

Ayrımcılık Nedir, Ne Değildir?

Eşitlik ve Eşit Davranma İlkesi

İş hukukunun önemli konularından biri de ayrımcılıktır. Malumdur ki işçi ve işverenin bulunduğu iş yaşamında “ayrımcılık” konusu da çokça yer alabilmektedir. Ayrımcılık temelde; ‘cinsiyet ayrımcılığı ve ücret ayrımcılığı’ ekseninde yoğunlaşmış olsa da yargı kararlarına yansıyan örnekler bakıldığında ‘ırk ayrımcılığı, dil ayrımcılığı, din ayrımcılığı, engelli birey ayrımcılığı, köken ayrımcılığı’ gibi ayrımcılık çeşitleri de mevcuttur. Ayrımcılık konusunda bir şeylerden bahsetmek için öncelikle bazı kavramları anlamak ve onları irdelemek gerekmektedir. Bunlardan ilki eşitlik olarak göze çarpar.

Eşitlik

Eşitlik mevzuu doktrinde temelde 3’e ayrılmaktadır

- **Şekli Eşitlik**

Şekli eşitlik, genel ve soyut nitelikte olan kanunların, herkese eşit şekilde uygulanması anlamına gelmektedir. Bu kavram “kanun önünde eşitlik” olarak da ifade edilebilir. Doktrinde, İsrail ve Foubert ile Tobler, şekli eşitliği Aristo’nun eşitlik düşüncesinden hareketle, kişilerin farklılıkları göz önüne alınmaksızın “eşit olanlara eşit davranılması” biçiminde ifade eder. Şekli eşitlik ilkesi, Aristo’nun denkleştirici adalet düşüncesine karşılık gelmektedir. Modern iş hukukunun eşitlik ilkesi ve ayırım yasalarına verdiği önemin temelinde de bu birtakım atmaktadır. Temel hedeflerinden biri Avrupa Birliği mevzuatına uyum olan 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ile 1475 sayılı yasa döneminde işveren borçlarından biri olan eşitlik ilkesi, iş hukukunun temel özelliklerinden biri haline gelmiştir.

- **Maddi Eşitlik**

Şekli eşitlik düşüncesi, kişiler arasında eşit olanlara eşit işlem yapılmasının adaletle uygun olduğunu belirtmekle yetinir; bununla birlikte kişiler arasında haklar ve yükümlülükler bakımından eşitliğin sağlanması, onların her yönüyle benzer ya da eşit olmaları durumunda mümkün olabilir. Şekli eşitlik ilkesi çerçevesinde, kanun koyucu tarafından herkese eşit haklar tanınmışsa da, kişiler arasında tam bir eşitlik bulunmadığından, içerisinde buldukları durumlar, kişisel özellikleri, tercihleri gibi onları birbirlerinden farklılaştıran birtakım nedenlerle eşitliği bozan sonuçlarla karşılaşabilmektedirler. Bu durumda şekli eşitlik ilkesini destekleyecek başka bir ilkeye ihtiyaç vardır; o da maddi eşitlik ilkesidir.

Eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında da “maddi eşitlik ilkesi” temelinde değerlendirilmiştir: “Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez”.

- **Sosyal Eşitlik**

Sosyal eşitlik ilkesi, sosyal adalet kavramıyla yakından ilişkilidir. Sosyal adalet, her bireye kendi yetenek ve değerine göre değil, herkese bütünü bir üyesi olarak düşen hak ve ödevlerin ne olduğunu belirler.

İrdenmesi ve anlaşılması gereken bir diğer konu da; eşit davranma ilkesidir.

Eşit Davranma İlkesi

Ayrımcılık konusuna geçmeden önce ikinci incelenmesi gereken ve İş Kanunu’nun 5.maddesinde belirtilen kavram eşit davranma ilkesidir.

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukuku alanında ortaya çıkan şeklidir. 4857 sayılı Kanununun 5. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ifade edilen , “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz” hükmü içerik olarak esasen bugüne kadar uygulanan eşit davranma ilkesinin kanuna adapte edilmiş olmasından öte bir yenilik getirmemektedir. Bugüne kadar süre gelen uygulamalarda işverenin eşit işte çalışan işçilere eşit işlem yapma yükümlülüğü sadece kanunda sayılan nedenler ya da gruplar için değil onları da kapsayacak daha geniş bir ilke olarak kabul edilmektedir. Eşit davranma ilkesini çok katı uygulamak çeşitli sıkıntıları da beraberinde getireceğinden bahisle iş hukukunda eşit davranma borcu işverenin kendisine yakın bulunduğu veya çalışmalarından ve veriminden memnun olduğu bir işçisine farklı işlem yapmasını, örneğin daha fazla ücret ya da ikramiye verilmesini yasaklamamaktadır. Eşit davranma borcu çerçevesinde işverenden beklenen “eşit durumda olanlara” eşit davranmaktır. İş hukukunda genel eşit davranma ilkesi ancak bir işçinin işverenin iradi olarak yerine getirmiş olduğu edimlerden (örneğin yılbaşı ikramiyesi) keyfi olarak mahrum edilmemesini ya da farklı işleme tabii tutulacak gruplar oluşturulurken işverenin keyfi davranmasını engellemektedir.

İş ilişkisinde işverenin yönetme ilkesi gereği bazı işçiler arasında ayırım yapması doğaldır. Ancak bu ayırım; işçilerin somut yetenek ve nitelikleri doğrultusunda olmalıdır. Aksi takdirde tamamen aynı şartlar ve niteliklere sahip olan işçiler arasında herhangi bir nedenle ayırım yapılması İş Kanunu 5. maddenin ihlali anlamına gelir.

Ayrımcılık ve Ayrımcılık Yasağı Kavramları

Ayrımcılık

Ayrımcılık, Anglo-Amerikan kökenli olup ilk bakışta “fark gözetme” veya “farklı davranış” olarak ele alınmalıdır. Ayrımcılık sözcüğü, “bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karıştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark” anlamındadır. Ayrımcılık yapmak öncelikle, ayırmak, iki şey arasında bölüşüm yapmak eylemini

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

ifade eder. Hukuk dilinde ayırım yapmak ise, bir kişinin herhangi bir niteliğine dayanılarak keyfi ya da haksız bir davranışta bulunulması ve bu suretle mağdur edilmesi anlamını taşır. Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kanunda yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, etnik köken, siyasal düşünce, din, felsefi inanç gibi nedenlerden birine dayanılarak, bir kişi ya da kişi grubuna, aynı ya da benzer konumda olduğu diğer kişilere göre keyfi olarak eşit davranmamak ya da onları mağdur etmek anlamına gelmektedir.

Ayrımcılık hukuk dışı farklı bir davranışı belirtir. Bu da doğal olarak haksızlık ögesini ortaya çıkardığı, daha sonra bizi eşitliğe götürdüğü ileri sürülebilir. Başka bir anlatımla ayrımcılık kavramındaki haksızlık ögesi, eşit davranma ilkesinin ihlalinde görülmektedir. Eşit olmayan tüm davranışlar ayrımcılığın varlığını gerektirmez. Nesnel nedenler yoksa ayrımcılık ortaya çıkar. Aksi halde sübjektif farklılıklar ayrımcılığa, sonuç olarak da hukuka aykırılığa neden olur ki böyle bir yaklaşım biçimi benimsenemez.

