlamına gelmektedir³⁹².

³⁸⁹Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s.70; ERTÜRK, s. 168; YÜKSEL-ONARAN, s.177-178.

³⁹⁰TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 205; YÜKSEL-ONARAN, s.185.

³⁹¹ALTAN, s. 137.

³⁹²BERKİ, Nermin, “ Kadın Ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret” , Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, Ankara 1977, s. 29; SÜRAL, Nurhan, “Anti-Discrimination Rules And Policies In Turkey” (Anılış: Anti-Discrimination), Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s. 681.

İş sözleşmesinin unsurları arasında bir işin görülmesi, bunun bağımlılık ilişkisine dayanması ve işin görülmesi karşılığında ücrete hak kazanılması yer almaktadır. Ücret iş sözleşmesinin önemli bir unsurudur³⁹³.

Uluslararası düzenlemelerde ücret kavramının ne olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Sözgelimi UÇÖ'nün 100 sayılı sözleşmesinde ücret "işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya ayni olarak doğrudan doğruya veya dolayısıyla ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer ödemeleri içine alır" şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı sözleşmede eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği deyiimi "ücretlerin cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmesi" anlamına gelmektedir.

Avrupa Birliği mevzuatına değinecek olursak Roma Antlaşmasında ücret kavramından anlaşılması gerekenin, çalışanın doğrudan ya da dolaylı olarak çalışması karşılığında nakit ya da başka şekilde kazandığı minimum ücret, maaş veya başkaca bedeller olduğu ifade edilmiştir. Yine aynı antlaşmaya göre, cinsiyet ayrımcılığına dayanmayan eşit ücret kavramıyla parça başına ücret ödemesi yapılan işlerde aynı ölçüye göre, zamana göre ücret ödemesi yapılan işlerde aynı süreye göre yapılan ödeme kast edilmektedir. Önceleri eşit ücretten bahsedilen Avrupa Birliği mevzuatında sonraları eşit değerde iş için eşit ücret ilkesine yer verilmiştir. Örneğin Avrupa Birliği'nin 2006/54 sayılı yönergesin de eşit değerde işten bahsedilmiş ve eşit iş veya eşit değerde iş için doğrudan ya da dolaylı ayırım yapılmaksızın çalışanlara eşit ücret verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kısaca, ücret "*bir iş karşılığında işveren ya da üçüncü kişilerce işçiye sağlanan para veya parasal menfaatlerden oluşan gelirdir*³⁹⁴". Cinsiyetlerarası ücret eşitliği; işverenin eşit veya eşit değerdeki işlerin ücretini cinsiyetlerden bağımsız olarak, keyfi uygulamalardan kaçınarak, objektif ve akla uygun nedenler olmadıkça işçiler arasında ayırım yapmaksızın, ücret tespiti yapmasıyla sağlanır³⁹⁵.

³⁹³ ÇELİK, İş Hukuku, s.78 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 461; SÜZEK, İş Hukuku, s.307; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 120.

³⁹⁴ CENTEL, s.58.

³⁹⁵ CENTEL, s. 135.

Belirtmek gerekir ki eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesi ile hedeflenen tüm kadın ve erkeklerin eşit ücret alması değildir. Bu ilkeyle hedeflenen, eşit durumdaki işçilere cinsiyetlerine bakılmaksızın keyfi ayrımlardan uzak olarak eşit ücret verilmesini sağlamaktır³⁹⁶. Kadın erkek arasında fırsat eşitsizliğinin bir sonucu olan ücrette cinsiyet ayrımcılığı, kadınların ekonomik hayatta erkeklerle rekabet etmesini engellemektedir. Eşit iş veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesiyle bu rekabet ortamının sağlanması hedeflenmektedir³⁹⁷.

b. Ücrette Cinsiyet Ayrımcılığının Nedenleri

Eşit ya da eşit değerde işe eşit ücret ilkesi etkin bir şekilde uygulanırsa tam anlamıyla sanayileşmiş ve ekonomik bakımdan kalkınmış bir toplum meydana gelecektir. Çünkü kalkınma kadın ve erkeğin işgücüne tam olarak katılmasıyla olacaktır. Kadının iş hayatına katılımının sağlanması için de, ona sarfettiği emeğini karşılayan ücret verilmesi ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi gerekmektedir³⁹⁸. Çalışmamızın başında değindiğimiz kadın- erkek eşitsizliğinin nedenleri iki cins arasındaki ücret farklılıklarının da sebepleridir. Bu nedenlerin ücret farklılaşmasındaki etkilerine değinmek gerekirse; her şeyden önce toplumda oluşan yargı ile meslekler cinsiyetler arasında bölüştürülmekte uzmanlık, eğitim, sorumluluk gerektiren işlerin erkeklerce; daha kolay işlerin ise kadınlarca yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla kadınlar daha az nitelik gerektiren, düşük ücretli işlerde istihdam edilmektedir. Kadınlara yönelik bu toplumsal yargının temelinde ise kadının ailesel sorumlulukları gereği daha az sorumluluk gerektiren işlerde çalışıp, ailesel yükümlülüklerini aksatmaması gerektiği inancı yatmaktadır. Toplumdaki bu inancı yansıtan işveren de kadınları daha az sorumluluk gerektiren işlerde çalıştırmayı tercih etmektedir. Ücrette cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması için bu önyargıların kırılarak mesleklerin cinsiyetlere göre bölünmesi engellenmeli, kadınların da kariyer yapmaları mümkün olan ve sorumluluk gerektiren işlerde istihdam edilmelerine olanak tanınmalıdır. Ücret farklılığının bir diğer nedeni, nitelikli işlerde çalışılması için gereken eğitimin de kadınlarda bulunmamasıdır. Kadınların erkeklerden daha düşük eğitim seviyesine sahip

³⁹⁶ KANDEMİR, s. 422; SÜRAL, Anti-Discrimination, s. 681; YÜKSEL-ONARAN, s. 186.

³⁹⁷ YÜKSEL-ONARAN, s. 187.

³⁹⁸ BERKİ, s. 30- 31.

olmasının temelinde de yine, kadının iş hayatında yer almasından ziyade ailesel yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği düşüncesi yer alır³⁹⁹.

Kadının biyolojik farklılığı yani doğurganlığı ve çocuğuna bakmakla sorumlu tutulması, bu sorumlulukla birlikte diğer ailesel sorumlulukları da yüklenmesi kadını çalışma hayatından uzaklaştırmaktadır⁴⁰⁰. Ücret belirlemelerinin kıdeme göre yapıldığı işlerde, kadın işine ara verdiği için daha az kıdeme sahip olacağından daha düşük ücret belirlemelerine maruz kalacaktır. İş değerlendirmesinde kullanılan ölçütlerin objektif olmaması, daha çok erkeklerde görülen özelliklerin temel alınarak değerlendirme yapılması ve ücretin de bu değerlendirme sonunda tespit edilmesi de ücret farklılıklarının oluşmasına neden olmaktadır. Bir başka neden kadına yönelik mevzuatta yer alan yasal zorunluluklar işverene bir takım mali yükümlülükler yüklemesi ve işverenin bu yükümlülüğünden kurtulmak için kadının ücretini düşük tutma yolunu seçmedir⁴⁰¹.

Yukarıda izah ettiğimiz tüm bu nedenler kadınların çalışma hayatında erkeklere göre daha düşük ücretle istihdam edilmesine neden olmaktadır. Cinsiyetlerarası ücret eşitliğinin sağlanabilmesi için yasal düzenlemelerin yanı sıra toplumsal inanışların değiştirilmesine de ihtiyaç vardır.

c. Ücret Eşitliğini Sağlamayı Amaçlayan İlkeler

aa. Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi

Önceleri ücret eşitliğinin sağlanmasında eşit işe eşit ücret ilkesi kullanılmış, zamanla gelişmeler göz önünde tutularak bu ilkenin kapsamının genişletilmesine ihtiyaç durulmuştur. Eşit işten anlaşılması gereken aynı iş ya da aynı sayılacak kadar benzer nitelikte olan iştir. Benzer nitelikte işler ise eşit beceri, sorumluluk ve çaba gerektiren işlerdir⁴⁰².

³⁹⁹ CENTEL, s. 147; ERTÜRK, Temel Haklar, s. 105; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 178 vd.; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 216; YÜKSEL-ONARAN, s. 187- 190.

⁴⁰⁰ CENTEL, s. 146; YÜKSEL-ONARAN, s.190.

⁴⁰¹ YÜKSEL-ONARAN, s.190-191.

⁴⁰² ALTAN, s. 140; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 192; YÜKSEL-ONARAN, s.193.

bb. Eşit Değerde İşe Eşit Ücret İlkesi

aaa. Genel Olarak

Eşit değerde iş kavramı ile aynı ya da aynı kabul edilebilecek kadar benzer olan işlerin dışında aynı ya da aynı kabul edilebilecek kadar benzer olmasa bile içeriklerinin aynı olduğu kabul edilebilecek işlerde de eşit ücret uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰³. Uluslararası belgelerde eşit değerde işten ne anlaşılması gerektiği ülke mevzuatlarınca tespit edilmesi gereken bir konu olarak kabul edilmiştir. Örneğin, 100 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 3. maddesinde böyledir.

Avrupa Topluluğu Mahkemesi ise bir kararında⁴⁰⁴ eşit değerde işin tespitinde öğrenim durumu, bilgi, beceri, çalışma koşulları, deneyim, karar verebilme gibi ölçütlerden yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir. Aslına bakılırsa bu ölçütler benzer işin tespitinde kullanılan ölçütlerdir. Fakat belirttiğimiz gibi eşit değerde iş ile aynı ya da aynı sayılabilecek kadar benzer işler dışında, iş değerlendirmesi sonucunda içerik olan aynı kabul edilebilecek yani aynı çalışma koşulları altında görülen veya aynı çaba, sorumluluk, bilgi ve beceri gerektiren işler de eşit ücret ilkesi kapsama dahil edilmiştir⁴⁰⁵. Bu işlerde çalışan işçilere de eşit ücret verilmelidir.

bbb. İş Değerlendirmesi

Eşit ya da eşit değerde işin ne olduğu toplu iş sözleşmelerinde ya da iş sözleşmelerinde belirlenebilir ya da bu belirleme iş değerlendirmesiyle yapılabilir. Böyle bir belirleme veya iş değerlendirmesi de yoksa ancak aynı ya da benzer işler eşit iş kabul edilir⁴⁰⁶. Eşit değerde iş için eşit ücret verilmesinde iş değerlendirmesinin önemi büyüktür. Zira bu değerlendirme sonucunda eşit değerde işin ne olduğu tespit edilecek ve bu işlere eşit ücret verilecektir. İş değerlendirmesinden beklenen yararın sağlanabilmesi için objektif ölçütlere dayanan bir değerlendirmenin yapılmasına ihtiyaç vardır. 100 sayılı UÇÖ Sözleşmesinin 3. maddesinde de değerlendirmenin objektif olması gerektiği

⁴⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 547; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 192; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 219; YÜKSEL-ONARAN, s.194.

⁴⁰⁴ Gisela Rummler v Dato-Druck GmbH, C-237/85, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0237:EN:HTML, 04.07.2011>).

⁴⁰⁵ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 194; YÜKSEL-ONARAN, s.197.

⁴⁰⁶ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 196.

belirtilmiştir. Adalet Divanı da bir kararında⁴⁰⁷ objektifliğe açıkça değinmiştir. Objektiflik önemlidir zira aksi takdirde ölçütlerin kendisi ayrımcılığa sebep olabilir. Ayrıca değerlendirmede işin adı ya da işi yapan kişi değil işin içeriği dikkate alınmalıdır⁴⁰⁸.

İş değerlendirmesi analitik iş değerlendirmesi ve analitik olmayan iş değerlendirmesi olarak iki temel sistemle yapılabilir. Analitik iş değerlendirmesinde işler belli ölçütlere ve özelliklere göre ayrılır ve değerlendirme bu belirli ayrımlara göre yapılır. Bu sistemin uygulanmasında puanlama veya faktör gibi işleri karşılaştırmaya yarayan uygulamalar kullanılır. Analitik olmayan iş değerlendirmesinde ise işyeri bir bütün olarak ele alınır ve bireysel özelliklere göre, işyeri göz önünde tutularak değerlendirme yapılır. Bu sistemin uygulanmasında ise sıralama veya sınıflandırma uygulamalar kullanılır. Avrupa Birliğinde tüm ülkelerde mevzuatın aynı şekilde uygulanması hedeflenmektedir. İşyerini temel alan analitik olmayan iş değerlendirmesi bu amaçla örtüşmemektedir çünkü farklı ülkelerdeki, farklı işyerlerinde farklı uygulamalar söz konusu olacaktır⁴⁰⁹. Dolayısıyla geneli kapsayan bir değerlendirmeden bahsedilemeyecektir.

Belirttiğimiz gibi iş değerlendirmesinden beklenen yararın sağlanabilmesi için değerlendirmenin objektif ölçütlere dayanması gerekmektedir. Şayet bir işin değerlendirmesinde erkeklerin avantajlı olduğu bir takım özelliklere -kas gücü gibi- önem verilirse bu durumda iş değerlendirmesinde ayrımcılık yapılmış olunacaktır. Bu bağlamda kadın işçilerde bulunan sabır, dikkat ya da çabukluk gibi özellikler de değerlendirme kapsamına alınmalıdır. Söz gelimi ağır işlerin belirlenmesi ve derecelendirmesinde sadece kas gücü ya da fiziksel dayanıklılık gibi ölçütler değil bu işlerin işçiler üzerinde psikolojik etkilerinin tahlili adına sabır, dikkat gibi ölçütler de dikkate alınarak ağır işlerin neler olduğu tespit edilmelidir⁴¹⁰. Avrupa Birliği uygulamaları da bu yöndedir⁴¹¹.

⁴⁰⁷ Gisela Rummler v. Dato Druck, BLANPAIN, s.552.

⁴⁰⁸ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 192; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 219, s. 221; YÜKSEL-ONARAN, s.198; ASLAN-ALTAN, Şengül, “Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği”, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi, Yıl:3, Sayı:11-12, s.30; (<http://kamyon.politics.ankara.edu.tr/dergi/belgeler/kydd/54.pdf>, 04.07.2011).

⁴⁰⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 221.

⁴¹⁰ ALTAN, s. 140; BAYSAL, s.72; YILDIZ, s.221; YÜKSEL-ONARAN, s.198.

⁴¹¹ GÖREN, s.135; YENİSEY-DOĞAN, Avrupa Birliği, s.24.

İş değerlendirmesinde işletme ve işyeri içinde piyasa faktörlerinden bağımsız olarak değerlendirme yapılmalıdır. Zira piyasa faktörleri dikkate alındığında işe verilecek değere arz ve talep dengesinin de etkisi söz konusu olacak ve eşdeğerde olabilecek pek çok iş bu sebeple eşdeğer kabul edilmeyecektir. Ayrıca kadınların gördüğü işlerin piyasa değeri daha az olacağından daha düşük ücret uygulamaları haklı görülecektir. Önemli olan o işyeri veya işletmede o işe biçilen değer ölçülmesidir. İş değerlendirmesi neticesinde çok farklı işin aynı değerlendirme puanına sahip olması mümkündür⁴¹².

cc. İlkelerin Uygulama Koşulları

Belirttiğimiz gibi ayrımcılık yasakları iş ilişkisi kurulmadan önce de vardır ve bu sebeple eşit davranma borcundan farklıdır. Elbette ki taraflar iş sözleşmesi yaparken ücreti kendi özgür iradelerine göre belirleme hakkına sahiptir. Fakat bu serbestlik ayrımcılık yasaklarının başladığı noktada son bulur⁴¹³. Yani, iş ilişkisi kurulurken ücretin ya da iş ilişkisi devam ederken yapılacak zammın belirlenmesinde⁴¹⁴ cinsiyet bir ölçüt olarak ortaya çıkmaz ve işveren gerek işe almada gerekse işin devamı sırasında eşit iş ya da eşit değerde iş için cinsiyet temelli farklı ücret belirleyemez⁴¹⁵. Bir kere daha önemle belirtmek gerekir ki bu ifade bütün işçilerin aynı ücreti alacağı anlamına kesinlikle gelmemektedir. İşçinin kıdemi, öğrenim derecesi, yabancı dil bilmesi, liyakati, verimliliği, tecrübesi, işin görülme zamanı ya da işin gerektirdiği sorumluluk gibi nedenler farklı ücret uygulamalarını haklı kılabilir. Dolayısıyla her somut olayın incelenerek oluşturulan bir gruba eşit davranılıp davranılmadığının ve bu grupların belirlenmesinde objektif olup olunmadığının yani hukuka uygun bir ayırımın yapıp yapılmadığının tespit edilmesi gerekir⁴¹⁶. Diğer taraftan işverenin herhangi bir

⁴¹²YILDIZ, Eşit İşlem, s.221; YÜKSEL-ONARAN, s.199, s.208.

⁴¹³ “İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenen bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir”, Yargıtay 9. HD, 29.06.2009, 2009/20239 E., 2009/18297, (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁴¹⁴ Yargıtay 9. HD, 04.05.2005, 2005/12596 E., 2004/15465 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁴¹⁵ CENTEL, s.142; ERTÜRK, Temel Haklar, s. 102; PİR, s. 158; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi; YILDIZ, s. 173; YÜKSEL-ONARAN, s. 202.

⁴¹⁶ Yargıtay 9 HD, 03.04.2000, 2000/1034 E., 2000/4713 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 10.05.1991, 1991/608 E., 1991/8315 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); ALTAN, s. 142; BAYSAL, s. 72; CENTEL, s.142; ÇELİK, İş Hukuku, s. 180; KANDEMİR, s. 422- 423; ÖZDEMİR, Ücret, s.260; PİR, s. 157; SOYSAL, s.28; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.171- 172; ULUCAN, s.196; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 211, s. 224; YÜKSEL-ONARAN, s.203.

gruplama ya da performans değerlendirmesine bağlı olmaksızın yaptığı seyyanen zamlardan bütün işçiler yararlanmalıdır⁴¹⁷.

d. Mevzuatımızda Durum

Yukarıda genel olarak değindiğimiz konular hukukumuz için de geçerli olmakla birlikte, mevzuatımızdaki düzenlemeleri göz önünde tutarak ayrıca bir değerlendirme yapmayı yerinde buluyoruz.

Eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi ilkesinin yasal dayanaklarının başında Anayasa md. 10⁴¹⁸, İş Kanunu md.5 ve “Ücrette Adalet Sağlanması” başlığını taşıyan ve ücret emeğin karşılığıdır düzenlemesinin yer aldığı Anayasa md. 55 gelmektedir⁴¹⁹. Anayasa md. 55/f.2’de adaletli ücretten bahsedilmiştir. Her işin değerlendirilmesinin dikkatli yapılması ücretin adaletli olması bakımından önemlidir. Diğer taraftan adalet ve eşitlik birbirinden ayrılmaz iki kavramdır, adalet kavramının temelinde eşitlik yer almaktadır. Adil olunması için eşitlere eşit davranılması yani eşit ya da eşit değerde işe eşit ücret verilmesi ve objektif nedenler olmaksızın farklı davranılmaması gerekmektedir⁴²⁰. Bu düzenlemeler dışında Asgari Ücret Yönetmeliği md.5’te de ücrette eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve asgari ücretin belirlenmesinde cinsiyetler arasında ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu madde 5/f. 4’e göre “*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz*”, fıkra 5’e göre ise “*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*”. Görüldüğü üzere mevcut düzenlemede uluslararası gelişime paralel olarak aynı ve eşit değerde işten söz edilmiş, eşit ücret ilkesinin kapsamı geniş tutulmuştur. Dolayısıyla düzenleme uluslararası metinlerle, söz gelimi 2006/54 sayılı yönerge md. 4 ile uyumludur. Düzenlemenin 5. fıkrası ile kadının

⁴¹⁷ Yargıtay 9. D, 01.11.2004, 2004/8671 E., 2004/24558 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); ÇELİK, İş Hukuku, s.180; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 143; PİR, s.159; ÖZDEMİR, Ücret, s.260; ULUCAN, s. 196; YILDIZ, Eşit İşlem, s.212.

⁴¹⁸ AY md. 10’un yasa önünde eşitliği düzenlemesi sebebiyle ücrette cinsiyet ayrımı yasağının anayasal temeli olmadığı görüşü için bak. CENTEL, s. 149.

⁴¹⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 197; YÜKSEL-ONARAN, s.212.

⁴²⁰ Yargıtay 9. HD, 27.05.2010, 2010/18030 E., 2010/15022 K., (www.hukukturk.com, 16.06.2011); CENTEL, s. 150; YÜKSEL-ONARAN, s.213.

biyolojik özellikleri sebebiyle korunmasını amaçlayan düzenlemelerin, mali yük getirdiği öne sürülerek, kadına düşük ücret ödenmesi önlenilmek istenmiştir⁴²¹.

Hukukumuzda ücrette eşitlik ilkesinde ücret eklerini de kapsayan geniş anlamda ücretin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴²². Daha önce değindiğimiz ve ülkemiz tarafından onaylanan uluslararası metinlerde sözgelimi 100 sayılı UÇÖ sözleşmesinde de durum böyledir. Yargıtay da bir kararında⁴²³ ücret genel anlamda ücrettir ve ücretin dışında ikramiye, prim gibi ödemeleri de kapsar demiştir. Dolayısıyla ücret eklerine ilişkin de keyfi uygulamalarda bulunulmamalı, bunlara ilişkin de doğrudan ya da dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapılmamalıdır⁴²⁴. Ücret eklerinde ayrımcılık aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Türk Hukukunda iş değerlendirmesinde eşit değerde işin belirlenmesi sosyal taraflara bırakılmıştır. Fakat bu belirleme karşısında işçi dava açarak belirlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu öne sürebilir⁴²⁵.

Kadın işçinin hamilelik izni sonunda işe dönmesi halinde izinli olduğu dönemde bir ücret artışı meydana gelmiş ise bundan yararlandırılması gerekmektedir. Aksi takdirde kadın biyolojik bir nedenle işinden ayrı kaldığı için cezalandırıldığından cinsiyete dayalı ayrımcılık söz konusu olacaktır⁴²⁶.

Toplu iş sözleşmeleri ile ücret belirlenmesinin yapıldığı durumlarda da ücret gruplandırmalarında erkeklerin özelliklerine dayanan iş değerlendirmeleri ile ücret belirlemeleri yaparak eşit iş ya da eşit değerde işte çalışanlara cinsiyet ayrımcılığı yapılmamalıdır⁴²⁷.

İş Kanunu md. 5/son gereği işçi ücret farklılığının cinsiyeti sebebiyle olduğunu ve dolayısıyla cinsiyet ayrımcılığı yapıldığını yani ihlalin varlığını güçlü bir biçimde ortaya

⁴²¹ TUNCAY, Tebliğ, s. 31.

⁴²² Yargıtay 9. HD, 07.07.2009, 2009/25544 E., 2009/20096 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 22.04.2008, 2008/14403 E., 2008/9841 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); CENTEL, s. 152; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 548; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.199; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 220; YÜKSEL-ONARAN, s. 219-220.

⁴²³ Yargıtay 9. HD, 31.05.2010, 2008/26989 E., 2010/15054 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁴²⁴ CENTEL, s. 152; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.199; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 220; YÜKSEL-ONARAN, s. 219-220.

⁴²⁵ ULUCAN, s. 197; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 220.

⁴²⁶ EKONOMİ, s. 31.

⁴²⁷ GÖREN, s.128; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.184; YÜKSEL-ONARAN, s. 222.

koymalı, buna karşılık da davalı taraf yani işveren de cinsiyet ayrımı olmadığını, farklı uygulamanın objektif nedenlerle olduğunu ispat etmelidir.

