

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA AYRIMCILIK YASAĞI

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Dilek ARAS**

**Enstitü Anabilim Dalı : Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Enstitü Bilim Dalı : İnsan Kaynakları Yönetimi ve Endüstri İlişkileri**

Tez Danışman: Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

TEMMUZ-2010

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK İŞ HUKUKU'NDA AYRIMCILIK YASAĞI

YÜKSEK LİSANS TEZİ
DİLEK ARAS

Enstitü Anabilim Dalı: Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri
Enstitü Bilim Dalı: İnsan Kaynakları Yönetimi ve Endüstri İlişkileri

Bu tez 28/07/2010 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.


Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Jüri Başkanı

- Kabul
 Red
 Düzeltme


Doç. Dr. Rana Özen Kutaniş

Jüri Üyesi

- Kabul
 Red
 Düzeltme


Yrd. Doç. Dr. Tuncay YILMAZ

Jüri Üyesi

- Kabul
 Red
 Düzeltme

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bu üniversite veya başka bir üniversitedeki başka bir tez çalışması olarak sunulmadığını beyan ederim.

Dilek ARAS

28.07.2010

ÖNSÖZ

Tezimizin konusu olan “Ayrımcılık Yasası” Türk İş Hukukunda kendisini eşit davranma ilkesiyle göstermiştir. Ayrımcılık yasası ilkesi sadece ulusal alanda değil uluslararası alanda da önem arz eden ve gerçekleşmesi her zaman için arzu edilen bir ilkedir. Ülkemizde uygulamadaki sıkıntıların aşılması yolundaki dilekler her fırsatta dile getirilmektedir. Bunun için, Türk Çalışma Yasaları bağlamında “Ayrımcılık Yasası” konusu incelemeye değer bulunmuştur.

Bu çalışmanın hazırlanmasında yardımlarını esirgemeyen danışman hocam Prof. Dr. Ercan Akyiğit’e, teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Ayrıca, bu günlere ulaşmamda emeklerini hiçbir zaman ödeyemeyeceğim aileme de şükranlarımı sunarım. Yetişmemde katkıları olan tüm hocalarıma da minnettar olduğumu ifade etmek isterim.

Dilek ARAS

28.07.2010

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
TABLolar	vi
ÖZET	vii
SUMMARY	viii
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1: AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLGİLİ KAVRAMSAL ÇERÇEVE ...	4
1.1. Genel Olarak Ayrımcılık ve Hukuki Gelişimi	4
1.2. Ayrımcılığa İlişkin Temel Kavramlar	8
1.2.1. Negatif-Pozitif Ayrımcılık	8
1.2.2. Doğrudan-Dolaylı- Dönüşümlü Ayrımcılık	10
1.3. Ayrımcılık Yasağının Değişik Boyutları	13
1.3.1. Mutlak-Nispi Eşitlik	13
1.3.2. Hukuk Kuralı Önünde Eşitlik - Hukuk Kuralıyla Eşitliğin Sağlanması	15
1.3.3. Sosyal ve Ekonomik-Hukuksal-Siyasal Eşitlik	17
1.4. Genel Olarak Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Biçimleri	18
1.4.1. Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık	20
1.4.2. Yaşa Dayalı Ayrımcılık	22
1.4.3. Engelliliğe Dayalı Ayrımcılık	29
1.4.4. Din Ve İnanca Dayalı Ayrımcılık	36
1.4.5. Yabancı Temeline Dayalı Ayrımcılık	38
1.4.6. Cinsiyete ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık	40
1.5. Uluslar Arası Sözleşmelerde Ayrımcılık Yasağı	48
1.5.1. Birleşmiş Milletler Antlaşmasında Ayrımcılık Yasağı.....	48
1.5.1.1. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Düzenlemeleri	49
1.5.1.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	49
1.5.1.1.2.Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme.....	51

1.5.1.1.3. Her Çeşit Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme.....	52
1.5.1.1.4. Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi.....	52
1.5.2. Milletlerarası Çalışma Örgütünde (MÇÖ) Ayrımcılık Yasağı	54
1.5.2.1. 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliğine İlişkin Sözleşme.....	54
1.5.2.2. 111 Sayılı İş ve Meslek Yönünden Ayrıma İlişkin Sözleşme	56
1.5.2.3. 156 Sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin Sözleşme.....	58
1.5.2.4. 158 Sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesine İlişkin Sözleşme.....	59
1.5.2.5. 159 Sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdamına İlişkin Sözleşme.....	61
1.5.2.6. 175 Sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Sözleşme	61
1.5.3. Avrupa Birliğinin Kurucu Anlaşmalarında Ayrımcılık Yasağı	62
1.5.3.1. AB Direktiflerinde Ayrımcılık Düzenlemeleri	65
1.5.3.1.1. 75/117 Sayılı Eşit Ücret Direktifi	65
1.5.3.1.2. 76/207 Sayılı işe Giriş, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşullarında Eşit Muamele Direktifi.....	65
1.5.3.1.3. 99/70 Sayılı Belirli Sürede Çalışma Direktifi	66
1.5.3.1.4. 2000/43 Sayılı Ayrımcılıkla Mücadele Direktifi	66
1.5.3.1.5. 2000/78 Sayılı İstihdam ve Meslekte Eşit Muamele Direktifi	67

BÖLÜM 2: TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI.....69

2.1. Türk Anayasaların da Yasa Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	70
2.1.1. Kanun-i Esasi (1876 Anayasası)	70
2.1.2. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası)	70
2.1.3. 1924 Anayasası	71
2.1.4. 1961 Anayasası	71
2.1.5. 1982 Anayasası	72
2.2. Türk Çalışma Yasalarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı	79
2.2.1. İş Yasası ve Ayrımcılık Yasaklı Eşit Davranma İlkesi	79
2.2.2. Sendikalar Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	84
2.2.2.1. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu	85
2.2.2.2. Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	88
2.2.3. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası ve Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık	92
2.2.4. Devlet Memurları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	93
2.2.5. Kadınların Statüsü Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	94
2.2.6. Özürlüler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı	96
2.2.7. Türk Ceza Yasası ve Ayrımcılık Suçları	98
2.3. Türk İş Hukukunda Ayrımcılık İddialarının İspatı ve Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Yaptırımlar.....	101
2.3.1. Türk İş Hukukunda Ayrımcılık İddialarının İspatı	101
2.3.2. Türk İş Hukukunda İşyerinde Ayrımcılığın Önlenmesine	

İlişkin Yapıtlımlar.....	105
SONUÇ ve ÖNERİLER.....	110
KAYNAKLAR.....	113
ÖZGEÇMİŞ.....	120

KISALTMALAR

- AB** - Avrupa Birliği
- BM** - Birleşmiş Milletler
- ILO** - Uluslararası Çalışma Örgütü
- MÇÖ** - Milletlerarası Çalışma Örgütü
- Bkz** - Bakınız
- İş K.** - İş Kanunu
- Sen K.** - Sendikalar kanunu
- DMK** - Devlet memurları kanunu
- DPT** - Devlet Planlama Teşkilatı
- Md** - madde
- Sy** - sayılı
- RG** - Resmi Gazete
- TCK** - Türk Ceza Kanunu
- İŞKUR** - Türkiye İş Kurumu
- TUİK** - Türkiye İstatistik Kurumu
- LGB** - Lezbiyen, Gay, Biseksüel

TABLÖLAR

Tablo 1. Mevsim etkilerinden arındırılmamış temel işgücü göstergeleri (Mart).....	22
Tablo 2: Yaş grubuna göre istihdam edilenler.....	26
Tablo 3: Ortopedik, görme, işitme, dil ve konuşma ve zihinsel özürlü nüfus %.....	30
Tablo 4: Süreğen hastalığa sahip olan nüfus %.....	30
Tablo 5: Nedenlerine Göre İşgücüne Dahil Olmayan Nüfus.....	41

Tezin Başlığı: Türk İş Hukuku'nda Ayrımcılık Yasağı	
Tezin Yazarı: Dilek ARAS	Danışman: Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT
Kabul Tarihi: 28.07.2010	Sayfa Sayısı: viii (önkısım)+112 (tez)
Anabilimdalı: ÇEKO	Bilimdalı: İnsan Kay. Yön. ve End. İliş.
<p>Eşitlik, hukuksal anlamda hangi düşüncede olursa olsun, din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Hukuksal eşitlik ve adalet, toplumun ve devletin temeli ve amacıdır. Ayrıca, adil olmayan bir hukuk düzeni de düşünülemez. Ayrımcılık yasağı adaletin tesisi için varolup, kendisini eşitlik ilkesiyle göstermiştir. İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi, iş ilişkisinde işverenin benzer durumda olan çalışanlarına haklı ve makul bir neden olmadıkça eşit davranma hükümlülüğü getirmiştir. Bu anlamda işçinin maruz kalabileceği ayrımcı tutumlar yasaklanmıştır.</p> <p>Çalışma yaşamında ayrımcılığa maruz bırakılma öncelikle bir insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmelidir. Nitekim ayrımcılığın uluslararası belgelere yansıyan yüzü de budur. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütler ayrımcılığın önlenmesine ilişkin çeşitli uluslararası belgeler düzenlemişlerdir. Çeşitli şekillerde ve birçok yolla ortaya çıkabilen çalışma yaşamında ayrımcılık, bir kişiye kişisel özelliklerine bağlı olarak ve kişinin sahip olduğu özelliklerin işin gereklerine uyup uymadığından bağımsız olarak farklı muamele yapılması anlamına gelmektedir.</p> <p>Çalışma hayatında ayrımcılığı dayandığı nedenlere göre incelediğimizde ırk ve etnik köken, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim, din ve inanç, engellilik, yabancı temeline dayalı olmak üzere temel olarak altı nedende incelemek mümkündür. Türkiye'de çalışma hayatının önemli bir kısmını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi "Eşit Davranma İlkesi" ni düzenlemektedir. Genel olarak bu madde iş ilişkisinde işverenin doğrudan ve dolaylı ayırım yapamayacağını belirtmiş ve ayrımcılık iddialarında ispat yükünü özel bir biçimde düzenlemiştir. Ayrıca ayrımcılık yasağının etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla hukuksal ve cezai yaptırımlar getirmiştir.</p>	
Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Çalışma Hayatı, Ayrımcılık	

Title of the Thesis: Discrimination Prohibition In Turkish Labor Law	
Author: Dilek ARAS	Supervisor: Prof.Dr. Ercan AKYİĞİT
Date: 28.07.2010	Nu. of pages: viii(pre text) + 112 (main body)
Department: Labor Economics and İndustriyel Relations	Subfield: Human Resource Management
<p>In related to judicial terms, equality means that no matter what kind of ideas they have, people cannot be discriminated according to their religion, language, race, gender, political view, philosophical beliefs, sect or such. Judicial equality and justice are the basis and the aim of the state and society. It is impossible to think the justice without equality. The prohibition of discrimination that exists to constitute the justice is represented by the principle of equality. The principle of equality in labor law obliges the employer to treat all the employers who are in similar situation equally unless he or she has a logical and just reason. In that manner, discriminatory attitudes that the employers might be subjected to are forbidden.</p> <p>In working life, being subjected to discrimination should be taken as a violation of human rights. In fact, that issue is seen similar in the international arena. In this sense, international organizations such as United Nations, International Labor Organization or Council of Europe have issued various documents about the prevention of discrimination. Although the discrimination in occupational life is universally condemned, it still exists in the labor force market in the world. The discrimination in working life which can be occurred in different ways signifies treating people differently in related to personal features or independently from the coherence between the personal characteristics and requirements of the job.</p> <p>In related to its reasons, it is possible to analyze the discrimination in working life under six fundamental reasons such as race and ethnicity, age, gender and sexual preferences, religion and belief, being handicapped and xenophobia. The article 5 of Labor law numbered 4857 which regulates the working life in Turkey establishes the “principle of equal treating”. Generally this article states that employers are forbidden to discriminate its employers directly and clearly in working relations and regulates the burden of proof privately in the case of assertion of discrimination. Also it constitutes judicial and criminal enforcements in order to implement the prohibition of discrimination properly.</p>	
Keywords: Labor Law, Working Life, Discrimination	

GİRİŞ

Tezimizin konusu olan “Ayrımcılık Yasağı” Türk İş Hukuku’nda kendisini eşit davranma ilkesiyle göstermiştir. Ayrımcılık yasağı ile genel eşitlik ve onun çalışma hukuku alanında özgülümlü anlatımı olan eşit davranma ilkesi, aralarından su sızdırmaz duvarlar bulunan ilkeler değildir. Bu ilkeler, özünde aynı ve tek ilkenin olumlu ve olumsuz iki yüzünü anlatan ilkelerdir. Antlaşmasal/anayasal nitelikli kurucu belgelerden başlayarak ve “sözleşme” nitelikli olanlarla sınırlı olmaksızın, bildirme, tavsiye ya da karar nitelikli olanları da kapsamak üzere başlıca insan hakları belgelerindeki “genel” ve “özgül” kuralların ışığında Türkiye açısından, sözleşmelerin çoğunun onaylanmış olması nedeniyle “ayrımcılık yasağı” ulusalüstü bir nitelik taşımaktadır. Bu bağlamda ayrımcılık yasağı ilkesi sadece ulusal alanda değil uluslararası alanda da önem arz eden ve gerçekleşmesi her zaman için arzu edilen bir ilkedir.

İstihdam ve çalışma yaşamında ayrımcılık, bir kişiye kişisel özelliklerine bağlı olarak ve kişinin sahip olduğu özelliklerin işin gereklerine uyup uymadığından bağımsız olarak farklı muamele yapılması anlamına gelmektedir. Çalışma yaşamında ayrımcılık, işverenin işçiye karşı işçinin ırk, renk, dini inanış, yaş, cinsiyet veya özürllülük temelinde farklı davranışta bulunduğunda ortaya çıkmaktadır. Çalışma yaşamında ayrımcılık, iş ararken, çalışırken veya işten ayrılırken ortaya çıkabilir. Oysaki herkesin iş bulma konusunda, çalışırken kişinin ilerlemesinde, alacağı ücret ve yardımlarda ve işten ayrılırken de herkesin eşit şansa sahip olması gerekir.

Ayrımcılık çalışma hayatındaki uygulamalar açısından doğrudan, dolaylı ve dönümlü ayrımcılık olarak üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, işverenin iş sözleşmesine koyduğu bir madde veya güttüğü bir uygulama yoluyla bir çalışanın, başka bir çalışana göre aynı koşullarda ırk, cinsiyet ve medeni durum gibi nedenler dolayısıyla daha farklı muamele görmesidir. Dolaylı ayrımcılık ise tarafsız gibi görünen bir hükmün, kriterin veya uygulamanın belli bir ırk, etnik köken, cinsiyet ya da yasta olan kişiler için diğer kişilerle karşılaştırıldığında daha dezavantajlı bir konum yaratması anlamına gelmektedir. Dönümlü ayrımcılık durumunda ise,

kendilerine karşı ayrımcılık yapılan bir grubun üyeleri kendi grubunun diğer üyelerine karşı ayrımcılık yapabilir ya da öğrendiği şeyi içselleştirebilir. Buna ilişkin en somut örnek kadın bir işverenin iş için kadın başvurularını kabul etmemesidir.

Çalışma hayatında ayrımcılığı dayandığı nedenlere göre incelediğimizde ırk ve etnik köken, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim, din ve inanç, engellilik, yabancılık temeline dayalı olmak üzere temel olarak altı nedende incelemek mümkündür. Bu çalışmamızda, çalışma hayatında ayrımcılığı dayandığı nedenlere göre tek tek incelenecek istatistiki veriler, örnek olaylar ve uluslar arası sözleşme, bildirge, tavsiye yada karar nitelikli olanları da kapsamak üzere açıklanacaktır.

Türkiye’de özel hukuka ait çalışma hayatını düzenleyen mevcut birçok yasa vardır; Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Gibi. Hatta bunlara toplu iş ilişkilerini düzenleyen Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu’nu da ekleyebiliriz. Ancak bunlar içinde bireysel iş hukuku bakımından en kapsamlı ve en modern enstrümanlarla donatılmış olan yasal çerçeve 22 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen 4857 nolu İş Kanunu’dur. Türkiye, onaylamış olduğu ILO Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Sözleşmesi ve BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne uygun iç hukuk düzenlemesi yapma yükümlülüğünü 4857 sayılı İş Kanunu ile yerine getirmiştir.

Türk İş Hukuku’nda çalışma yaşamında “ayrımcılık yasağına” ilişkin hukuki düzenlemeler özellikle iş ilişkisinin kurulmasında, sevk ve yönetiminde mesleki fırsatlardan yararlanmada ve iş ilişkisinin sona ermesinde, “ırk, dil, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle” ayrımcı muameleyi yasaklamaktadır (İşK. 5/1). Sayılan bu sebeplerle işçinin iş ilişkisinde ayrımcılığa maruz kalması halinde işverenin davranışını caydırıcı bir yaptırıma bağlanmaktadır. Yasa işçiye, maruz kaldığı ayrımcı davranışlar sonucunda yoksun kaldığı hakları da isteme hakkı vermektedir.

Çalışma yaşamı sadece bireysel iş ilişkilerinden oluşmaz, onu da etkileyebilen bir de toplu iş hayatı ve bunu düzenleyen kimi yasalar mevcuttur. İşte bunlardan birisi çalışma hayatında ki örgütlenmeyi düzenleyen Sendikalar Hukuku’dur. Bunun için, bu alanı hangi sektörde ve hangi işverene, hangi iş yasasına bağlı çalışıldığına

bakılmaksızın, işçiler ve işverenler için düzenleyen 2821 sy. Sendikalar Kanunu'dur. Fakat bir de, kamu kurum ve kuruluşlarında işçi dışı bir sıfatla çalışanlar bakımından geçerli olacak şekilde düzenleyen 4688 sy. Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu bulunmaktadır. Bu iki yasa bağlamında ayrımcılık yasağını konusunu ayrı ayrı açıklamaların uygun olacağını düşünüyoruz. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi, işverenin, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerden dolayı, sendika üyesi işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler arasında ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır. Bu madde ayrımcı muamele yasağını düzenlemekle kalmayıp, bu ayrımcı tutuma karşı ağır bir tazminat miktarını da düzenlemiştir. Bu düzenlemenin kapsamı iş ilişkisinin açıkça belirttiği işe alma aşamasından başlayarak işten çıkartmaya kadar uzanan tüm evreleri kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ayrımcılık yasağı konularındaki kurallara aykırı hareketleri yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Ceza kanununda ayrımcılık yapılabilecek haller tek tek sayılarak kanunun uygulanmasında ayrımcılık açıkça hükme bağlanmıştır.

Türk İş Hukuku'nda ayrımcılık yasağına ilişkin hukuki düzenlemeleri ortaya koymaya yönelik bu çalışmanın birinci bölümünde "ayrımcılık" kavramının anlamı, ayrımcılık yasağının genel ilkeleri, ayrımcılığın türleri üzerinde durulduktan sonra uluslararası hukukta ayrımcılık yasağıyla ilgili düzenlemeleri bulunan Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütlerin düzenlemelerine yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise "Türk İş Hukuku'nda Ayrımcılık Yasağı" nın Türk Anayasalarında ki hukuki gelişimi, Türk çalışma yasalarına ayrımcılık yasağının yansımaları irdelenecek, ardından Türk İş Hukuku'nda ayrımcılık iddialarının ispatı ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin yaptırımlar incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM: AYRIMCILIK YASAĞI İLE İLGİLİ KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1. Genel Olarak Ayrımcılık ve Hukuki Gelişimi

Hukukun genel ve geçer kavramı olan eşitlik kavramı özünde bütün insanların eşit yaratılış, birbirine benzeyen, birbirini andıran ve birbirinin aynı olan yönleri üzerine inşa edilen bir ilkedir (Hepple,2001:6). En geniş anlamıyla; benzer durumdaki kişilerin, farklı şekilde işleme tabi tutulmalarını haklı gösterecek objektif bir neden olmadıkça herhangi bir ayrımcı muameleye tabii tutulmamaları demektir (Bozkurt ve diğ., 2001:123). Gözler'in yapmış olduğu tanıma göre; eşitlik, hukuksal anlamda hangi düşüncede olursa olsun, din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamayacağı anlamına gelmektedir (Gözler, 2000:181). Şenel ise eşitliği, klasik haklar olarak da adlandırılan birinci kuşak haklardan biri olarak görmektedir (Şenel, 1990:98).

Eşitlik üç kategoride incelenebilir: Sosyal ve ekonomik eşitlik, hukuksal eşitlik ve siyasal eşitlik. Sosyal eşitlik, yurttaşların ırk, dil, din, cinsiyet, sosyal köken, sınıf, servet gibi nedenlerle yasa tarafından herhangi bir farklı işleme ve uygulamaya bağlı tutulmamasını gerektirir. Ekonomik eşitlik, örneğin, herkesin mali gücüne göre vergi yükümü altına konulmasını sağlar. Siyasal eşitlik, genel istencin oluşumuna, yani egemenliğe doğrudan ya da dolaylı katılma yönünden eşit olmak demektir. Çağdaş toplumlarda bu eşitlik, "seçme seçilme eşitliği" biçiminde kendini gösterir. Hukuksal eşitlik, bireylerin birer hukuksal kişilik olmaları nedeniyle yasa önünde eşitliklerini anlatır. Bu eşitlik, bireysel haklardan ve kamusal hizmetlerden eşit olarak yararlanmayı gerektirir (Serim, 1994: 14).

Hukuksal eşitlik ve adalet, toplumun ve devletin temeli ve amacıdır. Adil olmayan bir hukuk düzeni düşünülemez. Adaletin tesisi için varolan ayrımcılık yasağı, kendisini eşitlik ilkesiyle göstermiştir. Eşitlik ilkesi ise, modern hukuk sistemlerinde hukuk devletinin en önemli parçası olarak görülmektedir. Eşitliğin, ancak hukuk devletinin güvence araçlarıyla birlikte korunma imkanına kavuşabildiği doğru olmakla birlikte eşitliğe ilişkin düşüncelerin yeni olduğu söylenemez (İnceoğlu, 2006:45). Örneğin, Aristo eşitliği adaletin ön koşulu saymıştır. Kant ise adaletin eşitlikten kaynaklandığını

belirtmiştir. Her iki halde de adalet ve eşitlik birbirinden ayrılmaz iki kavram olarak görülmektedir. Eski Yunanda eşitlik, “vatandaşlar arası eşitlik”, “bilgeler arası eşitlik” gibi eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifade edildiği sınırlı eşitlik olmuştur (Şenel, 1990:257).

Antikçağda şehir devletlerin yıkılmasından sonra İmparatorluk döneminde iki sorun evrensel bir düşüncenin savunulmasına destek olmuştur. Birincisi, kökenlerin ve geleneklerin farklılıklarını tek bir belirleyicinin yönetimi altında bir arada tutacak “bir dünya görüşü” oluşturma zorunluluğu, ikincisi ise şehir devletin güvenlik duygusunun yok olmasıyla, geniş ve yabancı bir dünya ile karşılaşmanın yarattığı yol göstericilik ve yardım ihtiyacı olmuştur. Bu geniş dünyada yalnız bırakılmış insan, birey olma bilincine yönelmiştir, bu bilincin referansları Stoa öğretisindeki evrensel eşitlik ve özgürlük olmuştur. İlk defa Stoa öğretisinde eşitlik evrensel bir ilke olarak dile getirilmiştir. Bu öğretinin en önemli düşünürü Seneca, insanı sadece insan olduğu için, öz bakımından eşit ve saygı değer kabul etmekle birlikte, efendilerin kölelere dostça nazik davranmaları gerektiğini öğütlemekten ileri gitmemiş, kölelerin düzeni yıkmaması için, mevcut düzeni meşrulaştıran bir araç sunmuştur (Ağaoğulları ve Köker, 1991: 66–70).

Her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansıması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içermiştir. Antikçağ için örneğin vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, ortaçağ için “tanrı önünde eşitlik” ten burjuva devrimi sonrası “yasa önünde eşitlik” ten, sanayi devriminden sonra da, kanun önünde eşitliği tamamlayan, sosyal devletin ürünü olan “fırsat eşitliği”nden söz edilebilir. “Yasa önünde eşitlik”, “yasaların eşit koruması”, “hukuki eşitlik” ya da “ayrımcılık yasağı” olarak çeşitli şekillerde ifade edilen eşitliği ele almaktadır. Yasa önünde eşitlik ilkesinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda laik doğal hukuk öğretilerinde bulunmakla birlikte, tam anlamıyla yasa önünde eşitliğin sağlanabilmesi için 20. yüzyılı beklemek gerekecektir. Çeşitli bildirilere ve anayasalara yasa önünde eşitlik 18. yüzyılda girmiş, fakat bu kavram uzun süre kağıt üstünde kalmıştır (İnceoğlu,2006:46–47).

Sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan günümüz anlamındaki işçi sınıfı da çalışma hayatında pek çok ayrımcılık veya dışlanma eylemleriyle karşılaşmaktadır. Günlük

yaşamın her alanında zenci – beyaz ayrımcılığının yaşandığı 18.yy. Amerika’ında ise 1776 tarihli “Bağımsızlık Bildirisinde”, “bütün insanların eşit yaratıldığı” hükmü yer almıştır. 1789 tarihli Federal Amerikan Anayasası’na eklenen madde bütün vatandaşların hak ve özgürlüklerini güvence altına alarak bu korumadan herkesin eşit ölçüde yararlanacağını belirtmiştir. O dönemde yaygın olan ırk ayrımcılığını ortadan kaldırmaya yönelik bu hüküm geniş uygulama alanı bulmuştur.

Yalnızca Fransa’nın değil, tüm Avrupa ve dünyanın yeniden yapılanmasında önemli rol oynayan Fransız devriminin tüm dünyaya yaydığı ilkelerden biri de “eşitlik” tir. Aydınlanma çağının bir anlayışı olarak mevcut düzene başkaldıran sivil toplum ekonomik, siyasal ve hukuki açıdan güvenceler istemiştir. Bunun sonucu olarak “eşitlik” kavramı her alanda düşünülmüş ve 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaşlık Bildirgesi”ne dahil edilmiştir.

Sanayi devriminin yarattığı olumsuz çalışma koşullarını düzeltmek amacıyla devlet pasif rolünü bırakarak işçi-işveren ilişkilerine katılmak zorunda kalmıştır. Devletin bu müdahalesi kendiliğinden olmamış, ancak uzun bir süreç sonrası ve kamuoyunun tepkisi neticesinde, o dönemde en çok işçiye sahip ülkelerden biri olan İngiltere’nin dünyada ilk defa modern işçi düzenlemesini “Çırakların Ahlak ve Sağlığı Yasası” (1802) ile yaptığı kabul edilir. Diğer Avrupa ülkeleri de yapılan düzenlemelerde bunu izlemiştir.

1839’da Prusya, Alman İmparatorluğu hukukuyla uyum içinde, kadın ve çocuk işçilerinin korunması için bir yasa çıkarmıştır. 1880 yılında zayıf olan işçiyi korumak için kaza, hastalık ve yaşlılığı kapsayan sosyal sigortanın öncüsü niteliğinde bir kanun kabul edilmiştir. 1891 yılında genişletilen “İşçiyi Koruma Yasası”; pazar tatili, güvenlik düzenlemeleri, asgari çalışma saatleri ile kadın ve çocukların gece çalışmasını yasaklayan hükümler içermektedir. Birinci Dünya Savaşı’ndan önce Avustralya ve Yeni Zelanda’da, çıkarılan asgari ücret yasaları ise ücretleri sabitlemiş ve daha çok kadın ve çocuk işçileri kapsamına dahil etmiştir.

18. yüzyılın 19. yüzyıla sarkan siyasi, kültürel ve ekonomik etkileri, 19 yüzyıldaki sanayileşme hareketleri, teknolojik ve ekonomik ilerlemeler her alandaki ilişkileri yoğunlaştırmış ve karmaşık hale getirmiştir. Bunun sonucunda ortaya çıkan sorunlardan biri olan ayrımcılık için de çeşitli ülkelerde çeşitli yasalar çıkarılmıştır.

Ulusal ve uluslararası çıkar çatışmaları sonucunda çıkan I. ve II. Dünya Savaşları bu yasalştırma süreçlerini sekteye uğratsa da, bu sorunun uluslararası platforma taşınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Küreselleşmenin getirdiği etkilerden biri olarak evrensel hukuk ilkelerindeki genel kabul görme ve ulusal ve uluslararası hukukların yakınlaşması ayrımcılığa karşı benzer tepkilerin verilmesine neden olmuştur.

Özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra Amerika'da sınıfaltı (underclass) ve Avrupa'da sosyal dışlanma (social exclusion) gibi farklı kavramlar başlığı altında ele alınsa da aslında amaç ayrımcılıkla mücadele etmektir. Sınıfaltı kavramı daha çok işsizler için kullanılsa da anlam daha çok Amerika'da dışlanmaya maruz kalan Siyahlar, Orta ve Latin Amerikalılar, Asyalılar ve Kızılderilileri de kapsar hale gelmiştir (Sapançalı, 2003:9). İşçi piyasasındaki ırkçı ayrımcılık hala Amerika tarihinin yaygın talihsiz bir yönüdür. 1964 yılındaki Medeni Haklar Yasası'nın kabulü, bir çok işverenin ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal köken temeline dayalı ayrımcılık yapmasını yasaklamıştır. Bugün hâlâ ücretler, işe alma, istihdam etme ve meslekte farklı ırkçı uygulamalara rastlanmaktadır (Coleman, 2004:660).

Her tarihsel dönem ve her toplum kendine ait üretim biçimleri ve değerlerinin yansması sonucu farklı eşitlik anlayışlarını içermiştir. Tarihin her döneminde görülen ayrımcılığın her topluma göre farklı bir nedeni vardır. Din, ırk, cinsiyet, dil, renk, siyasi görüş bu kategorilerden en başta gelenleridir.

Ayrımcılığa maruz bırakılma öncelikle bir insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmelidir. Nitekim ayrımcılığın uluslararası belgelere yansıyan yüzü de budur. Bu anlamda, Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütler ayrımcılığın önlenmesine ilişkin çeşitli uluslar arası belgeler düzenlemişlerdir.

İstihdam ve çalışma yaşamında ayrımcılık, evrensel düzeyde kınanmakla birlikte dünyada işgücü piyasalarında varlığı devam etmektedir. Çeşitli şekillerde ve birçok yolla ortaya çıkabilen çalışma yaşamında ayrımcılık, bir kişiye kişisel özelliklerine bağlı olarak ve kişinin sahip olduğu özelliklerin işin gereklerine uyup uymadığından bağımsız olarak farklı muamele yapılması anlamına gelmektedir. Farklı muamele, kişiyi dezavantajlı duruma düşürmekte ya da o kişinin toplumun diğer üyelerinin yararlanabildiği imkanlardan yararlanmasını sınırlamaktadır (Tomei, 2004:57).

Çalışma yaşamında kanun dışı ayrımcılık (Employment Discrimination), işverenin işçiye karşı işçinin ırk, renk, dini inanış, yaş, cinsiyet veya özürlülük temelinde farklı davranışta bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Çalışma yaşamında ayrımcılık, iş ararken, çalışırken veya işten ayrılırken ortaya çıkabilir. Herkesin iş bulma konusunda, çalışırken kişinin ilerlemesinde, alacağı ücret ve yardımlarda ve işten ayrılırken de herkesin eşit şansa sahip olması gerekir. Kişilerin bu konularda şansları, başka kişilerin ön yargılarına bağlı olarak ayrımcı uygulamalarla karşılaşmamalıdır.

Yapısal ayrımcılık (Structural Discrimination), ayrımcı uygulama ve sonuçları yansıtan ve tekrarlayan sosyal modellerde, örgütsel yapı ve kanuni uygulamalarda içselleştirilmiş veya kurumsallaştırılmıştır. Ayrımcılığın her türü, dezavantajlı konumda olan kişilerin belirli bir durumda ayrımcılığın kurbanı olduğu yerde haksız etkiler yaratmaktadır. Bu durum, işyerinin bütün performansı ve refahı için olumsuz sonuçlarla birlikte çalışmada ve performansta daha düşük motivasyon, daha düşük verimlilik ve işyerinde gerilim anlamına gelmektedir. Keyfi kısıtlamalar olmaksızın eşit muamele ve fırsatları destekleyen ve işte ayrımcılığı önleyen insan kaynakları uygulamaları ve ilkeleri sadece kişiler için aynı zamanda işyeri için de yararlıdır. İşyerinde karşılaşılan sert ve sürekli ayrımcılık, fakirlik ve sosyal dışlanmaya da katkıda bulunmaktadır (Tomei, 2004 :59).

1.2. Ayrımcılığa İlişkin Temel Kavramlar

1.2.1. Negatif Ayrımcılık Yasağı - Pozitif Ayrımcılık Yasağı

Toplumun bireyleri arasındaki nitelik farklılıklarını ve ortalamanın altındaki bir nitelik eksikliğini veya benzerlerinden farklı olmak, azınlık olmak, doğuştan gelen biyolojik ve genetik farklılıklara sahip olmak hep kişilerin aleyhine kullanılmıştır. Özellikle cinsiyet söz konusu olduğunda, kadın ve erkeğe hukukun olduğu kadar sosyal ve ekonomik nedenlerin de yüklediği bir takım sorumlulukların paylaşılması söz konusudur. İşte bu sorumlulukların getirdiği dezavantajlar, kişiye gerek özel hayatında gerekse iş hayatında eşit davranılmamasına, benzerlerinin sahip olduğu haklara objektif olmayan sebeplerden dolayı sahip olmamasına neden olmaktadır. İşte iş hayatında işverenin eşit davranma zorunluluğu işverene biri olumsuz, diğeri olumlu iki yükümlülük getirmektedir. Bu olumsuzluk, haklı neden olmadıkça ayırım yapmama, eşit davranma yükümlülüğüdür (Mollamahmutoğlu, 2004:422). Bu tür ayrımcılık

negatif ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır. Negatif ayrımcılık, hak yada özgürlüklerin toplumun bazı bireylerine tanınmaması anlamına gelmektedir. Yani, kişinin objektif olmayan bir takım nedenlerden dolayı sahip olduğu haklardan yararlandırılmaması, dışlanmasıdır.

Negatif ayrımcılıktan mağdur olanları korumak amacıyla çeşitli politikalar üretilip yasalar çıkarılmıştır. Meşru olarak görülebilecek olan bu ayrımcılığın hukuki sınırları genişleyerek pozitif ayrımcılık ortaya çıkmıştır. ABD’ de “affirmative action”, Avrupa’ da ise “positive action” olarak kullanılan pozitif ayrımcılık kavramının tarihsel süreçte, ABD’ de 1950’lilerde siyah ırk ayrımcılığına karşı geliştirilen politikalar aracılığıyla gündeme geldiği görülür. Kamu ve özel sektörde ki uygulamalarla siyahlar ve beyaz kadınların kamusal yaşama katılmalarını sağlayan işlevsel bir mekanizma olarak yaygınlık kazanan pozitif ayrımcılık 1970 ve 1980’li ise engellilik ve ırk bağlamlarında şekillenmiştir (Holmes, 2005:175). Pozitif ayrımcılıkla ilgili ilk yasal düzenleme ise İngiltere’deki 1970 tarihli Ücret Eşitliği Kanunu’dur (Önen, 2002:3).

Pozitif ayrımcılık, haklı nedenlerin varlığı halinde ayırım yapma yükümlülüğünü ifade eder. Bir biçimde yarışta geri kalanlara, ayrımcılığa, eşitsizliğe uğrayanlara farklı fırsatlar tanımak ve farklı kriterlerle değerlendirmek anlamına geliyor. Din, dil, renk, ırk, sağlık durumu, sosyal statü, cinsiyet gibi birçok nedenden dolayı dezavantajlı durumda onların lehine yapılan ayrımcılıktır.

Örneklesek; Cinsiyet nedeniyle yapılan pozitif ayrımcılık iş hayatında sıkça karşılaşılan bir ayrımcılık uygulamasıdır. Kadın çalışanların sıkça seyahatlere gönderilmemesi, çok riskli görevlerin kadın çalışanlara verilmemesi, aile yaşamını olumsuz etkileyeceği düşünülen kadın yönetici atanmaması gibi pozitif ayrımcılık uygulamalarını şirketlerde görmek mümkündür (Atlan, 1997:164). Hatta işyerinde kadınlara kota ayrılması veya evlenen kadın işçi, sözleşmeyi bu yüzden feshetmesi halinde kıdem tazminatı ödenmesi (1475 sayılı İşK. 14/4) gibi örneklerde verilebilir. Pozitif ayrımcılığın önemli bir sosyal etkisi olduğu da göz ardı edilmemelidir.