Ayrımcılık Yasağı

Türk iş hukukunda eşitlik ilkesi geleneksel olarak eşitlere eşit davranılması biçimindeki şekli eşitlik anlayışına dayanmaktadır. Şekli eşitlik anlayışı modern iş hukukunda ayrımcılık yasağı biçiminde ifade edilmiştir. Avrupa Birliğinin ayrımcılık yasağına ilişkin normlarına bakıldığında özellikle cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağına ilişkin normların gerisinde, toplumdaki bütün bireylerin toplumsal cinsiyetin temelinde yatan rol ve ihlallerden uzak, bireysel yetenekleri ortaya koyma şansı veren, fırsat eşitliğine dayalı bir toplum hedefi bulunmaktadır. Böyle bir toplum hedefinin sağlanmasında şekli anlamda eşitlik anlayışı yeterli değildir.

İş Kanunu m. 5/3'de cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılık yanı sıra dolaylı ayrımcılığı da yasaklamış, ancak bu kavramları tanımlamamıştır. Bir işçi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, *örneğin*; cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Doğrudan ayrımcılıkta işveren kararının gerisinde kanun tarafından yasaklanan bir ölçüt bulunmaktadır. *Örneğin*; işe alma ya da işten çıkarma kararı işçinin hamile olması, kadın ya da erkek olmasından kaynaklanmaktadır. Dolaylı ayrımcılık hallerinde ise görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işlemi, bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz biçimde etkilemektedir. Dolaylı ayrımcılık yasağı ile görünenin ötesine geçerek, tarafsız görünen ölçütler arkasındaki ayrımcı olgular kavranmaya çalışılmaktadır. *Örneğin*; işverenin belirli bir ortalamanın üzerindeki işçileri işe alacağını açıklaması halinde işe almada uygulanacak ölçüt boy olmasına ve bunun cinsiyetle görünürde bir ilgisi bulunmamasına rağmen, bu boy şartını erkeklerin sağlama olanağı kadınların sağlama olanağına göre ciddi anlamda daha yüksekse, boy koşulunun ortaya koyulması dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabilir.

İş Kanunu'nun ilgili hükmünde belirtildiği gibi ayrımcılık yasağı vardır, her ne kadar açıkça tanımlanmış olmasa da bu durum yasayla sabittir.

İş Kanunu Madde 5 - Eşit davranma ilkesi

- *İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

- İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.
- 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.
- Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.
- İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.
- 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.
- 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

İşyeri içerisinde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinin ispatı işçiye aittir. Bunun yerine eşitlik ilkesine aykırı davranıldığına ilişkin güçlü bir kanaat yaratılması madde gereği öngörülen yaptırımları uygulamak için yeterlidir.

Eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar; iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma, aynı işyerinde bulunma, işyerinde topluluk bulunması ve zaman birlikteliğidir. Zaman birlikteliğinden anlatmaya çalıştığımız, işçi kendisinden önce çalışan başka bir işçinin iş koşulları açısından eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia edemez.

Eşitlik ilkesi ayrıca biyolojik farklılıklardan doğabilecek eşitsizlikleri de önlemeyi amaçlamıştır. Örneğin; cinsiyet farklılığı veya hamilelikten dolayı yapılacak ayırım eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine ilişkin 5.maddesi emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılmaz. Aksine ilişkin sözleşmelerde yer alan hükümler geçersizdir. Bu anlatılan eşit davranma yükümlülüklerine aykırı davranması halinde işveren -uygulamada ayrımcılık tazminatı olarak da adlandırılan bu tazminat- işçiye ödemelidir. Ayrımcılık tazminatı İş Kanunu'ndaki diğer alacak türlerinden farklıdır. Ayrımcılık tazminatı alınması kıdem veya ihbar talebini engellemez. Ayrımcılık tazminatı başlı başına başka bir tazminat türüdür.

Ayrımcılık tazminatı için ücret, kıdem ve ihbar gibi giydirilmiş ücret üzerinden değil, çıplak ücret üzerinden hesaplanır. Ayrımcılık tazminatının istenmesi 10 yıllık zamanaşımına tabidir. İşten çıkarılan işçi işe iade davası açmış ve mahkeme işe iadesine ve işe başlatmama tazminatına hükmetmişse, bu durumda işçi ayrımcılık tazminatı talep edemez.

İşverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığı ve işçilere çeşitli nedenlerle farklı işlem yaptığı durumlarda bu durumu işçi kanıtlamakla yükümlüdür. Ancak işçi ayrımlığın varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda bu defa işveren böyle bir ayrımlığın var olmadığını kanıtlamak durumundadır.

Ayrımcılık Yaşığı ve Ayrımcılık Kavramları

Doğrudan Ayrımcılık: Yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek kişiler ile kamu ve özel tüzel kişilerin; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, ulusal köken, etnik köken, cinsel kimlik, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, hemşericilik, hamilelik, sağlık durumu, engellilik, yaş ve benzeri temellere dayalı olarak, düzenlenen hak ve özgürlüklerden, karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade eder. Örneğin; kamu hizmeti verilen bir yerde, belirli bir ırka ya da cinsiyete hizmet verilmemesi, bir istihdam edilme faaliyetinde, engelli ya da kadın bireyin işe alınmaması gibi uygulamalar birer doğrudan ayrımcılık halidir.

Dolaylı Ayrımcılık: Kamu tüzel kişileri ile özel gerçek ve tüzel kişilerden kaynaklanan ve görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bir gerçek veya tüzel kişinin veya topluluğun, düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasıdır. Bir eylem, işlem veya uygulamanın nesnel olarak haklılaştırılabilmesi için, meşru bir amaca sahip olması ve ölçülü olması gerekir. Dolaylı ayrımcı uygulamalarda çoğu halde ayrımcılık farklı davranmaktan değil, aynı davranmaktan kaynaklanan bir haldir. Örneğin; bir iş yerinde asansör varken, engelli işçinin merdivenleri kullanarak üst kattaki bölümlerde çalışmasının istenmesi, zorlanması dolaylı ayrımcılık örneğini teşkil etmektedir. Burada engelli birey, engelli olmayan bireylerin fiziksel kapasitelerinin elverdiği bir hareket biçimine zorlanarak dezavantajlı hale getirilmektedir.

Taciz: Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, düşmanca, onur kırıcı, aşağılayıcı veya saldırganca bir ortam yaratan veya kişi tarafından bu şekilde addedilen ve istenilmeyen her türlü davranıştır. Taciz ayrımcılıkla birlikte anılan bir durumdur, tacizin aşırıya kaçması ve sınıflandırmaya yönelik olması ayrımcılık halini bize gösterir.

Ayrık tutma: Bir eylem veya eylemsizliğin sonucu olarak bir kişinin veya kişilerin diğerlerinden ayrılması durumudur. Ayrık tutma halinde, ayrık tutmanın meşru bir amacı yoksa veya amaca ulaşmak için kullanılan araçlar oranlı ve gerekli değilse, eylem ayrımcılık teşkil eder. Örneğin; engelli işçiler için yaşam alanı oluşturup başka hiç kimseyle onların görüştürülmemesi ayrık tutma halidir.

Mağdurlaştırma: Eşitlik ilkesine uyulmasını talep eden veya kanunlarda yasaklanan tutum ve davranışlara karşı şikâyette bulunan, şikâyette bulunması ihtimali bulunan veya bu şikâyet süreçlerine katılan veya katılması ihtimali bulunan kişiler ile bu kişileri temsil edenlerin, bu talep ve şikâyetler nedeniyle maruz kaldıkları her türlü olumsuz tutum ve davranışı ifade eder.

