

Burak TÜRKMEN

MESS Müşavir Avukatı

İşe Alım Safhasında Ayrımcılık**AVRUPA TOPLULUĞU
ADALET DİVANI'****Karar Tarihi** : 19.04.2012**Karar Sayısı** : C-415/10**Uyuşmazlık konusu olay**

Galina Meister, Rus vatandaşı ve 7 Eylül 1961 doğumludur. Sistem mühendisliği dalında Almanya tarafından denkliği tanınan ve Rusya'dan edinilmiş lisans derecesi vardır.

Speech Design firması "tecrübeli yazılım geliştirici" pozisyonunda eleman arandığına dair bir gazete ilanı vermiştir. Bu ilana Bayan Meister 5 Ekim 2006 tarihinde başvurmuştur. 11 Ekim 2006 tarihinde Speech Design, Bayan Meister'ın başvurusunu kendisini iş görüşmesine çağırılmadan mektupla reddetmiştir. Kısa bir süre sonra, içeriği aynı olan ikinci bir iş ilanı firma tarafından

internette yayımlanmıştır. 19 Ekim 2006 tarihinde Bayan Meister tekrar iş başvurusunda bulunmuş, ancak başvurusu Speech Design tarafından yine iş görüşmesine çağırılmadan ve iş başvurusunun kabul edilmeme nedenleri kendisine açıklanmadan reddedilmiştir.

Bahsedilen ilanda aranılan nitelikleri karşıladığını düşünen Bayan Meister, cinsiyeti, yaşı ve de etnik kökeni dolayısıyla benzer durumda olan başka birine göre daha az lehte olan bir uygulamaya maruz kaldığını düşünmektedir. Bu sebeple Bayan Meister Alman İş Mahkemesi'nde Speech Design aleyhine dava açmış ve öncelikle iş ayrımcılığı konusunda tazminat talep etmiş ve ikinci olarak da işe alınan kişinin bilgilerini içeren dosyayı istemiştir. Böylelikle işe alınan kişiden daha kalifiye olduğunu kanıtlayacağını düşünmektedir.

Bayan Meister'ın davası ayrıma maruz kaldığına dair yeterli delil gösterememesi

sebebiyle ilk derece mahkemesince reddedilmiştir ve Bayan Meister söz konusu kararı Yüksek Derece İş Mahkemesi olan Landesarbeitsgericht'te temyiz etmiş, fakat temyiz istemi Yüksek Derece İş Mahkemesi tarafından da aynı sebeple reddedilmiştir. Bunun üzerine Bayan Meister Federal İş Mahkemesi Bundesarbeitsgericht'e başvurmuştur.

Federal Mahkeme, Bayan Meister'in iş görüşmesine çağırılmadığı için, aynı iş başvurusuna başvuran diğer adaylara kıyasla daha az lehe olan bir davranışa maruz kaldığını kabul etse de, davacının iş görüşmesine çağırılmamasının birçok başka sebeple de açıklanabileceğini, kendisinin bu davranışın cinsiyet, etnik köken, yaş gibi sebeplere dayandığını ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir.

Davalı Speech Design, davacının yeterli delil gösterememesi nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedir.

Ancak davacının iddialarını ispatlamamasının sebebi, aslında davalı Speech Design firmasının istenilen bilgileri verememesidir. Federal Mahkeme bunun üzerine başvurusu olumsuz sonuçlanan davacının davalıyı kimi, hangi sebeplerle iş aldığını açıklamaya zorlayıp zorlayamayacağı konusunda Avrupa Birliği mevzuatını yorumlamada güçlük çektiği için; durumu bekletici mesele yapıp ATAD'a sormaya karar vermiştir.

Federal Mahkeme tarafından ATAD'a yöneltilen sorular

Yapılan başvuru üzerine Federal İş Mahkemesi bu durumu bekletici mesele yapmış ve Avrupa Adalet Divanı'na Bayan Meister'ın 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı AB Yönergeleri'ne dayanarak bilgi talep edip edemeyeceğini ve eğer edebilecek ise Speech Design'ın bu bilgiyi vermeyi reddetmesinin sonuçlarının ne olacağını sormuştur.

