

17 MAYIS

DERNEĞİ

Özel Sektör Çalışanı LGBTİ+'ların Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar ve İlgili Hukuki Başvuru Yolları Hakkında Bilgi Notu

Av. Abdullah İkbâl Arslanbaş



Özel Sektör Çalışanı LGBTİ+'ların Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar ve İlgili Hukuki Başvuru Yolları Hakkında Bilgi Notu

Hazırlayan: Av. Abdullah İkbâl Arslanbaş
Yayımlayan: 17 Mayıs Derneği
Yayın Yılı: 2024

Amaç

Bu bilgi notu özel sektör çalışanı LGBTİ+'ların iş yaşamında maruz kaldıkları bazı ayrımcı uygulamaların hukuki değerlendirmesini ve bu uygulamalara karşı başvurulabilecek hukuki yolların anlatımını içermektedir.

Yararlanıcı

Bu bilgi notu iş yaşamında ayrımcılığa uğrayan özel sektör çalışanı LGBTİ+'lara yöneliktir.

17 MAYIS

DERNEĞİ

İÇİNDEKİLER

4

İşe Giriş Aşamasında Maruz Kalınan
Ayrımcı Uygulamalar

7

İş İlişkisi Devam Ederken Maruz
Kalınan Ayrımcı Uygulamalar

10

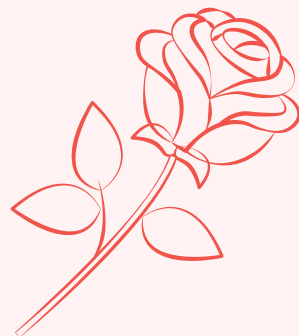
İş İlişkisinin Sona Ermesi Aşamasında
Maruz Kalınan Ayrımcı Uygulamalar

16

Ayrımcılık Yasağına İlişkin Hukuki
Çerçeve

17

Ek Kaynaklar



İşe Giriş Aşamasında Maruz Kalınan Ayrımcı Uygulamalar

LGBTİ+ların işe giriş aşamasında karşılaştığı ayrımcı uygulamaların başında ilgili şartları karşıladıkları halde cinsel yönelimleri, cinsiyet kimlikleri, cinsiyet karakteristikleri dolayısıyla işe alınmaması gelmektedir. Bunun sonucunda birçok LGBTİ+ daha kötü çalışma şartlarında çalışmak ve sosyal güvencesiz sektörlerde iş aramak durumunda kalmaktadır.

Kişilerin kendi niteliklerine uygun bir pozisyon yerine LGBTİ+ olmaları dolayısıyla daha düşük bir pozisyonda işe alınmaları da bir başka ayrımcı uygulamadır.

Bu ayrımcı uygulamaların çoğu zaman yazıya dökülmeden ya da açıkça gerekçelendirilmeden gerçekleşmesi hak arama yollarından sonuç almayı zorlaştırmaktadır.

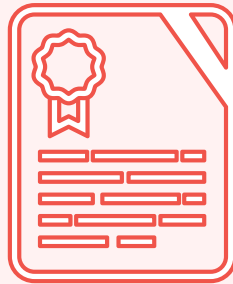


İşveren Tarafından Vukuatlı Nüfus Kaydı İstenilmesi

İşe giriş aşamasında bazı işverenler tarafından kişilerden vukuatlı nüfus kaydı istenebilmektedir. Bu kayıta isim değişikliğine ve cinsiyet hanesi değişikliğine dair mahkeme kararları da vukuat olarak yer almaktadır. Bu durum bu kayıtların gözükmemesini istemeyen kişiler için ayrımcı bir uygulama oluşturmaktadır.

İşverenlerin bu belgeyi talep etmelerine dair bir hukuki gereklilik bulunmamaktadır. İsim değişikliğine ve cinsiyet uyum sürecine dair bilgiler kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerdir. Dolayısıyla bunların vukuatlı nüfus kaydında yer alması kişilerin özel hayatın gizliliği hakkını ve kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmektedir.¹

İsim değişikliğine ve cinsiyet hanesi değişikliğine dair mahkeme kararlarının vukuatlı nüfus kaydında yer almaması Nüfus Müdürlüğü'nden talep edilebilir. Talebin reddi halinde buna dair dava açmak mümkündür. Ancak bu konuda henüz emsal kararlar bulunmamaktadır.



1. Bakınız: *İşe Alımlarda İstenen Belgelerin Trans+'lar Açısından KVKK Bağlamında Değerlendirmesi*, Gamze Müge Kan, SPoD LGBTİ+'ların Hukuk Gündemine (İçeriden) Bir Bakış 2021-2022 Yayını

İşveren Tarafından Askerlik Durum Belgesi İstenilmesi

İşe giriş aşamasında bazı işverenler tarafından kişilerden askerlik durum belgesi istenebilmektedir. Askerlikten muaf olan kişiler için bu belgede yalnızca kişinin askerliğe elverişli olmadığı yazılır, muafiyet sebebine dair bir detay yer almaz.

