

Vahap ÜNLÜ

MESS Müşavir Avukatı

İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı

DÜSSELDORF EYALET İŞ MAHKEMESİ¹

Karar Tarihi : 12.11.2008

Karar Sayısı : 12 Sa 1102/08

Özet

Kadın istihdamının özellikle düşük olduğu alanlarda, kadın istihdamının artırılmasına yönelik olarak, özellikle kadınların iş alımında tercih edileceği yönünde bir ifadeye iş ilanlarında yer verilmesi, Genel Ayrımcılığın Önlenmesine ilişkin Kanunun hükümlerinin ihlali anlamına gelmemektedir. Bu nedenle Kuzey Ren Westfalya Eyaleti Eşit Davranma Eyalet Kanununda yer alan hüküm erkeklere yönelik ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir.

Olay

Davacı Kuzey Ren Westfalya Eyaletinde bir kamu kuruluşunda açık bulunan bir iş

ile ilgili yapılan ilan üzerine işe alınması için kamu kurumuna başvurmuştur. Ancak verilen ilanda açık bir biçimde kadınların istihdamına öncelik verileceği yönünde bir ibareye yer verilmiştir. Gerekçe olarak ise, işe alınacak birimde kadınların azınlıkta olduğu gösterilmiştir. Eyalet Yasasındaki hükme göre, verilen ilanlarda böyle bir durumun varlığı halinde açıkça kadın istihdamının teşvik edileceği ve kadınlardan gelecek başvurulara aynı vasıfta olmaları halinde öncelik tanınacağı belirtilmesi gerekmektedir.

Davacı, açık olan işe başvurusunu yapmış ancak işe kabul edilmemiş, işe bir kadın alınmıştır. Davacı açmış olduğu davası ile davalıdan 24 aylık ücret tutarına denk gelecek bir tazminatın kendisine ödenmesini talep etmiştir. Kendisi ilanda açıkça kadınlara öncelik tanınacağı ifade edilmesinin iş başvurularının değerlendirilmesinde ayrımcılık yapılacağı anlamına geldiğini iddia etmiştir. İş Mahkemesi davayı kısmen kabul etmiştir.

Davalının temyiz başvurusu üzerine Eyalet İş Mahkemesi kararın bozulmasına yönelik hüküm vermiştir. Davanın Federal İş Mahkemesi nezdinde temyiz edilmesi yolu açık tutulmuştur.

Gereke

Davacının, yasalarda hüküm altına alınmış olan ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkenin ihlal edildiği gerekçesiyle davalıdan maddi ya da manevi tazminat talep etmesi yerinde değildir. İş ilanı esas itibarıyla cinsiyet ayrımı gözetilmeden yapılmıştır.

Kadın istihdamının teşvik edilmesi amacıyla

ilanda özel bir ibareye yer verilmiş olunması, ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir. İlanı çıkan Kurum Eyalet Yasasının 8.maddesinin 4.fıkrası uyarınca ifade edildiği biçimde bir hükme yer vermek ile yükümlü tutulmaktadır. Bunun ile birlikte bu yönde bir yasal hükmün varlığı Genel Anlamda Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Kanun hükümlerinin ihlali anlamına da gelmemektedir. Bir alanda kadınların erkeklere oranla daha az istihdam edilmiş olması nedeniyle işe alınacaklar arasında kadınlara öncelik tanınıyor olunması doğrudan erkeklere yönelik bir ayrımcılığın getirildiği anlamına gelmemektedir.

1. Karara Konu Olay

Kamu kuruluşunda açık bulunan bir iş için yapılan ilanda, kadın istihdamının teşvik edileceği, bu anlamda başvuracakların aynı vasıfta olmaları halinde kadınlardan gelecek başvurulara öncelik tanınacağı belirtilmiş ve bunun gerekçesi olarak, işe alınacak birimde kadınların azınlıkta olması gösterilmiştir. İlgili eyalet yasasındaki hüküm uyarınca, kadınların azınlıkta olduğu bir alanda yapılacak istihdamda, kadın istihdamının teşvik edilmesi, bu anlamda kadınlardan gelecek başvurulara, aynı vasıfta olmaları halinde, öncelik tanınması ve bu hususun ilanda belirtilmesi gerekmektedir.

