

ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI ÇERÇEVESİNDE İŞ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

*Gender Discrimination in Labour Law Within the
Framework of International Law*

Gülşah KONUK*

ÖZET

Toplumsal cinsiyet rolleri sebebiyle, çalışma hayatında cinsiyet temelli ayrımcılık, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özellikle aile sorumlulukları ve güçsüz kabul edilmeleri sebebiyle kadınlar, cinsiyete dayalı ayrımcılığa daha çok maruz kalıyor olsalar da toplumda kadının yapacağı iş olarak kabul edilen bazı meslekler bakımından erkeklerin de cinsiyet ayrımcılığı ile karşı karşıya kaldıkları durumlar olabilmektedir. Bununla birlikte son zamanlarda kendinden söz ettirmeye başlayan cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık da çalışma hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılığın unsurlarından biri haline gelmiştir. Çalışma hakkı ve kendini geliştirme hakkı çerçevesinde bireylerin cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmaları, aynı zamanda insan hakları ihlali niteliğindedir. Bu tür ayrımcı muameleleri engellemek üzere pek çok uluslararası düzenlemede konuya ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemeler tek başına cinsiyet ayrımcılığını engellemeye muktedir olamamakta, bu hükümlerin yargı kararlarıyla desteklenmesi ve toplumsal cinsiyet rollerinin yol açtığı kalıp yargıların önüne geçilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, ilgili uluslararası düzenlemeler ve yargı kararları ile birlikte, Türk iş hukukundaki düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet ayrımcılığı, iş hukuku, uluslararası hukuk, insan hakları, eşitlik ilkesi.

Makalenin Geliş Tarihi: 23.08.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 29.11.2022.

* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gulsah.konuk8@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0214-0034.

ABSTRACT

Due to gender roles, gender-based discrimination in working life is a frequently encountered situation. Although women are more exposed to discrimination based on gender, especially because of their family responsibilities and being considered powerless, there may be situations where men are also faced with gender discrimination in terms of some professions that are considered to be women's jobs in society. However, discrimination due to sexual orientation, which has recently started to be mentioned, has also become one of the elements of discrimination based on gender in working life. Exposing individuals to discrimination based on gender within the framework of the right to work and the right to self-development is also a violation of human rights. There are provisions on the subject in many international regulations to prevent such discriminatory treatment. Only these regulations cannot prevent gender discrimination, these provisions should be supported by judicial decisions and stereo types caused by gender roles should be prevented. In our study, the relevant international regulations and judicial decisions, as well as the regulations and judicial decisions in Turkish labour law were examined.

Key Words: Gender discrimination, labour law, international law, human rights, principle of equality.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY.	: T.C. 1982 Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
B. No	: Başvuru Numarası
C-	: Case
CEACR	: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
ÇSGB	: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
D.	: Daire
der.	: Derleyen
E.	: Esas
EEC	: European Economic Community
GK	: Genel Kurul
HD	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organization
K.	: Karar
m.	: Madde

MEB	: Milli Eğitim Bakanlığı
No.	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayılı/Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEDAŞ	: Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
vb.	: Ve benzeri
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Dünya nüfusunun yarısının kadınlardan oluşması ve kadın nüfusun iş hayatına katılmamasının ekonomik sorunlara yol açtığı görülmesi, kadınların eğitim düzeyinin artması ile birlikte çalışma hayatına katılma taleplerinin de artış göstermesi, özellikle kırsal bölgelerde kayıt dışı çalışan kadınların sosyal güvenlik imkanlarından yoksun kalması ve toplumsal cinsiyet tanımları sebebiyle kadınların maruz kaldığı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla cinsiyet eşitliğine ilişkin ve kadınları koruyucu düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

Değişen toplumsal yapı içerisinde cinsel yönelim kavramı da belirginlik kazanmış ve insan hakları çerçevesinde cinsel yönelim sebebiyle istihdamda ayrımcılık yasağı da uluslararası düzenlemelerde telaffuz edilmeye başlamıştır.

Bu çalışmada öncelikle ayrımcılık türleri ele alındıktan sonra, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği nezdinde düzenlenen belgelerde, istihdamda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümler ve mahkeme kararları çerçevesinde ilgili hükümlerin yorumu incelenecek, son olarak Türk hukukunun uluslararası normlara uyumu ve yargı içtihatlarında yorumu ele alınacaktır.

I. AYRIMCILIĞIN TANIMI ve TÜRLERİ

Ayrımcılık, AYM (Anayasa Mahkemesi)'nin tanımına göre “aynı durumdaki bireylere farklı, farklı durumdaki bireylere aynı muamelenin yapılması”² şeklinde tanımlanmaktadır. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) içtihatlarında ise makul ve geçerli bir nedene dayanmayan, dolayısıyla meşru bir amaç taşımayan veya araç ile amaç arasında orantılılık bulunmayan farklı muamele, ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır³. Ayrımcılık yasağının temeli, insan onurunu korumak olup, yasağın bir toplumdaki tüm

² AYM, Ayla (Şenses) Kara Başvurusu, B. No: 2013/7063, 05.11.2015, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

³ AİHM, Marckx v. Belçika, B. No: 6833/74, 13.06.1979, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20M%20ARCKX%20v.%20BELGIUM%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57534%22%5D%7D%7D>).

bireyler bakımından fırsat eşitliği ve adil imkanlar oluşturabilme amacı üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür⁴.

Ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ile birlikte ele alınmaktadır. Nitekim ayrımcılığın yasaklanmasının temel sebebi, eşitliğin sağlanmasıdır. Bu noktada devlet, bireyler arasında hukuki eşitliği sağlamakla yükümlüdür⁵. Bir olayda ayrımcılığın olup olmadığının tespiti, eşitlik ilkesine aykırılığın bulunması üzerinden gerçekleşecektir⁶.

AB (Avrupa Birliği)'nin 2000/78 sayılı Direktifi'nde doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin din, inanç, özrürlük, yaş ve cinsel tercihe dayalı nedenlere dayandırılarak, bir diğer kimsenin söz konusu duruma benzer hallerde gördüğü ya da zaten görüyor olduğu ya da görebileceği muameleden daha az uygun muameleye tabi tutulması olarak tanımlanmıştır⁷.

A. Doğrudan Ayrımcılık

Ayrımcılık türlerinden “doğrudan ayrımcılık”, aynı veya benzer durumda olan kişilerin, nesnel ve geçerli bir neden olmaksızın farklı muameleye tabi tutulmasıdır⁸. Doğrudan ayrımcılık bakımından, bir kimsenin aynı veya benzer durumdaki kimselere kıyasla daha istenmeyen bir muamele görmesi esastır.

AİHM kararlarında doğrudan ayrımcılık değerlendirmesi çerçevesinde, bireyin sahip olduğu ve “korunan hukuki menfaat” (ırk, din, cinsel yönelim vb.) kapsamına giren belirli bir özelliği sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulması dikkate alınmaktadır⁹. Doğrudan ayrımcılık, icrai olarak görülebileceği gibi,

⁴ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, erişim 13 Mart, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_tur.pdf.

⁵ Emine Cin Karagöz, “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi*, 32 (2017), s. 24.

⁶ Gözde Kaya, “Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010, s. 98.

⁷ “İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78/EEC Direktifi”, Avrupa Birliği Konseyi, erişim 13 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>.

⁸ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, s.21.

⁹ “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, s.22; AİHM, Carson ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, B. No: 42184/05, 16.03.2010, ([https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-97704%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-97704%22])).

bir hakkın verilmemesi veya bir talebin yerine getirilmemesi vb. eylemsizlik şeklinde de ortaya çıkabilmektedir¹⁰.

6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise doğrudan ayrımcılık, "bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını, ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele" (m.2/1,d) olarak tanımlanmaktadır¹¹.

B. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, farklı durumdaki kişilere aynı muamelenin yapılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta, görünüşte ayrımcılık teşkil etmeyen bir muamelenin sonuçlarının ayrımcı olması durumu söz konusudur¹². Belli özelliklere sahip bir kişinin, herkes için uygulanan bir muamelenin neticesinde, sahip olduğu özellikler sebebiyle hak kaybına uğraması hali, dolaylı ayrımcılık teşkil etmektedir¹³.

TİHEK Kanunu'nda ise "bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, Kanun'da sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması" (m.2/1,e) dolaylı ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.

Dolaylı ayrımcılığın unsurları; bir grubun, benzer durumdaki başkalarına kıyasla, tarafsız kabul edilen bir kural, ölçüt veya uygulamadan, önemli ölçüde daha olumsuz etkilenmesidir. Buna yönelik incelemede, benzer durumdakilere nazaran olumsuz etkilenen grubun çok büyük bir kısmının, korunan grup içindeki bireylerden oluşması dikkate alınmaktadır. Örneğin, yapılan uygulamanın erkeklerden çok daha fazla kadını etkilemesi halinde dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilecektir¹⁴. AB'nin 2000/78 sayılı Direktifi'nde dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız bir hükmün, kriter ya da

¹⁰ Metin Bozkurt, *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.60.

¹¹ RG, 20.04.2016, S. 29690.

¹² Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", *Kamu-İş*, 6/4 (2002), s. 14.

¹³ Gizem Kaçan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019, s. 34.

¹⁴ "Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı", s. 30.

uygulamanın, belirli bir din veya inancı, özü, cinsel yönelimi olan veya belirli bir yaşta olan kimseye diğer kimselerle karşılaştırıldığında sakınca oluşturması hali (m.2/2,b) olarak tanımlanmıştır¹⁵. Dolaylı ayrımcılığın ayrımcılık olarak değerlendirilmesinin sebebi, farklılıklar dikkate alınmaksızın, belirlenen kuralların herkese uygulanıyor olmasıdır.

C. Pozitif Ayrımcılık

Esas itibariyle denkleştirici ve eşitlikçi bir amacın yansıması olmakla birlikte ayrımcılık türleri arasında ele alınan pozitif ayrımcılık, dezavantajlı olan grubun, diğerleri ile eşit veya denk duruma getirilmesi için yapılan farklı muameleyi ifade etmekte ve bu çerçevede, eşitlik ilkesinin hukuki istisnasını teşkil etmektedir¹⁶. Pozitif ayrımcılık, fiilden sonra ortaya çıkan zararın tazminine yönelik olmayıp, daha az temsil edilen grubun karşılaşılabileceği sosyal ayrımcılığın zararlarını önleme amacı taşımaktadır¹⁷. Bununla birlikte pozitif ayrımcılığın hukuki temelini olabilmeye için, nitelik itibariyle eşit ve denk bireylerin kıyaslanması gerekmektedir. Örneğin, eğitim, tecrübe, yetkinlik vb. nitelikleri itibariyle bir işe kadın adaydan daha uygun olan erkek aday yerine kadın adayın alınması pozitif ayrımcılık olarak kabul edilemeyecektir. Böyle bir durumda pozitif ayrımcılıktan söz edilemeyeceği gibi eşitlik ilkesinin ters işlemesi söz konusu olacaktır¹⁸. Bu nedenle pozitif ayrımcılığın, her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak belli ve sınırlı ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹. Dolayısıyla bir cinsiyete tanınan ayrıcalık, eşitliği sağladığı ölçüde meşru kabul edilebilecektir²⁰.

D. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

Cinsiyet ayrımcılığı, kişinin nitelik ve yetenekleri göz ardı edilerek yalnızca cinsiyeti sebebiyle farklı muameleye tabi tutulmasıdır²¹. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının temeli de inan onuruna, kadın ve erkeğin hukuken

¹⁵ Bkz. dipnot 3.

¹⁶ Bozkurt, 2020, s. 61.

¹⁷ Doğan Yenisey, 2002, s. 16.

¹⁸ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/ Özel S. (2014), s. 377.

¹⁹ Ulucan, 2014, s. 369.

²⁰ Ulucan, 2014, s. 382.

