

İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK

Dr.Mustafa KILIÇOĞLU
Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Başkanı

I.KAVRAM VE NORMATİF DAYANAKLAR

1.Ayrımcılık Yasağı Kavramı

A.Terim Sorunu

Ayrımcılık, anglo –amerikan kökenli olup ilk bakışta “fark gözetme” veya “farklı davranış” olarak ele alınmalıdır. Ancak terimin yeni kullanımında “**discrimination**” sözcüğünün “**distinction**” ve “**difference**” yerine seçilmesi ile yaygın şekilde fark gözetmenin subjektifliği ifade edilmektedir. (Ağırbaşlı, Şennur: *Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Doktora Tezi, Ankara 2009, sh 30 ve 32 nolu d.n. yer alan Jaenicke, Günter: Der Begriff der Diskriminierung im modernen Völkerrecht, Neu Deutshe Forrungen Bond 19, Berlin 1940, sh 11-12*)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde yer alan “**ayırım yasağı**” kavramının Fransızca metni genel niteliktedir. Sans distinction aucune (=hiçbir ayırım yapılmadan) anlamı tanınan hak ve özgürlüklerin kullanımında her ayırımı yasaklamış anlamı veriliyor ise de aslında bu maddenin daha sınırlı anlam veren “**without discrimination**” (=ayırmsız) ışığında okunmasının anlamsız sonuçlara ulaşılmasını engellediği Genişletici yorumun değişik sorunlarla karşılaşan ulusal görevlilerin sorunlarının çözümünde güçlüklerle karşılaşılacağı ileri sürülmüştür.(Mah. K,Aff. Linguistique belge, fond, sh 34, 10, Gözübüyük, A.Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, B.7 Ankara 2007, sh 401*)

12 nolu Protokol ile ayrımcılık anlamının genişlediği ileri sürülebilir.

Anılan protokol genel ve bağımsız bir ayrımcılık yasağını getirmiştir. Protokolün birinci maddesi;

1-Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

2-Hiçbir kamu otoritesi paragraf 1’de belirtilenler gibi sebeplere dayanarak hiç kimseye karşı ayrımcılık yapamaz”.

Bu maddenin 1. paragrafı 14. md ile nerede ise aynı ifadeye sahiptir, tek farkı “bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma” ifadesi yerine “Hukuk tarafından tanınan herhangi bir haktan yararlanma” ifadesini taşır.

12.Protokolün başlangıcında, Avrupa Konseyi üye devletlerinin bu Protokolü imzalarken amaçlarının ne olduğu belirlenmektedir. Üye devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun korumasından eşit olarak faydalanma hakkı olduğunu öngören temel ilkeyi dikkate almaktadırlar ve herkes için eşitlik ilkesini geliştirmeye yönelik bir adım atarak genel bir ayrımcılık yasağının (AİHS) aracılığıyla uygulanmasını amaçlamaktadırlar. (İnceoğlu, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”. *Çalışma ve Toplum, 2006/4, Sh 57*)

B.Kavram

Prensip olarak ayrımcılık hukuk dışı farklı bir davranışı belirtir. Bu da doğal olarak haksızlık ögesini ortaya çıkardığı, daha sonra bizi eşitliğe götürdüğü ileri sürülebilir. Başka bir anlatımla ayrımcılık kavramındaki haksızlık ögesi, eşit davranma ilkesinin ihlalinde görülmektedir. (Ağırbaşlı: sh 34)

Eşit olmayan tüm davranışlar ayrımcılığın varlığını gerektirmez. Nesnel nedenler yoksa ayrımcılık ortaya çıkar. Aksi halde subjektif farklılıklar ayrımcılığa, sonuç olarak da hukuka aykırılığa neden olur ki böyle bir yaklaşım biçimi benimsenemez. (Ağırbaşlı: sh 34 ve d.n. yer verilen Lancccke sh. 17)

2.Eşitlik İlkesi Kavramı

Eşitlik İlkesi, antik çağdaki Yunan şehir devletlerinde ilk olarak rastlanmıştır. Aristoteles ve Eflatun eşitlik fikrini ele almışlarsa da kölelik fikrine karşı çıkmamışlardır. Sınırlı bir eşitlik sözkonusudur. (Ağırbaşlı: sh 25)

Aristoteles kölelik hadisesini, kendilerini idareden aciz olan insanların başkaları tarafından hükmedilmek gerektiğini ileri sürerek açıklamak istemiştir. (Del Vecchio, Giorgio: Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev. Sahir Erman, İstanbul 1952, sh 48)

Roma'da göreceli eşitlik “**makullük**” olarak ele alınmıştır. Seneca ile “**tanrı önünde eşitlik**” kavramına varılmıştır. (Ağırbaşlı: sh.25)

Roma Hukukunda, köle statüsündeki tüm insanların “ayın-eşya” olarak görülüp eşya hukukunun konusunu oluşturabileceği kabul ediliyordu. Roma sınırları içinde hukuki korunma altında olmayan yabancıların da satılarak köle durumuna düşürülmesi mümkündü. Özgür Roma yurttaşları “SUI iuris” liğın yitirmedikleri sürece eşya hakkın konusu dışında bırakılırdı (Çelebican-Karadeniz, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Ankara 2000, sh 19).

Justinianus döneminde kölelerin toplumsal ve ekonomik durumları düzeltilmeye çalışılmıştır. Ancak hürlerle köleler arasında ayırım devam etmiştir. (Çelebican-Karadeniz, Özcan: Roma Hukuku, B.7, Ankara 2000 sh 140)

Görülebileceği üzere Roma Hukukunda bırakın eşitliği insan temelinde ayrımcılık vardı.

Modern eşitlik “**özgürlük, eşitlik, kardeşlik**” sloganı ile 1789 Fransız Burjuva Devrimi ile farklı bir şekil almıştır. Yasa önünde soyut bir eşitlik sözkonusudur. (Ağırbaşlı: sh 26)

Cenevre’li Jean Jacques Rousseau insanlar arasındaki eşitsizliğin kaynağı ve esasları hakkındaki “Nutuk” adlı eserinde eşitsizlik ele alınmış özellikle özgürlük ve eşitliği anlatmıştır. (Del Vecchio: sh 114)

Sosyal ve ekonomik anlamda uygulanan eşitlik sosyalizm ve Marksizm ile ortaya çıkmıştır. (Ağırbaşlı: sh 27)

Marksizm felsefede Aristo, Hegel, Spinoza Leibniz, Feurbach ve Fichte’nın doğrudan ve dolaylı etkileri görülür. Sosyalizm düşüncesinde Saint-Simon ve Fourier kaynak teşkil

eder. Maddeci felsefe ve maddeci sosyo-ekonomik temeller üzerine kuruludur. (Öktem, Niyazi/Türkbağ, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 2009. sh 326, 327)

Kanun önünde eşitlik tüm insanların statü eşitliği, hak eşitliğinde ve özgür kişinin hukuki eşitliğinde oluşabilecek temel farklı davranma yasağı gerekçesini oluşturur. (Ağırbaşlı: sh 27)

Eşitlik İlkesi Türk İş Hukukunda normatif olarak düzenlenmiştir. “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” (İş Kanunu M 5) ifadesiyle genel olarak eşitlik ilkesine yer vermiş. Biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılma hallerini ayırmıştır. Hukuki temeli 76/207 sayılı Konsey Yönergesinin 3/1 maddesidir. Adalet Divanı içtihatıyla uygulamaya yönelik ayrıntılar belirginleşmiştir.(Bkz Dekker-VJV-Centrum davası, Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal: İş Kanunu Şerhi, C.1, B.2 İstanbul 2008, sh 171).

3.Ayrımcılık Yasağı İle Eşitlik İlkesi Kavramları Arasındaki Farkın Tespiti

Öncelikle eşitliğin kendi içerisindeki ayırma yer vermemiz gerekir. Bu bağlamda *hukuki eşitlikle gerçek eşitlik* kavramlarının ayırımı önem taşır. *Hukuki eşitlikle* benzer durumdaki kişilere benzer muamele yapılması; *gerçek eşitlikte* ise farklı durumdaki kişilere farklı muamele yapılması öngörülür. Tersî tutum halinde ayrımcılık yasağı ile karşılaşılır.(*Ağırbaşlı: sh 36*)

O halde ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan bir kavram olarak ortaya çıkar.