1.2.2. Doğrudan Ayrımcılık - Dolaylı Ayrımcılık - Dönüşümlü Ayrımcılık

Öğreti ve uygulama ile bazı mevzuatta doğrudan veya dolaylı ayrımcılıktan sözedilir. Doğrudan ayrımcılık, işverenin iş sözleşmesine koyduğu madde veya güttüğü bir uygulama yoluyla bir işi sadece belirli niteliklere sahip olanlara (kadın, erkek, sakat olmayan, belirli bir ırka mensup olanlar...) özgü hale getirmiş olması durumunda ortaya çıkar. En açık şekli, işverenin sözleşmeye bir işin ancak bir kadın veya erkek tarafından yapılabileceği hükmünü koymasında görülür. Ancak işveren, doğrudan ayrımcılığı sözleşmeye koyduğu ve belli bir cinse ait özelliklerle ilgili kelimelerle de güdebilir. Bazı durumlarda ise işveren doğrudan cinsiyete dayalı ölçütler değil, farklı ölçütler getirebilir. Şöyle ki; işveren çocuksuz kadınlarla, çocuklu veya çocuksuz erkekleri aynı kategoriye dahil edebilir. Bu durum, elbette çocuklu kadınları saf dışı etmek anlamına gelmektedir. Diğer bir örnek ise, erkeklerde yaş sınırı getirmemesi, kadınlara ise belli bir yaş ön görmesi olarak verilebilir (Kayaalp, 1998:46).

Doğrudan ayrımcılığın aynı yada eşdeğer iş karşısında eşit ücretin ödenmemesi yada çalışma koşullarındaki cinsiyet farklılıklarından kaynaklanan olumsuz şart ve muamelelerdir. (Atamer ve Tekinalp, 2000, s.641'den Krimphove: 43). İlk durum için eşit işe eşit ücret ilkesinin yanı sıra "eşit değerli işe eşit ücret" ilkesi kabul edilerek 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 sayılı Konsey Yönergesiyle uygulamaya konulmuştur. Çalışma koşulları bakımından karşılaşılan doğrudan ayrımcılık üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; işe giriş aşamasında doğrudan ayrımcılık, çalışma esnasında doğrudan ayrımcılık ve iş ilişkisinin sona ermesinde doğrudan ayrımcılıktır.

İşe giriş aşamasında yapılan doğrudan ayrımcılık kavramını ortaya çıkaran temel kriter; İşe alınma aşamasında cinsiyet farkından kaynaklanan bir sebepten dolayı çalışmak üzere başvuran kişinin başvurusunun reddedilmesidir. Hukuki temeli AB' nin 76/207 sayılı Konsey Yönergesinin 3/1. Maddesine dayanan bu kriter, Adalet Divanının içtihatıyla uygulamaya yönelik ayrıntıları bakımından daha da belirginleşmiştir. Bu durum Dekker-VJV-Centrum davası sonucunda Divanın aldığı karara dayanmaktadır. Buna göre Elisabeth J. P. Dekker VJV Centrum tarafından verilmiş bir ilana eğitim görevlisi olarak çalışmak üzere başvurur. Bayan Dekker'e hamile olup olmadığına ilişkin olarak sorulan soruya Dekker olumlu yanıt verir, ve iş başvurusu yalnızca hamileliği sebebiyle kabul edilmez. Konunun Adalet Divanına

intikali sonucunda Divan tarafından 8 Kasım 1990 tarihinde verilen karara göre bu durum doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir (Atamer ve Tekinalp, 2000:641'den; Krimphove: 143).

Çalışma Esnasında Doğrudan Ayrımcılığın önlenmesi de yine AB'nin 76/207 sayılı Yönergenin 3/1. Maddesine dayanmakta olup, bu konuya ilişkin düzenlemeler uyarınca çalışma esnasında da eşit davranma ve çalışma koşullarında eşitlik sağlanması güvence altına alınmıştır. İşin niteliği veya mesleğin veya eğitimin konusu itibarıyla cinsiyetin vazgeçilmez bir nitelik veya koşul oluşturduğu durumlarda yapılacak ayrımcılığın eşit davranma ilkesine aykırı bulunamayacağı kabul edilmiştir. Hamile kadının ve ananın korunmasına ilişkin hükümlerin de eşit davranma ilkesini ihlal etmeyeceği kabul edilerek bazı durumlarda olumlu ayrımcılık uygulamasına gidilebileceği kabul edilmiştir (Onaran, 2000: 75).

İş ilişkisinin sona ermesinde doğrudan ayrımcılık daha çok kadınlara karşı uygulanmakta ve genellikle hamilelik ya da yaşlılık durumlarında ortaya çıkmaktadır. Bunların bir örneğine Wepp-EMO Air Cargo davasında rastlanmaktadır. Buna göre Bayan Wepp, hamilelik izni kullanan bir çalışanın yerine süresiz iş akdiyle çalışmaya başlar. Bir müddet sonra kendisi de aynı sebepten dolayı izin kullanmak isteyince işvereni tarafından işine son verilir. Durumun Avrupa Birliği Adalet Divanı'na intikal etmesi sonucunda Divanın 14 Temmuz 1994 tarihinde aldığı kural uyarınca hamile bir çalışanın işine son verilmesi doğrudan ayrımcılık olarak nitelenir ve bayan Wepp'in işine son verilmesi kararı iptal edilir (Atamer ve Tekinalp, 2000, s.641'den Krimphove: 158-159).

Çalışma yaşamında dolaylı biçimde ayrımcı davranışlarla da karşılaşmak mümkündür ve bu tür davranışlarda ayrımcı nitelik örtülüdür. Bu ayrımcılık türüne öğretilde, "dolaylı ayrımcılık" (indirect discrimination) denilmektedir (Atlan, 1997:164-165). Davranışın temelinde görelî bir değerlendirme yer alır. Teşhis edilmesi ve tanımlanması zor olduğu için daha çok iş sözleşmelerinde ve toplu iş sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu yüzden, dolaylı ayrımcılıktan söz edebilmemiz için genel olarak şu unsurların bulunması gerektiği dile getirilir;

- Gerekli olmamasına rağmen sadece belirli bir grubun o işi yapabileceği şekilde tanımlanması,

- Talep edilen işin gereklerinin haklı görülebilecek bir tarafının olmaması,
- Belirlenen niteliklerden dolayı bir grubun diğerlerinden daha fazla zarar görmesi.

Dolaylı ayrımcılığın iki şekilde ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bunlar; evlilikten ya da aile içindeki konumdan kaynaklanan dolaylı ayrımcılık ve kısmi süreli çalışmadan kaynaklanan dolaylı ayrımcılıktır.

Genel olarak dolaylı ayrımcılık biçimi genellikle evlilik sonucunda medeni halin yada vatandaşlık statüsünün değişmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumun bir örneği, Adalet Divanının 20 şubat 1975 tarih ve 21/74 sayılı kararına konu olan Jeanne Ariola ve Avrupa Komisyonu arasındaki davadır. Buna göre, daha önce Belçika vatandaşlığına sahip bulunan Ariola, bir İtalyan'la evlenmesi sonucunda eşinin vatandaşlığını almış, bu durumun sonucunda da İtalya'daki işyerinde sahip olduğu “yabancı” statüsünü, dolayısıyla da maaşına ilave olunan yabancılık zammını kaybetmiştir. Duruma edilen itiraz sonucunda dava Adalet Divanına intikal etmiş, Divan da verdiği kararda Bayan Ariola'nın dolaylı bir ayrımcılığa maruz kaldığını kabul etmiştir.

Kısmi süreli çalışmadan kaynaklanan dolaylı ayrımcılık, Gözleme dayalı sosyolojik çalışmalara bakıldığında, kısmi süreli çalışmanın tipik bir biçimde çoğunlukla kadınlar tarafından tercih edildiği görülmektedir. Bu sebeple bilhassa kısmi süreli çalışma ilişkileri dolaylı ayrımcılığın en çok yaşandığı alan olarak dikkati çekmektedir (Atamer ve Tekinalp, 2000, s.641'den Krimphove: 161-163). Daha çok ücret eşitsizliği dolayısıyla yaşanan bu ayrımcılık türünün önemli örneklerinden biri Adalet Divanının 31 Mart 1981 tarih ve 96/80 sayılı kararına konu olan “J. P. Jenkins – Kingsgate (Clothing Production)” davasıdır. Buna göre, Kingsgate firmasında kısmi süreli olarak çalışan Bayan Jenkins' in aldığı ücret, tam süreli olarak çalışan ve çoğunluğu erkek olan işçilerden saat başına aldığından yüzde 10 daha az ücrete tabi tutulmuştur. Adalet Divanı kısmi süreli çalışanların büyük kısmının kadın işgücünü oluşturduğunu göz önünde bulundurarak bu ücret uygulamasını “dolaylı” bir ayrımcılık aracı olarak değerlendirilmiştir (Atamer ve Tekinalp, 2000, s.641'den Krimphove: 161).

Dolaylı ayrımcılık kavramının sınırlarının tam olarak belirlenememesi, içeriği konusunda zaman zaman ihtilaflara düşülmesinin yanı sıra kavramın doğrudan

kendisine yönelik eleştirilerle de karşılaşmaktadır. Bu alandaki eleştirilerden birine göre, kadın çalışanlarla erkek çalışanlar arasındaki gelir farklılığı ücretlerde ayrımcılık yapıldığından değil, işyerindeki yapısal etkenlerin kadınları olumsuz yönde etkilemesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre kadınlar mesleki açıdan daha az iddialı işleri yapmak istemektedirler, ayrıca bazı kadınlar bazı işleri yapmaktan tamamen kaçınmaktadırlar. Pek çok durumda ailenin ve çocukların bakımı daha ön planda olup kadın çalışanların daha çok eğitim, bakım, yardım gibi işlere eğilimli olduğu belirtilmektedir (Ulucan, 2000:200). Dolayısıyla bu görüşe göre; iş hukuku düzenlemeleri ile kadın ile erkek arasında eşitliğin, özellikle de ücretler açısından eşitliğin tam olarak sağlanamayacağı söz konusudur. Ulucan'a göre; dolaylı ayrımcılık yasağına karşı getirilen bu eleştiri karşısındaki temel sav, kadının toplum içindeki yerinin hızla değiştiği, iş hukuku düzenlemelerinin de bu değişikliklere ayak uydurmak durumunda olduğu şeklindedir.

Ayrıca ayrımcılık dönüşümlü olarakta gerçekleşebilir. Dönüşümlü ayrımcılık durumunda, kendilerine karşı ayrımcılık yapılan bir grubun üyeleri kendi grubunun diğer üyelerine karşı ayrımcılık yapabilir ya da öğrendiği şeyi içselleştirebilir. Buna ilişkin en somut örnek kadın bir işverenin iş için kadın başvurularını kabul etmemesidir. Buna ilişkin bir diğer örnek de bizzat ayrımcılık kurbanı olanların ayrımcılığı içselleştirmesidir. Yani ayrımcılık sadece gücü elinde bulunduranlar tarafından yapılmamaktadır (Ataman, 2007;5).

1.3. Ayrımcılık Yasağının Değişik Boyutları

1.3.1. Mutlak Eşitlik – Nispi Eşitlik

Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın yasaların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” hükmü ile ikinci fıkrasında yer alan “*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*” hükmü bu konularda mutlak eşitliği ifade etmektedir. Yani, hangi düşüncelerde olursa olsun, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde ve kullanıcılara sunulmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamaz (Gözler, 2003:278-279). Örneğin, belli bir meslek kolunun tümünden cinsiyet nedeniyle

ayrım gözetilerek erkek veya kadına kapatılması (o görevin yerine getirilmesinde cinsiyetin belirleyici koşul olması hali hariç olmak üzere) eşitlik ilkesine açıkça aykırı olacaktır (Kutlu, 2002:278-279).

Hukuk kurallarının aynı durumda bulunan kişilere farklı uygulanması da eşitlik ilkesini ihlal edecektir. Örneğin, Danıştay bir sağlık meslek lisesi müdürünün Kadro Kıstaslığı Yönetmeliğinde öngörülen şartları taşımadığı (hekim olmadığı) gerekçesiyle görevden alınıp, aynı göreve yine bu yönetmeliğin şartlarını taşımayan, yani hekim olmayan birisinin atanmasına ilişkin olayda, aynı hukuki durumda bulunan kişilere hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanması gereğine işaret etmiş, yönetmelik hükümlerinin bir kişi için uygulanıp, aynı durumda olan bir başka kişi için uygulanmamasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir (DİDDGK, E.97/669, K.98/708, KT.25.12.1998, DD, sy.100, s.48-51.)

Nispi eşitlik, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme, farklı durumda bulunan kişilerinde farklı işlemlere tabi tutulması yani eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması anlamına gelmektedir. Bu durumda farklı durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılabilecek ve fakat Anayasanın 10. maddesinin ilk fıkrasında sayılan dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler farklı durumda olsalar bile bunlar arasında ayrımcılık yapılamayacaktır. Örneğin, farklı dinden olanlara farklı kamu hizmeti, farklı dil konuşanlara farklı kamu hizmeti götürülemezdir (Gözler, 2000: 279-280).

Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmediği, bu ilkeyle güdülen amacın, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak olduğunu belirtmekte (AyM, E.76/3, K.76/3, KT.13.4.1976,Nakleden; Gözler, 2000:280), konuyla ilgili başka kararında ise eşitlik ilkesinin herkesin aynı hak ve hükümlülüklerine sahip olması anlamına gelmediği, eşitliğin her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz olacağını, farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanmasının eşitli ilkesine aykırılık oluşturmayacağını ifade etmektedir (AyM, E.88/7, K.88/27, KT.27.9.1989, Nakleden; Gözler, 2000:280).

29.11.1966 tarih ve E.66/11, K.66/44 sayılı kararında ise Anayasa Mahkemesi; “Yasa karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların hepsinin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları *haklı bir nedene* dayanmakta ise, böyle bir durumda yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış, çalışma gücü, sağlık bakımından veya buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu belirgin bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin askerlik yükümü bakımından; bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından, çok başarılı bir öğrenci ile orta düzey bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından, başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, *haklı nedenlerin* sonucudur” ifadelerine yer vermektedir (Çırakman, 1997:82).

Anayasa Mahkemesine göre kamu yararı ve haklı nedenin, “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir. Getirilen düzelmeme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir” (E.1991/13, K.1992/10, KT.19.2.1992, AMKD Sayı 30, Cilt 1, s.101.) Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak, “gereklilik”, “zorunluluk”, işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi değişik ifadelerde kullanmıştır. Kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı yasa metnine sözüyle ve yüzeysel bir yaklaşımla değil ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir (Özbudun, 2005: 138 – 139).

1.3.2. Hukuk Kuralı Önünde Eşitlik – Hukuk Kuralında Eşitlik – Hukuk Kuralıyla Eşitliğin Sağlanması

Anayasa’ da kanun önünde eşitlik diye ifade edilen Hukuk kuralı önünde eşitlik, 1982 Anayasasınının 10’uncu maddesinde şu şekilde ifadesini bulmuştur: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet ve siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Bu ilkenin hukuk devleti kavramı içinde mevcut olduğu düşünölebileceği gibi, bir temel hak yada devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke olarakta değerlendirilmesi mümkündür. Eşitlik ilkesinin, bu ilkeden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu kuşkusuzdur. Ancak eşitlik, aynı zamanda, muhatapları yani devlet organları ve idare makamları açısından da anayasal bir buyruk, devlet yönetimine egemen temel bir ilkedir (Özbudun, 2005:137).

Tarihsel olarak yasa önünde eşitlik, eşitliğin dışarıya yansıyan ilk halidir. Temel niteliği ise, hukuksal anlamda birliği gerçekleştirecek olan ayrıcalıkların yıkılmasından doğan yeni hukuki düzeni kurmasıdır. Demokratik olmayan eski rejimlerin içinde özel kurallara tabi kılınan toplumsal kategorilerde görünen artış, kurucu gücü herkes için tek bir hukuku ikame etmeye zorlamıştır. Bütün insanlar aynı haklara sahiptir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, ortak bir hukukun ortaya çıkmasına işaret eder. İlkenin bu açıklaması modern hukuk düzenini kurmuştur ve eşitlik hükmünün temelini beslemektedir (Tunç ve Atay, 2000:54-55).

Çoğulcu demokrasilerde eşitlik, yasa önünde eşitlik olarak gelişmiştir. Yasalar herkes için, toplum içindeki yeri, ekonomik gücü, toplumsal kökeni, cinsiyeti gözetilmeden, herhangi bir ayırım yapılmadan düzenlenip uygulanır. İster korusun, ister olanak sağlasın, ister yükümlölük getirsin, ister cezalandırsın, yasanın herkes için aynı olması ve uygulanması eşitlik ilkesinin gereğidir (Serim, 1994:15).

Hukuk kuralında eşitlik, diğer normlardan bağımsız işlemlerin içeriğiyle ilgilidir. Yasada eşitliğin temeli, bütün insanların hukuken eşit olmalarını ifade eder. Ancak bu ilke yasayı uygulayan organlara hitap etmemektedir. Yasa ancak haklı gösterilebilecek durumlarda ayırım yapabilecektir. Fakat yasa nezdinde eşitlik aynı şekilde yasanın içinde eşitliğin gerekliliğini de içermektedir (Tunç ve Atay, 2000: 52-53).

Hukuk kuralıyla eşitliğin sağlanması, yasadaki eşitlikten esaslı anlamda bir farklılaşmayı ifade eder. Yasadaki eşitlikte olduğu gibi hukuk kuralıyla eşitliğin sağlanması normun içeriğine ilişkindir. Fakat, yasadaki eşitliğin devlet tarafından oluşturulmuş olan farklılıkların haklılığının denetlenmesiyle sonuçlanıyor olmasına

karşılık, hukuk kuralıyla eşitliğin sağlanması eşitlik lehine normatif bir işlemin ileri sürülmesini açıklamaktadır.

Hukuk kuralıyla eşitliğin sağlanması devletin bir takım fiili eşitsizlikleri düzeltebilmesini benimsiyor olmasına karşılık, yasa tarafından eşitliğin uygulanması işlemin içeriğinde fiili durumların dikkate alındığı normun yapıcısı için zorunluluğu varsaymaktadır. Böylece yasada eşitliğin benzer durumlara farklı muamelede bulunmamasına zorlanmasına karşılık, yasa yoluyla eşitliğin sağlanması farklı durumların farklı işleme tabi tutulmasını emretmektedir (Tunç ve Atay, 2000: 54-55).

1.3.3. Sosyal ve Ekonomik Eşitlik - Hukuksal Eşitlik - Siyasal Eşitlik

Eşitlikle ilgili yapılan ayrımlardan biriside “sosyal ve ekonomik eşitlik, hukuksal eşitlik, siyasal eşitlik” tir. Anılan olguları açmaya çalışırsak, şunları söylemek mümkündür:

Sosyal eşitlik, herkesin ırk, dil, din, cinsiyet, sosyal köken, sınıf, servet gibi nedenlerle yasa tarafından herhangi bir farklı işleme ve uygulamaya bağlı tutulmasını gerektirir.

Ekonomik eşitlik, örneğin, herkesin mali gücüne göre vergi yükümü altına konulmasını sağlar (Serim, 1994: 14).

Hukuksal eşitlik, bireylerin birer hukuksal kişilik olmaları nedeniyle yasa önünde eşitliklerini anlatır. Bu eşitlik, bireysel haklarda ve kamusal hizmetlerden eşit olarak yararlanmayı gerektirir (Serim, 1994: 14).

Siyasal eşitlik, egemenliğe doğrudan ya da dolaylı katılma yönünden eşit olmak demektir. Çağdaş toplumlarda bu eşitlik, “seçme seçilme eşitliği” biçiminde kendini gösterir (Serim, 1994: 14).

1.4. Genel Olarak Çalışma Yaşamında Ayrımcılık Türleri

Genel nitelikli insan hakları belgelerinin başında gelen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin¹ 2. maddesi ayrımcılık yasağına doğrudan bir anlatımla yer vermiştir:

“1. Herkes; hiçbir yönden, özellikle ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal görüş ya da başka her tür görüş, ulusal yada toplumsal köken, servet, doğum yada başka her durum yönlerinden ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirge’de duyurulan tüm haklardan ve tüm özgürlüklerden yararlanabilir.

2. Ayrıca, bir kişinin uyruğu olduğu ülkenin yada (egemenliği altındaki) toprağın; bu ülke yada toprak, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında bulunsun, isterse özerk olmasın yada herhangi bir egemenlik sınırlamasına bağlı tutulmuş olsun; siyasal, hukuksal yada uluslar arası statü temeline dayanan hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

Bu maddelere göre; hak ve özgürlüklerden (somut ve eylemli olarak) yararlanma konusunda öngörülen ayrımcılık yasağı, genel ve üstün bir kuraldır. Toplumsal alanda, herhangi bir nedenle yada kimi koşullarla, kimi kişi kesimleri veya kimi hak ve özgürlükler için ayrımcılık yapılmasına olanak sağlayan istisnalar getirilemez (Gülmez,2009:50-51).

Toplumsal alandaki ayrımcılığın yansıdığı alanlardan biri olan çalışma hayatında ayrımcılık, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan 1958 tarihli 111 Sayılı ILO Ayrımcılık (iş ve Meslek) Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre;

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

İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya

¹ Birleşmiş Milletler Genel kurulunun 10/12/1948 Tarihli 217 (111) sayılı kararıyla kabul edilen ilişik “İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ”nin Resmi gazete ile yayınlanması ve yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu bakanlar Kurulunun 6/4/1949 tarihli toplantısında kararlaştırılmıştır. Bakanlar kurulunun bu kararı da 27/05/1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bildirge’nin Resmi Gazete’de yayımlanması, 1961 ve 1982 Anayasaları anlamında “onay” sayılamaz. Bildirge, “hukuksal” yükümlülük doğurmaya yönelik bir belge değildir.

edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma olarak tanımlanmaktadır.”

(http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm,Erişim tarihi:21.05.10).

Ayrımcılık çalışma hayatındaki uygulamalar açısından doğrudan, dolaylı ve dönüşümlü ayrımcılık olarak üç şekilde ortaya çıkmaktadır (bkz:8). Doğrudan ayrımcılık, işverenin iş sözleşmesine koyduğu bir madde veya güttüğü bir uygulama yoluyla bir çalışanın, başka bir çalışana göre aynı koşullarda ırk, cinsiyet ve medeni durum gibi nedenler dolayısıyla daha farklı muamele görmesidir (Hermans,2001:35). Dolaylı ayrımcılık ise tarafsız gibi görünen bir hükmün, kriterin veya uygulamanın belli bir ırk, etnik köken, cinsiyet ya da yasta olan kişiler için diğer kişilerle karşılaştırıldığında daha dezavantajlı bir konum yaratması anlamına gelmektedir (Hermans, 2001 :36).

Gatewood ve Feild'e (1994:63) göre ise iş hayatında ayrımcılık beş farklı şekilde ortaya çıkan karmaşık bir kavramdır:

- **Niyetli ayrımcılık:** Kişilerin işle ilgili performansları göz önüne alınmadan özel bir gruba karşı öfke, kin ya da eşitsizliğin açıkça ifade edilmesi,
- **Eşitsiz muamele:** Bir grup için diğerlerinden farklı standart ya da işlemlerin uygulanması,
- **Eşitsiz etki yaratan ayrımcılık:** Bir grup için olumsuz yan etkileri olan aynı standardın herkese uygulanması,
- **Geçmiş etkili ayrımcılığın devam etmesi:** Geçmişte gerçekleşen ayrımcılığın etkilerinin devam etmesine yol açan işlemlerin yapılması,
- **Ayrımcılık şikayetinde bulunan kişilere karşı olumsuz tavır geliştirme:** Ayrımcılık iddiaları ya da davalarıyla ilgili soruşturmalara katılan kişilere karşı alay, baskı veya zorlamaya yönelik davranışlarda bulunulmasıdır.

Çalışma hayatında ayrımcılığı dayandığı nedenlere göre incelediğimizde ırk ve etnik köken, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim, din ve inanç, engellilik, sendikal nedenlere, yabancılaşma temeline dayalı olmak üzere temel olarak yedi nedende incelemek mümkündür:

1.4.1. Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık

Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık, toplumun demografik yapısına bağlı olarak yapılan bir ayrımcılık türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşadığı toplumun dilini hiç yada yeterince bilmeyenlere veya vatandaş olmayan yabancılara karşı yapılan ayrımcılık da bu konuyla ilgili ayrımcılık türlerindedir.

Irk ayrımcılığı, ayrımcılığın yasalarda yer alan ilk türüdür. 1969'da yürürlüğe giren BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme'ye¹ göre ırk ayrımcılığı;

“Siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel ya da herhangi bir başka alanda, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temeli üzerinde tanınmasını, kullanılmasını ya da bunlardan yararlanılmasını önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonucuyla ırk, renk, soy, ulusal ya da etnik kökene bağlı ayırım, dışlama, kısıtlama ya da yeğlemede bulunma anlamına gelmektedir.”

(<http://www.ihop.org.tr/dosya/BB/racialtr.pdf>, Erişim tarihi: 08/12/09.)

Irk, renk, kültür, din ya da dile bağlı ayrımcılığı da içeren ırk ve etnik kökene bağlı ayrımcılık, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 2. maddesi ile başka kimi maddelerinde açıkça yer alan ayırım gözetmeme ilkesinin felsefi ve düşünsel kökenleri ve dayanakları, Başlangıçta ve 1. maddede yer alan “onurda ve haklarda eşitlik” ilkesidir.

Bildirge'nin 1. maddesinde de, olumlu bir dille, “tüm insanlar, onur ve haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar” derken, insan haklarının doğuştan öznesi olan ve bu nedenle

¹ 21 Aralık 1965 tarih ve 2106 (XX) sayılı BM Genel Kurul kararı uyarınca kabul edilerek imza ve onaya alınmıştır. 19. madde uyarınca, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin onayı sırasında Türkiye Cumhuriyeti tarafından yapılan beyanın metni: “Türkiye Cumhuriyeti, işbu Sözleşme'nin ancak Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ve Türkiye Cumhuriyeti'nin yasal ve idari düzeninin yürürlükte olduğu ülkesel sınırlar itibarıyla onaylanmış bulunduğunu beyan eder.”

haklardan eşit yararlanmaları öngörülen insanlar arasından ayırım gözetilmeyeceğini öngörmüş, ayrımcılığı insanın özüne içkin, onur ile bağdaşmayacağını, son çözümlemede “onurda ayrımcılık” anlamına geleceğini belirtmiştir.

Çalışma hayatına yönelik düzenlemelerle yasaklanan bu tür ayrımcılık çoğu zaman dolaylı yollarla devam etmektedir. Toplumda azınlık olarak görülen bu gruplar daha çok düşük ücretli olan, iş güvencesi ve güvenliği olmayan, nüfustaki çoğunluğun rağbet etmediği işlerde çalışmak zorunda kalmakta veya bırakılmaktadırlar. İşe girişte, ücretlerde, çalışma saatlerinde, terfilerde, sosyal yardımlarda bu tür ayrımcılığa rastlanmaktadır. Tarım, inşaat, temizlik ve mevsimlik işler bu grupların en çok görüldüğü iş alanlarıdır. Örneğin; benzer niteliklere sahip olmalarına rağmen beyazların kasiyer, azınlıklarınsa temizlikçi olarak işe alındığını söyleyerek, yasaların başvuruda olmasa bile sonraki aşamalarda ayrımcılığı önlemeye yetmediğini vurgulamaktadır. Azınlık gruplar bir işe başvuru hakkına sahip olsa bile işverenin önyargılarını aşmamaktadır (Simon, 2005:10). Özellikle bu tür ayrımcılıkla karşılaşan işçiler, işlerini kaybetme, yargılama sürecinin uzunluğu, ispat zorluğu gibi nedenlerle şikayet yoluna başvurmasa da uygulamada bunlarla karşılaştığı bilinmektedir.

AB üyesi ülkelerin vatandaşı olmayan işçilerin karşılaştıkları sorunların önemli nedenlerinden biri, yabancı olmalarından kaynaklanan buldukları ülkenin dilini hiç veya yeterince bilmemeleridir (European Foundation, 1997:3). Bazı işverenlerin dili bir ayrımcılık aracı olarak kullandıkları gözlemlenmektedir. Örneğin; fazla nitelik gerektirmeyen işlerde bile ileri derecede dil bilme şartının aranması, o iş için hiç ihtiyaç olmadığı halde dil sınavına tabi tutulmaları ve bu dil sınavı ana dili farklı olan yabancıları hedef alarak dışlamaktadır.

İrk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın bir uzantısı olarak kabul edebileceğimiz, işverenin, dile dayalı ayırım yapamaması, işçiye salt anadilinin farklılığı nedeniyle herhangi bir ayırım yapamaması demektir. Ancak, iletişim kurma güçlüklerini, işin kendine has niteliklerini nazara alarak işverenin örneğin, Türkçe bilmeyen bir kişiyi işe almaması, dile dayalı ayrımcılık sayılamaz.

AB Anayasası'nın¹ Eşitlik başlığı altında düzenlenen II-21. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı içerisinde dil ayrımcılığı da yer adımı. almaktadır. II-22. maddesinde ise “*Birlik her türlü dini, kültürel ve dilsel çeşitliliğe saygı gösterir*” ifadesi yer alır. Bu nedenlerle ayrımcı davranışta bulunmaya karşı her türlü ayrımcı muameleyi yasaklamaktadır. Üye ülkelerin çoğunun anayasasında dil farklılıkları dolayısıyla ayrımcılık yapılmasını yasaklayan hükümler bulunmaktadır.

1.4.2. Yaşa Dayalı Ayrımcılık

İstihdamda yaş ayrımcılığı konusunda hem Amerika'da hem de İngiltere'de, 1920'lerden, 1930'lardan beri tartışmalar bulunmaktadır. Yaş ayrımcılığı, çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin olduğu Sanayi Devrimi sonrasındaki dönemde özellikle 19.yy.'ın sonlarında doğmuştur. Bu dönemdeki çalışma koşullarının özellikle yaşlı işçilere uymaması nedeniyle yaşlı işçilerin üretimin taleplerini karşılayamamaları sonucunda uzun yıllar çalışmış olmalarına rağmen işten çıkarılmışlardır (Baybora, 2007:45). Eurolink, “yaş ayrımcılığı kavramı, ayrımcılık için yaşın kullanımının haksız olduğu ve yaşlı işçilere haksız muamele durumlarında uygulanır” şeklinde yaş ayrımcılığının tanımını yapmıştır.

Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı kişiyi işe alırken, çalışırken veya işten çıkarırken söz konusu olabilmekle birlikte istihdamın bütün alanlarında meydana gelmektedir. Bununla birlikte, farklı yaşlar arasında muamele farklılığı en çok işe alma sırasında görülmektedir. Bu süreçte, yaş ayrımcılığının günümüzde 40 yaşla birlikte başladığı gözlemlenmektedir. İş alanlarında, “35 yaşın üzerinde olanların başvurmasına gerek yok” şeklindeki ifade yaş ayrımcılığına açık bir örnektir. Ayrımcılığın genellikle negatif olarak ifade edildiği görülmekle birlikte “ 35 yaş ve altında başvuran kişiler tercih edilecektir” şeklinde pozitif olarak da ifade edilebilir.

¹ Avrupa Birliği Anayasası 29 Ekim 2004'te, 1957'de Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Antlaşması'nın imzalandığı salonda düzenlenen bir törenle, 25 üye devletin devlet ya da hükümet başkanlarınca imzalanırken, nihaî senet ise üye ülkelerin yanı sıra "aday ülke" statüsünde olan Türkiye, Bulgaristan ve Romanya tarafından da imzalanmıştır. AB Anayasası, Avrupa Birliği üye ülkelerinin siyasi bir birlik kurma yolunda attıkları en önemli belgedir. Anayasa, AB'nin temelini oluşturan kurucu antlaşmaları ve bugüne kadar onları değiştiren ek tüm antlaşmaları tek ve yeni bir metinde bütünleştiriyor ve AB'ye tüzel bir kişilik kazandırıyor.

Yaşa bağılı ayrımcılık her insanı etkileyecek belki de tek ayrımcılık şeklidir. Belirli yaşlardaki kişilerin beceri ve yetenekleri üzerine sadece kişisel ön kabullere dayanan diğler sınırlamalar ayrımcılığa yol açmaktadır. Araştırma sonuçlarına göre sebepleri farklı olmakla birlikte yaşa bağılı ayrımcılığa en çok maruz kalanlar 45 yaşın üzerindeki ile 25 yaşın altındakilerdir (Duncan ve Loretto,2004:95). Her iki grubun da yaşa dayalı ayrımcılık konusunda olumsuz davranış tecrübesinin varlığı söz konusudur. Genellikle 40 yaş altındakiler genç yaşları nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmakta ve şikayetleri de daha çok ücret ve diğler parasal haklar etrafında odaklanmaktadır (Duncan, 2004:95).

Yaşlı işçilere karşı yapılan ayrımcılıkta ise, özellikle 40 yaş ve üstü için sorunlar ortaya çıkmaktadır. İş yerinde yaşlılarla ilgili en önemli önyargı daha az üretici ve yararlı olduklarıdır. Birçok işveren yaşlı çalışanları, daha deneyimli, sadık ve güvenilir bulmakta ancak aynı zamanda fiziksel ve zihinsel yönden daha yetersiz, değışikliğe daha dirençli ve daha zor eğitilebilir olduklarını düşünmektedir (Pickersgill,1996:45). Yaşlı işçilerin yeni nitelikler kazanabilme kabiliyetlerini de kapsayan verimlilik düzeyleri, onların istihdam edilebilirliklerini ve gelir düzeylerini de önemli ölçüde belirlemektedir. İşlerin gerektirdiğı nitelikler ve bireysel kapasitelerin farklı olması nedeniyle, bireylerin yaşlandıkça verimlilik düzeylerinin bundan nasıl etkileneceğı konusunda bir genelleme yapmak güçtür. İş performansı ve yaş arasındaki ilişkileri inceleyen birçok araştırma, yaşlı ve genç işçilerin iş performansları arasında, yaşa dayalı, dikkate değer bir farklılığın bulunmadığını ortaya koymaktadır (OECD, 1998a:14). Bununla birlikte, işgücünün yaşlanmasıyla verimlilik düzeyinin de düşeceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşte olanların dayandıkları iki temel hareket noktası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yaşlanmayla birlikte sağlık sorunlarının da artacağı, bunun da verimlilik düzeylerini düşüreceğidir. Ancak, teknolojik değışmeyle birlikte istihdam yapısında, özellikle el becerisine dayanan mesleklerden uzaklaşma yönündeki değışimin, iş performansında yaşla ilgili sağlık sorunlarının önemini azalttığı söylenebilir. Yaşlanmanın verimliliğı olumsuz yönde etkilediğini savunanların dayandığı ikinci nokta ise, yaşlı işçilerin yeniliklere ayak uydurma konusundaki güçlükleridir. Yaşlanma kişinin performansını ve kabiliyetini azaltmasa bile, onun işin değışen niteliklerine adapte olabildiğini görel olarak geciktirebilir. Bu da onun verimliliğinin düşmesine neden olabilir (OECD,1998b:136).

Onların değişen teknolojiye oranla kendilerini yenileyememeleri, yeniden örgütlenme durumunda olan bir şirkette yaşlıların göz ardı edilmeleri, yeni teknolojik uygulamalardan dışlanmaları, terfilerde ayrımcılıkla karşılaşmaları, yaşlarına ilişkin şakaların yapılması yaşlı işçilerin karşılaştığı ayrımcılık türleridir.

Gençlerin çalışma hayatında uzun süre geçirmediği için yeterince tecrübe sahibi olmadıkları düşüncesiyle kabul edilmedikleri işlere ilginçtir ki yaşlılar da çalışma hayatında uzun süre geçirmiş ve yeniliklere kapalı oldukları düşüncesiyle kabul edilmemektedirler. Yaş ayrımcılığının genç işçileri de etkilemesi söz konusu olmakla birlikte yaşlı işçilerin daha fazla maruz kaldığı görülmektedir (Baybora, 2007: 48).

Ülkemizdeki genç nüfusun işsizlik oranı, Şubat 2010 döneminden başlamak üzere, ilgili döneme ait mevsim etkilerinden arındırılmamış temel işgücü göstergelerini içeren Tablo 1’de bulunmaktadır.