İş Kanunu madde 5'te ayrımcılığa uğrayan kişinin bu iddialarının doğruluğunun tespitinde emsal alınacak işçinin kim olduğu belirtilmemiştir. Karşılaştırmada aynı ya da benzer işi yapan emsal işçi temel alınmalıdır. O işyerinde bu niteliklerde bir işçinin bulunmaması halinde ise o iş kolunda çalışan aynı yada benzer işi yapan işçi dikkate alınarak tespit yapılacaktır. Bu kabul madde 12 ve madde 13'de emsal işçiye ilişkin açık düzenlemeyle de uyumludur⁴²⁸.

e. Prim, İkramiye ve Diğer Sosyal Yardımlarda Cinsiyet Ayrımcılığı

Prim işçinin bireysel olarak ya da bir grupla birlikte, verilen bir işi başarıyla tamamlanması sonucu işverence ödüllendirmesi ya da teşvik edilmesi amacıyla verilen ek ücrettir. İkramiye ise iş yılının sona ermesi ya da bayram gibi bazı vesilelerle işçiye verilen ek ücrettir⁴²⁹. Kural olarak ikramiye ya da prim toplu iş ya da iş sözleşmesince kararlaştırılmamış veya devamlı uygulamalar sonucu çalışma koşulu haline gelmemişse, işçilerin bunları talep hakkı bulunmaz. İkramiye ve prim dışında kalan ve işverence bazı nitelikleri sağlayanlara verilen diğer sosyal yardımların da aynı durum geçerlidir. Fakat toplu iş ya da iş sözleşmesiyle kararlaştırılmamış ya da çalışma koşulu haline gelmemiş olsa bile ikramiye, prim ve diğer sosyal yardımların dağıtımında işverenin eşit davranma borcuna ve ayırım yasaklarına uyması gerekmektedir⁴³⁰.

Çalışma koşulu haline gelen işyeri uygulamalarından bahsedilebilmesi için bir uygulamanın ilan edilmiş olması, devamlı ve aynı koşullar altında yasal bir zorunluluğa dayanmaksızın tekrarlanması, genel olması ve işverence bu uygulamadan dönme hakkının saklı tutulmaması gerekmektedir. Çalışma koşulu haline gelen uygulamalar işçilere talep hakkı tanır⁴³¹. Çalışma koşulu haline gelmeyen uygulamalara ilişkin olarak ise işçinin talep hakkı eşit davranma borcuna dayanmaktadır. Eşit davranma borcu

⁴²⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 225.

⁴²⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s. 146 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s.311-312; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 465 ve s. 467; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 126; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 203.

⁴³⁰ Yargıtay 9. HD, 12.02.2009, 2007/36963 E., 2009/2271, (www.hukukturk.com , 04.07.2010); CENTEL, s. 173 vd.; ÇELİK, İş Hukuku, s. 112-113, s. 178; SÜZEK, İş Hukuku, s. 69; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 126; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.201; YILDIZ, Eşit İşlem, s.235 vd.

⁴³¹ ÇELİK, İş Hukuku, s. 109, s. 178; PİR, s. 159; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 70; SÜZEK, İş Hukuku, s. 67-68; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.201; YILDIZ, Eşit İşlem, s.235 vd.

gereği işçi yapılan yardıma, verilen ikramiyeye ya da prime temel olan şartları sağlıyorsa kendisine de aynı yardımların yapılmasını isteyebilir. Haklı nedenlerin varlığı halinde işveren farklı gruplara farklı uygulamalarda bulunabilir⁴³².

Ücret kapsamında yer alan ve tamamen işverenin isteğine bağlı olarak işçiyi motive etmek için, ödüllendirme amacıyla ya da başkaca vesilelerle verilen bir takım edimlerde de işveren keyfi ayrımlar yaparak doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılığa sebebiyet vermemelidir. Fakat belirli gruplara bu edimlerden yararlanma hakkı tanınırken bazı gruplara tanınmayabilir. Önemli olan, bu grupların objektif esaslara bağlı olarak belirlenmesi, sırf bir cinsiyete mensup diye bir ya da bir grup işçinin dışlanmaması ve aynı ya da benzer durumda bulunan işçilere eşit davranılmasıdır⁴³³. Sözgelimi sosyal bir yardımın yapılması, evli işçinin eve tek gelir getiren kişi olması şartına bağlı ise burada dolaylı bir ayrımcılık vardır. Zira kadın işçinin eşinin çalışma olasılığı erkek işçinin eşinin çalışma olasılığından daha yüksektir⁴³⁴ ya da sadece erkeklerin yılsonunda ikramiye alacağını kararlaştırılması durumunda da doğrudan ayrımcılık söz konusu olacaktır.

4. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Cinsiyet Ayrımcılığı

Çalışmamızın bu bölümünde işverenin iş ilişkisinin feshinde eşit davranma borcu olup olmadığına ayrıntısına girilmeyecek, konumuzla sınırlı olarak iş ilişkisinin sona ermesinde cinsiyet ayrımcılığı incelenecektir.

a. Genel Olarak

Hukukumuzda iş sözleşmesi işveren tarafından, şartların sağlanması halinde haklı nedenle feshedilebileceği gibi, iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli feshi, iş güvencesine tabi işçilerin sözleşmelerinin ise, işverence geçerli bir neden ileri sürülerek süreli feshedilmesi mümkündür. Feshe ilişkin düzenlemelerde kadın-erkek arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu kurallar herkes için geçerlidir. İşverenin iş sözleşmesini feshederken verdiği kararda ayrımcılık yasaklarına uyması gerekmektedir.

⁴³² ÇELİK, İş Hukuku, s. 182-183; PİR, s. 159; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.201; YILDIZ, Eşit İşlem, s.235 vd.

⁴³³ ÇELİK, İş Hukuku, s.183; SÜZEK, İş Hukuku, s. 406; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 203; YILDIZ, Eşit İşlem, s.235; YÜKSEL-ONARAN, s.211.

⁴³⁴ YÜKSEL-ONARAN, s.211.

Yani işveren feshe ilişkin kararlarında cinsiyet gözeterek keyfi davranmamalı, aynı ya da benzer durumda bulunanlara haklı neden olmaksızın farklı işlem uygulamamalıdır⁴³⁵.

İşveren feshi hakkını ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak kullanmamalıdır. İş güvencesinin hakim olduğu sistemlerde, geçerli bir feshin varlığından bahsedilebilmesi için olması gereken nedenlerin, hakkın kötüye kullanılması teorisinde, haklı bir fesih için bulunması gereken objektif nedenlerle örtüştüğü görülmektedir. Fakat bu nedenler, iş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde feshin geçerli olup olmadığının tespitinde kullanılırken; iş güvencesi kapsamı dışındaki iş ilişkilerinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesine yarar⁴³⁶. Dolayısıyla her ne kadar, İş Kanunumuzda cinsiyet ve doğum iş akdinin feshinde geçerli neden kabul edilmemişse de iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş akitlerinin bu nedenlerle feshedilmesi halinde de işverenin fesih hakkını kötüye kullandığından bahsedilir. Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde ise, işveren birden fazla işçiye ilişkin haklı bir nedenin ortaya çıktığında bu işçiler arasında keyfi ayrımlar yaparak bazılarının sözleşmelerini feshedip diğerleriyle iş ilişkisini sürdürmemelidir, ayrımcılık yasaklarına uygun davranmalıdır⁴³⁷. İş Kanunu madde 18/f.3-d uyarınca hamilelik ve doğum fesih için geçerli neden oluşturmaz. Bu nedenlerle sözleşmesi feshedilen işçi iş güvencesine ilişkin hükümlere başvurarak işe iadesini isteyebilir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin bu nedenlerle feshedilmesi halinde ise işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı kabul edilecektir. Kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının ilişkisine ise daha sonra değinilecektir.

Belirttiğimiz gibi iş güvencesine tabi olmayan iş ilişkilerinde, işveren iş sözleşmesini fesih nedeni bildirmeden feshedebileceğinden, bu fesihte kadının mağdur edilmesine sık rastlanılmaktadır. Haklı nedenle fesihte cinsiyet ayrımcılığı ise, birden çok işçinin sözleşmesinin haklı nedenle feshi söz konusu olduğunda sırf cinsiyetleri sebebiyle sadece kadın işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi, diğerlerinin ise feshedilmemesi durumlarında ortaya çıkar⁴³⁸.

⁴³⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 540; YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 861.

⁴³⁶ BAKIRCI, İstihdam, s. 34; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.162; SÜZEK, Geçerli Fesih, s.567; YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 845; YÜKSEL- ONARAN, s. 224.

⁴³⁷ YÜKSEL- ONARAN, s. 224- 225.

⁴³⁸ YÜKSEL- ONARAN, s.222-223.

İş ilişkisinin sonlandırılmasında ayrımcılığa uğradığı iddiası ile işçi dava açtığı ve ihlalin varlığını önemli şekilde ortaya koyduğunda, işveren diğer işçiler arasında neden davacı işçinin sözleşmesinin feshedildiği; işin, işyerinin ya da işletmenin gereklerinin bunu gerektirdiğini ispat ederek ya da başkaca bir objektif haklı nedenler ileri sürerek açıklamalı, feshi haklılaştırmalıdır⁴³⁹.

b. İş ilişkisinin Kadının Evlenmesi Sebebiyle Sona Erdirilmesi

Uygulamada iş sözleşmelerine, kadının evlenmesi halinde işverenin iş sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin düzenlemeler konulduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerin altında evlenen kadın işçinin evine daha fazla zaman ayırması gerektiği, dolayısıyla da enerjisini işten ziyade evine yoğunlaştıracağı düşüncesi yatmaktadır⁴⁴⁰. Baştan beri değindiğimiz gibi toplumda yer alan bu gibi inanışların iş hayatına yansması cinsiyet ayrımcılığı oluşturmaktadır.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi md.11/ f.2-a uyarınca taraf devletler hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarmaların yasaklanmasına ilişkin gereken önlemleri almalıdır. Yine bu düzenlemeye göre bu sebeplerle işten çıkarmalar ayrımcılık oluşturacağından, bu ayrımı yapanlar cezalandırılmalıdır. Bunun gibi 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki UÇÖ sözleşmesine göre de medeni durum iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden değildir.

Anayasa madde 12'ye göre "*Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*". Kişinin evlenmesi ve aile kurması da vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerindedir. Diğer taraftan Anayasa md. 41'de de ailenin korumasına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Anayasal düzeyde ailenin korunması söz konusuysa, aile kurması sebebiyle kadının iş ilişkisinin sonlandırılabilmesi düşünülemez. Dolayısıyla işveren iş sözleşmesine, işçinin evlenmesi halinde iş sözleşmesini feshedebileceğine ilişkin düzenlemeler koyamaz. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile iş sözleşmesine böyle bir düzenleme koymaları halinde de Medeni Kanun md. 23 göz önünde tutulmalıdır. Bu maddeye göre

⁴³⁹ YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s. 861.

⁴⁴⁰ YÜKSEL- ONARAN, s. 225.

“Kimse özgürlüklerden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”. Dolayısıyla taraflar anlaşsa bile kişiler evlenme özgürlüğünden vazgeçemeyeceğinden, işverenin sözleşmede yer alan bu gibi düzenlemelere dayanarak fesih hakkını kullanması mümkün değildir. İş sözleşmesine konmuş bu hükümler Borçlar Kanunu md. 19/20 anlamında da hükümsüzdür. Fakat elbette ki kadın işçi evlendikten sonra kendi isteğiyle sözleşmeyi sona erdirebilir⁴⁴¹. Tüm bu düzenlemelerdeki korumanın yanı sıra, kadın işçinin evlenmesi halinde iş ilişkisinin sonlandırılması ayrımcılık da oluşturur. Çünkü bu düzenlemeler kadının evinde çalışması gerektiği düşüncesinin bir yansımasıdır. Şayet kadın evlenmesi halinde işini aksatıyor söz gelimi işe devamlı geç kalıyor veya evdeki sorumluluklarını bahane ederek işverenin fazla çalışma taleplerini reddediyorsa ve koşulları oluşmuşsa işveren iş sözleşmesini geçerli olarak ya da şartlarını sağlıyorsa haklı olarak feshedebilir⁴⁴².

1475 sayılı Kanununun 14. maddesinde yer alan ve kadının evlenmesinden sonraki 1 yıl içinde iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatını isteyebileceğine ilişkin düzenleme⁴⁴³ bir görüşe göre kadını evlenmesi durumunda ailesine daha fazla ilgi göstermesi gerektiği inancını körükleyen bir düzenleme olduğundan kadınları mağdur eden bir düzenlemedir⁴⁴⁴. Fakat bu düzenleme sosyal gerçekler göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Evlendikten sonra kadın çalışmak istemezse böyle bir düzenleme olmadığı takdirde kadın işçinin kıdemi yanacaktır. Bu sebeple günümüz gerçekleri göz önünde tutulduğunda bu düzenleme kadınları koruyucu niteliktedir⁴⁴⁵.

İş Kanunu madde 18’e göre medeni hal, aile yükümlülükleri iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden oluşturmaz. Bu nedenlerle yapılan fesihler, geçersiz fesihtir. Dolayısıyla bu nedenlere dayalı olarak iş güvencesine tabi olmayan bir işçinin iş sözleşmesinin sonlandırılması da fesih hakkının kötüye kullanılması anlamına gelecektir.

⁴⁴¹ ATAMER, s. 926; YÜKSEL- ONARAN, s.227-228.

⁴⁴² YÜKSEL- ONARAN, s. 230.

⁴⁴³ Maddenin AY md. 10’a aykırı olması sebebiyle iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. AYM düzenlemenin AY md. 10, 41 ve 50’ye aykırı olmadığına karar vererek iptal istemini reddetmiştir. AYM, 19.06.2008, 2006/159 E., 2008/125 K., (www.anayasa.gov.tr, 04.07.2011).

⁴⁴⁴ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 188; TÜSİAD, Kadın- Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş, dipnot:81, s.176.

⁴⁴⁵ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları Ve Korunması”(Anılış: İş İlişkisinden Doğan Haklar), Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s.109.

c. İş İlişkisinin Kadının Hamile Kalması Nedeniyle Sona Erdirilmesi

İşveren kadın işçinin, hamile kalması halinde sık sık izin alacağı, performansının düşeceği, doğum öncesi ve sonrası bir süre izin alarak işe gelmeyeceği yönündeki düşüncelerle iş sözleşmesini feshetmektedir⁴⁴⁶. Hâlbuki doğum kadının biyolojik özelliklerinden kaynaklanan ve belirli bir süre ile sınırlı, geçici bir dönemdir. Bu geçici dönem için iş ilişkisini sonlandırmak kabul edilemez.

Kadının cinsiyeti sebebiyle ayrımcı uygulamalara maruz kalarak mağdur edilmesini önlemeye ilişkin olan ayrımcılık yasakları kapsamına, kadının hamile kaldığı ve bunu izleyen dönem de dahildir. Hamilelik kadının cinsiyetinden kaynaklanan, ona özgü bir özelliktir. Dolayısıyla kadının hamile kalması sebebiyle farklı bir uygulamaya tabi tutulması cinsiyetine özgü bir sebeple ayrımcılığa uğraması anlamına gelecektir. Bu bağlamda kadın işçinin hamile kalmasından sonra iş sözleşmesinin sırf bu nedenle feshedilmesi de cinsiyet ayrımcılığıdır.

Pek çok metinde kadının hamileliği döneminde feshe karşı korunduğu görülmektedir. 2006/54 sayılı Avrupa Birliği yönergesinin 92/85 sayılı yönergeye yaptığı atıf gereği bu yönergenin hükümleri hala geçerlidir. 92/85 sayılı yönerge madde 10'a göre kadının hamileliğinin başlangıcından analık izninin sonuna kadar -ulusal mevzuat uyarınca hamilelik ile ilişkisi olmayan başkaca bir haklı nedenin varlığı halleri dışında- iş sözleşmesi sona erdirilmemelidir. Aynı yönergenin 10 maddesine göre de yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin iş sözleşmeleri, hamileliklerinin başından analık izninin sonuna kadar olan bir dönemde feshedilirse, fesih sebebi yazılı olarak işçiye bildirilmelidir. Böylelikle, fesih nedeninin araştırılması ve kadın işçinin sözleşmesinin feshinin gerçek nedeninin belirlenmesi kolaylaştırılmıştır.

Adalet Divanı kararlarında⁴⁴⁷ da hamileliğin fesih için geçerli bir neden oluşturmadığı ve hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesinin doğrudan cinsiyet ayrımcılığı

⁴⁴⁶ YÜKSEL- ONARAN, s.231.

⁴⁴⁷ Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, C- 32/93, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0032:EN:HTML, 04.07.2011>); Ayrıca başka bir kararda mahkeme hamile kadının çalışmasının yasak olduğu bir işte çalışırken hamile kalması halinde dahi sözleşmesinin feshedilmesinin haklı bir temele dayanmadığını ifade etmiştir, bak. Habermann-Beltermann v

oluşturacağı kabul edilmiştir. Mahkeme, kadının gebeliği sebebiyle geçici bir süre işini gereği gibi yerine getiremeyecek olmasını iş sözleşmesinin sonlandırılmasını meşrulaştırmayacağını belirtmiştir.

Hamilelik ve doğum sonrası dönemde izinli olan kadın işe döndükten sonra izne ayrıldığı işte çalışmaya devam etmelidir. İşverenin kadın işçinin uzun süre izinli olması sebebiyle yerine başka bir işçi istihdam etmesi halinde cinsiyet ayrımcılığından bahsedilecektir. Zira bu halde kadının hamile kalması ve doğum yapması sebebiyle çalışma koşulları değiştirilerek adeta cezalandırılmaktadır. İzin sürelerinin uzun olması sebebiyle yeni hamile ya da doğum yapmış kadın işçi yerine, yeni işçi istihdam etmektense geçici süreyle başka bir işçi istihdam etmek ya da hali hazırda çalışan bir işçinin geçici olarak bu pozisyonda çalıştırılması yerinde olacaktır. İzinden geri dönen işçinin yerinin değiştirilmesi halinde esaslı bir değişiklik söz konusu olacaktır⁴⁴⁸. İş Kanunu md. 22 gereği işçinin bu değişikliği kabul etmesi gerekir. Aksi takdirde bu değişiklik kadını bağlamaz.

Çalışmamızın bu kısmında hamilelik süreci dönemlerine ayrılarak incelenecektir.

aa. Hamilelik İznine Ayrılmadan Önceki Dönemde Fesih

İş Kanunu madde 74'te düzenlenen, işçinin çalıştırılmaması gereken sürelerin başlangıcından önce, yani kadının hamileliğinin ilk zamanlarında da iş sözleşmesinin hamilelik sebebiyle feshi ayrımcılık oluşturur. İş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmesi md. 18/f.3-d gereği hamilelik nedeniyle geçerli olarak feshedilemez. Hamilelik sebebiyle işçinin performansının düştüğü ileri sürülerek de iş sözleşmesinin geçerli olarak feshi mümkün değildir⁴⁴⁹. Ayrıca belirttiğimiz gibi madde 18/f.3-e'ye göre; 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi de geçerli bir fesih nedeni oluşturmaz. Geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshedilmediği hallerde işçi İş K. md. 18 vd.'na göre işe iadesini isteyebilir.

İş güvencesine tabi olmayan hamile ya da yeni doğum yapmış işçinin feshe karşı korunması uluslararası metinlerde olduğu gibi –örneğin Gözden Geçirilmiş Avrupa

Arbeiterwohlfahrt, C- 421/92, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0421:EN:HTML, 04.07.2011>).

⁴⁴⁸ EKONOMİ, s. 27 vd.

⁴⁴⁹ YÜKSEL- ONARAN, s.251.

Sosyal Şartı md. 8’de ya 92/85 sayılı yönergede olduğu gibi- işçinin hamileliğini işverene bildirilmesinden itibaren başlamamaktadır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ülkemiz tarafından onayladığından Sosyal Şartın bu düzenlemesi ile ulusal mevzuatın uyumsuzluğu haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁵⁰. Kanımızca da hamileliğin işverene bildiri tarihinden itibaren gebe kadın korunmalıdır. Zira özellikle iş güvencesi kapsamında olmayan ve bu sebeple de fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde işe iadesini isteyemeyecek işçilerin bu dönemde iş sözleşmelerinin haklı nedenlerin varlığı dışında feshedilmeyeceğinin kabulü önemlidir. Dolayısıyla mevzuatın bu şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Mevcut düzenlemelere göre iş güvencesine tabi olmayan işçilerin hamilelikleri sebebiyle iş sözleşmelerinin feshedilmesi kötü niyetle fesih anlamına gelir⁴⁵¹ ve bu halde işçi md. 17 ve md. 5’e göre korunur. Bu iki maddede yer alan tazminatların birbiri ile olan ilişkisine ise daha sonra değinilecektir. Fakat uluslararası metinlerde yer alan düzenlemelerden farklı olarak işçinin sözleşmesi hamile kalması sebebiyle sonlandırılmış olsa da işçi işine geri dönemeyecektir.

Taraflar anlaşarak hamilelik halinde iş sözleşmesinin sonlandırılacağına dair düzenlemeyi iş sözleşmesine koyarsa, evlenme halinde incelediğimiz gibi burada da Medeni Kanun md. 23’e göre değerlendirme yapılmalıdır. Anayasaca güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerle kişilik haklarına bu şekilde bir sınırlama getirilmesi mümkün olmayacağından, bu tür düzenlemeler Borçlar Kanunu md. 19-20’ye göre hükümsüzdür.

İşçinin belirli süreli sözleşme ile çalıştığı hallerde, hamile kalması durumunda sözleşmenin askıda kaldığı süreler belirli süreli sözleşmenin bitimine eklenmez. Belirlenen süre ne ise sözleşme yine o sürede son bulur ve belirli süreli sözleşmelerde de sözleşmenin askı halinde bulunduğu sürelerde sözleşmenin işçinin hamileliği sebebiyle feshi mümkün değildir⁴⁵².

⁴⁵⁰ TARCAN, s. 224.

⁴⁵¹ Yargıtay 9. HD, 28.04.2005, 2004/25538 E., 2005/14932 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 17.09.2007, 2007/29103 E., 2007/26743 K. (www.kazanci.com, 04.07.2011); bu karara ilişkin ayrıca bak. ÖZER, H. Duygu, “Doğum İzninin İşçinin Kıdemine Ve Ayrıca İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2009/2, (http://calismatoplum.org/sayi21/ozet.pdf, 04.07.2011).

⁴⁵² KAPLAN, E. Tuncay, “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması” (Anılış Fesih), Prof Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1236; EKONOMİ, s.25; KANDEMİR, s. 443; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 577; SÜZEK, Askıya Alınma, s. 33; TAŞKENT/EYRENCİ/ULUCAN, s. 146.

bb. Hamilelik İznine Ayrıldığı Dönemde Fesih

İş Kanunu madde 74'te yer alan sürelerde kadın işçinin çalıştırılması yasaktır. Bu süreler sonunda işçiye isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin verilebilir. Kendine yasa ile tanınan bu haklarını kullanan kadın işçinin iş sözleşmesi devamsızlık nedeniyle feshedilemez. Devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için 74. maddede yer alan sürenin bitiminden sonra, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerinin altı hafta aşılması gerekir⁴⁵³ (İş K. md.25). Derhal fesih hakkının kullanılabilmesi için bu sürelerin geçmesine rağmen işçinin işe dönmemesi gerekmektedir. İşçi işine dönmüşse bu hak kullanılmaz⁴⁵⁴. Zira hamile ve loğusa kadının çalışmasının yasak olduğu sürede iş sözleşmesi askıdadır. Askıda olan bu sürede ihbar sürelerinin işlemez⁴⁵⁵. Yani bu dönemde iş sözleşmesinin herhangi bir haklı ya da geçerli nedenle feshedilmesi halinde, ihbar süreleri İş Kanunu md.25/I-3'te yer alan süreler sonunda işlemeye başlar.

Askı süresine ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer konu da bu süre içinde işçi iş görme, işveren ise ücret ödeme borcundan kurtulur. Fakat bu borçlar dışındaki yan borçlar sözgelimi işçinin sadakat borcunu ihlal etmesi halinde İş Kanunu md. 25'in şartları sağlanıyorsa iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşverenin bu halde md.25'teki ve bu sebeple md. 74'teki süreleri beklemesi gerekmez⁴⁵⁶.

cc. Hamilelik Sonunda Hamileliğe Bağlı Hastalığın Ortaya Çıkması Halinde Fesih

Hamilelik sonunda hamileliğe bağlı bir hastalık ortaya çıkarsa bu durumda ne olacağı konusunda Adalet Divanı, hamileliğe bağlı bir sebeple iş sözleşmesinin feshedilmesinin cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirileceğini fakat hamilelik ve analık izni süresini

⁴⁵³ İş K. md. 74, düzenlemede farklı durumlar için farklı süreler içermesi ve bu nedenle de 17'ye göre feshin yapılması için geçmesi gereken sürenin hesaplanmasının zor olacağı sebebiyle eleştirilmektedir, KESER, s. 67.

