

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA VE TÜRK HUKUKU'NDA
HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI
CİNSİYET AYRIMCILIĞI**

Burcu Ece BAŞ

**Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Tijen DÜNDAR SEZER**

İZMİR-2019

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa Birliği Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Hamilelik ve Doğum Temeline Dayalı Cinsiyet Ayrımcılığı” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

28.06.2019

Burcu Ece BAŞ



ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Avrupa Birliği Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda
Hamilelik ve Doğum Temeline Dayalı Cinsiyet Ayrımcılığı
Burcu Ece BAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Kadın cinsiyetine mensup bireyin, insan olması temelinde insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanması gerekir. Kadınların biyolojik özelliklerine mahsus hamilelik ve doğum hallerinde, erkeklere kıyasen dezavantaj oluşturacak ayrımcılıklar yapılmaması sağlanmalıdır. Bu doğrultuda hamilelik ve doğum temeline dayalı cinsiyet ayrımcılığının yapılmaması konusunda gelişmelerin incelenmesi önem arz etmektedir.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde genel çerçevede ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine ilişkin temel kavramlar, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının gelişme süreçleri ve ilgili konuda düzenlenen uluslararası belgeler ele alınmaktadır. İkinci bölümde Avrupa Birliği Hukuku'nun birincil ve ikincil yasal mevzuatında düzenlenmiş olan, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda şekillenen ve gelişen, hamilelik ve doğum temeline dayalı cinsiyet ayrımcılığı yasağının geçirdiğı süreçler, geldiğı son durum incelenmiştir. Son bölümde Türk Hukuku'nun Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve İş Hukuku alanlarında hamilelik ve doğum nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin düzenlemeler ve yasağın ihlal edilmesi durumunda öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsiyet Ayrımcılığı, Hamilelik ve Doğum, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler, Kadın Erkek Eşitliğı, Kadın Hakları.

ABSTRACT

Master's Thesis

**Gender Discrimination Based on Pregnancy and
Childbirth in European Union Law and Turkish Law**

Burcu Ece BAŞ

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

European Union Law Program

Due to women are human beings, they must benefit from human rights and fundamental freedoms. It should be ensured that in the case of pregnancy and childbirth related to the biological characteristics of women, any discrimination shouldn't be made which would cause disadvantage compared to men. In this respect, it is important to examine the developments in terms of non-discrimination due to pregnancy and childbirth.

The thesis consists of three parts. In the first chapter the basic concepts related to the prohibition of discrimination and the principle of equality, the development processes of the prohibition of discrimination based on gender and the international documents on the subject are discussed. In the second chapter, the processes to prohibition of gender discrimination on the basis of pregnancy and childbirth, shaped and developed in line with the decisions of the European Court of Justice, which are regulated in the primary and secondary legal legislation of European Union Law, are examined. In the last section, the regulations on the prohibition of gender discrimination due to pregnancy and childbirth in the areas of Turkish Law to Constitutional Law, Criminal Law and Labor Law and the legal, criminal and administrative sanctions envisaged in case of violation of the prohibition are examined.

Keywords: Gender Discrimination, Pregnancy and Childbirth, Human Rights and Fundamental Freedoms, Gender Equality, Women's Rights.

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA VE TÜRK HUKUKU'NDA
HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI
CİNSİYET AYRIMCILIĞI**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞI VE KADIN ERKEK
EŞİTLİĞİ İLKESİ: KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM, ULUSLARARASI
BELGELERDE DÜZENLENİŞİ**

1.1. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ	4
1.1.1. Ayrımcılık Yasağı	4
1.1.1.1. Doğrudan Ayrımcılık	5
1.1.1.2. Dolaylı Ayrımcılık	7
1.1.1.3. Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık	9
1.1.2. Eşitlik İlkesi	12
1.1.2.1. Şekli Eşitlik	16
1.1.2.2. Maddi Eşitlik	16
1.2. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞININ VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN GENEL AYRIMCILIK YASAĞI VE GENEL EŞİTLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ	17
1.2.1. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı	17

1.2.2.Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	18
1.3. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞININ VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN GENEL OLARAK TARİHSEL GELİŞİMİ	20
1.3.1.Felsefi Anlamda Eşitlik İlkesi	22
1.3.2.Eşitlik İlkesi ve Adalet Kavramı Arasındaki İlişki	26
1.3.3.Eşitlik İlkesi ve Özgürlük Kavramı Arasındaki İlişki	27
1.3.4.Eşitlik İlkesi ve Ahlak Kavramı Arasındaki İlişki	27
1.4. ULUSLARASI BELGELERDE CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞI VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ	28
1.4.1.Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşmasında Eşitlik İlkesi	29
1.4.2.Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde Eşitlik İlkesi	30
1.4.3.Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	32
1.4.4.Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	34
1.4.5.Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)	37
1.4.6.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı	44
1.4.7.Roma Antlaşmasında Eşitlik İlkesi	47
1.4.8.Avrupa Sosyal Şartı	48
1.4.9.Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası	51
1.4.10.Filedelfiya Bildirgesi	52
1.4.11.Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi	52
1.4.12.Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi	53
1.4.13.Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkındaki Sözleşmesi	54
1.4.14.Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki Sözleşmesi	55

1.4.15.Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Uluslararası Çalışma Konferansı'na Kabul Edilen Anneliği Koruyucu Sözleşme ve Tavsiye Kararları	55
--	----

1.5. GENEL OLARAK İŞ HUKUKU'NDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ DOĞRULTUSUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞININ YERİ	58
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

2.1. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER DOĞRULTUSUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ	61
--	----

2.2. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI VE EŞİT MUAMELE	68
2.2.1.Cinsiyet Ayrımcılığı	68
2.2.2.Eşit Muamele / Eşit Değerde İş İçin Ücret Eşitliği İlkesi	72

2.3. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI	77
2.3.1.Avrupa Birliği Politikalarında Cinsiyet Ayrımcılığı/ Eşitlik İlkesi	77
2.3.2.Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı	80

2.4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	81
2.4.1.Ayrımcılık Hallerine Göre İspat Kuralları	87
2.4.2.Hamilelik ve Annelik Durumlarında Kadının Korunmasına İlişkin Eşitlik İlkesinin Uygulanması	87

2.4.3.Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'da Kadın Erkek Eşitliği Doğrultusunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı	91
2.4.4.Avrupa Birliği Temel Haklar şartı'nda Kadın Erkek Eşitliği Doğrultusunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı	92
2.4.5.Avrupa Birliği Hukuku'nda İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşitlik İlkesinin Uygulanması ve Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

3.1. TÜRK HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI	99
3.1.1.1982 Anayasa'sında Cinsiyet Ayrımcılığı	100
3.1.2.Türk Ceza Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı	107
3.1.3.Türk İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı/Eşit Davranma Borcu	109
3.2. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI	115
3.2.1.Eşit Davranma Borcunun Göreceliliği ve Mutlak Uygulanabileceği Ayrık Durumlar	116
3.2.2.Hamilelik ve Doğum Halinde Kadın İşçilerin İş İlişkisinde Korunması	117
3.2.2.1.İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında	118
3.2.2.2.İşçinin İşe Girerken İşverenle Hizmet Sözleşmesi Yapılması Sırasında	120
3.2.2.3.İşe Başvuru Aşamasında Adaylara Hamilelik Hakkında Yöneltilen Soruların Ayrımcılık Bakımından Sınırları	122
3.2.2.4.Hizmet İlişkisinin Devamı Sırasında Eşit Davranma Borcu	125
3.2.2.5.Ücret Belirlenirken Ayrımcılık Yapmama Yükümlülüğü	128
3.2.2.6.Türk Hukuku'nda İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşit Davranma Yükümlülüğü	129
3.2.2.7.İspat Yükü	132

3.3. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI
CİNSİYET AYRIMCILIĞININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER 133

3.4. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI
CİNSİYET AYRIMCILIĞI YAPMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN
YAPTIRIMLARI 141

3.4.1.Hukuki Yaptırımlar 141

3.4.2.Cezai Yaptırımlar 143

3.4.3.İdari Yaptırımlar 144

SONUÇ 146

KAYNAKÇA 151

EK 164

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
Any.	Anayasa
AT	Avrupa Topluluğu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C-	Case (Dava)
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
çev.	Çeviren
D.E.Ü.	Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	Esas
K.	Karar
m.	Madde
Mah.	Mahkeme
No.	Number (Sayı)
R.G.	Resmî Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TCK	Türk Ceza Kanunu
THŞ	Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
UÇO(ILO)	Uluslararası Çalışma Örgütü
v.	Versus (Karşı)
Yrg.	Yargıtay

GİRİŞ

Avrupa Birliği Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda hamilelik ve doğum temeline dayalı cinsiyet ayrımcılığı konulu bu çalışmanın amacı; hamile ve doğum yapan kadınlara yönelik cinsiyet temelli ayrımcı tutumların engellenmesine ilişkin düşüncelerin ve düzenlemelerin, geçmişten bugüne değin gelişim sürecinin Avrupa Birliği müktesebatı ve Türk Hukuku çerçevesinde incelenmesidir.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik, tarih boyunca en çok tartışılan kavramlar olmuştur ve felsefi tartışmalarla ortaya çıkışları Milattan Önce yıllara dayanır. Günümüzde ayrımcılık tanımında hala görüş birliği sağlanamamış olması sebebiyle, ayrımcılık kavramı; doğrudan, dolaylı ve pozitif ayrımcılık olmak üzere farklı türlere ayrılmıştır. Ayrımcılığın yapıldığı başlıca konu cinsiyete dayalı yapılan ayrımcılıktır.

Çalışmanın ilk bölümünde genel çerçevede cinsiyet ayrımcılığına ve eşitlik ilkesine ilişkin temel kavramlar ve gelişme süreçlerine değinilmiştir. Kadınların ve erkeklerin hukuksal anlamda eşit olduğu ve bu eşitliğin hayata geçirilmesi gerekliliği düşünceleri yakın geçmişe, 19. yüzyıla dayanır. Çalışma hayatına katılmaya başlayan kadınların hukuksal statüsünün, sanayide yaşanan gelişmelerle paralel olarak erkeklerin çalışma hayatındaki konumuna yaklaştırılma ihtiyacı duyulmuştur. Bu alanda verilen mücadelelerle, kadınların da insan oluşu sebebiyle kadın haklarının insan haklarından ayrı düşünölemeyeceği görüşü yaygınlaşmış ve çeşitli uluslararası belgeler düzenlenmiştir.

Çalışmanın ilgili bölümünde değinilen uluslararası belgeler ve düzenlemeler, kadın erkek eşitliği ilkesi doğrultusunda cinsiyet ayrımcılığını yasakladığı gibi, kadının biyolojik özelliğinden doğan hamilelik ve doğum hallerine dayalı ayrımcılığı da yasaklamıştır. Hamilelik ve doğum temeline dayalı bir ayrımcılık, cinsiyet ayrımcılığı oluşturması doğrultusunda, eşitlik ilkesi gereği temel bir insan hakkı ihlali de oluşturacaktır. Ayrıca kadının hamilelik ve doğum yapma durumunda, örneğin ücret ve izin gibi alanlarda özel düzenlemelerle hakları da güvence altına alınmıştır.

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ile ilgili düzenlemelerin temeli, 1957 tarihli kurucu antlaşmalarından biri olan Roma Antlaşmasına dayanır. Anlaşma'da eşit değerde işe, kadın erkek cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit ücret

verilmesi ilkesi öngörülmüştür. Kadın erkek eşitliği ve cinsiyet ayrımcılığı yasağının Birlik Hukuku'nda ücret eşitliği temelinden ortaya çıkmasının nedeni, her ne kadar Avrupa ülkeleri arasında kalıcı barış ve siyasi birlik sağlanması amaç olsa da öncelik Avrupa Birliği kuruluşunun ekonomik bütünleşme hedefinin oluşudur. Çalışmanın ikinci bölümünde incelenen Avrupa Birliği kurucu Antlaşmaları, Direktifler ve özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları; eşit ücret, işe alınma ve çalışma koşullarında eşit muamele doğrultusunda kadın erkek eşitliği ilkesini geliştirmiş, cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin kapsam belirginleşmeye başlamıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği birincil kaynakları olan kurucu antlaşmaları ve onlara dayanılarak düzenlenen ikincil mevzuatı yorumlayarak ve uygulanmaları için denetim yaparak cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve kadın erkek eşitliği ilkesine pek çok açıklık getirmiş, adeta haklar hukuku yaratmıştır. Bu bağlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği Hukuku'nda insan haklarının yaygınlaşması açısından büyük öneme sahiptir. Hamilelik ve doğum hallerine ilişkin düzenlemeler de gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarında, gerekse Birlik birincil ve ikincil hukuk mevzuatında yer almaya başlamıştır.

Zamanla, Avrupa Birliği'nin ekonomik bütünleşme ana hedefinin yanında 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'nda vurgulanan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı, hukuk devleti görüşleri önem kazanmış ve Birlik temel ilkeleri arasında yer almıştır. Bu doğrultuda cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve hamilelik, doğum durumlarına ilişkin düzenlemeler, istihdam alanından çıkıp insan hakları boyutunda ele alınmaya başlanmıştır. Avrupa Birliği'nde yazılı bir hak kataloğu düzenlemesi olan Temel Haklar Şartı, 2009 yılında Lizbon Antlaşması ile kabul edilmiştir. Çalışmanın ilgili bölümünde incelenen Temel Haklar Şartı, hamilelik ve doğum temeline dayalı cinsiyet ayrımcılığı yasağını hüküm altına almıştır.

Yapılan çeşitli düzenlemelerle toplumda kadın erkek eşitliğinin ve kadınların insan haklarından tam anlamıyla faydalanabilmesinin sağlanması, hamilelik ve doğum temeline dayalı sebepler dahil olmak üzere cinsiyet ayrımcılığı yasağının hayata uygulanması için çalışılmaktadır. Bu bağlamda kadınlara, erkeklerle eşit konuma gelene kadar pozitif birtakım ayrıcalıklar tanınması, hamile, doğum yapan kadınların haklarının korunması için özel düzenlemeler yapılması cinsiyet ayrımcılığı yasağı

kapsamında değerlendirilmemiştir. Burada esas amaç kadınlar ve erkeklerin statüsel konumlarında eşitlik dengesinin sağlanmasıdır.

Kadınların insan haklarının gelişim süreciyle, Türk Hukuku'nda da cinsiyet ayrımcılığı yasağına ve hamilelik, doğum nedenine dayalı olarak yasağın ihlaline ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ve Avrupa Birliği'ne üyelik süreci doğrultusunda; Türkiye'nin konu ile ilgili ulusal mevzuatını uyumlu hale getirme yükümlülüğü ve uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince, Türk Hukuku'nda başta Anayasa olmak üzere, çeşitli kanunlarda cinsiyet ayrımcılığı yasağına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde Türk Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesi doğrultusunda Anayasa, Ceza Hukuku ve İş Hukuku alanlarında hamilelik ve doğum nedeniyle cinsiyete dayalı ayrımcılığın yapılmaması hususunda yapılan düzenlemeler ve cinsiyet ayrımcılığı yasağının ihlal edilmesi durumunda öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar incelenmiştir.

İşbu çalışmamızla, demokrasinin olmazsa olmazı olan kadın erkek eşitliği ilkesi doğrultusunda hamilelik ve doğum nedenleri temelinde cinsiyet ayrımcılığı yapmama durumunun her alanda yasal olarak düzenlenmesi, yaşama geçirilmesi, amaca uygun uygulanması bakımından katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞI VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ: KAVRAM, TARİHSEL GELİŞİM, ULUSLARARASI BELGELERDE DÜZENLENİŞİ

1.1. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

1.1.1. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yapmak kavramsal olarak, eşit davranışta bulunmamak, fark gözetmektir¹. Bazı özellik veya koşullara dayalı haksız farklı davranışlar ayrımcılık yaratır². Sonraki bölümlerde Avrupa Birliği (AB) Hukuku ve Türk Hukuku açısından ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere; Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), farklı davranışın meşru bir gerekçesi olmaması şartı ile eşit şartlardaki bireylere farklı; eşit şartlarda olmayan bireylere ise eşit davranmanın ayrımcılık oluşturduğunu ifade etmiştir³. Benzer doğrultuda Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, farklı durumda olanların farklı işleme tabi tutulmalarının gerektiği, benzer durumda olan bireylerin farklı işleme tabi tutulabilmesi için ise objektif haklı bir nedenin bulunması gerektiği belirtilmektedir⁴.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1791 yılında Anayasa'ya yapılan bir ekle "Bill of Rights" olarak adlandırılan temel haklar listesi anayasallaştırılmıştır⁵. Ayrımcılık kavramı ilk olarak, birçok etnik kökeni içinde barındıran Amerika Birleşik

¹ **Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları: 549, 10. Baskı, Ankara 2005, s. 164.

² Elisa Holmes, "Anti-Discrimination Rights Without Equality", **Modern Law Review**, Cilt:68, Sayı:2, Mart 2005, s. 183.'dan aktaran Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 85.

³ ABAD, C-43/72, Merkur Außenhandel-GmbH & Co.KG v. Commission of the European Communities, 24.10.1973, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t. 26.02.2018).

⁴ Örneğin; Anayasa Mahkemesi, af yasaları ile ilgili bir kararında eşitlik ilkesi uyarınca, "benzer durumlarda bulunan kişilerin benzer hukuk kurallarına bağlı tutulmaları gerektiği gibi, benzer durumda bulunan kişilerin farklı kurallara bağlı tutulmaları için de haklı bir nedenin var olması zorunludur." değerlendirmesi yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, 13.03.1979 gün ve E: 1979/67, K: 1979/14, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t.19.03.2018).; http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yar_gisi/anyarg18/ARMAGAN.PDF, (e.t. 19.03.2018).; Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 tarih ve E: 2018/8, K: 2018/85.; Anayasa Mahkemesi, 14.05.2015 gün ve E: 2014/177, K: 2015/49, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 23.06.2019).

⁵ **İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları**, Matus Basımevi Reklam ve Yayımcılık, Ankara 2006, ss. 26-27.

Devletleri'nde 1878 yılında verilen bir mahkeme kararı vasıtasıyla hukuk literatürüne girmiştir⁶. Ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin olarak ilk kanun 1864 yılında çıkarılmış Medeni Haklar Kanunu⁷ olarak ifade edilen bu kanun Amerika Birleşik Devletleri'nde ırka dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır. İstihdam alanında ise ilk olarak 1963 yılında Eşit Ücret Yasası⁸ çıkarılmıştır. Bunları takiben ücret konusunda cinsiyet ayrımcılığı yapılmasını yasaklayan Amerikan Medeni Haklar Kanunu'nun 7. bölümü⁹ düzenlenmiştir¹⁰.

Ayrımcılık yapma yasağı, kanunda düzenlenmiş haklı ve objektif bir neden olmaksızın benzer durumdaki kişilere farklı işlem yapılamamasıdır. Ayrımcılık yasağı bir temel hak ve özgürlüktür. Ayrıca diğer haklardan yararlanabilmenin de ön koşulu olması nedeniyle temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine ilişkin yapılan birçok başvuruda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği kanaatine varılmıştır¹¹.

1.1.1.1. Doğrudan Ayrımcılık

Bir bireyin veya topluluğun aynı durumda olan diğer bireylere veya topluluğa kıyasen hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanmasına mâni olan veya zorlaştıran her türlü farklı davranış doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilir¹². Kadın ve erkek çalışanlar arasında sadece cinsiyet farklılığından dolayı farklı ücret ödenmesi, işverenin herkesin katılabileceği mesleki yükselme eğitim programına katılma ön şartı olarak erkek olma koşulu getirmesi doğrudan ayrımcılığa örnektir¹³. Dolayısıyla doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kadının veya erkeğin her aşamada sadece

⁶ Yuvalı, s. 85.

⁷ Civil Rights Act. (Medeni Haklar Kanunu), 27-30 Nisan 1866, ayrıntılı bilgi için bkz. <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1004&context=tobriner>, (e.t. 20.03.2018).

⁸ Equal Pay Act. (Eşit Ücret Yasası), 10 Haziran 1963, ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>, (e.t. 20.03.2018).

⁹ Title VII Of The Civil Rights Act Of 1964 (1964 tarihli Amerika Medeni Haklar Kanunu'nun VII. Bölümü), <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>, (e.t. 20.03.2018).

¹⁰ Yuvalı, s. 85.

¹¹ Melda Sur, "İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı), s. 40.

¹² Ulaş Karan, "Türk Hukuku'nda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:73, Kasım-Aralık 2007, s. 153.; Norman Selwyn, **Law Of Employment**, 13. Baskı, İngiltere 2004, s. 107.'dan aktaran Yuvalı, s. 87.

¹³ Levent Korkut, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Adres Yayınları, Ankara 2009, s. 46.; Yuvalı, s. 87.

cinsiyetinden veya cinsiyetine bağı hamilelik, doğum, annelik gibi biyolojik nedenlerden dolayı, benzer durumdaki diğer cinsiyet mensubu kişiye nazaran, mevzuatta öngörülen objektif haklı bir neden olmaksızın, daha az lehte işleme tabi tutulması şeklinde açıklanabilir¹⁴.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, öncelikle 09.02.1976 tarihli ve 76/207/EEC sayılı "İşe Alınma, İşte Yükselme, Mesleki Eğitim ve İş Koşullarında Eşitlik" Direktifinin 2. maddesinde kadın ve erkek işçiler arasında, medeni ve ailevi durum da dikkate alınarak hiçbir şekilde doğrudan veya dolaylı cinsiyet sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı, hükme bağlanmıştır¹⁵. 76/207/EEC sayılı Direktif, 2002/73 sayılı Direktifle kısmen değiştirilerek, Direktife doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımları eklenmiştir. Yine 2000/43, 2000/78 ve 2006/54 sayılı Direktiflerde doğrudan ayrımcılığın çeşitli tanımları yapılmıştır¹⁶. Örneğin; 2006/54/EC sayılı Direktif madde 2/1-a'da cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık, bir bireyin cinsiyeti dolayısıyla karşılaştırılabilir pozisyondaki bir başka bireyden daha dezavantajlı işleme ve muameleye tabi tutulması, şeklinde ifade edilmiştir¹⁷.

Avrupa Birliği'nde ayrımcılık yasağı öncelikle ekonomik boyutta eşit işe eşit ücret ilkesiyle gelişmeye başladığı için Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında, iş ilişkisinin kurulması, işin devamı ve sona erdirilmesi aşamalarında olsun, hamilelik veya doğum gibi kadınların cinsiyetine özgü özellikleri nedeniyle farklı muamele görmeleri doğrudan ayrımcılık olarak belirtilmiştir¹⁸. Aynı doğrultuda Amerikan Hukuku'nda da bu husus doğrudan ayrımcılık olarak ifade edilmiştir¹⁹.

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye doğrudan cinsiyetine veya cinsiyetine bağı bir özelliğine (hamilelik, annelik gibi) bağı olarak, benzer koşuldaki karşı cinse kıyasen keyfi bir şekilde ayrımcı davranmak ve daha az avantajlı işleme tabi tutarak

¹⁴ Kadriye Bakırcı, **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, (Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı), s. 40.

¹⁵ Zafer Gören, **Türk-Alman-İsviçre Hukuku'na Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:83, 2. Baskı, İzmir 1998, s. 153.

¹⁶ Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", **E-Journal of Yaşar University (Yaşar Üniversitesi E-Dergisi)**, ss. 1736-1738, <https://journal.yasar.edu.tr>, (e.t. 18.03.2019).; Yuvalı, s. 88.

¹⁷ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 22.

¹⁸ Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 99.; Yuvalı, s. 88.

¹⁹ Pregnancy Discrimination Act: Sec.1 (Hamilelik Ayrımcılığı Yasası: Bölüm:1), <https://www.eeoc.gov/laws/types/pregnancy.cfm>, (e.t. 21.03.2018).; ayrıca bkz. Yuvalı, s. 88.

kişiyi mağdur etmektir²⁰. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığına; bir işçinin salt cinsiyetine veya cinsiyetine has özelliğine dayanarak; onu işe almamak, benzer durumda olanlara nazaran keyfi şekilde daha az avantajlı çalışma koşulları sağlamak, aynı pozisyonda olmasına rağmen kadın işçiye erkek işçiye kıyasen daha az ücret ödemek vb. durumlar örnek olarak verilebilir²¹.

1.1.1.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, ilk bakışta adil, objektif, herkes için aynı boyutta geçerli görünen ve görünüşte tarafsız olan bir uygulamanın, hükmün veya kriterin bazı kişileri, diğer kişilere kıyasen daha az avantajlı hale getirmesi, olumsuz etkilemesi ve ayrımcı bir etki yaratması durumudur²². Belirtmek gerekir ki dolaylı ayrımcılıktan bahsedebilmek için, mevzu bahis uygulamanın, hükmün veya ölçütün objektif haklı bir sebebe bağlı olmaması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların uygun ve gerekli olmaması gerekir²³.

Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak dolaylı ayrımcılığa neden olan husus; hüküm, kriter ya da uygulama değil, söz konusu hükmün, kriterin veya uygulamanın kişiye olan etkileri ve meydana getirdiği sonuçlardır²⁴.

20 Eylül 2002 tarih 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifinin İşe, Mesleki Eğitime, Terfi ve Çalışma Koşullarına Erişim Konusunda Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Olarak Değiştirilmesi, madde 2’de dolaylı ayrımcılık, “*Görünüşte tarafsız olan bir hükmün, kriter veya uygulamanın, bir cinsiyete tabi kişileri, diğer cinsiyete nazaran dezavantajlı duruma sokmasıdır.*” şeklinde belirtilmiş, devamında bu hükmün, ölçütün veya uygulamanın nesnel olarak meşru bir amacı ve

²⁰ Yuvalı, s. 101.

²¹ Catherine Barnard, “Gender Equality In The EU: A Balance Sheet”, **The EU and Human Rights**, (Ed. Philip Alston), Oxford Üniversitesi Yayınları, 1999, (Gender Equality), s. 237.’dan aktaran Yuvalı, s. 101.

²² Karan, s. 154.; Barnard, Gender Equality, s. 245.; Neville Rubin, **Code Of International Labour Law: Law, Practise And Jurispence**, Cambridge, Cilt:1, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2005, s.463.’dan aktaran Yuvalı, s. 89.

²³ Korkut, s. 47.

²⁴ Holmes, s. 184.’dan aktaran Yuvalı, s. 103.

haklı bir gerekçesi olduğu takdirde, bu amaç uygun ve gerekli ise dolaylı ayrımcılıktan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁵.

Avrupa Birliği'nin 2006/54/EC sayılı Direktifi'nin 2. maddesinde de doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ayrımı yapılarak cinsiyet temelli ayrımcılık tanımı yapılmıştır. Şöyle ki Direktif madde 2/1-a'da cinsiyet nedenli doğrudan ayrımcılık, bir kişinin cinsiyeti nedeniyle karşılaştırılabilir benzer durumdaki başka bir kişiden daha az lehe işleme tabi olması biçiminde tanımlanırken, madde 2/1-b bendine göre cinsiyet nedenli dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın veya ölçütün, objektif haklı sebepler hariç olarak, bir cinsiyet grubuna mensup kişileri diğer cinsiyet grubundaki kişilere nazaran dezavantajlı hale getirdiği durumlar şeklinde düzenlenmiştir²⁶.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın dolaylı ayrımcılık konusunda önüne ilk gelen J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. davasında²⁷ Divan, dolaylı ayrımcılık terimini tanımlamış ve unsurlarını belirlemiştir²⁸. Söz konusu davada olduğu gibi Avrupa Birliği Adalet Divanı 1970'li yıllardan itibaren göçmen işçiler hakkında düzenlenen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapma yasağını, önüne gelen cinsiyetler arası ayrımcılık vakıalarına da uyarlayıp ayrımcılık yasağını bu yönde de uygulamaya başlamıştır²⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bu konuda temel kararı olarak kabul edilen Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz kararında³⁰ öncelikle görünüşte objektif olan bir uygulamanın, hükmün veya ölçütün belli bir cinse ya da ırka mensup olanlar veyahut özürlü olanlar açısından olumsuz etkileri olduğunun ispatlanması

²⁵ Directive 2002/73/EC of The European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (İstihdam, mesleki eğitim ve terfi ile ilgili eşit muamele ilkesinin uygulanması hakkındaki 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, ve çalışma koşulları), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF>, (e.t. 09.05.2018).; Ayrıca bkz. Konuk, s.1739.; Yuvalı, s. 102.

²⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 22.

²⁷ ABAD, C-96/80, J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 31.03.1981, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

²⁸ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 36.; Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Yayınları, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara 2009, (Ayrımcılığın Kaldırılması), s. 29.

²⁹ Yuvalı, s. 90.

³⁰ABAD, C-170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13.05.1986, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

gerekliliğinin belirtilmesi, dolaylı ayrımcılık kavramı çerçevesini belirginleştirmiş³¹ kısmi zamanlı çalışanların tam zamanlı çalışanlarla aynı koşullara tabi olacakları, dolaylı ayrımcılık iddiasında ispat yükünün işverende olduğu ve ancak objektif haklı sebepler ileri sürülerek çürütülebileceği belirtilmiştir³².

4857 sayılı İş Kanunumuzda dolaylı ayrımcılık tanımı yapılmamış olsa da cinsiyetler arası ayrımcılık bakımından 5. maddenin 3. fıkrasında “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, *cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.*” düzenlemesi yer almıştır³³.

1.1.1.3. Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık

Pozitif ayrımcılık; geleneksel eşitlik ilkesinin eksiklikleri doğrultusunda toplumda oluşan fiili adaletsizlikleri giderme amacıyla³⁴ sadece kadınlara değil dezavantajlı konumda olan bireylere/gruplara yönelik fırsat eşitliğinin sağlanması için geliştirilen olumlu bazı ayrıcalıkların tanınmasıdır³⁵. Bu doğrultuda kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla, kadın lehine bazı ayrıcalıklar tanıma anlamı taşıdığı söylenebilir. Ancak bu tanımda kadınları, diğer cinsten üstün hale getirme amacı bulunmamakta, aksine hukuken mağdur olan kadınların erkeklerle eşit statüye getirilmesini, fiili eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır³⁶.

Kişiler arasında fırsat eşitliğini sağlamak, haklı çıkarlarını korumak ve onların diğerlerinden daha dezavantajlı olan durumlarını iyileştirmek amacıyla, söz konusu

³¹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 29-30.; Yuvalı, s. 90.

³² Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve AB Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara 2008, (Kadın Erkek Eşitliği), ss. 103-104.

³³ Yuvalı, s. 104.

³⁴ Tijen Dündar Sezer, **İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet**, Turhan Kitapevi, Ankara 2019, (İnsan Hakları Hukuku), ss. 28-29.; Şeref İba, “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:39, Sayı:1, Mart 2006, s. 5.

³⁵ Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 83.; Neville Rubin, **Code Of International Labour Law: Law, Practise And Jurispence**, Cambridge, Cilt:1, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2005, ss. 488-489.’dan aktaran Yuvalı, s. 91.

³⁶ Demet Özdamar, “Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:14, Sayı:2, 2006, (Kadının Hukuki Konumu), s. 14.; Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 29.; İba, s. 5.

kişilere tanınan bazı özel haklar, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Pozitif ayrımcılık durumunda, belirli kişilere gösterilen özel olumlu davranış, bu kişilerin toplum içindeki dezavantajlı durumunu düzeltmeye yöneliktir³⁷. Bir başka deyişle pozitif ayrımcılık, siyaset, işe girme, okula kabul edilme gibi birtakım alanlarda kota uygulaması ve benzeri uygulamalarla kadınlara öncelik tanınması şeklinde bir uygulama olup esas amaç eşitsizlik yaratmak değil, zaten fiilen mevcut olan bir adaletsizliği, dezavantajlı durumu bir nebze de olsa iyileştirmeye çalışmaktır³⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki pozitif ayrımcılıkta istihdam alanında kota uygulaması, lehine kota sağlanan gruba mensup birey ile bu gruba mensup olmayan bireyin her ikisinin de objektif açıdan gerekli niteliklere sahip, vasıflı olması sonucunda yapılacak seçimde söz konusu olabilir. Yani pozitif ayrımcılıkta kota uygulaması istihdam alanında, lehine kota sağlanan gruba mensup olan-olmayan bireyler arasında başarıları, nitelikleri ve benzeri ölçütlere bakılmaksızın her ne olursa olsun önceliğin lehine pozitif ayrımcılık yapılan bireye tanınması şeklinde yorumlanmamalıdır³⁹.

Pozitif ayrımcılık, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağında olduğu gibi olumsuz bir yasaklama ve yasağı ihlal eden bir eylem sonucunda zarar gören mağdurun zararının giderilmesi temeline dayalı değil, zarar doğmadan önce kadın-erkek eşitliğinin sağlanması amacına hizmet eden olumlu düzenlemeler yapılmasına

³⁷ Bu yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-407/98, Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, 06.07.2000 tarihli davasında bir kamu görevi için iş başvurusu yapan kişilerin objektif niteliklerine bakılarak değerlendirilmesi sonucu belirlenen işe aday kişilerin nitelikleri açısından büyük fark bulunmaması halinde, seçimin işgücü alanında dezavantajlı durumda bulunanlar arasından yapılmasının eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağını incelemiş, çalışma hayatında daha az temsil olunan cinsin mesleki kariyerlerini sürdürdüğü süreçteki mağduriyetlerini, kayıplarını önlemek ve telafi etmek gerektiğini belirtmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-407/98>, (e.t.17.06.2019). Ayrıca bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2014, s. 422.

³⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Bursa 2010, s. 100.

³⁸ Gözler, s. 100.

³⁹ Yıldız, ss. 86-87.; Yuvalı, s. 93. Ayrıca bu yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı, C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 17.10.1995 tarihli kararında pozitif ayrımcılıkta kota uygulamasının, aynı durumda kişiler arasında lehine ayrımcılık yapılacak kişiye her ne olursa olsun, kişi kalifiesiz olsa dahi, doğrudan önceliğin o kişiye verileceği şeklinde ve erkekler aleyhine ayrımcılık oluşturacak şekilde yorumlanmayacağını belirtmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-450/93>, (e.t. 17.06.2019). Olumlu ayrımcılıkla ilgili Divan'ın bir diğer kararı; C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, 11.11.1997, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-409/95&td=ALL>, (e.t. 17.06.2019).

dayalıdır⁴⁰. Pozitif ayrımcılık doğrultusunda devletin geliştireceği politikaların amacı, toplumda meydana gelen fiili eşitsizlikler karşısında tarafsız değil, aktif şekilde toplumsal barışın, adaletin ve eşitliğin sağlanmasına katkı sağlamaktır. Bu bağlamda devlet, olumlu ayrıcalıklar getirerek ayrımcı davranışları düzeltici, giderici veya önleyici göreve sahip olmuştur⁴¹.

Kadınların, uzun yıllar haklarını kullanamaması, erkeklere nazaran geri planda kalması durumunu telafi etmek ve kadınlarla erkekler arasında gerçek eşitliği sağlamak gayesiyle, pozitif ayrımcılık uygulamaları eşitlik kapsamında değerlendirilmeye başlanmış, ayrıca devletlerin Anayasalarında ve uluslararası belgelerde de olumlu düzenlemelerin yapılması gerekliliği açıkça ifade edilmeye başlanmıştır⁴².

Kadın haklarının var olduğu düşüncesinin yayılmasıyla, erkeklerin egemen olduğu sosyal, politik ve ekonomik alanda, cinsiyet ayrımcılığını azaltmaya yönelik çalışmalar başlatılmış, ilk başta eğitimde erkeklerle eşit imkanlar sağlanması için kız çocuklarına burs verilerek eğitime teşvik edilmiştir. Ayrıca siyasete eşit katılım için kota uygulamalarının gerekliliği konuşulmuştur. Nitekim bu olumlu çalışmalar bir yandan kadının erkek ile daha eşit bir pozisyona gelmesini sağlarken, diğer yandan onların kişisel, biyolojik ve fizyolojik özelliklerini geri planda bırakmış, dolayısıyla aile hayatı ve iş hayatı arasında dengenin belirlenememesine sebebiyet vermiştir. Bu doğrultuda iş hayatına başlayan kadının ihtiyaçları yönünde mesaiye kalmamaları, çocuğa ve ailevi nedene dayalı durumlarda daha kolay izin alabilmeleri, ücretli-ücretsiz doğum izinleri, daha hafif işlerde çalışmaları gibi bazı özel düzenlemeler yapılmıştır⁴³.

Avrupa Birliği Hukuku'nda pozitif ayrımcılığın temelini Amsterdam Antlaşması'nın 14/4. maddesi oluşturmuştur. Anılan maddeye göre kadınlar ve erkekler arasında uygulamada tam bir eşitliğin sağlanması için üye Devletler, daha dezavantajlı durumda olan cinsiyet lehine istihdam alanında düzenlemeler yapabilir.

⁴⁰ Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği İş Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:6, Sayı:4, Ankara 2002, (Kadın-Erkek), s. 44.; Yıldız, ss. 83-84.; Yuvalı, s. 91.

⁴¹ İba, s. 5.

⁴²Tijen Dünder Sezer, "Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi", **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı:3, Temmuz 2009, (Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin), s. 123.

⁴³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 423.

Bu amaçla alınan gerekli olumlu önlemler eşitlik ilkesini ihlal etmez⁴⁴; bilakis fırsat eşitliğini sağlamaya hizmet eder⁴⁵. Ayrıca üye devletlerin, çalışma hayatında kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması 2006/54 sayılı Direktifte de öngörülmüştür⁴⁶.

Türk Hukuku'nda pozitif ayrımcılık konusunda ilk olarak 1985-1990 yılları arasında hazırlanan 5 yıllık kalkınma projesinde istihdam alanına kadın çalışanın katılımının artırılması ve fırsat eşitliğinin sağlanması için yapılacak planlara ve alınacak önlemlere yer verilmiştir⁴⁷. 156 sayılı Aile Sorumluluğu Olan Çalışanlara İlişkin Sözleşme⁴⁸ gibi onaylanarak iç hukukumuzda tesir eden birçok Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇO) Sözleşmesinde, pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler ve önlemler belirlenmiştir. Türk Hukuku'nda, taraf olunan uluslararası sözleşmelere binaen cinsiyet ayrımcılığı yasağını nispeten de olsa sağlamaya yönelik düzenlemeler ve önlemlerin daha etkin bir biçimde ele alınması konusu önem kazanmıştır⁴⁹.

Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesi ikinci fıkrasında yer alan "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu amaçla alınacak önlemler eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamaz.*" hükmü ile yalnızca biçimsel eşitlik değil, fiili/maddi eşitlik ve pozitif ayrımcılık konusu da düzenlenmiştir⁵⁰.

1.1.2. Eşitlik İlkesi

Eşitlik terimsel olarak; kanunlar bakımından insanlar arasında ayırım olmaması, bedensel, ruhsal başlıkları ne olursa olsun, insanlar arasında toplumsal ve siyasi haklar yönünden farklı muamele yapılmaması durumudur⁵¹. Ayrımcılık yasağı ve

⁴⁴ Yuvalı, s. 93.

⁴⁵ Onaran Yüksel, s. 33.

⁴⁶ Yuvalı, s. 94.

⁴⁷ Yuvalı, s. 94.

⁴⁸Workers with Family Responsibilities Convention C-156, 1981 (156 sayılı Aile Sorumluluğu Olan Çalışanlara İlişkin Sözleşme) Sözleşmenin tam metni için bkz. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156, (e.t. 28.03.208).

⁴⁹Kadriye Bakırcı, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", **Kadın Araştırmaları Dergisi**, Sayı:10, 2012/1, (İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik), s. 25 ve devamı.; Yuvalı, s. 95.

⁵⁰ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 71.; Yuvalı, s. 96.

⁵¹ Türkçe Sözlük, s. 657.

eşitlik kavramlarının aynı ilkenin olumlu ve olumsuz anlatış şekli olduğu görüşünün⁵² tersine insan hakları açısından eşitlik ilkesi; ayrımcılık yasağını da içeren ve içinde olumlu yükümlülükler, pozitif ayrımcılık, ekonomik, kültürel, sosyal hakları da kapsayan daha geniş anlamli bir kavramdır⁵³.

Eşitlik ilkesinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki içeriğı bulunmakla birlikte; ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesinin aslında aynı ilke tanımı olduğu sadece aynı ilkeyi tanımlarken tersi şeklinde söyleniş biçiminin olduğunun kabul edilmesi eşitlik ilkesinin sadece olumsuz içeriğinin kabulü, olumlu içeriğinin ise göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Şöyle ki; olumlu anlamda eşitlik ilkesinde objektif haklı bir sebep olmaması şartıyla, herkese aynı muamele yapılması gerekirken, olumsuz anlamda eşitlik ilkesinde yasaklanmış bazı ölçütlere (cinsiyet, hamilelik vb.) dayanmadığı müddetçe farklı davranışta bulunulmasına izin verilebilir⁵⁴. Buradaki kıstas; olumlu anlamda eşitlik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda her türlü eşitsizlik için objektif haklı bir sebebin var olması aranırken, olumsuz anlamda eşitlik ilkesinin geçerli olduğu durumlarda eşitsizliklerin hepsi için değil sadece yasaklanmış sebeplere dayalı eşitsizlikler için haklı nedenler olmalıdır. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağı ancak olumsuz anlamda eşitlik ilkesi olarak kabul edilebilir⁵⁵. Kısaca olumlu ve olumsuz anlamda eşitlik ilkesi ayrımı yapmaksızın eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yapma yasağını aynı olarak ele almak olumlu anlamda eşitlik durumunu yok saymak anlamına gelecektir⁵⁶.

Eşitlik kavramı, temelinde bütün insanların eşit yaratılış, birbirine benzeyen veya birbirinin aynı olan özellikleri üzerine gelişmiş bir ilkedir⁵⁷. Aristoteles'in (M.Ö.384-322) Platon'a değinerek, eşitlik anlayışının özünü oluşturan orantılı eşitlik

⁵² Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality Or Non-discrimination in International Law", **Human Rights Law Journal**, Cilt:11:1-2, 1990, s. 1.; Takis Tridimas, **The General Principles of EU Law**, Oxford Üniversitesi Yayınları, 1999, s. 42.'dan aktaran Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 23.

⁵³ Catherine Barnard, "The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?", **The Cambridge Law Journal**, Cilt: 57, Sayı: 2, 1998, s.353.'dan aktaran Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 23.

⁵⁴ Mathew C.R. Craven, **The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on Its Development**, A Clarendon Press Publication Oxford Monographs in International Law, Oxford 1995, s. 154.'dan aktaran Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 23.

⁵⁵ Warwick Mckean, **Equality and Discrimination under International Law**, A Clarendon Press Publication, Oxford 1983, s. 288.'dan aktaran Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 24.

⁵⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 24.

⁵⁷ Bob Hepple, "Equality and Empowerment for decent work", **International Review**, Cilt:140, Sayı:1, Geneva, 2001, s. 6.'dan aktaran Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliğı ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayın, Bursa 2009, s. 5.

açıklamasına göre; “benzer olan durumlara benzer ölçüde davranılmalı, farklı olan durumlara da farklılıklarıyla orantılı farklılıklarına uygun şekilde farklı muamele edilmelidir⁵⁸.” Dolayısıyla eşit olanlara eşit davranılması eşit sosyal şartlar meydana getirebileceği gibi eşit olmayanlara farklı şekilde muamele edilmemesi de eşit olmayan sosyal şartlar meydana getirir⁵⁹.