Tablo 1. Mevsim etkilerinden arındırılmamış temel işgücü göstergeleri (Mart)

	TÜRKİYE		KENT		KIR	
	2009	2010	2009	2010	2009	2010
Kurumsal olmayan nüfus (000)	70 299	71 105	48 628	49 058	21 670	22 047
15 ve daha yukarı yaştaki nüfus (000)	51 426	52 287	36 066	36 479	15 359	15 808
İşgücü (000)	23 924	25 179	16 324	17 014	7 601	8 165
İstihdam (000)	20 148	21 741	13 383	14 366	6 765	7 375
İşsiz (000)	3 776	3 438	2 941	2 648	835	790
İşgücüne katılma oranı (%)	46,5	48,2	45,3	46,6	49,5	51,7
İstihdam oranı (%)	39,2	41,6	37,1	39,4	44,0	46,7
İşsizlik oranı (%)	15,8	13,7	18,0	15,6	11,0	9,7
<i>Tarım dışı işsizlik oranı (%)</i>	18,9	16,7	18,3	15,9	21,8	20,6
<i>Genç nüfusta işsizlik oranı⁽¹⁾(%)</i>	27,5	24,6	29,8	26,4	21,8	20,4
İşgücüne dahil olmayanlar (000)	27 501	27 108	19 742	19 465	7 759	7 643

(1) 15-24 yaş grubundaki nüfus

Not: Rakamlar yuvarlamadan dolayı toplamı vermeyebilir.

Kaynak: TÜİK Bülteni, 15.07.2010, Sayı:65

Tablo 1’e göre 2010 yılı Mart döneminde, Türkiye genelinde işgücüne katılma oranı, bir önceki yılın aynı dönemine göre 1,7 puanlık artışla % 48,2 olarak gerçekleşmiştir. Aynı dönemler için yapılan kıyaslamalara göre; erkeklerde işgücüne katılma oranı 0,8 puanlık artışla % 70,3, kadınlarda ise 2,4 puanlık artışla % 26,8’dir. İşgücünün yaş dağılımları ise; Toplam işgücünün % 16,9’unu 15-24 yaş grubundakiler oluşturmaktadır. Türkiye genelinde işsiz sayısına baktığımızda, geçen yılın aynı dönemine göre 338 bin kişi azalarak 3 milyon 438 bin kişiye düşmüştür. İşsizlik oranı

ise 2,1 puanlık azalış ile % 13,7 seviyesinde gerçekleşmiştir. Kentsel yerlerde işsizlik oranı 2,4 puanlık azalışla % 15,6, kırsal yerlerde ise 1,3 puanlık azalışla % 9,7 olmuştur. İşsizlerin; % 31,5'ini çalıştığı iş geçici olup işi sona erenler, % 19'unu işten çıkarılanlar, % 15,7'sini kendi isteğiyle işten ayrılanlar, % 8,2'sini işyerini kapatan/iflas edenler, % 7,7'sini ev işleriyle meşgul olanlar, % 7,5'ini öğrenimine devam eden veya yeni mezun olanlar, % 10,4'ünü ise diğer nedenler oluşturmaktadır. Yukarıdaki araştırma örneğimize belirtilen, “yaşa dayalı ayrımcılığa en çok maruz kalanlar 45 yaşın üzerindekiyle 25 yaşın altındakilerdir” ifadesini doğrular niteliktedir. Tablo 1'e göre genç nüfusun 2010 yılına ait işsizlik oranı %24.6'dır.

1990'ların başında ise yaşa ve sosyal dışlanmaya dayalı ayrımcılıkla mücadele ederek yaşlı insanları toplumda daha uygun bir konuma getirme ve onların medeni haklarının sınırsız korunmasının AB'nin görevleri arasında yer aldığına ilişkin bir görüş ortaya çıkmıştır. Bu amaçla çıkarılan AB'nin 2000/78/EC sayılı direktifi, istihdam alanında yaş ayrımcılığı ile mücadeleyi de içine alan genel anlamda çerçeve bir direktiftir. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamıştır. AB'nin 2000/78/EC sayılı direktifinin 6. maddesi, yaşa dayalı ayrımcı haksızlığı ve emir vermeyi yasaklamıştır. Direktif, iş ve meslek hayatını, eğitim ve bir işçi veya işveren örgütüne üye olmayla ilgili işgücü piyasasını da içine alan geniş bir alanı kapsayarak herhangi bir yaştaki yaş ayrımcılığını yasaklamaktadır. Yani, direktif hiçbir yaş sınırı getirilmeden herkesi korumaktadır ve kamu kurumlarını da içine alarak hem kamu sektörüne, hem de özel sektöre uygulanmaktadır. 2000/78/EC sayılı işyerinde ve çalışma hayatında eşit muameleyi öngören direktif, yaş sınırlamalarının da dahil olduğu her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır.

(http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolalar/tablo2000-78.doc, Erişim tarihi: 21.05.10).

2002 yılında “ II. Uluslararası Yaşlanma Asamblesi” tarafından Yaşlanma 2002 Uluslararası Eylem Planı¹ yayınlanmıştır. 2002 Uluslararası Eylem Planının amacı; “Her yerde insanların güvenli ve saygın şekilde yaşlanmalarını ve toplumlarında bütün

¹ Yaşlanma 2002 Uluslararası Eylem Planı (International Plan of Action on Ageing, 2002) Madrid'de 12 Nisan 2002 tarihinde "II. Uluslararası Yaşlanma Asamblesi"nde hazırlanan bir rapordur. Yaşlanma 2002 Uluslararası Eylem Planı'nın da her ülkenin ulusal yaşlanma eylem planını hazırlaması ve uygulaması kararı alınmıştır.

haklara sahip birer vatandaş olarak yaşamaya devam etmelerini garanti etmek” şeklinde ifade edilmektedir. 2002 Uluslararası Eylem Planı’nın hedeflerinde yaşlıların, gelir getiren gönüllü işler dahil olmak üzere, toplumun ekonomik, politik ve sosyal yaşamlarına tam ve etkili olarak katılması amacıyla güçlendirilmesi; bütün ekonomik, sosyal, kültürel hakların yanında vatandaşlık ve siyasi haklara da sahip olmanın sağlanması ve yaşlılara karşı her türlü şiddet ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması bulunmaktadır (www.gebam.hacettepe.edu.tr, Erişim tarihi:10/12/09).

Uluslararası Eylem Planı’nda; yaşlıların sosyal, kültürel, ekonomik ve politik katılımlarının tanınması, karar verme sürecinin bütün aşamalarına katılımının sağlanması, çalışmak isteyen bütün yaşlılar için istihdam olanakları sağlanması, yaşam boyu fırsat eşitliği sağlanması, yaşla kazanılmış deneyimlerin yararları göz önüne alınarak kapasite ve danışmanlığından yararlanılması, kuşaklar arasında eşitlik ve dayanışmanın güçlendirilmesi, yaşlılara yönelik yaş, cinsiyet yada herhangi bir nedene dayalı sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına ilişkin hak ve ilkeler yer almaktadır.

Bu ilkeler doğrultusunda Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Müsteşarlığı koordinatörlüğünde hazırlanan “Türkiye’de Yaşlıların Durumu ve Yaşlanma Ulusal Eylem Planı’nın¹ da gerçekleştirilecek eylemler arasında; Yaşlıların karar verme sürecinde temsil edilebilmek için (özellikle mevcut olmayan yerlerde) karar vermenin tüm aşamalarında yaşlı organizasyonlarının kurulmasına teşvik edilmesi; Dezavantajlı gruplar arasında yer alan yaşlıların çalışma yaşamına katılımını arttırmaya yönelik özel çaba gösterilmesi; Kayıt dışı sektörde çalışan yaşlılara yardımcı olunması; İş yaşamındaki yaş engellerinin ortadan kaldırılması; Yaşlı çalışanlarının beceri ve yeteneklerine uygun gerçekçi ortam geliştirilmesi; Sürekli eğitim ve öğretimin yaşlılar için yararlarını, hem işverenlere hem de çocuklara göstermek için eğitim ve üretkenlik arasındaki ilişkiyi ortaya koyan çalışma ve araştırmaların teşvik edilmesi; Yaşlıların

¹ DPT Müsteşarlığı Sosyal Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü’nün koordinatörlüğü ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun işbirliği ile bu çerçevede Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, çeşitli kamu kurum ve kuruluşları, üniversite ve sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinden oluşan “Ulusal Komite” Nisan 2004 yılında başlattığı çalışmalarını 2005 yılında tamamlayarak “Türkiye’de Yaşlıların Durumu ve Yaşlanma Ulusal Eylem Planı”nı hazırlamıştır. Söz konusu Eylem Planı, Yüksek Planlama Kurulu’nun 01/03/2007 tarihli kararı ile kabul edilmiştir (http://www.sgb.saglik.gov.tr/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=15&Itemid=67, Erişim tarihi: 10/12/09).

çalışma ortamlarında rehber edici arabulucu ve danışman olarak rol oynamalarının sağlanması; Yaşlı kadınların özel ihtiyaçları göz önünde bulundurularak gelir getiren işler, eğitim programları ve meslek ile ilgili aktiviteler dahil olmak üzere rehabilitasyon yoluyla yaşlılara kendi ekonomik yeterliliğini tekrar kazanmaları için yardım edilmesine yer verilmiştir

(<http://www.sosyalhizmetuzmani.org/yasliureten.htm>, Erişim tarihi:10/12/09).

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanmakta olan Türkiye İstatistik Yılığının¹ 11. bölümünde yer alan “Yaş grubuna göre istihdam edilenlere” yönelik resmi istatistikler genel çerçeve itibariyle sunulmuştur.

Tablo 2’de ki verilere göre, Türkiye’de 2009 yılında 15406(bin) erkek istihdam edilmiştir. 15–24 yaş grubuna göre istihdam edilen erkek sayısı 2008 yılında 2320(bin) iken 2009 yılında 2190(bin)’e düşmüştür. 45–64 yaş grubuna göre istihdam edilen erkek sayısı 2009 yılında 3682(bin) kişidir, 15–24 yaş grubuna oranla daha fazla istihdam edilmiştir. 2009 yılında Türkiye’de istihdam edilen kadın sayısı 5871(bin)’dir. 15–24 yaş grubu ve 45–64 yaş grubunda istihdam edilen kadın sayıları ise birbirine yakın sayılardır. Türkiye’de istihdam edilen kadın ve erkek sayılarına baktığımızda 24–44 yaş grubunda istihdam edilenlerin çoğunlukta olduğunu görmekteyiz. Bu verilerden de yola çıkarak yaşa bağlı ayrımcılığa en çok maruz kalan yaş grupları 15–24 ve 45-64’tür. 65 ve üzeri yaş grubunda ise istihdam edilen kişi sayısı oldukça düşüktür.

¹ Toplumun pek çok alanına yönelik resmi istatistiklerin genel çerçeve itibariyle sunulduğu ve ülke profili hakkındaki bilgilere erişim imkânı sağlayan Türkiye İstatistik Yılığ, Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yayımlanmakta ve en çok tercih edilen yayınlar arasında yer almaktadır. Yayında yer alan bilgiler, yayımlandığı zaman dilimindeki mevcut en son verileri içermektedir ve 5 yıllık bilgilerle karşılaştırma imkânı sağlamaktadır.

Tablo 2: Yaş grubuna göre istihdam edilenler

[15 ≥ yaş - age]	(Bin - Thousand)					
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Türkiye - Turkey						
Erkek - Males	14 585	14 959	15 165	15 382	15 598	15 406
15-24	2 349	2 381	2 377	2 345	2 320	2 190
25-44	8 626	8 861	9 001	9 203	9 299	9 123
45-64	3 162	3 285	3 387	3 453	3 577	3 682
65+	448	432	400	381	402	411
Kadın - Females	5 047	5 108	5 258	5 356	5 596	5 871
15-24	1 205	1 173	1 157	1 148	1 163	1 137
25-44	2 596	2 694	2 845	2 924	3 069	3 257
45-64	1 062	1 075	1 109	1 132	1 208	1 314
65+	184	166	147	152	156	163
Kent - Urban						
Erkek - Males	10 006	10 441	10 666	10 817	10 892	10 587
15-24	1 544	1 668	1 702	1 686	1 655	1 498
25-44	6 417	6 615	6 756	6 899	6 950	6 762
45-64	1 929	2 031	2 088	2 118	2 178	2 221
65+	116	127	120	114	109	106
Kadın - Females	2 495	2 685	2 853	2 948	3 117	3 251
15-24	649	671	693	715	713	702
25-44	1 505	1 633	1 756	1 832	1 970	2 075
45-64	318	356	386	381	416	456
65+	23	25	18	20	18	18
Kır - Rural						
Erkek - Males	4 579	4 518	4 499	4 565	4 706	4 819
15-24	805	713	675	659	665	692
25-44	2 209	2 246	2 245	2 304	2 349	2 361
45-64	1 233	1 254	1 299	1 335	1 399	1 461
65+	332	305	280	267	293	305
Kadın - Females	2 552	2 423	2 405	2 408	2 479	2 620
15-24	556	502	464	433	450	435
25-44	1 091	1 061	1 089	1 092	1 099	1 182
45-64	744	719	723	751	792	858
65+	161	141	129	132	138	145

Kaynak: Türkiye İstatistik Yıllığı, 2009:176.

1.4.3. Engelliliğe Dayalı Ayrımcılık

Engellilik, bedensel, zihinsel, psikolojik fonksiyonlardaki hasarlar nedeniyle meydana gelen kayıpların yarattığı sosyal dezavantajlardır. Sosyal dezavantajların yol açtığı sosyal eşitsizlikler, engellileri toplumun marjinal gruplarından biri haline getirmiştir. ILO' nun 1958 tarihli 111 Sayılı Ayrımcılık Sözleşmesi'ne göre engelli kişi; Uzun bir süre boyunca ya da tekrar şekilde fiziksel, zihinsel, psikiyatrik yada duygusal rahatsızlığı olan ve bu rahatsızlık nedeniyle diğer çalışanlardan daha dezavantajlı bir konumda kabul edilen kişidir. Bu tanımlama daha önce tedavi görmüş alkolikler, kanser hastaları gibi bir süre engelli olarak kabul edilmiş kişiler ile ciddi yanıklar ya da yüz yaralanmaları gibi durumları temel yaşam aktivitelerine engel olmamakla birlikte engelliymiş gibi davranılan kişileri de kapsamaktadır.

Sosyal model çerçevesinde engellilik, ayrımcılığın ve sosyal dışlanmanın bir biçimi olarak görülmektedir. Sosyal dışlanma¹ kavramı, fizikî, ruhî ve sosyal bir engellilik hâlidir. Sosyal açıdan dışlanmış fertler/gruplar ise; eşitsizliğe maruz kalmış, her türlü rizikoya karşı korunmasız/savunmasız ve zayıf kişiler olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan, toplumdaki belirli bir nüfus kitlesinin üretken sahalardan dışlanması manasına gelen sosyal dışlanma, bireysel hataların değil; yapısal süreçlerin sonucu olarak belirmektedir. Sosyal dışlanmadan en çok zarar gören kesimlerin basında ise; engelliler gelmektedir. Engelliler, dışlanmaya maruz kalarak, temel gereksinimlerini karşılayamamaları ile başlayan ve giderek toplumla olan bağlarının zayıflayarak kopmasına neden olan dinamik bir süreçle karşılaşmaktadırlar. Engelliler, toplumda yaşayan “en büyük dezavantajlı kesim” olarak nitelendirilmekte ve sürekli olarak sosyal hayatın tüm alanlarında bariyerlerle karşılaşmaktadırlar. Söz konusu bariyerler/handikaplar, bireyleri fizikî ve benzeri eksikliklerinden kaynaklanan engellerden daha fazla kısıtlamaktadır.

¹ Sosyal dışlanma kavramı, ilk olarak 1960'lı yıllarda Fransa'da dile getirilmiştir. Esasen 1950'li ve 1960'lı yıllarda yaşanan iktisadî gelişme dönemlerinde sosyal dışlanma kavramının yaygın bir biçimde varlığı söz konusu olmazken, 1970'li yıllarda iktisadî kriz ve gerileme ile birlikte, tüm dünya ülkelerinin dikkatini çeken bir kavram hâline gelmeye başlamıştır. Sosyal dışlanma teriminin ilk olarak Fransa'da dillendirilmesinin en önemli gerekçelerinden biri olarak, Fransa'nın gerek sosyalizmi gerekse liberalizasyon temelli bireyciliği kabul etmeyip, toplumsal entegrasyon kaynaklı bir sosyal-refah devleti anlayışını benimsemesi gösterilebilir.

Engellilere yönelik “dışlama” fiiliyatının/hissiyatının önlenmesinde en etkili unsur, kendilerini iş yaşamına sokmak, üretken kılmak olmalıdır. Hâlbuki engellilerin istihdamında çok boyutlu güçlükler yaşandığı bilinmektedir. Bu bağlamda, engellinin çalışmaya karşı tutum ve davranışlarının, ailelerin engelli bireylerin çalışmaları konusundaki tutumunun, işveren tutumlarının, eğitim ve rehabilitasyon çalışmalarının, ulusal ve uluslar arası yasal düzenlemelerin önem göz ardı edilmemelidir.

BM Genel Kurulunun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3447 (XXX) sayılı kararıyla ilan edilmiş olan Özürlü Kişilerin Haklarına Dair Bildiri'nin tanımlar bölümünde yer alan, “engelliğe dayalı ayrımcılık” siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin diğerleri ile eşit bir şekilde kullanılması veya bunlardan yararlanılması imkanını ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayrımın, dışlamanın veya kısıtlamanın engelliğe dayalı olarak yapılmasıdır. Engelliğe dayalı ayrımcılık, makul uyumlaştırmanın yapılmaması dahil her türlü ayrımcılığı kapsamaktadır. Bildirinin 5. maddesi eşitlik ve ayrımcılık yasağı başlığını taşımakta ve taraf devlerin, engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklayacağını ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkili şekilde korunmasını güvence altına alacağını belirtmektedir.

Engellilerin toplumsal hayata katılma yollarından biri, istihdam edilerek çalışma hayatında yer almalarının sağlanmasıdır. Ancak, engelliler yasal zorunluluklarla (Özürlü Kota Sistemi)¹, çalışma hayatına dahil olabilmektedirler. Bunun temel nedeni ise gerçek yada algılanan bir engelden etkilenecek, bir çalışan hakkında karar verme süreci olarak tanımlanan engele bağlı ayrımcılıktır. Karar verme sürecinde işverenlerin, engelli insanların özelliklerinden çok engellerine odaklandıkları söylenmektedir. Engellilerin yeterli vasıflara sahip olmadıkları, üretken olmadıkları, işyerine uyum gösteremeyecekleri gerçek olmayan inançlar, engellilerin istihdamını zorlaştırmaktadır. Engellilerin istihdam edilmelerinde, bazen yeterli vasıflara sahip

¹ İstihdam alanında işverenlerin belirli oranda veya sayıda özürlü çalıştırmanın mecburî kılınması (Özürlü Kota Sistemi), özürlülerin iş hayatına girmelerini kolaylaştıran ve daha rahat iş bulabilmelerini sağlayan yöntemdir. Bugün özürlü kota sisteminin, uygulanması açısından mecburî olduğu söyleniyorsa da, aslında bir çok ülkenin işverenleri, özellikle az sayıda işçi çalıştıran işverenler bundan muaf tutulmuştur. Diğer yandan, kota sistemi kapsamındaki işverenler de, özürlü çalıştırma yerine çalıştırmadıkları her bir özürlü için bir bedel (kanunî para cezası) de ödeyebilirler. Bu şekilde, kota sistemini uygulamak istemeyen işverenler, kota uygulamasını meşru yollardan ihlal edebilmektedir. Ancak, kotanın ihlalinde öngörülen bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtulamamaktadırlar. (Seyyar, 2000:1).

olmamalarının yanı sıra, toplumda, işverenlerde, işyerlerinin engelli olmayan çalışanlarında bulunan önyargılar etkili olmaktadır. Bu önyargılar engellilere karşı ayrımcı davranışların oluşmasına neden olmaktadır.

Engelliler, işgücü piyasasına girişte ve eğitim olanaklarından yararlanmada önemli sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Bu olanaklardan yeterince faydalanamayan engelliler yoksulluğa itilmektedir. Yoksulluk, özür lülüğün neden ve sonucundaki etkidir. Yoksulluğun oluşturduğu engeller özür lü insanları ayrımcılık içinde tutulmalarına, olumsuz davranış ve uygulamaların güçlenmesine de neden olmaktadır. Özellikle çalışma yaşamında özür lülere yönelik ayrımcılık yapılmaktadır. Engellilere, iş yaşamlarında diğer çalışanlara verilen imkânların adil ve eşit verilmesi ve kullandırılması engellilerin kendilerini üretken hissetmeleri, bağımlılık oranının düşürülmesi yoluyla bu yoksulluğun azalmasına katkıda bulunacaktır.

Özür lüler konusundaki bilgi ve veri eksikliğini gidermek amacıyla Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve Başbakanlık Özür lüler İdaresi Başkanlığı işbirliği ile “2002 Türkiye Özür lüler Araştırması” 2002 yılı Aralık ayında gerçekleştirilmiştir (<http://www.ozida.gov.tr/arastirma/oztemelgosterge.htm>). Bu araştırma sonucuna göre Özür lülerin işgücüne katılmaları ile ilgili verilere bakıldığında yaklaşık %78'nin işgücüne dahil olmadığı görülmektedir. İşgücüne dahil olan yaklaşık %22'lik oranın ise yalnız yaklaşık % 20'si istihdam edilmektedir (Tablo 3). Süreğen hastalığı olanların % 23'ü işgücüne katılmakta yaklaşık % 20'si istihdam edilmektedir. Bu grupta işgücüne dahil olmayanların oranı ise yaklaşık % 77'dir (Tablo 4). Bu durum özür lünün üretim dışı ve tamamen başkalarına bağımlı olduğunun bir göstergesidir. Özür lülerin istihdam sorununun çözülmesi hem kendilerinin hem de ailelerinin üretim yaşamına katılmasının yanı sıra, bağımsız yaşama ve yaşam kalitelerinin artmasını sağlayacak tek yoldur. Bu sorun ve çözümü çok boyutludur ve devlete çok önemli görevler yüklemektedir. Devlet tüm vatandaşlarının yaşamlarını idame ettirecek miktarda gelir sağlayabilecekleri iş alanları yaratmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük özür lüler için de geçerlidir ve ek olarak özür lüler için istihdam alanında fırsat eşitliği yaratma görevi kaçınılmazdır.

Tablo 3: Ortopedik, görme, işitme, dil ve konuşma ve zihinsel özürü nüfus %

	İşgücüne katılma oranı	İşsizlik oranı	İşgücüne dahil olmayan nüfus oranı
Türkiye	21.71	15.46	78.29
Kent	25.61	17.43	74.39
Kır	17.76	12.58	82.24
Erkek	32.22	14.57	67.78
Kadın	6.71	21.54	93.29

Tablo 4: Süreğen hastalığa sahip olan nüfus %

	İşgücüne katılma oranı	İşsizlik oranı	İşgücüne dahil olmayan nüfus oranı
Türkiye	22.87	10.77	77.13
Kent	23.08	12.72	76.92
Kır	22.48	7.08	77.52
Erkek	46.58	10.28	53.42
Kadın	7.21	12.84	92.79

<http://www.ozida.gov.tr/arastirma/oztemelgosterge.htm>, erişim tarihi:22.05.2010.

2005 tarihinde kabul edilen 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değışiklik Yapılması Hakkında Kanunu” ile ülkemizde özürlülerin toplumdan marjinalleşmesini, dışlanmasını engellemeye yönelik olarak, “Devlet, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürlülerin ve özürlülüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştirir. Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır”(madde 4) demektedir. Yasa, özürlülerin toplumun ayrılmaz bir parçası olduğunu bu nedenle ayrı tutulamayacağını, ayrımcılık yapılamayacağını beyan etmektedir. Yasa aynı zamanda tüm özürlüleri sosyal güvenlik haklarından yararlandırmayı, kamusal ulaştırma araçlarına ve binalara erişimi kolaylaştırmayı mümkün hale getirmeyi hedeflemektedir. Yasa, ayrımcı olmamayı, uygun sosyal güvenceyi, sosyal hizmetleri ve özürlülerin ihtiyaçlarına yanıt verecek mevcut ve gerçekleştirilebilir düzenlemeleri kapsamaktadır**(bkz:92)**.

Ülkemizde özürlülere yönelik yasal düzenlemeler sadece bununla sınırlı değildir. İşK. madde 30 ilk metninde belli ölçülere göre “sakat (özürlü) ve “sabıkalı (eski hükümlü) ile “terör mağduru” sayılan kimselerin işe zorla alınması hususunda işverenlere yüküm getirmişti (İşK.30). Sözleşme yapma zorunluluğu öngören bu hükme göre; (ister özel isterse kamu kesiminde olsun) 50 veya daha fazla işçi çalıştıran işverenler, çalıştıkları toplam işçi sayısının %6’sını aşmayacak şekilde özürlü, terör mağduru ve eski

hükümlü çalıştırmak zorundaydılar. Özürlülere toplam kontenjanın yarısından az kontenjan ayrılamazdı (Akyiğit, 2008:126). Fakat daha sonra, 2008 yılında 5763 sy. Kanununla yapılan değişiklikle “İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler (İşK.30). İşverenler çalıştıracakları bu tür kimseleri kural olarak İŞKUR’dan sağlar fakat belli şartlarla kendisinde temin edebilir. O işyerinin işçisi olarak çalışırken sakatlanarak işten ayrılanlara öncelik verilir (İşK.30/4,8). Özürlü/terör mağduru ve sabıkalıların işe alınma ve çalışma koşulları “Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik” adıyla çıkarılan bir yönetmelikte düzenlenmekteydi ancak Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik 25/5/2009 tarih - 27210 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılarak, özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuyla ilgili düzenlemeler bu yönetmelikle yapılmıştır.

Yeni düzenlemeye göre işverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki 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. Yeni düzenlemeye göre; İŞKUR aracılığı olmadan özürlü istihdam eden özel sektör işvereni, özürünün işe başlama tarihinden itibaren bu durumu en geç onbeş iş günü içinde Kuruma bildirmesi ve tescil ettirmesi zorunludur. Kurum tarafından tescili yapılmayan işçi özürlü statüsünde değerlendirilmez. İşyerinin işçisi iken özürlü duruma düşenlere öncelik tanınır. (www.isvesosyalguvenlik.com, Erişim Tarihi:22.06.10).

Alınan tüm önlemlere rağmen özürlü kontenjanlarını kapatmayan işyerleri hakkında 4857 sayılı İş Kanunu’nun 101 inci maddesi uyarınca, Türkiye İş Kurumu İl müdürü tarafından idari para cezası uygulanır, uygulanan cezaya rağmen kontenjan açığını kapatmayan işverene kontenjan açığını kapatıncaya kadar idari para cezası

uygulanmaya devam edilir. 2010 yılı için işverene çalıştırmadığı her özürsüz ve çalıştırmadığı her ay için 1.552 TL idari para cezası uygulanmaktadır.

Yeni düzenlemeyle uygulanan teşviklere baktığımızda, özel sektör işverenlerince çalıştırılan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na tabi özürsüz sigortalılar ile 5378 sayılı Kanunun 14. maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan özürsüz sigortalıların, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası özürsüz çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde özürsüz çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürsüz için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin yüzde ellisi Hazinece karşılanır¹.

Ülkemizde varolan yasal düzenlerin uygulamadaki etkinliğini, özürsüz istihdam çalışmalarının yeterliliğini ölçmeye yönelik pek çok araştırma mevcuttur. Erdiken önderliğinde yapılan “Yükseköğretim Mezunları İşitme Engelli Gençlerin İş Durumu: Anket ve Eylem Araştırması” bunlardan sadece bir tanesidir. Anadolu Üniversitesi Engelliler Entegre Yüksekokulu² mezunlarının istihdamı ve iş durumu ve işe giremeyen bir işitme engelli mezunun iş bulma girişimleri ve sonuçlarını betimlemeyi amaçlayan bu çalışma ile yapılan eylem araştırması iş bulma gerçekleşmediği için devam etmektedir. Bu çalışmanın örnekleri Anadolu Üniversitesi Engelliler Entegre Yüksekokulu'ndan mezun işitme engelli bireylerin tümüdür. Bu çalışma ile 148 işitme engelli gence (% 73)'üne ulaşılmıştır. 148 işitme engelli gencin 114'ü işe girmiş (%77) çalışmakta, 34'ü ise işe girememiş (%23), çalışmamaktadır. 114 işitme engelli gencin: 16'sı kadrolu (%14), 97'si (%85) sözleşmeli, 1'i (%1) özel iş yerine çalışmakta olduğu

¹ İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu fıkraya göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. (www.isvesosyalguvenlik.com, Erişim Tarihi:22.06.10).

² Türkiye'de işitme engelli öğrencilere yüksek öğretim sunan tek kurum Anadolu Üniversitesi Engelliler Entegre Yüksekokuludur. . Engelliler Entegre Yüksekokulu, özel eğitime muhtaç engellilere engel türlerine uyan meslek programlarında eğitim vermek, onların topluma üretken bireyler olarak katılmalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Anadolu Üniversitesi Engelliler Entegre Yüksekokulu, 1993-1994 eğitim-öğretim yılında faaliyete geçmiştir. Günümüz itibarıyla mezun öğrenci sayısı 262'dir.

belirlenmiştir. Yüksekokulda meslek eğitimi almış olan 114 işitme engelli gencin 80'i (%70) vasıflı, 34'ü (%30) vasıfsız işlerde istihdam edilmişlerdir. Tüm eylemlerin değerlendirilmesi yapıldığında yüksek okulundan mezun işitme engelli bireyin işe girmesi için yapılan tüm girişimler başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Başarısızlığın olası sebeplerine bakıldığında işverenlerin işitme engelli bireyler hakkında ön yargılı olmaları, işverenlerin daha önceki işitme engelli bireylerle olan olumsuz yaşantıları, işverenlerin, işitme engelli bireylere iş vermedeki kararsızlıkları, otomasyon, işverenlerin, işitme engelli bireyin yüksekokul düzeyi eğitimini görmemezlikten gelmesi ve vasıfsız işler önermeleri öğrencinin fiziksel ve kişilik özellikleri, öğrencinin iş tecrübesizliği olarak maddeleştirmek mümkündür (Erdiken, 2007:20). Genel olarak bu araştırmanın verilerine baktığımızda yüksekokul mezunu olan işitme engelli bireylerin istihdam edilmelerinde karşılaştıkları en önemli sorunlar işverenin önyargılı davranması ve eğitim düzeylerini görmemezlikten gelip vasıfsız işlere yönlendirmeleridir. İş yaşamlarında karşılaştıkları bu önyargılar engellilere karşı ayrımcı davranışların oluşmasına neden olmaktadır.

T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın yürüttüğü "Türkiye'de Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele Projesi"¹ ile ilgili faaliyetlere baktığımızda proje

¹ 17 Ekim 2007 tarihinde Avrupa Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinin PROGRESS Programına Katılımı Hakkında Mutabakat Zaptı imzalanmış ve 5880 sayılı "Avrupa Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Türkiye Cumhuriyetinin Topluluk İstihdam ve Sosyal Dayanışma Programına Katılımı Hakkında Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" 14.04.2009 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı PROGRESS programı kapsamındaki çalışmaların yürütülmesi ve koordinasyonundan sorumlu kılınmıştır. Bu kapsamda, PROGRESS'in her bir faaliyet alanı için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığından birer irtibat kişisi belirlenmiştir. Bu irtibat kişileri programla ilgili ülke çapında bilgilendirme, yönlendirme ve izleme faaliyetlerini yürütmektedirler. PROGRESS Programının "Ayrımcılıkla Mücadele" alt başlığı kapsamında Avrupa Komisyonunca VP/ 2009/004 sayı ile "Ayrımcılıkla mücadele ve eşitliğin teşvik edilmesinde iyi uygulama örneklerinin belirlenmesini amaçlayan ulusal düzeydeki faaliyetlerin desteklenmesi" başlıklı bir teklif çağrısına çıkılmıştır. Bu çerçevede; anılan teklife çağrıya Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanan "Türkiye'de Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele" projesi ile başvuruda bulunulmuş ve Proje kabul edilmiştir (<http://www.ozida.gov.tr/>, Erişim Tarihi:02.06.2010).

kapsamında gerçekleştirilecek iki ana faaliyet bulunmaktadır. Bunlardan ilki özürlülüğe dayalı ayrımcılığın ölçülmesidir. Özürlü kişilerin ayrımcılık ve ayrımcılık yaşanan alanlara ilişkin algılarının, ayrımcılıkla ilgili mevzuat, başvuru ve destek mekanizmaları hakkındaki bilgi düzeylerinin, ayrımcılık deneyimlerinin, bireysel düzeyde kullandıkları ayrımcılıkla mücadele yöntemlerinin belirlenmesine yönelik yapılan alan araştırmasını şu günlerde yüklenici kurum olan TODAİE tarafından Türkiye genelinde gerçekleştirilmektedir. Araştırma 2010 Ağustos ayı sonu itibariyle tamamlanarak kitaplaştırılacaktır. Bu araştırmanın anket sorularına baktığımızda özürlü bireylerin sorun ve beklentilerini öğrenmeye yönelik bir çalışma olduğunu görmekteyiz. “İşveren, Özürlü birey ayrımcılığa uğradığını düşündüğü bu durumu aşağıdakilerden hangileri ile en iyi tanımlar?”, “Özürlü birey ayrımcılığa uğradığını düşündüğü bu durum sonrasında ne yaptı?” Ankette yer alan iki soru direkt ayrımcılık kavramını içermekte ve özürlü bireyin bu durum karşısındaki tutumunu ölçmeye yöneliktir. Ankette yer alan şıklarda da özürlü bireyin ayrımcı davranışa maruz kaldığını ifade eder niteliktedir. Örneğin; “Özrü nedeniyle kendisine iş verilmeyeceğini düşünüyor”, “Özründen dolayı yaşadığı kötü iş deneyimi”, “personel ve diğer çalışanların olumsuz tutumu” v.b.

Türkiye’de Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele Projesi’nin ikinci faaliyeti ise ilgili tüm kamu kurumları ve sosyal tarafların katılımı ile Özürlülüğe Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele Sempozyumu düzenlemektir.

1.4.4.Din ve İnanca Dayalı Ayrımcılık

Din kavramı dünya dinlerinden daha geniş bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu kavram, ateizm, farmasonluk ve aynı din içindeki çeşitli inançları da kapsamaktadır. Mevcut nüfus yapısı, ekonomik ve siyasi nedenlerle yapılan göçler, toplumların nüfus yapısını da değiştirmekte, böylece aynı toplumda sosyal ve kültürel çeşitliliklerin yaşanmasına neden olmaktadır. Bunlardan biri de farklı dine mensup olanların bir arada yaşama zorunluluğudur. İşte bu zorunluluğu güçleştirilen bir başka ayrımcılık türü de din ve inanca dayalı ayrımcılıktır. AB’ ne üye ülkelerin çoğunda işyerinde dine dayalı ayrımcılık ulusal hukukları tarafından topluluk mevzuatı gereğince yasaklanmıştır. AB’ ne üye bazı ülkelerde ise, ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin düzenlemeler içine dini ayrımcılık da dahil edilmiştir. Örneğin; Almanya’da

anayasal eşitlik ilkesi dini ayrımcılığı yasaklamaktadır. İspanya’da ise işçi statüsü ve iş usul yasalarına göre ırk ve etnik köken ayrımcılığının yanı sıra her türlü din ve inanç ayrımcılığını da yasaklamıştır. İtalya’da ise yeni tarihli bir yasa dini ayrımcılıkta dahil her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildiri’nin ve İnsan Haklarına dair Uluslararası Sözleşmelerin ayrımcılık yapmama ve hukuk önünde eşitlik ilkelerini göz önünde bulunduran, din veya inanç konularında dünyanın bazı bölgelerinde hala hoşgörüsüzlük gösterilmesinden ve ayrımcılık bulunmasından kaygı duyan BM Genel Kurulu, bunları önlemek amacıyla gerekli önlemleri alma kararlılığıyla Din yada İnanca Dayanan Tüm Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılmasına İlişkin Bildirge¹ yayımlamıştır.

