

Çalışma Yaşamında Engellilerin Ayrımcı Muamelelerden Korunması

Ertuğrul YUVALI^{1*}

¹Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Kayseri, Türkiye

*Sorumlu Yazar:
e-posta: eyuvali@erciyes.edu.tr

Geliş Tarihi: Nisan 23, 2014
Kabul Tarihi: Haziran 02, 2014

Özet

Türk Hukukunda iş ilişkisinde cinsiyet, ırk, din ve mezhep, dil, siyasal görüş ve benzeri nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapılamaması ile ilgili doğrudan bir kural ve yaptırım ilk defa 4857 sayılı İş Kanunumuzda bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusu ise, engelli çalışanların bu niteliklerinden dolayı çalışma hayatında ayrımcılığa tabi tutulamaması üzerinedir.

“Ayrımcılık” kavramının Türk Hukukunda gündeme gelişi oldukça yenidir. Dolayısıyla çalışmamızda yalnız ulusal hukukun verileri değil, aynı zamanda uluslararası hukuk bağlamında da işyerinde yapılan ayrımcılıklara ilişkin düzenlemeler de incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmamızda konu ile ilgili doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, pozitif ayrımcılık gibi temel kavramlar üzerinde durulmuş, ardından engellilerin maruz kalabileceği hangi davranışların veya uygulamaların işyerinde ayrımcılık yaratabileceği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Engellilik, Ayrımcılık, Doğrudan Ayrımcılık, Dolaylı Ayrımcılık, Pozitif Ayrımcılık

Protection of People with Disabilities from Discriminatory Treatment in Working Life

Abstract

There is a direct legislation and a sanction about not making discrimination based on sex, religion and communion, political view and etc reasons in Turkish Labor Law no. 4857. The subject of this study is about basically not discriminating employees because of their disability.

Concept of discrimination becoming a current issue is highly in Turkish Labor Law. Consequently regulations regarding the principle of non-discrimination in international law are also taken into account in this study alongside domestic resources of law. In our study, direct discrimination, indirect discrimination, affirmative action has focused on the basic concepts, then behavior of people with disabilities, which may be exposed or applications may create discrimination in the workplace are discussed.

Keywords: Disability, Discrimination, Direct Discrimination, Indirect Discrimination, Affirmative Action

GİRİŞ

Türk Hukukunda eşitlik ilkesi Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik başlığı altında “ Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz” şeklinde ifadesini bulmuştur. Anayasal dayanağını Anayasamızın 10. maddesinden alan eşitlik ilkesinin İş Hukuku’na olan yansımaları “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan İş Kanunu’nun 5. maddesidir. Nitekim söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre; “ İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz”. Bu hükümde belirtilen ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıda düzenlenmemiştir [1]. Zira söz konusu maddede “benzeri sebepler” ifadesine yer verildiğinden ayrımcılık yasağı hükümde sayılan hallerle sınırlı olmayıp, benzer nedenlerle de işveren ayrımcılık yasağını ihlal edemeyecektir [2]. Bu bağlamda bireyin iradesi ile değiştirmesinin mümkün olmadığı bir nitelik olan “engellilik” de ayrımcılık nedenlerinden biridir ve dolayısıyla bir engellinin bu nitelikte olamayan bir kişiye nazaran hukuken haklı sayılmayacak bir davranışa veya işleme maruz kalması ayrımcılıktır.

Bu çalışmada öncelikle ayrımcılığın kavramsal boyutunu kısaca incelenecektir. Çalışmamızın ilerleyen paragraflarında ise İş Hukuku bağlamında Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk bakımından engellilerin ayrımcı muamelelerden korunması üzerinde durulacaktır.

Ayrımcılık Kavramı

Doğada, eşit nesne kategorileri yoktur. Bu bakımdan eşitlikler ancak insanlar söz konusu kategorileri tanımladıklarında söz konusu olur. İşte eşitlik ve eşitliğin bir diğer görünümü olan “ayrımcılık yasağı” ilkesi, bütün insanların insanlık sıfat ve onurunda eşitliği ilkesinden kaynaklanan bir değer yargısıdır [3].

Sözlük anlamı olarak ayrımcılık kavramı, bir kimsenin her hangi bir kişisel özelliği itibarıyla mağdur edilmesidir [4, 5]. Başka bir anlatımla ayrımcılık kavramı, bir şahsa sahip olduğu her hangi bir bireysel niteliği sebebiyle diğer şahıslara nazaran farklı davranılmasını ve bu davranış nedeniyle mağdur edilmesini ifade etmektedir [6] . Ayrımcılık yapılmasında, ilerde bahsi geçecek pozitif ayrımcılık hariç, her zaman olumsuz nitelikte bir davranış söz konusudur. Avrupa Birliği Adalet Divanı da, farklı işlemin haklı nedenlere dayanmaması halinde eşitlere farklı, eşit olmayanlara eşit davranmanın ayrımcılık olduğunu ifade etmiştir.

