

Araştırma Makalesi

İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ AŞAMASINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Emin ZEYTİNOĞLU*
ORCID: 0000-0002-3486-0952

ÖZ

Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan “kanun önünde eşitlik” kavramı, kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. nedenlerle ayrımcılık yapılmasını engellemeye çalışmaktadır. Maddedeki vb. ibaresi, anılan kavramların gerektiğinde genişletilebileceğini göstermektedir. Maddenin ayrımcılık yapılmasını engellediği alanlardan en önemlisi “cinsiyet” ayrımcılığıdır. Mevzuatımız iş sözleşmesi sürerken kadın işçinin korunmasını çeşitli hükümlerle sağlamaya uğraşmışsa da, sözleşme hukuken kurulmadan evvelki dönem için ayrıntılı koruyucu hükümler içermemektedir. Bu incelemede kısaca sözleşme öncesi durum ele alınıp, kadın için uygulanabilecek pozitif ayrımcılık hükümlerine değinilecektir.

Anahtar kelimeler: *Ayrımcılık kavramı, pozitif ayrımcılık, eşitlik, cinsiyet ayrımcılığı*

Research Article

GENDER DISCRIMINATION AT THE STAGE OF DRAWING UP AN EMPLOYMENT CONTRACT

ABSTRACT

The concept of equality regulated under the Article 10 of the Turkish Constitution, before the law tries to prevent discrimination on grounds of language, race, colour, gender, political thought, philosophical belief, religion, sect and so on. The term “etc.” within the article reflects that the content of these concepts can be expanded. The most important area that the Article prevents discrimination is “Gender”. Although our legislation has tried to ensure the protection of female workers with various provisions, it does not contain any detailed protective regulations for the pre-contract term. In this article, the pre-contract situation will be briefly discussed and positive discrimination provisions that will be applied to women will be discussed.

Keywords: *Notion of discrimination, positive discrimination, equality, gender discrimination*

* Prof. Dr. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ezeytinoglu@ticaret.edu.tr. Received / Geliş tarihi: 08.12.2019 - Accepted / Kabul tarihi: 31.12.2019

I. AYRIMCILIK KAVRAMI

a) Genel olarak

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 26. Maddesi doğrultusunda yapılan bir tanıma göre ayrımcılık “ ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve özgürlüklerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıran” davranışlardır¹.

Buna karşılık yargı kararlarında ayrımcılık yasağı alanının gerektiğinde yasada ve sözleşmede belirtilen alanlar dışında da kullanılmasına imkan sağlayacak şekilde, “ makul bir gerekçe gözetilmeksizin kişilere göreceli olarak benzer durumlarda farklı davranılması” şeklinde tanım yapıldığı görülmektedir.² Yargı kararlarında “ Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetin hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.” şeklindeki ifadelerle ayrımcılık yasağının sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir³. Toplumsal yaşamın her an değişkenlik gösteren bir yapıya sahip olduğu düşünüldüğünde, anılan alanların sınırlandırılmaması ve gerektiği durumda ayrımcılığın her alanda yasaklanabildiği bir sistemin uygulanması gerektiği kanısındayım.

Uygulamada ayrımcılık, kişinin çeşitli özellikleri nedeniyle farklı işlem görmesi şeklinde doğrudan⁴, veya 2000/43 sayılı AB Direktifinin 2. Maddesinde belirtildiği gibi, “ görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter veya uygulamanın, bir ırksal veya etnik kökenden kimseyi, diğer kişilerle karşılaştırıldığında daha avantajlı konuma getirdiği durumlarda, bu yansız hüküm, kıstas veya uygulamanın, meşru bir amaç ile nesnel olarak haklılık kazanmadığı ve söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların uygun ve zaruri olmadığı durumlarda” dolaylı ayrımcılıktan bahsedilebilmektedir⁵.

¹ **Lema Uyar:** Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s.42-43

² Y.21. HD. 14.2.2017 tarih ve 2016/6732 E.-2017/996 K sayılı kararı

³ Y. 9. HD 1.12.2015 tarih ve 2014/20902 E.-2015/34115 K sayılı kararı

⁴ **Eda Manav:** 2000/43,2000/78,2006/54 sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, Özel Sayı, C.15 İzmir 2013, s.737.

⁵ **Ali Ercan Su/ Esat Aktaşoğlu/ Hülya Tekin/ Uğurtaş Taşkın/ Mehmet İner/ Çağrı Ergani/ Cengiz Aşkın:** Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Ankara 2014, s.236.