Bu çerçevede, Federal İş Mahkemesi, Avrupa Adalet Divanı'na aşağıdaki soruları yöneltilmiştir:

1. 2006/54 sayılı Yönerge'nin 19(1), 2000/43 sayılı Yönerge'nin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddeleri, işçinin işveren tarafından verilen ilanda aranılan koşulları karşılması ve buna rağmen işe alınmaması halinde; işverenden başvuran başka birini işe alıp almadığı ve eğer aldıysa söz konusu maddelerin işe alımın hangi kriterlere göre yapıldığı konusunda bilgi talep etme hakkı olduğu şeklinde mi yorumlanmalıdır?

2. Eğer ilk sorunun cevabı olumlu ise:

İşverenin talep edilen bilgiyi sağlamamasının, işçinin iddia ettiği ayrımcılığın gerçekleştiği yönündeki bir varsayıma yol açacağı ileri sürülebilir mi?

ATAD'ın kararı

Avrupa Adalet Divanı, davalının bilgi vermeyi reddetmesinin, 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürme ve de hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açmayacağını savunmuştur.

Divan açıklamasında, Üye Devletlerin, Birliğin hedeflerine ulaşılmasının ve Yönergelerde yer alan maddelerin uygulanmasının sağlanması için gerekli önlemleri almaları ve zorunlulukları yerine getirmeleri gerektiğini hatırlatmıştır. Divan bunun yanı sıra; mevcut davada Speech Design firmasının, Bayan Meister'ın bilgi edinme talebini reddetmesinin, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesi ile ilgili olarak 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasının Divan'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nin sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Divan özellikle, Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulguların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmış olma ihtimalini ortaya koyacak yeterlilikte olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Divan, yukarıdaki bilgiler ışığında karar verirken; 1. soruya ilişkin olarak; iş ilanında

belirtilen şartları karşıladığını makul bir biçimde ortaya koyan, ancak başvurusu reddedilen işçinin, işverenin başka bir başvuruyu değerlendirdiğine ilişkin bilgiyi talep etme hakkı olmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

Ancak, davalının bilgi vermeyi reddetmesinin de doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığına dair bir unsur olabileceği gerçeğinin göz ardı edilemeyeceğini; bu durumun değerlendirilmesinin, kendisine başvuran mahkemenin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulgulara göre yapılması

gerektiğini ifade etmiştir.

Divan, son olarak söz konusu Yönergele- rin, iş başvurusunda belirtilen bütün kriterle- re haiz olmasına rağmen iş başvurusu kabul edilmemiş olan adayın, işvereni hangi işçiyi hangi kriterlere göre işe aldığı konusunda kendisine açıklama yapmaya zorlayamayaca- ğını vurgulamıştır.

Divan, 1. soruya verilen cevaba istinaden, ulusal mahkeme tarafından yönlendirilen 2. soruyu cevaplama gereğinin olmadığını be- lirtmiştir.

Kararın incelenmesi

1. Yöneltilen sorular

İlk soruda, ATAD'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nce, 2006/54 sayılı Yönerge- nin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddelerine göre işçinin işveren tarafından verilen ilanda aranılan koşulları karşıladığını göstermesi duru- munda ve işe alınmadığı takdirde; işverenden başka birini işe alıp almadığı ve eğer aldıysa işe alımın hangi kriterlere göre yapıldığı konusun- da bilgi talep etme hakkı olup olmadığı sorul- maktadır. 1. sorunun cevabının olumlu olması halinde ATAD'a; işverenin talep edilen bilgiyi sağlamasının işçinin iddia ettiği ayrımcılığın gerçekleştiği yönünde bir varsayıma yol açıp açmayacağı konusundaki ikinci soru da yönel- tilmektedir.

