

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun İş İlişkisinde Ayrımcılık Yasağına İlişkin 2023/238 Sayılı Kararı ve Düşündürdükleri

Öz

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurulduğu 2016 yılından günümüze dek iş hukukunu ilgilendirecek nitelikte kararlar veren Kurum'un yaptığı incelemelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere pek çok uluslararası düzen-

lemeyi dikkate alması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu yaptığımız kararda görüleceği üzere iş hukukunun genel yorum esaslarından ayrıldığı ve işçi-işveren ilişkilerinin temel ilkelerini göz önünde tutmaksızın sonuca ulaştığı görülmektedir. Biz çalışmamızda bahse konu kararı Kurum'a başvurunun temel prensipleri ve 6701 sayılı Kanun'un eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin temel düzenlemelerinin iş hukukunda yansımaları çerçevesinde ele alarak tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

Anahtar Sözcükler:

Mağdurlaştırma, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, ayrımcılık yasağı.

The Decision Of Human Rights And Equality Institution Of Turkey No. 2023/238 As To Prohibition Of Discrimination In Employment Relationship And Its Thoughts

Abstract

The detailed regulations of The Turkish Human Rights and Equality Institution Code No. 6701 regarding the principle of equality and the prohibition of discrimination are also effective in working life; various decisions are made by the Institution upon allegations that

the principle of equality and the prohibition of discrimination are violated. Although it is a positive step that the institution, which has made decisions concerning labour law since its establishment in 2016, has taken into account many international regulations, espe-

*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, dilek.yangin@cbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4702-5371.

cially the European Convention on Human Rights, in its examinations, as it can be seen in the decision we have examined, labour law is separated from the general interpretation principles and that the basic principles of employee-employer relations are taken into account. In our study, we will try to make de-

terminations by considering the aforementioned decision within the framework of the basic principles of applying to the institution and the reflections of the basic regulations of the Code No. 6701 on the principle of equality and the prohibition of discrimination in labor law.

Keywords:

Victimisation, The Turkish Human Rights and Equality Institution, prohibition of discrimination.

Giriş

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla oluşturulan uluslararası düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanması devletlerin iç hukuklarını bu düzenlemeler ile sağlanan güvencelere uyumlu kılmaları mümkün olmaktadır. Bunun dışında ulusal düzeyde oluşturulacak kurumların ihlallerin önlenmesi bakımından önemli fonksiyonları haiz olduğu söylenebilecektir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 3 Mart 1992 tarihli ve 1992/54 sayılı ile Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 48/134 sayılı Kararlarının ekinde ulusal insan hakları kurumlarının statülerine ilişkin evrensel normlar ilan edilmiştir. Paris ilkeleri olarak anılan bu ilkeler bağlayıcı olmamakla birlikte ulusal insan hakları kurumlarının anayasal ve yasal dayanakla kurulması, idari ve mali bakımdan bağımsız olması, çoğulcu bir yapıya sahip olması ve kurum üyelerinin güvencelere sahip olması gibi esasları içermektedir¹.

Ülkemizde tarihsel seyrine bakıldığında 2012 yılında 6332 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları Kurumu ihdas edilmiş²; 6 Nisan 2012 tarihinde ise 6701 sayılı Kanun ile bu kurum lağvedilerek Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu oluşturulmuştur³. 6701 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ulusal insan hakları kurumlarına ilişkin BM Paris Prensipleri, ilgili AB müktesebatı ve AB üyesi ülke uygulamaları başta olmak üzere uluslararası örnekler dikkate alınarak mevcut Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun kurumsal kapasitesinin güçlendirilerek etkinliğinin artırılması, ayrımcılık yasağı ve eşit muamele ile ilgili temel yasal çerçevenin ve kurumsal yapının düzenlenmesi ile işkence ve kötü muameleye karşı ulusal önleme mekanizmasının etkinliğinin ve işlerliğinin artırılması amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir⁴.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurulduğu 2016 yılından günümü-

1 Paris ilkelerine ilişkin olarak bkz. Baybora, Dilek: "Paris Prensipleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Üzerine Bir İnceleme", Çimento İşveren, C. 32, S. 4, 2018, s. 12 vd.; Demir, Kübra; İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021, s. 56 vd.; Karan, Ulaş/Sever, Çiğdem; Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2020, s. 5, 7 vd.; İş ilişkisinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık ya-

sağına ilişkin olarak bkz. Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008, s. 45 vd.

2 Resmî Gazete: 21/6/2012, 28339.

3 Resmî Gazete: 6/4/2016, 29690.

4 Kurum'un esas alınan Paris prensiplerine uygunluğuna yönelik eleştiriler için bkz. Baybora, s.14 vd.; Karan/Sever, s. 7 vd.

ze dek iş hukukunu ilgilendiren nitelikte kararlar veren Kurum'un yaptığı incelemelerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere pek çok uluslararası düzenlemeyi dikkate alması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu yaptığımız Karar'da görüleceği üzere iş hukukunun genel yorum esaslarından ayrıldığı ve işçi-işveren ilişkilerine hâkim olan temel ilkeleri göz önünde tutmaksızın sonuca ulaştığı da görülmektedir. Biz çalışmamızda bahse konu kararı Kurum'a başvurunun temel prensipleri ve 6701 sayılı Kanun'la eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin olarak getirilen temel düzenlemelerin iş hukukuna yansımaları çerçevesinde ele alarak tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

I. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu 2023/238 Sayılı Karar Metni

KURUL KARARI

Basvuru Numarası	: 2022/1532
Toplantı Tarihi/Sayısı	: 9.3.2023/199
Karar Numarası	: 2023/238
Başvuran	: S.İ.
Başvuran Vekili	: --
Adres	: --
Muhatap Kurum/Kişi	: ... A.Ş.
Muhatap Adres	: --

I. Başvurunun Konusu

1. Başvuru, başvuranın çalıştığı şirketten haklı sebep olmadan işten çıkarılması nedeniyle işe iade davası açması sonucunda mağdurlaştırma ya uğradığı iddiasına ilişkindir.

II. İnceleme Süreci

2. Başvuran başvuru dilekçesinde özetle;

a. İstanbul Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan ... Anonim Şirketine 2018 yılında çalışmaya başladı-

ğını, çalışma süresince iş yerinde yıldırıma maruz kaldığını, bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini, işe gelmediği gerekçesi ile hakkında sahte tutanak tutulduğunu, Kasım 2019 tarihinde ise iş akdinin sona erdirildiğini,

b. Konu ile ilgili yetkililer tarafından herhangi bir çözüm bulunmadığını, bunun üzerine muhatap şirket aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tarafından davasının kabul edilerek hakkında işe iade kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemece verilen işe iade kararını uygulamadığını,

c. Dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini, bu durumun kendisini ve ailesini manevi olarak yıprattığını iddia etmekte ve gereğinin yapılmasını talep etmektedir.

3. Muhatap ... Anonim Şirketi yazılı görüşte;

a. Başvuranın 23.07.2018 - 01.11.2019 tarihlerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, başvuranın görevini ifa ederken iş barışını bozan tutum ve davranışlarda bulunduğunu, nöbet arkadaşına fiziki müdahalede bulunduğunu, kılık kıyafet yönetmeliğine uymadığını, özel güvenlik görevlisi kartını taşımadığını, araç giriş-çıkışlarını kontrol etmesi gerekirken bariyerleri açık bıraktığını, amirlerinin izni olmaksızın görev yerini terk ettiğini, tüm uyarılara rağmen disiplinsiz davranışları alışkanlık haline getirdiğini, bunun üzerine disiplin kuruluna sevk edildiğini ve neticeten iş akdinin feshedildiğini,

b. İş akdinin feshedildiği kendisine tebliğ edilmesine rağmen başvuranın görev noktasına gelerek görevi devraldığını, diğer kişilerin geçişine izin vermediğini, saldırgan bir tavır sergilediğini, polis olay yerine çağırıldığını, ancak sonuç alınmaması üzerine babasının çağırıldığını ve sorunun çözüldüğünü,

c. Başvuranın işe iade davası açtığını, mahkemenin işe iadeye karar verdiğini, Bölge Adliye Mahkemesinin işe iade kararını onadığını, ancak başvuranın kazanılabilir bir yaklaşımı olmaması, fiziksel ve psikolojik şiddet yönelimli davranışlara eğilimi olması nedeniyle işe tekrar başlatılmadı-

ğını, mahkemece hükmedilen boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama ücreti, kıdem ve ihbar tazminatlarının yatırıldığını belirtmiş ve konuya ilişkin savunma formları, tutanakları, ihtarları, şikayetleri ve mahkeme kararlarını sunmuştur.

4. Muhataptan alınan görüşe karşı başvuran görüş yazısında, başvuru dilekçesindeki iddiaları yinelemekle birlikte özetle; iş akdinin hukuka aykırı olarak feshedildiğinin mahkeme kararı ile ispatlandığını, muhatap tarafından sunulan görüş yazısındaki iddialar ile yazı ekinde yer alan belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, hakkında haksız yere şikâyetlerde bulunduğunu iddia etmiş; maddi ve manevi zararlarının giderilmesini ve gereğinin yapılmasını talep etmiştir.

III. İlgili Mevzuat

5. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10'uncu maddesi şöyledir: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (...) (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

6. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

7. Anayasa'nın "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49'uncu maddesine göre: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."

8. Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74'üncü maddesine göre: "Vatandaşlar ve karşılıklılık esasına göre-

tilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu gecikmesizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.(...)"

9. Mezkûr Kanun'un "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3'üncü maddesine göre: "(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür."

10. 6701 sayılı Kanun'un "Ayrımcılık türleri" başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında, ayrımcılık türleri "a) Ayrı tutma b) Ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama c) Çoklu ayrımcılık ç) Doğrudan ayrımcılık d) Dolaylı ayrımcılık e) İşyerinde yıldırma f) Makul düzenleme yapmama g) Taciz ğ) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık" olarak sıralanmış; ikinci fıkrasında ise "Eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder." hükmüne yer verilmiştir.

11. 6701 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, Kurumun, "ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını

takip etmek"le görevli olduğu düzenlenmiştir.