Öte yandan eşitsiz insanlar arasında eşitlik sağlamada bir başka enstrümana ihtiyaç var mıdır sorunu öne çıkar. Adalet anılan boşluğu ortadan kaldıran olgu olarak adalet (yasallık) değil, değer olarak adalet (eşitlik, hakkaniyet) ya da erdem olarak adalet ortaya çıkar. (Conte-Sponville, Büyük Erdemler Risalesi, Çev. Işık Ergüder, İstanbul 2004 sh 80)

II. 14. MADDE KAPSAMINA İLİŞKİN İLKELER :

A) Genel İlkeler

AHİM, ayrımcılık yasağına ilişkin iddiaların incelenmesinde şikayetin:

- i) Sözleşmede korunan bir hakkın kapsamına girip girmediğini,
 - ii) Şikayet konusu benzer durumlardaki bireyle arasında hak ve özgürlük yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğini,
 - iii) Fark gözetiliyor ise, anılan farklı muamelenin meşru bir amaç tanıyıp tanımadığını ve buna bağlı olarak kullanılan aracın meşru amaç ile orantılı olup olmadığını,
 - iv) Muameledeki farklılığın egemen devletin takdir yetkisini aşip aşmadığını inceler.
- (*Ağırbaşlı: sh 52*)

Önce şunu vurgulamak gerekir. 14. maddenin bağımsız bir varlığı yoktur. Çünkü bu maddi hükümlerle korunan “**hakların ve özgürlüklerin**” kullanımıyla bağlantılı sonuç doğurur. Sözleşmenin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmesini zorunlu kılmasa ve özerk anlama sahip olmasa bile tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14. maddenin uygulama alanı yoktur (*Ramussen Kararı prog.29, Doğru, C.1, sh 879*)

B)Hak İhlallerinin Niteliğine İlişkin İlkeler:

aa)Sözleşmenin tek başına ihlal edilmediği haller

Bir örnekle açıklayalım. 28.05.1985 92/4/80 Abdulaziz, Cabales ve Balkalı, Birleşik Krallık davasında, bayan başvurucular Birleşik Krallıkta ikamet etmektedirler. Yabancı uyruklular Eşlerini getirmek istemektedirler. İstekleri reddolunmuştur. Mahkeme 8. maddenin ihlal iddiasını incelemiştir. 8. madde bilindiği gibi “**Özel-hayata ve aile hayatına**

saygıyı” düzenlemiştir. Her bir başvurucunun 8. maddesi anlamında yeterli ölçüde aile yaşamına sahip olduğundan bu maddenin mevcut davada uygulanacağına hükmetmiştir. (*Doğru: sh 877*) Ancak Devletin vatandaşı olmayanların kendi ülkesine girişlerini kontrol hakkına sahip olduğu işaret etmiş, aile yaşamına “**saygısızlık**” bulunmadığından sözederek 8. maddenin ihlal edilmemiş olduğuna kanaat getirmiştir. (*Doğru: sh 878*)

14. maddenin davada uygulanabilirliğini belirlemiştir. Önce bir eylem/işlemdeki farklılık “**objektif ve makul bir haklılığa sahip**” değilse başka bir anlatımla “**meşru bir amaç**” izlemiyorsa veya “**kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi**” bulunmuyorsa ayrımcılık oluşturacağını ön kriter olarak vermiştir. Daha sonra Sözleşmeciler Devletin benzer durumlardaki farklılıkların, hukuken de farklı bir muameleyi haklı kılmadığını ve kılıyor ise hangi ölçüde kıldığını takdir ederken, belirli bir “**takdir alanı**”ndan yararlanacakları ifade ederek son ilkeyi de koyarak ayrımcılık iddiasını incelemiştir. Hükümetin, erkek göçmenlerin iş emek piyasasında kadınlara göre hafife alınmayacak kadar büyük olmasını, farklı muameleyi haklı kılacak önemde olduğuna ikna olmamış sonuç olarak Mahkeme başvurucuların sözleşmenin 14. maddesine aykırı olarak cinsiyet esasına dayanan bir ayrımcılığın mağduru olduklarına karar vermiştir. (*Doğru: sh 882*)

İngiltere dava sonunda mevzuatını düzenlemiştir. İlginç olan resmi ikametgahı İngiltere’de olan erkeklerinde eşlerini yanına gelmelerini de aynı şekilde zorlaştırmıştır. (*Ağırbaşlı: sh 55*)

bb) 14. maddenin ihlalinin davanın temel yönünü teşkil etmemesi.

Doktrinde “**usul ekonomisi**” şeklinde ele alınan bu kriterde, bir sözleşme hakkının ihlalinin tespitinden sonra davanın “**önemli bir yönünü**” oluşturmadığı kanaatindeyse 14. madde açısından inceleme gereksiz bulunmaktadır. (*Ağırbaşlı: sh 55*)

Örnek olarak 20.04.1992, 11798/85 Castells-İspanya davasını ele alalım. Bir İspanyol vatandaşı olan Mıgnel Castells, avukatlık yaptığı San Sebastien’de oturmaktadır. Olayın geçtiği sırada, Bask Ülkesinin bağımsızlığını savunan bir siyasi parti olan Herri Batasune’nin listesinden seçilmiş bir senatördür. (*Doğru: sh 311*)

Başvurucu “**Mafiyet Rezaleti**” başlıklı bir makale yayınlamıştır. Bask muhaliflerinin insafsızca avlandıklarını hükümetin ve onların adamlarının eylemlerinin altında olabileceğini ifade etmiştir. (*Doğru: sh 313*)

Senato yasama dokunulmazlığını kaldırmıştır. Tutuklanmış ve kefaletle salınmıştır. Mahkemece sözleşme özgürlüğünün ihlali iddiasını düzenleyen 10. madde açısından inceleme yapılmıştır. (*Doğru: sh 313*)

Mahkeme öncelikle “**hukuken öngörülmüş olma**” kriterini ele almış. Ceza Kanunlarının 161 ve 162. maddelerinin temelinde öngörülebilirliğini tespit etmiştir.

“**İzlenen amacın meşruluğu**” nu araştırmış. Meşru bir amaç taşımadığını belirlemiştir. (*Doğru: sh 322*)

“**Müdahalenin Gerekliliği**” incelemesinde başvurunun yayının kamu yararı olduğuna, ifade özgürlüğüne değinen 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış. 14. maddenin davanın temel yönünü teşkil etmediğini ifade ederek incelemeye gerek görmemiştir. (*Doğru: sh 325*)

cc) 14. maddenin ihlal edilen hakla ilişkisinin belirlenmesi.

Şahin/Almanya davasını örnek olarak ele alalım. Şahin evlilik dışı doğan bir çocuğun babasıdır. Anne bir süre sonra babası ile olan görüşmesi yasaklamıştır. Babanın Wisbadn Sulh

Mahkemesine başvurusu red olunmuş. Aynı şekilde Eyalet Mahkemesine ve Anayasa Mahkemesine başvurularında red olunmuştur. (Ağırbaşlı: sh 56)

AHİM “Aile” kavramının evlilik ilişkisi ile sınırlı olmadığını, bunun başka bir fiili de de facto ailevi bağları da kapsadığını belirtmiş Mahkeme babanın çocuğu ile münasebetini zorlaştıran söz konusu Alman Yasası da (Almanya Federal Medeni Yasasının 1634, 1705 ve 1711) düzenlemenin sözleşmenin 8. maddesi ile korunan “**Aile yaşamına saygı**” hakkına müdahale olduğunu tesbit etmiştir. (Ağırbaşlı: sh 57)

Öte yandan çocuğun ulusal mahkemede dinlenmemesi menfaatler arasında dengenin kurulamamasını eleştirmiştir. (Ağırbaşlı:58)

AHİM. 14.maddeyi 8.maddeyle ilişkilendirmiş. Mevcut ilişki kurma hakkının reddini boşanmış babaya göre daha kötü konuma getirildiğine işaret ettikten sonra, devletin anılan vakaya yasal açıdan öngörülmekte olduğu haklı bir hedefi var ise de kullanılan mekanizma ile amaçlanan hedef arasında *oranın* mevcut olmadığını ve takdir hakkının aşıldığı sonucuna varılmıştır. (Ağırbaşlı:58)

dd) 14. maddenin ihlalinin dolayısıyla belirlenmesi.

Bu türde, mahkeme ayrımcılık yasağının ihlalinin onayladıktan sonra buna bağlı temel hakkın incelenmesine gerek görmediği vakıalar söz konusudur.(Ağırbaşlı: 54, 58,59)

Thlimmenos/Yunanistan davasını örnek olarak ele alalım, Şikayet sahibi; Yehova şahididir. Askeri üniformayı giymeyi red ediyor. Atina askeri mahkemesince 4 yıl hapis cezasına mahkum edilmiş. Tahliye olduktan sonra mali denetçilik sınavını kazandığı halde mahkumiyet kararı gerekçe gösterilerek ataması yapılmamıştır. (Ağırbaşlı:59)

Şikayet sahibi sözleşmenin 9.maddesinin garanti ettiği “**Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü**” kapsamında, dinin gereklerinin yerine getirmesinde, mahkumiyeti bu özgürlüğün kullanılmasından kaynaklanmasına rağmen, ağır suç nedeniyle ceza almış kişiler gibi davranılarak ayrımcılığa tabi tutulduğu şeklindedir.