2. İlgili Yönergeler ışığında Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği kararın incelenmesi

Kararın incelenmesine geçmeden önce, yu- karıda sayılan Yönergelerden kısaca bahsetmek gerekmektedir.

- 2006/54/EC sayılı 5 Temmuz 2006 tarihli Yönerge², iş ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit imkânlar ve eşit davranma ilke- lerinin yerleştirilmesi;

- 2000/43/EC sayılı 29 Haziran 2000 tarihli Yönerge³, kişiler arasında ırk ve etnik köke- ne dayanılmaksızın eşit davranılması ilkesinin hayata geçirilmesi;

- 2000/78 sayılı 27 Kasım 2000 tarihli Çerçeve Yönerge⁴ ise; din, inanç, özürlülük, yaş ve cinsel tercihe dayalı ayrımın yasaklanmasına ilişkindir.

2006/54 sayılı Yönergenin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yö- nergenin 10(1) maddelerinde ise ispat yük- kümlülüğüne ilişkin ortak düzenlemeler var- dır. Bu düzenlemelere göre; Üye Devletlerin kendi ulusal yargı sistemleri ile uyumlu ola- cak şekilde, mahkeme ya da yetkili makam önünde eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan kişilerin, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihti- malini güçlü bir biçimde ortaya koyması du- rumunda, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etme yükümlülüğünün davalı tarafa yük- letilmesini sağlamaları gerektiği belirtilmiştir.

2006/54/EC sayılı Yönergede yer alan "doğrudan ayrımcılığın tanımı"nda; bir kişinin diğer cinse mensup başka bir kişiye oranla daha olumsuz davranışa maruz kalmasına işa- ret edilmiştir. Davranışın mutlaka olumsuz ol- ması yetmeyip, daha az lehe olması yeterlidir.

ATAD karar gerekçesinde benzer bir konu- da önlerine gelen bir karara (C-104/10 Kelly)⁵ işaret etmiştir. Buna göre Bay Kelly sosyal bilim- ler dalında yüksek lisans derecesi için

İrlanda'da bir üniversiteye başvurmuş, fakat başvurusu kabul edilmemiştir. Bunun üzerine davacı cinsiyet ayrımı iddiasıyla 97/80/EC sayılı Yönergenin 4. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak davalı üniversiteden elindeki başvuruları ve bunlara ilişkin belgeleri ve diğer başvuruların puan belgelerini talep etmiştir.

Kelly davasında 97/80 sayılı Yönergenin 4(1) maddesini yorumlayan ATAD, eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan insanların, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu öncelikle kendilerinin ortaya koyması gerektiğini, davalı tarafınsa ancak bundan sonra böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olacağını belirtmiştir.

Divan ayrıca, doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcılık yapıldığı ihtimalini güçlü bir biçimde göstermesi gereken durumun değerlendirmesinin, ulusal hukuk ve uygulamaya uygun olarak ulusal yargı ve diğer yetkili makamlara ait olacağını belirtmiştir. Bu husus 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergelerin içeriğinde de açıkça ifade edilmektedir.

Divan söz konusu kararında (C-104/10 Kelly) 97/80 sayılı Yönergenin 1. maddesine göre diğer yetkili mercilere başvurduktan sonra dahi eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan insanların hukuki sürece devam edebilme imkânını Üye Devletlerin sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. 2006/54 sayılı Yönergenin 19(1), 2000/43 sayılı Yönergenin 8(1) ve 2000/78 sayılı Yönergenin 10(1) maddelerinin de aynı prensip doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kelly kararında ATAD, 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesini şu şekilde yorumlamıştır:

“Eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını savunan kişilerin, edinecekleri bilgi ile doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığını belirleyebileceklerini belirtmeleri, kendilerine bilgi talep etme hakkı doğurmaktadır. Ancak davalının bu bilgiyi vermeyi reddetmesinin, söz konusu Yönerge ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye dü-

şürebileceği ve hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açabileceği de yadsınamaz.”