Bildirge, hiç kimse din veya başka bir inancı sebebiyle bir Devlet, bir kurum, bir kişi grubu veya tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağını belirttiği, 2. maddesinde “Din yada İnanca Dayanan Tüm Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığı” şöyle tanımlamaktadır:

“Din yada İnanca Dayanan Tüm Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılık terimlerinden, eşitlik üzerine kurulu bulunan insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını hükümsüz kılma veya zedeleme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran, din veya inanca dayalı bir farklılaştırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir.”

Bir toplumda, çoğunluğun mensup olduğu din o toplumda baskın duruma geçmekte ve farklı olanlara karşı toplumun farklı kesimlerinde farklı tepkiler verilmektedir. İş hayatına da sirayet eden bu eğilim, işyerlerinde farklı dine mensup olanlara karşı ayrımcı davranışlara neden olmaktadır. Çalışma hayatına yönelik düzenlemelerle yasaklanan dine ve inanca dayalı ayrımcılık çoğu zaman dolaylı yollarla devam etmektedir.

İşyerlerinde, işveren tarafından işçilerin dini gereklerine saygı gösterilmemesi, bizzat iş arkadaşları tarafından ayrımcı davranışlara maruz kalması söz konusudur.

¹ BM Genel Kurulunun 25 Kasım 1981 tarihli ve 36/55 sayılı Kararıyla ilan edilmiştir.

İşyerindeki ciddi problem ise, farklı dini kültürlere ve uygulamalara karşı kabullenme ve hoşgörünün olmamasıdır. Türk ve Müslüman nüfusun yoğun olarak yaşadığı Almanya’da, Müslüman ibadeti, oruç tutması hakkındaki şakalar ve alkol almama, domuz eti yememe savunmaları gibi çeşitli ayrımcı durumları ortaya çıkmaktadır (Turpçu, 2004:102). Dini ayrımcılığın görülebileceği alanlardan biri olan yerel yönetimler, istihdam alanında politika ürettikleri gibi aynı zamanda işveren konumunda da yer almaktadırlar. İstihdam politikaları üretilirken dini hoşgörü ve eşit muamele dikkate alınmalıdır. Yerel yönetimlerdeki bazı istihdam politikaları, diğer işçilere uygulanmasa da, dini geleneklere saygı gösteren hükümler içermektedir, ancak diğer işçilerin iş yükünü çok az artırmış olmak koşulu ile bu işçiler istihdam edilmektedir.

1.4.5.Yabancılık Temeline Dayalı Ayrımcılık

Yabancılık temeline dayalı ayrımcılıkta, yabancılardan kastedilen yaşadığı ülkenin vatandaşı olmayan, çeşitli nedenlerle sonradan o topluma dahil olan kişilerdir. Bu kişiler için göçmen geçmişi ve/veya kökeni kavramları kullanılmaktadır.

BM Genel Kurulu’nca 18 Aralık 1990 tarihinde kabul edilerek imzaya açılan Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Korunması Uluslar Arası Sözleşmesi’ne¹ göre “göçmen işçi” kavramı, “yurттаşı olmadığı bir devlette ücretli bir işte çalışacak olan, çalışmakta olan yada çalışmış olan kişileri anlatır” (m2/1). Sözleşmenin sağladığı korumadan yararlanacak “aile üyeleri kavramı” ise dördüncü maddede tanımlanmıştır. Buna göre; göçmen kişilerle evli kişiler; göçmen kişilerle evliliğe eşdeğer sonuçlar doğuran ilişkileri bulunan kişiler; bakmakla yükümlü oldukları çocukları; uygulanan mevzuat yada ilgili devletler arasında uygulanan iki yada çok yanlı anlaşmalar gereğince aile üyeleri olarak tanınan bakmakla yükümlü oldukları kişilerdir.

Genel anlamda sözleşme, bireysel ve toplu çalışma ilişkileri ile sosyal güvenliği aşan geniş çerçevede, göçmen işçilerin ülkesinde buldukları devletlerin yurttaşlarıyla

¹ 1 Haziran 2003 tarihinden başlayarak yürürlüğe giren sözleşmeyi, 17 Aralık 2008 tarihindeki güncellemeye göre, 30 devlet imzalamış ve 40 devlet de onaylamıştır. Türkiye 26 Nisan 2001 tarihli ve 4662 sayılı yasayla onaylanması uygun bulunmuştur. Onay, 8 Temmuz 2004’te iç hukukta ve 27 Eylül 2004’te uluslar arası hukukta geçerli sayılmıştır. Türkiye, 1 Ocak 2006 tarihinde göndermesi gereken ilk raporu, Şubat 2009 itibariyle sunmamış ve denetim süreci işlerlik kazanmamıştır. Komitenin 20 Nisan - 1 Mayıs tarihlerindeki toplantı gündeminde Türkiye yoktur.

işlem eşitliği ilkesi temelinde korunmalarını, kendilerine ve aile bireylerine yönelik ayrımcı politikalar izlenmemesini ve eşit işlem ilkesinin gerçekleşmesini öngörmüştür.

AB'ye üye ülkelerdeki göçmen işçilerin genel durumuna baktığımızda, AB'nin toplam nüfusunun yüzde 3.8'ini AB üyesi olmayan ülke vatandaşları oluşturmaktadır. AB genelindeki göçmen nüfusun büyük bir bölümü Türkiye, Fas, Arnavutluk, Cezayir ve Sırbistan'dan gelmektedir. Bugün AB genelinde yaşanan en büyük sorun yasadışı göçtür. Almanya, AB'nin en fazla göç alan ülkelerinden biri konumundadır. Göçmen oranı 2007 yılında 15,1 milyona yükselmiştir. Bu toplam nüfusun % 18,4'ünü temsil etmektedir. Federal İstatistik Dairesi verilerine göre 1950'den sonra Almanya'ya gelenler, göçmen kökenli olarak değerlendirilmektedir. 2006 yılının rakamlarına göre göçmen kökenli olup başka bir ülkenin vatandaşı olanlar 7,3 milyon kişiye ulaşmaktadır. Alman vatandaşı olan göçmenler 7,9 milyon ve % 9,5'lik oranla toplam göçmenlerin yarıdan fazlasını oluşturmaktadır. Almanya'daki göçmen kökenlilerin geldikleri ülkelerde % 14,2 ile Türkiye başı çekmektedir. Bunu % 8,4'le Rusya, % 6,9'la Polonya izlemektedir. (<http://www.euractiv.com.tr/abningelecegi/link-dossier/goc-ab-icin-hem-sorun-hem-cozum>, Erişim tarihi:23.12.09).

Bu verilere rağmen, göçmen azınlıkların faaliyet oranları, istihdam ve işsizlik oranlarında gözlenen farklılıklar açık bir şekilde dışlanma, dezavantaj ve ayrımcılığı göstermektedir. Yabancı işçiler çoğu kez benzerlerine nazaran daha kötü iş koşullarında çalışmaktadırlar. Güvencesi olmayan, işgücü piyasasındaki iniş çıkışlara karşı duyarlı, düşük ücretli, hiçbir sosyal prestiji olmayan, kirli ve uzun çalışma saatlerinin kısa süreli sözleşmelere bağlı olduğu işlerde çalışmaktadırlar. Araştırmalar göstermektedir ki, iş gücü piyasasında bütün azınlık ve göçmenler aynı oranda ayrımcılığa maruz kalmamaktadır¹. Yani yaşanan ayrımcılık türü ve derecesi farklıdır.

Göçmen işçi istihdamının da dikkat çekilmesi gereken önemli bir nokta da, onları ayrımcılığa ve sömürüye karşı savunmasız bırakan göçmen işçiler arasındaki sözde

¹ Batılı olmayan (Avrupalı olmayan) göçmenler (Afrikalılar, Araplar, Pakistanlılar, Türkler,... vb.) ve belirli azınlık grupları (Çingeneler, Müslümanlar, Siyahlar,...vb) ayrımcılığa diğerlerinden daha fazla maruz kalmaktadırlar. Özellikle dışlanmaya ve ayrımcılığa maruz kalan diğer gruplar ise, kaçak işçiler, mülteciler ve iltica talebinde bulunanlardır.

“atipik istihdam”¹ oranı yüksektir. Üçüncü ülkelerden gelen ve özellikle kaçak işlerde çalışan göçmenler, genellikle istihdam alanlarının garantili kısmından dışlanma deneyimini yaşamaktadırlar. Bunların hayatında sürekli olmayan hizmetler, düzensiz sözleşmelerden dolayı farklı istihdam şekilleri olmasına karşın; çalışma ve yaşam koşullarında bir güvence yoktur. Göçmen işçiler daha çok gerileyen alanlarda veya endüstrilerde çalışmaktadırlar.

Yabancıların vatandaşlarla aynı haklara sahip olması ancak bu hakların ülke sınırları içerisinde sınırlı tutulması da bir dolaylı ayrımcılık olarak görülmekte ve yabancıların bundan zarar görmesine neden olmaktadır (ARICI, 1997: 221).

Ayrımcı uygulamaların etkisini bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, ayrımcılıktan doğan dezavantajlar sık sık göçmenlerin işgücü piyasasındaki performanslarını etkileyen diğer faktörlerle birbirine bağımlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu da önce zihinlerde doğan dışlanmaya ve daha fazla ayrımcılığa neden olmaktadır.

1.4.6.Cinsiyete ve Cinsel Yönelime Dayalı Ayrımcılık

Tarihsel süreçte, ilk kez ve bugünkü anlamda ücretli kadın işgücü kavramının doğmasına Endüstri Devrimi yol açmıştır. 19. yüzyılda başta İngiltere olmak üzere, birçok Batı ülkesinde sanayileşme, dokuma imalatı ile başlamıştır. Dokuma imalatında toplam işgücünün önemli bir bölümünü kadınlar oluşturmaktadır. Endüstrileşme sürecine geçilmesiyle kadınların iş yaşamına aktif olarak girmeleri hızlanmış olmasına rağmen asıl sorunlar da bu dönemde ortaya çıkmaya başlamıştır (Berik ve ark., 2004:241). Katı liberal iktisat anlayışı kadın işgücünün düşük ücretler ve çok ağır çalışma koşulları altında çalıştırılması sonucunu doğurmuştur.

¹ Normal iş ilişkisi (ya da tipik iş ilişkisi) denilince, işçinin belirli bir iş verene bağlı olarak ona ait işyerinde ve onun işini yapmayı üstlendiği, tam gün süreli çalışmayı öngören, belirsiz süreli ve varlığı hukuken korunup, ücret ve diğer çalışma koşulların TİS yoluyla kolektif düzeyde düzenlenebildiği, iş karşılığınmsa aydan aya yapılan kısmi ödemeler yoluyla ifa edildiği bir iş ilişkisi (hizmet akdi) anlaşılmaktadır. Bundan çeşitli yönleriyle ayrılan iş ilişkilerine de “atipik iş ilişkileri” adı verilmektedir. Atipik iş ilişkisinde, yukarıda genel özellikleri verilen tipik iş ilişkisinden en azından bir yönüyle bir kaçış söz konusudur (Akyiğit, 2008:129). Atipik çalışma biçimleriyle ilgili farklı sınıflandırmalar olmakla birlikte, yazında önemli görülen atipik istihdam biçimleri; geçici çalışma, vardiya usulü çalışma, kısmi süreli çalışma, sıkıştırılmış iş haftası, yıllık iş süresi ve belirli süreli hizmet ilişkisi, tele çalışma, evde çalışma, kendi başına çalışmaktır (Çolak,1999:133).

Cinsiyet ayrımcılığı günümüzde de ortadan kaldırılamamıştır ve bu durum hakim ataerki düzenle kapitalist üretim ilişkilerinin birbirini beslemesi ve içermesiyle ilintilidir (Acar-Savran, 2003:177). Kapitalist üretim tarzında cinsiyete dayalı işbölümü kapitalizm öncesi dönemle karşılaştırıldığında oldukça farklılaşmıştır. Kapitalizmle makineleşme ve üretimin ev dışında örgütlenmesi sonucu, kadın ve erkeğin çalışma alanları birbirinden ayrılmıştır. Erkeğin çalışma alanı ev dışı olarak belirlenmiş, kadın ise evle ilgili işlerin yapılması ve çocuk bakımını üstlenmiştir. Ancak kadın ve erkeğin ev içi ve ev dışı alanlarda toplumsal üretim için çalıştığı ve erkeklerle eşit konumlarda olacağı düşüncesinin kapitalist toplumda gerçekleştiği söylenemez. Kapitalist toplumda kadın öncelikle ailede, aile üyelerinin gereksinimlerini karşılamak amacıyla iş ve hizmetleri görerek, daha sonra da toplumsal üretim için, ev dışında tıpkı erkek gibi çalışarak ve üretim yaparak cinsiyete dayalı işbölümü sürecini her durumda yaşamaktadır (Ciner, 2003:13).

Kadının kamusal alandan dışlanmasının yanı sıra çalışması halinde de aynı iş yerinde olmalarına rağmen erkeklerden farklı işlerde çalıştırılmaya başlamış, işler bu şekilde cinsiyet temelinde bölünmeye, beceri gerektirmeyen işler kadınlar, beceri gerektiren işler ise erkekler tarafından yapılmaya başlanmıştır. Meslek ayrışması denen bu durum iki şekilde ortaya çıkmaktadır:

Yatay ayrışma; bazı mesleklerin kadın, bazı mesleklerin de erkek mesleği olarak belirlenmesidir. Bir iş, bir kez kadın ya da erkek işi olarak kabul edildiğinde, boş pozisyonları doldurmak için aranan işgücünün cinsiyeti de belirlenmiş olmaktadır. Bu ayrıştırma aynı iş yerinde bile görülmekte; bazı bölümlerde kadınlar, bazılarında erkekler çalıştırılmaktadır. Yatay ayrışmaya örnek olarak hemşirelik, okul öncesi öğretmenlik gibi meslekleri gösterebiliriz.

Dikey ayrışma; Aynı işyerinde çalışan, erkek meslektaşlarıyla benzer niteliklere sahip kadın çalışanların farklı tutum, davranış ve değerlendirmelerle karşı karşıya kalmalarını ifade etmektedir. Dikey meslek ayrışması, kadın çalışanların meslekte ilerleme konusunda, erkek meslektaşlarına göre daha fazla çalışmalarını ve daha uzun süre beklemeleri sonucunu doğurmaktadır.

Dikey ve yatay ayrışmalarda dikkati çeken nokta, erkeklerin her iki durumda da daha nitelikli işleri yapmaları, niteliksiz işlerin kadınlara bırakılmasıdır. Kadınlar daha çok

tarım ve hizmetlerde ya hiç gelir elde etmeden ya da çok az gelir elde ederek çalışmak durumunda kalmışlardır. Erkekler ise verimliliği yüksek olan sanayi sektöründe, hizmetlerin üst kademelerinde ve karar mercilerinde ezici çoğunluğu ellerinde tutmaktadırlar.

Nedenlerine göre işgücüne dahil olamayan nüfusun verilerine baktığımızda genel olarak kadınların nüfusunun fazlalığı göze çarpmaktadır. İşgücüne dahil olmayan kadın nüfusu 2009 yılında 19.467 (bin)'dir. Bu nüfus içinde 12.101 (bin) gibi ciddi bir nüfusu ev hanımları oluşturmaktadır. TÜİK "ev hanımı" tanımı şu şekilde yapılmıştır: "Ev işleriyle meşgul olması nedeniyle iş aramayan ve işbaşı yapmaya hazır olmayan kişilerdir." İşgücüne dahil olmayan kadın nüfusunun yarıdan fazlasını oluşturan ev hanımları toplumda öncelikle ailede, aile üyelerinin gereksinmelerini karşılamak amacıyla iş ve hizmet görmektedir. İş aramayıp işbaşı yapmaya hazır olan kadın nüfusuna baktığımızda 2008 yılına göre 145 kişi artarak 2009 yılında bu nüfus 1164 (bin) olmuştur. İşgücüne dahil olmayan kadın öğrenci nüfusu ise her yıl artış göstermektedir. Tablo 5'te ki verilere göre işgücüne dahil olmayan erkek nüfusu, işgücüne dahil olmayan kadın nüfusunun çok altındadır. İşgücüne dahil olmayan erkek nüfusunun yarıdan fazlasını öğrenci ve emekli erkek nüfusu oluşturmaktadır. Bu veriler ışığında kadın istihdamın azlığının sebebi olarak toplumda yerleşmiş olan ataerkil düzeni gösterebiliriz.

Tablo 5: Nedenlerine Göre İşgücüne Dahil Olmayan Nüfus

[15 ≥ yaş - age]	(Bin - Thousand)					
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Erkek - Males						
İşgücüne dahil olmayan nüfus						
Population not in labour force	6 903	6 970	7 258	7 416	7 440	7 470
İş aramayıp işbaşı yapmaya hazır olan						
Available for work but not seeking a job	559	718	890	807	831	898
Mevsimlik çalışan - Seasonal worker	114	81	83	82	72	20
Ev kadını - Housewife	-	-	-	-	-	-
Öğrenci - Student	2 000	1 981	2 035	2 082	2 086	2 134
Emekli - Retired	2 559	2 528	2 587	2 824	2 806	2 858
Özürlü, yaşlı veya hasta - Disabled, old or ill	1 081	1 132	1 202	1 196	1 270	1 252
Diğer - Other	590	530	461	425	375	308
Kadın - Females						
İşgücüne dahil olmayan nüfus						
Population not in labour force	18 624	18 936	19 165	19 464	19 526	19 467
İş aramayıp işbaşı yapmaya hazır olan						
Available for work but not seeking a job	543	845	1 019	935	1 019	1 164
Mevsimlik çalışan - Seasonal worker	270	310	259	207	243	67
Ev kadını - Housewife	13 042	12 703	12 409	12 124	12 186	12 101
Öğrenci - Student	1 417	1 472	1 553	1 598	1 670	1 832
Emekli - Retired	565	584	651	695	682	763
Özürlü, yaşlı veya hasta - Disabled, old or ill	1 803	1 966	2 096	2 029	2 144	2 143
Diğer - Other	984	1 056	1 178	1 876	1 582	1 397

Kaynak: Türkiye İstatistik Yıllığı, 2009:176.

Önemli ölçüde eğitilmiş kadın kitlesinin ev dışında iş sahibi olması ve kamusal yaşama katılmaları sonucu ilerleme kaydeden kadın hakları, 20. yüzyılın yarısından itibaren Birleşmiş Milletler tarafından ele alınarak biçimlendirilmiştir. Bu gelişmelerin temelinde ise, çok sayıda uluslararası kadın organizasyonunun mücadelesi yatmaktadır.

BM Genel Kurulu'nun, Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin onaylanmasını 3232

sayılı ve 11 Haziran 1995 tarihli yasayla uygun bulan Türkiye¹, Bakanlar Kurulu'nun 85/9772 sayılı ve 24 Temmuz 1985 tarihli kararıyla onaylayıp yayımlanmasıyla hukuksal yükümlülük üstlenmiştir².

Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, yaşamın tüm alanlarını kapsayan bütünsel bir yaklaşımla, eşitliğe göndermede bulunarak, "kadınlara karşı ayrımcılık" terimini

" Erkek ve kadının eşitliği temeline dayanarak, evlilik durumları ne olursa olsun, kadınların siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel alanlarda yada başka her alanda insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanmasını yada bu hak ve özgürlüklerin tanınmasını ve kullanılmasını tehlikeye koyma yada kaldırma sonucu doğuran yada amacı taşıyan, cinsiyete dayalı her tür ayırım, dışlama yada kısıtlama." biçiminde tanımlamıştır.

Sözleşme verdiği bu tanımla, kadınların hem insan haklarından ve temel özgürlüklerinden "yararlanması"ndan hem de bu hak ve özgürlükleri "kullanması"ndan söz ederek, salt biçimsel değil, aynı zamanda eylemli eşitliği de amaçladığını, korumanın bu iki boyutu kapsadığını ortaya koymuştur (Gülmez, 2009:86).

Çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcılığın uygulandığı alanlara baktığımızda, işe alınma, ücret ve diğer olanaklar, işte yükselme (terfi, kariyer), işte başarı ve güdülenme, eğitim olanaklarından yararlanma, izin ve rapor kullanımı, tayin, işten ayrılma ve emeklilik, cinsel istismar ve cinsel taciz, mobbing (psikolojik taciz) olmak üzere pek çok alanda karşımıza çıkmaktadır. İşe alınmada ayrımcılığa bir örnek verecek olursak; eleman aranıyor ilânında eğer "30 yaşını doldurmuş, askerlikle ilişkisi olmayan hukuk mezunu alınacaktır" denilmişse, bu ilanda cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunda kuşku yoktur. Eşitliğin sağlanması için ilânda "30 yaşını doldurmuş, erkeklerde askerlikle ilişkisi olmayan hukuk mezunları alınacaktır" denilmesi gerekmektedir.

¹ Resmi Gazete, 25 Haziran 1985, Sayı: 18792.

² Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı: 18898.

Türk İş Kanunu beşinci maddesinin düzenlemesi ile açık olarak, 9 Şubat 1976 tarihli Avrupa Birliği Direktifi¹ ile uyumlu olarak cinsiyete dayalı ayrımı yasaklanmış bulunmaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, cinsiyet ayrımı yasağını sadece iki cinsten birine mensup olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlı olarak yorumlamamakta, cinsiyet değiştirmeden kaynaklanan ayrımları da bu kavram içinde mütalaa etmektedir. Bu nedenle kanunun öngördüğü cinsiyet ayrımı yasağının, yegane iki cinse; erkek ve kadın cinsine mensubiyet esasında değerlendirilmemesi, cinsiyet değiştirme ve cinsel eğilimler bakımından da göz önüne alınması, Avrupa normlarına uygun bir uygulama ve yorumun gereğidir denilebilir (Ulutaş, 2006:11).

Bir kişinin cinsel yönelim farklılığı nedeniyle olağandan farklı bir muameleye tabi tutulması anlamında cinsel yönelim ayrımcılığı, AB Anayasasının ayrımcılık yasağı başlığı altında düzenlenen II-21. maddesin de yasaklanmaktadır. III-3 maddesinde de yine cinsel tercihe dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek için Birliğin çeşitli politikalar geliştirmesinden bahsedilmektedir. Yine AB Temel Haklar Sözleşmesi'nin² 21. maddesi de “Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasî veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, servet, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır” denilmektedir. Cinsel tercihe dayalı ayrımcılık dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilmektedir.

AB üye ülkelerin hiçbirinin anayasasında cinsel tercihe dayalı ayrımcılığa yönelik açıkça bir madde yoktur. Ancak İspanya, Hollanda ve Finlandiya Anayasalarında dolaylı olarak belirtilmiş olup geniş yorumla cinsel tercih ayrımcılığının yasaklandığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Buradaki cinsel tercih (cinsel yönelme); homoseksüel, heteroseksüel ve biseksüel yönelmeler şeklinde kabul edilmektedir. Hastanın anatomik ve biyolojik cinsiyetiyle psikolojik cinsiyeti arasındaki uyumsuzluk sendromu olarak tanımlanan transseksüellik; heteroseksüellik, homoseksüellik ve biseksüellikten farklı

¹ İşe alınma, mesleki eğitime giriş ve çalışma şartları ile ilgili olarak kadın ve erkekler arasında muamele eşitliği prensibinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifi (bkz:63).

² Şart, Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesinin C serisinin 364.üncü sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000). Şartın tercümesi, İngilizce ve Fransızca metinlerin karşılaştırılması suretiyle yapılmıştır. (<http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf>, Erişim tarihi: 28/12/09).

bir kavram olarak değerlendirmektedir. Genel eşit muamele prensibi, eşit muamele dzenlemesi olarak transeksüellere uygulanacak şekilde yorumlanmaya başlanmıştır.

Ayrımcılık, dışlama, damgalama ve her türden baskı toplumun her alanında olduğu gibi çalışma hayatında da kadın ve erkek eşcinselleri, biseksüel çalışanları görünmez kılmaktadır. Oysa, gey ve lezbiyenler çalışma hayatının da her alanında bulunmaktadır. Ofiste çalışandan fabrikada çalışana, fındık bahçelerinde geçici işçi olarak çalışandan memurluk yapana, genç işçiden ellisini geçmiş işçi emeklisine kadar, geçmişte ve günümüzde her zaman çalışma yaşamında varlıklarını sürdürmektedirler. Eşcinsel ve biseksüel çalışanlar, çalışma hayatında yaşadıkları sorunları ve yönelimlerini gizlemek zorunda kalmaktadırlar. Bu gizliliğin sebeplerine baktığımızda: İşlerini kaybetme korkusu, bazı sektörlerde yasalarca eşcinseller çalıştırılmaması; uygulamada da fiilen çalıştırılmalarına izin verilmemesi; işten atılma, yeni bir iş bulamamak korkusu, damgalanma ve aşağılanma ile yüz yüze kalma; haklarını nasıl arayacaklarını bilemeleri ve haklarını yasalarla arayamıyor olmaları; işte yükselmelerin engelleniyor olması; statü kaybından çekinmeleri; mobbing'e maruz kalmaları ve istifaya zorlanmaları...

Ülkemizde alışma hayatı sırasında, eşcinsel ve biseksüel kadın ve erkeklerin karşılaştıkları sorunları tespit etmek amacıyla Kaos GL bünyesinde "Kaos GL alışma Hayatında Ayrımcılık Grubu" oluşturulmuştur. Bu grup 2009 yılı boyunca gerçekleştirilen 100 LGB alışan ile yapılan anket ve derinlemesine görüşmelere dayanarak Türkiye' de LGB alışanların iş yaşamında karşılaştıkları sorunlara ışık tutmak için "LGB alışanların iş yaşamı raporu 2009" hazırlamışlardır. 100 eşcinsel ve biseksüel çalışanla yapılmış olan anketler detaylı ve doğrudan bireysel tanıklıkları ve yaşantıları ortaya çıkarmayı hedefleyen derinlemesine görüşmeler ve bunlardan çıkan tanıklıklar oluşturmaktadır. Yapılan anketlere ve sonrasındaki istatistikî çalışmaya ve görüşme sonundaki durumlara göz atıldığında Türkiye' de LGB alışanların iş yaşamında yalnızlaşma, yabancılaşma, işten atılma, işe alınmama, mobbing/taciz, aşağılanma ve damgalanmaya maruz kaldıklarını bu çalışmayla da gözler önüne seriliyor. Ayrıca bu rapor, Türkiye' deki sendikaların LGB alışanlara bakışlarını ve 125 sendikanın sendika tüzük incelemesinden çıkan sonuçları içermektedir. Mevcut sendikal mücadele, gey-lezbiyen işçi ve memurların sorunlarını gündemine

almamaktadır. Raporun son bölümünde ise sendikalardan beklenen, mevcut iş yasası ve bu iş yasasını ve çalışma alanını düzenleyen kurallar içerisindeki ayrımcılığa neden olabilecek maddelerin eşcinsel ve biseksüel bireylerin lehine dönüştürülmesini sağlamaktır. Ayrıca, Türkiye’ de yaşayan çok sayıda eşcinsel ve biseksüel bireyin varoluşunun farkına varılmasını sağlamak ve tüm vatandaşlar için eşit, demokratik bir toplum düzenine erişmek için gereken zeminin hazırlanmasıdır.

19.09.2005 gününde oybirliği ile karar verilen, “İşyerinde yaşanan eşcinsel ilişkinin işyeri düzenini ihlal edecek hale gelmesi ile işverenin iş akdini haklı fesih” konulu dava konumuz açısından örnek teşkil etmektedir. Yargıtay kararına göre, “Davacının iş sözleşmesi 19.10.2001 tarihinde işyerinde iş arkadaşı ile arasındaki ahlak kurallarına uygun olmayan ilişki nedeni ile mesai saatlerinde işyeri düzeninin ihlal edilmesine yol açacak şekilde küfürleşmeli tartışma yaptığı gerekçe gösterilerek işverenlikçe feshedilmiştir. Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alman 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. İşyerinde cinsel taciz ile başlayan ilişkinin partneri tarafından sonlandırılmasının istenilmesi üzerine otomobil borcu bahane edilerek karşılıklı hakaret içeren sataşmaya dönmesi sonucu davacının diğer işçisiyle birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi, işverenin davacıya karşı bir komplo kurduğu yolundaki iddiaya değer verilmesine engel teşkil etmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle 1475 sayılı İş Kanunu’nun 17/II. Maddesine uygun fesih sonucu davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından mahkemece davanın reddi yerine kabulü hatalıdır”.

Bu somut olayda görülebileceği üzere Yargıtay mahkemesince işçilerin davranışları kişilerin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmiş ve bu davranışların iş verimini olumsuz şekilde etkilediğine vurgu yapılmıştır. Bu nedenle de işverenin uyguladığı feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmiştir. Yani bu olayda feshe neden olan konu işçilerin cinsel tercihleri değil, davranışları ve iş verimliliğine dolayısı ile

işletmeye verdikleri zarardır. Sonuç olarak işçilerin cinsel tercihlerinin tek başına bir fesih gerekçesi oluşturmayacağı konusu son derece açıktır. Bir işçi sadece bu konuya dayandırılan bir nedenle işten çıkarılırsa bunu kanıtlayabilmek koşuluyla işe iade davası açabilir. Eğer işletme iş güvencesi kapsamı dışında ise kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı talep edebilir. Ancak işçinin davranışları feshi geçerli veya örnek verdiğimiz yargı kararında olduğu gibi haklı kılacak türden işyerinde olumsuzluklara neden olan davranışlarsa işveren somut olayın gerçekleşme biçimine göre gerekçelerini de kanıtlamak koşuluyla haklı nedene dayalı fesih uygulayabilir.

1.5.Uluslararası Sözleşmelerde Ayrımcılık Yasağı

Toplumun ortak vicdanından kaynaklanan yasaların herkese aynı biçimde uygulanması, ayrımcı bir şekilde uygulanmaması ayrımcılık yasağının gereğidir. Tersine durumda, insanların önce kendilerine, sonra topluma güvenleri kalmaz. Devlete güvenin ortadan kalkması, karmaşaya neden olur. Oysa, yasaların amacı, toplum düzenini kurup kollamak, toplumdaki dengeleri sağlamaktır.

Ayrımcılık yasağı bağlamında eşitlik ilkesi ilk defa Kuzey Amerikan kolonilerinin "The Bill of Rights"¹ ların da kurala bağlanmıştır. Eşitlik isteğinin sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelik olduğu, 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 1. maddesinde "Tüm insanlar özgür ve eşit haklara sahip olarak doğarlar ve öyle kalırlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayanabilir" şeklindeki düzenlemeyle açıkça ifade edilmiştir (Serim, 1994: 13).

1.5.1. Birleşmiş Milletler Antlaşmasında Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerektiği inancı Birleşmiş Milletler sisteminin yazılı kaynaklarının temelini oluşturur. 26.06.1945 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler

¹ Amerikan Anayasası, özellikle de "The Bill of Rights" in kişi hak ve özgürlüklerini garanti altına alan ilk on maddesi, en anti-demokratik dönemlerde bile temel özelliklerine dokunulmadan bugüne kadar gelmiştir. "The Bill of Rights" başlığı altındaki hak ve özgürlükler, tabii ki Amerika'daki ayrımcılığı, bugün bile örtülü bir şekilde devam eden ırkçılık gibi sorunları bütünüyle ortadan kaldırmıyor. Rengi, cinsiyeti, cinsel tercihleri, etnik kökeni ve dini tercihleri ne olursa olsun, Çinli, Türk, İrlanda kökenli, Katolik, Budist, Müslüman, Ateist, kadın, erkek, heteroseksüel veya homoseksüel, siyah veya beyaz, her Amerikan vatandaşına yasa önünde eşit olarak tanınan bu haklar, onların bugünleri ve yarınlarını, kültürün bitip hukukun konuştuğu son durakta güvence altına alıyor

(http://anayasam-org.akgul.web.tr/pop_giris52.html, 21.05.10).

Antlaşması'nın¹ 1. maddesi, Örgüt'ün amaçlarından birinin “insan hakları ve temel hakların herkes için ırk, cinsiyet, dil ya da din farkı gözetmeksizin geliştirilmesi” olduğunu belirtir. Birleşmiş Milletler, bu bağlamda ayrıntılı hükümleri içeren yasal düzenlemeleri hazırlama görevini de üstlenmiştir.

Antlaşmanın 13. maddesine göre, “herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerinden faydalanmasını kolaylaştırmak” için önlemler almak da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır (Bilgi için bkz. Gözübüyük, 2002:291).

1.5.1.1. Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Düzenlemeleri

1.5.1.1.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan hakları kavramı, kişinin sırf bir insan olduğu için sahip olduğu haklar anlamına gelmektedir. İnsan hakları dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Bir başka deyişle bu haklar, bireylerin yalnızca insan olmalarından kaynaklanan ve hiçbir şekilde elinden alınamayacağı haklardır. Bu anlamda insan hakları, insan değerini korumayı ve insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesini amaçlayan üstün kurallar bütünüdür. Zaman içerisinde insan haklarının kapsamı giderek genişlemiştir. Günümüzde, temel haklar yanında birçok sosyal ve ekonomik haklar da insan hakları kapsamında kabul edilir olmuştur. Yaşama hakkı, güvenlik hakkı, köle almama veya zorla çalıştırılmama hakkı, işkence edilmeme hakkı başlıca temel haklardır.

İnsan, yalnızca biyolojik ihtiyaçlarını gidermeye yönelik davranış gösteren bir canlı değildir. Akıl ve düşünce yetisi nedeniyle insan biyolojik olduğu kadar ahlâkî doğaya da sahiptir, Etik bir varlık olarak insan, biyolojik yaşamını sürdürme ihtiyacı ötesinde onurlu bir yaşam sürdürmeye de ihtiyaç duyar. Onurlu bir yaşam sürdürme ihtiyacı, insanın insan olmak ile kazandığı temel hakkıdır. Bu nedenle etik bir varlık olan insanın onurunu güvenceye alan tüm kurallar insan hakları kapsamına girer. Bu anlayış Birleşmiş Milletler Antlaşması (1945) ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin (1948) başlangıç bölümlerinde aynı ifadelerle kabul ve ilân edilmiştir: "İnsanlık

¹ Bu antlaşma Türkiye tarafından 15.05.1945 tarih ve 4801 sayılı yasa ile onaylanmıştır. Ayrıca 1982 Anayasası'nın 90. maddesine göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

ailesinin bütün üyelerinin özden saygın oluşlarının, eşit ve vazgeçilmez haklarının kabulü dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelini oluşturdu" (Arslan, 1998:6).

10 Aralık 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹ her türlü ayrımcılığın önlenmesini öngörmekte olup, BM'ye üye toplam 188 ülke tarafından da onaylanmıştır. Bildirge'nin başlangıç kısmında, erkeklerle kadınların hak eşitliğinden bahsedilmektedir. 1. maddede; "Tüm insanlar özgür; onur ve haklar bakımından eşit doğar.", 2. madde de ise; "Herkes; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir görüş, ulusal ve toplumsal köken, doğuş ya da benzeri başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu bildirmede ileri sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir", ifadesi yer alır. Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunma hakkı vardır. Herkes, bu bildirmeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayırım kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir, (m.7). "Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır," (m.23), hükümleri ayrımcılığa ilişkin hükümlerdir.

Bildiri, insanlığın eşitlik yönünden ilerlemelerinde çok önemli bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Söyle ki, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, bütün insanların eşitliğini, özgürlük ve kardeşlik için kaynak oluşturan evrensel bir değer ve temel bir ilke olarak açıklamaktadır (Öden,2003:85).

Bu metnin bir bağlayıcılığı ve yaptırımı olmadığı kabul edilse de, uluslararası toplumda kazandığı prestij, yüklenen anlam ve birçok anayasaya kaynaklık etmesi, siyasal ve moral bağlayıcılığının ötesinde dolaylı ve göz ardı edilmeyecek hukuksal bağlayıcılık kazandırmıştır (Arıcı, 1999:323). İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi yalnızca BM düzeyinde kalmamış, bölgesel nitelikte olan AİHM'ne de kaynaklık etmiştir (Gözübüyük, 2002:292).

¹ Türkiye Metni, 6 Nisan 1949'da kabul etmiş ve 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

1.5.1.1.2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (KKHTAÖS)

18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen sözleşme, Türkiye tarafından 1985 tarihinde onaylanmış ve 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. İçlerinde Türkiye'nin de bulunduğu 150'den fazla ülke tarafından onaylanan sözleşme kadınların özellikle istihdam alanında korunmasına yöneliktir. Bu sözleşmenin amacı, kadınları toplumun her kesimde korumak ve yaşadıkları sosyal çevrede cinsiyetleri nedeniyle uğradıkları mağduriyetleri gidermektir.