Geniş anlamıyla eşitlik ilkesi; benzer durumdaki kişilerin, farklı muamele görmelerini haklı kılacak objektif ve makul bir mazeret olmadıkça kişilere herhangi bir ayrımcı eylemde bulunulmaması anlamına gelmektedir. Lakin objektif haklı ölçütlere binaen farklı oldukları kabul edilen durumlar için eşitlik ilkesi uygulanmayacaktır⁶⁰. Farklı davranışın tespiti için durumların benzer, karşılaştırılabilir olması gerekir. Benzer, karşılaştırılabilir bir durum yoksa farklılıkla orantılı farklı işlem yapılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Eğer benzer, karşılaştırılabilir bir durum mevcutsa yapılan farklı işlemi haklı kılacak objektif ve makul sebebin var olup olmadığı tespit edilebilecektir ve haklı bir sebep mevcut olduğu takdirde yine aykırılık oluşmayacaktır. Dolayısıyla objektif haklı bir sebep olmadıkça, benzer durumda olanlara farklı işlem yapılması ve benzer, karşılaştırılabilir durumda olmayanlara aynı işlem yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır⁶¹.

Eşitlik ilkesinin yasakladığı ayrımcılık, özel farklılıkları ne olursa olsun (Örneğin, cinsiyet), genel koşullar bakımından aynı veya benzer pozisyonda olan kişileri aynı koşullara tabi tutmayan ayrımcı işlem ve davranışlardır. Hayatın olağan tabiatı sebebiyle (Örneğin, hamilelik) özel düzenleme yapılmasını gerekli kılan durumlar ayrımcılık yasağı kapsamına girmeyecektir⁶².

Hak sahibine aynı durumda olan diğer bireylere davranıldığı gibi eşit davranılmayı isteme hakkı verilmesi, eşitlik ilkesi ve aynı zamanda bir adalet

⁵⁸ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 15.; Stefan Gosepath, “Equality”, **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Ed. Edward N. Zalta), <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>, (e.t. 20.01.2019).; İba, s. 5.

⁵⁹ E.W. Vierdag, The Concept of Discrimination in International Law, with special reference to Human Rights, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, s. 13.,’dan aktaran Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.15.

⁶⁰ Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s. 151.

⁶¹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 16.

⁶² İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 85.

arayışıdır⁶³. Eşitlik ilkesi bireye, aynı durumda olan diğer bireyler ile aynı muamele görmeyi isteme hakkı verir. Başka bir deyişle, bireye eşit konumdakilere eşit davranma yükümlülüğü yüklerken, aynı zamanda eşit konumda olanlara da eşit haklar talep etme hakkı tanımaktadır. Adaletin sağlanması için bir hakkın elde edilmesi bazı bireylerin isteme hakkını ortadan kaldırmamalıdır⁶⁴.

Kadın ve erkeklerin hak eşitliğinin gerçekleştirilmesi için, ayrımcılık yapma yasağı ilkesinin ötesinde, iki cinsin de haklardan fiilen eşit yararlanmalarını sağlamak gerekir⁶⁵.

İstihdam alanında işçiye cinsiyet, analık vb. nedenlere dayalı ayrımcı davranışlarda bulunmak yasaklanmıştır. İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi de eşit veya benzer durumda kişilere eşit davranılması yükümlülüğü yükleyerek temelinde adalet barındırır. İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yapma yasağı, işverenin eşit davranma yükümlülüğü biçiminde somutlaşmış, benzer durumda olan işçiler arasında objektif haklı ve makul bir gerekçe olmadıkça herhangi bir farklı işlemi yapmamayı öngörmektedir. Özellikle iş ilişkisinin kurulması, sevk ve idaresi, mesleki fırsatlardan yararlanma ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamalarında “cinsiyet, doğum, hamilelik, yaş ve benzeri sebeplerle” ayrımcı şekilde hareket edilmesi yasaklanmış, söz konusu nedenlerle işçinin iş ilişkisinde ayrımcı tutuma maruz kalması durumunda işveren için yaptırım öngörülmüştür. Bu anlamda gerek Avrupa Birliği İş Hukuku ve gerekse Türk İş Hukuku eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ilkesi doğrultusunda, işverenin ayrımcı tutumu nedeniyle herhangi bir haktan yoksun kalan işçiye, yoksun kaldığı hakkını isteme hakkı vermektedir.

Eşitlik ilkesi, anayasalarda, uluslararası sözleşme ve belgelerde nasıl isimlendirilse isimlendirilsin (kanun önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması gibi) içeriğinin oluşturulmasında yararlanılan yardımcı yöntemler bulunmaktadır. Bunların başlıcaları şekli eşitlik (mutlak eşitlik) ve maddi eşitlik (nispi eşitlik) anlayışlarıdır⁶⁶.

⁶³ Kaya, s. 7.

⁶⁴ John Kane, “Justice, Impartiality and Equality: Why the Concept of Justice Does not Presume Equality” **Political Theory**, Cilt:24, Sayı:3, 1996, s. 378.’dan aktaran Kaya, s. 7.

⁶⁵ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 127.

⁶⁶ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, ss. 25, 244.

1.1.2.1. Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik, kişilerin kişisel ve özel durumlarına, aralarındaki farklılıklara bakılmaksızın, genel ve soyut nitelikte olan kanunların herkese eşit olarak uygulanması⁶⁷ ve kadınlarla erkeklerin benzer şekilde muamele görmeleri esasına dayanmaktadır⁶⁸. Şekli eşitlik ilkesinde; aynı olanların aynı, farklı olanların farklı genel düzenlemelere tabi tutulması söz konusudur. Önemli olan, insanların farklılıkları, nitelikleri, kabiliyet ve yetenekleri değil; kanunların genel, objektif, herkese yönelik, nötr düzenlemeler barındırmasıdır⁶⁹. Söz konusu anlayış, kişinin cinsiyetine veya herhangi bir özelliğine bakılmaksızın aynı olanlara eşit, farklı olanlara da farklı davranılması gerektiğini ortaya koymaktadır⁷⁰.

Ancak bu anlayış aynı veya farklı olanların belirlenmesini sağlayacak ölçütleri içermemektedir⁷¹. Kadın ve erkeği kural olarak aynı kabul ederek, birisi için doğru yanlış olanın diğeri için de aynı etkiyi yaratan aynı hukuki düzenlemelere tabi tutmak, kadınların biyolojik yapısı gereği özelliklerinin, farklı durumlarının göz ardı edilmesine neden olabileceği gibi erkeklerle her yönüyle benzer ve aynı standart esasına dayandırıldığı için de mağdur olma ihtimallerini doğurabilecektir⁷².

1.1.2.2. Maddi Eşitlik

Şekli eşitlik ilkesinin ve herkese eşit, nötr düzenlemelerin kadınlara yönelik biyolojik özellikleri ve özel durumları gereğince gerçek ve fiili eşitliği sağlayamaması sonucu kadın-erkek eşitliği alanında maddi eşitlik anlayışı önem kazanmıştır. Maddi eşitlik ilkesi, kişilerin özelliklerini, farklılıklarını, öznel durumlarını dikkate alarak gerçek eşitliğin sağlanması için özel, farklı tedbirlerin getirilmesi aracılığıyla bazı bireylerin desteklenebilmesini sağlamaktadır⁷³.

⁶⁷ Gözler, s. 99.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002., s. 137.

⁶⁸ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, s. 2.; Konuk, s. 1728.

⁶⁹ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 25.

⁷⁰ Yıldız, s. 58.

⁷¹ Yuvalı, s. 10.

⁷² Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 26.

⁷³ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, ss. 26, 245.; Konuk, s. 1729.

Maddi eşitlik anlayışında eşit olmayanlara farklı düzenlemeler yapılması kural olarak eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu bağlamda kişilerin farklılıkları doğrultusunda yapılan farklı uygulamalar kamu yararı, kamu düzeni gibi bir haklı nedene dayandığı takdirde⁷⁴ eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecektir⁷⁵.

Ayrıca belirtmek gerekirse, maddi eşitlik ilkesinde, insanlara tanınan haklarda ve yüklenen sorumluluklarda eşitsizliklerin en aza indirilmesi, subjektif özelliklere dayalı ayrımların keyfi olmaması, haklı, akla uygun, makul olması amaçlanmıştır⁷⁶.

1.2. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞININ VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN GENEL AYRIMCILIK YASAĞI VE GENEL EŞİTLİK İLKESİ İLE İLİŞKİSİ

1.2.1. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Cinsiyet kavramı karşımıza iki şekilde çıkmaktadır. Bunlar biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyettir. Biyolojik cinsiyette (*sex* olarak ifade edilen), kadın ve erkek cinsinin genetik ve yapısal farklılıkları esas alırken; toplumsal cinsiyet (*gender* olarak ifade edilen), geçmiş tarihten gelen birikimle, kültür ve toplumun neden olduğu farklılıkları esas alır. Toplumsal cinsiyet kavramının amacı, cinsler arasındaki biyolojik farklılıklarla beraber, kültürel ve toplumsal farklılıkların da esas alınarak kadın ve erkek arasında eş değerliliğin sağlanması yönünde prensiplerin oluşturulması ve uygulanmasıdır.⁷⁷

1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Beyannamesi'nden itibaren temel hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkı, tüm insanlar için geçerli olsa da geçmiş birikimiyle oluşan, kültür yönünden gündelik hayatta, uluslararası veya ulusal insan hakları düşünceleri ve düzenlemeleri, hiçbir toplumda kadınların insan olarak doğuştan sahip olduğu hakları erkeklerinki ile aynı etkinlikte tanınmasını, korunmasını

⁷⁴ Ancak kadın-erkek arasındaki fiili eşitliğin sağlanması açısından yapılan farklı düzenlemenin haklı nedene dayanıp dayanmadığına bakılması yerine kadınları dezavantajlı konuma getiriyor mu, ona bakılmalıdır. Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 27.

⁷⁵ Gözler, s. 99.

⁷⁶ Yuvalı, s. 12.

⁷⁷ Konuk, s. 1725.

ve uygulanmasını sağlayamamıştır⁷⁸. Bu bağlamda günümüzde kadın hakları ve cinsiyet ayrımcılığı yasağı ilkesi insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak yer alır⁷⁹.

1970’li yıllardan itibaren cinsiyet ayrımcılığı düşüncesi yaygınlaşarak ayrımcılığa karşı birtakım adımlar atılmış ve cinsiyet ayrımcılığının varlığı tüm dünya çapında kabul edilmiştir. 1993 Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı’yla uluslararası insan hakları anlayışı yeni bir boyut kazanmış, kadın haklarının insan hakkı olduğu ve cinsiyete dayalı yapılan ayrımcı davranışların da aslında insan hakları ihlali olduğu gündeme gelmiştir. Artık kadın haklarının insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi ile ihlali durumunda uluslararası ve ulusal hukuki önlemler alınmaktadır⁸⁰.

1.2.2. Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ilkesi gibi hukukun genel ilkelerindedir. Genel manada eşitlik ilkesi ile mutlak ayrımcılık yasağı birbirinden farklı kavramlardır. Örneğin; İş Hukuku’nda eşit davranma borcu (nispi ayırım yasağı); iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi sürecinde dikkate alınırken, ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulma aşamasından başlayıp her aşamada gözetilmesi gerekir⁸¹. Eşitlik ilkesi; Anayasamızın 10. maddesi gereğince genel anlamda kabul edilmekle birlikte, benzer pozisyonda ve benzer niteliğe sahip olan kişilere eşit muamele gösterilmesi, objektif meşru bir gerekçe olmaksızın ayrıcalık yapılmamasıdır⁸². Anayasa Mahkemesi

⁷⁸ Philip Alston, “Labor Rights As Human Rights: The Not So Happy State Of The Art”, **Labor Rights As Human Rights**, (Ed. Philip Alston), Oxford Üniversitesi Yayınları, 2005, s. 3 ve devamından aktaran Yuvalı, s. 97.

⁷⁹ Feride Acar, “Kadınların İnsan Haklarında Ulusalüstü Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler”, **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar**, (Der. Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek) Koç Üniversitesi Yayınları:47, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 186.; Yuvalı, s. 97.

⁸⁰ Nazan Moroğlu, “Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, Aralık 2006, (AB Antlaşmaları ve Yönergeleri), s. 209.

⁸¹ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, ss. 33-34.

⁸² Yrg.HGK., 23.12.2009 Tarih ve E:2009/9-485, K:2009/598: “Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, iş yerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir.” <http://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=8738>, (e.t.24.01.2019).

görüşüne göre de kanun önünde eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara aynı işlem yapılmasına, farklı durumda olanlara da farklı muamele yapılmasını öngörür⁸³.

Uluslararası Hukuk'ta, Avrupa Birliği Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda kadın ve erkek cinsiyetleri benzer, karşılaştırılabilir, eşit durumda kabul edilmekte ve dolayısıyla benzer durumda olan kadın ve erkeklere karşı cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit işleme tabi olmaları gerekmektedir. Ancak benzerlik kavramı göreceli olduğu için ayrı cinsiyete mensup kişilerin aynı olması biyolojik ve fizyolojik olarak olanaksızdır. Ayrıca Avrupa Birliği Hukuku'nda hamilelik ve annelik süreci özel farklı muamele edilmesi gereken durumlar olarak kabul edilmiştir⁸⁴. Dolayısıyla eşitlik ilkesini sağlamlaştırmak ve iyiye geliştirmek için her iki cinsiyet için ek hakların tanınması ya da her iki cinsiyet için hakların sınırlandırılması ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir⁸⁵. Ayrıca bu husus Anayasamızda da 10. maddenin 2. fıkrasında 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri sonrası “(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 m.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir⁸⁶. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 m.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Değişikliklerin yapılmasıyla 10. maddenin 2. fıkrasında eşitliğin iki yeni haline yer verilmiştir. Bunlardan ilki kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlemesi, ikincisi ise yaygın anlamıyla pozitif ayrımcılık olarak ifade edilen, uluslararası belgelerde geçici önlemler olarak bahsedilen düzenlemedir. Böylece eşitlik ilkesi 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleriyle, toplumsal cinsiyete duyarlı hale getirilmiştir⁸⁷.

⁸³ Anyasa Mahkemesi, 29.09.2004 Tarih ve E: 2004/86, K:2004/110, RG:17.05.2006, Sayı:26171: “... Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı farklı muamelede bulunmayı da gerektirir.” **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi** Sayı:42-2006, Ankara, 2007, ss. 211-217.

⁸⁴ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 17.

⁸⁵ Catherine Barnard ve Bob Hepple, “Substantive Equality”, 59 **Cambridge Law Journal**, 2000, s.562 ve devamı (Maddi Eşitlik), <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/substantive-equality/1AC13C0FF5C509808284AFDD1F2531A9>, (e.t.18.01.2019).; Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 18.

⁸⁶ Kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ilk kez 1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nda garanti edilmiştir. (Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 127.; Kapani, s. 14.)

⁸⁷ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 246.

1.3. CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞININ VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN GENEL OLARAK TARİHSEL GELİŞİMİ

İnsanların göçebe yaşamdan yerleşik hayata geçmesiyle toplum içinde iş bölümü oluşmuş ve dolayısıyla bireyler birbirinden farklılaşarak sınıflaşmalar meydana gelmiştir. Oluşan yerleşik uygarlığın gelişip yayılması, toplumların iç ve dış dinamiklerinin değişmesi, sınıflaşmayı daha da derinleştirmiş, eşitlikçi ilkel göçebe toplumdaki bireylerin eşit olmadığı topluma geçiş süreci başlamıştır⁸⁸. Nihayetinde bu süreç 18. yüzyıla kadar hızla devam etmiştir. 18. yüzyıldan itibaren insanların eşit haklara sahip olduğu düşüncesi önem kazanarak, konuşulmaya ve tartışılmaya başlanmış, bu konudaki mücadeleler ilk olarak Fransa ve Amerika’da verilmiştir⁸⁹. 18. yüzyılda yapılan devrimler; insanların eşit doğduğu ve eşit haklara sahip olduğu fikrini öne çıkarmış bu doğrultuda eşitlik ilkesi, toplumların siyasi ve hukuki düzeninin temel taşlarından biri haline gelmeye başlamıştır⁹⁰. Devam eden süreçte 19. yüzyıldan başlayarak uygar toplumlarda kabul edilen anayasaların ve haklara ilişkin düzenlemelerin tümünde eşitlik ilkesi yer almıştır⁹¹. Ancak kabul edilen ilk Anayasaların ve insan hakları belgelerinin tanıdığı haklardan kadınlar yararlanamamışlardır⁹².

⁸⁸ Geçmişten günümüze Türk kadınının durumuna bakacak olursak; Türk kadını İslamiyet’in kabulünden önce, toplumda önemli bir yere sahip olup ticaretle uğraşabilmekte, Hakanın eşi devlet işlerinde söz sahibi olmakta, devleti Han ve Hatun birlikte temsil etmekte, kadın ve erkek aynı işte çalışabilmekte, yazılı belgelerde kadına yer verilmekte ve Hatunun imzası bulunmayan fermanlar geçerli sayılmamaktaydı. İslamiyet’in kabulünden sonra, kadın yine ailenin, ordunun, devletin temel unsuruydu; ancak daha sonra İslamiyet’ten önceki hakları kısıtlanmıştır. Türk kadını, teokratik yapıya sahip olan Osmanlı İmparatorluğu’nun kuruluşundan 16. yüzyıla kadar özgür olup zamanla kadınların çalışması yasaklanmış, kadınlar sosyal hayattan soyutlanmıştır. 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile ilk defa bütün tebaa arasında hukuki açıdan eşitlik ilkesi kabul edilmiştir. 1876 Anayasası da kadınlar için düzenleme içermekle birlikte, ilköğretim zorunluluğu anayasal temele dayandırılmıştır. Türkiye’de, Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte kadın hakları ile ilgili en önemli adımlar atılmaya başlanmıştır. Cumhuriyet döneminde yapılan devrimlerle kadınların toplumsal durumları önemli değişikliklere uğramış, kanunlarda kadın-erkek eşitliği büyük oranda sağlanmıştır. Kadınların eğitimine ve erkeklerle eşitliğinin sağlanmasına önem verilerek, Türk kadını kısa zamanda tüm çalışma alanlarında çalışabilme hakkı elde etmiş, Avrupa ülkelerinin bazılarındaki kadınlara uygulanan ücret farklılıklarının yanı sıra, Türkiye’de kadın, çalışmasının karşılığını erkeğinkiyle eşit şekilde alabilme hakkına sahip olmuştur. Ertürk, (Kadın Erkek Eşitliği) ss. 12-15.

⁸⁹ Onaran Yüksel, s. 16.; Yuvalı, s. 6.

⁹⁰ Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Seminer Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, s. 45.

⁹¹ Yuvalı, s. 7.

⁹² Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 121.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ülkelerin bozulan iktisadi ve sosyal yapıları, insanların ve toplumların edindiği tecrübeler; devletler arasında büyüklük ve küçüklüklerine, insanlar arasında ırk, din, dil, renk, cinsiyet, dünya görüşü gibi farklılıklarına bakılmaksızın eşitliğin bulunduğu, bireylerin onurlarına, özgürlüklerine ve kişiliklerine saygı gösterilmesi gerektiği düşüncesinin daha etkin ve geniş bir alanda kabulüne vesile olmuştur. Bu sebeple insanlar arasında, makul ve haklı bir gerekçe olmadıkça keyfi ayrımlar yapılması yasağı genel olarak kabul gören bir değer olmuştur⁹³.

Fransız Devrimi'nden bu yana eşitlik kavramı, toplumsal değişim şeklini ve toplumların yeniden oluşumunu etkileyen temel bir olgu olmuştur. Dolayısıyla eşitlik kavramı, bir değer yargısı olarak günümüze kadar gelmiştir. Keyfi yöneticiliğin denetlenmesi, keyfi yasaların yerine adil ve eşitlikçi yasaların düzenlenmesi, halkın uygulamaların belirlenmesinde söz sahibi olması; modern toplumun eşitlik kavramını dönüştürücü, geliştirici bir kavram olarak kullanması sayesinde olmuştur. Bu bakış açısı doğrultusunda haklardan yararlanma bakımından yöneten yönetilen ayrımı kalkmış herkese aynı temel hakların tanındığı eşitlikçi ilkeler oluşmuştur⁹⁴.

Kadın erkek eşitliği ilkesi ya da cinsiyet ayrımcılığı yasağı perspektifinden bakacak olursak herkese tanınan, 18. yüzyıldan itibaren koruma altına alınan kişisel haklar ve 20. yüzyılda güvence altına alınan sosyal haklardan kadınlar eşit olarak faydalanamamıştır. Tüm ülkeler yasalarında kadın aleyhine ayrımcı hükümlere yer verilmiştir. Açıkça ayrımcılık yapılmayan alanlarda ise kadınlar yüzyıllar boyunca geri plana itilmiş, var olan haklarından yararlanamamışlardır⁹⁵.

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren uluslararası belgelerde eşitlik veya ayrımcılık yasağı düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Bu tarihten sonra Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesi doğrultusunda ulusal düzeyde Anayasa Mahkemeleri, kanunların Anayasa'ya ve dolayısıyla eşitlik/ayrımcılık yasağı ilkesine uygunluğunu denetlemeye başlamışlardır. Ayrıca uluslararası denetim mercileri de eşitlik ve insan haklarına saygı çerçevesinde hareket etmeye ve çalışmalar yürütmeye başlamıştır. Bu gelişmelere karşın, mahkemeler uzun yıllarca eşitlik ilkesini (kanun

⁹³ Kapani, ss. 54-57.; Yuvalı, s. 1.

⁹⁴ Kaya, s. 8.

⁹⁵ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 122.

önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı) kadını koruyacak şekilde yorumlamayı sağlayamamıştır⁹⁶.

1.3.1. Felsefi Anlamda Eşitlik İlkesi

Felsefi alanda eşitlik ile ilgili tartışmalar M.Ö. 322’de Yunan felsefesinde önemli yeri olan Stoa okulunun kurucusu “Citiumlu Zeno” ile başlamıştır⁹⁷. Stoisyen filozoflar, insanın doğası gereği özgür ve eşit olduğunu kabul ederek, tarihte ilk defa insan hakları düşüncesini ortaya koymuşlardır⁹⁸. Stoa Felsefesi’nin ana konusu “akıl ile tanrıyı” denkleştirmektir. Bu felsefeye göre evren, tanrısal bir nedenin ürünüdür, bütün doğanın içinde akla uygun, planlı bir düzene sahiptir. Bütün insanlar akılı paylaştıkları için tanrıyı da paylaşır. İnsanları diğer canlılardan ayıran ayrıca birleştiren olgu, herkesin düşünme yeteneğine sahip olmasıdır. Dolayısıyla önemli olan insan olmaktır ve insan olarak herkes eşittir. Farklı düşünmek tanrıyı inkâr etmek olarak düşünülmektedir⁹⁹.

Eşitliğin akıl ve tanrısal güçte arandığı Stoa felsefesinden sonra Roma hukukunda eşitlik, daha dünyevi ve pozitif algılanan bir kavram olmuştur. Romalı yargıçlar Stoa felsefesinin kavramlaştırmaya çalıştığı eşitlik ilkesini; akılcı ve tümevarımcı bir yaklaşımla halka indirgemeye başlamıştır¹⁰⁰. Ayrıca Roma yurttaşları sayılmayan yabancıların ihtilaf çıkması durumunda hakların dava aracılığıyla görülmesini talep etmeleri üzerine, yabancılara yönelik mahkemeler kurulmuş bu mahkemelerde Romalı yargıçlar uyuşmazlıkları gidermek için eşitlik ilkesine dayalı hakkaniyet ölçütünü geliştirmişlerdir. Romalı yargıçların belli davalarda verdiği kararlar zamanla içtihadı dönüştürmüş Romalı hukukçular buna “jus gentium” (yabancılar hukuku) adını vermişlerdir¹⁰¹. Romalı hukukçular içtihatlar çerçevesinde zamanla belli vakıalardan ve davalardan genel ilkeler oluşturmuşlardır. Böylece Romalılar bir taraftan yabancılar hukuku diğer taraftan yurttaşlık kapsamının

⁹⁶ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 122.

⁹⁷ Stoacı öğretilerde insan hakları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan hakları Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001, ss. 4-7.

⁹⁸ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 12.

⁹⁹ Leslie Lipson, **Politika Biliminin Temel Sorunları**, 4. Baskı, İstanbul 1986, s. 142.’dan aktaran Kaya, s. 9.

¹⁰⁰ Kaya, s. 9.

¹⁰¹ Lipson, s. 142.’dan aktaran Kaya, s. 10.

genişlemesiyle “insanların eşitliği” kavramını geliştirmişlerdir. Günümüz çağdaş eşitlik ilkesinin çekirdeğini M.S. 212’de Roma imparatoru Caracalla’nın buyurduğu buyruğu ile köleler hariç, imparatorluğun bütün hür kişilere yurttaşlık haklarının tanınması oluşturmuştur¹⁰².

Eski Yunan’da insanların doğuştan eşit olduğu fikri bazı sofistler tarafından dile getirilirken buna karşılık eşitsizlikçi fikri savunan sofistler de var olmuştur¹⁰³. Sofistler tabii olaylardan çok sosyal olaylarla ilgilenerek insanların hareketlerini şekillendiren örf ve âdet kuralları ile hukuk kurallarını incelemişlerdir¹⁰⁴. Sofizm, düşüncede ve insanın ele alınışında yeni bir başlangıç olmuş, bireyci görüşü savunmuş, insan yararını, ‘insanı’ ön planda tutmuştur¹⁰⁵.

Sofistlerden sonraki dönemlerde Platon’a göre dünyada hiçbir şey birbirleriyle tam olarak eşit değildir; ancak birbirine çeşitli açılardan benzerlik mevcuttur. İnsanlar bu benzerliklere bakarak tam bir eşitlik düşünseler dahi mükemmel bir eşitliğin sağlanması mümkün değildir. Platon varlığı idealar dünyası ve nesnelere dünyası olarak ikiye ayırır. Platon’a göre mükemmel eşitlik sadece değişmez, iyi varlıkların olduğu idealar dünyasında var olabilir, değişen ve kötü varlıkların da olabildiği nesnelere dünyasında ise mükemmel eşitlik sağlanamaz. Dolayısıyla eşit olmayanlara eşit davranmak eşitsizliğe yol açacaktır. Platon’a göre esas olan orantılı eşitliktir, bu da yalnızca adaletin herkese orantılı dağıtıldığı bir sistem ile sağlanabilir¹⁰⁶. Bu bağlamda Platon ideal devlet düzeni ve yönetimini araştırmış, siyasetin gerçek amacının insanları daha iyiye taşımak ve eğitmek olduğunu¹⁰⁷, kadın erkek eşitliğine inanarak, eğitimle kadınların da erkeklerle aynı işlerde çalışabileceğini savunmuştur¹⁰⁸.

Aristoteles’e göre adalet, bir tarafıyla yasalara uygunluk, diğer tarafıyla da eşitlik anlayışıdır. Bu doğrultuda adalet denkleştirici ve dağıtıcı olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰⁹. Denkleştirici adalete göre hiç kimse verdiğiinden daha çok almamalıdır. Aksi durumda başkasına ait bir şeye sahip olunmuş olur ve bozulan

¹⁰² Kaya, s. 11.

¹⁰³ Alaeddin Şenel, **Eski Yunan’da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 318.; Yuvalı, s. 8.

¹⁰⁴ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 8. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara 2009, s. 144.

¹⁰⁵ Mehmet Akad ve Bihterin Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları:287, Gözden Geçirilmiş 6. Basım, İstanbul 2011, ss. 21-22.

¹⁰⁶ Şenel, s. 423-431; Yuvalı, s. 8.

¹⁰⁷ Güriz, ss. 152-153.

¹⁰⁸ Akad/Dinçkol, ss. 25-29.

¹⁰⁹ Güriz, ss. 160-161.

dengeyi yeniden sağlamak için o şeyin gerçek sahibine verilmesi gerekir¹¹⁰. Dağıtıcı adalet ise yetenek bakımından eşitliğe dayanır; yani orantılı bir adalet söz konusu olup insanların eşit oldukları oranda eşit pay, eşit olmadıkları oranda da farklı pay almalarını ifade eder¹¹¹.

Eşitlik kavramının insanlık tarihinde önemli ilerlemeler kaydettiği diğer dönem ise 17.yüzyılın ortalarından başlayıp günümüze kadar gelen dönemdir¹¹². 17. yüzyılın ortalarından başlayıp günümüze kadar gelen dönem de kronolojik olarak üç dönem başlığı altında incelenebilir. 17. yüzyılın ortasından başlayıp 18. yüzyılın başlarına kadar süren birinci dönemde eşitlik kavramı peş peşe yaşanan üç büyük devrimle gelişme göstermiştir. 1640'ta İngiltere'de, 1776'da Amerika Birleşik Devletleri'nde 1789'da Fransa'da yaşanan devrimler "doğal durum eşitliği" görüşlerinin gelişmesine vesile olmuştur¹¹³. İngiliz, Amerikan, Fransız devrimlerinin amaçları, halk tarafından denetlenemeyen iktidarı devirmektir. Eşitliğin siyasal içerik kazandığı bu dönemde, devletin toplum sözleşmesi ile kurulduğunu, yönetme hakkının sadece krala veya soylulara ait olmadığını, bu haklara bütün insanların doğuştan sahip olduğunu; ancak bu hakkın kendilerinden alındığını ileri sürmüşlerdir¹¹⁴.

John Lock, Voltaire, Jean Jacques Rousseau, Thomas Jefferson ve Thomas Paine'nin felsefelerinde yer alan doğal durum anlayışı "toplum sözleşmesi" varsayımı ile "doğal hukuk" tezi üzerine dayanmıştır. Doğal durum anlayışı; devlet yapılaşmasından önce insanların doğal, eşit bir yaşama sahip olduğu, burada ayrıcalıklı konumların olmadığını, mevcut koşullarda herkesin eşit olduğu ve hiç kimsenin diğer kişilerden daha fazla hak ve yetkisinin bulunmadığı bir durum anlayışıdır. Örgütlenmiş bir toplumda kral-halk, zenginler-yoksullar, efendiler-köleler yan yana bulunuyorsa bu farklar doğadan kaynaklanmamakta, aksine doğaya aykırı bir durum söz konusu olmaktadır. Doğal duruma uygun olmayan hiçbir durum meşru değildir. Dolayısıyla özgürlük ve eşitlik birbirinden soyutlanamaz, kayıtsız şartsız bütün insanlar eşittir ve eşitlik evrenseldir¹¹⁵.

¹¹⁰ Niyazi Öktem, **Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, İstanbul Der Yayınları, İstanbul 1993, s. 113.; Yuvalı, s. 8.

¹¹¹ Akad/Dinçkol, s. 39.; Şenel, ss. 456-459; Yuvalı, s. 8.

¹¹² Kaya, s. 11.

¹¹³ Türk Hukuku tarihinde 1876 Anayasası'ndan itibaren, 1921 Anayasası dışındaki tüm anayasalarda eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Yuvalı, ss. 541-544.

¹¹⁴ Lipson, s. 146.'dan aktaran Kaya, s. 12.

¹¹⁵ Lipson, s. 147.'dan aktaran Kaya, s. 13.

1789 yılında ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde *"Hükümetler, insanların doğal ve süre aşımına uğramaz haklarını korumak amacıyla kurulmuşlardır. Bu haklar özgürlük, güvenlik ve mülkiyet haklarıdır. Doğa ve kanun önünde bütün insanlar eşittir."* denerek bütün insanların eşit yaratıldığı ve doğuştan eşit haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle doğal hukuk ve doğal haklar yoluyla eşitlik kavramı evrensel boyuta taşınmıştır¹¹⁶.

İkinci dönem, 19. yüzyılda yaşanan sanayi devrimi dönemine tekabül eder. Günümüzde yurttaşlık kavramının yerleşik bir hal almasında, seçme ve seçilme hakkının halka verilmesinde sanayi devriminin büyük etkisi olmuştur. Özellikle İngiliz orta sınıfının kendi çabalarıyla aristokrasiye tanınan ayrıcalıkları işçi ile paylaşması ve işçi sınıfına seçme hakkının verilmesi, eşitlik ile ilgili geliştirilen düşünsel planları uygulamaya dönüştürmüştür. 19. yüzyılda eşit oy hakkıyla başlayan eşitlik tartışmaları kısa zamanda servet temelli eşitlik kavramlarından çıkıp renk, ırk ve cinsiyet eşitliği kavramları ile daha geniş anlamda yorumlanmaya başlanmıştır¹¹⁷. Herhangi bir kişiyi "kanunların eşit korumasından yoksun bırakmama" anlayışı günümüz temel ilkesi olan "kanunlar önünde eşitlik" ilkesinin temeli olmuştur. 1954 yılında Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkemesinin, devlet okullarında beyazlarla zenci çocukların eğitiminin ayrı yapılmasının aslında eşitliğe aykırı olduğu kararı doğrultusunda zencilerin kamusal alanda eşitlik mücadelesi vermesi Amerika Birleşik Devletleri'nde 1964 yılında Yurttaş Hakları Kanunu'nun çıkarılmasına vesile olmuştur¹¹⁸.

Üçüncü dönem, 1. Dünya Savaşı'ndan bugüne değin geçen süreci içine almaktadır. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra eşitlik kavramı hümanizm kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Bu dönemde eşitlik, insanların yaşadığı trajediler dikkate alınarak barış için korunması gereken bir olgu olmuştur. Bu tarihsel arka plana sahip olan eşitlik

¹¹⁶ Lipson, s. 148.'dan aktaran Kaya, s. 13.

¹¹⁷ İnsan haklarının Afrika'da korunmasına da değinecek olursak; Afrika'da, Afrika Birliği (eski Afrika Birliği Teşkilatı) Afrika Hukuku'nda insan hakları doktrininin gelişmesinde önemli role sahiptir. Afrika sistemi en genç ve bu nedenle bazı yönlerden Avrupa ve Amerika sistemlerine oranla insan hakları alanında daha az gelişmiş bölgesel bir koruma sistemidir. Afrika Birliği Teşkilatı, 1963 yılında Afrika Birliği Şartı imzalanarak kurulmuştur. Teşkilat, üyeleri arasında iş birliğini, dayanışmayı sağlama, Afrikalılar için gerekli politikaların oluşturulması amacının yanında Afrika halkının haklarının gözetilmesi için eşitliğin, özgürlüğün, adaletin sağlanmasını şart koşmuştur. Afrika Birliği Anlaşmasının yürürlüğe girmesiyle 2002 yılında Afrika Birliği Teşkilatı sona ererek Afrika Birliği kurulmuştur. Afrika Birliği insan haklarına saygı ilkesine dayalı bir Birlik olup Birlikle ilgili belgelerde, bölgelerde ve teşkilatta insan haklarının rolü vurgulanmış, insan haklarının geliştirilmesinin, Birliğin amaçlarından birisi olduğu da belirtilmiştir. Kalabalık, ss. 175-177.

¹¹⁸ Lipson, s. 164.'dan aktaran Kaya, s. 15.

kavramı, bütün çağdaş hukuk sistemlerinde insan haysiyet ve onurunun korunması temelini oluşturmuştur. Birey-devlet ve birey-birey arasındaki ilişkilerde eşitsizliğe neden olabilecek fiiller hukuki olarak tanımlanmıştır. Bunlar ırk, dil, din, cinsiyet, renk, siyasal görüş gibi kişinin değişik kimliklerine ait niteliklerdir¹¹⁹. Bireyin bu kimliklerinden dolayı farklı muameleye tabi tutulması insan hakları ve temel özgürlüklerin, kültürel, ekonomik ve sosyal hakların ihlali olarak değerlendirilmektedir¹²⁰.

Sonuç itibariyle tarihin her döneminde ve her toplulukta farklı eşitlik anlayışları ortaya çıkmıştır. Örneğin; Antikçağda vatandaşlar arası eşitlikten söz edilirken, Orta Çağda Tanrı önünde eşitlikten, Fransız Devriminden sonraki dönemde kanun önünde eşitlikten ve 19. yüzyılın sonlarında kanun önünde eşitliği tamamlayan fırsat eşitliğinden söz edilebilir¹²¹.

1.3.2. Eşitlik İlkesi ve Adalet Kavramı Arasındaki İlişki

Adalet kavramı, hak ve hukuka uygunluk, hakkı gözetme, doğruluk, yasalarla sahip olunan hakların herkes tarafından kullanılmasının sağlanması şeklinde tanımlanmıştır¹²². Adalet, toplum içinde barış, uyum, eşitlik, haklılık, koruma ve düzen yaratma işleviyle hukukun özünü oluşturmaktadır. Adalet kavramı örtülü olarak kendi içinde eşitlik kavramını da barındırmaktadır. Adalet ile eşitlik arasındaki ilişkiyi John Rawls'ın adalet teorisinde görmek mümkündür¹²³.

Rawls, adaletin iki ilkesinden bahsetmektedir: Birincisi eşit özgürlükler ilkesi olarak nitelendirilen her bireyin aynı kural ve özgürlüklerden yararlanmada herkesle aynı haklara sahip olmasıdır. İkincisi ise sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri adil sınırlamalarla dezavantajlı, kötü durumda olanların da yarar sağladığı, fırsat eşitliğinin sağlanması ilkesidir. Rawls, doğal hukuk geleneğine uygun olarak adalet anlayışını savunurken temel hak ve özgürlüklere herkesin eşit şekilde sahip olması gerektiğini,

¹¹⁹ Barbara Harris White, "Inequality At Work In The Informal Economy: Key Issues and Illustrations", **International Labour Review**, Cilt:142, No:4, Geneva 2003, ss. 461-462.'dan aktaran Kaya, s. 16.

¹²⁰Marco Fugazzo, "Racial Discrimination Theories, Facts and Policy" **International Labour Review**, Cilt:142, No:4, Geneva 2003, s. 507.'dan aktaran Kaya, s. 16.

¹²¹ İnceoğlu, s. 46.; Yuvalı, s. 9.

¹²² Türkçe Sözlük, s. 18.

¹²³ Kaya, ss. 17-18.

toplumsal ve ekonomik eşitsizliklerin fırsat eşitliği yoluyla aşılabileceği ve bu yönde toplumsal adaletin sağlanabileceğini savunmuştur¹²⁴.

1.3.3.Eşitlik İlkesi ve Özgürlük Kavramı Arasındaki İlişki

Özgürlük; herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma durumudur¹²⁵. Eşitlik kavramı ile özgürlük kavramı arasındaki ilişkiye baktığımızda; özgürlük, toplum içinde bireyin sahip olduğu bağımsızlık alanıdır. Bu alan aynı zamanda toplumsal ve kamusal alanın sınırını oluşturmaktadır¹²⁶. Eşitliğin sağlanabilmesi için eşitlik talebinden önce özgürlüğün var olması gerekmektedir. Bu bağlamda özgürlük olmadan eşitlik talep edilemez. Eşitlik aynı zamanda kişinin isteme hakkını güvence altına alır¹²⁷.

Özgürlük¹²⁸ arayışı çoğu zaman eşitliğin genişlemesi ve hakların somutlaşması sonucunu doğurur. Özgürlük bağlamında eşitlik anlayışı herkesi her şeyde eşitlemek değil, eşit olmak için herkesin eşit fırsatlardan yararlanmalarını sağlamaktır¹²⁹. Eşitlik, özgürlüğü bireysel kullanımda sınırlasa da toplumsal yaşamda özgürlük, eşitlik ile anlam kazanır. Bu bakımdan eşitlik ve özgürlük birbirinin tamamlayıcısıdır¹³⁰.

1.3.4. Eşitlik İlkesi ve Ahlak Kavramı Arasındaki İlişki

Ahlak, bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri doğrultusunda kurallar bütünü olarak adlandırılmıştır¹³¹. Eşitlik kavramı ile ahlak kavramı arasındaki ilişkide, eşitlik kavramı aynı zamanda içinde ahlaksal bir arayışı da barındırır. Herkese adil davranmak ve hak edilenin elde edilmesini sağlamak her

¹²⁴ Kaya, ss. 18-19.

¹²⁵ Türkçe Sözlük, s. 1557.

¹²⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 11.; Kaya, s.20.

¹²⁷ Kaboğlu, s. 15.; Kaya, s. 20.

¹²⁸ “Özgürlük, sanki ışığa tutulmuş, ışığı renklere bölen bir prizmadır: Herkes ona bakarak kendi açısından gördüğü rengi veya renkleri tasvir eder.” Bu doğrultuda özgürlük kavramının her zaman için kesin ve geçerli bir tanımlanmasının olmadığı vurgulanmıştır. Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı (tıpkı basım), Ankara 1993, s. 3.

¹²⁹ Kaya, s. 21.; Giovanni Sartori, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan, Sentez Yayıncılık, Ankara 1993, s. 388.

¹³⁰ Kaya, s. 21.; Sartori, s. 389.

¹³¹ Türkçe Sözlük, s. 43.

şeyden önce ahlaki bir sorumluluktur¹³². İnsanların eşit haklara ve eşit olanaklara sahip olma hakları vardır. İnsanlar insan olmaları nedeniyle birbiriyle eşittirler ve en azından bazı bakımlardan birbirinin aynısıdırlar¹³³.

Eşitlik ilkesinin felsefe, adalet, özgürlük, ahlak açısından incelenmesi ardından; kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olma ilkesinin, eşitlik ilkesinin özel bir ifade edilmiş biçimi olarak değerlendirilebileceği de belirtilmelidir. Eşit haklara sahip olma gayesinin temeli cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına ve nihayetinde insan onuruna dayanmaktadır. Kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları, cinsiyet ayrımcılığı yasağının ötesinde kadınlara erkeklerle birlikte haklardan fiilen eşit yararlanmalarını sağlamaktır¹³⁴.

1.4. ULUSLARASI BELGELERDE CİNSİYETE DAYALI AYRIMCILIK YASAĞI VE KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ

Kadın hakları kavramsal karşılığı, kadınların insan haklarıdır. İnsanlar birtakım haklara sahipse, kadınlar da insan olması sebebiyle tüm haklara sahiptir¹³⁵. Kadın haklarının insan hakları olduğundan başka bir tarafı daha vardır. O da kadınlara karşı yapılan haksızlıklara, ayrımcı tutuma karşı telafi edici haklar özelliğine sahip olmasıdır¹³⁶.

Farklı cinsler arası ayrımcılık yapmama ilkesi tarihi, genel eşitlik ilkesiyle birbirine bağlıdır. Bu doğrultuda çeşitli uluslararası belgelerde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'ne dayanan, 1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ile kadın hakları ile ilgili önemli bir adım atılmakla birlikte; ayrıca Avrupa Birliği'nin kurucu Maastricht Antlaşması, Avrupa

¹³² Dinsel kültür de insan hakları kabulünde kolaylaştırıcı rol oynamıştır. Tarihsel gelişim sürecinde insan hakları anlayışı, pek çok kez dinsel kaynaklardan yararlanılarak etik değere dayandırılmıştır. Gemalmaz, ss. 148-163.

¹³³ Kaya, s. 23.; Sartori, ss. 367-368.

¹³⁴ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 127.

¹³⁵ Kalabalık, s. 48.

¹³⁶ Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, ss. 285-286.

Birliği Adalet Divanı'nın bu alanda oluşturduğu içtihatları, eşit davranmayı sağlamaya yönelik direktifleri ile eşitlik politikaları önemli ilerlemeler kaydetmiştir¹³⁷.