⁴⁵⁴ EKONOMİ, s. 32.

⁴⁵⁵ SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi (Anılış: Askıya Alınma), Ankara 1989, s. 90 ve s. 95 vd.; YÜKSEL-ONARAN, s. 244; EKONOMİ, s.12; TAŞKENT/EYRENCİ/ULUCAN, s. 146.

⁴⁵⁶ TAŞKENT/EYRENCİ/ULUCAN, s. 145; SÜZEK, Askıya Alınma, s.97 ve s. 106 vd.; YÜKSEL-ONARAN, s. 244-245.

aşan hastalıkların işverence fesih için haklı neden oluşturacağını belirtmiştir. Mahkeme kararında, aynı durumda bir başka işçi olsa idi onun sözleşmesi feshedileceğinden, kadın işçinin hamileliğinden kaynaklanan hastalığının doğum ve analık izninden sonra üye ülkelerin mevzuatlarındaki hastalık hallerine ilişkin düzenlemelere tabi olacağını ve hastalığa ilişkin sürelerin aşılması halinde kadın işçinin sözleşmesinin feshedilebileceğini belirtmiştir⁴⁵⁷. Bu karar kadının doğum sebebiyle hasta olmasını herhangi bir hastalık ile aynı tutması bakımından eleştirilmektedir⁴⁵⁸. Kanımızca da doğum sonrasında, kadının buna bağlı olarak hastalanması ile diğer hastalıkların bir tutulmaması gerekmektedir. Fakat doğum izni sonrasında belirli bir sürenin daha geçmesine rağmen işçi işine dönemiyorsa işverenin iş sözleşmesini feshedebilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

d. Deneme Süreli İş Sözleşmelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı Sebebiyle Fesih

Deneme süreli iş sözleşmelerindeki duruma değinmek gerekirse, İş Kanunu md. 15'e göre, "Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir". Deneme süresi tarafların birbirlerini daha iyi tanınması ve böylelikle daha sağlam bir iş ilişkisi kurulması için konulan bir süredir. Bu sürede taraflar karşılıklı borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler⁴⁵⁹. Bir görüşe⁴⁶⁰ göre deneme süresinde taraflar bildirim süresine gerek olmaksızın iş sözleşmesini feshedebilse de bu ayrımcılık yasaklarına uyulmadan sözleşmenin feshedilebileceği anlamına gelmez. Sözgelimi deneme süresinde hamile olduğunu bildiren işçinin iş sözleşmesinin, herhangi bir yaptırıma tabi olmaksızın sırf kişinin cinsiyeti sebebiyle feshedilebilmesi kabul edilemez. Kanımızca da deneme süresindeki sözleşmenin sırf işçinin cinsiyeti sebebiyle feshedildiği yani ayrımcılık yasaklarına aykırı davranıldığı sabitse bu durumda işverenin İş Kanunu md.5 uyarınca sorumlu tutulması

⁴⁵⁷ Brown v Rentokil Ltd, C- 394/96, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0394:EN:HTML, 04.07.2011>); Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, C- 179/88, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61988J0179, 04.07.2011); Larsson v Dansk Handel & Service, C-400/95, (http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995J0400, 04.07.2011).

⁴⁵⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 265.

⁴⁵⁹ ÇELİK, İş Hukuku, s. 101; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.383 ve s.389; SÜZEK, İş Hukuku, s.237 ve s.239.

⁴⁶⁰ YILDIZ, İş Sözleşmesinin Feshi, s.865.

gerekmektedir⁴⁶¹. Zira burada fesih yetkisinin açıkça hukuka aykırı kullanımı söz konusudur. Dolayısıyla bu aykırı kullanıma ilişkin yaptırımların uygulanması gerekmektedir⁴⁶².

5- Cinsel Taciz

a. Genel Olarak

Cinsel taciz kavramının ilk defa ortaya atıldığı ülke Amerika'dır. Cinsel taciz sanayi devrimi sonucu çalışma hayatında yer almaya başlayan kadın sayısının I. ve II. Dünya Savaşı sonrasında daha da fazlalaşmasıyla artmıştır. Cinsel taciz ve bunun dışındaki çalışma koşullarının iyice kötüleşmesiyle kadın işçiler seslerini çıkartmaya başlamıştır. Böylelikle de yasal düzenlemelerde cinsel tacize ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Her ne kadar başlarda cinsel taciz cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmese de sonraları Amerikan Mahkemeleri cinsel tacizi cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirmiştir⁴⁶³.

İş Hukukunda cinsel taciz, mağdur tarafından istenmeyen, onur kırıcı, dokunmayı da içeren mağdura yönelik cinsel yaklaşımlardır. Cinsel tacizde bulunan kimse bu davranışına olumlu cevap veren veya ses çıkarmayan mağdura, bu davranışlarına karşılık terfi ettirileceğine ya da olumlu bir davranışla karşılaşacağına ilişkin örtülü bir teklifte de bulunduğu gibi karşı koyması halinde işine son verileceğine yönelik bir tehdidi de içerebilir. İş Hukukunda cinsel taciz kapsamına cinsel amaçlı her türlü fiziksel davranış –fiili tecavüz de dahil-, cinsel içerikli fıkra, olay anlatımları, cinsel içerikli resim göstermek⁴⁶⁴, mail ya da telefon mesajı atmak gibi haller de girer⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Yargıtay deneme süresi içinde sendikal nedenlerle işçinin sözleşmesinin feshedildiğinin sabit olduğuna kanaat getirdiği olayda sendikal tazminata hükmetmiştir, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.10.2008, 2008/30126 E., 2008/27281 K., MOLLAMAHMUTOĞLU, s.388.

⁴⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 388.

⁴⁶³ BAKIRCI, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Anılış: Cinsel Taciz), İstanbul 2000, s. 40 vd.

⁴⁶⁴ "... davalının ibraz ettiği, davacının da kendisi tarafından çekildiğini kabul ettiği e-mail kayıtlarından, işyeri bilgisayarını kullanarak, mesai saatleri içinde aynı yerde çalışan bir hanım iş arkadaşına edep dışı sözler ve resimler içeren mesajlar gönderdiği anlaşılmıştır. Bizzat davacı tanıkları bu mesajların işverence 7.1.2004 tarihinde öğrenildiğini ifade etmişlerdir. Bu durumda davacının iş akdinin feshi geçerli bir sebebe dayandığının kabulü gerekir", Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.12.2004, 2004/18435 E., 2004/28069 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁴⁶⁵ AYDIN, Kişilik Hakları, s. 91; YILDIZ, Eşit İşlem, s.100; YÜKSEL-ONARAN, s. 263; KAPLAN-SENEN, İş İlişkisinden Doğan Haklar, s.116.

Cinsel taciz uygulamada sık rastlanılan bir durum olsa da işçi işini kaybetmemek adına sustuğundan ya da toplumda yanlış anlaşılma korkusuyla tacize uğradığını açıklayamadığından kamuoyunda çok rastlanılmamaktadır⁴⁶⁶.

Cinsel taciz uluslararası metinlerde de değinilen önemli bir konudur. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda onurlu çalışma hakkının etkinleştirilmesi için çalışanların cinsel taciz konusunda bilgilendirilmesi ve cinsel tacizin engellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Birliği Yönergelerine değinmemiz gerekirse 2000/78 sayılı yönergede taciz ayrımcılığın bir türü olarak nitelendirmiştir. Bu yönergeye göre taciz insan onurunu zedeleyen, istenmeyen, onur kırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, saldırgan bir çevre yaratan davranışlar olarak tanımlanmıştır. Buna benzer olarak 2006/54 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 2. maddesine göre de taciz bir kişinin cinsiyeti ile ilgili istenmeyen davranışların; onur kırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, saldırgan bir çevre yaratma amacıyla⁴⁶⁷ ya da böyle sonuçlar doğuracak şekilde ortaya çıkmasıdır. Dolayısıyla taciz etme amacı olmasa bile bir kimsenin cinsiyeti ile ilgili olan onur kırıcı ya da düşmanca ortam yaratılması tacizden bahsedilmesi için yeterli olacaktır⁴⁶⁸.

Cinsel taciz ise arzu edilmeyen söz ya da söz dışında bir davranışla veya cinsel içerikli fiziksel davranışla kişinin haysiyetinin kırılması, ona düşmanca ve aşağılayıcı davranılmasıdır. Sadece işyerinde değil, aynı zamanda iş bulma, mesleki eğitim ve terfi olanaklarına ulaşmada da ortaya çıkabilecek cinsel taciz, Avrupa Birliği mevzuatında ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁶⁹. Bu mevzuatın bir yansıması olarak,

⁴⁶⁶ YÜKSEL- ONARAN, s. 262.

⁴⁶⁷ Düşmanca ortam yarat Amerikan Hukukunda ortaya atılan cinsel taciz türlerinden biridir. Diğer biçimi ise rüşvet/gözdağı tacizi (bir takım iş kazanımları elde etmek ya da bunları kaybetmemek karşılığında talepte bulunma) olarak adlandırılmaktadır. Düşmanca ortamın yaratılabilmesi için işçinin çalışma koşullarını etkileyecek kadar ciddi ahlaksız bir ortamın varlığı gerekir, ÖZDEMİR, Erdem, “İş Yerinde Cinsel Taciz” (Anılış: Cinsel Taciz), Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, s.85, (<http://www.calismatoplum.org/sayi11/ozdemir.pdf>, 04.07.2011); ayrıca Amerikan İş Hukukunda cinsel tacize yönelik ayrıntılı bilgi için bak. AYDIN, Ufuk, “İşyerinde Cinsel Taciz Ve İş Sözleşmesinin Feshi” (Anılış: Cinsel Taciz), Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl 2006, Sayı: 9, s. 15-16 (<http://www.eskisehirbarosu.org.tr/files/D09.pdf>, 04.07.2011),; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s. 1082 vd.

⁴⁶⁸ KARAN, s. 12.

⁴⁶⁹ ATAMER, s. 928.

Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nda da taciz ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁷⁰.

b. Türk İş Hukukunda Cinsel Taciz

İş Kanununda cinsel tacize ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Cinsel taciz sadece iş sözleşmesinin feshine ilişkin düzenlemelerde yer almıştır. Cinsel tacizi önleyici tedbirlerin işverence alınmasına yönelik bir düzenlemenin kanunda yer almaması haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁷¹.

Cinsel taciz sözlükte⁴⁷² “Ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme”, çalışma hayatı bakımından ise “...ekonomik güç, üst makam veya başka etkili bir göreve sahip olanların, genellikle karşı cinsi ahlak dışı birtakım tutum ve davranışlarla cinsel yönden sıkıntıya sokup rahatsız etmesi” şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde cinsel taciz insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen her türlü cinsel nitelikteki sözlü veya fiziksel ya da başkaca davranışlarla; düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratılması olarak tanımlanmaktadır⁴⁷³. Ceza Hukukunda ise cinsel taciz; kişi ile vücut temasında bulunulmaksızın bir kişinin cinsel amaçlı sözlü ya da yazılı olarak her türlü hareketle rahatsız edilmesi olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

Cinsel tacizin mağduru kadınlar olabileceği gibi erkekler de olabilir. Mağdur kadın veya erkek olabileceği gibi fail de kadın ya da erkek olabilir. Hatta ve hatta cinsel tacizi gerçekleştiren kişi ile mağdurun aynı cinsiyetten olması da mümkündür⁴⁷⁵. Fakat

⁴⁷⁰ ERGİN, H., s.647; ayrıca İngiltere Hukukunda Cinsel Tacize İlişkin ayrıntılı bir araştırma için bak. BAKIRCI, Kadriye, “Sexual Harassment Of Working Women In The United Kingdom” (Anılış: Sexual Harassment), Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1058 vd.

⁴⁷¹ BAKIRCI, İstihdam, s.32.

⁴⁷² <http://www.tdk.gov.tr>, (04.07.2011).

⁴⁷³ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 193; ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s. 90-91; SOYSAL, s.42; YÜKSEL-ONARAN, s. 262.

⁴⁷⁴ ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku- Özel Hükümler, 7. Basıdan Tıpkı Bası 8. Bası, Ankara 2007, s.181; ERGİN, Berrin, “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz Ve Çalışma Hayatı”, Sicil Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, İstanbul 2007, s. 150; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku- Özel Kısım, Ankara 2009, s.68.

⁴⁷⁵ AYDIN, Cinsel Taciz, s. 12; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s.68 vd.; GÜLMEZ, s. 624; YILDIZ, Eşit İşlem, s.115-116.

belirtmek gerekir ki cinsel tacize muhatap kişiler genellikle kadınlardır⁴⁷⁶. Bunun sebebi olarak kadınların daha önce de değindiğimiz nedenlerle daha düşük pozisyonda çalışmaları ve erkeklerin ise daha fazla yetki gerektiren, yönetici pozisyonunda olmaları gösterilmektedir. Zira yöneten kişiye göre daha güçsüz konumda olan kadın işçiyi bastırmak kolaydır⁴⁷⁷.

Cinsel taciz mağduru mutlaka cinsel tacize maruz kalan kişi olmak durumunda değildir. Cinsel tacize maruz kalan kişi dışında bu fiilden etkilenenler de mağdur kapsamındadır. Taciz işveren vekili, amir, diğer bir işçi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi herhangi bir üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilebilir⁴⁷⁸.

aa. Cinsel Taciz Nedeniyle İşverenin Sorumluluğunun Dayanakları

Cinsel taciz nedeniyle işverenin sorumluluğuna ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe⁴⁷⁹ göre cinsel taciz sebebiyle işverenin sorumluluğu, işverenin işçiyi gözetme borcuna dayanmaktadır. Zira işçiyi gözetme borcu sebebiyle işveren işçinin yaşamını, vücut bütünlüğünü, şerefini, saygınlığını ve ahlaki değerlerini korumalıdır⁴⁸⁰. İşverenin sorumluluğunun işverenin işçiyi gözetme borcunun yanı sıra eşit işlem yapma borcuna da dayandığı yönündeki görüşe⁴⁸¹ göre ise, işçi ya da işveren vekilince ya da müşteri tarafından yapılan cinsel tacize boyun eğen işçiye daha iyi koşullar sağlanması ya da cinsel tacize karşı çıkması halinde daha kötü şartlarda çalıştırılarak, bu işçiye farklı işlemde bulunulması eşit davranma borcuna da aykırılıktır. Bu görüşe karşılık cinsel tacizin mağduru bakımından ayrımcılık, diğer işçiler bakımından ise eşit davranma borcuna aykırılık yaratacağına ilişkin bir görüş⁴⁸² de bulunmaktadır. Bu görüşe göre işçinin, cinsel tacize ses çıkartmaması sebebiyle bir takım ayrıcalıklardan yararlanması, bu sebeple ona farklı davranılması, aynı durumda

⁴⁷⁶ AYDIN, Kişilik Hakları, s. 90; ERGİN, B., s. 145; KANDEMİR, s. 440; ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s.87; SOYSAL, s.42; YÜKSEL-ONARAN, s. 261; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s. 20; ayrıca bak. Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, s. 74 vd.

⁴⁷⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.261.

⁴⁷⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s.115- 116.

⁴⁷⁹ ATAMER, s. 929; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s.155; YILDIZ, Eşit İşlem, s.104; KAPLAN-SENYEN, İş İlişkisinde Doğan Haklar, s. 117.

⁴⁸⁰ ERTÜRK, Temel Haklar, 87; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 530; KANDEMİR, s. 440; KAPLAN-SENYEN, İş İlişkisinde Doğan Haklar, s.118; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 144; YÜKSEL- ONARAN, s. 274.

⁴⁸¹ YÜKSEL- ONARAN, s.276 vd.

⁴⁸² YILDIZ, Eşit İşlem, s. 105.

olan diğ er işç iler bakımından eş it iş lem borcuna aykırılık oluşturur. Mağ dur iş ç i ise bu halde ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

Bu görüşler dışında iş yerindeki cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı ve kiş ilik haklarının ihlali kuramlarına dayandırılması gerektiği yön ün de bir görüş⁴⁸³ de bulunmaktadır. Bu görüş e göre kiş ilik haklarının ihlaline dayanmak ayrımcılığa nazaran daha geniş bir koruma sağ ladığ ından, iş yerinde cinsel tacizin kiş ilik haklarının, ahlak ve iyi niyet kurallarının ihlali olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu değ erlere ilişkin korumanın uygulamayacağı hallerde ayrımcılık yasaklarına ya da eş it iş lem ilkesine ilişkin düzenlemelere dayanılarak da koruma sağ lanabilir. Sö zgelimi bir iş ç inin cinsel talepleri kabul etmesi sonucu kayırılması halinde, diğ er iş ç i kendisiyle eş it durumda olmasına rağmen o iş ç iye farklı davranılması sebebiyle eş it davranma borcunun ihlal edildiğ ini ileri sürebilecektir.

Günümüzde her ne kadar hala iş hukuku mevzuatında cinsel tacize ilişkin olarak açık ve ayrıntılı bir düzenleme olmasa da uluslararası metinlerde cinsel tacizi ayrımcılık kapsamında değ erlendiren düzenlemeler göz önünde tutulduğ unda, Türk Hukukunda da cinsel tacizin İş Kanunu md. 5 kapsamında değ erlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸⁴. Kadına Karşı Her Tür lü Ayrımcılığ ın Önlenmesi Sözleşmesi madde 1'e göre "kadınlara karşı ayırım" deyimini kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eş itliğ ine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğ er alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağı lı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir. Bir yazara⁴⁸⁵ göre sözleşmenin tarafı olmamızdan bahisle bu düzenleme, cinsel tacizin Türk Hukukunda da İş Kanunu madde 5 kapsamında ayrımcılık olarak değ erlendirilmesi gerektiğ inin yasal dayanağıdır. Bir başka görüş e⁴⁸⁶ göre ise, cinsel tacizi İş Kanunu md.5 kapsamında değ erlendirmek taciz dolayısıyla mağ durun isteyebileceğ i tazminatı sınırlamak anlamına geleceğ inden mağ durun aleyhine olacaktır. Zira İş Kanunu md. 5'e göre bu maddeye aykırılık halinde dört aya kadar ücreti

⁴⁸³ AYDIN, Kiş ilik Hakları, s. 94; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s. 22.

⁴⁸⁴ ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s. 91; YILDIZ, Eş it İş lem, s. 109.

⁴⁸⁵ YILDIZ, Eş it İş lem, s. 109.

⁴⁸⁶ ERGİN, B., s.153.

miktarında tazminat isteyebilecektir. Bu görüşe göre işçinin ücreti yüksekse dört aya kadar ücret tatmin olabilecektir fakat ücreti düşük bir işçi için bu tazminat yeterli değildir.

Kanımızca cinsel taciz işçiyi gözetme borcunun ihlal edilmesi olduğu kadar, işçinin kişilik haklarının da ihlal edildiği bir durumdur. Fakat diğer taraftan kişinin cinsiyeti sebebiyle mağdur edilmesi ayrımcılık da oluşturmaktadır. Şayet işçinin rızası olmaksızın işveren ya da diğer personelce cinsel içerikli bir davranış gerçekleştiriliyorsa ve bu davranışların bir iş koşuluymuş gibi davranılıyor, bu kabule karşı çıkılması halinde ise işçinin işinin son bulacağı veya daha kötü şartlarda çalıştırılacağı ya da iş ortamının huzursuzlaşacağı yönünde bir izlenimin yaratılıyorsa bu halde bir ayrımcılık söz konusudur. Zira böylelikle bir işçi cinsiyeti sebebiyle uğradığı cinsel tacize göz yumması halinde bazı koşullardan yararlandırılmakta, karşı çıkması halinde herkesin yararlandığı koşullardan mahrum bırakılmakta, kısacası farklı işleme tabi tutulmaktadır⁴⁸⁷.

Cinsel tacizin İş Kanunu md. 5 kapsamında değerlendirilmesi ile tacize uğrayan işçi uğradığı zararı ispat etmek durumunda kalmaksızın ayrımcılık tazminatı isteyebilecektir. Diğer taraftan, işçinin md.5'e dayanılması şartların varlığı halinde genel hükümlere başvurulamayacağı anlamına gelmez. İşçi dilerse genel hükümlere başvurarak da kişilik haklarının ihlal edildiğinden bahisle uğradığı zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Fakat genel hükümlere başvurulması cinsel tacizin ayrımcı bir davranış olduğu gerçeğini de değiştiremez⁴⁸⁸.

Genel hükümlere başvurulması halinde haksız fiil hükümlerine mi yoksa sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere mi başvurulacağı konusunda iki ayrı görüş vardır. Bir görüşe⁴⁸⁹ göre cinsel taciz sebebiyle genel hükümlere başvurulması halinde durum haksız fiil kapsamında değerlendirilecektir. Böyle kabul edilmesi halinde haksız fiili yani failin kusurunu ispatlamak cinsel tacize uğrayan kişiye yapılacaktır ve bu oldukça zordur. Bu bakımdan İş Kanunu md. 5 ispat kolaylığı sağlayacağından genel hükümlere

⁴⁸⁷ YÜKSEL-ONARAN, s. 263-264.

⁴⁸⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 109.

⁴⁸⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 108; ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s. 93.

göre daha elverişlidir. Diğer bir görüşe⁴⁹⁰ göre ise işverence yapılan cinsel taciz haksız fiil oluşturduğu gibi sözleşmeye aykırılık anlamına da gelmektedir ve bu durumda daha elverişli olan Borçlar Kanunu md. 96 hükmüne başvurulmalıdır. Fakat bu halde de işverenin sorumlu tutabilmesi için kusurlu olması gerektirmektedir ki İş Kanunu md. 5'te kusur aranmaz.

Kanımızca, sözleşmenin kurulması aşamasında adayın cinsel tacize maruz kalması halinde culpa in contrahendo sorumluluğu gereği sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulacağı göz önünde tutulduğunda, iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki dönemde meydana gelen cinsel tacizin haksız fiil hükümlerine tabi olacağını savunmak haksızlık olacaktır. Zira işveren işçiyi gözetme borcu gereği işçinin vücut bütünlüğünü, şerefini, saygınlığını ve ahlaki değerlerini korumalıdır⁴⁹¹. Cinsel taciz işçinin vücut bütünlüğünün, şerefinin, saygınlığının ve ahlaki değerlerinin ihlal edilmesidir. Yani cinsel taciz iş görme borcunun ihlali anlamına gelir. Bu sebeple de Borçlar Kanunu md. 96 vd. hükümlerine gidilmelidir. Belirtmek gerekir ki 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun 417. maddesinde cinsel taciz işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında sayılmış ve maddeye aykırılık halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulacağı düzenlenmiştir. Bu maddeye daha sonra değinilecektir.

bb. İş Sözleşmesinin Kurulması Aşamasında Cinsel Taciz

Görüşme sırasında taraflar arasında güven ilişkisine dayanan, sözleşme benzeri bir ilişki kurulur. Bu ilişkiye aykırı davranarak karşı tarafa zarar veren kimsenin sorumlu tutulması gerekmektedir. Taraflar dürüstlük kuralı gereği birbirlerine gerekli bilgileri doğru bir şekilde vermeli ve karşı tarafı zarara uğratacak her türlü davranıştan kaçınmalıdır. Tarafların birbirlerine kusurlu davranmaları halinde culpa in contrahendo sorumluluğu gereği, kusurlu davranan kişi borca aykırılık hükümleri uyarınca sorumlu tutulur. Culpa in contrahendo sorumluluğu sadece tarafları bağlamaz. Sözleşme yapmak için orada bulunan taraf yardımcıları da –işveren vekili gibi- bu esasa aykırı davranışlarından sorumludur⁴⁹².

⁴⁹⁰ AYDIN, Cinsel Taciz, s.23; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s.161.

⁴⁹¹ ERTÜRK, Temel Haklar, 87; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 530; KANDEMİR, s. 440; KAPLAN-SENYEN, İş İlişkisinden Doğan Haklar, s.118; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 144; YÜKSEL- ONARAN, s. 274.

⁴⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 321 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s. 268; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 107.