Bu bilgiler ışığında Divan, mevcut davayı değerlendirirken, öncelikle 97/80 sayılı Yönergenin 2006/54 sayılı Yönerge ile değiştirildiğini hatırlatmıştır. Ancak, hakkında soru yöneltilen 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönerge hükümlerinin 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesi hükmü ile ne kadar benzer olduğu değerlendirilecek olursa Avrupa Birliği yasa koyucusunun 97/80 sayılı Yönergenin 4(1). maddesindeki ispat yüküne ilişkin hükümleri değiştirmek istediğine dair bir kanıya varmanın mümkün olmadığı da belirtilmiştir. Divan ayrıca, Kelly davasındaki görüşünü de değiştirmiş ve davalının bilgi vermeyi reddetmesinin, 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürme ve hükmün etkisini azaltabilme olasılığına yol açmayacağını hüküm altına almıştır.

Divan açıklamasına, Üye Devletlerin, Birliğin hedefleri ve Yönergelerine uygun davranmayı sağlamak için gerekli önlemleri almaları ve zorunlulukları yerine getirmeleri gerektiğini hatırlatarak; mevcut davada Speech Design firmasının, Bayan Meister'ın bilgi edinme talebini reddetmesinin, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıp yapılmadığının belirlenmesinde 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Yönergeler ile amaçlanan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye düşürmemesini sağlamanın Divan'a başvuran Alman Federal İş Mahkemesi'nin sorumluluğunda olduğunu belirterek devam etmiştir. Divan özellikle, Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada, önceki süreçte edinilen bulguların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmış olma ihtimalini ortaya koyacak yeterlilikte olup olmadığını tespit etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Türk İş Hukukunda Durum

1. Eşitlik kavramı

Eşit işlem borcu, işverenin iş akdinden doğan borçlarından biridir. İşverenin eşit işlem borcunun hukuksal dayanaklarından biri; Anayasa'nın 10. maddesidir. Bu madde ile eşit

işlem borcu; hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı⁶ temeline yerleştirilmiştir. Anayasa'ya göre, herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Söz konusu madde, hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 10. maddesine 2004 yılında eklenen ikinci fıkraya göre ise, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptirler. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörölmüş olan eşitlik ilkesi 4857 sayılı Kanun'un "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesi ile özel olarak hüküm altına alınmıştır. Genel ayrımcılık yasağına ilişkin İş Kanunu m. 5/1'de "iş ilişkisinde" dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerden dolayı genel bir ayırım yasağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık, konunun önemi nedeniyle ayrı incelenmiş olup; "iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde" doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasına göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmektedir. İşçi, eşit davranma ilkesine aykırı bir şekilde çalıştığı ya da çalışmadığı süre zarfında yararlanamadığı haklarından ve bunun dışında ek olarak iş mahkemesi tarafından tayin edilecek 4 aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat tutarından yararlanacaktır. Söz konusu fıkranın son cümlesi ile; sendikaya üye olup olmama güvencesini düzenleyen 2821 sayılı mülga Sendikalar Kanunu'nun 31. madde hükümleri saklı tutulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi; 7 Kasım 2012 tarihinde yayımlanan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile yürürlük-

ten kaldırıldığından; söz konusu düzenlemeye yapılan atıf, 6356 sayılı Kanun'un 81/b maddesi uyarınca; adı geçen Kanun'un "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25. maddesine yapılmış sayılacaktır. Söz konusu madde ile; işçinin sendika üyesi olup olmaması kriterine göre işçilere karşı eşit davranma ilkesi hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında saklı tutulan söz konusu tazminat; bu hüküm uyarınca, ayrımcılık tazminatı ile eş zamanlı olarak da talep edilebilecektir.