Bir takım bazı nitelik veya kriterler göz önüne alınarak gözetilen farklılıklar ayrımcılık yaratır [3]. Söz konusu bu nitelik ve kriterler, kimi zaman kişinin yaradılışından kaynaklanan değişmeyen olgular, kimi zaman ise kişinin kendi iradesi ile değiştirmesi mümkün olabilecek olgulardır [7]. Kişinin yaradılışından kaynaklanan niteliklerine örnek olarak, kişinin cinsiyeti, yaşı, ırkı; iradesiyle değiştirebileceği özelliklerine ise, kişinin medeni hali, siyasi fikri, dini, mezhebi örnek verilebilir [8].

Ayrımcılığın Çeşitleri

Doğrudan Ayrımcılık (Direct Discrimination)

Doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişi veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade eder [9,10]. Örneğin, işverenin mesleki yükselmeye faydalı olacak bir eğitim programına katılma koşulu olarak “erkek olmayı” şart koşması doğrudan ayrımcılıktır [6].

Yine doğrudan ayrımcılığa, istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete bağlı olarak ücret farklılıkları yaratılması, aynı suçtan dolayı farklı ırka mensup insanlara farklı cezalar verilmesi, kişilerin etnik kökenini veyahut inancını aşağılayıcı sıfatların kullanılması, salt engelli olduğu için bir kimsenin işten çıkartılması örnek verilebilir [11].

Doğrudan ayrımcılık iddialarında işlemin hukuka uygunluğunun ve hukuka aykırılığının belirlenmesinde işverenin niyeti veya saiki önem taşımaz. İşverenin ayrımcılık niyeti veya saiki bulunmasa bile cinsiyete, ırka, dine vb. nedenlere dayalı bir uygulama yapıyorsa doğrudan ayrımcılık meydana gelir [4,5].

Amerikan Hukukunda doğrudan ayrımcılığın bireysel ve sistemli olmak üzere ikiye ayrıldığını görüyoruz [12]. Buna göre bireysel ayrımcılıkta tek bir kişi mağdur edilirken, sistemli ayrımcılıkta belli bir nitelikteki bir gruba karşı sistemli olarak ayrımcılık yapılmaktadır [12].

Dolaylı Ayrımcılık (Indirect Discrimination)

Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın veya ölçütün belli bir gruba ait kişileri, bu gruba ait olmayan kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir konumda bırakmasıdır [4,5,13]. Söz konusu olan hüküm, uygulama ve ölçütler meşru bir amaçla nesnel olarak haklı çıkarılmadıkları takdirde dolaylı ayrımcılık söz konusu olur [11]. Belirtilmelidir ki; dolaylı ayrımcılık kavramı önceleri sadece cinsiyet ayrımcılığı bakımından ele alınırken, zamanla cinsiyet dışındaki diğer ayrımcılık nedenlerini de kapsayacak şekilde gelişme göstermiştir.

Doktrinde, bir uygulamanın görünüşte tarafsız olsa da, önceden yapılmış ayrımcı uygulamalar ile oluşan mevcut durumu koruması durumunda haklı sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla görünüşte adil ve tarafsız görünen uygulamalar ayrımcı bir etki doğuruyorsa hukuka uygun olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir [14].

Doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılıkta da işverenin kasıtlı hareket etmemiş olması ve hatta iyi niyetli olması dahi sonucu değiştirmez [12].

Pozitif Ayrımcılık (Affirmative Action)

Pozitif ayrımcılık belli alanlarda nispeten daha az temsil edilen gruplara, fırsat eşitliği sağlanmasında bakımından olumlu bazı ayrımcılıklar yapılmasını öngören program ve politikalarıdır [15]. Eşitsizliği gidermek adına ortaya çıkan bu eşitsiz uygulamalar doktrinde Aristo'nun denkleştirici adalet ilkesine benzetilmiştir [16].

Pozitif ayrımcılık doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağında olduğu gibi negatif bir yasaklama ve yasak olan eylem yapıldığı zaman zarar gören mağdurun bireysel zararının karşılanması temeline dayanmamaktadır [17]. Zira bu anlayışta zarar doğmadan önlenmesine yönelik tedbirler önem kazanmıştır. Dolayısıyla eşitliğin sağlanması bakımından alınacak önlemler ve bu önlemleri almakla yükümlü olan organlara (bilhassa kamu organları) önemli görevler düşmektedir.