İş Kanunu md. 5'te iş ilişkisinin kurulması aşamasında cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması gerektiği f.3'te ifade edilmişse de daha öncede belirttiğimiz gibi bu aşama md.5'te yaptırımı bağlanmamıştır. İş görüşmeleri sırasında taraflardan birinin diğerine cinsel tacizde bulunması kişilik haklarını zedeleyen bir harekettir ve bu sebeple cinsel tacizde bulunan kişi culpa in contrahendo gereği sorumlu olur⁴⁹³. Dolayısıyla cinsel tacize uğrayan kişi sözleşmeye aykırılık gereği maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesini isteyebilecektir. İş görüşmesi işveren vekilince yapılıyorsa, işveren vekili de adaya cinsel tacizde bulunması halinde culpa in contrahendo esasına göre sorumlu olacaktır. İşveren vekilinin cinsel tacizde bulunması halinde İş Kanunu md. 2 gereği işverenin sorumluluğuna gidilebilecektir⁴⁹⁴. Bu düzenlemeye daha sonra ayrıntılı olarak değinilecektir.

cc. İş İlişkisinin Devamında Cinsel Taciz

- İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İş Kanununda bazı düzenlemelerde cinsel tacize değinilmiştir. Bu düzenlemelerden biri İş Kanunu md. 24'te yer almaktadır. 24. maddenin 2. fıkrasına göre işverenin işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda, işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Ayrıca aynı maddeye göre işçinin diğer işçiye⁴⁹⁵ ya da bir üçüncü kişinin işçiye cinsel tacizde bulunması halinde de, işveren bilgilendirilmesine rağmen herhangi bir önlem almazsa cinsel tacize maruz kalan işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşverenin tacizden haberdar olması halinde, cinsel tacize uğrayan ya da tacizde bulunan işçinin işyerinin değiştirilmesi, tacizde bulunan işçiye disiplin cezası verilmesi alınabilecek önlemlerdendir⁴⁹⁶. Ayrıca, İş Kanunu md. 25/f.2-c gereği tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi de mümkündür. Belirtmek gerekir ki işçinin md. 24 gereği iş sözleşmesini haklı olarak feshedilmesi için, cinsel tacizin Ceza Kanunu anlamında suç sayılan bir fiil olmasına ya da mahkeme kararıyla kesinleşmiş bir suçun varlığına ihtiyaç

⁴⁹³ AYDIN, Cinsel Taciz, s. 25; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 107; İş görüşmeleri sırasında kişinin işveren veya işveren vekili tarafından cinsel tacize uğraması halinde İş K. md.5'e başvurulabileceği görüşü için bak. BAKIRCI, Kadın İşçiler, s.362.

⁴⁹⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 107.

⁴⁹⁵ Yargıtay 9. HD, 10.11.2005, 2005/6471 E., 2005/35643 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 18.10.2004, 2004/6529 E., 2004/23507 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 06.06.2001, 2001/7060 E., 2001/9654 K.,(www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁴⁹⁶ TAŞKENT/EYRENCİ/ULUCAN, s. 189.

yoktur⁴⁹⁷. Bir yazara⁴⁹⁸ göre işverenin cinsel tacizi bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde işçinin ayrıca işverene bildirimde bulunması aranmamalıdır. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Zira tacizden işverenin haberdar olması önlem alma yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. Ayrıca işverene bildirimde bulunulması gerekmez. Tacizi bilen ya da bilmesi gereken işveren herhangi önlem almazsa tacizin bir parçası olur ve bu sebeple de işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğar.

İşveren ya da işveren vekili işyeri dışında cinsel tacizde bulunsa bile işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Fakat kanuna göre işçinin diğer bir işçi tarafından ya da üçüncü kişi tarafından cinsel tacize maruz kalması halinde haklı nedenle fesih hakkının doğumu için cinsel tacizin işyerinde meydana gelmesi gerekmektedir. Bu düzenleme haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁹⁹. Zira işçinin bir başka işçi tarafından işyeri dışında sürekli olarak cinsel tacize uğraması fakat tacizde bulunan işçinin işyerinde böyle bir fiili gerçekleştirmemesi halinde, taciz işyerinin hemen dışında vuku bulsa ve işçi durumdan işvereni haberdar etse işverende gereken önlemi almasa bile işçi iş sözleşmesini haklı olarak feshedemeyecektir. İşverenin işçisinin diğer bir işçisine cinsel tacizde bulunması halinde işveren taciz işyerinde olmasa bile işçinin sözleşmesini feshedebilir.

Taciz karşısında haklarını dava yolu ile ileri süren işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, işçi iş güvencesi hükümlerine tabi ise İş Kanunu md. 18/f.3-c gereği geçersiz bir fesih, değil ise fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz konusu olur⁵⁰⁰. İşçinin cinsel tacize onay vermemesi ve karşı çıkması durumunda sözleşmesinin feshedilmesi halinde de aynı durum söz konusudur.

- *Ayrımcılık Tazminatı*

İşverenin ya da vekilinin tacizine maruz kalan işçi İş Kanunu md. 5 uyarınca ayrımcılık tazminatı isteyebilir. Bu hal dışında işçi cinsel tacize uğradığını işverene bildirmesine

⁴⁹⁷ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s. 624; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 194; YÜKSEL-ONARAN, s.352.

⁴⁹⁸ BAKIRCI, İstihdam, s. 33.

⁴⁹⁹ AYDIN, Cinsel Taciz, s.28; GÜLMEZ, s.626.

⁵⁰⁰ BAKIRCI, Cinsel Taciz, s.169.

rağmen, işveren gereken önlemleri almıyorsa cinsel tacizin bir parçası haline geleceğinden, bu halde de işverenden ayrımcılık tazminatı istenebilir⁵⁰¹.

- Genel Hükümler Uyarınca Başvurulabilecek Yollar

Daha önce de belirttiğimiz gibi cinsel taciz her ne kadar İş Kanunu md.5 kapsamında değerlendirilebilecekse de tacize maruz kalan kimse genel hükümlere başvurmayı seçebilir. Hangi maddeye başvuracağını seçimi tacize maruz kalan kişiye aittir. İşçi bir başka işçinin veya müşterinin cinsel tacizine maruz kalır ve işveren bundan haberdar olmasına rağmen gereken önlemleri almazsa bu işverenin iş sözleşmesinden doğan gözetme borcuna aykırılıktır ve işverenin Borçlar Kanunu hükümlerinden doğan sorumluluğundan da bahsedilir⁵⁰². Zira belirttiğimiz gibi gereken önlemi almayan ya da susan işveren bu halde taciz eyleminin bir parçası haline gelmektedir. Söz konusu düzenlemeler yeterli olmadıkları gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵⁰³. Bu görüşe göre cinsel tacizin önlenmesi için şikâyet ve talep prosedürünü içeren cezalandırma ve disiplin sisteminin oluşturulması hatta cinsel tacizin önlenmesine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerin çıkartılması gerekmektedir.

Tacize maruz kalan işçi Borçlar Kanunu md. 90 ve 325'e göre iş görmekten de kaçınabilir. İşçinin iş görmekten kaçınma borcuna daha sonra ayrıntılı olarak değinilecektir. İş görmekten kaçınma dışında işçi, ayrıca uğradığı maddi (bu kapsama cinsel taciz nedeniyle gördüğü tedavi masrafları ve bu nedenle işe gidemediği için yoksun kaldığı ücretler girer⁵⁰⁴) ve manevi zararın tazminini isteyebilir (BK. md. 46, 47 ve 49). Bunlar dışında işçi cinsel tacizin önlenmesini, fiilin tespitini ve tecavüze son verilmesini de dava yolu ile talep edebilir⁵⁰⁵ (MK md. 24 ve MK md. 25).

- İşveren Vekilinin Sorumluluğu

İş Kanunu madde 2'ye göre işveren vekilinin bu sıfatla işçilere yönelik işlemlerinden ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Yine aynı maddeye göre işveren için

⁵⁰¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 115.

⁵⁰² ATAMER, s.930; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s. 165; YÜKSEL-ONARAN, s.281.

⁵⁰³ ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s. 91; YÜKSEL-ONARAN, s.282.

⁵⁰⁴ ERGİN, B., s. 153; ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s.92.

⁵⁰⁵ ATAMER, s.930-931; AYDIN, s. 31; BAKIRCI, Cinsel Taciz, s.184 vd.; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.626-627; KAPLAN-SENYEN, İş İlişkisinden Doğan Haklar, s. 119; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 111.

söz konusu olan her türlü sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri için de söz konusudur. Yani işveren vekilleri de ayrımcılık yasalarına uymalıdır. Vekil ile işveren arasındaki doğrudan temsil ilişkisi gereği vekilinin yaptığı işlemler işveren üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşveren vekillerinin hukuki sorumlulukları bulunmamaktadır. Dolayısıyla cinsel taciz halinde hukuki yaptırımların muhatabı işverendir⁵⁰⁶.

- Yeni Borçlar Kanunundaki Durum

Bu düzenlemeler dışında 6098 sayılı yeni Borçlar Kanununun 417. maddesinde İşçinin Kişiliğinin Korunması başlığı altında “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür” düzenlemesi yer almaktadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde ise yine aynı maddenin 3. fıkrasına göre “İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”. Mevcut Borçlar Kanunu md. 332’ye göre daha ayrıntılı ve daha açık bir düzenlemeye gidilmiş madde kapsamında cinsel tacizden söz edilmiştir. Kanımızca böyle bir düzenlemenin kanunda yer alması ile doktrindeki zararın tazmininde sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulacağına ilişkin görüş yasalaşmıştır. İş K.’da da cinsel tacizi ayrımcılık kapsamında değerlendiren ve etkili bir yaptırıma tabi tutan, Borçlar Kanunu md. 417’deki gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ayrıca Borçlar Kanununda cinsel tacizin önlenmesi bakımından işverene sorumluluk yüklenmesi de tacizlerin azaltılması bakımından önemlidir. Bu bağlamda, işçilerin yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi oluşturulması işverenin alabileceği önlemler arasında sayılabilir⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 106; YÜKSEL-ONARAN, s.278-279.

⁵⁰⁷ ÖZDEMİR, Cinsel Taciz, s. 92.

c. Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz ve Cinsel Saldırı Suçu

Cinsel taciz mağduru işçi iş kanunundan doğan haklarını kullanmanın yanı sıra Ceza Kanunu hükümlerine başvurarak tacizde bulunan kimsenin cezalandırılmasını isteyebilir. İş Kanunundan farklı olarak Ceza Kanununda cinsel taciz ve cinsel saldırı olarak iki ayrı suç düzenlenmiştir.

aa. Cinsel Taciz Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesi cinsel taciz suçunu⁵⁰⁸ düzenlemiştir. Bu maddeye göre “Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına hükmolunur”. Maddede cinsel davranışta bulunmak yeterli görülmemiş bu davranışın cinsel amaçla yapılması aranmıştır. Faili koruyucu olduğu görüşüyle bu düzenleme haklı olarak eleştirilmektedir⁵⁰⁹. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında suçun nitelikleri halleri sayılmıştır ve bu düzenlemeye göre de suç hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde verilecek ceza arttırılır. Burada hizmet ilişkisinin ya da hiyerarşik yapının yarattığı güvenle mağdurun karşı koyma olasılığının azalabileceği ve eylemin tekrarlanabileceği göz önünde tutulmuş ve bu sebeple ceza arttırılmıştır⁵¹⁰. Yine bu maddeye göre mağdurun işini terk etmek zorunda kalması halinde verilecek cezanın alt sınırı bir yıldır.

Ceza Kanununa göre cinsel taciz suçunun işlenmesi için mağdur ile vücut temasından bulunulmamış olması gerekmektedir. Söz gelimi laf atmak ya da cinsel içerikli teklifte bulunmak Ceza Hukukunda cinsel taciz kapsamında değerlendirilir. Suç kasıtlı bir suçtur ve kastın varlığı için, kişinin cinsel amaçlı bir kimseyi rahatsız edici davranışlarda bulunma bilinç ve iradesinin varlığı yeterlidir⁵¹¹. Şayet işveren tarafından aynı kişiye değişik zamanlarda cinsel tacizde bulunulursa bu halde TCK md.43/f.2 gereği zincirleme suçtan bahsedilir ve verilecek ceza artar. Suçun kovuşturulabilmesi

⁵⁰⁸ Bu suça ilişkin detaylı bilgi için ayrıca bak. ARTUK, M. Emin, “Cinsel Taciz Suçu”, Çalışma Ve Toplum-Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, s. 29 vd., (<http://www.calismatoplum.org/sayi11/artuk.pdf>, 04.07.2011).

⁵⁰⁹ BAKIRCI, İstihdam, s. 33.

⁵¹⁰ GÜNDÜZ, Remzi/GÜLTAŞ, Veysel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar, Ankara 2008; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.186; s. 84.

⁵¹¹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 177 vd; GÜNDÜZ/GÜLTAŞ, s. 80 vd.; TOROSLU, s. 68.

için mağdurun şikayeti gerekmektedir. Şikayet süresi TCK md. 73'e göre failin ve fiilin bilinmesinden ya da öğrenilmesinden itibaren başlar.

bb. Cinsel Saldırı Suçu

Cinsel taciz dışında TCK md. 102'de cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Cinsel taciz suçundan farklı olarak burada vücut temasının bulunması gerekmektedir. 102. maddeye göre "Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Yine aynı maddeye göre "Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" suçun işlenmesi halinde ceza oranı arttırılır. Yine burada da failin konumunun suçu işlemeyi kolaylaştırdığı göz önünde tutulmuş ve ceza oranı arttırılmıştır. Bu suç da kasıtlı bir suçtur. Mağdurun iradesine aykırı hareket edildiğinin bilinci ve failin cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi kastın varlığı için yeterlidir⁵¹².

6. Cinsel Yönelim (Cinsel Tercih)

a. Avrupa Birliğinde Durum

Başlarda sadece cinsiyet ayrımcılığının yasak olduğu düzenlemelerde yer alırken, bugün gelinen noktada cinsel tercihe ilişkin yapılan ayrımcılıklar da cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanının cinsel tercihe yönelik yapılan ayrımcılıkları cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirdiği görülmüştür. Sözgelimi, Divan 1996 yılında verdiği bir kararda⁵¹³ cinsiyet değiştiren bir işçinin bu değişiklikten sonra işten atılmasını 76/207 sayılı yönerge kapsamında değerlendirerek, cinsiyet değişikliklerine ilişkin ayrımcılıkları da cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirmiştir. Bu yorumla yönergenin koruma alanına cinsel tercih de girmiştir. Divanın bir başka kararına⁵¹⁴ konu olayda ise demiryolu işi yapan işveren, evli ya da iki seneden fazla karşı cinsten biri ile birlikte yaşayan işçilerine ulaşımda indirim sağlamaktadır. İşçilerden Grant,

⁵¹² ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.143, s. 157; GÜNDÜZ/GÜLTAŞ, s.20; TOROSLU, s. 60.

⁵¹³ Karar için bak. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0013:EN:HTML#CO>, (04.07.2011).

⁵¹⁴ Karar için bak. http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, (04.07.2011).

kendisi ile aynı cinsiyetten biri ile iki yıldan fazla süredir birlikte yaşamaktadır. İşveren Grant'ın indirim talebini, karşı cinsten biri ile iki seneden fazla yaşamadığından, şartları sağlamadığı sebebiyle reddetmiştir. Bunun üzerine Grant cinsiyete dayanan ayrımcılık yapıldığı iddiası ile yargı sürecini başlatmıştır. Divan bu olayda aynı cinsiyetten biri ile birlikte yaşayan bir erkek işçi ile Grant'ın durumunu karşılaştırarak, bu olayda bir erkek ile iki yıldan fazla süre birlikte yaşayan bir erkek işçi olsaydı onun da talebinin aynı şekilde reddedileceğinden bahisle işverenin eşcinsel eğilim taşıyan kimselere eşit davranması sebebiyle 75/117 sayılı yönergeye aykırılık bulmamıştır.

Karar doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁵¹⁵. Divanın karşılaştırma için seçtiği grup kanımızca da yanlıştır. Cinsel tercihi dolayısıyla bir kimsenin ayrımcılığı uğrayıp uğramadığını tespit edilmesi için, cinsel tercihi toplum tarafından olağan karşılanan işçiler ile cinsel tercihi çoğunluk tarafından olağan karşılanmayan işçi ya da işçi grubunun karşılaştırma için seçilmesi gerekmektedir ki kişinin bu kabul gören grup karşısında ayrımcılığa uğrayıp uğramadığı anlaşılsın. Divanın adeta kadınların ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının tespitini başka kadınları temel alarak yapmıştır. Halbuki cinsel tercih sebebiyle ayrımcılığa uğrayan birinin, cinsel tercihi kendinden farklı olan biri ile kıyaslanması gerekmektedir. Cinsiyet sebebiyle ayrımcılığa uğrayan birinin ise ayrımcılığa uğrayıp uğramadığının tespitinde karşı cins temel alınmalıdır.

2000/78 sayılı Avrupa Birliği yönergesi⁵¹⁶ işe alma ve meslekte ayrımcılığı yasaklamaya ilişkindir. Yönerge kamu ya da özel sektör fark etmeksizin tüm çalışanlara uygulanabilir⁵¹⁷. Düzenlemede cinsel yönelime ilişkin doğrudan ya da dolaylı ayırım yapılamayacağından da bahsedilmiştir. Üye ülkeler bu yönerge sebebiyle ülke mevzuatlarında⁵¹⁸, cinsel yönelime ilişkin ayrımcılığı önleme konusunda düzenlemeler yapmak durumunda kalmıştır⁵¹⁹.

⁵¹⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s.118.

⁵¹⁶ Direktif metni için bak. [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32000L0078&m odel=guichett ,\(04.07.2011\).](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32000L0078&m odel=guichett ,(04.07.2011).)

⁵¹⁷ BLANPAIN, s.511.

⁵¹⁸ Söz gelimi Almanya Genel Eşit Davranma Yasasında bu hususu cinsel kimlik ifadesi ile düzenlemiştir, ERGİN, H., s.643.

⁵¹⁹ GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.417.

Yönerge madde 2'ye göre kişinin cinsel tercihi dolayısıyla maruz kaldığı uygulama meşru bir amaç taşıyorsa ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar uygun ise bu durumda ayrımcılıktan bahsedilmez. Yönergede ayrıca, meslekte yükselme dahil hiyerarşinin her kademesinde, seçilme kriterleri ve işe alma koşulları ile birlikte istihdam edilme koşullarında, kendi namına çalışma veya bir mesleğin icrası, mesleki rehberlik, mesleki eğitim, ileri mesleki eğitim ve yeniden eğitimin bütün türlerinde ve her düzeyine erişimde, işten çıkarma ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşullarında, işçi, işveren veya üyeleri belli bir mesleği icra edenlerden oluşan meslek örgütlerine üyelik ve bu örgütlerden edinilen menfaatler de kapsamda olmak üzere söz konusu örgütlerde faaliyet göstermede; din, inanç, maluliyet, yaş ve cinsel yönelime dayalı nedenlerle ayrımcılık yapılmayacağı düzenlenmiştir (md. 3).

Yönergenin 4. maddesi uyarınca işin niteliği gereği ya da işin icrasında o işin asli bir özelliği sebebiyle ortaya çıkan, meşru bir amacı olan ve o amaçla orantılı bir uygulama ayrımcılık teşkil etmez. Yönergenin gerekçesinde davacı kendisine cinsel tercihi dolayısıyla bir ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunursa, davalı davacının cinsel tercihinin ne olduğunu ispatlamak durumunda değildir denmiştir. Davalı yaptığı işlemin objektif ve makul bir sebeple yapıldığını yani ayrımcılık olmadığını ispat etmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yönerge kişilerin cinsel eğilimleri dolayısıyla bir ayrıma maruz kalmamalarına ilişkindir. Bu durumda yönerge, heteroseksüellerin de homoseksüeller ve lezbiyenler karşısında farklı bir işlem görmelerini engelleme amacındadır. Yani homoseksüel ya da lezbiyenlere yönelik bir uygulama heteroseksüellerin cinsel tercihlerine ilişkin bir ayrımcılık oluşturuyorsa bu da yönergede yasaklanmıştır⁵²⁰.

b. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda da iş ilişkilerinde cinsel yönelime yönelik yapılan ayrımların İş Kanunu madde 5 kapsamında ve geniş olarak cinsiyet kavramı dahilinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş⁵²¹ bulunmakla beraber, cinsel yönelimin md.5/f.1'de yer alan “ve benzeri sebepler” dahilinde değerlendirilmesi gerektiği

⁵²⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s.120.

⁵²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 546; SÖZER, s. 201; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 122.

yönünde de bir görüş⁵²² de vardır. Yargıtay da kararlarında cinsel tercih sebebiyle ayrımcılığa uğranmasını da İş Kanunu md. 5 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵²³. Böyle bir kabulün varlığına rağmen toplumsal değerler ve ön yargılar sebebiyle bu konuya ilişkin yargı kararlarına pek rastlanılmamaktadır. Kanımızca, cinsel tercih md. 5 kapsamında ve benzeri sebepler içinde değerlendirilmelidir. Bu sebeple de kişilere cinsiyetleri sebebiyle ayrımcılık yapılmamalıdır.

Anayasa madde 20'ye göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”. Kişinin cinsel yöneliminin ne olduğu özel hayatına ilişkindir. Dolayısıyla işverenin istihdamın her aşamasında, haklı nedenlerin varlığı dışında, salt cinsel yönelime dayalı olarak bir karar vermesi söz gelimi cinsel yönelimini öğrendiği bir işçisinin iş sözleşmesini feshetmesi ayrımcılıktır. Zira bireyin cinsel tercihi kimseyi ilgilendiren bir konu değildir. Şayet işçi özel yaşantısına ilişkin bu tercihi iş ilişkisine yansıtıyor, bu sebeple çalışmasını aksatıyorsa ve çalışma barışı bozuluyorsa, yani işçinin cinsel tercihi özel hayatının sınırlarını aşmış iş görme borcunu etkiliyorsa, bu durumda şartların sağlanması halinde iş sözleşmesinin feshi gündeme gelebilir⁵²⁴. Bu heteroseksüel ilişki yaşayan kimseler için de geçerlidir⁵²⁵.

Hukuk Genel Kurulunun önüne giden bir dava sonucu verilen karar, gerek kurulun katıldığımız kararı gerekse katılmadığımız fakat toplumsal önyargıları yansıtan karşı oy yazısı bakımından değinilmesi gereken bir karardır⁵²⁶. Karara konu olayda davacı davalının muayenehanesinde çalışmakta aynı zamanda davalı ve davacının arasında gönül ilişkisi bulunmaktadır. Davacı davalı işverenin iş sözleşmesini haksız feshetmesi sebebiyle mahkemenen kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer işçilik haklarını talep etmiş,

⁵²² Yargıtay 9 HD, 31.05.2010, 2008/26989 E., 2010/15054 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011);

GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.592;SÖZER, s. 201; SÜRAL, Anti-Discrimination, s.676.

⁵²³Yargıtay 9. HD, 07.07.2009, 2009/25544 E., 2009/20096 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 12.02.2009, 2007/36963 E., 2009/2271 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁵²⁴“Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir”, Yargıtay 9. HD, 19.09.2005, 2005/654 E., 2005/30275 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011); AYDIN, Kişilik Hakları, s.243; SÖZER, s.201-202.

⁵²⁵Yargıtay 9. HD, 11.12.2006, 2006/25640 E., 2006/32379, (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 08.03.2005, 2004/13286 E., 2005/7706 K.,(www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 25.02.1998, 1998/365 E., 1998/2700 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011); YILDIZ, Eşit İşlem, s.123-124.

⁵²⁶ HGK, 14.12.1998, 1998/16734 E., 1998/18088 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

davacının bu istekleri mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin eşcinsellik ilişkisinden öteye geçmediği ve taraflar arasında hizmet akdi bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Önüne gelen dosyaya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında; *“Taraflar arasında varlığı ileri sürülen eşcinsel ilişki kişilerin özel hayatları ile ilgilidir. Burada yapılması gereken özel hayat dışında taraflar arasında hizmet akdi olup olmadığının tespiti. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve ceza dosyasından, davacının davalı yanında hizmet akdine dayalı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Yerel mahkemenin taraflar arasındaki ilişkinin eşcinsellik ilişkisinden öteye geçmediği gerekçesiyle davayı reddetmesi hatalıdır.”* demiştir. Kararın karşı oy yazısında ise *“bu ilişkinin temelinin yasalarımızca korumaması, ilişkinin toplumumuzun ahlak yapısına uymayan, ahlaka (adaba) aykırı bir birlikteliğe dayanması, olayımızda hizmet akdinin unsurlarının oluşmaması, hizmet akdinin varlığı kabul edilse bile mevzunun ve temelinin ahlaka (adaba) aykırı bulunması nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri gereği mutlak butlan sebebiyle tamamıyla batıl olacağından ve böyle bir akde dayanılarak dava açılmayacağından, mahalli mahkemenin kararının onanması gerektiği görüşünde olduğumdan, HGK. çoğunluğunun bozma kararına katılmıyorum”* denmiştir. Karşı oy yazısı kişilerin cinsel tercihlerinin ahlaka ve adaba aykırı kabul edilmesi ve hukuki bir tespitin yapılmasında kişilerin özel hayatlarının göz önünde tutulması bakımından isabetli değildir.

F. Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağının İstisnaları

Ayrımcılık yasaklarına konu nedenlerle hiçbir şekilde ayrımcılık yapılamayacağı kabul de bazı hallerde belirli cinsiyetlere farklı işlem yapılması makul ve haklı görülebilir. Çalışmamızın bu bölümünde cinsiyet ayrımcılığı yasağının istisnalarına değinilecek, bu bağlamda kadınlara yönelik farklı düzenlemelerin bazılarını detayına girilmeden, konumuz kapsamında değinilecektir.

İş Kanunu madde 5/f.3'e göre işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerin zorunlu kılması halinde cinsiyet ya da gebelik sebebiyle farklı işlem yapılabileceği düzenlenmiştir.

1. Biyolojik Sebepler

Kadın ve erkek arasında yaratılış gereği inkâr edilemeyecek farklılıklar söz konusudur. Bu farklılıklar dolayısı ile kadınların özel düzenlemelerle korunması doğaldır. Fakat daha önce de izah ettiğimiz gibi, kadına yönelik ayrımcılığın giderilmesi kapsamındaki düzenlemeler daha önce “koruma” amacı taşıırken bugün bu kabul yerini fırsat eşitliği yaratma anlayışına bırakmıştır. Kadının korunması ancak biyolojik sebepler ile korunması gereken bazı dönemler için, geçici sürelerle mümkündür. Bu dönemler dışında kadın korunmaya muhtaç bir cins değildir. Sadece bir takım yargılar sebebiyle kendisine yüklenen sorumlulukların azaltılması ve çalışma hayatına kazandırılması için fırsat eşitliğine ihtiyacı vardır⁵²⁷. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün de yaklaşımı bu yöndedir⁵²⁸.

Anayasa madde 50’de kadının özel olarak korunması gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁹. Bu madde İş Kanunundaki kadının bazı işlerde ya da bazı dönemlerde çalışmaması gerektiği yönündeki düzenlemelerin kaynağıdır⁵³⁰. Her ne kadar bu maddenin kadını koruduğu yönünde bir görüş olsa da kanımızca da düzenleme kadının her alanda korunmasından ziyade gebelik, doğum ve doğum sonrasında belirli süre ile korunması gerektiği şeklinde dar yorumlanmalı veya daha açık bir düzenlemeyle madde değiştirilip, günümüz anlayışı ile uyum sağlanmalıdır⁵³¹.

Belirtmek gerekir ki kadının farklılıkları sebebiyle özel düzenlemelere konu olması, kadınlar lehine bir ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmez. Bu sebeple bu düzenlemeler ayrımcılık yasağının istisnasını oluşturur⁵³².

a. Hamilelik Ve Doğum Sonrası Döneme İlişkin Düzenlemeler

Kadının biyolojik özellikleri sebebiyle sağlığının korunması gereken hallerin başında, gebe ve yeni doğum yaptığı dönem gelmektedir. Anayasa madde 41’de de ananın korunması gerektiği ifade edilmiştir. Kadının doğum yapması sadece kendisi ve ailesini

⁵²⁷ ASLAN-ALTAN, s.29.

⁵²⁸ SÜRAL, UÇÖ, s. 124.

⁵²⁹ İş Sağlığı Ve Güvenliği Yönetmeliği madde 15’te de kadınlar çocuklar ve engellilerle birlikte risk grubu içinde sayılmıştır. Bu grubun tehlikelere karşı korunması gerektiği düzenlemede ifade edilmiştir, RG tarih ve sayısı: 09.12.2003/ 25311.

⁵³⁰ ATAMER, s.933.

⁵³¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 273.

⁵³² YILDIZ, Eşit İşlem, s.274;YÜKSEL-ONARAN, s. 294.

ilgilendiren bir olay değildir. Toplumu ve toplumun geleceğini ilgilendiren bir olaydır. Hamilelik döneminde kadın işçi performans düşüklüğü yaşayabilir. Hamileliğinin son döneminde ise kadının çalışması kendisi ve bebeği için tehlikeli olabilir. Doğumdan sonra da kadının bebeği ile bir süre yakından ilgilenmesi gerekmektedir. Son olarak da kadının izinli olduğu süreler sonunda işine kolayca dönmesi gerekmektedir⁵³³.

Mevzuatımızda kadın işçilerin hamilelik döneminde korunmasına ilişkin doğum izni, ücretsiz izin, hamilelik süresince tıbbi muayenelere gitme izni, süt izni tanınmış ayrıca hamile kadının daha hafif işlerde çalıştırılmasına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Düzenlemeler 92/85 sayılı Avrupa Birliği Yönergesine uyumludur⁵³⁴.

Doğum sonrası döneme ilişkin düzenlemelerin, kadının çocuğun bakımını tek başına yüklenen kişi olması gerektiği yönündeki düşünceleri destekler nitelikte olmamalıdır. Elbette ki yeni doğan bebeğin anneye ihtiyacı vardır. Fakat bu belirli bir süredir bu süreden sonra bakım anne kadar babanın da sorumluluğundadır. Dolayısıyla bu zamana ilişkin izinler sadece kadına tanınmamalıdır⁵³⁵. Uluslararası metinlerde bulunmasına rağmen mevzuatımızda hala ebeveyn izninin olmaması bu noktada eleştirilmesi gereken bir konudur. Bununla beraber Avrupa Birliği mevzuatında ebeveyn izni olmasına rağmen bu izinden daha çok kadınların yararlandığı da görülmüştür⁵³⁶. Mevzuatımızda henüz bir düzenleme olmamasına rağmen daha önce değindiğimiz “Devlet Memurları Kanunu Ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın” yasalaşması halinde, mevzuatımızda da ebeveyn izni yer alacak, böylelikle babaların da belirli bir süre izin alması mümkün olabilecektir. Tasarının gerekçesinde de ifade edildiği gibi bu kanun, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını ve toplumsal inanışlar sebebiyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellemeye yönelik bir düzenlemedir. Fakat tasarı 2005 yılında hazırlanmış, 2007 yılında yapılan genel seçimle kadük olmuştur. Tasarının halen daha komisyonda olduğu ve Haziran ayında genel seçim yapılacağı düşünülürse ebeveyn izninin mevzuatımızda bir süre daha yer almayacağı açıktır. Ayrıca yasaların tek başına bazı toplumsal yargıları değiştirmeyeceği de unutulmamalıdır. Bu yargıyı değiştirmek adına erkeklerin bu izni zorunlu olarak

⁵³³ Bu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bak. KANDEMİR, s. 429 vd.

⁵³⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 273.

⁵³⁵ YÜKSEL- ONARAN, dipnot 22'deki Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararı (C-184783); TÜSİAD, s.186.

⁵³⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 278.

kullanmaları yönünde bir düzenleme yapılmasına ilişkin bir öneri bulunmaktadır⁵³⁷. Bu öneri kabul edilebilir olsa da kısa vadede sonuç doğuracak niteliktedir. Bir takım yargıların değiştirilebilmesi için en etkin yol elbette ki eğitimidir.

Doğum izni, ek izin ve emzirme sürelerinin makul olmaması, kreş kurmanın mali yükümlülüğünün işverende olması gibi nedenler kadını erkeğe nazaran daha pahalı bir iş gücü haline getirmektedir. Kadını koruma adı altında aslında onun aleyhine sonuçlar doğuran bu düzenlemeler eleştirilmektedir⁵³⁸. 5763 Sayılı İş Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md. 6'da, İş Kanunda değişiklik yaparak kreş kurma yükümlülüğünün yanı sıra hizmetin dışarıdan alınabileceğini düzenlenmiştir. Kanımızca da kadını korumak adına işverene yüklenen ağır mali sorumluluklar, kadının iş gücü olarak tercih edilmemesi sonucunu doğurabilecektir. Elbette ki kadının çalışma hayatında yer alabilmesi için çocuğunu güvenle teslim edebileceği bir kurum olmalıdır. Fakat kadını çalışma hayatına kazandırmak adına konulan düzenlemelerin tam tersi etki yaratmaması için sorumlulukların sadece işverene yüklenmemesi gerekmektedir. Ayrıca mevzuatımızda doğum izni sözgelimi Avrupa Birliği mevzuatındaki düzenlemelere nazaran daha fazladır. Doğum izninin fazla tutulması yerine ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerin kabul edilmesi kanımızca da daha uygundur.

b. Kadına Yasak Olan İşler

Kanun koyucu bazı işlerin kadınlar tarafından yapılmasının sağlıkları bakımından tehlikeli olacağı sebebiyle yasaklamıştır. Bu hallere ilişkin düzenlemeler de, amaçlarının kadının fiziksel güç ve kapasitesini, bedensel dayanıklılığını ve ruhsal yapısını korumak olduğu kabul edildiğinden ayrımcılık yasaklarına aykırı sayılmamaktadır⁵³⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütü de kadınların yer altı işlerinde çalışmasını 45 sayılı sözleşmeyle yasaklamıştır. Fakat sözleşmenin 3. maddesinde bu yasağa istisna getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre bedensel iş yapmayan yönetici kadınların, sağlık ve sosyal hizmetleri yapan kadınların, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağında yer altı işlerinde staj görmelerine izin verilen kadınların ve bedensel nitelikte

⁵³⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s.279.

⁵³⁸ SÜRAL, Torba Kanun, s.6.

⁵³⁹ YÜKSEL- ONARAN, s. 301.

olmayan işler için zaman zaman maden ocaklarının yer altı kısımlarına inmek zorunda kalan kadınların yasak dışında tutulabilecektir. Bu istisnalar dışında kadınların yer altında çalışmasının yasaklanmasının temelinde üreme sağlığını koruma düşüncesi yattığı ortaya atılabilecekse de, yasağın sadece gebe kadınlarla sınırlandırılmayıp tüm kadınlara uygulanması eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür. Zira gebelik hali dışında kadınlar yer altında erkeklerle eşit risk altındadır. 45 sayılı sözleşme fırsat eşitliğini bozduğu gerekçesiyle pek çok ülke tarafından feshedilmiştir⁵⁴⁰. Bu ülkeler arasında, Avusturya, Avustralya, Belçika, Kanada, Şili, Fransa, Almanya, Finlandiya, İrlanda, İtalya, Hollanda, İsveç gibi ülkeler yer almaktadır⁵⁴¹. 89 sayılı 1948 tarihli UÇÖ sözleşmesi⁵⁴² ise kadınların geceleri sanayide çalışmalarını yasaklanmıştır (md.3). 1990 sayılı 171 sayılı sözleşmede⁵⁴³ ise düzenlemelerde kadın erkek ayrımı yapılmamıştır. 171 sayılı sözleşmeye göre gece çalışanların sağlıklarının korunması, ailevi sorumluluklarının aksatılmadan yerine getirilmesi ve bu dönemde analığın korunması gibi konuların ulusal mevzuata göre belirlenmesi gerekmektedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda da tüm kadınların korunmasından ziyade gebe kadınların korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Yeraltı madenlerinde ve tehlikeli, sağlığa zararlı ya da ağır nitelikleri nedeniyle uygun olmayan diğer işlerde çalıştırılmama hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınlarla sınırlandırmıştır.

İş Kanunu madde72'ye göre kadınların yer altı ve su altında çalıştırılmaları yasaktır. Eşitliğe aykırılık olarak görülen bu düzenleme eleştirilmektedir⁵⁴⁴. İş Kanunu md. 85'e göre "*Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir*". Bu düzenleme bir yazar⁵⁴⁵ tarafından kadın mühendislerin istihdam alanlarını kısıtladığı ve ayrımcılığa sebep olduğu için eleştirilmektedir. Bu yazarın da belirttiği gibi teknolojik gelişmeler sayesinde artık pek çok iş fizik gücü gerektirmemektedir. Bilimsel, teknolojik gelişmeler

⁵⁴⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s.288; SOYSAL, s.15; SÜRAL, UÇÖ, s.161.

⁵⁴¹ <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C045>, (04.07.2011).

⁵⁴² Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, (04.07.2011).

⁵⁴³ Sözleşme metni için bak. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, (04.07.2011).

⁵⁴⁴ BAKIRCI, İstihdam, s.27.

⁵⁴⁵ BAKIRCI, İstihdam, s.28.

ve iş güvenliğinde gelinen nokta göz önünde tutularak yeni bir ağır iş değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu değerlendirme sonucu kadının sağlığını gerçekten olumsuz etkileyen işler belirlenerek yasaklar bu değerlendirmeye göre yapılmalıdır⁵⁴⁶. Objektif ve gelişmelere uygun değerlendirmeler sonucu kadının çalışamayacağını belirlediği işler dışında o işlerde çalışmayı seçip seçmemek kadınlara bırakılmalıdır. Kadınların çalışmasının gerçekten tehlikeli olacağı işler için de kadınlar yönetici olarak, sağlık ve sosyal hizmetler görevi gibi işlerde çalışabilmelidir. Bu düşünceleri destekleyen bir başka görüş⁵⁴⁷ de kadının üreme sağlığını korumak adına tüm kadınlara kısıtlama getirilmesinin fırsat eşitliğine aykırı görmektedir. Bu görüşe göre kadının sağlığını tehdit eden hallerde yasaklamalar kabul edilebilir. Fakat kadına potansiyel anne olarak yaklaşmak ve belki de hiçbir zaman çocuk yapmayı düşünmeyen bir kadının çalışma alanını kısıtlamak yerinde değildir. Kanımızca da bilimsel ve teknolojik gelişmeler yeni makinelerin kullanılmaya başlanmasıyla fiziksel güç gerektiren pek çok iş bugün makinelerin gücüyle yapılmaktadır. Dolayısıyla belirttiğimiz gibi pek çok işin kadınlara yasaklanması yerine gerçekten sağlığını tehdit eden işler haricindeki işlerde gereken sağlık koşullarını sağlayan kadınların çalışması engellenmemelidir. Seçme hakkı kadına bırakılmalıdır.

İş Kanunu madde 73'e göre "Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir". 1475 sayılı kanun döneminde kadınların sanayiye ait her türlü işte gece çalışması yasaklanmışken kadın erkek eşitliğine ilişkin gelişmeler göz önünde tutularak bu yasak kaldırılmıştır⁵⁴⁸. Her ne kadar bu düzenleme 1475 sayılı düzenlemeye göre daha yerinde olsa da, 4857 sayılı kanunun 73. maddesine göre çıkarılması gereken Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalışma Koşullarında Yönetmelik md. 7'ye göre kadın işçilerin gece postalarında çalışması için gece çalışmalarına engel olmadığına dair rapor almaları gerekmektedir. Daha sonra da her altı ayda bir bu rapor yenilenmelidir. Halbuki İş K. md. 69'a göre gece postalarında çalışan bir erkeğin bu raporu iki yılda bir alması gerekmektedir. Kadına yönelik bu farklı uygulama işverence bir tehlike olarak

⁵⁴⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s.290.

⁵⁴⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s.290.

⁵⁴⁸ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 177.

görülebilecektir. Dolayısıyla kadın ve erkek işçiler arasındaki bu farklılıklar giderilmelidir⁵⁴⁹.

2. İşin Niteliğine İlişkin Sebepler

Bazı hallerde bir işin niteliği gereği bir cinsiyetin diğerine tercih edilmesi gerekebilir. Bu hallere çalışmamızın pek çok yerinde değinmiş olsak da, burada genel bir değerlendirme yapmayı yerinde buluyoruz.

Şayet işin niteliği bir cinsiyetin o işi yapmasını gerektiriyorsa ve bu hal o iş için vazgeçilmez bir unsur ise bu durumda bir cinsiyetin diğerine tercih edilmesi cinsiyet ayrımcılığı sayılmaz. Örneğin kadın kıyafetlerinin tanıtılması için bir defile yapılacaksa bu iş için elbette ki kadın işçi istihdam edilecektir ya da kadın bir modelin portresinin çizilmesi gerekiyorsa iş için kadın model aranması ayrımcılık yasalarına aykırı değildir⁵⁵⁰. Fakat işin niteliğinin gerektirdiği hallerin sınırını iyi çizmek gerekir. Aksi takdirde bu yolla bazı işleri belirli bir cinsiyetin tekeline alınarak cinsiyet ayrımcılığı yapılabilir⁵⁵¹.

Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nda mesleğin doğası ya da icrasının gerektirdiği meşru bir amaç var ise farklı davranışlar ayrımcılık sayılmaz. Alman Hukukunda işin niteliğinin bir cinsiyetin o işte çalışmasını gerektirmesi için objektif haklı nedenlerin varlığı aranmıştır. Objektif haklı nedenlerin de dar yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca meşru amaç ile uygulama arasında orantılılık aranmıştır⁵⁵².

Amerikan Hukukunda (Hukukunda Yurttaş Hakları Yasası VII Ayrım Bölüm 703/e) ve yargı kararlarında⁵⁵³ “A bona fide occupational qualification” olarak adlandırılan kavrama göre ise, işverenin istihdam edeceği işçiyi seçerken işçilerde aradığı özelliklerin o işin nitelikleri ve ifası için gerekli olması gerekmektedir. Bu hal ayrımcılık yasağının istisnasıdır. İyi niyet kuralları ve makul ölçü gerekliliğinin sınırını tespit etmekte yeterli sayılmıştır.

⁵⁴⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.286.

⁵⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 547; YÜKSEL-ONARAN, s. 286.

⁵⁵¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.40.

⁵⁵² ERGİN, H., s.651; YÜKSEL-ONARAN, s. 287.

⁵⁵³ Örneğin; Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, (<http://supreme.justia.com/us/433/321/case.html>, 04.07.2011).

111 Sayılı UÇÖ sözleşmesinin 1. maddesine göre de, belirli bir iş için yapılan ve o işin niteliği gereği olan ayırım, dışlama veya üstün tutma ayırım sayılmaz. Avrupa Birliği'nin 2006/54 sayılı yönergesinin 14. maddesine göre ise istihdam ya da istihdam edilmeyi sağlayacak eğitime ilişkin cinsiyet temelli farklı bir işlem yapılması halinde, bu farklılık işin niteliğinden ya da faaliyetin icrasından kaynaklanıyorsa ve farklılığa sebep durum o meslek için asli bir gereklilik ise, amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması koşuluyla yönergeye aykırılıktan bahsedilmez.

Tüm bu düzenlemelerin de işaret ettiği gibi ayrımcılıktan bahsedilmemesi için bir işin niteliği ya da icrasının gerektirdiği sebeplerle, cinsiyetin o işin vazgeçilmez bir niteliğine ilişkin olması ya da objektif haklı nedenlerin varlığının belirli bir cinsiyete öncelik tanınmasını haklı kılması gerekmektedir. İşin niteliği, konusu ya da icrası ile bir cinsiyetin tercih edilmesi arasında bir bağ olması gerekmektedir. O iş bir başkası tarafından görüldüğünde işin içeriği farklılaşacaksa bu durumda belirli bir cinsiyetin tercih edilmesi ayrımcılık değildir. Ayrıca bazı hallerde kişinin kişilik hakları ile eşit haklara sahip olma ilkesi karşı karşıya gelebilir. Kişinin mahremiyetini ilgilendiren bir hususta işin niteliğinin belirli bir cinsiyetin o işi yapması gerektiği kabulünü haklı kılabilir. Söz gelimi erkekler tuvaletinin temizlenmesi işinin erkek işçilerce yapılması halinde ya da erkekler hamamında erkeklerin çalıştırılmasında ayrımcılık söz konusu değildir. Bazı hallerde ise işletmenin iktisadi çıkarları gereği işveren belirli cinsiyetin o işi yapmasını isteyebilir. Örneğin firma tanıtım stantlarında erkek müşterilerin daha fazla ilgisini çekeceğinden kadın çalışanlarca tanıtımın yapılması istenebilir. Fakat burada tamamen bir cinsten fiziksel cazibesini kullanılmasını istemek, cinsiyetinin metalaştırılması olduğundan kabul edilemez. Burada ayrımcılıktan bahsedilememesi için kadının temel hak ve özgürlüklerini zedelenmemesi ve o iş için kadının çalıştırılmasının vazgeçilmez bir koşul olması gerekmektedir. Bunun için de işin gereklileri konusunda dar yorum yapılarak sonuca ulaşılmalıdır⁵⁵⁴. Bu değerlendirmeler somut olay kapsamında yapılacaktır.

⁵⁵⁴ YÜKSEL- ONARAN, s. 290 vd.

3. Farklı Davranmayı Haklı Kılan Sair Nedenlerin Varlığı

Ayrımcılık yapıldığı iddiası karşısında işveren tercihinin ya da aldığı kararının cinsiyet dışında haklı bir nedene dayandığını ispat etmelidir.

Bir cinsiyetin tercih edilmesi şayet o işin görülmesi için gerekli fiziksel (yüksek makinelerin kullanılması için uzun boylu işçinin istihdam edilmesi gibi ki bu hal işin niteliğinin gerektirdiği nedenlerle de kesişmektedir) ya da psikolojik özelliklere dayanıyorsa ya da tercih edilen cinsiyetteki kişi daha iyi eğitim almış, çok daha yetenekli ise ve tüm yargılara cinsiyet temeline dayanmayan objektif değerlendirmeler sonunda varılmışsa bu hallerde işverenin kararı haklı bir nedene dayanmaktadır⁵⁵⁵.

Cinsiyetten bağımsız objektif bir amaç taşıyan uygulamanın bu amaca ulaşmak için kullanılan araç ile orantılı olması gerekmektedir. Çalışmamızda daha önce de bahsettiğimiz üzere kıdem, kadınların lehine dolaylı ayrımcılık yaratabilir. Kıdeme bağlı uygulamaların haklılaştırılması için kıdem bu uygulama için öneminin olması gerekmektedir. Bu örneğin de işaret ettiği gibi farklı uygulamanın ya da davranışın haklı olduğunun ispatı daha çok dolaylı ayrımcılık hallerinde mümkün olacaktır⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 1001; YÜKSEL-ONARAN, s. 295.

⁵⁵⁶ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji s. 1002-1003.

V. CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞINA AYKIRI DAVRANILMASININ SONUÇLARI

A. Uygulanacak Yaptırımlar

1. Hukuki Yaptırımlar

Ayrımcılık yasağına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar ayrımcılığın doğrudan ya da dolaylı olmasına bakılmaksızın her iki halde de geçerli olarak uygulanır⁵⁵⁷.

a. Geçersizlik

İş Kanunu madde 5'te düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırı davranıldığında bu işlem Borçlar Kanunu madde 19/20 uyarınca geçersizdir ve geçersizlik nedeniyle bir boşluk oluşması halinde bu boşluk eşit davranma ilkesine uygun olarak doldurulmalıdır⁵⁵⁸. Borçlar Kanunu madde 20'ye göre sözleşmenin konusu imkansız, hukuka ya da ahlaka aykırı ise kesin hükümsüzlük söz konusu olur. Her ne kadar maddede sözleşmeden bahsedilmişse de bunun hukuki işlem olarak anlaşılması gerekmektedir⁵⁵⁹.

Ayrımcılık yaratan işlem, söz gelimi ücret zammı bir grup işçiye kadın olmaları sebebi ile uygulanmamışsa bu işlemin herkes için geçersiz sayılması yerine, ayrımcılığa maruz kalan kişiye yönelik kısmının hükümsüz sayılması daha yerinde olacaktır. Yani, tüm işçileri zamdan mahrum etmek yerine, daha iyi durumda herkesi eşitlemek adına zamdan faydalandırılmayan grubun bu faydalandırılmama işleminin hükümsüz sayılması gerekmektedir. İşçinin o ayrımcı işlem olmasaydı ne durumda olacak idiye o duruma getirilmesi gerekmektedir⁵⁶⁰. İş Kanunu md.5/f.6'ya göre de işçi ayrımcılığa maruz kalması halinde yoksun kaldığı haklarını talep edebilir. Fakat işçinin işlemin ayrımcı olduğunun ve bu sebeple hukuka aykırı olduğunun tespiti ile hükümsüzlüğüne karar verilmesine ilişkin açacağı davada hakkı olan işlemin kendisine uygulanmasını talep etmesi söz konusu olmaz. Bu iki isteğin bir arada istenebilmesi için eda davasının

⁵⁵⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 320.