Türkiye'de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının gelişiminde, uluslararası hukuk düzenlemelerinin de büyük etkisi vardır.⁷ Ülkemizce de onaylanan Ayrımcılık (İş ve Meslekte) Haklarında 111 sayılı ILO Sözleşmesi de işe alımda ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal köken bakımından kişiler arasında ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Sözleşme, bu hükmün yaptırımını ve bu politikanın uygulanmasını her üye devletin kendi ulusal mevzuatına bırakmıştır⁸. Eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ise "Bu sözleşmede tanınan herhangi bir hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır." düzenlemesi yer almıştır.

Bunun yanısıra; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi ve 5378 sayılı Özürlüler Kanunu'nun "İstihdam" başlıklı 14. maddesinde de eşitlik konusunda düzenlemeler mevcuttur. Söz konusu düzenlemeler, aşağıda 3.3. kısmında, ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. İşe alım safhasında eşitlik

2.1. İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında

Yukarıdaki hükümler ışığında, iş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık yapılamayaca-

ğı açık bir şekilde görülmekle birlikte, işe alım aşamasında aynı açıklıktan bahsetmek mümkün değildir. Eşit davranma ilkesini düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesi "iş ilişkisinde" ibaresine yer vermek suretiyle, ayrımcılığa ilişkin yaptırımların uygulanmasını iş ilişkisinin varlığına bağlamış, yani iş ilişkisinin kurulmasından sonraki dönem ile ilişkilendirmiş bulunmaktadır. İş Kanunu m. 5/1'de yalnızca iş ilişkisinden bahsedilmekte ve aynı maddede işe alımlarda ayrımcılık hali için tazminat öngörülmemektedir.

Doç. Dr. Kübra D. Yenisey'e göre, "İş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık yapılmayacağı açık olsa da işe alımlarda ayrımcılık yasağı biraz daha tereddütlü bir görünüm taşımaktadır. İş K. m. 5/1'de yalnızca iş ilişkisinden bahsedilmesi ve m. 5/son'da işe alımlarda ayrımcılık hali için tazminat öngörülmemiş olması bu şüphelerin temelinde yatmaktadır. Kanımızca ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapması yasaktır. Bu aynı zamanda Anayasanın 10. maddesinin de bir gereğidir. Ancak bu yasak sadece cinsiyet, gebelik ve özürllülük nedeniyle yapılan ayrımcılık halleri için özel olarak belirtilmiştir. İş K. m. 5/son'da işe alımlarda yapılan ayrımcılığa tazminat yaptırımının öngörülmemiş olması da maddede getirilen yasağın etkinliğini azaltmıştır."⁹

Prof. Dr. Sarper Süzek "...her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde işverenin "işe almadan başlayarak" tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünden söz edilmekteyse de, anılan yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. "İş ilişkisi" ibaresi, bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşır. Aynı şekilde, ayırım yapmama borcunun yaptırımını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında da "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" denilmek suretiyle hükümde öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğu hükme bağlanmıştır. Belirtilen

İK m. 5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin "işe almada" ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir." diyerek aynı yöndeki görüşünü ifade etmiştir. Prof. Dr. Tankut Centel'e göre işverenin eşit davranma borcunun uygulanma koşulları arasında işçilerin aynı işyerine ait olması koşulunun yanı sıra işveren ile eşit davranılmasını isteyen işçi arasında bir hukuki ilişkinin bulunması şarttır. Söz konusu ilişki, kural olarak, bir iş ilişkisidir. Nitekim, İş K. m. 5/1, "iş ilişkisinde" haksız ayırım yapılmamasını öngörmüş ve İş K. m. 5/VI c. 1 hükmü de, "iş ilişkisinde" bu esasa aykırı davranan işverenin tazminat ödemek zorunda kalacağını belirtmiştir.¹⁰ Prof. Dr. A. Can Tuncay da, 4857 sayılı Yasa'nın öngördüğü eşit davranma ilkesinin, "sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar, iş sözleşmesinin her aşamasına yaymaktadır" diyerek, ilkenin sağladığı korumanın iş sözleşmesinin biçimsel olarak kurulmadığı aşamayı kapsamadığı görüşündedir.¹¹