b) Pozitif Ayrımcılık

Anayasamızın 10. Maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğu prensibini belirtmekte ise de, aynı maddede, “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” ibaresini koyup, eşitlik kavramının daha farklı olarak uygulanacağı kişileri de belirtmiştir. Kanunda “pozitif ayrımcılık” kavramı, “ özel koruyucu hüküm” olarak belirtilmiştir. Maddede “ kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu” özel olarak vurgulanmıştır. Daha aşağıda belirteceğimiz gibi, aynı doğrultuda kadınların korunmasına mevzuatta çok çeşitli düzenlemelerde rastlanmaktadır. Anayasamız eşitlik ilkesini salt bir kamu hukuku kurumu olarak görmemekte, özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli bir temel ilke olarak benimsemektedir⁶. Pozitif ayrımcılığın İş Hukuku açısından da çok önemli olduğunu da, Anayasamız 50. Maddesinde özel bir hüküm koyarak, “küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağını” belirtmiştir. Son gelişmelere uygun olarak tüketicilerin ve sendika üyelerinin de bu sınıflar arasında yer aldığı kabul edilmektedir⁷.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü pozitif ayrımcılığı, “Toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı düşünülen belli gruplara çeşitli ayrıcalıklar tanıyarak onların desteklenmesi” olarak tarif etmektedir. Burada amaç, durumları farklı olan kişilerin bu farklılıktan ötürü zarar görmelerini önlemek, eşitsizliğin belirli oranda azaltılmasını sağlamaktır. Burada devlet, Anayasamızın esas niteliklerinden “ sosyal devlet” ilkesini temel alarak, kişiler arasında oluşabilecek uçurumu yasal düzenlemelerle azaltmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki ekonomik eşitsizlik devleti, bu yola itmiş bulunmaktadır. Devlet, yaptığı düzenlemelerle işverenin tek taraflı olarak karar verme olanağını kısıtlamakta olup, toplumda aksi durumda oluşabilecek olumsuz sonuçları baştan engellemeyi amaçlamıştır.

c) Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Yukarıda değinilen ayrımcılık nedenleri arasında uygulamada en önemlisinin cinsiyet ayrımcılığı olduğu görülmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı, “kişiye doğrudan cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü nitelikleri gözetilerek farklı davranılması”dır⁸. Yani ilgili kişi belirli bir cinsiyet taşıdığından farklı (genellikle olumsuz) muameleye tabi tutulmaktadır. Gerek mevzuat, gerekse yargı kararları ile geçerli bir neden olmadan cinsiyet ayrımcılığı (tabii diğer alanlarda da) yapılması engellenmeye çalışılmaktadır.

⁶ **Devrim Ulucan:** Eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, İzmir 2013, s. 372.

⁷ Bu konuda bkz. **Emin Zeytinoğlu:** İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi sayı 22, Y.11, S. 22, İstanbul 2012/2, s.177-202.

⁸ **Melek Yüksel Onaran:** Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.39.

Genel olarak eşitlik kavramında kişilere keyfi biçimde ayırım yapılmaması amaçlanmaktadır. Ancak burada kişiler arasında farklılık bulunmaması temel alınmakta, kişiler arasında farklılık bulunması halinde eşit olmayan uygulamanın yapılabileceği kabul edilmektedir⁹. DİKKAT YERİ BULUNACAK Uygulamada, bu farklı davranışın şekli, her olayın kendi özelliğine göre değişebilmektedir. Cinsiyet farklılığında da temel olarak eşit davranma yükümlülüğü kabul edilmekte ise de, şayet cinsiyet farklılığı nedeniyle ilgili kişi dezavantajlı duruma düşüyorsa genel kuralın dışında bazı değişiklikler yapılabilmektedir. Bu durumda tarafların eşitliği sağlanmış olabilecektir¹⁰.

II. CİNSİYET AYRIMCILIĞI KONUSUNDA YASAL MEVZUAT

a) Türk Hukukunda

Anayasanın 10. Maddesine göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”.

Görüleceği üzere, Anayasamız, pozitif ayrımcılık yapılabilecek çeşitli alanlara değinmiş, ancak cinsiyette gerekirse farklılık yapılabileceğini belirtip, pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesini bozmayacağını açıkça ortaya koymuştur.

Yukarıdaki prensibin bir devamı olarak da, 50. maddede “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” diyerek, iş hukuku açısından kadınların özel olarak korunacağını, bu arada erkekler ile aralarında kadın lehine farklılık oluşabileceğini ve bu durumun kanunun himayesinde olduğunu belirtmiştir.

Anılan emredici hükmün doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinde “İş İlişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapamaz. İşveren biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle

⁹ **Bahar Konuk:** Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi, Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, İzmir 2013, s.1728.

¹⁰ **Zafer Gören:** Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, 2. Bası, İzmir 1998, s.10.

özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” denilerek Anayasadaki maddenin emredici niteliği bir daha vurgulanmıştır.

Anayasadaki ayrımcılık yasağına ilgilileri zorlamak için, ayrıca 5237 sayılı Türk ceza Kanunu'nun 122. maddesinde, “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” hükmü getirilerek bilhassa işverenlerin ayrımcılık yasağına uymaları sağlanmaya çalışılmıştır.

b) Karşılaştırılmalı hukuk

Karşılaştırılmalı Hukuk açısından ayrımcılığın cinsiyet açısından ele alındığı çeşitli hükümler olduğunu görmekteyiz. Bunları esas olarak, genel kurallar, ILO kuralları ve AB kuralları olarak ayırmak mümkündür.

aa) Birleşmiş Milletler'in kurulmasından sonra çeşitli ayrımcılık alanlarını temel alan düzenlemeler yürürlüğe sokulmuştur. 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin¹¹ 1. maddesinde genel olarak eşitlik kavramı üzerinde durulmuş, daha sonra 8, 13, 55. maddelerde doğrudan cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması gerektiği belirtilip, kadın ve erkeklerin insan hakları ve temel özgürlüklerden eşit olarak yararlanmasına imkân tanıyan hükümler getirilmiştir. Aynı doğrultuda 10 Aralık 1948 tarihli¹² İnsan Hakları Evrensel Bildirge'sinin çeşitli maddelerinde de kanun önünde eşitlik, özgürlük hükümleri bulunmakla beraber, kadınların cinsiyet açısından zarar görmelerini engellemeyi amaçlayan çeşitli hükümler de bulunmaktadır¹³. Her ne kadar anılan belge sözleşme niteliğini taşımamakta ise de bütün devletlerce uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴.

