

**“10. Yıl’a Armağan”**

*İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.177-202*

---

## **İŞ HUKUKUNDA ÖZÜRLÜLÜK, SENDİKA ÜYELİĞİ VE YAŞ AÇISINDAN AYRIMCILIK YASAĞI**

**Emin ZEYTİNOĞLU\***

### **ÖZET**

*Bu incelememizde, ayrımcılığın iş yaşamına yansımaları, bilhassa özürlü çalışanlar, sendikacılar ve genç-yaşlı çalışanlar üzerine yaptığı etki ve ayrımcılığa tabi tutulanların korunmasının nasıl gerçekleştirileceği incelenecektir.*

*Anahtar kelimeler: Eşitlik, ayrımcılık, pozitif ayrımcılık, özürlülük, hakkaniyet*

## **PROHIBITION OF DISCRIMINATION FOR DISABILITY, UNION MEMBERSHIP AND AGE IN LABOR LAW**

### **ABSTRACT**

*In this study we aim to enquire as to the reflection of discrimination on professional life, its effects on the employees -particularly that of the disabled, union members and the young and older employees- and the protective measures to be taken for those subject to discrimination.*

*Keywords: Equality, discrimination, positive discrimination, disability, justice*

---

\* Doç. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. eminzeytinoglu@gmail.com

## GİRİŞ

Anayasa'nın 10. maddesi ile aynı doğrultuda<sup>1</sup>, hukukun evrensel ve temel kurallarından olan eşitlik ve hakkaniyet kurallarının uygulamaya yansımaları sağlayan 4857 sayılı İş Kanununun 5.maddesi de, *Eşit davranma ilkesi* başlığı altında ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Maddenin birinci fıkrası "*İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*" denilerek ayırım yapılması engellenmeye çalışılmış, 6. fıkrasında ise bu kurala aykırı davrananlara uygulanacak yaptırım belirlenmiştir. Bu ayırım yapma yasağı, sözleşmenin kuruluşunu, işleyişini, işverenin tek yanlı düzenleme yapma yetkisini (yönetim hakkı)ve sona ermesini kapsamaktadır<sup>2</sup>. Bununla beraber işverenin işçinin iş sözleşmesini feshederken, onun özel durumunu dikkate alacağı varsayıldığından, diğer işçilerle eşit davranma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Burada önemli olan işverenin davranışının adalet anlayışına uygun düşmesidir<sup>4</sup>.

İşyerinde ayrımcılık yapmanın sonucunda, ayrımcılığa tabi tutulan kişiler çeşitli imkanlardan yararlandırılmamakta ve Anayasanın verdiği çeşitli temel haklarını kullanamamaktadırlar. Bu eşitsizliklerin oluşmaması için, işyerinde farklı ırk, cinsiyet ve yaş vb. ayrımcılığa yol açabilecek düzenlemeler yapılmamalı ve objektif iyiniyet kuralları dahilinde fırsat eşitliği sağlanmaya çalışılmalıdır.

İş Kanununun 5. maddesi "cinsiyet "açısından ayrımcılığın işe alınma sırasında da dikkate alınacağını belirtmiştir. Bunun dışındaki durumlar açıkça belirtilmemiştir. Her ne kadar 5. maddedeki,"iş ilişkisinde" kavramı, sanki yükümlülüğün iş ilişkisi kurulduktan sonraki dönemi kapsayacağı gibi yorumlanabilirse de, yukarıda anıldığı gibi, Türk Ceza Kanununun 122. maddesi çok açık olarak, "Kişinin işe alınması veya alınmaması sırasında kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebeplerle ayırım yapılmasını" yasaklamıştır. Aşağıda görüleceği üzere bu konuda mevzuatta çok çeşitli hükümler bulunmaktadır. 14.8. 2006 tarihli Alman Genel Eşit Muamele Yasasının 2. maddesinde işe alma açısından ayrımcılık yapmak açıkça yasaklanmıştır. Doktrinde işe alma gö-

---

<sup>1</sup> Anayasadaki ve diğer genel ulusal ve uluslararası ayrımcılık kuralları için bakınız; **Zeytinoğlu, Emin:** *Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış*, İst. Tic. Ün. Sos. Bil. Der. Güz 2010/2,s. 115 vd.

<sup>2</sup> **Savaş, Taşkent:** *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul 1981, s. 88

<sup>3</sup> **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut:** *İş Hukukunun Esasları*,İstanbul,2005,s. 138

<sup>4</sup> **Süzek, Sarper:** *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Sicil, Aralık 2008,s. 27

rüşmeleri sırasında yapılan ayrımcılığın sözleşme öncesi sorumluluk hükümlerine tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>5</sup>. Uygulamada ise işverenin işe alımda aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratabilmesine imkan sağlayan Yargıtay kararlarının bulunduğu görülmektedir<sup>6</sup>. Ancak işverenin ayrımcılık yaptığında, kendisini daha geniş yetenek havuzundan mahrum ettiğini gördüğünde, gerek işe almada, gerekse sonraki aşamalarda ayrımcılık yapmayacağı sonucuna ulaşılabilir<sup>7</sup>.

Maddede anılan yasaklama hallerinin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü kapsayıp kapsamadığı konusunda değişik düşünceler bulunmaktadır. Doktrindeki hakim düşünceye göre, bu madde, Anayasanın 10 maddesinde belirtilen “herkes” kelimesini içermediği için genel anlamda eşit davranma borcunu kapsamamaktadır<sup>8</sup>. Doktrinde bunun yanısıra ayrımcılık yasasının uygulanacağı yerlerin daha kolaylıkla belirleneceği de belirtilmektedir<sup>9</sup>. Ancak bizce, anılan maddenin bazı durumları açıkça sayması, bu durumların uygulamada çok sıkça görülmesinden ileri gelmektedir. Anayasanın 10.maddesinde belirtilen “eşitlik” ilkesi hakkaniyet esasından doğduğundan evrensel olup iş hukukunun bütün alanlarına uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla iş hukuk ilişkilerinde genel eşit davranma ilkesinin uygulama alanı bulması gerekir. Aynı doğrultuda Y.9 HD nin “7.3.2009 tarih ve 2008/32183 E.,2009/7045 K. Sayılı ilamında da,” 4857 sayılı İş Kanununun 5. ve 18/III. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir.” denerek, bu prensibin değişik alanlara uygulanabileceği vurgulanmaktadır.

Ancak, Anayasal “*kanun önünde eşitlik*” ilkesi İş Hukukunun kendine özgü ilişkileri nedeniyle daha değişik bir görünüm almaktadır. Burada eşit davranma ilkesinin mutlak olarak düşünülmemeyip, eşit koşullar altındaki kişilere eşit davranılması gerektiğini bir daha vurgulamak gerekir. Yani aynı işyerin-

<sup>5</sup> **Mollamahmutoglu, Hakkı:** *İş Hukuku*, Ankara 2008, s. 552- **Çelik, Nuri:** *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2008, s. 175

<sup>6</sup> Yargıtay 9.HD nin 17.3.2009 tarih ve 2008/32183 E.,2009/7045 K. Sayılı ilamına göre, yasa dışı grev yapan işçileri haklı nedenle işten çıkaran işveren, kısa süre sonra aynı işçilerden bir kısmını herhangi bir objektif gerekçe göstermeksizin işe almış, büyük bir çoğunluğu dışarıda bırakmış olduğu ve burada aynı durumdaki işçiler arasında ayrımcılık yapıldığı açıkça görülmekle beraber, işe başvuranlar arasında ayrımcılık yapmama yasağının sadece cinsiyet ve gebelik konularında işletilebileceği gerekçesi ile, bu davranış, Yargıtay tarafından onanmıştır.

<sup>7</sup> Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi'nin Çalışma Koşullarına İlişkin İlkeleri İşletmeler İçin Rehber, TISK Yayın No:301,2009s. 35

<sup>8</sup> **Süzek, Sarper:** *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Sicil,Aralık 2008, s. 26 ve 12 nolu dipnotta belirtilen yazarlar

<sup>9</sup> **Doğan Yenisey, Kübra:** *Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz 2005, s. 977

de, aynı dönemde çalışan birden fazla işçi arasında ayırım yapılmamalıdır<sup>10</sup> Bu görüş kabul edildiği takdirde, aynı işverenin farklı iş dallarında çalışan çeşitli işyerlerinde değişik tasarruflarda bulunabileceği kabul edilecektir<sup>11</sup>. Yargıtay 9. HD'nin 19.9.2005 tarih ve 2005/28125 E, 2005 K sayılı ilamında işten çıkarma konusunda eşit davranma yükümlülüğü irdelenmiş ve, *işverence işten çıkarılacak işçiler belirlenirken, işyerinde aynı işi üstlenen işçilerin karşılaştırılacağı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlerin dikkate alınması gerektiği* vurgulanmıştır<sup>12</sup>. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki 3.4.2000 tarih ve 2000/1034 E, 4713 K sayılı ilamında daha genel bir ifade ile "işverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı olmayan nedenlere dayanarak farklı işlemde bulunamayacağı" vurgulanmıştır<sup>13</sup>. Y.9. HD'nin 17.3.2009 tarih ve 2008/32183 E. 2009/7045 K. sayılı ilamında da, işverenin işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapması yasaklanmış, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasının önlenmesi gerektiği, ancak, esaslı nedenler bulunursa veya biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılırsa bu prensibin uygulanmak zorunluluğu bulunmadığı" vurgulanmıştır. İşverenin, işçinin öğrenim, kıdem ve uzmanlık v.b. kriterlere dayanarak, işçiler arasında farklı işlem yapması, ayrımcılık olarak kabul edilmemelidir<sup>14</sup>.