Mahkeme, benzer durumlarda, objektif ve mantıklı bir gerekçe öne sürmeksizin farklı davranmaları halinde 14.maddeye göre hakkın yani sözleşme tarafından garanti edilen haklardan yararlanma ve farklı davranışa tabi tutulmama hakkının ihlal edildiği sonuca varmıştır. (Ağırbaşlı: 60)

AHİM ayrıca “sözleşmede garanti edilen haklardan yararlanmada farklı davranışa tabi tutulmama hakkı, bir devletin, durumları önemli ölçüde farklılık arzeden kişilere objektif ve mantıklı bir neden olmaksızın farklı davranılmadığı zaman da ihlal edilmiş olduğu” sonucuna varmıştır. (Ağırbaşlı: 60)

AHİM, 14.madde ile 9.madde arasında ilişkiyi kurmuş amacın oranlılığı tartışılmıştır. Üniformayı inançları nedeniyle red eden şikayetçiye yüz kızartıcı cürüm işleyenlerle eşit tutulması haklı bir davranış olarak kabul edilmemiştir. Hapis cezası üzerine ayrıca ikinci bir cezanın da oransız olduğunu belirlemiştir. . (Ağırbaşlı: 60) Sonuç şikayetçinin inancı dolaylı bir rol olmuştur. 14.madde yeni bir alana taşınmıştır.

Bu kararla davalı devletin şikayet pozitif (diğer mahkum olmuş suçlulardan farklı) ayrımcılığa (farklılık) tabi tutulması gerektiğinden, devletin pozitif ayrımcılığı yükümlülüğünün verildiği ortaya çıkmaktadır. (Ağırbaşlı: 61)

III.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINE EGEMEN OLAN İLKELER

1.Genel İlkeler

A)Avrupa İnsan Hakları Sözleşmenin Yorumu

Sözleşmenin yorumu, soyut normun somut olaya uygulanımında AHİM esas olarak uluslararası hukukun yorum konusundaki yerleşik uygulamalara yer verilerek anlamlandırılmış, bu bağlamda yol gösterici kural olarak Antlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi hükümleri göz önünde tutulmuştur. (bk. *Golder/İngiltere*, 21.2.1975, A18 S 29; *Ludiche Belkacem ve Koç/Almanya*, 28.11.1978, A.29, S 39; *Gözübüyük/Gölcüklü*; sh 139)

Anılan sözleşmeye göre terimler olağan anlamda ele alınmalı antlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulmalıdır.(*Gözübüyük/Gölcüklü*: sh 139)

Demir ve Baykara davasının içeriğinden şu ilkeler göze çarpar.

i) AİHS her şeyden önce insan haklarının korunmasına yönelik bir sistem olduğundan, AİHM, AİHS'yi, AİHS'de yer alan hakları teorik ve aldatıcı değil uygulanabilir ve etkili kılacak bir şekilde yorumlamalı ve uygulamalıdır. Ayrıca, AİHS bir bütün olarak ele alınmalı ve çeşitli hükümleri arasında iç tutarlılık ve uyumu teşvik edecek şekilde yorumlanmalıdır. (bkz. Diğer kararların yanı sıra, *Stec ve Diğerleri-İngiltere* (karar) (BD), no. 65731/01 ve 65900/01).

ii) Bunlara ek olarak, AİHM hiçbir zaman, AİHS hükümlerini, AİHS'yle korunan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında tek başvuru çerçevesi olarak değerlendirmemiştir. Tam aksine, Sözleşmeciler taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek olan bütün ilgili uluslar arası hukuk kural ve ilkelerini de dikkate almalıdır (Bkz. Yukarıda anılan *Saadi*; yukarıda anılan *Al-Adsani*; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi İrlanda* (BD), no. 45036/98; Viyana Sözleşmesi'nin 31/3. maddesinin (c) bendi).

iii) AİHM ayrıca, günümüz koşullarında yorumlanması gereken AİHS'nin "yaşayan" niteliğine daima atıfta bulunduğunu ve AİHS hükümlerini yorumlamasında gelişen ulusal ve uluslar arası hukuk normlarını dikkate aldığı gözlemler (bkz. *Soering-İngiltere*, 7 Temmuz 1989; *Vo-Fransa*, (BD), no.53924/00; *Mamatkulov ve Askarov-Türkiye* (BD), no. 46827/99 ve 46951/99).

iv) Üstelik, AİHM'nin *Golder* davasında belirttiği üzere, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan ilgili uluslar arası hukuk kuralları, "uygar uluslarca tanınmış olan genel hukuk kuralları"nın da içermektedir (bkz. Uluslar arası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1 maddesinin (c) bendi). Avrupa Konseyi Danışma Meclisi Hukuk Komitesi Ağustos 1950'de görevlerini yerine getirmede "Komisyon'un ve AİHM'nin bu tür ilkeleri uygulamalarının gerekeceğini" öngörmüş ve AİHS'ye bu kapsamda spesifik bir madde eklemeyi "gereksiz" görmüştür (Documents of the Consultative Committee, working papers of the 1950 session, Cilt III, no. 93, s. 982, 5. paragraf).

v) Ayrıca *Al-Adsani* kararında evrensel anlaşmalara atıfla İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesi, (Birleşmiş Milletler) İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık Dışı ve Küçük Düşürücü Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme'nin 2. ve 4. maddeleri), bunların uluslar arası ceza mahkemeleri (Eski Yugoslavya Uluslar arası Ceza Mahkemesi'nin 10 Aralık 1998 tarihli *Furundzija* Kararı) ve ulusal mahkemeler (Lordlar Kamarası'nın tek taraflı *Pinochet* davası kararı) tarafından yorumlanmasıyla, işkencenin yasaklanmasının, mutlak bir uluslar arası

hukuk normu veya *jus cogens* statüsü kazandığını ve bunu ilgili içtihadına dahil ettiğini tespit etmiştir.

vi) AİHM, bazı kararlarında, AİHS'yi yorumlamak amacıyla, bilhassa Bakanlar Komitesi'nin ve Parlamenterler Meclisi'nin tavsiyeleri ve kararları olmak üzere, Avrupa Konseyi organlarının özleri itibarıyla bağlayıcı olmayan belgelerini kullanmıştır. (bkz. Diğer kararların yanı sıra Öneriyıldız-Türkiye (BD), no. 48939/99).

AHİM sözleşmesinin “**Yasa Sözleşme**” olduğu (*Bk İrlanda/İngiltere, 19.1.1978, A24 S 239*) sözleşmenin yorumunda başlangıçta yer alan “**insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi**”, “**özgürlüklere saygılı ve hukukun üstünlüğüne**” dayalı “**gerçekten demokratik bir siyasal rejimin**” kurulma amacı göz önünde tutulmalıdır. (*Mah. K, Soezing/İngiltere 07/07/01989 A 161, S 87, 102-104*) Nihai olarak teorik hayali değil somut ve gerçekte varolan hakları korumalıdır. (*Golder/İngiltere, Koç/Almanya, Morck/Belçika devleti, Gözübüyük/Göçlülük sh 140*)

AHİM özetle sözleşme hükmünün lafzından hareket edilerek tarihi veya statik, dinamik, karşılaştırmalı veya analogik, dar veya geniş yoruma başvurarak sözleşmenin “**özel niteliği**” “**amaç ve konusu**” “**günümüz toplumunun değer hükümleri**” ihtiyaçları göz önünde tutularak “**evrimsel**” ve “**ileri götürücü**” kısaca “**ereksel**” yorumla ve sözleşmeyi uygulamıştır. (*Özellikle bk. Pretto ve Öte/İtalya 8.12.1983, A71, S 26, Gözübüyük/Gölcüklük, sh 142*)

B) “Özerk Kavramlar” Doktrini

AHİM sözleşmede yer alan kavramların dinamik ve evrensel yorumun bir sonucu olduğu, ulusal normlardan bağımsız olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir. Başka bir anlatımla ulusal mevzuatta eş adlı olsalar dahi bağımsız yorumlanacaktır. Bu yolla “**gerçek bir koruma**” ve “**Avrupa standardı**” yaratılacaktır. (*Mah. K, Nevmeister/Hollanda, 27.6.1968, A8, S 18; Wemhoft/Almanya, 27.6.1968, Gözübüyük/Gölcüklük sh 142, 143*)

Olağan anlamlarda daha çok terimlerden (*işkence, insanlık dışı muamele, kişi özgürlüğü ve güvenliği*) hukuki ve sosyolojik kavramlar cezai alanda yönetilen “**suçlama, mahkeme, kanun, yargıç, aile hayatı ve özel hayat**” gibi sosyolojik kavramlar yorumu gerektirir. Bu durumda “konunun özüne inilerek sonuca varılmaktadır. (*Ress/İngiltere, 17.10.1986, A106, S 37, Gözübüyük/Gölcüklük sh 143*)

C) Ölçülülük İlkesi

AHİM bir kararında AİHS'nin “**sınırlama**” konusunda koyduğu kriteri “**tedbirde**” ve “**müdahalede**” ölçülülük olarak ele almış; Kevtom iki ayrı ve farklı menfaat arasındaki dengeyi; ulaşılmak istenen meşru amaçla, müdahalenin gerekçesi bu amaca ulaşmak için kullanılan araç (*sınırlama getiren önlem*) arasındaki ölçülülüğü veya sınırlama ile elde edilecek genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel yarar arasındaki dengeyi veya orantıyı ifade etmektedir. (*Soezing, İngiltere, A 161, 839, Gözübüyük, Gölcüklük, sh:145*) Ölçülülük ilkesi tüm sözleşme hükümlerinin uygulanmasına egemen bir ilkedir. (*Soeting, İngiltere, 07.07.1989, A 161, 889 Gözübüyük, Gölcüklük, Sh:146*)

Ölçülülük ilkesi Türk İş hukukunda da yer almıştır. Özellikle iş sözleşmesinin işverence fesihlerinde anılan ilke göz önüne alınmaktadır. (Kılıçoğlu Mustafa: İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009, sh 278).