Avrupa Birliği Bölgesel Gelişme Fonu (Regional Development Fund) pozitif ayrımcılığın amacının, geçmişte yaşanmış ayrımcılığın etkilerinin ve belli gruplara karşı var olan bir takım ön yargıların ortadan kaldırılması olduğunu belirtmiştir [6]. Buna göre pozitif ayrımcılık programlarında daha önceki dönemlerde diğer gruplara göre daha az temsil edilmiş olan gruplara mensup kimselerin iş ve eğitim olanaklarından yararlanmaları sağlanmalıdır. Aynı zamanda pozitif ayrımcılık kapsamına, ayrımcılık yaratmayan seçim ölçütleri, eğitim programları ve cinsel tacizi önlemeye yönelik programlar da dahil edilmelidir [8].

Türk Hukuku'na baktığımızda ise; Anayasamızda 5982 Sayılı Kanunla 05.07.2010 tarihinde yapılan değişiklikle belirli gruplara pozitif ayrımcılık yapılması hususunun Türk hukuku bakımından anayasal bir teminata kavuşmuştur. Nitekim Anayasamızın 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” hükmüne yapılan son değişiklikle “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” cümlesi eklenmiş ve bu bağlamda kadınlara yönelik olarak yapılacak pozitif ayrımcılıkların eşitlik ilkesine aykırı olarak kabul edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamızda yapılan son değişiklikle pozitif ayrımcılık hususu sadece kadınlar bakımından öngörülmemiştir. Nitekim Anayasanın 10. maddesine eklenen 3. fıkrası; “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” biçimindedir. Bu itibarla çocuklara, yaşlılara, engellilere ve nihayet gazilere ve şehit yakınlarına yapılacak pozitif ayrımcılıklarda eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ileri sürülemeyecektir.

Görüldüğü üzere artık bir takım gruplara pozitif ayrımcılık yapılması gereği Türk Hukuku bakımından anayasa düzeyinde öngörülmüştür. Konumuz bakımından engelliler de bu grupların içerisinde yer almaktadır.

Engellilik Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan Hukukunda Engellilik Nedeniyle Ayrımcılık Yasağı

Amerikan Hukukunda ilk olarak 6 Eylül 1973 tarihinde çıkarılan “Rehabilitation Act” ile yasaklanan engellilere karşı ayrımcılık, sadece federal düzeydeki iş ilişkilerini kapsamaktaydı. Oldukça sınırlı bir koruma sağlayan bu yasanın yerine öngörülen Amerikan Engelliler Kanunu (Americans With Disabilities Act) 1 Ocak 1990 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu kanun engelli kavramını bireylerin,

- mevcut bir fiziksel veya mental rahatsızlığın bireyin ana yaşam faaliyetlerinden en az bir tanesini esaslı şekilde zedelemesi,
- kişinin özürlü olduğuna dair resmi bir kaydın bulunması,
- kişinin özürlü olmadığı halde özürlü varmış gibi muamele görmesi,

durumlarında özürlü sayılacağını öngörmüştür.

Yukarıda sözü geçen şartlardan sadece bir tanesinin bulunması, bireyin özürlü sayılması bakımından yeterli olmaktadır.

Söz konusu Kanunun amacı ise Section 12101'de;

- Özürlü bireylere karşı açık, güçlü, tutarlı, uygulanabilir standartlarda koruma sağlamak,
- Federal Hükümetin özürlülüğe dayalı ayrımcılığın önlenmesinde merkezi bir rol oynamasını sağlamak,
- Özürlü bireylere karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için açık ve kapsamlı bir ulusal program geliştirmek,

şeklinde ifade edilmiştir.

Amerikan Engelliler Kanununda, özörlülere karşı ayrımcılık oldukça geniş bir alanda yasaklanmıştır. Şöyle ki; söz konusu kanunun kapsamına federal düzeydeki iş ilişkilerinin yanında yerel idareler, istihdam büroları, sendikalar vb. da girmektedir [6].

Söz konusu kanunun kapsamına dahil olabilmek bakımından en önemli şart, başvuru alan iş için gerekli niteliklere sahip bir özrü'nin mevcudiyetidir. Başka bir anlatımla özörlü kişi her hangi bir önlem alınmaksızın veyahut bir takım önlemler alınmak suretiyle başvuru alan işi yerine getirebilecek nitelikte olmalıdır [6].

Amerikan Engelliler Kanunu bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, özörlü kişinin iş başvurusu esnasında kişiye özrü ile ilgili sorular sorulamayacağıdır. Elbette başvuruda bulunan kişiye başvuru alan iş ile ilgili esaslı faaliyetleri yerine getirip getiremeyeceği sorulabilir. Sağlık muayenesi ancak iş sözleşmesinin yapılmasından sonra işçinin rızası dahilinde yaptırılabilir [12].

Söz konusu kanun ile ilgili bir başka değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, sadece özörlülerin değil, özörlüler lehine tanıklık yapan çalışanlarında oluşabilecek ayrımcılıklara karşı korunduğudur [12].

Bu konuda son olarak değinmek istediğimiz husus ise, söz konusu kanunun, işverenlere, özörlü bireyin çalışmasını sağlamak açısından uygun önlemler alma yükümlülüğü getirmesidir. Bununla birlikte işverenin aşırı masraflar getirecek önlemler alma da beklenemez [6].