Bazı özel durumlarda genelde ayrımcılık olarak kabul edilecek durumların hukuk sistemi tarafından kabul edildiği ve geçerli sayıldığı görülmektedir. Örneğin restaurant işletmeciliği ve yeme –içme işi ile uğraşan işyerlerinde sadece belli ırktan kişilerin işe alındıkları ve müşterilerle irtibat kurulduğu bir gerçektir. Örneğin; Almanya'da Japon müşterilerine hizmet etmek isteyen bir restaurantta Sushi yapmak ve müşterilere servis ederken açıklamak amacı ile sadece Japon kökenlilerin işe alındığı görülmektedir<sup>15</sup>. Burada müşterilerin beklentilerini karşılayacak bir çalışan bulundurulması gereği, normalde sadece belli bir kökenden geleni çalıştırma yasağı olarak kabul edeceğimiz ayrımcılığı bertaraf etmekte, ve sadece belli kökenlilerin çalıştı-

<sup>10</sup> Hueck, Alfred/Nipperdey, H. Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts I.7. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1963, s. 489 - Çelik, Nuri: İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu; Sicil, Aralık 2006, s. 5 – Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları İstanbul 2005, s. 135

<sup>11</sup> Tuncay, Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 148

<sup>12</sup> Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 60

<sup>13</sup> Tekstil İşveren Dergisi, Sayı 250, Ekim 2000

<sup>14</sup> Y 9 HD.20.5.1985 tarihli ve 1985/2546 E, 5437K sayılı ilamı, İşveren Dergisi, Temmuz 1985, s. 17

<sup>15</sup> Bauer Jobst, Hubernus/Göpfert, Burkhard/Krieger, Steffen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2007, § 8 Rn.42

rılmasına imkan tanımaktadır. Buna karşılık aynı restaurantta, arka planda bulaşıkçılık veya ateşçilik yapanların arasında bu doğrultuda ayrımcılık yapmak hukuk sistemi tarafından kabul edilmemektedir. Aynı doğrultuda sanat aleminde de deri rengi veya belli ırktan olmanın zorunlu olduğu haller vardır. Örneğin; Martin Luther King'i canlandıran kişinin derisinin koyu olması, filmin gerçeğe uygunluğunu sağlamak için zorunludur<sup>16</sup>.

İşverenin iş sözleşmesi sürecinde ayrımcılık yapmaması gereken çeşitli durumlar vardır. Örneğin; işverenin en önemli yetkilerinden biri olan yönetim hakkının kullanılmasında ayrımcılık yapılamaz. Yani işveren, işin yürütülmesi için gerekli düzenlemeleri yaparken ayrımcılık yapmamalıdır. Örneğin; işyeri iç yerleştirmelerinde veya işe giriş çıkış prosedürlerinde eşit durumdaki işçilere eşit uygulama yapmak zorundadır. Herkese eşit olarak ödenmesi gereken ücret ödeme borcunda da eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin; parça başı ücret alınan bir işyerinde, eşit durumdaki işçiler arasında haklı bir neden olmaksızın, ayrımcılık yapıp bazı işçilere diğerlerine oranla az iş verilmesi, işçinin ekonomik açıdan zor duruma düşmesi sonucunu doğuracaktır. Bunun yanı sıra yazılı olmayan ancak, devamlılık gösteren maddi yardımlarda ayrımcılık yapmak veya yıllık ücret artış oranını haklı neden olmaksızın değişik uygulamak da ayrımcılığa girmektedir<sup>17</sup>.

## 1.ÖZÜRLÜLÜK ALANINDA AYRIMCILIK YASAĞI

Özürlülük ve bundan doğan sorunlar toplumda önce sağlık sorunları olarak görülmüş ve tıp alemi tarafından ayrıntılı olarak giderilmeye çalışılmış, ülkeler tüm güçlerini bu alana yöneltmişlerdir. Daha sonra özürülerin toplumdaki sorunları üzerine eğilme ihtiyacı doğmuştur. Dünyada yaşayanların ortalama % 10 unun özürlü olduğu düşünülmektedir. İstatistiklere girmeyen ülkeler ve özürlülerin aileleri da dikkate alındığında, dünya çapında özürlülerin durumlarına el atılmasının gereği ortadadır. Burada toplumun özürlülere bakıma muhtaç bir kişi olarak baktığını ve tüketici yanının ön planda tutulduğunu görmekteyiz

Özürlülerin sadece tüketici değil üretici de olabileceklerinin kabulünden sonra, özürlülerin, erişim, istihdam v.b. alanlarda da çok büyük sorunları olduğu anlaşılmış ve bu alanlarda da düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Engellilerin kimseye ihtiyaç duymadan bağımsız yaşayabilmeleri, diğer kişilerle eşit koşullarda fiziki çevreye, ulaşım, bilgi ve iletişim teknolojileri ve sistemlerine kavuşmaları sosyal yaşamda eşitliğin sağlanması için özürlüler-

<sup>16</sup> Thüsing, Gregor., Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 340

<sup>17</sup> Y 9 HD.21.9.1992 tarih ve 1992/2267 E-10314 K sayılı kararı, Günay, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, II, Ankara 1998, s. 1524

le diğer kişiler arasında ayrımcılık yapılmasına imkan tanınmaması gereklidir. Aksi takdirde özürhümlerinin çalışma yaşamına katkıları en alt düzeyde kababilecektir. Özürhümlerinin sorunları çok çeşitli olmakla beraber bu incelemede iş hukuk alanında özürhümlük durumu ele alınacaktır. Bununla beraber çeşitli alışveriş merkezlerinde engellilere tanınan park yeri v.b. kolaylıklar yapılması veya 5 yıldızlı otellerde engelliler için özel odalar oluşturulması gibi, güncel yaşamımızda engellilerin yaşamını kolaylaştırmaya yönelik kurallar bulunmaktadır.

İş Kanununda açıkça sayılmamakla beraber, 5. maddede kullanılan, ve benzeri sebepler kavramı, meydana gelen yeni gelişmeler sonucu ayrımcılık yasağı alanının genişletilmesine yol açıcı niteliktedir. Kanunda açıkça belirtilmemekle beraber, en önemli ayrımcılık yasağı hallerinden birinin özürhümlük olduğu kabul edilmektedir.

### **I.Özürhümlük Kavramı**

1.7.2005 tarih ve 5378 sayılı<sup>18</sup> “Özürhümler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 3/a maddesine göre, özürhümlü kavramı, doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi açıklamaktadır.

Halen özürhümlü kişilerin hukuki durumlarını düzenleyen, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik’in 3/e maddesine göre, özürhümlü, Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal veya sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden çalışma gücünün en az % 40 indan yoksun olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenen kişidir.

13 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 1. maddesi, engelli kavramının, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılmalarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, duyuşsal ya da algısal bozukluğu olan kişileri kapsadığı belirtilmektedir.

ILO tarafından düzenlenmiş bulunan 159 sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkındaki Uluslararası Çalışma Sözleşmesi’nin 1.

---

<sup>18</sup> 7.7.2005 tarihli ve 25868 sayılı RG de yayınlanmıştır.

maddesinde aynı terim daha genel kelimelerle ele alınmış ve “sakat” teriminin, 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 ettiği belirtilmiştir. Aynı doğrultuda işyerinde özürllülere yönelik tutumların düzenlenmesi için “İşyerinde Özürllülüğün Yönetilmesi Konusunda ILO Uygulama Kodu” çıkartılmıştır<sup>19</sup>.

1981 Milletlerarası Sakatlar Yılı Koordinasyon Kurulu 6 numaralı Alt Komisyonu, sakat kişinin bedensel, zihinsel, ruhsal özelliklerinde belirli bir oranda ve sürekli olarak işlev kaybına neden olan organ bozukluğu veya yokluğu sonucu normal yaşamın gereklerine uymadığını (normal hareketlerde kısıtlılık) belirtmiştir. Özürllü kavramı, doğuştan veya daha sonra herhangi bir nedenle organ veya kalıcı işlev kaybına uğrayan, yani fonksiyonel bir hasarı olan kişidir. Engellilik, anılan kavramlardan doğan sosyal bir dezavantajı belirtmektedir<sup>20</sup>. Kişiye, bu engelinden ötürü, engeli olamayan kişilere oranla farklı muamele yapılması genellikle engellinin aleyhine olup, bu farklılığın ortadan kaldırılması veya hiç oluşmamasına çalışılması hukukun başlıca amaçlarından biridir.