D) Ulusal Devletin Takdir Marjı

Sözleşmenin birinci maddesi bu belgede yer alan hak ve özgürlükleri tanımının öncelikle ve ilk aşamada sözleşen taraflara egemen Devlet makamına ait görev olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme hükümleri ikincildir. AHİM “**takdir marjı**” doktrinini Handyside/İngiltere kararında 07.12.1976 A. 24; Sözleşme ile ihdas edilen koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusundaki ulusal sistemlere nazaran ikincil nitelikte olduğunu vurguladıktan sonra gerekçesini; Devletin yetkili resmi mercileri, ülkenin yaşamsal gerçekleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olmaları nedeniyle söz konusu yaşamsal koşulların gereklerinin belirgin içeriği ve bu ihtiyaca cevap teşkil edecek “**kısıtlama**” veya “**müeyyidesi**” “**gerekli**” niteliği konusunda daha elverişli durumda ve yetkili olduğunu vurgulamıştır. (*Gözübüyük/Gölcüklü, Sh:147*)

Özetle ulusal takdir marjının anlamı, Mahkeme önünde getirilen ihlal iddiaların sözleşme açısından değerlendirilirken ulusal veya toplumsal özelliklerin ulusal sisteme ilişkin geleneklerin, değer yargılarının sözleşme ile bağdaşır şekilde göz önünde tutulmalıdır. (*Gözübüyük, Gölcüklü, Sh: 149*)

E) İspat Yükümü

AHİM, Roma Hukukundan günümüze gelen ispat yükümünün halihazır durumu değiştirme iddiasına ait olduğu kuralını yumuşatmıştır. Baktığı davalarda elindeki ispat unsurlarının tamamı incelemektedir. Hatta gerektiğinde resen delil toplayacaktır. Her öge, yalnızca kabuledirliği ve uygunluğu bakımından değil ispat gücü yönünden serbestçe değerlendirilecektir. (*Mutadis John Mutray/ İngiltere, 08.02.1996. S:44-58 Gözübüyük/Gölcüklü sh:152.*)

AHİM, böylece iddiayı doğrulayacak belgelere sahip hükümetin sahip olduğu olgusunun getirdiği adaletsizliği gidermeyi düşünmüştür. (*Gözübüyük/Gölcüklü Sh:152*)

IV. AYRIMCILIK YASAĞININ NORMATİF DAYANAKLARI VE TÜRKİYE

İnceleme konumuzun esası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 14. maddesidir. Madde metni şu şekildedir:

“Ayrım Yasağı”

“Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, özellikle cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer konjoktürler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapılmadan sağlanır.

İnsan Hakları Beyannamesinin 2. maddesinin 1. fıkrasının hükmüne sadık kalınarak formüle edilmiştir. Danimarka'nın isteği üzerine yasaklanan farklılık listesine ulusal bir azınlığa dahil olma da eklenmiştir. (*Ağırbaşı: sh 40*)

21.Yüzyılın meydan okumalarını karşılayabilmek için iş kanunlarının modernize edilmesi gerekmektedir. Türk iş kanunları da gelişmektedir. Ancak bu değişim küreselleşmenin meydan okumasına cevap vermeye hazır bir adapte edilebilen işgücünün oluşmasına yol açmıştır. Kurtuluş savaşı sonrasında erkek işgücü temini güçlüğü çekilmesiyle Türk kadınları iş piyasasına Cumhuriyetin ilk yıllarında geniş sayılarla girmiştir. Ancak 2006 verilerine göre kadınların işgücü oranı %26,7 dir. Bu oran part-time işlerde ise %58 olarak tespit edilmiştir. Ancak bu sonuçlar yanıltıcı olabilmektedir. Çünkü erkeklerle kıyaslandığında kadınların büyük çoğunluğu yerel sorumluluklardan dolayı iş aramayan konumundadırlar. (Süral Nurhan: Anti-

Discrimination Rule's And Policies In Turkey, Reprinted from, Comparative Labor law & Policy journal, Volume 30, Number 2, Winter 2009, sh 249)

Türkiye İLO'nun sekiz esas konvansiyondan eşit ücret (C100) ve ayrımcılık konvansiyonlarının ve Birleşmiş Milletlerin "Kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin konvansiyonun tarafıdır. Cinsiyet açısından eşit davranma ilkesinin anlamı, iş sözleşmelerinin içeriğinde, eklerinde, sonucunda ve iptalinde hiçbir şekilde doğrudan ya da dolaylı olarak cinsiyete ya da doğuma özel bir ayrımcılık yapılmamasıdır. Bu hususlar iş kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca eşit işe eşit ücret ilkesi açıkça 5. maddede ifade edilmiştir. Ancak cinsiyet üzerinde bu koruyucu önlemlerin uygulanması, daha düşük ücret uygulamasını dengeleyememiştir. Bu madde performans ve tecrübeden kaynaklı farklı ücret uygulaması yapılmasına engel değildir. (Süral: sh 251)

İş piyasasının yetersizlikleri kadınları erkeklere oranla daha rasyonel olarak işi bırakıp çocuklarına ya da başkalarına bakmaya yönlendirmektedir. Analık izni, eş durumu, doğum sebebiyle işten çıkma ve çıkarılmalar bu hususun farklı görünümüdür. (Süral: sh 252)

AB nin 96/34/EC sayılı 03/08/1996 tarihli ebeveyn iznine ilişkin çerçeve anlaşmasına ilişkin direktifinde üye ülkelerin çalışan anne ve babaya iş hayatında ebeveyn izni (çocuk 8 yaşına gelene kadar anne ve babanın 3 aya kadar kullanma hakkına sahip olduğu izin) verilip verilmeyeceği hususunda karar alınmıştır. (Süral: sh 253)

Türk İş Kanunu'nda hamilelik sebebiyle bir kadın işçinin iş akdinin fesh edilmesini yasaklamıştır. Hamile işçinin iş akdini haksız fesheden işveren daha fazla miktarda tazminat öder. Normal iş güvencesine sahip işçiye işveren ihbar önelinin 3 katı tutarında kötü niyet tazminatı öder. Eğer işe iade hükümleri kapsamındaki bir işyerinde çalışıyor ise bu sefer işverenin ödeyeceği tazminat işçinin 4 ila 8 aylık ücreti tutarında olacaktır. Kıdem tazminatı her halükarda işçiye ödenecektir.

Türk iş kanununda işyerinde cinsel taciz bir haklı fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. İşvereni, bir başka işçi ya da işyerinde 3. kişi tarafından cinsel tacize uğrayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenlerle fesh edebilir.

İş Kanununun kadın işgücünün katılımı hususunda önemli bir etkisi vardır. Ebeveyn izni, işçiler için çocuk bakımı olanaklarının sağlanması, esnek çalışma saatleri ya da hasta aile fertlerine bakım için izin verilmesi gibi aile dostu politikalar, ebeveynlerin morallerinin ve çalışma bağlılıklarının artmasına yardımcı olabilir.

Bu da ebeveynlerin ailevi sorumlulukları ile iş ücretlerini daha kolay dengelemelerini sağlayarak, üretkenlik üzerinde olumlu bir etki yaratabilir. (Süral 255,256)

A. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Eşit Davranma İlkesinin (İş K. M.5) İrdelenmesi.

aa) 1982 Anayasa' sının "Kanun Önünde Eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesine göre:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin 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. Bu madde "genel eşitlik ilkesidir". Keza eşitlik kavramı başlangıç ilkelerinde de yer almıştır. Özellikle son fıkrada Devlet organları ve idare makamlarına kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket edilmesi emredilmiştir.

Anayasanın 10. maddesinin mutlak *eşitlik mi yoksa nispi eşitlik mi* kastettiği tartışmalıdır. Ancak Anayasa Mahkememizin değişik tarihlerde verdiği bir kararında Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitliğin mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada *haklı nedenlerin* bulunması halinde farklı uygulamalara imkan veren bir ilke olduğu (11.12.1981 gün 1986/29) ifade edilerek nispi eşitlikten yana tavır almıştır. (Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2000, s.184).

Yeni iş Kanununun beşinci maddesi Anayasanın 10. maddesinin *çalışma ilişkisine* ilişkin somut bir uygulamasıdır.