1.4.1. Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşmasında Eşitlik İlkesi

Birleşmiş Milletler (BM)¹³⁸ uluslararası barış, güvenlik, iktisadi ve sosyal kalkınma sağlamak, devletler arasında dostane ilişkiler geliştirmek ve insan haklarını korumak amacıyla¹³⁹ Türkiye'nin de içinde bulunduğu 51 kurucu üye ülke ile 1945 yılında kurulmuş ve Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması¹⁴⁰, 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrımcı davranış yasağı, evrensel düzeyde genel nitelikli bir insan hakkı olarak ilk kez 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yer almış, Birleşmiş Milletler organlarına ve Birleşmiş Milletler üyesi devletlere ayrımcılığı önlemeye yönelik önlemler alma yükümlülüğu getirecek şekilde düzenlenmiştir¹⁴¹. Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması'nın 2. maddesinde örgütün amaçları arasında, "insan hak ve temel hürriyetlerine saygının geliştirilmesi" yer almakta Başlangıç kısmında ve diğer maddelerinde de insan haklarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır¹⁴².

Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması, başta giriş kısmından itibaren içinde birçok düzenlenen hükümde insan haklarının korunması çerçevesinde eşitlik ilkesine vurgu yapmıştır. Antlaşma insan hakları düşüncesini evrensel boyuta taşıyan ve bütün insanların ırk, cinsiyet, dil veya din farkı gözetilmeksizin eşit düzeyde görülmesi, korunması noktasında uluslararası düzeyde yükümlülükler öngören ilk belgedir ve bu doğrultuda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannameğine kaynaklık etmiştir. Antlaşmanın giriş kısmında "Temel insan haklarına, insan onuruna ve

¹³⁷ Demet Özdamar, **CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, (CEDAW), s. 57.

¹³⁸ Birleşmiş Milletler (United Nations), <https://www.un.org/>, (e.t.13.02.2019).

¹³⁹ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş 5.Baskı, İstanbul 2011, (Uluslararası Hukukun Esasları), s. 174.

¹⁴⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın tam metni için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/BirlesmisMilletlerSarti.pdf>, (e.t.15.02.2019).

¹⁴¹ Gülmez, **Ayrımcılığın Kaldırılması**, s. 113.

¹⁴² İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Birleşmiş Milletler, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/25-birlesmis-milletler-genel-bilgi/>, (e.t.14.02.2019).

değerine, kadınlar ve erkeklerin hak eşitliğine olan inancımızı yinelemeye” denilerek temel hak ve özgürlükler ile eşitlik ve adalet arasındaki ilişki ortaya konulmuştur¹⁴³.

Birleşmiş Milletler örgütünün amaç ve ilkeleri içinde eşitlik kavramı Antlaşmanın 1. maddesinin 3. fıkrasında “(...) *cinsiyet*, dil ve din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı duyulmasını özendirmedi ve sağlamada uluslararası iş birliğini geliştirmek” şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Antlaşma’nın 13. maddesinde Genel Kurulun görevleri arasında, ırk, cinsiyet, dil veya din farkı gözetilmeksizin herkesin temel hak ve hürriyetlerden yararlanmasını kolaylaştırmak için araştırmalar yapması ve tavsiyelerde bulunması hükme bağlanmış olup 55. maddesinde Birleşmiş Milletlerin “ırk, *cinsiyet*, dil veya din farkına bakmaksızın *herkesin* insan haklarına ve temel özgürlüklere tüm dünyada bilfiil saygı gösterilmesini” kolaylaştırması yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir¹⁴⁴.

Ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1946 yılında, kadının ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve eğitim alanlarındaki haklarının iyileştirilmesi amacıyla, Konsey’e tavsiyelerde bulunmak ve rapor hazırlamak üzere, Birleşmiş Milletler örgütsel yapısı içinde Kadının Statüsü Komisyonu kurulmuştur¹⁴⁵.

1.4.2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde Eşitlik İlkesi

İnsan hakları, dolayısıyla kadın hakları, birçok devlet tarafından uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle kabul edilmiş ve güvence altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ilk insan hakları kataloğu, 10 Aralık 1948 tarih ve 217A (III) sayılı BM Genel Kurulu kararıyla “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde”¹⁴⁶ yer almış, Türkiye’de ise, 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete’de¹⁴⁷ yayımlanmıştır.

¹⁴³ Kaya, ss. 28-29.

¹⁴⁴ Kaya, ss. 28-29.

¹⁴⁵ Kalabalık, s. 75.

¹⁴⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, (e.t. 18.03.2019).

¹⁴⁷ 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, (e.t. 18.03.2019).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi eşitlik vurgusunun en fazla yapıldığı uluslararası hukukun temel belgelerinden biridir. Bildirge temel hak ve özgürlükler, siyasal haklar, kültürel haklar, ekonomik ve sosyal haklar bağlamında kişiye eşitlik temeline dayalı isteme hakkını güvence altına alan düzenlemeler yer almaktadır. Bildirgenin önsözünde, kadınların ve erkeklerin hak eşitliğine vurgu yapılarak tüm insanların eşit ve devredilemez haklara sahip olduğu yer almakta, tüm insanların insan onuruna sahip olduğu ve bu eşit devredilemez hakların tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barışın çekirdeğini oluşturduğu ifade edilmiştir¹⁴⁸.

Bildiri’de insanların insan olmalarından kaynaklanan ve doğuştan kazanılan devredilemez, vazgeçilemez temel haklarını, devletin ihlal edemeyeceği ve ayrıca bu hakların ihlal edilmemesi için tedbir alma yükümlülüğünün olduğu da belirtilmiştir¹⁴⁹.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin. 1. maddesinde; bütün insanların özgür ve haklar bakımından *eşit doğdukları* vurgulanmıştır. 2. maddesinde ise cinsiyete dayalı ayrımcılık “*Herkes; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da herhangi bir diğer farklı inanç, ulusal veya toplumsal köken, doğuş ya da benzeri başka bir statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin* bu bildirmede ileri sürülen tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabilecekleri” şeklinde ifade edilerek yasaklanmıştır¹⁵⁰.

Bildirgenin 7. maddesinde herkesin yasa önünde eşit olduğu ve Bildirgeye aykırı herhangi bir ayırım yapılmaksızın yasa tarafından eşit korunma hakkına sahip olduğu yer almakta; Bildirgenin 23. maddesine göre “*Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.*” Bildirgenin 25. maddesinin 2. fıkrasında ise “*annelerin ve çocukların özel bakım ve yardım görme haklarının olduğu, bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar aynı sosyal güvenceden yararlanmaları gerektiği*” gibi düzenlemelerin yapılması bireysel haklardan sosyal haklara uzanan eşitlik durumunun özgürlük ve insan onuru için neden önemli olduğunu da ortaya koymaktadır¹⁵¹.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu daha sonra, insan hakları uygulamasını etkinleştirmek ve sağlamlaştırmak amacıyla, Kadının Siyasal Hakları Sözleşmesi,

¹⁴⁸ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 102.

¹⁴⁹ Ali Öztekin, **Siyaset Bilimine Giriş**, Siyasal Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2010, s. 161.

¹⁵⁰ Erdoğan, s. 286.

¹⁵¹ Kaya, ss. 26-28.; Yuvalı, ss. 13-14.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve Ek İhtiyari Protokol'ü gibi diğer insan hakları sözleşmelerini de kabul etmiştir¹⁵². Sözleşmelerin yanı sıra, kadın haklarına ilişkin diğer uluslararası direktifler, tavsiye kararları, görüş bildirimleri ve raporlar eşitlik ilkesinin uluslararası alanının temelini oluşturur.

Kadının; toplum içinde anne olarak sahip olduğu temel hakları, uluslararası düzenlemelerle de koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda kadın sağlığını ve çalışma hayatını korumayı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınların, erkekler ile eşit fırsatlara sahip olmalarını sağlamak gayesiyle uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır¹⁵³.

1.4.3. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi¹⁵⁴ 1966 yılında BM Genel Kurulunca kabul edilip, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye açısından 04.06.2003 tarihinde onaylanmış¹⁵⁵ 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir¹⁵⁶.

Sözleşmenin 1. maddesinde vatandaşların kendi kaderini kendilerinin belirleyebilmesi ile ilgili düzenleme yer almakta 2. maddesinde ise taraf devletlerin sözleşmede öngörülen hakların, ırk, renk, *cinsiyet*, din, dil, siyasi veya başka görüş, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum *gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık*

¹⁵² Nüket Kardam, “Kadının İnsan Hakları–Yeni Çözümler Vakfı, Kadının İnsan Hakları Eğitimi Programı, 1995-2003 Değerlendirme Raporu”, s. 4, http://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/Degerlendirme_Raporu.pdf, (e.t. 18.03.2019).

¹⁵³ Özdamar, CEDAW, ss. 33-34.

¹⁵⁴ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme tam metni için bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>, (e.t. 16.02.2019).

¹⁵⁵ TBMM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler ve Dışişleri Komisyonları Raporları (1/434), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>, (e.t. 16.02.2019)

¹⁵⁶ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/120-ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklara-iliskin-uluslararar-sozlesme/>, (e.t. 16.02.2019).

yapılmadan kullanılmasını koruma altına almayı taahhüt eder. Bu düzenleme ile cinsiyet temelli ayrımcılık da yasaklanmıştır¹⁵⁷.

Sözleşmenin 3. maddesine göre ise taraf devletlerin, Sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlara ve erkeklere eşit haklar sağlama yükümlülükleri vardır¹⁵⁸. Sözleşmenin 6. maddesinde çalışma hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre “Sözleşmeye taraf devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanına ulaşma hakkını da içerir.” Sözleşmenin 7. maddesinde adil ve uygun işte çalışma hususu düzenlenmiş olup madde hükmüne göre herkesin adil ve elverişli bir işte çalışma hakkı vardır. Ayrıca her çalışana sağlanan asgari bir ücret ile birlikte “hiçbir ayrıcalık yapılmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma koşullarından daha alt seviyede çalışmamaları koruma altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret verilmesi, herkese işinde daha yüksek pozisyonlara atanma esnasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ayrıma tabi tutulmaksızın eşit imkanlar sunulması” hususları düzenlenmiştir¹⁵⁹.

Nitekim Sözleşme'nin 10. maddesinde, ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunması hakkı tanınmış, anılan maddenin 2. bendinde “*Annelere, doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel bir koruma sağlanması gerektiği, bu dönemde çalışan annelerin ücretli izinden ya da yeterli sosyal güvenlik tedbirlerini kapsayan izinden yararlanmaları gerektiği*” düzenlemesi yer almıştır¹⁶⁰.

Ayrıca Ekonomik ve Sosyal Konsey'in 1958/17 sayılı kararıyla kurulan Çalışma Grubu, 1978/10 sayılı karar ile adı değiştirilerek ve Komite yapısına ilişkin düzenlemelere yer verilerek Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi kurulmuştur¹⁶¹.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, yaptığı çalışmalarla birlikte taraf devletlerce kendisine sunulan raporlar hakkındaki görüşlerini Ekonomik ve Sosyal Konsey'e sunar ve ayrıca görüş sunduğu raporlarda görüşün esasına ilişkin tavsiyeleri de bulunur. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ne söz konusu

¹⁵⁷ Erdoğan, s. 286.

¹⁵⁸ Yuvalı, s. 14.

¹⁵⁹ Yuvalı, s. 15.

¹⁶⁰ Kalabalık, s. 66.

¹⁶¹ Gülce Öztürk, **Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü Yoluyla Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 111.

yükümlülüğün getirilmesi ile Ekonomik ve Sosyal Konsey'in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde düzenlenen sorumluluklarını yerine getirebilmesinin desteklenmesi amaçlanmaktadır¹⁶². Belirtmek gerekirse Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de bireysel başvuru yolu düzenlenmemiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul edilen ve 05 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol ile Sözleşme'de güvence altına alınan hakların ihlaline karşı bireysel başvuru yolu öngörülmüştür. Söz konusu ek ihtiyari Protokol'e Türkiye taraf değildir¹⁶³.

1.4.4. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi¹⁶⁴, medeni ve siyasi hakları kapsamlı şekilde koruma altına almaktadır. Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete¹⁶⁵'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır¹⁶⁶.

¹⁶² Öztürk, s. 113.

¹⁶³ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx> (e.t. 23.06.2019).

¹⁶⁴ Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁶⁵ 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁶⁶ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**,

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, ayrımcılık yasağını hem 2. maddede hem de 26. maddede düzenlemiştir. Sözleşme'nin 2. madde 1. bendinde,

“Bu Sözleşme'ye Taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.”

hükmü ile tanınan haklar doğrultusunda cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının yasak olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁷.

Sözleşmenin 26. maddesinde ise,

“Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayrıma tabi olmaksızın yasalar tarafından eşit derecede korunur. Bu açıdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her tür ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı sağlayacaktır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Anılan maddede, herkesin, kanunlar önünde eşit olduğu ve hiçbir ayırım yapılmaksızın yasalar tarafından eşit derece korunma hakkına sahip olduğu, kanunların bu alanda her türlü ayrımcılığı yasakladığı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi yapılan her türlü ayrımcılığa karşı herkese etkili ve eşit koruma sağlayacağı belirtilmiştir¹⁶⁸.

Ayrıca Sözleşme'nin 2. ve 26. maddelerinin yanı sıra 3. maddesinde, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, Sözleşme'ye taraf Devletlere, Sözleşme'de yer alan bütün medeni ve siyasal haklardan kadınların ve erkeklerin eşit yararlanmasını sağlamayı temin etme yükümlülüğü getirilmiştir¹⁶⁹.

Herkes yargı erkleri önünde eşittir ve gıyaplarında bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükler ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı merci tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Bahsedilen husus 14. maddede yer alan düzenlemeyle hüküm altına alınmıştır¹⁷⁰.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁶⁷ Erdoğan, s. 286.

¹⁶⁸ Karan, s. 149.

¹⁶⁹ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme maddeleri 2,3 ve 26.

¹⁷⁰ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme madde 14.

Sözleşme’de İnsan Hakları Komitesi¹⁷¹ kurulması öngörülmüştür. (m.28) İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin denetim organıdır. İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin Taraf Devletlerce uygulanmasını izleyen bağımsız uzmanlardan oluşan bir organdır. Sözleşme’nin 40. madde düzenlemesinde tüm Taraf Devletlere, Sözleşme’de tanınan hakların uygulanmasına dair Komiteye düzenli raporlar sunma yükümlülüğü getirilmiş olduğu belirtilmiş, ayrıca taraf Devletlerin, Sözleşme’nin ilgili taraf devlet bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde ve daha sonra genellikle dört yılda bir olmak üzere Komitenin istediği zaman rapor sunma yükümlülüğü için süre belirlenmiştir. Komite taraf devletlerin kendisine sundukları raporları inceler ve değerlendirir¹⁷².

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol¹⁷³ ile İnsan Hakları Komitesi’ne bireysel ve devletlerarası başvuru usulü tanınmıştır. Türkiye, bireysel ve devletlerarası başvuru usullerini öngören İhtiyari Protokol’e taraf olarak, İnsan Hakları Komitesi’nin bireysel ve devletlerarası başvuruları kabul etme ve inceleme yetkisini tanımıştır¹⁷⁴.

İnsan Hakları Komitesi’nin, Sözleşme’nin bahsettiğimiz 26. maddesinin ihlali kanaatine vardığı başvuruların çoğu cinsiyet ya da toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara karşı yapılan ayrımcı tutumlara ilişkindir. Örneğin; Graciela Ato del Avellanal v. Peru uyuşmazlığında, Peru Medeni Kanunu'nun 168. maddesine göre, bir kadının evli olması durumunda yalnızca eşinin, mahkemelerde temsil etme hakkına sahip olduğu¹⁷⁵ ve bu bağlamda evli bir kadının kendi mallarını mahkeme önünde temsil edememesi üzerine yaptığı başvuruda, Komite Sözleşme’nin kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlemesini içeren 3. maddesine, herkesin yargılanma hakkına sahip olduğu

¹⁷¹ İnsan Hakları Komitesi (Human Rights Committee), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁷² İnsan Hakları Komitesi, “Medeni ve Siyasi Hakların İzlenmesi” (Human Rights Committee, Monitoring civil and political rights), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁷³ 2006/10692 Karar Sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol tam metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm> (e.t. 20.03.2019).

¹⁷⁴ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “İnsan Hakları Komitesi, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/138-insan-haklar-komitesi/>, (e.t. 20.03.2019).

¹⁷⁵ İnsan Hakları Komitesi Başvuru No. 202/1986, Graciela Ato del Avellanal v. Peru kararının Konu ve Sonucu, <https://minorityrights.org/law-and-legal-cases/graciela-ato-del-avellanal-v-peru/> (e.t. 20.03.2019).

düzenlemesini içeren 14. maddesinin 1. fıkrasına ve herkesin, kanunlar önünde eşit olduğu düzenlemesini içeren 26. maddesine aykırılık tespit etmiştir¹⁷⁶.

1.4.5. Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)

Birleşmiş Milletler çerçevesinde kadın haklarıyla ilgili kabul edilen en önemli sözleşme Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'dir¹⁷⁷. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi¹⁷⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilmiş 03 Eylül 1981 tarihinde kadınların tüm insan hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik yürürlüğe girmiştir. İnsan hakları ihlallerinin daha etkin şekilde denetlenmesi amacıyla, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 6 Ekim 1999 tarihinde CEDAW'ı Ek İhtiyari Protokol ile tamamlamış ve bu protokol 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye bakımından Bakanlar Kurulu'nun 24 Temmuz 1985 tarihli kararı ile onaylanmış ve 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiş; CEDAW'a ilişkin olarak hazırlanan Ek İhtiyari Protokol ise, 30 Temmuz 2002 tarihinde onaylanmış, 29 Ocak 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir¹⁷⁹.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal haklar bakımından kadınlara erkeklerle hak ve fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmesi için düzenlemeler içeren temel bir belge özelliğine sahiptir¹⁸⁰. Kadının insan haklarının sağlanması konusunda temel olan CEDAW, kadınların siyasi, medeni, ekonomik, sosyal ve kültürel hayatta tam ve eşit olarak yer

¹⁷⁶ Graciela Ato del Avellanal v. Peru, Başvuru No: 202/1986, 28 Ekim 1988 tarihli Görüşler, İnsan Hakları Komitesi Raporu, Raija Hanski ve Martin Scheinin, **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.448.

¹⁷⁷ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 102.; Acar, s. 185.; Erdoğan, s. 286.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 493.

¹⁷⁸ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi tam metni için bkz. https://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html, (e.t.19.01.2018).; Ayrıca bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadnlaraKarsiAyrımcılığınOnlenmesiSozlesmesi.pdf>, (e.t.19.01.2018).

¹⁷⁹ Özdamar, CEDAW, s. 334.; ayrıca İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-karsi-her-turlu-ayrımcılığın-onlenmesi-sozlesmesi/> (e.t. 16.02.2019).

¹⁸⁰ Kalabalık, s. 48.; Yuvalı, s. 15.; Yüksel, s. 42.

almalarını ve kadına karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını öngörmektedir¹⁸¹. Ayrıca CEDAW kadın erkek eşitliği dengesinin gerçekleşmesi için kadınlara karşı olumlu ayrımcılığın yapılmasını da desteklemektedir¹⁸². CEDAW'ın temel amacı; kadınların insan olarak sahip oldukları hakların her yerde, her kadın için aynı olduğu anlayışı ile hareket ederek toplum hayatının her alanında kadın-erkek fiili eşitliğinin sağlanması için, kalıplaşmış kadın-erkek ayırımına dayalı önyargıların yıkılarak, geleneksel ve benzer tüm ayrımcılık içeren uygulamaların ortadan kaldırılmasını gerçekleştirmektir¹⁸³. Bu bağlamda fiili eşitliği sağlamak üzere CEDAW, sosyal ve kültürel davranış kalıplarının, toplumsal cinsiyet önyargılarının değiştirilmesi için taraf devletlere gerekli tüm geçici ve özel önlemlerin alınması yükümlülüğü getirmiş¹⁸⁴ ve bu önlemleri ayrımcılık kapsamı dışında bırakmıştır¹⁸⁵.

Sözleşme ile ilgili uygulamaları, ilerlemeleri izlemek ve Birleşmiş Milletler'in diğer birimleri ile bu alanda ortak çalışmalar yapmak amacıyla Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi kurulmuştur¹⁸⁶. Ayrıca Sözleşme'ye ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10.12.1999 tarihinde kabul edilen Ek Protokole göre hakları ihlal edilen, haksızlığı ve gördüğü zararı gidermek için kendi ülkesinin iç hukuk yollarını tüketip bir sonuç elde edemeyen kadınlara, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne başvurma hakkı tanınmıştır¹⁸⁷. Bu doğrultuda taraf devletler, Sözleşme'de yer alan haklardan birini ihlal ettiği takdirde Komite'ye bireysel başvuruları kabul etme ve inceleme yetkileri tanınmıştır¹⁸⁸.

Ayrıca CEDAW'ın koruma mekanizması ve CEDAW'ı yorumlayıcı organ olan Komite'nin kadınlara duyarlı bakış açısıyla bildirdiği görüşleri, gözlemleri ve tavsiyeleri bağlayıcı değildir¹⁸⁹. Ancak taraf devletlerin insan hakları ihlallerini soruşturma ve önlemede özen gösterme yükümlülüğü dahilinde, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin bireysel başvurular üzerine kadınlara duyarlı

¹⁸¹ Şafak Börü, "Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Konumu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** (Özel Sayı), Kadın ve Hukuk, 2017, s. 51.

¹⁸² Kardam, s. 4.

¹⁸³ Acar, s. 185.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, ss. 493-494.

¹⁸⁴ Börü, s. 43.; Özdamar, CEDAW, s. 41.

¹⁸⁵ İba, s. 8.

¹⁸⁶ Kalabalık, s. 49.; Öztürk, s. 130.

¹⁸⁷ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 53.; Yuvalı, s. 16.

¹⁸⁸ Kalabalık, s. 93.; Öztürk, s. 135.

¹⁸⁹ Tijen Dünder Sezer, "Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin R.K.B./Türkiye Kararı ve Kararda Benimsenen Görüşlerin Olası Etkileri", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:2, Sayı:4, 2013, (R.K.B./Türkiye Kararı), ss. 401-403,419.

bakış açısı doğrultusunda görüşleri ve verdiği tavsiye niteliğindeki kararları, uluslararası alanda benimsenerek etki doğurmakta bu bağlamda ulusal mevzuatları da etkileyerek kadınların insan hakları içtihadının oluşmasında önemli rol oynamaktadır¹⁹⁰.

Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın yaygın oluşundan yola çıkarak¹⁹¹ Sözleşme'nin ilk maddesinde kadınlara karşı yapılan ayrımcılığın tanımı yapılmıştır¹⁹². Anılan hükme göre

*“Kadın-erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama”*dır.

Sözleşme'nin 2. maddesine göre taraf Devletler, “kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları:

- Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına ve diğer ilgili yasalara henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı;
- Kadınlara karşı her türlü ayrımı yasaklayan ve gerekli yerlerde yaptırımları da içeren yasal ve diğer uygun önlemleri kabul etmeyi;
- Kadın haklarının erkeklerle eşit temelde himayesini, yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kuruluşlarla kadının her tür ayrımcılığa karşı etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı;
- Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılmasından veya uygulanmasından kaçınmayı ve kamu yetkilileri ile kuruluşlarının bu yükümlülüğe uyumlu olarak hareket etmelerini sağlamayı;
- Herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri almayı;
- Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturulan mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları değiştirmek veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı;
- Kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı.” kabul ederler.

Sözleşme'nin 3. maddesi ile taraf devletlere, kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmasını ve bu hususu fiilen kullanılabilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir¹⁹³. Söz konusu madde metninde;

¹⁹⁰ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 419.; Öztürk, s. 142.

¹⁹¹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 85.

¹⁹² Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 19.; Konuk, s. 1726.; Özdamar, CEDAW, ss. 95-96.

¹⁹³ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 102.

“Taraf Devletler kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar başta olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri almaları” belirtilmiştir.

Ayrıca kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak amacıyla kadın lehine geçici özel önlemler alınması gerekliliği ve bu durumun ayrımcılık oluşturmayacağı Sözleşme'nin 4. maddesinde öngörülmüştür¹⁹⁴. Sözleşme'nin anılan maddesinde kadın ve erkek eşitliğini fiilen gerçekleştirmek için ve anneliği korumak amacıyla taraf Devletlerce alınacak geçici tedbirlerin ayrımcılık olarak nitelendirilmeyeceği düzenlenmiş, anneliği korumak için alınacak tedbirler özel önlemler olarak adlandırılmıştır¹⁹⁵.

Sözleşme'nin 5. maddesinde taraf devletlerce,

*“Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yarguların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasının sağlanması amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek;
Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözeten anlayışa dayanan bir aile eğitiminin sağlanmasına”* yönelik gerekli önlemlerin alınması vurgulanmıştır.

Anılan hükme göre, biçimsel anlamda hukuki eşitlik yeterli değildir, gerçek eşitliğe ancak devletlerin sosyal, kültürel ve geleneksel sınırlamalarının ortadan kaldırılmasıyla ulaşılabilecektir¹⁹⁶.

Sözleşme, çalışma hayatında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın-erkek eşitliği ilkesi doğrultusunda eşit haklara sahip olmak için belirtilen konularda taraf devletlere tedbir alma yükümlülüğü de getirmiştir¹⁹⁷.

Nitekim Sözleşme'nin 11. maddesinin 1. fıkrasında çalışma alanında eşitlik ilkesini sağlamak için taraf ülkelerin alacakları önlem konuları:

*“a. Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı;
b. İstihdam konularında eşit seçim kriterlerinin uygulanması da dahil erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkı;*

¹⁹⁴ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 102.

¹⁹⁵ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, ss. 57, 67.

¹⁹⁶ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 54.; Yuvalı, s. 17.

¹⁹⁷ Özdamar, CEDAW, ss. 129-132.

- c. Serbest olarak meslek ve iş seçme hakkı, terfi, iş güvenliği, hizmetin tüm şartları ve avantajlarından faydalanma hakkı, çıraklık ileri mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi dahil, mesleki eğitim ve sürekli eğitim görme hakkı;
- d. Sosyal yardımlar dahil eşit ücret hakkı, eşdeğerdeki işte eşit muamele ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı;
- e. Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışamama hallerinde sosyal güvenlik hakkı;
- f. Güvenli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu arada doğurganlığın korunması hakkı.” şeklinde belirtilmiştir.

Ayrıca evlilik ve annelik nedeniyle kadınlara karşı yapılan ayrımcılığı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla taraf Devletlere gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrasına göre taraf Devletler;

- “a. Hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayrımını yasaklamak, bu ayrımı yapanları cezalandırmak;
- b. Önceki iş, kıdem ve sosyal haklar kaybedilmeksizin, ücretli olarak analık izni veya benzeri sosyal içerikli tazminatlar vermek;
- c. Özellikle çocuk bakımevleri ağının tesisi ve geliştirilmesi yoluyla anne ve babanın aile yükümlülüklerini; görev sorumlulukları ve kamu hayatına katılma ile birleştirmeyi mümkün kılan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik etmek;
- d. Hamilelik süresince zararlı olduğu kanıtlanan işlerde kadınlara özel koruma sağlamak” doğrultusunda önlemler almakla yükümlüdür.

CEDAW'ın “Hukuk önünde eşitlik hakkı” başlıklı 15. maddesinde; taraf devletlerin; kadınların ve erkeklerin hukuk önünde eşitliğini, kadın ve erkeklerin aynı hukuki ehliyete ve aynı imkanlara sahip olmalarını, kadınlara eşit haklar tanıdığını ve davaların her aşamasında eşit muamele görmelerinin sağlanmasını, kadının hukuki ehliyetini kısıtlamaya veya engellemeye yönelik olan bütün sözleşme ve belgelerin hükümsüz sayılacağını, seyahat, yerleşme ve konut seçme özgürlüğü ilgili kanunlarda kadınlara erkeklerle eşit haklar tanınmasını kabul ettikleri, belirtilmiştir¹⁹⁸.

Komite'ye bireysel başvuruları kabul etme ve inceleme yetkileri tanınması doğrultusunda Türkiye aleyhine yapılan ve sonuçlanan ilk başvuru olan, ayrımcılık yasağı, kadın erkek eşitliği ve toplumsal cinsiyet kalıplarının değerlendirilmesi

¹⁹⁸ Özdamar, CEDAW ss. 317,323.; Ayrıca Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin bireysel başvuruları kabul etme ve değerlendirme yetkisi ile soruşturmaya dayalı denetim usulü Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin Seçmeli Protokol ile tanınmıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin Seçmeli Protokol, https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadınlarKarşıAyrımcılığınÖnlenmesiSozl_BireyselBasvuru_Protokol.pdf, (e.t. 16.02.2019).

açısından önemli olan Komite'nin CEDAW/C/51/D/28/2010 sayılı R.K.B./Türkiye kararından¹⁹⁹ bahsetmek gerekir²⁰⁰.

Somut olayda, 2000 yılından beri kadın-erkek müşterilere hizmet veren bir kuaförde çalışan bayan R.K.B'ye, 2006 yılında bir müşterinin şikayeti gerekçesiyle R.K.B.'nin iş sözleşmesi sonlandırılmıştır. Sözleşme feshinin ardından işveren yöneticisi tüm haklardan yararlandığına dair belge imzalatmaya çalışmış, aksi takdirde başka erkeklerle ilişkisinin bulunduğu söylentisini yayacağı tehdidinde bulunmuş; ancak R.K.B. korkmasına rağmen söz konusu belgeyi imzalamayı kabul etmemiştir²⁰¹.

İş sözleşmesi feshinin geçerli bir nedene dayanmadığından bahisle, iç hukuk yolunda R.K.B. iş mahkemesinde işverene karşı kıdem tazminatı ve diğer haklar talebini içeren dava açmıştır. İşveren cevap dilekçesinde, davacı R.K.B.'nin işyerindeki erkek çalışanlarla arkadaşlık boyutunu aşan ilişkileri olması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini ve davacının bu hususta defalarca uyarıldığını belirtmiştir. R.K.B. ise iş sözleşmesinin hangi nedenlerle feshedildiğini yargılama sürecinde öğrendiğini belirterek haksız nedenle işten çıkarılmasına binaen bir dava daha açmıştır. Açılan ikinci davada, iş sözleşmesi sonlandırılan R.K.B., kendisi ile arkadaşlık boyutunu aşan ilişkisi olduğu iddia edilen erkek işçinin aynı iş yerinde çalışmaya devam etmesinin İş Kanunu 5. madde bağlamında cinsiyet ayrımcılığına neden olduğunu beyan etmiştir²⁰². İş mahkemesi davaları birleştirerek, kararında feshin geçerli nedene dayanmadığı, davacının karşı cinsle arkadaşlık sınırını aşan ilişkilerine dair somut delillerin gösterilemediği gerekçeleriyle işverenin kıdem ve ihbar tazminatı ödemesine hükmetmiştir. Lakin mahkeme, davacının, iş sözleşmesinin cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle feshedildiği ve işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasına yönelik tazminat talebini reddetmiştir²⁰³.

Ayrıca R.K.B., işyerinde arkadaşlık sınırı aşan ilişkilerinin bulunduğu nedenini içeren iş sözleşmesi fesih bildirimini hazırlayanlara karşı da Ceza Mahkemesinde ceza davası sürecini başlatmış ve ilgili kişiler hakaret suçundan mahkûm edilmişlerdir. R.K.B. İş Mahkemesi kararını, iş sözleşmesi fesih sebebinin toplumsal cinsiyete bağlı

¹⁹⁹ CEDAW, R.K.B Kararı, C-51 Başvuru No (Communication No): 28/2010, K.t. 24.02.2012, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1720>, (e.t. 19.06.2019).

²⁰⁰ Öztürk, s. 141.

²⁰¹ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 404.; Öztürk, s. 143.

²⁰² Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, ss. 404-405.

²⁰³ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 405.; Öztürk, s. 143.

ayrımcılık oluşturduğu doğrultusunda hem İş Kanunu'nu madde 5'e hem de CEDAW'dan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle temyiz etmiş, lakin Yargıtay temyiz talebini cinsiyet ayrımcılığı iddialarına değinmeksizin reddetmiştir²⁰⁴. İç hukuk yollarını tüketen R.K.B., Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komite'sine başvurmuştur.

Komite'nin 24.02.2012 tarihinde sonuçlandırdığı R.K.B./Türkiye başvurusunu değerlendirirken Komite, Türk yargılama mercilerinin başvuruçuyu, kadın erkek eşitliği ilkesince kadına yönelik cinsiyet ayrımcılığı davranışlarından koruyamamış olduklarını ve kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rollerine dayalı önyargılar ile karar vermiş olduklarını tespit etmiştir. Ayrıca Komite, ulusal mahkemelerin cinsiyet ayrımcılığı yapılmasına yönelik iddiaları ve buna dair delilleri gerekli şekilde değerlendirmedeğini ve ayrımcı nitelikte olan delillerin reddedilmediğini de tespit etmiştir²⁰⁵. Bu tespitler doğrultusunda, Komite CEDAW'ın, devletlerin kadın ve erkek eşitliğini sağlamaya yönelik yasal düzenlemeler yapmasını ve konunun ulusal mahkemelerce uygulanmasını düzenleyen 2(a) ve (c) maddesini, kalıplaşmış toplumsal cinsiyet kalıplarına dayalı önyargılarla mücadele edilmesi gerekliliğini düzenleyen 5(a) maddesini ve çalışma hayatında kadın erkek eşitliğini düzenleyen 11. maddenin 1. paragraf (a) ve (d) bentlerinde yer alan yükümlülükleri Türkiye'nin yerine getirmediği görüşüne varmıştır²⁰⁶.

Karardaki bir diğer önemli husus ise kadın haklarına dair düzenlemeler yapılmasının fiili eşitliği sağlamada yeterli olmayacağını, düzenlemelerin etkili bir şekilde hayata geçirilmesine ilişkin tavsiyelerin belirtilmesidir²⁰⁷. Nitekim Komite tarafından Türkiye'den yerine getirmesi beklenen tavsiyeler: Başvuran kişiye 4857 sayılı İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesi gereğince yeterli uygun tazminat sağlamak, iş hayatında kadınların toplumsal cinsiyet ayrımcılığına karşı korunmasının sağlanması için önlemler almak, bu doğrultuda ulusal mahkemeler ve diğer kamu kurumları vasıtasıyla İş Kanunu'nun 5. maddesinin ve CEDAW'ın fiiliyatta uygulama alanının sağlanması için tedbirler almak, kalıplaşmış zararlı

²⁰⁴ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 406.; Öztürk, s. 143.

²⁰⁵ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, ss. 412-417.

²⁰⁶ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, ss. 408-410.; Öztürk, ss. 144-145.

²⁰⁷ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 429.

toplumsal cinsiyet yargısının kırılması için CEDAW doğrultusunda kadın insan haklarına duyarlılık bakış açısıyla eğitim vermek²⁰⁸.

CEDAW'ın somutlaşarak uygulanması, yorumlanması, kapsamının belirlenmesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin her ne kadar bağlayıcı olmasa da tavsiye ve görüşleriyle gerçekleşmektedir. Türkiye açısından CEDAW'ın değerlendirilmesinde Komite tavsiye ve görüşleri dikkate alınarak hareket edilmesi, hem insan haklarına saygılı devlet olmanın hem de CEDAW'ın Anayasa madde 90 uyarınca kanun hükmünde oluşu gereği önemlidir²⁰⁹.

1.4.6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir, temelde klasik hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler öngörmektedir. Aynı anlayışa sahip, ideal ve siyasi gelenek, özgürlüğe saygı, hukukun üstünlüğü olarak ortak alanlara sahip olan Avrupa Konseyi devletleri arasında temel hakları güvence altına alan ilk insan hakları sözleşmesidir²¹⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, ağırlıklı olarak medeni ve siyasi haklar düzenlenmiştir. Sözleşme'de güvence altına alınan haklar çerçevesi, zamanla düzenlenen protokoller doğrultusunda yeni haklarla genişletilmiştir²¹¹. Lakin tüm Protokoller seçimlik olup, Devlet'in kabul etme sorumluluğu yoktur²¹², bu bağlamda Sözleşme'deki haklar çerçevesinin protokollerle genişlemesi sadece protokolleri kabul eden devletler bakımından geçerlidir. Türkiye, Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlamıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir²¹³.

²⁰⁸ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 410.

²⁰⁹ Dündar Sezer, R.K.B./Türkiye Kararı, s. 427.

²¹⁰ Kaya, s. 30.

²¹¹ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Avrupa Konseyi Sözleşmeleri, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklari.merkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/30-avrupa-konseyi-sozlesmeler/>, (e.t.14.02.2019).

²¹² Kalabalık, s. 119.

²¹³ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>, (e.t. 14.02.2019).

Sözleşmenin giriş kısmında, Avrupa Konseyinin sözleşmede yer alan hakların her alanda ve etkin biçimde tanınmasını ve uygulanmasını sağlamayı amaç edindiği ifade edilmiş, üye devletler arasında daha yakınlık sağlanan bir birlik kurmak gayesiyle insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından biri olduğu belirtilmiştir. Anılan Sözleşme'nin 2. maddesi yaşama hakkını, 3. maddesi işkence ve insanlık dışı, onur kırıcı davranış yasağını, 4. maddesi kölelik ve zorla çalıştırmayı, 5. maddesi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını, 6. maddesi adil yargılanma hakkını düzenlemektedir²¹⁴.

Sözleşme "Ayrım Yasağı" başlıklı 14. maddesinde diğer uluslararası hukuk belgeleri gibi, cinsiyete dayalı ayrımcı muameleyi de yasaklamıştır²¹⁵. Söz konusu maddeye göre "Bu Sözleşme'de öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; *cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğuş ve benzeri başka hiçbir ayırım yapılmadan* herkes için sağlanır." denilerek Sözleşme'de garanti edilen hak ve özgürlüklerden yararlanmada kişinin maruz kalabileceği her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır²¹⁶. Ayrımcılık yasağı olarak düzenlenen bu korumaya "Sözleşme önünde eşitlik hakkı" da denilebilir²¹⁷. Bahsedilen düzenleme ayrımcılığı yasaklarken aynı zamanda eşitliği aramanın koşullarını da ortaya koymuştur²¹⁸.

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. İngiltere²¹⁹ davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 14 anlamında ayrımcılığı genel anlamda, "Sözleşme'de daha lehe davranış düzenlenmemiş olsa bile bir kişi veya grubun, objektif haklı bir gerekçe olmaksızın diğer kişi veya gruptan daha dezavantajlı tutuma tabi olması" olarak değerlendirmiştir²²⁰. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları objektif haklı bir neden

²¹⁴ Kaya, s. 30.

²¹⁵ Erdoğan, s. 287.

²¹⁶ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 84.; Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:66, Adalet Matbaacılık, Ankara 1995, (İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları), s. 12.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 420.

²¹⁷ Ömer Anayurt, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 134.; İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 84.

²¹⁸ Kaya, s. 31.

²¹⁹ AİHM (European Court of Human Rights), 15/1983/71/107-109, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 28.05.1985, <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fc18.html>, (e.t.25.01.2019).

²²⁰ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 20.

olmadıkça aynı durumdakilere farklı şekilde işlem yapılmasını yasaklamıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında daha sıkı araştırma ve denetim yaparak nesnel ve haklı sebepte meşru bir amacın olması ve bu amaçla kullanılan yöntemler arasında makul bir orantılılık ilişkisi olması gerekliliğini gözetmektedir²²¹.

Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı genel olmayıp, Sözleşme'de sayılan haklarla sınırlıdır. Nitekim bu durumu telafi etmek ve ayrımcılığın genel olarak yasaklanması için Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 04.11.2000 tarihli 12 No.'lu Protokol düzenlenmiştir²²². Protokol'ün "Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" başlıklı birinci maddesine göre;

*"1. Hukukten 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 sağlanır.
2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz."*

Ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayıda düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 14'e istinaden, Sözleşme'ye ek 12 No.'lu Protokol'deki düzenleme ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da kapsayan, ayrımcılık nedenleri bakımından tahdidi olmayan bağımsız bir düzenleme olmuştur²²³.

Ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bağımsız bir ilke olmaması nedeniyle, Sözleşme'de ve ek protokollerinde koruma altına alınan bir hakka dair olmalıdır. Bir davranışın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmesi için ilişkili hakkın da ihlal edilmiş olması zorunluluğunun olmaması, ayrımcılık yasağının özerk bir kapsama sahip olduğu kabulünü gerektirir²²⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden en büyük farkı, sözleşmeye taraf devletlere, sözleşmede açıklanmış

²²¹ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 139.

²²² İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 84.

²²³ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 21.

²²⁴ A. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2011, s. 400-404.; Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 34.; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, ss. 420-421.

olan hak ve özgürlükleri sağlama ve koruma konusunda yasal zorunluluklar yüklemesidir²²⁵. Sözleşme’yi imzalayan taraf devletler, Sözleşme hükümlerini kendi iç hukuk düzenlerine uyduracaklardır²²⁶.

1.4.7. Roma Antlaşmasında Eşitlik İlkesi

Roma Antlaşması, Avrupa Birliğini kuran altı kurucu ülke tarafından 1957 yılında imzalanmış ve Avrupa Birliği’nin başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Başlangıçta ekonomik bütünleşmeyi amaç edinen Roma Antlaşması’nın 119. maddesindeki (Daha sonra 141. madde olarak değişmiştir.) kadın ve erkek arasında ücret eşitliği hükmü, çalışma hukuku açısından serbest dolaşım hakkından sonra eşitlik ilkesinin en çok vurgulandığı düzenlemedir. 119. maddedeki eşitlik düzenlemesi zamanla, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda daha geniş yorumlanmaya başlamış, sadece kadınlar ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesini kabul eden üye ülkelerdeki iş yerlerini, bu kuralı kabul etmeyen ülkelerde bulunan işyerlerine karşı haksız rekabete karşı korumuştur. Özellikle fırsat eşitliğinin sağlanmasına yönelik oluşturulan birçok direktif doğrudan bu düzenlemeye dayandırılmıştır²²⁷.

Roma Antlaşması’nın 119. maddesini, 141. madde olarak numaralandırması ve içeriğini değiştirmesi bakımından önem taşıyan Amsterdam Antlaşması 02 Ekim 1997 tarihinde imzalanmıştır. Amsterdam Antlaşması ile eski 119. maddenin ilk fıkrası değiştirilmiş, ayrıca üçüncü ve dördüncü fıkralar eklenmiştir. Anılan maddenin değiştirilen ilk fıkrasında eşit ücret ilkesinin yanında eşit değerde işe eşit ücret ilkesi de yer almıştır. Roma Antlaşması’nın 141. maddesinin ilk fıkrasında kadın ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesi benimsendikten sonra cinsler arasındaki ücret eşitliğinin tanımı; “aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması veya zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işlerde *kadın ve erkek işçiler için eşit olması* anlamına gelir.” şeklinde ifade edilmiştir²²⁸.

²²⁵ Mesut Gülmez, **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, Hatiboğlu Yayınları, Ankara 2008, (Avrupa Birliği ve Sosyal Politika), s. 9.

²²⁶ Öztekin, s. 164.

²²⁷ Kaya, ss. 32-33.