⁵⁵⁸ Yargıtay 9 HD, 31.05.2010, 2008/26989 E., 2010/15054 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 07.07.2009, 2009/25544 E., 2009/20096 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁵⁵⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.234-235; s. YILDIZ, Eşit İşlem, s.320; YÜKSEL-ONARAN, s.344-345.

⁵⁶⁰ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.236; YILDIZ, Eşit İşlem, s.320; YÜKSEL-ONARAN, s.345-346.

açılması gerekmektedir. Zira hukukumuzda göre eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz. Bununla beraber henüz uygulanmamış fakat uygulanması halinde eşitsizlik yaratacak bir işlemin tespitini istemek mümkündür⁵⁶¹. Ayrımcılık yaratan hukuki işlemin uygulanması halinde eşit olmayan durumun eşit hale getirilebilmesi için işlemin hükümsüzlüğüne karar verilmesi yeterli değildir. Bu bağlamda henüz uygulanmamış bir hukuki işlemin hükümsüzlüğüne karar verilmesi eşitsizliği ortadan kaldıracığından, uygulanmamış işlemin hükümsüzlüğü istenebilir. İşlem uygulanmış ise doğrudan hükümsüzlüğe karar verilmesinin yanında diğerlerine uygulanan işlemin ayrımcılığa maruz kalan kişiye de uygulanması halinde eşitsizlik ortadan kalkacaktır⁵⁶².

Şayet iş sözleşmesinin bir kısmında ayrımcılık yaratacak düzenlemeler yer alıyorsa bu durumda bütün sözleşmenin hükümsüz kabul edilmesi yerine BK. md.20/f.2 gereği ayrımcılık yaratan düzenlemelerin hükümsüz sayılması, sözleşmenin kalan hükümlerinin ise geçerli sayılması gerekir⁵⁶³.

Ayrımcılık yaratan işlemin geçersiz sayılması dışında, iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin cinsiyeti sebebiyle feshedilmesi halinde de İş K. md.18'e göre o fesih geçersiz sayılacaktır.

b. Eda Davası

Eda davasında davacı davalının bir işi yapmasını, bir şeyi vermesini ya da bir işi yapmamaya mahkûm edilmesini ister⁵⁶⁴. Eda davası ile ayrımcı uygulama işçiye uygulanmasa idi, işçi hangi halde olacaksa bunun sağlanması talep edilir. Yani bu dava ile işçi kendisine eşit davranılması istemez. Zira eşit davranma, hakkın doğumunu sağlayan bir ilkedir. Kişilere bu ilkenin uygulanması hususunda talep hakkı vermez⁵⁶⁵.

Ayrımcı uygulama parasal bir hakka ilişkin ise eda davasının kolaylıkla uygulanabileceği açıktır. İşçi ayrımcı uygulama sonucu mahrum kaldığı parasal hakları dava yolu ile talep edebilecek ve davayı kazanması halinde kendisi ile eşit durumda

⁵⁶¹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.236; YÜKSEL-ONARAN, s. 546.

⁵⁶² TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.238; YÜKSEL-ONARAN, s.348; aksi yönde görüş için bak. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 320.

⁵⁶³ YÜKSEL-ONARAN, s.347.

⁵⁶⁴ KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21. Baskı, Ankara 2010, s.288; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 219.

⁵⁶⁵ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 220; YÜKSEL-ONARAN, s.341.

olanlarla aynı duruma getirilmesini işverenden isteyebilecektir. Fakat ayrımcı uygulama işverenin yönetim hakkına ilişkin ise her ne kadar kural olarak eda davası açılarak bir şeyin yapılmasının ya da yapılmamasının istenebileceği ise de⁵⁶⁶ Yargıtay aksi yönde kararlar⁵⁶⁷ vermiştir. Yargıtay bir kararında⁵⁶⁸ işverenin yönetim hakkına giren konularda zorlayıcı kararlar verilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Sözelimi işveren kadın işçiyi sırf kadın olması sebebiyle eğitimlere göndermiyorsa ve bu imkanı erkek işçiye tanıyorsa bu halde eda davası açılarak işverenin bu eğitimlere kadın işçiyi göndermesi yönünde bir hüküm kurulamaz. Sadece işverenin işleminin hukuka aykırı olduğuna karar verilir. İşverenin iradesi yerine geçecek bir hüküm tesis edilemez⁵⁶⁹. Mahkeme burada işlemin hukuka aykırılığını tespit edecektir. Fakat işvereni karara uymaya zorlayacak bir mekanizma yoktur. Sadece bu hukuka aykırı durumun devam ettirilmesi halinde tazminat ödenmesi söz konusu olur⁵⁷⁰.

Yargıtay'ın kararlarına rağmen bazı hallerde işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması söz konusu olabilecektir. Söz gelimi işyerinde sadece kadın işçilerin üstü aranıyorsa işçiler saldırının önlenmesi davası açarak (MK. md. 25) bunu engelleyebileceklerdir. Bu dava işverenin yönetim hakkını sınırlayan bir eda davası olarak nitelendirilmektedir⁵⁷¹. Diğer taraftan Yargıtay'ın tutumundan⁵⁷² farklı olarak bir yazara⁵⁷³ göre İş K. md.5/f.6 kapsamında ayrımcılığa uğrayarak terfi ettirilmeyen işçi terfi ettirilmesini isteyebilmelidir.

c. Maddi ve Manevi Tazminat

Daha önce de değindiğimiz gibi İş K. md.5/f.6'da iş ilişkisinin kurulma aşamasından bahsedilmemiştir. Her ne kadar iş ilişkisinin kurulma aşamasında cinsiyet ya da gebelik

⁵⁶⁶ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.221; YÜKSEL-ONARAN, s.342.

⁵⁶⁷ Yargıtay 9. HD, 20.11.2008, 2007/31344 E., 2008/31565 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 25.03.1996, 1996/30131 E., 1996/6079 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 24.06.1996, 1996/1457 E., 1996/14212 K. (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁵⁶⁸ Yargıtay 9. HD, 14.05.1996, 1996/1014 E., 1996/10093 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁵⁶⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 322; YÜKSEL-ONARAN, s.342.

⁵⁷⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 322.

⁵⁷¹ TUNCAY, Eşit İşlem, s. 222; YILDIZ, s. 328; YÜKSEL-ONARAN, s. 343-344; SEVİMLİ, s.211 vd.

⁵⁷² “İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemece davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz”, Yargıtay 9. HD, 14.05.1996, 1996/1014 E., 1996/10093 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁵⁷³ ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s. 171.

nedeniyle doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılmaması gerektiği düzenlenmişse de buna aykırı davranılması yaptırıma bağlanmamıştır. Bu sebeple iş ilişkisinin kurulma aşamasında, haksız fiil sorumluluğundan daha lehe olan ve kaynağını dürüstlük kuralından alan culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Bu sayede sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümleri uygulanabilecektir. Culpa in contrehendo esası gereği, ayrımcılığa maruz kalan kişi haksız fiil hükümlerinden farklı olarak işverenin kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Tazminat davası on yıllık zamanaşımına tabidir (BK md.125). Tazminatın kapsamı ise zarara uğrayanın menfi⁵⁷⁴ zararıdır⁵⁷⁵.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna göre sözleşme kurulmadan önceki dönemde tarafların bir takım davranış kurallarına uyması gerekmektedir. Taraflar arasında kaynağını dürüstlük kuralından alan bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu sorumluluk uyarınca tarafların görüşme aşamasında yanlış bilgi vermemek, elverişsiz koşullar yaratmamak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülüklere aykırı davranılması halinde sözgelimi adayın işe alınacağı hususunda bir güven yaratılmış ve daha sonra sırf cinsiyeti sebebiyle aday işe alınmamışsa ve aday bu güvene bağlı olarak bir takım harcamalar yapmışsa bunların tazmini istenebilecektir. İş görüşmeleri sırasında culpa in contrahendo sorumluluğuna aykırılık halinde maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminat istenmesi de mümkündür (BK. md 49). Zira kişinin cinsiyeti sebebiyle bir işe istihdam edilmemesi onun kişilik haklarını zedeleyen bir durumdur. İş görüşmeleri sırasında ayrımcılık yapılması ayrıca adayın herhangi bir ayrımcılık yapılmayacağına ilişkin güvenini de zedeler⁵⁷⁶.

Şayet işveren verdiği iş ilanında açıkça belirli bir cinsiyet aradığını belirtmiş ise -erkek avukat aranıyor gibi- ve buna rağmen kadın avukat iş için başvuruda bulunmuş ve başvurusu reddedilmiş ise burada culpa in contrahendo hükümlerine başvurulamaz. Bu durumda başvuran kişinin ayrımcılık yapılmayacağına dair güveninden bahsedilemeyeceğinden culpa in contrahendo sorumluluğu doğmaz. Fakat işin

⁵⁷⁴ Bu kapsamda işveren yolculuk giderlerini, bu görüşmeler sebebiyle kaçırılan daha elverişli sözleşme fırsatlarını ya da eski işin kaybedilmesi sebebiyle uğranılan zararları, telefon ve posta giderleri gibi zararları ödeyecektir, YÜKSEL-ONARAN, s. 337.

⁵⁷⁵ TUNCAY, Tebliğ, s.36; YILDIZ, Eşit İşlem, s.325; YÜKSEL-ONARAN, s. 334-335.

⁵⁷⁶ YÜKSEL-ONARAN, s.337-338.

niteliğinin gerektirmemesine rağmen verilen ayrımcı ilana karşı kişi BK. md. 41 ve md. 49 uyarınca maddi ve manevi zararlarının tazmini isteyebilir⁵⁷⁷.

İş ilişkisinin devamı sırasında maddi-manevi tazminat istenip istenmeyeceğine değinmek gerekirse; İş Kanunu madde 5 fıkra 6'da işçinin yoksun kaldığı hakları talep edebileceği de düzenlenmiştir. Bu bağlamda, iş ilişkisinin devamında ya da sona erdirilmesinde ayrımcılığa maruz kalan işçinin malvarlığında bir azalma meydana geliyor ya da kişilik hakları zedeleniyorsa –kapıda yalnızca kadın işçilerin kontrol edilmesi gibi- işçi BK. md 49'un şartları oluşmuş ise manevi ve yine şartları oluşmuş ise BK. md. 96'ya göre maddi tazminat isteyebilir⁵⁷⁸. İş ilişkisi devam ederken ayrımcılığa maruz kalan kişinin haksız fiil hükümleri yerine sözleşmeye aykırılığa dayanması hem daha önce dayandığımız gibi işçinin lehine olduğu için hem de işverenin eşit davranma borcunun sözleşmeden kaynaklanması sebebiyledir⁵⁷⁹.

d. Ayrımcılık Tazminatı

aa. Genel Olarak

Ayrımcılık tazminatı İş Kanunu md.5/f.6'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır”. Maddeden açıkça anlaşıldığı ve daha önce de değindiğimiz üzere iş ilişkisi kurulmadan önceki dönem yaptırma bağlanmamıştır⁵⁸⁰. Tazminat için iş ilişkisinin sona erdirilmesi gerekmez. İş ilişkisi devam ederken bir ihlal meydana gelirse yine tazminat istenebilecektir. Ayrımcılık tazminatının hukuki niteliği medeni cezadır. Yani zarar karşılığı görülen gerçek bir tazminat değildir⁵⁸¹.

Tazminat çıplak ücret üzerinden hesaplanır. Kanunun gerekçesinde bu durum “Maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin "dört aya kadar

⁵⁷⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.338.

⁵⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 552; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.223-224; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 326; YÜKSEL-ONARAN, s. 339, s.341.

⁵⁷⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 223; YÜKSEL-ONARAN, s.340.

⁵⁸⁰ İş ilişkisi kurulmadan önceki dönemde de ayrımcılık yasağının ihlali halinde ayrımcılık tazminatı istenebileceğine ilişkin görüş için bak. GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.610.

⁵⁸¹ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s.983.

ücreti tutarındaki" tazminat için esas olacak ücret "asıl ücret" olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir" şeklinde ifade edilmiştir. Ayrımcılık tazminatı doğrudan ya da dolaylı fark etmeksizin maddede düzenlenen tüm ayrımcılık halleri için geçerlidir. İşverenin niyeti tazminat miktarının belirlenmesinde önemlidir. İhlalin boyutuna göre tazminat miktarına hakim karar verir. Teknik anlamda bir tazminat olmamasından bahisle, işçi herhangi bir zarara uğramasa bile İş K. md.5/f.6'ya dayanarak tazminat talep edebilir. Tazminata ilişkin düzenlemeler nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla işçi yararına iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile arttırılabilir⁵⁸².

Maddede yer alan ayrımcılık tazminatının sınırı eleştirilmektedir. Ayrımcılığın önlenmesi için bir üst sınırın belirlenmesinden ziyade alt sınır konması kanımızca da daha yerindedir. Avrupa Birliği mevzuatında (76/207, 2000/73 ve 2006/54 sayılı yönergelerde) da tazminatın üst sınırının belirlenmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum içinde tazminatın üst sınırının kaldırılması gerekmektedir⁵⁸³.

bb. Ayrımcılık Tazminatının İş Güvencesi ve Kötü Niyet Tazminatlarıyla İlişkisi

İş Kanunu md. 17/f.6'da kötü niyet tazminatı düzenlemiştir. Buna göre iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.

Kötü niyet tazminatı ayrımcılık tazminatı gibi medeni ceza olarak adlandırılmaktadır⁵⁸⁴. Bu iki tazminat da iş sözleşmesinin feshinde gündeme geleceğinden, birbiri ile olan ilişkileri incelenmelidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki kötü niyetin varlığından bahsedilen her hal ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Fakat ayrımcılık yaratan haller de kötü niyetin varlığından söz

⁵⁸² ODAMAN, Serkan, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Cilt:7, Sayı:25, İstanbul 2010, s.34; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s.611; KAYA, s. 169; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 553; SÜZEK, İş Hukuku, s. 415; TUNCAY, Tebliğ, s. 36; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 3329-330.

⁵⁸³ BAKIRCI, İstihdam, s.27; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.196; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s. 611; YENİSEY-DOĞAN, Eşitlik İlkesi, s.77; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 330.

⁵⁸⁴ TUNCAY, Tebliğ, s. 36; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 332.

edilir⁵⁸⁵. Örneğin, işçi mevzuattan doğan haklarını talep için dava açarsa ve bu sebeple işveren işçiyi işten çıkartırsa burada ayrımcılık yoktur fakat kötü niyetli fesih söz konusudur. Diğer taraftan işçinin sırf cinsiyeti ya da gebeliği sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hem ayrımcılık hem de kötü niyetli fesih oluşturur. Bu örneklerden de anlaşılacağı gibi belirtmek gerekir ki ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatı her zaman aynı nedenlerin sonucunda hükmedilen tazminatlar değildir⁵⁸⁶. Her ne kadar İş Kanunu md.5/f.1’de “ve benzeri sebeplerle” ayrımcılık yapılamayacağından bahsedilse de bu benzeri sebeplerin maddede sayılan ayrımcılık yasaklarının niteliğinde olması gerekmektedir. Örneğin işveren aleyhine mahkemeye başvurmak ve benzeri sebepler kapsamında değildir⁵⁸⁷.

Ayrımcılık oluşturan bir nedenle sözleşmesi sona erdirilen işçinin hem ayrımcılık hem de kötü niyet tazminatı isteyip isteyemeyeceği konusunda bir yazara⁵⁸⁸ göre iki tazminattan birinin tercih etmesi durumunda, ayrımcılığı önleme daha zor olacaktır. Hâlbuki her iki tazminatın da ödeneceği kabul edilirse daha fazla tazminata mahkûm olunabileceğinden ayrımcılığı önlemek adına daha elverişli bir uygulama olacaktır. Kanımızca bu düşünceyle ayrımcılık tazminatına getirilen üst sınırın sakıncaları önlenmek istenmektedir. Bununla birlikte yine bu görüşe göre İş Kanunu md.5’de iş ilişkisi sona eren hallerde ayrımcılık tazminatı istenebileceği düzenlenmiştir. Ayrımcılık oluşturan bir nedenle iş sözleşmesinin feshedildiği her hal kötü niyet oluşturacağından kanun koyucunun iradesinin de iki tazminatın birlikte istenebileceği yönünde olduğu söylenebilir. Diğer taraftan İş Kanunu md.5/f.6’da sadece Sendikalar Kanunu md.31 saklıdır denerek diğer tazminatlar kapsam dışında tutulmuştur. Ayrıca kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatının hukuki dayanakları farklıdır. Bu gibi sebeplerle bir görüşe⁵⁸⁹ göre kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı birlikte istenebilir.

Bir başka görüş⁵⁹⁰ uyarınca kötü niyetli feshin nedeni aynı zamanda ayrımcılık oluşturan bir hal ise bu iki tazminata birlikte hükmedilmemelidir. Lehe olan tazminat işçi tarafından tercih edilmelidir. Fakat feshin birden çok nedeni varsa ve bunlardan biri kötü

⁵⁸⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 555.

⁵⁸⁶ Aksi yönde görüş için bak. BAKIRCI, Tazminat, s.116.

⁵⁸⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 332.

⁵⁸⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s.333-334.

⁵⁸⁹ BAYSAL, s.84; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.554; SÜZEK, İş Hukuku, s. 416; YILDIZ, Eşit İşlem, s.333-334.

⁵⁹⁰ BAKIRCI, İstihdam, s. 33; ERTÜRK, Kadın Erkek Eşitliği, s.191; ODAMAN, s. 36.

niyetli feshin şartlarını oluştururken diğerleri ayrımcılık nedeni ise bu halde iki tazminata da hükmedilebilecektir⁵⁹¹. Diğer bir görüş⁵⁹² ise bu halde kötü niyet tazminatının ödenmesi gerekmektedir. Çünkü md.5, md.17'ye göre daha genel nitelikte bir düzenlemedir ve ayrımcılık tazminatı tutarı bildirim süresi 6 ya da 8 hafta olan işçiler için daha azdır. Dolayısıyla, aynı konu için her iki tazminata hükmedilmesinin mümkün olmaması ve tazminatlardan birinin tercih edilmesi gibi bir düzenlemenin de mevzuatta yer almaması sebebiyle kötü niyet tazminatına hükmedilmelidir. Biz fikrimizi iş güvencesi tazminatına ilişkin duruma değindikten sonra belirteceğiz.

İş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesi, geçerli bir nedenle sonlandırılmazsa ve işçinin işe iadesine karar verilirse, işverene işçiyi işe başlatmak ya da başlatmamak konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır. İşveren işe iade kararından sonra işçiyi işe kabul ederse burada iş güvencesi tazminatı istenemeyecekse de şartların sağlanması halinde ayrımcılık tazminatı istenebilecektir⁵⁹³. İş K. md.21'e göre işveren işçiyi işe başlatmazsa bu durumda iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olur⁵⁹⁴. İşte iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesi ayrımcılıkla sonlandırılır ve işverende bu geçersiz fesih neticesinde hükmedilen işe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmazsa, bu durumda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği sorusu gündeme gelecektir.

Kötü niyet tazminatında olduğu gibi iş güvencesi tazminatına hükmedilecek nedenlerle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesine neden olacak sebepler birbirinden farklıdır. Her ne kadar ayrımcılık oluşturan bir nedenle, iş sözleşmesinin feshedildiği her hal iş sözleşmesinin geçerli olmadan feshedilmesi anlamına gelse de, geçerli olmayan her neden ayrımcılık oluşturmaz. Dolayısıyla her iki tazminatın aynı alana ilişkin düzenlemeler olduğu söylenemez. Bir görüşe⁵⁹⁵ göre iş güvencesi tazminatının amacı geçerli olmayan nedenlerle iş sözleşmesi feshedilen işçinin usulüne uygun başvurusuna rağmen işverence işe başlatmaması halinde geçersiz feshi yaptırma bağlamaya

⁵⁹¹ ODAMAN, s. 36.

⁵⁹² ÇELİK, Nuri, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatı Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin sorunlar", Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Anıls: Tazminat), Cilt:4, Sayı:14, İstanbul 2007, s.489; ayrıca bak. KAYA, s. 170; YENİSEY-DOĞAN, Eşitlik İlkesi, s.81.

⁵⁹³ ODAMAN, s. 38.

⁵⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 765.

⁵⁹⁵ BAYSAL, s. 83; ODAMAN, s. 38; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 555; SÜZEK, İş Hukuku, s. 417; YENİSEY-DOĞAN, Eşitlik İlkesi, s.78; YILDIZ, Eşit İşlem, s.335.

ilişkindir. Ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi için mutlaka geçersiz bir nedenle sözleşmesinin feshedilmesi gerekmez. Fesih usullerine uyulmadan sözleşmenin feshedilmesi halinde de bu tazminata hükmedilebilir. Ayrımcılık tazminatı ise ayrımcı davranışın yaptırma bağlanmasıdır. Bu sebeple bu görüşe göre bu iki tazminat birlikte istenebilir. Başka bir görüşe⁵⁹⁶ göre ise iş güvencesi hükümlerine dayanılacaksa ayrımcılık tazminatı istenemez. Zira aynı fiil dolayısıyla iki kere cezalandırılmak adil değildir. Türk Ceza Kanunu md. 44 bu noktada yol göstericidir. Dolayısıyla daha fazla getirisi olan tazminat tercih edilmelidir.

Gerek İş Kanunu md.5/f.6'daki sadece sendikal nedenleri ayrı tutan düzenlemeden gerekse md.5'te iş ilişkisinin sonlandırılmasında ayrımcılık tazminatı istenebileceğine ilişkin düzenlemeden yola çıkıldığında kanımızca iş güvencesi ve kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı birlikte istenebilir. Her şeyden önce, izah ettiğimiz gibi iş güvencesi tazminatı, ayrımcılık tazminatından çok daha farklı esaslara dayanmaktadır. Diğer taraftan iş güvencesine tabi olmayan işçinin ayrımcılık nedeni ile sözleşmesinin süreli olarak sonlandığı her halde kötü niyetin varlığından söz edilir. Bizce kötü niyet tazminatında fesih hakkına yönelik bir koruma mevcuttur. Yani feshin meşru nedenler yapılmaması halinde işveren tazminatla yükümlü tutulmuştur. Ayrımcılıkta ise kişi ya da kişilere yönelik bir koruma mevcuttur. Yani bir kişi ya da bir grubun kişiliklerinden kaynaklanan bir nedenle ayrımcı bir davranışa maruz kalması engellenmek istenmektedir. Dolayısıyla maddelerin birlikte yorumundan ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatının da birlikte istenebileceği sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte iki farklı tazminat ödenmesi ayrımcılığın önlenmesi konusunda da yardımcı olacaktır. Bu konudaki fikir ayrılıklarının giderilmesi bakımından bir yazar⁵⁹⁷ tarafından da ifade edildiği gibi, ayrımcılık tazminatına ilişkin üst sınırın kaldırılması ve fesihte şartlara göre ileri sürülebilecek iş güvencesi tazminatı, kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatının uyumlu hale getirilerek yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

⁵⁹⁶ BAKIRCI, Tazminat, s.118; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.37; ayrıca bak. ÇELİK, Tazminat, s. 494; KAYA, s. 170.

⁵⁹⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s.335.

cc. Cinsel Tacizde Ayrımcılık Tazminatı

İşveren tarafından gerçekleştirilen cinsel taciz ayrımcılık oluşturduğu için işçi diğer hakları ile birlikte İş K. md.5 uyarınca ayrımcılık tazminatı isteme hakkına da sahiptir. Cinsel tacizin önlenmesi adına cinsel taciz halinde daha yüksek bir tazminat verilmesine ilişkin bir düzenlemenin yapılması önerilmektedir⁵⁹⁸. Kanımızca da cinsel tacize ilişkin açık bir düzenlemenin İş K.'da yer alması ve etkili bir yaptırıma bağlanması gerekmektedir.