Maddenin ilk fıkrasındaki “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” ifadeleri öncelikle AY. M 10’a paralel özellik taşımaktadır. Öte yandan farklı cinslerin eşit haklara sahip olma ilkesini gerçekleştirme, yolundaki uluslar arası sözleşme ve tavsiye kararlarına uygun genel bir çerçeve çizilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 23. maddesine göre, herkesin çalışmaya, işini serbestçe seçmeye adaletli ve elverişli çalışma koşullarına ve işsizlikten korunmaya hakkı olduğu, *herkesin* hiçbir ayırım gözetilmeksizin eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hak kazandığı vurgulanmıştır. (Gören-Atasoy, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna göre

Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali. Ankara 1991, s 134, 135). 23.3.1973 de yürürlüğe giren "Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesinin" ikinci maddesi ile genel ayırım yasağı konmuş ve "ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer herhangi bir görüşünden dolayı kişiler arasında ayırım yapılması" yasaklanmıştır {Gören - Atasoy, s 134}. Üçüncü maddesinde ise *Kadınlar* açısından özel bir ayırım yasağı getirilmiştir. Buna göre adaletli ve uygun çalışma koşulları özellikle kadın ve erkek arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit değerde iş için eşit ücret, sağlıklı çalışma koşulları, meslekte eşit ilerleme sağlanması belirtilmiştir. {Gören -Atasoy, s 134}. *Avrupa insan Hakları Sözleşmesinin* dördüncü maddesinde eşit değerde iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret hakkı tanınması hususu düzenlenmiştir (Tuncay C.A., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s 244).

Nihai olarak "Eşit Değerde İş İçin Erkek Ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki" 100 sayılı Uluslar arası Sözleşme Önemli bir adım olmuştur. Sözleşmenin Türkiye tarafından onayı 13.12.1966 (tarihinde olmuştur. Sözleşmenin birinci maddesinin (a) fıkrasında, ücret kavramı olarak kök ücret ve sağlanan bütün diğer menfaatleri içine alarak geniş anlamdaki ücreti kabul etmiştir, (b) fıkrasında ise "*Eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği*, deyimini *cinsiyet esasına* dayanan bir ayırım gözetilmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret halleri" olarak ifade etmiştir. Maddenin temel ölçülü *eşit değenle iş* kavramıdır. Üçüncü maddesinde işlerin *objektif değerlendirilmesi* esas alınmıştır. Başka bir anlatımla millî mevzuatla kurulmuş ücret düzeni ve toplu iş sözleşmelerinde objektif değerlendirme aranacaktır.

İkinci fıkrada, ayrımcılığın diğer bir şekli üzerinde durulmuştur. Buna göre; *işveren, esaslı sebep olmadıkça, ram süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farkı işlem yapamaz.*

Dikkat edilecek olursa yasak koyucu "esaslı sebepler olmadıkça" (*essential reasons*) ayrışık {istisna} düzenlemesi bulunmaktadır. Tersî yorumla esaslı sebepler var ise farklı işlem (different treatment) yapabilecektir.

Esaslı sebeplerin ne olduğu İse üçüncü fıkradan çıkarabiliriz.

İkinci fıkraya dönersek burada yasa koyucu *kısmi süreli* ve *belirli süreli* işçiyi korumaya çalışmıştır. Bu nedenle de ölçül olarak *kısmi süreli (part- time)* çalışan için *tam süreli (full*

time); belirli süreli (definite period) çalışan işçi için belirsiz süreli (indefinite period) işçiyi ölçü almıştır.

Bu yolla farklılık anlaşılacaktır. Maddenin bu Kanunun 99/a maddesindeki yaptırımla kuvvetlendirilerek *buvurucu niteliği ve kamu düzeninden* olduğunu unutmamak gerekir.

Üçüncü fıkrada, eşit davranma ilkesinde ayrıntıya girilmiştir. Şöyle ki: "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz."

Fıkranın ilk sözcüklerinde işverene eşit davranma ilkesinden doğacak sorumluluğa hukuka uygunluk nedeni getirmiştir. Buna göre işveren "*biyolojik veya işin niteliğine* ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" diğer bir anlatımla zorunlu sebepler var ise doğrudan veya dolaylı farklı bir işlem yapabilecek.

1982 Anayasasının 50. maddesinin ilk fıkrasına göre; "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz." Yeni İş K, 5 / f. 3. AY. m 50/ f.1'e paralel yorumlanmalıdır. Ölçüt olarak kadının o işte çalışmasının onu *biyolojik* açıdan mağdur edecek *yoğunlukta* olup olmaması olarak ele alabiliriz.

Başka bir anlatımla dolaylı bir yasak getirilmiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin süreklilik kazanan İçtihatlarına göre; prensip olarak Eşit Haklara Sahip Olma ilkesi cins farklılığının hukuktaki ayrımlara yansımaları yasaklar ise de; yasak o zamanki yaşam koşullarının **içeriği** itibariyle kadın ve erkek arasında ayırım yapan objektif, biyolojik ve fonksiyonel (iş bölümüne dayalı) farklılıklar bakımından yapılacak düzenlemeleri engellemez (B Verg GE 10, 59,73 vd = NJW 1959, 148 vd; Gören - Ataysoy, s (92).

İsviçre Federal Mahkemesinin yön gösteren bir kararına göre, eğer cinsler arasındaki biyolojik veya fonksiyonel farklılıklar eşit bir uygulamayı mutlak suretle yasaklıyorsa *Eşit Haklara Sahip Olma ilkesinin* istisnalarına izin verilir (BGE 108, a 29; 108 a 133 = ZBL 84; 1983 s 242; Gören - Ataysoy, s 38).

Farklı işlemler, (*discrimination*) fıkraya göre; iş sözleşmesinin yapılması, koşullarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesi olarak sayılmıştır. Başka bir anlatımla iş ilişkisinin her aşaması bu kapsamdadır.

Son olarak *cinsiyet!* ve *gebelik* nedeniyle farklı işlemlerin yapılamayacağı vurgulanmıştır. Diğer bir söyleşiyle *yasaklanmıştır*.

Maddenin *dördüncü* fıkrası aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılanız yasağını getirmiştir. Bu fıkra *cinsiyete dayalı ayrıma yasak* getirmiştir. Yukarıda etraflıca söz edildiği gibi 10 Sayılı Uluslar arası Sözleşmenin ilk maddesinin (b) fıkrasına ve ikinci maddenin birinci fıkrasına uygun bir düzenlemedir. *Bu fıkra getirdiği yasak ile kadın işçiyi kendisine dahi korumuştur*.

Maddenin *beşinci* fıkrasında; "işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz" ifadesi bulunmaktadır, İş Kanunu m 74 ile tanınan "Analık halinde çalışma ve süt izni", ...yararlanılması nedeniyle daha düşük ücret verilemeyecektir.

Altıncı fıkrada beşinci maddenin önceki fıkralarına aykırılık halinde uygulanacak müeyyide belirlenmiştir. İşveren bu eşit davranma (*equal treatment*) ilkesine aykırı davranışı nedeniyle işçiye "dört aya kadar ücret tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir".

Dört aylık tazminat, tazminatın tepe noktasıdır. Alt sınır belirtilmemiştir. İlâveten yoksun kaldığı hakları alır ifadesi kanunca, çalışması var sayılarak elde edeceği hakları kapsar. Başka bir anlatımla emsali dikkate alır. Anılan tazminat *bir anlamda ücret / asıl ücret / kök ücret* olup prim, ikramiye, ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil olmamaktadır.

Öte yandan bu Kanunun 99.maddesi de ayrı bir yaptırım getirmiştir.

Altıncı fıkranın son cümlesi 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümlerini saklı tutmuştur. Başka bir anlatımla 31. maddenin koşulları var ise yukarıda belirtilen tazminat ve haklara 31. maddedeki tazminatlar *ilave* edilir.

Maddenin *son fıkrası* ispat yükümlülüğünü vermiştir. Buna göre, ilk olarak fesh bildirimine itiraz ve usulü düzenleyen 20. madde ayrı tutulmuştur. Çünkü konu itibariyle 20. madde kendine özgü düzenlemeleri bulunmaktadır.

20. maddenin dışında İş Kanunu beşinci maddesinin içeriğini ortaya koyduğu "Eşit davranma ilkesine" işverenin davranışı hallerinin ispat yükü *davacı işçiye* ait olmaktadır. Kanımca madde ağırlıklı, olarak *cinsiyet ayrımını* işleyişi nedeniyle ispat kolaylığı davacı işçidedir. Öle yandan işçi bir *ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir* durumu ortaya getirmesi durumunda, ihlalin mevcut olmadığını ispat yükümlülüğü *davalıya* düşmektedir.

ispat yükümlülüğüne ilişkin fıkradaki düzenlemeler gerekçede de vurgulandığı gibi 97 / 80 sayılı Direktif hükümlerine uyumu sağlar niteliktedir.

bb)Türk Ceza Kanunu Açısından Yaklaşım.

Yeni Türk Ceza Kanununun (YTCK) 122. maddesine göre; kişiler arasında dil, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak kişinin işe alınmasını ve alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan *altı aydan bir yıl'a kadar hapis* veya adli para cezası verilir.

Maddenin gerekçesinde amacın vatandaşlar çeşitli etmenlere dayanan *grup mensubiyeti nedeniyle* ayırım yaptırmamaktır.

Maddedeki yukarıda sayılan haller söz dizimi ile maddenin ilk fıkrasına gönderme yapılmaktadır.