12. Mezkûr Kanun'un "İspat Yüğü" başlıklı 21'inci maddesi şöyledir: "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir."

IV. Değerlendirme ve Gerekçe

13. 6701 sayılı Kanun'un "Başvurular" başlıklı 17'nci maddesinin birinci fıkrasında "Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir" hükmü bulunmaktadır. Başvuru dilekçesinden başvuranın, mezkûr Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yapılan inceleme neticesinde başvurunun esaslanılabilecek bir başvuru olduğu değerlendirilmesine varılmıştır.

14. Başvuru dilekçesinden başvuranın, mezkûr Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası ile bağlantılı olarak ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında bulunduğu anlaşılmakta ise de, başvuranın başvuru dilekçesinde işyerinde yıldırma iddiasının da yer aldığı görülmektedir. 6701 sayılı Kanun literatürde mobbing olarak geçen kavramı "işyerinde yıldırma" olarak tanımlamıştır. Buna göre; "işyerinde yıldırma bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" olarak ifade edilmiştir. Kanun'a göre eylemlerin işyerinde yıldırma sayılabilmesi için söz konusu eylemlerin mezkûr Kanun'da sayılan temellere dayalı olarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak veya bıktırmak amacıyla yapılması ve yıldırma kastının bulunması gerekmektedir.

15. Başvuran her ne kadar başvuru dilekçesinde çalışma süresince işyerinde yıldırma maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş ise de, inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde bu iddiasına rastlanılamamıştır. Ayrı-

ca başvurana yönelik olarak muhatap tarafından 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak eylemlerde bulunduğuna ilişkin herhangi bir emare ya da karine tespit edilemediğinden işyerinde yıldırmanın şartlarının oluşmadığı değerlendirilmektedir.

16. 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin ayrımcılık teşkil edeceği hüküm altına alınarak mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması son derece önemlidir. Ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019/54 Sayılı Kurul Kararı, para.38).

17. Avrupa Birliğinin Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Sunumunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/AT sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 10'uncu maddesinde "Üye Devletler, kişileri, eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet veya davaları neticesinde veya bunlara bir tepki olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz muamele veya sonuca karşı korumak için ulusal hukuk sistemlerine gerekli hükümleri getirirler." düzenlemesi yer almaktadır.

18. Avrupa Birliğinin İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 Tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 11'inci maddesinde de Direktif'e üye Devletlerin "ulusal hukuk sistemlerinde, işletme içinden yapılan şikâyetler veya eşit muamele ilkesine uyulmasına matuf yasal işlemlere işverenin bir tep-

ki olarak işten çıkarma ve sair aleyhte muamelesine karşı, çalışanları koruyacak gerekli önlemleri" alması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

19. Avrupa Birliği Hukuku ile birlikte günde gelen mağdurlaştırma kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde de karşılık bulmuştur. Fogarty/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, Birleşik Krallık yasalarındaki mağdurlaştırmaya ilişkin yer alan hükümlere değinerek mağdurlaştırmanın yasaklanmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan hakların bir eklentisi olarak kabul ettiğini göstermiştir (AİHM, Fogarty Birleşik Krallık, B.No:37112/97, 21/11/2001, para.15).

20. Somut olayda, başvuran muhatap şirket tarafından Kasım 2019 tarihinde iş akdinin hukuka aykırı olarak sona erdirildiğini, muhatap şirket aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tarafından davasının kabul edilerek hakkında işe iade kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemece verilen işe iade kararını uygulamadığı, dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini iddia etmektedir

21. Dosya kapsamında başvuran tarafından muhatap şirket aleyhine açılan işe iade dava dosyasının bir sureti istenmiştir. Mahkeme tarafından sunulan cevabi yazı ekindeki belgelerden, başvuranın iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği, feshin usulsüz yapıldığı gerekçesi ile işe iade davası açtığı, mahkemece yapılan incelemede başvuran hakkında tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergeseine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varıldığı ve davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesine istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar

vermiştir.

22. Muhatap tarafından görüş yazısı ekinde yer alan İstanbul 17. Noterliğinin 16 Mart 2022 tarihli ... sayılı ihtarnamesi ve banka ödeme dekontlarından başvuranın işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Muhatap taraf görüş yazısında başvuranın işe iade davası devam ederken Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığına çeşitli şikayet ve başvurularda bulunduğunu, sonrasında şirket merkezini defaatle arayarak iş huzurunu bozduğunu vekilinin kazanılabilir bir yaklaşımı olmadığı belirtilerek işe iadesinin uygun görülmediği belirtilmiştir. Muhatabın bu açıklamalarından başvuranın işe iade davası devam ederken muhatap aleyhine çeşitli şikayet usullerini başlatmış olması nedeniyle işe iade davası sonrasında işe başlatılmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvuranın hak arama hürriyeti kapsamında yapmış olduğu şikayetler nedeniyle işe iade edilmediği sonrasında olumsuz bir muameleye maruz kaldığı ve mağdurlaştırma şartlarının meydana geldiği değerlendirilmektedir.

23. Başvuranın işe iade davası sonrasında işe başlatılmayarak olumsuz muameleye maruz kaldığı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koymasına rağmen, muhatap taraf ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispatlar nitelikte herhangi bir hususu ortaya koyamamıştır. Aksine başvuranın işe iade davası devam ederken Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığına çeşitli şikayet ve başvurularda bulunduğunu, sonrasında şirket merkezini defaatle arayarak iş huzurunu bozduğunu ve kişinin kazanılabilir bir yaklaşımı olmadığı belirtilerek işe iadesinin uygun görülmediği ifade edilmiştir.

24. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde; başvuranın işe iade davası sonrasında yaptığı çeşitli şikayetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe başlatılmadığı ve başvuranın dilekçe hakkı ve hak arama hürriyeti kapsamındaki taleplerinin önlenmesi amacıyla olumsuz bir muameleyle karşılaştığı ve mağdurlaştırmaya maruz kaldığı, bu yönüyle de

ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır.

V. Karar

1. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILDIĞINA,

2. Muhatap hakkında 89.571' TL İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA,

3. Kararın taraflara tebliğine ve KAMUOYUNADUYURULMASINA,

4. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemesine başvurulabileceğine,

09.03.2023 tarihinde, Muharrem Kılıç, Harun Mertoğlu ve Ünal Sade'nin karşı oyuyla, OY ÇOKLUĞUYLA, karar verildi.

Karşı Oy Gerekçesi

Karar Adı : S. İ. Kurul Kararı

Karar Numarası : 2023/238

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10'uncu maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde düzenlenmiştir.

2. 6701 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin ayrımcılık teşkil edeceği hüküm altına alınarak mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması son derece önemlidir. Ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır (Türkiye İnsan

Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), 2019/54 Sayılı Kurul Kararı, para.38).

3. Avrupa Birliğinin Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Sunumunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 13 Aralık 2004 tarihli ve 2004/113/AT sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 10'uncu maddesinde "Üye Devletler, kişileri, eşit muamele ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet veya davaları neticesinde veya bunlara bir tepki olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz muamele veya sonuca karşı korumak için ulusal hukuk sistemlerine gerekli hükümleri getirirler." düzenlemesi yer almaktadır.

4. Avrupa Birliğinin İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin "Mağdurlaştırma" başlıklı 11'inci maddesinde de Direktif'e üye Devletlerin "ulusal hukuk sistemlerinde, işletme içinden yapılan şikâyetler veya eşit muamele ilkesine uyulmasına matuf yasal işlemlere işverenin bir tepki olarak işten çıkarma ve sair aleyhte muamelesine karşı, çalışanları koruyacak gerekli önlemleri" alması gerektiği düzenleme altına alınmıştır.

5. Avrupa Birliği Hukuku ile birlikte gündeme gelen mağdurlaştırma kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) nezdinde de karşılık bulmuştur. Fogarty/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, Birleşik Krallık yasalarındaki mağdurlaştırmaya ilişkin yer alan hükümlere değinerek mağdurlaştırmanın yasaklanmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan hakların bir eklenmesi olarak kabul ettiğini göstermiştir (AİHM, Fogarty/Birleşik Krallık, B. No:37112/97, 21/11/2001, para.15).

6. Mağdurlaştırma, ayrımcılık yasağına aykırılığın sonucu ortaya çıktıktan sonra gündeme gelmektedir. Ayrımcılık yasağının ihlali teşkil eden bir muamele nedeniyle işvereni şikâyet eden çalışanı nişten çıkartılması, ücretinin arttırılmaması ya da çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi durumlar mağdurlaştırma olarak nitelendirilebilecektir.

7. Somut olayda, başvuran muhatap şirket ta-

rafından Kasım 2019 tarihinde iş akdinin hukuka aykırı olarak sona erdirildiğini, muhatap şirket aleyhine işe iade davası açtığını, mahkeme tarafından davasının kabul edilerek hakkında işe iade kararı verildiğini, muhatap şirketin mahkemece verilen işe iade kararını uygulamadığı, dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini iddia etmektedir.

8. Dosya kapsamında başvuran tarafından muhatap şirket aleyhine açılan işe iade dava dosyasının bir sureti istenmiştir. Mahkeme tarafından sunulan cevabi yazı ekindeki belgelerden, başvuranın iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği, feshin usulsüz yapıldığı gerekçesi ile işe iade davası açtığı, mahkemece yapılan incelemede başvuran hakkında tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varıldığı ve davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesine istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir.

9. Başvuran tarafından açılan işe iade davasında yapılan incelemede başvuranın iş akdinin geçerli bir nedenle feshedildiğinin ispatlanamadığı, muhatap şirket tarafından tutulan tutanakların başvurana tebliğ edilmediği, şirket disiplin yönetmeliğinde öngörülen usullere riayet edilmeden iş akdi feshedildiği gerekçeleri ile davanın kabul edildiği görülmektedir. Ancak söz konusu davada başvuranın mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idariveya adli makamlara başvurduğu ya da bu hususta başlatılmış sürece katıldığı için iş akdinin feshedildiğine ilişkin bir emareye rastlanmamıştır. Dolayısıyla başvuranın eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi

amacıyla başlattığı bir adli süreç sonrasında, iş akdinin sona erdirildiği, kötü davranışla karşılaştığı veya farklı muamele gördüğü ve mağdurlaştırma şartlarının meydana geldiği kanaati oluşmamıştır.

10. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasına göre: "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur." Başvuran muhatap şirketin Mahkeme kararına uymadığını iddia etmekte ise de muhatap tarafından görüş yazısı ekinde yer alan İstanbul 17. Noterliğinin 16 Mart 2022 tarihli ... sayılı ihtarname ve banka ödeme dekontlarından başvuranın işe başlatılmadığı; ancak mahkeme tarafından hükmedilen boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde hükmedilen işe başlatmama tazminatının başvurana ödenerek mahkeme kararının mevzuat çerçevesinde yerine getirildiği görülmektedir.

11. Başvuru kapsamında başvuranın 6701 sayılı Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığa uğradığına ilişkin adli ya da idari bir süreç başlattığına ve bu süreci başlattığı için işe başlatılmadığına ilişkin bir emare ya da karine oluşturan olgu tespit edilememiştir. Keza muhatap idarenin başvuranın açtığı işe iade davası neticesinde başvuranın tekrar işe başlatılmamasında çalışma barışının bozulabileceği endişesinin etkili olduğu ve mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetki kapsamında başvuranın işe başlatılmayarak tazminatlarının ödendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yönüyle de başvuranın ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlattığı bir adli ya da idari süreç sonrasında olumsuz bir muameleye maruz kalmadığı ve mağdurlaştırma şartlarının meydana gelmediği değerlendirilmektedir.

12. Başvuran dava açtığı için muhatap şirket

yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini iddia etmekte ise de, başvuranın bu yöndeki iddiaları soyut beyandan öteye geçememiş ve başvuran iddiasının gerçekliğine ilişkin karine oluşturabilecek herhangi bir olgu ya da emare sunmamıştır. Aksine muhatap görüş yazısı ekinde başvuran tarafından konu ile ilgili olarak ilgili Belediyeye yöneltilen talepleri ve bu talepler neticesinde tesis edilen işlemleri içerir bir tablo sunulmuştur. Ayrıca muhatap tarafından sunulan belgeler arasında muhatap şirket yetkililerine başvuran tarafından gönderilen mesajlar ve şirket yetkililerinin talebi üzerine başvuran hakkında verilen tedbir kararı olduğu ve bu kararın başvuranın koruma talep eden şirket yetkilisi hakkında hakaret, tehdit, aşağılama ve küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına ve korunan kişiyi iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesine dair hüküm içerdiği görülmektedir. Dolayısıyla muhatap şirketin iş akdinin feshinden sonraki tutumunun başvurana yönelik mağdurlaştırma teşkil ettiği kanaati oluşmamıştır.

13. 6701 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine göre, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması gerekmektedir. Bu emare ve karine oluşturan olguların başvuran tarafından ortaya konması halinde ispat yükü yer değiştirecek ve muhatabın ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlaması gerekecektir.

14. Dosyaya sunulan bilgi ve belgeler çerçevesinde; başvuranın eşit muamele ilkesine uyulması ve ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlattığı yargısal süreç sonrasında farklı muameleye maruz kaldığına ilişkin iddialarının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyamadığından mağdurlaştırma kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

15. Açıklanan nedenlerle, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk kararına iştirak edilmemiştir.

II. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na Başvuruya İlişkin Genel Esaslar

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 6701 sayılı Kanun ile insan onurunu temel alarak insan haklarını korumak ve geliştirmek, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınmasını sağlamak ile hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesini temin etmek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek amacıyla kurulmuştur⁵. İnsan haklarını ve ayrımcılık yasağını ihlal eden eylem ve işlemleri denetlemeyi amaç edinen Kurum, bu görevini bünyesinde oluşturulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu ile yerine getirmektedir. Kurum'un karar organı vasfını haiz olan Kurul'un ayrımcılığın önlenmesine yönelik olan görev ve yetkileri 6701 sayılı Kanunun 11. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır: *“..b) Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek. c) İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin sorunları izlemek ve değerlendirmek. d) Görev alanıyla ilgili olarak yargı organlarına, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ilgili kişilere talepleri hâlinde görüş bildirmek. f) Kurum tarafından insan haklarının korunması, ayrımcılıkla mücadele ve ulusal önleme mekanizması görevleri kapsamında yapılan inceleme ve araştırmaları, hazırlanan raporları ve benzeri çalışmaları karara bağlamak...”*⁶

Ayrımcılık yasağını ihlal eden eylem ve işlemleri denetleme görevi olan Kurum, bu denetimi bahse konu eylem yahut işlemlerden haberdar

5 www.tihk.gov.tr

6 Kurulun işleyişine ilişkin olarak bkz. Demir, s. 86 vd.

olduğu ya da bu eylem ve işlemlerin gerçekleştiğine dair şüphe duyduğu hallerde herhangi bir başvuru olmasa dahi re'sen gerçekleştirebilmektedir⁷. Kurum'un 2022 faaliyet raporunda da belirtildiği üzere ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin 2021 yılı içerisinde re'sen inceleme kararı alınan 3 dosya, 2022 yılı içerisinde incelemesi tamamlanarak ihlal kararı ile sonuçlandırılmıştır. Sosyal medya yahut diğer medya organları gibi kitlesel iletişim araçları vasıtasıyla ihlal konusu eylem yahut işlemler hakkında re'sen gerçekleştirilen denetim dikkat çekici niteliktedir. Bir sosyal medya platformunda başörtülü kişiler için bir psikolog tarafından söylenen ifadelerin, aşı reddi nedeniyle işe alınmama, aşı yaptırmadığını bildirmesi sonucunda 2 yaşındaki kızının kreş gündüz bakım evine alınmadığı ve bu bağlamda eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarının Kurum tarafından re'sen inceleme konusu yapıldığı görülmektedir⁸. Re'sen inceleme yapıldığı hallerde mağdur şahsen belirlenebilir ise mağdurun kendisinin yahut kanuni temsilcisinin rızasının alınması zorunludur (md. 17/2).

İnceleme konusu kararda olduğu üzere bireysel olarak yapılacak başvurular ve inceleme esasları 6701 sayılı Kanun md. 17'de şu şekilde düzenlenmiştir: "...Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz. İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir. Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini dur-

durur. Yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler başvurunun konusu olamaz. 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular; 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir... ..Kuruma yapılacak başvurularda, vesayet ya da koruma altında olanlar ve çocuklar ile talepleri üzerine mağdur ya da mağdurların kimlik bilgileri gizli tutulur.."

Anılan hükme göre İş Kanunu kapsamı dışında kalan ancak 6701 sayılı Kanun ile getirilen güvencelerden faydalanacak çalışanların ayrımcılık iddialarında Kurum'a başvurmadan önce ilgili tarafa başvurarak uygulamanın düzeltilmesini talep etmesi gerekli görülerek adeta dostane bir çözüm mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır⁹. İş Kanunu md. 5 çerçevesinde gerçekleşecek ihlal başvurularında ise farklı bir usul benimsenmiş olup hükümde yer alan "...şikâyet usulleri izlendikten sonra..." ifadesi muğlak nitelikte olup doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmış ve çeşitli eleştiriler getirilmiştir. Hükmün lafzında iş ilişkisi kapsamında md. 5 çerçevesinde ayrımcılık iddiası ile Kurum'a başvuru yapılmadan evvel ilgili mevzuatta belirtilen şikâyet usullerinin tüketilmiş olması şartı aranmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülen bir şikâyet mekanizması bulunmaması, bu şartın ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda belirsizlikleri beraberinde getirmektedir. Kurum'un faaliyet raporları incelendiği vakit ayrımcılıkla mücadele görevi kapsamında 2018 yılında 371 başvuru yapılmış ve 31 tanesi inceleme kapsamına alınmıştır. 337 adet başvuru ise başvuru için gerekli şartları taşımadığından bahisle reddedilmiştir. 2021 yılı içerisinde 180 başvurudan 16 adedi, 2022 yılında ise 355 başvurudan 217 adedi Kanun'da belirtilen temellere dayanmadığı ve Türkiye İnsan Hakları

7 Kuruma re'sen inceleme yetkisi verilmesinin olumlu bir adım olduğuna yönelik görüş için bkz. Demir, s. 103 vd.

8 TİHEK 2022 Faaliyet Raporu, s. 88

9 Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 272 vd.

ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer verilen başvuru şartlarını taşımadığı gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁰. Doktrinde *Demir* tarafından da isabetle belirtildiği üzere başvuru sayısındaki düşüklüğün başvuru şartlarına ilişkin getirilen hükümlerin belirsizliği ile ilişkilendirilmesi mümkündür¹¹.

Konuya ilişkin olarak doktrinde Ünal tarafından ileri sürülen bizim de katıldığımız görüşe göre; dava açma süresi içerisinde Kurum'a yapılan başvuruların işlemeye başlamış olan süreyi durduracağına ilişkin düzenleme göz önünde tutulduğu vakit başvuru için dava yolları tüketilmesi şartı aranmamalıdır. Hükümde bahsi geçen şikâyet usulüne ilişkin olarak İş Kanunu'nun çalışma yaşamının denetimine ilişkin m. 91/I hükmü dikkate alınabilecek nitelikte olmakla birlikte 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile anılan hükmün ikinci fıkrasında yer alan "şikâyet" ibaresi "başvuru" olarak değiştirilmiş olup bu durum 6701 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak denetim öncesi tüketilmesi gereken şikâyet koşulunu daha da muğlak bir hale getirmiştir. Ayrıca İş Kanunu md. 91/II hükmünün Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında yer alan işçilere uygulanmaması da farklı iş kanunları bakımından Kurum'a başvuru kapsamında farklılık doğuran bir görünüm arz etmektedir¹².