Avrupa Birliği Hukukuna baktığımızda ise, "İstihdam ve İş Konusunda Eşit Muamele İçin Bir Genel Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 27 Kasım 2000 Tarihli 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi"nin özörlülüğe dayalı olarak yapılan ayrımcılığı yasakladığını görüyoruz.

Söz konusu Direktifin ilk maddesinde, Direktifin öngörölme amacının, eşit muamele ilkesini yürürlüğe sokmak amacıyla, istihdam ve iş alanlarında din veya inanç, engellilik, yaş ve ya cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılığa karşı mücadele etmek için genel bir çerçeve oluşturmak olduğu belirtilmiştir. Direktifin ikinci maddesinde ise doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına yer verilmiştir.

2000/78 sayılı Direktifin 3. maddesine göre ise; "Topluluğa verilen yetki alanlarının sınırları çerçevesinde, bu Direktif Kamu Kurumları da dahil olmak üzere hem kamu hem de özel sektör açısından tüm kişilere uygulanacaktır" hükmü öngörülmektedir.

Söz konusu Direktifin "Engelli Kişiler İçin Makul İmkanlar(Reasonable Accommodation For Disabled Persons)" başlıklı 5. maddesinde ise, maluliyeti olan kişiler açısından eşit muamele ilkesine uygunluğu temin etmek amacıyla makul imkanlar sağlanabileceğini, başka bir anlatımla, işverenlerin, engelli çalışanlar bakımından alacakları önlemler işverene orantısız bir külfet doğurmayacaksa, engelli bir çalışanın istihdama katılımını

veya istihdamda ilerlemesini ya da eğitime tabi tutulmasını sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

Belirtilmelidir ki; Avrupa Komisyonu 2005 İlerleme Raporunda yukarıda bahsettiğimiz "makul önlemler" in işverenler tarafından yerine getirilmemesi de ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Yine ilgili Raporda hangi önlemlerin "makul" olarak kabul edileceğinin her somut olaya göre değışiceği ifade edilmiştir.

İlgili Direktifin "pozitif ayrımcılık"la ilgili 7. maddesinin ilk fıkrasında ise üye devletlerin Direktifin ilk maddesinde öngörölün ayrımcılık nedenlerine bağlı olarak dezavantajlı konuma düşenlerin durumunu telafi etmek bakımından olumlu eylem planları ortaya koymaları gerektiği öngörülmüştür.

Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki; 2000/78 sayılı Direktifin "Asgari Şartlar" başlıklı 8. maddesinin ilk fıkrasına göre, "taraf devletler eşit muamele ilkesinin korunması açısından bu Direktifte öngörölünlerden daha elverişli olan hükümleri yürürlüğe sokabilir ya da uygulamayı sürdürebilirler". Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, söz konusu Direktifin uygulanmasının hiçbir koşul altında Direktif kapsamına giren alanlarda üye devletlerin yürürlükte bulunan ayrımcılığa karşı sağlanmış olan koruma düzeyinden daha aşağı bir seviyeye inmek bakımından neden oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Türk Hukukunda Engelliler

Genel Olarak

Daha önceki paragraflarda pek çok defa belirttiğimiz üzere, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri, maddedeki "benzeri sebepler" ifadesi itibariyle sınırlı olarak sayılmış değildir [20,21]. Bu bağlamda elbette engellilere yapılan ayrımcılık da, Türk Hukuku bakımından hukuka aykırı bir davranış olarak görülmelidir [19].

Çalışma hayatında özörlü'lere ilişkin sorunlar bize göre iki temel esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki engellilerin istihdam oranının çok düşük seviyelerde olması iken, bir diğeri de bizim esas konumuz olan engellilere yapılan ayrımcılık hususudur. Bu bağlamda engellilerin istihdamının teşvikine yönelik önlemlere daha yüzeysel değinilecektir.

Bu konuda öncelikle belirtilmesi gereken nokta, özörlülerin çalışma yaşamına katılmalarını sağlamanın sosyal devletin bir gereği olduğudur [22]. Bu bağlamda Batılı ülkelerde, kota yöntemi, korumalı işyerlerinin kurulması, özel eğitim programlarının hayata geçirilmesi gibi çeşitli yöntemler benimsenmiştir. Bizim sistemimiz ise uzun süreler kota yöntemiyle, yani devletin işyerlerinde belirli oranda özörlü çalıştırma zorunluluğu(İK. Md.30) ve bu konudaki yetersiz bir takım teşvikleriyle sınırlı kalmıştır. Zaman içerisinde sadece kota yöntemi ve buna bağlanan yüksek idari para cezalarının bu konudaki yetersizliği görölmüş ve nihayet meselenin bir bütün olarak değerlendirilmesi bağlamında 2005 yılı "Özörlülerin İstihdam Yılı" olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler itibariyle 07.07.2005 Tarihinde 5378 sayılı "Özörlüler Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değışiklik Yapılması Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir.