122. maddeye aykırılık da yalnız düşünce yeterli değildir. Eylemin gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin işe almama olgusunun gerçekleşmesi gerekir. Öte yandan *manevi unsur* olarak ayrımcılık yapmanın özel kastının bulunması gerekir. (Şen; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2006, sh. 515,516; Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artaç, Mustafa: Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, sh 3864)

İş Kanununun eşit davranma ilkesi altında belirtilen bu hususlar , 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/541 EC sayılı istihdam ve İş Dair Hususlarda Kadın ve Erkeğe Eşit Fırsat ve Eşit Muamele İlkesinin uygulanmasına ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifinin (Çatı Direktifi) ilgili hükümleri ile karşılaştırıldığında bazı eksikliklerin giderilmesi gerekir. Bunlardan bazıları ;

-Yaş, özürllülük, *etnik köken, cinsiyet değişikliği, cinsel yönelim temelinde* de ayrımcılığın yasaklanması ;

-Eşit muamele ilkesine yalnızca iş ilişkisinde değil, *işe ve mesleki eğitime başvuru, terfi, çalışma koşulları, mesleki rehberliğin her çeşidi ve düzeyi, staj dahil olmak üzere meslek eğitimi* ve yeniden eğitim hususlarında yer verilmesi;

-*Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlanması;*

-*Ayrımcılığa uğrayan kişinin yanı sıra onu savunan veya onun lehine tanıklık eden kişi(ler) in de aynı korumadan yararlanması;*

-Daha etkin bir koruma sağlamak amacıyla *derneklerin, organizasyonların ve diğer tüzel kişilerin ilişkin idari ve yargısal usullerin* uygulanması sürecine dahil edilmesi;

-Sosyal ortakların işyerinde cinsiyet temelinde ayrımcılık biçimlerini belirleyerek ayrımcılıkla mücadele konusunda sosyal diyalog geliştirmelerinin teşviki;

-Eşit muamele ilkesini destekleme, gözetleme, analiz etme, teşvik etmeyle *görevli kurum veya kurumların oluşturulması* (Süral, Nurhan: 2010 yılında Çalışma Yaşamında Kadın- Erkek Eşitliğinde Neredeyiz?)

cc)İşyerinde Cinsel Taciz, Taciz ve Psikolojik Taciz:

13.12.1984 tarih ve 84/635/EEC sayılı Kadınlar İçin Olumlu Eylemin Geliştirilmesi Konsey Tavsiye Kararı, Avrupa Parlamentosunun 11.06.1986 tarihli Kadınlara Karşı Şiddet Hakkında Kararı, 29.05.1990 tarihli İşte Kadın ve Erkeğin Haysiyetinin Korunması Konsey Sonuç Kararı, 27.11.1991 tarihli İşte Kadın ve Erkeğin Haysiyetinin Korunması Komisyon Tavsiye Kararı ve Uygulama Kodu, 27.11.2000 tarihli istihdamda ve İşte Eşit Muamele İçin Genel Çerçeve Direktifi, 05.07.2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı çatı Direktif, işyerinde taciz ve cinsel taciz konusundaki başlıca düzenlemelerdir. Konuyla ilgili açıklamalar tarih itibariyle en yeni olan Çatı Direktif çerçevesinde yapılacaktır. Çatı Direktife göre, taciz ve cinsel taciz kadın ve erkeğe eşit davranma temel ilkesine aykırıdır ve cinsiyet temelinde yapılan ayrımcılıktır (m. 2/1 (2)). Cinsiyet değiştirme nedeniyle yapılan ayrımcılık da bu kapsamdadır. Taciz, kişinin cinsiyeti ile ilgili onur kırma amaçlı veya böyle bir etkiyi haiz, aşağılayıcı, küçültücü, hasmane ve tehditkâr ortam yaratan istenmeyen tutumdur. Cinsel taciz ise, cinsel nitelikli, sözlü veya sözsüz veya fiziki, kişinin onurunu kırma amaçlı veya böyle bir etkiyi haiz, aşağılayıcı, küçültücü, hasmane ve tehditkâr ortam yaratan istenmeyen tutumdur (m.2/1(1)). ‘Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık’, ‘cinsel taciz’, İş Kanunu’nda kullanılan fakat tanımlanmayan kavramlardır. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı 2008-2013 İş Kanunu’nun revize edilerek toplumsal cinsiyet kavramlarının Kanuna dâhil edilerek tanımlanmasını, işgücü piyasasında cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi eylem stratejileri arasında saymaktadır. (Süral, 2010 Yılında Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğinde Neredeyiz.)

Örneğin işyerinde işverenin kadın işçilerin bulunduğu bir ortamda kadınların işe yetkin olmadığı, kazaları çalışmadığı vs. gibi. Sadece kadının kadın olmasından dolayı yapılan aşağılayıcı genellemeler dahi taciz görünümündedir. (contrived resignation).

Cinsel taciz, kadın işçiyi rahatsız edici bakmak, ıslık çalmak, teşhircilikle dokunma olarak sayılabilir.

Cinsel saldırı ise tamamen bunlardan farklıdır. Eylemli bir saldırı söz konusudur.

İş Kanunu m.24 II/b de “işveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunulursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa” işçiye fesih hakkı vermektedir.

Keza m. 24 II/ d “işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa” işçiye yine fesih hakkı vermektedir.

Görülebileceği üzere madde de “cinsel taciz” kavramı tanımlanmamıştır.

İş Kanununun 25. maddesinde de “işçinin işvereni başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması” işverene iş sözleşmesini fesih hakkı vermektedir.

Türk Ceza Kanunu m. 102 de cinsel saldırı, 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı 105. madde cinsel tacizi tanımlamaktadır.

105. maddeye göre, Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.(m.105/f.1) Eğer eylem aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlendiği takdirde ilk fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır. Mağdur bu nedenle işi bırakması durumunda verilecek ceza bir yıldan az olamaz. (m. 105/f.2)

105. maddenin cinsel tacizi tanımlamayışının Anayasa aykırılık iddiası 25.02.2010 tarih 55/41 sayılı kararla ret edilmiştir. AYM. Cinsel saldırı ve cinsel *istismar boyutuna ulaşmayan cinsel amaçlı rahatsız etme fiil olarak tanımlanmıştır.*

B) İş Kanunundaki Ayrımcılığı Gideren diğer Normatif Düzenlemeler.

a) Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları.(İş K.m.11)

II. maddenin dayanağı "158 Sayılı Uluslar arası Çalışma Sözleşmesi" ve ETUC, UNICE ve CEEP arasında süreli çalışma hakkında bağtlanan çerçeve sözleşmesi İle ilgili 28 Haziran 1999 tarih ve 1999 / 70 / EC Sayılı Konsey Direktifidir.

158 sayılı Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Bu sözleşmenin koruyucu hükümlerinden kaçınmak amacıyla *belirli süreli* iş sözleşmesi yapılmasına karşı yeterli güvenceler alınmalıdır" ibaresi bulunmaktadır.

1999 / 70 Sayılı Direktifin 1/b maddesinde birbiri peşi sıra defalarca süreli iş sözleşmesi yapılması veya İstihdam ilişkisi kurulmasından kaynaklanan istisnayı önlemek için genel bir çerçeve oluşturulması gereği vurgulanmıştır.

Direktifin 3/1 de. bu sözleşme bağlamında belirli süreli sözleşmeyle çalışan *işçi*, işveren ve işçi arasındaki *belli bir güne kadar sürdürülmesi* veya *belli bir- işin tamamlanması* veya *belli bir olgunun ortaya çıkması* gibi *nesnel koşullara bağlı* olarak *biten* iş sözleşmesine sahip kişi olarak tanımlanmıştır.

Direktifin 5. maddesinde, birbirini takip eden belirli süreli, iş sözleşmeleri veya iş ilişkisinden kaynaklanan istismarın önlenmesi için, İstismarı Önleyecek yasalar yok ise üye Devlet sosyal taraflara danıştıktan sonra ulusal yasalar, toplu sözleşmeler veya uygulamaya göre sosyal tarafların belli bazı sektörlerin veya işçi kategorilerinin ihtiyaçlarını dikkate alarak bazı tedbirlerin bir veya birkaçını alabileceği İfade edilmiştir. Buna göre, bu türden sözleşme veya iş ilişkilerinin *yinelenmesini haklı kılacak nesnel gerekçeler tespit edilmesi* (m 5 / 1.a.a); *yinelenen belirli süreli iş sözleşmesi* veya *is ilişkilerinin azami toplam süresinin belirlenmesi* (m 5 / 1.b.b); bu türden sözleşme veya iş ilişkisinin *kaç kez yinelenebileceğinin belirlenmesi* (m 5 / 1.c.c); sosyal taraflara danıştıktan sonra Üye Devletler ve / veya sosyal taraflar elverişli olan durumlarda belirli süreli iş sözleşmesi veya iş ilişkisinin yinelenmiş (m 5 / 2.a.a); süresi belirlenmemiş (süreklili) iş sözleşmesi veya iş ilişkisi sayılacağına ilişkin koşulların belirleneceği vurgulanmıştır.

Öte yandan işverenlerin mümkün olduğunca belirli süreli işlerde çalışan işçilerin becerilerini geliştirebilecekleri eğitim programlarına, meslekte ilerleme ve meslek değiştirme fırsatı bulabilecekleri programlara katılabilmelerini sağlayacakları ifade edilmiştir (m 6/2.2). ■

Hükümet Gerekçesinde de yukarıda sözü edilen normlara değinilmiştir.