Öktem Songu tarafından ileri sürülen diğer görüşe göre ise; 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında ayrımcılık iddiası söz konusu olduğunda öncelikle yargı yoluna başvurulmalı ve herhangi bir yaptırımın söz konusu olmaması halinde Kurum'a başvuru yapılmalıdır¹³. *Süzek* tarafından ileri sürülen görüşe göre; çalışma yaşamının denetimine ilişkin İş Kanunu md. 91/II

çerçevesinde yapılan başvuruya rağmen sonuç alınamaması yahut makul bir süre içerisinde alınmayacağına anlaşılması durumunda işçi, Kurum'a ihlal iddiası ile başvuru yapabilecektir¹⁴. *Kutsal Savaş* ise konuyu mobbing açısından ele almış ve psikolojik taciz mağduru işçinin, gözetme borcu altında olan işverene başvurması gerektiği düşünülebilirse de uygulamayı gerçekleştirenin işveren olması halinde ne şekilde hareket edileceği konusunda belirsizlik olduğunu isabetli olarak tespit etmiştir¹⁵. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca da şikâyet usullerinden İş Teftiş Kurulu'na başvurunun anlaşılması gerekip gerekmediğinin açık olmadığını ifade ettikten sonra diğer iş kanunları kapsamına girenler bakımından bu şartın aranmamasının sorun yaratacağını isabetli olarak ortaya koymuştur¹⁶.

Kurum'a bireysel başvuru çerçevesinde yaratılan diğer belirsizlik ise telafisi güç yahut imkânsız hallerde doğrudan başvuruya olanak tanınması ancak bu hallerin hangi durumları kapsayabileceğine ilişkin Kanun'da açıklık bulunmamasıdır. Her ne kadar somut olayın özelliği çerçevesinde

10 TİHEK 2018 Faaliyet Raporu, s. 38; 2021 Faaliyet Raporu, s. 77; 2022 Faaliyet Raporu, s. 81.

11 Demir, s. 127.

12 Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, s. 504 vd.

13 Öktem Songu, Sezgi: İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ 2017, İstanbul, s. 193.

14 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 22. Baskı, Kasım 2022, İstanbul, s. 480 vd.

15 Kutsal Savaş, s. 273 vd; Kurum'un 2023/385 sayılı Kararı'na konu olan olayda; başvuru Canik Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi Tıbbi Cihaz Teknolojileri Bölümü ve Kastamonu Üniversitesi Biomedikal Mühendisliği Bölümü mezunu olduğunu, lisans eğitimi devam ederken ... Devlet Hastanesinde "sürekli işçi" statüsünde biomedikal teknisyeni olarak işe başladığını, hastane idaresi tarafından iş tanımı dışında kalan başka bir iş ile görevlendirildiğini, söz konusu uygulamayı reddettiğinde ise hastane müdürü tarafından aşağılayıcı söylemlere maruz bırakıldığını, bu durumun yaşının küçük olmasından kaynaklandığını, kendisine iş yerinde yıldırma (mobbing) yapıldığını iddia ederek Kurum'a başvuruda bulunmuştur. Kurum ise başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde, sürekli işçi statüsünde görev yapan başvuranın iş tanımı dışında kalan başka bir iş ile görevlendirildiği, yaşı nedeniyle mobbinge maruz kaldığı iddialarının yukarıda yer alan mevzuat ile birlikte değerlendirildiğinde 4857 sayılı Kanun'da belirtilen şikâyet usullerine tabi olduğu, başvuranın söz konusu şikâyet usulleri tamamlanmadan yaptığı başvurusunun inceleme şartlarını taşımadığı ve bu nedenle kabul edilmez olduğu kanaatine varmış ancak bu usullerin neler olabileceğine dair açıklama getirmemiştir.

16 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Arcüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, s. 472.

değerlendirme yapılabileceği ileri sürülebilirse de¹⁷ gerek evvelce ifade edilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde tüketilmesi gereken “..şikâyet usul-leri”.. gerekse de doğrudan başvuruya olanak tanıyan “...telafisi güç ve imkansız zarar” kavramları belirsiz ve yoruma açık olup bu hali ile bizatihi düzenleme, Kurum’a başvuruyu güçleştirici bir görünüm arz etmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esasların belirlendiği Kasım 2017 tarihli Yönetmelikte de¹⁸ konuya ilişkin açıklık getirilmemesi meseleyi daha da karmaşık hal getirmiş ve başvuru usulüne ilişkin muğlak tabloyu pekiştirmiştir¹⁹. Kişilerin eşit muamele görme hakkını güvence altına alma amacı güden Kurum’un, ayrımcılıkla mücadele fonksiyonunu etkin bir biçimde yerine getirmesi için 6701 sayılı Kanun ve bu Kanun’un uygulanmasına yönelik Yönetmelik hükümlerinin başvuru usulüne ilişkin zikredilen belirsizlikleri ortadan kaldıracı nitelikte revize edilmesinin zaruri olduğu kanaatindeyiz²⁰.

III. Kurum’un İnceleme Neticesinde İhlal Kararı Vermesi ve Sonuçları

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik’in 65. maddesi uyarınca Kurum, yapılan başvuru veya re’sen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul

edilmezlik kararı, gönderme kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar verir. Yönetmelik’in 69. maddesine göre ise, inceleme ve araştırma sonucunda başvurunun yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde ihlal kararı verilir. Başvuru konusunun ayrımcılık yasağı ile ilgili olması durumunda ihlal kararı ile birlikte başvuru yapılan taraf hakkında 70 inci maddede düzenlenen idari yaptırım kararı da verilebilir. Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde ilgililer hakkında 54 üncü madde uyarınca suç duyurusunda bulunur.

2022 yılında esas incelemesi yapılan başvurulardan 2 tanesi hakkında “uzlaşma” kararı, 9 tanesi hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” kararı, 15 tanesi hakkında “gerekçeli kabul edilmezlik” kararı, 43 tanesi hakkında “ihlal olmadığı” ve 38 tanesi hakkında “ihlal” kararı verilmiştir. Başvuruların 3 tanesi hakkında hukuki yol gösterilmiştir²¹.

6701 sayılı Kanun 25. madde ve Yönetmelik’in 70.maddesine göre; ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında 5.958,00 Türk lirasından 89.571,00²² Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bahsi geçen düzenlemenin 2. fıkrası uyarınca birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası,

17 Kutsal Savaş, s. 274.

18 Resmî Gazete Sayı: 32050, 24 Kasım 2017.

19 Ünal, s. 508-509.

20 Doktrinde Demir, 6701 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışanlar açısından başvuru usulü konusunda getirilecek bir kolaylık ve mağduru hakkına daha çabuk ulaşması açısından Yönetmelikte yer alan ve dava açılmasının Kurum’un incelemesini durduracağına ilişkin hükümlerde yapılacak değişiklik ile hem 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçiler hem de bu Kanun dışında kalan ve bir hizmet sözleşmesi ile çalışan kişilerin, ayrımcılık mağduru oldukları takdirde uzun ve masraflı dava süreçleri ile uğraşmaksızın Kurum’a ücret ödemediği gerçeğe geçirecekleri başvuru ile ayrımcılığın giderilmesini sağlayabileceklerini ileri sürmüştür. Demir, s. 128.

21 TİHEK 2022 Faaliyet Raporu, s. 81; Kurum’un işe alım sırasında cinsiyet temelinde ayrımcılık sebebi ile verdiği ihlal kararları dikkat çekici niteliktedir. 2020/8, 2020/176 ve 2022/436 sayılı Kararlarda; iş başvurusunda bulunan kişilerin başvuru esnasında hamile olmaları gerekçe gösterilerek başvuruları reddedilmiş ve taraflar Kurum’a işe alım sürecinde ayrımcılığa uğradıkları iddiası ile başvurmuşlardır. Bu kapsamda Kurul tarafından muhatap şirketler hakkında idari para cezası yaptırım uygulanmıştır.

22 2023 yılı itibarıyla değişen parasal sınırlara göre revize edilmiştir.

cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere etkin bir biçimde uygulanan rücu sorumluluğu kamu görevlilerinin ayrımcı tutumlarının azalmasını sağlayacak ve kişilerin olayları insan hakları bakış açısı ile ele almalarını sağlayacaktır²³. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde sonuca ulaşıldığı hallerde Kurum, idari yaptırım uygulama bakımından bağlı yetkiyle bağlanmıştır. Ayrıca idari para cezasının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri dışında kamu kurumları bakımından da uygulanabilmesi idarenin bir başka idareye karşı kamu gücü kullanabilmesi bakımından da dikkat çekici niteliktedir. *Uzun/Türe* tarafından da belirtildiği üzere devletin kendi kendini sınırlandırması ve idarenin hukukla bağlanması bakımından bu düzenleme olumlu bir adım olarak nitelendirilebilecektir²⁴.

Kurum, idari para cezası verme yetkisini kullanırken hem ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığını hem de failin ekonomik durumunu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisini dikkate alarak takdir yetkisi çerçevesinde hareket edecektir. Psikolojik tacize maruz kalan veya engelli olması sebebiyle ayrımcılığa uğrayan çalışanın gerçekleştirilen davranış yahut işlemler sebebiyle psikolojik tedavi görmesi gibi durumlarda somut olayın özellikleri çerçevesinde ihlalin yarattığı etki göz önünde tutularak alt sınırdan ayrılan miktarda para cezası belirlenebilir. Eylem ile ihlal edilen ayrımcılık temelinin arttığı çoklu ayrımcılık hallerinde de Kurum tarafından daha yüksek bir para cezasının tayin edilmesi söz konusu olacaktır²⁵. Kurum'a idari para cezası verme yetkisi

tanınmış olması olumlu bir adım olmakla birlikte bu cezanın, mevzuatta belirlenen üst sınırı aşmaması getirilen yaptırımın ayrımcılığı önleme bakımından etkinliğini ortadan kaldırmaktadır²⁶. Ayrıca Kurum'un, idari para cezası dışında ileride gerçekleşmesi muhtemel ayrımcı eylemlerin önlenmesine yahut mağdurun maddi ve manevi zararının tazminine yönelik tazminat ödenmesine karar verme yetkisi söz konusu değildir. İhlal neticesinde idari para cezası verilmesi hukuka aykırılığın tespiti bakımından önemli olmakla birlikte, özel hukuk açısından maddi tazminat niteliğinde cezai bir ayrımcılık tazminatı düzenlenmemiş olup verilen para cezası, Hazine'ye gelir olarak kaydedileceğinden mağdurun maddi yahut manevi zararının giderimi söz konusu olmayacaktır²⁷.