Ancak kimi işverenler askerlikten muafiyet sebebini öğrenmek isteyebilir. Bu durum cinsel yönelimi, cinsiyet kimliği, cinsiyet karakteristiği nedeniyle askerlikten muaf olanlar için ayrımcı bir uygulama oluşturur. Böyle bir durumda bu bilginin kişisel sağlık verisi olduğu, dolayısıyla Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında özel nitelikli veri sayıldığı akılda tutulabilir.



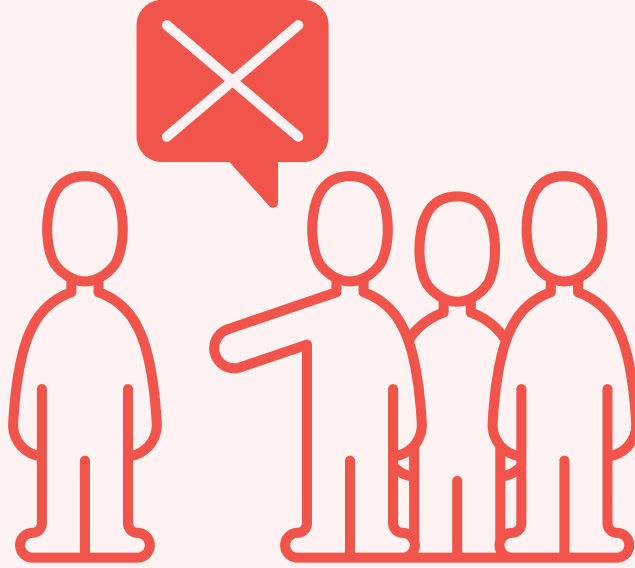
İş İlişkisi Devam Ederken Maruz Kalınan Ayrımcı Uygulamalar

İş ilişkisi sırasında kişilerin cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet karakteristiği nedeniyle diğer çalışanlardan daha farklı muamele görmesi ayrımcı bir uygulamadır. Örneğin ücret, çalışma şartları, ek haklar, yükselme şartları ve benzer durumlar açısından işverenin farklı çalışanlara eşit muamele göstermemesi ayrımcılık olarak nitelendirilebilir.



Ayrımcılık Tazminatı

İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı durumlarda kişiler ayrımcılık tazminatına hak kazanabilir. Bu tazminat dört aylık ücret tutarında olabilir. Eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranıldığını ispat etme yükümlülüğü işçidedir. Ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyarsa bu sefer işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlü olur. İspat açısından yaşananlara dair detaylı notların tutulması ve işyerinin şikayet ve başvuru mekanizmalarına yazılı olarak başvurulması önemlidir. Ayrımcılık tazminatı iş ilişkisi sona erdikten sonra istenebileceği gibi iş ilişkisi sürerken de istenebilir.



Mobbing

Ayrımcı uygulamaların sistematik olarak devam etmesi durumu iş hukuku açısından mobbing olarak nitelendirilebilir. Mobbing'in tanımı, farklı görünüş biçimleri, mevzuattaki yeri ve sonuçları açısından 17 Mayıs Derneği'nin "İşyerinde Mobbing'e Karşı Korunma" konulu bilgi notu incelenebilir.²



2. <https://www.17mayis.org/images/publish/pdf/isyerinde-mobbing-e-karsi-korunma-hakkinda-bilgi-notu-09-04-2021.pdf>

İş İlişkisinin Sona Ermesi Aşamasında Maruz Kalınan Ayrımcı Uygulamalar

İş ilişkisinin sona ermesi işçiden veya işverenden kaynaklanabilir.

İşçi açısından işyerinde maruz kalınan bazı ayrımcı uygulamalar işçiye iş sözleşmesini derhal fesih hakkı verebilir.

İşveren açısından iş sözleşmesinin feshi haklı bir sebebe dayanmalı ve iyi niyetli olmalıdır. Aksi halde işçinin hak kazanacağı belli tazminat türleri vardır.



İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı

İş Kanunu'nun 24. Maddesine göre belirli durumlarda işçilerin iş sözleşmesini derhal feshetme, yani sonlandırma hakkı bulunmaktadır. Bu durumlar arasında ayrımcı uygulamalar doğrudan yer almamaktadır. Ancak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller başlığında şu üç duruma yer verilmiştir:

1. işverenin işçinin ve aile üyelerinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışta bulunması, işçiye cinsel tacizde bulunması,
2. işverenin işçiye veya aile üyelerine sataşmada bulunması veya gözdağı vermesi, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad ve ithamlarda bulunması,
3. işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması durumunda işverenin durum kendisine bildirilmesine rağmen gerekli önlemleri almaması.

Bu durumlara maruz kalan kişiler iş sözleşmesini sözleşme süresinin bitiminden önce fesih hakkına sahiptir. Bu durumda ihbar tazminatına hak kazanılmaz ancak kıdem tazminatına hak kazanılır. Bu hakkın ilgili davranışların öğrenilmesinden itibaren 6 iş günü içinde kullanılması gerekmektedir. Derhal fesih hakkının işverene bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim noter aracılığıyla ihtarname gönderilerek yapılması hukuki süreçlerde kolaylık sağlayacaktır.