Ayrımcılık Talimatı: Bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin bir kamu görevinin icrasıyla ilgili olarak emri altındakilere verdiği ayrımcılık yapma talimatını ifade eder.

Makul Uyumlaştırma: Makul uyumlaştırma, engelli kişiler açısından, işveren veya her hangi bir kişi ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri alması anlamına gelmektedir.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

- Uyumlaştırmayı sağlama yükümlülüğü altında olan tarafın, buna ihtiyacı olan kişinin durumu hakkında bilgilendirilmiş olması gerekir,
- Uyumlaştırmının makul, başka bir deyişle yürütülecek faaliyetle ilişkili olması ve uyumlaştırma yükümlülüğü altında olan taraf bakımından aşırı bir yük getirmemesi gerekir,
- Uyumlaştırmının üçüncü kişiler açısından faaliyetlerin gerçekleştirilmesini önemli ölçüde güçleştirmemesi gerekir,
- Uyumlaştırmının imkânsız olmaması gerekir.

Makul uyumlaştırma için, tekerlekli sandalyeli kişilerin işyerlerine erişimi için düzenlemelerin yapılması, çalışma saatlerinin ayarlanması, ofiste kullanılan araçların onların kullanabileceği şekilde ayarlanması, görevlerin çalışanlar arasında tekrar dağıtılması gibi örnekler verilebilir.

Çoklu Temelde Ayrımcılık: Çoklu temelde ayrımcılık, “çoklu ayrımcılık” veya “kesişen ayrımcılık” olarak da anılmaktadır ve bir kişinin birden çok temelde ayrımcılığa uğraması durumunu ifade eder. Çoklu temelde ayrımcılık bir kişinin farklı alanlarda farklı temelde ayrımcılığa uğraması ile gerçekleşebileceği gibi, bir kişinin tek bir olayda birden fazla temelde ayrımcılığa uğraması şeklinde de gerçekleşebilir. *Örneğin;* bir kişi hem siyahi hem de engelli olduğu gerekçesiyle işe alınmıyorsa çoklu temelde ayrımcılık söz konusudur.

İstisnalar

Ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak belli şartlar altında kişiler arasında farklı muameleye izin verilebilmektedir. **İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında** din veya inanç, yaş, engellilik ve cinsel yönelim temellerinden biriyle ilgili bir özelliğe dayalı farklı bir muamelenin var olabileceği belirtilir. Bu durumda söz konusu özellik eğer söz konusu işe ilişkin faaliyetlerin ya da bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle gerçek ve belirleyici bir mesleki şartsa, güdülen amacın meşru ve aranan şartın orantılı olması kaydıyla, farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. *Örneğin;* Nelson Mandela ile ilgili çekilecek bir filmde o rol için sadece siyah bireylerin başvurabileceğine dair bir ilan verilebilir. Ancak burada izin verilen farklı muamele, mesleğin veya işin gerektirdiği niteliklerden başka bir neden üzerine inşa edilemez. Belirtilen örnekte kişinin eşcinsel olmaması gerektiğine dair bir ilan ayrımcılık oluşturacaktır.

Bir istisna da **İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında** yer alır; dini kuruluşlar söz konusu olduğunda, üye devletler mevcut ulusal yasal hüküm ve uygulamalarını muhafaza edebileceklerdir. Dini kuruluşlar ve ibadethanelerin faaliyetleri ya da bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği bağlamın niteliği sebebiyle, bir kişinin dininin veya inancının söz konusu kuruluşun değerler sistemi bakımından gerçek, meşru ve haklı bir mesleki şart olması söz konusu olabilir. Direktifte, bu gibi durumların ayrımcılık teşkil etmeyebileceği ifade edilmiştir. *Örneğin;* bir camide görev yapmak üzere işe alınacak kişinin başka bir dine mensup olması nedeniyle tercih edilmemesi, bu düzenleme bağlamında ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.

Ayrımcılıkta İspat Yükü

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

İş Kanununun 5/son 'a göre; 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere, işverenin 5. madde hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispatlayacaktır. İspat yükü işçiye yüklenmiş olsa da, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatla yükümlüdür. Sendikalar Kanunu m. 31/7, iş güvencesinden yararlanmayan bir işçinin sendikal nedenle sözleşmesinin sona erdirildiği yolundaki iddiasında ispat yükünü özel biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu, Borçlar Kanununa tabi işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanunu 18,19, 20 ve 21. Maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davalarda ispat yükümlülüğü işverenedir. Bu halde işveren feshin sendikal nedene dayanmadığını ispatlamak zorundadır. Oysa iş güvencesine tabi iş sözleşmeleri açısından, feshin gerisinde bir sendikal ayrımcılık yattığını iddia eden işçi iddiasını ispatla yükümlüdür.

İş Kanunu 20/2 maddesine göre; feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatlamak zorundadır. İş Kanunu 5/son maddesine göre, 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcılık yapıldığı iddiasında ise işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Sendikal nedenler de işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında olup, İş Kanunu 5/1 maddede belirtilen "ve benzeri sebepler" arasında değerlendirilebilir. O halde işverenin geçerli bir nedenle sözleşmeyi feshettiği iddiası karşısında işçi feshin sendikal nedene dayandığını iddia ediyorsa, işveren geçerli nedenlerini gösterdikten sonra işçi feshin gerisinde yatan asıl nedenin sendikal nedenler olduğu ihtimalini güçlü bir biçimde ortaya koyduğunda, işveren böyle bir nedenin bulunmadığını ispatla yükümlü olacaktır.

Sendikal tazminata hükmedilmesi için salt tanık beyanlarıyla yetinilmesi doğru değildir. Bu konuda karar verilebilmesi için işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihe yakın tarihlerde kaç işçinin işine son verildiği, bunların kaçının işçinin üyesi bulunduğu sendikaya üye olduğu, kaçının sendikayla ilişkisinin bulunmadığı, fesih tarihine yakın bir tarihte toplu iş sözleşmesi yapmak üzere sendikal bir faaliyetin olup olmadığı, toplu iş sözleşmesi prosedürü başlatılmış ise hangi safhada bulunduğu hususlarının açık ve kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Görüldüğü üzere bu halde de bir ayırım ihtimalinin güçlü bir biçimde ortaya konması aranmaktadır.

Ayrımcılığın Varlığının İspatı

Mağdurun cinsiyeti yüzünden kendisine doğrudan ayrımcılık yapılmış olduğunu ispat etmesi zor olabilir. İddia sahibinin gösterdiği olgulardan hareketle, ayrımcılık meydana gelmiş olabileceği varsayılabilir ise, aksini ispat etme yükü faile düşer. Belirli kurallar veya uygulamaların belirli bir grup üzerinde orantısız bir etki yaptıklarını ispat etmenin gerekli olduğu dolaylı ayrımcılık iddialarında ispat yükünün bu şekilde kaydırılması özellikle faydalıdır. Bir dolaylı ayrımcılık karinesi oluşturmak için, davacının, farklı muamelenin genel şeklini kanıtlayan istatistikî verilere dayanması gerekebilir. Aynı prensip doğrudan veya dolaylı ayrımcılık vakalarında eşit ölçüde geçerlidir. Bir iddiayı ispatlamak için gerekli bilgiler fail olduğu iddia edilen kişinin elinde bulunduğundan, ayrımcılık yasağı hukukunda ispat yükünün fail olduğu iddia edilen kişi ile paylaşılmasına izin verilir. İspat yükünü paylaşma ilkesi AİHS'de ve AB hukukunda iyice yerleşmiştir. Bu husus AİHM içtihatlarıyla açıklanmıştır. AİHM içtihatları, diğer bölgesel ve küresel insan hakları koruma mekanizmalarıyla birlikte, insan hakları ihlal iddialarının kanıtlanması bakımından daha genel olarak ispat yükünün paylaşılmasını kabul etmiştir.