İşe bir kadın alınmıştır. Başvuru yapan fakat işe alınmayan bir erkek, söz konusu ilanda açıkça kadınlara öncelik tanınacağını ifade edilmesinin, iş başvurularının değerlendirilmesinde ayrımcılık yapılacağı anlamına geldiğini belirterek dava açmış ve 24 aylık ücret tutarında bir tazminatın kendisine ödenmesini talep etmiştir.

Dava iş mahkemesinde kısmen kabul edilmiş ancak davalının temyiz başvurusu üzerine Eyalet İş Mahkemesi kararı bu durumun ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ilkeyi ihlal etmediği gerekçesi ile bozmuştur. Eyalet İş Mahkemesi, ilana çıkan kurumun Eyalet Yasasının ilgili hükmü gereğince ilanda bu ifadelere yer vermekle yükümlü tutulduğunu, Eyalet Yasasındaki bu

hükmün Genel Anlamda Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Kanun hükümlerinin ihlali anlamına gelmediğini ve bir alanda kadınların erkeklere oranla daha az istihdam edilmiş olması nedeniyle işe alınacaklar arasında kadınlara öncelik tanınmasının doğrudan erkeklere yönelik bir ayrımcılık sayılmayacağını tespit etmiştir.

İncelememizde, iş hukukumuz açısından iş ilişkisinin kurulması aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ele alınacaktır.

2. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

2.1. Hukuki Temel ve Yasal Dayanaklar

Eşitlik ilkesinin dayandığı hukuki temel konusunda öğretilerde pek çok fikir ileri sürülmüştür. Bu görüşler, eşitlik ilkesinin temelinde adalet kavramının, işverenin işçiyi gözetme borcunun, ahlak kuralının, dürüstlük kurallarının, hakkaniyet esasının ve anayasadaki eşitlik ilkesinin yer aldığını savunmaktadır².

Eşit davranma ilkesi (borcu), hukukun her alanında gözetilmesi gereken "eşitlik ilkesi"nin iş hukukunda dile gelişidir³. Görünürde basit olmakla birlikte gerçekte önemli hukuksal güçlükler ortaya çıkaran bu ilke şekli anlamda, kişiler arasındaki farkları dikkate almayı yasaklamaya yönelik iken maddi anlamda, tam tersine bu fiili eşitsizliklere farklı durumlara uygun

Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır.

kurallar koyarak mücadele etmeye yöneliktir. İş hukukunda bu ilke, “eşit davranma borcu” adı altında daha ziyade işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşır. İşçiler arasında ayırım yapma yasağı ve onun zorunlu mantıksal bir sonucu olarak eşit davranma, iş hukukunun esasını teşkil ederler.⁴

İşverenin eşit işlem borcu hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı temeline yerleştirilmiş, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile eşitlik ilkesi iş hukukunda başka bir pozitif kaynağa kavuşmuştur⁵. Anayasa'nın 10. maddesinde “kanun önünde eşitlik” başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” Öğretide de belirtildiği üzere bu madde, hem hükümde belirtilen nedenlere dayalı olarak “ayırım yapmama yasağını” hem de bunun dışında kalan hallerde “genel anlamda eşit davranma borcunu” düzenlemektedir. Ayırım yasağının konusunu oluşturan nedenler, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı gibi ya da değiştirmesi beklenemeyecek ve istenemeyecek siyasal görüşü, felsefi inancı, dini gibi nedenlerdir. Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Buna karşılık genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutul-

maması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaması biçiminde tanımlanabilir⁶.