²²⁸ Yuvalı, s. 68.

Mevzubahis maddeye eklenen 3. fıkra hükmüne göre, Konsey, sadece ücret eşitliğinin sağlanması bakımından çalışmalar yürütme yükümlülüğünde olmayıp genel olarak kadın erkek eşitliği alanında da faaliyet göstermek için yetkilendirilmiştir. Maddeye eklenen 4. fıkra hükmünde ise tam bir hak ve fırsat eşitliği sağlanması bakımından, daha az temsil olunan cinsin çalışma koşullarını kolaylaştırmak ve ayrımcılığa maruz kalmasını engellemek için üye devletlerce gerekli önlemler alınmasının sağlanması gerekliliği belirtilmiştir²²⁹.

Amsterdam Antlaşmasıyla yapılan değişikliğe bakıldığında, yeni düzenlemelerin artık ekonomik bütünleşme amacıyla değil, ayrımcılığın önlenmesi ve giderilmesi açısından sosyal hedeflere yönelik yapıldığı söylenebilir²³⁰. Kadın erkek eşitliği konusunda somut hükümler (2, 3, 13 ve 141. madde hükümleri) içeren Amsterdam Antlaşması'nda, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının uygulanabilirliği için kural olarak fırsat eşitliğinin tanınması gereklidir. Antlaşma'da Avrupa Birliği politikalarını oluşturan her alanda, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının uygulanması ve yaşama geçirilmesi gerektiği hükmü düzenlenmiş: ayrıca cinsiyet ayrımcılığı yasağının uygulanabilirliği için Konsey'e etkin karar alma yetkisi tanınmıştır²³¹.

Roma Antlaşması'nın 141. (eski:119) maddesinde eşit değerde iş yapan kadın ve erkek için eşit ücret ödenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme Birlik birincil mevzuatında çalışma hayatında eşitlik politikaları kapsamında, kadınlar ve erkekler arasında hukuki eşitliğin sağlanmasında temel norm özelliği taşımaktadır. Zamanla sadece ücret değil, işe alınma, mesleki eğitim, aile yükümlülükleri, sosyal güvenlik alanlarını kapsayacak şekilde ikincil hukuk kaynakları ile de eşitlik ilkesinin uygulama alanı genişletilmiştir²³².

1.4.8. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı 1961 yılında kabul edilmiş, 1996 yılında yenilenmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ekonomik ve sosyal haklar açısından eksikliğini

²²⁹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 69.; Yuvalı, s. 23.

²³⁰ Yuvalı, s. 23.; Yüksel, s. 73.

²³¹ Nazan Moroğlu, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde "Kadın Erkek Eşitliği", Anayasa'da ve Yasalarda Yapılan Değişiklikler ve Çıkarılan Yeni Yasalar", 2004, (Avrupa Birliği Uyum Süreci), s.60., <https://nazanmoroglu.com/avrupa-birligine-uyum-surecinde-kadin-erkek-esitligi/>, (e.t. 16.02.2019).

²³² Kaya, s. 60.

tamamlayıcı ve bağlayıcı niteliğe sahip bir Avrupa sözleşmesidir²³³. Şartın amaçlarından birincisi hiçbir ırk, cinsiyet, renk, din, siyasi görüş veya sosyal köken ayrımı yapmadan bütün insanlara sosyal haklardan yararlanma olanağının sağlanmasıdır. Avrupa Sosyal Şartı sosyal hakların genelini birlikte ele alan ilk bağlayıcı uluslararası metindir²³⁴.

Türkiye, Avrupa Sosyal Şartı'nı 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilerek Şart, Türkiye'de 24 Aralık 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir²³⁵.

Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol ile cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele hakkı, işçilerin iş yerlerinde bilgilendirilme, çalışma koşullarının ve çalışma yerinin belirlenmesinde, geliştirilmesinde kendilerine danışılma hakları eklenmiştir²³⁶. Ek Protokol'ü 5 Mayıs 1988 tarihinde Türkiye imzalamıştır; fakat Protokol'e taraf değildir²³⁷.

Avrupa Sosyal Şart'ı kadınlara, çalışan kadınların korunması (m. 8), annenin sosyal ve ekonomik açıdan korunması (m. 17), işe alınmada kadınların erkeklerle fırsat eşitliği (m. 20) gibi bazı haklar tanımıştır²³⁸.

Avrupa Sosyal Şartı'nda taraf devletler "herkesin adil çalışma şartlarına sahip olma hakkı, çalışanların adil ücret hakkı, çalışan kadınların anne olmaları durumunda özel korunma hakkı, herkesin mesleki eğitimden yararlanma hakkı, medeni halleri ve aile ilişkileri önem arz etmeksizin anneler ve çocukları için uygun sosyal ve ekonomik korunma" haklarını etkin bir biçimde gerçekleştirecekleri, bu yönde gerekli çalışmalar yaparak önlem almaları konusunda mutabık kalmışlardır²³⁹.

Avrupa Sosyal Şartı esas itibariyle çalışanları koruma altına almakla birlikte çalışma durumundan bağımsız olarak annelik durumu, çocukların korunması ve eğitimi gibi hakların korunmasına yönelik düzenlemeler de öngörmektedir²⁴⁰.

²³³ Erdoğan, s. 287.; Kalabalık, s. 119.

²³⁴ Kaya, s. 33.

²³⁵ Kalabalık, ss. 119-120.; ayrıca Avrupa Sosyal Şartı'na İlişkin bkz. <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/67-avrupa-sosyal-sarti/>, (e.t. 14.02.2019).

²³⁶ Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, s. 86.

²³⁷ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/68-avrupa-sosyal-sartna-ek-protokol/>, (e.t. 14.02.2019).

²³⁸ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 102., Sur, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, s. 86.

²³⁹ Kalabalık, ss. 120-121, Yuvalı, s. 24.

²⁴⁰ Kaya, s. 34.

Avrupa Sosyal Şartı'nda her bir sosyal hak ayrı bir maddede düzenlenerek koruma altına alınmıştır. Avrupa Sosyal Şartı 1996 yılı itibariyle gözden geçirilmiş ve Şart'taki her bir hak doğrudan eşitlik arayışını ortaya koymaktadır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı ortadan kaldırmamıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı'nda²⁴¹ adil çalışma koşulları, çalışan kadınlara erkeklerle eşit işe eşit ücret hakkı, meslek edinme serbestliği hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı, anneliğin korunması hakkı, ailenin korunması hakkı, sendikal hak, herkese eşit olarak isteme hakkı tanıma hususunda yükümlülükler getirmiştir²⁴².

1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın 8. maddesi de 1996 yılında Şart'ta yapılan değişiklikler çerçevesinde revize edilmiştir. Avrupa Sosyal Şartı 8. maddesinde, çalışan kadının annelik halinde korunması düzenlenmiştir. Sözleşmeye taraf ülkelerin, çalışan kadınların korunması hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak üzere, kadınlara doğumdan önce ve sonra ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı ya da kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam olarak en az on dört haftalık izin verilmesi, işverenin yapacağı işten çıkarmaya ilişkin yasak, kadının hamileliğini işverene bildirdiği tarih ile doğum izninin sonunu kapsayacak şekilde düzenlenerek, işten çıkarılmaya karşı koruma getirilmiştir. Böylelikle işverenin bir kadına doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunması veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada süresi sona erecek bir fesih bildiriminde bulunması yasaklanmıştır²⁴³.

Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nı 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamış ve onay belgeleri tevdi edilerek Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁴⁴. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın II. Bölümünün; "Çalışma Hakkı" başlıklı 1. maddesini, adil çalışma koşullarını düzenleyen 2. maddesinin 1,2 ve 4,5,6, 7'nci fıkralarını, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkını düzenleyen 3. maddesini, adil bir ücret hakkını düzenleyen 4. maddesinin 2,3,4 ve 5'inci fıkralarını, çocukların ve

²⁴¹Avrupa Sosyal Şartı'na ilişkin Milletlerarası Andlaşma (Gözden Geçirilmiş), Karar Sayısı: 2007/11907, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>, (e.t. 14.02.2019).

²⁴² Kaya, s. 34.

²⁴³ Kaya, s. 100.

²⁴⁴ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Avrupa Sosyal Şartı (Gözden Geçirilmiş), Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sart/>, (e.t. 14.02.2019).

gençlerin korunması hakkını düzenleyen 7. maddesi ile konut hakkını düzenleyen 31. maddelerini kabul ettiğini beyan etmiştir.

1.4.9. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası

Uluslararası Çalışma Örgütü²⁴⁵, sosyal adalet anlayışı doğrultusunda evrensel ve kalıcı bir barışın sağlanabileceği amacıyla, 1919 yılında Versay Barış Antlaşması (Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası) ile kurulmuştur. İnsan hakları hukuku alanında uluslararası boyutta tarihsel olarak ilk defa, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi Uluslararası Çalışma Örgütü doğrultusunda yazılı hukuk kurallarına konu olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü, çalışma hayatına ilişkin temel haklar, zorla çalıştırma yasağı, fırsat ve muamele eşitliği gibi çalışmaya ilişkin tüm konuları ele alarak sözleşmeler ve tavsiye kararlar ile uluslararası çalışma ölçütleri oluşturmaktadır²⁴⁶.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün oluşumu, organları, işleyişi, yetki ve sorumlulukları, kurucu bir belge olan Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasasında belirtilmiştir. Giriş bölümünde evrensel barış arayışı ortaya konulurken aynı zamanda evrensel barışı tehdit eden yoksulluğun, kötü çalışma şartlarının, adil olmayan uygulamaların ve ayrımcılık hallerinin tespiti de yapılmaktadır²⁴⁷. Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü, ayrımcılık yasağı ilkesini çalışanların temel hakkı olarak kabul etmiş ve denetime tabi tutmuştur²⁴⁸.

Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası sadece Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kuruluş ve işleyişini ortaya koyan bir belge değil aynı zamanda eşitlik vurgusunun yapıldığı sosyal adalet arayışı belgesidir. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasasında, istihdam koşullarının düzenlenmesi, işçilerin işe alımları, çocukların, gençlerin ve kadınların korunması, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin sağlanması ve benzeri önlemlerle ilgili düzenlemelerin yer alışı eşitlik ilkesine verilen önemi gösterir niteliktedir²⁴⁹.

²⁴⁵ Uluslararası Çalışma Örgütü, <https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>, (e.t. 16.02.2019).

²⁴⁶ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Uluslararası Çalışma Örgütü, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/33-uluslararası-calsma-orgutu/>, (e.t.16.02.2019).

²⁴⁷ Kaya, s. 35.

²⁴⁸ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 34.

²⁴⁹ Kaya, s. 36.

1.4.10. Filedelfiya Bildirgesi

İkinci Dünya Savaşı sonunda 1944 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen bu bildirge ilk kez uluslararası dayanışma ve sosyal koruma yoluyla özgürlük, eşitlik, insan haysiyet ve onurunun korunmasını ve geliştirilmesini güvence altına alan bir anlayış benimsemiştir²⁵⁰.

Filedelfiya Bildirgesi'nde "tüm insanların, ırkı, inancı veya cinsiyeti ne olursa olsun, özgürlük ve onur, ekonomik güvenlik ve fırsat eşitliği koşullarında maddi refahını ve manevi gelişmesini izleme hakkı vardır." denilerek eşitlik ilkesi ortaya konulmuştur²⁵¹.

1.4.11. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi

UÇO'nun 100 Sayılı Sözleşmesi²⁵² Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 6 Haziran 1951 tarihinde, Türkiye tarafından 13 Aralık 1966 tarihinde onaylanmış ve 19 Temmuz 1967'de uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, ücret tespitinde, istihdamda fırsat ve işlem eşitliğinin sağlanmasında başka bir ifade ile eşitlik ilkesinin uygulanmasında önemli düzenlemeler içermektedir²⁵³. Söz konusu Sözleşme, kadın ve erkek arasındaki cinsiyete dayalı ücret farklılıklarının kaldırılıp, çalışma hayatında kadın erkek eşitliğinin sağlanması açısından büyük öneme sahiptir²⁵⁴. Sözleşme'de, kadın ve erkek işçilerin eşit değerinde iş için eşit ücret ödenmesine teşvik amacıyla düzenlemeler bulunmakla birlikte "*Erkek ve kadın işçilere eşit değerinde iş için eşit ücretlendirme sözü, ücret miktarlarının cinsiyete dayalı ayırım gözetilmeksizin saptanması anlamına gelir.*" (m.1) denilerek cinsiyet farkı gözetilmeksizin eşit işe ücret eşitliğinin sağlanmasını ortaya koymuştur²⁵⁵.

Sözleşme salt cinsiyet ayrımcılığına bağlı bir ücret farkı belirlenmesini reddederken aynı zamanda "işçiler arasında cinsiyete bakılmaksızın nesnel

²⁵⁰ Valticos, Nicolas; International Labour Law, Kluwer – Deventer, Netherland, 1979, s. 19., aktaran Kaya s. 37.

²⁵¹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 123.

²⁵² ILO'nun 100 Sayılı Sözleşmesi tam metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm (e.t.20.01.2018).

²⁵³ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 149.

²⁵⁴ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 59.

²⁵⁵ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 153.; Kaya, s. 39.

değerlendirmelerle belirlenecek iş ayrımları karşılığında olan değişik ücret düzeyleri belirlenmesi kadın ve erkek işçilere eşit değerde iş için eşit ücret ilkesine aykırı sayılmaz.” (m.3) denilerek işin gereklerine göre objektif gerekçelere bağlı olarak cinsiyetten bağımsız ücret farklılığına gidilebileceğini düzenlemiştir²⁵⁶.

UÇO'nun 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi, onaylayan devletlere ücret eşitliği ilkesinin uygulanması konusunda yükümlülük getirmiştir. Sözleşmenin 2. maddesine göre, her üye devletin, ücret oranlarının saptanması için öngördüğü, yürürlükteki uygulamalarıyla, eşit değerde iş için kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit ücret ödenmesinin tüm çalışanlara uygulanmasını ve bunun söz konusu yürürlükteki uygulamalarla bağdaştırarak sağlaması gerekir. Dolayısıyla Sözleşme'ye taraf devletlere, ücret miktarı belirlenirken eşit işe ücret eşitliği ilkesine yönelik uygulamalara teşvik etme ve bu yöntemlerle ücret eşitliğini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir²⁵⁷.

1.4.12. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 Sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü Tarafından 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen 158 Sayılı Sözleşme, işveren tarafından meşru bir gerekçe olmaksızın kadın işçilerin cinsiyetlerine özgü biyolojik yapıları itibariyle iş ilişkisinin sona erdirilmesine karşı koruma sağlayan hükümler içermektedir. Bu Sözleşme, iş sözleşmesinin feshinde objektif, makul bir gerekçe olmaksızın hamileliğe ve annelik iznine dayalı ayrımcılığa karşı kadın işçilere güvence sağlamaktadır²⁵⁸. Sözleşme'nin 4. maddesinde “İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı meşru bir sona erdirme sebebi bulunmadıkça hizmet ilişkisine son verilemeyeceği” ifade edilmiş, Sözleşme'nin 5. maddesinde “(...) *cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik*” durumlarının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi açısından meşru bir gerekçe teşkil etmeyeceği belirtilmiştir²⁵⁹.

²⁵⁶ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 153.; Kaya, s. 40.

²⁵⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 155.

²⁵⁸ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 57.

²⁵⁹ ILO'nun 158 Sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesi tam metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, (e.t.20.01.2018).

1.4.13. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkındaki Sözleşmesi

İş ve meslek açısından ayrımcılığı yasaklayan 111 sayılı UÇO Sözleşmesi²⁶⁰, çalışma hukuku alanında eşitlik ilkesi vurgusu yapan, ayrıca ayrımcılıkla ilgili ilk tanımı yapan temel uluslararası belgedir. Sözleşme iş ve meslek sahibi olmada her türlü ayrımcılığı, muamele eşitsizliğini yasaklarken aynı zamanda kanun önünde eşitliğin ve fırsat eşitliği üzerine kurulmuş gerçek eşitliğin maddi koşullarını da ortaya koymakta, fırsat eşitliğinin gerçekleştirilmesi amacını taşımaktadır²⁶¹. Sözleşme, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ve başka diğer uluslararası denetim organlarının, iş ve meslek alanında ayrımcılığa karşı yapılan düzenlemeler ve uygulamalar için sıkça başvurulan alanında ilk belge oluşuyla önem arz etmektedir²⁶².

Giriş bölümünde özgürlük, onur ve fırsat eşitliği arasında kurulan bağın düzenlenmesi ile eşitlik ilkesi vurgulanmış cinsiyet dahil diğer nedenlere dayalı ayrımcılığın tanımları yapılmıştır. Sözleşme'nin birinci maddesinde ayrımcılık kavramı;

“1) (...) cinsiyet temeline dayalı yapılan ve çalışma ya da meslek açısından fırsat ve davranış eşitliğini yok eden veya zarar veren herhangi bir ayırım, dışlama ya da yeğlemeyi;

2) İlgili üye ülkenin, varsa temsilci, işçi ve işverenlerin ve diğer ilgili makamlarla danışıldıktan sonra saptanabilecek çalışma veya meslek bakımından fırsat ve davranış eşitliğini ortadan kaldıran veya zarar veren başka herhangi bir ayrılık gözetmesi, ayrı tutması veya üstün tutmasını, içerir.

3) Belirli bir iş bakımından bu işin niteliğindeki ihtiyaçlara bağlı herhangi bir ayırım, dışlama veya yeğleme ayrımcılık sayılmaz.” şeklinde tanımlanmıştır²⁶³.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında; çalışma hayatında cinsiyet, aile sorumlulukları ve toplumsal ya da kültürel durumlara bağlı olarak özel şekilde korunma veya yardım gereksinimlerinin olduğu genel olarak kabul edilen kişilerin özel gereksinimlerini gidermek amacını taşıyan özel koruma ve yardım önlemlerinin ayrımcılık sayılmayacağı düzenlenmiştir²⁶⁴. Söz konusu özel önlem ve uygulamaların

²⁶⁰ILO'nun 111 Sayılı Sözleşmesi tam metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm, (e.t.20.01.2018).

²⁶¹ Nicolas Valticos, **Droit International du Travail, deuxième édition, Dalloz**, Paris, 1983, s.283.'dan aktaran Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 120.

²⁶² Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 119.

²⁶³ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 19.; Kaya, s. 42.

²⁶⁴ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 67.

çoğu hamile, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların korunması temelli düzenlemelerdir. Haliyle Sözleşme’de açıkça yer almasa da biyolojik faktör olan hamilelik ve anneliğe ilişkin özel koruyucu önlemler ve uygulamalar bu doğrultuda cinsiyet ayrımcılığı oluşturmayacaktır²⁶⁵.

Dolayısıyla 111 sayılı Sözleşme bir taraftan ayrımcılığı yasaklarken öte yandan, özel önlem, uygulamalar ve düzenlemelerle bir toplumda eşitliğe ve adalete nasıl katkı yapılabileceğini de açıkça belirtmektedir²⁶⁶.

1.4.14. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 102 Sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkındaki Sözleşmesi

102 sayılı UÇO Sözleşmesi²⁶⁷ sosyal güvenlik açısından temel risk kabul edilen işsizlik, *annelik*, yaşlılık, malullük, iş kazası ve meslek hastalığı, ölüm ve geçici iş göremezlik durumlarına karşı asgari koruma tedbirlerini düzenlemektedir. Sözleşme eşitlik ilkesini ihlal edecek “din, dil, ırk, *cinsiyet*” gibi ayrımcılığa sebebiyet verecek durumların oluşmasına zemin hazırlayacak herhangi bir düzenleme içermemektedir²⁶⁸. Bu bağlamda Sözleşme risklerin gerçekleşme ihtimaline karşı maruz kalmaya karşı devreye giren sosyal güvenlik haklarından yararlanmada eşitlik ilkesinin uygulanacağını düzenleyen bir belgedir²⁶⁹.

1.4.15. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Uluslararası Çalışma Konferansı’nca Kabul Edilen Anneliği Koruyucu Sözleşme ve Tavsiye Kararları

Annelerin ve ailelerinin haklarının, sağlığının ve ekonomik güvenliğinin korunması yönünde çabalar sarf edilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü, anneliğin korunmasını 1919’da ilk sözleşmelerinden biriyle düzenlemiştir. UÇO’nun 111 Sayılı Sözleşmesi’nin, cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığı yasaklamış olmasına ve 100 Sayılı Sözleşme’nin de eşit değerde iş için eşit ücreti koruma altına almış olmasına

²⁶⁵ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 55.

²⁶⁶ Kaya, s. 44.

²⁶⁷ ILO’nun 102 sayılı Sözleşmesi tam metni için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm, (e.t.21.01.2018).

²⁶⁸ Kaya, s. 45.

²⁶⁹ Kaya, s. 47.

karşın²⁷⁰, anneliğin korunmasında gözetilen, annenin ve yeni doğmuş çocuğunun hakları, sağlığının korunması ile annenin iş güvencesinin sağlanması amaçları doğrultusunda kadın çalışanların annelik rolünün korunması hususu 1919 yılı kuruluşundan itibaren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel konularından biri olmuştur. Ayrıca aynı yıl üye devletler, işverenler ve sendikalar UÇO'nun 3 Sayılı Anneliğin Korunması Hakkındaki Sözleşme'yi²⁷¹ kabul etmiş ve Sözleşme 13 Haziran 1921'de yürürlüğe girmiştir²⁷².

Uluslararası Çalışma Örgütüncelikle kabul edilen anneliğin korunmasına ilişkin sözleşme ve tavsiye kararlar şunlardır: 1919 tarihli 3 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi, 1952 ve 2000 yıllarında olmak üzere iki kez gözden geçirilmiştir: 3 Sayılı Sözleşme 1952 tarihli 103 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi²⁷³ ve 95 Sayılı Anneliğin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı ile gözden geçirilmiş, 2000 tarihli 183 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi²⁷⁴ ve 191 Sayılı Tavsiye Kararı ile son halini almıştır²⁷⁵. Türkiye, bahsedilen anne sağlığının ve annenin korunmasına ilişkin UÇO Sözleşmelerinin hiçbirine taraf değildir²⁷⁶.

UÇO'nun 3 Sayılı Sözleşmesi'nde kadın kavramı, "Yaşı kaç olursa ya da uyruğu veya medeni hali ne olursa olsun, kadın cinsiyetine mensup herkes bu sözleşmenin uygulanması bakımından kadındır." tanımıyla ayrımcılık yasağını da içermektedir²⁷⁷. UÇO'nun 1919 tarihli 3 Sayılı Sözleşmesi'ni revize eden 1952 tarihli

²⁷⁰ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 167.

²⁷¹ ILO'nun 3 Sayılı Anneliğin Korunması Hakkındaki Sözleşme tam metni için bkz. C003-Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3), Convention concerning the Employment of Women before and after Childbirth (Entry into force: 13 Jun 1921), http://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003, (e.t.05.02.2019).

²⁷² Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsana Yakışır İşin Merkezindeki Konu: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, "Geleceğin Korunması: Annelik, Babalık ve Çalışma", **Geri Plan Broşürü**, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf, (e.t.02.03.2019).

²⁷³ ILO'nun 103 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi tam metni için bkz. C103 - Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (No. 103), Convention concerning Maternity Protection (Revised 1952) (Entry into force: 07 Sep 1955), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103, (e.t.05.02.2019).

²⁷⁴ ILO'nun 183 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi tam metni için bkz. C183 - Maternity Protection Convention (Revised), 2000 (No. 183), Convention concerning the revision of the Maternity Protection Convention (Revised), 1952 (Entry into force: 07 Feb 2002), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328, (e.t.05.02.2019).

²⁷⁵ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 61., Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsana Yakışır İşin Merkezindeki Konu: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, "Kadının Güçlendirilmesi: 90 Yıllık ILO Eylemi!", **Geri Plan Broşürü**, http://www2.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120434.pdf, (e.t. 02.03.2019).

²⁷⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 56.; Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 167.

²⁷⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 167.

103 Sayılı Sözleşmesi 2. maddesinde de kadın terimi “Kadın cinsiyetine mensup her kişi, yaşı ya da uyruklığı, ırkı ya da dinsel inançları, medeni hali ne olursa olsun kadındır.” biçiminde tanımlanmış, yaş ve uyrukluk sebeplerine ırk ya da dinsel inançlar eklenerek ayrımcılık yasağı daha geniş şekilde ele alınmıştır²⁷⁸.

Çalışan tüm kadınların eşitliğini daha da iyileştirmek, geliştirmek gayesiyle UÇO'nun gözden geçirilmiş 2000 tarihli 183 Sayılı Sözleşmesi düzenlenmiştir. Sözleşme’de kadınların hamilelik durumunun korunması, kendilerinin veya çocuklarının sağlıklarını tehlikeye atacak işlerde istihdam edilmemeleri, kamu yetkililerinin ve toplumun ortak sorumluluğunda olan zorunlu bir durum olarak ele alınmıştır²⁷⁹. Kadın kavramına ilişkin tanım ise “ne olursa olsun ayırım yapılmaksızın, kadın cinsiyetine mensup her kişidir.” şeklinde ifade edilerek kapsam daha da genişletilmiştir. Ayrıca Sözleşme’nin işçinin korunmasını ve ayrımcılık yapılmamasını içeren 8. maddesi, işverenin bir kadın işçiyi, hamileliği ya da annelik ve hastalık izinleri sırasında ya da ulusal mevzuatça belirlenen işe geri dönüş süresi bitiminden sonra işten çıkartmasını yasaklamıştır. Ancak cinsiyet sebepli ayrımcılık yasağı, hamilelik, çocuğun doğumu ya da emzirme nedenlerine bağlı ayrımcı davranışta geçerlidir. İşten çıkarma hususunun hamilelik, çocuğun doğumu ya da emzirme ile ilgisi bulunmayan sebeplere dayandığının ispatı işverene aittir (m.8/1), iznin bitiminde yeniden çalışmaya başlayan kadın işçinin, işveren tarafından aynı göreve ya da aynı oranda ücretlendirilmiş eşdeğer bir işe dönme hakkı sağlanmalıdır (m.8/2), düzenlemeleriyle Sözleşme hamilelik nedeniyle olası ayrımcılığı ve ücret farklılıklarını önlemek amacıyla kadın işçinin annelik izninin bitiminde eski işine ya da ücret bakımından dengi bir işe geri dönme hakkını güvence altına almıştır²⁸⁰. Nitekim Sözleşme’de ayrımcılık yasağının işe girişi de kapsadığı düzenlenmiş, işle bağlantılı olma durumu hariç işe alımlarda kadın işçi adayının hamilelik testine tabi olması, kadın işçi adayından hamilelik durumuna ilişkin bir rapor sunmasının gerekli görülmesi de yasaklanmıştır. (m.9) Ancak ulusal mevzuatın hamile ya da emziren kadınlar için kısmen ya da tümüyle yasakladığı çalışmalar ya da kadının sağlığı için tehdit oluşturan çalışmalar bu yasağın istisnai halleridir²⁸¹ (m.9/2).

²⁷⁸ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 168.

²⁷⁹ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 62.

²⁸⁰ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 63.

²⁸¹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 169.

Ayrıca kadına çocuğunu emzirmesi için günde bir veya daha fazla emzirme izni verileceği veya günlük çalışma saatleri içinde bu sebeple indirimle gidileceği (m.10/1), emzirme süresi veya günlük çalışma saatindeki azaltılan sürenin çalışılan süre olarak sayılacağı ve bu süreler için ödeme yapılacağı (m.10/2) da hüküm altına alınmıştır²⁸².

Bahsedilen sözleşmeler anneliğin korunması haklarının kapsamını, çerçevesini genişletmiş, üye ülkelerde bu hakların korunmasına, sağlanmasına yönelik pozitif uygulamalara yönlendirmek için kılavuzlar oluşturmuştur. Kadınların hamilelik ve doğum aşamaları ile istihdam durumlarının uygunluğunu sağlamak ve doğum yapma gerekçesiyle iş hayatında kadınları ayrımcı tutumlara karşı korumak sözleşmelerde hedeflenen temel amaç olmuştur²⁸³.

1.5. GENEL OLARAK İŞ HUKUKU'NDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ DOĞRULTUSUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞININ YERİ

İş Hukuku'ndaki eşitlik ilkesi; çalışma ilişkilerinde adalet ve hakkaniyet arayışından doğan genel hukuktaki eşitlik ilkesinin İş Hukuku'na yansımasıdır²⁸⁴. Bireylere eşit davranılması istemi, herhangi bir toplulukta zayıf konumdaki kişilere eşit işlem yapılması istemidir²⁸⁵. Eşitlik ilkesi eşit olana eşit davranmayı öngörürken, farklı davranmayı haklı kılan bir objektif gerekçe olmadıkça ayrımcı muameleyi yasaklamaktadır²⁸⁶.

Eşitlik ilkesi geçmişten günümüze değin tartışılmış; insanların, eşit olmadığı, insandan insana değişkenlik gösteren göreceli olarak eşit olduğu ya da tam tersi mutlak bir şekilde eşit olduğu ve benzeri birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Günümüzde insanların eşit olarak doğdukları hemen hemen her ulusal ve uluslararası belgede yer almaktadır. Gerek devlet-birey gerekse kişilerin karşılıklı ilişkilerinde (özellikle işçi-işveren) eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda hukuk devreye girerek eşit olmayan

²⁸² Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 63.

²⁸³ Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsana Yakışır İşin Merkezindeki Konu: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, "Geleceğin Korunması: Annelik, Babalık ve Çalışma", **Geri Plan Broşürü**, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf,(e.t.02.03.2019).

²⁸⁴ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 44.

²⁸⁵ Kaya, s. 49.; Tuncay, s. 33.

²⁸⁶ Kaya, s. 51.; Tuncay, s. 44.

uygulamalarla, davranışlarla ayrımcılığa uğrayan bireylerin haklarını güvence altına almalı, korumalıdır. İş Hukuku'nun doğmasının ve gelişiminin temel nedeni de eşitsizlik karşısında işçinin korunması hedefidir²⁸⁷. Bu bağlamda eşitlik ilkesinin gelişimine paralel olarak işçi hakları da gelişmiştir²⁸⁸.

Eşitlik ilkesi, I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra İş Hukuku'nda vuku bulmaya başlamış ve esas itibariyle savaş sonrası sosyal sorunların giderilmesine yönelik bir dayanak olarak kullanılmıştır. Her iki dünya savaşından sonra insanlar arasında ırk, dil, din, renk, cinsiyet, görüş ve inanç farklılıkları gözetilmeksizin eşit olduğu, insanların onur, özgürlük ve kişiliklerine saygı gösterilmesi gerektiği düşüncesi savunulmaya başlanmıştır. İstihdam alanında da çalışanlar arasında keyfi ayrımların yapılmaması fikri, bu düşünceler sayesinde olmuştur²⁸⁹.

Eşit haklara sahip olma, eşit fırsatlardan yararlanma, eşit uygulamalara tabi olma, eşit sorumluluklara, zorluklara katlanma farklı terimler olup İş Hukuku kurallarıdır. Bu kurallaşmış terimlere kısaca değinmek gerekirse:

Eşit haklara sahip olma; eşit durumda olanların eşit haklara sahip olmasını ifade eder. Anayasal anlamda eşit haklara sahip olma; bireye aynı durumda olan diğer bireyler ile aynı işleme tabi olması konusunda isteme hakkı vermektedir. İş Hukuku'ndaki eşit haklara sahip olma ise, Anayasal anlamda eşitlik ilkesinin, eşit haklara sahip olma hakkı olarak İş Hukuku'ndaki uygulamasıdır²⁹⁰. İş Hukuku'nda işverenin eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde aynı durumdaki işçilere eşit haklara sahip olmayı isteme hakkı vermektedir. Dolayısıyla bu hakkı ihlal eden davranış durumunda, hak sahiplerine doğrudan veya yargı yoluyla bu hakları işverenden isteme hakkını meşru ve makul görmektedir²⁹¹.

Eşit fırsatlardan yararlanma hakkı; sadece çalışma ilişkilerinden doğan ayrımcı eylemlerin ortadan kaldırılması ile ilgili değil, aynı zamanda herkesin “eşit şanslara” sahip olması, bir bireyin ileriye yönelik fırsat ve muamele eşitliğini garanti etmektedir.

²⁸⁷ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 11; Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 5.Baskı, İstanbul 2009, (İş Hukuku), s. 15.

²⁸⁸ Yuvalı, s. 33.

²⁸⁹ Kaya, s. 49.

²⁹⁰ Tuncay, s. 10.

²⁹¹ Kaya, s. 52.

Buradaki adalet anlayışının amacı, çalışma ilişkilerinde birbiriyle rekabet eden rakiplerin başlangıç noktasını eşit hale getirmektir²⁹².

Eşit uygulamalara tabi olma ilkesi daha çok işverenle işçi arasında hukuki ilişki kurulduktan sonra vuku bulur. İş ilişkisinde işverenin yönetim hakkı doğrultusunda işveren üst pozisyona sahiptir. Eşit uygulamalara tabi olma ilkesi, işverenin yönetim, sevk ve idare yetkisini keyfi şekilde değil, adil olacak şekilde kullanmasını içerir. İşin sevk ve yönetimi sırasında eşit durumda olan işçilerin eşit uygulamalara tabi olması önemlidir. İşveren yönetme yetkisini kullanırken, işin sevki, idaresi ve işçilerin işyerindeki tutumları hakkında kurallar koyabilme yetkisi de dahil olmak üzere hukukun emredici hükümlerine, ahlaka uygun ve dürüstlük çerçevesi içinde işçinin kişilik haklarını koruyarak, işçiyi koruma borcunu tarafsızlık içinde yerine getirmelidir²⁹³.

İş Hukuku'nda eşit külfetlere, zorluklara katlanma; işyerinde uygulanacak kuralların sağlanmasında, zor ve ağır işlerin yapılmasında ve iş ilişkisinin sona ermesinde eşit durumda olan işçiler arasında haklı, objektif gerekçeler bulunmaksızın ayrıcalık yapılmamasıdır²⁹⁴. Başka bir ifadeyle işverenin işin yürütümüne ilişkin işçiye yükleyeceği görev ve sorumlulukların zorluk oranının belirlenmesinde, işçinin kişilik haklarını koruyacak şekilde, objektif, haklı ve makul davranmasıdır²⁹⁵.

Modern İş Hukuku'nda, eşit davranma borcu veya eşitlik ilkesi işverenin temel sorumlulukları arasında yer almaktadır. Eşit davranma borcu veya yükümlülüğü; işin niteliği gerektirmedikçe işverenin işçileri arasında hem cinsiyet, ırk, dil, din vb. kişisel özelliklerine bağlı olarak ayırım yapmaması hem de aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğüdür²⁹⁶.

²⁹² Kaya, s. 53.

²⁹³ Tuncay, ss. 157-158.

²⁹⁴ Tuncay, s. 21.

²⁹⁵ Kaya, s. 57.

²⁹⁶ Yuvalı, s. 1.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

2.1. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA İNSAN HAKLARI VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLER DOĞRULTUSUNDA AYRIMCILIK YASAĞININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Avrupa Birliği; kuruluşundan başlayarak ekonomik bütünleşme (ilerleyen dönemlerde sadece ekonomik alanla sınırlı kalmayarak) ve kalıcı barışın sağlanması öncelikli amacıyla uluslararası bir teşkilat oluşturan üye Avrupa devletlerinin tümüne verilen addır²⁹⁷. Avrupa Birliği, ekonomik bütünleşmenin yanı sıra demokrasi, hukukun üstünlüğü, özgürlük, temel insan hakları ve özgürlüklerine saygı ilkeleri ve üye devletlerin ortak sahip olduğu ilkeler üzerinde kurulmuştur²⁹⁸. Avrupa Birliği'nin kendine özgü özelliği; bağımsız ve egemen üye ülkelerden meydana gelmesine karşın bu üye ülkelerin egemenliklerinin; yani karar alma yetkilerinin, bir kısmını ortak çıkarlar doğrultusunda Avrupa Birliği'ne devretmiş olmalarıdır²⁹⁹.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, insan hakları kavramı, Avrupa bütünleşmesinin ilk zamanlarında geri planda kalmış daha sonraki dönemlerinde önem kazanmış³⁰⁰, zamanla Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve yapılan düzenlemeler doğrultusunda bu alan zenginleştirilmiş, insan hakları doktrini geliştirilmiştir³⁰¹.

Avrupa devletleri arasında kalıcı barışın ve ekonomik bütünleşmenin gerçekleştirilmesi hedefiyle, 1951 yılında imzalanan ve 1952 yılında yürürlüğe giren Paris Antlaşması ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) kurulmuştur. Lakin Antlaşma'da insan haklarına yönelik bir adım atılmamış, bir zamanlar birbiriyle

²⁹⁷ Pascal Fontaine, **AB Nedir?**, Çev. Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu tarafından yürütülen Avrupa Birliği Bilgi ve İletişim Destek Programı, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, 2010, ss. 5-6.; Jean-Luc Mathieu, **Avrupa Birliği**, Dost Kitapevi Yayınları, Kültür Kitaplığı:46, Siyaset Bilim:2, Ankara 2006, ss. 7,11,12.

²⁹⁸ Bozkurt/Özcan/Köktaş, s. 400.

²⁹⁹ Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, **Açıklamalarla Avrupa Birliği- Avrupa Birliği Nasıl Çalışır, AB Kurumları Rehberiniz** broşürü, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, 2013, s. 3.

³⁰⁰ Konuk, s. 1730.; Ergun Özsunay, **Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye-AB İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 145.

³⁰¹ Mathieu, s. 41.

savaşan ülkelerde kömür çelik üretimi için ortak pazar yaratmak amaçlanmıştır³⁰². 1957 yılında ise Roma Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu kurulmuştur³⁰³. Bu antlaşma ekonomik bütünleşmenin yanı sıra para birliği ve siyasi bütünlüğü de amaçlamıştır³⁰⁴. Aynı şekilde kurulmuş olan bu üç topluluk 1965 yılında imzalanan Birleşme Antlaşmasıyla, bir çatı altında toplanarak Avrupa Toplulukları (Avrupa Birliği³⁰⁵) adını almıştır³⁰⁶.

Avrupa Topluluğu'nu (AT) kuran Roma Antlaşması'nda önceliğin ekonomik bütünleşme olması sebebiyle temel hak ve özgürlükler düşüncesi, Topluluk Hukuku'nun öncelikleri arasında yer almamıştır. Ancak eşitlik ilkesinin yaşama geçmesi için başlıca şartlardan biri olan ayrımcılık yasağının, Roma Antlaşması'ndan itibaren konusu, nedenleri ve kapsamı giderek genişlemiştir³⁰⁷.

Avrupa Birliği'nin temel hakları koruma mevzuatının temelinde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın oluşturduğu içtihatlar yer alır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yerleşik içtihadına göre; temel haklar ve Birlik hukukunun genel ilkeleri bir bütündür ve Divan temel haklara saygı gösterilmesini sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve katıldıkları ya da taraf oldukları insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birlik mevzuatında temel hakların korunmasının hukuksal temellerini oluşturmuştur³⁰⁸.

Temel hak ve özgürlüklerin Topluluk Hukuku bünyesinde koruma altına alınması hususu asıl olarak Topluluk bütünleşmesinden sonra Avrupa Birliği Hukuku'nun gelişme sürecinde gündeme gelmiştir. Avrupa topluluklarının bütünleşmesi aşamasında, ücretle sınırlı ayrımcılık dışında, temel hak ve özgürlüklerin korunmasının ve dolayısıyla ayrımcılık yasağı hususunun öncelikli ele alınan hususlar olamaması sebebiyle, Avrupa Birliği Adalet Divanı Avrupa Birliği müktesebatına en

³⁰² Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, "AB'nin Tarihiçesi", <https://www.avrupa.info.tr/tr/abnin-tarihcesi-82>, (e.t. 01.02.2018).

³⁰³ Fontaine, s. 11.

³⁰⁴ Hilal Sanioğlu, "Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:74, 2008, s. 81.

³⁰⁵ 1992 Maastricht Antlaşması ile "Avrupa Birliği" adını almıştır. <http://europa.eu/> (e.t.17.02.2019).

³⁰⁶ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, "Avrupa Birliği, Genel Bilgi", **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/35-avrupa-birligi/>, (e.t.17.02.2019).

³⁰⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 337.

³⁰⁸ Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", s. 1 <https://www.anayasa.gov.tr/media/4610/naz.pdf>, (e.t. 11.10.2018).

önemli katkıyı sağlayarak, verdiği kararlar ve oluşturduğu içtihatlarla adeta hak ve özgürlükler hukuku oluşturmuştur³⁰⁹. Divan, ücretle sınırlı ayrımcılık yasağını, cinsiyete dayalı genel bir işlem eşitliği ilkesine dönüştürmüştür³¹⁰.

Ulusal Anayasal hükümler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, İşçilerin Sosyal Haklarına Dair Topluluk Şartı, Avrupa Birliği vatandaşlık hakları ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları; Avrupa Birliği'ne üye devletlerde yüksek bir temel hak kriterinin oluşmasını sağlamıştır. Lakin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (THŞ)'na kadar Avrupa Birliği hukuk düzeni içinde yazılı bir temel haklar kataloğu düzenlenmemiştir³¹¹.

Roma Antlaşması'nın, aynı işe eşit ücret sağlanması konusunda cinsiyet temeline dayanan ayrımcılığı önlemeyi amaçlayan işverene somut yükümlülük veren eski 119. (141 ile değiştirilen) maddesinin 1. fıkrasına göre “*Her üye ülke, kadın işçilerle erkek işçiler arasında aynı iş için ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını ilk aşamada sağlar ve daha sonra da sürdürür.*” Söz konusu maddenin öngördüğü ücret eşitliği ilkesinin kapsamını genişleten Birlik Hukuku ve özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı, kadın ve erkeklerin istihdam alanında işlem eşitliği açısından, diğer düzenlemeleri de etkileyen hak ve fırsat eşitliğini düzenleyen hukuk normlarının oluşturulmasına vesile olmuştur³¹².

Temel haklar konusu 1984 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan Avrupa Birliği'ni Kuran Taslak Antlaşma (Spinelli Raporu) ile tekrar gündeme gelmiştir. Mevzu bahis Taslak Antlaşma'nın hem önsözünde hem de 4. maddesinde temel haklara ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir³¹³.

İnsan haklarının Birlik hukukuna dahil edilmesinin temelini Kurucu Antlaşmalarda ilk köklü değişiklikleri öngören Avrupa Tek Senedi atmıştır³¹⁴. 1987 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Tek Senedi'nin Başlangıç Bölümünde temel hakların korunması hususuna değinilmiş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal

³⁰⁹ Sanioğlu, s. 81.

³¹⁰ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 338.

³¹¹ Yüksel Metin, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı:57-4, s. 41.; Oğuz Şimşek, “Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:73, Sayı:1, Ocak 2008, s. 116.

³¹² Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 343.

³¹³ Azime Aslı Bilgin, **Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması**, Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3, Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, Ofset Fotomat, Ankara 2014, s. 82.

³¹⁴ Özsunay, s. 147.

Şartı'na atıf yapılmasının yanı sıra Birliğe üye devlet anayasa ve yasalarında yer verilen temel hak ve özgürlükler ile eşitlik ve sosyal adalete dayanan demokrasi anlayışının geliştirileceği yer almıştır³¹⁵. Getirilen düzenlemeler, insan haklarının korunmasını temel alan hükümler olmamış; çalışma şartları ve yaşam standartlarını geliştirmek ve ayrımcılıkla mücadele etmek adına kabul edilen ekonomik temelli düzenlemeler olmuştur³¹⁶.