Ayrımcılık Çeşitleri

Ayrımcılık çeşitleri temelde cinsiyet ve ücret ayrımcılığına dayanmaktadır. Ancak ülkemiz ve dünyadaki konjonktür düşünüldüğünde çok farklı ayrımcılık çeşitleri olabilmektedir. İlk olarak inceleyeceğimiz ayrımcılık çeşidi kadın-erkek eşitliğine aykırı biçimde yapılan bir ihlal olan cinsiyet ayrımcılığı.

Cinsiyet Ayrımcılığı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş ilişkisinin kurulmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; "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."

İşe alma aşamasında ayrımcılığın yasaklandığı bir diğer durum ise 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi olup, söz konusu madde uyarınca; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz."

Cinsiyet ayrımcılığı, temelde kadın-erkek ayrımıyla başlar. Bu ayrım kişilerin doğum piyangosuna göre hayatta var olma durumlarına göre ayrıştırır. Yani siz sadece kadın olarak doğmuş olduğunuz için veya aynı şekilde erkek olarak doğduğunuz için ayrıma uğruyorsunuzdur.

İş yaşamının devamında ayrımcılık söz konusu iken, bir de işe alım sürecinde ayrımcılık mevcut olmaktadır, şöyle ki; alınacak işçinin iş bilgisinin dikkate alınmadan sadece belirli fiziki yapısına göre işe alınması diğer potansiyel işçiler için ayrımcılık oluşturmaktadır. Bu genelde Avrupa hukukunda fazlaca tartışılmış bir konu olmakla birlikte ayrımcılık olduğuna dair Türk iş hukuku doktrininde de görüşler mevcuttur. Ancak, belirtmek gerekir ki, ayrımcılık teşkil ettiği iddia olunan kararın, eylemin, işlemin hukuka uygunluğu halinde ilanda ayrımcılığa yönelik ifadelerin yer alması ayrımcılık yasağının ihlali olarak düşünülmemelidir. Yani, eğer işverenin farklı işlem yapmasını gerektirecek bir durum var ise; ilanda cinsiyetin belirtilmiş olması ve ilanda belirtilen cinsiyete sahip kişi ile iş sözleşmesinin yapılması, diğer cinsiyetteki adaylar için ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemelidir.

Kadın doğası gereği doğum yapabilir bir canlıdır, kadının gebe olması ve bu yüzden ona ayrımcılık yapılması, *örneğin*; sırf hamile olduğu için işten çıkarılması yerel mahkeme kararlarında da mevcut olduğu üzere, haksız fesih teşkil etmektedir.

Bir diğer ayrım ise cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık olmaktadır. Bu da şöyle gelişmektedir. Kişiler doğdukları cinsiyette hayatlarını idame ettirmek zorunda değildir. Çeşitli şekilde cinsel tercihlerini değiştirebilmekte ve ona göre hayatlarını sürdürebilmektedir. Bu da çalışılan işyeriyle alakalı bazı sorunları gündeme getirebilmektedir. Bunun en önemli noktası ayrımcılığa yaşanır. Sırf cinsel yönelimleri ve cinsel tercihleri sebebiyle kişinin işe yaşamının sorgulanması ve farklı davranışlara maruz bırakılması ayrımcılığa esas teşkil eder.

Öğretide, Avrupa Adalet Divanı'nın cinsiyet ayrımı yasağını sadece iki cinsten birine mensup olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlı olarak yorumlamadığı, cinsiyet değiştirmeden

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

kaynaklanan ayrımları da bu kavram içinde değerlendirdiği göz önünde bulundurularak, İş Kanunu'nda yer alan cinsiyet ayrımı yasağının salt iki cinsi değil, cinsiyet değiştirenler ile cinsel eğilimleri farklı olanları da içereceği, isabetle ifade edilmiştir. İş Kanunu'nda, her ne kadar cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık “doğrudan” ve “dolaylı” açıdan yasaklanmışsa da, bu kavramlar tanımlanmamıştır. Tanımlanmıyor oluşu bu durumun hukuki bir yola gidilmesine engel olmamakla birlikte, hukuki bir düzenlemeye gerek olduğunun göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pozitif Ayrımcılık

Tabi bazı ayrımcılıklar da -pozitif ayrımcılık- gibi gerekli gördüğümüz bir ayrımcılıktır. *Örneğin;* kadınların gece çalışmalarını düzenleyen veya sanayi, tünel, maden gibi yerlerde kadınların çalışmasını yasaklayan düzenlemeler kabul edilmektedir. Bu hakkaniyetli ve olması gereken bir ayrımdır. Ancak buradaki düzenleme pozitif bir düzenleme olduğu için kabul edilebilirdir.

Bu noktada “olumlu (pozitif) ayrımcılık” hususuna da değinmek yerinde olacaktır. Olumlu ayrımcılık uygulamasında, fırsat eşitliği sağlayabilmek için bir grup lehine yapılan ayrımcılık söz konusu olsa da, güdülen amaç yapılan bu ayrımcılığı makul kılmaktadır. Amaç, lehine ayrımcılık yapılan grubun geçmişte aruz kaldığı haksız ayrımcı davranışlar nedeniyle meydana gelen eşitsizlikleri ortadan kaldırmaktır.

Anayasa'nın 10. Maddesinde; “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” Öğretide, bu düzenleme ile devlete aktif bir görev yüklendiği, bu düzenleme çerçevesinde devletin olumlu ayrımcılık niteliği taşıyan düzenlemeler getirip, uygulamalara yer verebileceği belirtilmiş ancak işveren açısından pozitif ödevlerin kadını koruyucu düzenlemeler ile sınırlandırıldığı ifade edilmiş, ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma ilkesi somutlaştırılırken negatif ayrımcılık yasaklarına yer verilmekle yetinildiği vurgulanmıştır.