Sözleşmenin birinci maddesinde “kadınlara karşı ayrımcılık” kavramı, “erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel, kişisel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlükleri kullanmalarını ve bunlardan yararlanmalarını zedelemek ya da kaldırmak amacıyla cinsiyet temeli üzerinde yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da kısıtlama anlamına gelir.” biçiminde tanımlanmıştır.

İkinci maddede ise, taraf devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak için dikkat etmeleri gereken hususlardan bahseder. Sözleşmenin 5(a) maddesinde “uygun önlemleri taraf devletler alacaktır” ifadesine yer verilmiş ve şöyle devam edilmiştir; “Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıları, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin toplumsal ve kültürel kalıplarını değiştirmek” ten bahsedilmektedir.

Çalışan kadınlara yönelik olarak getirilen sözleşmenin 11. maddesinde, taraf devletler, iş sahibi kılma alanında kadınlara karşı ayırımı önlemek, kadın erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle bu maddede belirtilen konularda bütün önlemleri alacaklardır. Bunlar bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı, işe yerleştirme konularında eşit seçim ölçüleri uygulanması da dahil, erkeklerle eşit işe yerleştirme olanaklarına sahip olma hakkı, toplumsal yardımlar dahil eşit ücret hakkı, eş değerdeki işte eşit işlem ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit işlem görme

hakkı, ücretli izinle birlikte özellikle emeklilik, işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışamama hallerinde toplumsal güvenlik hakkıdır.

Sözleşmeye göre, evlilik ve analık nedeniyle kadınlara karşı olan ayrımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, taraf devletler uygun önlemleri alacaklardır. Hamilelik ve analık izni nedeniyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayrımını yasaklama, bu ayrımı yapanları cezalandırma, hamilelik süresince zararlı olduğu kanıtlanan işlerde kadınlara özel koruma sağlamak, bu önlemler arasındadır.

Sözleşme, kadınların hukuksal ve toplumsal olarak karşılaştıkları ayrımcılığı ortadan kaldıracak nitelikte maddi çözümler getirmemiş, daha çok devletlere neler yapması gerektiğine ilişkin yollar, stratejiler önermiş, hukuksal ve toplumsal yükümlülüklerini göstermiştir (Çelikel,1992:192-193).

1.5.1.1.3. Her Çeşit Irk Ayrımının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme

21 Aralık 1965'te BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşmenin girişinde bütün insanların eşit haklara sahip ve hür olarak doğduğuna, kanun karşısında eşit olduğuna ve eşit hukuki korumaya sahip bulunduğu ve BM'nin sömürgeciliğin her çeşidine karşı olduğuna, ırk ayrımına dayalı üstünlük anlayışının yanlışlığına dikkat çekilmektedir. Sözleşme ırk ayrımcılığının önlenmesine odaklanmıştır. Bu sözleşmede, sözleşmeye taraf ülkelerin ırk ayrımı temeline dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklaması ve ortadan kaldırması ve ülkesinde yaşayan herkese ırk, renk veya milli veya etnik kökeni ne olursa olsun sayılan haklardan faydalandırılması ve kanun önünde eşit işlem yapılması öngörülmektedir. Sözleşmede temel haklar, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, siyasi haklar alanında ırk ayrımına dayalı ayrımcılığın yasaklanması öngörülmektedir(m. 5). Bu manada halk sağlığı, tıbbi bakım, sosyal güvenlik ve sosyal hizmetler alanında da ırk ayrımına dayalı farklı işlem yapılmaması öngörülmektedir (Arıcı, 1997:330).

1.5.1.1.4. Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirisi

BM'nin 25 Kasım 1981 tarihli bildirisinin başlangıcında, tüm insanların niteliğinde bulunan onur ve eşitliğin Birleşmiş Milletler antlaşmasının temel ilkelerinden biri olduğunu ve tüm üye devletlerin Örgütle işbirliği içinde ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan hakları ve temel özgürlüklerin evrensel olarak saygı görüp gözetilmesini geliştirip özendirmek üzere birlikte ve ayrı ayrı eylemde bulunmak üzere bu bildiri yayınlanmıştır.

Bildirinin 1. maddesine göre, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme ve din ya da inancını tek başına ya da topluca, açık ya da özel olarak ibadet, gözetme, uygulama ve öğretme biçiminde açıklama özgürlüğünü de içerir (f.1). Hiç kimseye, bir dini ya da dilediği bir inancı benimseme özgürlüğünü zedeleyecek baskıda bulunulamaz (f.2).

İkinci madde de ise, hiç kimsenin, dini ya da başka inançları gerekçesiyle herhangi bir devlet, kurum, grup ya da bir kimse tarafından ayrımcılığa tabi tutulamayacağından bahsediyor. Bu bildirgenin amaçları bakımından "din ya da inanca dayalı hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık" sözü, "din ya da inanca dayalı olarak insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temeli üzerinde taşınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonucuyla herhangi bir ayırım, dışlama, kısıtlama ya da üstün tutmada bulunmak anlamına gelir", ifadesine yer verir.

Sözleşmenin 4. maddesi ise, Tüm devletler, kişisel ekonomik, siyasal, toplumsal ve kültürel yaşamın her alanında insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve bunlardan yararlanılması bakımından din ya da inanç gerekçesiyle yapılan ayrımcılığı önlemek ve kaldırmak için her türlü etkin önlemi alır (f.1). Tüm devletler, gerekli olduğu her durumda böyle bir ayrımcılığı yasaklamak için yasalar çıkarmak ya da kaldırmak üzere her türlü çabada bulunur ve bu konuda din ya da başka inançlara dayalı hoşgörüsüzlükle savaşmak üzere tüm uygun önlemleri alır (f.2), hükümleri yer alır.

1.5.2. Milletlerarası Çalışma Örgütünde (MÇÖ) Ayrımcılık Yasağı

1919 yılında kurulan Milletlerarası Çalışma Örgütü, sosyal adalet ve evrensel barışın sağlanması, çalışma şartlarının iyileştirilmesi, uluslar arası işbirliğinin sağlanması amaçlarıyla kurulmuştur (Alper-Kaya, 1995:32-33). 1946'da Birleşmiş Milletlerle imzaladığı anlaşma ile uzmanlık kuruluğu olarak kabul görmüştür. Çalışma yaşamına ilişkin şartların iyileştirilmesi ile evrensel barış ve uyumun tehlikeye girmeyeceği hususuna işaret edilmiştir.

MÇÖ' nün kuruluşundan günümüze kadar, kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararları AB'nin ve birçok ülkenin ulusal mevzuatına esin kaynağı oluşturmakta ve dünya genelinde çalışma koşullarının geliştirilmesinde büyük bir rol oynamaktaysa da düşük gelirli ülkelerde hâlâ âhlaken kabul edilmeyecek derecede kötü çalışma koşulları görülmekte; insanlık dışı koşullarda çalıştırılan çocuk işgücü, zorla çalıştırma, işe almada ve işyerinde ayrımcılık gibi sorunlar yaşanmaya devam etmektedir. Bu nedenle MÇÖ' nün başlıca kuruluş amacı çalışma koşullarının iyileştirmesidir. Sözleşmeler ve tavsiyeler neticesinde çalışma yönetimi, endüstriyel ilişkiler, istihdam politikası, çalışma koşulları, sosyal güvenlik, iş güvenliği ve sağlığı gibi konular kabul edilmiştir. Bunlardan bazıları iş yerindeki temel insan haklarına uyulmasını sağlama konusu üzerinde çalışırken bazıları ise kadın ve çocukların istihdamı veya göçmen ve engelli işçiler gibi özel konuları ele almıştır.

Milletlerarası Çalışma Örgütü'nün (MÇÖ) istihdamın her alanında ve aşamasında ayrımcılık yapmama, kadın - erkek hak ve fırsat eşitliğini öngören konumuz açısından önemli Çalışma Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları şunlardır:

1.5.2.1. 100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliğine İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün 100 sayılı Ücret eşitliği sözleşmesi¹, 29 Haziran 1951 yılında kabul edilen sözleşmeyi Türkiye 1966'da onaylamış ve onay, 19 Temmuz 1967'de uluslar arası hukuk açısından yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 1. maddesinde ücret ve eşit ücret tanımı yapılmıştır. Buna göre, ücret (remuneration) deyimi, işçinin çalıştırılması

¹ 100 sayılı sözleşme, ücret ayrımcılığına karşı savaşındaki ilk temel adımlardan birisidir. MÇÖ' nün çalışma alanında fırsat ve işlem eşitliğini düzenleyen, temel insan haklarına ilişkin önemli sözleşmelerden biri olarak ayrık bir önem taşımaktadır.

nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdî veya aynî olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri içine alır. Eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği deyimi, ücret düzeylerinin cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tespit edilmesi anlamına gelir. Sözleşmenin 2. maddesinde; "sözleşmeye taraf üye devletlerin, ülkelerinde yürürlükte bulunan usullere uygun yollarla eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesinin tüm işçilere uygulanmasını ve bu ilkeyi ulusal mevzuat, ulusal mevzuatta tanınmış herhangi bir ücret düzeni, toplu iş sözleşmeleri veya bütün bu usullerin birleştirilmesi yoluyla yürürlüğe koyabileceğini" belirtmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesinde; "işlerin objektif bir biçimde değerlendirilmesini özendirmeyi sağlayacak önlemler alınacağını, bu değerlendirmede uygulanacak usullerin, ücret hadlerini saptamaya yetkili makamlar tarafından veya toplu sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceğini" belirtmekte, fakat bu biçimde "objektif bir değerlendirme sonucunda, yapılacak işlerde saptanan farklılıklar dolayısıyla belirlenen değişik ücret düzeylerinin, eşit değerdeki iş için erkek ve kadın işçiler arasında eşit ücret ödenmesi ilkesine aykırı sayılmayacağı" belirtilmiştir.

Sözleşmenin 4. maddesinde; "her üyenin sözleşmenin hükümlerinin tatbikinin sağlanması amacıyla ilgili işçi ve işveren kuruluşlarıyla uygun yollardan işbirliği yapması" öngörülmektedir.

MÇÖ' nün 100 Sayılı Sözleşmesi'ne istinaden kabul ettiği aynı konudaki 90 Sayılı Tavsiye Kararı da, merkezi kamu yönetimi hizmet ve birimlerinde istihdam edilen kadın ve erkek işçiler arasında eş değerde iş için eşit ücret ödenmesi ilkesinin gerçekleştirilmesi ve uygulanması konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını teşvik etmektedir (Yüksel, 1999: 38). Buna göre devlet, yasal niteliği ve statüsü ne olursa olsun, kamu yönetiminde istihdam edilen tüm kişiler için, ilkenin uygulanmasını sağlamak amacıyla uygun önlemler almakla yükümlüdür.

1.5.2.2. 111 Sayılı İş ve Meslek Yönünden Ayrıma İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün 25 Haziran 1958 tarihinde MÇÖ genel konferansınca kabul edilen sözleşme, 15 Haziran 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmenin 13 Aralık 1966 gün ve 811 sayılı kanun ile onaylanmasını uygun bulmuş¹ ve MÇÖ 'ye karşı uluslar arası yükümlülük altına girmiştir. 111 Sayılı Sözleşme'nin başlangıç kısmında; ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların, hürriyet, şeref, ekonomik, güvenlik ve fırsat eşitliğinin sağlanması amacı güdülmüştür.

Sözleşme'nin 1. maddesinde öncelikle "ayrımcılık" teriminden neyin kastedildiği belirtilmiştir. Buna göre ayrımcılık: "İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma" anlamına gelirken aynı zamanda, "ilgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı" da ifade eder. Maddenin 2. bendinde ise, belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz demiş ve bu sözleşme bakımından "iş" ve "meslek" terimlerinin, mesleki eğitime, bu işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsadığı belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 2. maddesinde, ayrımcılığın önlenmesi bakımından üye devletlerin yükümlülüklerine dikkat çekilmiştir. Bu sözleşmenin tarafı her üye devletin, ulusal koşullara ve uygulamalara uygun yollarla, çalışma ve meslek bakımından herhangi bir ayrımcılığa son vermek ve fırsat ve davranış eşitliğini sağlamak üzere bir ulusal politika saptayıp izleme yükümlülüğü üstleneceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesinde, iş ve meslekte eşitlik politikasının nasıl uygulanacağı yolunda birtakım yöntemler getirilerek, taraf devletlerin bu yöntemlerle sağlanan sonuçları bildirmeyi üstlendikleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre sözleşmeyi onaylayan üye devletler ulusal koşullara ve uygulamalara uygun yöntemlerle eşitlik

¹ Resmi Gazete, 22 Aralık 1966, Sayı:12484.

politikaları benimsemeyi, söz konusu politikalar ile çelişen yasa hükümlerini yürürlükten kaldırmayı ve idari talimat ve uygulamayı değiştirmeyi ve işçi-işveren örgütleriyle işbirliği içinde sözleşmenin benimsenmesini ve uygulanmasını destekleyici biçimde yasal düzenlemeler getirmeyi ve eğitim programları geliştirmeyi üstlenirler.

Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci fıkrasında, herhangi bir üye, varsa temsilci, işveren ve işçi teşekkülleriyle 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 tedbirlerin ayırım sayılmayacağına karar verebilir, ifadesine yer verilmiştir.

1958 tarihli 111 sayılı aynı konudaki Tavsiye Kararında, işe ve mesleğe girişte, mesleki eğitimde, çalışma şartlarında kadın ve erkekler arasında cinsiyet esas alınarak ayrıcalık yaratma, kayırma, hariç tutma, mağdur etmenin fırsat ve davranış eşitliğini ortadan kaldıracığı ve ayrımcılık olarak tanımlanacağı belirtilmiştir. Tavsiye Kararında işin özelliği sebebiyle bir cinsi ayrık tutmanın ayrımcılık olarak öngörülemediği, her üye devletin meslek ve işe girişte, mesleki eğitim ve çalışma şartlarında ayrımcılığın önlenmesi konusunda ulusal politikalar izleyeceği, bu politikaları kanuni düzenlemeler, toplu sözleşmeler ile uygulamaya sokacağı belirtilmiştir (<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, Erişim tarihi: 21.05.10).

Üye devletlerin bu politikaların uygulanmasını yetkili makamlar kanalıyla doğrudan denetleyecekleri, ulusal yetkili makamların yönlendirmesiyle mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yerleştirme aktivitelerini sürdürecekleri, bu politikaları ihlal eden her türlü kanuni veya idari, emir ve düzenlemelerin kaldırılacağı veya yeniden gözden geçirileceği, ancak cinsiyeti, yaşı, malûllüğü veya aile sorumlulukları sebebiyle özel koruyucu düzenlemelerle koruma altına alınan gruplar hakkındaki düzenlemeleri etkilemeyeceği hükümleri yer almıştır.

1.5.2.3. 156 Sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınmasına İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün 23 Haziran 1981 tarihinde kabul edilen ve 11 Ağustos 1983'te yürürlüğe giren 156 sayılı Aile Sorumlulukları Bulunan Çalışanlara İlişkin Sözleşme'yi, Türkiye onaylamamıştır. 156 sayılı sözleşme, temelde 111 sayılı sözleşmenin "aile sorumlulukları" temeline dayanan farklılıkları açıkça kapsamamasından doğan hukuksal boşluğu doldurmaya yöneliktir.

Kadın işçileri yakından ilgilendiren mesele, genel olarak çalışma hayatında kadınlar karşısında erkeklerin daha fazla tercih edilmeleridir. Bu tercihin sebeplerini araştırmak için görevlendirilen uzmanların raporları iki önemli sebebi ortaya koymaktadır. Birinci sebep birçok üye ülkenin mevzuatında kadın işçilerin ikinci planda bırakılışı, ikinci sebep ise kadın işçilerin meslek edinişlerinde belirli bir düzenden mahrum bırakılmalarıdır. Her iki sebep kadın işçilerin erkek işçilerden daha düşük bir seviyede çalıştırılmaları sonucunu doğurmaktadır. Bunlardan başka kadınların aile ocakları ile olan ilişkilerinin önemle muhafaza edilmesi üçüncü bir sebebi teşkil etmektedir (Turan,1979:160-161). MÇÖ bu sebepleri göz önüne alarak 156 Sayılı Sözleşme'yi düzenlemiştir.

1981 tarihli 156 Sayılı Sözleşme, aile sorumlulukları ve kendilerine bağımlı çocukları ve bakıma muhtaç diğer aile bireyleri sebebiyle ekonomik hayata katılımı ve ekonomik gelişme imkanları sınırlanan veya engellenen çalışanlar hakkındadır.

Sözleşmenin 3. maddesinde, "her üye devletin kadınlar ve erkekler arasında gerçek bir davranış ve fırsat eşitliği sağlanması bakımından, aile sorumlulukları olan çalışanların ayrımcı uygulamalara maruz kalmaksızın çalışma hayatına katılımını sağlamak, bu kişilere karşı ayrımcı uygulamaları kaldırmak ve aile sorumlulukları ile çalışma hayatını bağdaştırabilmeleri amacıyla ulusal politikalar izlemeleri" öngörülmektedir. Sözleşme ayrıca aile sorumlulukları olan çalışanların ihtiyaçlarla uygun olarak toplum planlaması ve çocuk bakımı yada aile hizmetleri gibi toplum hizmetleri alanlarında alınacak paralel önlemleri sıralamıştır (m.5). Buna ek olarak Sözleşme aile sorumluluklarının daha iyi anlaşılmasını sağlayacak bilgi ve eğitim verilmesini öngörmektedir (m.6). Sözleşmenin 7. maddesinde, "mesleki rehberlik ve eğitim alanındaki tedbirler dahil olmak üzere ulusal şartlara uygun diğer tedbirlerle, aile

sorumlulukları olan kişilerin çalışan işgücüne katılımının devamı ve bu sorumlulukları sebebiyle çalışma hayatından çekilenlerin tekrar iş hayatına dönmelerinin sağlanması" gereği üzerinde durulmuştur. Sözleşmenin 8. maddesinde, "hizmet ilişkisinin sona erdirilmesinde aile sorumluluklarının geçerli ve haklı bir sebep olarak öngörülemeyeceği" ilkesi benimsenmiştir. Sözleşmenin 11. maddesinde, "sözleşme hükümlerinin uygulamaya geçirilmesi konusunda işçi sendikalarının, işveren sendikalarının ulusal şartlara uygun bir usulle katılımı" belirtilmiştir.

1.5.2.4. 158 Sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesine İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün 2 Haziran 1982 tarihli 158 Sayılı Sözleşme, esasen işverenin geçerli bir nedene dayanmaksızın istihdamın sona erdirilmesine karşı işçiye koruma sağlayan hükümler içermektedir. Türkiye, sözleşmeyi 1994 yılında onaylamıştır¹ ve ayrıca, 4857 sayılı İşK. 18 md. da düzenlemeye giderek, sözleşme içeriğini yasa metnine yansıtmıştır. 158 Sayılı Sözleşmede, geniş anlamda iş güvencesi ile ilgili hükümler de bulunmaktadır. Bir diğer ifade ile, işçiyi feshe karşı koruyan hükümlerin yanı sıra, feshin etkisini azaltıcı hükümler de yer almaktadır (Sümer,1997:23).

Sözleşme, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmeleri ile çalışanlar hakkında uygulanır (m. 2/b.1). Ancak Sözleşme üye devletlere bazı özel kategorilerde çalışanları sözleşmenin tamamen veya kısmen kapsamı dışında tutma imkanı sağlamıştır (m .2/b.2). Buna göre belirli süreli veya belirli bir işin tamamlanması ile ilgili hizmet sözleşmeleriyle çalışan işçiler, hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilerden deneme süresi içinde bulunanlar, süreksiz hizmet ilişkisiyle çalışanlar, sözleşmenin kapsamı dışında tutulabilirler.

Sözleşmenin 4. maddesinde, "işçinin kapasitesine, davranışlarına veya işin yürütümüne yahut işyeri gereklerine dayalı geçerli bir sona erme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemeyeceği" belirtilmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinde, "cinsiyetin, medeni halin, aile sorumluluklarının, hamileliğin" (d. bendi) ve "doğum esnasında işe

¹ Resmi Gazete,12 Ekim 1994,Sayı: 22079

gelmemenin (e. bendi) hizmet akdini sona erdirme için geçerli bir neden teşkil etmeyeceği" düzenlenmiştir.

Son vermenin haklı nedene dayandırılması başlıklı bölümün 4. maddesinde, işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez ifadesine yer verilmiştir. 5. maddesinde sayılan şu nedenlerin de fesih için geçerli bir neden teşkil etmeyeceği belirtilmiştir:

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmak,
- İşçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine talip olmak,
- İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak,
- Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken ayrımı gözetmek,
- Doğum izni esnasında ise gelmemek.

6. maddeye göre ise, hastalık veya kaza nedeniyle geçici devamsızlığın işten çıkarma için geçerli bir neden olmadığından bahsedilmektedir. Bu tür durumlarda işçinin ispat etmesi güç olduğu için 9. maddeye bir hüküm getirilmiştir. İşçinin, iş akdine son verme işlemine ilişkin ispat yükünü tek başına üstlenmemesi için gerekli önlemler alınacaktır ve geçerli bir nedeninin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olacaktır.

(http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_158.html, Erişim tarihi: 22.05.10).

166 Sayılı Tavsiye Kararı, 158 Sayılı Sözleşme'yi daha da geliştirmektedir. Öncelikle uluslararası sözleşme ile sağlanan iş güvencesinin belirli süreli hizmet akitleriyle bozulmasının önlenmesine dair hükümler taşımaktadır. Böylece anılan sözleşmeyi onaylayan tüm ülkelerde geçerli olacak ortak bir standart benimsenmiş oldu.

(<http://www.isguc.org/?p=article&id=209&cilt=6&sayi=1&yil=2004>, Erişim tarihi: 22.05.10).

1.5.2.5. 159 Sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdamına İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün Haziran 1983'te kabul edilen sözleşme, iki yıl sonra 20 Haziran 1985'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Haziran 2000'de sözleşmeyi onaylayan devletlere katılmıştır. 159 Sayılı sözleşmenin 1. maddesinde “sakat” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir bireyi” ifade eder. Bu sözleşme hükümleri, her kategorideki sakatlara uygulanır. 3. maddede ise, sakatlara yönelik politika her kategorideki sakatlar için uygun mesleki rehabilitasyon tedbirleri sağlamayı ve açık işgücü piyasasında sakatlar için istihdam imkanlarını artırmayı amaçlar.

Söz konusu politika, genel olarak sakat işçilerle sakat olmayan işçiler arasında fırsat eşitliği ilkesi üzerine kurulur. Sakat kadın ve erkek işçiler için fırsat ve muamele eşitliği göz önünde tutulur. Sakat ve diğer işçiler arasında etkin bir fırsat ve muamele eşitliğinin tesisine yönelik özel olumlu himaye tedbirleri sakat olmayan işçiler aleyhine bir ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir (m. 4). Yetkili makamlar sakatların iş bulmaları, buldukları işi muhafaza etmeleri ve işlerinde yükselmelerini temin etmek üzere mesleki rehberlik, mesleki eğitim, işe yerleştirme, istihdam ve diğer ilgili hizmetlerin sağlanması ve değerlendirilmesine yönelik tedbirleri alır; genel işçi kitlesi için mevcut olan hizmetler mümkün ve müsait olan hallerde gerekli değişiklikleri yapılarak sakatlar için de kullanılır (m.7). Kırsal alanlardaki ve uzak yerleşim merkezlerindeki sakatlar için mesleki rehabilitasyon ve istihdam servislerinin tesisi ve gelişimini teşvik için gerekli tedbirler alınacaktır (m.8). Her üye, sakatların mesleki rehberlik, mesleki eğitim işe yerleştirme ve istihdamından sorumlu rehabilitasyon danışmanlarının ve diğer uygun nitelikli görevlilerin eğitimini ve teminini sağlayacak tedbirleri alır (m.9) hükümlerini içermektedir.

1.5.2.6. 175 Sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Sözleşme

MÇÖ' nün 24 Haziran 1994 tarihinde kabul edilen ve 28 Şubat 1998'de yürürlüğe giren 175 Sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Sözleşmeyi Türkiye onaylamamıştır (<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:qjB6C8WhmLMJ:www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/areas/cilozoz.pdf>, Erişim tarihi: 22.05.10).

175 Sayılı Sözleşme, kısmi süreli çalışanların çalışma koşullarını tam gün çalışanlarla eşit kılmak, işçi sağlığı ve iş güvenliğini sağlamak, kısmi süreli çalışanlara karşı meslek ve çalışma ilişkisinde ayrımcılığı önlemek, sosyal güvenlik haklarını korumak amacıyla düzenlemeler getirmiştir.

Çalışma hayatında daha çok kadın işçilerin bu sözleşme türüyle çalıştıklarını düşünürsek, bu alandaki olumsuzluklardan da en çok onlar mağdur olacaklardır.

Sözleşmenin 4. maddesinde, "kısmi süreli çalışanların tam gün çalışanlarla çalışma ve meslekte ayrımcılığa karşı eşit korumadan yararlanacakları"; 5. maddede ise, "kısmi süreli çalışanlara saat başına, verime göre, parça başına temeli esas alınarak hesaplanan temel ücrete ödenen tutar, aynı metodla ücreti hesaplanan tam gün çalışana ödenen tutardan daha az olamayacağı" hükmü yer alır. Mesleki çalışmaya dayalı sosyal güvenlik programlarınca sağlanan haklar, çalışma saatlerine göre ödenen prim tutarlarıyla orantılı olarak, tam gün çalışanlara sağlanan haklardan farklı olamaz. Kısmi süreli çalışanlar için analık korunması, çalışma ilişkisinin sona erdirilmesi, ücretli yıllık izin, ücretli resmi tatiller ve hastalık iznine ilişkin koşullar tam gün çalışanlarla eşit olacağı, bu haklara ilişkin parasal konuların çalışma süresi ve kazanç ile orantılı olarak hesaplanacağı belirtilmiştir. 9. maddeye göre, üye devletlerin kısmi süreli çalışmanın sağlanması ile ilgili olarak çalışma hizmetleri oluşturmak konusunda üye devletlerce gerekli tedbirler alınacaktır. Bu sözleşmede belirtilen esasların üye devletlerce kanunlarla ve yönetmeliklerle hayata geçirileceği, toplu iş sözleşmelerine de bu konuda hükümler konularak veya ulusal sisteme uygun diğer metodlarla uygulaması sağlanabileceği ise 11. maddede hükme bağlanmıştır.

1.5.3. Avrupa Birliğinin Kurucu Anlaşmalarında Ayrımcılık Yasağı

Eşitlik ilkesi, Avrupa Birliği İdare Hukuku'nda yerini almış bir ilkedir. Eşitlik ilkesi, her ne kadar bir genel hukuk prensibi olarak kabul edilmekteyse de Avrupa Birliği İdare Hukuku'nun yazılı kaynakları arasındaki yerini Avrupa Birliği kurucu antlaşmaları hükümleri aracılığıyla baştan bu yana almış bulunmaktadır. Avrupa Birliği antlaşmalarının üye devletlerin uygulamalarında ayrımcılık yapmamalarının emreden düzenlemeleri ile eşitlik ilkesi Avrupa Birliği idari hukukunun bir parçasıdır (Çolak, 2005: 174).

Avrupa Birliğinin kurucu anlaşmaları topluluk hukukunun tamamında uygulanmaya yönelik genel bir eşitlik ilkesi öngörmemiştir. Eşitlik ilkesi ekonomik hürriyetlerin gelişimi ile temel ilkelere saygının aynı seviyede gittiği bir sosyal ve hürriyet alanının oluşturulmasını amaçlayan Avrupa hukukunun gelişimindeki ilerlemeye eşlik etmektedir (Tunç ve Altay, 2000:58). Avrupa Birliği hukukunda öngörülen eşitlik ilkesi da ayırım gözetmeme ilkesine daha yakın bir anlam içermektedir (Kutlu, 2002 :37).

AB, kuruluşundan itibaren ilerici bir evrim göstermiştir. 1986 yılında Tek Avrupa Senedi¹, 1992 yılında Avrupa Birliği'ne ilişkin Maastricht Antlaşması² ve 1997 yılında Amsterdam Antlaşması³ ile kuruluş Antlaşmalarında yapılan değişikliklerle Avrupa Birliği'nin sorumlulukları genişletilmiş, Avrupa kurumlarının büyüklüğü ve sayısı artırılmış ve bu kurumlar Avrupa bütünleşmesine giden yolu sürdürmek üzere güçlendirilmişlerdir.

1997 Amsterdam Antlaşması ile İşçi ve işveren örgütleri, böylece, istihdam ve sosyal politikada daha büyük önem kazanmışlar ve ortaklar haline gelmişlerdir. Amsterdam Antlaşması, Avrupa'nın yeni istihdam yaratmaya yönelik çabasını güçlendirmiştir. Avrupa sosyal politikasının başlıca görevleri, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 136. maddesinde tanımlanmıştır: "Topluluk [AB] ve üye devletler... istihdamın teşvik edilmesini, yasama ve çalışma şartlarının iyileştirilmesini, bu iyileşme sürdürülürken yaşama ve çalışma şartlarının uyumlu hale getirilmesini, düzgün sosyal korumayı,

¹ Avrupa Tek Senedi (Single European Act/SEA), 17 Şubat 1986'da ve 28 Şubat 1986'da Lahey'de imzalanan, 1 Temmuz 1987 tarihinde yürürlüğe giren; Avrupa Topluluklarını Kuran Antlaşmalara değişiklik getiren hükümler ile dış politika alanında üye devletler arasında işbirliğini öngören hükümleri tek bir belgede toplayan antlaşmadır (<http://www.abbulteni.org/tr/component/content/article/45-ab-sozluk/135-avrupa-parlamentosu-european-parliament.html>, Erişim tarihi: 22.05.10).

² 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması'yla Avrupa Topluluğu Avrupa Birliği adını almış ve AET kısaltması AT olarak değiştirilmiştir. Bu antlaşmayla, Ekonomik ve Parasal Birlik, Ortak Güvenlik ve Dış Politika ile İçişleri ve Hukuk alanında işbirliği başlıklarında yeni bir yapı tanımlanmaktadır. Anlaşma, yaşam ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi, daha iyi bir sosyal koruma, sosyal diyalog, insan kaynaklarının geliştirilmesi konularını da kapsamaktadır (<http://www.mess.org.tr/ab/absol/Maastricht%20Antlasmasi.pdf>, Erişim tarihi: 22.05.2010).

³ Amsterdam Antlaşması 2 Ekim 1997 tarihinde imzalanmış ve 1999 yılının Mayıs ayında yürürlüğe girmiştir. Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Topluluğu Antlaşmasına getirilen yeni 13. Madde, ayrımcılığa karşı hükümlerin benimsenmesine değinmekte ve Konseyi cins, ırk, etnik köken, din ve inanç, sakatlık, yaş veya cinsel eğilim temelinde her türlü ayrımcılığa karşı mücadele etmek üzere gereken önlemleri almaya yetkili kılmaktadır (<http://ab.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=8383> , Erişim tarihi: 22.05.2010).

yönetim ve işçiler arasında diyalog sağlanmasını, kalıcı yüksek istihdama yönelik olarak insan kaynaklarının geliştirilmesini ve dışlanmaya karşı savaş açılmasını amaç edineceklerdir”.

Avrupa Anayasası olarak da bilinen ve Aralık 2000 Nice Zirvesinde¹ yayımlanarak Avrupa Anayasasına 2. bölüm olarak dahil edilen Avrupa Temel Haklar Şartı², 3. bölümünde eşitliği düzenlemekte “Yasa Önünde Eşitlik” başlıklı 20. maddesinde “Herkes, yasa önünde eşittir.”, “Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 21. maddesinde;

“1- Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.

2-Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulanması kapsamı çerçevesinde ve söz konusu Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır” hükmü yer almaktadır.

“Erkekler ve Kadınlar Arasında Eşitlik” başlıklı 23. maddesinde ise, “Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmalıdır” hükmü bulunmaktadır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez” hükümlerine yer vermektedir.

¹ 7-9 Aralık 2000 tarihlerinde yapılan Nice Zirvesi’nde AB üyesi ülkeler, genişleme süreci kapsamında AB’nin gerçekleştirmesi gereken kurumsal reformlarla ilgili olarak Şubat 2000’de oluşturulan Hükümetlerarası Konferans (HAK) çerçevesinde varılan sonuçlar temelinde Kurucu Antlaşmalarda değişiklik getiren bir Antlaşma üzerinde uzlaşmaya varmışlardır. 26 Şubat 2001 tarihinde imzalanan Nice Antlaşması, tüm üye ülkelerde onaylanmasının ardından 1 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir (http://www.turkcebilgi.com/nice_antla%C5%9Fmas%C4%B1/linkler, Erişim tarihi:22.05.10).

² Avrupa Temel Haklar Şartı, AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenlemektedir. Belge 13-14 Ekim 2000’de Fransa’nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulmuş ve kabul görmüştür (http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ab_thb.html, Erişim tarihi: 22.05.10).

1.5.3.1. AB Direktiflerinde Ayrımcılık Düzenlemeleri

1.5.3.1.1. 75/117 Sayılı Eşit Ücret Direktifi

Roma Antlaşması'nın 119. maddesinin üye ülkelerin mevzuatlarına yakınlaştırılması ve Birlik içinde uygulanmasını kolaylaştırmak için çıkarılan bu direktif, temel olarak ücret belirlemede cinsiyet eşitliği sağlanmasını amaçlamaktadır (md. 1). Kamu ve özel kesimlerde uygulanabilen 75/117 sayılı direktif, Roma Antlaşması'nın 100. maddesine dayanarak çıkarılmıştır. Direktif, erkek kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesini tanımlamakta ve "cinsiyete dayalı her tür ayrımcılığın", ücretin tüm öğelerinden ve koşullarından kaldırılmasını içermektedir (md.3). Üye devletler için, haksızlığa uğradığını düşünen tüm çalışanların haklarını yargı yoluyla arayabilmeleri amacıyla gerekli tedbirleri ulusal mevzuatlarına yansıtmaları (md. 5) ve ayrıca şikayet nedeniyle işe son vermeye karşı işçilerin korunması için gerekli düzenlemeleri de yapmalarını öngörmüştür.

(http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo75-117.doc., erişim tarihi: 22.05.10).

1.5.3.1.2. 76/207 Sayılı İşe Giriş, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşullarında Eşit Muamele Direktifi

İşe alma, mesleki eğitime ve işte ilerlemeye erişme ve çalışma koşullarında kadın erkekler arasında işlem eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin 9 Şubat 1976 tarihli ve 76/207 sayılı direktif, "eşit işlem" ilkesini tanımlarken, "işe alma" aşamasını da kapsayan ayrımcılık yasağıyla doğrudan ve açıkça bir bağlantı kurmuştur (<http://www.ksgm.gov.tr/Pdf/direktifler/2-76-207.doc>, erişim tarihi: 22.05.10). Özellikle cinsiyetler arası eşitliği konu alan direktif, muamele eşitliğini öngörmektedir (md. 2/1). Muamele eşitliği kavramı özellikle medeni duruma ya da aile durumuna göre doğrudan veya dolaylı olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaması anlamına gelmektedir. Direktif ayrıca, cinsiyete dayalı ayrımcılık nedeniyle işe alınmayan kişiye, işverenden işe alınmak için yaptığı bütün zararlarının ve eğer başka bir işi reddetmişse bundan doğan zararının da tazminini isteme hakkı vermektedir (md. 7/1). Buna "güven zararının tazmini" denilmektedir. Direktifte engelli çalışanlarla da ilgili maddeler bulunmaktadır. Direktife göre işverenler, engellilere muamele eşitliği

prensibine uyum bakımından engelli kişinin işe girişi, katılımı, işte ilerlemesi ve eğitim görmesini sağlamak üzere, kendileri için makul olmayan bir külfet getirmedikçe gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler (Gülmez, 2009:412).