²¹ Ahmet Terzioğlu ve Fatmanur Aksöz, "Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler", *Çalışma ve Toplum*, 2022/1 (2022), s. 273.

eşitliğinin sağlanması amacına dayanmaktadır²². Nitekim ayrımcılık yasağı ile yalnızca işçiler arasında eşitliğin sağlanmasının ötesinde evrensel nitelikte bir öneme sahiptir²³.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın temel sebeplerinden biri de toplumsal cinsiyettir. Toplumsal cinsiyet, cinsiyete ilişkin biyolojik özelliklerin yanı sıra, içinde bulunulan toplumun kültürü ve cinsiyetlere yüklenen rolleri ifade etmektedir²⁴. Toplumsal cinsiyet kabulleri, kadın ve erkekler tarafından üstlenilecek roller bakımından bir ön kabul ve genelleme üzerinden hareket ederek, bireylerin kişisel yeteneklerini geliştirememelerine yol açabilmektedir²⁵. Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, sosyal ve kültürel farklılıklar üzerinden şekillenmektedir²⁶. Kadınların toplumsal cinsiyet kabulleri sebebiyle çalışma hayatında karşı karşıya olduğu ayrımcılıkların başında, ucuz işgücü olarak değerlendirilerek düşük ücretlerle çalıştırılmaları, sosyal güvenceden yoksun bırakılmaları, yükselme imkanlarının daha sınırlı olması gibi durumlar gelmektedir²⁷. Eğitim ile toplumsal cinsiyet rolleri ve insan hakları konusunda toplumun farkındalık düzeyinin artırılması mümkün olabilecek ve eğitim, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi bakımından etkili bir araç olarak değerlendirilebilecektir²⁸.

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın türlerinden biri olan cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık, bireyin homoseksüel veya biseksüel olması nedeniyle elverişsiz muamele görmesi olarak tanımlanmaktadır²⁹. AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) m.14'te düzenlenen ayrımcılık yasağında, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa doğrudan yer verilmemiş olsa da AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) kararlarında korunan hukuki menfaatler arasında ele alındığı görülmektedir.

²² Kaya, 2010, s. 103; Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, İstanbul: Beta, 2000, s. 28.

²³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020, s.459.

²⁴ Doğan Yenisey, 2002, s. 2.

²⁵ A. Aslı Şimşek, "Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıpyargıları: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2020), s. 503.

²⁶ Kaya, 2010, s. 104; Murat Yüksel, "Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım", *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, (2003), s. 904.

²⁷ Çağla Erdoğan, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, der. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 434.

²⁸ Cin Karagöz, 2017, s. 28.

²⁹ "Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı", s. 97.

II. ULUSLARARASI HUKUK DÜZENLEMELERİ ÇERÇEVESİNDE İSTİHDAMDA CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK

İş hukukunda ayrımcılık yasağının temelleri, dünya savaşlarından sonra belirginleşen sosyal ve ekonomik sorunlarla mücadele etme düşüncesine dayanmaktadır. Bu çerçevede insanların ırk, din, dil, cinsiyet, renk vb. özellikleri gözetilmeksizin, insan onuru sebebiyle eşit oldukları düşüncesi hakimiyet kazanmış ve işverenlerin çalışanlar arasında keyfi ayrımı engellemek üzere hukuki zemin oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır³⁰.

Tarihsel süreç içerisinde özellikle kadınların çalışma yaşamının gerisinde kalan toplumsal grup olduğu görülmektedir. Bununla birlikte kadınların çalışma hayatına katılmaları, nüfusun yaklaşık yarısını oluşturmaları sebebiyle, yalnızca kendileri için değil, ülke ekonomisinin gelişmesi bakımından da önemlidir³¹.

Kadın çalışanların annelik ve toplumsal roller sebebiyle çalışma hayatında dezavantajlı konumda olmaları³², uluslararası düzenlemelerde kadın çalışanların istihdamda cinsiyet ayrımcılığına maruz kalmasını önlenmek üzere hükümlere yer verilmesi ihtiyacına yol açmıştır. Söz konusu düzenlemelerde ağırlıklı olarak kadınların ayrımcılığa maruz kalmamasına ilişkin ifadeler yer almakla birlikte zamanla, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Bahsi geçen uluslararası düzenlemeler, Birleşmiş Milletler ve ILO, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği uluslararası kuruluşlarının sözleşmeleri temelinde ele alınacaktır.

³⁰ Pir Ali Kaya, *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış*, Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2020, s. 47.

³¹ Oğuz Karadeniz ve Hakan Yılmaz, “Kadının İşgücüne Katılımını Etkileyen Faktörler”, *İş Dünyasında Kadın Raporu*, (2007), s.21; Terzioğlu/Aksöz, 2022, s. 268; Şebnem Gökçeoğlu Balcı, “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 2017/3 (2017), s. 1263.

³² Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 268.

A. BM Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin temelini teşkil eden İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin³³ 2. maddesinde, herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin, Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabileceği düzenlenmiştir.

Beyanname'nin 23. maddesi ise çalışma hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Maddede, herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkına, herkesin herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkına, herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücret hakkına ve herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Beyanname'de doğrudan cinsiyet ayrımcılığına yönelik bir ibare yer almamakla birlikte, genel ifadeler tercih edildiği ve ayrımcılık yasağının herkesi kapsayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu doğrultuda ilgili hükümler, cinsiyet veya cinsel yönelim sebebiyle ayırım gözetmeksizin, herkesi kapsamaktadır.

2. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde³⁴ de öncelikle m.2/2'de Sözleşme'de beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasının güvence altına alındığı belirtilmiş, m.3'te ise cinsiyet eşitliği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre Sözleşme'ye taraf devletler, Sözleşme'de yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt etmektedir.

Sözleşme'nin, çalışma hakkının düzenlendiği 6. maddesinde ise taraf devletlerce herkese çalışma hakkının tanınacağı ve bu hakkın korunması için

³³ RG, 27.05.1949, S. 7212.

³⁴ RG, 11.08.2003, S. 25196.

gerekli tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. “Adil ve uygun işte çalışma şartları” başlığı taşıyan 7. maddede ise bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelire birlikte en azından, hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret; Sözleşme’nin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezih bir yaşam; güvenli ve sağlıklı çalışma şartları; herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkanlar; dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi hakkının korunmasına dikkat çekilmiştir. Madde hükmünde çalışma şartları bakımından özellikle kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasının ve cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasının vurgulanması önem taşımaktadır.

“Ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması” başlığı taşıyan 10. maddesinde ise annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanacağı, çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenden yararlanabilecekleri bir izin verileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi Sözleşme’de cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilmesine yönelik hükümlerin yanı sıra, çalışma hayatında kadınları koruyan hükümlere de yer verilmiştir.

3. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin³⁵ 3. maddesi “cinsiyet eşitliği” başlığı taşımakta ve maddede Sözleşme’ye taraf devletlerin, Sözleşme’de yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt edeceği belirtilmiştir. 22. maddede ise örgütlenme özgürlüğü hakkı düzenlenmiş ve herkesin başkalarıyla bir araya gelerek örgütlenme özgürlüğü hakkına, kendi menfaatlerini korumak için sendika kurma ve sendikaya katılma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

4. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (CEDAW)

Birleşmiş Milletler’in kadın hakları ve cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine ilişkin en önemli düzenlemelerinden biri olan CEDAW³⁶, pek çok

³⁵ RG, 18.06.2003, S. 25142.

³⁶ RG, 14.10.1985, S. 18898.

uluslararası düzenlemeye de temel teşkil etmiştir. Sözleşme’de öncelikle kadınlara karşı ayrımcılığın tanımına yer verilmiş ve “siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama” şeklinde tanımlanmıştır.

Çalışma hakkını düzenleyen 11. maddede ise istihdam alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlamak üzere kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için kadınlara aynı hakların ve özellikle her insanın vazgeçilmez bir hakkı olan çalışma hakkı; istihdam konularında seçim yapılırken aynı ölçülerin uygulanması da dahil, aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı; mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkanlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile, çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı; tazminatlar da dahil eşit ücret alma ve eşit değerde yapılan işe karşı eşit muamele görme ile birlikte işin niteliğinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı; emeklilik, işsizlik, hastalık, malullük, yaşlılık ve diğer iş göremezlik gibi hallerde sosyal güvenlik hakkı ile birlikte ücretli izin hakkı; sağlığın korunması ve doğurganlık yeteneğinin korunması da dahil, çalışma şartlarında güvenlik hakkı temin edilmesine vurgu yapılmıştır.

Evlilik veya annelik sebepleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellenmek ve çalışma hakkını etkili bir biçimde korumak için hamilelik veya annelik izni sebebiyle işe son verilmesini ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarma şeklinde ayrımcılık yapılmasını cezaya tabi tutarak yasaklama; işi, işte kıdemi veya sosyal hakları kaybetmeden ücretli olarak veya buna benzer menfaatler sağlanarak annelik izni verilmesine dair düzenleme yapma; anne ve babanın aile içi yükümlülüklerini, çalışma yaşamındaki sorumluluklarıyla ve toplumsal yaşama katılmalarıyla uyumlaştırabilmeleri için, özellikle çocuk bakım kurumlarının kurulmasını ve geliştirilmesini istemek suretiyle, gerekli destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik etme; hamilelik sırasında kendilerine zarar verebilecek işlerde çalışan kadınların özel olarak korunmasını sağlama; bu koruyucu yasal önlemlerin, bilimsel ve teknolojik bilgiler ışığında periyodik olarak gözden geçirilmesi ve gerekli görüldüğü takdirde düzeltilmesi, kaldırılması veya genişletilmesi için tedbirlerin alınması gerektiğine yer verilmiştir.

Sözleşme, kırsal alandaki kadınların haklarına ilişkin hüküm içermesi bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinde, kırsal alanda yaşayan ve kayıt dışı sektörlerde çalışarak ailelerinin ekonomik yaşamlarına önemli katkıda bulunan kadınların karşılaştıkları özel sorunların dikkate alınması ve Sözleşme hükümlerinin kırsal alanda yaşayan kadınlara uygulanmasını sağlamak için gerekli her türlü tedbirin alınması, erkekler ile kadınlar arasında eşitliği sağlamak üzere, kırsal alanda meydana gelen gelişmelere katılmaları ve bu gelişmelerden yararlanmaları için kırsal alanda yaşayan kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek üzere gerekli her türlü tedbirin alınması ve bu kadınlara özellikle her düzeydeki planlamanın yapılmasına ve uygulanmasına katılma hakkı; aile planlamasında bilgilendirme, danışmanlık ve hizmet verme de dahil, yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkı; sosyal güvenlik programlarından doğrudan yararlanma hakkı; okuma-yazma ile ilgili öğretim de dahil, teknik yeterliliklerini artırmak için halka açık olan ve geliştirmeye yönelik hizmetler ile birlikte her türlü resmi veya gayri resmi eğitim ve öğretimden yararlanma hakkı; adam çalıştırma veya çalışma suretiyle ekonomik imkanlardan eşit bir biçimde yararlanmalarını sağlamak için ferdi gruplar ve topluluklar örgütlenme hakkı; her türlü toplumsal faaliyetlere katılma hakkı; tarımsal kredi ve borç alma, pazarlama imkanlarına ulaşma, toprak ve tarım reformunda gerekli teknolojiden yararlanma ve eşit muamele görme ile iskan programlarından yararlanma hakkı; konut, sağlık, aydınlanma, içme suyu, ulaşım ve iletişim hizmetleriyle ilgili yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarının tanınması gerekliliğine işaret edilmiştir.

B. ILO Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Philadelphia Bildirgesi

ILO'nun Amaç ve Hedeflerine İlişkin Philadelphia Bildirgesi'nde ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun bütün insanların, maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Bildirge'de ayrıca, tam istihdamın sağlanması ve hayat seviyesinin yükseltilmesi için bazı yükümlülükler yer verilmiştir³⁷.

³⁷ “Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme”, ILO, erişim 12 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm).

2. 100 No'lu Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme

Sözleşme'de "eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği"nin, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret hadlerini ifade ettiği belirtilmiştir. Sözleşme'de ayrıca, üye devletlerin, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini teşvik etmeyi ve bu prensibin bütün işçilere uygulanmasını temin etme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

3. 111 No'lu Ayırmıcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi

Türkiye tarafından da onaylanan Sözleşme'de³⁸ ayırımın, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi 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 ayırılık, ayrı tutma veya üstün tutmayı ifade ettiği belirtilmiştir. Sözleşme'ye taraf devletlerin, Sözleşme'de ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt ettikleri öngörülmüştür.

4. 156 No'lu Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme

Sözleşme'de³⁹ kadın ve erkek işçilere etkili bir şekilde fırsat eşitliği ve eşit muamele sağlanması amacıyla, her bir üye devletin, bir işle iştigal etmekte olan veya etmeyi arzulayan, aynı zamanda da aile sorumlulukları bulunan kişilerin bu haklarını ayırmıcılığa uğramaksızın ve mümkün olduğu oranda, işleri ile aile sorumlulukları arasında uyumsuzluk çıkmaksızın kullanabilmesini sağlamak amacıyla bir ulusal politika hedefi haline getirme yükümlülüğüne yer verilmiştir (m.3).

Sözleşme'nin 4. maddesinde, aile sorumlulukları olan çalışanların çalışma hakkını serbestçe kullanmalarını desteklemek ve bu kişilerin çalışma kayıt ve koşullarındaki ve sosyal güvenlikteki gereksinimlerini dikkate almak

³⁸ RG, 21.9.1967, S. 12705.