Prof. Dr. Tankut Centel, 2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı'nı değerlendirdiği makalesinde¹² Avrupa Komisyonu'nun söz konusu rapordaki eşit davranma ilkesinin uygulanışına yönelik görüşlerini ele almıştır. Centel'in makalesinde "Raporda, ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin AB müktesebatının iç hukuka aktarılması konusunda ilerleme kaydedilmediği belirtildikten sonra, ".. İş Kanunu, bir iş sözleşmesinin yapılmasından önceki dönemi kapsamamaktadır. Türk mevzuatında doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımı yoktur. Irk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim temelindeki ayrımcılıkla ilgili AB müktesebatı iç hukuka aktarılmamıştır .." denilmektedir¹³.

Bu yazarların aksine; konuyla ilgili olarak öğretide; "Ayrımcılık yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, işe alımlarda da kanunda belirtilen nedenlere dayalı olarak işverenin ayırım yapmasının yasak olduğu"¹⁴ şeklinde farklı görüşe sahip yazarlar da bulunmaktadır.

İş K. m. 5 hükmünde, Prof. Dr. Tankut Centel'in de bahsetmiş olduğu gibi; ayrımcılığın sadece doğrudan ayrımcılık yerine, dolay-

lı ayrımcılığı da içerdiğine ilişkin herhangi bir açıklığa ve tanıma da rastlanmamaktadır. Ancak, bu tür bir tanımın, İş K. m. 5 hükmünde mutlaka bulunması gerekmez. Bu hususun, yargı kararları yoluyla sağlanması da hukuken mümkündür. Görebildiğimiz kadarıyla da, böyle bir tanıma ve açıklığa yargı kararlarında, henüz yer verilmiş değildir.

2.2. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında

Ayrımcılık yasağı konusunda getirilmiş bir diğer önemli düzenleme de; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yukarıda da bahsedilen "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlıklı 25. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasında; işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı düzenlenmiş; maddenin devamında ise iş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde işçinin sendikalı olup olmamasına göre ayrımcılık yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede ayrıca, işverenin bu maddede yer alan eşit davranma ilkesi hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedileceği de düzenlenmiştir. Bu tazminat, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan ve eşit davranma ilkesine aykırılık halinde hükmedilen dört aylık ücret tutarındaki tazminattan farklı, özel bir düzenlemedir.

2.3. Diğer Kanunlar kapsamında

İşe alımlarda ayrımcılık yasağına ilişkin en açık ve geniş düzenlemeye 5378 sayılı Özür-lülük Kanunu'nda yer verilmiştir. Nitekim söz konusu Kanunun 14. maddesinin 1. fıkrasında "İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özür-lülük aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağı" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 2. fıkrasında ise çalışan özür-lülüklerin aleyhinde sonuç doğuracak

şekilde özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamayacağı özel olarak belirtilmiştir. Bu hükümle de, iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayrımcılık yasaklanmaktadır. Ancak hem işe alımda, hem de iş ilişkisinin devamı ve sona erdirilmesinde ayrımcılık yasağı getiren 14. maddede söz konusu yasalara aykırı davranılması halinde herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olması, maddeyle amaçlanan sonuçların elde edilmesini güçleştirmektedir. Ancak her halde özür-lülük, İş Kanunu m. 5/1'de belirtilen "ve benzeri sebepler" arasında değerlendirilebilecek bir nedendir. Bu nedenle iş ilişkisi sırasında ve sözleşmenin sona ermesinde özür-lülük nedeniyle ayrımcılık yapılması halinde 5. maddede belirtilen tazminat talep edilebilecektir¹⁵. Ancak unutulmalıdır ki; 14. maddeyle getirilen koruma sadece özür-lülük bakımından geçerlidir. Diğer kişiler bakımından işe alımda ayrımcılık yasağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

İşe alım safhasında ayrımcılık ile ilgili önemli düzenlemelerden bir diğeri de; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında yer almaktadır. Nitekim 5237 sayılı Kanun'un "Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi uyarınca;

"Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan...