1.5.3.1.3. 99/70 Sayılı Belirli Sürede Çalışma Direktifi

28 Haziran 1999 tarihli ve 99/70 sayılı belirli sürede çalışma direktifi, ayırım gözetmeme ilkesinin uygulamasını güvenceye alarak belirli süreli çalışmanın niteliğini iyileştirme istencini ortaya koymaktadır. Tüm üye devletleri kapsayan anlaşmada, belirli süreli sözleşmesi olan işçiler ile belirsiz süreli sözleşmesi olan işçiler arasında ayırım gözetilmemesi öngörülmüştür (md.3). Anlaşmanın ilk hedefi, ayırım gözetmeme ilkesine saygı gösterilmesini sağlayarak belirsiz süreli çalışmanın niteliğinin iyileştirmektir. İkinci hedefi ise, birbirini izleyen belirli süreli sözleşme yada iş ilişkilerinden kaynaklanan kötüye kullanmalarını önleyecek bir çerçeve oluşturmaktır. (<http://ab.calisma.gov.tr/web/%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar%C4%B1m%C4%B1z/MevzuatUyumu/BireyselveToplu%C4%B0%C5%9FHukuku/tabid/66/Default.aspx>, erişim tarihi:22.05.10).

1.5.3.1.4. 2000/43 Sayılı Ayrımcılıkla Mücadele Direktifi

Kişiler arasında ırk yada etnik köken ayırımı gözetmeksizin işlem eşitliği ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin 2000/43 sayılı direktif, 29 Haziran 2000 tarihinde kabul edilmiştir. Ülkelerde eşit muamele prensibini yürürlüğe koymak olan direktifte, “işlem eşitliği”, “eşit muamele”, “doğrudan ve dolaylı ayrımcılık”, “emirle ayrımcılık uygulatma”¹, “taciz”², tanımları yapılmakta ve tacizin ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak tanımlanabileceği belirtilmektedir.

Muamele eşitliği prensibinin ihlal edilmediğini ispatlama yükümlülüğünün, hakkında dava açılan kişide olduğunu belirten direktifin, kamu ve özel sektörde çalışan herkese

¹ Emirle ayrımcılık uygulatma; herhangi bir kişiye,ırk yada etnik köken nedenleriyle kişilere karşı (yasaklanmış) bir ayrımcılık uygulaması için emir (talimat) verilmesi biçimindeki her davranışı, işlem eşitliği anlamında ayrımcılık saymıştır (m.2/4). Emir vererek ayrımcılık uygulatma biçimindeki ayrımcılık türüne doğrudan yada dolaylı olarak rastlanabilir. Ama uygulamada en sık rastlanma olasılığının, “dolaylı” yada “gizli, örtük” ayrımcılık biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

² Direktif, taciz kavramını ayrıca tanımlamıştır. Böylece tacizde ayrımcılık kavramının kapsamına alınmıştır. 2000/43 sayılı direktife göre, ırk yada etnik kökene bağlı istenmeyen bir tutum kendini gösterdiğinde taciz bir ayrımcılık biçimidir. Bir kişinin onuruna zarar verme ve onu yıldırma, ona karşı düşmanca aşağılayıcı, küçük düşürücü yada saldırgan bir çevre yaratma amacı taşıyan yada etkisi olan bir tutumdur (md.3).

uygulanması öngörülmektedir (md.3). Seçim kriterleri ile işe alma şartları dahil olmak üzere, istihdama veya mesleğe girişte; mesleki eğitimden her seviyede yararlanmada; işten çıkarma ve ücretler de dahil olmak üzere istihdam ve çalışma koşullarında ve mesleki örgütlere katılımı ayırmacılığı yasaklayan 2000/43 Sayılı Direktif, üye ülkelerin eşit muamele ilkesinin tüm bireylere uygulanmasını sağlamak amacıyla bir ya da daha fazla organ tayin etmelerini de hükme bağlar (md.13). Söz konusu organlara; ayırmacılık şikayetlerinde yardım sağlama, ayırmacılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yapma ve ayırmacılığa dair her türlü konuda bağımsız raporlar hazırlama ve tavsiyelerde bulunma yetkileri verilmesi gerektiği belirtilen direktifte, üye ülkelerden hükümlerin ihlali durumunda (md.15) etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar uygulamaları da istenmektedir.

(http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolalar/tablo2000-43.doc, erişim tarihi:22.05.10).

1.5.3.1.5. 2000/78 Sayılı istihdam ve Meslekte Eşit Muamele Direktifi

27 Kasım 2000 tarihinde kabul edilen direktif, istihdam ve çalışma alanında işlem eşitliği yararına genel bir çerçeve oluşturulmasına ilişkindir. İstihdam ve meslek bakımından, din yada inanç, engellilik, yaş yada cinsel yönelime dayalı ayırmacılıkla mücadele etmede genel çerçeveyi belirleyen direktif, üye ülkelerde eşit muamele prensibini uygulamaya koymayı amaçlamaktadır (md.1). Kısacası, emek piyasası ile sınırlı bir koruma söz konusudur. Tüm üye ülkelerden direktife uygun yasal çerçeveyi 5 yıl içinde oluşturmaları istenmektedir. AB Komisyonu, direktifte ayırmacılık yapılamayacak alanların tek tek hepsinin adının açıkça sayılmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır (Ünver ve Bardak, 2003:13). Direktif engelli kişiler için makul düzenlemelerin yapılması gereğine işaret etmektedir. Bunun nedeni, işlem eşitliği ilkesine engelli kişiler için saygı gösterilmesini güvenceye almaktır. Çalıştırılacağı iş için gerekli nitelikleri taşıyan engelli bir kişinin, engelinden bağımsız olarak, işe alınması, işte ilerlemesi, bu amaçla gerekli mesleksi eğitimden yararlanmasını sağlayıcı “makul” düzenlemelerin gerçekleştirilmesi, işverenin yükümlülükleri arasındadır (md.5). Direktifin 6. maddesi istihdamda yaş ayırmacılığının önlenmesine yönelik olup, yaşlıların işe girişini kolaylaştıracak uygulamaların ayırmacılık sayılmayacağı söylemektedir. Yaşa dayalı ayırmacılıkların yasaklanmasının, istihdam

ve istihdamda çeşitliliği özendirme konusundaki yönlendirici ilkelere erişmek için temel bir öge oluşturduğunu belirtmiştir.

(http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-78.doc, erişim tarihi: 22.05.2010).

Bununla birlikte, yaşa bağlı işlem farklılıkları kimi koşullarda haklı gösterilebilir ve üye devletlerin durumuna göre değişebilen özgül kurallar gerektirebilir (Gülmez, 2009: 414).

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ ve AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık yasağı ile genel eşitlik ve onun çalışma hukuku alanında özgülünmüş anlatımı olan eşit davranma ilkesi, aralarından su sızdırmaz duvarlar bulunan ilkeler değildir. Bu ilkeler, özünde aynı ve tek ilkenin olumlu ve olumsuz iki yüzünü anlatan ilkelerdir.

Bu yaklaşımın sonucu olarak ve bölünmezliği vurgulamak üzere Gülmez, “ayrımcılık yasaklı eşitlik” olarak bu ilkeyi adlandırmıştır (Gülmez, 2009:217). “Ayrımcılık yasaklı eşitlik” ilkesi, insan hakları sözleşmelerinde hukuksal güvenceye bağlanmış ayrı bir “hak” tır. Antlaşmasal/anayasal nitelikli kurucu belgelerden başlayarak ve “sözleşme” nitelikli olanlarla sınırlı olmaksızın, bildirge, tavsiye yada karar nitelikli olanları da kapsamak üzere başlıca insan hakları belgelerindeki “genel” ve “özümlü” kuralların ışığında Türkiye açısından, sözleşmelerin çoğunun onaylanmış olması nedeniyle ulusalüstü bir nitelik taşımaktadır. Evrensel ve bölgesel ölçekli bu çerçeve, Avrupa Birliği açısından gözardı edilmeyecek kurallar bütünü oluşturur. AB hukuk düzeni içinde yer alan ve genel olarak insan hakları alanında göz önünde bulundurulması gereken ayrımcılık yasaklı eşit işlem ilkesi AB kurumlarını ve gerekse üye devletleri bağlayan kaynaklarda yasaklanmıştır. AB hukukunda çalışma ilişkilerinde ayrımcı davranışlar yasaklanırken, aynı zamanda istihdam edilmede, çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde eşitliğin sağlanmasına yönelik çok kapsamlı düzenlemeler söz konusudur. Ayrımcılığın yasaklanması sorunu, AB’ nin genişleme sürecine koşut olarak, Aralık 1999’daki Helsinki Doruk’unda¹ alınan “Türkiye’nin bir aday devlet” olduğu kararından beri

¹ Türkiye, Aralık 1999’da Helsinki’de yapılan AB Doruk toplantısında, diğer adaylarla eşit bir konumda Avrupa Birliği’ne aday ülke olarak kabul edilmiştir. AB Komisyonu, diğer aday ülkelerinki gibi, ülkemiz için de hazırladığı "Katılım Ortaklığı Belgesi", adaylık sürecinde ülkemizin AB müktesebatına uyum sağlamak amacıyla her alanda neler yapılması gerektiğini, orta ve kısa vadeli hedefler olarak belirleyen bir strateji ortaya koymaktadır. Katılım Ortaklığı Belgesi’nde Türk halkının, her alandaki gereksinimlerini karşılamayı ve yaşam standartlarını yükseltmeyi hedefleyen Hükümetimiz, bu amaçla siyasal, ekonomik ve sosyal alanda başlatılan kapsamlı reform çalışmalarının sürdürecektir. Türkiye, insan hakları alanında uluslararası antlaşmalar çerçevesinde belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmektedir. İnsan hakları alanında ülkeler için önemli olan husus, ülkelerin kendi vatandaşları arasında ayırım yapmama ilkesidir. Türkiye’de vatandaşların temel hak ve özgürlükleri Anayasa ve yasalar ile güvence altına alınmıştır (http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kob2000_02.html, 22.05.10).

ülkemiz açısından önemli bir boyut kazanmıştır(http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kob2000_02.html, erişim tarihi:08.03.10).

Çalışma hukukumuzda ayrımcılığın yasaklanması sorununu, daha doğru bir anlatımla “ayrımcılık yasaklı eşitlik ve eşit işlem ilkesi”ni, çalışma yaşam ve ilişkileriyle ilgili anayasal ve yasal kurallarla sınırlı olarak inceleyeceğiz.

2.1. Türk Anayasaların da Yasa Önünde Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

Genel olarak yasa önünde eşitlik ilkesini güvence altına alan ve 1961 Anayasa’sından başarak “ayrımcılık yasaklı” boyutunu da kapsayan bir yaklaşımı benimseyen anayasal düzenlemelerin bu alandaki kurallarını kısaca incelemek faydalı olacaktır.

2.1.1. Kanun-i Esasi (1876 Anayasası)

Kanun-i Esasi¹, “Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin Hukuku Umumiyesi” başlığı altında Osmanlı tebaasının temel hak ve özgürlüklerini düzenlemiştir.

17. maddesinde “ahval-i diniye ve mezhebiyeden maada” bütün Osmanlıların “huzuru kanunda (kanun önünde)” haklar ve ödevler bakımından eşit olduğunu öngörmektedir (Gözler, 2000:23). Tüm Osmanlı uyruklarının *Devlet Memurluğuna Girişte eşitliğe*

ilişkin 19. maddede “umum tebaanın ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip memuriyetlere” girme hakları kabul edilmiştir (Gözler, 2000:24).

2.1.2. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (1921 Anayasası)

20 Ocak 1921’de, TBMM tarafından kabul edilen ilk Anayasa Teşkilatı Esasiye Kanunu’dur². TBMM'nin dokuz aylık çalışmasından ve uzun görüşmelerden sonra kabul edilmiştir. Bu Anayasa, 23 asıl, bir de ayrı madde halinde iki kısım olarak düzenlenmiş olup genel esasları kapsamaktadır. 20 Ocak 1921 Anayasası bir geçiş

¹ Kanuni Esasi'nin hazırlık çalışmalarına II. Abdülhamid'in izniyle, 7 Ekim 1876’da başlanmıştır. Kanuni Esasi taslağını hazırlamak üzere, Midhat Paşa başkanlığında 28 kişiden oluşan bir komisyon oluşturulmuş ve komisyonun aldığı ilk kararlardan biri, Mebuslar Meclisi ile Ayan Meclisi'nden oluşacak bir "Meclis-i Umumi" kurulması olmuştur. Bu komisyonun çalışmaları sonucu oluşturulan metin, 23 Aralık 1876'da ilan edildi. Tarihimizin ilk yazılı anayasası Kanuni Esasi dir (http://www.turkcebilgi.com/kanun-i_esasi/ansiklopedi, 22.05.2010).

² 20 Ocak 1921 tarih ve 85 sayılı kanunla Teşkilat-i Esasiye Kanunu kabul edilmiştir.

dönemi anayasası olarak, Milli Mücadelenin çok dinamik olağanüstü şartlarına uymakta ve demokratik niteliğinin yanı sıra ihtilalci karakterini de korumaktaydı. Temel haklardan hiç söz etmeyen bu anayasa, Türk Anayasaları içinde en yumuşak anayasadır (<http://anayasa.gen.tr/tek-1921.htm>, erişim tarihi: 22.05.2010).

2.1.3. 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nın¹ "Türklerin Hukuku Ammesi" başlıklı beşinci bölümünde yer alan 69. maddesinde "Türkler kanûn nâzârında müsâvî ve bilâistisnâ kanûna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyâzları mülgâ ve memnûdur." denilerek hukuk önünde eşitlik ilkesine yer vermiştir. Eşitlik ilkesinin olumsuz yönüne (ayrımcılık yasağına) yer vermeksizin düzenlenen 1924 Anayasası, "yurttaşlık temeline dayalı ayırım" gözetmiştir. Çünkü Anayasa'da hak ve hürriyetlerin öznesi olarak "*Türkler*" gösterilmiş olup, 88nci maddede Türk "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla (Türk) itlak olunur*" şeklinde tanımlanmıştır. Yani Türklük ne dini, ne de ırki bir anlam ifade etmeyip, coğrafi ve siyasi (Türkiye ahalisi ve Vatandaşlık bağı) bir içeriğe sahiptir (Anayurt, 2003:246). 1924 Anayasası'nda Türk vatandaşı olmayan kişiler için hukuk önünde eşitlik güvencesi söz konusu değildir.

1924 Anayasası, 1876 Anayasası'ndan farklı olarak, zümre, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıklarının kaldırıldığı ve yasaklandığı belirtilmiştir (Gülmez:542). Eşitlik ilkesinin doğal gereği olan ayrımcılık yasağı, 1961 Anayasası ve ardından 1982 Anayasasında yer almayı sürdürmüştür.

2.1.4. 1961 Anayasası

1961 Anayasası², "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmın "genel hükümler" başlıklı birinci bölümünde yer alan "eşitlik" başlıklı 12. maddesinde " Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

¹ 20 Nisan 1924 tarih ve 491 sayılı Kanunla, 1924 Anayasası kabul edilmiştir.

² 9 Temmuz 1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 27 Mayıs 1961 tarihinde Kurucu Meclisçe kabul edilmiş, halkoyuna sunulmak üzere 31 Mayıs 1961 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış, 9 Temmuz 1961 günü yapılan halkoylaması ile % 61.7 oranında "evet" oyu ile kabul edilmiş ve 20 Temmuz 1961 tarih ve 10859 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

“Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmü yer almaktadır.

1961 Anayasası bu hükmüyle, yasa önünde eşitlik ilkesini ilk kez olumlu ve olumsuz yönlerini birlikte tanımlayarak eşitliğin kişiler yönünden uygulama alanını yurttaşlık bağıyla sınırlı tutmamış, bu güvenceden yararlanacak hak öznelerini, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan herkes” biçiminde tanımladığı “Türk”lere özgülememiştir.

1961 Anayasası “ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesini güvence altına alırken, 1924 Anayasasına oranla ayrımcılık nedenlerini görece genişletmiştir.

1961 Anayasası, madde 12/1’ de öngördüğü “ayrımcılık yasağı ve yükümlülüğünü açıkça belirtmemiştir. Ancak, 8/2 göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan, üç anayasal erkin yanı sıra, tüm yönetsel yetkiler ve kişiler 12. madde ile bağlıdırlar (İnceoğlu:48). Ayrımcılık yasaklı yasa önünde eşitlik ilkesi, genel ilke olarak işçi-işveren ilişkileri bağlamında da geçerlidir. Anayasa kuralı olarak, özel işverenleri de bağlar.

2.1.5. 1982 ANAYASASI

1982 Anayasası’nda¹, yasa önünde eşitlik ilkesinin yeri açısından önemli bir düzenlemeye gidilmiştir. 1961 Anayasası’nda Temel Hak ve Ödevler kısmında yer alan eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası’nda Birinci kısımda Genel Esaslar başlığı altında yer almıştır. Bu çerçevede eşitlik ilkesinin genel esaslar içinde yer alması ile devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek mümkündür (Kaya, 2009:130). Bu şu anlama gelmektedir ki, eşitlik ilkesi de, cumhuriyetçilik ilkesi, laiklik ilkesi, Atatürk milliyetçiliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesi gibi anayasal sistemin temel yapısını belirleyen ilkelerden biridir (Gözler, 2000:180). Bu bağlamda yasa önünde eşitlik ilkesi, “Anayasanın tümüne ve devlete egemen ilke” niteliği kazanmıştır (Yüzbaşıoğlu, 2001:114).

¹ 1982 Anayasası , Kurucu Meclis tarafından 18.10.1982’de Halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmi gazete’de yayımlanmış; 7.11.1982’de Halkoylamasına sunulduktan sonra 9.11.1982 tarihli ve 17863 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yeniden yayımlanmıştır.

1982 Anayasası, ayrımcılık yasağını içeren “olumsuz boyutunu” da kapsayan bir yaklaşımla 10. maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesi güvenceye almıştır. 10. maddeye göre;

“Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle arım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

1982 Anayasası'nın 10. maddesinin 1. ve 3. fıkraları, yasa önünde eşitlik ilkesi benzer içerikle 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde de düzenlenmiş. Bu konuda iki Anayasa arasındaki bir fark “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde yer almamasıdır. 1982 Anayasası hem “renk” temeline dayalı ayrımcılığa karşı da güvence sağlamış hem de, ayrımcılık nedenlerinin örnek olarak sayıldığını gösteren “ve benzeri sebepler” eklemesini yapmıştır. Nedenlerin sonuna “ve benzeri sebepler” sözcükleri eklenmiş olduğu için, arım gözetmeksizin yasa önünde eşitlik güvencesi, örneğin yaş, engel, ulusal yada etnik köken, cinsel yönelim gibi 1. fıkrada sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsar.

Konumuz itibarıyla 1982 Anayasasının 10. maddesinin 1. fıkrası iki konuya dikkat çekmektedir. Öyleki, 1. fıkrada hem genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesi yer almakta hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak arım yapılmamasını özel olarak belirtmektedir. 1. fıkrada eşitlik ilkesine arım gözetme yasağıyla birlikte yer verilmiştir. Bu nedenle 1. fıkradaki yükümlülüğü salt “eşitlik yükümlülüğü” olarak değil, “ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü olarak tanımlamak daha doğru olacaktır (Gülmez, 2009:548). Buradan da anlaşılacağı üzere, eşitlik, örtük olarak ayrımcılık yasağını içeren üstün bir ilkedir. Ayrımcılık yasağını keyfi ayrımlarla ilgili olarak anlamamak gerekir. Örneğin, sosyal güvenlik ve sigortalar gibi sosyal hakların aynı anda herkese tanınmaması ya da bazılarının bundan yararlanamaması, keyfi

ayrımcılık oluşturmayacaktır. Birtakım fiili eşitsizlikleri dengelemek yada gidermek için getirilen ayrımlar ve farklı gruplara farklı statülerin uygulanması da eşitliğe aykırı ve keyfi ayrımcılık sayılmayacaktır. Bazı ülkelerde kadınlara seçilme kotalarının tanınması ve asgari oranların güvenceye alınması klasik eşitlik anlayışına muhalif gibi görünse de, aslında fiili eşitsizliği gidermeye yönelik bir pozitif ayrımcılık örneğidir. Bu türden farklılıklar eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını bozmaz (Tanör/Yüzbaşıoğlu, 2001:114).

Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde 10. madde 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasada değişikliğe gidilmiş ve AY. md.10'nun 2. fıkrasındaki kadın ve erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm anayasaya girmiştir. Bu hüküm 1. fıkranın güvencesinde olan "cinsiyet" nedeniyle ayırım gözetmeksizin herkesin (kadınların ve erkeklerin) yasa önünde eşitliğini, haklardan eşit olarak yararlanma biçiminde somutlaştırarak tekrarlayıp, güçlendirmiştir. 2. fıkranın getirdiği yenilik, kadınların ve erkeklerin "haklar yönünden eşitliği"ni yaşama geçirmenin devlete düşen görev anayasal bir yükümlülük olduğunu açıkça öngörmesidir. Buna göre devletin yükümlülüğü, haklar yönünden cinsiyet temeline dayalı ayrımcı kural ve uygulamaları ortadan kaldırması, somut edimde bulunarak söz konusu eşitliği soyut bir kavram olmaktan çıkartmaktır.

Konumuz itibariyle 30 Mart 2010 tarihinde Ak Parti Grup Başkanvekili Bekir Bozdağ tarafından TBMM Başkanı Mehmet Ali Şahin'e sunulan "Anayasa Değişikliği Teklifi"¹ ne değinmek yerinde olacaktır. Anayasa değişikliği teklifi, üçü geçici olmak üzere 29 maddeden oluşmaktadır. Teklifte, Anayasa'nın 10, 20, 23, 41, 51, 53, 54, 69, 74, 84, 94, 125, 128, 129, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 156, 159. ve 166. maddelerinde değişiklik öngörülüyor. Teklifte, geçici 15. madde yürürlükten kaldırılması da yer alıyor.

Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde öngörülen değişikliğe göre; 10. maddenin, "kadınlar ve erkekler eşit hakları sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür" şeklindeki 2. fıkrasına, "Bu maksatla

¹ Anayasa değişiklik teklifinin maddeleri, TBMM Genel Kurulu'nda 330 ile 367 oy aralığında kabul edilmişti. Türkiye'de Yüksek Seçim Kurulu Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından onaylanan anayasa değişikliği paketinin 12 Eylül 2010'da halk oyuna sunulmasını kararlaştırdı (http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2010/05/100513_turkey_referandum.shtml, erişim tarihi: 22.05.10).

alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar ve engelliler, gibi özel süratle korunması gerekenler için alınacak tedbirler, eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz" hükümleri ekleniyor (<http://www.trt.com.tr/haber/HaberDetay.aspx?HaberKodu=4d15f246-5a2f-4367-be8d-fe02172a046a>, erişim tarihi: 22.05.10). Eklenecek bu hükümle kadınlar, yaşlılar, çocuklar ve özürllülere yönelik pozitif ayrımcılık yapılabilecektir.

Eşitliği gerçekleştirmenin önündeki bir diğer engel de, kimi kişilere, sınıflara yada kümelere tanınmakta olan yada tanınacak olan ayrıcalıklardır. 10. maddenin 3. fıkrası bunu yasaklayan kuralı içermektedir. Ayrımcılık yasağı gibi eşitlik ilkesinin bir parçası olan ayrımcılık yasağı, 1924'ten beri anayasal bir kuraldır. Bu nedenle işverenin işçiyi, anayasada düzenlenen düşünce, inanç, din, toplantı ve gösteri yürüyüşü, yargı organları önünde hak arama gibi özgürlüklerini ya da siyasi haklarını kullanması nedeniyle işten çıkarması yahut farklı bir işleme tabi tutması işvereni sorumlu kılmaktadır (Süzek, 1976:146).

10. maddenin son fıkrasında, devletin "ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi" karşısındaki konumu düzenlenmiştir. Buna göre, ilkenin temel yükümlüsü olan devletin, her düzey ve nitelikteki tüm organ ve görevlileriyle yasa önünde eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. Devlet organları ve idare makamları için öngörülen bu yükümlülük, ilkenin ayırım gözetmeme boyutunu da kapsamaktadır. Bu yükümlülükler, yasamayı, yürütmeyi ve yargıyı da kapsar. Yasama anayasal ve yasal düzenlemeler yaparken, yürütme ve yönetim yasaları uygularken ve bu amaçla değişik düzey ve niteliklerde düzenlemeler yaparken ve uygulamalara girişirken, yargı da kararları oluştururken hukuk önünde eşitlik ilkesine bağlıdır. Yasa yapıcıların, yasa uygulayıcıların ve yasa yorumlayıcıların, 10. maddenin tüm kurallarına uygun davranması anayasal bir buyruktur (Gülmez, 2009:552).

Anayasa eşitlik ilkesini salt kamu kurumu olarak görmemekte, özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli bir temel ilke olarak benimsemektedir. Gerçekten AY.'ya göre; AY. hükümleri tüm kurum ve kuruluşlar ve idare yanında tüm kişileri bağlayıcı niteliktedir (AY. md.11). Bu temel ilke, iş hukuku alanında iş yasalarındaki düzenlemelerle veya kabul gören temel ilke olan eşit işlem yapma ilkesi olarak

işverenin hareket alanını sınırlayan veya biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır (Ulucan, 2000:192).

1982 Anayasası'nın 50. maddesi yaşı, cinsiyeti ve gücü nedeniyle "özel olarak korunması" gerektiğini düşündüğü kimi kişi ve kesimler için; "çalışma şartlarını ve dinlenme hakkı"nı düzenleyen ayrımcılık yasağıyla dolaylı ilgisi bulunan kurallara yer vermiştir.

"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz."

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Dinlenmek çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir."

50. maddenin 2. fıkrasındaki kuralla; küçükler, kadınlar ve engelliler için, çalışma koşullarının, "özel" olarak korunmaları amacıyla düzenlenmesi sebebiyle bu kesimlere ilişkin bu nitelikteki kurallar ayrımcı sayılmayacaktır. Anayasanın öngördüğü "özel olarak koruma"nın anlamı, bu üç kesim için "pozitif ayrımcılık" yapılmasının bir anayasal buyruk niteliği taşımasıdır (Gülmez, 2009:555). 50. ve 10. madde aynı konuyu düzenlemekte ancak 50. madde 10. maddeye göre daha dar bir alanda bu işlevi görmektedir. Yani değiştirilmesi talep edilen 10. madde genel anlamda pozitif ayrımcılığı, 50. madde ise çalışma yaşamında pozitif ayrımcılığı düzenlemektedir.

Çalışma hayatında pozitif ayrımcılıkla ilgili dava örneğini incelemek yerinde olacaktır. Anayasa Mahkemesi tarafından 9.06.2008 tarihinde karara bağlanan davanın itiraz konusu, 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesidir. Bu maddeye göre, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmektedir. Evlenme nedeniyle iş akdini feshederek işten ayrılan kadın işçinin kıdem tazminatı istemiyle açtığı davada, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan İzmir 6. İş Mahkemesi Anayasa'nın 10. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Esasın incelenmesinde itiraz konusu kuralda, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddeleri incelenmiştir. Buna göre;

Anayasa'nın 10. maddesinde "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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilerek hukukun temel ilkelerinden eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilirden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu ve Devletin ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alacağı vurgulanırken, 50. maddesinde de "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. ..." kuralıyla kadınların çalışma koşulları bakımından küçüklerle birlikte özel olarak korunacağı belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddelerine aykırı değildir hükmüne varılarak iptal isteminin reddine karar verilmiştir.

İki karşıoy alan bu kararın karşıoy gerekçesine baktığımızda ise, Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilerek hukuksal eşitlik tanımlandıktan sonra 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrada,

kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir.

Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.

Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. (Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 günlü ve E: 1990/30, K: 1990/31).

Bu bağlamda değerlendirecek olursak, çalışma yaşamında pozitif ayrımcılık uygulamaları toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasa da yer almaktadır. 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında, bu Kanun'a tabi kadın işçiye, evlendiği

tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş akdini sona erdirmesi halinde işverence kıdem tazminatı ödenmesi öngörmüştür. Erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

1982 Anayasası'nın 70. maddesinde güvenceye bağlanan “kamu hizmetlerine girme hakkı”, Anayasa da ayırım gözetme yasağının özel olarak öngörüldüğü bir başka haktır. 10. maddede belirtilen yasağa karşın 70. maddede belirtilen nedenlere dayalı ayrımcılık yapılmasına “istisna” olarak yer verilmiştir. Anılan istisna hükmü şöyledir:

“Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”

Anayasa, 66. maddenin “ Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes biçiminde tanımladığı “Türk vatandaşları” nın kamu hizmetlerine alınmasında, yalnızca “görevin gerektirdiği niteliklere” dayanan ayrımcılıklara olanak tanınmıştır. Öğrenim düzeyi, öğrenimin niteliği, yaş, engel, vb nedenler “görevin gerektirdiği nedenler” olarak değerlendirilip 10. madde anlamında ayrımcı sayılmayan düzenlemeler yapılabilecektir. Farklı statülerde (memur, işçi, sözleşmeli) hizmete alınacak herkes için kamu hizmetlerine girme hakkı konusundaki ayrımcılık yasağı geçerlidir.

Kamu hizmetlerine girme hakkı bağlamında sözü edilen “görevin gerektirdiği nitelikler”, yalnızca kamu hizmetlerinde değil, İş Yasası anlamında iş ilişkilerinde de ayrımcılık yasağına aykırı sayılmayan düzenlemeler için haklı neden sayılabilir (Gülmez, 2009:556).

2.2.Türk Çalışma Yasalarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

2.2.1.İş Yasası ve Ayrımcılık Yasaklı Eşit Davranma İlkesi

İş ve sosyal güvenlik hukukunda “eşit işlem”, “işlem eşitliği”, “eşit davranma ilkesi”, “eşit işlem yapma borcu” gibi değişik terimlerle tanımlanan ayrımcılık yasaklı eşit davranma ilkesi, kamu hukukundaki genel eşitlik ilkesinin yada anayasalarda “kanun önünde eşitlik” olarak yer alan ilkenin bu alana uyarlanmış, anlamı ve içeriği bu hukuk dalına özgülenmiş biçimidir (Gülmez, 2009:584). Günümüzde, İş Hukuku'nda eşit

davranma ilkesi olarak kabul edilen bir anlamda özel hukuk ilişkisi içinde işverenden eşit muamele görme anlayışı öngören bu ilke, genel adalet arayışından farklı bir şey değildir. Kaynağı ister kamu hukuku ister özel hukuk olsun bireylere eşit davranılması ihtiyacı, herhangi bir toplulukta belli bir güce tabi olan zayıf durumdaki kişilere eşit işlem yapılması yolundaki duyulan ihtiyaçtır. Bununda kaynağı adalet duygusudur (Tuncay, 1982:33). Bu nedenle burada adalet arayışı, ekonomik gücü elinde bulunduran kişiye kendilerine hukuken tabii bağımlı olan kişilere karşı hukuki ilişkinin özünden doğan eşit davranma borcu yüklemektedir.

Türkiye’de özel hukuka ait çalışma hayatını düzenleyen mevcut bir çok yasa vardır; Borçlar Kanunu, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu Gibi. Hatta bunlara toplu iş ilişkilerini düzenleyen Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmeleri, Grev ve Lokavt Kanunu’nu da ekleyebiliriz. Ancak bunlar içinde bireysel iş hukuku bakımından en kapsamlı ve en modern enstrümanlarla donatılmış olan yasal çerçeve 22 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen 4857 nolu İş Kanunu¹’dur. Kanunun işverenler ile işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenleyen “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan 5. maddesine göre:

“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 oluşturulması, uygulanması 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 kararlaştırılamaz.

¹ Türkiye, onaylamış olduğu ILO Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Sözleşmesi ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne uygun iç hukuk düzenlemesi yapma yükümlülüğünü 10 Haziran 2003 tarihten yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu ile yerine getirmiştir.

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

İşte yukarıda sözünü ettiğimiz eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ilkesi 4857 sy. İşK.’nun 5. maddesinin 1. fıkrasında açık ve doğrudan ayırım yapılamayacağına ilişkin bir madde olarak yerini almıştır. Bu madde kanunda sayılan nedenlere dayanılarak işçiler arasında ayırım yapılamayacağı hükmünü getirmiştir. İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Sayılan yedi somut nedenin ardından gelen “ve benzeri sebepler”, ayrımcılık yasağının nedenler yönünden sınırlı sayı ilkelerine tabi bulunmadığı, yasada sayılmamakla birlikte sayılanlara benzer kapsamının genişletilmesine, yeni ayrımcılık biçim ve türlerine temel oluşturabilecek nedenlerin de göz önüne alınmasına olanak vermektedir. Örneğin fıkra da açıkça sayılmayan “yaş, yurttaşlık, engel, cinsel yönelim” gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar da, işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü kapsamındadır (Gülmez, 2009:592).

Ayrımcılık yasağının hukuksal çerçevesini belirleyen 1. fıkra, anayasal eşitlik ilkesini iş hukuku alanına taşıyıp, bunu “iş ilişkisi” ile sınırlandırmıştır. İş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık yapılmayacağı açık olsa da işe alımlarda, sözleşme görüşmeleri sırasında ayrımcılık yasağı biraz tereddütlü ve tartışılabilir bir görünüm taşımaktadır. Öyle ki İş ilişkisinin yalnız ve ancak “sözleşme ile kurulacağına dayanan görüşler, bu aşamada ayrımcılığın yaptırımını bulunmadığı yönündedir. Fakat bizce de bu eğilim, genel olarak 5. maddenin amacı ve 1. fıkranın özüyle bağdaşmamaktadır. Tüm fıkralarıyla bir bütün oluşturan 5. maddenin güvencesindeki “eşit davranma ilkesi”, işverenler için yükümlülük içerir. Bu yükümlülük işverene “işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine eşit davranma” yükümlülüğünü içermektedir. Gülmez, buradaki “iş ilişkisi” deyimini, henüz sözleşme kurulmayıp kuruluş, müzakere aşamasını da içine alır biçiminde yorumlamaktadır.

4857 sy. İşK.’nun 5. maddesinin 2. fıkrasında işveren, “esaslı nedenler” olmadıkça, kısmi süreli ve/veya belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan işçilere karşı ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra sözü edilmeyen başka esnek istihdam biçimlerini de kapsamaktadır. Yapılacak ayırımı haklı kılacak nedenler, İşK. m5/2’de “esaslı nedenler” olarak adlandırılmıştır. Bu anlamda belirli ve kısmi süreli çalışmalar

bakımından, sözgelimi, çalışma süresinin uzunluğuna göre farklı ücret ödenmesinde çalışılan süre, “esaslı neden” oluşturabilmektedir. Bunun gibi, işin niteliğinden kaynaklanmayan ayrımlarda, belirli ve belirsiz süreli çalışanlar bakımından, ayrımcılık yasağı içine girebilecektir.

Somut bir olayda esaslı sebeplerin varlığını, uyguladığı ayrımcılığın “haklı nedenlere” dayandığını kanıtlama yükümlülüğü işverene düşer. İşverenin belirli ve belirsiz süreli işçiler ile kısmi ve tam süreli işçiler arasında farklı işlem yapabilmesi için “ayrımı haklı kılan bir neden bulmak zorundadır.

Sözleşme türü nedeniyle yapılan ayrımcılıkların ortaya çıkışında da cinsiyet nedeniyle yapılan ayrımcılık yatmakta olup, Avrupa Birliği Adalet Divanı, içtihat yoluyla geliştirdiği dolaylı ayrımcılık yasağı ile kısmi süreli sözleşmelerle çalışan kadınlar aleyhine yapılan ayrımcılıkları önlemeyi hedeflemiştir¹. Bu yolla sözleşme türünün bir ayrımcılık nedeni oluşturamayacağı esasının ilk temelleri atılmıştır (Doğan Yenisey, 2006:66).

İşK.’nin 5. maddesinin 3. fıkrasında işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu yasak, iş ilişkisi sözleşmesinin kurulmasından önceki, işe alma evresini de içermek üzere tüm aşamaları kapsamaktadır. Buna göre, biyolojik nedenlerle veya işin niteliğinden belli bir cinsiyete hasredildiği anlaşılıyorsa, burada yapılan farklı işlem olarak kabul edilmemektedir. Ancak belli bir eğilime aidiyeti nedeniyle tanınan işyerleri bakımından, işin doğası gereği ayırım gündeme gelebilir. Örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan niteliklere sahip kadınlar bulunmasına rağmen, işe alınan işçiler sadece erkekler arasından seçilmiş ise ve ayrıca koşul yok ise cinsiyete dayalı ayırım söz konusudur (Kaya, 2009:151). Buna karşın, köy camisine imam olacak kişinin Müslüman olması (Akyiğit, 2008:169) ya da kadın mayolarını erkek mankenlerin sunamaması (Demircioğlu;Centel, 2005:121) bu yasak kapsamında değildir.