Haksız Fesih Tazminatı

Belirgin bir nedene dayanmayan ya da fesih yetkisinin oluşmadığı durumlarda verilen iş ilişkisinin sonlanması kararları haksız fesih olarak nitelendirilir. İş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın iş sözleşmesi işveren tarafından haksız şekilde feshedilen işçiler haksız fesih tazminatı talep edebilir. Haksız fesih tazminatı altı aylık ücrete kadar bir miktar olarak belirlenebilir.



İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Hakları: İşe İade

Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan ve en az altı aylık kıdemi olan işçiler iş güvencesi kapsamındadır. Bu işçilerin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesi için işveren geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Bu sebep işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanabilir.

Kanunda geçerli olmayan bazı fesih sebepleri sayılmıştır. Buna göre ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler geçerli sebep oluşturmaz. Dolayısıyla cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve cinsiyet karakteristiği iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmaz. İş güvencesi kapsamında olan ve iş sözleşmesi geçerli bir sebebe dayanmaksızın fesih edilen işçinin işe iade davası açma hakkı vardır. Bu davanın 30 günlük süre içinde açılması gerekmektedir.



İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçilerin Hakları: Kötü Niyet Tazminatı

İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir sebebe dayanması zorunluluğu iş güvencesi kapsamında olan işçiler için geçerlidir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından işverenin iş sözleşmesini feshetmesi için geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu yoktur. Ancak bu işverenin kötü niyetli şekilde fesih hakkını kullanabileceği anlamına gelmez. Örneğin işçinin şikayet hakkını kullanması nedeniyle işten çıkarılması ya da ekonomik ve mali sebepler yerine ayrımcı bir sebeple işten çıkarılması kötü niyetli fesih olarak nitelendirilebilir. İşveren fesih hakkını kötüye kullanırsa iş güvencesi kapsamında olmayan işçi kötü niyet tazminatına hak kazanır. Kötü niyet tazminatının miktarı ihbar süresinin üç katı tutarındadır.



Zorunlu arabuluculuk uygulaması

Ayrımcılık tazminatı, haksız fesih tazminatı, işe iade, kötü niyet tazminatı talepleri için dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğu bulunmaktadır.



Ayrımcılık Yasağına İlişkin Hukuki Çerçeve

Türk Hukukunda ayrımcılıkla alakalı en üst norm Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. Maddesidir, buna göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Maddede sayılan ayrımcılık kategorileri arasında cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet karakteristiği doğrudan yer almasa da "ve benzeri" ifadesiyle bu kategorilerin de kapsandığı bazı yüksek mahkeme kararlarında ifade edilmiştir.³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. Maddesi de sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın herhangi bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesi ayrımcılık yasağını düzenler, buna göre "iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım" yapılamaz.⁴

3. Anayasa Mahkemesi açısından detaylı bir değerlendirme ve çeşitli örnekler için Anayasa Mahkemesi'nin Turgay Karaca, B. No: 2018/34343 sayılı kararında Engin Yıldırım tarafından yazılan ek gerekçenin 8-13 arası paragraflarına bakılabilir. Özetle ifade etmek gerekirse Anayasa'nın 10. Maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak kişiler konusunda bir sınırlama getirmemiştir; ayrımcılık temelleri yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı değildir; dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini bir ayrımcılık temeli olarak kabul etmiştir.

4. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen 2016/24252 esas, 2020/10625 karar sayılı karara göre "Kanun'un 5. maddesiyle 18. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir".

Ek Kaynaklar

Bu bilgi notuna ek olarak özel sektör çalışanı LGBTİ+ların çalışma yaşamında karşılaştığı ayrımcı uygulamalar ve bunlara dair başa çıkma stratejileri hakkında [Özel Sektör Çalışanı LGBTİ+'ların durumu 2023 Yılı Araştırması](#), sistematik hale gelerek mobbing boyutuna varan ayrımcı uygulamalar açısından [İşyerinde Mobbing'e Karşı Korunma hakkında Bilgi Notu](#), seks işçileri açısından [Ev Kapatmalar hakkında Bilgi Notu](#) ve [Hayasızca Hareket Suçlamasıyla Yapılan Yargılamalara ilişkin Bilgi Notu](#), yabancıların çalışma hakkı açısından [Türkiye'de Bulunan Yabancıların Çalışma Hakkına ilişkin Bilgi Notu](#), işverenlerin işe alım ve iş ilişkisi süresince kapsayıcı hareket etmek için yapabilecekleri açısından [LGBTİ+ Kapsayıcı İşyerleri için Öneriler](#) yayını ve [LGBTİQ+'ların İş Dünyasına Dahil Edilmesi](#) konulu el kitabı, iş yaşamındaki ayrımcı uygulamalara karşı örgütlü mücadele kapsamında yapılabilecekler açısından ise [LGBTİ+ Hakları Sendikal Haklardır](#) yayını okunabilir.

17 MAYIS



DERNEĞİ