³⁹ "Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme", ILO, erişim 13 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P1210_0_ILO_CODE:C156).

amacıyla, ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemlerin alınması gerektiği, 6. maddesinde ise üye devletler tarafından, kadın ve erkek işçilere fırsat eşitliği ve eşit muamele sağlanması ilkesinin ve aile sorumlulukları bulunan işçilerin sorunlarının daha geniş kitlelerce anlaşılması, ayrıca bu sorunların üstesinden gelinmesini kolaylaştıracak bir kamuoyu ortamı oluşturmaya yardımcı olacak bilgi ve eğitimin teşviki için uygun tedbirlerin alınacağı belirtilmiştir. Aile sorumlulukları olan çalışanların bu sorumluluklar nedeniyle işgücü piyasasıyla bütünleşmelerini, piyasada kalmalarını ve işgücü piyasasından ayrılıp tekrar dönmelerini sağlayacak mesleki rehberlik ve staj dahil olmak üzere ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemlerin alınması gerekliliğine de yer verilmiştir (m.7).

Sözleşme’de ayrıca, kamusal veya özel nitelikte olması önem arz etmeksizin, çocuk bakımı ve aile hizmetleri ve tesisleri gibi kamu yararına yapılan hizmetlerin geliştirilmesi ve teşviki için ulusal koşul ve olanaklara uygun tüm tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

5. 158 No’lu Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi

Sözleşme’nin 5. maddesinde iş sözleşmesine son verme için geçerli bir neden teşkil etmeyecek hallerde verilen örnekler arasında, doğum izni esnasında işe gelmeme de sayılmıştır. Türkiye de Sözleşme’yi onaylamıştır⁴⁰.

103 No’lu Sözleşme’nin 9. maddesinde de benzer şekilde, işverenin kadının doğum iznini kullanması sebebiyle hizmet sözleşmesini feshedemeyeceği ya da bildirim süresinin doğum iznine rastladığı bir fesihle bulunamayacağı da belirtilmiştir⁴¹.

6. 183 No’lu Anneliğin Korunması Sözleşmesi

Sözleşme’nin⁴² “İş Güvencesi ve Ayrımcılık Yasağı” başlığı taşıyan 8. maddesinde, bir işverenin, istihdam ettiği bir kadının işine hamilelik ya da çocuk doğurma ve bunun neticeleri ya da çocuk emzirme ile ilgisi

⁴⁰ RG, 12.10.1994, S. 22079.

⁴¹ “Maternity Protection Convention”, ILO, erişim 13 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103)

⁴² “Anneliğin Korunması Sözleşmesi”, ILO, erişim 14 Mart, 2022, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183).

bulunmayan gerekçelere dayanılarak gerçekleştirilmiş olmadıkça, hamilelik izin sürelerinde veya işe dönmesini müteakiben ulusal yasa veya düzenlemeler tarafından öngörülen süre içerisinde son vermesinin hukuka aykırı sayılacağı düzenlenmiştir. İşten çıkarma gerekçelerinin hamilelik ya da çocuk doğurma ve bunun neticeleri ya da çocuk bakımıyla ilgisi olmadığını ispat yükü ise işveren üzerindedir. Kadınların, annelik izninin sonunda eski görevine veya eşit oranda kazanç sağlayacağı başka bir göreve dönme hakkı, madde hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Sözleşme'de üye devletlerin, anneliğin, işe erişimi de içerecek şekilde, istihdam alanında bir ayrımcılık kaynağı oluşturmamasını sağlamak için uygun tedbirleri alma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Söz konusu tedbirler; ulusal yasa veya düzenlemeler kapsamında hamile veya emziren kadınlar için yasaklanmış ya da sınırlandırılmış işler veya kadının ve çocuğun sağlığına yönelik bilinen veya önemli bir risk taşıyan işler için ulusal yasa ve düzenlemeler tarafından gerekli kılındığı durumlar dışında işe başvuran bir kadından hamilelik testi yaptırmasının veya böyle bir test sonucunu getirmesinin şart koşulması yasağını da içermektedir. Türkiye, Sözleşme'yi onaylamamıştır.

Bunlarla birlikte, 45 No'lu Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme⁴³, 89 No'lu Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş Sözleşme⁴⁴ ve 171 No'lu Gece Çalışması Hakkında Sözleşme⁴⁵ de, kadın çalışanlara yönelik pozitif ayrımcılık içeren ILO sözleşmeleridir.

C. Avrupa Konseyi Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sözleşme'nin⁴⁶ 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmekte ve Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir

⁴³ RG, 23.06.1937, S. 3638.

⁴⁴ "Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş Sözleşme", ILO, erişim 14 Mart, 2022, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312234:NO.

⁴⁵ "Gece Çalışması Hakkında Sözleşme", ILO, erişim 14 Mart, 2022, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312316.

⁴⁶ RG, 19.03.1954, S. 8662.

azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmemesinin sağlanması öngörülmüştür. 14. madde, Sözleşme ve ek protokollerde yer alan haklarla birlikte ele alınmaktadır ancak bu durum, 14. maddenin ihlali için ilişkilendirilen diğer hakkın da ihlal edilmiş olmasını gerekli kılmamaktadır⁴⁷.

2000 tarihli Sözleşme'ye Ek 12 No'lu Protokol'ün⁴⁸ ilk maddesinde de ayrımcılığın genel olarak yasaklanması, hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanması gerektiği ve hiç kimsenin, hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Protokol, Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

2. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Şart'ın⁴⁹ adil bir ücret hakkının düzenlendiği 4. maddesinde, akit tarafların, adil bir ücret hakkına etkin bir geçerlilik kazandırmak üzere; çalışan erkeklerle kadınlara eşit işe eşit ücret hakkını tanımayı; tüm çalışanların işlerine son verilmeden önce uygun bir bildirim süresi hakkını kabul etmeyi taahhüt ettiklerine yer verilmiştir.

1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına ilişkin 20. maddesinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun özellikle işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları; yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme alanlarında uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt ettikleri belirtilmiştir.

⁴⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 400.; Kaçan, 2019, s. 45.

⁴⁸ "2000 Tarihli Sözleşmeye Ek 12 No'lu Protokol", Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

⁴⁹ RG, 09.04.2007, S. 26488.

Ayrımcılık yasağının düzenlediği madde E’de ise, Şart’ta yer alan haklardan yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacağına yer verilmiştir.

1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü⁵⁰ II. Bölüm m.1’de tüm çalışanların, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkına sahip olduğuna yer verilmiştir. Maddede ayrıca, cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın istihdam ve meslek konularında fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla taraf devletlerin, işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam şartları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları; yükselmeyi de kapsayacak şekilde, meslekte ilerleme konularında ayrımcılık yapılmamasını sağlamayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte özellikle gebelik, loğusa ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadının korunmasına; fiili eşitsizliklerin giderilmesini amaçlayan özel önlemlerin alınmasına; nitelikleri ya da yerine getirilme koşulları nedeniyle yalnızca belli bir cinsiyetten olan kişilere ilişkin mesleki etkinliklerin ayrımcılık kapsamı dışında tutulabileceği belirtilmiştir.

3. İstanbul Sözleşmesi

Sözleşme’de⁵¹ “toplumsal cinsiyet”in tanımına yer verilmiş, herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak tanımlanmıştır. Temel haklar, eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması başlıklı 4. maddede, Sözleşme’ye taraflar devletlerce, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınamak ve ayrımcılığı önlemek üzere, özellikle ulusal anayasalarında veya ilgili diğer mevzuata kadın erkek eşitliği ilkesini dahil etme ve bu ilkenin uygulamada gerçekleştirilmesini temin etme; yerine göre, yaptırımların uygulanması yolu da dahil olmak üzere, kadınlara karşı ayrımcılığın yasaklanması; kadınlara karşı ayrımcılık yapan yasa ve uygulamaları yürürlükten kaldırma dahil olmak üzere, gerekli yasal ve diğer

⁵⁰ “1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı Ek Protokolü”, Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020130451078a_tur.pdf).

⁵¹ “İstanbul Sözleşmesi”, Avrupa Konseyi, erişim 14 Mart, 2022, (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020130451078a_tur.pdf).

tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Tarafların, Sözleşme hükümlerinin cinsiyet, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka tür görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk, doğum, cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet kimliği, sağlık durumu, engellilik, medeni hal, göçmen veya mülteci statüsü veya başka bir statü gibi, herhangi bir temele dayalı olarak ayrımcılık yapılmaksızın uygulanmasını temin etme yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Sözleşme, toplumsal cinsiyetin tanımına yer veren ilk uluslararası düzenleme olması sebebiyle önem taşımaktadır⁵². Sözleşme’de toplumsal cinsiyet konusunda hassasiyet gerektiren politikaların ve kadınlarla erkekler arasında eşitliğe ve kadınların güçlendirilmesine ilişkin politikaların yaygınlaştırılması ve etkili bir biçimde uygulanması vurgulanmıştır.

Türkiye, Sözleşme’yi imzalayan ilk ülkelerden biri olup, 14.03.2012 tarihinde TBMM tarafından Sözleşme onaylanmış ve Sözleşme’de yer alan ilkeler çerçevesinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hazırlanmıştır. Ancak 20.03.2021 tarihinde Cumhurbaşkanı kararıyla, Türkiye’nin Sözleşme’den çekildiği duyurulmuş ve 01.07.2021 tarihinde ise çekilme kararı yürürlüğe girmiştir.

D. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Temel AB Sözleşmeleri

Avrupa Ekonomi Topluluğu’nu kuran 1957 tarihli Roma Antlaşması’nın⁵³ 119. maddesinde aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanması ve “cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit ücret ödenmesi” ile, parça başına göre ücreti ödenen aynı iş için yapılacak ödemelerde aynı ölçü biriminin esas alınması, zaman esasına göre çalışmada aynı iş için yapılan ödemenin aynı olması anlamı taşıdığı belirtilmiştir.

Roma Antlaşması’nın bazı maddelerinde değişiklik yapan ve üye devletler arasında sosyal ve ekonomik bütünlüğün sağlanması amacı taşıyan *Maastricht* Antlaşması’nda⁵⁴ da kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğinin

⁵² Kadriye Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4 (2015), s. 135.

⁵³ “Roma Antlaşması”, Avrupa Ekonomi Topluluğu, erişim 15 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/teec/sign>.

⁵⁴ “Maastricht Antlaşması”, Avrupa Birliği, erişim 15 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/teu/sign>.

sağlanması, işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması ve çalışma koşullarının iyileştirilmesine ilişkin maddeler yer almaktadır.

2 Ekim 1997 tarihli *Amsterdam Antlaşması*⁵⁵ ile de Roma Antlaşması'nın 119. maddesinde içeriğinde değişiklik yapılmış ve eşit işe eşit ücret ifadesi yerine eşit değerde işe eşit ücret ilkesi benimsenmiştir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda⁵⁶ erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin düzenlendiği 23. maddede, istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere bütün alanlarda eşitliğin sağlanması gerekliliğine, ayrıca yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesinin veya benimsenmesinin eşitlik ilkesini engellemeyeceğine yer verilmiştir.

ABİDA (Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma)'nın⁵⁷ 8. maddesinde Birlik'in tüm faaliyetlerinde, erkekler ile kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba göstereceği belirtilmiş, m.153/1'de üye devletlerin işgücü piyasasındaki fırsatlar ve işyerindeki muamele bakımından kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamaya ve sosyal dışlanma ile mücadeleye yönelik faaliyetleri destekleyeceklerine yer verilmiştir. 157. maddede, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasının sağlanacağı belirtilmiş ve cinsiyet temelinde ayrımcı olmayan eşit ücretin parça başına ücret ödenen aynı iş için ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanmasını, zaman esasına göre ücret ödenen işlerde aynı iş için aynı ücretin uygulanmasını ifade ettiğine yer verilmiştir. Aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında erkekler ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkelerinin uygulanmasını sağlayan tedbirlerin alınacağı ve çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak için, üye devletlerin, yetersiz temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesini veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli avantajlar sağlayan tedbirler almalarının eşitlik ilkesini engellemeyeceği de madde metninde yer almıştır.

⁵⁵ "Amsterdam Antlaşması", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, <http://data.europa.eu/eli/treaty/ams/sign>.

⁵⁶ "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf.

⁵⁷ "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma", Avrupa Birliği, erişim 16 Mart, 2022, <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>.

2. İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığının Önlenmesine İlişkin AB Direktifleri

a. Sosyal Güvenlik Konularında Kadın ve Erkekler Arasında İşlem Eşitliği İlkesinin Aşamalı Olarak Uygulamaya Konulmasına İlişkin Direktif

Direktif⁵⁸'te işlem eşitliği ilkesinin özellikle, rejimlerin uygulama alanı ve rejimlere giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eş ve geçindirilen kimse olarak ödenmesi gereken zamlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresi ve devamı dahil olmak üzere yardımların hesaplanması ile ilgili olarak, özellikle evlilik veya aile durumunu göz önünde tutarak doğrudan veya dolaylı biçimde cinsiyete dayandırılan her türlü ayrımcılığın yapılmamasını öngördüğü belirtilmiş, kadının analık nedeniyle korunmasına ilişkin hükümlerin işlem eşitliği ilkesine halel getirmeyeceği vurgulanmıştır (m.4).

b. Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Direktif

Direktif⁵⁹'te hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanların kadın ve erkeğe eşit muamele yapılmasına ilişkin direktif hükümleri dışında tutulması gerektiği, bazı faaliyet türlerinin hamile, loğusa veya emzikli kadınları tehlikeli iş, yöntem veya çalışma koşullarına maruz bırakmak gibi özel bir risk grubu oluşturabileceği ve böyle risklerin belirlenip sonuçlarının kadın çalışanlar veya onların temsilcilerine bildirilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Kadın çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehdit eden risklerin oluşup oluşmadığının daima izlenmesi ve elde edilen sonuçlara göre kadın çalışanların korunması için gerekli önlemlerin alınması gerekliliğine, hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanların, sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike yaratabilecek gece işlerinde de çalıştırılmaması gerektiğine yer verilmiştir. Ayrıca doğum sonrası en az kesintisiz on dört hafta süreyle izin verilmesi ve bu iznin doğumdan önce ya da sonra alınabilmesi hakkının

⁵⁸ “79/7/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

⁵⁹ “99/85/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

tanınmasının, doğum izninin en az iki hafta olması gerektiği düzenlenmiştir. Direktif'te, özel durumlarından dolayı işten çıkarılma riskinin, hamile, loğusa veya emzikli kadın çalışanlara, önemli fiziksel ve ruhsal zararlar verebilecek olması sebebiyle hamilelik/annelik gibi özel durumlara dayalı işten çıkarılabilme hükümlerinin yasaklanması gerektiğinin düzenlenmesi de önem taşımaktadır.

c. İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Direktif

Direktif'te⁶⁰, eşit muamele ilkesinin uygulanmasında, özellikle kadınların çoklu ayrımcılığın mağduru olmaları sebebiyle Topluluk'un, eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasını ve kadın-erkek arasında eşitliğin teşvik edilmesini amaçladığına, Direktif kapsamındaki alanlara ilişkin olarak din veya inanç, özürllülük, yaş veya cinsel yönelime dayalı herhangi bir doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmasının Topluluk genelinde yasaklanmasına, ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin bu düzenlemenin aynı zamanda üçüncü ülke vatandaşlarına da uygulanmasına değinilmiştir.

Direktif'te ispat yüküne ilişkin olarak ise ilk bakışta haklı görülen bir ayrımcılık davası bulunması halinde ispat yükümlülüğüne ilişkin kuralların uyarlanması ve eşit muamele ilkesinin etkin bir biçimde uygulanabilmesi için bir ayrımcılık yapıldığına dair delil sunulması halinde ispat yükümlülüğünün davalıya ait olduğu, bununla birlikte, davalı davacının belli bir din veya inanca bağlı olduğunu, belli bir özre, yaş veya cinsel yönelime sahip olduğunu ispatlamakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir.

Direktif'in 4. maddesinde, belli bir mesleğin tabiatı gereği ya da icra edildiği bağlam itibarı ile, o mesleğin bir özelliğini esas alarak ve ancak söz konusu mesleki özelliğin gerçek ve belirleyici bir gereksinim teşkil etmesi, düzenlemenin amacının meşru, gereksinimin ise orantılı olması halinde, getirebilecek muamele farklılığının ayrımcılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

⁶⁰ “2000/78/EC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

d. İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif

Direktif⁶¹ göre eşit muamele ilkesinin uygulanması, seçim kriterleri ve işe alma şartları dahil olmak üzere, işe, serbest mesleğe ya da mesleğe erişim şartlarında faaliyet dalı ne olursa olsun ve mesleki hiyerarşinin her kademesinde terfi de dahil; uygulamalı iş deneyimi de dahil her türden ve her düzeyde mesleki yönlendirmeye, mesleki eğitime, ileri mesleki eğitime ve yeniden eğitime erişimde; ücret, işten çıkarmalar da dahil istihdam ve çalışma şartlarında; bir işçi ya da işveren örgütüne üyelik ya da böyle bir örgütle ilişki ya da belli bir mesleği icra edenlerin oluştukları her çeşit örgütlenmeler, bu örgütlerin sağladıkları çıkarlar da dahil olmak üzere bunlarla bağlantılı olarak kamuda ya da özel sektörde cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı hiçbir ayrımcılığın yapılamayacağı anlamı taşımaktadır.

Üye devletler bunu sağlamak amacıyla, eşit muamele ilkesine aykırı bütün yasalar, yönetmelikler ve idari düzenlemeleri kaldırmakla; sözleşmelerde, müşterek anlaşmalarda, işyeri talimatnamelerinde, ya da bağımsız iş ve mesleklerle işçi ve işveren örgütlerini düzenleyen kurallarda mündemiç eşit muamele ilkesine aykırı her türlü hükmü ya hükümsüz saymak ya da değiştirmekle yükümlüdür.

e. İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif

Direktifin⁶² amacının, meslek ve istihdam konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak olduğu belirtildikten sonra bu maksatla, terfi de dahil olmak üzere istihdam edilme ve mesleki eğitime erişim; ödeme dahil çalışma şartları; mesleki sosyal güvenlik planları hususlarıyla ilişkili olarak eşit muamele ilkesinin uygulanması hükümlerine yer verilmiştir.

⁶¹ “2002/73/EEC Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

⁶² “2006/54/AT Sayılı Direktif”, Avrupa Birliği, erişim, 17 Mart, 2022, <https://www.csgb.gov.tr/media/1324/%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-mevzuat%C4%B1-ile-ilgili-avrupa-birli%C4%9Fi-direktifleri.pdf>.

Direktif'in 4. maddesinde, aynı iş için veya eşit değer atfedilen işler için, ödemenin bütün boyutları ve koşulları bakımından cinsiyet temeline dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması, özellikle ücreti belirlemek için bir iş sınıflama sisteminin kullanıldığı hallerde, kadınlar ve erkekler için aynı kriter baz olarak alınır ve sistem, cinsiyet temeline herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Direktif'in 9. maddesinde ise ayrımcılığa dair örneklere yer verilmiştir. Bunlardan bazıları; doğrudan veya dolaylı olması fark etmeksizin cinsiyete dayalı olarak mesleki bir sosyal güvenlik planına katılabilecek kişilerin belirlenmesi, bir cinsiyete veya ötekine mensup işçiler için yardımların sağlanması veya bu yardımların kısıtlanması konusunda farklı koşulların belirlenmesi, farklı emeklilik yaşlarının belirlenmesi, kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabının veya muhafazasının askıya alınması, önceden belirlenmiş katkı planlarında cinsiyete göre farklılaşan aktüerya hesaplama faktörlerini hesaba katmak için gerekli olabildiği ölçüde yapılanlar hariç, farklı yardım düzeyleri saptamanın ayrımcılık yasağı kapsamında olduğudur.

İstihdama, mesleki eğitime, terfi olanaklarına erişim ve çalışma koşulları bakımından eşit muamelenin düzenlendiği III. Bölüm m.14'te ise işçiler veya işverenlerin bir örgütüne veya üyeleri belli bir mesleği icra eden herhangi bir örgüte, bu örgütler tarafından sağlanan yardımlar da dahil katılım ve üyelik hususlarıyla bağlantılı olarak kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılmayacağı, düzenlenmiştir.

Doğum izninden dönüşün düzenlendiği 15. maddede ise, doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı olduğu hükmüne yer verilmiştir.

E. ABAD ve AIHM Kararlarında İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığı

Gerek uluslararası düzenlemeler gerek iç hukukta yer alan düzenlemeler, yargı içtihatlarıyla şekillenmektedir. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin, yargı kararlarında nasıl ele alındığının incelenmesi gerekmektedir.

ABAD (Avrupa Birliği Adalet Divanı)'ın çalışma hayatında kadınların maruz kaldığı ayrımcılık bakımından önemli ve pek çok kararda da referans gösterilen 1990 tarihli *Dekker*⁶³ kararında, başvurunun, bir pozisyon için başvuranlar arasında en uygun aday olmasına rağmen hamile olması sebebiyle işe alınmaması üzerine yapmış olduğu başvuruda işveren, başvurunun yokluğunda onun yerine yeni bir işçinin alınmasının gerekecek olması nedeniyle kendisine ek mali külfete yol açacağını ileri sürmüştü de Mahkeme, yalnızca kadınların hamilelik gerekçesiyle istihdam talebinin reddi durumuyla karşı karşıya olmaları ve bu nedenle bu ret kararının doğrudan cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini, hamilelik sebebiyle devamsızlığın yol açacağı finansal zararların meşru bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş, aksi yönde bir kabulün, erkekler ve kadınlar arasında eşit muameleyi düzenleyen 76/207 sayılı Direktif'e aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir. Bu karar, AB hukukunun, kadın çalışanların başta hamilelik sebebiyle olmak üzere ayrımcılığa karşı korunması anlayışını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin *Webb*⁶⁴ ve *Tele Danmark*⁶⁵ kararları da ABAD'ın konuya yaklaşımını göstermektedir.

ABAD'ın cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığa ilişkin *Hill ve Stapleton*⁶⁶ kararında ise başvurunun konusunu, hükümetin, iki çalışanın bir mevkiyi geçici olarak paylaşması ve tam zamanlı çalışma saatlerinin yarısı kadar çalışma karşılığında normal maaşın yarısı kadar maaşa hak kazanılmasına ilişkin iş paylaşımı düzenlemesi oluşturmaktadır. Çalışanların, daha sonra, imkan olması halinde tam zamanlı mevkilerine geri dönme hakları bulunmaktadır. Bu sisteme göre, tam zamanlı çalışanlar her yıl maaş bareminde bir kademe ilerlerken, iş paylaşan çalışanlar ise yarı oranda,

⁶³ ABAD, Elisabeth Johanna Pacifia Dekker v. Stichting Vormingscentrumvoor Jong Volwassenen, C – 177/88, 8.11.1990, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CJ0177>.

⁶⁴ ABAD, Carole Louise Webb and EMO Air Cargo (UK) Ltd, C- 32/93, 14/07/1994, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0032>).

⁶⁵ ABAD, Tele Danmark A/S and Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), C-109/00, 04/10/2001, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0109&qid=1666264642764&from=EN>).

⁶⁶ ABAD, Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance, C-243/95, 17.07.1998, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0243>).

dolayısıyla iki yılda bir kademe artışı elde edebilmişlerdir. Tam zamanlı çalışanlar olarak mevkilerine geri dönen iki davacı, bu kademe artışının kendilerine uygulanmasından dolayı şikayetçi olmuşlardır. ABAD, iş paylaşımında yer alanların büyük çoğunluğunun kadınlar olması sebebiyle uygulamanın, cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Hükümet, farklı muamelenin haklı olduğunu, çünkü kademe artışının gerçek hizmet süresi bakımından uygulandığını ileri sürmüştü de ABAD, başka bireylerin hizmet sürelerinin fiilen çalışılan saatler bakımından hesaplandığını gösteren bir kanıt olmaması sebebiyle bunun nesnel ölçütlerle desteklenmemiş bir iddiadan öteye geçmediğine karar vermiştir. Kararda ayrıca, 'bir işverenin, iş paylaşım düzenlemesinden doğan ayrımcılığı engellemenin maliyet artışına sebep olacağı gerekçesiyle bu ayrımcılığı savunmasının mümkün olmayacağı' vurgulanmıştır. Karar, hem cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığın somutlaştırılması hem de kısmi zamanlı çalışmanın da ayrımcılık unsuru teşkil etmemesine zemin oluşturması bakımından önem taşımaktadır. Benzer bir karar olan *Schonheit*⁶⁷ davasında da çalışma süresi farkına dayanmaksızın, emekli maaşlarındaki farklılık nedeniyle yarı zamanlı çalışanların tam zamanlı çalışanlara kıyasla daha az maaş aldığı ve yarı zamanlı çalışanların %88'inin kadın olduğunu gösteren istatistiki veriler ışığında Mahkeme, düzenlemenin tarafsız olmasına rağmen, kadınları erkeklere göre çok daha olumsuz etkilemesi sebebiyle cinsiyet temelinde dolaylı ayrımcılığa dair bir karine doğduğunu kabul etmiştir.