İşveren dışında bir üçüncü kişi ya da başka bir işçi tarafından cinsel taciz gerçekleştirilmişse işverenin tazminat ödeyip ödemeyeceği konusunda bu durumu bilip bilmemesine göre bir ayrıma gidilmelidir. Şayet cinsel tacizden işveren haberdar edilmiş ve buna rağmen gereken tedbirleri almamışsa bu durumda işveren de cinsel tacizin bir parçası olur ve ondan ayrımcılık tazminatı istenebilir. İşveren gereken tedbirleri alarak cinsel tacizin önlenmesi konusunda yapılacak her şeyi yapmışsa, bu halde işverenden tazminat istenemez. İş K. md.5'in muhatabı işverendir. Yani işveren eşit davranmak ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla işvereni haberdar olmadığı bir cinsel tacizden ya da bir diğer işçinin yaptığı cinsel tacizden sorumlu tutmak mümkün değildir⁵⁹⁹.

Daha önce işveren vekilinin hukuki sorumluluğunun bulunmadığına değinilmiştir. İşveren vekilinin yaptığı işlemler doğrudan işverenin şahsında hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple işveren vekilinin işçiye yaptığı cinsel taciz sebebiyle ayrımcılık tazminatı işverenden istenebilecektir⁶⁰⁰.

e. İş Görmekten Kaçınma

Ayrımcılığa maruz kalan işçinin iş görmekten kaçınabileceği kabul edilmektedir⁶⁰¹. Fakat işçi ancak ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak yapılması istenen o iş için iş görmekten kaçınılabılır ve bunun için de o işi görmesinin artık kendinden beklenemez hale gelmesi gerekmektedir. Örneğin kimsenin yapmak istemediği işler sürekli kadın işçiye yaptırılıyorsa bu durumda işveren yönetim ve talimat verme hakkını Medeni

⁵⁹⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s.114.

⁵⁹⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s.114.

⁶⁰⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s.115.

⁶⁰¹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 225; YILDIZ, Eşit İşlem, s.323; YÜKSEL-ONARAN, s. 348.

Kanun md.2'ye aykırı olarak kullanmış olur⁶⁰². Bu durumda da kadın işçi iş görmekten kaçınabilecektir.

İş görmekten kaçınma hakkı İş Kanunu md.34'te ücreti ödenmeyen işçinin iş görmekten kaçınabileceğine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Fakat eşit davranma ilkesine aykırı davranışlar ve ayrımcılık yasaklarını ihlaller bu madde kapsamında değerlendirilemez. Zira md. 34'te karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan birinin borcunu yerine getirmediği bir hal düzenlenmiştir. Yani birbirini karşılayan borçların varlığına ihtiyaç vardır ki bu iş görme borcu ve ücret ödemedir. İşveren cinsiyet ayrımcılığı yaparak işçiye ücret ödemezse işçi md.34'e dayanabilecekse de ayrımcı talimatlar ve uygulamalar için bu maddeye başvurulamaz. Çünkü iş görme borcundan ve ücret ödemediği farklı olarak, eşit davranma borcu bir yan borçtur⁶⁰³. Dolayısıyla eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde iş görmekten kaçınma Borçlar Kanunu md. 325'e⁶⁰⁴ göre olacaktır. Madde alacaklı temerrüdüne ilişkindir. Alacaklı temerrüdü, alacaklının ifayı haklı sebep olmaksızın kabul etmemesi, ifanın gerçekleşmesi için kendi yapması gereken şeyleri yapmaması ya da kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaması hallerinde söz konusu olur. Borçlar Kanunu md. 325 uyarınca işverenin temerrüde düşmesi halinde işçi iş görmekten kaçınabilir ve buna rağmen ücrete hak kazanır⁶⁰⁵.

İşverenin ayrımcılık yasaklarına uygun davranması gerekirken bunu yapmaması kendi yapması gereken bir şeyi yapmadığı anlamına gelir yani bu halde işveren temerrüde düşer. Zira işverenin işçiyi gözetme borcu vardır. Bu borç gereği işveren işçiyi ruhen ve fiziken korumalıdır. Ayrımcı uygulamaların, talimatların ya da davranışların var olduğu bir ortamda işçinin en önce kişilik hakları zarar görür ve dolayısıyla işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirdiğinden yani yapması gereken bir şeyi yaptığından söz edilemez. Bu sebeple de işveren temerrüde düşer⁶⁰⁶. Söz gelimi işçiden cinsel cazibesini

⁶⁰² TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 229; YILDIZ, Eşit İşlem, s.323.

⁶⁰³ Yargıtay 9. HD, 22.04.2008, 2008/13930 E., 2008/9895 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); YÜKSEL-ONARAN, s.351.

⁶⁰⁴ Mevcut BK. md. 325, yeni BK. md. 408'de düzenlenmiştir. Madde 408'e göre işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesinin kusuruyla engellemesi halinde işverenin işçiye ücret ödemesi gerektiğinden bahsedilmiş, mevcut düzenlemeden farklı olarak işçinin iş görmekten kaçınabileceğinden bahsedilmemiştir.

⁶⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 280; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 323; YÜKSEL-ONARAN, s. 350.

⁶⁰⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 324; YÜKSEL-ONARAN, s. 350.

kullanarak erkek müşterilere daha yakın davranması istenmişse, işçi bu talimata uymayarak bu işi görmekten kaçınabilir⁶⁰⁷.

İşçi iş görmekten kaçınacaksa, kaçınmaya neden olan sebebin ayrımcılık yaratıp yaratmayacağını iyi belirlemelidir. Çünkü işçinin iş görmekten kaçınması halinde işveren iş sözleşmesini feshedebilir. Yargılama sırasında ayrımcılık yasaklarının ihlal edilmediği tespit edilirse ve dolayısıyla işçinin ortada bir neden olmaksızın iş görmekten kaçındığı belirlenirse fesih geçerli hale gelir⁶⁰⁸. Fakat gerçekten ayrımcılık yaratan bir uygulama, talimat ya da davranış söz konusu ise ve bu sebeple işçi iş görmekten kaçınmışsa bu halde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle ya da süreli fesih yoluyla feshedemez. Şayet feshederse duruma göre haksız fesih, geçersiz fesih ya da fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır⁶⁰⁹.

f. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İş Kanunu madde 24/II'ye göre işveren işçisine cinsel tacizde bulunur veya işçi diğer bir işçi tarafından ya da üçüncü bir kişi tarafından işyerinde cinsel tacize uğrar ve bunu işverene bildirmesine rağmen işveren gereken önlemleri almazsa, bu durumda işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşveren işçiyi gözetme borcu gereği onun şahıs varlığını ve vücut bütünlüğünü korumalı işçinin kişilik haklarına saygı gösterilen, ahlaka uygun, güvenilir bir ortamda çalışmasını sağlamalıdır⁶¹⁰. Cinsel taciz tüm bu sayılanların ihlali anlamına gelmektedir. İşverenin gereken tedbirleri almaması ya da bizzat cinsel tacizde bulunması bu sebeple işçiye iş sözleşmesini haklı olarak feshetme hakkı verir. Bu konuya ilişkin bilgiler daha önce verildiğinden aynı noktalara burada değeriendirilmeyecektir.

İş Kanunu madde 24 e bendine göre de işveren işçinin ücretini kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap etmez veya ödemezse bu halde de işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı vardır. Sözgelimi sırf cinsiyeti sebebiyle kanuna ya da sözleşmeye aykırı bir ücret belirlemesi yapılıyorsa işçi sözleşmesini haklı nedenle

⁶⁰⁷ YÜKSEL-ONARAN, s.349.

⁶⁰⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 325.

⁶⁰⁹ YÜKSEL-ONARAN, s.348.

⁶¹⁰ ERTÜRK, Temel Haklar, 87; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 530; KANDEMİR, s. 440; KAPLAN-SENYEN, İş İlişkisinden Doğan Haklar, s.118; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 144; YÜKSEL- ONARAN, s. 274.

feshedebilir⁶¹¹. Ayrıca işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranarak iş şartlarının uygulamazsa işçi İş Kanunu md.24/II-f gereği sözleşmeyi feshedebilir⁶¹². Bunlar dışında md.24/II-f'ye girebilecek kapsamda ve ağırlıkta olan her hal işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı verir.

2. Cezai Yaptırımlar

Türk Ceza Kanunu madde 122'de ayrımcılık suçu⁶¹³ düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan; c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.

Ayrımcılık suçunun faili Ceza Kanunundaki düzenlemeye göre tüzel kişiler olamaz ancak gerçek kişiler olabilir. Zira TCK madde 60'da madde 122'ye değinilmediğinden ayrımcılık suçunu işleyen tüzel kişilere güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple bir şirket ayrımcılık yaratacak uygulamaları benimserse idareciler ya da temsilciler hakkında yaptırım uygulanabilecekken, şirket hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir⁶¹⁴.

Düzenlemede kişinin işe alınmasında ya da alınmamasında veya ekonomik bir faaliyette bulunmasında ayrımcılık yapılmasının ayrımcılık suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir. İş Kanunu md. 99'da İş Kanunu md.5'e aykırı davranılması halinde idari para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 15/f.3'e göre, bir fiil hem kabahat hem de suç oluşturuyor ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Bu sebeple TCK md.122 kapsamına giren bir suç için İş K. md.99 ayrıca uygulanmaz.

⁶¹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 552.

⁶¹² “İşveren diğer işçilerin ücretlerine zam yaptığı halde davacı ücretlerine zam yapmamak suretiyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı davacının ısrarına rağmen bu eylemini sürdürdüğü; bu nedenle hizmet akdini davacının **feshetmekte haklı** olduğu sonucuna varıldığından...”, Yargıtay 9. HD, 01.11.2004, 2004 / 8671 E., 2004 / 24558, (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁶¹³ Bu suç için daha detaylı bilgi için bak. YENİDÜNYA, s.97 vd.

⁶¹⁴ YENİDÜNYA, s.103; YILDIZ, Eşit İşlem, s.343.

Suç kasıtlı işlenmelidir yani bu suç taksirle işlenemez. Diğer taraftan maddede sayılan “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce... ve benzeri nedenlerle” bu suçun işlenmesi gerekmektedir. Suçun oluşması için belirli nedenlere dayanan saik arandığından suçun olası kasıt ile işlenmesi de mümkün değildir⁶¹⁵. Dolaylı ayrımcılıkta işveren ya da işveren vekilinin ayrımcılık yapma niyeti ile hareket etmemesi sebebiyle TCK md. 122 kapsamında sorumlu tutulmaları mümkün değildir⁶¹⁶.

Failin tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı ayrımcılık suçunu işlemesi halinde zincirleme suç meydana gelir ve buna göre TCK madde 43/f.2 uygulanarak ceza artırımına gidilir. TCK madde 122’de hapis veya adli para cezası yaptırım olarak düzenlenmiştir. Yani seçimlik yaptırım düzenlenmiştir. Adli para cezasına ilişkin alt ya da üst sınır düzenlenmediğinden TCK madde 52’ye göre belirleme yapılacaktır. Suçun kovuşturması re’sen gerçekleştirilecektir. Bu suç sulh ceza mahkemesinin görev alanına girmektedir⁶¹⁷.

Ceza Kanununda yer alan bu madde caydırıcı olmaması sebebiyle eleştirilmektedir⁶¹⁸. Tüzel kişilerin kapsam dışında olması ve bu sebeple özellikle sistematik bir şekilde ayrımcılık yapan tüzel kişilere yaptırım uygulanamaması önemli bir eksikliktir. Ayrımcı uygulamaların önlenmesi adına bu eksikliğin giderilmesi gerekmektedir⁶¹⁹.

Cinsel taciz ve cinsel saldırı suçuna daha önce değinildiğinden burada tekrar değinilmeyecektir.

3. İdari Yaptırımlar

İş Kanunu madde 99/f.1-a’ya göre İş Kanunu madde 5’e aykırı davranan işveren veya işveren vekili bu durumdaki her işçi için idari para cezasına çarptırılır. Ayrımcı mücadele para cezası arttırılmalı ya da işyeri kapatma cezası verilmelidir⁶²⁰. İş Kanunu madde 99’da öngörülen bu idari yaptırıma itiraz için Kabahatler Kanunu md.3’ün

⁶¹⁵ YENİDÜNYA, s.111-112; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 344.

⁶¹⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 344.

⁶¹⁷ YENİDÜNYA, s.114, YILDIZ, Eşit İşlem, s. 345.

⁶¹⁸ YENİDÜNYA, s.115.

⁶¹⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 343-344.

⁶²⁰ BAKIRCI, İstihdam, s. 27; GÜLMEZ, Ayrımcılık, s. 612.

gereği, aynı kanunun 27. maddesine göre tefhim ya da tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde, yetkili sulh ceza mahkemesine başvurulur.

B. İspat Yüğü

1. Genel Olarak

İş Kanunu madde 5'in son fıkrasına göre "20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkrâ 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".

İş Kanununun gerekçesinde belirtildiği gibi Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanabilmesi ispata ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Avrupa Birliği mevzuatında ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin yapılmasıyla ayrımcılık yapıldığı iddiası ile davalar açılmaya başlanmış fakat ayrımcılığın ispatı zor olduğundan davaların çoğu başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bunun üzerine komisyon ispata ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kısaca Adalet Divanının ayrımcılığın ispatında kabul ettiği yola değinmek gerekirse; davacı öncelikle ayrımcılığa maruz kaldığını yeterli şekilde ortaya koyan vakıaları sunmalıdır. Bu aşamadan sonra davalı ayrımcılığın objektif bakımdan meşru olduğunu ispat etmelidir. Bu söz konusu farklı uygulamanın aslında haklı bir temele dayandığına ilişkindir⁶²¹.

İş Kanunu madde 5'te 20. maddenin saklı kaldığından söz edilmiştir. Bu sebeple iş güvencesinde ispata kısaca değinmek gerekmektedir. İş güvencesi hükümlerindeki düzenleme uyarınca iş güvencesinin şartlarının sağlandığı hallerde ispat yükü işverene yüklenmiştir. Dolayısıyla iş güvencesi hükümlerinin uygulanacağı bir ilişkide ayrımcılık yasakları ihlal edilmişse feshin geçerli bir nedene dayandığını işveren ispat edecek; buna karşılık işçi cinsiyet, gebelik vs. gibi işverenin iddia ettiği nedenden başka bir nedenle sözleşmesinin feshedildiğini iddia ederse bu halde İş Kanunu md. 20 gereği ispat yükü

⁶²¹ ÖZDEMİR, İspat, s.219 vd.

işçiye geçecektir⁶²². İşçi bu durumda ayrımcılık yasaklarının ihlal edildiğine yönelik güçlü emareler ortaya koyacak ve bu halde ispat yükü işverene geçecektir.

İş güvencesinin tabi olduğu bu hal dışında, madde 5’te yer alan genel düzenlemeye göre aykırılığın ispatı işçiye aittir. Fakat işçinin ispat sorumluluğu md.5’in ihlal edildiğini güçlü bir biçimde ortaya koymakla sınırlıdır. İşveren ise buna karşılık eşit davranma borcunu ihlal etmediğini ispat etmelidir. Her ne kadar ispat yükü tamamen işverene bırakılmamışsa da işçi için hafifletilmiş bir ispat yükü benimsenmiştir⁶²³. Bunun sebebi işçinin kullanması gereken ispat vasıtalarının genellikle işverenin elinde olmasıdır. Dolayısıyla kesin olarak ihlalin varlığını ortaya koymak işçi için oldukça güçtür. İşyerinde çalışan erkek sayısının kadın sayısına göre oldukça fazla olması, terfi eden erkeklerin oranının kadınlara göre fazla olması, ayrımcı ilanlar, diğer işçi tanıkları gibi olgular somut olayın niteliğine göre ayrımcılığın ispatında kullanılabilir⁶²⁴.

İşçinin madde 5’in ihlal edildiğine ilişkin yeterli kanı oluşturacak ispat vasıtalarını ortaya koymasından sonra işveren eşit davranma ilkesine aykırı hareket etmediğini ispat edecektir. Yani ispat yükü işverene geçecektir. İşveren yaptığı işlemin esas sebebinin ne olduğunu açıklayarak, bunun eşit davranma borcunu ihlal etmediğini ortaya koymalı, bunun içinde işlemin altında yatan sebebin ve işlemlerle ulaşılmak istenen sonucun objektif, haklı, akla uygun ve amaçla uygulanan araçların orantılı olduğunu ortaya koymalıdır⁶²⁵. Belirtmek gerekir ki İş Kanunu md.5’te yer alan ispata ilişkin kurallar 97/80 sayılı yönergeyle uyumludur⁶²⁶.

Fesihle ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunan ve bu iddiasını varlığını kuvvetli şekilde ortaya koyan işçi, şayet iş güvencesine tabi ise fesih sırasında bir neden göstermek

⁶²² “İşverenin, dayandığı fesih sebebinin geçerli (veya haklı)olduğunu uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyması, kanıt yükünü yerine getirmiş sayılması bakımından yeterlidir. Ancak bu durum, uyumsuzluğun çözümlenmesine yetmemektedir. Çünkü yasa koyucu işçiye başka bir olanak daha sunmuştur. Eğer işçi, feshin, işverenin dayandığı ve uygun kanıtlarla inandırıcı bir biçimde ortaya koyduğu sebebe değil, başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu başka sebebi kendisi kanıtlamakla yükümlüdür. İşçinin işverenin savunmasında belirttiği neden dışında, iş sözleşmesinin örneğin sendikal nedenle, **eşitlik ilkesine aykırı olarak**, keza keyfi olarak feshedildiğini iddia ettiğinde, işçi bu iddiasını kanıtlamak zorundadır”, Yargıtay 9. HD, 14.04.2008, 2008/9760 E., 2008/8359 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553; YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 981;YILDIZ, Eşit İşlem, s. 300.

⁶²³ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 981;YILDIZ, Eşit İşlem, s. 300.

⁶²⁴ YÜKSEL-ONARAN, s. 358-359.

⁶²⁵ GÜLMEZ, s. 614; KANDEMİR, s. 423; KESER, s.70; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 239; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 301; YÜKSEL-ONARAN, s. 360.

⁶²⁶ OZDEMİR, İspat, s.219.

zorunda olan işveren bu nedenin altında yatan sebebin yukarıda değindiğimiz gibi objektif ve makul bir sebep olduğunu ve ulaşmak istediği amacın ayrımcılık gütmediğini ispat etmelidir. Şayet işçi iş güvencesine tabi değilse bu durumda işveren fesih sırasında bir neden göstermek zorunda değildir. Fakat işçi md.5'in ihlal edildiğini güçlü bir şekilde ileri sürerse bu durumda işveren feshin gerçek nedeninin ayrımcılık yasağını ihlal etmeyen bir sebep olduğunu ispat etmelidir. Gerek fesih hallerinde gerekse diğer işlemlerde işveren maddede belirtilen ayrımcılık nedenlerine yönelik bir şeyi ispat etmek durumunda değildir. Söz gelimi işçi gebe olması sebebiyle ayrımcılığa maruz kalıyor ise işveren kadının gebe olup olmadığına ilişkin bir ispattan ziyade yapılan işlemin temelinde ayrımcı bir işlem olmadığını objektif, makul bir sebeple ya da işin veya işletmenin gereği yapıldığını ispat etmelidir⁶²⁷.

Kendisine farklı bir işlem yapıldığını ileri süren işçi, bu ihlalin varlığını kuvvetli bir şekilde ortaya koyarken, kendisine göre farklı işlem yapıldığını iddia ettiği kimselere ilişkin bir ispatta bulunmak zorunda olup olmadığı da incelenmelidir. Sözgelimi, işçi kendisi ile aynı ya da benzer işi yapan işçilere nazaran daha düşük ücret ödendiğini iddia etmiş ise kendisiyle aynı ya da benzer işi yapan fakat farklı ücret alan işçi ismen mahkemeye bildirilmeli midir? Bu halde bizim de katıldığımız görüşe göre, günümüzde çalışan işçilerin birbirlerinin ücretlerini bilmeme olasılıkları bir hayli yüksektir. Dolayısıyla isim bildirmediği için işçinin iddialarını dinlememek yerine işçinin ihlali gösteren yeterli ağırlıkta maddi vakıaları ortaya sürmesi yeterli kabul edilmelidir⁶²⁸.

2. Doğrudan ve Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığında İspat

Cinsiyeti sebebiyle doğrudan ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden ve işçi o cinsiyete mensup olmasaydı o işlemin kendisine uygulanmayacağı konusunda maddi vakıaları ileri sürmelidir⁶²⁹. Buna karşılık olarak da işveren söz konusu uygulama ile bir ayrımcılık yaratılmadığını veya bu farklı uygulamanın yerinde olduğunu objektif verilerle ispat etmelidir⁶³⁰.

⁶²⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 302.

⁶²⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 303.

⁶²⁹ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 993; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 311; YÜKSEL-ONARAN, s. 362.

⁶³⁰ OZDEMİR, İspat, s. 225.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında ise daha öncede belirttiğimiz gibi doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak, yapılan işlem değil sonuçları ayrımcılık yaratmaktadır. Bu sebeple dolaylı ayrımcılıkta görünürde objektif olan işlemin sonucunun belirli bir cinsiyeti daha fazla etkilediği işçi tarafından ortaya konmalıdır. Bu etkinin ispatı istatistiksel ve niceliksel verilere dayanılarak yapılabilir. Bundan sonra ispat yükü işverene geçer. İşveren bu halde söz konusu düzenlemenin işletmenin ya da işyerinin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik veya işin niteliğinden kaynaklanan objektif, haklı ve makul bir düzenleme olduğunu ispatlamalıdır. Yani burada işveren söz konusu uygulamanın ayrımcılıktan uzak olduğunu ispat ederek, uygulamayı haklılaştırmalıdır⁶³¹. Fakat Adalet Divanı bunu da yeterli görmemiş, işverenin daha az ayrımcılık yaratacak ya da hiç ayrımcılık yaratmayacak bir uygulamayı uygulayıp uygulamayacağını da araştırmıştır⁶³².

İspat için işçinin birtakım bilgilere ulaşması oldukça zordur. Ücret bordroları veya işyerinde kaç işçi çalıştırıldığı mahkeme tarafından istenirse işverence ibraz edilmelidir. Bu bilgilerin yorumlanması ve bir cinsiyeti daha fazla etkilediğinin gösterilmesi ise işçinin yükümlülüğündedir⁶³³. Diğer taraftan istatistiki veriler her sektör için geçerli değildir. Ayrıca bu veriler tek ispat yolu da değildir. Somut olayın özelliklerine göre başkaca ispat yollarının kullanılması ve sosyal gerçeklerin ortaya konmasıyla da ayrımcılık ispat edilebilir⁶³⁴.

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında ispat için karşılaştırma yapılacak bir işçi grubuna ihtiyaç vardır. Zira görünürde objektif olan bir uygulamanın bir cinsiyete tabi işçileri daha olumsuz etkilediği ileri sürüldüğünde, daha az etkilenen grubun belirlenmesi gerekir. Karşılaştırma yapılacak grubun yeterli sayıda işçiden oluşması ve eşit değerde iş yapıyor olması gereklidir. Aksi takdirde objektif bir sonuca ulaşılamaz. Hukukumuzda kıyas yapılacak işçi grubu işverenin işletmesi ile sınırlıdır. Bu önemlidir çünkü işverenin eşit davranma borcuna aykırılıktan bahsediliyorsa, “o işverenin” işlemleri dikkate alınmalıdır. Her işyeri ücret belirlenmesinde ya da çalışma koşullarında farklılık gösterir. Bu doğaldır zira farklı işverenlerin aynı işletmesel kararları almaları

⁶³¹ ÖZDEMİR, İspat, s. 222 ve s. 225; YENİSEY-DOĞAN, Avrupa Birliği, s.14; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 311; YÜKSEL-ONARAN, s. 362.

⁶³² ÖZDEMİR, İspat, s.226.

⁶³³ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 994; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 311-312.

⁶³⁴ YENİSEY-DOĞAN, Metodoloji, s. 995.

beklenemez. Bu sebeple karşılaştırmada farklı işverenin işçilerini dikkate almak yanlış sonuçlara götürebilir⁶³⁵.

Görünürde objektif olan bir uygulamanın bir cinsiyeti diğerine nazaran daha belirgin şekilde aleyhte etkilemesi gerekmektedir. Avrupa Birliği uygulamalarında ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçi ile karşılaştırma yapılan grup arasındaki, uygulamadan etkilenme farkının çok büyük bir fark olması aranmamaktadır. Fark az olsa bile belirli bir süre devam ediyorsa ayrımcılığın varlığı kabul edilmektedir⁶³⁶.