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayrımcılık yapamayacaktır. Ancak söz konusu hükümde sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, özür-lülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak işe alınmama durumu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, yukarıda sayılan sebepler çerçevesinde ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım öngörülmemiştir.

Söz konusu madde uluslararası düzeyde de

bazı sorulara sebebiyet vermiştir. Nitekim; Ayrımcılık (İş ve Meslekte) Hakkında 111 sayılı ILO Sözleşmesi ile ilgili ILO Uzmanlar Komitesi'nin 2010 yılı Gözlemi'nde; işe alınmada ayrımcılığa maruz kalan kişilerin TCK'nın 122. maddesine göre yargıya başvurup başvuramayacakları ve tazminat talep edip edilmeyecekleri sorulmaktadır. TCK 122. madde; ayrımcılık yasağına aykırı hareket eden kişilere yönelik olarak hapis veya adli para cezası verilmesi konusunu düzenlemektedir. Bu madde kapsamında ayrımcılığa maruz kalan kişilerin tazminat istemeleri mümkün görülmemektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı ise sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımını İş Kanunu'nda yer almamaktadır.

3. İspat yükü

İş Kanunu'na göre işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İK 5/son). Ancak yasa koyucu bu konudaki ispat güçlüğüne göz önünde bulundurarak ispat yükününün belirli durumlarda işverene geçebileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrası gereğince "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."¹⁶

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre ise ispat yükü; sendikal nedenle ayrımcılık yasağının ihlalinin fesih yoluyla işlenmesi ya da fesih dışında yapılması hallerine göre değişmektedir. Söz konusu Kanunun 25/6 ve 25/7. maddelerine göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. Fesih dışında işverenin sendikal

ayrımcılık yaptığı iddiasını ise; İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.

Sonuç

Gerek Anayasa'nın 48. maddesi ile garanti altına alınan dilediği ile sözleşme yapma ve ekonomik girişimlerde bulunma özgürlüğü, gerekse borçlar hukukuna egemen olan sözleşme serbestliği ilkesinin sağladığı hak ile hangi işçiye işe alıp hangisini almayacağı, işi hangi işçiyle en verimli, kârlı biçimde yürütebileceğini belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.

İşveren kural olarak, belirli kriterlere uyan bir kimseyi sırf bundan dolayı işe almak, bu kişiyle iş sözleşmesi yapmak zorunda değildir, ancak işverenin adaylar arasında seçim yaparken takdir hakkını kullanması halinde bu yetkisi veya personel seçimi konusunda izlediği politikalar ve uyguladığı yöntemler cinsiyet ayrımı ve bunun gibi diğer ayırım yasaklarını ihlal eden bir nitelik taşıyamaz. İşveren istediği adayla iş sözleşmesini kurabilir, ancak bunu yaparken, hukukun temel ilkelerini, Anayasa'nın ve yasaların emredici kurallarını, iş hukukunda kabul edilen mutlak ayırım yasaklarını ihlal edemez.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında eşitlik ilkesi (eşit işlem isteme hakkı) ile sözleşme özgürlüğü ilkesi (kişinin dilediği kişi ile sözleşme yapma hakkı) birbiriyle neredeyse çakışan iki ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ikisi de Anayasa ile garanti altına alınmış temel haklardır. Bir kimsenin henüz işe alınmadan eşit davranılmasını isteme hakkı olup olmadığı sorusu doktrinde hemen hemen herkes tarafından olumsuz yönde cevaplandırılmaktadır. Bir kısım yazarlar, bunu sözleşme serbestisi ilkesinin eşit davranma ilkesinden önce geldiğini savunurken, bir kısmı ise işçi ile işveren arasında hukuki bir ilişkinin kurulmuş olması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu durum, işverene işe alım safhasında dilediği gibi davranma serbestisini vermez. Cinsiyet ve gebelik, özürsüzlük veya sendikal nedenlerle işverenin ayırım

yapma yasağını düzenleyen yukarıda belirtilen hükümler, işverenin işe almada ayırım yapabileceği kuralının birer istisnasını değil, aksine bu konuda genel olarak varolan ayırım yapma yasağının değişik yasalarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluştururlar.