Avrupa bütünleşmesini daha da derinleştirmek, ekonomik, parasal ve siyasal birliği sağlamak amacıyla 7 Şubat 1992'de imzalanan ve 1 Kasım 1993 yılında yürürlüğe giren Maastricht Anlaşması'nın Giriş Bölümünde "özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkelerine bağlılık" vurgulanmıştır. Ayrıca yaşama hakkı, özel yaşamın korunması hakkı, işkence yasağı, adil yargılanma hakkı, düşünce ve basın özgürlüğü hakkı gibi hak ve özgürlüklerden bahsedilmiştir. Antlaşmada, topluluk hukuk düzeninde temel hakların iki kaynağı olan üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden bahsedilmiştir. Avrupa Birliği vatandaşlarının Birlik düzeyinde haklarını ve çıkarlarını korumak üzere Avrupa vatandaşlığı kavramına da Maastricht Antlaşması'nda yer verilmiştir³¹⁷.

Maastricht Antlaşması'na eklenen Sosyal Politika Protokolü'nün eki Sosyal Politika Anlaşması 2. ve 6'ncı maddelerinde eşitlikle ilgili düzenlemeler mevcuttur. Buna göre Antlaşma'nın 2. maddesinde; eşit veya eşdeğerde işe eşit ücret ödenmesinin yanı sıra, kadın ve erkekler arasında çalışma alanında fırsat eşitliğinin sağlanması ve iş yerinde eşit davranma ilkesinin yaşama geçirilmesi düzenlemesi yer almaktadır. Ayrıca Anlaşma'nın 6. madde 3. fıkrasında; birliğin, üye ülkelerde kadın ve erkek eşitliği konusunda uygulanacak önlemleri desteklemesi öngörülmüş ve üye ülkelerin de eşitlik sağlanana kadar kadınlar lehine çeşitli imtiyazlı düzenlemeler kabul etmesinin ayrımcılık yasağına mâni olmayacağı vurgulanmıştır³¹⁸.

³¹⁵ Bilgin, s. 86.; Ünal Tekinalp ve Gülören Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1987, s. 599.

³¹⁶ Gülmez, *Ayrımcılığın Kaldırılması*, s. 345.; Mehmet Özcan, "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları", **Avrupa Birliği Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar**, (Ed. Belgin Akçay ve İlke Göçmen), 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 796.

³¹⁷ Sanioğlu, s. 82.

³¹⁸ Gülmez, *Ayrımcılığın Kaldırılması*, ss. 349-350.

2 Ekim 1997’de imzalanan ve 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması’nda ise insan hakları, demokrasi, temel özgürlükler ve hukukun üstünlüğü ilkelerine verilen önem vurgulanmış; Avrupa Birliği’nin bu ilkeler üzerinde inşa edildiği belirtilmiştir. Ayrıca temel hakların korunması hususunda Birliğe özgü bir koruma mekanizması oluşturulmuştur. Birlik Hukuku’nda temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili olarak Amsterdam Antlaşması; özgürlük, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gibi Birliğin temelinde yer alan ortak ilkelerin üye devletlerce “ağır ve sürekli ihlali” halinde yaptırım öngören bir başvuru yolu öngörmüştür³¹⁹. Bu bağlamda Avrupa Birliği Adalet Divanı’na kurucu antlaşmalarda belirlenen yargılama alanı çerçevesinde, Avrupa Birliği kurumlarının yaptığı eylem ve düzenlemelerin temel haklara uygunluğu bakımından denetim yetkisi verilmiştir³²⁰.

Amsterdam Antlaşması’nda kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması Birliğin temel yükümlülüklerinden biri olarak belirtilmiş, eşitlik ilkesi anayasal değerde yeni bir boyut kazanmıştır³²¹. Ayrımcılık yasağının hüküm altına alınması açısından önemli bir adım olan Amsterdam Antlaşması’nın 13. madde hükmü ile cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi için Konsey’e etkin kararlar ve önlem alma yetkisi tanınmış ayrıca Avrupa Birliği politikalarını oluşturan her alanda, kadın-erkek tam eşitliğin yaşama geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeyle Birlik mevzuatında yasaklanan ayrımcılık nedenleri genişletilmiş ve Birliğe ayrımcılığa karşı ilk kez gerekli tedbirler alma yetkisi verilmiştir³²².

Avrupa Birliği mevzuatında temel haklar alanında önemli bir diğer gelişme ise 2000 yılında Nice’te Temel Haklar Şartı³²³’nin imzalanmasıdır. 7 Aralık 2000 tarihinde, Avrupa Birliği mevzuatında temel hak ve özgürlüklerle ilgili oluşturulan ilk katalog olan Temel Haklar Şartı ilan edilmiş³²⁴; ancak o tarihte hukuki bağlayıcılık kazanmamıştır. Temel Haklar Şartı’nın amacı, Avrupa Birliği Kurumları’nın insan

³¹⁹ Sanioğlu, s. 84.

³²⁰ Bilgin, s. 88.; Çavuşoğlu, s. 2.

³²¹ Katell Berthou, “Sur les Discriminations Positives (CJCE, 28 Mars 2000, Badeck)”, **Droit Social**, No 9-10, Eylül-Ekim 2000, s. 903.’dan aktaran Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 351.

³²² Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 355.

³²³ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of The European Union), Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12012P/TXT>, (e.t. 02.03.2018).

³²⁴ Şimşek, s. 119.

haklarına uygun hareket etmesini sağlamak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvence altına aldığı temel hakları ve diğer başka hakları etkin bir şekilde korumaktır.³²⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın önsözünde, temel hakların güçlendirilmesi ve korunması amacı açıkça belirtilmiştir³²⁶.

Avrupa Konseyi 14-15 Aralık 2001 tarihindeki Laeken zirvesinde Avrupa Birliği'nin 21'inci yüzyılın güçlüklerine karşı durabilmesi, sınırları genişlemiş Birlik açısından ortak karar alabilme ihtiyacını karşılayabilmek için bir Anayasa Antlaşması yapılmasına karar vermiştir³²⁷. Kurul tarafından hazırlanan taslak, 29 Ekim 2004 tarihinde Roma'da Avrupa Birliği Anayasası olarak kabul edilmişti. Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Anayasasının II. Kısımına, Birliğin Temel Haklar Şartı olarak dahil edilmiştir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının hukuksal bağlayıcılığı ve yürürlüğü Avrupa Birliği Anayasasının yürürlüğe girme sürecine bağlı tutulmuştur. Ancak Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumda bu devletlerin iç hukukunda Avrupa Birliği Anayasası'nın kabul görmemesi nedeniyle bu taslak reddedilmiş, Avrupa Birliği Anayasası yürürlüğe girmemiştir³²⁸.

Ortak bir temel hak düzeni ilk defa Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yerleşik içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Bu bağlamda hukuki uyumsuzluklarda kriter olarak ele alınan eşit muamele ilkesi özel öneme sahiptir. Cinsiyet nedeniyle farklı işlem yapma yasağı (ABİA m. 10), kadın ve erkekler için ücret eşitliği (ABİA m.157) düzenlemeleri eşitlik ilkesinin özel yönlerini ifade etmektedir. Bu ilke genel anlamıyla, objektif olarak haklı bir gerekçe olmadıkça benzer vakıaların farklı bir işleme tabi tutulmamasıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarının yazılı olmayan temel haklar kataloğu oluşturduğu genel kabul görmüştür. Lakin bu durumda Adalet Divanı somut olayla sınırlı kalmakta, içtihatlara dayalı olarak temel hak ve özgürlükler kapsamı ve sınırları belirlenememekteydi. Bu bağlamda Birlik organları ve ilgili vatandaş, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yeterince kanaat getirememekteydi. Temel Haklar Şartı'nın 2009 yılında ilan edilmesi ve bağlayıcılık kazanmasıyla Birlik Hukuku'nda hem yazılı bir temel hak kataloğu var olmuş hem de temel hak ve özgürlüklerin geçerlilik alanları ve sınırları belirlenmiştir³²⁹.

³²⁵ Mathieu, ss. 25-26.; Metin, s. 46.; Özsunay, s. 147.

³²⁶ Kalabalık, ss. 157-158.

³²⁷ Fontaine, s. 13.

³²⁸ Şimşek, ss. 122-123.

³²⁹ Hacı Can, **Avrupa Birliği Hukuku**, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul 2013-II, ss. 87-89.

Avrupa Birliği giderek daha da ilerleyen insani değerleri desteklemeyi ve meydana gelen küresel değişikliklerden insanların, zarar görmesini değil fayda elde etmesini sağlamaya yönelmiştir³³⁰. Bu nedenle Avrupa Birliği Anayasası'nın reddedilmesi ardından Birlik 2007 yılında; zirve toplantısında reddedilen Anayasa'nın içeriği fazla değiştirilmeden ancak adının anayasa olmadığı ve anayasayı reddettiren hususların değiştirildiği Lizbon Antlaşması imzalanmıştır. Reform edilmiş bu metin adı anayasa değil antlaşmadır ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Lizbon Antlaşması Temel Haklar Şartı'nı Antlaşma dışında farklı bir metin olarak kabul etmiş ve hukuki bağlayıcılık öngörmüştür. Lizbon Antlaşması ile birlikte Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Anayasa'dan bağımsız olarak 2007 yılında Resmî Gazete'de yayımlanmıştır³³¹. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması sayesinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da üye devletler bakımından hukuksal bağlayıcılık kazanmıştır³³².

Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihatlarla oluşturduğu temel hak hukukunun, yazılı bir kaynağa dönüşmesi niteliğiyle mevcut temel hak korumasını sağlamlaştırmıştır. Bu bağlamda hakkın korunması, sınırlarının ve kapsamının belirlenmesiyle hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi yönünde önemli bir adım atılmıştır³³³.

Temel Haklar Şartı, Birlik Hukukunda bağımsız bir temel hak kataloğu niteliğindedir. Hakların evrenselliği ilkesi doğrultusunda Şart'ta düzenlenen tüm hakların, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm üye devlet vatandaşları için geçerliliğinin sağlanması hedeflenmiştir³³⁴. Şart sadece Birlik vatandaşları için değil Birlikteki tüm kişileri kapsayan hak ve özgürlükleri de içermesi açısından önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden esinlenen Şart'ta bölünmez ve evrensel değerler olarak insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışmadan söz edilmiştir. Şart'ta kişisel (medeni), siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar düzenlendiği gibi teknoloji, tıp ve biyolojideki gelişmeler çerçevesinde ortaya çıkan yeni haklar da yer

³³⁰ Fontaine, s. 9.

³³¹ Şimşek, s. 123.

³³² Fontaine, s. 9.

³³³ Çavuşoğlu, s. 4.

³³⁴ Piet Eeckhout, "The EU Charter of Fundamental Rights and Federal Question", **Common Market Law Review**, Cilt:39, 2002, s. 957.'dan aktaran Bilgin, s. 115.

almıştır³³⁵. Ayrıca Lizbon Antlaşması'nın 6. maddesi, Avrupa Birliği'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamasına ilişkin yasal dayanağını oluşturmakta ve böylece Avrupa Birliği'nde insan hakları alanında daha fazla koruma getirmektedir³³⁶.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin sadece ekonomik bütünlük hedefi olan bir Birlik olmadığını aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri koruma altına alarak bu doğrultuda Birliğin hareket ettiğini gösterir niteliktedir³³⁷.

2.2. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI VE EŞİT MUAMELE

Kadınlar ve erkeklere eşit muamele gösterilmesi ilkesi ve ayrımcılık yasağı, birbirinin ayrılmaz parçasıdır. Cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin ayrımcı davranışların sergilenmesi, işlem eşitliğini yok eder. Dolayısıyla ayrımcılık yasağı, eşit işlem ilkesinin uygulanmasının olmazsa olmazıdır³³⁸.

2.2.1. Cinsiyet Ayrımcılığı

Avrupa Birliği Hukuku'nun temel ilkelerinden biri ayrımcılık yasağıdır. Birlik Hukuku'nda ayrımcılık yapmama genel ilkesi, cinsiyete dayalı ayırım yasağından, doğum, dil, yaş gibi benzeri nedenlere dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanarak geniş kapsamda düzenlenmiştir³³⁹.

Cinsiyet ayrımcılığı, Avrupa Birliği sosyal politikalarının en temel kavramlarından birisidir. Bu doğrultuda düzenlenen, gerek Roma Antlaşmasının 119. maddesi, gerek birincil ve ikincil mevzuatın yanında Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının oluşu, Avrupa Birliği Hukuku bakımından cinsiyet ayrımcılığının önemli bir konu olduğunu göstermektedir³⁴⁰.

³³⁵ Fontaine, s. 54.; Özsunay, s. 149.; Sanioğlu, s. 88.

³³⁶ Fontaine, s. 55.

³³⁷ Şimşek, s. 132.

³³⁸ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 23.

³³⁹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 27.

³⁴⁰ Alston, s. 19.'dan aktaran Yuvalı, s. 99.

Cinsler arası eşitliği Avrupa Birliği Adalet Divanı, hukukun genel ilkesi olarak benimsemiş, Luisa Sabbatini, née Bertoni v. European Parliament davasında³⁴¹ evli bir kadının, kocanın ayırt etme gücünün olmaması gibi sadece belirli koşullarda aile başkanı olabileceğini öngören düzenleme nedeniyle, kadın cinsiyet kimliğine mensup bir Birlik görevlisinin aile başkanı olamaması doğrultusunda ikramiye alamamasına ilişkin vakıyı “ayrımcılık yapma” olarak nitelemiştir³⁴².

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın yerleşik içtihatlarına göre, genel olarak “*ayrımcılık, özdeş durumlarda farklı biçimde ya da farklı durumlarda özdeş biçimde işlem yapmaktır*”³⁴³.” Ayrıca cinsiyet ayrımcılığı yasağı düzenlemeleri, Avrupa Birliği Hukuku’nun bu konuda benimsemiş olduğu ilkeler, üye ülke hukuklarına ve diğer sosyal politikalara da yol gösterici özelliktedir³⁴⁴.

76/207/EEC sayılı 09.02.1976 tarihli “İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif”te³⁴⁵ farklı cinslere eşit davranılmasının sadece ücret kapsamında değerlendirilmiş olması, çalışma koşullarında cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan hükümleri açısından büyük önem taşımaktadır. Direktifin ilk maddesi gereğince, üye devletler eşit davranma ilkesini; işe almada, işte yükselmede, mesleki eğitim ve çalışma koşullarında yaşama geçireceklerdir. Özel veya kamu sektöründe iş sözleşmesi oluşuna bakılmaksızın tüm mesleki faaliyetler Direktif kapsamındadır³⁴⁶. Direktifin ikinci maddesinin ilk fıkrasında eşit muamele ilkesinin, “Her ne olursa olsun özellikle doğrudan ya da dolaylı olarak medeni hal ya da ailevi durum nedeniyle cinsiyete bağlı ayırım yapılamayacağı anlamına geldiği” belirtilmiştir. Aynı madde ikinci fıkrada ise, işin niteliği, mesleğin veya eğitimin konusu bakımından cinsiyetin vazgeçilmez bir koşul olduğu durumlarda cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Aynı hükmün üçüncü fıkrasında ise, kadınların hamilelik ve annelik durumlarında korunmalarının eşit

³⁴¹ ABAD, C-20/71, Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament, 07.06.1972, European Court reports, Page 345, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61971CJ0020>, (e.t. 26.03.2019).

³⁴² Özsunay, s. 139.

³⁴³ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 25.

³⁴⁴ Yuvalı, s. 99.

³⁴⁵ Söz konusu direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gonca Aydınöz, “Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/3, Sayı: 22, s. 166.; Yuvalı, s. 28.

³⁴⁶ Onaran Yüksel, s. 74.; Yuvalı, s. 28.

muamele ilkesini ihlal etmeyeceği vurgulanmıştır. Ayrıca Direktifin 5. maddesinde “Kadın ve erkeğe işten çıkarma koşulları da dahil olmak üzere istihdam koşullarında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın eşit muamele yapılması gerekliliği” belirtilmiş, Direktif gereğince üye devletlerin eşitlik ilkesince işverenler hakkında hukuki yollara başvuran işçilerin işten çıkarılmasını engelleyen önlemler alması gerektiği vurgulanmıştır³⁴⁷.

Avrupa Birliği Hukuku’nda ilk olarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları 09.02.1976 tarih 76/207/EEC sayılı İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif’in 2. maddesinde yer almıştır. Direktif’in 2. maddesi 1. bendine göre “...eşit muamele ilkesi cinsiyete özellikle evlilik ve aile durumuna bağlı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olmaması demektir.”³⁴⁸.

Lakin Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları çerçevesinde şekillenen 76/207/EEC sayılı Direktif 23.09.2002 tarih 2002/73 sayılı Direktifle değiştirilmiş, 76/207/EEC sayılı Direktifte tanımlaması yapılmamış olan ve aralarındaki farkları belirtilmeyen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, 2002/73/EEC sayılı Direktif 2. maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu 2. maddeye göre doğrudan ayrımcılık; bir kişinin cinsiyetine bağlı olarak gördüğü, görmekte olduğu veya görebileceği muamele, benzer durumda olan diğer başka kişinin gördüğü muamele ile kıyaslandığında, cinsiyete dayalı olarak daha kötü şartlarda işlemlere maruz kalmasıdır³⁴⁹.

Dolayısıyla doğrudan ayrımcılık, pozitif hukukta açıkça yasaklanan ayrımcı tutumlar sergilenmesidir. Nitekim 2002/73 sayılı Direktif’te olduğu gibi 2000/78 sayılı Direktif’te de doğrudan ayrımcılık, bir kişiye, karşılaştırılabilir bir durumda, başka bir kişiye oranla daha az elverişli bir davranışta bulunulması şeklinde tanımlanmıştır³⁵⁰.

2006/54/EC sayılı Direktif’in madde 2/1 (a) bendine göre cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık tanımı “*bir kişinin cinsiyetinden ötürü, karşılaştırılabilir durumdaki başka bir kişinin gördüğü, görmekte olduğu veya görebileceği muameleden daha az lehte muamele görmesidir.*”³⁵¹.

³⁴⁷ Yuvalı, s. 29.

³⁴⁸ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 35.

³⁴⁹ Kaya, s. 68.

³⁵⁰ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 25.

³⁵¹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 41.

Dolaylı ayrımcılık; objektif, haklı bir sebep olmaksızın amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmayan, görünüşte tarafsız olan hükmün, düzenlemenin, kriterin ya da uygulamanın aynı cinsiyetteki bireyleri diğer cinsiyettekilere kıyasen daha olumsuz bir duruma getirmektir³⁵². 2006/54/EC sayılı Direktif'in madde 2/1 (b) bendi uyarınca cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık tanımı ise şöyledir: “görünüşte nötr olan bir hüküm, kriter veya uygulamanın, söz konusu hüküm, kriter veya uygulamanın meşru bir amaçla objektif olarak haklı olduğunun gösterildiği haller hariç, bir cinsiyet grubundan kişilerin diğer cinsiyet gurubuna kıyasen belli bir dezavantaja soktuğu durumlardır.”³⁵³.

Avrupa Birliği Adalet Divanı ilk kez J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. davasında³⁵⁴ verdiği kararda, ücret eşitliği konusunda kısmi çalışma ve dolaylı ayrımcılık kavramı hakkında görüşünü açıklamış ve unsurlarını belirlemiştir³⁵⁵. Bu davada Avrupa Birliği Adalet Divanı, çalışanlarının biri dışında tümünün kadın olduğu ve kadınlar için kıyafet üretimi yapan bir işyerinde, kısmi süreli çalışan bir kadın işçiye (tam gün çalışma süresinin %75'i oranında çalışan Jenkins'e), saat başı ücreti olarak, tam zamanlı çalışan erkek işçiden daha düşük ücret ödenmesinin karşılaştırılabilir durumlarda farklı bir işlem yapılmış olduğu görüşüyle, ücret konusunda cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre, tam gün ve kısmi süreli çalışanlar arasındaki gün sonu toplam ücret farklılığı Avrupa Birliği Hukuku'nda yasaklanan bir ayrımcılık oluşturmaz. Lakin Divan, bu ayrımın kısmi süreli çalışan kadınların aldığı saat başı ücreti düşürmek maksadıyla dolaylı bir araç olarak kullanılması ve kısmi süreli çalışanların hepsi ya da çoğunun kadın olması durumlarında cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığın mevcut olabileceği, kanaatine varmıştır³⁵⁶. Bu davada olduğu gibi Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından, 1970'li yıllardan itibaren göçmen işçiler için düzenlenmiş olan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı cinsiyetler arası ayrımcılık vakıalarında da uygulanmaya başlanmıştır³⁵⁷.

³⁵² Kaya, s. 68.

³⁵³ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 47.

³⁵⁴ ABAD, C-96/80, J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 31.03.1981, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

³⁵⁵ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 36.

³⁵⁶ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 29.

³⁵⁷ Yuvalı, s. 90.

Avrupa Birliği Adalet Divanı dolaylı ayrımcılık kavramını, Bilka- Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz davasında verdiği 13 Mayıs 1986 tarihli kararında³⁵⁸ da açıklamıştır. Karara konu olan vakıda, davacı kadın işçi Bilka işyerinde 12 yıl tam zamanlı ve 4 yıl da kısmi süreli çalışmış, lakin en az 15 yıl tam zaman çalışanların yararlanabildiği emeklilik düzenlemesinden yararlandırılmamıştır. Kısmi süreli çalışanların büyük çoğunluğunu kadın çalışanların oluşturduğunu ileri süren davacı Bilka, açtığı dolaylı ayrımcılık davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı, emeklilik ödemelerinin de “ücret” olduğunu belirterek, işyerinin uyguladığı emeklilik uygulaması kısmi süreli çalışanları dışarda bıraktığı ve bu önlemin, sayısı erkek çalışanlardan çok daha fazla olan kadın çalışanları olumsuz etkilediği, ancak işyerinin uygulamasının bu özel tedbirin haklı ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığa karşı yapıldığı emarelerle kanıtlandığı takdirde dolaylı ayrımcılık oluşturmayacağına karar vermiştir³⁵⁹. Dolayısıyla kararda görünüşte objektif olan bir uygulamanın, hükmün, önlemin veya ölçütün belli bir cinse mensup olanlar açısından olumsuz etkileri olduğunun, bu hususun haklı bir gerekçeye dayandığının kanıtlanması gerekliliğinin belirtilmesi dolaylı ayrımcılık kavramını belirginleştirmiştir³⁶⁰.

2.2.2. Eşit Muamele / Eşit Değerde İş İçin Ücret Eşitliği İlkesi

Eş değerde işe ücret eşitliği ilkesi Birlik Hukuku'nda doğrudan eşitlik ile ilgili düzenlemelerin temel taşıdır. Birlik Hukuku'nda eşitlik ilkesi, başlangıçta ekonomik amaçla vuku bulmuş olup Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları ve 10.02.1975 tarihli 75/117/EEC sayılı “Kadın ve erkek çalışan için eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanması hakkında üye devletler mevzuatının yakınlştırılmasına ilişkin” Direktifin³⁶¹ kabulü ile ekonomik amacın yanında sosyal alana yöneltmiştir. 75/117 /EEC sayılı Direktifte, kadın ve erkek çalışanların tabi olduğu eşit ücret ilkesi tanımlanırken, “aynı iş” kavramının yanı sıra eş değerde ya da benzer olmasa bile aynı değerde olan işler yani “eşit değerde iş” kavramına gönderme yapılmış, eşit değerde

³⁵⁸ ABAD, C-170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13.05.1986, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

³⁵⁹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 29.

³⁶⁰ Yuvalı, s. 90.

³⁶¹ 75/117/EEC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31975L0117>, (e.t. 16.03.2018).

işe karşılık ücret belirlenirken cinsiyete dayalı her tür ayrımcılığın tüm öge ve koşulların dışında bırakılması gerekliliğini de içerdiği belirtilmiştir. (m.1/1 ve m.2) Direktif, kamu ve özel alanlarda uygulanabilmekle birlikte ayrıca üye devletlere, ücret eşitliğine aykırı olarak yasama, yürütme veya yönetim kurallarından doğan cinsiyet ayrımcılıklarını kaldırması yükümlülüğü getirmiştir³⁶²(m.3). Direktif esas itibarıyla Roma Antlaşması'nın 119. (yeni 141.) maddesinin somutlaşmış biçimi olup kadınlara ve erkeklere eşit iş ve eşit değerdeki iş için eşit ücret ödenmesini, iş için değerlendirme yapılırken kadın ve erkekler arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek ölçütlerin kullanılmamasını, ücret kavramının asıl ücretin yanında ücretin eklerini de içerdiğini belirtmekte ve ücretlendirme koşullarında cinsiyete dayalı ayrımcı her türlü davranışı yasaklamaktadır³⁶³.

Nihayetinde söz edilen hüküm, üye ülkelerde sadece işyerlerinde işçileri haksız rekabete karşı koruyan bir mevzuat olmaktan çıkıp birlikte yaşayan ve çalışan insanların yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesini ve ayrımcı muamelelerin yasaklanmasını garanti altına alan bir düzenlemeye dönüşmüştür³⁶⁴.

Birlik Hukuku'nda aynı işi yapan kadın ve erkeğe, eşit işe eşit ücret ödenmesi ilkesi sadece Birlik kurucu antlaşması ve 75/117/EEC sayılı direktife bağlı kalınarak değil Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği kararlarla da şekillenmiştir. Örneğin; Avrupa Birliği Adalet Divanı 27 Mart 1980 tarihli Macarths kararında³⁶⁵ kurucu anlaşmanın 141. (değişen 119.) maddesinde öngörülen eşit işe eşit ücret ilkesi kapsamında emsal işçi kavramını tartışmış, aynı işyerinde farklı zamanlarda depo amiri olarak çalışan kadın işçiye haftalık 50 dolar, erkek işçiye 60 dolar olarak farklı ücret ödenmesini ayrımcılık olarak nitelendirmiştir³⁶⁶. Divan, ücret farklılığının cinsiyet temelli sebeplerden kaynaklanmasının doğrudan ayrımcılığın ispatı için yeterli olduğunu belirterek ücret konusunda hukuka aykırı bir ayrımcılığın olduğu sonucuna ulaşmıştır³⁶⁷. Avrupa Birliği Adalet Divanı, eşit değerde işin tespiti için işin

³⁶² Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 370.

³⁶³ Council Directive 75/117/EEC of on February 1975 on the approximation at the laws of the Member States relating to application of the principle of equal pay for men and women, celex – txt – 31975 L 0117, s. 2., aktaran Kaya, s. 95.; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 101-102.

³⁶⁴ Roger Blanpain, **European Labour Law**, Kluwer Law Internatioal, 2003, ss. 387-388.'dan aktaran Kaya, s. 90.

³⁶⁵ ABAD, C-129/79, Macarths v. Smith, 27.03.1980, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-129/79>, (e.t.25.09.2018).

³⁶⁶ Kaya, s. 94.

³⁶⁷ Aydınöz, s. 178.

doğası gereği objektif olarak her şeyi dikkate alacak şekilde ve aynı zamanda ölçütlerin objektif kıyaslanabilir olması gerektiğini belirtmiştir³⁶⁸.

Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarından biri olan Roma Antlaşması'nı değiştiren Amsterdam Antlaşması'nın 141. maddesinde her üye ülkenin eşit veya eşit değerde iş için kadınlara ve erkeklere ücret eşitliğinin sağlanması ilkesi, başka bir deyişle eşit veya eşit değerde iş için cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın herkese aynı ücret ödenmesi düzenlenmiştir. Ayrıca 141. madde gereğince kadın ve erkeklere iş yaşamlarında etkin bir şekilde tam anlamıyla eşit davranılacaktır. Ancak bu husus üye ülkelerin istihdam alanında yeterince temsil edilmeyen cinslerden birine mesleki faaliyet açısından kolaylıklar sağlanması, başka bir deyişle bu durumdaki cinsin mesleki faaliyetler açısından karşılaştığı olumsuzlukların giderilmesi amacıyla yönelik kolaylaştırıcı ve destekleyici düzenlemeler ve uygulamaların (olumlu ayrımcılık) yapılması engellenemez, biçiminde düzenlemeye de yer verilmiştir³⁶⁹.

Birlik mevzuatının, sonraki bölümlerde de bahsedeceğimiz cinsiyet ayrımcılığı yasağını düzenleyen bazı Direktiflerini ismen belirtmek gerekirse; İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 76/207/EEC sayılı Direktif³⁷⁰, Sosyal Güvenlikte Cinsiyetler Arası Eşit İşlem İlkesine ilişkin 79/7/EEC sayılı Direktif³⁷¹, Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Cinsiyetler Arası Eşit İşlem İlkesine ilişkin 86/378/EEC sayılı Direktif³⁷², Bağımsız Çalışmada Cinsiyetler Arası Eşit İşlem İlkesine ilişkin 86/613/EEC sayılı Direktif³⁷³, Anne-Baba İzni Çerçeve Anlaşmasına ilişkin 96/34/EC sayılı Direktif³⁷⁴ ve ebeveyn iznine ilişkin revize edilmiş Çerçeve Anlaşmayı uygulayan ve 96/34 / EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2010/18/EU sayılı Direktif³⁷⁵, Özel Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Cinsiyetler Arası Eşit İşlem

³⁶⁸ Kaya, s. 98.

³⁶⁹ Kaya, s. 92.; Moroğlu, AB Antlaşmaları ve Yönergeleri, s. 212.

³⁷⁰ 76/207/EEC sayılı Direktif tam metni için bkz.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31976L0207> (e.t. 16.03.2018).

³⁷¹ 79/7/EEC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0007>, (e.t. 17.03.2018).

³⁷² 86/378/EEC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0378>, (e.t. 17.03.2018).

³⁷³ 86/613/EEC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:31986L0613>, (e.t. 17.03.2018).

³⁷⁴ 96/34/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31996L0034>, (e.t. 17.03.2018).

³⁷⁵ 2010/18/EU sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0018>, (e.t. 18.01.2019).

İlkesine ilişkin 96/97/EC sayılı Direktif³⁷⁶, Kanıtlama Yükümlülüğünün Kısmen Paylaştırılmasına dair 97/80/EC sayılı Direktif³⁷⁷, Kısmi Zaman Çalışma Çerçeve Anlaşması'na dair 97/81/EC sayılı Direktif³⁷⁸, Belirli Süreli Çalışma Çerçeve Anlaşması'na dair 99/70/EC sayılı Direktif³⁷⁹.

Avrupa Birliği, ayrımcılık yasağına ilişkin eşit işlem ilkesinin alanını geliştirme ve ilerletme amacına istinaden 76/207/EEC sayılı Direktifi değiştirmiş ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından yararlanarak, işe giriş, mesleki eğitim ve işte yükselme ve çalışma koşulları konusunda kadınlar ve erkekler arasında eşit işlem ilkesinin uygulanmasına ilişkin 23.09.2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Direktif³⁸⁰ ile yeni düzenlemeler yapmıştır³⁸¹. Ayrıca 76/207/EEC sayılı Direktif, eşit davranma ilkesini bağımlı çalışanlar için öngörmüştür. Bu ilkenin serbest çalışanlara da tesiri bakımından 86/613/EEC sayılı Direktif kabul edilmiştir. Üye devletlerde serbest çalışan veya bu kapsamda çalışma faaliyetinde bulunan kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamayı amaçlayan bu Direktif, 07.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren 2010/41/EU sayılı Direktif³⁸² ile yürürlükten kaldırılmıştır 86/613/EEC sayılı Direktif gibi serbest çalışanları kapsamaktadır³⁸³.

Cinsiyetler arası işlem eşitliği ilkesinin korumaya çalıştığı değerlerin iş yaşamı dışında da sağlanması yolunda adımlar atılmıştır. Nitekim 13 Aralık 2004 tarihinde Mal ve Hizmet Erişiminde Cinsiyetler Arası Eşit İşlem İlkesine dair 2004/113/EC sayılı Direktif³⁸⁴ kabul edilmiştir. Direktifte taciz ve cinsel taciz ile doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları tanımlanarak, cinsiyet ayrımcılığının çalışma hayatı dışındaki alanlarda da görülebileceği, bu hususun kadınların ve erkeklerin ekonomik

³⁷⁶96/97/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31996L0097>, (e.t. 17.03.2018).

³⁷⁷97/80/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1997/80/oj>, (e.t. 18.03.2018).

³⁷⁸97/81/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0081>, (e.t. 18.03.2018).

³⁷⁹99/70/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:31999L0070>, (e.t. 18.03.2018).; Ayrıca Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 370-382.

³⁸⁰2002/73/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0073>, (e.t. 19.03.2018).

³⁸¹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 435-436.

³⁸²2010/41/EU sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561048498651&uri=CELEX:32010L0041>, (e.t. 19.03.2019).

³⁸³ Konuk, s. 1733.

³⁸⁴2004/113/EC sayılı Direktif tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>, (e.t. 19.03.2018).

ve sosyal yaşamlarında tam ve başarılı şekilde eşitlik sağlanmasına engel olabileceği düzenlenmiştir. Direktifin 4. maddesinde; *hamilelik ve annelik sebebiyle daha dezavantajlı bir işlemin yapılmasını da içerecek şekilde cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yapılamaması ve cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yapılamaması* düzenlenmiştir. Söz konusu madde hamilelik ve annelik ile ilgili kadınların korunmasına ilişkin alınan daha elverişli tedbirlere ve yapılan daha olumlu işlemlere halel getirmeyecektir. Mal ve hizmetlerin sağlanmasının sadece ya da belli bir cinsiyete mensup kişilere yönelik olarak gerçekleştirilmesi sebebi meşru, amaca ulaşmada uygun ve gerekliyse yapılan farklı işlemler ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaz³⁸⁵.

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcı fiiller ya da faaliyetlere karşı farklı alanlarda koruma sağlamak amacıyla yapılan düzenlemelerin gözden geçirilip düzeltilmesi, sadeleştirilmesi, yenilenmesi ve aynı zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına uyum sağlanarak cinsiyetler arası eşitlik Direktiflerinin³⁸⁶ tek metin halinde toplanmasına dair 5 Temmuz 2006 tarihinde İstihdamda ve Çalışma Alanında Cinsiyetler Arası Fırsat Eşitliği ve Eşit İşlem İlkesinin Uygulamaya Konulmasına ilişkin 2006/54/EC sayılı Direktif kabul edilmiştir. Direktifin temelinde üye devletler tarafından, istihdam alanında kadınlar ve erkekler arasında tam eşitliğin gerçekleştirilmesi ve buna ilişkin önlemlerin alınması amacı vardır³⁸⁷.

Avrupa Birliği mevzuatında gerek kurucu Sözleşme ve Direktif düzenlemeleri gerekse Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında, eşit değerde işe ücret eşitliğinin sağlanması ilkesi gereğince sadece çalışan işçiler için cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmamış aynı zamanda iş sözleşmeleri hazırlanırken veya ifa edilirken belirlenen kıstaslarda ilkesine aykırı koşulların doğmaması için saygı gözetilmesi gereken bir değer olarak kabul edilmektedir³⁸⁸.

³⁸⁵ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 438-439.

³⁸⁶ Bahsi geçen 75/117, 76/207, 86/378, 97/80 sayılı Direktiflerdir. Ortak amaçları kadınlar ve erkekler arasında eşit işlem ilkesini, farklı alanlarda etkili bir biçimde uygulamaya koymaktır.

³⁸⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 440-446.

³⁸⁸ Kaya, s. 97.

2.3. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Avrupa Birliği Hukuku'nda hamilelik, doğum yapma ve alınan özel önlemler cinsiyete dayalı ayrımcılık hallerinin istisnai halleri olarak değil, eşitlik ilkesi çerçevesinde, farklı olanlara farklı muamele kapsamında değerlendirilmektedir³⁸⁹.

2.3.1. Avrupa Birliği Politikalarında Cinsiyet Ayrımcılığı/ Eşitlik İlkesi

Avrupa'da ekonomik bütünleşme öncelik amacıyla kurulmuş olan Avrupa Birliği'nde, aslında ilk zamanlarından çalışma hayatında eşit işe eşit ücret; yani eşit değerde iş yapan çalışanlara aynı ücret ödenmesi ilkesi daha sonra her iki cinse eşit davranma ilkesi ve fırsat eşitliği ilkesi doğrultusunda kadın erkek eşitliği, ortak bir politika olarak benimsenmiş ve geliştirilmiştir³⁹⁰. Birlik hukukunda eşitlik, bir hak ve bir değer olarak ortaya konulmaktadır. Özellikle cinsiyetler arası eşitlik ve fırsat eşitliği Avrupa Birliği'nin sosyal haklar açısından yasal çerçevesini oluşturmaktadır. Eşitlik ilkesi, Roma Antlaşması'ndan günümüze kadar Birlik mevzuatında oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca yol gösterici nitelikte olan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarıyla da eşitlik ilkesinin uygulanması geliştirilmiştir³⁹¹.

Eşitlik ilkesinin Birliğin yazısız temel ilkeleri arasında oluşuyla ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Erich Stauder v. City of Ulm – Sozialamt uyuşmazlığında³⁹², Divan temel hakların Birlik hukukunda yer aldığını, onların öncelikle hukuk düzeninde yazısız hukuk ilkeleri oluşuyla açıklamıştır. Bu doğrultuda Birlik işlemleri de bu yazısız ilkelere ve dolayısıyla temel haklara uygun gerçekleştirilmelidir. Kararda, temel haklara saygının ve eşitlik ilkesinin Birlik hukukunun temel ilkeleri arasında olduğu vurgulanmıştır³⁹³.

³⁸⁹ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 53.

³⁹⁰ Moroğlu, Avrupa Birliği Uyum Süreci, ss. 58-59.

³⁹¹ Barnard Catharine; EC Employment Law, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2000, (EC Employment Law) s. 199.'dan aktaran Kaya, s. 60.

³⁹² ABAD, C-29/69, Erich Stauder v City of Ulm-Sozialamt., 12.11.1969, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>, (e.t. 20.01.2019).

³⁹³ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 95.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, kendisine tanınan yargılama yetkisi çerçevesinde Birlik hukukunu yorumlarken, hukukun genel ilkelerini de göz önüne alır. Divan kararlarına göre eşitlik ilkesi ve temel insan hakları, hukukun genel ilkeleri arasında yer almakta, cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmaktadır³⁹⁴.

Temel insan haklarının belirlenmesinde bir başka önemli karar ise Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel davasıdır³⁹⁵. Mahkeme, Birlik tarafından güvence altına alınacak temel hakların üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri ile desteklenmesi gerektiğini; lakin bu korumanın Birliğin yapı ve amaçları doğrultusunda olabileceğini ifade etmiştir³⁹⁶.

Avrupa Birliği'nde, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve Antlaşmaların yanı sıra eşitlik ilkesi ile ilgili pek çok hukuki düzenlemeler de yapıldığından söz etmiştik. Tekrar belirtmek gerekirse söz konusu düzenlemeler tarihi sırasına göre; 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117/EEC sayılı “Kadın ve Erkekler İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif”, 75/117/EEC sayılı Direktiften sonra 9 Şubat 1976 tarih 76/207/EEC sayılı “İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif”, 19 Aralık 1978 tarih ve 79/7/EEC sayılı “Kadın ve Erkeğe Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Davranma Direktifi”³⁹⁷, 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85/EEC sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına İlişkin Direktif”, 3 Haziran 1996 tarih ve 94/34/EEC sayılı “İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif”, 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80/EEC sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin Direktif”³⁹⁸, 29

³⁹⁴ Bozkurt/Özcan/ Köktaş, ss. 151-153.

³⁹⁵ ABAD, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 17.12.1970, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>, (e.t. 20.01.2019).

³⁹⁶ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 95.

³⁹⁷ “Kadın ve erkek eşitliği ilkesinin sosyal güvenlik alanında uygulanması amacıyla getirilen direktif düzeyindeki ilk düzenlemedir. Direktif ile eşit davranma ilkesinin öncelikle hastalık, malullük, yaşlılık, işsizlik, iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı koruma sağlayan yasal sosyal güvenlik rejimlerinde uygulanması öngörölmüş sosyal yardımlar ise Direktif'in kapsamına, bu koruma rejimlerini tamamladığı ölçüde girmektedir... Direktifte, ayrımcılık yasağının cinsiyet temeline dayalı ayrımcılıkla sınırlı tutulması, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık farkının belirtilmemesi ve diğer alanlardaki ayrımcılık yasakları bakımından geçerli olan ispat kurallarına tabi tutulmaması sebebiyle, sınırlı bir koruma sağlamaktadır.” Aydınöz, s. 167.

³⁹⁸ “İspat yükü sorununa çözüm olarak ABAD'ın 1989 tarihli Danfoss kararı öncülük etmiş ve ispat yüküne ilişkin kurallar tamamen karşı tarafa devredilmeden davacı lehine yumuşatılarak uyumsuzluğu

Haziran 2000 tarih ve 2000/43/EEC sayılı “İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif”, 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EEC sayılı “İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktif”³⁹⁹ ve 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı “Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktiflerdir”⁴⁰⁰.

Roma Anlaşması'nın eski 119. maddesini değiştiren 141. maddesinin uygulamaya geçirilmesi amacıyla düzenlenen “Kadın ve Erkekler İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/EEC sayılı Direktifte, eşit işe eşit ücret ilkesi ve cinsiyet temeline dayalı ücret farklılıklarının kaldırılması düzenlenmiştir. Direktifin uygulama alanı, ücret bakımından cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yasağı ile sınırlı olup Direktife göre özellikle ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sisteminin uygulandığı hallerde, bu sistem kadın ve erkek işçiler için ortak olan kriterlere dayanmalı ve cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa sebep olmayacak şekilde düzenlenmelidir”⁴⁰¹.

76/207/EEC sayılı Direktif, 2002 yılında 2002/73/EC sayılı Direktif ile değiştirilmiştir. Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa ilişkin 76/207/EEC sayılı Eşit Muamele Direktifinde 2002 yılında 2002/73/EC sayılı Direktif ile yapılan değişikliğin amaçlarından biri, doğrudan-dolaylı ayrımcılık tanımlarını Direktife ekleyerek, anılan normlar arasında uyum sağlamaktır. Bu değişiklik ile aynı zamanda, diğer Direktiflerde öngörülen ve üye devletlere ayrımcılık hallerinde gerekli denetim mekanizmalarını ve/veya başvuru yollarını sağlamak yükümlülüğü getiren hükümler, 76/207/EEC sayılı Direktifin uygulama alanında da geçerli olmuştur. Cinsiyet

çözüm yolu bulunmuştur. ABAD içtihatlarıyla yerleşen bu kurallar 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80/EEC sayılı Konsey Direktifi ile pozitif norm halini almıştır. Ancak söz konusu Direktif uyarınca bu kurallar, sadece cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerini düzenleyen 75/117/CEE sayılı Direktif ve 2002/73/CE sayılı Direktif ile değişik 76/207/CEE sayılı Direktiflerin uygulama alanında geçerli olmaktadır. Bu sebeple cinsiyet temeline dayalı olanlar dışındaki ayrımcılık hallerini düzenleyen direktiflerde, ispat kuralları ayrıca öngörülmüştür.”, Aydınöz, s. 169.