4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte eşit davranma ilkesi, mevcut anayasal dayanağın yanında özel bir yasal dayanağa daha kavuşmuştur. İş Kanunu'nun “Eşit Davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinde işverenin eşit işlem yapma borcu şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 5- İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

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

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

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

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

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

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

İş Kanunu'nun 5. maddesi “Eşit davranma ilkesi” başlığını taşımakla birlikte, aslında ayırım yasaklarını düzenleyen bir maddedir. Bu aşamada işverenin eşit davranma (ilkesi) borcunun içeriğinin, konumuzla ilgili kısmına kısaca değinmek yerinde olacaktır. İş hukukundaki eşitlik

ilkesinin hem işverenin belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağını, hem de genel olarak aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü getiren çift yönlü bir ilke olması nedeniyle, işverenin eşit davranma borcunun iki yönü bulunmaktadır⁷. Bunlardan birincisi ayrımcılık yasağına ilişkindir. Ayrımcılık yasağı normları yukarıda da ifade edildiği üzere, kişileri bazı özellikleri (ırk, cinsiyet, renk, gibi) nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaktan yahut bir takım menfaatlerden mahrum bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Diğerleri ise, aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit davranmayı ifade eden “eşit işlem yapma borcu” veya “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak adlandırılacak, işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğüdür. Ayrımcılık yasakları temelde, temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir⁸. Öğretide de belirtildiği üzere bu ayırım, hem teorik hem de uygulamada yaratacağı sonuçlar açısından önemlidir, zira ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması aşamasından başlayarak bütün aşamalarda geçerli iken, eşit işlem yapma borcu ancak işçi ve işveren arasında iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borçtur⁹.

2.2. Eşit Davranma Borcunun Nispiliği

Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Bu borç, işverenin tüm işçilerine mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Bu borç, aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerekse de çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi sübjektif (haklı) nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir.

Mutlak anlamda eşit davranma borcu, çoğunlukla şekli eşitlik anlamında ayırım yapmama yükümlülüğü bakımından söz konusu olmaktadır. Bu anlamda, ırk, etnik köken, cinsiyet, cinsel eğilim, dini ve felsefi inanç, siyasal düşünce gibi nedenlerle işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü mutlaktır. Bu itibarla örneğin, farklı ırk, etnik köken, cins, cinsel eğilim, dinden iş-

çiler arasında işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır. Bununla birlikte kanunun, cinsiyet, uyrukluk bakımından öngördüğü kurallara göre işverenin davranmasının, eşit davranma borcuna aykırılık olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Kanuni yükümlülüklerin gereği olarak işverenin farklı davranması, eşit davranma borcunun dışında kalır¹⁰.

Yargıtay’a göre de, “Anayasanın 10. maddesi nispi eşitlik ilkesini esas almıştır. Başka bir anlamıyla eşitler arası eşitlik kabul edilmiştir. Nesnel nedenler varsa eşit işlem borcu uygulanmaz... işçinin objektif, sübjektif nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez”¹¹

İşveren ölçülülük (orantılılık) ilkesi uyarınca ayırım gözetmede haklı bir amaç izlenmişse, yani bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu haklı amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmayacaktır¹².

3. İşe Almada Ayırım Yasağı

İş hukuku öğretisinin bir bölümüne göre, gerek Anayasa’da güvence altına alınmış olan girişim ve sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, gerekse de eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekliliği nedeniyle, işverenin işe alma sırasında eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı ifade edilmişse de, bu açıklamaları eşit işlem yapma borcu açısından geçerli kabul etmek gerekmektedir¹³.

Bunun yanı sıra, her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 1. fıkrasında “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı ifade edilmiş ve 6. fıkrasında da “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” denilmek suretiyle, hükümde ayrımcılık için öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğunun hükme bağlanmış olması, işverenin işe almada ayırım yapma yasağının bulunmadığı yönünde bir şüphe yaratsa da, iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayırım yasağını açıkça düzenleyen kurallar yer

almıştır¹⁴. Bunun yanı sıra, öğretide ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğru ilişki dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak ayırım yapılmasının yasak olduğu ve bunun aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinin de bir gereği olduğu, ifade edilmiştir.¹⁵

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş ilişkisinin kurulmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

Benzer bir hüküm 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanun'un 14. maddesinde yer almakta olup, anılan madde uyarınca “İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.”

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

Mevzuatımızda işe alınmada ayrımcılık yasasına ilişkin bir diğer düzenleme de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddede işe almada ayrımcılık yapılması suç olarak düzenmiş olup, buna göre; “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Öğretide, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, Kanunun 122.

maddesi nedeniyle, hukukumuzda işe almada ayırım yapma yasağının bulunmadığını savunmanın olanaksız hale geldiği ifade edilmiştir¹⁶.