C. Zamanaşımı

İş Kanunu madde 5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatı İş Kanununda özel bir zamanaşımına tabi tutulmamıştır. Bu tazminat Borçlar Kanunu madde 126'da bahsedilmediğinden, 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir⁶³⁷ (BK. md. 125). Zamanaşımı ayrımcılık tazminatına neden olacak fiilin yapılmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Eşit davranma ilkesine aykırı davranılması sonucunda bir ücret alacağı oluşmuşsa bu durumda zamanaşımı beş yıldır. Her ücret alacağı için zamanaşımı ücretin doğduğu tarihten yani ödeme tarihinden itibaren başlar⁶³⁸.

⁶³⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s.313.

⁶³⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s.313.

⁶³⁷ Yargıtay 9. HD, 15.06.2010, 2008/33389 E., 2010/18803 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 15.04.2010, 2010/8170 E., 2010/10776 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011); Yargıtay 9. HD, 17.09.2009, 2008/6448 E., 2009/23296 K., (www.hukukturk.com, 04.07.2011).

⁶³⁸ ÇELİK, İş Hukuku, s. 153; SÜZEK, İş Hukuku, s. 327; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 498; ULUCAN/EYRENCİ/TAŞKENT, s. 137.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu madde 5'te düzenlenen ayrımcılık yasakları ile istihdamın her aşamasında cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmıştır. Bu düzenleme ile sadece doğrudan cinsiyet ayrımcılığı değil, görünüşte nötr olup uygulandığında sonuçları ile bir cinsiyet aleyhine sonuçlar doğuracak dolaylı ayrımcılık da yasaklanmıştır. Yani maddeye göre istihdamın her aşamasında doğrudan ya da dolaylı olarak cinsiyet ayrımcılığı yapılamaz. Ayrıca ücret dolayısıyla cinsiyet ayrımcılığı yapılması da sadece eşit iş için değil eşit değerde iş için de yasaklanmıştır. Bu düzenleme uluslararası mevzuatla uyumludur.

Ayrımcılık yasaklarına aykırı davranılması halinde işveren ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlü olur. Her ne kadar işe alım aşamasında cinsiyet ayrımcılığı yapılması İş K. md.5/f.3'te yasaklanmışsa da maddede yaptırıma bağlanmamıştır. Doktrinde bu halde culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmektedir. Bu ikiliğin giderilmesi için iş ilişkisinin kurulma aşamasının da maddede düzenlenerek bu halde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmelidir. Diğer taraftan ayrımcılık tazminatının üst sınırının belirlenmesi de uluslararası mevzuatla ve ayrımcılık yasaklarının önlenmesi amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu sebeple üst sınırın kaldırılması ve ayrımcılığın etkin bir yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Cinsiyet sebebiyle ayrımcılık kişinin cinsiyeti gibi değiştirmesi mümkün olmayan, kişiliğinden kaynaklanan bir sebeple farklı bir uygulamaya maruz kalması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kişinin kişiliğine yönelik böyle bir ihlale maruz kalması durumunda etkin bir yaptırım mekanizmasıyla korunması gerekmektedir.

Ayrımcılık yaratan bir sebeple sözleşmenin feshedilmesi aynı zamanda işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli veya geçersiz fesih oluşturur. Ayrımcılık tazminatı sebebiyle işverenin sorumlu tutulması, kötü niyet tazminatı ya da iş güvencesi tazminatına hükmedilmesinin temelindeki nedenden farklıdır. Bu sebeple fesihte ayrımcılık yapılması halinde ayrımcılık tazminatı diğer tazminatlarla birlikte istenebilmelidir. Mevcut düzenlemenin fikir ayrılıklarına sebebiyet vermemesi için İş K. md.5 ile fesih halinde istenebilecek diğer tazminatlara ilişkin düzenlemelerle bağlantısının kurulması gerekmektedir.

Ayrımcılığın önlenmesi adına günümüze kadar pek çok düzenleme yapılmıştır. Cinsiyet sebebiyle ayrımcılığa maruz kalanlar daha çok kadınlardır. İstihdamın her aşamasında kadınlara yönelik ayrımcılık yapılması sadece ülkemizde görülen bir sorun değildir. Bu durum adeta dünya ülkelerinin sorunudur. Veriler göstermektedir ki kadınların istihdama katılması her ülkede erkeklere nazaran oldukça düşüktür. Yapılan düzenlemeler kadınların istihdama katılmalarını arttırsa da tek başına yeterli değildir. Zira yeterli olsaydı bu sorun günümüz sorunları arasındaki yerini korumazdı. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin yanında kadına yönelik önyargıların da değiştirilmesi gerekmektedir. Bu kalıplaşmış düşüncelerin bir anda yıkılması elbette zordur. Fakat eğitimle bu düşüncelerin yıkılması mümkündür. Bu sebeple de ayrımcılığın önlenmesi için etkin yasal düzenlemelerin yanı sıra kadınların eğitim hayatına katılmalarını engelleyen faktörlerin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Önyargıların değiştirilmesi sürecinde fırsat eşitliğinin sağlanması için olumlu ayrımcılık politikalarının benimsenmesi de gerekmektedir. Çalışma hayatında erkeğin adeta bir basamak arkasında olan kadının bu durumunun eşitlenmesi için geçici bir süre kadın lehine ayrımcılık yapılması gerekmektedir. Her ne kadar burada da bir cinsiyete yönelik ayrımcılık söz konusuysa da bu var olan eşitsiz durumun ortadan kaldırılması için yapılan bir ayrımcılıktır. Bu eşitsizlik ortadan kalkınca olumlu ayrımcılık uygulamaları da son bulmalıdır. Aksi takdirde eşitliği sağlama amacıyla eşitsizlik yaratılmış olur.

Ayrımcılığın önlenmesi ve kadınların çalışma hayatında daha fazla yer alması demokratik bir toplumun oluşturulması bakımından önemli olduğu gibi, ekonomik kalkınmanın sağlanması için de gereklidir. Ayrımcılığın önlenmesi için kanunumuzda çalışmamızın başından beri değindiğimiz gereken düzenlemelerin yapılması ve önyargıların kaldırılması gerekmektedir.

Kadının istihdama daha fazla katılması için Avrupa Birliğinin esnek istihdam politikalarına gösterdiği önem ülkemizde de gösterilmelidir. Zira esnek çalışma daha çok kadınlar tarafından tercih edilen bir modeldir. Bu sayede kadınlar çalışma hayatları ile ev hayatlarını dengeleme fırsatı bulmaktadır. Özellikle kadının ailesel sorumluluklarını aksatmaması gerektiği inancı yaygınken ve bu inanç ancak uzun vadede değişebilecekken, kısa vadede kadının çalışma hayatında yer alması bu esnek çalışma politikalarıyla olacaktır. Torba kanunda yer alan evden çalışma ve uzaktan çalışma gibi esnek çalışma modellerinin sonradan

metinden çıkartılması haklı olarak eleştirilmektedir⁶³⁹. Bizce de atipik istihdam modellerinin yasal düzenlemelerle koruma altına alınması bu alanlarda çalışan kadınların korunmaları ve bu çalışmaların yaygınlaştırılarak kadınların istihdama katılmalarının sağlanması bakımından önemlidir.

⁶³⁹ SÜRAL, Torba Kanun, s.13.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- ACAR, Feride: “Kadınların İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi Ve Ayrımcılığın Önlenmesinde Uluslar arası Standartlar”, Hukukta Kadın Sempozyumu, Düzenleyen: T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü İle Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma Ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü, Ankara 2000, s.45-60.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Eşitlik İlkesi”, Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, İstanbul 1999, s.79-95.
- ALTAN, Z. Ömer: Kadın İşçiler Ve Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması, Eskişehir 1980.
- ANIL, Ela/ İLKKARACAN, Pınar/ KILIÇ, Züla/ RONGE, Karın/ SERAL, Gülşah/ ÜLGEN, Tuluğ, Pekin+5: Birleşmiş Milletler’de Kadının İnsan Hakları Ve Türkiye’nin Taahhütleri, http://www.wwhr.org/files/2_7.pdf, (04.07.2011).
- ARASLI, Oya: “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Anayasada Ve Yasalarda Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara 2000, s.45-56.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner: 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku- Özel Hükümler, 7. Basıdan Tıpkı Bası 8. Bası, Ankara 2007.
- ATAMER, M. Yeşim: “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Türk İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği Sorunu”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.913-936.
- Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği: Avrupa Birliği Ve Eşitlik-İstihdamda Eşit Fırsatlar, Ankara 2000.
- AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları (Anlış Kişilik Hakları), Eskişehir 2002.
- BAKIRCI, Kadriye: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin İnsan Hakları” (Anlış: Kadın İşçiler), Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, Cilt III, Ankara 2006, s. 358-366.
- BAKIRCI, Kadriye: “Sexual Harassment Of Working Women In The United Kingdom” (Anlış: Sexual Harassment), Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1058-1075.
- BAKIRCI, Kadriye: İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz (Anlış: Cinsel Taciz), İstanbul 2000.
- BALKIR, Z. Gönül: Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, Kocaeli 2009.

BERKİ, Nermin: “ Kadın Ve Erkek Bakımından Eşit Değerde İşe Eşit Ücret” , Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, Ankara 1977, s.29-37.

BLANPAIN, Roger: European Labour Law, Twelfth Revised Edition, Hollanda 2010.

CANIKLIOĞLU, Nurşen: “Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler Ve Mağduriyetin Giderilmesi İçin Başvurulabilecek Yollar”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, İstanbul 2006, s.643-700.

CENTEL, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri (Anılış: İş Hukuku), Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010.

ÇELİKEL, Aysel: “AB Ve Türkiye’de Kadın İstihdamının Önündeki Engeller Ve Çözüm Önerileri- II. Oturum (anılış: Kadın İstihdamı), Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s. 69-72.

ÇELİKEL, Aysel: Türkiye’de Kadın Sorunları Paneli, İnsan Hakları Hukuku Ve Kadın (Anılış: Panel), İstanbul 2003, s. 143-145.

ÇELİKEL, Aysel: “Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması Ve Eşitlik İlkesinin Yorumu”(Anılış: Eşitlik İlkesi), Değişen Dünyada İnsan, Hukuk Ve Devlet, Edip F. Çelik’e Armağan, İstanbul 1995, s.92-99.

EDİZ, Zerrin: Kadınların Tarihine Giriş -Hititlerden Günümüze-, İstanbul 1995.

ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler Ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği (Kadın Erkek Eşitliği), Ankara 2008.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar (Anılış Temel Haklar), Ankara 2002.

European Economic And Social Comitee: Women And The Labour Market, Labour Market Observatory Section For Employment Social Affairs And Citizenship, 2008, <http://www.eesc.europa.eu/resources/docs/eesc-2009-04-en.pdf>, (04. 07. 2011).

EYRENCİ, Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 239-262.

GÖREN, Zafer: Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Biçimi), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İzmir 1998.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Bursa 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Anayasa Hukuku- Anayasa Metni Ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Anılış: Anayasa Hukuku), Son Değişikliklerle Güncelleştirilmiş 16. Bası, Ankara 2010.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme Ve Yargılama Yöntemi, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası, Ankara 2007.
- GÜNDÜZ, Remzi/ GÜLTAŞ, Veysel: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar, Ankara 2008.
- GÜLMEZ, Mesut: İnsan Hakları Ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması Ve Türkiye (Anılış: Ayrımcılık), Ankara 2009.
- HİRSCH, Ernst: “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler, Ankara 1972, s.3-13.
- KANDEMİR, Murat: “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s.415-444.
- KANTARCIOĞLU, Fulya: “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s.53-63.
- KAPANİ, Münci: İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Ankara 1991.
- KAPLAN, E. Tuncay: “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması” (Anılış: Fesih), Prof Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1224-1238.
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay: “Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları Ve Korunması” (Anılış: İş İlişkisinden Doğan Haklar), Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98-123.
- KARAN, Ulaş: Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı Ve Eşitlik Kurumları, Ankara 2009.
- KAYA, Pir Ali: Avrupa Birliği Ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Bursa 2009.
- KORAY, Meryem/ DEMİRBİLEK, Sevda/ DEMİRBİLEK, Tunç : Gıda İşkolunda Çalışan Kadınların Koşulları Ve Geleceği, Ankara 1999.
- KURNAZ, Şefika: Cumhuriyet Öncesinde Türk Kadını, Ankara 1991.
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21. Baskı, Ankara 2010.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.

- MOROĞLU, Nazan: “AB Ve Türkiye’de Kadın İstihdamının Önündeki Engeller Ve Çözüm Önerileri (Anılış: İstihdam Engelleri) - II. Oturum, Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s.87-94.
- MOROĞLU, Nazan: “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi Ve Ek İhtiyari Protokol” (Anılış: Kadınların İnsan Hakları), Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s. 881-908.
- MOROĞLU, Nazan: “Avrupa Birliği Antlaşmalarında Ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği İle İlgili Düzenlemeler” (Anılış: Avrupa Birliği), Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara 2000, <http://www.tukd.org.tr/dosya/AvrupaBirligiAntlasmalarindaveYonergelerindeKadinErkekEsitligi.doc>, (04.07.2011).
- NEWELL, Helen: “Industrial Relations Developments In Europe 2006”, Luxembourg 2007, <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2007/34/en/1/ef0734en.pdf>, (07.04.2011).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2009.
- ÖDEN, Merih : Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2009.
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü Ve Araçları, İstanbul 2006.
- PUR, Necla: Türkiye’de Kadın Sorunları Paneli, İnsan Hakları Hukuku Ve Kadın, İstanbul 2003, s.170-175.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008.
- SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.
- SUR, Melda: “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu” (Anılış: Çalışma Hayatında Kadın), Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s. 65-71.
- SUR, Melda: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler (Anılış: Uluslararası Kaynaklar), İzmir 1995.
- SÜRAL, Nurhan: “Anti-Discrimination Rules And Policies In Turkey” (Anılış: Anti-Discrimination), Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s.675-701.
- SÜRAL, Nurhan: Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri Ve Türkiye”(Anılış: UÇÖ), Hukukta Kadın Sempozyumu, Düzenleyen: T.C Başbakanlık Kadının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü İle Gazi Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma Ve Uygulama Merkezi Müdürlüğü, Ankara 2000, s.124-166.

- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku (Anılış: İş Hukuku), 6. Baskı- Tıpkı Basım, İstanbul 2010.
- SÜZEK, Sarper: “İşçinin Yetersizliği Veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”(Anılış: Geçerli Fesih), A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 567- 576.
- SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi (Anılış: Askıya Alınma), Ankara 1989.
- ŞENEL, Alaeddin: Eski Yunanda Eşitlik Ve Eşitsizlik Üstüne, Ankara 1970.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Son Değişikliklere Göre, 9. Bası, İstanbul 2009.
- TANÖR, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978.
- TAŞKENT, Savaş: “İş Sözleşmesinin İptali Nedenleri” (Anılış: İptal Nedenleri), Prof Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982, s. 169-181.
- TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı (Anılış: Yönetim Hakkı), İstanbul 1981.
- T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Ve Sorunları Genel Müdürlüğü : Bankacılık Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık, Çalışma Yaşamında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık: Bankacılık Sektöründe Örnek Olay İncelemesi, Ankara 2000.
- T.C. Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı: Çalışma Hayatı İstatistikleri 2009, Ankara 2010.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku- Özel Kısım, Ankara 2009.
- TUNCAY, A. Can: Toplu İş Hukuku (Anılış: Toplu İş Hukuku), 2. Bası, İstanbul 2010.
- TUNCAY, A. Can,: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”(Anılış: Tebliğ), İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu - Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 21-38.
- TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Anılış: Eşit Davranma İlkesi), İstanbul 1982.
- Türkiye İstatistik Kurumu: Hanehalkı İşgücü İstatistikleri 2009, Ankara 2009.
- TÜRKTAN, Gülden: “AB Ve Türkiye’de Kadın İstihdamının Önündeki Engeller Ve Çözüm Önerileri- II. Oturum, Kadın İstihdamı Zirvesi, İstanbul 2006, s.75-79.
- TÜSİAD: Kadın-Erkek Eşitliğine Doğru Yürüyüş: Eğitim, Çalışma Yaşamı Ve Siyaset, Yayın No. TÜSİAD- T/2000-12/290, İstanbul 2000.

TÜTEK, Hülya: “Dünyada Ve Türkiye’de Kadın Yöneticiler: Cam Tava Deliniyor mu?”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s. 241-260.

ULUCAN, Devrim/ EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2010.

USAL, Z. Oya: Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri Ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul 2006.

YILDIZ, G. Burcu: “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu Ve Ayrımcılık Yasağı” (Anılış: İş Sözleşmesinin Feshi), Prof Dr Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, s.837-871.

YILDIZ, G. Burcu: İşverenin Eşit İşlem yapma Borcu (Anılış: Eşit İşlem), Ankara 2008.

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

SÜRELİ YAYINLAR

ARTUK, M. Emin: “Cinsel Taciz Suçu”, Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, <http://www.calimatoplum.org/sayi11/artuk.pdf>, (04.07.2011).

ASLAN-ALTAN, Şengül: “Çalışma Yaşamında Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği”, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi, Yıl:3, Sayı: 11-12, <http://kamyon.politics.ankara.edu.tr/dergi/belgeler/kydd/54.pdf>, (04.07.2011).

ATA, Namık: “Türkiye’de Kadınların İşgücüne Katılma Oranı Erkeklerin Ancak Üçte Biri Kadardır”, İşveren, C.44, S.4, Ankara 2006, s. 18-21.

ATALAY, İ. Orkun: “İstanbul Sanayi Odası’nın Belirlediği Türkiye’nin İlk 1000 Büyük Sanayi Kuruluşu Arasında Yer Alan Bazı Şirketlerin İş Başvurusu Formlarının Etik Kriterler Bakımından Değerlendirilmesi”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2006, İstanbul 2010.

AYDIN, Ufuk: “İşyerinde Cinsel Taciz Ve İş Sözleşmesinin Feshi” (Anılış: Cinsel Taciz), Eskişehir Barosu Dergisi, Yıl 2006, Sayı: 9, <http://www.eskisehirbarosu.org.tr/files/D09.pdf>, (04.07.2011).

BAKIRCI, Kadriye: “İstihdamda Cinsiyetlerarası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”(Anılış: İstihdam), Sicil, Yıl: 2, Sayı: 8, İstanbul 2007, s.22-40.

BAKIRCI, Kadriye: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları Ve Kötü niyet Veya Sendikal Tazminat İle Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi” (Anılış: Tazminat), Sicil, Yıl:1, Sayı:2, Haziran 2006, s.114-121.

- BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:7 Sayı: 25, İstanbul 2010, s.60-99.
- BERBER, Metin/ YILMAZ-ESER Burçin: “Türkiye’de Kadın İstihdamı: Ülke Ve Bölge Düzeyinde Sektörel Analiz”, “İş, Güç”, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Nisan 2008, s.2-16.
- ÇELİK, Nuri: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar Ve Kıdem Tazminatı Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin sorunlar”, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Anılış: Tazminat), Cilt:4, Sayı:14, İstanbul 2007, s.486-496.
- DİNÇ, Meryem: “Çalışma Hayatında Kadın İle İlgili Hukuki Düzenlemeler”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/636.pdf>, (04.07.2011).
- DİNÇKOL, Bihterin : “Kadın- Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4 Sayı: 8, 2005/2, s.101-117.
- EKONOMİ, Münir: “Kadın İşçilerin Gebelik Ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2009/3, <http://calismatoplum.org/sayi22/ekonomi.pdf>, (04.07.2011).
- ERALTUĞ-KÖKKİLİNÇ, Ayşegül: “Avrupa Birliği Hukuku’nda Ebeveyn İzni”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:9, İstanbul 2006, s.112-132.
- ERGİN, Hediye: “Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası” nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:14, Cilt: 4, İstanbul 2007, s.655-664.
- ERGİN, Berrin: “Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar- Taciz Ve Çalışma Hayatı”, Sicil Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 7, İstanbul 2007, s.145-164.
- “Gender Employment”: http://www.ilo.org/employment/AreasOfWork/lang--en/WCMS_DOC_EMP_ARE_GEN_EN, (04.07.2011).
- GÜLMEZ, Mesut: “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?” (Anılış: Avrupa Sosyal Şartı), Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2007/1, <http://www.calismatoplum.org/sayi12/Gulmez2.pdf>, (04.07.2011).
- HAVELKOVA, Barbara: “Competences Of The “Union” and Sex Equality: A Comparative Look At The European Union And United States”, Michigan Law Review, <http://www.michiganlawreview.org/articles/competences-of-the-union-and-sex-equality-look-at-the-european-union-and-the-united-states>, (04.07.2011).

- İNCEOĞLU, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/inceoglu.pdf>, (04.07.2011).
- KESER, Hakan: “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri Ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş, Cilt:7, Sayı:3, Ankara 2004, s37-71.
- KORAY, Meryem: “Çalışma Yaşamında Kadın Gerçekleri”, Amme İdaresi Dergisi, s.93-122, yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDU0MDU2MDUw, (04.07.2011).
- MAKAL, Ahmet: “Türkiye’de Erken Cumhuriyet Döneminde Kadın Emeği”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2010/2, <http://calismatoplum.org/sayi25/makal.pdf>, (04.07.2011).
- MOON, Gay: “Multiple discrimination – problems compounded or solutions found?”, <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multipliediscrimination.pdf>, (04.07.2011).
- MOROĞLU, Nazan: “Avrupa Birliği Anlaşmalarında Ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği” (Anılış: Kadın Erkek Eşitliği), Sicil, YIL:1, Sayı: 4, İstanbul 2006, s.209-216.
- ODAMAN, Serkan: “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Cilt:7, Sayı:25, İstanbul 2010, s.32-40.
- ÖZDEMİR, Erdem: “Ücret Artışında Eşitlik Ve Adalet”(Anılış: Ücret), Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sayı: 5, İstanbul 2007, s.253- 263.
- ÖZDEMİR, Erdem: “İş Yerinde Cinsel Taciz” (Anılış: Cinsel Taciz), Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/ozdemir.pdf>, (04.07.2011).
- ÖZER, H. Duygu: “Doğum İzninin İşçinin Kıdemine Ve Ayrıca İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2009/2, <http://calismatoplum.org/sayi21/ozer.pdf>, (04.07.2011).
- ÖZKUZUKIRAN, Şule: “Sorunun Çözüm Noktası: Eğitim”, İşveren, C.44, S.4, Ankara 2006, s.37-39.
- SOYSAL, Tamer: “Uluslar arası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf>, (04.07.2011).
- SÖZER, A. Nazım: “Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık Ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, Sicil, Yıl: 1, Sayı: 2, Haziran 2006, s.184-206.
- SÜRAL, Nurhan: “Torba Kanunun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri”, Sicil, Yıl: 6, Sayı: 21, İstanbul 2011, s. 5-14.

TARCAN, Nurseli: “Avrupa Sosyal Şartı’ndan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, Sicil, Yıl:1, Sayı:4, İstanbul 2006, s.217-236.

“Türkiyede Kadın İstihdamının Durumu”: <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/wstat2009.pdf>, (04.07.2011).

ULUCAN, Devrim: “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi Ve Uygulaması”, Kamu-iş, Cilt:5, Sayı: 3, Ankara 2000, s.191-202.

URHAN, Betül/ ETİLER, Nilay: Sağlık Sektöründe Kadın Emeginin Toplumsal Cinsiyet Açısından Analizi”, Çalışma Ve Toplum Dergisi,2011/2, <http://calismatoplum.org/sayi29/urhan-etiler.pdf>, (04.07.2011).

UŞAN, Fatih İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır?”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:8 İstanbul, 2005, s.1623-1632.

YENİDÜNYA, Caner: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, Çalışma Ve Toplum Dergisi, 2006/4, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenidunya.pdf>, (04.07.2011).

YENİSEY-DOĞAN, Kübra :“Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”(Anılış: Avrupa Birliği), <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf> , (04.07.2011).

YENİSEY- DOĞAN, Kübra: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı” (Anılış: Eşitlik İlkesi), Çalışma Ve Toplum- Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2006/4, <http://www.calismatoplum.org/sayi11/yenisey.pdf>, (04.07.2011).

YENİSEY-DOĞAN, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi” (Anılış: Metodoloji), Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl:2005, Sayı:7, 973-1003.