5378 Sayılı Kanunun Genel Görünümü

5378 sayılı Kanunun ilk maddesinde; Kanunun öngörölmesindeki amaç özörlülüğün önlenmesi, özörlülerin sağlık, eğitim, rehabilitasyon, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı

sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmak olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda denilebilir ki; söz konusu Kanun özürülerin sadece çalışma hayatına değil, aynı zamanda toplumsal hayata katılımları bakımından her türlü tedbir alınması amacını gütmektedir [19].

Kanun'un "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesi itibariyle ise engelli; "Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duysal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğü olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişiyi" ifade etmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, engelli istihdamının yaygınlaştırılması ancak bir tedbirler bütününe ortaya konulmasıyla mümkün görülmektedir. Bu bağlamda söz konusu Kanun'un "Sınıflandırma, Bakım, Rehabilitasyon, İstihdam, Eğitim, İş ve Meslek Analizi" başlıklı ikinci bölümünün 5. maddesi ve devamındaki hükümler, meseleye bütüncül bir bakış açısıyla çözüm üretmeye yöneliktir.

Engellilerin işyerlerinde çalışabilmesi çoğu kez özel bir takım tedbirlerin alınmasına, değişik teknik donanımlar oluşturulmasına ve farklı bir takım iş organizasyonlarının varlığıyla mümkün olabilmektedir. Bunu dikkate alan Kanun Koyucu "korunmalı işyeri" uygulamasıyla belirlenen hedefe ulaşmak istemektedir. Doktrinde sakatlıkları belirli bir derecenin üzerinde olup, rekabete dayalı işyerlerinde çalışmaya uygun olmayan kişilere iş sağlamak amacıyla kurulan işyerleri [22] olarak tanımlanan bu kavram, Özürüler Kanununda da benzer bir biçimde, "Normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan özürüler için meslekî rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve malî yönden desteklediği ve çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyeri" olarak tanımlanmıştır.

Bu konuda değineceğimiz bir diğer nokta ise söz konusu Kanun'un "Mesleki Rehabilitasyon" başlıklı 13. maddesidir. Bu madde bağlamında özürülerin yetenekleri doğrultusunda yapabilecekleri bir işte eğitilmesi, meslek kazandırılması, verimli kılınarak ekonomik ve sosyal refahının sağlanması amacıyla meslekî rehabilitasyon hizmetlerinden yararlanmasının sağlanmasının esas olduğu belirtildikten sonra, gerçek veya tüzel kişilerce açılacak olan özel meslekî rehabilitasyon merkezleri, yetenek geliştirme merkezleri ve korunmalı işyerlerinin değişik tipleri ile özel işyerlerinde bireylerin bireysel gelişimleri ve yeteneklerine uygun iş veya becerilerini geliştirici tedbirler alınacağı öngörülmüştür.

Türk Hukukunda Engellilerin Ayrımcılıktan Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Engellilere karşı olan ayrımcılık mevzuuna geldiğimizde, bu türden bir ayrımcılığın Türk Hukuku bakımından açıkça yasaklandığını görüyoruz. Her ne kadar Anayasa'nın 10. maddesinde ve İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan ayrımcılık nedenleri arasında "engellilik" kavramına açıkça yer verilmediyse de, her iki hükmün metninde yer alan "benzeri sebepler" ifadesinin özürülerin maruz kalabilecekleri ayrımcılıkları da yasakladığı aşikârdır [18,19].

Bunun yanında belirtilmelidir ki; 5378 sayılı Özürüler Kanunu'nun en önemli düzenlemelerinden biri de özürülere karşı yapılan ayrımcılığı açıkça yasaklamasıdır

[23]. Nitekim söz konusu Kanun'un 14. maddesine göre; "İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan özürülerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özürüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz".

Özürüler Kanunu'nun 41. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde değişiklik yapılmış ve özürülük nedeniyle ayırım yasağı cezai yaptırıma bağlanmıştır. Nitekim TCK md.122/1'e göre; " Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürülük ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıdaki hallerden birine bağlayan...

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

Üzerinde durduğumuz 14. maddenin ilk fıkrası itibariyle, sanki özürüler bakımından ayırım yasağının salt işe alınma bakımından öngörüldüğü sonucu çıkarılabilir . Zira ilk fıkrada salt "işe alınmada" ifadesi kullanılmıştır. Ancak hükmün ikinci fıkrasında bulunan "özürülerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde...diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz" ifadesi itibariyle ayırım yasağının iş ilişkisinin her aşamasında gündeme geleceği kabul edilmelidir.