Bu sayılan sebeplerle ayrımcılık yapıldığını ispat yükü işçide olmakla birlikte, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edemese bile, bir ihlalin varlığını güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyması gerekmektedir. Ancak bu durumda ispat yükü yer değiştirecek ve işveren, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatlamakla yükümlü olacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında ülkemiz mevzuatına göre eşit davranma ilkesinin uygulanma koşulu; işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin mevcudiyetidir. Buna göre, iş başvurusu kabul edilmeyen, yani henüz iş ilişkisi kurulmamış kişinin İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında, işverenin eşit davranma ilkesi kurallarını ihlal ettiği iddiası ile bu maddede yer alan yaptırımlardan yararlanma talebinde bulunması mümkün değildir. Bu durumda işe almada ayırım yapılması iddiası halinde, izlenecek yol konusunda genel hükümlere gitmek gerekmektedir. Bu kişilerin ancak genel hükümlere göre, şartları oluştuğunda, maddi ve/veya manevi tazminat talebinde bulunma haklarının mevcut olduğu söylenebilecektir.

Bu çerçevede; ATAD kararına konu olan olayda da iş ilişkisi henüz kurulmamış olduğundan ve ilgili Yönergeler kapsamında işverenin herhangi bir ispat veya bilgi verme yükümlülüğü söz konusu olamayacağından; ATAD'ın kararının özellikle iş ilanında belirtilen şartları karşıladığını makul bir biçimde ortaya koyan, ancak başvurusu reddedilen işçinin, işverenin başka bir başvuruyu değerlendirdiğine ilişkin bilgiyi talep etme hakkı olmadığı ve işvereni hangi işçiyi hangi kriterlere göre işe aldığı konusunda kendisine açıklama yapmaya zorlayamayacağına ilişkin kısımlarına katılıyoruz.

id=1614000.

- 2 2006/54/AB sayılı İş ve İstihdamda Eşit Davranma İlkesinin Hayata Geçilmesine İlişkin Yönerge, ATRG, 2006, L 204/23.
- 3 2000/43/AB sayılı Kişiler Arasında Irk ve Etnik Kökene Dayanılmaksızın Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine Dair 29 Haziran 2000 tarihli Yönerge, ATRG, 2000, L 180/22.
- 4 2000/78/AB sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin 27 Kasım 2000 tarihli Çerçeve Yönerge, ATRG, 2000, L 303/16.
- 5 Case C-104/10 Kelly [2011] ECR I-0000, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-104/10>.
- 6 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri (2005), s. 166; Sarper Süzek, İş Hukuku (2005), s. 362; A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, s. 58-61.
- 7 Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, (Eşitlik İlkesi), Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, sayı 11, 2006/4, s. 64.
- 8 http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_111.htm.
- 9 Kübra Doğan Yenisey, a.g. m., s. 67-68.
- 10 Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 138.
- 11 A. Can Tuncay, a.g.e., s. 153-155.
- 12 Tankut Centel, 2010 Yılı İlerleme Raporu ve Türk Çalışma Yaşamı, Sicil Dergisi Mart 2011, Sayı 21, s. 278-283.
- 13 2010 Yılı Türkiye İlerleme Raporu, s. 71.
- 14 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku (2005); s. 431.
- 15 Gülsevil Alpagut, "Özürüler Hakkında Kanun ve Özürü Çalıştırma Zorunluluęu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler", Mercek, S. 40, s. 155.
- 16 Yargıtay 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yargıtay 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

DİPNOTLAR

- 1 Söz konusu karar özet olarak tercüme edilmiştir. Kararın İngilizce tam metni için Bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121741&pageIn dex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c>