1966 yılında kabul edilen BM Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmeleri de çeşitli maddelerinde cinsiyet ayrımcılığını önlemeyi amaçlayan hükümler bulundurmaktadır. Bilhassa Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde cinsiyet ayrımcılığı yapılamayacağı daha ayrıntılı hükümlerle düzenlenmiştir. Anılan sözleşmelerde bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkek ve kadınlara eşit haklar sağlanması gerektiği vurgulanmış ve bu konuda devletlere sorumluluklar yüklenmiştir.

Yukarıda belirtilen genel kuralların yanı sıra Birleşmiş Milletlerce 1979 yılında kabul edilen “*Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*” bu konuda

¹¹ Türkiye sözleşmeyi 15.8.1945 tarihinde onaylamış olup, sözleşme 24.8.1945 tarih ve 6902 s.lı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹² Türkiye tarafından 27 Mayıs 1949 tarihinde kabul edilmiştir.

¹³ **Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan**: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017, s.9.

¹⁴ **Tacettin Çalık**: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.1, Konya 2016, s. 79.

çıkarılmış en önemli belgelerdendir¹⁵. Bu tarihe kadar cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi için yapılan düzenlemelerin yetersizliği anılan düzenlemenin yapılmasına yol açmıştır. Kadına karşı ayrımcılık yapılmasına ilişkin açıklamaları en genişinin bu belgede yer aldığı görülmektedir. Sözleşmenin 1. maddesine göre, ayrımcılık, “kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama”dır. Görüldüğü üzere sözleşme, tanımı yaparken mümkün olduğunca geniş tutmuş ve kadın-erkek ayırımı yapılma imkanını ortadan kaldırmak için olanca gücünü kullanmıştır.

Sözleşme 11. maddesinde çalışma yaşamında kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla ayrıntılı hükümler koymuştur. Maddeye göre, kadınların aşağıdaki hakları sıralanmış ve bu hakların yerine getirilmesi için Sözleşmeye taraf devletler gerekli önlemleri almakla, bu arada kadınları çalışma hayatından soğutacak, uzaklaştıracak koşulları da ortadan kaldırmakla yükümlü tutulmuşlardır. Kadınların maddede belirtilen hakları “ a. Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma, b. İstihdam konularında eşit seçim kriterlerinin uygulanması da dahil erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma, c. Serbest olarak meslek ve iş seçme, terfi, iş güvenliği, hizmetin tüm şartları ve avantajlarından faydalanma, mesleki eğitim ve sürekli eğitim görme, d. Sosyal yardımlar dahil eşit ücret, eşdeğerdeki işte eşit muamele ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme, e. Ücretli izinle birlikte, emeklilik, işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışamama hallerinde sosyal güvenlik, f. Güvenli şartlar içinde çalışma ve sağlığın ve bu arada doğurganlığın korunması” olarak belirtilmiştir.

bb) Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nun kadın-erkek eşitliğini temel alan çeşitli sözleşmeleri bulunmaktadır.

Bu sözleşmelerin en önemlisi 1958 yılında kabul edilip, 1966 yılında ülkemiz tarafından da onaylanan, “Çalışma (İş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı sözleşme”dir. Anılan sözleşmenin 1. Maddesine göre ayrımcılık, “İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma”dır. Görüleceği üzere sözleşme, sadece iş ilişkisi sürerken değil, kurulurken de ayrımcılık yapılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinde gerektiğinde kadınlar ve diğer özel durumdaki kişiler için özel tedbir alınabileceği belirtilip, pozitif ayrımcılık durumu vurgulanmıştır.

ILO tarafından hazırlanmış bulunan ve pozitif ayrımcılığı içeren diğer sözleşmeler arasında, Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin

¹⁵ Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır (RG: 14.10.1985). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.62, S.1-2 İstanbul 2004 s.3 vd.

100 sayılı sözleşme, Hizmet İlişkinine Son Verilmesine İlişkin 158 sayılı sözleşme, Yeraltı İşlerinde kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 sayılı sözleşme, Ailevi Sorumlulukları Bulunan çalışanlara İlişkin 156 sayılı sözleşme, Ev İşçilerine İlişkin 189 sayılı sözleşme ve Analığın Korunmasına İlişkin 183 sayılı sözleşme bulunmaktadır. Son üç sözleşme ülkemiz tarafından henüz onaylanmamıştır.