Almanya’da engelli kişilerin rehabilite edilmesi ve toplumda oynayabileceği rolleri irdeleyen 19 Haziran 2001 tarihli Sosyal Kanunun 9. Kitabının 2.maddesindeki tanıma göre de, ”şayet bir kişi, bedensel veya ruhsal açıdan sağlığını veya diğer kişiler gibi hareket edebilme kabiliyetini 6 aydan daha uzun süre yeterli seviyede kullanamazsa, dolayısıyla toplumda yer alma olanakları kısıtlanırsa” bu kişi engelli olarak kabul edilmektedir. Bu tür kişilerin korunması ve topluma uyum sağlanmasının desteklenmesi gerektiği de kanunda vurgulanmaktadır. Burada somut olarak ilgili bireyin özürllülük durumunun meydana getirebileceği olumsuz sonuçlara bakılmayacak, soyut olarak varolan engellilik durumunun olumsuz sonuçları dikkate alınacaktır.

Avrupa Toplulukları Mahkemesinin 11.7.2006 tarihli ve C-13/05 nolu kararında da, ”engelliliğin fiziki, ruhi açıdan kişinin mesleki yaşamında olumsuz bir durum oluşturması ve bunun uzun sürmesi gerektiği” vurgulanmıştır<sup>21</sup>.

Tanımlarda kullanılan, çeşitli derecelerde, uzun süreli veya önemli ölçüde gibi kavramlar, rahatsızlığı olan bütün kişilerin bu kavrama dahil edilemeyeceğini, ancak belirli ölçütler dikkate alınarak belirlenecek özürllülük oranlarının üstündeki kişilere bu kuralların uygulanacağını işaret etmektedir.

<sup>19</sup> ILO Code of Practice for Managing Disability in the Workplace, ILO Cenevre, 2002.

<sup>20</sup> **Kara, Bülent:** *Engelli İnsanların Haklarına Dair BM Sözleşmesi*, Tabula rasa, felsefe & teoloji, yıl 7-8 sayı 21-22, 2007/2008, s. 188.

<sup>21</sup> Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG I-6467.

Engellilerin Haklarına İlişkin BM Sözleşmesinin 2.maddesine göre, “Engelliğe dayalı ayrımcılık siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan temel hak ve özgürlüklerinin tam ve diğerleri ile eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engelliğe dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamayı kapsamaktadır”.

## II. Mevzuattaki Durum

### 1. İç Hukuk Açısından

Ayrımcılık konusunda Türkiye’de hukuki kuralların en belli başlıları Anayasa’nın 10. maddesi ve İş Kanunu’nun 5.maddesinde bulunmaktadır. Maalesef “özürlülük” nedeniyle yapılabilecek ayrımcılık halleri bu kuralların içinde bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerinden bir tanesi, “sosyal devlet” ilkesi olup, sosyal devletin temel aldığı hedef, herkesin eşit imkanlardan faydalanması ve kaynaklardan olabildiğince eşit yararlanması ve gelişebilmesidir<sup>22</sup>. Sosyal devlette en fazla korunması gereken gruplardan biri engellilerdir. Ayrımcılık yapılabilecek alanları belirleyen temel kuralların içinde özürlülüğün ele alınmaması büyük bir eksikliklerdir.

Bununla beraber Avrupa Birliğinin özürlülere karşı ayrımcılığı yasaklayan 2000/78 sayılı direktifi gereği bu konuda düzenleme yapmayı taahhüt eden Türkiye Cumhuriyeti,<sup>23</sup> 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” u çıkarıp, bu alandaki eksikliği gidermek yolunda çok önemli bir adımı atmış bulunmaktadır<sup>24</sup>.

Kanununun 14.maddesi, ayrımcılık yasağına tabi tutulabilecek alanları belirlemiştir. Anılan kanundan daha evvel çıkartılmış bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122.maddesi, özürlülüğün dolaylı uygulanabilecek ayrımcılık yasağını sadece kişinin işe alınması veya alınmaması hallerine hasrederken, 5378 sayılı kanun, işe alım, iş seçimi, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarını kapsayan sürecin yanı sıra, “Çalışan özürlülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz” ibaresi ile, iş sözleşmesinin devamı sürecinde yapılabilecek ayrımcılık faaliyetlerini de engellemiştir. Kanununun 15.maddesi, çalışma faaliyetlerine temel teşkil edebilecek eğitim alanında da özürlülere, olumsuz olarak ayrımcılık yapılmasını

---

<sup>22</sup> Engelli, Bülent Kara: *İnsanların haklarına Dair BM Sözleşmesi*, tabula rasa felsefe & teoloji, yıl 7-8 sayı 21-22, s. 186

<sup>23</sup> RG.24.3.2001 tarih ve 24235 sayısında bu doğrultudaki ulusal program açıklanmıştır.

<sup>24</sup> RG 7 Temmuz 2005, s. 25868

yasaklamıştır. Bununla beraber bu yasaklamaya aykırı davrananlar için özel bir yaptırım getirmemesi temel bir eksiklik olarak görülmektedir.

İş Kanunu ayrımcılık yapılmayacak alanlarda özurlülük kavramını açıkça yasaklamamakla beraber, daha sonra yapılabilecek düzenlemelere uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Kanununun 30.maddesi, işverenlere elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde özurlü çalıştırma yükümlülüğü getirmiştir. Maddenin öngördüğü şekilde bu uygulamanın nasıl yapılacağını gösteren ve 2004 yılında hazırlanıp yürürlüğe giren “Özurlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik,” Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik” ile yürürlükten kaldırılıp özurlülerin hukuki durumu anılan yönetmelik ile tekrar düzenlenmiştir<sup>25</sup>.

Yönetmeliğin 10.maddesine göre; İşverenler, a)50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları, özel sektör işyerlerinde % 3 özurlü, kamu işyerlerinde ise % 4 özurlü ile % 2 eski hükümlü işçiyi, b)Tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde 51 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde % 3 özurlü, kamu işyerlerinde ise % 4 özurlü ile % 2 eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.

Anılan özurlü çalıştırma zorunluluğu Almanya’da en az 20 işçi çalıştıran yerlerde % 5 olarak öngörülmekteyse de, zorlayıcı hükümlerin eksikliklerinden bu orana uyulmamaktadır. 2002 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Kamuda çalışanların federal devlette çalışanların % 6.7 si, federe devlette çalışanların % 5.2 si engelli iken, bu oran özel sektörde % 3.4 e düşmektedir<sup>26</sup>. Burada kamuda daha yüksek oranda özurlü çalışma nedenlerinin arasında yasal sistemin, bilhassa özurlülük oranı yüksek olan kişilerin çalıştırılmasında kamuya özel yükümlülükler yüklemesinin de payı bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 17/1 maddesine göre; işe alınmada, iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan aşamaların hiçbirinde özurlüler aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz”.

## 2.Uluslararası Alanda

24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Şartı insan haklarını tek tek ele almamış olsa da, bu konularda uygulanacak prensipleri ve insan haklarının korunması için hangi yöntemlere başvurulabileceğini genel olarak belirlemiştir. Bununla beraber uzun süre engellilik uluslararası düzenlemelere girmemiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 20.12.1993 tari-

<sup>25</sup> 25.4.2009 tarihli ve 27210 sayılı RG de yayınlanmıştır.

<sup>26</sup> **Ruprecht, Grossmann/ Werner, Schimanski**.; *Gemeinschaftskommentar zum SGB IX*, 71. madde, No:155

hinde aldığı 48/96 sayılı kararda belirtilen “Engellilerin Fırsat Eşitliğine Dair Standart Kurallar” ın ışığında, 1989 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ilk defa engelliği ayrımcılık nedenleri arasına almıştır.

Birleşmiş Milletler Şartı prensiplerinin ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 20.12.1993 tarihinde aldığı 48/96 sayılı kararda belirtilen “engellilerin Fırsat Eşitliğine Dair Standart Kuralların ışığında 13 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeyi kabul etmiştir. Sözleşmede, engelli kişilerin tüm temel hak ve özgürlüklerden tam ve eşit şekilde yararlanmaları için gerekli önlemlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılması üye ülkelerin sorumluluğuna bırakılmaktadır. Bilhassa, istihdam, adalet, eğitim hakkı, ulaşım ve sağlık hizmetlerine erişim de dahil olmak üzere toplumsal yaşamın her alanında engelli kişilerin karşı karşıya kalabileceği ayrımcılığın giderilmesi en önemli konu olarak gösterilmiştir.

Ekonomik ve sosyal alandaki insan haklarının kapsayan 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı<sup>27</sup> da Özürlülerin toplumsal yaşama katılmalarının sağlanması için düzenlemeler yapılmasını öngörmüştür.

Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı Çalışma ve Meslek seçiminde ayrımcılığı önlemeyi amaçlayan direktifinin 5.maddesine göre, ”kişilerin özel durumları dikkate alınarak işverenin işe girerken, mesleğini yürütürken, işte yükselirken gerekli tedbirleri alması gerekir. Ancak, işverenin işini yürüttüğü devlet gerekli tedbirleri almışsa, işverenin özel tedbir alması zorunluluğu, devletçe alınan tedbirler dikkate alınarak belirlenir”. Avrupa Birliği'nin 2000/43 sayılı direktifinin 5. maddesinde, 2000/78 sayılı direktifinin 7. maddesinde, 2002/73 sayılı direktifinin 2. maddesinde ve 2004/113 sayılı direktifinin 6. maddesinde bu konuya değinilmekte ve eskiden temel alınan “şansların eşitliğe kavuşturulması” kavramının yerine, ” toplumda eşit koşullarla yer alma “kriterinin ele alındığı belirtilmektedir. Ancak anılan kurallarda bağlayıcılık unsuru bulunmayıp, ihtiyari niteliktedirler.

Çalışma hayatında çok önemli rol oynayan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1 Haziran 1983 tarihinde kabul ettiği, ”Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”<sup>28</sup> de, sakatların, uygun bir iş edinmesi, sürdürmesi ve işinde ilerlemesine imkan sağlamak ve bu şekilde sakatın topluma entegrasyonunu veya reentegrasyonunu kolaylaştırıcı, geliştirici hükümler konması konusunda üye

---

<sup>27</sup> Türkiye Cumhuriyeti de anılan şartı onaylamıştır. RG 14.10.1989 tarih ve 20312 sayısında yayınlanmıştır.

<sup>28</sup> Ülkemiz anılan sözleşmeyi onaylamıştır. RG 10.7.1999 tarih ve 23751 sayı.

devletlere yükümlülükler koymuştur. Sözleşmede, açık işgücü piyasasında sakatlar için istihdam imkanlarının artırılması, sakatlarla, sakat olmayanlar arasında fırsat ve muamele eşitliği, bununu yanı sıra sakatların kendi içinde ayrımcılığın önlenmesi, mesleki rehabilitasyon gibi konularda üye devletlerin üstlendiği çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bununla beraber, engelliği oluşturan nedenlerin belli bir kritere bağlanması henüz mümkün olmamıştır. Örneğin, ABD’de HIV virüsü taşıyan, ancak henüz AIDS hastası kabul edilmeyen kişilerin engelli sayılıp sayılmayacağı tartışılmaktadır<sup>29</sup>.

İş Sağlığı Ve Hizmetleri Hakkında 161 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi<sup>30</sup> nin 1.maddesinde de, ” işin, işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlık durumlarını dikkate alacak şekilde onların yeteneklerine uygun biçimde uyarlanması” gerektiği belirtilip, özürülülerin durumlarına uygun işlerde çalıştırılmaları amaçlanmıştır.

### III.Özürülülere Tamnan Haklar

BM, ”Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”nin 3.maddesi, anılan sözleşmenin temel ilkelerini belirtmektedir. Anılan maddeye göre;”engellilerin kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, insanlık onuru ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi, engellilere ayrımcılık yapılmaması, topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması, engellilerin sağlık nedeniyle oluşan farklılıklarına saygı gösterilmesi ve engelliğin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olduğunun kabulü, engellilere fırsat eşitliği tanınması, erişilebilirlik, engellilerin kendi içlerinde eşitlik, engelli çocukların gelişim kapasitesine ve kendi kimliklerini koruyabilme haklarına saygı duyulması” sözleşmenin temel aldığı kriterlerdir.

Sözleşmeye imza koyan devletler, 5.madde gereği, engelliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamayı taahhüt etmişlerdir. Bunu sağlamak için gerekli düzenlemeler iç hukuk sisteminde oluşturulacaktır. Bu arada engelli kadın ve çocukların durumu da özel olarak ele alınacaktır.

Engellilerin hayatlarını diğer kişilerle eş düzeyde idame etmeleri için gerekli en önemli düzenlemelerden biri, çalışma yaşamında, anılan kişilerin, bu özelliklerinden ötürü olumsuz olarak etkilenmelerinin önlenmesidir. Engelli kişiler de serbestçe belirleyebilecekleri bir iş alanında, koşullarının belirlenmesinde kendilerinin de etkin olabileceği bir işte çalışabilmelidirler. Ancak bu durumda amaçlanan fırsat eşitliği sağlanmış olacaktır. Bu eşitliği çalışma yaşamının her alanında sağlamak zorunludur. İşe alınma, işin devamı, işte

<sup>29</sup> Jochen, Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht. Berlin 2004, 204

<sup>30</sup> Ülkemiz anılan sözleşmeyi onaylamıştır. RG 13.1.2004/25245.

yükselmede, bu gruba da eşit fırsatlar vermek, sosyal devletin üstlendiği en önemli yükümlülüklerdendir.

Bu grubun içinde buldukları zor durumun giderilmesi için gerekli tedbirler sözleşmenin 27.maddesinde açıklanmıştır.Maddeye göre;a)İşe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliğe dayalı ayrımcılık yasaklanmalı, b)Fırsat eşitliği, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi, tacizden korunma ve mağduriyetin giderilmesi, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları dahil olmak üzere diğer bireylerle eşit koşullar altında adil ve uygun çalışma koşullarının sağlanması, c)Engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmeleri, d)Engellilerin genel teknik ve mesleki rehberlik programlarına, yerleştirme hizmetlerine, mesleki ve sürekli eğitime diğer bireylerle eşit koşullar altında etkin bir şekilde erişimi, e)İş piyasasında engellilerin istihdam olanaklarının ve kariyer gelişiminin desteklenmesine ve engellilerin iş aramasına veya işe başlamasına,çalışmaya devam etmesine ve işe geri dönmelerine yardım etme, f)Serbest çalışma, girişimcilik, kooperatif kurma ve kendi işini kurma konusunda fırsat verme, g)Engellilerin kamu sektöründe istihdamı, h)Olumlu eylem programları, teşvikler ve diğer tedbirleri de içerebilecek uygun politika ve önlemlerle, engellilerin özel sektörde istihdam edilmeleri, i)Engellilerin çalıştığı işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılması, j)Engellilerin açık iş piyasasında iş deneyimi kazanmaları, k)Engelliler için mesleki rehabilitasyon, işte kalma ve işe dönüş programları aracılığı ile engellilerin çalışma yaşamında yer almalarının kolaylaştırılmasına çalışılmaktadır.

#### **IV.Pozitif Ayrımcılık**

Özürülerin diğer kişilerle fırsat eşitliğine kavuşabilmelerini sağlamak amacı ile bazen mevzuat yoluyla, bazen de uygulamalar aracılığı ile pozitif ayrımcılık yapıldığı görülmektedir.Yani özürürlü kişilere özel bazı olanaklar tanınmaktadır. Bu olanaklarla, özürürlü kişilere diğer gruplarla aynı koşulların oluşturulması amaçlanmaktadır.Bu kişilere verilen bu ek olanakların diğer kişilere oranla bir ayrıcalık olmayıp, sosyal devlet anlayışı gereği onlara verilen bir hak niteliğinde olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bu nedenle de, İş Kanununun 30.maddesine göre, özürünün özel durumu göz önüne alınarak, meslek, beden ve ruh durumlarına uygun iş alanlarında çalıştırılmaları gerekmektedir. Bu doğrultuda yer altı ve su altı işlerinde özürürlü işçi çalıştırılması aynı madde ile yasaklanmıştır.

Özürürlü kişilere pozitif ayrımcılık yapılabilmesinin dayanağı, "eşit işlem yapma borcunun sadece eşitler veya benzerler arasında geçerli olma-

sı"dır.Özürü kişiler, diğer çalışanlara oranla olumsuz koşullar altında bulduklarından bunlara diğer kişilerle aynı koşulları yaratmak eşitsizliğe yol açacağından pozitif ayrımcılıkta hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu prensip, Sakatların Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesinin 4.maddesinde de belirtilip, sözleşmeyi onaylayan devletler için bağlayıcı hale gelmiştir.Maddeye göre, devletler, genel olarak sakat işçilerle sakat olmayan işçiler arasında fırsat eşitliğini sağlamakla yükümlüdürler.Bunu sağlamak için yapılacak özel olumlu koruma tedbirleri sakat olmayan işçiler aleyhine bir ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir.

Yargıtay 9.HD.nin 21.4.2005 tarihli ve 23961/14007 sayılı ilamına göre de, pozitif ayrımcılığın uygulamada da benimsendiği anlaşılmaktadır. İlama göre;" ..davacının özürü işçi kontenjanında çalışmakta olduğu, işe girmeden önce aldığı kurul raporunda ayaklarındaki rahatsızlık nedeniyle %45 özürü olarak masa başı işlerde çalışabileceğinin belirtildiği, ancak sekiz saat ayakta kalabilecek şekilde çözücü olarak çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda... performansında normal bir insana göre %50 civarında olumsuz etkilenme olacağı ve davalının yaptığı performans değerlendirmelerine ilişkin kriterler dosyaya ibraz edilmediği gibi, davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiği belirlenmektedir." Görüleceği üzere, yargı kararları da, özürü olanların özel durumlarının somut olayda değerlendirilmesi gerektiği doğrultusundadır.İşverenler, engelli çalışanların mesleki eğitimlerinde onların özel durumlarını dikkate alarak, işyerlerinde fiziki koşulları onların çalışabilecekleri duruma getirerek, kısmi çalışmada öncelik tanıyarak, fazla çalışma yaptırmayarak, yasal izin sürelerinde uzatma yaparak v.b. yöntemlerle somut olaylarda engellilerin yararına sonuçlara ulaşabilirler. Aynı doğrultuda iş sözleşmesinin sona ermesi nedenleri ve prosedüründe de engelliler yararına hükümler konulabilir.