Adalet Divanı uygulamasında cinsiyetin görülecek iş için belirleyici olduğu mankenlik, yapılacak işten etkilenecek bireylerin temel haklarını koruma amacı taşıyan hasta bakıcılık ya da gardiyanlık, yapılan işin biyolojik açıdan kadınlar için tehlike yarattığı yer altı ve su altı işlerinde kadın istihdam edilmesi ya da edilmemesi işin niteliğinden kaynaklanan uygulamalar olarak kabul edilmektedir. İşlerin niteliğinin veya biyolojik nedenlerin zorunlu kılmasının yanında, yasal düzenlemeler nedeniyle de işe alımda cinsiyet esaslı farklı işlem yapılması zorunluluğu doğabilmektedir. *Örneğin;* İş Kanunu'nun 85. maddesinde kadınlarla on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işlerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabileceğinin yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmış ve söz konusu Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin 1 no'lu ekinde yer alan listede kadınların çalışabileceği ağır ve tehlikeli işler gösterilmiştir. Yönetmelikte kadınların çalıştırılabileceği işler dışında yer alan bir iş içi erkek işçi aranması ve istihdam edilmesi ayrımcılık oluşturmayacaktır. Bu durumda, gerek “işin niteliğine ilişkin nedenlerin” veya “biyolojik nedenlerin” zorunlu kılması nedeniyle, gerekse kanuni bir düzenlemenin gereği olarak farklı bir işlemin yapılması söz konusu olduğunda, yapılacak ilanda “erkek” veya “kadın” şeklinde belirtilecek ifadelerin kullanılmasının ve iş sözleşmesinin bu doğrultuda kurulmasının ayrımcılık teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu 5/3 maddesinde, işe alınmada cinsiyet ayrımcılığının söze konu olabilmesi için, sırf ilanda ayrımcı ifadelerin kullanılmış olması başlı başına yeterli olmayıp, kendisine cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapıldığı iddiasında olan kişinin başvuruda bulunmuş olmasının yanında, kişinin bu başvurusunda samimi ve ciddi olması da aranmalıdır.

Ücret Ayrımcılığı

İkinci inceleme alanımız; ücret ayrımcılığı. Temelde cinsiyet ayrımcılığına dayalı ücret ayrımcılığı söz konusu olmasına rağmen, bazen de sırf bazı özel sebeplerin varlığı ücretin bir diğer kişiye göre az ödenmesi haline neden olabilir. Bu da aşağı kalır ve yadsınabilir bir durum değildir. Ayrımcılığın her türlüşü yasaktır ve kabul edilemez.

Genel kural; eşit işe eşit ücret düşüncesinden gelir. Yani aynı işi yapan kişiler aynı ücrete tabi tutulmalıdır. Bu demek değildir ki kişinin bazı ayırt edici özellikleri de hiçe sayılsın. Hak ediş ücretleri aynı seviyede ve aynı işi yapan işçiler için eşit olmalıdır. Ayrımcılık derecesine varan ve ücret dengesizliğı yapılması kabul edilebilir değildir, burada artık ayrımcılığın varlığından bahsedilmesi gerekmektedir.

Ayrıca eşit işe eşit ücret ilkesi açıkça 5. maddede ifade edilmiştir. Ancak cinsiyet üzerinde bu koruyucu önlemlerin uygulanması, daha düşük ücret uygulamasını dengeleyememiştir. Bu madde performans ve tecrübeden kaynaklı farklı ücret uygulaması yapılmasına engel değildir.

Eşit işe eşit ücret uygulaması Türk İş Hukuku'nun uygulama alanı olmasının yanında 2011 yılında kamuda da kabul edilen bir ilke olmuştur. Böylece aynı unvanda olmasına rağmen aynı işi yapmasına rağmen farklı ücret alan kişilerin önüne geçilmek istenmiştir. Bu da gösteriyor ki; kanun koyucunun ücret ayrımcılığını her alanda yasakladığını ve eşit işe eşit ücret ilkesinin kapsamını genişletmesi önem arz etmektedir.

Türk iş hukukunda eşitlik ilkesi geleneksel olarak eşitlere eşit davranılması biçimindeki şekli eşitlik anlayışına dayanmaktadır. Şekli eşitlik anlayışı modern iş hukukunda ayrımcılık yasağı biçiminde ifade edilmiş olup, bu konuda yapılmış çeşitli Avrupa hukuku düzenlemeleri ile kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesi söz konusu olmuş ve ayrımcılık yasaklanmıştır. Kadın erkek eşitliğine ilişkin pek çok AB Yönergesini yürürlükten kaldıran, iş ve istihdamda eşit davranma ilkesinin hayata geçilmesine ilişkin Yönergede²⁸ de doğrudan ayrımcılığın tanımında diğer cinse mensup bir kişiye oranla daha olumsuz davranışa işaret edilmiştir. Davranışın mutlaka olumsuz olması yetmeyip, daha az lehe olması yeterlidir. AB normlarının son dönem gelişimi sistematik bir bütünlük içinde olmasa da maddi eşitlik yolunda önemli adımlar atıldığını bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, dolaylı ayrımcılık hükümleri de maddi eşitliğin sağlanmasında yeterli değildir. Dolaylı ayrımcılıkla da amaçlanan ayrımcılık yapılmasının önlenmesidir. Oysa ayrımcılığın önlenmesi eşitliğı sağlanmasında yeterli olmayabilir. İş Kanunu m. 5/5'de de, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha düşük bir ücret uygulanmasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Engelli (Özürlü) Birey Ayrımcılığı

Her insan sağ ve tam doğmak zorunda değildir. Bazen de insanlar doğuştan engelli doğabilir veyahut sonradan herhangi bir engele sahip olabilirler. Ancak bu kimseye hiçbir şekilde onlara yönelik olacak şekilde herhangi bir ayırım hakkı tanımamaktadır. Pozitif ayrımcılık düzenlemeleri kabul edilir ve savunulabilir. Sağ ve tam bireylere göre bazı nitelikleri eksik bireylerin iş yaşamında istihdam edilmesi için gerekli ancak yeterliliğı sağlanmamış gelişmeler mevcuttur. **Engelliler Hakkında Kanun** ve 25.09.2009'da Resmi Gazetede yayımlanan **Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğe** göre; işverenler, **elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde çalıştırdıkları işçi sayısının yüzde üçü kadar**

özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dördü kadar özürlü ve yüzde ikisi kadar da eski hükümlü işçiyi, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ise 51 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ile yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Zorunlu çalıştırılacak özürlü ve eski hükümlü işçi sayısının tespitinde belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan tüm işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve işyerindeki tam süreli çalışan işçi sayısına ilave edilir. İşyerinde kısmi süreli olarak çalıştırılan özürlü ve eski hükümlü işçi bulunması halinde bunlar da çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve toplam işçi sayısından düşülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz. Yarım ve daha fazla olan kesirler tama dönüştürülür. İşçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.

5188 sayılı *Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna* göre kurulan özel güvenlik şirketleri ile kurumların kendi ihtiyacı için kurduğu güvenlik birimlerinde güvenlik elemanı olarak çalışan işçiler özürlü ve eski hükümlü işçi sayısının tespitinde dikkate alınmaz. Çalıştırılan özürlü ve eski hükümlü işçiler, toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmaz. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Özürlü ve eski hükümlünün talebi halinde, işyerlerinde kısmi süreli çalışma yapan işveren tarafından özürlü ve eski hükümlüler kısmi süreli iş sözleşmesiyle de istihdam edilebilir. Zorunlu çalıştırma yükümlülüğü, kısmi süreli çalıştırma ile karşılanmak istendiğinde, kısmi süreli işçi sayısı birinci fıkrada belirtilen usul ile belirlenir.

Bu tip düzenlemeler pozitif ayrımcılığa yöneliktir ve bir şekilde diğer insanlardan geri düşmüş insanlar için yapılması gerekli normatif düzenlemelerdir. Negatif ayrımcılığın her türlüüne karşı iken pozitif ayrımcılığın olması gerektiğine inanıyoruz.