Anılan sözleşmelerde, işçiler arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak 45 sayılı, yeraltı İşlerinde kadınların çalıştırılmamalarını öngören sözleşme kadınların çalışma alanını daralttığı ve onların Anayasal çalışma hakkını kısıtladığı için eleştirilmektedir¹⁶. Bizce de, anılan sözleşmenin içerdiği prensibine uygun olarak İş Kanunu'na konulmuş bulunan 72. Maddenin günümüz koşullarında gerekliliğinin tartışılması gerekmektedir. Anılan madde, kadınların maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışmalarını engelleyici emredici bir hüküm olup, anılan işlerde çalışmak isteyip de koşulları buna elverişli olan kadınların da çalışmasına imkan tanımamaktadır.

cc) Kadınlar hakkında cinsiyet ayrımından olumsuz olarak etkilenmesini engelleyen en önemli belgelerden bir tanesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir¹⁷. Sözleşmenin 14. maddesinde, sözleşmede belirtilen hakların, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum vd. özellikler dikkate alınarak belirli bir kısma uygulanması engellenmiştir¹⁸. Anılan sözleşme hükümlerine göre, kendi ülkelerindeki tüm iç hukuk yollarını tüketen sözleşmeye taraf devlet vatandaşlarının isterlerse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru imkanına sahiptirler. Bu doğrultuda, kendisine ayrımcılık uygulandığını ve bu sorunu iç mevzuatı ile çözemediğini ileri süren herkes Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurup, durumun belirlenmesini ve hukuki sonuçlarına hükmedilmesini isteme hakkını kazanmaktadır.

Anılan Sözleşmeyi destekleyici içerikli 1961 tarihinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı diğer düzenlemelerin doğrultusunda ayrımcılığı engellemeyi amaçlayan hükümler taşımaktadır. Ancak yeni gelişmelere ışığında, işyerinde veya işle bağlantılı cinsel tacizin engellenmesi için de özel hükümler içermektedir.

Anılan genel sözleşmelerin yanısıra Avrupa Topluluğu belgelerinde de cinsiyet ayrımı yapılmasını engelleyen veya pozitif ayrıma yol açan çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı temel prensipleri ortaya koyan sözleşmelerdir. Anılan prensiplerin ayrıntıları ise direktifler şeklinde düzenlenmektedir.

1957 tarihli Roma Sözleşmesini genişleten ve Avrupa'nın ekonomik ve sosyal açıdan bir bütün olarak gelişmesini amaçlayan Maastricht Sözleşmesi 7.2.1992 tarihinde

¹⁶ **Tamer Soysal:** Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanunu'nda Kadın İşçiyi Koruyucu Hükümler, Kamu-İş, C.8, S.4, Ankara 2006, s.15.

¹⁷ Ülkemiz 10.3.1954 tarihinde ihtirazı kayıtlı onaylamıştır.

¹⁸ **Eda Manav Özdemir:** İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s.130.

imzalanmıştır. Sözleşmenin ekindeki Sosyal Politika Protokolünün 2. maddesinde “kadınlar ve erkekler arasında fırsat ve muamele eşitliği”nden bahsedilerek gerek iş sözleşmesi kuruluşunda gerekse devam ederken cinsiyet farklılığı yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Maastricht Anlaşmasında değişiklikler yapan 1997 tarihli Amsterdam Sözleşmesi ve 2009 tarihli Lizbon sözleşmelerinde pozitif ayrımcılık özel olarak düzenlenmiştir. Lizbon Sözleşmesinin 19. Maddesi, Anayasamız ve İş Kanunumuzdaki ayrımcılığın engellenmesine yönelik maddelerin temelinde yatan düşüncüyü, “Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir. Cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini, inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.” kelimeleri ile vurgulanmıştır¹⁹.

Pozitif ayrımcılığa ilişkin en somut düzenleme ise 2000 de düzenlenen AB Temel Haklar Şartında düzenlenmiştir. Şartın 21. maddesinde, “Cinsiyet, ırk, etnik veya sosyal köken, kalımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.”. Kelimeleri ile ayrımcılık kesin ifadelerle yasaklanmış, bununla yetinilmeyip, 23. maddede, “Erkeklerle ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez” denilerek pozitif ayrımcılık yapılabileceği açıkça ortaya konmuştur. Anayasamızın 10. Maddesinde de aynı doğrultuda, devletin cinsiyet ayrımını ortadan kaldırmak için yapacağı düzenlemelerin ve alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

Avrupa Birliği yukarıdaki temel düzenlemelerin doğrultusunda çıkardığı 5 Temmuz 2006 tarihli ve 2006/54/CE sayılı İstihdam ve Meslek Konularında kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktifte, ayrımcılık alanlarını somut olarak ele almış ve “işe giriş, işte yükselme, mesleki eğitim, çalışma koşulları, ücret, sosyal güvenlik vd.” konularında kadının olumsuz koşullarının ortadan kaldırılması gerektiğini belirtmiştir²⁰.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞU

a) Genel olarak

Bilindiği gibi, uygulamada çalışanları genel olarak bağımlı veya bağımsız çalışanlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Genellikle avukat doktor gibi serbest meslek mensupları kendi özel işyerlerinde çalışırlar. Ancak bu kişilerin bir başka kuruluşta

¹⁹ Ayşe Gül Kökkılınç: İş Hukukunun Uluslararası Kaynaklar Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul 2013 s.58.