Cinsel yönelim ile ilişkili olan *Richards*⁶⁸ davasında ise, cinsiyet değiştirme ameliyatı yoluyla erkeklikten kadınlığa geçen başvuru, İngiltere'de kadınların emekliliğe hak kazanma yaşı olan 60 yaşına geldiğinde emekli olmak için başvuruda bulunmak istemişse de başvuru talebi, benzer bir durumda olan kişilere göre istenmeyen muamele görmemiş olduğu gerekçesiyle Hükümet tarafından reddedilmiştir. Hükümet, bu davada ele alınacak emsal kişinin 'erkekler' olduğunu, zira başvuru hayatını bir erkek olarak yaşamış olduğunu ileri sürmüştür. Ancak ABAD, ulusal hukuka göre bir bireyin cinsiyetini değiştirme hakkının tanınmış olması nedeniyle,

⁶⁷ ABAD, Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker v. Land Hessen, C-4/02 ve C-5/02, 23.10.2003, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0004>).

⁶⁸ ABAD, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, 27.04.2006, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62004CJ0423&qid=1656061474057>).

doğru emsal kişinin ‘kadınlar’ olduğunu belirlemiş ve dolayısıyla, kendisine daha yüksek bir emeklilik yaşı uygulanmak suretiyle başvurucunun diğer kadınlara kıyasla daha zararına muamele gördüğüne hükmetmiştir. Karar, sosyal güvenlik hukuku ve cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin önemli bir yer teşkil etmektedir.

AİHM kararları bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmek için öncelikle ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen işlemin, eylemin ya da eylemsizliğin amacı ile sonucu arasındaki ilişkiye bakmak gerekmektedir. AİHM’e göre, bir muameledeki farklılık, “objektif ve makul bir gerekçeye sahip değilse” ya da “meşru bir amaç” izlenmemişse ayrımcılık söz konusudur. AİHM öncelikle, emsal kişi veya grup ile bir kıyaslama yapmakta, bunun neticesinde farklı bir muamele olduğu sonucuna ulaşırsa, bu farklılığın nesnel ve makul bir nedene dayanıp dayanmadığını inceleme aşamasına geçmektedir⁶⁹.

Ebeveyn iznine ilişkin *Petrovic v. Avusturya*⁷⁰ kararında başvurucu baba, eşinin çalışmaya devam ettiğini ve kendisinin çocuğa bakmak için ebeveyn izni aldığını ancak Avusturya yasalarına göre ebeveyn izni ödeneğinin yalnızca anneye veriliyor olması sebebiyle cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kaldığını belirterek Mahkeme’ye başvurmuştur. Mahkeme, nesnel ve makul bir gerekçe olmaması, meşru bir amaç gütmemesi halinde yapılan farklı muamelenin ayrımcılık teşkil edeceğini vurgulamış, annelik izninin ve buna ilişkin ödeneklerin, annenin doğum yorgunluğunu atması ve bebeğini emzirebilmesi için olduğunu, ebeveyn izninin ve ödeneğinin ise sonraki dönemde evde kalarak bebeğe şahsen bakmaya ilişkin olduğunu belirterek, bu noktada her iki ebeveynin de benzer niteliklere sahip olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, davaya konu uygulamanın cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte ebeveyn izninin, olay tarihi itibarıyla yeni bir uygulama olması ve bu tür uygulamaların babaları da kapsayacak şekilde gelişmesine ilişkin adımların yeni yeni atılmaya başladığını belirterek, Avusturya’nın bu konuda oldukça ilerici bir yaklaşıma sahip olması ve bu geçişi kademeli bir şekilde yapıyor olması sebebiyle devletin takdir marjı içinde kaldığına ve ihlalin olmadığına karar vermiştir.

⁶⁹ Kaçan, 2019, s. 46.

⁷⁰ AİHM, Case of Petrovic v. Austria, B. No: 20458/92, 27.03.1998, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22petrovic%20v%20austria%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-58146%22%22%7D>).

Ebeveyn izni ve buna bağlı haklara ilişkin 2012 tarihli *Konstantin Markin v. Rusya*⁷¹ kararında ise erkek ve asker olan başvuruçunun, boşandıktan sonra çocuklarına bakmak için ebeveyn iznine ayrılma talebinin reddedilmesi ve Rus hukukunda özel sektörde çalışan babaların, ergin olmayan çocukları ile ilgilenmek için üç yıllık bir babalık izni ile bu dönemin bir bölümü için aylık bir ödenek alma hakkı bulunurken, kadın askerlere de bu hakkın tanınmış olmasına karşın, radyo operatörü olarak orduda çalışan başvuruçunun talebi, yasanın kendisine böyle bir hak tanınmamış olması gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuruçunun amirleri, ailevi zorlukları nedeniyle kendisine, yaklaşık olarak iki yıllık bir babalık izni vermiş ve ekonomik yardımda bulunmuşlarsa da başvuruçunu, yürürlükteki mevzuatın Anayasa'da ifade edilen eşitlik ilkesi ile uyumsuz olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ancak ve başvurusu, Anayasa Mahkemesi tarafından, erkek askerlere babalık izni verilmesinin yasaklanmasının, askerlerin özel hukuki statülerinden ve yüksek oranda askerin kendi görevlerini yerine getirme imkansızlığına düşmesini engelleme zorunluluğundan kaynaklandığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, askerlerin kendi askeri statülerine bağlı yükümlülükleri bilerek yerine getirdiklerini ve çocuklarıyla ilgilenmeye karar vermeleri durumunda askerlikten erken ayrılma haklarının olduğunu, kadınların orduda temsil edilmelerinin zayıf olmasından ve doğuma bağlı olarak kadınlara biçilen özel sosyal rolden dolayı, babalık izni hakkının kendilerine istisnai olarak verildiğini belirtmiştir. AİHM ise bu farklı muamelenin, kadının çocuğun eğitiminde oynadığı rol ile haklı gösterilemeyeceğine, Çağdaş Avrupa toplumunda, çocukların eğitimi konusunda kadınlar ile erkekler arasında paylaşımın daha eşit bir şekilde yapıldığına, söz konusu farklı muamelenin, kadınlar lehine bir pozitif ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceğine çünkü kadınların toplumda maruz kaldıkları dezavantajlı durumu düzeltme amacı taşımadığına, bu farklı muamelenin hem kadınların kariyeri hem de erkeklerin aile yaşamları için bir engel teşkil ettiğine, toplumda cinsiyetler arasında rollerin geleneksel olarak paylaşılmasının, orduda çalışanlar dahil olmak üzere erkeklerin babalık izninden muaf olmalarını haklı gösteremeyeceğine yer verilmiş, ayrıca Hükümet'in erkek askerlere babalık izni verilmesinin, silahlı kuvvetlerin operasyonlardaki etkililiğine ve savaş gücüne zarar vereceği yönündeki

⁷¹ AİHM, *Konstantin Markin v. Russia*, B. No: 30078/06, 22.03.2012, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22konstantin%20markin%20v%20russia%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-109868%22%5D%7D>).

argümanlarının ikna edici olmadığı, bir grup şahsa cinsiyeti nedeniyle uygulanan bu genel ve otomatik sınırlamanın, devletin kabul edilen takdir yetkisinin kapsamından çıkma olduğu belirtilerek başvuruçunun, makul veya objektif bir neden olmaksızın cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldığına karar verilmiştir. Görüldüğü gibi AİHM, ebeveyn izninden yararlanma hakkının her iki ebeveyne de tanınması konusundaki görüşünü yinelemiş ve kamu-özel sektör çalışanları ayrımı yapılmaması gerektiğine de dikkat çekmiştir. Ancak Mahkeme, ulusal güvenlik konusunda ordunun önemini dikkate alarak, ayrımcı olmamak şartıyla, hiyerarşik pozisyonu, teknik niteliklerinin ender bulunması veya arazide askeri operasyonlara katılması gibi faktörler nedeniyle, izne ayrılacak personelin yerine başkasının görevlendirilmesinin kolay olmadığı durumlarda babalık iznine bazı sınırlamalar getirilmesinin haklı kabul edilebileceğini de eklemiştir.

Mesleki gereklilikler çerçevesinde cinsiyete dayalı farklı muamelenin ele alındığı Emel Boyraz v. Türkiye⁷² kararında ise TEDAŞ'ın Batman Şubesi'ne güvenlik görevlisi olarak atanan başvuruçunun, atama bildiriminden sonra, TEDAŞ Batman Şubesi insan kaynakları birimi tarafından, "erkek olma" ve "askerlik görevini tamamlamış olma" şartlarını taşımadığı gerekçesiyle atanmadığı yönünde bilgilendirilmiştir. TEDAŞ'ın atama işleminin iptali kararında, güvenlik görevlilerinin şehir merkezlerinden uzakta kırsal alanlarda bulunan depoları, şalt sahalarını ve trafo merkezlerini saldırılara karşı ve yangın ve sabotaj durumlarında koruma görevleri olduğu, ayrıca güvenlik görevlileri gece ve gündüz çalışmak ve saldırı halinde uzun namlulu silahlar dâhil olmak üzere silah ve fiziksel güç kullanmak zorunda olduklarından kadınların güvenlik görevliliği işine uygun olmadığı belirtilmiştir. Başvuruçunun açmış olduğu davada İdare Mahkemesi, TEDAŞ Batman Şubesinin kararını iptal etmiş, "askerlik görevini tamamlamış olma" şartının yalnızca erkek adaylar için geçerli olduğunun düşünülmesi gerektiğini ve TEDAŞ'ta kadınların güvenlik görevlisi olarak çalışmalarına daha önce bir sınır konmadığını belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, başvuruçunun aynı nedenlerden TEDAŞ aleyhine dava açan başka bir kadının davayı açtıktan sonra güvenlik görevliliğine atandığını belirtmiştir. İdare Mahkemesi'nin kararı üzerine işine devam eden başvuruçunun, eşinin Elazığ'da yaşıyor ve çalışıyor olması nedeniyle TEDAŞ Elazığ Şubesi'ne tayin edilmiş ancak

⁷² AİHM, Emel Boyraz v. Turkey, B. No: 61960/08, 02.12.2014, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22emel%20boyraz%20v%20turkey%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%222001-148271%22%5D%7D>).

TEDAŞ tarafından karara itiraz edilmiş ve Danıştay'dan Ankara İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasını ve daha sonra söz konusu kararın bozulmasını talep etmiştir. Danıştay, İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuş ve söz konusu görev için aranılan askerlik görevini tamamlamış olma şartının erkek adaylar için geçerli olduğunu ve bu şartın görevin mahiyeti ve kamu çıkarları doğrultusunda meşru olduğuna hükmetmiş ve karar üzerine başvurusunun görevi sona erdirilmiştir. AİHM'nin değerlendirmesinde ise, "özel hayat" kavramının kişisel kimlikle ilgili ve kişinin cinsiyetinin, kimliğinin ayrılmaz bir parçası olduğu, bu nedenle sadece cinsiyete dayanarak işten çıkartma kadar zorlayıcı bir tedbirin, kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahip olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu nedenle, başvurusunun sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğine, Hükümet'in iddia ettiği gibi başvuranın kamu sektöründe başka bir işe girebileceği kabul edilse dahi, bu durumun başvuranın cinsiyeti nedeniyle işten çıkartılmasının ve devam eden yargılamaların özel hayatı üzerinde meydana geldiği iddia edilen yıkıcı etkiyi silmede yeterli olmayacağına, söz konusu muamele farklılığının, meşru bir hedef güttüğünün kanıtlanmamış olması sebebiyle cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğine hükmetmiştir. Karar, ateşli silah kullanma ve gece çalışma gibi görev tanımlarının, kadın çalışanlar tarafından yapılamayacağı önyargısı ve toplumsal cinsiyet kabullerinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açtığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır⁷³.

Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin *Jurcic v. Hırvatistan*⁷⁴ kararında, tüp bebek uygulamasından on gün sonra iş sözleşmesi imzalayan ancak hamileliğe bağlı komplikasyonlar nedeniyle hastalık iznine ayrılan ve yapmış olduğu sağlık sigortası başvurusu, ilgili idare tarafından iş sözleşmesinin hayali olarak nitelendirilerek reddedilen başvurusunun, kadın doğum uzmanı bilirkişinin, başvurusunun işe başladığı sırada sağlıklı olduğu ve tüp bebek uygulamasının başarılı sonuçlanıp sonuçlanmayacağını öngörülemeyeceği yönündeki raporu doğrultusunda, hükümetin başvurusunun yalnızca sağlık sigortasından yararlanmak üzere iş sözleşmesi imzaladığı ve bu nedenle iş sözleşmesinin hayali olduğu kabulünün, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğine hükmedilmiştir.