Ayrıca Danfoss kararı için bkz, ABAD, C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, 31.05.1989, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-109/88>, (e.t.16.08.2018).

³⁹⁹ Bahsi geçen Direktif, “Kadınların aynı anda birçok farklı konuda ayrımcılığa maruz kalması sebebiyle çalışma ve istihdam alanında eşit davranma ilkesinin uygulamasının genel çerçevesini belirlemek üzere düzenlenmiştir.”, Aydınöz, s. 170.

⁴⁰⁰ Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, “Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik”, <https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>, (e.t.12.02.2019).; Yuvalı, ss. 26-27.

⁴⁰¹Aydınöz, s. 164.; Gören, s. 150.

temeline dayalı ayrımcılık hallerinde ispat yükü ayrı bir direktife konu olması itibariyle, 2002/73/EC sayılı Direktifte yer almamıştır⁴⁰².

Birlik Hukukunda eşitlik ile ilgili düzenlemeler “cinsiyet, genetik özellik, doğum, özürlülük, yaş” gibi durumlara bağlı oluşan veya bu nedenlerle ayrımcı davranışta bulunmaya yönelik her türlü aleyhe ayrımcı muameleyi yasaklamaktadır⁴⁰³. Direktifler aracılığıyla Avrupa Birliği mevzuatında ücret, cinsiyet, hamilelik ve annelik durumları, kısmi ve tam zamanlı çalışma gibi birçok konuda ayrımcılık yasağı düzenlenmiş ve üye devletlerin iç hukuklarına etki etmiştir⁴⁰⁴.

2.3.2. Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı

Avrupa Birliği, cinsiyete bağlı kalıplaşmış önyargıların yıkılması, kadınlar için ekonomik bağımsızlığın sağlanması, kadınların çalışması, kendi gelirlerini elde etmesi ve sosyal imkanlardan eşit şekilde yararlanması olanaklarının sağlanması gibi hedeflerini gerek yaptığı düzenlemelerle gerekse finansal açıdan destekleyerek cinsiyet temelli yapılan ayrımcılığı ortadan kaldırmaya ve toplumsal cinsiyet eşitliğini gerçekleştirmeye çalışmaktadır⁴⁰⁵.

Uygulamada en çok meydana gelen ayrımcılık hali kişinin cinsiyetidir. İşçilerin cinsiyet kimliği durumu, birçok uluslararası sözleşmeye ve belgeye konu olmuş, ayrımcı davranışlar caydırıcı yaptırımlara bağlanmıştır. Özellikle Birlik İş Hukuku’nun çekirdeğini cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi oluşturmaktadır⁴⁰⁶.

Birlik İş Hukuku’nda eşitlik ilkesi, başlangıçta kadın-erkek işçiler arasında eşit değerde işe ücret eşitliğinin sağlanması biçiminde ortaya konulmuş ise de temelde kişinin “cinsiyet, din, dil, ırk, felsefi inanç, sosyal köken” ve benzeri durumlarını kapsayacak şekilde bir eşitlik arayışı ortaya koymaktadır⁴⁰⁷.

Birlik Direktifleri ile iş ilişkisine dair farklı alanlarda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi koruma altına alınmış ve aykırılığa karşı yaptırımlar öngörülmüştür⁴⁰⁸.

⁴⁰² Aydınöz, s. 166.

⁴⁰³ Kaya, s. 63.

⁴⁰⁴ Aydınöz, s. 170.

⁴⁰⁵ Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, **AB ve Türkiye Kadınlar İçin Birlikte** broşürü, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, Avrupa Birliği, 2014, s. 3.

⁴⁰⁶ Yuvalı, s. 71.

⁴⁰⁷ Kaya, s. 61.

⁴⁰⁸ Aydınöz, s. 164.

Birlik Hukukunda çalışma ilişkilerinde ayrımcı davranışlar yasaklanırken, aynı zamanda istihdam edilmede, mesleki eğitimden yararlanmada, çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde de ayrımcılık yapılmamasının sağlanmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁰⁹.

Bu bağlamda AB mevzuatında işe girişte, işte yükselmede, meslek edinmede, mesleki eğitimden yararlanmada, çalışma koşullarının düzeltilmesinde, mesleki ilerlemede ve iş dağıtımında cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması, çalışanlar arasında eşitliğin sağlanması bir amaç olarak ortaya konulmuş ve fırsat eşitliğinin çalışma hayatının bütününde uygulanması sağlanmaya çalışılmıştır⁴¹⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen kararında⁴¹¹ hamile olması sebebiyle kadın işçinin işe alınmaması ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Divan karar gerekçesinde öncelikle hamilelik sebebiyle iş göremeyen kadın işçinin hiçbir şekilde tıbbi veya başka bir sebeple iş göremeyen erkek işçiyle kıyaslanmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve devamında kadın işçi adayının iş görüşmesi sırasında sorulmadan veya soru yöneltildiğinde hamile olduğunu belirtmek veya bu durumu söylemek zorunda olmadığı, ayrıca işverenin kadın işçinin bu durumunu dikkate alma hakkı bulunmadığı öngörülmüş, buna ek olarak kadın işçiye karşı, hamilelik veya bundan kaynaklanan bir sebepten ötürü olumsuz davranılması durumunda ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmiştir⁴¹².

2.4. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği ancak eşitliğin sağlandığı yerde var olabilir. Kişinin cinsiyetine has nedenlerle, aksi zaruri olmadıkça, hiçbir Birlik vatandaşı kötü muameleye tabi

⁴⁰⁹ Kaya, s. 63.

⁴¹⁰ Barnard Catharine, EC Employment Law, ss. 206-207.'dan aktaran Kaya, s. 64.

⁴¹¹ ABAD, C-177/88, Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, 08.11.1990, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-177/88>, (e.t.22.05.2018).

⁴¹² Yıldız, s. 200.; Yuvalı, s. 174.

tutulamaz, ayrımcılığa maruz bırakılamaz. Ayrıca tüm Birlik vatandaşları yasalar önünde eşittir⁴¹³.

Cinsiyet ayrımcılığına ve dolayısıyla hamilelik ve doğum temeline dayalı meydana gelen ücret farklılıklarının önlenmesi için öncelikle “ücret” kavramının içeriğinin belirlenmesi gerekir. Roma Antlaşması’nın 141. maddesi gereğince ücret, işçinin emeği karşılığında işverenin ödediği, doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği, nakit veya ayni tüm ödemeleri kapsar⁴¹⁴. Avrupa Birliği Adalet Divanı’na göre ücret, işçiye çalışması sebebiyle işvereni tarafından verilen veya verilecek nakdi veya ayni tüm menfaatlerdir. Bu bağlamda eşit davranma yükümlülüğü bakımından kastedilen ücret, “geniş anlamda ücret”tir. Türk Hukuku açısından da işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı belirlenirken geniş anlamda ücret dikkate alınmalıdır⁴¹⁵.

Toparlayarak belirtmek gerekirse eşitliği doğrudan düzenleyen Birlik mevzuatını şöyle özetlemek mümkündür:

Roma Antlaşması’nın 141. maddesi, Avrupa Temel Haklar Şartı’nın 3. Bölümü, 1975 tarihli 75/117 EEC sayılı “Erkekler ve Kadınlar İçin Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Konusunda Üye Ülke Mevzuatlarının Denkleştirilmesi” hakkındaki Direktif, 1976 tarihli 76/207 sayılı “Kadınlara ve Erkeklerle İşe Girişte, Meslek Eğitiminde, İşe Yükselmeye ve İş Koşulları Konusunda Eşit Davranma Temel Prensiplerinin Geliştirilmesi” hakkındaki Direktifi, bu Direktifte 2002 yılında 2002/73 sayılı Direktifle düzenlemeler yapılmıştır. 1978 tarihli 79/7 sayılı “Kadın ve Erkeklerle Sosyal Sigorta Alanında Eşit Davranma Temel Prensiplerinin Gerçekleştirilmesi” hakkındaki Direktif, 1986 tarihli 86/378 sayılı “İşyeri Temelinde Sosyal Sigorta Alanında Eşit Davranma Temel Prensipleri ve Analığın Korunması” hakkındaki Direktif, 1997 tarihli; 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Halinde İspat Yükünün Düzenlenmesi” hakkındaki Direktif; 2000 tarihli 2000/78 sayılı “İş ve Meslekte Eşitlik İlkesinin Gerçekleştirilmesi” hakkındaki Direktif ve birçok Direktifte değişiklik ve ilaveler yapan diğer Direktifleri saymak mümkündür⁴¹⁶.

⁴¹³ Can, s. 71.

⁴¹⁴ Barnard, Gender Equality, s. 249.’dan aktaran Yuvalı, s. 70.

⁴¹⁵ Yuvalı, s. 70.

⁴¹⁶ Blanpain, ss. 377-378.’dan aktaran Kaya, s. 61.; Doğan Yenisey, Kadın-Erkek, ss. 33-34.

Birlik hukukunda eşitlik ilkesinin uygulanmasına yönelik birçok Konsey kararı da bulunmaktadır, bunlardan bazıları: 1986 tarihli 86/613 sayılı “tarım dahil olmak üzere, bağımsız faaliyet gösteren kadın ve erkeklere eşit davranma temel ilkesi ve anneliğin korunmasına” ilişkin Konsey kararı, 1982 tarihli “kadınların fırsat eşitliğinin teşviki” konusundaki kararı, 1984 tarihli 84/635 sayılı “kadınlar için pozitif tedbirlerin teşviki” konusunda Konseyin tavsiyesi, 1986 tarihli kadınların şans eşitliğinin teşviki konusunda konseyin ikinci kararı, 1991 tarihli 92/131 sayılı “erkeklerin ve kadınların iş yerlerinde onurlarının korumasına” ilişkin Komisyon tavsiyesi, 1994 tarihli AB istihdam yoğunluğuna sahip bir büyüme stratejisinde kadınların eşit haklara katılması konusunda konsey kararı, 1988 tarihli COM (88), 269 endg. numaralı “kadın ve erkeklere eşit davranma ve eşit ücret alanında ispat yükü” konusunda bir Konsey yönergesi için Komisyon önerisi, 1996 tarihli COM (96) 340 endg. numaralı “cinsiyete dayalı ayrımcılıkta ispat yükü” konusunda bir Konsey yönergesi için Komisyon önerisi⁴¹⁷ ve buna benzer birçok öneri ve karar Avrupa Birliği Hukuku’nda eşitlik ile ilgili düzenlemeler arasındadır.

76/207/EEC sayılı Direktifin 2. maddesinin 3. fıkrasında, ayrımcılık yasağının kadınların hamilelik ve annelikle ilişkili olarak güvence altına alınmalarına engel oluşturmayacağı düzenlenmiş, 76/207/EEC sayılı Direktif 2002 yılında 2002/73/EC sayılı Direktif ile değiştirilmiştir.

Ayrıca 2002/73/EC sayılı Direktif, hamile, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların bedensel ve ruhsal sağlığını korumayı amaçlayan 92/85/EEC sayılı Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi hükümlerine aykırılık gösteremeyeceği ve 2002/73/EC sayılı Direktifte de üye ülkeler düzenlemelerinin, kadınları “özellikle *hamilelik ve annelik*”le ilişkili olarak alınacak koruyucu önlemlere mani olmayacağı düzenlenmiştir (m.1/2 (7)-c.1 ve c.4)⁴¹⁸.

2002/73/EC sayılı Direktifin Başlangıç kısmı 12. paragrafında: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın eşit davranma ilkesi bakımından, bir kadının hamilelik sırasında ve sonrasında biyolojik durumunu korumanın meşru olduğunu kabul ettiği; kadınların hamilelik veya doğumla ilgili maruz kaldığı olumsuz davranışların doğrudan cinsiyet

⁴¹⁷ Kaya, ss. 62-63.

⁴¹⁸ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 60.

ayrımcılığı oluşturduğu; Avrupa Birliği Adalet Divanı, hiçbir hak kaybı olmaksızın kadınların istihdam haklarının, özellikle aynı veya eşdeğer bir işe geri dönme haklarının, onların yokluğu sırasında yapılan çalışma koşullarındaki herhangi bir iyileştirmeden faydalanmalarının güvence altında alınmasını sağlayan koruyucu haklar tanıdığı yer almaktadır⁴¹⁹.

2006 tarihli 2006/54/EC sayılı “İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma ve Eşit Fırsatlar İlkesinin Uygulanmasına İlişkin” Direktif; 2002/73/EC, 86/378/EEC, 96/97/EC gibi iş ve meslekte eşitlik ilkesini düzenleyen direktiflerin yeni bir direktif çatısı altında birleştirilmiş ve sadeleştirilmiş biçimidir. Özellikle mevzuatta, eşit davranma ve fırsat eşitliğinin sağlanması ilkeleri güncellenmiş, cinsiyete dayalı ayrımcılığın tanımları yapılmıştır⁴²⁰. Bu bağlamda iş ve meslekte eşitlik ilkesine ilişkin direktifler tek çatı altında toplanırken, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından yararlanılmıştır⁴²¹.

2006/54/EC sayılı Direktif’in Başlangıç kısmınının 24. paragrafında: Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın, eşit davranma ilkesiyle ilişkili olarak, *bir kadının hamilelik ve annelik sırasındaki* biyolojik durumunu koruma ve maddi korunma önlemlerinin meşruluğu hususlarının maddi eşitliği sağlamanın bir aracı olarak kabul ettiği belirtilmiş; ayrıca bu bağlamda Direktif’in, yakın zamanda doğum yapmış olan veya emziren çalışan işçilere yönelik, işyerindeki iş güvenliği ve iş sağlığında iyileştirmelere teşvik eden düzenlemelerin getirilmesine ilişkin tedbirlerin 92/85/EEC sayılı Direktif’e mani olmadığı; Direktif’in 96/34/EC sayılı Direktif hükümlerine, UNICE (Avrupa İşverenler Konfederasyonları), CEEP (Kamu İştirakli ve Kamusal İşletmeler Merkezi) ve ETUC (Avrupa Sendikalar Konfederasyonu) tarafından imzalanan ebeveyn izni anlaşmasıyla ilgili hükümlere hâlel getirmediği düzenlenmiştir⁴²².

Anılan Direktif’te, ayrımcılık hakkında düzenlenen diğer direktiflerde öngörülen ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarında tartışmalı olan

⁴¹⁹ 2002/73/EC sayılı Direktif; Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0073>, (e.t.18.01.2019).

⁴²⁰ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 19.

⁴²¹ Kaya, s. 76.; Moroğlu, AB Antlaşmaları ve Yönergeleri, ss. 214-215.

⁴²² 2006/54/EC sayılı Direktif (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council) 05 Temmuz 2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>, (e.t.18.01.2019).

“karşılaştırılabilir durum” kavramının açıklığa kavuşturulmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Direktifte Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın yerleşmiş içtihadı uyarınca işçilerin aynı veya aynı değerde işte çalıştığına tespiti için çalışma koşulları, yapılan işin niteliği gibi farklı etkenlerin birlikte değerlendirilmesi doğrultusunda işçilerin karşılaştırılabilir olup olmadıklarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır⁴²³.

97/80/EC sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktifin 4. maddesinde ayrımcılık durumunda ispat yükünün davacı tarafa ait olmasına karşın, yumuşatılmış ispat yükü doğrultusunda gerekli koşullar sağlandığında yükümlülük karşı tarafa geçecektir. Şöyle ki;

“Üye devletler, kendi adli prosedürlerine uygun olarak, kişinin eşit işlem yapılması ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının düşünülmesine imkân veren hususları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alırlar. Bu durumda eşit işlem ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak davalı tarafa düşer. Bu direktif üye devletlerin davacı tarafa daha kolay bir kanıtlama rejimi kabul etmelerine engel olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir⁴²⁴.

Bu Direktifi yürürlükten kaldıran 05.07.2006 tarihli İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2006/54 sayılı Direktifinde de aynı esaslara değinilmiştir⁴²⁵. Birlik Hukukuna göre, ayrımcılık yasağının çiğnendiğini iddia eden davacı, ayrımcılık yapıldığını ortaya koyabilecek emareleri sunduğunda, ispat yükü davalıya, yani işverene geçecektir⁴²⁶. Avrupa Birliği Adalet Divanı da ayrımcılık yasağına aykırılık iddialarında davacı işçi açısından ispat yükümlülüğünün hafifletilmesi doğrultusunda görüş bildirmektedir⁴²⁷.

2006/54/EC sayılı Direktifin genel hükümler başlıklı birinci bölümünde, istihdam ve çalışma koşullarında kadınlara ve erkeklere eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasının sağlanması hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemeler içinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına, doğum izninden dönüşte çalışanın aynı veya eşit bir konuma getirilmesine ilişkin açıklamalar yer almaktadır⁴²⁸. Hamilelik ve doğum

⁴²³ Aydınöz, s. 170.

⁴²⁴ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 119.

⁴²⁵ Yuvalı, s. 206.

⁴²⁶ Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 220 ve devamı.

⁴²⁷ Barnard, Gender Equality, s. 255.’dan akrotan Yuvalı, s. 206.

⁴²⁸ Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Seminer

durumlarında kadın işçilerin ayrımcılıkla karşı karşıya kalmaması ve korunması gerekliliği konusu 2006/54/EC sayılı Direktifte yer alan düzenlemelerin tamamına hakimdir. Aynı zamanda hamilelik ya da doğum izni sebebine dayanan, ayrımcı davranış da cinsel taciz gibi cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerinden biri olarak açıkça düzenlenmiştir. Direktif, erkek işçilerin babalık izninin kullanılmasına ilişkin hakkın tanınmasını da bu konuda alınabilecek önlemler arasında saymakla birlikte, bu hakkın tanınmasını üye devletlerin takdirine bırakmıştır⁴²⁹.

Nitekim anılan Direktifin 15. maddesinde kadın işçinin doğum izninden dönüşünde güvence altına alınması açıkça düzenlenmiş, “*doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitişinden sonra dezavantaj yaratmayacak koşul ve şartlar altında işine veya eşdeğerindeki bir konuma geri dönmeye, ayrıca izin süresince yokluğunda yararlanmış olacağı çalışma alanında yapılan iyileştirmelerden yararlanmaya hakkı vardır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda anılan madde hükmünde doğum iznini kullanan kadın işçi açısından, işverenin cinsiyet ayrımcılığı yapmama, eşit davranma yükümlülüğü belirtilmiştir⁴³⁰.

Direktifin üçüncü bölümünde yargılama usulüne ve ispat yüküne yer verilmiştir. Bu bölümde cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali neticesinde mağdur olan kişinin hukuk yargılamasında ispat yükünün yer değiştirebileceği bağlamında kuvvetli bir emare olması durumunda bunun karşı tarafa yükletilebileceği düzenlenmiştir (m.19). Ayrıca üye ülkelerin oluşturacağı ulusal yasalar çerçevesinde ayrımcılığın ortadan kaldırılması ile ilgili olarak sosyal diyalog ve sivil örgütlerle iş birliğine gitmeleri istenmektedir. Bu çerçevede Avrupa Birliği’ne üye ülkelerdeki gelişmeleri izlemek, yönlendirmek ve daha ileriye taşımak amacıyla Avrupa Birliği Eşitlik Enstitüsü kurulması öngörülmüştür (m.20)⁴³¹.

Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık), s. 71; Kaya, s. 78.; Moroğlu, AB Antlaşmaları ve Yönergeleri, ss. 214-215.

⁴²⁹ Aydınöz, s. 171.

⁴³⁰ Türk Hukuku açısından Yargıtay, kararlarında, önüne gelen ilgili uyuşmazlıklarda işverenin eşit davranma yükümlülüğü açısından 2006/54/EC sayılı Direktif’in 15. madde hükmüne değinmektedir. Buna ilişkin örnekler: Yrg.22.HD., 20.02.2019 gün ve E:2019/1040, K:2019/3811.; Yrg.9.HD., 17.10.2018 gün ve E:2015/29956, K:2018/18539.; Yrg.22.HD., 24.09.2018 gün ve E:2015/35120, K:2018/19675.; Yrg.22.HD., 19.03.2018 gün ve E:2017/11694, K:2018/7055, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

⁴³¹ Kaya, s. 78., Moroğlu, AB Antlaşmaları ve Yönergeleri, s. 215.

2.4.1. Ayrımcılık Hallerine Göre İspat Kuralları

ABAD'ın yerleşik içtihatları ve direktifler uyarınca ayrımcılığa ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesi ulusal yargı mercilerinin görev alanındadır. Ayrıca Birlik hukuku uyarınca, ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden kişiler kural olarak ayrımcılık iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak özellikle iş ilişkisinde ayrımcılık yapıldığını iddia eden işçinin, ispat için karşılaşılabileceği zorluklar ve ayrımcılığın tespitinin çoğunlukla geniş bir karşılaştırmalı araştırma gerektirmesi gibi nedenlerle işçi açısından ispatın zor olduğu fark edilmiştir. Bu doğrultuda genel ispat kuralı, ayrımcılığa uğradığını iddia eden davacı lehine kolaylaştırılarak davacının, somut olayda ayrımcılığa maruz kaldığını düşündüren kanıtları ortaya koyması halinde ispat yükünün davalıya geçeceği kabul edilmiştir. Bu doğrultuda ABAD'ın C-109/88 sayılı 17 Ekim 1989 tarihli Danfoss kararıyla⁴³² ortaya koyduğu, sonraki kararlarıyla yerleşik içtihat haline gelen ve Birlik düzenlemeleri ile pozitif norm halini alan yumuşatılmış ispat kuralı kavramı, ayrımcılık yapıldığını düşündüren emarelerin ortaya konulmasıyla ispat külfetinin karşı tarafa geçerek yerine getirilmesine ilişkindir⁴³³. Ayrıca anılan kararda cinsiyete dayalı ayrımcılığın yapılmadığının ispatının işverene ait olduğu ifade edilmiştir⁴³⁴.

2.4.2. Hamilelik ve Annelik Durumlarında Kadının Korunmasına İlişkin Eşitlik İlkesinin Uygulanması

Birlik mevzuatında kadınların çalışma hakkı, anne olma durumlarıyla birlikte gözetilerek güvence altına alınmıştır. Özellikle çalışırken hamile ve anne olan kadınların karşılaştıkları iş ve gelir kaybı gibi sorunları yok edecek ya da minimuma indirgeyecek düzenlemeler yapılmıştır. Hamilelik ve anneliğe ilişkin haklar sıkı sıkıya kadın olma durumuna bağlı haklar olduğu için Birlik Hukuku'nda yapılan düzenlemeler ve cinsiyet ayrımını yasaklayan koruma önlemleri için de geçerlidir. Bu öngörüler; kadın çalışanı hamile olduğu dönemde sağlığını tehdit etmeyecek hafif

⁴³² ABAD, C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, 17.10.1989, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-109/88>, (e.t.22.09.2018).

⁴³³ Aydınöz, ss. 173-174.

⁴³⁴ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 118.

işlerde çalıştırmak, kadına hamilelik ve loğusalık dönemlerinde istirahat için izin vermek veya işe gidemediği zamanlarda gelir güvencesi sağlamak, doğumda sağlık yardımında bulunmak, izin süresi sona erdiği zaman eski görevine ya da denk bir göreve tekrar geri dönebilmek, hamile oluşu ve doğum yapma sebebiyle işten çıkarmayı yasaklamak gibi koruma önlemlerini içermektedir⁴³⁵.

Birlik Hukuku'nda, hamilelik ve annelik hallerinde doğrudan kadını koruyan mevzuatı şöyle özetlemek mümkündür; 1992 tarihli “İşyerinde Hamile, Emzikli ve Loğusa Kadın İşçilerin Güvenliğinin İyileştirilmesi ve Sağlığının Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında” 92/85/EEC sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına İlişkin Direktif” ve 1996 tarihli “Ebeveyn İzni Konusunda Çerçeve Anlaşma Hakkındaki” 96/34/EC sayılı direktif olmakla birlikte⁴³⁶, tarımda çalışanları da kapsamına alan 1986 tarihli “Tarım Sektörü Dahil Bağımsız Çalışan Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına ve Bağımsız Çalışan Kadınların Hamilelik ve Doğum Hallerinde Korunmasına İlişkin” 86/613/EEC sayılı Direktifi ve 2010/41/EU sayılı Direktifi annelik halinde eşitlik ilkesini öngören düzenlemeler çerçevesi içinde değerlendirmek mümkündür⁴³⁷.

1992 yılında kabul edilen, 92/85/EEC sayılı Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Geliştirilmesine ilişkin Direktifte⁴³⁸, biyolojik özellik nedeniyle risk oluşturabilecek bazı işlerde çalışmalarını yasaklayan tedbirler, gerekli hallerde kadın işçilerin hamilelik, doğum, emzirme sebebiyle izinli olduğu dönemlerde sağlık ve iş güvenlikleri ile ilgili önlemlerin düzenlenmesinin yanı sıra başta gelirin korunması olmak üzere, iş güvencesi, kıdem ve diğer haklarının korunmasına ilişkin önlemler de düzenlenmiştir⁴³⁹.

⁴³⁵ Kaya, s. 99.

⁴³⁶ Barnard, EC Employment Law, s. 266.'dan aktaran Kaya, s. 99.

⁴³⁷ Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle equal treatment between men and women engaged in activity, including agriculture, in a self-employed capacity and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, EUR – lex – 31986L0613 – EN, ss. 1-3.; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 112-113.

⁴³⁸ 92/85/EEC sayılı Direktif; Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvement in the safety and health at work of pregnant workers who have recently given birth are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16(1) of Directive 89/391/EEC), EUR – lex 31992L0085-Eng. s. 1., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0085>, (e.t. 06.01.2019).

⁴³⁹ Barnard, EC Employment Law, ss. 266-267.'dan aktaran Kaya, s. 101.; Konuk, s. 1733.

Avrupa Birliği Adalet Divanı verdiği bazı kararlarda 92/85/EEC sayılı Direktifi değerlendirerek, hamilelik ve doğum izni sırasında, işçinin hizmet sözleşmesinden doğan ücret dışındaki bütün hakların devam ettiğini kabul ederek hamilelik nedeniyle kadın işçinin birtakım haklardan mahrum edilmesini ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. Nitekim CNAVTS v. Evelyne Thibault davasında⁴⁴⁰, kadın işçinin hamilelik esnasında işten uzak kaldığı dönemin verimlilik değerlendirmesinde dikkate alınmadığını; çünkü doğum izni süresinin devamsızlık olarak nitelendirildiğini ve bu durumun ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmesi üzerine kadın işçinin hamilelik durumunun başka biriyle kıyaslanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı bu kararında kıyasa başvurmaksızın, ayrımcılık yasağı ilkesi gereği, doğum izni sırasında hizmet akdi devam eden kadın işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan ve her iki cinse de uygulanan çalışma fırsatlarından yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda kadın işçi, eğer hamile olmasaydı ve doğum iznine çıkmasaydı söz konusu verimlilik değerlendirmesinden yararlanacaktı. Aksi tutum işçinin hamile olmasından kaynaklı, eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil eder, şeklinde karar vermiřtir⁴⁴¹.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, annelik durumunda kadının korunmasına ilişkin bir diğer düzenleme ise 1996 yılında kabul edilen UNICE, CEEP ve ETUC tarafından imzalanan Ebeveyn İzni Konusunda Çerçeve Sözleşmesine ilişkin 96/34/EEC sayılı direktiftir. Çerçeve Sözleşme, çalışan anne ve babaların ailevi ve mesleki sorumlulukları arasında denge kuracak koşulları belirlemektedir. Direktif kadın veya erkek işçilere, doğum veya evlat edinme yoluyla ebeveyn olmaları halinde çocukları sekiz yaşına gelinceye kadar bakımını sağlamak üzere en az üç aylık izin hakkı tanımaktadır. Direktifte ebeveyn izin hakkı, her iki cinse de fırsat eşitliği sağlayacak şekilde, eşit davranma ilkesi çerçevesinde kişisel ve devredilemez bir hak olarak tanımlanmıřtır⁴⁴². Ebeveyn iznine ilişkin revize edilmiş Çerçeve Anlaşmayı uygulayan ve 96/34/EC sayılı Direktifi 2010/18/EU sayılı Direktif yürürlükten kaldırmıştır.⁴⁴³

⁴⁴⁰ ABAD, C-136/95, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibault, 30.04.1998, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0136>, (e.t. 02.04.2019).

⁴⁴¹ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek, ss. 62-63.

⁴⁴² Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss.116-118.

⁴⁴³ Avrupa Birliği Hukuku'nda mevcut annelik-doğum izin sürelerinin artırılması tavsiye kararı alınmıştır. Avrupa'da da ölkelere göre annelik-doğum izin süreleri farklı olmakla birlikte; nitekim Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'da (aynı zamanda Avusturya'da) anneler yerine babalar da bu izni kullanıp

Avrupa Birliği sosyal güvenlik mevzuatının ise en önemli kaynağını 1408/71 sayılı Avrupa Topluluğu üyesi ülkelerde yer değiştiren ücretli ve ücretsiz çalışanlar ile bunların aile bireyleri ve hak sahiplerinin sosyal güvenliğine ilişkin 14.06.1971 tarihli tüzük oluşturmaktadır. Kısaca Sosyal Güvenlik Tüzüğu denilen 1408/71 sayılı tüzük, Birlik sosyal güvenlik hukukunun temel düzenlemesini oluşturmakta, Avrupa Birliği içinde yer değiştiren işçilerin ve aile bireylerinin sosyal güvenliğinin sağlanması konusunda Avrupa Birliği Antlaşması'ndan sonra ilk başvurulan bir metin olarak görölmektedir. Tüzük, UÇO'nun sosyal güvenliğine ilişkin 102 sayılı sözleşmesinde yer alan, annelik, hastalık, iş kazası ve aile yardımları gibi risklere karşı sosyal güvenlik önlemlerini düzenlemektedir⁴⁴⁴.

Birlik sosyal güvenlik mevzuatının bir diğer önemli düzenlemesi 19.12.1978 tarihli Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkek İçin Tedricen Yürürlüğe Konulmasına İlişkin 79/7/EEC sayılı Direktiftir⁴⁴⁵. Avrupa Birliği'nde sosyal güvenliğe ilişkin tüzük ve direktiflerin, serbest dolaşım ilkesi gereğince farklı ülkelerde çalışanların ve ailelerinin sosyal güvenlik bakımından korunmasını sağlamak ve sosyal güvenlik planlarında da cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmasını önlemek olmak üzere iki amacı vardır⁴⁴⁶. Nitekim Direktifte eşitlik ilkesi sosyal güvenlik haklarına uyarlanmış, "eşit muamele ilkesi, kadınların anne olma durumunda korunmasıyla ilgili önlemlerin önyargısız şekilde sağlanmasıdır." düzenlemesi yer almaktadır⁴⁴⁷.

çocuklarına bakabilir ve ücretleri de ödenmeye devam olunur. Yapılan son yasal değişiklik ile doğum yapan kadının bir eşi veya partneri, en az on gün ücretli babalık izni talebinde bulunabilecek, bu izni ister kadın ister erkek kullanabilecektir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın babalık iznine ilişkin emsal teşkil edecek ABAD, C-104/09, Pedro Manuel Roca Alvarez v. Sesa Start España, 30.09.2010, kararında, erkeklerin ve kadınların çocuk bakımı sağlamada eşit beceride olduğunu ve emzirme durumunda kadınları tercih eden önlemlerin kabul edilmesinin geleneksel işbölümü arasındaki sürekliliği sürdürdüğünü tespit etmiştir, bu nedenle erkekleri ve kadınları, ebeveyn görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili, erkekleri kadınlarınkine bağlı bir rolde tutarak her iki ebeveynin de çalışması durumunda, iznin anne veya baba tarafından alınabileceği belirtilmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-104/09&td=ALL>, (e.t. 12.07.2019).

⁴⁴⁴ Barnard, EC Employment Law, ss. 308-309.'dan aktaran Kaya, ss. 113-114.

⁴⁴⁵ 79/7/EEC sayılı Direktif, ss. 1-2.

⁴⁴⁶ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 107.

⁴⁴⁷ Kaya, ss. 120-121.

2.4.3. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'da Kadın Erkek Eşitliği Doğrultusunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) m.2 gereğince, “Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır.”

ABA m.3'te de kadın erkek eşitliğinden bahsedilmekte, madde lafzına göre; “Birlik, sosyal dışlanma ve ayrımcılık ile mücadele eder, ayrıca sosyal adaletin, sosyal korumanın, kadın-erkek eşitliğinin, nesiller arası dayanışmanın ve çocuk haklarının korunmasını destekler.”

Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. madde hükmü gereğince; 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri, ilkeleri tanımıştır. Sözleşmede güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan temel haklar da Birlik hukukunun genel ilkelerinin bir parçası kabul edilmiřtir⁴⁴⁸.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) m.8 gereğince; Birlik tüm uygulamalarında, kadınlar ile erkekler arasındaki eşitliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba göstereceği gibi ABİA madde 10 gereğince de Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet ve maddede başka belirtilen nedenler temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir.

ABİA m.19 gereğince Antlaşmaların diğer hükümlerine engel teşkil etmeksizin ve Birliğe Antlaşmalarda tanınan yetkiler sınırında kalarak, özel yasama usulüne göre Konsey, Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra oy birliği ile hareket ederek, cinsiyete dayalı yapılan ayrımcılıkla mücadele için uygun önlemleri almaya yetkilidir. Bundan farklı olarak Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü ile hareket ederek, ayrımcılıkla mücadele etme hedefinin gerçekleşmesine yardım etme amacıyla, Avrupa Birliği üye devletlerinin aldıkları tedbirlerin desteklenmesine ilişkin

⁴⁴⁸ Özsunay, s. 57.

teşvik tedbirleri için genel ilkeler belirleyebilir. Ancak üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştırılması hariç tutulmuştur⁴⁴⁹.

Birlik hukukunda, Antlaşmaların çeşitli hükümlerinde eşitlik ilkesi ve cinsiyet ayrımcılığı ilkesine değinildiği gözlemlenebilir. Örneğin; cinsiyet ayrımı yapılmaksızın kadın ve erkek işçilere eşit veya aynı işe ücret eşitliği kuralı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 157. maddesinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁵⁰. ABİA m. 157'de her üye devletin, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanması düzenlenmiştir. ABİA m.157'nin amaçları doğrultusunda "ücret";

"İşçinin istihdam edilmesi ve çalışması doğrultusunda işverenden doğrudan veya dolaylı olarak aldığı, nakdi veya ayni, temel veya asgari ücreti, maaşı veya diğer herhangi bir bedeli ifade eder.

Cinsiyet temelinde ayrımcı olmayan ücret eşitliği aşağıdakileri ifade eder:

- a) parça başına ücret ödenen aynı iş için ücretin aynı oranda hesaplanması,*
- b) zaman esasına göre ücret ödenen işlerde aynı iş için aynı ücretin ödenmesi."*

Avrupa Parlamentosu ve Konsey, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret kuralı dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında kadınlar ve erkeklere eşit fırsatlar ve eşit davranış ilkelerinin uygulanmasını sağlayan önlemler alır.

Çalışma hayatında kadınlar ve erkekler arasında uygulamada tam eşitliğin gerçekleştirilmesi için, eşit muamele ilkesi; üye devletlerin, az temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını, mesleki yaşamlarındaki dezavantajların engellenmesini veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli olumlu, iyileştirici, dengeleyici ayrıcalıklar sağlayan tedbirleri muhafaza veya kabul etmelerini engellemez.

2.4.4. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Kadın Erkek Eşitliği Doğrultusunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

Temel Haklar Şart'ı kabulüne kadar olan süreçte Avrupa Birliği insan hakları alanında herhangi bir toplu düzenlemeye sahip değildi. Lakin Avrupa Birliği, tüm üye devletlerin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ve Ek

⁴⁴⁹ Can, ss. 94-95.

⁴⁵⁰ Özsunay, s. 139.

Protokollerdeki hakları benimsemiş ve bu hakları dikkate alarak uygulamalarını düzenlemiştir. Ancak Birliğin temel haklara ilişkin herhangi bir belgeye sahip olmaması, Temel Haklar Şartı'nın hazırlanmasına vesile olmuştur⁴⁵¹.

Avrupa Birliği Anayasasının Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumla reddedilmesi sonucu Lizbon Antlaşması ile Temel Haklar Şartı yürürlüğe girmiştir. "Eşitlik" başlığını taşıyan III. Bölüm'de yasa önünde eşitlik, ayrımcılık yasağı, kültürel, dini ve dilsel çeşitlilik, erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, çocuk hakları, yaşlıların hakları, engellilerin toplumla bütünleştirilmesi gibi haklar yer almaktadır. Bu çerçevede cinsiyet, doğum ve belirtilen diğer nedenlere dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır. Eşitlik başlığına ilişkin açıklamada Şart'taki düzenlemelerin AİHS, Avrupa Sosyal Şartı gibi uluslararası sözleşmeler ile Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği Antlaşmalarının ilgili hükümlerinin uyumlu olduğu belirtilmiştir⁴⁵².

Temel Haklar Şartı'nda eşitlik ilkesine daha çok vurgu yapmak için 20. maddesinde de kanun önünde eşitlik ilkesi yer almıştır. Anılan madde hükmüne göre herkes, kanun önünde eşittir⁴⁵³.

Temel Haklar Şartı'nın 21. madde hükmü, *cinsiyet*, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanış, siyasi veya herhangi diğer bir görüş, ulusal azınlığa aidiyet, mülkiyet, doğum, özürlülük, yaş veya cinsel tercih gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır⁴⁵⁴.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın diğer ayrımcılık biçimleri ile birlikte Temel Haklar Şartı 21. maddede sayılıp yasaklanmasının yanı sıra, 23. maddede de kadın erkek eşitliği üzerinde durulmaktadır. Temel Haklar Şartı 23. madde uyarınca, istihdam, çalışma ve ücretler dâhil olmak üzere *kadın erkek eşitliği her alanda sağlanmalıdır*. Eşitlik ilkesi, daha az temsil edilen cins lehine özel avantajlar öngören önlemlerin devam ettirilmesine veya kabulüne engel olmayacaktır⁴⁵⁵.

Ayrıca Şart'ın 33.maddesine göre; "*Ailevi ve mesleki yaşam arasındaki dengenin sağlanabilmesi için herkes, annelikle ilgili bir gerekçe ile işten çıkarılmaya*

⁴⁵¹ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 97.

⁴⁵² Özcan, s. 807.

⁴⁵³ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 362.

⁴⁵⁴ Konuk, ss. 1735-1736.

⁴⁵⁵ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 365.

*karşı korunma hakkına, ücretli doğum iznine ve doğum veya evlat edinme sonrası ebeveyn iznine*⁴⁵⁶ sahiptir.”

Temel Haklar Şartı'nın, dolayısıyla Şart'ta düzenlenen ayrımcılık yapmama ve kadın erkek eşitliği gibi ilkelerin, uygulama alanı Şart'ın “Genel Hükümler” başlığını taşıyan yedinci bölümünün 51/1. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre Şart'ın hükümleri, katmanlı yetki ilkesi (subsidiarite) dikkate alınarak Birlik kurum ve kuruluşlarına ve sadece Birlik hukukunu uyguladıkları vaziyetlerle sınırlı olmak şartıyla üye devletlere yöneliktir. Bundan ötürüdür ki Birliğin kurum ve kuruluşları ve üye devletler, kendi yetkileri dahilinde, bu Şartta yer alan haklara saygı gösterecek, ilkelere uyacaklar ve bu hak ve ilkelerin uygulanmalarını teşvik edeceklerdir⁴⁵⁷. Ayrıca aynı maddenin 2. bendinden anlaşılacağı üzere Şart'ta düzenlenen temel hakların, kendiliğinden Topluluk veya Birlik için yeni bir görev veya yetki tesis etme ve Antlaşmalarda tanımlanan görev ve yetkileri değiştirme etkisi bulunmamaktadır⁴⁵⁸.

Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinde güvence altına alınan hakların kapsamı ve dolayısıyla sınırları da düzenlenmiştir. Bu bağlamda Şart, kendi içinde, genel bir sınırlama hükmü getirmiştir ve temel hakların sınırlanmasını meşru kılan kistasların mevcudiyeti halinde temel haklar kısıtlanabilecektir. Şöyle ki 52. maddenin 1. bendinde; Temel Haklar Şartı'nda düzenlenen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlandırmanın, kanunda öngörülmesi gerektiği ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermesi gerektiği yer almış; sınırlandırmaların orantılı olarak sadece gerekli durumlarda ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gereksinimine gerçekten hizmet etmeleri koşulu ile uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁴⁵⁶ ABAD, C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España, 30.09.2010, emsal teşkil edecek kararında her iki ebeveynin de çalışması durumunda, izin anne veya baba tarafından alınabileceği belirtilmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-104/09&td=ALL>, (e.t. 12.07.2019).

⁴⁵⁷ Bilgin, ss. 118-119.

⁴⁵⁸ Bu madde hükmünde Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadının Şart'a uyarlandığı gözlemlenmektedir. C-249/96 sayılı 17.02.1998 tarihli Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd. davasında, Avrupa Birliği Adalet Divanı, temel hakların kendiliğinden, Antlaşmalarda belirlenen yetki ve görev kapsamı değişikliğine neden olmayacağını ifade etmiştir. ABAD, C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd., 17.02.1998 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0249>, (e.t. 15.02.2019).; Bilgin, s. 121.

Bahsedilen madde hükmünde görüldüğü üzere, hakların sınırlandırılması üç koşula bağlanmıştır⁴⁵⁹. Bunlar; sınırlama yapılırken hak ve özgürlüklerin özüne dikkat edilmesi gerekliliği, sadece kanun ile bir sınırlama getirilebileceği ve kısıtlamanın orantılılık ilkesi çerçevesinde Birlik tarafınca tanınan genel menfaat veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşılama amacı koşullarıyla sınırlama yapılabileceğidir⁴⁶⁰.

Şart'ta, Birlik Antlaşmaları veya Avrupa Birliği Antlaşmasına dayalı olan Temel Haklar Şartı'nda tanınan hakların, söz konusu Antlaşmalarda belirtilen şartlar ve sınırlar çerçevesinde kullanılacağı 52. maddenin 2. bendinde belirtilmiştir.

Şart'ta olası uyum sorunlarını çözmeye yönelik düzenlemeler de yer almakta 52. maddenin 3. bendi, Şart'ın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile koruma altına alınan haklara karşılık gelen hakları içerdiği durumlarda, söz konusu hakların anlam ve kapsamının Sözleşme'de belirtilenlerle aynı olacağını hükme bağlar ve bu hüküm, Birlik hukukunun daha kapsamlı koruma sağlamasını engellemez⁴⁶¹.

Şart'ın bir başka olası uyum sorununu çözmeye yönelik 53. maddesi, Şart'ta yer alan hiçbir düzenlemenin "*Birlik hukuku, uluslararası hukuk, Birlik, Topluluk veya Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi dahil olmak üzere, üye devletlerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, anayasaları ile kendi uygulama alanlarında tanınmış olan insan hakları veya temel özgürlükleri*" sınırladığı veya olumsuz biçimde etkilediği doğrultusunda yorumlanamayacağı kuralını getirmiştir.

Temel Haklar Şartı'nda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel haklar sadeleşerek düzenlenmiştir. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, her hakkın ilgili maddesinde sayılı sebeplerle belirtilmişken Temel Haklar Şartı'nda genel bir sınırlandırma hükmü öngörülmüştür⁴⁶². Bu bağlamda hakların kötüye kullanılması yasağı, Şart'ın 54. madde hükmünde Şart'ta yer alan hiçbir düzenlemenin, "*Şart ile tanınan hak ve*

⁴⁵⁹ Füsün Arsava, "Avrupa Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2005, ss. 13-14.