²⁰ Kökkılınç, s.63.

da çalışmaları mümkündür. Eğer kendi özel işyerlerinde çalışırlarsa bir başkasının emir veya talimatına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak bir kuruluşta çalışmakta iseler, durumun ve yaptıkları işin özelliği dikkate alınarak, genellikle talimat aldıkları görülmektedir. Ancak bu talimatlar çalışanın niteliğine göre, sınırlı bir görünüm arz etmektedir.

Buna karşılık bağımlı çalışanlarda çalışmayı yapanla yaptırın arasındaki bağımlılık ilişkisi kuvvetlidir²¹. Burada çalışmayı yaptırının devlet olduğu durumlarda genellikle memurlar veya diğer çalışanlar da bulunmakta ise de son dönemlerde, devletin genişlemesi ve işçi özelliklerine sahip kişilere ihtiyaç duyması, İş Hukukuna tabi kişilerle devletin münasebetlerini çok genişletmiş ve kamu sektöründe memurlar ile işçilerin beraber çalışmaları sonucunu doğurmuştur. Ancak anılan kişilerin değişik hukuk sistemlerine tabi olmaları (memurlar İdare Hukuku, işçiler İş Hukuku sistemine tabidirler) uygulamada çeşitli uyumsuzlukların doğmasına yol açmaktadır.

İşçi niteliğini taşıyan kişilere uygulanan İş Hukuku hükümleri hem özel hukuk hem de kamu hukuku ile ilgilidir. Doğrudan doğruya işçi ve işvereni bireysel olarak ilgilendiren işlemlerde, genellikle özel hukuk prensiplerinin uygulandığı görülmekte ise de Anayasamızın temel prensibi olan sosyal devlet ilkesi dikkate alınarak, devletin işverenin karar verme alanına çok değişik hükümlerle işçi yararına etki ettiği görülmektedir. Toplu İş Hukuku sisteminde ise devletin ağırlığı açıkça hissedilmekte olup, sosyal tarafların özgür iradeleri ile düzenleyebildikleri alanlar oldukça daraltılmıştır.

b) İş Sözleşmesinin kuruluşu

Taraflar arasında iş sözleşmesi yapılması temelde tarafların özgür iradelerine bırakılmıştır. Yani taraflar BK 27. madde hükümlerine uygun olarak kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan veya konusu imkânsız olmayan sözleşmeleri özgürce kurabilirler. Tabii burada genel hukuk kurallarına uygun olarak tarafların hak ve fiil ehliyetinde sözleşme yapabilmeleri için haiz olmaları gereken koşullara dikkat edilecek, bilhassa yaş konusunda, çocuk reşit olmamışsa veli veya vasisinin sözleşmede yer alması sağlanacaktır. Ayrıca kanunun düzenlemeleri gereği (örneğin İş Kanunu 71, 72, 73 vd. maddelerdeki durumlar) küçüklerin çalıştırılmama durumları dikkate alınacaktır. İş sözleşmesinin kuruluşu, temel olarak özel hukuk prensiplerine uygun olarak tarafların özgür iradeleri doğrultusunda anlaşmalarına bağlıdır. Mevzuatta belirtilen bazı istisnalar dışında tarafların gerek içerik gerekse şekil açısından bir kısıtlamaları bulunmamaktadır.

İş akdinin kurulması için, bütün özel hukuk ilişkilerinde olduğu gibi tarafların özgür iradeleri ile aynı doğrultuda karar vermeleri gerekmektedir. Bu ilişkinin ilk adımı olarak genellikle işçinin iş başvurusunda bulunduğu görülmektedir. Yalnız bu başvuru esnasında tarafların eş durumda olmadıkları, dolayısıyla özgür Borçlar Hukuku

²¹Nuri Çelik/ Nursen Caniklioğlu/Talat Canbolat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, s.1.

ilişkisi içinde olmadıkları dikkatten kaçırılmamalıdır. Bu nedenle kadınların özel olarak korunması gerektiği sonucuna varılmıştır²². Ekonomik açıdan daha güçsüz durumda bulunan işçinin işe alınmak için, dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu, en azından cevap vermesi gerekenlere cevap vermediği uygulamada sıkça görülen vakalardandır²³. Her ne kadar daha sözleşme kurulmamış olsa dahi bu durumda da sözleşmeden doğan borcun ihlaline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴. Burada MK md. 2’de yer alan dürüstlük kuralına uymayan taraf sorumluluk altına girebilecektir. Yani, kurulması düşünülen bir hukuki ilişkisi karşı tarafının, sözleşmede etkili olabilecek noktaları üzerinde doğru bilgi verme yükümlülüğü doğmaktadır.

Ancak doğru bilgi verme yükümlülüğünün de sınırları bulunmaktadır. Öncelikle sorulan soruların görülecek iş ile ilişkisi bulunması zorunludur. Taraflar iş dışında yöneltilen soruları cevaplandırmak zorunda değildirler. Bunun yanı sıra bilgi verecek kişiye yöneltilen soruya verilecek doğru cevap, kişiyi zarara sokacak ise bu durumda da cevap verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı doğrultuda Anayasanın 25., 67. ve 51. maddeleri doğrultusunda da düşünce ve kanaat, siyasi ve sendikal sorulara da cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

²² **Devrim Ulucan:** Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel sayı, 2013, s.373.

²³ **Öner Eyrenci:** İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl armağanı, İstanbul 1991, s.239; Y. 9. H.D., T. 16.12.1998, E. 1998/16858, K. 1998/18293; **Emin Zeytinoğlu:** “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 16, S.32, İstanbul 2017/2, s. 111-112.