Bu çerçevede, işe alma aşamasında ayrımcılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve gebelik, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenler, 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde özürlülük durumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedeniyle açıkça yasaklanmıştır.

4. İş Kanunu Çerçevesinde İşe Girişte Cinsiyet Ayrımı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle, doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz. Kanun, işverene, cinsiyete dayalı olarak yapılabilecek ayırımı ancak “işin niteliğine ilişkin nedenlere” ve “biyolojik sebeplere” bağlamış olup, bu iki durumundan birinin zorunlu kılması halinde işveren cinsiyete dayalı olarak farklı işlem yapabilecek ve bu işlem ayırım yasağını ihlal etmiş sayılmayacaktır.

Öğretide, Avrupa Adalet Divanı'nın cinsiyet ayırımı yasağını sadece iki cinsten birine mensup olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlı olarak yorumlamadığı, cinsiyet değiştirmeden kaynaklanan ayrımları da bu kavram içinde değerlendirdiği göz önünde bulundurularak, İş Kanunu'nda yer alan cinsiyet ayırımı yasağının salt iki cinsi değil, cinsiyet değiştirenler ile cinsel eğilimleri farklı olanları da içereceği, isabetle ifade edilmiştir¹⁷.

İş Kanunu'nda, her ne kadar cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık “doğrudan” ve “dolaylı” açıdan yasaklanmışsa da, bu kavramlar tanımlanmamıştır. Öğretide, bu kavramların Avrupa Birliği'nin ayrımcılığın önlenmesine ilişkin direktiflerinde yer alan tanımlar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği, buna göre; bir işçi, yasaklanan örneğin ırk, cinsiyet, dil gibi bir ayrımcılık nedeninden dolayı

başka bir işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılığın söz konusu olacağı, görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmamakla beraber işveren kararının, davranışının veya işleminin bir cinse mensup kişileri diğer bir cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokması, olumsuz bir biçimde etkilemesi ve bu ayrımcılık teşkil eden ölçüt, karar veya davranışın hukuken meşru kabul edilecek bir nedenle de haklılaştırılmaması halinde ise dolaylı ayrımcılığın söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹⁸. Bu anlamda, bir kişinin cinsiyeti sebebiyle işe alınmaması doğrudan ayrımcılık teşkil ederken, işe alımda belli bir boy ortalamasının öngörülmesi halinde, bunun cinsiyetle görünürde bir ilgisinin bulunmamasına rağmen, bu boy şartını kadınların sağlama oranı erkeklere göre esaslı bir biçimde az ise, boy şartının kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabileceği ifade edilmiştir¹⁹.

Öğretide de belirtildiği üzere, işe alımda cinsiyete dayalı ayrımcılık, sözleşme görüşmeleri sırasında ayırım yapılmamasını gerektirdiği gibi (örneğin; sorulacak sorular, uygulanacak testler²⁰), yapılan iş ilanlarıyla da ilgilidir. İş ilanlarında ayrımcı ifadeler yer verilmesi, işe alımda ayrımcılık yapıldığına yönelik bir sonucun doğmasında rol oynayabilecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, ayrımcılık teşkil ettiği iddia olunan kararın, eylemin, işlemin hukuka uygunluğu halinde ilanda ayrımcılığa yönelik ifadelerin yer alması ayrımcılık yasağının ihlali olarak düşünülmemelidir. Başka bir deyişle, eğer işverenin farklı işlem yapmasını gerektirecek bir durum var ise, ilanda cinsiyetin belirtilmiş olması ve akabinde ilanda belirtilen cinsiyete sahip kişi ile iş sözleşmesinin yapılması, diğer cinsiyete mensup aday için ayrımcılık yasağının ihlali olarak görülmemelidir. Bu anlamda, hukuka uygunluk, yani ayrımcılık sayılmayacak durumlar önem arz etmektedir. İş Kanunu uyarınca, işveren “işin niteliğine ilişkin nedenlerin” veya “biyolojik nedenlerin” zorunlu kılması halinde işe alımda cinsiyet esasında farklı işlem yapabilecektir ve bu işlem ayrımcılık sayılmayacaktır. Cinsiyet nedeniyle farklı işlemi zorunlu kılan