Kurum tarafından verilen idari para cezası hukuki niteliği itibarı ile idari işlem vasfını taşıdığından ve 6701 sayılı Kanun'da bu kararlara karşı zorunlu bir başvuru yolu öngörülmemiş olduğundan ilgililerin bu kararlara karşı doğrudan dava açması mümkündür. Kanun'un 25. maddesinin son fıkrasında "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmü yer aldığından idari para cezası tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğinde iptali için başvuru yapılabilecektir (Kabahatler Kanunu md. 27)²⁸.

cılık Denetimi, Ankara 2019, s. 369; Kurum tarafından hamilelik sebebiyle işe alımın reddedildiği 2020/176 sayılı Karar'a konu olan olayda uygulanan idari para cezası miktarı Kanun'da belirtilen en yüksek sınır üzerinden verilmiş ve o ana dek miktar bakımından uygulanan en yüksek ceza olmuştur.

23 Demir, s. 125; Eren, Hayrettin; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara 2016, s. 132.

24 Uzun, İsmail/Türe, Gökhan: "İdari Usulde Re'sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, 2021, s. 979.

25 Demir, s.398, 399; Düğmeci, Fatih; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık

26 Karan, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017, s. 406.

27 Karan/Sever, s. 44; Antalya, Gökhan; Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul 2017, s. 121; İdari para cezası uygulamasında ayrımcı uygulamanın haklılığına karar verilmesi durumunda uzlaşma halinde yer alan "*ayrımcı uygulamaya son verilmesi ya da mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi mağdura belli bir tazminat ödenmesi*" şeklinde mağduru tatmin edecek bir düzenleme yapılması yahut Kurul'un kıyas yolu ile bu doğrultuda karar vermesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Eren, s. 132.

28 İdari para cezasının iptaline yönelik olarak bkz. Avcioglu

6701 sayılı Kanun md. 25 ve Yönetmeliğin 70. maddesinde idari para cezası dışında öngörülen diğer yaptırım uyarı cezası olup Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz. Kurum'un çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda ayrımcılık oluşturan eylem ve işlemi yapan kişi ya da kurumun ıslah olduğu, bu eylem ve işlemlere son vereceği ve tekrarlamayacağı kanaatine erişerek idari para cezasını uyarı cezasına dönüştürdüğü görülmektedir²⁹. Nitekim 2019 yılında İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun aldığı resen inceleme kararı ile Denizli'de işyerinin vitrinine "İran, Suriye, Afgan müşteri bu dükkâna giremez, alışveriş yapamaz, girerse bu mekânda dayak yer" şeklinde afiş asan esnaf hakkında inceleme başlatılmıştır. İnceleme sonrasında Kurul tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilerek 60 bin TL para cezasına karar verilmiştir. Ancak esnafın pişmanlığı ve ekonomik durumunu göz önünde bulunduran Kurul, idari para cezasını uyarı cezasına dönüştürmüştür³⁰.

IV. Kurum Kararına Esas Teşkil Eden Olaylar

İnceleme konusu yaptığımız karara esas teşkil eden olayda başvurucu İstanbul Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan ... Anonim Şirketine 23.07.2018 - 01.11.2019 tarihlerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışmış olup görevini ifa ederken iş barışını bozan tutum ve davranışlarda ve nöbet arkadaşına fiziki müdahalede bulunma, kılık kıyafet yönetmeliğine uymama, özel güven-

lik görevlisi kartını taşıyamama, araç giriş-çıkışlarını kontrol etmesi gerekirken bariyerleri açık bırakma, amirlerinin izni olmaksızın görev yerini terk etme, tüm uyarılara rağmen disiplinsiz davranışları alışkanlık haline getirme eylemleri sebebi ile disiplin kuruluna sevk edilmiş ve sonuç olarak iş sözleşmesi feshedilmiştir. Başvurucu tarafından iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiği ve feshin usulsüz yapıldığı gerekçesi ile açılan işe iade davasında İş Mahkemesi, başvurucu hakkında tutulan tutanakların kendisine tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varmış ve davanın kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme, istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde işe başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir. Davalı şirket ise, başvurusunun fiziksel ve psikolojik şiddet yönelimli davranışlara eğilimi olduğu vekazanılabilir bir yaklaşımı olmadığı kanaatine ulaştığından işe iadesini uygun görmemiş ve hükümde ifade edilen boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama ücreti, kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemiştir. Başvurucu Kurum'a verdiği mağdurlaştırma iddiasını içeren başvuru dilekçesinde çalışma süresince işyerinde yıldırmaya maruz kaldığını, bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini, feshe esas teşkil eden belgelerin gerçeğe aykırı olduğunu, dava açtığı için şirket ve belediye yetkililerinin dilekçe hakkını engellediğini, nöbet kulelerine fotoğrafının asıldığını, telefonlarının engellendiğini, bu durumun kendisini ve ailesini manevi olarak yıpratmış olduğunu iddia ederek gereğinin yapılmasını talep etmiştir. Kurum yaptığı inceleme neticesinde 6701 sayılı Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak eylemlerde bulunulduğuna ilişkin herhangi bir

lu Aksoy, Ezgi/Çaptuğ Dilek, Mehpere: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşveren Eşit Davranma Yükümlülüğü", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 49, 2023, s. 210-211.

29 Kanun'un verdiği bu yetki 2020 yılı içerisinde Kurul tarafından 2 kez kullanılmış ve idari para cezası uyarıya dönüştürülmüştür. TİHEK 2020 Faaliyet Raporu, s. 69; Kurumun uyarı cezası verme yetkisine ilişkin olarak bkz. Düğmeci, s. 370.

30 TİHEK 2019/29 Karar sayılı Karar.

emare ya da karine tespit edilemediğinden işyerinde yıldırmanın şartlarının oluşmadığını tespit etmiştir. İşe iade kararı üzerine işverenin işe başlatmamasına yönelik olarak yapılan incelemede ise Kurum, başvuru muhatap aleyhine işe iade davası devam ederken Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığı'na çeşitli şikâyet ve başvurularda bulunduğundan işe iade davası sonrasında işe başlatılmadığını ifade etmiştir. Kurum'a göre; başvuru, hak arama hürriyeti kapsamında yapmış olduğu bu şikâyetler nedeniyle işe başlatılmayarak olumsuz bir muameleye maruz kalmış olup ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında değerlendirilebilecek olan mağdurlaştırmanın şartları oluşmuştur. Oy çokluğu ile alınan bu Karar'da, Karar'a muhalif kalan karşı görüşteki üyelere göre ise, başvuru eşit muamele ilkesine uyulması ve ayrımcılığın önlenmesi amacıyla başlatıldığı yargısal süreç sonrasında farklı muameleye maruz kaldığına ilişkin iddialarının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortayakoyamamıştır. Karar'a muhalif kalan üç üyenin görüşüne göre; muhatap idarenin işe başlatmama kararı almasında çalışma barışının bozulabileceği endişesinin etkili olduğu ve mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetkikapsamında başvuru nun işe başlatılmayarak tazminatlarının ödendiği anlaşılmaktadır.

V. Kararın İşyerinde Yıldırma Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İnceleme konusu kararda başvuru işyerinde yıldırma maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş olmakla birlikte Kurum inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde bu iddiasına rastlanılmadığı sonucuna ulaşmıştır. 6701 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre; işyerinde yıldırma bahsi geçen Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanıla-

rak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler olarak tanımlanmıştır. Kanun'un "tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinde "işyerinde yıldırma" dışında "taciz" kavramına da yer verilmiş olup ayrımcılık türlerinin düzenlendiği 4. maddede anılan kavramlar ayrı ayrı ele alınmıştır. Sistemik bakımından neden böyle bir tercihte bulunulduğuna ilişkin Kanun'da yahut Gerekçe'de açıklık olmaması, kavram kargaşası yaratabilecek potansiyele sahiptir³¹. Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere Kanun'da sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunu çığnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış taciz olarak tanımlanmıştır (md. 2/j). Hükümde zikredilen "yıldırıcı" ifadesinin kişiyi işinden soğutma, dışlama yahut bıktırma olarak değerlendirilmesi işyerinde yıldırma ile ilişkili getirilen özel düzenlemenin abesle iştigal etmesi sonucunu doğuracaktır³².

Kurum'un 2023 yılında verdiği 2023/202 sayılı Kararı'nda belirtildiği üzere; 6701 sayılı Kanun kapsamında bir eylem yahut işlemin işyerinde yıldırma olarak nitelendirilebilmesi için eylem yahut işlem, iş ilişkisi içerisinde gerçekleşmeli ve Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanmalı, bahse konu eylem yahut işlemler kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacı taşımaları, süreklilik arz eden birden fazla eylem yahut işlem bulunmalı ve kasıtlı olarak gerçek-

31 Karan, s. 313; Demir, s. 284.

32 Karan, s. 314; Psikolojik taciz ile bağlantılı ve hatta duruma göre psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek işyerinde yıldırma kavramının tercih edilmiş olmasının sağlanan terminoloji birliği bozduğu yönündeki isabetli görüşe ilişkin olarak bkz. Kutsal Savaş, s. 262; 6701 sayılı Kanun'un kabul edilme aşamasında "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı"nda yer alan psikolojik tacize ilişkin hükümlerin değerlendirilmesine yönelik olarak bkz. Arslan Ertürk: "Arzu Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27, s. 47 vd.; Ünal, Canan: "Karşılaştırmalı Hukuk İşliğinde İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2013, S. 37, s. 64-65 (Psikolojik Taciz).

leştirilmelidir. Kurum'un çeşitli tarihlerde "*kabul edilmezlik*" sonucuna ulaştığı kararlarda başvuruların işyerinde yıldırma iddiasını Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayandırmamasına işaret etmesi dikkat çekici niteliktedir. Kurum'a göre; kişiyi işinden soğutmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemlerin Kanun'un 3'üncü maddesinde sayılan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş şeklinde sıralanan ayrımcılık temellerinden biri yahut birkaçına dayanması gerekmektedir³³. Bu durum sistematik, kasıtlı ve kişiyi işinden soğutmak amaçlı yapılan eylemin psikolojik taciz olsa dahi Kanun'da belirtilen ayrımcılık temellerinden birine dayanmaması halinde korumanın kapsamı dışında kalmasına sebep olabilecek niteliktedir. Hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesini amaç edinen Kurum'un bunu etkin bir biçimde yerine getirebilmesi ve kişilerin eşit muamele hakkını güvence altına alabilmesi için ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı sayım ilkesini terk edici açık uçlu yaklaşım benimseyen düzenlemeler getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz³⁴. Tüm ayrımcılık temelleri belirtildikten sonra "*ve benzeri sebepler*" ifadesi gibi ayrımcılık temellerini artırıcı yahut genişletici bir ibareye yer verilmesi isabetli bir düzenleme olarak kabul edilebilecektir³⁵.