İlk fıkrada, İş ilişkisinin *bir süreye bağlı olarak yapıldığı* hallerde sözleşmenin *belirsiz süreli (indefinite term)* sayıldığı ifade edilmiştir. Bu anlatımdan şu anlaşılır: *Bir süreye bağlı olarak yapılan sözleşmeler belirli süreli iş sözleşmesi (definiteterm)* sayılır. Ancak bu tereddütsüz kabul edilmemelidir. Nitekim ilk fıkra devamında, *belirli süreli işlerde* veya *belli bir işin tamamlanması* veya *belli bir olgunun ortaya çıkması* gibi *objektif koşullara (objective conditions)* bağlı olarak ... "sözcükleri ile getirilen kriter sonucunda " işveren ile işçi arasında *yazılı şekilde* yapılan iş sözleşmesi *belirli süreli iş sözleşmesidir.* " Başka bir anlatımla iş; ya belirli süreli veya belli bir işin tamamlanması niteliğinde veya belirli bir olgunun ortaya çıkması sonucu oluşmuş ise belirli süreli sözleşmeden söz edilebilecektir. Tek başına süreli bir sözleşme ona bu niteliği kazandırmaz.

Dikkat edilecek bir konu yukarıda sözü edilen olguların sınırlı olmadığıdır. Çünkü "gibi" sözcüğü genişletici niteliktedir. Öte yandan gerekçede de ifade edildiği üzere bir iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabulü için "işin niteliği" ve "amacı" gibi *objektif Ölçütlere* dayalı şekilde sonuca gidilmek gerekir. Nitekim Borçlar Kanununun 340, maddesinde bir *hizmet akdi /iş sözleşmesinde* bir süre belirlenmez ve böyle bir süre, işin *maksut olan amacından** anlaşılmazsa ifadesi ile belirli süreli iş sözleşmesi kriterini ortaya koymuştur. Yargıtay 9.HD'nin içtihatları da bu yolda idi. 1999 / 70 sayılı Direktif ve gerek iç hukukumuzdaki normlar aslolanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu vurgular. Dolayısıyla bir iş sözleşmesinin belirli süreli olduğunu *iddia eden taraf ispat ile yükümlü* olacaktır. Sözleşmenin yazılılık koşulu bir *ispat kolaylığı* sağlar *geçersizlik* nedeni değildir.

İkinci fıkrada, belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça birden fazla *Üst üste (repeated)* zincirleme (*Chain*) yapılamayacağı aksi halde iş sözleşmesinin *başlangıçtan* itibaren belirsiz süreli kabul edileceği vurgulanmıştır.

Gereğede vurgulandığı üzere belirli süreli bir İş sözleşmesi *süre* veya *objektif koşulların* bitimiyle sona erer. Artık süre bir gün geçse dahi sözleşme belirsiz hale gelir. Böyle bir sonucun ayrıklı hali (istisnası) "esaslı neden" kavramıdır. Esaslı neden (*essential reason*) kavramından anlaşılacak anlam *kanımızca* şudur. Örneğin belirli bir işin tamamlanması için yapılan bir belirli bir iş sözleşmesi işin tamamlanması ile sona erer. Eğer işveren aynı işçi ile başka bir işin *tamamlanması / belirli bir olgunun ortaya çıkması* durumunda yeniden belirli süreli bir sözleşmesi başka bir anlatımla ikinci bir belirli süreli iş sözleşmesi yapabilir. Böyle bir sözleşme ilk ve ikinci sözleşmeyi belirsiz hale getirmez. Ancak ikinci sözleşme işin niteliği ve amacı, belirli bir sözleşmenin yapılmasını gerektirmiyor ise böyle bir durumda yapılan her iki sözleşme belirsiz süreli sözleşme haline gelir. Başka bir anlatımla işçi ile yapılan ilk sözleşme başlangıcından itibaren belirsiz, süreli çalıştığı varsayılır. Bu yolla *sosyal yönden işçi korunur*. Belirsiz sözleşmenin İşçiyi feshe karşı koruyucu hükümler ve diğer normlardan yararlanma olanağı sağlanır.

Öte yandan ikinci bir sorun işçinin niteliğinin sözleşmenin belirli bir süreli yapılmasında ölçüt olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. *Kanımızca* işçinin niteliğinin bu konuda Önemi olmamaktadır, İşin *niteliği* ve *amacı* Öncelik taşır.

Bir diğer sorun belirli süreli bir sözleşmenin *susma / zimmi / Örtülü* olarak uzayıp uzamayacağıdır. Eski Yasa zamanında BK m 339 a göre belirli bir sözleşme bir yıl için yenilenmekte idi. *Kanımızca* 4857 sayılı İş Kanununda böyle bir uygulamaya izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. "Esaslı neden" kavramı kriteri önem taşır. Örneğin, yapılan bir belirli bir iş sözleşmesi sözleşmenin bitimiyle artık belirsiz hale dönüşür.

Kanımızca belirli süreli bir sözleşmenin ilk yapılışında objektif koşullar, işin amacı ve niteliği gibi Ölçütlere gidilmemelidir. Belirli süreli bir sözleşme ilk defa yapılmış ise sorun olmamalı. Ancak *ikincinin yapılması* yada *susma* ile uzaması durumunda *başlangıçları* itibaren sözleşme belirsiz süreli kabul edilmelidir. Böyle bir çözüm uygulamada rahatlık sağlar.

*Üçüncü fıkra*da, esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri (*chain contracts*), belirli süreli olma Özelliğini (*status*) koruyacağı vurgulanmıştır. İkinci fıkrada aynı olguya yer verilmiştir. "Zincirleme sözleşme" kavramı eski Kanun zamanında yapılan uygulamalarda belirli süreli sözleşmelerin kötüye kullanılması karşısında getirilen bir kavramdı. (*Bkz.Çenberci*, s 266 ve orada gösterilen içtihatlar). Yeni Kanunda *birden fazla üst üste* yapılan sözleşmeler zincirleme sözleşme olarak tanımlanmıştır. Zincirleme sözleşme yapılıp yapılmama kriterleri verilmiştir.

b)Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmesi (İş K. m.13)

UNICE, CEEP VE ETUC tarafından bağitlanan "Kısmi Süreli Çalışma Çerçeve Sözleşmesi" ile ilgili 15 Aralık 1997 Tarih ve 97/81/EC Sayılı Konsey Direktifi Çerçeve Sözleşmesinin uygulanması, Sosyal Politika Sözleşmesinin birinci maddesindeki hedeflere ulaşılmasına katkıda bulunulacağını komisyon önergesinde belirtmiştir. Bu doğrultuda direktifin amacının, bütün iş kollarını kapsayan örgütler tarafından (UNICE, CEEP ve ETUC) bağitlanan Direktif ekindeki 6 Haziran 1997 tarihli Kısmi Zamanlı Çalışma Çerçeve Sözleşmesini uygulamaya koymak olduğu vurgulanarak kabul edilmiştir.

"Kısmi Süreli Çalışma Çerçeve Sözleşmesi"nin "Genel Mülahazalarda işverenlerin ve çalışanların isteklerini ve de rekabetin gerekçelerini karşılayacak tarzda daha esnek iş organizasyonu yoluyla istihdam yoğun büyümei arttıran amaç edinilmesi vurgulanmıştır (4).

Öte yandan bu sözleşmenin taraflarının, işletmelerinin gelişmesine de yardımcı olacak şekilde, gerek işverenlerin gerek işçilerin birlikte-karşılıklı yararı için *kadın ve erkeklerin; emekliliğe* hazırlanmak iş ve *aile yaşamlarını* uyumlu hale getirmek ve kendi *becerilerini* geliştirmek, *kariyer* fırsatlarından yararlanmak amacıyla, *eğitim* ve *Öğretim* imkanlarından *yararlanma* ve kısmi süreli çalışma olanaklarına erişebilmelerini kolaylaştıracak önlemlere önem verilmesi ifade edilmiştir (5).

Diğer önemli bir konu da sözleşmenin Topluluk ekonomisinin rekabet gücünü arttırmak, *küçük ve orta ölçekli işletmelerin* kuruluş ve gelişmelerini engelleyecek idari mali ve yasal zorluklar empoze etmekten kaçınmak İçin, sosyal politika gerekleri dikkate alınarak (7.) çerçeve anlaşmasının imzalandığı ifade edilmesidir.

"Kısmi Süreli Çerçeve Sözleşmesi"nin amacı *birinci* maddede vurgulanmıştır. Buna göre kısmî süreli çalışan işçilere yönelik *ayrımçılığı* ortadan kaldırmak ve kısmi süreli çalışmanın

niteliklerini geliştirmek (La); kısmi süreli çalışmanın geliştirilmesini isteklilik esasında kolaylaştırmak ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde çalışma sürelerinin esnek bir şekilde düzenlemesine katkıda bulunmak hedeflenmiştir.