Avrupa Toplulukları Mahkemesi de verdiği çeşitli kararlarda özürülere verilebilecek özel haklardan bahsetmiştir.Kararlara göre, özürü çalışanın kendi özel durumuna ilişkin önlemlerin alınmasını isteme<sup>31</sup>, farklı davranış talep etme ve pozitif ayrımcılık talep etme<sup>32</sup> hakları bulunmaktadır. Ancak Mahkeme, pozitif ayrımcılık hükümlerinin uygulanması için, "gerekme, ölçülülük ve işverence yerine getirilebilme imkanı olması" kriterlerini aramaktadır<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> 17.10.1995 tarihli ve C-450/93 sayılı karar. Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG,I-3051,No:19

<sup>32</sup> 6.7.2000 tarih ve C-407/98 sayılı karar,I-5539,No:45 ve 59

<sup>33</sup> 19.3.2002 tarihli ve C-476/99 sayılı karar,I-2921,No:39

Pozitif ayrımcılık hükümleri ile engellilerin toplumda, diğer kişilerle eşit davranış koşullarına sahip olmamalarından doğabilecek olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması, en azından hafifletilmesi amaçlanmaktadır.

Özürülerin çalışma hayatında yer alırken, özürü olmayanlara oranla zorluk görmemeleri için işverenlere düşen çeşitli görevler vardır.Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin 18/1.maddesine göre;”İşverenler, işyerlerini özürülerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin özürü çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmalarını için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar.”

Uygulamada işverenler bu yükümlülüklerden kurtulmak için başka birtakım alternatifler ileri sürmektedirler<sup>34</sup>. İşverenlere göre, her bir işyerinde özürülere yönelik özel tedbirler alınması yerine, ”işverene, korumalı işyerleri adı verilen ve iş ortamları ile koşullarının çeşitli sakatlık türleri göz önünde tutularak yalnızca özürüler için düzenlenen özel işyerlerinden mal satın alınmasının zorunlu hale getirilmesi, sadece özürü çalıştırılan özel işyerleri ile taşeron sözleşmesi yapılması veya özürü işçilerin lehine programlar getiren toplu iş sözleşmeleri bağtlanması” gibi tedbirler daha yerinde olacaktır.Her ne kadar anılan tedbirler belki parasal ve işletmesel açıdan işverenleri tatmin edecek nitelikte ise de, özürüleri diğer kişilerden soyutlayıcı bir nitelik taşıdığından sonuçta, en azından psikolojik nedenlerle, özürüleri aleyhine sonuç doğurabilirler.

Kanımızca, burada özürülük oranlarının belirlenmesi çok önem taşımaktadır. Özürüler Hakkındaki Kanunun 14.maddesine göre, özürülük durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürülerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır.Burada ele alınan özürüler, özürülük dereceleri yüksek olan kişilerdir.Bu kişiler, Kanunun 3/f maddesinde ele alınan, normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürüler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği korumalı işyerlerinde çalıştırılabilirler.Burada özürüler için özel işyerleri hazırlanması, pozitif ayrımcılık kavramına girmekte olup, gerek toplum.gerekse hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir niteliktedir.Nitekim Alman Eşit Muamele Yasasının 10.maddesine göre de, özürülük sınıflandırılmasına göre resmi sağlık kurulu raporu ile ağır özürü olduğu belgelendirilenlerden, günlük hayatın alışılmış, tekrar eden gereklerini önemli ölçüde yerine getirememesi nedeniyle hayatını başkasının yardımı ve

---

<sup>34</sup> TİSK görüşü, İşveren,Aralık 2005,s. 29

bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün olan kişiler, yani bakıma muhtaç özürülülerin, mesleki uyumlarını teşvik etmek veya korunmalarını sağlamak amacıyla ücret ödenmesine ve istihdam ilişkisinin sına erdirilmesine yönelik koşullar da dahil olmak üzere özel istihdam ve çalışma koşulları belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

## 2. SENDİKALILIK AÇISINDAN AYRIMCILIK YASAĞI

Her ne kadar İş Kanununun 5.maddesinde sayılan ayrımcılık yapma yasakları arasında sendikalılık sayılmamışsa da, Sendikalar Kanununun 31. maddesi, işverenin yönetim hakkına dayanarak çalışanlar arasında objektif kriterler göz önüne alınarak yapabileceği düzenlemelerin dışında sendikal nedenlerle ayrımcılık yapabilmesini engellemeye çalışmıştır.Uluslararası hukukta anılan korumanın daha özenli düzenlendiğini görmekteyiz.Örneğin Alman Anayasasının 9. maddesi, sendikalılıktan ötürü ayrımcılık yapma imkanının kapatmış bulunmaktadır<sup>35</sup>.

Burada amaç, Anayasanın 51.maddesinde öngörülen “sendika özgürlüğü”nü korumaktır.Anayasamıza göre, ”sendikaya üye olma, üyeliği devam ettirme veya üyelikten ayrılma” yolundaki işlemler tamamen bireyin özgür iradesine ait olup, ne işverenin, ne de başka kişilerin bu iradeye aksi yönde etki etmeleri kabul edilemez bir olgudur.Bu doğrultuda Sendikalar Kanunu 31. maddesinde, işçilerin sendikal özgürlükleri çeşitli yönlerden teminat altına alınmıştır.Aynı doğrultuda, 30.maddede de, işyeri sendika temsilcilerinin bu görevlerinden dolayı işveren tarafından ayrımcılık tehlikesi ile karşılaşmaları yasa aracılığı ile engellenmiştir.

Sendikalar Kanununun 31.maddesi, ”İşçilerin, işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmelerine bağlamak” yasaklanmış, bunun yanı sıra, ” İşverenin bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasında veya çalıştırılmalarına son verilmelerinde ayrımcılık yapması” emredici hükümlerle yasaklanmıştır.Aynı maddeye göre, ”İşçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faali-

<sup>35</sup> Ulrich, Preis,Arbeitsrecht,Köln,2009 § 22,s. 274

yetlerine katılmalarından dolayı işten çıkartılmaları veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulmaları” da yasaklanmıştır<sup>36</sup>.

Anılan ayırım yapma yasağı, parasal konularda, örneğin, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında TSGLK nun 9.maddesi aracılığı ile Toplu İş Sözleşmesi hükümleri aracılığı ile bertaraf edilebilmektedir<sup>37</sup>. Yani, işveren parasal hükümlerde; toplu iş sözleşmesi kapsamındaki- lere, kapsam dışındakilerden farklı avantajlar sağlayabilecek, buna karşılık, parasal konular dışında işyerindeki tüm işçilere eşit davranacaktır. Bunun yanı sıra işveren tarafından objektif kriterlere dayanarak işçiler arasında çalışma koşullarında farklılıklar yaratılabileceği tabiidir.

Ancak Yargıtay’ın çeşitli kararlarında da belirttiği gibi, sadece sendikalı olmak, işveren tarafından yapılan fesih v.b. durumlarda işçinin haklı olduğunu göstermemektedir<sup>38</sup>. Burada kanun gereği aranılacak olan, yapılan farklı muamelenin sadece sendikalılık nedeninden doğmasıdır.Şayet işveren aynı durumdaki işçiler arasında sendikalı olmak v.d. sendikalılık temellerine dayanılarak farklılık yaratıyorsa, bu durumda ayrımcılıktan bahsetmek mümkün olacaktır.Örneğin;sadece sendika üyelerinin işten çıkarılması ayrımcılık olarak kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Buna karşılık, işverenin daha sonraki tasarrufları sendikanın işyerindeki konumunu değiştirmiyorsa bu durumda ayrımcılık yapıldığı söylenememektedir<sup>40</sup>.Burada önemli olan işverenin niyetidir.Şayet işyerinden çıkarılan bütün işçiler sendikalı olsalar dahi, çıkarma nedeni, sendikalılık değil de, ekonomik ise, sendikalılıktan doğan bir ayrımcılıktan bahsedilemeyecektir<sup>41</sup>.Burada işverenin niyetinin iyi araştırılması ve başka bir hukuki neden varsa ayrımcılık yapılmadığı sonucuna varmak gerekir<sup>42</sup>.İşverenin niyetinin sendikacılık faaliyetini aksatmak ve bilhassa işyerindeki toplu sözleşme yetkisi v.b. durumlarda sendikanın gücünü azaltmak olduğu yerlerde ayrımcılıktan bahsetmek mümkündür<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> **Sümer, Haluk Hamdi:** İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, Konya 1997,s. 107