⁴⁶⁰ Ayhan Döner, "Avrupa Birliği Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 962.; Bilgin, s. 128.; Çavuşoğlu, s. 5.; Özsunay, s. 150.

⁴⁶¹ Çavuşoğlu, s. 4.

⁴⁶² Çavuşoğlu, s. 4.

özgürlüklerin zedelenmesine veya Şartta öngörüldüğünden daha fazla kısıtlanmasına yönelik bir eyleme girişme veya harekette bulunma hakkı verir şeklinde yorumlanamayacağı.” şeklinde ifade edilmiştir.

2.4.5. Avrupa Birliği Hukuku’nda İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşitlik İlkesinin Uygulanması ve Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı

Avrupa Birliği iş hukuku mevzuatında doğrudan iş ilişkisinin sona ermesini düzenleyen ayrı bir mevzuat yoktur. Avrupa düzeyinde, iş güvencesine yönelik doğrudan hükümlerin bulunmaması sebebiyle, iş ilişkisinin sona ermesi ulusal mevzuatlar tarafından yürütülmektedir. Buna karşın haksız feshe karşı koruma öngören, kısmi bir iş güvencesi sağlayan direktifler de vardır. Özellikle 76/207/EEC sayılı Direktif yumuşatılmış, kolaylaştırılmış ispat yükü ile ispat sorumluluğunun işverene geçmesi, iş güvencesi açısından önemli bir düzenlemedir. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kadın işçilerin hizmet sözleşmelerinin feshi ile ilgili içtihatları mevcuttur⁴⁶³. Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin çoğunluğu UÇO’nun feshe karşı işçiyi koruyan 158 sayılı sözleşmesini kabul etmiştir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği müktesebatında doğrudan iş ilişkisinin sona ermesini yani iş güvencesini düzenleyen bir tüzük ya da direktif olmaması ihtimalinde dahi üye ülke mevzuatlarının altyapısının birbirine yakın olduğu görülmektedir⁴⁶⁴.

Hizmet ilişkisinin sona erdirilmesinde cinsiyete bağlı her türlü ayrımcılığı yasaklayan 76/207/EEC sayılı direktif düzenlenmiştir. Direktif cinsiyet temelli ayrımcılık yapılmaması konusunda çalışma standartlarında eşit muamele ilkesini benimseyerek, iş ilişkisinin sona erdirilmesi gerekçelerinde kadın ve erkek arasında cinsiyet temelli herhangi bir ayrımcılık yapmamayı da kapsamaktadır⁴⁶⁵.

Avrupa Birliği mevzuatında fesih şartlarını içeren bir diğer düzenleme 1992 yılında kabul edilen, işyerinde hamile, loğusa ve emzikli kadınların sağlık ve güvenlik koşullarının iyileştirilmesine dair önlemlerin yürürlüğe konulmasına ilişkin 92/85 sayılı direktif olmuştur. Direktif, hamile, loğusa veya emziren kadınların iş sağlığı ve

⁴⁶³ Krimphova, Dieter; “Avrupa İş Hukuku’nda İş Güvencesi”, AB-Türkiye ve Endüstri İlişkileri, (Der. Alpay Hekimler), İstanbul 2004, ss. 497-498.’dan aktaran Kaya, s. 123.

⁴⁶⁴ Kaya, s. 123.

⁴⁶⁵ Council Directive 76/207/EEC, s. 3.; Kaya, s. 124.

güvenliğini iyileştirmeyi sağlayıcı tedbirlerin uygulanmasını amaçlamaktadır⁴⁶⁶. Direktifte, işverenin, kadın işçiyi hamilelik döneminin başından, doğum izninin sonuna kadar istisnai haller dışında işten çıkaramayacağı düzenlenmiştir. Bu dönemde gerçekleşecek, ancak kadın işçinin hamileliğine bağlı olmayan nedenlerden kaynaklanan istisnai fesihlerde işveren haklı gerekçelerini yazılı olarak kadın işçiye bildirmek zorundadır. Ayrıca aynı Direktifte, Birliğe üye ülkelere hukuka aykırı işten çıkarmaya karşı koruyucu önlem alma sorumluluğu verilmiştir⁴⁶⁷. Avrupa Birliği Adalet Divanı da düzenlemeler doğrultusunda kanuni süreler içinde hamilelik esnasında veya doğumdan sonra işe gelmeme gerekçesiyle iş akdinin feshini cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak değerlendirmiştir⁴⁶⁸.

İspat yükünün kimde olacağı fesih açısından önemli bir konudur. Ayrımcılık ya da eşitlik ilkesinin ihlali durumunda iddia sahibi mağdur işçinin iddiasını ispat etmesi güçtür. Bu durumun bilinciyle Avrupa Birliği Adalet Divanı verdiği kararların birçoğunda işçi tarafından ayrımcılık yapıldığına ilişkin şüphe oluşturan emareler sunulduğunda, haksız fiilin gerçekleşmediğinin ispatını işverene yüklemiştir⁴⁶⁹. Nitekim 1997 yılında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Halinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin 97/80 sayılı direktifin de kabulü ile daha sonra 1998 yılında 98/55/EC sayılı direktif ile değiştirilmesi üzerine kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia eden taraf, mahkemede veya diğer yetkili bir merci önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın var olduğu kanaatini uyandıracak nitelikte bazı verilere dayanıyorsa artık iddia eden kişinin ayrımcılığı kanıtlaması aranmayacak, ispat yükümlülüğü doğrudan davalı tarafa geçecektir⁴⁷⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında, üye devletlere ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı yaptırımlar uygulanacağı yer almış; yaptırımların belirlenmesinde serbestlik tanınarak öngörülecek müeyyidenin etkin, mağduriyetle orantılı ve caydırıcı olması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 113.

⁴⁶⁷ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek, s. 64.

⁴⁶⁸ Kaya, s. 125.

⁴⁶⁹ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek, s. 67.; Kaya, s. 126.

⁴⁷⁰ Kaya, s. 126.; Moroğlu, AB Antlaşmaları ve Yönergeleri, ss. 214-215.

⁴⁷¹ Örneğin; ABAD, C-14/83, 10.04.1984, Von Colson and Kaman v. Land Nordrhein-Westfalen s. 1891 vd., paragraf 23-28.,'dan aktaran Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık, s. 77.

Kısaca toparlamak gerekirse, Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcı işlem sebebiyle hizmet akdi sona eren işçiyi doğrudan koruyan tüzük veya direktif olmamakla birlikte, Birlik mevzuatında başta 76/207/EEC sayılı direktif düzenlemeleri olmak üzere eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin olarak iş ilişkisinin sona ermesi konusuna vurgu yapılmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu kararlarında, ayrımcılığa dayalı fesih durumunda eşitlik ilkesini düzenleyen mevzuat duruma uyarlanarak, eşitlik ilkesine aykırı fesih işlemleri yaptırma bağlanmıştır. Özellikle eşit davranma ilkesinin ihlali durumunda, işçiyeye tanınan kolaylaştırılmış ispat sorumluluğu doğrultusunda ispat yükünün işverene geçmesi, ayrımcılığa dayalı fesih eylemlerini zorlařtırmıřtır⁴⁷².

⁴⁷² Kaya, s. 128.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

3.1. TÜRK HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Kadınların insan haklarına ilişkin düzenlemeler önce uluslararası alanlarda gelişmiş, günümüzde ulusal alanlarda da benimsenen ilkeler haline gelmiştir⁴⁷³. Kadınların da insan olmasından dolayı insan hakları kavramından ayrı olarak değerlendirilmemesi gereken kadın hakları konusu, Türkiye’de Batı’daki ilerlemelerle paralel doğrultuda 19. yüzyıl ortalarından başlayarak günümüze kadar gelmiştir. Avrupa Birliği Hukuku’nda olduğu gibi Türkiye’de de günümüzde kadınların başlıca sorunlarından biri, ayrımcı davranışa maruz kalarak, faydalanabilmesi gereken imkanlardan yararlanamamalarıdır⁴⁷⁴.

Türkiye; Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi’nin kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını hedefleyen belgelerine taraf olması sebebiyle, bu belgelerdeki düzenlemelerle kendi mevzuatını uyumlaştırmayı gerçekleştirmek ve özellikle bağlayıcı nitelik taşıyan belgelerdeki taahhütlerine uyma yükümlülüğü altındadır⁴⁷⁵. Türkiye, Avrupa Birliği’ne cinsiyetlerin eşitliği ilkesini gerçekleştirmek konusunda taahhütlerde bulunarak toplumsal cinsiyet eşitliğini bütün hukuksal düzenlemelerine, politika ve programlarına dahil etmeyi kabul etmiştir. Türkiye’nin usulüne uygun olarak onaylamış olduğu kadın haklarına ilişkin uluslararası Sözleşmeler, Anayasa’nın 90. maddesi son fıkrası uyarınca kanun hükmündedir. Haklarında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Uluslararası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır. Bu bağlamda söz konusu Sözleşmeler, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlar⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Acar, s. 186.

⁴⁷⁴ Özdamar, CEDAW, s. 85.

⁴⁷⁵ Börü, s. 45.

⁴⁷⁶ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, ss. 3-4.

Uluslararası antlaşmalar dışında, Türk ulusal mevzuatında da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesinin dayanakları 1982 Anayasası'nın 10. madde düzenlemesi temeline dayanmıştır. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve ayrımcılık halleri özel olarak belirtilmiştir⁴⁷⁷. Bu düzenlemelerin yapılmasında taraf olunan uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği'nin bu konudaki düzenlemeleri de etkili olmuştur⁴⁷⁸.

3.1.1. 1982 Anayasa'sında Cinsiyet Ayrımcılığı

Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesinin yasal zeminini oluşturan 1982 Anayasası'nın "Başlangıç" bölümünde, "*Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (...)*" ifade edilerek eşitlik ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerden yararlanma arasındaki bağ vurgulanmıştır⁴⁷⁹.

Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi açıklanmış⁴⁸⁰, ayrımcılık yasağını da içererek kadın haklarının korunmasına genel olarak katkıda bulunulmuştur. İlkenin yöneldiği özne, vatandaşlık koşulu ya da farklı bir kişi grubu olmaksızın "herkes" olmuştur⁴⁸¹. Anılan maddenin 1. fıkrasında "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" denilerek cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklanmıştır⁴⁸². Yani madde hükmünde cinsiyet temelli ayrımcılık içeren davranışlar, ayrımcılığa neden olabilecek diğer hususlarla birlikte yasaklanmıştır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Kaya, s. 3.

⁴⁷⁸ Yuvalı, s. 68.

⁴⁷⁹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 546.; Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 35.

⁴⁸⁰ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 145.

⁴⁸¹ Bertil Emrah Oder, "Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası", **Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar**, (Der. Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksekler), Koç Üniversitesi Yayınları:47, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 196.

⁴⁸² Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 148.; Erdoğan, s. 287.

⁴⁸³ Melda Sur, "Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu", **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu Kitabı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:86, İzmir 1998, (Çalışma Hayatında Kadın), s. 168.

Anılan maddenin 2. fıkrasında da yapılan 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri sonrası “(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 m.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 m.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmüyle eşitliğin iki yeni haline yer verilmiştir. Bunlardan ilki kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu düzenlemesi, ikincisi ise pozitif ayrımcılık olarak ifade edilen (uluslararası belgelerde geçici önlemler olarak bahsedilen) düzenlemedir. Böylece Türk Hukuku’nda eşitlik ilkesi 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleriyle, toplumsal cinsiyete duyarlı hale getirilmiş⁴⁸⁴, pozitif ayrımcılığın da anayasal temeli oluşturulmuştur.

Anayasa’nın 10. madde hükmü hem eşitlik ilkesini⁴⁸⁵ hem de ayrımcılık yasağını koruma altına almış⁴⁸⁶ ayrıca anılan hükümde ayrımcılık nedenleri tahdidi olmayıp “ve benzeri sebeplerle” denilerek başka hususların da ayrımcılık nedeni olabileceği öngörülmüştür⁴⁸⁷.

Anayasa’nın 10. maddesinin 1. fıkrasında hem dil, ırk, renk, cinsiyet ve benzeri gerekçelerle ayırım yapılmamasını özel olarak belirtmekte hem de genel olarak herkese uygulanacak olan kanun önünde eşitlik ilkesi yer almaktadır. Anılan hükümde “ve benzeri sebepler” ibaresinin yer alması ayrımcılık hallerinin sadece maddede sayılan sebeplerle sınırlı olmadığını, sayılmayan nedenlere dayalı ayrımcılıkları da kapsadığından bahsetmiş⁴⁸⁸. Söz konusu maddeye 2004 yılında Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde Anayasa’da yapılan değişiklik ile ilave edilen 2. fıkrada, kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması devletin sorumluluğundadır. 4. fıkrada ise hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz denilerek, ayrımcılık yasağı getirilmiştir⁴⁸⁹. Anılan hükmün gerekçesi şöyle açıklanmıştır;

“Madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden biridir. İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak doğrultusunda herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar

⁴⁸⁴ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 246.

⁴⁸⁵ 21.11.2001 kabul tarihli 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 8. maddesinde de kişilerin eşit olduğu ilkesi yer almaktadır. Eşitlik ilkesi cinsiyet ayrımı yapılmaksızın herkesin aynı kapsamda hak ehliyetine sahip olmasını da gerekli kılar. Bu bağlamda söz edilen madde hükmünce “Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.”

⁴⁸⁶ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 35.; Tuncay, s. 24 ve devamı.

⁴⁸⁷ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 35.

⁴⁸⁸ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 549.; Yuvalı, s. 40.

⁴⁸⁹ İnceoğlu, s. 49.; Kaya, s. 131.; Yuvalı, s. 41.

*arasında da ayırım yapılamaz. İnsanların arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar. Komisyon bu hakka saygı göstermenin devlet organları ve idari makamlar içinde bir görev olduğunu belirtmektedir. Devletin organları ve idari makamları, bütün işlemlerinde, insanlar arasında ayırım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorundadırlar.*⁴⁹⁰

Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır⁴⁹¹. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” düzenlemesi uyarınca Anayasa hükümleri bağlayıcı ve üstündür. Bu bağlamda yasama, yürütme organları ve idare makamları Anayasa'nın öngördüğü düzenlemelere uymak, Anayasa'ya aykırı işlemler yapmamakla yükümlü olmakla birlikte yargı organları da Anayasa'ya uyarak, Anayasa'ya aykırı karar vermemek, önlerine gelen davalarda Anayasa'yı göz önünde bulundurmamak zorundadırlar. Anılan madde gereğince Anayasa hükümleri sadece yasama, yürütme, yargı organları, idare makamları için değil diğer kuruluş ve kişiler için de bağlayıcıdır⁴⁹².

Ayrıca Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin niteliğini belirleyen iki bentten oluşan 12. maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu; temel hak ve özgürlüklerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da kapsadığı belirtilmiştir⁴⁹³.

Eşitlik ilkesi, hak ve özgürlükler konusunda, en önemli temel olan Anayasa'yı yorumlayan ve uygulayan Anayasa Mahkemesi kararlarında en çok bahsi geçen

⁴⁹⁰ Yuvalı, s. 40.

⁴⁹¹ Burada kısaca Anayasa'nın yatay etkisine değinmek gerekirse: Anayasa kural olarak devlet organları ve devlet ile birey arasındaki ilişkileri düzenler; ancak Anayasa maddeleri bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri de etkilemektedir. Esas olan bireyler arasındaki ilişkilerin Anayasa tarafından değil özel hukuk tarafından düzenlenmesidir. Lakin günümüzde Anayasa düzenlemelerinin bireyler arasındaki ilişkileri etkileme oranı giderek artmaktadır. Bu durum Anayasa'nın yatay etkisi olarak nitelendirilir. Buna karşılık dikey etki ise, Anayasa'nın devlet-birey arasındaki ilişkilere etkide bulunmasıdır. Anayasa'nın yatay etkisi, doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilmektedir. Doğrudan yatay etki, bir Anayasa hükmünün doğrudan doğruya iki özel kişi arasındaki hukuki ilişkiye etki etmesidir. Dolaylı yatay etki ise Anayasa'nın önce özel hukuk ilişkilerini düzenleyen Medeni Kanun, Borçlar Kanunu gibi kanunları etkilemesi, sonra da bu kanunların özel kişiler arasındaki ilişkileri etkilemesidir. Örneğin, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümlerinde değişiklik yapıldığında, bu değişikliklere uyum sağlamak için kanunlarda değişiklik yapılır ve bu doğrultuda da bu alandaki özel kişiler arasındaki ilişkiler etkilenir. Gözler, s. 103.

⁴⁹² Gözler, s. 102.

⁴⁹³ Cem Eroğul, **Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, İmaj Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Ankara 2010, s. 323.

ilkelerden birisidir⁴⁹⁴. Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesi amacını; “Aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki nitelikler, kimi kişiler veya topluluklar için farklı kuralları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.”⁴⁹⁵ şeklinde açıklamıştır⁴⁹⁶.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesi çerçevesinde Anayasa’nın 10. maddesini yorumlarken iki temel ölçüt kullandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, benzer nitelik ve durumda olan kişilerin aynı kurallara tabi tutulacağını, farklı hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara tabi tutulmasının bir ayrıcalık oluşturmayacağını savunduğudur. Eşitlik ilkesi aynı hukuksal durumda olanlar arasında farklı uygulamaya karşıdır, farklı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara tabi tutulmasını zorunlu kılmaz. Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı diğer ölçüt ise eşitlik ilkesinin ihlal kriteri olarak haklı nedenin aranmasıdır. Anayasa Mahkemesi’ne göre vatandaşların farklı hükümlere tabi tutulmaları haklı bir gerekçeye dayanıyor ise burada eşitlik ilkesinin ihlalinden bahsedilemez. Anayasa Mahkemesi haklı sebebin “anlaşılabilir”, “işin özelliklerine ve amaca uygun”, “dengeli ve makul” ve “adil” olmasını incelemektedir⁴⁹⁷.

Eşitliği gerçekleştirmenin başlıca yöntemi, öncelikle ayrımcılık yapılmamasıdır. Anayasa Mahkemesi’nin 25 Ekim 1963 tarihli 1963/148 Esas, 1963/256 Karar sayılı kararında, cinsiyetin, kanun önünde eşitliği engelleyen bir neden

⁴⁹⁴ Fulya Kantarcıoğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu Kitabı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:86, İzmir 1998, s. 62.

⁴⁹⁵ Anayasa Mahkemesi 18.09.2008 gün ve E:2006/37, K:2008/141 sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:45, Cilt:3, 2008, https://www.anayasa.gov.tr/media/4876/aymkd45_3.pdf (e.t.21.01.2019). Anayasa Mahkemesi 22.7.2008 gün ve E: 2008/39, K: 2008/134 sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:45, Cilt:3, 2008, https://www.anayasa.gov.tr/media/4876/aymkd45_3.pdf, (e.t.21.01.2019).

⁴⁹⁶ Oder, s. 196-197.; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2008, Sayı:12, (Eşit Davranma Borcu), s. 24.; Yuvalı, s. 36.

⁴⁹⁷ İnceoğlu, ss. 53-54.; Tuncay, ss. 25-26.

olmadığı⁴⁹⁸ açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre kadın erkek eşitliği, kadının erkekle eşit konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bunun aksine, erkeğin, daha kısıtlı hakları olan kadınla eşit duruma getirilmesi, eşitlik ilkesini olumsuz şekilde uygulama anlamına gelir. Halbuki kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal olarak eşit duruma getirilmesidir. Nitekim benzemeyen yönler için yapılan (örneğin kadına doğum izni tanınması gibi) farklı hukuk kuralları eşitliği olumsuz etkilemez.”⁴⁹⁹.

Kısaca belirtmek gerekirse eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmamasını, haklı ve objektif neden ileri sürülmedikçe bireyler arasında ayırım ve ayrıcalık yapılmamasını öngören bir yükümlülüktür⁵⁰⁰. Ancak haklı ve objektif gerekçelerin varlığı durumunda benzer durumda olanlara farklı işlem yapılması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği gibi bu borcun bir gereğidir⁵⁰¹.

Anayasa'nın 10. maddesi tüm hukuk düzeninde geçerli ve daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür⁵⁰². Başka bir deyişle söz konusu hüküm hem cinsiyet ve benzeri sebeplerle ortaya çıkabilecek ayrımcılığın yapılmaması yasağını hem de sayılanların dışında kalan hallerde de (hamilelik, annelik durumları gibi) ayrımcılık yapmama yasağını düzenlemektedir⁵⁰³.

Kadın ve erkeğe, biyolojik olarak farklı olmalarına karşın, hukuken eşit davranılmalıdır. Hukuki eşitlik farklı cinslerin eş değere sahip oluşu değil, insanlara bütün farklılıklarına rağmen eş değerde davranılması gerekliliğidir. Bu bağlamda eşit haklara sahip olma ilkesi, mutlak eşitliği değil hukuki eşitliği içerir⁵⁰⁴. Eşler arasında eşitliğe⁵⁰⁵ ve anne ve çocukların korunmasına yönelik 2001 ve 2010 yılları

⁴⁹⁸ Anyasa Mahkemesi 25.10.1963 gün ve E: 1963/148 K:1963/256, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4edeb80-9f16-4ae6-84da-385828a8fdb9?excludeGereke=False&wordsOnly=False>, (e.t.26.02.2019).

⁴⁹⁹ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 566.

⁵⁰⁰ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 25.; Yuvalı, s. 41.

⁵⁰¹ Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklileri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:4, Aralık 2006, (İş Sözleşmesinin İşverence Feshi), s. 5.; Yuvalı, s. 41.

⁵⁰² Yuvalı, s. 37.

⁵⁰³ Süzek, Eşit Davranma Borcu s. 25.; Yuvalı, s. 37.

⁵⁰⁴ Kantarcıoğlu, s. 54.

⁵⁰⁵ Belirtmek gerekirse, 743 sayılı Eski Türk Kanunu Medenisi eşlerin eşitliğini kabul etmemekte kocaya üstünlük tanımaktaydı. 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu kadın-erkek eşitliğini gözetken, cinsiyet ayrımcılığına son veren, kadınları aile ve toplum içerisinde erkekler ile eşit kılan, kadın emeğini değerlendiren bir düzenlemedir. (Konu ile ilgili ayrıca bkz. Özdamar, CEDAW s. 256.) Nitekim Türk

değişiklikleri doğrultusunda Anayasa'nın 41. maddesi de kadını, cinsiyetinden dolayı kayırmayı değil, biyolojik farklılıklardan ötürü, anne olması sebebiyle güvence altına almayı amaçlamaktadır⁵⁰⁶. Nitekim Anayasa 41. madde hükmünde⁵⁰⁷ “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*⁵⁰⁸. *Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.(...)*” şeklinde ifade edilerek kadın, anne olarak ele alınıp özel güvence altına alınmıştır⁵⁰⁹.

Anayasa'nın “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50. maddesi de ayrımcılık yasağı ile dolaylı ilgilisi bulunan kurallara yer vermiştir. Anılan maddenin 1. ve 2. bendinde cinsiyeti, yaşı ve gücü nedeniyle özel olarak korunması gerektiği düşünülen bazı kişiler için düzenleme yapılmış⁵¹⁰ kadın, çalışma koşulları bakımından ele alınıp özel koruma altına alınmıştır⁵¹¹. Söz konusu maddenin ilk bendinde “*Kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı*” ifade edilmiştir. Anayasanın 50. maddesinin 2. bendinde ise kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması düzenlenerek, bu

Medeni Kanunu'nun 8. madde, Anayasa'nın 10. ve 41. madde düzenlemeleriyle eşitlik ilkesi doğrultusunda eşler arası eşitlik kabul edilmiştir.

⁵⁰⁶ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 152.; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, ss. 34-35.

⁵⁰⁷ Evli kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin cinsiyet olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmemesi nedeniyle, Anayasa'nın 10., 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğine ilişkin değerlendirmelerde bulunan Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları ve Yargıtay Kararları mevcuttur. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Sevim Akat Eşki Kararı, Başvuru No: 2013/2187, K.t. 19.12.2013.; Anayasa Mahkemesi, Gülsim Genç Kararı, Başvuru No: 2013/4439, K.t. 06/03/2014.; Anayasa Mahkemesi, Neşe Aslanbay Akbıyık Kararı, Başvuru No: 2014/5836, K.t. 16.04.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019) ve ayrıca Yrg.2.HD. 28.4.2015 gün ve E: 2014/20471, K: 2015/8704.; Yrg.HGK., 30.09.2015 gün ve E: 2014/2-889, K: 2015/2011, <http://kazanci.com.tr/>, (e.t. 19.06.2019).

⁵⁰⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.” cümlesinin iptaline ilişkin önüne gelen davada, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, AIHS, CEDAW'ın ilgili hükümlerine değinerek kadın erkek eşitliğinin ve dolayısıyla eşler arası eşitliğin sağlanması açısından anılan cümleyi Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi 08.12.2011 gün ve E: 2010/119, K: 2011/165, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 19.06.2019).

⁵⁰⁹ Sur, Çalışma Hayatında Kadın, s. 171.

⁵¹⁰ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 554.

⁵¹¹ İba, s. 9.; Sur, Çalışma Hayatında Kadın, s. 171.

Anayasal gereğe uygun olarak⁵¹² iş ve sosyal güvenlik hukukunda kadınları koruyucu birçok düzenleme yapılmıştır⁵¹³.

Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan *cinsiyet* gibi nedenlere dayalı ayrımcılıklar, kamu hizmetlerine girme hakkı için de yasak kapsamındadır. Başka bir ifade ile kamu hizmetlerine girme hakkı 10. maddenin de koruması altındadır⁵¹⁴. Nitekim söz konusu husus Anayasa'nın 70. maddesinde "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*" şeklinde belirtilmesi, kadınların kamu hizmetine alımda geri planda kalmasını engelleyici ek bir kural olmuştur. Söz konusu 70. maddede belirtilen Türk vatandaşlığı da Anayasa'nın 66. maddesinde "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür. Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür.*" biçiminde tanımlanmıştır⁵¹⁵.

Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince, "*Usulüne uygun yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmeler hukuk sistemimizde kanun hükmündedir.*" Yine aynı fıkrada, taraf olunan ve usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri, aynı konuda kanun hükmünde uyumsuzluk olması durumunda, kanun hükmü değil uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacaktır⁵¹⁶.

⁵¹² Anayasa Mahkemesi'nin 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun, konuyla doğrudan ilgili olan 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "(b)Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar." şeklinde düzenlenen bendinin iptali istemine ilişkin karşı oy yazısında "bazı ağır işlerde çocuklar gibi, kadınların çalışmasının yasaklanmasının amacı, mecburiyetten dolayı kadınların fiziki güçlerinin üzerindeki işlerde çalışarak ezilmelerinin önlenmesidir. Yoksa, serbest iradesiyle ve işi yapmaya ehil ve yeterli olduğu halde kadınların sırf cinsiyetleri nedeniyle bu işlerden yasaklanması değildir." şeklinde belirtilmiştir. (Anayasa Mahkemesi, 15.11.2017 gün ve E: 2016/132, K: 2017/154, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 19.06.2019)). Bu doğrultuda Anayasa'nın 50. maddesinin, toplumsal kalıplaşmış önyargıları pekiştirici biçimde değil kadınları güçlendirici şekilde yorumlanması gereklidir. Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 263.

⁵¹³ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 103.

⁵¹⁴ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 556.

⁵¹⁵ Dündar Sezer, Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin, s. 152-153.

⁵¹⁶ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 276-277.; Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 35.; Nitekim Anayasa Mahkemesi, Sevim Akat Eşki Kararı'nda, aynı konuda kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükmü arasında uyumsuzluk olduğunda Anayasa'da yer alan bir hakka aykırılıktan iptal edilmese bile kanunun uygulanma kabiliyetinin ortadan kalkması değerlendirilmiş, AİHS ve CEDAW ilgili hükümler incelemesi yaparak aynı konuda çatışan kanun hükmünü değil uluslararası sözleşme hükümlerini esas almıştır. (Anayasa Mahkemesi, Sevim Akat Eşki Kararı, Başvuru No: 2013/2187, K.t. 19.12.2013. Aynı yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Gülsim Genç Kararı, Başvuru No: 2013/4439, K.t. 06/03/2014.; Anayasa Mahkemesi, Neşe Aslanbay Akbıyık Kararı, Başvuru No: 2014/5836, K.t. 16.04.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (e.t. 19.06.2019)).

Kadın hakları ve cinsiyet ayrımcılığı yasağı temel hak ve özgürlükler içinde yer aldığı için bu hususlara ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerinin ve ulusal mevzuatın çatışması durumunda anılan hüküm gereğince uluslararası sözleşme hükümleri öncelikli ve doğrudan doğruya uygulama olanağı bulmuştur⁵¹⁷. Türkiye cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını düzenleyen uluslararası insan hakları sözleşmeleri imzalamış ve usulüne uygun bir şekilde onaylamıştır. Bu sebeple anılan Anayasa madde hükmü gereğince de taraf olunan uluslararası sözleşmeler iç hukukun bir parçası haline gelmiştir⁵¹⁸.

3.1.2. Türk Ceza Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda ayrımcılık suç sayılmıştır. Ayrımcılık yasağının; kanun önünde eşitlik, kanunlar tarafından eşit derecede korunma gibi ilkeleri içinde barındırdığı kabul edilmekle birlikte⁵¹⁹ Türk Ceza Kanunu'nun "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrasında, eşitlik ilkesi vurgulanarak, kanun uygulanırken kişiler arasında cinsiyet ayrımı yapılamayacağı⁵²⁰, "*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında (...), cinsiyet, siyasal veya (...) doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*" şeklinde açıklanmıştır⁵²¹.

Kişileri keyfi davranışlara karşı koruyan eşitlik ilkesi, demokrasi ve hukuk devletinin önemli unsurlarından biridir. Eşitlik ilkesinin ve ayrımcılık yasağının kişiler bakımından bir temel hak ve özgürlük olduğu da söylenebilir. Ayrımcılığa maruz kalmama ve eşitlik ilkesi Anayasa'nın genel esasları arasında düzenlenmesi sebebiyledir ki anayasal bir yükümlülük olarak devletin tüm kuruluşlarının uyması gerekir⁵²². Bu doğrultuda Türk Ceza Kanunu 122. maddenin, devletin ayrımcılık

⁵¹⁷ Özdamar, CEDAW, s. 36.

⁵¹⁸ Karan, s. 147.

⁵¹⁹ Karan, s. 148.

⁵²⁰ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, ss. 676-677.; Özdamar, CEDAW, s. 96.

⁵²¹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 39.

⁵²² Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Seminer Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, s. 101.; Özbudun, s. 137.

yasağının uygulanabilirliğini ve hukuk devleti olma idealini sağlamak yönünde bir hukuki yararı koruduğunu belirtmek gerekir⁵²³.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı Suçlar başlığı altında 122. maddesinde ayrımcılık yapılabilecek haller sınırlayıcı bir şekilde sayılmış ve ayrımcılık yasağı açıkça hükme bağlanmıştır⁵²⁴. Madde başlığı "Ayrımcılık" iken, 2014 değişikliği ile "Nefret ve ayrımcılık" olan 122. maddede",

"Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

denilmektedir.

Söz konusu hüküm Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde bireylerin ayrımcılığa maruz kalmalarını engellemek amacıyla, hak ve özgürlükleri korumayı amaçlamaktadır⁵²⁵.

Türk Ceza Kanunu 122. maddede sayılan özellikler sınırlayıcı değildir. Suçun faili herkes olabileceği gibi suçun mağduru da herkes olabilir. Dolayısıyla mağdur, toplumda yer alan maddede belirtilen cinsiyet ve belirtilen nitelikler taşıyan herhangi bir kişi olabilir⁵²⁶.

Ayrıca anılan madde düzenlemesi ayrımcılığa karşı doğrudan yaptırım öngören bir düzenleme olmasıyla önem arz etmektedir. Keyfî ayrımlara karşı ayrımcılık yasağını getiren bu madde kapsamı değerlendirilirken Anayasa'nın 10. maddesindeki düzenlemenin de göz önünde tutulması gerekir⁵²⁷. Dolayısıyla eşitliğin ihlaline ilişkin keyfiyeti engelleme, işe alınma veya alınmama, reddetme gibi hareketlerin vukuunda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar ölçü oluşturacaktır. Lakin Türk Ceza Kanunu 122. madde anlamında suçun oluşması için dört bent halinde sayılan hareketlerden herhangi birinin icrası gerekmektedir. Seçimlik hareketli olan suçta

⁵²³ Yenidünya, ss. 100-101.

⁵²⁴ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı s. 35.

⁵²⁵ Kaya, s. 143.; Yenidünya, s. 99.

⁵²⁶ Yenidünya, ss. 102,104.

⁵²⁷ Karan, s. 163.

ilişkin Türk Ceza Kanunu 122. maddenin uygulanabilmesi için failin belirtilen sebepleri gözeterek suçun unsuru olacak hareketleri gerçekleştirmesi aranacaktır⁵²⁸.

Öte yandan bazı fiili eşitsizlikleri gidermek için dezavantajlı tarafa farklı davranmak keyfi ayrımcılık olarak değerlendirilmez. Bu bağlamda yapılacak pozitif ayrımcılıklar hukuka uygun sayılacaktır. Dolayısıyla Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinin uygulanmasında her somut olayda keyfi ayırım ve haklı neden ölçütleri sorgulanarak pozitif ayrımcılık yapıp yapılmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak sayılan iki ölçütün yanında insan onuruna saygı, eşit saygı gösterme hakkı, gereklilik, zorunluluk, işin özelliklerine ve amaçlarına uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçütler, adaletli ve eşit kıstaslar gibi bazı ek kriterlerin de göz önünde tutulması gerekir⁵²⁹.

Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda kasten yaralama (TCK m.87), taksirle yaralama (TCK m.89) veya işkence (TCK m.95) suçları, hamile bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına veya çocuğunun düşmesine neden olmuşsa, verilecek cezalarda artırım öngörülmüş⁵³⁰ ayrıca TCK m. 99/1 uyarınca rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişinin de cezalandırılacağı belirtilmiştir⁵³¹.

3.1.3. Türk İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı/Eşit Davranma Borcu

Kadınların ikincil işgücü olarak görülmesi veya bazı işlerin kadınlar için uygun olmadığı yönündeki toplumsal önyargılar nedeniyle kadınlar ya işverenler tarafından tercih edilmemekte ya da istihdam edildiği alanda erkeklerden daha olumsuz koşullarda çalıştırılmaktadırlar. Daha az ücret ödenmesi gibi erkeklere nazaran daha aleyhe koşullarda çalışmak istemeyen kadınlar, çalışmaktan vazgeçebilmektedirler⁵³².

Avrupa Birliği'nin serbest dolaşım ilkeleri ve dünya çapında küreselleşme düşüncesi, iş ilişkilerinde temel ilkelerin belirlenmesi ve düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesi hakkında ayrıntılı

⁵²⁸ Yenidünya, s. 115.

⁵²⁹ Yenidünya, s. 107.

⁵³⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2012, ss. 213, 229, 247.; Özdamar, Kadının Hukuki Konumu, s. 18.

⁵³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 287.

⁵³² Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, s. 5.

düzenlemeler içeren 4857 sayılı İş Kanunu'na, Avrupa Birliği mevzuatı ile Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları da kaynak norm olmuştur⁵³³.

Türk Hukuku'nda 4857 sayılı İş Kanunu dönemi öncesinde de işverenlerin cinsiyet vb. nedenlere dayanarak ayrımcılık yapmasının eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmekteydi. Bununla birlikte birkaç özel hüküm dışında İş Hukuku'nda eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktaydı. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26/4. maddesi İş Hukukunda eşit davranma borcunu kadınlar ve erkekler arasında eşit işe ücret eşitliği ilkesini düzenleyerek sadece ücretler bakımından ele almıştı⁵³⁴. Ayrıca eski 1475 sayılı İş Kanunu'nda kadının hamileliği sırasında ve doğumdan sonra belli bir süre çalışmamasının düzenlenmesine ve bu dönemde feshe karşı korunmasına ilişkin hükümler yer almaktaydı⁵³⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşıyan 5. madde hükmü ile birlikte işverenin eşit davranma borcu normatif bir boyut kazanmıştır⁵³⁶. İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde

"İşverenin işe alımından başlayarak tüm çalışma şartları açısından işçilerine eşit muamele gösterme, bu sırada cinsiyet ayrımı yapmama yükümlülüğü; çalışma hayatının önemli problemlerinden biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır. İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır." biçiminde ifade edilmiştir.

Cinsiyet temeline dayalı farklı işlem ve ayrımcı davranışa karşı güvenceyi içeren İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. bendinde yer alan "*İşveren, biyolojik veya işin özelliğine ilişkin nedenler zaruri olmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı*", 4. bendinde yer alan "*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı*", 5. bendinde yer alan "*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı*" düzenlemeleri ile, 1985 yılında Türkiye'nin onayladığı BM'nin

⁵³³ Aydınöz, ss. 163-164.

⁵³⁴ Tuncay, s. 24.

⁵³⁵ Yuvalı, s. 43.

⁵³⁶ Yuvalı, s. 2.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'ye uyum sağlanması amaçlanmıştır⁵³⁷.

Türk İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi benzer durumda olan işçilere eşit davranılması gerekliliği biçimindeki şekli eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Tek başına şekli eşitlik anlayışı, toplumdaki tüm bireylerin her türlü ayrımcı davranıştan kaçındığı ve hiçbir ayrımcı davranışın bulunmadığı, tam bir fırsat eşitliğinin gerçekleştirildiği bir toplum oluşturamaz. Şekli eşitliğin ötesinde maddi hukuki eşitlik, aynı durumda bulunan bireyler için hak ve yükümlülüklerde, yetki ve sorumluluklarda, fırsat ve hizmetlerde, fayda sağlamada eşit davranma zorunluluğunu içeren bir anlayıştır. Bu bakımdan Avrupa Birliği Hukuk'unda şekli eşitliğin yanı sıra maddi eşitlik sağlanması yolunda gelişmeler gözlemlenmektedir⁵³⁸. Maddi eşitlik anlayışının en önemli göstergesi olan, “görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın veya ölçütün belli bir gruba ait bireyleri bu gruba ait olmayan bireylerle karşılaştırıldığında dezavantajlı konumda bırakması olarak” tanımlanan dolaylı ayrımcılık yasaklanmış olup Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarıyla şekillenmiştir⁵³⁹.

Türk Hukuku'nda ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun doğrudan ayrımcılık yasaklarını içeren 5. maddesinin birinci fıkrasında dolaylı ayrımcılık yasağına yer verilmemişse de cinsiyet ve hamilelik sebeplerine bağlı ayrımcılık bakımından dolaylı ayrımcılık yasağı özel olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda Türk İş Hukuku'nda da şekli eşitlik anlayışının ilerisine geçilerek maddi eşitlik yönünde gelişme kaydedildiği görülmektedir⁵⁴⁰.

İşverenin iş sözleşmesinin bir tarafı olarak; haklı gerekçesi olmadıkça işçiler arasında ayırım yapamaması sorumluluğu “dar anlamda eşit davranma borcu”, iş ilişkisinin tüm alanlarında geçerli olan eşit davranma yükümlülüğü ise “geniş anlamda eşit davranma borcu” olduğu kabul görmektedir⁵⁴¹.

⁵³⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 606.

⁵³⁸ Catherine Barnard, **The Substantive Law of EU: The Four Freedoms**, Second Edition, Oxford Üniversitesi Yayınları 2007, ss. 290-293.'dan aktaran Yuvalı, s. 35.

⁵³⁹ Örnek olarak bkz. ABAD, C-96/80, J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 31.03.1981, ayrıca ABAD, C-127/92, Enderby v. Frenchay Health Authority- Secretary of State for Health, 27.10.1993., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0127> (e.t. 26.02.2018).; ayrıca Yuvalı, s. 35.

⁵⁴⁰ Yuvalı, s. 35.

⁵⁴¹ Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık, ss. 66-67.

Eşit davranma yükümlülüğünün işverene ait olması sebebiyle işverenin eşit davranıp davranmadığının tespiti için işçilerin öncelikle aynı işyerinde ve benzer şartlarda çalıştıklarına dair bir iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Yani bir iş yerinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün devreye girebilmesi için birbirleriyle karşılaştırılabilir birden fazla aynı işçilik sıfatını taşıyan ya da eşdeğer konumda işçinin çalışması gerekir. Dolayısıyla aynı işverenin birbirinden bağımsız işyerlerindeki uygulamaları bu çerçevede değerlendirilmeyeceği gibi birbirinden bağımsız işverenin iş yerlerindeki uygulamaları da bu kapsama girmez⁵⁴².

Öte yandan Türk İş Hukuku'nda eşitlik ilkesinin sağlanmasında her durumda aynı işyerinin işçileri olma şartı aranmaz. Başka bir ifade ile eşitlik ilkesinin uygulanmasında bazı hallerde işyeri farklı olsa da emsal işçiye göre farklı muamele yapmama yükümlülüğü söz konusudur⁵⁴³. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrasında belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler aleyhine oluşacak herhangi bir ayrımcılığı önlemek için kriter alınan emsal işçi, işyerinin aynı veya benzer işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir; işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde aynı fıkra hükümlerine göre o işkolundaki şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır. Benzer şekilde İş Kanunu'nun 13. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kısmi süreli işçiye karşı ayrımcılığı önlemek için emsal alınan tam süreli işçi, işyerinin aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçisidir; işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde o iş kolunda şartlara uygun başka işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli işçi dikkate alınmaktadır⁵⁴⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nda doğrudan eşitliği düzenleyen madde, 5. madde olmakla birlikte 12.,13. ve 18. maddelerinde de eşitlik ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda eşit davranma ilkesi başlığı altında düzenlenen

⁵⁴² Kaya, ss. 146, 148.; Mollamahmutoğlu, ss. 534-535.

⁵⁴³ Yargıtay'ın işverenin eşit davranma borcu doğrultusunda emsal çalışan değerlendirmesi yaptığı kararlarına örnek: Yrg.22.HD., 20.02.2019 gün ve E:2019/1040, K:2019/3811.; Yrg.9.HD., 11.02.2019 gün ve E:2016/20154, K:2019/3153.; Yrg.9.HD., 22.01.2019 gün ve E:2019/186, K:2019/1842, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (e.t.18.06.2019).

⁵⁴⁴ Mollamahmutoğlu, s. 534.; Yuvalı, s. 50.

5. madde ile işverenin eşit davranma yükümlülüğü, Anayasa'nın 10. maddesi doğrultusunda hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı temeline dayandırılmıştır⁵⁴⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. madde hükmü:

“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî 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 kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle 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 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 etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anılan maddeden anlaşılacağı üzere *cinsiyet ve benzeri sebeplerle* ayırım yapılması yasaklanmıştır. 5. maddenin 3. fıkrasındaki düzenleme gereğince işveren hizmet akdinin yapılmasında, koşullarının belirlenmesinde, akdın uygulanmasında ve feshinde, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zaruri olmadıkça, cinsiyet veya hamilelik nedenine dayalı ayrımcı davranışta bulunamaz⁵⁴⁶. Kısaca anılan madde, çalışma ilişkilerinde hakkaniyet ölçüsü çerçevesinde, benzer durumda olanlara meşru bir gerekçe olmadıkça farklı muamele yapılmasını yasaklamıştır⁵⁴⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde “benzeri sebepler” ibaresinin yer alması ayrımcılık yapma yasağı nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığını göstergesidir. Dolayısıyla Türk Hukuk sisteminde yer alan, almayan bütün ayrımcılık halleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında düşünülmelidir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık, s. 64.