Özürüler Kanunu'nun 14. maddesinin ihlali durumunda ise ne gibi yaptırımların uygulanacağı tespit edilmemiştir. Bu durumun öngörülen kuralın amaçlanan sonucu ortaya çıkarabilmesi bakımından güçlük yaratacağı aşikârdır [23]. Bu bağlamda doktrinde isabetli olarak, bir kimseye özürülü olması nedeniyle yapılacak ayrımcılıklarda yine İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülmüş olan ayrımcılık tazminatının gündeme gelmesi gereği belirtilmiştir. Bununla birlikte muhtemel tartışmaların önüne geçebilmek bakımından TCK'nun yukarıda bahsettiğimiz 122. maddesine benzer bir biçimde İş Kanunu'nun da 5. maddesine "özürülük" ibaresinin eklenmesi gerektiği isabetli olarak dile getirilmiştir [18].

Doktrinde isabetli olarak dile getirildiği gibi, engelli istihdam eden işverenler her hangi bir muamele veya işlemlerinde engellilerin özel durumlarını göz önüne almak durumundadırlar [18,22]. Başka bir anlatımla işverenler engelli çalışanları, işyerinde bulunan diğer çalışanlara nazaran daha dikkatli işleme tabi tutmalıdır. Bu anlamda engellilere özel durumları dikkate alınarak ve gerektiği hallerde pozitif ayrımcılık yapılması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz [18,22]. Buna özel araç park yeri tahsisi, ara dinlenme sürelerinin nispeten uzatılması, gidış-gelişlerde taşıt sağlanması, daha esnek çalışma saatleri vb. örnek olarak verilebilir.

Yukarıda belirttiğimiz hususa bir kararında Yüksek Mahkeme de dikkat çekmiştir. Nitekim özürülü bir işçinin performans yetersizliği nedeniyle işten çıkarılmasına ilişkin çıkan bir uyuşmazlıkta Yargıtay; davacının kendi özel durumuna göre performans değerlendirilmesi yapılması gerektiğine işaret etmektedir (Y9HD, 21.04.2005,23961/14007). Gerçekten de eşit davranma borcu eşit veya benzer durumda olanlar arasında eşit muameleyi ifade ettiğinden özürülü olan ve olmayan kişiler arasındaki farklılığın dikkate alınarak işlem yapılması eşit davranma borcuna aykırılık değil, bizatihi bu borcun bir gereğidir.

Hastalık Durumunun Engelliğe Dayalı Ayrımcılık Oluşturup Oluşturmayacağı Meselesi

Bu konuya derinlemesine girmeden önce hastalık kavramının engellilik kavramından farklılaştığı yönlerin ortaya konulması gerektiği inancındayız. Engelli kavramının genel bir tanımını yapmak gerekirse, bu kavram; bedensel, zihinsel ve ruhsal özelliklerinde belirli oranlarda ve sürekli olarak işlev ve görüntü kaybına sebep olan organ yokluğu veya bozukluğu sonucu günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğü olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişileri ifade etmektedir [24].

Hastalıkta ise fiziksel veya ruhsal olarak normalden sapma hali söz konusu ise de, kural olarak tedavi sonucu iyileşebilirlik esastır. Görüldüğü üzere özürülükte iyileşememe, kalıcılık söz konusu iken hastalıkta kural olarak tedavi ihtiyacı içinde bulunma ve tedavi süreci sonunda iyileşebilirlik esastır [24].

Engellilik, mevcut bir fiziksel veya ruhsal rahatsızlığın, bireyin temel yaşam faaliyetlerinden en az bir tanesini esaslı ve kural olarak sürekli şekilde kısıtlaması gerekmektedir. Bu noktada örneğin, nörolojik veyahut ortopedik bir hasar, bireyin yürümesini esaslı ölçüde kısıtlıyorsa ortada bir özürülük halinin olduğuna şüphe yoktur. Bireyde mevcut olan özürün yaşam faaliyetlerini esaslı şekilde kısıtlayıp kısıtlamadığı tespit edilirken ortalama bir bireyle kıyaslama yapılmalıdır [6].

Bir takım tıbbi rahatsızlıklar vardır ki; bunların hastalık kavramına mı engellilik kavramına mı dahil edilmesi gerektiğini tespit etmek güçtür. Bunlar kişinin temel yaşam faaliyetlerini ve dolayısıyla çalışma kapasitesini önemli ölçüde kısıtlayarak ve sürekli bir şekilde bakım ve tedavi gerektirirler. Bu hastalıklara HIV, kalp-damar hastalıkları, kan hastalıkları, endokrin ve metabolik hastalıklar, sinir sistemi hastalıkları ve kanser örnek olarak verilebilir. "Sürekli Hastalık" kavramı altında toplayabileceğimiz bu türden hastalıkların ayrımcılık yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi meselesi ilerleyen paragraflarda ele alınacaktır.