İrk Ayrımcılığı

Ülkemiz kozmopolit bir yapıda olduğu için içerisinde çok fazla etnik yapı bulundurmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti kurulmadan önce de Osmanlı Devleti içerisinde fazlaca etnik yapı barındırdığından bu iç içe geçmişlik ortak bir yaşamın gerektirdiği gibi olmuştur. Özellikle Türk/Kürt ekseninde, bunun yanında; Laz, Çerkez gibi diğer etnik grupların herhangi bir iş ilişkisinde sadece ırksal bir ayrıma gidilmesi açık bir ayrımcılık sorunudur ve hukuki yola gidilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılığın her türlüü zararlı ve yasaktır, kabul edilemez. İrksal ayrımcılığın iş hukukundan kaynaklanan tazminatının yanında cezai de bir sorumluluk doğurucu etkisi mevcuttur.

Din Ayrımcılığı

Kozmopolit yapının bir diğer gereği de farklı dinlere mensup insanların bir arada yaşayabilmesidir. Dinler arası hoşgörünün olması, insanların birbirine dinlerden ayrık tutarak davranması asıldır ancak bazen iş yaşamında, Müslüman/Hristiyan düzleminde sıkıntılar yaşanabilmektedir. Keza mezhepsel bir sorun da Alevi/Sünni mezhepleri arasında yaşanabilmektedir. Dini günlerde diğer din veya mezhep mensubuna toplumsal bir baskı ile başlayan durumlar ayrımcılık ve işe son verme şeklinde sonuçlanabilmektedir. Bu da diğer ayrımcılık türlerinde olduğu gibi hukuki yola gidilmesi ve gerekli tazminatın alınmasını gerektiren bir durumdur, cezai sorumluluk doğurucu etkisi de vardır.

Ayrımcılık İle İlgili Mevzuat

Ayrımcılık hususu, başta Anayasa ile yasaklanmış ve Anayasa’da pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacak bir hal olduğu belirtilmiştir. İş Hukuku’nda ayrımcılığı direkt konu alan bir hüküm yoktur, eşit davranma ilkesinden ileri gelen bu ilke ile ayrımcılık yapmanın ve farklılık gözeterek davranmanın yasaklandığını anlarız. Ancak ayrımcılık bahsi sadece burayla sınırlı değildir. Özellikle Türk Ceza Kanunu’nda her ne kadar uygulamada ve hüküm vermede çok örneği olmasa suç kabul edilmiştir. Aynı şekilde, Engelliler Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Radyo Televizyon Üst Kurulu Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu gibi birçok kanunda insanlar arası ayrımcılığın ve farklılık gözeterek davranmanın yasaklandığını görmekteyiz. İlgili olabileceğini düşündüğümüz kanun hükümleri aşağıdaki gibidir;

Türk Anayasası

Madde 10 - Kanun Önünde Eşitlik

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

İş Kanunu

Madde 5 - Eşit Davranma İlkesi

İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

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.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

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. maddesi hükümleri saklıdır.

20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

Türk Ceza Kanunu

Madde 3 - Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.

Madde 122 - Nefret ve Ayrımcılık (13.03.2014 Değişiklik)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 216 - Halkı Kin Ve Düşmanlığa Tahrik Veya Aşağılama

(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Devlet Memurları Kanunu

Madde 3 - Tarafsızlık Ve Devlete Bağlılık

Devlet memurları siyasî partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasî parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasî ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.

Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruptaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler.

Siyasi Partiler Kanunu

Madde 82 - Bölgecilik Ve Irkçılık Yasağı

Siyasi partiler, bölünmez bir bütün olan ülkede, bölgecilik veya ırkçılık amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.

Madde 83 - Eşitlik İlkesinin Korunması

Siyasi partiler, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu prensibine aykırı amaç güdemez ve faaliyette bulunamazlar.

Engelliler Hakkında Kanun

Madde 4 - Genel esaslar

Bu Kanun kapsamında bulunan hizmetlerin yerine getirilmesinde aşağıdaki esaslara uyulur:

a) Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, (“engellilerin” ve “engelliliğin” her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. “Engelliler” aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele “Engellilere” yönelik politikaların temel esastır.

Madde 14 - İstihdam

İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde “engellilerin” aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Çalışan "engellilerin" aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, "engelliliğiyle" ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan "engellilerin" karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. "Engellilik" durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan "engellilerin" istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır.

Korumalı işyerleriyle ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca" müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

RTÜK Kanunu

Madde 37 - 13.4.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (u) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"u) Kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi."

Uluslararası Hukuk

Ulusal mevzuatların yanında uluslararası mevzuatlar da çok sayıda mevcuttur. Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler 'in çalışmalarlarıyla ortaya çıkarılan ve birçok ülkenin kendi düzenlemeleriyle oluşturduğu mevzuatlarla ayrımcılık hususunun kesin ve kati bir suretle yasaklandığını ve çeşitli yaptırımlara maruz bırakıldığını görmekteyiz. Aşağıda örnek kabilinde ayrımcılık karşıtı mevzuatlar yazılmıştır;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- Avrupa Konseyi Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- Avrupa Birliği Ve Ayrımcılık Yasağı Yönergeleri
- Ab Temel Haklar Şartı
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Antlaşmaları
- İstihdamda Eşitlik Direktifi

Yargıtay Kararları

Yüksek yargının ayrımcılık ve eşit işlem borcuna aykırılıktan verdiği kararlar mevcut olabilmektedir. Aşağıda farklı nedenlerle yapılan ihlallere yönelik kararların yanında her halin ayrımcılık olmadığına dair de kararlar eklenerek derlenmiştir.

Ücret Ayrımcılığına İlişkin Kararlar:

TAM SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ GIBI ÇALIŞMASINA RAĞMEN, ÜCRETİ HAFTALIK ÜCRET ORANLANMASIYLA HESAPLANAN İŞÇİ AYRIMCILIĞA UĞRAMIŞTIR

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 06.02.2013 gün, 2012/9-847 E., 2013/200 sayılı kararı ile tam süreli iş sözleşmesine çalışmasına rağmen, ücreti haftalık ücret oranlanmasıyla hesaplanan işçinin ayrımcılığa uğramış olduğuna ve işverenin eşit işlem borcuna aykırı hareket ettiğine hükmetti.

“...Somut olayda davacı işçinin haftada 30 saati aşan çalışmalarının varlığı kanıtlanmıştır. Bu durumda tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığı kabulü ile sonuca gidilmesi yerindedir. Ancak hükme esas alınan bilirkişi raporunda haftada 30 saatin biraz üzerinde çalışan davacı ile 45 saat çalışanın aynı sosyal hakları almasının beklenemeyeceği gerekçesiyle 45 saat çalışan işçiye göre haftalık çalışma süresinin oranlanması yoluyla sosyal hakların hesabı yerinde değildir.

Davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır. Dairemizin aynı işyeri ile ilgili kararlılık kazanmış görüşü bu yöndedir. Davacı işçinin haftalık çalışmaları 45 saati aşmadığı halde işverence kısmi süreli iş ilişkisi olarak değerlendirilmek suretiyle zaman zaman fazla çalışma ücreti ödenmesi de bu yönde hesaba etki etmemelidir. Böyle olunca oranlama yapılmaksızın yapılan hesaplama itibar edilerek isteklerin kabulüne karar verilmelidir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının part-time çalışmaya ilişkin hizmet sözleşmesi ile davalıya ait işyerinde çalışmaya başladığını ve sendika üyesi olduğunu, çalışma süreleri hesaplandığında tam süreli çalışan işçiden de fazla çalışması bulunduğu işyerinde geçerli toplu iş sözleşmesi ile tam süreli çalışanlara tanınan sosyal haklar ve parasal menfaatlerden tam süre ile çalışanlar gibi yararlandırılması gerektiğini belirterek toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarının tahsilini istemiştir.