“işin niteliğine ilişkin nedenlerin” ve “biyolojik nedenlerin” neler olabileceği konusunda öğretide dile getirilen bazı görüşler şöyledir:

Bir görüşe göre “Biyolojik nedenler, kadın ve erkek cinsine has psişik veya anatomik özelliklerdir...kadınlarda adet halinin, cinsiyet nedeniyle farklı işlemi zorunlu kılan bir biyolojik neden olarak değerlendirilmesi gerekeceği...işin niteliğine ilişkin nedenler ise, işin belirli bir cinse münhasır olması, diğer cinsten beklenilmesinin işin özelliklerine aykırı düşmesi anlamında nedenlerdir. Buna göre örneğin, kadın giysileri mankenliği, aktristlik, kadın epilasyon ve pedikür işleri, hemşirelik, kreş bakıcılığı işleri gibi işlerin, nitelikleri gereği kadın işgücünü zorunlu kılan işler olarak işe alınmada cinsiyet esasında bir ayırımı da zorunlu kılacağı açıktır.”²¹

Diğer bir görüş uyarınca, “...Beden gücüne dayalı bir çalışma halinde bayan işçi veya gebe çalışan için farklı bir uygulama yapılabilecektir. Yine daha çok bayan çalışanların ön plana çıktığı reklam ve tanıtım işinde erkek çalışanlara farklı uygulama, cinsiyet ayrımcılığı anlamına gelmez.”²²

Başka bir görüşe göre de; “...Gebeliğin kadının işine olumsuz etkisi, çokluk mankenlik, hosteslik, spor öğretmenliği veya radyasyon tehlikesi olan işlerde görülür.”²³

Öğretide, konuya ilişkin yurt dışı örnekler ve Adalet Divanı'nın uygulama örneklerine de değinilmiş olup, “...Adalet Divanı uygulamasında cinsiyetin görülecek iş için belirleyici olduğu mankenlik, yapılacak işten etkilenecek bireylerin temel haklarını koruma amacı taşıyan hasta bakıcılık ya da gardiyanlık, yapılan işin biyolojik açıdan kadınlar için tehlike yarattığı yer altı ve su altı işlerinde kadın istihdam edilmesi ya da edilmemesi işin niteliğinden kaynaklanan uygulamalar olarak kabul edilmektedir.”²⁴

İşlerin niteliğinin veya biyolojik nedenlerin zorunlu kılmasının yanında, yasal düzenlemeler nedeniyle de işe alımda cinsiyet esaslı farklı işlem yapılması zorunluluğu doğabilmektedir. Örneğin, İş Kanunu'nun 85. maddesinde kadınlarla on altı yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını bitirmemiş genç işlerin hangi çeşit işlerde çalıştırılabileceğinin yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmış ve söz konusu Ağır ve

Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin I nolu ekinde yer alan listede kadınların çalışabileceği ağır ve tehlikeli işler gösterilmiştir. Yönetmelikte kadınların çalıştırılabileceği işler dışında yer alan bir iş için erkek işçi aranması ve istihdam edilmesi ayırmacılık oluşturmayacaktır. Bu çerçevede kanaatimizce, gerek “işin niteliğine ilişkin nedenlerin” veya “biyolojik nedenlerin” zorunlu kılması nedeniyle, gerekse kanuni bir düzenlemenin gereği olarak farklı bir işlemin yapılması söz konusu olduğunda, yapılacak ilanda “bay” veya “bayan” şeklinde belirtilecek ifadelerin kullanılmasının ve iş sözleşmesinin bu doğrultuda kurulmasının ayırmacılık teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki, İş Kanunu md. 5/3 anlamında, işe alınmada cinsiyet ayırmacılığının söze konu olabilmesi için, kanaatimizce, sırf ilanda ayırmacı ifadelerin kullanılmış olması başlı başına yeterli olmayıp, kendisine cinsiyet nedeniyle ayırmacılık yapıldığı iddiasında olan kişinin başvuruda bulunmuş olmasının yanında, kişinin bu başvurusunda samimi ve ciddi olması da aranmalıdır. Örneğin, ilanda “erkek elektrik mühendisi” denmesine rağmen o ilana başvuran bayan “gıda mühendisi” ise, o kişinin sırf bayan olduğu için işe alınmadığını, kendisine cinsiyet ayırmacılığı yapıldığını söylemek kanaatimizce isabetli olmayacaktır.