<sup>37</sup> **Süzek, Sarper:** *İş Hukuku*, İstanbul 2005,s. 367

<sup>38</sup> Y.9.HD.nin28.6.1994 tarih ve 1994/8277 E.,10145 K sayılı ilamında olduğu gibi. İşveren, Ağustos 1994,s. 15,Aynı doğrultuda,Y.9.HD nin,9.11.1998 tarih ve 1998/13302 E.,15741 K. sayılı ilamı, **Günay, Cevdet İlhan:** *Sendikalar Kanunu Şerhi*,s. 622

<sup>39</sup> Y.9.HD.nin 12.5.2008 tarih ve 2007/35905 E.,2008,12004 K sayılı ilamında belirtildiği gibi. **Legal Hukuk Dergisi**, Kasım 2008,s. 3798

<sup>40</sup> YHGK nun 4.11.1992 tarihli ve 1992/9-469 E.,639 K.sayılı ilamı **Günay, Cevdet İlhan:** *Sendikalar Kanunu Şerhi*, Ankara 1999,s. 604

<sup>41</sup> Y.9.HD.7.10.1998 tarihli ve 1998/11156 E.,14077 K. sayılı ilamı,Günay,s. 627

<sup>42</sup> **Wolfgang Hromadka/Frank Maschmann**, Arbeitsrecht Band.1,3.Baskı,Berlin, §,7,Rn.106

<sup>43</sup> Y.9.HD nin 28.3.2008 tarih ve 2007/27844 E.,2008/6677 K sayılı ilamı gibi.Çalışma ve Toplum,2008/3,s. 271

### 3. YAŞ AÇISINDAN AYRIMCILIK YASAĞI

Anayasa'nın 10. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenirken, "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" kavramları tek tek sayılmışsa da, benzeri kavramlar sayılmayıp, sınırlama getirilmemesine dikkat gösterilmiştir. Benzeri kavramlar içine girecek durumlardan birisi de, çalışanların arasında yaşlılık açısından ayrımcılık yasağı yapılmaması gerektiğidir. Burada, yaş kavramından sadece yaş büyüklüğü değil, aynı zamanda yaş küçüklüğü de anlaşılmaktadır<sup>44</sup>.

Anayasa anılan maddede, yaş nedeniyle ayrımcılık yapmayı açıkça yasaklamasa dahi, aynı maddede, "çocuklar, yaşlılar... için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olamaz" hükmünü koyarak anılan kişiler için pozitif ayrımcılık yapılmasına olanak sağlamıştır.

4857 sayılı İş Kanunumuzda da Anayasa hükümleri doğrultusunda yaş konusunda ayrımcılık yapma yasağı açıkça belirlenmemiştir. Ancak Anayasa'nın 50. maddesi, "Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan işlerde çalışamaz" hükmünü koyarak, çalışanların iş yaşamlarında yaşlarından ötürü zarar görmelerini engellemeye çalışmıştır. Aynı madde "küçükler"i özel olarak korumuştur. Buna karşılık diğer devletlerin çalışma hayatını düzenleyen kanunlarında bu konuda özel olarak konulmuş çeşitli hükümlere rastlanmaktadır.

Avrupa Birliğinin 2000/78 EG sayılı ve 27 Kasım 2000 tarihli, "Çalışma ve Meslek yaşamında Ayrımcılık yapılmasını yasaklayan Direktif" in 6. maddesi objektif ve denetlenebilir nedenler dışında yaş nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamıştır. Maddeye göre, ülkeler, özel ekonomi politik, çalışma alanları ve mesleki yapılanma nedeniyle bu kısıtlamaları yapabilmektedirler. Ülkelerin işe girme iş süresi, emeklilik yaşının belirlenmesi gibi konularda kendi özel düzenlemelerini yapma hakları bulunmaktadır.

Burada yaş nedeniyle ayrımcılık yapabilme imkanı olmakla beraber, bu arada bu kişilerin korunmalarına dikkat edilecektir. İşverenin bu ilişkide çalışmanı yaşına uygun bir iş ve işyerinde çalıştırması gerekmektedir.

BM Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarihli oturumunda kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi<sup>45</sup> bilhassa 32. maddesinde çocukların çalışma yaşamında özel olarak korunması gerektiğini belirten hükümler getirmiştir.

Anayasa'nın 50. maddesi doğrultusunda çıkarılan İş Kanununun 71. maddesi ve Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönet-

<sup>44</sup> **Dagmar, Schiek**, AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, §, Rn. 46

<sup>45</sup> Anılan sözleşme 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 nolu RG de yayınlanmıştır

melik de de, çocuk ve gençlerin, çalışmaya başlama yaşı, günlük çalışma süresi, çalıştırılmayacak işler, dinlenme, sosyal güvenlik ve benzeri durumlarda özel olarak korunması gerektiğini açıklamaktadır<sup>46</sup>.

Alman Genel Eşit Davranma Kanununun 1.maddesinde de direktif doğrultusunda yaş nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak aynı kanunun 10.maddesine göre,zorunlu,denetlenebilir ve objektif nedenlerle bir ayırım yapma imkanı bulunmaktadır. Bu nedenler arasında bilhassa tecrübe ve işletmede daha sonradan çalışılabileceği düşünülen zaman gibi kriterler ön planda bulunmaktadır. Kanun, uygulanabilir durumlar arasında, işe girişte eğitim düzeyi ve tecrübe dikkate alınarak yaş nedeniyle ücretler arasında farklılıklar olabileceğini veya iş sözleşmesinin feshine gerek kalmaksızın emeklilik yaşının gelmesinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi konusundaki anlaşmayı örnek olarak vermektedir.

Ülkemizde de, her ne kadar kanunda açık bir hüküm olmasa dahi, yaş konusunu ele alan çeşitli yargı kararları bulunmaktadır. İşveren ile işçi arasındaki sözleşmelerde işçinin belirli yaşa gelmesinin sözleşmeyi sonlandırma veya emekli edilme hakkı veren çeşitli hükümler konulabilmektedir. Ancak, Yargıtay bu tür uygulamaların geçerli olması için objektif ve genel olarak aynı durumdaki çalışanlara uygulanması gerektiği ve konulacak hükümlerin çalışanlar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>47</sup>.

Yargıtay kararlarında, işçinin çalışan fazlalığı ile yapılan tensikatlarda emeklilik yaşı gelmesinden ötürü iş sözleşmesinin feshedilebileceği, bunun bir sosyal seçim kriteri olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Yargıtay sosyal seçim kriterlerini açıkladığı bir kararında, "İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanununun 5.maddesinde öngörülen mutlak ayırım yasağı dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin geçersizliğine karar verilir." Diyerek işverenin tek taraflı kurallar koymasına engel olmaya çalışmıştır<sup>48</sup>.Yargıtay 30.6.2008 tarihli ve 2008/1848 E/18002 K sayılı ilamında, "işyerinde ekonomik, teknolojik, yeniden yapılanma gibi işletme içi veya işletme dışı nedenlerle meydana gelen

---

<sup>46</sup> **Gündüz, Selim:** *Türkiye'de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu*, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 22,Sayı 1-2-3 Şubat/Mayıs/Ağustos 2009,s. 7 vd.

<sup>47</sup> Y.9.HD.16.6.2008 tarihli ve 2008/18724 E./11405 K sayılı ilamı ve diğer yerleşik kararları

<sup>48</sup> **Mollamahmutoğlu,Hamdi:** *İş Hukuku*,3.Bası,Ankara 2008,s. 538 de verilen Y.9 HD nin 11.9.2008 tarih ve 2008/28373 E./23213 K sayılı ilamı

işgücü fazlalığından dolayı işçi çıkarılmasında emekliliğe hak kazanmış olanların seçilmesi ve bu durumdaki personelin objektif ve genel bir uygulamaya tabi tutulması” nı İş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olarak kabul etmiştir.

Burada genç işçilerin çıraklık dönemi tecrübeleri veya yüksekokula devam süresi çok uzun olan bir işçinin ilerlemiş yaşında yeni bir işe girmek istemesi gibi durumlar da uygulamada ayırım yapılmasına neden olabilmektedir<sup>49</sup>. Ancak yukarıda belirtildiği gibi uygulamaların hakkaniyete uygun ve genel olması gerekmektedir.

#### 4. AYRIMCILIK YASAĞINA UYMAMA HALLERİNDE UYGULANABİLECEK YAPTIRIMLAR

Günümüzde en önemli insan haklarından birisinin “ayrımcılık yasağı” olduğu genel olarak kabul görmektedir. Buradaki ayrımcılık yasağı kriteri, kolektif anlamda olmayıp, bireysel alanda kabul edilmektedir. İnsan hakları alanındaki uluslararası sözleşmelerin tümünde, etnik köken, dil ve din bakımından azınlık oluşturan grupların kolektif haklarından değil, aynı ifadelerle azınlıklara mensup bireylerin haklarından bahsedilmek suretiyle, bireysel insan haklarından söz edilmektedir<sup>50</sup>. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağına uymama halinde de, gerek Ulusal düzenlemelerde, gerekse uluslararası düzenlemelerde, ayrımcılık yasağına uğrayan bireyin korunması amaçlanmıştır.