6701 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre "*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir*". Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere ispat yükü-

küne ilişkin bu düzenleme Kurum'un ihlale yönelik re'sen harekete geçtiği yahut ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğünü iddia eden kişinin yargı organlarına başvurduğu hallerde uygulama alanı bulmayacaktır³⁶. Anılan bu düzenleme ile hem Kanun'un Genel Gerekçesi hem de madde gerekçesinde ifade edildiği üzere ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenerek mağdurun iddia ettiği olayları ve işlemleri ispat etme hususunda karşılaşacağı güçlükler bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Madde gerekçesine göre; iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa geçmesi hükme bağlanmaktadır³⁷. Doktrinde *Uzun/Türe* tarafından da isabetle belirtildiği üzere içerik bakımından bu hükümde öngörülen ispat faaliyeti "*dolaylı ispat*" niteliği taşımaktadır. Ayrımcılığa uğradığını ileri süren kişinin emare ve fiili karineler aracılığıyla somut olayın genel görünümü ve bu genel görünümün hayatın olağan akışında bulunan tipikliğe uygunluğunu ispatlaması yeterlidir³⁸. Yine yazar tarafından belirtildiği üzere bu düzenleme ile, ayrımcılığın ispatındaki güçlükler göz önünde tutularak tam ispat ölçüsü düşürülmüş, "*ispat yükünün ters çevrilmesine kadar ispat kolaylığının sağlanması*" formülü benimsenmiştir³⁹.

Kurum'a işyerinde yıldırma iddiası ile yapı-

33 Kurum'un çeşitli tarihlerde verdiği benzer nitelikte pek çok karar olmakla birlikte 2019/62, 2023/255, 2023/188, 2022/651 ve 2022/26 sayılı Kararlar örnek olarak gösterilebilir.

34 Aynı yönde Karan, s. 314.

35 Demir, s. 196; Dügmeçi, s. 282; Kayaalp, Dilek: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Bir Değerlendirme", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 72 vd.

36 Ünal, s. 430; Uçar/Türe, s. 981; Demir, s. 480; Kutsal Savaş, s. 277.

37 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire *Chassagnou and Others v France* kararında başvuruçunun farklı muameleyle maruz kaldığını en azından "delil başlangıcı" olarak nitelendirilecek bazı kanıtlarla ortaya koyduğu durumlarda bu farklı muamelelerin yapıp yapılmadığının yahut haklı olup olmadığının ispatlanmasının karşı tarafa ait olacağını belirtmektedir, *Case of Chassagnou and Others v France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95.

38 Uzun/Türe, s. 985.

39 Uzun/Türe, s. 984; Bununla birlikte yazara göre; ispat yüküne ilişkin 21. madde re'sen araştırma ilkesine istisna teşkil etmemekte olup başvuruçunun ayrımcılık iddiasına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguları ortaya koyması halinde idarenin ispat yükü hafifleyecektir. Ayrımcılık yasağının ihlali iddiası ile yapılan başvuru, idareyi hareket geçirici usuli bir beyandan ibarettir. Uzun/Türe, s. 1021-1022.

lan başvurular incelendiğinde ihlal tespit edilen 2022/931 sayılı Karar'da, engellilik ve sağlık temelinde işyerinde yıldırımaya maruz kalma iddiası incelenmiş olup başvurunun engel ve sağlık raporu, nöbet muafiyet talep dilekçeleri, taleplerinin muhatap idare tarafından olumlu cevaplanmadığı, kızının sağlık durumunu bildirir raporu, görev yeri değişikliğine ilişkin belgeler ve performans puanları düşük kalan hekimlerin nöbete yazılacağına ilişkin anlık mesajlaşma uygulaması konuşmalarının 6701 sayılı Kanun'un 21 inci maddesi kapsamında kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olduğu ve başvurunun iddiasının gerçekliğine dair kuvvetli emareler oluşturduğu değerlendirilmiştir. Yine ihlal tespit edilen 2022/855 sayılı Karar'da Kurum, şu ifadelerle işyerinde yıldırma olduğunu tespit etmiştir: *"...Başvuranın sürekli olarak görev yerinin değiştirildiği ve disiplin soruşturması geçirdiğini gösteren resmi belgeler, ... Komuta Kontrol Merkezi depo bölümünde çalıştığına ilişkin anlık mesajlaşma uygulaması konuşmaları ve nöbet çizelgeleri başvuru dosyasında mevcuttur. Bununla birlikte, başvuranın %54 oranında engelli sağlık kurulu raporu ve muhataptan yer değişikliği taleplerini içeren dilekçeleri de başvuranın iddialarının gerçekliği konusunda kanıt başlangıcı sayılabilecek niteliktedir. Bu kapsamda, başvuru dosyası ve ekleri incelendiğinde, işyerinde yıldırma niteliğindeki eylemlerin engellilik ve sağlık temeli etrafında meydana geldiğine dair kuvvetli emarelerin mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Kamu kurumu olan muhatabın, başvuranın maruz kaldığı muamelelere ilişkin iddialarına karşılık sadece soyut açıklamalarda bulunarak söz konusu iddiaları reddettiği, karşı iddialarını ve ispata yarar belgelerini de sunmadığı görülmektedir. Bu kapsamda, görevlendirmelerin ihtiyacı karşılamaya yönelik yapıldığının, keyfiyet veya kişiye cezalandırma gibi bir kast içermediğinin muhatap tarafından gösterilemediği değerlendirilmektedir..."*Yıldırma iddiasına yönelik ihlal oluşturmadığı yönünde verilen 2023/202 sayılı Karar'da ise, başvuru tarafından kendisine karşı yürütülen idari soruşturma ve görev yeri değişikliği olguları ile çalışma arkadaşları arasındaki

huzursuzluk nedeniyle ortaya konulan bilgi ve belgeler başvurunun iddialarının gerçekliği konusunda kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olsa da gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin kişiyi işinden soğutma ve bıktırma amacıyla yapılmadığı tespit edilmiştir.

Kurum'un yıldırma iddiası bakımından *"ihlal edilmediği"* yönünde farklı tarihlerde verdiği çok sayıda kararı incelediğimizde soyut iddiaların ötesine geçen ve ispat yükünü ters çevirmeye yetecek olan delil yahut emare sunulmamış olmasının gerekçe olarak gösterildiği görülmektedir. Kurum'a göre; yıldırma iddiasında olan başvurunun eylem yahut işlemin 6701 sayılı Kanun'da yer alan ayrımcılık temellerinden herhangi biri nedeniyle gerçekleştirildiğine dair ispat yükünü paylaşmaya imkân verecek bir delil veya emare sunması gerekmektedir⁴⁰. İnceleme konusu yaptığımız Kurum Kararı'nda da, başvuru çalışma süresince işyerinde yıldırımaya maruz kaldığını ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiştir. Kurum yaptığı incelemede, başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan belgelerde bu iddiaya rastlanmadığı gibi işyerinde yıldırmanın oluştuğuna dair herhangi bir emare yahut karine tespit edilemediğini ortaya koymuştur. Mağdurların ifade ettikleri gibi işyerinde yıldırmanın çoğu kez olaya tanık olabilecek kimsenin bulunmadığı alanlarda, örtülü olarak yahut şifahi biçimde gerçekleşmesi, bu durumun ispatını güçleştirmekle birlikte inceleme konusu kararda olduğu üzere salt soyut beyanlarla yetinilmesi asılsız yıldırma iddialarına sebebiyet verecek niteliktedir⁴¹. Karar'da başvurunun ispat

40 Kurumun internet sitesinde benzer nitelikte çok sayıda karar olmakla birlikte 2022/968, 2022/498, 2022/496, 2022/386, 2023/64 ve 2020/269 sayılı Kararlar örnek olarak gösterilebilir.

41 Doktrinde Kutsal Savaş psikolojik tacizin, çoğunlukla kapalı kapılar ardında ve sözlü olarak gerçekleştirildiğinden olaylara ilişkin tanık bulunmasının, bulunsu dahi işverenin misilleme yapmasından korktuğu için tanıklık edecek çalışan sayısının az olmasının mağdurlara ispat noktasında bir kez daha mağduriyet yaşattığını ifade etmiştir. Kutsal Savaş, s. 277; Konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz. Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008, s. 198.

yükünü ters çevirmeye olanak sağlayacak düzeyde delil yahut emare sunmadığı tespit edilmiş olduğundan Kurum tarafından yıldırma iddiasının reddedilmesi kanaatimizce isabetli bir yaklaşımdır.