Bu noktada “olumlu (pozitif) ayırmacılık” hususuna da değinmek yerinde olacaktır. Olumlu ayırmacılık uygulamasında, fırsat eşitliği sağlayabilmek için bir grup lehine yapılan ayırmacılık söz konusu olsa da, güdülen amaç yapılan bu ayırmacılığı makul kılmaktadır. Amaç, lehine ayırmacılık yapılan grubun geçmişte maruz kaldığı haksız ayırmacı davranışlar nedeniyle meydana gelen eşitsizlikleri ortadan kaldırmaktır²⁵. Öğretide de belirtildiği üzere, Amsterdam Anlaşmasının 141/4. maddesi uyarınca; üye devletler, çalışma hayatında kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin sağlanması amacıyla daha az temsil edilen cinsiyet lehine bazı önlemler almakla yükümlü kılınmış olup, bu önlemler eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca, Avrupa Birliği'nin 2006/54 sayılı Direktifi'nin 3. maddesinde de üye devletlerin çalışma hayatında kadın-erkek arasındaki eşitliği sağlamak için gerekli önlemleri alabileceği

özel olarak düzenlenmiştir²⁶.

İncelememize konu karardaki olayda, Eyalet Yasası'nda yer alan hüküm uyarınca, kadınların azınlıkta olduğu bir alanda yapılacak istihdamda, kadın istihdamının teşvik edileceği ve kadınlardan gelecek başvurulara, aynı vasıfta olmaları halinde, öncelik tanınacağına yönelik hüküm, kadınlar lehine pozitif ayırmacılık niteliğinde bir hükümdür. Benzer bir yasal düzenlemeyi içeren konu Adalet Divanı tarafından Kalenke davasında incelenmiştir. Söz konusu davada, Bremen'de mevcut olan yasal düzenleme gereğince, aynı niteliklere sahip olan iki işçi arasında kadın adayın seçilmesi konusunda öncelik tanınması uyuşmazlık konusu yapılmış olup, Divan öncelik hakkını kadınlara tanıyan bir yasal düzenlemenin cinsiyete dayalı ayırmacılık oluşturduğunu, ancak 76/207 sayılı Direktif'in 2/4. maddesinin bu tür olumlu ayırmacılık modellerine olanak sağladığını belirterek, bu uygulamanın hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır²⁷. Gerek Kalenke kararı ve bu karar sonrasında yürürlüğe girerek Avrupa Birliği'nde olumlu ayırmacılığın yasal temelini oluşturan Amsterdam Anlaşması'nın 141/4. maddesi, gerekse kadın-erkek eşitliğine ilişkin birçok Avrupa Birliği direktifini yürürlükten kaldırıp, bu direktiflerdeki esasları Adalet Divanı içtihatları doğrultusunda gözden geçirerek bütünleşik bir metin haline sokan²⁸ 2006/54 sayılı Direktif'in 3. maddesi dikkate alındığında, incelenen kararda Eyalet Yasasında yer alan pozitif ayırmacılığa yönelik hükmün ve dolayısıyla bu hüküm uyarınca yapılan işlemin ayırmacılık sayılmayacağı anlaşılmaktadır.