##### 1) İş Kanunundaki ayrımcılık yasakları

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrası maddede düzenlenen “eşit davranma ilkesi” ne aykırı davranma halinde uygulanabilecek maddi yaptırımları düzenlemektedir. Burada işverenin çalışana karşı uygulayabileceği ayrımcılık durumları ele alınmıştır. Çalışan kavramı Alman Anti-Ayrımcılık Yasasının “Çalışanların Ayrımcı Muameleden Korunması” başlıklı 2. Bölümünde daha geniş olarak ele alınmış ve işçilerin yanı sıra, mesleki eğitim gereği çalışanlar, ekonomik açıdan işverene bağlı olduğundan ötürü çalışanlarla aynı durumdaki kişiler, (örneğin; ev kadınları) ve iş istemek için işverene başvuranlarla, işverenle iş ilişkisi yasal olarak sona erdikten sonra çalışmaya devam edenler de aynı kapsama sokulmuşlardır. İşçinin ilişkide bulunduğu işveren kavramı da anılan maddede irdelenmiş ve, ”işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler, adi şirketler, ev işlerinde çalışanlara bu işi verenler

<sup>49</sup> Rust, Ursula/ Falke, Josef: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar s. 263, Rn 160.

<sup>50</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Ünal, Şeref: *Millîlerarası Hukuk Açısından Güneydoğu Sorunu Ve Terörle Mücadele*, Ankara 1997.

veya işveren vekili (örneğin;ustabaşı) kişiler işveren kapsamına alınmıştır. İşyerinin devri durumunda yeni devralan kişi de aynı kapsamdadır.

Bu yaptırımla parasal taleplere yönelik olup, aşağıda inceleneceği üzere, ayrımcılık yapılması halinde, yapan kişinin cezai açıdan da yaptırıma tabi tutulması mümkündür. Maddeye göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. Şayet ayrımcılık sendikacılık faaliyetleri nedeniyle olursa Sendikalar Kanununun 31. maddesine göre tazminat en az işçinin bir yıllık ücreti tutarında olur.”Anılan tazminat miktarları bireysel veya toplu iş sözleşmeleri aracılığı ile atırılabilir niteliktedirler<sup>51</sup>. Anılan tazminatın ödenmesi, sadece ayırım yapılması olgusu ile gerçekleştiğinden, işçinin bunun yanı sıra maddi veya manevi zararı oluşmuşsa, bunu talep hakkı da saklıdır<sup>52</sup>.

Türk İş hukuku mevzuat ve uygulamasına büyük ışık tutan Alman Hukukunda aynı konuları düzenleyen Alman Genel Eşit Davranma Yasasının 15. maddesine göre de, ayrımcılığa uğrayan kişinin maddi ve manevi tazminat isteme hakları bulunmaktadır. Ancak, işverenin ayrımcılık yapılan somut olayda bir kusuru yoksa bu sorumluluk ortadan kalkmaktadır.

Burada anılan tazminat miktarı, kanunun lafzına göre asıl ücret olup, giydirmiş ücretin içeriğindeki ikramiye ve para içerikli sosyal yardımları kapsamamaktadır.

5.maddede ele alınan tazminatı işçinin İş Kanunundan doğabilecek diğer tazminat alacakları ile karşılaştırdığımızda ortaya değişik görüşler çıkmaktadır. Şayet işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamıyorsa, yani, çalışma süresi 6 aydan az veya 30 işçiden az bir işçi topluluğunun çalıştığı bir işyerinde çalışıyorsa, burada iş sözleşmesinin, işverenin fesih hakkını kötüye kullanıp ta feshettiği durumlarda, kötüniyet tazminatı isteme hakkı bulunmaktadır. Yani ihbar tazminatının üç katı tutarında tazminat talep edebilecektir. Doktrinde ayrımcılığa dayanılarak sözleşmenin feshi durumunda anılan her iki tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği yolunda değişik görüşler bulunmaktadır. Yalnız bu tartışmalar sadece sözleşmenin sona ermesi durumlarını kapsayıp, sözleşme devam ederken oluşabilecek ayrımcılık durumlarına ilişkin değildir. Ayrımcılık tazminatı, sadece “ayrımcılık yapılması” olgusuna bağlı olup, işçinin bu olgudan zarar görüp görmediği konusunu ele almadığından, işçinin çalışırken meydana gelen ayrımcılık olgusuna dayanarak ayrımcılık tazminatı talebinde bulunması her zaman mümkün olup, bunun için iş akdinin sona ermesini beklemesine gerek yoktur.

---

<sup>51</sup> **Süzek, Sarper**, *İş Hukuku*, İstanbul 2008,s. 415

<sup>52</sup> **Demir, Fevzi**: *İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2009,s. 161

İş sözleşmesinin işveren tarafından ayrımcılık nedenlerini içeren bir nedenle feshi kötüniyetli bir davranıştır. Doktrinde, iş güvencesine tabi olmayan işçilerin ayrımcılık nedeniyle işten çıkarılması halinde kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenebileceği ileri sürülmekte ise de<sup>53</sup>, kanımızca, ayrımcılık yapma fiili kötüniyetin somut bir göstergesi olduğundan burada ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatının yerine geçmektedir<sup>54</sup>.

Yukarıdaki görüşler doğrultusunda iş güvencesi kapsamına giren işçilerin alabilecekleri iş güvencesi tazminatının da ayrımcılık tazminatı ile birlikte istenemeyeceği sonucuna varılabilir<sup>55</sup>. Nitekim Yargıtay da ayrımcılık ile iş güvencesi tazminatlarının aynı eylem nedeniyle söz konusu olduğunu ve aynı eylem nedeniyle iki tazminata karar verilemeyeceğini gerekçe göstererek bu durumlarda sadece iş güvencesi tazminatına hükmedilebileceğini belirtmiştir<sup>56</sup>. Ancak burada işverenin işçiyi tekrar işe geri alıp almaması olgusu incelenmelidir. Zira işçiyi geriye alan işveren iş güvencesi tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Ancak yaptığı ayrımcılık eylemi karşılıksız kalacaktır. Bu gibi durumlarda ayrımcılık tazminatına hükümlenileceği sonucuna varılabilir<sup>57</sup>.

İş Kanununun 5. maddesinde belirtilen ve ayrımcılığı yasaklayan ilke ve yükümlülüklerle uymama, zarar gören kişiye ödenecek çeşitli tazminat türlerinin yanı sıra, işverenin devlete karşı da sorumluluğunu doğurmaktadır. İş Kanununun 99. maddesine göre, "Bu kanununun 5. maddelerindeki ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekili ilgili her kişi için elli milyon lira para cezası ödemek zorundadır. Bu para cezası 108. maddeye göre, gerekçesi bildirilerek, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne verilmektedir.

Ayrımcılık kapsamına yasada sokulmayan özürlü ve eski hükümlülerin çalıştırılmamaları halinde uygulanacak yaptırım (para cezası) na ilişkin hüküm İş Kanunu 101. maddede düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenmeyip, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelikle düzenlenen özürlü ve eski hükümlülere karşı ayrımcılık yapan işveren hakkındaki para cezası işye-

<sup>53</sup> Mollamahmutoglu, Hamdi: s. 555, Süzek, Sarper: s. 416

<sup>54</sup> Farklı gerekçelerle olsa dahi aynı sonuca varan görüşler için bkz. Demir, s. 162, **Çelik, Nuri**: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İstenebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Sayı 14, s. 489

<sup>55</sup> Doktrinde baskın görüş her iki tazminatın birlikte istenebileceği doğrultusundadır. Bkz. **Süzek, Sarper**, s. 416, **Mollamahmutoglu, Hamdi** s. 555, **Burcu Yıldız, Gaye** s. 336

<sup>56</sup> Y 9. HD.6.6.2007 tarihli ve 2006/30630 E, 2007/18174 K sayılı ilamı, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 15, s. 217

<sup>57</sup> **Doğan Yenisey, Kübra**: *Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz 2005, s. 79

rinin bulunduğu yerdeki Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından doğrudan verilmektedir.

## II)Türk Ceza Kanunundaki ayrımcılık

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonununun 1 No'lu ve 7 No'lu Genel Politika Tavsiye Kararları doğrultusunda ayrımcılık Türk Ceza Kanununda da yasaklanmıştır. 1 No'lu Tavsiye Kararının "Hukuki Mevzuat, Yasaların Uygulanması ve Hukuk Yollar ile İlgili Hususlar" başlıklı A bölümünde, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlüğe doğrudan doğruya ve açık bir şekilde karşı çıkılması için, devletlerin ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukukuna ilişkin iç hukuk kuralları düzenlemeleri gerektiği vurgulanmıştır. Hemen akabinde de, iş ve çalışma hayatında ve topluma mal ve hizmet tedarikinde ayrımcılığın hukuka aykırı olması nedeniyle bunun önlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıdaki kuralları da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine göre, "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan, ....c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. Anılan maddede konumuz için çok önemli olan hüküm, çeşitli nedenlerle kişiler arasında fırsat eşitliğini ortadan kaldıran ayrımcılığın engellenmesi ve gerek işe girişte, gerekse çıkışta adil ve eşit davranılmasıdır. Maddenin amacı, "insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hale getirilmelerini cezalandırmak" dır. Kanun 3. maddesinde de, aynı doğrultuda bir düzenleme yapmış ve "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konular yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz" diyerek ceza hukuk alanında ayrımcılık yapılamayacağını vurgulamıştır.