2000/78 sayılı Direktifte "engelli" kavramının tanımı mevcut değildir. Bu kavramın açık bir tanımın olmaması, uygulamada bu kavramın içeriğinin AB Adalet Divanınca doldurulmaya çalışılması sonucunu doğurmuştur. Adalet Divanı ise muhtelif kararlarında "hastalık"ların "engellilik" kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Adalet Divanına göre; 2000/78 sayılı Direktif bağlamında özürülük, kişinin fiziksel, zihinsel veya psikolojik eksikliklerinden kaynaklanan ve kişinin iş hayatına katılımını engelleyen sınırlamalar olarak anlaşılmalıdır. Divan ayrıca söz konusu Direktifle getirilen koruma hükümlerini düzenlerken, kanun koyucunun "hastalık" kavramına değinmeyişi özellikle tercih ettiğini belirtmiştir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında denilebilir ki; Adalet Divanına göre, hastalık nedeniyle ayrımcılık yapılması, engellilik temelinde ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin söz konusu AB Direktifinde ortaya konulmuş olan çerçevede değerlendirilemez [25]. Gerçekten de ilgili Direktifte hastalığa dayalı olarak ayrımcılık yapılmasının yasak olduğuna dair hiçbir düzenleme mevcut değildir.

Meseleye Türk Hukuku açısından baktığımızda ise; kanaatimiz "hastalık" temelinde bir ayrımcılık yasağının hukukumuzda bulunmadığı yönündedir. Bu bağlamda "hastalık" durumu İş Kanunumuzun 5. maddesinde yer alan "benzeri sebepler" kavramı içinde değerlendirilmemelidir. Nitekim "hastalık" durumu devam süresi veya ortaya çıkış

nedeni gibi durumlara bağlı olarak geçerli hatta haklı nedenle fesih sebebi olabilirken, diğer ayrımcılık halleri salt feshi nedeni oluşturamazlar. Örneğin bir işçinin siyasi görüşü veya dini inancı fesih sebebi olarak gösterilemez.

Bu hususta söyleyelim ki; "hastalık" durumu zaten İş Mevzuatımız ve Sosyal Güvenlik" mevzuatımızın bir çok hükmüyle belli ölçüde korunma altına alınmıştır.

Bu noktada bir parantez açmak gerekir ki; bu da; daha önce bahsi geçen kanser hastalıkları, kan hastalıkları, HIV [26] gibi bizim "sürekli hastalık" olarak nitelendirdiğimiz hastalıkların "engellilik" olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususudur. Kanaatimizce bu tür hastalıklar bireylerin yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtladıkları ve sürekli bakım ve tedavi gerektirdiklerinden "engellilik" durumu içinde bir alt başlık olarak ele alınmalıdır. Aynı yönde Amerikan Yüksek Mahkemesi de HIV virüsü taşıyan bir kimsenin de engelli sayılması gerektiğine, zira bu hastalığın yaşamsal faaliyetlerden biri olan üreme faaliyetini ciddi biçimde zedelediğine hükmetmiştir [27]. Netice itibarıyla "hastalık" temelinde bir ayrımcılık yasağı olmadığı yönündeki kanaatimizi, kural olarak tedavi sonucu iyileşebilirliğin esas olduğu hastalıklar bakımından ifade ettik. "Sürekli hastalık"ların ise "engellilik" durumunun bir alt türü olarak ayrımcılık yasağı hallerine dahil olması gerektiğini düşündüğümüzü ifade etmeliyiz.

SONUÇ

Eşitlik ilkesinin Türk Hukukundaki hukuki temeli Anayasamızın 10. maddesi hükmüdür. Anayasamızın bu hükmü tüm hukuk düzenimizde geçerli ve kişiler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür.

Bir takım bazı nitelikler veya kriterler dikkate alınarak gözetilen farklılıklar ayrımcılık yaratır. Söz konusu bu nitelik ve kriterler, kimi zaman kişinin yaratılışından kaynaklanan değişmeyen olgular, kimi zaman ise kişinin kendi iradesi ile değişmesi mümkün olabilecek olgulardır. Kişinin yaratılışından kaynaklanan niteliklerine örnek olarak, kişinin cinsiyeti, yaşı, ırkı; kişinin iradesiyle değiştirebileceği özelliklerine örnek olarak ise, medeni hali, siyasi fikri, dini, mezhebi verilebilir. Bu bağlamda ayrımcılık kavramı, bir şahsa sahip olduğu her hangi bir bireysel niteliği sebebiyle diğer şahıslara nazaran farklı davranılması ve bu davranış nedeniyle mağdur edilmesi biçiminde tanımlanabilir. Ayrımcılık doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir. Nitekim görünüşte adil ve tarafsız görünen uygulamalar ayrımcı bir etki doğuruyorsa doğrudan bir ayrımcılık yoksa da dolaylı bir ayrımcılık söz konusu olabilir.