Bu noktada, hukukumuzda işverenin “olumlu ayırmacılık” yapma gayesi ile, işe alımda cinsiyet esaslı bir tercih yapmak istemesi ve bu durumu, incelenen karardakine benzer bir şekilde iş ilanında belirterek, lehine ayırmacılık yapılan cinsiyete tabi bir kimsenin istihdam edilmesi durumunun ayırmacılık teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik uyarınca; “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” Öğretide, bu düzenleme ile devlete aktif bir görev yüklendiği, bu düzenleme

çerçevesinde devletin olumlu ayrımcılık niteliği taşıyan düzenlemeler getirip, uygulamalara yer verebileceği belirtilmiş ancak işveren açısından pozitif ödevlerin kadını koruyucu düzenlemeler ile sınırlandırıldığı ifade edilmiş, ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin eşit davranma ilkesi somutlaştırılırken negatif ayrımcılık yasaklarına yer verilmekle yetinildiği vurgulanmıştır²⁹. Öğretide dile getirilen bir görüşe göre; "Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan hüküm kadın-erkek arasındaki eşitsizliği giderme görevini devlete yüklemiştir ancak devletin bu eşitsizliği gidermek için hangi araçları kullanacağı belirtilmediğinden doğrudan anayasadan çıkartılabilecek ve özel iş ilişkilerinde uygulanacak bir pozitif ayrımcılık hakkı bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında ise cinsiyet ayrımcılığı kesin bir dille yasaklandığından, eşitliği sağlamak amacıyla yapılacak bir ayrımcı muamele de yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Pozitif ayrımcılık, mevcut hukuki eşitsizliği gidermek için yapılmış olsa dahi, bir ayrımcılık türüdür ve pozitif ayrımcılık Kanun'da öngörülen ayrımcılığı haklı kılan sebepler arasında sayılmamaktadır. Bu nedenle eşitliği sağlamak amacıyla yapılacak bir ayrımcı muamelenin de yasak kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu anlamda, belli bir cinsiyete mensup işçi sayısının çok düşük olduğu branşlarda, işverenin bu eşitsizliği gidermek için yapacağı ayrımcı muameleler, özellikle işe alma esnasında o branşta düşük seviyede temsil edilen cinsiyete mensup adayların tercih edilmesi de, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir"³⁰.

Ayırım yapmama borcunun hukuki yaptırımı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir." Hükümde öngörülen yaptırım, sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, öğretide bu durumda, iş almada ayırım yapılması halinde genel hükümlere göre (culpa in contrahendo) tazminat talep

edilebileceği ifade edilmiştir³¹. İş Kanunu md. 5'de düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde İş Kanunu'nda idari para cezası da öngörülmüş olup, Kanun'un 99. maddesi uyarınca 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde ise cezai açıdan sorumluluk hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir." Öğretide, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırımın uygulanabileceği, bu anlamda Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin kapsamına giren hallerde, İş Kanunu'nun ayrımcılık yasağının ihlali halinde idari para cezasını düzenleyen 99. maddesinin tatbik edilemeyeceği ifade edilmiştir³².

5. Sonuç

Hukukumuzda, işe alma aşamasında ayrımcılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ve gebelik, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenler, 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun 14. maddesinde özürlülük durumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedeniyle açıkça yasaklanmıştır.

İş Kanunu'nun 5. maddesi, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını Avrupa Birliği direktiflerini de esas alarak, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı olarak iki şekilde düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca işe girişte cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapılması yasaklanmış olsa da, işveren, "biyolojik nedenler" veya "işin niteliğine ilişkin" nedenlerle, işe almada, iş koşullarında ve sona ermede cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapabilecek olup, bu durum ayrımcılık

sayılmayacaktır. Yine, kanuni yükümlülüklerin gereği olarak işverenin farklı davranması da ayırmacılık oluşturmayacaktır.

İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcuna ve ayırmacılık yasağına aykırı davranıp davranmadığı, işverenin yapmış olduğu uygulamayı haklılaştırıp haklılaştıramamasına göre belirlendiğinden³³, bu çerçevede kanaatimizce, hukuka uygunluk hallerinde, yapılacak ilanda “bay” veya “bayan” şeklinde belirtilecek ifadelerin ayırmacılık teşkil etmeyeceği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra, İş Kanunu md. 5/3 anlamında, işe almada cinsiyet ayırmacılığının söz konusu olabilmesi için, kanaatimizce, sırf ilanda ayırmacı ifadelerin kullanılmış olması başlı başına yeterli olmayıp, kendisine cinsiyet nedeniyle ayırmacılık yapıldığı iddiasında olan kişinin başvuruda bulunmuş olmasının yanında, kişinin bu başvurusunda samimi ve ciddi olmasının da aranması yerinde olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 21, 2009/2, s. 359-360.
- 2 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 60, görüş sahipleri için bkz. dipnotlar 90-93.
- 3 Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3. Baskı, s. 535.
- 4 Mollamahmutoğlu, s. 536.
- 5 Doğan Yenisey, Kübra; İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı, (Eşitlik İlkesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 64.
- 6 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Baskı, s. 396-397.
- 7 Yıldız, s. 64.
- 8 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 66.
- 9 Yıldız, s. 354.
- 10 Mollamahmutoğlu, s. 538, Baysal, Ulaş; İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2010, sayı 25, s. 63.
- 11 Yargıtay 9. H.D. 2.12.2009, 2009/33837 E., 2009/32939 K., karar için bkz. Şahin Çil; İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2. Baskı, s. 120.
- 12 Süzek, s. 401, ayrıca bkz. Yenisey; Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, (Metodoloji), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, sayı 7, s. 974-1003.
- 13 Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Toplantısı, (Sempozyum) s. 29. Yazar, kural olarak iş ilişkisi içine dahil olmayan işveren işlemlerinin eşit davranma ilkesine tabi olmadığını belirtmiş, ancak mutlak ayırım yasakları söz konusu olduğunda artık iş ilişkisinin kurulmuş olup olmamasının önemini yitirdiğini belirtmiştir. Eyrenci-Taşkent-Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 2006, s. 145 yazarlarca, işverenin çalıştıracağı kişiyi seçmesinin sözleşmenin diğer tarafını seçme özgürlüğünün bir sonucu olması nedeniyle işçinin işe alınması sırasında işverenden kural olarak eşit davranmasının beklenmeyeceği ifade edilmiş ancak bu durumda da açık ayırım yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Süzek, s. 404. Yazar, işe almada söz konusu yükümlülüğün bulunmadığına ilişkin görüş ve gerekçelere sadece genel anlamda eşit davranma borcu bağlamında katıldığını ifade etmektedir. Yıldız, s. 170.
- 14 Süzek, s. 403.
- 15 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 67, Yıldız, s. 354, aynı yönde Tuncay, Sempozyum, s. 34. Yazara göre, işe alınma esnasında ayırım yasağını sadece cinsiyetle sınırlamamak, fakat mutlak ayırım sayılan tüm durumlara yaymak isabetlidir.
- 16 Süzek, s. 403.
- 17 Çil, s. 320, Mollamahmutoğlu, s. 546.
- 18 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 71, Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nda ayırmacılık kavramının doğrudan ve dolaylı ayırmacılık olarak kapsamlı bir şekilde tarif edildiğine ve tanımlamalarda Avrupa Birliği'nin ayırmacılığın önlenmesine ilişkin direktiflerin esas alındığına ilişkin bkz. Ergin, Hediye; Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, sayı 14, s. 645.
- 19 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 71.
- 20 Sorulacak sorular, uygulanacak testler ve sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eyrenci, Öner; İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, s. 238-262.
- 21 Mollamahmutoğlu, s. 547.
- 22 Çil, İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 1. Cilt, s. 320.
- 23 Tuncay, Sempozyum, s. 34.
- 24 Yıldız, s. 177, 195 vd.
- 25 Yıldız, s. 83.
- 26 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 72, Yıldız, s. 86.
- 27 Kalenke davası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, s. 86-87, Yenisey, Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi Aydın Özkul'a Armağan, 2002, Cilt 6, sayı 4., s. 44-45.
- 28 Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 72.
- 29 Yenisey, Eşitlik İlkesi s. 72, Metodoloji s. 978.
- 30 Demiral, Cavit; 4857 sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayırmacılığı Yasağı, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, sayı 37, parag. 23-24.
- 31 Mollamahmutoğlu, s. 552, Eyrenci-Taşkent-Ulucan; s. 145, Baysal, s. 75.
- 32 Yenidünya, A. Caner; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayırmacılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 110.
- 33 Yıldız, s. 57.