Sözleşmenin *ikinci* maddesinde kapsam belirlenmiştir. Öncelikle sözleşmenin kısmi süreli işçilere uygulanacağı vurgulanmıştır. Ancak, kendi yasalarına uygun olarak üye devletler *sosyal taraflara (uygun düzeyde yeri olan)* danıştıktan sonra, *nesnel gerekçelere* dayanarak, zaman zaman kısmi zamanlı çalışan işçilerin tamamı veya bir kısmının bu sözleşme dışında tutulabileceği bu tür ayrıklığın, söz konusu nesnel gerekçelerin geçerliliğini koruyup korumadıkları tespit edilmek üzere dnemsnel olarak gözden geçirileceği ifade edilmiştir.

Sözleşmenin 3. maddesinde tanımlara yer verilmiştir. Bu sözleşme bağlamında kısmi süreli çalışan işçi; karşılaştırılabilir bir tam zamanlı işçinin normal çalışma saatlerinden; haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında, *normal çalışma saatleri daha az olan çalışandır.*(m 3/1.)

"Karşılaştırılabilir tam süreli işçi"; Aynı işletme / işyerinde kıdem / diploma / yetenek gibi diğer etmenler dikkate alınarak, aynı [ipte iş sözleşmesi olan veya istihdam ilişkisi içinde bulunan *aynı* veya *benzer bir iş / meslekle uğraşan tam süreli çalışandır.* Karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi *olmadığı* durumlarda karşılaştırma, *uygulanan* toplu sözleşme referans alınarak yapılır veya uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise ulusal mevzuat, *diğer* toplu sözleşmeler ve uygulamalar esas alınacaktır (m 3/2.).

Sözleşmenin 4. maddesi "ayrımcılık yapmama İlkesi "nı ortaya koymaktadır. Özellikle istihdam Koşulları bakımından farklı işlem / davranış için *nesnel gerekçeler yoksal*, kısmi süreli çalışan işçiye sadece kısmi süreli çalışmasından ötürü karşılaştırılabilir tam süreli işçinin gördüğü *işlem /davranış / haklardan* daha az haklar verilemez (m 4/1.).

Nesnel gerekçeler yok ise *alışılan süreye oranlı haklar* verilecektir(m 4/2.).

Sözleşmenin 5. maddesinde ayrımcılık yapmama İlkesi daha da somutlaştırılmıştır. Bir işçinin; *tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçiş veya tersi yönde bir değişikliği reddetmesi*; ulusal mevzuat, toplu sözleşme ve uygulamaya dayalı olarak, Örneğin; ilgili kuruluşun operasyonel (işyeri organizasyonu) gibi diğer sebeplerden kaynaklanan sona erdirmeye zarar vermeksizin, o işçinin istihdam edilmiş olma halinin *sona erdirilmesi* için geçerli bir neden oluşturmayacağı vurgulanmıştır (5/2.).

Bu bağlamda işverenlere şu konularda ödev yüklemiştir: Işilerin, işyeri / işletmede boş / uygun yer olduğundan, lam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçme isteklerini dikkate alma (m 5/a); olanaklı ise işçilerin, çalışma sürelerini arttırma veya kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçme taleplerini göz Önünde bulundurulur (m 5/b);kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya veya tersine geçişleri kolaylaştırmak için, kısmi ve tam süreli boş / uygun işlerin zamanında duyurulması (m 5/c), öte yandan kalifiye elemanlar ve yönetici pozisyonları dahil, her düzeyde kısmi süreli çalışmaya geçmeyi *kolaylaştırıcı* ve uygun olan durumlarda kısmi süreli çalışan işçilere, mesleki seyyaliyet ve kariyer yapma fırsatı yakalayabilmeleri için mesleki eğitime erişimlerini kolaylaştıracak önlemler alma(m 5/d) son olarak da kuruluşlardaki açık kısmi süreli işler hakkında mevcut *işçi temsilciliklerine* doğru bilgi sağlanması düzenlenmiştir.

İlk fıkrada, kısmi süreli (*part-time*) iş sözleşmesi *tanımlanmıştır.* Buna göre ; işçinin *normal haftalık (normal week!y) alışma süresinin* tam süreli (*full time*) iş sözleşmesiyle çalışan *emsal işçiye (comparable employee)* göre *önemli ölçüde (considerable)* daha az belirlenmesi durumunda kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilebilecektir.

Tanım bazı ölçütlere yer vermiştir. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesi *haftalık* ele alınacaktır. *Normal* alışma süresi emsal alınacaktır. Tam süreli çalışmaya göre *önemli ölçüde daha az* alışma süresi belirlenecektir. *Hükümet Gerekçesinde* bu *tam sürenin üçle ikisinden az* olmak üzere bir çalışma olacaktır. Haftalık alışma süresi kırk saat ise otuz saatin altında bir haftalık çalışma olacaktır.

İkinci fıkrada, ayrımcılık engellenmiştir. Bir yandan da istisnası (ayrık hali) gösterilmiştir. Fıkranın *ilk cümlesinde* kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, *ayrımı haklı kılan* bir neden (*justifiable cause*) olmadıkça tümcesi ister istemez haklı neden nedir? Sorusunu akla getirir. Gerekçede ifade edildiği gibi *kısmi süreli çalışma tam süreli çalışma ile özdeş değildir.* Aksi halde bu tür bir düşünce adaletsizlik doğurur. Tam süreli çalışmaya göre düzenlenen *hafta tatili* ücretinden kısmi süreli çalışanlar yararlanamaz. Öğleden sonra çalışan işçi için sabah çalışanlara özđü servis aracından, yararlanamaz. Bu tür örnekler de ayırım haklıdır.

İkinci fıkranın *ikinci cümlesinde*, *kısmi süreli çalışan işçinin ücret (wages) ve paraya (monetary) ilişkin bölünebilir menfaatleri (divisible benefits), tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı (proportinote) olarak ödeneceği* vurgulanmıştır. Ancak, örneğin *bildirim süreleri* gibi haklarda ayırım yapılamaz.

Menfaatler *bölünebilir* nitelikte olacaktır. Ücret ve paraya ilişkin ifadesi, ücretin İş Kanununda (m 32 vd.) ifadesini bulan genel anlamda ücret anlaşılır. Para ise menfaatin son şeklidir. Başka bir anlatımla paraya dönüşebilen haklar söz konusudur. Örneğin İşveren yakacağı ayında verebilir. Para olarak da verebilir. Kısmi çalışma durumunda lam süreli çalışana göre oranlanacak yakacak verilmez ise bir dava durumunda para olarak alınacaktır. Yakacak yardımı para ile belirlenmiş ise oranlama daha da kolaylaşacaktır. Oranlama ikinci cümlede belirtildiği gibi *lam süreli çalışan emsal işçiye göre* yapılacaktır.

Üçüncü fıkranın ilk cümlesinde 1997/81 sayılı Direktife paralel *emsal işçi (compamble employee)* tanımı yapılmıştır. Buna göre *emsal İşçi*, işyerinde *aynı veya benzeri işle lam. süreli* çalıştırılan işçidir.

ikinci cümlede emsal işçi bulunamaması durumuna çözüm getirilmiştir. Buna göre *o işkolunun* koşullara uygun işyerinde *aynı veya benzer işi* üstlenen *lam süreli iş sözleşmesiyle* çalıştırılan işçi esas alınacaktır. Hükmü ayrıştırarak *aynı işkolu* olacak, *asıl işyeri koşullarında* çalışma olacak, *aynı veya benzer işi* üstlenen bir işçi olacak ve son olarak da *lam süreli işçi emsal* alınacaktır.

Dördüncü fıkrada kısmi ve tam süreli çalışanlar arasında çalışma türünü değiştirme istekleri konusunda işverene yükümlülük tanımıdır. Buna göre, işyerinde çalışan işçilerin, *niteliklerine uygun (positions suited)* açık (*vacant*) yer bulunduğu *kısmi süreli lam süreli veya tam süreli kısmi süreliye* geçirilme *istekleri işverence* dikkate alınacaktır. Yine *işverence boş yerler zamanında duyurulacaktır*. Bu fıkranın da dayanağı 1997/81 sayılı Direktiftir.

C) Yargıtay Uygulaması :

İş Kanunu 5. maddesi bağlamında Yargıtay kararlarına egemen olan temel ilke şu şekildedir:

“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasanın 10.ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "*Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzer sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun Önünde eşittir*" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "*Ücrette Adalet Sağlanması*" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak "*esaslı nedenler olmadıkça*" ve "*biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça*" bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin ilk fıkrasında, (dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür,

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve Ücretin dışında kalan ikramiye, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 5. ve 18/111. Maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine tarikat, aşiret ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunun 5. maddesi, Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğu için, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.” (Yargıtay 9. H. D. 12.02.2009 T, 2007/36963 E., 2009/2271 K.)

V.SONUÇ

İş Hukuku açısından var olan eksikliklerin giderilmesi için şu önerileri getirmektedir.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Direktifine paralel 25 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2010/14 sayılı Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliği Sağlanması Başbakanlık Genelgesinin uygulanmasına ilişkin orada işaret eden kurulların kurulması.

Cinsel taciz, taciz ve mobbingin tanımının farklarını da ortaya koyan yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi için tüm bunlar yapılırken işvereni sorumlu (responsible) kılarak onun kadın işçileri çalıştırmaktan kaçınmasından ziyade işvereni teşvik etmek .

Derneklerin zarar görenler adına dava açma olanağı sağlamaktır.