⁷³ Şimşek, s. 504.

⁷⁴ AİHM, *Jurcic v. Hırvatistan*, B. No: 54711/15, 04.05.2021, (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-207633%22%7D>).

AİHM'nin hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi halinde, emsal kişi kıyaslamasına gerek olmaksızın, yalnızca kadınların hamilelik sebebiyle bu tür bir muameleye maruz kalabilecek olmalarından dolayı, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yönünde karar verdiği görülmektedir. Ancak iş sözleşmesi feshedilmeksizin çalışma koşullarında değişiklik yapılmasına ilişkin *Napotnik v. Romanya*⁷⁵ kararında, başvurucunun peş peşe iki hamileliği sebebiyle izne ayrılması ve konsoloslukta, durumu aciliyet arz eden vatandaşlara yardım ile görevli olması sebebiyle, izne ayrılmasının konsolosluk faaliyetini sekteye uğrattığına, bu nedenle Hükümet tarafından konsolosluktaki görevinin sonlandırılarak Romanya'da Dışişleri Bakanlığı bünyesinde farklı bir pozisyonda görevlendirilmesinin hamilelik sebebiyle olduğunu kabul etmekle birlikte bu kararın başvurucuyu zor duruma sokma amacı taşımadığına ve diplomatik misyonun işlevsel kapasitesini sağlamak ve sürdürmek, nihayetinde başkalarının haklarını korumak amacıyla yerel makamlarca alınan tedbirin haklı ve gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu kararda, iş sözleşmesinin feshedilmesi ile çalışma koşullarında değişiklik yapılmasının eş değer kabul edilemeyeceği vurgulanmış ve bu nedenle kadın çalışanın iş sözleşmesi feshedilmeksizin çalışma koşullarında değişiklik yapılması, ayrımcılık olarak değerlendirilmemiştir. Ancak her ne kadar söz konusu kararda başvurucunun görevinin aciliyet arz etmesi sebebiyle çalışma koşullarında yapılan değişikliğin ayrımcılık teşkil etmediği görüşüne katılsak da hamilelik sebebiyle çalışma koşullarında değişiklik yapılabilmesi noktasında da takdir marjı dar yorumlanmalı ve somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Aksi takdirde kadın çalışanları zor durumda bırakacak değişiklikler, iş sözleşmesinin feshedilmemiş olması sebebiyle ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecek ve keyfi uygulamalara yol açabilecektir.

AİHM'nin cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin yaklaşımı bakımından temel teşkil eden, eşcinsel olmaları sebebiyle haklarında yürütülen soruşturma neticesinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı'ndaki görevleri sonlandırılan başvuruçular *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık*⁷⁶

⁷⁵ AİHM, *Napotnik v. Romania*, B. No: 33139/13, 20.01.2020, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22napotnik%20v%20romania%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-205222%22%5D%7D>).

⁷⁶ AİHM, *Smith and Grady v. United Kingdom*, B. No: 33985/96 ve 33986/96, 27.09.1999, (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22smith%20and%20grady%20v%20united%20kingdom%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-205222%22%5D%7D>).

kararında, yürütülen soruşturmanın başvuruçuların özel hayatına müdahale teşkil ettiğine, Hükümet tarafından silahlı kuvvetlerin savaşıma gücüne ve operasyonel etkililiğine tehdit olarak nitelendirilen hususların, münhasıran heteroseksüel personelin eşcinsel yönelimli personele yönelik olumsuz tutumlarına dayandığına ve bu olumsuz tutumların, başvuruçuların haklarına müdahale için yeterli gerekçe olarak kabul edilemeyeceğine; silahlı kuvvetlerin eşcinsellere yönelik politikasını değiştirmesinin savaşıma gücü ve moral bakımından zararlı olacağı iddiasının somut kanıtlara dayanmadığına, silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin bulunması sonucunda böyle bir zarar doğduğunu kanıtlayacak delil bulunmadığına ve Hükümet'in silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasına karşı benimsemiş olduğu politikayı ve bu politika sonucunda başvuruçuların silahlı kuvvetlerden atılmasını meşru kılacak ölçüde ikna edici ve itiraz edilemez gerekçeler sunamadığına karar verilmiştir.

III. TÜRK HUKUKUNDA İSTİHDAMDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Türkiye, ILO ve Avrupa Konseyi'ne üye, AB'ne ise aday üye ülke olması sebebiyle, yukarıda değinilen sözleşmelerin çoğuna taraftır. Bu nedenle uluslararası hukuk normlarına paralel olarak iç hukukta da istihdamda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

A. İlgili Mevzuat

Türk hukukunda ayrımcılık yasağı bakımından ilk olarak Anayasa'nın 10. maddesine bakılmalıdır. Kanun önünde eşitlik başlığı taşıyan madde hükmünde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir⁷⁷. 2004 yılında ise maddeye "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür" ibaresi eklenmiştir⁷⁸. 2010 yılında ise, bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik

20v.%20uk%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58408%22})).

⁷⁷ RG, 20.10.1982, S. 17844.

⁷⁸ RG, 22.05.2004, S. 25469.

ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı eklenmiştir⁷⁹. Anayasanın bağlayıcılığının düzenlendiği 11. madde doğrultusunda, 10. madde hükmünün yalnızca devlet-birey arasındaki dikey ilişki çerçevesinde değil, özel hukuk ilişkilerinde yatay düzeyde de uygulanacağı anlaşılmaktadır. Eşitlik ilkesinin hukukun genel ilkeleri arasında yer alması sebebiyle, Anayasa'da bu hükme yer verilmemiş olsaydı dahi iş ilişkilerinde eşitlik ilkesinin uygulanması gerekecektir⁸⁰.

Çalışma hakkı ve ödevinin düzenlendiği 49. maddede ise herkesin, çalışma hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, çalışma şartları ve dinlenme hakkına ilişkin 50. maddede küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları düzenlenmiştir.

4857 s. İş Kanunu⁸¹'nin eşit davranma ilkesi başlığını taşıyan 5. maddesi de AY. m.10'un iş hukukundaki yansıması olup, iş hukukunda ayrımcılık yasağının temelini oluşturmaktadır. Madde metni şu şekildedir:

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kalmadıkça, 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 özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan

⁷⁹ RG, 13.05.2010, S. 27580.

⁸⁰ Süzek, s. 455.

⁸¹ RG, 10.06.2003, S. 25134.

başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekte yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlü olur.”

Madde hükmüne göre ayrımcılık iddiasını ispat yükü işçidedir ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlü olacaktır. İş Kanunu m.5'te düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, dar bir yorumla işverenin çalışanlar arasında ayırım yapmama yükümlülüğü şeklinde değerlendirilmemelidir. Nitekim farklı niteliklere sahip çalışanların şekli anlamda eşit koşullara tabi tutulmaları da eşitsizliğe yol açacağından, farklı özellikler taşıyan çalışanlar arasında yapılan ayırım, maddi anlamda eşitlik sağlanmasına imkan verecektir⁸². Bu doğrultuda işverenin eşit davranma borcunun mutlak bir eşit davranma yükümlülüğü olduğu söylenemeyecektir. Bununla birlikte ırk, din, cinsiyet, siyasi görüş vb. sebeplerle ayırım yapmama yükümlülüğü şekli anlamda eşitlik niteliğinde olup, mutlaktır⁸³.

Kanun'un 18. maddesinin d ve e bentlerinde ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler ile 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemenin geçerli nedenle fesih sebebi oluşturmayacağına yer verilmiştir.

Kanun'un 72. maddesinde yer ve su altında çalıştırma yasağı başlığı altında, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık içeren bir hüküm olmakla birlikte ILO düzenlemeleri ile de uyum göstermektedir.

Kanun'un 73. maddesinde ise gece çalıştırma yasağı düzenlenmekte ve madde hükmünde on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında

⁸² Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 426.

⁸³ Mollamahmutoğlu, s. 431.

çalışmasına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle ÇSGB (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından yönetmelikle gösterileceği düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁸⁴ ile kadın çalışanların her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları düzenlenmiştir. Yönetmelik'te ayrıca, işverenlerin gece postalarında çalışacak kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden, işyerine götürme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Yönetmelik'in 9. maddesinde gebelik ve analık durumunda çalıştırılma yasağı düzenlenmiştir.

Kadınların çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalmalarına yol açan en önemli etkenlerden biri de hamilelik ve analık iznidir. Kadın çalışanların hamilelik veya analık iznine çıkmalarının işveren tarafından ek maliyet olarak değerlendirilmesi sebebiyle kadınlar, iş görüşmelerinde hamile olup olmadıkları veya yakın zamanda çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmedikleri sorularıyla muhatap olmaktadır⁸⁵. Ancak yapılacak iş, spor hocalığı, mankenlik gibi hamile bir kadının yapamayacağı bir iş niteliği taşımadıkça⁸⁶ böyle bir sorunun sorulması özel yaşama müdahale niteliği taşımaktadır⁸⁷. Hamilelik ve analık halinin kadınların cinsiyet ayrımcılığına maruz kalmasına yol açması sebebiyle gerek uluslararası düzenlemelerde gerek iç hukukta, bu dönemde kadın çalışanı korumaya yönelik hükümlerin ihtiva edildiği görülmektedir.

İş Kanunu'nun analık halinde çalışma ve süt izninin düzenlendiği 74. maddesinde hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verileceği, hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılacağı ve bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca isteği halinde

⁸⁴ RG, 24.07.2013, S. 28717.

⁸⁵ Eda Manav, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2013), s. 747.; Terzioğlu ve Aksöz, s. 278.

⁸⁶ Emine Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", *TBB Dergisi*, Özel S. (2017), s.246.

⁸⁷ Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008, s.233.; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020, s.251.; Ertuğrul Yuvalı, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013/106 (2013), s. 98.; Cin Karagöz, 2017, s. 33.

kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği, bu iznin üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene verileceği, bu sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı ve kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceği, bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçinin belirleyeceği, bu sürenin günlük çalışma süresinden sayılacağı belirtilmiştir. Hüküm nispi emredici hüküm niteliğinde olup, işverenin inisiyatifine bağlı değildir. Böylelikle hamilelik ve doğum sonrası dönemde anne-bebek sağlığı ve ilişkisinin korunması amaçlanmıştır⁸⁸.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik⁸⁹'te de analık izni hakkı, çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı, altı aya kadar ücretsiz izin hakkı, kısmi süreli çalışmayı talep etme hakkına yer verilmiştir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁹⁰'te de kadın çalışanların, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren gece çalışmasına zorlanamayacakları, yeni doğum yapmış çalışanın ise doğumu izleyen bir yıl boyunca, bu sürenin sonunda da sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmayacağı, gebe veya emziren kadınların günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları, gebe çalışanlara gebelikleri süresince periyodik kontrolleri için ücretli izin verileceği ve işverenlerin oda ve yurt açma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak çocuğun bakımını kadının üstlenmesi yönündeki geleneksel bakış açısı doğrultusunda şekillenen sosyal politika ve bu noktada sağlanacak desteğin devlet tarafından üstlenilmesi yerine işverene sorumluluk yüklenmesi, işverenlerin kadın istihdamına mesafeli yaklaşmasına yol açmaktadır⁹¹. Kanaatimizce de Yönetmelik'in kadın çalışanlara yönelik bir hak olarak düzenlenmiş olması, erkek çalışanın bu haktan yararlanabilmesinin, eşinin ölmüş veya boşanmış ve çocukların velayeti kendisine verilmiş olması koşuluna bağlanmış olması cinsiyete dayalı

⁸⁸ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2021, s. 824.; Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 283.

⁸⁹ RG, 08.11.2016, S. 29882.

⁹⁰ RG, 16.08.2013, S. 28737.

⁹¹ Erdoğan, "İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet", s. 461.

ayrımcılık teşkil etmektedir. Nitekim bu yaklaşım, hem çocuğun bakımına ilişkin sorumluluğun anneye ait olduğu kabulüyle toplumsal cinsiyet rollerini desteklemekte hem de erkek çalışanı bir haktan yararlanabilmek için, özel hayatına dair bilgileri paylaşma mecburiyetinde bırakmaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemenin, kadın çalışanlar üzerinden şekillendirilmesinin isabetli olmadığını söylemek mümkündür.