²⁴ **Süleyman Yalman:** Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s.55; Y. 22. HD. 24.12.2018 tarih ve 2017/20291 E.-2018/28025 K. sayılı kararına, “Somut uyumsuzlukta; taraflar arasında davacının davalı Üniversitede öğretim görevlisi olarak çalışması yönünde bir sözleşmenin hazırlandığı, bu sözleşmenin gerekleri için bir takım eylemsel hareketlerin taraflar arasında gerçekleştiği hususu tartışmasızdır. Her ne kadar söz konusu sözleşmenin yürürlükte bulunabilmesi için gerekli onaylar alınamamış ise de davalı işverenin, yabancı uyruklu olan davacıyı sözleşme prosedürü hakkında bilgilendirdiğine dair dosyada her hangi bir delil olmadığı, sözleşme metninde de yürürlüğün şartı bağlandığına dair bir ifadenin bulunmadığı, davacının sözleşme görüşmeleri öncesi çalıştığı işini ve ikametini değiştirdiği dikkate alındığında davacıya sözleşmenin yürürlüğe gireceği hususunda güven verildiği ve yine davacının bu güvene binaen davalı iş yerinde 1,5 ay fiili olarak çalışma yaptığı da anlaşılmaktadır. Bu durumda davalının sözleşme öncesinde davacıyı sözleşme süreci hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile sözleşme öncesi sorumluluğunu ihlal ettiği, ve davacının fiili olarak çalıştığı 1,5 aylık fiili çalışmasının karşılığının ödenmesi gerektiği gibi davacının talebi ile sınırlı olarak yeni işe başladığı tarihe kadar işleyecek ücretinin de davalıya ihlal edilen sözleşme öncesi sorumluluk gereğince ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda mahkemece yapılması gereken davacının 1,5 aylık fiili çalışması gereği ödenmesi gereken ücret ile birlikte davacının talebi ile sınırlı olarak alması gereken bakiye ücret alacağı kabulüne karar vermek iken bu hu husus gözetilmeden davacının bakiye ücret alacağı talebinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ AŞAMALARINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI YAPMA YASAĞI

İş Kanunu'nun 5. maddesine göre, iş sözleşmelerinin yapılmasında cinsiyet nedeniyle dolaylı veya doğrudan farklı işlem yapılamayacaktır. Burada doğrudan ayrımcılıktan, cinsiyet farklılığı nedeniyle emsallerinden daha olumsuz davranışa muhatap olacağı, dolaylı ayrımcılıktan ise, görünüşte ayrımcılık açıkça anlaşılmasa dahi, işverenin uygulamaları ile diğer cinsle farklılık tanınması anlaşılmalıdır²⁵. Aynı yasaklama iş ilişkisi için gerekli şartların oluşturulmasında, iş uygulamalarında ve iş ilişkisinin sona ermesinde de uygulanacaktır. Ancak, işin niteliği gerektiriyorsa veya biyolojik nedenler varsa ve olayın özelliğine göre zorunluluk varsa farklı işlem yapılabilecektir²⁶. Burada amaçlanan işverenin işyerinde çalışan veya çalışacak olan işçiler arasında cinsiyet açısından keyfi biçimde ayırım yapmasını engellemektir. Bunun uygulanması için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesi ile çalışmak gerekmektedir²⁷.

Ülkemizde 20. yüzyılın başlarında Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti'nin önyak olduğu işe girme aşamasında ayrımcılık yasağı, şayet sözleşmenin kurulması, bir iş ilanına dayanmakta ise, bu ilanın içeriğinden başlamaktadır. Toplumumuzda yerleşik yanlış bir düşünce tarzı, bu tür ilanlarda yanlışlığa düşülmesi sonucunu oluşturmaktadır. Son döneme kadar toplumda var olan “*tekstil, temizlik, hosteslik sekreterlik*” gibi mesleklerin sadece veya büyük bir ağırlıkla kadın işi olduğuna ilişkin düşünce tarzı, gelişmelere uygun olarak azalmış olsa dahi, geleneksel düşünceye sahip işyerleri ve işverenlerce hala bazı iş ilanlarında sadece kadınların işe alınabileceği durumlar ve koşullar belirtilmektedir. Halbuki anılan iş alanlarında cinsiyet ayrımının önem kazanmadığı uygulamada artık kabul edilmektedir. Anılan işyerlerinde kadın ve erkek işçilerin birlikte çalışabildikleri görülmekle, kadın işi-erkek işi ayrımı yapılmasının genel olarak gereksizliği ortaya çıkıp, uygulamada bu sakınca azalmaktadır. Bununla beraber “*kadın giysileri mankenliği, aktrislik, kadın epilasyon*