Her ne kadar, mevzuatta ayrımcılık maddeleri genellikle sayılmakta ise de, söz konusu maddelere konulan "ve benzeri" şeklindeki kavramlarla anılan alanlar genişleme imkanına açık tutulmaktadır. Anayasa Mahkemesi de 4.11.1986 tarih ve 1986/11 E, 26 K. Sayılı ilamında, "*eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. (Benzeri sebeplerle) de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapı-*

*lamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır” sözcükleri ile bu prensibi bir daha açıklamıştır<sup>58</sup>.*

Ayrımcılık yasağı alanının genişletilebilmesine olanak tanınması, yaşamda çeşitli alanlarda ayrımcılık yapılmasını da engelleyebilecek bir kolaylık yaratmaktadır. Örneğin; Her ne kadar İş Kanununda belirlenmese dahi “özürlülük” kavramında, özürsüzlere aleyhine ayrımcılık yapmak, Türk Ceza Kanunu aracılığı ile engellenmeye çalışılmaktadır. 122.maddeye göre, kişinin işe alınması veya alınmaması özürsüzlü olmasına bağlanmamaktadır. Bununla beraber, bu düzenlemenin, iş ilişkisi sırasında oluşabilecek durumlara da uyarlanması gerektiği ve bu durumun kanunda düzenlenmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu da vurgulamamız gerekir. İş ilişkisinin devamı sürecinde, özürsüzlük nedeniyle yapılabilecek ayrımcılık, 5378 sayılı “Özürsüzlüler...Hakkında Kanun”un 14.maddesinde yasaklanmışsa da, aksi halde uygulanabilecek özel bir yaptırım belirlenmemiş ve genel hükümlere yani İş Kanununun 5.maddesindeki hükümlere bırakılmıştır. Ancak bu eksikliğin farkına varılınca, Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin 17/3 maddesi, ile özürsüzlere karşı yapılabilecek ayrımcılık işlemlerinin bu madde ile cezalandırılacağı açıkça belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanununun 216 maddesi, halk arasında ayrımcılık yolu ile gruplaşmalara yol açabilecek, böylece kamu güvenliğini tehlikeye düşürebilecek davranışları yasaklamıştır. Maddeye göre;

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

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

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

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun aynı konuya ilişkin bir kararı da bize ışık tutmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.11.2004 tarih ve 2004/8-130 E, 206 K.sayıllı ilamına göre, “Demokratik bir hukuk devletinde, toplumsal barış ve düzenin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, farklı sosyal sınıf, ırk,

<sup>58</sup> AMKD Sayı 22, s. 314

*din, mezhep ve bölgelere mensup insanların, güven ve barış içinde yaşatabilmeleri ile mümkündür. Bu nedenledir ki, hukuk sistemleri kamu düzeninin bozacak, düşmanlık veya kin duygusu oluşturacak tahriklere izin vermemiş, toplumun çeşitli katman, kesim ve grupları arasında, çatışmalara, kin ve düşmanlığa dönüşebilecek davranışları, ceza yaptırımına bağlamıştır.”*

## SONUÇ

Anayasanın 10. Maddesi doğrultusunda düzenlenen İş Kanununun 5. Maddesi, “ dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep” konularında ayrımcılık yapılmasını yasaklamış, bunun yanısıra başka alanlarda da ayrımcılık yapılabileceğini düşünerek, diğer herhangi bir konuda ayrımcılık yapıldığı zaman, ayrımcılığa olumsuz olarak maruz kalabilecek kişileri de bu madde aracılığı ile koruma altına almıştır.

Burada amaçlanan, kişiler arasında, objektif kurallar dahilinde eşitlik sağlamaktır. İş Hukuku hükümleri, diğer hukuk normlarından daha farklı olarak, işçinin korunmasını amaçladığından buradaki eşitlik kavramını da daha değişik boyutlarda algılamak gerekmektedir. Burada, işverenin eşit koşulları taşıyan kişiler arasında ayrımcılık yapmaması temel hedefi oluşturmaktadır. “Eşit koşullar” kavramının içine, İş Kanunu 5. Maddede belirtilen kavramların yanısıra, kişilerin özürlü olup olmadıkları, genç veya yaşlı olmaları veya sendika vb. organizasyonlara dahil olup olmamaları gibi özellikler de girmektedir. Kişiler arasında, kendisine verilecek işi yapmaya ehil olduğu halde, sadece çok genç veya yaşlı olması, özürlü olması veya işveren karşısında bazı haklarının daha iyi korunması için sendikalı olmaları, onları olumsuz olarak etkilememelidir.

Buradaki objektif kriter, “iş yapabilme” olmalıdır. İş yapabilecek kişiler arasında haklı bir gerekçeye dayanmadan ayrımcılık yapmak yasal hükümlerle engellenmelidir. Mevzuatımızda da bu doğrultuda hükümler bulunmaktadır.

Tabii burada, işverenin irade özgürlüğü kavramının da korunması önemiyet göstermektedir. İşverenin gerek işçiyi işe alırken, gerek çalıştırırken, gerekse işten çıkarırken kendi özgür iradesi ile karar verebilmesi, temel hedeftir. Ancak bu karar verilirken, MK 2. Maddede bulunan iyiniyet kavramı doğrultusunda hareket edilmelidir. İşverenin haklı bir neden olmaksızın ve iyiniyet kurallarına uymaksızın ayrımcılık yapması mevzuat ve yargı kararları ile engellenmeye çalışılmaktadır. Ancak bu konuda ülkemizin tam olarak başarılı olduğu söylenemez. İşveren bazen, ayrımcılık yaptığı açıkça belli olduğu halde, çok geç tahsil edilebilme kabiliyeti olan tazminat ödemeyi göze alarak, bazen işçiye yapabileceğinin üzerinde görev yükleyip onun verimini düşürerek, bazen de çeşitli mobbing yöntemleri uygulayarak işçinin

işten ayrılmasını sağlamaktadır. Her ne kadar işverenin temel amacı, işletmesinin olumlu ve kar edici bir yönde ilerlemesini sağlamak ise de, sosyal adalet vb. kavramlar temel alınarak, çalışanların da kişisel ve ekonomik durumlarının da korunması gerekmektedir. Bunun için temel objektif iyiniyet kurallarının çalışma yaşamı taraflarınca daha iyi anlaşılması ve uygulanması gerektiği kanısındayım.

### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 22
- Bauer Jobst, Hubernus/Göpfert, Burkhard/Krieger, Steffen, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2007
- Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006
- Çelik, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Sayı 14
- Çelik, Nuri: İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu; Sicil, Aralık 2006
- Dagmar, Schiek, AGG, Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2009
- Doğan Yenisey, Kübra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz 2005
- Engelli, Bülent Kara: İnsanların haklarına Dair BM Sözleşmesi, tabula rasa felsefe & teoloji, yıl 7-8 sayı 21-22
- Günay, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, II, Ankara 1998
- Günay, Cevdet İlhan: Sendikalar Kanunu Şerhi, Ankara 1999
- Gündüz, Selim: Türkiye’de Çocuk ve Genç İşçilerin Yasal Konumu, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 22, Sayı 1-2-3 Şubat/Mayıs/Ağustos 2009
- Hueck, Alfred/Nipperdey, H.Carl:, Lehrbuch des Arbeitsrechts I.7.Auflage, Berlin und Frankfurt a.M.1963
- ILO Code of Practice for Managing Disability in the Workplace, ILO Cenevre, 2002
- İşveren Dergisi, Temmuz 1985
- Jochen, Mohr, Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht. Berlin 2004
- Kara, Bülent: Engelli İnsanların Haklarına Dair BM sözleşmesi, Tabula rasa, felsefe & teoloji, yıl 7-8 sayı 21-22, 2007/2008

- Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2008
- Mollamahmutoğlu, Hakkı: İş Hukuku, Ankara 2008
- Ruprecht, Grossmann/ Werner, Schimanski: Gemeinschaftskommentar zum SGB IX, 71.madde
- Rust, Ursula/ Falke, Josef: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften Kommentar
- Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG I-6467
- Savaş, Taşkent: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981
- Sümer, Haluk Hadi: İşçinin sendikal nedenlerle feshe karşı korunması, Konya 1997
- Süzek, Sarper: İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2005
- Tekstil İşveren Dergisi, Sayı 250, Ekim 2000
- TİSK Yayın No: 301, 2009
- Thüsing, Gregor: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007
- Ulrich, Preis, Arbeitsrecht, Köln, 2009
- Ünal, Şeref: Milletlerarası Hukuk Açısından Güneydoğu Sorunu Ve Terörle Mücadele, Ankara 1997
- Wolfgang Hromadka/Frank Maschmann, Arbeitsrecht Band.1, 3. Baskı, Berlin
- Çalışma ve Toplum, 2008/3, s. 271
- Zeytinoğlu, Emin: Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış, İst. Tic. Ün. Sos. Bil. Der. Güz 2010/2