Anılan düzenlemeler uyarınca tam süreli emsal 45 saatlik çalışmanın üçte ikisi oranını aşacak şekilde, 32-36 saat çalışması nedeniyle davacının tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabulü gerektiği hususunda uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Buna göre, işveren kural olarak işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerinden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup, kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun re'sen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından davacı ile haftalık 45 saat çalışan arasında fark bulunması gerektiği, buna göre çalışılan saat üzerinden

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

oranlama yapılarak ücretin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiş ise de bu görüş yukarıda açıklanan gerekçelerle çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir.

Bu durumda mahkemece, çalışma saatlerine göre oranlama yapılmaksızın davacının işçilik alacakları miktarı belirlenerek hüküm kurulması gerektiği yönündeki Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”

İŞVERENİN AYRIM YAPMA YASAĞINA AYKIRI DAVRANMIŞ OLMASI TAZMİNAT ÖDEMESİNİ GEREKTİRİR

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 30.06.2011 gün, 2009/17321 E., 2011/19795 sayılı kararı ile işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmış olmasının tazminat ödemesini gerektireceğine hükmetti.

“...Davacı, davalıya ait iş yerinde 18.04.2001-31.03.2006 tarihleri arasında çalıştığını, 2006 yılı Mart ayında davalı şirketin tüm çalışanların ücretine zam yapmasına rağmen kendisinin maaşına zam yapmadığını, Nisan ayı itibari ile de iş akdinin işveren tarafından haksız feshedildiğini, ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili: davacının işten ayrılacağını sözlü olarak ifade etmesi ve performans yetersizliği nedeni ile ücretine zam yapılmadığını, taraflar arasındaki iş akdinin devamsızlık haklı nedenine dayalı olarak 4857 Sayılı Kanununun 25/II- g bendi gereğince feshedildiğini, iş yerinde nadiren gerçekleştirilen fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma karşılığı ücret alacaklarının bordrolara yansıtılarak ödendiği beyan ederek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, taraflar arasındaki iş akdinin davacının haklı nedene dayanmayan devamsızlığı nedeni ile feshedildiği, fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı hususunu tanık beyanları ile ispatladığı, kullanılmayan yıllık izni bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Fazla çalışma ve ulusal bayram genel tatil günleri çalışma iddiasının davacı tanıklarının beyanları ile ispatlandığı kanaatine varılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Somut olayda, Mart ayı itibari ile diğer işçilerin ücretlerine zam yapılırken davacının ücretinin arttırılmadığı davalının da kabulündedir.

Davalı işveren davacının performans yetersizliği ve işten ayrılacağını beyan etmesi nedeni ile ücretinin arttırılmadığını ileri sürmüş ise de bu iddiasını ispatlayacak herhangi bir delil sunmamıştır. İşverenin eşit işlem borcuna aykırı davranması nedeni ile iş akdini fesheden davacının, kıdem tazminatı isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hatalıdır.

Somut olayda; davalı işveren tarafından ibraz edilen ücret bordrolarının incelenmesinde 2004 yılı Mayıs ve Ağustos ayları ücret bordroları ile, 2005 yılı Ocak ve Ağustos aylarına ait ücret bordrolarının davacı işçi tarafından ihtirazi kayıtsız imzalandığı görülmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacıya fazla mesai ücreti tahakkuk ettirilerek ödenen bu dönemler dışlanmadan hesaplama yapılmıştır. Hatalı bilirkişi raporuna itibar edilerek eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması da hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verildi..."

Sendikal Ayrımcılık Kararı**SENDİKA ÜYESİ İŞÇİNİN SÖZLEŞMESİNİN FESHİ SENDİKAL TAZMİNAT GEREKTİRİR.**

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 13.06.2012 gün, 2012/12046 E., 2012/22761 sayılı kararı ile sendika üyesi işçinin sözleşmesinin feshi ayrımcılık yapma yasağına aykırı olduğu için sendikal tazminat verilmesi gerektireceğine hükmetti.

"...Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Dosya kapsamına göre işverence yapılan feshin geçersiz olduğu ve davacının işe iadesinin gerekeceği değerlendirilmesi yerindedir. Ancak her ne kadar Mahkemece "... davacının sendika üyeliğinin işverene tebliğ edilmemiş olması, gerek davalı işyerinde halen sendikalı ve sendikasız işçilerin çalışıyor olmaları, gerekse davacının iş akdinin 05/04/2011 tarihi olup sendikaya üyelik için 14/04/2011 tarihinde başvurduğu ve 26/04/2011 tarihinde üyeliğinin kabul edildiği, yani davacının sendika üyeliğinin fesihten sonra olduğunun anlaşılması..." gerekçesiyle sendikal tazminat talebi yerinde görülmemişse de; 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 13/1 maddesine göre işçi sendikası yetki tespiti talebinde bulunması akabinde işverene sendika üyesi işçileri bildirmek zorunda olup somut olayda sendikanın işyerinde çoğunluk sağlanamaması sebebiyle bildirimde bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca temyiz dilekçesi ekinde yer alan sendika üye kayıt fişlerinden de davacının 26.04.2011 tarihinden önce de 07.01.2011 tarihinde de sendikaya üye olduğu görülmektedir ki davacı taraf bu ilk üyeliğinde de baskı sebebiyle sona istifa suretiyle sona erdiğini iddia etmektedir. Dosya kapsamı ve karar gerekçesi bu duruma açıklık getirecek mahiyet taşımamaktadır. Tüm bu tespitler karşısında yukarıda anılan ilkeler çerçevesinde yapılacak araştırmalar ile sonuca varılması gerekirken eksik inceleme ve yazılı gerekçe ile karar verilmesi isabetsizdir. Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verildi..."

Ayrımcılık Oluşturmayan Hal - 1**KIDEME GÖRE ÜCRET BELİRLEMESİ SÖZ KONUSU İKEN, DİĞER ÇALIŞANLARDAN DAHA AZ ÜCRET ALINIYOR OLMASI ÖZÜRLÜ OLMAYA BAĞLANAMAYACAĞINDAN AYRIMCILIK YOKTUR**

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 12.05.2011 gün, 2010/39684 E., 2011/14489 sayılı kararı ile kıdeme göre ücret belirlemesi söz konusu iken, diğer çalışanlardan daha az ücret alınıyor olması özürlü olmaya bağlanamayacağından bu durumun ayrımcılık oluşturmayacağına hükmetti.

"... Davacı vekili dava dilekçesinde özetle müvekkilinin özürlü olduğunu bu nedenle işyerinde ayrımcılık yapılarak müvekkiline aynı işi yapanlardan daha az ücret

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

ödenmekte olduğunu iddia etmiştir. Yukarıda özetlendiği üzere işyerinde çalışan işçiler bakımından toplu iş sözleşmesine göre iki farklı ücret cetveli bulunduğu bu cetvellerin ise işçilerin kıdemine göre belirlendiği bunun dışında özörlöülere ödeme yapılmasına dair ayrı bir ücret cetveli yer almadığı anlaşılmıştır.