6701 s. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun istihdam ve serbest mesleği düzenleyen 6. maddesinde işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilendirme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağına yer verilmiştir. Ayrıca maddede işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceği düzenlenmiştir. Madde hükmünde, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdamın da bu hükme tabi olduğu düzenlenmiştir. İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyecek hallerde verilen örnekler arasında yer almaktadır (m.7).

1475 s. mülga İş Kanunu'nun yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesinde⁹² de kadın çalışanın evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi rızasıyla iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, evlilik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren kadının maddi sıkıntı yaşamaması amacı taşısada da, toplumsal kabuller nedeniyle kadınların evlendikten sonra çalışma hayatından kopmasına yol açabilecek olması bakımından eleştirilmektedir⁹³.

⁹² RG, 01.09.1971, S. 13943.

⁹³ Tankut Centel, "Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 15 (2009) s. 6.; Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 291.; Gökçeoğlu Balcı, 2017, s. 1272.

İlgili düzenlemelerin yanı sıra 2009 yılında 5840 s. Kanun⁹⁴ ile TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi) bünyesinde Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu kurulmuştur. Kanun'un amaçları arasında, kadın haklarının korunması ve geliştirilmesinin yanı sıra, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki gelişmeleri izlemek, bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni bilgilendirmek de yer almaktadır.

B. İstihdamda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Yargı Kararları

Türk hukukunda, taraf olunan uluslararası örgütler ve sözleşmeler doğrultusunda düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak ilgili düzenlemelerin, iş hukukunda cinsiyete dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesinde ne ölçüde etkili olduğunu görebilmek için yargı kararları incelenmelidir.

Eş değerde işe eşit ücret ilkesinin ele alındığı bir Yargıtay kararında⁹⁵ uyuşmazlık konusu, davacı çalışanın aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret istemi oluşturmaktadır. İlk derece Mahkemesince yapılan inceleme sonucunda, erkek işçiler arasında da ücret konusunda farklılıklar olduğu, hatta davacıdan daha düşük ücret ile çalışan erkek işçilerin dahi olduğu tespit edilmiş ve emsal işçilerin ücret ve zam tabloları göz önüne alındığında davacıya bu konuda bir ayırım yapıldığına dair delil bulunmadığına, işverenin asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla zam yapmasını öngören yasal bir zorunluluğun bulunmaması ve iş sözleşmesinde de zam yapılmasının kararlaştırılmadığına, özel bir nedene dayanmadan performans, verimlilik vb. kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesinin işverenin yönetim yetkisi kapsamında kaldığına ve esasen daha fazla efor sarf eden, daha verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesinin de eşitliğin gereği olduğuna ve sonuç itibarıyla cinsiyet ayırımından dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığına karar verilmiştir. Yargıtay ise, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış olmasına karşın işverenin eşit işe eşit ücret ödememesinin eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna ve ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna karar vermiştir.

⁹⁴ RG, 24.03.2009, S. 27179.

⁹⁵ Y. 9. HD., E.2017/16279, K.2020/10415, 5.10.2020, (Yargıtay Karar Arama)

Hamilelik sebebiyle iş sözleşmesinin feshine ilişkin Yargıtay kararında⁹⁶, davacının haksız olarak işten çıkarıldığı, feshin gerçek nedeninin hamileliği olduğu ve bu nedenle ayrımcılığa uğradığı iddiasına karşı işveren, davacı çalışanın muhtelif zamanlarda sözlü olarak uyarılmasına rağmen çalışma arkadaşlarıyla uyum ve iletişim problemleri yaşadığını, yöneticisine karşı saygı çerçevesinde kalmayan konuşmalar yaptığını ve görevlerini tamamlamadığını bu nedenle işten çıkarıldığını ayrıca hamilelik sebebiyle işten çıkarıldığı iddiasının doğru olmadığını savunmuştur. Yargıtay tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, mail yazışmalarına göre davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının hamileliğini davalı işverene bildirmesinin ardından davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle işverence iş sözleşmesinin feshedildiği tespit edilmiş ve davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucu ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna karar verilmiştir.

Hamilelik sebebiyle ayrımcılığa ilişkin bir başka Yargıtay kararında⁹⁷ ise, özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılığın mutlak ayırım yasakları arasında sayıldığına vurgu yapılarak, davacının hamile olduğu için önce işyerinin değiştirilmesi, sonrasında ise doğum iznindeyken iş sözleşmesinin bu sebeple feshedilerek iki ayrı işlemle cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmasına, bu şekilde yapılan ayrımcılığın ağırlığı dikkate alındığında işçinin dört aylık ücreti tutarında ayırım tazminatına hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir. Bu karar aynı zamanda hamile çalışanların çalışma koşullarında yapılan değişikliğin keyfi olmaması gerektiğine dikkat çekilmesi bakımından da önem taşımaktadır.

Hemşirelik Yüksekokulu mezunu olan davacının, erkek olması nedeniyle hemşire olarak atamasının yapılmamasına ve tercih kılavuzunda kadın olma şartının aranmasının ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin bireysel başvuruda⁹⁸ AYM, profesyonel bir meslek olan hemşirelikte cinsiyet ayırımına gidilmesinde kamu yararı olmadığına ve erkeklerin bu mesleği icra edememeleri için hiçbir neden bulunmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca, cinsiyete dayalı ayrımların Anayasa'da, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı

⁹⁶ Y. 9. HD., E. 2016/1423, K.2019/11167, 15.05.2019, (Yargıtay Karar Arama)

⁹⁷ Y. 22. HD., E.2014/35784, K.2016/7033, 9.3.2016, (Yargıtay Karar Arama)

⁹⁸ AYM GK, E.2006/166, K.2009/113, 23.7.2009, (AYM Kararlar Bilgi Bankası)

olduğuna, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceğine, erkeklerin hemşire olabilmesine engel oluşturan kuralın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında esas alınması gereken ölçülülük ilkesine ve çalışma hürriyetine aykırı olduğuna dikkat çekilmiştir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen 'yasa önünde eşitlik ilkesi'nin hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu ve bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğü, hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kuralların, cinsiyet ayrımcılığına yol açtığına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar verilmiştir. Mesleki gerekliliklere ilişkin bu karar, aynı zamanda bazı mesleklerin bir cinsiyete özgülenmesi ile toplumsal cinsiyet rollerinin dışına çıkılması bakımından da önem taşımaktadır.

Benzer şekilde Danıştay'ın, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzununun 252 kodunda yer alan ve Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatına mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, "cinsiyeti erkek olmak" ibaresini içeren düzenlemenin ayrımcılık teşkil ettiğine ilişkin kararında⁹⁹, kamu hizmetine alınmada erkeklerle eşit muameleye tabi tutulmaları gereken kadınların Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı olarak bu haktan yoksun bırakmalarına neden olacak şekilde mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için, erkek olma şartının aranmasının hukuka uygun olmadığına ve iptalinin gerektiğine karar verilmiştir.

Cinsel yönelim sebebiyle askeri rütbenin geri alınması ve TSK'dan ihraca ilişkin 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye karşı Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin yapmış olduğu başvuruda¹⁰⁰ AYM, ilgili maddede yer alan "Bir kimseyle gayrî tabî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir" ibaresinin ayrımcılık teşkil etmediğine, bu durumda kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp

⁹⁹ Danıştay 12. D., E.2004/4382, K.2006/539, 22.2.2006, (Danıştay Karar Arama)

¹⁰⁰ AYM GK, E.2015/68, K.2017/166, 29.11.2017, (AYM Karar Arama)

TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olması ve sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olması sebebiyle askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediğine, özel hayatın gizliliği hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kuralın, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülü olduğuna, özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturmadığına karar verilmiştir. AİHM'nin *Smith ve Grady v. Birleşik Krallık* kararıyla benzerlik göstermesine ve kararın üzerinden geçen yaklaşık yirmi yıla rağmen, TSK bakımından ele alındığında tutumun değişmediği gözlemlenmektedir. Ancak AYM'nin kararında, *Smith ve Grady* kararında da dikkat çekildiği üzere, farklı cinsel yönelimi sebebiyle askeri personelin operasyonel verimi azaltacağına dair somut veriler ortaya konmamış olması ve Türk askeri disiplininin etkisi sonucu oluşan bir ön kabulde karar verildiği, bu yaptırımın, özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin yeterli hukuki dayanağa yer verilmediği belirtilmelidir.

Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa ilişkin bir başka bireysel başvuruda¹⁰¹ ise bir ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmenliği yapmakta iken okul hademesine eş cinsel ilişki teklif ettiği, bazı kişilerle bu şekilde ilişkide bulunduğu yönündeki iddiaya istinaden başvuru hakkında başlatılan soruşturma neticesinde, okul müstahdeminin, başvuruçunun kendisine okulda eş cinsel ilişki teklifi yaptığını, kendisinin bunu kabul etmeyerek durumu okul müdürüne bildirdiğini söylemesi, kasaba halkından iki kişinin, başvuruçunun kendilerine eş cinsel ilişki teklifinde bulunduğunu belirtmesi ve bunlardan birinin başvuruçuyla ilişkiye girdiğini ifade etmesi, başvuruçuyla aynı okulda görev yapan bir öğretmenin, başvuruçunun kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkisinin olduğunu öğrencilerden ve öğrenci velilerinden duyduğunu beyan etmesi, başvuruçunun da ifadesinde kasaba halkından kişilerle eş cinsel ilişkilerde bulunduğunun doğru olduğunu beyan etmesi sonucu, Millî Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu tarafından başvuruçunun görevine son verilmiştir. Daha sonra başvuruçunun 22/6/2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben Millî Eğitim Bakanlığına başvurmuş ve mesleğine iade

¹⁰¹ AYM, Z. A. Başvurusu, B. No:2013/2928, 18.10.2017, (AYM Kararlar Bilgi Bankası).

edilmesini talep etmişse de talebi, öğretmenlik görevi esnasında yaptığı fiilden dolayı yeniden öğretmenliğe atanmasının uygun bulunmaması sebebiyle reddedilmiştir. AYM, bireysel başvuruya konu idari işlemde başvurucunun yeniden öğretmenliğe atanma talebinin cinsel yönelimi nedeniyle değil soruşturmaya konu fiilleri nedeniyle reddedildiğini, bu nedenle başvurucuya farklı bir muamelede bulunulmadığını, atamaya yetkili makamın öğretmenlik mesleğine atanma talebini reddederken başvurucunun daha önceki disiplin cezasına konu eylemini, sadece söz konusu kadronun gerektirdiği kişisel niteliklerden birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için dikkate aldığı sonucuna ulaşıldığını ve çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat nazara alındığında kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğunu ve bu husustaki takdir yetkisinin sınırlarının aşılmadığını belirterek, başvuru konusu olayda özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak incelenen eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu kararda AYM tarafından MEB (Milli Eğitim Bakanlığı)'na, başvurucunun Bakanlık bünyesinde öğretmenlik dışında başka bir göreve atanmasının mümkün olup olmadığının sorulması önem taşımaktadır. Bakanlık bu soruya, Milli Eğitim Bakanlığının öncelikli görevinin eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yürütülmesi olduğu, Bütçe Kanunu ile kullanım izni verilen kadroların kullanımının eğitim kurumlarının öğretmen ihtiyacının karşılanması için planlandığı ve eğitim-öğretim hizmetleri sınıfı dışındaki hizmet sınıfına atanmak isteyenlerin taleplerine olumsuz yanıt verildiği şeklinde cevap vermiştir. Bu kararda başvurucunun cinsel yönelimine değil, okul hizmetlisine ve kasaba halkına eşcinsel ilişki teklifinde bulunma fiiline ve bunun öğrenciler ve veliler tarafından öğrenilmesine vurgu yapılması önem taşımaktadır. Başvurucunun öğretmen olması sebebiyle, çocuklara örnek teşkil etmesine karşın özel hayatının öğrenciler ve veliler tarafından fazlasıyla biliniyor olması öğretmenin itibarını zedeleyecek ve çocuklara olumsuz örnek teşkil etmesine yol açabilecektir. Bu nedenle başvurucunun öğretmenlik görevine devam etmemesi yönündeki karar isabetli kabul edilebilecektir. AYM'nin de yaklaşımında olduğu gibi başka bir birimde görevlendirilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte söz konusu olayda başvurucunun İş Kanunu'na tabi bir özel hukuk çalışanı olması ihtimali çerçevesinde değerlendirme yapılacak olursa, okul hizmetlisine eşcinsel teklifte bulunması işyerinde taciz olarak değerlendirilebilecek ve haklı nedenle fesih sebebi teşkil ettiği söylenebilecektir.