Bireyin iradesi ile değiştirmesinin mümkün olmadığı bir nitelik olan "engellilik"de ayrımcılık nedenlerinden biridir ve dolayısıyla bir engelinin bu nitelikte olamayan bir kişiye nazaran hukuken haklı sayılmayacak bir davranışa veya işleme maruz kalması ayrımcılıktır. Engelli çalışanlar işyerlerinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı gibi dezavantajlı bir grup olmaları nedeniyle engelli çalışanlara pozitif ayrımcılık yapılması da gerekmektedir. Bu bağlamda engelli istihdam eden işverenler her hangi bir muamele veya işlemlerinde özürülülerin özel durumlarını göz önüne almak durumundadırlar. Başka bir anlatımla işverenler engelli çalışanları, işyerinde bulunan diğer çalışanlara nazaran daha dikkatli işleme tabi tutmalıdır.

Kural olarak tedavi sonucu iyileşmenin esas olduğu "hastalık"lar engellilik kavramı içerisinde

değerlendirilmemelidir ve dolayısıyla “hastalık” temelinde bir ayrımcılık yasağı söz konusu değildir. Bununla birlikte kanser, kan hastalıkları, HIV gibi “sürekli hastalık” olarak nitelendirdiğimiz hastalıklar bireylerin yaşam faaliyetlerini önemli ölçüde kısıtladıkları ve sürekli bakım ve tedavi gerektirdiklerinden “engellilik” kavramı içinde bir alt başlık olarak ele alınmalıdır.

KAYNAKLAR

[1] Süzek, S. (2014). İş Hukuku, Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku, İstanbul.

[2] Mollamahmutoğlu, H. , Astarlı, M. (2012). İş Hukuku, Genel Kavramlar- Bireysel İş İlişkileri, Ankara.

[3] Holmes, E. (2005). “ Anti-Discrimination Rights Without Equality”, **Modern Law Review**, Vol:68, No:2.

[4] Deakin, S., Morris, G.S. (1998). **Labour Law**, Butterworths; London, Edinburg, Dublin.

[5] Barnard, C. (1999). “Gender Equality In The Eu: A Balance Sheet” **The Eu And Human Rights**, Edited By: Philip Alston, Oxford University Press 1999, S. 215-281.

[6] Yıldız, G. B. (2008). **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara, Yetkin Yayınları.

[7] Tuncay, A. C.(1982). **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

[8] . Yüksel, M. O, (2000). **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, İstanbul, Beta Yayınları.

[9] Selwyn, N. (2004). **Law Of Employment**, , England, 13. Edition.

[10] Barnard, C. (2007). **The Substantive Law Of Eu: The Four Fredoms**, 2. Edition, Oxford University Pres.

[11] Korkut, L. (2009). **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Ankara, Adres Yayınları,

[12] Sullivan, C., Zimmer, M., J., White, R. H., (2002). **Employment Discrimination:Law And Practice**, Usa, Third Edition, V.1&V.2.

[13] Rubin, N. (2005). **Code Of International Labour Law: Law, Practice And Jurispence**, Cambridge, Vol:1, Cambridge University Pres.

[14] Thowey, D. P. (2001). **Labor& Employment Law, Text And Cases**, Usa, 11. Edition.

[15] Bennet, D. D., Hartman, A. L. P.(2004). **Employment Law For Business**, Usa, Fourth Edition, Mc Graw Hill&Irwin,

[16] Öden, M. (2003). **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları.

[17] Yenisey, K. D. (2002). “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İle Olası Uyum Sorunları”, **Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Kamu-İş**, C.6, Sayı:4, S. 31-72.

[18] Yıldız, G. B. (2008). “ Türk İş Hukukunda Özürlülük Ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran, S. 80-88.

[19] Alpagut, G. (2005). “ Özürlüler Hakkında Kanun Ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler”, **Mercek**, Ekim S.152-160.

[20] Ertürk, Ş., Gürsel, İ. (2011). “iş Hukukunda Eşit davranma ilkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, İstanbul.

[21] Yenisey, K. D. (2005). “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İhsghd**, S. 7, S. 974-1003.

[22] Uşan, F. (1999). **İş Hukukunda Sakat İstihdamı**, Ankara, Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası Yayını.

[23] Yenisey, K. D. (2006). “İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”, İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Semineri, **Çalışma Ve Toplum**, S.11, S.63-81.

[24] Canikoğlu, N. (2002). **Hastalık Ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi**, İstanbul, Beta Yayınları.

[25] Atad, C- 13-05, Sonia Chacón Navas& Eurest Colectividades Sa, 11.07.2006.

[26] Zorlu, M., Çalım, S.İ. (2012). “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık faktörü Olarak HIV/AIDS”, **Çalışma ve Toplum**, S.35, 165-187.

[27] Estreicher, S., Harper M. (2000). **Cases And Employment Discrimination And Employment Law**, Usa, American Casebook Series.