Taraflar uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde işçiler bakımından farklı ücret uygulamasında esas alınan kıstasın davacı tarafın iddiasının aksine kıdem olduğu,01.03.2005 tarihinden önce ve bu tarihten sonra işe giren işçilerin ücretlerinin iki ayrı cetvele göre hesaplandığı bu uygulamanın 01.03.2007-28.02.2009 tarihlerini kapsayan 1. dönem toplu iş sözleşmesi ile getirildiği aynı uygulamaya 01.03.2009-28.02.2011 tarihlerini kapsayan 2. dönem toplu iş sözleşmesinde de devam edildiği görölmektedir. Toplu iş sözleşmesini düzenleyen tarafların bir araya gelerek toplu iş sözleşmesi hükümlerini değiştirmeleri olanaklıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin son fıkrasında yazılı olan “taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler” kuralından, toplu iş sözleşmeleri yönünden iş ilişkisinin tarafları yerine, toplu iş sözleşmesinin taraflarını anlamak lazım gelir. Gerçekten, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olan kişilerin bu yetkileri devam ettiği sürece toplu iş sözleşmesi hükümlerinde değişiklik yapmaları kural olarak mümkündür. Davacının kıdemi sebebiyle işyerinde farklı ücret almasına sebep olan düzenlemeye dair davacının üye olduğu sendika tarafından toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemesinin değiştirilmesine dair bir girişimi bulunmamakla anılan toplu iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesinin tarafları bakımından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Durum böyle iken davalı kurumun toplu iş sözleşmesinde belirlenen kıstaslar dışında uygulama yaparak davacıya ücret ödemesi mümkün değildir. Kaldı ki Mahkeme gerekçesinde belirtildiğinin aksine işçilere verilecek ücretin tespitinde kıdem belirlenici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmamakta olup böyle bir uygulamanın Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olacağı şeklindeki yorum ise maddenin konuluş amacını aşan niteliği taşıyacaktır.

Yukarıda izah edildiği üzere öncelikle davacı vekilince müvekkilinin özörlöü olduğu, bu nedenle işyerinde ayrımcılık yapılarak müvekkili ile aynı işi yapan işçilerden daha az ücret ödendiği iddiası açılan davanın sebebi olarak gösterilmediğine göre mahkemece davacı tarafça ileri sürölmendiği halde davalı işverenin aynı işi yapan işçiler bakımından eşit davranma borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle ve bu haliyle davacı talebiyle, mahkeme gerekçesi arasında çelişki yaratılarak davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olduğu gibi ayrıca işçilere verilecek ücretin tespitinde kıdem belirlenici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmadığından sırf bu sebeple işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği gerekçesine dayanılması da hatalı olup, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, gününde oybirliği ile karar verildi...”

Ayrımcılık Oluşturmayan Hal - 2

TOPLU ÇALIŞMAMA EYLEMİNE KATILDIKTAN SONRA BAZI İŞÇİLERİN TEKRAR İŞE ALINMASI AYRIMCILIK DEĞİLDİR

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.12.2009 gün, 2009/9-485 E., 2009/598 sayılı kararı ile toplu çalışmama eylemine katıldıktan sonra bazı işçilerin tekrar işe alınmasının ayrımcılık olmayacağına hükmetti.

“... Mahkemece, davacı ve diğer bir kısım işçilerin yasa dışı olarak grev yaptıkları ve eyleminin sabit olduğu kararda açıklanmış, ancak işverenin aynı eylem içinde olan 6 işçiyi yeniden işe almış olması sebebiyle feshin haklı olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Eşitlik ilkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, insan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve tavsiye kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

Somut olayda; davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence anılan eylem sebebiyle fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla, işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Böyle olunca eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. Davalı-karşı davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının özel daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, oybirliği ile karar verildi...”

Ayrımcılık Oluşturmayan Hal - 3

İŞYERİNDE HERKESE UYGULANAN MUAMELELER AYRIMCILIK TAZMİNATI KOŞULLARINI OLUŞTURMAZ.

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi 01.04.2013 gün, 2011/276 E., 2013/10657 sayılı kararı ile işyerinde herkese uygulanan muamelelerin (somut olayda bordronun asgariden gösterimi ve hırsızlık olayında üst araması) ayrımcılık tazminatı koşullarını oluşturmayacağına hükmetti

“... 4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir.

Somut olayda, davacı işçi ücret ve ikramiyelerinin eksik ödenmesi, ücretinin SGK'ya eksik bildirilmesi, işe giriş tarihinin geç bildirilmesi nedenleri ile iş akdini haklı olarak feshetmiştir. Davacı işçi her ne kadar SGK'ya yapılan şikâyet sonrası ücretlerinin asgari ücret düzeyine düşürüldüğünü, işlerinin ağırlaştırıldığı, istifa etmesi için baskı kurulduğunu ve işe giriş çıkışlarda üst araması yapıldığını iddia ederek eşitlik tazminatı talep etmişse de bu iddiaya yönelik olarak dinletmiş olduğu tanıklarının bir kısmının davalı işverenlik ile aynı nedenlerle aralarında ihtilaf olduğu, bir kısmının ise görgü ve bilgiye dayalı bilgilerinin bulunmadığı, dosya kapsamından bordroların hep asgari ücret düzeyinden düzenlendiği, iş yerinde herhangi bir hırsızlık olayı olduğunda üst araması yapıldığı anlaşılmalı davalı işveren tarafından yapılan bu işlemlerin yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda işverenin eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının koşullarını oluşturmayacağından davacının eşitlik tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, karar verilmiştir...”

Detaylı bilgi için:**ÇETİNKAYA HUKUK BÜROSU**

Mecidiye Cad. Cevher Apt. No: 3/6 Mecidiyeköy 34387 Şişli – İstanbul

| www.cetinkaya.av.tr | **Ofis Tel:** +90 212 212 99 55 | **Fax:** +90 212 212 79 71

Av. Oğuz ÇETİNKAYA | oguzcetinkaya@cetinkaya.av.tr

Stj. Av. Emre ALICI | emrealici@cetinkaya.av.tr

İçindekiler Tablosu

Eşitlik ve Eşit Davranma İlkesi	1
Eşitlik	1
Eşit Davranma İlkesi	2
Ayrımcılık ve Ayrımcılık Yasağı Kavramları	2
Ayrımcılık	2
Ayrımcılık Yasağı	3
Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılık Kavramları	5
Doğrudan Ayrımcılık:	5
Dolaylı Ayrımcılık:	5
Taciz:.....	5
Ayrık tutma:.....	5
Mağdurlaştırma:.....	5
Ayrımcılık Talimatı:	5
Makul Uyumlaştırma:.....	5
Çoklu Temelde Ayrımcılık:	6
İstisnalar	6
Ayrımcılıkta İspat Yükü	6
Ayrımcılığın Varlığının İspatı	7
Ayrımcılık Çeşitleri	8
Cinsiyet Ayrımcılığı	8
Pozitif Ayrımcılık	9
Ücret Ayrımcılığı	10
Engelli (Özür) Birey Ayrımcılığı	10
İrk Ayrımcılığı.....	11
Din Ayrımcılığı.....	11
Ayrımcılık İle İlgili Mevzuat.....	12
Türk Anayasası.....	12
İş Kanunu	12
Türk Ceza Kanunu	13
Devlet Memurları Kanunu	14

AYRIMCILIK NEDİR, NE DEĞİLDİR?

Siyasi Partiler Kanunu.....	14
Engelliler Hakkında Kanun.....	14
RTÜK Kanunu.....	15
Uluslararası Hukuk.....	15
Yargıtay Kararları.....	15
İçindekiler Tablosu.....	22