Türkiye’de mevzuat düzeyinde uluslararası düzenlemelerin takip edildiği görülmekle birlikte yargı kararlarında da özellikle kadınlara karşı cinsiyet sebebiyle ayrımcılığa ilişkin uyuşmazlıklarda ispat yükü bakımından kadın çalışanlar lehine yorum yapıldığını söylemek mümkündür. Gerek mevzuatta yer alan düzenlemeler gerek yargı kararları toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin kalıp yargıları değiştirme noktasında yeterli olamamaktadır. Bu noktada eğitimin önemi kendini göstermektedir.

İş hukukunda eşitlik ilkesi, toplumun dezavantajlı konumda olan zayıf kesiminin de eşit muameleye tabi tutulması ihtiyacına ve adalet duygusuna dayanmaktadır¹⁰². Bunun bir tezahürü olarak, işverenin çalışanlar arasında hakkaniyete uygun muamelede bulunması gerekmektedir¹⁰³. AB’nin özellikle cinsiyet ayrımcılığını yasaklamaya ilişkin düzenlemelerinde de toplumsal cinsiyet temelinde yer alan rol ve karmaşadan, toplumun tüm bireylerinin arındırılması ve bireylerin kendi yeteneklerini ortaya koyabilmesinde fırsat eşitliğine dayanan bir toplum oluşturulmasının hedeflendiği görülmektedir¹⁰⁴. ILO’nun 156 sayılı Sözleşmesi¹⁰⁵,’nde de yer verildiği üzere kadınlara ve erkeklere eşit muamele ve fırsat eşitliğinin sağlanması için aile sorumlulukları ve toplumsal rollere ilişkin kamuoyunda bilgi ve eğitimin önemi muhakkaktır.

ILO’nun Uzmanlar Komitesi Raporu’nda¹⁰⁶ da, kamuda kadın istihdamının artmasını ve Hükümet’in, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarıyla ve kadına yönelik şiddetle mücadele etmek için farkındalık artırma, kreş ve çocuk bakımı sağlanması gibi iş ve aile sorumluluklarını dengeleyecek stratejiler, kadınlar için geleneksel olmayan alanlarda mesleki eğitim programları, işbaşı eğitimi ve girişimcilik eğitimi dahil olmak üzere, toplumsal cinsiyet eşitliğini geliştirmeye yönelik olarak geliştirilen ve uygulanan çok sayıda program, proje, önlem ve faaliyet hakkında sağladığı bilgilerin memnuniyetle karşılandığı belirtilmiştir. Bununla birlikte Rapor’da, toplumsal cinsiyet eşitliğinin desteklenmesine yönelik gelişmelere ve

¹⁰² Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.33.

¹⁰³ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2005, s.262.

¹⁰⁴ Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006/4 (2006), s. 70 (Eşitlik İlkesi).

¹⁰⁵ Bkz. dipnot 37.

¹⁰⁶ “Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanmasına İlişkin CEACR 2021 Raporu”, ILO, erişim, 21 Mart, 2022, s. 21, (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_776228.pdf).

kadınların işgücüne katılım oranlarındaki artışa değinilmiştir. Kadınların yeterli öğrenim-mesleki eğitim ile yüksek mevkiler dahil kayıtlı ve ücretli işlere erişimlerinin artırılması için, mevcut programlar da dahil olmak üzere, özel önlemler alınması gerektiği vurgulanmıştır. Komite ayrıca, kadınların toplumdaki rollerine ilişkin kalıp yargısal varsayımlarla mücadele etmek için önlemlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.

SONUÇ

Kadınların, nüfusun yarısını oluşturması ve çalışma hayatının dışında kalmalarının, ekonomik, sosyal ve toplumsal sorunlara yol açtığı fark edilmesi, özellikle dünya savaşlarından sonra erkek nüfusun silah altına alınmış olması sebebiyle kadın işgücüne ihtiyaç duyulması, kadınların eğitim seviyelerinin artması ve kendilerini geliştirme, ekonomik özgürlüklerini kazanma taleplerinin artması ve insan hakları bilincinin gelişmesiyle birlikte kadın istihdamı artmıştır. Dolayısıyla kadın istihdamı, yalnızca kadınların toplum içindeki rollerinin değişmesi, ekonomik özgürlük ve saygınlık kazanmaları bakımından değil, iktisadi büyüme ve güçlü aile yapısı ile sosyo-kültürel katkı sağlaması sebebiyle de önem taşımaktadır¹⁰⁷.

Kadınların istihdam oranları artmış olsa da kadınlara biçilen role ilişkin değişim sağlanmadıkça kadınların çalışma hayatında karşılaştıkları problemler de engellenemeyecektir. Bu nedenle kadınların gerek iş görüşmeleri sırasında gerek çalışma sürecinde düşük ücret, hamilelik ve annelik, önyargılar, aile içindeki sorumluluklar gibi pek çok problemle mücadele etmek durumunda kaldıkları ve ayrımcılığa maruz kaldıkları görülmektedir. Bu çerçevede iş hayatında kadınların korunması ve kadınlara fırsat eşitliği sağlanması amacıyla uluslararası asgari standartlar oluşturulması ve kadınları koruyucu hükümlere yer verilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Başta BM, ILO, Avrupa Konseyi ve AB olmak üzere pek çok uluslararası kuruluş, kadın haklarını korumaya ve kadın istihdamını artırmaya yönelik çalışmalara yer vermiştir.

Söz konusu düzenlemelerde, kadınların eşdeğerde iş karşılığında eşit ücret alabilmelerine, hamilelik ve analık sebebiyle kadınların iş sözleşmesinin feshedilemeyeceğine, aile sorumluluğu olan kadınların gece çalıştırılma sürelerine, kırsal kesimde çalışan kadınların sosyal güvenlik haklarına, kadınların meslek içi eğitimlerden yararlanabilmelerinin sağlanmasına

¹⁰⁷ Terzioğlu ve Aksöz, 2022, s. 272.

yönelik hükümlerin yanı sıra, bu düzenlemelerin toplumsal bakışı değiştirmedikçe yetersiz kaldığının fark edilmesiyle birlikte toplumsal cinsiyet kavramına da yer verilmiştir. Nitekim, toplumda kadına ve erkeğe yüklenen rol ve sorumluluklar sebebiyle, her ne kadar hukuken koruyucu hükümler tesis edilmiş olsa da istenilen sonuca ulaşmada yetersiz kalmaktadır. Toplumda kadının en önemli görevinin annelik olarak kabul edilmesi, ev ve çocukla ilgili sorumlulukların tamamen kadına ait olduğu kabulü, kadınların çalışma hayatında yetersiz oldukları düşüncesi, kadın istihdamının ve aynı zamanda eğitimli kadın nüfusun artmasının önünde engel teşkil etmektedir. Bu nedenle öncelikle, cinsiyetlere ilişkin toplumsal kabuller ve önyargılar ile mücadele edilmelidir. Bu noktada en etkili araç, kuşkusuz eğitimidir. Kadınların eğitim seviyesinin artması, kendilerini geliştirmeleri ve bireysel yeteneklerini fark etmeleri bakımından katkı sağlayacağı gibi eğitim yoluyla toplumun kadınlara bakışının da yeniden şekillenmesi mümkün olabilecektir.

Toplumsal yapıdaki değişiklikler zamanla yeni bir kavramın daha uluslararası belgelerde ve istihdamda ele alınmasına yol açmıştır. Söz konusu kavram, cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılıktır. Farklı cinsel kimlik tercihleri sebebiyle tecrit edilen ve çalışma hayatında ayrımcılığa maruz kalan bireylerin de yine insan onuru ve insan hakları temelinde korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Hukuki düzenlemelerin uygulamaya geçirilebilmesi bakımından yargı içtihatları büyük önem taşımaktadır. ABAD ve AİHM kararlarında, özellikle hamilelik ve annelik sebebiyle kadınların maruz kaldıkları ayrımcılığın, emsal işçi kıyaslamasına gerek olmaksızın cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmesi, bununla birlikte işe alımlarda kadınlara yapılan ayrımcılık ve toplumsal cinsiyetin önüne geçilmeye çalışılması önem taşımaktadır. Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık kararlarında da bireylerin toplum içinde yer edinebilmeleri ve insan onuruna yakışır şekilde hayatlarını idame ettirebilmeleri yönünde önemli kararlar bulunmaktadır.

Türkiye de hem BM, ILO ve Avrupa Konseyi üyesi ve bu kuruluşların düzenlediği pek çok sözleşmeye taraf olması sebebiyle, hem de AB aday üye ülkesi ve AB müktesebatına uyum yükümlülüğü bulunan bir ülke olarak, iç hukukta cinsiyet ayrımcılığını önlemeye ilişkin düzenlemeler ihtiva etmiştir. Ancak belirtildiği gibi bu düzenlemeler tek başına yeterli olmamakta, ilgili düzenlemelerin uygulanabilirliğini ve işlevselliğini sağlayabilmek adına toplumsal önyargıları değiştirmek gerekmektedir.

Türk toplumu, geleneksel bir yapıya sahip olması sebebiyle toplumsal kabullerle mücadelenin nispeten daha yavaş ilerlediği bir yapıya sahiptir. Cinsiyetlere yüklenen roller, Türk toplum yapısında daha keskin çizgilerle görülmekte, bu nedenle cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçmek de daha zor olmaktadır. Ancak, günümüzde özellikle eğitilmiş kadın nüfusun ve kadın istihdamının artması sonucu toplumsal dönüşümün başladığını söylemek mümkündür.

Yargı kararlarında, özellikle hamilelik ve annelik sebebiyle maruz kalınan ayrımcılık bakımından uluslararası düzenlemelerin ve iç hukuktaki hükümlerin etkili bir şekilde uygulandığı görülmektedir. İşe alım sürecinde kadınların karşılaştıkları engeller ve toplumsal cinsiyet ile ilgili kararlarda ise zaman zaman geleneksel bakışın izlerine rastlanmaktadır. Cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılık ise Türk toplum yapısında değiştirilmesi kolay olmayan bir olgu olmakla beraber, yargı kararlarında insan hakları perspektifinden yapılan değerlendirmeler önem taşımaktadır.

Sonuç olarak, iş hukukunda özellikle kadınların maruz kaldıkları cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ve kadınlara fırsat eşitliği sağlanmasında, hukuki düzenlemelerin yanı sıra eğitimin ve sivil toplum hareketlerinin önem taşıdığı, söz konusu düzenlemelerin yargı içtihatlarıyla desteklenerek toplum nezdinde bir anlam ifade edebileceği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Avrupa Konseyi/Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı. “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”. Erişim 13 Mart, 2022. https://www.echr.coe.int/documents/handbook_non_discr_law_tur.pdf.
- Bakırcı, Kadriye. “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4 (2015): s.133-204.
- Bozkurt, Metin. *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Centel, Tankut. “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 15 (2009): s. 5-10.
- Cin Karagöz, Emine. “Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri”, *Yasama Dergisi*, 32 (2017): s. 21-41.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2021.
- Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 4/11 (2006): s. 63-82 (Eşitlik İlkesi).
- Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş*, 6/4 (2002).
- Erdoğan, Çağla. “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, der. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2022: 433-480.
- Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020.
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem. “Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, 3/54 (2017): s. 1263-1298.
- Kaçan, Gizem. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Karadeniz, Oğuz ve Hakan Yılmaz. “Kadının İşgücüne Katılımını Etkileyen Faktörler”, *İş Dünyasında Kadın Raporu*, (2007): s. 23-42.
- Kaya, Gözde. “Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı”, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010.
- Kaya, Pir Ali. *Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış*, Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2020.

- Manav, Eda. “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2013): s.731-779.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Onaran Yüksel, Melek. *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, İstanbul: Beta, 2000.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, *TBB Dergisi*, Özel S. (2017): s. 225-268.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020.
- Şimşek, A. Aslı. “Bir İnsan Hakları İhlali ve Ayrımcılık Biçimi Olarak Toplumsal Cinsiyet Roller ve Kalıp Yargıları: CEDAW Çerçevesinde Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/2 (2020): s. 496-513.
- Terzioğlu, Ahmet ve Fatmanur Aksöz. “Çalışma Hayatında Cinsiyet Ayrımcılığı ve Türk İş Hukukunda Kadınları Korumaya Yönelik Düzenlemeler”, *Çalışma ve Toplum*, 1/72 (2022): 267-298.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancaktar. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Tuncay, Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Ulucan, Devrim. “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/Özel S. (2014): 369-383.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul. “4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 106 (2013): 93-114.
- Yüksel, Murat. “Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım”, *Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan*, 1 (2003): s. 897-910.