²⁵ Kavramlar hakkında bkz. **Emin Zeytinoğlu**: Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2010, s.119 vd.; **İdil Işıl Gül/Ulaş Karan**: Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.13 vd.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin 15.11.2017 tarih ve 2016/132 E., 2018/125 K sayılı ilamına göre, “*bir mesleki faaliyet ancak belli bir cinsiyetin istihdamı ile gerçekleştirilebiliyorsa ve o mesleğin icrası için olmazsa olmaz niteliğindeyse cinsiyete dayalı ayrımcılık haklı bir nedene dayandığından ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir. Böylece istihdam ve serbest meslek alanları ile belli bir cinsiyetin zorunlu kıldığı durumlar için ayrımcılık yasağından sapma, söz konusu şart farklı muamele yapılması için elverişli, gerekli ve orantılı olduğu ölçüde amaca uygun ve meşrudur. Ayrımcılık iddiasının ileri sürülememesi için ölçülülük ilkesini oluşturan, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin gerçekleşmesi zorunluluğu her somut olayda ve durumda yeniden değerlendirilecektir.*”

²⁷ Y. 9. HD nin 1.12.2015 tarih ve 2014/20902 E., 2015/34115 K sayılı ilamı.

ve *pedikür işleri*” gibi işlerde kadınlara iş verilmesi ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir²⁸.

Ancak gerek kuruluş aşamasında gerekse daha sonraki süreçte İş Kanunu 72. madde gereği kadınların yer ve su altında çalıştırılmayacağı veya yaş küçüklüğünden ötürü bazı işlerin yapılmasının mevzuat gereği engellendiği dikkatten kaçırılmamalıdır.

Bizim mevzuat ve uygulamamıza uygun olarak, Adalet Divanı'nın uygulamasında da, cinsiyetin görülecek iş için belirleyici olduğu mankenlik, yapılacak işten etkilenecek bireylerin temel haklarını koruma amacını taşıyan hastabakıcılık veya gardiyanlık, yapılan işin biyolojik açıdan kadınlar için tehlike yarattığı yer altı ve su altı işlerinde kadın istihdam edilmesi ya da edilmemesi işin niteliğinden kaynaklanan uygulamalar olarak kabul edilmektedir²⁹.

İşverenin ilan verdiği sırada dikkate alması gereken bir başka yasal madde Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesidir. Anılan madde bir kişinin cinsiyet nedeniyle işe alınmasını engelleyen kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını belirtmektedir. Anılan maddenin genel dayanağı Kanunun 3. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddede, kişiler arasında cinsiyet yönünden ayırım yapılamayacağı belirtilmektedir.

İşe alımda uygulamada ilana başvuruda bulunana kişilerin daha sonraki aşamada mülakata tabi tutulduğu görülmektedir. Bu mülakat işverence yapılabileceği gibi, işveren vekili tarafından da yapılabilir. Bu mülakat sırasında gerek sorularla gerekse davranışlarla cinsiyet ayrımcılığı yapılması mümkündür. Sorulan sorular, çoğu kez MK 23 ve BK 27 hükümlerine aykırı olup, emredici nitelikteki kişilik hakları sınırlarını aşabilmektedir. MK 23 de kişilerin özgürlüklerinden vazgeçmelerini engelleyen bir hüküm bulunmakta olup, burada yaşamı, sağlığı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, saygınlığı ve özel ilişkilerinin güvenceye alındığı görülmektedir. BK 27. Maddede ise, kişisel özgürlüğün kısıtlanmasının engellenmesine çalışılmaktadır. Anılan maddeler, kişinin cinsel durumu nedeniyle yapılacak sözleşmede zarar görmesini engelleyici niteliktedirler.

İşverenin mülakat sırasında sorduğu kadın adaya sorduğu sorular arasında büyük yoğunluğu, “kişinin evli veya nişanlı olup olmadığı, evliyse çocukları, hamileliği”

²⁸ **Hamdi Mollamahmutoglu**: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, s.547.

²⁹ **Gaye Burcu Yıldız**: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, 2008, Ankara, s.77

gibi konular bulunmaktadır³⁰. Anılan sorular doğrudan doğruya adayın kişilik haklarını ilgilendirip gerek ayrımcılık yasağı açısından gerekse sözleşmelerin kuruluşunda dikkate alınması gereken kurallar açısından esasında işverence sorulmaması gereken konulardır. Dolayısıyla sorulması hukuk kuralları tarafından engellenilmeye çalışılmıştır. Ancak objektif koşulların varlığı halinde bu kıstasın dikkate alınamayacağı kabul edilmelidir³¹.

Mevzuatta bilhassa 20.4.2016 tarihli Resmî Gazete 'de yayımlanan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun çeşitli maddelerinde anılan durum ele alınmış ve çalışanların cinsiyetleri nedeniyle zarara girmelerini önleyici hükümler belirtilmiştir. Anılan Kanunun 6. maddesinde, işverenin işe başvuru sırasındaki çeşitli aşamalarda “*gebelik, annelik veya çocuk*” nedeniyle ayrımcılık yapması kesinlikle yasaklanmış, dolayısıyla bu amacı güden soruların önüne geçilmeye çalışılmıştır³². Anılan sorulara cevapların verilmemesi, hatta gerçeğe uyulmadan cevap verilmesinin, sorunun sorulması yasal mevzuata uygun olmadığından, işe girme aşamasındaki kişinin aleyhine bir sonuç doğurmayacağı, hatta bu durumun daha ilerideki dönemlerde işe girmiş kişiyi olumsuz olarak etkilemeyeceği genellikle kabul edilmektedir³³.