¹ ATAD, C-96/80, J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 31 Mart 1981, *ATKD*, 1981, s. 911 vd.; C-170/84 , Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13 Mayıs 1986, *ATKD*, 1986, s. 1607 vd.

Kanunumuzda açıkça belirtilmeyen cinsel tercih ayrımcılığını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Zaten önceden de söylendiği gibi, İşK.'nın 5. maddesi de ayrımcılık türlerini tahdidi olarak belirlememiştir. Bu nedenle kanunun öngördüğü cinsiyet ayrımı yasağının salt iki cinse; erkek ve kadın cinsine mensubiyet esasında değerlendirilmemesi, cinsiyet değiştirme ve cinsel eğilimler bakımından da göz önüne alınması, Avrupa normlarına uygun bir uygulamanın gereğidir, denilebilir.

5. maddenin 4 ve 5. fıkralarında ise cinsiyete dayalı ayrımcılıktan bahsedilmektedir ve kadın işçileri korumayı amaçlamaktadır. 4. fıkra da “cinsiyet nedeniyle”, 5. fıkarda da “işçinin cinsiyeti nedeniyle” ifadeleri söz konusu korumanın tüm cinsleri kapsamakta olduğunu göstermektedir.

İş K. m. 5/IV, aynı veya eşit değerde bir iş için ücretin salt cinsiyet nedeniyle daha düşük kararlaştırılmamasını öngörmektedir. Bunun gibi, işçinin cinsiyeti yüzünden özel koruyucu hükümlerin uygulanması da, daha düşük bir ücretin ödenmesini haklı kılmayacaktır (İş K. m. 5/V). Burada hukukumuzda eşit işe eşit ücret ilkesinin yanı sıra eşit değerde işe eşit ücret ilkesi de hüküm bulmuştur. İşçiler arasında eşit işlem yapma borcu altında bulunan işveren, işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçiler arasında sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret uygulaması yapamaz. Ayrıca toplu iş sözleşmesine veya hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulursa, bu hüküm geçerli kabul edilemez (Günay, 2004:373). İş sözleşmesinin ve toplu iş sözleşmesinin yapılması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulacak olan eşitlik esası ile işverenin eşit işlem yapma borcunun hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m. 10) ile İş Kanunundaki eşit davranma ilkesi (m. 5) oluşturmaktadır (Çelik, 2009:173).

Farklı yeteneklere sahip olan işçiler arasında özellikle ücretler yönünden, işçilerin nitelikleri göz önünde tutularak, ayırım yapılabilir. Eşitlik sadece eşit niteliklerin varlığı halinde söz konusu olabileceğinden, eşit davranma borcu öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif niteliklerle ve çalışkanlık, beceriklilik, kabiliyet, liyakat gibi subjektif niteliklerle sınırlandırılmıştır. Bu nitelikler tüm işçilerde aynı düzeyde olmayabileceği için işçilerin ücretleri arasında buna bağlı biçimde az veya çok farklılıklar olabilir. Fakat işçilere işverence eşit ölçüde zam uygulanması halinde, işçilerin kişisel

özelliklerine bakılmaksızın eşit işlem görmeleri ve bazı işçilerin zam dışında bırakılmamaları gerekir (Çelik, 2009:177).

Eşit davranma borcu (ilkesi) ile ayrımcılık yasakları arasındaki farklılık iş hukukunda 4857 sayılı Yasadan sonra iyice belirginleşen bir katmanlaşmaya neden olmuştur. 4857 sayılı yasa ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma borcu varlığını korur iken, diğer yanda bazı ayrımcılık yasakları özel düzenlemeye kavuşmuştur.

Ayrımcılık yasağı yapısı itibariyle negatif, dar kapsamlı ve fakat hayata geçirilmesi daha kolay bir ilkedir. Esas itibarı ile ayrımcılık yasağı normları kişileri bazı özellikleri (ırk, renk, cinsiyet gibi) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaktan yahut bir takım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlardır denebilir. Bir kişi ile diğeri arasında ayırım yapılmamalıdır, denildiğinde hangi nedenlere dayalı olarak farklı tutum ve davranışın kabul edilmeyeceği de belirtilmiş olmaktadır.

Sonuç itibarı ile, normun yorumu ve uygulanmasında kullanılan metodolojinin sonuç üzerinde doğrudan etkili olacağı rahatlıkla söylenebilecektir. Bu kapsamda ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağı belirlenmesi de varılacak sonuç açısından büyük önem taşımaktadır. İş Kanunu md. 5'deki "farklı işlem yapılamaz" sözleri iki benzer durum arasındaki başkalığa işaret etmektedir. Örneğin işçinin cinsiyeti nedeniyle yahut sözleşmesinin türü nedeniyle farklı işleme tabi tutulduğu iddiası, kaçınılmaz olarak, benzer durumdaki bir başka işçiyle yapılan bir karşılaştırmayı bünyesinde barındırmaktadır. Kavram zaman içinde uygulama imkanı buldukça metodolojik sorunlar da kendi içinde değişim göstererek pratik sorunlara çözüm bulur hale gelebilecektir (Ulutaş, 2006:7).

2.2.2. Sendikalar Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

Çalışma yaşamı sadece bireysel iş ilişkilerinden oluşmaz, onu da etkileyebilen bir de toplu iş hayatı ve bunu düzenleyen kimi yasalar mevcuttur. İşte bunlardan birisi çalışma hayatında ki örgütlenmeyi düzenleyen Sendikalar Hukuku'dur. Bunun için, bu alanı hangi sektörde ve hangi işverene, hangi iş yasasına bağlı çalışıldığına bakılmaksızın, işçiler ve işverenler için düzenleyen yasa, 1983 tarih ve 2821 sy. Sendikalar Kanunu'dur.

Fakat bir de, kamu kurum ve kuruluşlarında işçi dışı bir sıfatla çalışanlar bakımından geçerli olacak şekilde düzenleyen 4688 sy. Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu bulunmaktadır.

Bizde açıklamamızı bu iki yasa bağlamında ayrı ayrı yapmanın uygun olacağını düşünüyoruz. Buna göre;

2.2.2.1. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu

Yukarıda da belirtildiği üzere tüm işçiler için geçerli olan şuan ülkemizde yürürlükte bulunan 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun¹ birinci bölümünde yer alan kuruculuk esasları işçi ve işveren sendikalarını kapsamak üzere “yurttaşlık” ve “dil” temeline dayalı ayrımcılık yapıldığı göze çarpmaktadır. Gerçekten Kanununun 5. maddesinde Sendika kurucusu olabilmek için; Türk vatandaşı, medeni hakları kullanmaya ehil ve sendikaların kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olmak; Türkçe okur-yazar olmak (...) koşulları aranmıştır. Açıkça görülüyor ki, Türk vatandaşı olma koşulu yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılığın, Türkçe okuryazar olma koşulu ise dil temeline dayalı ayrımcılığın yapıldığını göstermektedir.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun sendika kuruculuğu için aradığı “Türk Vatandaşı” olma koşuluna 2527 sayılı “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarının Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalışabilmelerine İlişkin Kanun”² ile sınırlı bir istisna getirilmiştir. Bu kanununun 7. maddesi, “ kanuna göre kendilerine izin verilenler, izin süresince, ikamet ve çalışma ile ilgili kanunların öngördüğü Türk vatandaşı olma şartından istisna edilirler”. İkamet ve çalışma olmak üzere iki alanda düzenleme yapan 2527 sayılı kanunla yurttaşlık koşulunun aranmaması öngörülmüştür. Bu kanunla yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılığın uygulanma alanını kısmen genişletmiştir.

¹ 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu 5/5/1983 tarihinde kabul edilmiş, 7/5/1983 tarih ve 18040 sayılı RG de yayınlanmıştır.

² 2527 sayılı “Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarının Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalışabilmelerine İlişkin Kanun 25/9/1981 tarihinde kabul edilmiştir. 29/9/1981 tarih ve 17473 sayılı RG de yayınlanmıştır.

Öğretide konuya dair, Gülmez, kuruculuk için zorunlu tutulan yurttaş olma koşulu ile Anayasa ve sözleşmelerde yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden biri olan dil temeline dayalı ayrımcılık oluşturan Türkçe okuryazarlık koşulunu da, hem Anayasa'nın 10. maddesine hem de uluslar arası sözleşmelere aykırı olduğunu belirtmiştir.

Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesine göndermede bulunan aynı yasanın 14. maddesi ve 34. maddesinin 2. fıkrasında da yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılık göze çarpmaktadır. 2821 sayılı kanunun 14. maddesinde "Türk vatandaşı" olma koşulu hem işçi sendikası ve konfederasyonların genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için" hem de " hem de şube seçili organlarına seçebilmek için" aranmıştır. Sendikalar Kanunu'nun 34. maddesinin 2 fıkrasında ise " işyeri sendika temsilcisi olabilmek için kurucu olabilmek hususunda 5 inci madde de belirtilen şartları haiz olmak gerekir" denilerek yurttaşlık koşulu aranmıştır.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi, işverenin, sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerden dolayı, sendika üyesi işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler arasında ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır (Kaya, 2009:137). Bu madde ayrımcı muamele yasağını düzenlemekle kalmayıp, bu ayrımcı tutuma karşı ağır bir tazminat miktarını da düzenlemiştir. Bu düzenlemenin kapsamı iş ilişkisinin açıkça belirttiği işe alma aşamasından başlayarak işten çıkartmaya kadar uzanan tüm evreleri kapsayacak biçimde düzenlenmiştir.

İşverenin işe almada üyelik temeline dayalı ayırım gözetmesini mutlak biçimde yasaklayan 31. maddenin 1. ve 2. fıkraları şu şekildedir:

"İşçilerin işe alımları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri şartına bağlı tutulamaz.

Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz."

1. fıkranın sağladığı koruma, bir sendika üye iken işe alınan bir işçinin bu sendikadan çekilerek sendikasız kalmasına ya da başka bir sendikaya üye olmasına yönelik ayrımcılıkları da kapsamaktadır. Örneğin; işverenin iş için başvuran adaylardan sadece sendika üyesi olmayanları alıp diğer adayları sırf bu yüzden işe almaması, böyledir.

İşverenin istediği bir sendikaya üye olmayanları işe almamasında da durum aynıdır (Akyiğit, 2008:430).

Kurulmuş bir iş ilişkisinin devamı sırasıyla ilgili olarak, 31. maddenin 3. fıkrasında “İşveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçileri yada ayrı sendikalara üye olan işçileri arasında işin sevk ve dağılımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapılamaz” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle daha kapsayıcı bir düzenleme getirerek sendikalı ve sendikasız işçi arasında yapılan her türlü ayırımı yasaklamaktadır. Bu düzenlemenin temelinde eşit durumdaki işçiler arasında salt sendikal nedenlerle farklı davranma düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte Anayasa’nın 51. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınan “sendika özgürlüğü”¹ ilkesinin korunmasına yönelik olduğu muhakkaktır (Centel, 2005:151–152).

2821 sy. SenK.’nin ilk metninde özel okul öğretmenlerinin ve güvenlik görevlilerinin sendika üyeliği vs. yasaktı ve bu yönde hükümler 625 sy. Özel Öğretim Kurumları Kanunu (md.32) ile 2495 sy. Özel Güvenlik Yasasında da vardı. Fakat daha sonra SenK.’nin ilgili hükümleri kaldırılmıştır. Ayrıca 625 sy. Yasanın yerini alan 5580 sy. ÖÖKK. İle 2495 sy. Yasanın yerine getirilen 5188 sy. ÖGHK.’da söz konusu yasaklara yer verilmemiştir. Sonuç olarak bugün için, anılan konumdakiler için sendika üyeliği vs. hususunda yasak bulunmadığından, bu noktada yapılacak ayırımın da haksız olacağını söyleyebiliriz.

Ancak sendikal nedenli ayırım yasağının bazı istisnaları da olabilir. Nitekim SenK.’nin 31. maddenin 4. fıkrasına göre, ayırım yasağının istisnası toplu iş sözleşmesi ile sendika üyesi olan işçiler lehine olmak üzere bazı hallerde söz konusu olabilecektir. “ücret, ikramiye, prim veya paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş

¹ Anayasa’nın 51. maddesinin başlığında “sendika kurma hakkı” denilerek “sendika özgürlüğü” deyimine yer verilmemekteyse de, bu hakkın aynı zamanda bir özgürlük olduğu kabul edilmektedir. Öğretide, sendika kurma ve sendikaya üye olma özgürlüğüne pozitif sendika özgürlüğü, sendikadan çıkma uzak kalma özgürlüğüne negatif sendika özgürlüğü denilmektedir (http://www.turkhukusitesi.com/makale_1029.htm, erişim tarihi: 22.05.10).

sözleşmesi hükümleri saklıdır” denilerek sendikaya üye olan yada olmayan işçiler arasında nesnel ve haklı nedenlere dayalı farklı işlem yapılması olanaklıdır. İlke olarak toplu iş sözleşmesinin sağladığı yararlar da öncelikle sendikaya üye olanların yararlanması gerektiği hususu korunmuştur.

31. maddenin 5. fıkrasına göre, “işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar” denilmektedir. Başka bir deyişle, işveren, işçilerinin hizmet sözleşmelerini feshederken, sırf sendika üyeliği daha doğrusu, bunu da içine alacak tarzda, sendikal nedene dayalı olarak; sendikal neden bakımından işçiler arasında ayrımcılık yapamaz. Üyelik dışı sendikal faaliyet, işçinin sendikaya üye olup olmama ve üye kalıp kalmama dışında sergilediği bir tutumdur. Bir işçinin herhangi bir sendikaya üye olmadan işyerinde veya başka yerde faaliyet gösteren bir sendikanın toplantılarına veya işyeri sendika temsilcisince düzenlenen pikniğe katılmasını (Akyiğit, 2008:432) üyelik dışı sendikal faaliyete örnek olarak gösterebiliriz. Bu tür sendikal faaliyeti nedeniyle bir kimsenin işe alınmasında veya iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde işverence ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

2.2.2.2. Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası ve Ayrımcılık Yasası

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası¹, üyelik, kuruculuk ve sendikal etkinlik temellerine dayalı ayrımcılık yasaklarını öngörmüştür. Yasanın öngördüğü yasaklar, sendika hakkından Anayasa'nın güvencesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanılmasını engelleyen “doğrudan” ayrımcılık oluşturan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler statü temeline dayalı doğrudan ayrımcılık yapılmasına imkan tanımıştır.

4688 sayılı yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “kamu görevlisi” tanımı şu şekildedir:

¹ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası 25/06/2001 tarihinde kabul edilmiş, 12/07/2001 tarih ve 24460 sayılı RG de yayınlanmıştır.

“Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya pozisyonda daimi suretle çalışan, adaylık ve ya deneme süresini tamamlamış kamu görevlileri.”

Tanımla aday/deneme statüsünde bulunan kamu görevlilerine kuruculuk ve üyelik yasağı getirilmiştir. Bu tanımla sendika hakkından yararlanmada aday olanlar ve olmayanlar arasında statü temeline dayalı doğrudan ayrımcılık yapılmıştır. Çünkü bağlı oldukları yönetim hukuku yönünden, kamu görevlileri arasında bu tanımdakini andıran bir ayrımcılık yapılmamıştır.

4688 sayılı Yasanın 15. maddesinde sendika üyesi olamayacakların listesi yer almaktadır. Bu Kanuna göre kurulan sendikalara üye olma ve sendika kurma hakkından yoksun olan kamu görevlilerinin listesi:

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,

b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hakimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

c) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilatlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilatlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, 100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları, belediye başkanları ve yardımcıları,

d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

e) Mülki idare amirleri,

f) Silahlı Kuvvetler mensupları,

g) Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) çalışan sivil memurlar ve kamu görevlileri,

h) Milli İstihbarat Teşkilatı mensupları,

ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,

j) Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli,

k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri.

Bu ayrımcı yasaklar, Anayasa'nın demokratik toplum gerekleri ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Onayladığımız ulusalüstü sözleşmelere de aykırılık göstermektedir.

4688 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında “ Sendika kurucusu olabilmek için en az iki yıldan beri kamu görevlisi olarak çalışmak yeterlidir.” hükmü yer almaktadır. Bu yasak kıdem temeline dayalı doğrudan ayrımcılıktır ve kamu görevlilerinin yeterli bilgi ve deneyimden yoksun oldukları varsayımına dayanmaktadır.

4688 sayılı kanununun 18. maddesi ile hem genel olarak kamu görevlilerinin hem de sendika üyesi kamu görevlilerinin kamu işverenin sendika özgürlüğüyle bağdaşmayan ayrımcı işlemlerine karşı korunmasını güvenceye alan düzenleme yapılmıştır. Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi başlıklı 18. maddenin¹ ilk üç fıkrası şöyledir:

“Kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tabi tutulamaz ve görevlerine son verilemez.

Kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez.”

¹ “Sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi” başlıklı 18. maddesinde 5198 sayılı yasayla 24/06/2004 tarihin de değişiklik yapılmıştır.

Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz.”

Kamu işverenlerinin farklı işlem yapmama ve ayrımcılık gözetmeme yükümlülüklerinin kişiler yönünden kapsamında, bir yandan sendikasız kamu görevlileri ile sendikalı kamu görevlileri, öte yandan da işyeri sendika temsilcileri ile sendika ve sendika şube yöneticileri bulunmaktadır.

1. fıkra tanınan güvence öncelikle sendika üyeleri için öngörmüş olsa da, hiçbir sendikaya üye olmayanların da sendikacılık etkinliklerine katılabileceklerini kabul etmiş ve ayrımcılık yasağı kapsamına almıştır. Bu bağlamda, ister sendikalı ister sendikasız olsun, tüm kamu görevlileri, katılacakları tüm sendikal etkinlikler nedeniyle kamu işverenin farklı işlemlerine ve görevlerine son verilmesine karşı korunmuştur. Örneğin, bir kamu görevlisinin bir sendikaya üye olması yada sendikacılık etkinliklerine katılması nedeniyle, kendisine çeşitli disiplin yaptırımlarının uygulanması ve bunların en ağırını oluşturan memurluktan çıkartılma cezası ile karşı karşıya kalması da örgütlenme özgürlüğünü zedeler ve ulusalüstü sözleşmelere aykırılık oluşturur.

Temsilci ve yöneticileri kapsayan güvence 2. fıkra da yer almaktadır. Uygulamada kamu işverence başvuru, işyeri değiştirme (sürgün) uygulaması sebebiyle 2. fıkra da ayrı olarak ele alınmıştır. İşyeri değiştirme yasağı, hem işyeri sendika temsilcilerini hem de sendika ve sendika yöneticilerini kapsamaktadır. Temsilci ve yöneticilerin işyerleri ancak “haklı neden”le değiştirilebilir.

Kamu işverenine getirilen ayırım gözetmeme yükümlülüğü “sendika üyesi olmama” nedeniyle yapılan ayrımcılıkla 3. fıkranın kapsamındadır. Bu fıkra olumsuz sendika özgürlüğüne koruma getirmektedir. Örneğin, iktidardaki siyasal partiye yada partilere yakın üst –hatta orta- düzey kamu yönetici ve yetkililerini sendikalı veya sendikasız kamu görevlilerine yönelik açık ve doğrudan yada dolaylı tehdit, telkin/yada baskıları, ayırım gözetme yasağına aykırı davranışlardır.

2.2.3. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasası ve Yurttaşlığa Dayalı Ayrımcılık

Hangi İş Yasası'na bağlı çalıştığına bakmadan tüm işçiler için toplu sözleşme, grev ve lokavt hususu 1983 tarih ve 2822 sy. Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yasada da ayrımcılıkla ilgili bazı hükümlere yer verilmiştir. Öyle ki; 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev Ve Lokavt Kanunu¹'nin 56. maddesinde, “Yüksek Hakem Kuruluna işçi ve işverenler adına seçilecek üyelere aranacak nitelikler arasında, “Türk vatandaşı olma” koşulu öngörülmüştür. Bundan dolayı, kendisine mensup işçi sayısı en yüksek olan işçi konfederasyonu ile en çok işveren mensubu olan işveren konfederasyonunun kendi adlarına ikişer üyenin “Türk vatandaşı” olması zorunludur.

(<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=1.5.2822&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>, erişim tarihi: 22.05.2010).

2822 sayılı yasanın 59. ve 65. maddelerinin çıkarılmasını öngördüğü “Hakeme Ve Arabulucuya Başvurma Tüzüğü”², resmi arabulucularda aranan niteliklerden (m.26) ilki “Türk vatandaşı olmak” tır. Örneğin, iş hukuku alanında uzmanlaşmış, Türkçe bilen yabancı uyruklu bir avukatın ya da öğretim üyesinin resmi arabulucu seçilmesine olanak bulunmamaktadır.

Gülmez'e göre, gerek Yüksek Hakem Kurulu'na en çok temsil yetkisi bulunan işçi ve işveren konfederasyonları adına seçilecek üyeler, gerekse resmi arabulucular için öngörülen yurttaşlık koşulu ulusalüstü sözleşmeler ve denetim organlarının kararlarıyla bağdaşmamaktadır. Yani burada yurttaşlık temeline dayalı ayrımcılık mevcuttur (Gülmez, 2009:654)

¹ 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu 05.05.1983 tarihinde kabul edilmiş, 07.05.1983 tarih ve 18040 sayılı RG de yayınlanmıştır.

² Hakeme ve Resmi Arabulucuya Başvurma Tüzüğü 16.06.1984 tarih ve 18433 sayılı RG de yayınlanmıştır.

2.2.4. Devlet Memurları Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

Kamu görevlilerinin önemli bir kısmı “memur” niteliğinde olup bunların iş ilişkisi 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile düzenlenmiştir. Ayrımcılıkla ilgili olarak bu yasaya bakıldığında kimi hükümlerle karşılaşılır. Gerçekten de, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası¹, genel ve kesin grev yasağı ile çalışanlar arasında statü temeline dayalı doğrudan ayrımcılık içeren kurallar içermektedir. Bu yasanın 27. maddesi devlet memurları için “grev yasağını” öngörmüştür. Grev yasağı gereğince:

“Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır.

Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekleyemez veya teşvik edemezler.”

Devlet memurlarının hem kendileri karar verip düzenleyecekleri iş bırakma eylemleri hem de başka bir çalışan kesimin uyguladığı greve katılması yada destek olmasını bu kanun yasaklamaktadır. Farklı durumlarda bulunanlara farklı kuralların uygulanmasına olanak tanımadığı için ayrımcılık yasaklı anayasal eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

657 sayılı yasanın 48. maddesinde “memurluğa alınmanın genel ve koşulları” düzenlenmektedir. İlk dört madde (Türk vatandaşı olmak, yaş şartlarını taşımak, öğrenim şartlarını taşımak, kamu haklarından mahrum bulunmamak) genel koşul olarak belirlenmiştir. Türk vatandaşı olma koşuluna bir istisna getirilmiştir². Buna göre “Bulgaristan’dan Türkiye’ ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlara da bu şartın aranmayacağı” öngörülmüştür.

657 sayılı yasanın 203. maddesinde “aile yardımı ödeneğinin ödeme usulü” yer almaktadır. 203. maddenin 2. fıkrasında cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturan madde şu şekildedir:

¹ 657 sayılı Devlet Memurları Yasası 14.7.1965 tarihinde kabul edilmiş, 23.7.1965 tarih ve 12056 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

² 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı KHK ile Bulgaristan’dan Türkiye’ ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlara da bu şartın aranmayacağı” öngörülmüştür.

“Aile yardımı ödeneği Devlet memurlarına her ay aylıklarıyla birlikte ödenir.

Karı ve kocanın her ikisi de memur iseler bu ödenek yalnız kocaya verilir.”

Yasa, eşlerin her ikisinin de memur olması durumunda, cinsiyet temeline dayalı ayrımcı bir düzenlemeyle, ödeneğin sadece kocaya verilmesini öngörmüştür.

Yasanın 204. maddesinde ise “aile yardımı ödeneğine hak kazanma” şu şekilde düzenlenmiştir:

“Memur, eş için ödenen aile yardımı ödeneğine evlendiği; çocuk için ödenen yardıma da çocuğunun doğduğu tarihi takip eden ay başından itibaren hak kazanır.”

Aile yardımı ödeneğine hak kazanma koşulu olarak “evliliği” temel almış olan yasa, uluslararası ayrımcılık hukuku açısından tartışmaya açıktır. Gülmez’e göre, evliliğin geleneksel anlamdaki tanımına uymayan bir birliktelik içinde yaşayan eşler için aile ödeneği söz konusu olmayacak; ne birlikte yaşama, ne de aynı cinsten olanların birlikteliği durumunda aile ödeneğine hak kazanılacaktır. Bu kural, İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi bağlamında değişen aile kavramı karşısında, bu sözleşmeyle bağdaşmamaktadır.

2.2.5. Kadınların Statüsü Yasası ve Ayrımcılık Yasası

5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanunun¹ amacı kadının insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak, kadınların sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yaşamdaki konumlarını güçlendirmek, hak, fırsat ve imkanlardan eşit biçimde yararlanmalarını sağlamaktır. Başbakanlığa bağlı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğünün kurulması ile teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasları 5251 sayılı kanun düzenlemektir.

5251 sayılı kanunun 3. maddesinde Genel Müdürlüğün görevleri listelenmiştir. Buna göre genel müdürlüğün görevleri şunlardır:

a) Kadına karşı her türlü ayrımcılığı önlemek, kadının insan haklarını geliştirmek, kadını ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda etkin hale getirmek ve eğitim düzeyini yükseltmek amacıyla yapılacak her türlü çalışmaya destek vermek, bu konularda

¹ 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun 27/10/2004 tarihinde kabul edilmiş, 06/11/2004 tarih ve 25635 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

stratejiler geliştirmek, plan ve programları oluşturmak ve temel politikaların belirlenmesine katkıda bulunmak,

b) Kanunları ve idari düzenlemeleri görev alanı çerçevesinde izleyerek kadınların eşit hak ve fırsatlara ulaşmasını sağlayacak çalışmalar yapmak.

c) Kadına yönelik her türlü şiddet, taciz ve istismarın önlenmesi için çalışmalarda bulunmak; kadının aile ve sosyal yaşamdan kaynaklanan sorunlarının zmne destek oluşturmak.

d) Kadınlara kanunlarla verilen hakların tam ve eşit kullanılabilmesi ve kadın-erkek eşitliğinin toplumsal kalkınma sorunu olarak algılanması amacıyla kamuoyunu bilgilendirmek.

e) Sağlık, eğitim, kültür, çalışma ve sosyal güvenlik başta olmak üzere bütün alanlarda kadınların ilerlemesini sağlayıcı ve karar mekanizmalarına katılımını artırıcı çalışmalarda bulunmak.

Yasa, genel müdürlüğün görevleri arasında, her türlü ayrımcılığın ve cinsel tacizin önlenmesi ile konularında çalışmalar yapılmasını öngörmüştür. Gülmez'e göre 5251 sayılı yasanın temel eksiklerinden biri, uluslar arası gelişmelere ve belgelere hiçbir bağlamda göndermede bulunmamış olmasıdır. Ayrıca bu yasa daha önceden de değinilen “Kadınlara Karşı Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi”nin taraf devletler için öngördüğü yükümlülükleri kapsamamaktadır (bkz:41). Yasanın bu alandaki eksikliklerine rağmen, tüm ulus üstü sözleşmelerin ayrımcılık yasağına ilişkin kurallarından doğan yükümlülükler devleti ve Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü' n hukuksal olarak bağlamaktadır. Ancak, Kadının Statüsü Genel Müdür Yardımcısı Leyla Coşkun, kadın erkek eşitliği açısından Türkiye'deki yasal düzenlemelerde bir eksiklik olmadığını dile getirmiştir (<http://www.sondakika.com/haber-kadin-erkek-esitligi-acisindan-turkiye-deki-yasal-1948874//> erişim tarihi: 30.03.2010).

2.2.6. Özürlüler Yasası ve Ayrımcılık Yasağı

Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık nedenleri arasında açıkça sayılmayan, "ve benzeri sebepler" den biri olan "engellilik" ile ilgili yasal düzenleme, 5378 sayılı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"¹ ile gerçekleştirilmiştir.

5378 sayılı kanunun 1. maddesinde kanunun amacı şu şekilde açıklanmıştır:

"Özürlülüğün önlenmesi, özürlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmaktır."

5378 sayılı kanunun 4. maddesinde, devlete özürlülerin ve özürlülüğün her türlü istismara karşı sosyal politikalar geliştirme yükümlülüğünü getirmiş ve bu politikaların da ayrımcılık yasağı temeline dayandırılmasını öngörmüştür.

Kanunun "mesleki rehabilitasyon" başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında "özürlülerin yeteneklerine göre mesleğini seçme ve bu alanda eğitim hakkı kısıtlanamaz." denilerek meslek ve seçimi hakkına yönelik ayrımcı muameleler yasaklanmaktadır. Bu madde ile, özürlülerin mesleklerini seçme ve bu alanda eğitim alma hakkı önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmaktadır. Ayrıca belediyeler tarafından da bu hizmetlerin verilmesi öngörülmüştür.

5378 sayılı kanunun 14. maddesi "istihdam" başlığı altında düzenlenmiştir. 14. maddenin 1. ve 2. fıkralarında iş ilişkisi sürecinin tüm aşamaları için engele dayalı ayrımcı uygulamalara karşı güvence sağlayan maddeler şöyledir:

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

Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz."

¹ 5378 sayılı "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" 1 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilmiş, 7 Temmuz 2005 tarih ve 25868 sayılı RG de yayınlanmıştır. Kanunun 14. maddesinde özürlü istihdamı konusu açıklanmıştır.

14. madde sadece ayrımcılık yasağını getirmekle yetinmemiş, engellilerin istihdam sürecinin tüm aşamalarına ilişkin her türlü önlemin alınmasını zorunlu hale getirmiştir. Yapılan düzenleme somut olarak, işe alınma şartlarında ve iş ilişkisinde özörlölere yönelik her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır (Ekmekçi, 2005:49). Bu maddenin 3. ve 4. fıkralarında kamusal ve özel işverenlere işyerinde fiziksel düzenlemeler yapma yükümlölüğü getirmektedir. Özörlölük durumları nedeniyle işgücü piyasalarına katılmaları konusunda zorluk bulunan özörlölerin korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanacağı ifade edilmiştir (Baybora, 2007:255). Kanunun 3. maddesinde korumalı işyeri tanımı şu şekilde yer almaktadır:

“Korumalı işyeri: normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özörlölüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklendiğı ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiğı işyeri.”

Korumalı işyerleriyle ilgili usul ve esaslar çalışma ve sosyal güvenlik bakanlığı, maliye bakanlığı ve özörlölüler idaresi başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğı 3. maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

Eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen 15. madde bir taraftan özörlölülerin eğitim hakkını güvence altına alırken, diğler taraftan, özörlölülerin özörlölü olmayanlara eşit eğitim fırsatlarından yararlanmalarını bir yükümlölük olarak ortaya koymaktadır. 15. maddenin 1. fıkrasında “hiçbir gerekçeyle özörlölülerin eğitim alması engellenemez. Özörlölü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özörlölü olmayanlara eşit eğitim imkanı sağlanır.” düzenlemesine yer verilmiştir (Kaya-Güneri,2006:666). Bu maddenin devamında işaret dili sisteminin oluşturulması ve eğitim araç-gereçlerinin sağlanması öngörölmüştür.

Özörlölüler yasası, yukarıda değinilen kuralları ve ilkeleri getirmiş ama bunlara aykırılık halinde kendisi bir yaptırım öngörmemiştir. Bu yüzden sorun tartışılabilir ama öğretilde Gülmez’ e göre, özörlölüler yasasının, istihdamda ayrımcılık ve farklı işlem yasakları için özel yaptırım öngörmemiş olması, “ve benzeri nedenler” den biri olan engellilik temeline dayalı ayrımcılıkların korumadan yoksun olduğı anlamına gelmemektedir. Öyle ki İş Yasası’nın 5. maddesinin 6. fıkrası ve Ceza Kanunu’nun 122. maddesinde

öngörülen yaptırımlar özürölüler yasaşının 14. maddesine aykırı ayrımcı uygulamalara uygulanır (bkz: 95–96).

2.2.7. Türk Ceza Yasası ve Ayrımcılık Suçları

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹ (TCK), ayrımcılık yasağı konularındaki kurallara aykırı hareketleri yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapılmıştır (Centel,2005:4). Ceza kanununda ayrımcılık yapılabilecek haller tek tek sayılarak kanunun uygulanmasında ayrımcılık açıkça hükme bağlanmıştır. Ceza Kanunu'nun 2. kitabının 2. kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122. maddesinde;

“Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürölülük, siyasî düşünce, felsefi 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,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.” hükümleri yer almaktadır. Bu madde, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi çerçevesinde bireylerin ayrımcılığa maruz kalmalarını engellemeyi amaçlamaktadır. Anayasada yer alan eşitlik prensibine aykırı keyfi davranışların bazı tezahür şekilleri 122. madde ile yaptırıma bağlanmıştır.

122. maddeye göre failin niteliği konusunda bir sınıflandırma getirilememiştir. Suçun faili ve mağduru herkes olabilir. Bu açıdan suçun mağduru, toplumda yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, özürölülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özellikleri taşıyan herhangi bir kimsedir. Örneğin kişiler arasında yaşadığı bölge,

¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 26.09.2004 tarihinde kabul edilmiş, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı RG de yayınlanmıştır.

doğduğu yer, sendikaya üye olup olmama gibi nedenlerle keyfi olarak yapılan ayrımlarda 122. madde kapsamında değerlendirilebilir (Centel,2005:12).

Ayrımcılık suçuna ilişkin her somut olayda “keyfi ayırım”, “haklı neden” ölçütleri sorgulanmalıdır. Bu kıstasların anlamı sorgulanırken “insan onuruna saygı”, “eşit saygı görme hakkı”, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçütler”, “adaletli ve eşit ölçütler” gibi bazı ek kriterlerin de göz önünde tutulması gerekmektedir (Özbudun, 2005:139).

122. maddede ayrımcılık suçu, üç bent halinde sayılan hareketlerden herhangi birinin icrası ile gerçekleşeceğinden, seçimlik karakterlidir. Failin, belirtilen nedenleri gözeterek eylemlerini gerçekleştirmesi aranacaktır. Ayrımcılık suçu, hareket suçu olduğundan, “engelleme”, “işe alınma veya alınmama”, “reddetme” hareketlerinin yapılmasıyla tamamlanır. Söz konusu maddede belirtilen seçimlik hareketlerden birincisi; “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri ile ayırım yaparak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini engellemektedir.” İkincisi “Bir hizmetin icrasının veya bu hizmetten yararlanmanın engellenmesidir.” Üçüncüsü ise “Bir kimsenin işe alınmasında veya alınmaması kararının maddede örneklendirilen hallerden birine dayandırılmasıdır. Kanun koyucu burada iki hususu bir arada düzenlemiştir. Bunlardan birincisi ayrımcılık yapılarak keyfi şekilde belirli özelliklere sahip kişinin işe alınması, ikincisi ise bu düşünceyle bir takım kimselerin işe alınmamaları durumudur. Bu her iki harekette madde kapsamında suç teşkil etmektedir. Örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir iş yerinde, aranan niteliklere sahip kadınlar bulunmasına rağmen, işe alınacak işçilerin sadece erkekler arasından seçilmesi, somut olayın durumuna göre cinsiyette dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilebilir (Yenidünya, 2006:108-110).

Ceza yasası, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan biri olan “cinsel tacizi” genel bir anlatımla cinsel amaçlı demekle yetinerek 105. maddesinde cezai yaptırıma bağlamıştır. Belirtmek gerekir ki, cinsel özgürlüğü korumak amacıyla “cinsel taciz” ve “ayrımcılık” suçları ilk kez bu yasayla ceza hukuku alanına girmiştir. 105. maddeye göre;

“Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkra göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

105. maddenin 1. fıkrasında cinsel amaçlı tacizi “basit hali” ile şikayete bağlı olan ve 2. fıkrasında ise “nitelikli hali” ile şikayete bağlı olmayan bir suç olarak yaptırıma bağlamıştır. Bazı durumlarda ise eylemin işlenmesi cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren “ağırlaştırıcı neden” olarak düzenlenmiştir. Ağırlaştırıcı nedenler; hizmet ilişkileri, ast-üst ilişkileri, eğitim ve öğretim ilişkileri gibi nüfusun kötüye kullanılmasına elverişli ortamlardan yada eylemi işleyen ile mağdurun aynı işyerinde çalışmasından kaynaklanan kolaylıklardan yararlanmadır (Gülmez, 2009:680). Geniş anlamda hizmet ilişkisinin bulunduğu tüm yerlerdeki cinsel amaçlı taciz eylemlerini bu maddenin sağladığı koruma kapsamındadır.