VI. Kararın Mağdurlaştırma Çerçevesinde Değerlendirilmesi

6701 sayılı Kanun'un ayrımcılık türlerinin sayıldığı 4. maddesinin 2. fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. İnceleme konusu Karar'da Kurum, bu hükme atıf yapmak suretiyle başvurusunun işe iade davası sonrasında yaptığı şikâyetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe başlatılmayarak olumsuz muameleye maruz kaldığı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğunu belirtip mağdurlaştırmanın şartlarının meydana geldiğini tespit etmiştir. Kurum'a göre; başvuru dilekçe hakkı vehak arama hürriyeti kapsamındaki taleplerinin önlenmesi amacıyla olumsuz bir muameleyle karşılaşarak mağdurlaştırmaya maruz kaldığından ayrımcılık yasağı ihlal edilmiştir. Karar'da mağdurlaştırma kavramı işverenin işçiyi işe iade davası neticesinde verilen hüküm çerçevesinde işe başlatmaması bağlamında ele alındığından öncelikle bu konunun incelenmesi gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu md. 20 uyarınca iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği yahut gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içerisinde işe iade talebiyle İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri çerçevesinde arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği ta-

rihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Arabulucu nezdinde anlaşma sağlanamaması sonucunda açılan işe iade davasında, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur (md. 21). Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuru işverene işçiyi işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. İşveren bu hakkını işçinin başvurusundan itibaren kullanmak ve işçiyi bildirmek zorundadır. Uygulamada işverenlerin çoğu kez bu haklarını işçiyi işe başlatmaksızın tazminat ödeme şeklinde kullandıkları görülmektedir⁴². İşçinin işe iade baş-

42 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 217; Yiğit, Yusuf: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, 2011, s. 1183; Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Geçersiz Fesih Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, 2017 Ankara, s. 277 (İşe iade); Alp, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, C.5, S.1, s.23 vd (İş Güvencesi); İşverenin çağrısının samimi ve gerçek sayılabilmesi için Yargıtay tarafından çeşitli ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir. İşçinin işe makul bir süre içerisinde başlatılması, fesihden önceki işine veya benzer bir işe başlatılması aynı ücretle başlatılması, işe iadenin şarta bağlanmaması bu ölçütler arasında sayılabilir. Anılan ölçütler ve yargı kararları için bkz. Öktem Songu, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2018, s.167 vd (Samimiyet). Buna karşılık doktrinde Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal Kanun'un işe başlatma zorunluluğundan bahsettiğini ve işverene seçimlik bir hak tanımadığını ifade etmiştir. Yazarlara göre; Kanun'un yargıcın feshin geçersizliğine karar verdiğinde işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirleyeceğini emreden ifadesi işverenin işe başlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde uygulanacak olan tazminat yaptırımının usul ekonomisi gereği ayrı bir dava konusu

vurusunda bulunmasına rağmen işe başlatılmaması durumunda işe başlatılmayacağına sözlü yahut eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence yeniden feshedilmiş sayılacak, bunun neticesinde işveren, işçiye iş güvencesi yahut işe başlatmama tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır⁴³. Hükmün gerekçesinde de uygulamada işe iade kararı veren mahkemenin boşta geçen süre ücretine ilişkin alacak ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemesinin işçinin işverence işe iade edilmemesi halinde işçilik alacakları için ikinci bir dava açmasını engelleyerek hem işçi bakımından sorunlu olan bir durumun önüne geçtiği hem de Karar'da belirtilen parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilmesine imkan tanıdığı belirtilmiştir⁴⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi, İş Kanunu'nun 21. maddesinin iş güvencesini etkisiz kıldığı yönündeki iptal istemini incelediği 19 Ekim 2005 tarihli Karar'da şu ifadelerle oy birliği ile red kararı vermiştir: "... Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri ara-

sında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir..."⁴⁵

İnceleme konusu karara konu olan olayda başvuru tarafından açılan işe iade davasında İş Mahkemesi, başvuru hakkında tutulan tutanakların kendisine tebliğ edilmediği, disiplin kurulu sürecine dayanak olan konular ile ilgili makul süre tanınmadığı ve muhatap şirketin kendisi tarafından düzenlenen disiplin yönergesine aykırı davrandığı, feshin geçerli veya haklı nedenle yapıldığının işverence ispatlanamadığı kanaatine varmış ve davanın kabulüne karar vermiştir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne istinaf yoluna gidilmiş ve Mahkeme, istinaf başvurusunun kısmen kabulü ile başvuranın işe iadesine ve boşta geçen süre ücreti ile işe başlatmama halinde başlatmama tazminatı ödenmesine kesin olarak karar vermiştir. Davalı şirket, başvuru davasının işverenin iş Kanunu md. 21 çerçevesinde kendisine tanınan seçimlik hakkını, işe başlatmama ve hükümde belirtilen tazminatları ödeme yönünde kullandığı görülmektedir. Kurum'un işverenin seçimini mağdurlaştırma kapsamında ele aldığı görüldüğünden bu kavrama değinilerek Karar'da ulaşılan sonucun isabetli olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Mağdurlaştırma kişinin ayrımcılığa uğradığı

yapılmasına mahal vermemek içindir. Bu görüşe göre; yasa koyucu işverene böyle bir seçimlik hak tanımış olsaydı işçiye de eşitlik ilkesi gereği benzer bir hakkı tanıma yoluna giderdi. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 2022 Ankara, s. 1109-1112.

43 Keser, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 121; Akyiğit, Ercan; Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021, s. 322.

44 Anılan hüküm boşta geçen süre ücreti ve işe başlatmama tazminatı bakımından usul ekonomisi çerçevesinde olumlu olmakla birlikte doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca tarafından isabetle belirtildiği üzere işçinin on iş günü içerisinde işverene başvurup başvurmadığı yahut işverene başvurusunda samimi olup olmadığı gibi uyumsuzlukları ortadan kaldıran bir etkiye sahip değildir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 624.

45 Anayasa Mahkemesi 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72, Resmî Gazete: 24.11.2007, 26710; 158 No.lu Hizmet İlişkisine Son Verilmesine Dair ILO Sözleşmesi'nin 10. maddesinde de iş güvencesi sistemi içerisinde birden çok seçenek sunulduğu görülmektedir. Anılan maddeye göre; "Bu sözleşme'nin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır."

iddiası ile yaptığı şikâyet sonucunda olumsuz bir durumla karşılaşması yahut farklı bir muameleye tabi tutulmasını ifade etmektedir. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için ayrımcı eylem yahut işlem sebebiyle şikâyette bulunulması yahut yargısal yollara başvurulması gerekli olduğundan ayrımcılık talimatının aksine ayrımcı muamele gerçekleştirildikten sonra bu durum ortaya çıkmaktadır. Tacize uğrayan bir çalışanın bu duruma idari makamlara şikâyet etmesi durumunda işten çıkarılması yahut terfi ettirilmemesi mağdurlaştırmaya örnek olarak gösterilebilir⁴⁶. Avrupa Birliği hukuku ile birlikte gündeme gelen bu kavrama AB kaynaklarında geniş ölçüde yer verildiği görülmektedir. Kurum'un Karar'da gönderme yaptığı 2000/78/EC sayılı Direktif ile 2000/43/EC ve 2006/54/EC sayılı Direktiflerde üye devletlerin, eşit işlem ilkesine uyulmasını amaçlayan şikâyet ve davalara tepki neticesinde kişileri, olumsuz bir muameleye maruz bırakmaktan koruyacak önlemlere iç hukuklarında yer verecekleri belirtilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı da *Coot v Granada Hospitality Ltd*⁴⁷ Kararı'nda, işveren tarafından yapılan misilleme oluşturan eylemlerin yasaklanmasının sadece işten çıkarmalarda kısıtlamayı kapsayacak biçimde değil iş ilişkisi sona erdikten sonra dahi koruma sağlayacak biçimde daha geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸.

6701 sayılı Kanun metninde mağdurlaştırma kavramı açıkça zikredilmemekle birlikte ayrımcılık türlerini ve kapsamını belirleyen 4. madde'nin 2. fıkrasında eşit muamele ilkesine uyulması yahut ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muamelelerin de ayrımcılık teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Kurum'un mağdurlaştırma kavramı çerçevesinde

ayrımcılık yasağına yönelik değerlendirme yaparak tespitlerde bulunduğu 2019/54 ve 2022/942 sayılı Kararlarında, eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının tam anlamıyla etkili olabilmesi bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanmasının son derece önemli olduğu ve uluslararası hukukta, hak arama özgürlüğünü temin etmek için kabul edilen araçlardan biri olduğu ifade edilmiştir. Kurum'a göre; ayrımcılık yasağı mevzuatına uygun davranılmasını sağlamak için mağdurlaştırmanın yasaklanması esasen şikâyet etme ya da bir işlem başlatma eylemini koruma amacı taşımaktadır. Anılan kararlarda kişinin korunan bir eylemin sonucu olarak olumsuz bir muameleye maruz kalmasına yönelik başlatılan adli ve idari süreçlerin de mağdurlaştırma yasağı kapsamında ele alınması başvuru "herhangi bir olumsuz davranıştan veya olumsuz sonuçtan korumak için gereken" tedbirler kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için muhatabın kişiyi adli veya idari süreçler başlattığı için mağdur etme diğer bir deyimle cezalandırma kastı olması gerekmektedir. Kuruma göre; ayrımcılık yasağını ihlal eden yahut eşitlik ilkesine aykırı düşen bir muamele nedeniyle işvereni/ amirini şikâyet eden bir çalışanın işyerinde pasifize edilmesi, işten çıkarılması, ücretinin artırılmaması, geçerli bir nedene dayanmaksızın görev yerinin değiştirilmesi yahut çalışma koşullarının ağırlaştırılması gibi kişileri hak arama yollarına başvurmadan caydırma amacı taşıyan muameleler mağdurlaştırma örneği teşkil edebilecektir. Gerek inceleme konusu yaptığımız 2023/238 sayılı Karar'da gerekse 2019/54 ve 2022/942 sayılı Kararlarda gönderme yapılan, elçilik çalışanı başvuru cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiası ile şikâyette bulunduğu için olumsuz muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiği *Fogarty/Birleşik Krallık*⁴⁹ kararında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz hukukunda mağdurlaştırma ("victimisation") kavramına ilişkin getirilen yasal düzenlemeleri belirterek mağdurlaştırmanın

46 Karan, s. 282.

47 Case C-185/97, Belinda Jane Coot v Granada Hospitality Ltd, ECR [1998] I-05199.

48 Karara yönelik açıklamalar için bkz. Karan, s. 284; O'Leary, Siofra; Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes, Hart Publishing, 2012, s. 136.

49 Case of Fogarty v United Kingdom, Application No: 37112/97.

yasaklanmasının Sözleşme ile güvence altına alınan hakların uzantısı olarak değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.