Sadece kamu çalışanlarını dikkate alan bir başka hükümde de Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının, anılan yasa maddesi çıkartılmadan önce de genel hükümler gereği yapılması yasaklanan cinsiyet ayrımcılığı durumunu, “Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi” ne ilişkin genelgesi ile engellemeye çalıştığı görülmektedir.

V. NETİCE

Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa'nın 10. maddesi temel alınarak yapılan düzenlemelerde bilhassa cinsiyet açısından kadın çalışanın gerek işe başlamadan önce gerekse işe başladıktan sonra objektif bir kriter olmaksızın sadece cinsiyetinden ötürü zarar görmesini engelleyici hükümler bulunmaktadır.

Mevzuat gereği, işveren, işin niteliğinden doğan nedenlerle ve biyolojik nedenlerle iş ilişkisinde farklılık yaratıcı muamelelerde bulunabilecek, ancak bunun dışında ayrımcılık yasağı kuralına uymak zorunda kalacaktır. Ülkemizde anılan uygulamanın maalesef çok geniş bir alan bulduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrımcılığa tabi

³⁰ **Eda Manav:** İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Ankara 2015, s.116.

³¹ **Serkan Odaman:** İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları, Tekstil İşveren Dergisi, İstanbul, 2002, S.274, s.42.

³² Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Ezgi Duman:** Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu, Ankara 2017.

³³ Eyrenci / **Taşkent/ Ulucan,** Bireysel İş Hukuku, İstanbul, 2019, s.170.

tutulan kişiler de piyasanın sıkışıklığını dikkate alarak gerek işe girişte gerekse iş ilişkisi kurulduktan sonra kendilerini koruyan hükümlerden faydalanma yoluna gitmemekte, sadece var olan veya olabilecek ekonomik durumu korumak veya gerçekleştirmek için çaba sarf etmektedirler. TÜİK verilerine göre Türkiye’de 2019 yılında yüksek düzeyde görev alan kadınların erkeklere oranı %16,3 olup, bu rakam erkeklerin çalışma yaşamında durumlarını koruduklarını ve cinsel ayrımcılık yapılmasına imkân tanıdıklarını göstermektedir³⁴.

Yaptırımların zayıflığı da kadın erkek eşitsizliğini desteklemektedir. Önemli hususlardan biri daha ilan aşamasında erkeklerin tercih edileceğinin bildirilmesi ve buna karşı ciddi yaptırım öngörülmemesidir. Zira kadın işçiye karşı iş ilişkisi devam ederken ve iş sözleşmesinin sonlandırılması aşamasında ayrımcı muamele yapılmasına ilişkin ayrımcılık tazminatı öngörülmüş iken, işe alım esnasında ayrımcılık yapılması nedeniyle herhangi bir tazminat öngörülmemiştir. Bu durumda genel hükümlere gidilmekte veya TİHEK Kanunu md. 8’e göre idari para cezası devreye girmektedir. Ancak söz konusu yaptırımların yetersiz olduğu ortadadır. Halbuki İşK. md. 5 hükmünün gerekçesinde de açıkça işe alımdan itibaren cinsiyet ayrımcılığının uluslararası ve uluslar üstü hukukun gündemine girdiği ve çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle İşK.’nda gerekli düzenlemelerin yapılması zaruri hale gelmiştir.

Sonuç itibariyle kişiler arasındaki eşitlik durumunu korumanın en başta ilgilinin, daha sonra devletin yükümlülüğünde olduğunun bilincinin çalışma hayatına yeni atılacak kişilere çeşitli yollarla benimsetilmesi gerektiği kanısındayım.

KAYNAKÇA

Su, A.E., Aktaşoğlu, A., Tekin, H., Taşkiner, U., İner, M., Ergani, Ç., Aşkın, C., Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri, Ankara 2014.

Tuncay, A.C., İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Konuk, B., Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi, Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, İzmir 2013.

Ulucan, D., Eşitlik ilkesi ve pozitif ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, İzmir 2013.

Manay, E., 2000/43,2000/78,2006/54 sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar, Dokuz Eylül Üniversitesi

³⁴ tuik.gov.tr.

Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Özel Sayı, C.15, İzmir 2013.

Manav Özdemir, E., İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s.130.

Manav, E., İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.2, Ankara 2015.

Zeytinoğlu, E., Ayrımcılık Yasağına Genel Bir Bakış İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2010.

Zeytinoğlu, E., İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.11, S. 22, İstanbul 2012/2.

Zeytinoğlu, E., "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 16, S.32, İstanbul 2017/2.

Duman, E., Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Raporu, Ankara 2017.

Yıldız, G.B., İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Mollamahmutoğlu, H., İş Hukuku, 3. Bası, Ankara.

Gül, İ.I., Karan, U., Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

Uyar, L., Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

Onaran, M.Y., Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T., İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018.

Eyrenci, Ö., İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.

Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D., Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017.

Odaman, S., İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları, Tekstil İşveren Dergisi, İstanbul, 2002.

Yalman, S., Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

Çalık, T., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri Kapsamında İnsan Haklarının Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.1, Konya 2016.

Soysal, T., Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanunu'nda Kadın İşçiyi Koruyucu Hükümler, Kamu-İş, C.8, S.4, Ankara 2006.

Gören, Z., Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara sahip Olması, 2. Bası, İzmir 1998.