Ceza yasasının 118. maddesi sendika özgürlüğünü bireysel ve toplu yönleriyle güvence altına alarak iki farklı suç için şu yaptırımları öngörmüştür:

“Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

TCK'nun 118. madde olumlu ve olumsuz yönleriyle bireysel sendika özgürlüğünü, sendika yönetimine ve sendikal etkinliklere katılma hakkını cebir veya tehdit kullanan kişilere karşı güvenceye almaktadır. 2. fıkrada ise tüzel kişi olarak sendikanın eylem ve etkinliklerde bulunma özgürlüğünü korumaya yöneliktir.

2.3. Türk İş Hukukunda Ayrımcılık İddialarının İspatı ve Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Yaptırımlar

2.3.1. Türk İş Hukukunda Ayrımcılık İddialarının İspatı

4857 sayılı yasa ayrımcılık iddialarında ispat yükünü özel bir biçimde düzenlemiştir. Kural ve istisnasını belirterek ispat yükümlülüğünü düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasına göre:

“20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığı işçi ispat etmekte yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlüdür.”

Maddenin son fıkrasında yer alan ispat yükü, bu haliyle Avrupa Birliği hukukunun gereklerine ve modern iş hukuku eğilimlerine uygun bir hal almıştır (Özdemir, 2006:219).

Son fıkranın saklı tuttuğu “feshin bildirimine itiraz ve usulü” konusunu düzenleyen 20. madde iş güvencesi kapsamında olan işçiye yöneliktir. Bu madde işçinin iş sözleşmesinin neden gösterilmeksizin feshedildiği yada gösterilen nedenin geçerli olmadığı savıyla açılan davaya ilişkindir. İş güvencesi kapsamında olan iş sözleşmeleri açısından, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlüğü işverene aittir. Ancak yasaya göre işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde bu iddiasını ispatlamak zorundadır. Ayrımcı davranışı ispat etme yükümlülüğü, kural olarak işçiye düştüğü hallerde yasanın işçiden beklediği “güçlü bir biçimde” işverenin ayrımcı davranışını ortaya koymasıdır. Bu durumda işçiden istenen ayrımcılık durumunu soyut olarak ileri sürmesi değil, böyle bir olasılığın varlığını güçlü, yeterince ciddi ve olabildiğince inandırıcı bir biçimde ortaya koymasıdır (Gülmez, 2009:614). İspat yükümlülüğünün bundan sonraki aşamasında işveren, işçinin yapmış olduğu başvuru işleminin ayrımcı nitelik taşımadığını kanıtlamalıdır. Aykırılık iddiası bulunan işçi, kanıtama zorluğu çektiği durumlarda karine olarak aykırılığı gösteren bir durum ortaya koymakla kanıtama yükümlülüğünden kurtulmakta, bu defa işveren böyle bir durumun olmadığını kanıtlamak zorunda kalmaktadır (Eyrenci-Taşkent-Ulucan,

2005:146). Mollamahmutoğlu' nun örneğine göre, kadın işçinin aynı ya da eşit değerde işte çalışan erkek işçiye göre kendisine bariz bir şekilde daha az ücret ödendiğini ortaya koyması, kanunun aradığı anlamda güçlü bir olasılıktır ve aksini ispat işverene düşmektedir. Kanunumuzdaki bu hüküm isabetli olmuştur. Çünkü ayrımcılık davalarına uygulamada karşılaşıldığı sıklıkta rastlanmamasının en önemli nedenlerinden biri de ispat yükünün işçi de olmasıydı.

Maddenin uygulanmasında ki bir diğer sorun da, işten çıkarmalarda ispat yüküne ilişkin sorunların yaşanmakta olmasıdır. İş güvencesinden yararlanmayan bir işçinin sendikal nedenle sözleşmenin sona erdirildiği yönündeki iddiasında ispat yükünü Sendikalar Kanunu m. 31/7 de özel biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu, Borçlar Kanununa tabi işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İşK. m 18, 19, 20, 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerinden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davalarda ispat yükümlülüğü işverendedir (Yenisey, 2006:77). İşverenin geçerli bir nedenle sözleşmeyi feshettiği iddiası karşısında işçi feshin gerisinde yatan asıl nedenin sendikal nedene dayandığını iddia ediyorsa, işveren geçerli nedenleri 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 (Okur, 2005:762-763).

Yüksek mahkemeye göre sendika üyeliğinin işverene ne zaman bildirildiği ve yeterli araştırmalar yapılmadan sırf tanık anlatımı ve bölge çalışma müdürlüğü raporuna dayanılarak sendikal tazminata karar verilemez. 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, bunlardan kaçının işçinin bulunduğu sendikaya üye olduğu, kaçının sendikayla ilişkisinin bulunmadığı, fesih tarihine yakın bir tarihte toplu iş sözleşmesi yapmak üzere sendikal faaliyetin olup olmadığı, toplu iş sözleşmesi prosedürü başlatılmış ise hangi safhada bulunduğu hususlarının açık ve kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekir (Yenisey, 2006:78).

4857 sayılı İş Yasası, 5. maddesin de taciz ve cinsel tacizi ayrımcılık biçimlerinden biri olarak tanımladığı gibi, işyerinde işçinin ve işverenin cinsel taciz eylemlerini haklı

neden sayarak derhal fesih olanağı tanımıştır. Bu düzenleme cinsel tacizi ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinden biri saymaktadır ve Gülmez' e göre cinsel taciz, psikolojik tacizi (mobbing)¹ de kapsayan bir anlam ve içeriğe sahiptir.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 24. maddenin II/b ve d bentleri ayrıca işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını düzenleyen 25. maddenin II/c bendi cinsel taciz eylemini düzenlemektedirler. Anılan hükümler şu şekildedir:

Madde 24 - Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

II. Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa (İşK.24/II-b).

d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa (İşK.24/II-c).

Madde 25 - Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (İşK.25/II-c).

24. ve 25. maddeye ilişkin bu kurallar, iş yasasının, cinsel taciz nedeniyle mağdur işçiye tanınan bu hakla işçi, hem işverenin hem de başka işçi ya da üçüncü kişilerin cinsel taciz eylemlerine karşı korunmuştur. Bu koruma iş ve işyeriyle sınırlı kalmamaktadır. Akyiğit' in örneğine göre, işyerindeki işçilerden birinin eşi

¹ Türk İş Hukukunda mobbingi karşılayacak bütünsel ve açık bir hüküm yoktur. Ama bu, iş ilişkisinde psikolojik tacize karşı hukuksal koruma olmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim kısa süre önce başına yansıyan bir olayda Ankara 8. İş Mahkemesi, işyerinde psikolojik tacize uğradığını iddia eden bir çalışanın davasını kabul edip 1.000-TL. manevi tazminata karar vermiştir. Tazminatın miktarından çok böyle bir davanın kabul edilmesi önemlidir. Somut olayda taraflardan hangisinin haklı olduğu bir yana yargının, işyerinde psikolojik taciz kavramını tanınması ve bu hallerde yaptırım uygulayacağı işaretini vermesi çalışma yaşamı bakımından olumlu bir gelişme. (<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=31291>, erişim tarihi: 22.05.2010)

hastalanınca onun evine eşine iğne yapmaya giden başka bir işçinin kadına sarkıntılık etmesi, eşi sarkıntılığa uğrayan işçi bakımından feshi nedeni sayılmıştır.

Cinsel taciz eyleminin mağduru olan işçinin, sözleşmesini derhal fesih hakkının yanı sıra, iş görmekten kaçınma (BK, m.90 ve 325), maddi manevi tazminat isteme (BK, m.41, 46, 47, 49), tespit ve tecavüze son verilme (MK, m.24/a,1) davalarını açma olasılıkları bulunmaktadır. İşveren açısından ise, işçisinin kendisinden başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda işçiyi haklı nedenle işten çıkarabilir.

Mağdur işçinin, işyerinde çalışan bir başka işçi yada üçüncü kişinin işyerinde gerçekleştirdiği cinsel taciz eylemi nedeniyle haklı fesih hakkını kullanabilmesi için, mutlaka olayın işyerinde gerçekleşmesi şarttır. Ayrıca böyle bir tacizin fesih nedeni olabilmesi için, durumu işverene bildirilmesi ve işverenin bu duruma karşın gerekli önlemleri almamış olması gerekir. İşverence alınacak önlemler içinde bulunulan durum gereğiyle sınırlıdır. Örneğin, müşteriyi oradan veya işyerinden uzaklaştırabilir yahut tacizde bulunan diğer işçiyi başka işyerine veya bu işçiyle temas yaşanmayacak diğer bir departmana kaydırabilir. O müşteriyle ticari bağlarını koparmak veya tacizci işçiyi işten çıkartmak, başvurulacak son çare olmalıdır (Akyiğit, 2008:201). Eğer işveren olayla ilgili gerekli önlemleri almışsa veya işçi işverene olayı bildirmediyse uğranılan cinsel taciz fesih nedeni olarak değerlendirilemez.

İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı kullanabilmesi için işçinin uğramış olduğu cinsel tacizi geç denmeyecek bir sürede bildirmesi gerekmektedir. Hatta bu dahi yetmemekte, işverenin gerçekçi olan bu bildirim üzerine gerekli önlemleri almamış bulunması da aranmaktadır. İşK. madde 26 da bu düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme şu şekildedir: *“24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz.”* Akyiğit’ e göre devam eden eylemler hariç, aradan aylar, hatta yıl geçtikten sonra işçinin söz konusu durumu bildirmesini pek ciddi bulmak uygun gözükmez.

Yapılacak ayrımı haklı kılacak nedenler, daha önceki bölümlerde de değindiğimiz gibi, İş K. m. 5/II'de "esaslı nedenler" olarak adlandırılmıştır. Bu anlamda, tam ve kısmi süreli çalışmalar bakımından, sözgelimi, çalışma süresinin uzunluğuna göre farklı ücret ödenmesinde çalışılan süre, "esaslı neden" oluşturabilmektedir. Bunun gibi, işin niteliğinden kaynaklanmayan ayrımlar da, belirli ve belirsiz süreli çalışanlar bakımından, haksız ayırım yasağı içine girebilecektir (Demircioğlu, Centel, 2005:121).

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (İşK 12/I). Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir, işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır (İşK 12/III).

Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz (İşK 13/II). Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır (İşK 13/III).

Yukarıda ki her iki halde de emsal işçiyi önce çalıştığı işyerinde aramalıdır. Eğer çalıştığı işyerinde bulamazsak, bunun girdiği iş kolundaki başka işlere bakılması gerekir. Akyiğit' e göre emsal işçinin netlik taşımadığı ve çeşitli problemlere gebe gözüktüğü söylenebilir.

2.3.2. Türk İş Hukukunda İşyerinde Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Yaptırımlar

Ayrımcılık yasağının etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla İş Kanunu ile Ceza Kanunu'nda hukuksal ve cezasal yaptırımlar getirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda, ayrımcılık oluşturan sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesini tazminata bağlayan 3 ayrı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi İş K' nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındakiler için öngörülen geçersiz fesih, ikincisi İş K'

nun 17. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayanlar için öngörülen kötü niyetli fesih, üçüncüsü İş K.'nin 5. maddesinde kanun kapsamındaki bütün işçiler için öngörülen ayrımcılığa dayalı fesihtir. Böylece iş ilişkisinin sona ermesi bakımından, hem iş güvencesi kapsamındakiler, hem de iş güvencesi kapsamının dışında tutulanlar için çifte düzenlemeler söz konusu olmaktadır (Kaya, 2009:136). İş güvencesi kapsamında olanlar için iş kanunu madde 5 ve 18; iş güvencesi kapsamı dışındakiler için iş kanunu madde 5 ve 17; ister iş güvencesi kapsamında olsun, isterse iş güvencesi kapsamı dışında olsun sendikal nedenlerle iş ilişkisinin sona ermesi durumunu düzenleyen iş kanununun 5., 18. ve sendikalar kanununun 31. maddeleridir. Söz konusu olan bu maddelerde miktarları ve ispat yükü farklı düzenlenmiştir (Bakırcı; 2006:177).

Ayrımcılık oluşturan sebeplerle iş sözleşmesinin işverence sona erdirilmesini tazminata bağlayan İş K' nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındakiler için öngörülen geçersiz fesih düzenlenmektedir. Yapılan bu düzenleme şu şekildedir:

“Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır. Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.”

Yaptırımlar yönünden hukuksal sonuç doğuran İş K' nun 18. maddesinin d bendinin sonuna eklenen “ve benzeri nedenler” ibaresi, yaş yada cinsel eğilim gibi açıkça belirtilmeyen nedenlere dayalı ayrımcılık içerebilecek fesihlerin de geçersizliğine götürür. Ayrıca d bendinin yanı sıra a ve b bentleri deki nedenlere dayalı geçersiz fesihler aynı zamanda yasaklanmış ayrımcılık nedenleri olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte eğer herhangi bir işveren, söz konusu nedenlerle fesih işlemini gerçekleştirdiyse fesih hakkını kötüye kullanmış sayılacaktır. İşverenin bu ayrımcı tutumuna karşı yargı yoluna gidildiği takdirde fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Nihayetinde işveren ya işçiyi tekrar işe alacak yada tazminat ödemek zorunda kalacaktır (Şakar, 2006:157). İşveren işçiyi işe alırsa iş sözleşmesi kaldığı yerden devam edecektir. Ancak işveren başvurusu üzerine bir ay içinde işçiyi işe başlatmazsa İşK. madde 21/1 uyarınca işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık tazminat ödemek zorundadır. İş güvencesi tazminatı verilen bu tazminat işverenin işçiyi işe başlatmamasının hukuki bir sonucudur (Yenisey, 2006:80).

Anılan noktalarda ki ayrımcılığın çifte düzenlemeye konu olması, bir ayrımcılık durumunda her iki hükümdeki tazminatın birlikte ödenip ödenmeyeceği tartışmasına yol açmıştır. Öğretide bir anlayış bunu reddederken Yenisey'e göre ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı aynı olayda bir arada hükmetmesine engel bir durum yoktur. Örneğine göre; cinsiyeti ve gebeliği nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddia eden iş güvencesine tabi bir işçi, feshin geçersizliği ve işe iade davası açtığında, feshin cinsiyet veya gebelik nedenine dayandığı ispatlanırsa, İşK.18/III, d bendi uyarınca fesih geçersiz bir fesihtir ve işçinin işe iadesi gerekir. İşveren işçinin başvurusuna rağmen işçiyi işe başlatmazsa, dört ile sekiz aylık ücret tutarı arasında değişen bir iş güvencesi tazminatı ödemek zorundadır. Bu tazminat, geçersiz feshe ve işe iade kararına rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımıdır. Ayrıca işverenin cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yaptığı ispatlandığından işçi İşK. md. 5/6 uyarınca ayrımcılık tazminatını da talep edebilecektir. Hatta işveren işçiyi işe başlatarak iş güvencesi tazminatı ödemesi de ayrımcılık tazminatı ödeyebilir (Yenisey, 2006:79).

Ayrımcılık oluşturan sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesini tazminata bağlayan ikinci düzenleme İşK' nun 17. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayanlar için öngörülen kötü niyetli fesihtir. Bu düzenleme İş K.'da şu şekilde yer almaktadır:

“Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

İş sözleşmeleri;

- a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,
- b) İşi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,
- c) İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,
- d) İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır.”

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. (...) fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.

Yukarıdaki 17. maddeyi de göz önünde bulundurduğumuzda, iş ilişkisinde veya sona ermesinde 5. madde hükümlerine aykırı davranıldığında işçi uygun tazminattan başka yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilir.

Ayrımcılık oluşturan sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesini tazminata bağlayan üçüncü düzenleme İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında ise, işverenin işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışlarının hukuksal yaptırımını şu şekilde düzenlenmiştir:

“İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarında ki, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır.”

5. maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin “dört aya kadar ücreti tutarındaki” ayrımcılık tazminatı için esas olacak ücret "asıl ücret" olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir (Uçum-Çakmakçı,2003:34). Buradaki tazminat teknik anlamda bir tazminat olmadığı için, talep edilebilmesi için zararın oluşması gerekmez. Dolayısıyla

kanundaki diğer tazminatların da şartları varsa işçi bunları da talep edebilecektir (Mollamahmutoğlu,2004:431–432). Ayrıca bu yaptırımın uygulanabilmesi için iş ilişkisinin sona ermesi yada erdirilmesi gerekmez. Ayrımcı eylem mağduru işçi hak arama yollarına iş ilişkisi sürerken de başvurabilmektedir.

Sendikal nedenle ayırım yasağının en önemli sonuçlarından biri iş ilişkisi içinde sendikal nedenle ayrımcı tutuma maruz kalan işçinin, bu işlemten dolayı yargı yoluyla işverenden tazminat isteyebilmesidir. Diğer i se iş ilişkisinin sona ermesinin sendikal nedene dayanması durumunda, fesih işlemi sonucunda işçinin isteyebileceği tazminattır (Kaya, 2009:140). Sendikalar Kanunu madde 31’de işçinin sendika üyeliği nedeniyle farklı muameleye tabi tutulması halinde iş ilişkisi sona erdirilmeden, işverenden bu nedenle tazminat isteyebilecektir. Bu sendikal tazminattır ve bu tazminat işçinin 1 yıllık ücretinden az olamayacaktır. SenK. m 31/6 göre i se, iş ilişkisinin sona ermesi durumunda i se sendikal tazminat yanında ayrıca iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkı da tanınmaktadır. Başka bir deyişle, işçi 30 dan fazla işçi çalışan yerde çalışıyorsa ve kıdemi 6 aydan fazla i se geçerli sebebe dayalı feshi düzenleyen 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinden yararlanacaktır. İşveren sendika üyeliğinden dolayı işten çıkardığı işçisini, mahkemenin işe iade kararının ardından, işveren işçiyi tekrar işe almaması halinde ödeyeceği tazminat, işçinin en az bir yıllık ücret tutarındaki tazminat olacaktır. Yoksa, işgüvenliği kapsamındaki bir işçinin, iş güvencesini işletmek yerine, feshi geçerli görüp sırf sendikal tazminat talep etmesi kabul görmemektedir.

Sendikalar Kanunu madde 31’de, yalnızca sendikal tazminatın miktarı değil, aynı zamanda fesih halinde ve iş sözleşmesi devam ederken sendikal tazminatın ne şekilde talep edilebileceği de düzenlenmektedir. Düzenleme çerçevesinde işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat talep edebilmesi için öncelikle feshin geçersizliği ve işe iade davası açması gereklidir.

İş Kanunu ayrımcılık hallerine yalnızca tazminat ödemekle yetinmemiş, İşK. m. 99/1 a’la ayrıca idari para cezası öngörmüştür. 5. maddeye aykırılık halinde işverenin işçi başına 50.000.000 TL idari para cezası ödemesine hükmedilmektedir. Hüküm bu haliyle işe alımlarda ayrımcılık yasağını da içermektedir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Bu çalışmamızda Türk İş Hukuku mevzuatında ayrımcılık yasağının yerini ne olduğu cevabını bulmaya çalıştık. Öncelikle ayrımcılık yasağı kavramının ne olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Ayrımcılık, kişilere sahip oldukları kişisel özellikleri veya bir gruba üye olmaları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılmasıdır. Kişiler ırk ve etnik köken, yaş, cinsiyet ve cinsel yönelim, din ve inanç, engellilik gibi çeşitli nedenlerden dolayı çalışma yaşamlarında ayrımcı davranışlarla karşılaşabilirler. Ayrımcılık yasağı, eşitliği gerçekleştirmek için vardır. Öyle ki en geniş anlamıyla eşitlik, benzer durumdaki kişilerin, farklı şekilde işleme tabi tutulmalarını haklı gösterecek objektif bir neden olmadıkça herhangi bir ayrımcı muameleye tabii tutulmamaları demektir. Bu tanıma göre eşitlik ayrımcılık yasağı ile sağlanabilir.

Çalışma hayatında ki ayrımcılık toplumsal alandaki genel düşünce toplumsal, norm ve davranışlara yerleşmiş ayrımcılığın bir devamı olarak işlev görmektedir. Çoğu zaman gerçeğe değil, kişilerin yaş, cinsiyet, engellilik, etnik köken gibi özelliklerine dayanan önyargılar çalışma hayatında da engel teşkil edebilmektedir. Belirli kişi ve grupların karşılaşmaları mümkün olmayan özellikler istenmesi yoluyla çalışma hayatına girişlerinin engellenebildiği personel seçimi, ayrımcı uygulamaların çalışma hayatındaki ilk ve önemli bir aşamasıdır. Ayrımcılığın yaşandığı çalışma hayatının üst basamaklarında bazı gruplar için durum daha da eşitsiz hale gelebilmektedir. Çalışma yaşamında ayrımcılığa maruz kalmak kişiler açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır ve etkileri büyüktür.

Ayrımcılık mağdurlarının istihdam edilebilirliğini artırmak ve özellikle savunmasız grupların iş gücü piyasasına entegrasyonunu teşvik etmek için bunların özel eğitim ihtiyaçlarına da önem verilmelidir. Özellikle engelliler ve göçmenler için yeterli miktarda mali kaynağın bunların mesleki eğitim, özel eğitim, hazırlık ve dil kursları ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yönlendirilmesi gerekmektedir. Pozitif ayrımcılık uygulamalarının bu kesimler için sadece çalışma yaşamıyla sınırlandırılmayıp kamusal alanda da bu uygulamaların etkinliğini arttırmak gerekmektedir. Bununla birlikte dezavantajlı gruplar arasında yer alan yaşlıların çalışma yaşamına katılımını artırmaya

yönelik özel çaba gösterilmelidir. Yaşlıların çalışma ortamlarında rehber edici ve arabulucu ve danışman olarak rol oynamaları sağlanarak onların beceri ve yeteneklerine uygun gerçekçi ortam geliştirilmelidir.

Türk İş Hukuku'nda ayrımcılık yasağı kendisini eşit davranma ilkesiyle göstermiştir. Bu düzenleme uluslararası belgeler ve Avrupa Birliği Hukuku'na paralellik gösterecek şekilde yer almıştır. Başta anayasa'nın 10. maddesi olmak üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, Özürlüler Yasası ve Türk Ceza Yasası'nda önemli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Devlet Memurları Kanunu'nda ayrımcılık yasağıyla ilgili birebir düzenleme bulunmayıp yurttaşlık ve cinsiyete dayalı ayrımcı uygulamalar mevcuttur. Ayrıca Özürlüler Yasası'nın istihdamda ayrımcılık ve farklı işlem yasakları için özel yaptırım öngörmemiş olması kanımızca özürlülerin engele dayalı ayrımcılıktan korunması konusunda yeterli değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi “iş ilişkisinde ayrımcılığa maruz kalan işçiye karşı koruma önlemlerini öngörmektedir. Dolayısıyla kadın işçi hariç iş ilişkisinin kurulmasında ve sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalma, hukukun genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu çerçevede diğer düzenlemeler haksız fesihte olduğu gibi kimi hükümleriyle çok ciddi koruma önlemleri öngörmektedir.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi, ayrımcı muamele yasağını düzenlemekle kalmayıp, bu ayrımcı tutuma karşı ağır bir tazminat miktarını da düzenlemiştir. Bu düzenlemenin kapsamı iş ilişkisinin açıkça belirttiği işe alma aşamasından başlayarak işten çıkartmaya kadar uzanan tüm evreleri kapsayacak biçimde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ayrımcılık yasağı konularındaki kurallara aykırı hareketleri yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Ceza kanununda ayrımcılık yapılabilecek haller tek tek sayılarak kanunun uygulanmasında ayrımcılık açıkça hükme bağlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, kamu görevlilerinin önemli bir kısmı “memur” niteliğinde olup bunların iş ilişkisini düzenlemektedir. Ayrımcılıkla ilgili olarak bu yasaya bakıldığında kimi hükümlerle karşılaşılır. 657 sayılı Devlet Memurları Yasası, genel ve kesin grev yasağı ile çalışanlar arasında statü temeline dayalı doğrudan

ayrımcılık içeren kurallar içermektedir. Ayrıca yasanın düzenlemiş olduğu “aile yardımı ödeme usulü” ve “aile yardımı ödeneğine hak kazanma” koşullarında cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık göze çarpmaktadır.

5378 sayılı Özürlüler Kanunu “istihdam” başlığı altında iş ilişkisi sürecinin tüm aşamaları için engele dayalı ayrımcı uygulamalara karşı güvence sağlamıştır. Ayrıca devlete özürliülerin ve özürliülüğün her türlü istismara karşı sosyal politikalar geliştirme yükümlülüğünü getirmiş ve bu politikalarında ayrımcılık yasağı temeline dayandırılmasını öngörmüştür. Bu yasanın öngördüğü kurallar ve ilkelere aykırılık halinde kendisinin bir yaptırım öngörmemiş olması eksiklidir.

İşyerinde ayrımcılığı önlemek ve işyerinde ayrımcılığa maruz kalan kişilerin içinde buldukları topluma uyum sağlayabilmeleri için yasa koyucuların her türlü tedbiri yürürlüğe koymalıdır. Anayasa ve yasalarımızda yer alan kurallar sadece hukuki güvence sağlamaktadır. Bu gün hukuki alanda sahip olunan hak ve güvenceler konusunda tüm bireylerin bilgilendirilmesi ve bu kuralların uygulanması konusunda sosyal bilincin güçlendirilmesi ise bu ilkenin anayasal ve yasal metinlere konulmasından daha önemlidir.

İstihdamda iş imkanlarının herkese açık olması ekonomik olduğu kadar toplumsal bir sorundur. Bu nedenle kamuoyunun gündeminde daha çok yer alması önem taşımaktadır. Bir problemin çözümü için öncelikle problemin varlığının kabul edilmesi gereklidir. Bu araştırma da ayrımcı ifadelerin saptanmasıyla problemin ortaya konması ve çözüme yönelik alternatif öneriler geliştirilmesine bir katkı olarak değerlendirilebilir. Ancak var olan kuralların uygulanması için sosyokültürel yapı içindeki ayrımcılığın önlenmesi gerekmektedir. Bunun için de hem işverenlerin hem de adayların hak ve sorumlulukları konusunda bilgi sahibi olması oldukça önemlidir. Hem iş hayatında, hem de toplumsal yaşamda hak ve sorumlulukları konusunda bilgi sahibi olan bireylerin varlığı halinde ayrımcılık yasağı etkin bir şekilde uygulanabilir.

KAYNAKLAR

- ACAR, F. ve SAVRAN, G. (2003), Kadın Emeğini Görünür Kılmak: Marx'dan Delphy'e Bir Ufuk Taraması, *Praksis*, Sayı 10.
- AĞAOĞULLARI Mehmet Ali ve KÖKER Levent (1991), *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, İmge Kitabevi Yayıncılık
- ALPER, Yusuf ve KAYA Pir Ali (1995), *Uluslararası Çalışma Örgütü ve Uluslararası Çalışma Standartları*, Bursa.
- ANAYURT, Ömer (2003), "1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: VII, Sayı: 1-2, Ankara, s. 241-262.
- ARICI, Kadir (1997), *Avrupa Birliği Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara.
- ALTAN, Ömer Zühtü (1997), "Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma", Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası.
- ATAMAN Hakan, (2007), "Ayrımcılığa Karşı Uluslararası İnsan Hakları Mevzuatı", Ankara.
- BERİK, G. VANDER MEULAN, Y., ZVEGLİCH, J.E. (2004), "*International Trade and Gender Wage Discrimination: Evidence from East Asia*", Review of Development Economics.
- BAYBORA, Dilek (2007), "Çalışma Hayatında Özürlülere Karşı Ayrımcılık", Sosyal Siyaset Konferansları, 51. Kitap, İstanbul.
- BOZKURT, Emir, ÖZCAN, Mehmet ve KÖKTAŞ, Arif (2002), *Avrupa Birliği Hukuku*, Ankara.

- CENTEL, Tankut (2005), “Türk Ceza Kanununda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, *Çimento İşveren*, Cilt:19, Sayı:5, Ankara.
- CİNER, Ö. (2003), “Halkla İlişkiler Sektöründe Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- COLEMAN, Major G. (2004), “Racial Discrimination In The Workplace: Does Market Structure Make A Difference?”, *Industrial Relations*, Vol:43, No:3, Blacwell Publishing.
- ÇELİK, Nuri (2009), *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul.
- ÇELİKEL, Aysel (1992), *Uluslar Arası Sözleşmelerde Kadın, Türkiye’de Kadın Olgusu*, İstanbul.
- ÇIRAKMAN, Birsen (1997), “Kamu Hizmeti”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:4’ten Ayrı Baskı, Ankara.
- ÇOLAK, A. (1999), *İşin Yeniden Örgütlenme Sürecinde Esneklik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa.
- ÇOLAK, Nusret İlker (2005), *Avrupa Birliği Uyum Sürecinde İdari Reformlar İngiltere ve Türkiye*, Ankara.
- DEMİRCİOĞLU, M. VE CENTEL, T. (2005), *İş Hukuku*, Beta Yayınları.
- DUNCAN, C. ve LORETTO, W. (2004), “Never The Right Age? Gender and Age-Based Discrimination In Employment”, *Gender Work and Organization*, Vol:11, Issue:1.

- ERDİKEN, Behram, (2007). “Anadolu Üniversitesi Engelliler Entegre Yüksekokul Mezunu İşitme Engelli Gençlerin İş Durumu: Anket Ve Eylem Araştırması”, T.C.Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Hakemli-Sürelı Yayın, *ÖZ-VERİ Dergisi*, Aralık, Cilt:4, Sayı:2,Sayfa:1041-1063 . Ankara.
- EYRENCİ Öner (2004), *2821 Sayılı Sendikalar Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Öngören Kanun Tasarısı Taslağı Hükümlerinin Genel Değerlendirmesi*, İstanbul Barosu Yayınları.
- GATEWOOD, R. ve FEILD, H. (1994), “Human Resource Selection”, Teksas: Dryden Pres.
- GÜLMEZ, Mesut (2009), *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, Belediye-İş Sendikası AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara.
- GÜNAY, Cevdet İlhan (2004), *İş Hukuku, Yeni İş Yasaları*, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (2002), *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitapevi, Ankara.
- GÖZLER, Kemal (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa.
- GÖZLER, Kemal (2003), *İdare Hukuku*, Cilt:2, Ekin Kitapevi.
- HERMANS, S. (2001), *Avrupa Birliğinin Sosyal Politikası ve Türkiye'nin Uyumu*, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul.
- HEPPE, Bob (2001), *Equality And Empowerment For Decent Work*, International Labour Rewiev, Geneva.
- <http://www.abbulteni.org/tr/component/content/article/45-ab-sozluk/135-avrupa-parlamentosu-european-parliament.html>
- <http://ab.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=8383>, 09.01.2010.

http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kob2000_02.html, 23.03.2010.

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/5133.html>, 28.02.2010.

<http://www.marmara.edu.tr/dosya/mevzuat/4688-sayili-kamu-gorevlileri-sendikalari-kanunu.pdf>, 18.11.2009.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=1.5.657&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch>, 12.04.2010.

<http://www.sosyalhizmetuzmani.org/yasliureten.htm>, 10/12/09.

<http://www.euractiv.com.tr/abningelecegi/link-dossier/goc-ab-icin-hem-sorun-hem-cozum>, 23/12/09.

http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm, 19.04.2010.

http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-78.doc, 04.02.2010.

http://anayasam-org.akgul.web.tr/pop_giris52.html, 19.06.2010.

<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, 17.03.2010.

http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_158.html, 17.03.2010.

<http://www.isguc.org/?p=article&id=209&cilt=6&sayi=1&yil=2004>, 20.04.2010.

<http://www.mess.org.tr/ab/absol/Maastricht%20Antlasmasi.pdf>, 28.06.2010.

http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc, 13.01.2010.

HOLMES, E. (2005), "Anti-Discrimination Rights Without Equality", *The Modern Law Review*, Vol:68, No:2.

İNCEOĞLU, Sibel (2006), "Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*.

- KAYAALP, Y.R. (1998), *Avrupa Birliği Hukukunda Kadın-Erkek Ücret Eşitliği*, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- KAYA, Pir Ali (2009), *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi*, Dora Yayıncılık, Bursa.
- KAYA, Pir Ali ve GÜNERİ, Nejat (2006), *Çalışma Mevzuatı Külliyatı*, Nobel, Ankara.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, “Kamu Görevine Girişte Kadın – Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 4, sy. 2.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi (2004), *İş Hukuku*, Ankara.
- OKUR, Zeki (2005), *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenlerle Feshi İddiasında İspat Yükü*, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul.
- ÖDEN, Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖNEN, Y. (2002), “Doğru Yöntem: Pozitif Ayrımcılık”, *Sosyalist İşçi*, Sayı:168.
- ÖZBUDUN, Ergun (2005), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları.
- ÖZDEMİR, Erdem (2005), “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, *Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Cilt:2, Sayı:5.
- PİCKERSGİLL, R. (1996), “*Productivity of Mature and Older Workers: Employers Attitudes and Experiences*”, ACIRRT, Sydney: University of Sydney Publ.
- SAPANCALI, Faruk (2003), *Sosyal Dışlanma*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- SERİM, Bülent (1994), “Yasa Önünde Eşitlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:27, Sayı:3.

- SEYYAR, Ali (2000), "Uluslar Arası Boyutuyla Özürlü Kota Sistemi", *Kamu İş Dergisi*; Sayı 1; Cilt 6; Ekim 1.
- SİMON, P. (2005), "Measurement of Discrimination: Policy Use of Statistics", *International Social Science Journal*, Vol:57, Issue:183.
- SÜZEK, Sarper (1976) , *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara.
- ŞAKAR, Müjdat (2006), "*Gereğçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu*", Yaklaşım Yayınları, Ankara.
- ŞENEL, A. (1970), *Eski Yunanda Eşitlik Ve Eşitsizlik Üzerine*, A.Ü.SBF Yayınları, Ankara.
- Tanör Bülent- Necmi Yüzbaşıoğlu (2001), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 2. baskı, YKY Yayını, İstanbul.
- TANÖR, Bülent (1998), *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları
- Taşkent, Eyrenci, Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, Legal Yayınları, 2005.
- TOMEI, Manuella (2004), "Çalışma Hayatında Ayrımcılık Ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme", *Sendikal Notlar*, Sayı:24.
- TUNCAY, A. Can (1992), *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul.
- TUNÇ, Hasan ve ATAY, Ender Ethem (2000), "Kamu Hukukunda Eşitlik İlkesi", *Türk Hukuk Dünyası*, y. 1, sy. 1.
- TURPÇU, Murat (2000), *Avrupa Birliği Hukukunda İş Yerinde Ayrımcılık*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ULUCAN, Devrim (2000), "Yeniden Yapılanma Süresinde İş Hukuku Açısından

Eşitlik İlkesi Ve Uygulanması”, *Kamu-İş Dergisi*, Cilt 5, Sayı 3.

ULUTAŞ Ahmet (2006), “İşverenin Eşit Davranma Borcu”.

UÇUM, Mehmet ve ÇAKMAKÇI, Ramazan (2003), *İş Kanunu Ve İlgili Temel Mevzuat*.

ÜNVER, O.C. ve BARDAK, Ü. (2003), *Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanlığı Toplantı Raporu*, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayınları, Ankara.

YENİSEY, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4.

www.gebam.hacettepe.edu.tr,10/12/09

ÖZGEÇMİŞ

1984 yılında Edirne/Keşan'da doğdum. İlköğrenimimi Cumhuriyet Ortaokulu'nun da bitirdim. Daha sonra Keşan Anadolu Lisesi'nde lise eğitimime başladım ve 2002 yılında mezun oldum. 2004 yılında Uludağ Üniversitesi'nde lisans eğitimime başladım ve 2008 yılında Kamu Yönetimi Bölümünden mezun oldum. Yine aynı yıl içerisinde Sakarya Üniversitesi Çalışma Ekonomisi Ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalında yüksek lisansa başladım. Temmuz 2010 tarihinde 3.00 ortalamayla mezun oldum.