Hak arama özgürlüğü ve şikâyet hakkı göz önünde tutularak İş Kanunu md.18/III-c hükmünde işçinin mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip etmesinin iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenleme işçinin işverene sadakat borcunun sınırını işçinin kendi haklarının çizmiş olduğunu ve bu haklarını işveren için feda etmesinin beklenemeyeceğini ortaya koymaktadır⁵⁰. İşçinin iş ilişkisi devam ederken sözleşmeden yahut kanundan kaynaklanan haklarının ödenmemesi yahut kullanımına engel olunması sebebi ile işvereni Çalışma ve İşkur İl Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu gibi kurumlara şikâyet ederek hak arayışına girmesi yahut işçilik alacaklarının tahsili için dava açıp icra takibinde bulunması iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilmeyecektir⁵¹. Doktrinde *Karan* tarafından da isabetle belirtildiği üzere ayrımcılık yasağına dair hukuki düzenlemelerin bütünlüğünün korunması ve getirilen güvencelerin etkin bir biçimde uygulanması bakımından mağdurlaştırmanın yasaklanması oldukça önemlidir. Aksi durum kişilerin olumsuz bir tepki yahut misilleme ile karşılaşmamak için ayrımcılık yasağının ihlaline dair şikâyette bulunmaktan, idari yahut yargısal yollara başvurmaktan, delil sağlama, tanıklık etme, bilgi verme gibi şikâyetçilere destek olabilecek eylemlerde bulunmaktan çekinmelerine yol açacaktır⁵². 6701 sayılı Kanun ile mağdurlaştırmanın ayrımcılığın bir türü olarak ele alınması kişilerin ihlal durumunda hukuki yollara başvurma konusunda çekimser kalmasını önleyerek ayrımcılık yasağına dair getirilen güvencelerin etkin kılınmasını sağlama bakımından olumlu bir adım ola-

rak değerlendirilebilecektir.

İnceleme konusu Karar'da işveren, feshin geçersizliğinin yargı kararı ile tespit edilmesi üzerine İş Kanunu 21. maddesinin kendisine verdiği seçimlik hakkı işçiyi işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde kullanmıştır. Kurum ise, işverenin bu tutumunu 6701 sayılı Kanun md. 4/f.2 kapsamında değerlendirmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kurum'a göre; başvurunun, muhatap aleyhine işe iade davası devam ederken hak arama hürriyeti kapsamında olmak üzere Beyaz Masa, Ombudsmanlık, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi ve Çalışma Bakanlığı'na çeşitli şikâyet ve başvurularda bulunduğundan bahisle dava sonrası işe başlatılmaması mağdurlaştırmanın şikâyet sonrası olumsuz muameleye maruz kalma kriterini sağlamaktadır. Evvelce de belirtildiği üzere İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuru işverene işçiyi işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. 6701 sayılı Kanun md. 4/f.2 kapsamında mağdurlaştırmanın olumsuz muameleye maruz kalma kriterinin sağlandığından bahsedebilmek için kişinin işyerinde pasifize edilmesi, işten çıkarılması, ücretinin artırılmaması, geçerli bir neden olmaksızın görev yerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarının ağırlaştırılması, terfi ettirilmemesi gibi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan misilleme niteliğinde davranışların var olması gereklidir. Nitekim Kurum'un Karar'da gönderme yaptığı AİHM'nin *Fogarty/Birleşik Krallık* kararında da, başvurunun işe alınmama gerekçesinin önceki işverenine karşı cinsiyet ayrımcılığına dayalı olarak açtığı davalar olduğu ileri sürülerek mağdurlaştırma iddiasında bulunulmuştur. İnceleme konusu Karar'da ise, karşı oy yazısında muhalif kalan üyelerin de belirttiği şekilde muhatap şirket mevzuat ile mahkeme kararında tanınan yetki kapsamında başvuru işe başlatmayarak tazminatlarını ödemiştir. Kanun koyucunun İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde işverene tanımış olduğu seçimlik hakkın kullanılmasının

50 Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 406-407.

51 Keser, s. 94.

52 Karan, s. 282.

işçi üzerinde olumsuz etki yarattığından bahisle mağdurlaştırmanın ortaya çıktığını ifade etmek hükmün amacı ile bağdaşmayan bir sonuç yaratmaktadır. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkabilmesi için kişinin başlattığı şikâyet süreci sonrasında hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan olumsuz muamelelere maruz kalması gerekmektedir. Kurum tarafından muhatap işverenin mevzuatın kendisine tanıdığı olduğu yetkiyi kullanmasının kişiyi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma ve cezalandırma amacı güden bir davranış olarak değerlendirilmesinin, 4857 sayılı Kanun ile getirilen, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirmek suretiyle işçinin hakları ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan iş güvencesi sistemi ile bağdaşmayan bir görünüm arz ettiği kanaatinde olduğumuzdan kararda ulaşılan sonucu isabetli bulmamaktayız.

Sonuç ve Değerlendirme

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin getirilen ayrıntılı düzenlemeler çalışma hayatında da etkisini göstermekte; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde iddialar üzerine Kurum tarafından çeşitli kararlar verilmektedir. Kurum'un kararlarında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin uluslararası düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını göz önünde tutması olumlu bir adım olmakla birlikte inceleme konusu Karar'da olduğu üzere iş hukukuna hâkim olan temel ilkelerden sapma gösterecek nitelikte sonuçlara da ulaştığı görülmektedir.

İnceleme konusu Karar'a konu olan olayda, başvuru işyerinde yıldırıma maruz kaldığı ve bir yıl içerisinde beş defa görev yerinin değiştirildiğini iddia etmiş olmakla birlikte Kurum inceleme sürecinde başvuru dilekçesi dışında dosyaya sunulan diğer belgelerde başvurunun bu iddiasına rastlanılmadığı sonucuna ulaşmıştır. Yıldırma iddiasında olan başvurunun eylem yahut işlemin 6701 sayılı Kanun'da yer alan

ayrımcılık temellerinden herhangi biri nedeniyle gerçekleştirildiğine dair ispat yükünü paylaşmaya imkân verecek bir delil veya emare sunması gerekmektedir. Salt soyut beyanlara dayanan iddiaların yeterli görülmesi asılsız mobbing iddialarına sebep olabileceğinden Kurum tarafından yıldırma iddiasının reddedilmesinin isabetli bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

Kararda ele alınması gereken diğer husus 6701 sayılı Kanun'un ayrımcılık türlerinin sayıldığı 4. maddesinin 2. fıkrası kapsamında mağdurlaştırma iddiasına ilişkindir. Kurum, başvuru işe iade davası sonrasında yaptığı şikâyetler ve verdiği dilekçeler gerekçe gösterilerek işe başlatılmayarak olumsuz muameleyle maruz kaldığı yönündeki iddialarına ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğunu belirtip mağdurlaştırmanın şartlarının meydana geldiğini tespit etmiştir. İş Kanunu'nun öngördüğü iş güvencesi sisteminde işverene mutlak bir işe iade yükümlülüğü getirilmemiş, süresi içerisinde kendisine başvuru işverene işçiyi işe başlatmak yahut işe başlatmayıp tazminat ödemek şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. Mağdurlaştırmanın ortaya çıkması için ayrımcılığa uğradığı iddiası ile yaptığı şikâyet sonucunda kişinin olumsuz muameleyle maruz kalması gerekmektedir. İşyerinde pasifize edilme, işten çıkarılma, ücretinin artırılmaması, geçerli bir neden olmaksızın görev yerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarının ağırlaştırılması, terfi ettirilmeme gibi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma amacı taşıyan misilleme niteliğinde davranışlar olumsuz muameleyle örnek olarak gösterilebilir. Muhatap işverenin iş mevzuatının kendisine tanıdığı olduğu yetkiyi kullanmasının kişiyi hak arama yollarına başvurmaktan caydırma ve cezalandırma amacı güden bir davranış olarak değerlendirilmesinin 4857 sayılı Kanun ile getirilen, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirmek suretiyle işçinin hakları ile işverenin girişim ve sözleşme özgürlüğü arasında denge kurmaya çalışan iş güvencesi sistemi ile bağdaşmayan bir görünüm arz ettiği kanaatinde olup Karar'da ulaşılan sonucu isabetli bulmamaktayız.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021.
- Alp, Mustafa: "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", DEÜHFD, 2003, C. 5, S. 1 (İş Güvencesi).
- Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013.
- Antalya, Gökhan; Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması. İstanbul 2017.
- Arslan Ertürk, Arzu: "Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27.
- Avcioğlu Aksoy, Ezgi/Çaptuğ Dilek, Mehpare: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 49, 2023.
- Baybora, Dilek: "Paris Prensipleri Çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Üzerine Bir İnceleme", Çimento İşveren, C. 32, S. 4, 2018.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası.
- Demir, Kübra; İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021.
- Düğmeci, Fatih; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, Ankara 2019.
- Eren, Hayrettin; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ankara 2016.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- Karan, Ulaş; Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017.
- Karan, Ulaş/Sever, Çiğdem; Bir İnsan Hakları Koruma Mekanizması Olarak Ulusal Eşitlik Kurumları Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği, Eşit Haklar İçin İzleme Derneği, İstanbul 2020.
- Kayaalp, Dilek: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Bir Değerlendirme", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1.
- Keser, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2010.
- Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Geçersiz Fesih Yaptırımları: İşe İade veya Tazminat", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, 2017 Ankara (İşe İade).
- Kutsal Savaş, Fatma Burcu: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, Ankara 2022.
- O'Leary, Siofra; Employment Law at the European Court of Justice: Judicial Structures, Policies and Processes, Hart Publishing, 2012.
- Öktem Songu, Sezgi: İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017.
- Öktem Songu, Sezgi: "İş Yargılamasında Belirsiz Bir Hukuki Kavram: Samimiyet", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey/Dr. Öğr. Üyesi Seda

- Ergüneş Emrağ, İstanbul 2018 (Samimiyet).
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul Kasım 2022.
 - Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008.
 - Uzun, İsmail/Türe, Gökhan: "İdari Usulde Re'sen Araştırma İlkesi ve Suçsuzluk Karinesi: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Ayrımcılık Yasağının İhlali İncelemesinde İspat Yükü Özelinde Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, 2021.
 - Ünal, Canan: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2013, S. 37, s. 64-65 (Psikolojik Taciz).
 - Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018.
 - Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008.
 - Yiğit, Yusuf: "İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşe Başlatılmaması ve Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul, 2011.