⁵⁴⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 62.

⁵⁴⁷ Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul 2013, (İş Hukuku Dersleri), ss. 193-194.

⁵⁴⁸ Yuvalı, s. 71.

Hizmet akdinin geçerli sebebe dayalı feshini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında, fesih için geçerli neden oluşturmayan haller yer almaktadır. Anılan maddenin 3. fıkrasına göre,

- a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.*
- b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.*
- c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.*
- d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.*
- e) 74'üncü maddede öngörülen doğum ve gebelikten dolayı kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.*
- f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25'inci maddeye göre rehabilite edildikleri sürede geçici devamsızlık" iş ilişkisinin sona erdirilmesi için geçerli gerekçe oluşturmayacaktır.*

Eğer işveren söz konusu nedenlerle (cinsiyet, hamilelik, doğum vb.) hizmet akdini sonlandırmışsa fesih hakkını kötüye kullanmış sayılacağı için ve işverenin bu ayrımcı tutumu doğrultusunda ayrımcılığa maruz kalan işçi yargı yoluna gittiği takdirde fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Fesih işleminin geçersiz sayılması sonucunda işveren ya işçiyi tekrar işe alacak ya da işçiyi işe etmemesinden dolayı tazminat ödemek zorunda kalacaktır⁵⁴⁹.

Kısaca toparlamak gerekirse 4857 sayılı İş Kanunu bir tarafta genel anlamda işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünü düzenlerken, diğer taraftan ayrımcılık sayılabilecek halleri özel olarak düzenlemektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında genel anlamda; dil, ırk, renk, cinsiyet ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması, 3. fıkrasında cinsiyet veya hamilelik sebebiyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yasağı sadece 5. maddede düzenlenmeyip 12. maddede belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerde ve 13. maddede kısmi süreli ve tam

⁵⁴⁹ Çelik, İş Hukuku Dersleri, ss. 252-253. Nitekim, işyerinde kendisine hakaret eden erkek işçinin işten çıkarılmayıp, başvurucu kadın işçinin sırf kadın olduğu için işten çıkarılması üzerine açılan davada işe iade edilmesine hükmedildiği ancak işe iade yerine işe iade etmemeden doğan tazminat hakkı ödenmiştir. Ancak başvurucunun cinsiyet ayrımcılığı sonucu işten çıkarılmadan bahisle açılan ayrımcılık tazminatı istemli davasının reddi üzerine eşitlik ilkesi ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen Ayla (Şenses) Kara kararında, her ne kadar ayrımcılık yasağı ihlaline karar vermemiş olsa da AİHS, CEDAW'ın ilgili hükümlerine göndermede bulunarak, Anayasa'nın 10. maddesi, İş Kanunu'nun 5. ve 18. maddelerine değinmiştir. Anayasa Mahkemesi, Ayla (Şenses) Kara Kararı, Başvuru No: 2013/7063, K.t. 05.11.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019).

sürelî sözleşmelerle ilgili yapılan düzenlemelerde de ortaya konulmuştur⁵⁵⁰. İş Kanunu'nun 18. maddesindeki düzenlemeye göre; işveren, işçi ile hizmet ilişkisini, işçinin cinsiyeti, medeni durumu, aile yükümlülükleri, hamileliği, doğum yapması ve benzeri sebeplerle sona erdirmesi halinde fesih ayrımcılık nedeniyle yapılmış sayılacak ve geçersiz kabul edilecektir⁵⁵¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş ilişkisinin sona ermesi bakımından hem iş güvencesi kapsamındakiler hem de iş güvencesi kapsamı dışındakiler için düzenlemeler mevcuttur. Ayrımcılık oluşturan sebeplerle iş sözleşmesinin sona ermesini yaptırma bağlayan üç ayrı düzenleme bulunmakla birlikte bunlardan birincisi, İş Kanunu'nun 18. maddesinde iş güvencesi kapsamındakiler için öngörülen geçersiz fesih, ikincisi İş Kanunu'nun 17. maddesinde iş güvencesi kapsamında olmayanlar için öngörülen kötü niyetle fesih, üçüncüsü İş Kanunu'nun 5. maddesinde kanun kapsamındaki bütün işçiler için öngörülen ayrımcılığa dayalı fesihtir. İş güvencesi kapsamında olanlar için İş Kanunu madde 5 ve madde 18; iş güvencesi kapsamı dışındakiler için İş Kanunu 5. ve 17. maddeleri düzenlenmiştir⁵⁵².

3.2. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Hamilelik, doğum yapma, emzirme gibi sadece bir cins tarafından gerçekleştirilebilecek yaşam olguları cinslerin biyolojik farklılıklarından meydana gelmektedir. Kadının kendine özgü yaşam olguları doğrultusunda korunması gerekliliği düşüncesiyle anneyi koruyan özel kurallar düzenlenmiştir⁵⁵³. Kadınlar için

⁵⁵⁰ Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık, s. 65.; Kaya, s. 136.

⁵⁵¹ Yargıtay bir kararında, davacı işçi doğum öncesi ve sonrası ücretli izinlerini kullanmış ve doğum sonrası ücretsiz izne ayrılmıştır. İş akdi davalı işveren tarafından, işçinin ücretsiz izin süresi bitimine iki gün kala bildirimle gerekçesiz olarak feshedilmesi somut olayında işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işçi sayısında artış olması doğrultusunda davalının işçiye ihtiyaç kalmadığı gerekçesini haksız bulması, işçinin de gerek doktor raporu gerek tanık beyanıyla cinsiyet ayrımcılığı yapıldığını güçlü emarelerle göstermesi ve ispat yükünün işverene geçmesine karşılık işverenin doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koyamaması doğrultusunda davalı işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Yrg.22.HD., 09.06.2015 gün ve E:2015/15750, K:2015/20058, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (e.t.18.06.2019).; Ayrıca Kadriye Bakırcı, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, İstanbul 2006, (Ayrımcılık Tazminatı), s. 116.

⁵⁵² Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, s. 117.; Kaya, s. 137.

⁵⁵³ Gören, s. 42.

öngörülen pozitif ayrımcılık tedbirleri, kadınlara karşı cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının engellenmesi ve eşitliğin sağlanmasında devletin yerine getirmesi gereken olumlu yükümlülüklerinden sadece biridir. Ancak cinsiyet ayrımcılığı yasağına dair kanun hükümlerinin düzenlenmesi, biyolojik yapısı itibarıyla kadının hamilelik ve doğum hallerine dair düzenlemelerin yapılması ve bu bağlamda kadının haklarının korunması gibi tedbirler ayrımcılık olmadığı, öncelik sağlamadığı için pozitif ayrımcılık çerçevesine girmeyeceklerdir⁵⁵⁴.

İşçinin kişiliğine veya işyerine bağlı olayların etkisiyle işçi ve işveren arasında iş ilişkisi sorunları yaşanmaktadır. Bu olaylara örnek hastalık, sakatlık, hamilelik, doğum, iş kazası, askerlik sayılabilir⁵⁵⁵.

3.2.1. Eşit Davranma Borcunun Göreceliliği ve Mutlak Uygulanabileceği Ayrık Durumlar

Ayrımcılık yasağının mutlak olduğu sınırlı haller dışında işverenin eşit davranma borcu göreceli bir yapıya sahiptir⁵⁵⁶. Eşit davranma yükümlülüğünde önemli olan nokta, işverenin aynı niteliklere sahip, aynı veya eşit değerdeki işlerde çalışan işçiler arasında eşit işlem yapmasıdır.⁵⁵⁷ Yani erkeklerle aynı veya eşit değerde işlerde çalışan kadınlara, erkeklere tanındığı gibi eşit kazanma olanağı tanınmalı, eşit değerde işe eşit ücretin ödenmesi gerekirken, daha az ücret ödenerek kadınlar mağdur edilmemelidir⁵⁵⁸.

İşveren ölçülülük ilkesi çerçevesinde ayırım yapmada meşru bir gerekçesi olduğu takdirde ve yapılan ayırım amaçla orantılı ise eşit davranma kuralı ihlal edilmiş sayılmaz⁵⁵⁹. İşveren ayrımcılık kastı bulunmadan farklı nitelikteki işçilere farklı davranabilir. Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince farklı işçilerin işe alınmasında, ücretin belirlenmesinde ve hizmet ilişkisine son verilmesinde işverenin yükümlülüğü nispidir⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ Dündar Sezer, İnsan Hakları Hukuku, s. 29.

⁵⁵⁵ Münir Ekonomi, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:22, 2009/3, s. 11.

⁵⁵⁶ Mollamahmutoğlu, s. 537., Süzek, Eşit Davranma Borcu, ss. 26-27.

⁵⁵⁷ Yuvalı, s. 59.

⁵⁵⁸ Gören, s. 116.

⁵⁵⁹ Yuvalı, s. 60.

⁵⁶⁰ Mollamahmutoğlu, s. 537.; Yuvalı, s. 59.

İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün sınırlı hallerde mutlak uygulanabileceği ayrık durumlar vardır⁵⁶¹. İşveren, işçileri arasında İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen cinsiyet vb. nedenlere bağlı herhangi bir ayırım yapamaz. Bunun gibi insan hak ve özgürlüklerine mutlak uyulması gereken durumlarda eşit davranma borcu da mutlak nitelik taşır⁵⁶².

Bu bağlamda işverenin işyeri düzenine ilişkin uygulamalarında, işçilere yaptığı sosyal yardımlar; doğum, evlenme gibi durumlarda işverenin hukuki bir zorunluluğu altında olmaksızın yaptığı yardımlardır. Bu hususlar, işverenin takdirinde olmasına karşın, işverenin eşit davranma ilkesini göz önünde tutarak hareket etmesi gerekir. İşveren sosyal yardımı, yasadan veya sözleşmeden doğan yükümlülükle yapabileceği gibi hiçbir hukuki zorunluluk altında olmaksızın takdirine bağlı olarak sadece işçilere sosyal yardımda bulunmak amacıyla da yapabilir. İşverenine hizmet etmiş, sadakatle çalışmış işçisine işverenin sosyal yardımda bulunması çoğunlukla işçiyi gözetme borcunun neticesi olarak görülmektedir⁵⁶³.

Belirtmek gerekir ki; eşit davranma sorumluluğu hukuken talep edilebilir nedenlere; yani işverenin işi sevk ve idaresinde yapılan uygulamalara ve ücretlere ilişkin olması gerekir⁵⁶⁴. İşverenin hediye, ikramiye olarak verdiği şeyler sebebiyle eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ileri sürülemez. Örneğin, doğum yapan bir işçisine işverenin altın takıp, aynı durumdaki başka bir işçisine altın takmaması kendi takdirindedir ve eşit davranma borcunun dışında kalır⁵⁶⁵.

3.2.2. Hamilelik ve Doğum Halinde Kadın İşçilerin İş İlişkisinde Korunması

Anayasa'daki eşitlik ilkesi (Anayasa m. 10), ile İş Kanunu'ndaki eşit davranma ilkesi (İş Kanunu m.5) işverenin eşit davranma borcunun hukuki temelidir⁵⁶⁶. Anayasa'da eşitlik ilkesi olarak bahsedilen husus, İş Hukuku'nda eşit davranma ilkesi

⁵⁶¹ Çelik, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi, s. 5.; Yuvalı, s. 60.

⁵⁶² Mollamahmutoğlu, s. 538.; Yuvalı, s. 60.

⁵⁶³ Tuncay, s. 207.

⁵⁶⁴ Yuvalı, s. 60.

⁵⁶⁵ Mollamahmutoğlu, s. 538.; Yuvalı, s. 61.

⁵⁶⁶ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 193.

olarak adlandırılır. Eşit davranma ilkesi anayasal eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki görünüş şeklidir⁵⁶⁷.

Öncelikle belirtmek gerekirse 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi"ni düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrasında, "*İşverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı*" biçiminde cinsiyet ve hamilelik nedeniyle farklı işlem yapma yasağı açıkça düzenlenmiştir⁵⁶⁸. Aynı maddenin 4. ve 5. fıkrasında ise aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücretin kararlaştırılmayacağı ve bu sebeple özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı belirtilmiştir⁵⁶⁹.

3.2.2.1. İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında

İşverenin, işe almada kural olarak eşit davranma zorunluluğu bulunmamakta; işverenin takdir özgürlüğü vardır⁵⁷⁰. Diğer bir deyişle doktrindeki ortak kanaat işverenin işe alma aşamasında eşit davranma sorumluluğu nispi bir nitelik taşıdığı yönündedir⁵⁷¹. Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme serbestisi ilkesi⁵⁷² gereğince iş ilişkisinin kurulmasında, işi hangi kişiyle en verimli bir biçimde yürütebileceğini belirleme hakkı işverene aittir⁵⁷³. Ancak bazı hükümlerde ayrımcılık yasaklanmıştır. Örneğin, Anayasa m.10, 4857 sayılı İş Kanunu m.5/3 özellikle cinsiyete ve hamilelik temeline dayalı ayrımcılık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.122/1'de cinsiyet, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanun m.6 cinsiyet ve diğer temellere dayalı ayrımcılık yasakları düzenlenmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁶⁷ Gülmez, Ayrımcılığın Kaldırılması, s. 585.; Tuncay, ss. 8-9.

⁵⁶⁸ Yıldız, s. 198.

⁵⁶⁹ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 194.

⁵⁷⁰ Gören, s. 125.

⁵⁷¹ Mollamahmutoğlu, s. 537.; Süzek, İş Hukuku, s. 402.; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27.; Tuncay, s. 153.; Yuvalı, s. 170.

⁵⁷² Anayasa m.48; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

⁵⁷³ Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, (Temel Haklar), s.62.; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27.; Yuvalı, s. 170.

⁵⁷⁴ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 40.

Nitekim işvereni, eşit davranma yükümlülüğünden sorumlu tutabilmek için işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekmektedir⁵⁷⁵. 4857 sayılı İş Kanunu açısından bakıldığında 5. maddesinin altıncı fıkrasında “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” ifadeleri kullanılarak eşit davranma borcu yaptırımının iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanabileceği düzenlenmiştir. Lakin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından bakıldığında 122. maddesinde mutlak ayrımcılık yasakları arasında işe alma esnasında ayrımcılık yapmama yasağı da söz konusudur⁵⁷⁶.

İşverenin, işe almada kural olarak eşit davranma yükümlülüğü olmasa bile işe alırken ayrımcılık yasağının öngörüldüğü bazı durumlar mevcuttur. Keza cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”, bu bağlamda örneğin işveren işin niteliğine ilişkin meşru gerekçeleri yoksa sadece hamileliği nedeniyle bir işçi adayını işe almaktan kaçınamaz⁵⁷⁷ ve ayrıca işe başvuranların hepsi kadın olsa dahi sadece hamilelik nedeniyle bir ayırım yapılamaz⁵⁷⁸.

Her ne kadar İş Kanunu itibarıyla işe almada cinsiyet ayrımcılığı yasaklanmış olsa da ayrımcılık yasağının yaptırımını öngören 5. maddenin altıncı bendinde görüldüğü üzere “İş ilişkisinde veya sona ermesinde” denilerek işe almada cinsiyet ayrımcılığı yapılması karşılığında bir yaptırım öngörülmemiştir⁵⁷⁹. Buna karşılık İş Kanunu’ndan farklı olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda işe alım aşamasında ayrımcılık yapmak suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır⁵⁸⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Nefret ve ayrımcılık” başlıklı 122. maddesine göre,

“Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

⁵⁷⁵ Ertürk, Temel Haklar, s. 64.; Tuncay, s. 154.

⁵⁷⁶ Yuvalı, s. 170.

⁵⁷⁷ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 27.; Yuvalı, s. 171.

⁵⁷⁸ Ekonomi, s. 16.

⁵⁷⁹ Yıldız, s. 198.

⁵⁸⁰ Yuvalı, s. 172.

- c) Bir kişinin işe alınmasını,
d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse,
bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Görüldüğü üzere bahsi geçen hüküm, işe almada cinsiyet nedenine dayanarak işverenin ayrımcılık yapmasını yaptırıma bağlamıştır⁵⁸¹.

Diğer yandan doktrinde işe alınmada ayrımcılık yapıldığında işçi İş Kanunu çerçevesinde ayrımcılık tazminatı talep edemese de sözleşme görüşmelerinde kusur “culpa in contrahendo”⁵⁸² sorumluluğu çerçevesinde tazminat talep edebilir⁵⁸³. İşçi aday, sözleşme öncesi kusur ve özen sorumluluğuna dayanarak sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan tanışma masrafları, telefon, yolculuk giderleri gibi maddi zararını ispatlayabildiği takdirde işverenden talep edebilir⁵⁸⁴. Ayrıca işçi aday kişilik haklarına saldırı nedeniyle maruz kaldığı ayrımcılığın şiddetine göre manevi tazminat da talep edebilir⁵⁸⁵.

3.2.2.2. İşçinin İşe Girerken İşverenle Hizmet Sözleşmesi Yapılması Sırasında

İşçi işe girerken hizmet sözleşmesinin yapılması esnasında, sözleşme serbestliği ilkesi gereğince ücret miktarı belirlenirken kural olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Lakin Anayasa’da ve İş Kanunu’nda bulunan mutlak ayrımcılık yasakları, iş başlangıcında ücret belirlenirken işvereni bağlayıcıdır ve bu husus, işverenin işçinin işe girerken eşit davranma borcunun bulunduğu istisnai durumları oluşturur⁵⁸⁷.

Türk İş Hukuku’nda işverenin hizmet sözleşmesinin yapılmasında, cinsiyet ve hamilelik sebebiyle farklı işlem yapması yasaklanmıştır (4857 sayılı İş Kanunu m.5/3). Örneğin çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde ayrıca bir koşul aranmaksızın istenen tüm kriterlere sahip kadının, hamile olmasından mütevellit işe alınmamasında

⁵⁸¹ Süzek, İş Hukuku, s. 403.; Yuvalı, s. 172.

⁵⁸² Sözleşme öncesi kusurlu davranışlardan doğan sorumluluktur. Sözleşme görüşmeleri sırasında, sözleşme henüz kurulmamış olmasına rağmen, özen yükümüne aykırı hareket ederek karşı tarafın zarar görmesine sebep olan kişiye karşı zarar gören, borca aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunabilir.

⁵⁸³ Süzek, İş Hukuku, s. 404.; Yuvalı, s. 173.

⁵⁸⁴ Doğan Yenisey, Kadın-Erkek, s. 69.; Yuvalı, s. 173.

⁵⁸⁵ Yıldız, s. 205.; Yuvalı, s. 173.

⁵⁸⁶ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 28.; Yuvalı, s. 64.

⁵⁸⁷ Tuncay, s. 170.

hamileliğe dayalı bir ayırım söz konusudur⁵⁸⁸. Cinsiyet veya hamilelik gerekçesiyle ayırım yapmama borcu, hizmet ilişkisinin kurulma aşamasından sona erme aşamasına kadar, yani hizmet ilişkisinin tüm aşamalarında söz konusu olduğundan, işveren işin niteliği gereği zorunlu olmadıkça sadece hamileliği nedeniyle işçi ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaz⁵⁸⁹.

İşin niteliğine ilişkin nedenler ve biyolojik nedenlerle işverenin iş koşullarında, işe almada ve işin sona ermesinde cinsiyet esasına dayalı farklı işlem yapması, işin niteliği itibariyle zaruri ise ayrımcı işlem olarak sayılmayacaktır. Nitekim bir işin ifasında kadın ve erkek cinsine özgü özelliklere bakılması gerekli ve zorunlu olduğu ölçüde cinsiyete dayalı farklı işlem yapılması ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda cinsiyet veya hamilelik nedeniyle farklı işlem yapılmasını zorunlu kılan haller olarak işin niteliğine ilişkin gerekçeler; işin belirli bir cinse münhasır olması, diğer cinsten veya hamile kadından beklenilmesinin işin özelliklerine aykırı düşmesi anlamında nedenlerdir. Belirtmek gerekir ki Türk İş Hukuku'ndaki düzenlemelere göre biyolojik neden ve işin özelliği gereğinin dışında kalan hallerde ayrımcı tutum ya da uygulamalar, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁹⁰.

Yargıtay verdiği kararlarında cinsiyet ayırımının yapılıp yapılmadığı noktasında objektif neden aramıştır. 2006 yılında hizmet akdinin sonlandırılmasına ilişkin verdiği bir kararında; işverenin işletmenin, işin ve işyerinin gerekleri, davalı kurumun borç yükünün ciddi boyutta oluşu, öz kaynaklarının negatif hale gelmesi nedeniyle personel fazlalığının olması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiği ileri sürülse de sadece kadın işçilerin işten çıkartılmasını eşit davranma borcuna aykırı bir davranış olarak değerlendirmiştir. Nitekim,

“4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir gerekçeye dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. İşletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda, işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli bir sebebin varlığından söz edilir. İşveren, amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak işletmesel karar sonucunda, önlem olarak düşünülen işin sona erdirilmesinin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla, işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir. Öte yandan, işletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise

⁵⁸⁸ Kaya, s. 151.

⁵⁸⁹ Kaya, s. 155.

⁵⁹⁰ Mollamahmutoğlu, s. 437.

fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Kısaca fesih son çare olmalıdır ilkesi gözetilmelidir. (...) Dairece yapılan tespitler doğrultusunda davalı işverenin aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacı ile yüksek ücretli işçilerin iş sözleşmelerini feshettiği, işyerinde geçici sözleşme ile sürekli işte çalışan işçilerin çalışmaya devam ettikleri, norm kadro uygulamasında öncelikle bu işçilerin çıkarılması gerektiği, davalı işverenin sadece kadın işçileri çıkarmasının eşit davranma borcuna aykırı davranış olduğu belirlenmiştir. Davalı işveren işgücü fazlalığını kanıtlayamadığı gibi işten çıkarılacakların seçiminde objektif kriterlere uymamış, eşit davranma borcuna aykırı davranmıştır.”

diyerek işten çıkarılacakların seçiminde objektif kriterlere uyulmadığını böyle bir feshin geçerli bir gerekçeye dayanmadığını, eşit davranma borcuna aykırı bir davranış olduğunu ortaya koymuştur⁵⁹¹.

3.2.2.3. İşe Başvuru Aşamasında Adaylara Hamilelik Hakkında Yöneltilen Soruların Ayrımcılık Bakımından Sınırları

İş ilişkisinin kurulması aşamasında işçi adayının, işveren tarafından sözlü ya da yazılı olarak yöneltiltiği her soruyu değil, sadece işyeri veya görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruları yanıtlaması zorunludur. İşe alım amacının dışına çıkan sorular özel kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurur. Geçerli veya geçersiz sorunun sınırını işyerinin ve yapılan işin özellikleri belirler⁵⁹².

Hizmet akdinin hazırlanışı aşamasında işveren, yetenek ve kabiliyet, işe yeterlilik hakkında bilgi toplama hakkı doğrultusunda işçi adayına yazılı veya sözlü sorular yöneltebilir⁵⁹³. Lakin işverenin sadece yapılacak iş ve işe alacağı pozisyon hakkında kendisine yarayacak bilgileri edinme hakkı vardır. İmzalanması muhtemel olan iş sözleşmesiyle somut ve objektif ilişkisi olmayan soruların işçi tarafından yanıtlanma mecburiyeti yoktur. Bu durum, işçinin temel bir hakkını kullanması veya tamamen özel hayatı ile ilgili konular konusunda da geçerlidir⁵⁹⁴.

Kadın işçi adayları, hamile ise veya çocuk sahibi olmayı planlıyorsa iş performansının düşeceğinden, veriminin azalacağından, doğum ve annelik izinleri

⁵⁹¹ Yrg.9.HD. 11.09.2006 gün ve E:2006/18576, K:2006/21357, <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-18576-k-2006-21357-t-11-09-2006-isletmesel-kararlar-sonucu-is-s-214-zlesmesinin-feshi/756283/>, (e.t. 12.12.2017).; Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 195.

⁵⁹² Manfred Reh binder, “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer Teoman, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:45, Sayı:1-4, ss. 752-753.

⁵⁹³ Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 145.; Yuvalı, s. 173.

⁵⁹⁴ Ertürk, Temel Haklar, s. 64.

kullanarak işe gelemeyeceğinden işveren hamile olan veya kısa bir süre sonra hamile kalmayı planlayan kadın işçi adayıyla sözleşme ilişkisi kurmak istememektedir⁵⁹⁵.

Bu doğrultuda kadın işçi adaylarına ön görüşmelerde hamilelik hakkında sorular sorulmaktadır. Kadın işçi adayı, işveren tarafından muhtemel hamileliğinin yol açacağı masraflar düşünülerek işe alınmamışsa ve onun yerine maddi açıdan daha az külfetli olması nedeniyle erkek bir işçi işe alınmışsa, işe alma fiili eşitlik ilkesine aykırılığa ve hamilelik nedenine dayalı cinsiyet ayrımcılığına neden olur⁵⁹⁶. Lakin sadece işyeri ve görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların aday tarafından yanıtlanması gerekmektedir. İş ilişkisi dışına çıkarak özel hayata yönelik, iş ilişkisi amacının haklı kılamayacağı sorular Anayasa'nın 20. maddesi gereği özel hayatın gizliliği ilkesinin⁵⁹⁷ ihlaline sebebiyet vereceği gibi⁵⁹⁸ ayrıca hamileliğin kadın cinsine has bir özellik olması sebebiyle bu konuya ilişkin soru yöneltilmesi cinsiyet ayrımcılığı yaratarak Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil eder⁵⁹⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu önceden bahsettiğimiz Dekker⁶⁰⁰ kararında olduğu gibi Türk Hukukunda da 4857 sayılı İş Kanunu'ndan önce de kadın işçiye hamileliği ile ilgili sorular yöneltilmesi cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilmekteydi⁶⁰¹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 5. maddesinin 3. fıkrası gereği artık iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin hamileliği ile ilgili soru sorulması cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu normlaştırılmıştır⁶⁰². Ancak aynı fıkroda yer aldığı üzere “biyolojik veya işin özelliğine ilişkin sebepler zorunlu” ise işverenin iş ilişkisi kurmaması ayrımcılık teşkil etmez. Dolayısıyla kadın işçinin iş sözleşmesine göre istihdam edileceği işi örneğin; Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükümlerine göre, hamilelerin çalıştırılması yasak

⁵⁹⁵ Onaran Yüksel, s. 156.; Yuvalı, s. 173.

⁵⁹⁶ Ertürk, Temel Haklar, s. 69.

⁵⁹⁷ Anayasa 20. maddeye göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (...)”

⁵⁹⁸ Rehbindir, s. 752.

⁵⁹⁹ Onaran Yüksel, s. 156.; Yuvalı, s. 174.

⁶⁰⁰ ABAD, C-177/88, Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, 08.11.1990, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-177/88>, (e.t.22.05.2018).

⁶⁰¹ Onaran Yüksel, ss. 158-159.

⁶⁰² Yuvalı, s. 174.

işlerden⁶⁰³ ise, işin özelliklerine göre hizmet sözleşmesinin bir hamile kadın işçi ile sürdürülmesi olanaksız ise işveren tarafından bu konu hakkında bilgi istenilmese dahi işçi adayının kendiliğinden hamilelik durumunu açıklaması gerekmektedir⁶⁰⁴.

İş başvurusunda, işçi adayının genel sağlık durumu açısından başvuru işi yapmaya uygun olup olmadığının tespiti için yapılacak işin niteliği, konusu, işyerinin özelliği gereği işverenin kadın işçi adayına hamileliği hakkında soru yöneltebileceği durumlar da olabilmektedir⁶⁰⁵. Ancak yapılacak işin özelliği kadın işçiye böyle bir sorunun yöneltilmesini haklı kılıyorsa, Anayasa m.20’de güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılık oluşmayacaktır⁶⁰⁶. Örneğin, hamile bir kadının çalışmasının yasak olduğu nitelikte bir işyeri ya da işin yapılabilmesi için kadın işçinin hamile olmamasının gerekliliği gibi durumlarda (spor öğretmenliği, mankenlik gibi) işverenin kadın işçiye hamilelikle ilgili sorular yönelmesi cinsiyet ayrımcılığına girmez⁶⁰⁷.

Özetlemek gerekirse işe alınacak kadın işçi, istihdam edileceği işin niteliği, hamileliğe uygun değilse işçi adayını soru yönlendirilmese dahi işverene, hamileliğini açıklamak yükümlülüğündedir. Ancak adayın gereken açıklamayı yapmaması durumunda, istihdam edildiği işte çalıştırılmasının yasaklandığı bir kural bulunmadıkça, iş sözleşmesi geçersiz olmaz; lakin işverenin fesih hakkı doğar⁶⁰⁸.

Çalışma yeri ve işin özelliği gerektirmiyorsa kadın işçi adayına hamilelikle ilgili soru sorulması cinsiyet ayrımı yaratır. Kadın işçi adayına gelecekte hamile kalıp kalmamayı düşündüğüne ilişkin sorular, cinsel hayatıyla ilgili sorular yöneltilmesi kişinin özel hayatına müdahale sonucunu doğuracağı gibi işin niteliği gereği meşru gerekçe olmadıkça, kadın işçiden hamilelik testi raporunun istenmesi de kişinin özel hayatına müdahale ve cinsiyete dayalı ayrımcılık doğurur⁶⁰⁹.

Kadın işçi yeni doğum yapmış ve emziren biriye, yeni işe başvuru tarihinde işsiz olsa dahi, 4857 sayılı İş Kanunu madde 74/1 gereğince “doğumdan sonraki sekiz haftalık süre içinde çalıştırılması yasak” olduğundan yeni doğum yaptığı konusunda

⁶⁰³ Yönetmeliğin 6. maddesi gereğince örneğin; hamile işçinin ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinelerinde, delicilerde çalıştırılmalarının yasak oluşu.

⁶⁰⁴ Ekonomi, s. 17.; Rehbinder, s. 756.

⁶⁰⁵ Onaran Yüksel, ss. 158-159.; Yuvalı, s. 174.

⁶⁰⁶ Ertürk, Temel Haklar, s. 70.

⁶⁰⁷ Ekonomi, s. 18.; Yuvalı, s. 175.

⁶⁰⁸ Ekonomi, s. 19.

⁶⁰⁹ Ertürk, Temel Haklar, s. 71.; Yıldız, s. 199.

işverene bilgi verme yükümlülüğündedir. Bu bilgiyle birlikte işveren, kadın işçinin yetenek ve kabiliyetini istihdam etmek istediği iş ve işçi yönünden uygun ve gerekli görürse, çalıştırma yasağı süresinin bitiminden itibaren fiilen işe başlaması kaydıyla iş ilişkisi kurulabilir⁶¹⁰.

Ayrıca işin niteliği gereği belirli sürede tamamlanması gereken iş için iş sözleşmesi yapılacağı durumlarda, kadın adaya başvuru sırasında hamilelikle ilgili soru sorulmasının da doktrinde ayrımcılık olarak değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir⁶¹¹.

3.2.2.4. Hizmet İlişkisinin Devamı Sırasında Eşit Davranma Borcu

Hizmet ilişkisinin devamı süresince işveren, eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun hareket etmek zorundadır⁶¹²; ancak işçilerin bazı özelliklerini dikkate alarak ikramiye veya sosyal yardımların yapılmasında gruplandırma yapabilir. İşveren, grupları oluştururken keyfi davranamaz ve haklı, objektif gerekçesi olmadıkça aynı gruptaki işçileri farklı işleme tabi tutamaz. Örneğin, ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara, evli veya belirli sayıda çocuk sahibi olanlara bu tür yardımların yapılması gibi⁶¹³.

İşin sevk ve idaresinde ayrımcılığı haklı kılan koşullar dışında⁶¹⁴, işverenin kural olarak; işin dağıtımını, işçinin mesleki açıdan yükseltilmesi, ücret artışı, işçiye eğitim verilmesi gibi işçiye ek bilgiler kazandıracak uygulamaların yapılması durumlarında eşit konumda olan işçilere eşit davranma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü vardır⁶¹⁵.

4857 sayılı İş Kanunu “Analık halinde çalışma ve süt izni”ni düzenleyen madde 74 ve “çalışma süresi sayılan haller”i düzenleyen madde 66/e ile hamile, yeni

⁶¹⁰ Ekonomi, s. 19. Ancak aday işçi sözleşmenin kurulması aşamasında işveren yönünden önemli olan altı aylık izni kullanmayacağını ya da kullandığını bildirdiği halde, doğuma dayalı çalışma yasağının bitiminden sonra işe başladıktan sonra bahsi geçen izni kullanma talebinde bulunursa işveren, işçinin o tarihe kadar iş görme borcunu yerine getirmeden devam eden iş sözleşmesini İşK.m.25/II (a) dayalı olarak derhal feshedebilir.

⁶¹¹ Yıldız, s. 199.

⁶¹² Yuvalı, s. 179.

⁶¹³ Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 170.; Yuvalı, s. 65.

⁶¹⁴ Süzek, İş Hukuku, s. 406.

⁶¹⁵ Yuvalı, s. 179.

doğum yapmış ve emziren kadınların izin haklarını koruma altına almıştır.⁶¹⁶ Söz konusu hükümler, bu konuyu düzenleyen Avrupa Birliği'nin 92/85/EEC sayılı Direktifi ile genellikle paraleldir⁶¹⁷.

İş Kanunu'nun 74. madde hükmü gereğince, hizmet sözleşmesi ile çalışan, bu Kanun kapsamında olan veya olmayan her işçi için: Kadın işçilere doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık izin süresi tanınmıştır. Çoğul hamilelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık çalışmama süresine iki hafta daha eklenecektir. Ancak, sağlık durumunun iyi olması ve doktor onayı olması koşuluyla, kadın işçinin dilerse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilme imkânı vardır. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası ücretli izin süresine eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı ücretli izin süreleri, doğum sonrası süreler eklenmek suretiyle kullanılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin vefat etmesi durumunda, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta annelik izni kullanılacağı düzenlenmiştir.(f.1) Maddenin devamında doğum sonrası annelik ücretli izninin bitiminden itibaren kullanılacak ücretsiz izin süreleri⁶¹⁸; çocuğun hayatta olması şartıyla, çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceği, çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün ekleneceği, çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanacağı, biçiminde süreler belirlenmiştir. Bu hükümden yararlanılarak ücretsiz izin süresi içinde süt iznine ilişkin hükümler ise uygulanmayacaktır.(f.2) Ayrıca doktor raporu ile gerekirse, madde hükmünde öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin niteliğine göre doğumdan

⁶¹⁶ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 63.

⁶¹⁷ Özdamar, CEDAW, s. 137.

⁶¹⁸ 14.07.1965 tarih 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, doğum yapan memura aylıksız izin 108. maddenin (B) bendinde düzenlenmiştir. Anılan kanun lafzına göre "B) Doğum yapan memura, 104. madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilir." Konu ile ilgili ayrıca bkz. Özdamar, CEDAW s. 161.

önce ve sonra artırılabilir.(f.3) Kadın işçiye hamileliği boyunca periyodik kontrolleri için ücretli izin hakkı tanınmıştır.(f.4) Nitekim gerekli görülen durumlarda hamile kadın işçinin doktor raporuyla, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması ve bu durumun işçinin ücretinde indirim sebebi oluşturmayacağı da hüküm altına alınmıştır.(f.5) Kadın işçinin isteği halinde on altı haftalık sürenin bitmesinden veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık sürenin bitiminden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Ancak bu süre, yıllık ücretli izin hakkının süre hesabında dikkate alınmayacaktır. (f.6) Ayrıca kadın işçilere süt izni süresi hakkı da tanınmıştır. Buna göre bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için kadın işçilere günde toplam bir buçuk saat süt izni verilecek, bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirleyecektir ve bu süre günlük çalışma süresinden sayılacaktır (f.7)⁶¹⁹. İş Kanunu madde 66/e bendine göre de “*çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler*” işçinin günlük çalışma süresinden sayılır⁶²⁰.

⁶¹⁹ 4857 sayılı İş Kanunu madde 74.

⁶²⁰ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “Mazeret İzni” başlıklı 104. maddesinde “(Değişik: 13/2/2011-6111/106 m.) A) Kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir. Doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir. (Ek cümle: 29/1/2016-6663/6 m.) Doğum öncesi analık izninin başlaması gereken tarihten önce gerçekleşen doğumlarda ise doğum tarihi ile analık izninin başlaması gereken tarih arasındaki süre doğum sonrası analık iznine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılırken annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir. (Ek cümleler: 29/1/2016-6663/6 m.) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile izin verilir. Bu izin evlatlık kararı verilmeden önce çocuğun fiilen teslim edildiği durumlarda da uygulanır. B) Memura, eşinin doğum yapması hâlinde, isteği üzerine on gün babalık izni; kendisinin veya çocuğunun evlenmesi ya da eşinin, çocuğunun, kendisinin veya eşinin ana, baba ve kardeşinin ölümü hâllerinde isteği üzerine yedi gün izin verilir. C) (A) ve (B) fıkralarında belirtilen hâller dışında, merkezde atamaya yetkili amir, ilde vali, ilçede kaymakam ve yurt dışında diplomatik misyon şefi tarafından, birim amirinin muvafakati ile bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde, mazeretleri sebebiyle memurlara on gün izin verilebilir. Zaruret hâlinde öğretmenler hariç olmak üzere, aynı usulle on gün daha mazeret izni verilebilir. Bu takdirde, ikinci kez verilen bu izin, yıllık izinden düşülür. D) Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde bir buçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır. E) (Ek: 20/2/2014-6525/7 m.) Memurlara; en az yüzde 70 oranında engelli ya da süreğen hastalığı olan çocuğunun (çocuğun evli olması durumunda eşinin de en az yüzde 70 oranında engelli olması kaydıyla) hastalanması hâlinde hastalık raporuna dayalı olarak ana veya babadan sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla bir yıl

Bu bağlamda İş Kanunu madde 18/3-(d) bendi gereğince “(...) cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, (...) ve benzeri nedenler”, (e) bendine göre “74’üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek” bir işçinin iş sözleşmesi feshi için geçerli neden oluşturmayacaktır⁶²¹.

3.2.2.5. Ücret Belirlenirken Ayrımcılık Yapmama Yükümlülüğü

Ücret politikasını düzenleyen Anayasa’nın 55. maddesi⁶²², adil ücret kavramı içinde yer alan eşit işe ücret eşitliği ilkesini gerçekleştirmek üzere, Anayasanın 5. maddesinde⁶²³ düzenlenen genel sosyal adalet ilkesi doğrultusunda, tedbir alınması görevi devlet yükümlülüğündedir⁶²⁴.

Eşitlik ilkesinin, hukukun her alanında geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu’nda özel olarak kadın-erkek işçi ücretlerinin belirlenmesi bakımından, 5. maddesinin dördüncü fıkrasında; aynı veya eşit değerde iş için cinsiyete dayalı daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, ayrıca söz konusu hükmün beşinci fıkrasında; işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin

inçinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar mazeret izni verilir. F) (Ek: 29/1/2016-6663/6 m.) Doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu süreler birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır. Memurun çalışacağı süreler ilgili kurum tarafından belirlenir. (G) Yıllık izin ve mazeret izinleri sırasında fiili çalışmaya bağlı her türlü ödemeler hariç malî haklar ile sosyal yardımlara dokunulmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıca bkz. Özdamar, CEDAW, ss. 160-161.

⁶²¹ Yargıtay da kararlarında İş Kanunu madde 5 ve madde 18/3-d gereğince cinsiyet, hamilelik veya doğum nedeninin meşru bir gerekçe oluşturmayacağına ve yapılan fesih işleminin geçersiz sayılacağına yer vermiştir. Buna ilişkin: Yrg.9.HD., 13.02.2017 gün ve E: 2016/3618, K: 2017/1588.; Yrg.9.HD., 14.04.2016 gün ve E: 2015/29051, K: 2016/9441.; Yrg.9.HD., 17.09.2015 gün ve E:2015/18355, K:2015/2603, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

⁶²² Anayasa m. 55; “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.”

⁶²³ Anayasa m.5; “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

⁶²⁴ Ertürk, Temel Haklar, s. 106.; Tuncay, s. 197.

uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı öngörülmüştür. Nitekim ücret konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddenin dördüncü fıkrasında da hekim raporuyla gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması durumunda işçinin ücretinde indirim yapılamayacağı hükme bağlanmıştır⁶²⁵.

Ayrıca 5953 sayılı Basın İş Kanunu m. 16/7'de hamilelikte ücret düzenlemesi yer almakta “*Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet içinde müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder.*” denilerek belirlenen izinli süre esnasında iş sözleşmesinin devam edeceği ve düzenleme doğrultusunda ücret ödeneceği ifade edilmiştir.

Tekrar belirtmek gerekirse kural olarak iş sözleşmesi yapılırken sözleşme serbestliği ilkesi gereğince haklı ve objektif nedene dayalı olarak, işveren ve işçi arasında henüz iş ilişkisi kurulmadığından ücret tespiti aşamasında işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır⁶²⁶. Ancak Anayasa'da ve İş Kanunu'nda öngörülen mutlak ayrımcılık yasakları, sözleşmenin kurulması aşamasında dahi ücretin belirlenmesi açısından işvereni bağlar⁶²⁷.

3.2.2.6. Türk Hukuku'nda İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşit Davranma Yükümlülüğü

İşveren, hizmet akdini sona erdirirken eşit işlem yapma yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda bir işveren benzer vaziyette olan işçilerden birini işten çıkarırken, işten çıkarma gerekçesinin objektif kriterlere uygun, gerçekleştirilebilir ve makul olması gerekir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında “İş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.” denilerek, hizmet ilişkisinin sona ermesinde işverenin eşit işlem yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde cezai yaptırım öngörülmüştür. İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasının d) bendi

⁶²⁵ Yuvalı, s. 120.

⁶²⁶ Süzek, İş Hukuku, s. 396.; Tuncay, s. 169.

⁶²⁷ Yuvalı, s. 180.

gereğince de “(...) *cinsiyet*, medeni hal, aile yükümlülükleri, *hamilelik*, *doğum* ve benzeri nedenler.” Hizmet ilişkisinin sona erdirilmesi için geçerli fesih nedeni sayılmamıştır⁶²⁸. Dolayısıyla hizmet akdinin sonra erdirilmesinde hamilelik tek başına geçerli bir sebep oluşturmayacaktır⁶²⁹.

İşverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanınması, Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hakkına⁶³⁰ ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına⁶³¹ ilişkin güvencelere aykırılık teşkil edebileceği gibi herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda istihdam edilme ve işsizliğe karşı korunma hakkına⁶³², herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına⁶³³, kendini savunma hakkına, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil eder⁶³⁴.

İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler iş güvencesine sahiptir. İş güvencesi kapsamına dahil işçilerin iş sözleşmeleri ancak geçerli bir gerekçe ile sona erdirilebilir. Bunlar İş Kanunu madde 18'de düzenlenmiş olup; işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerdir. Keza İş Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, *cinsiyet*, medeni hal, aile yükümlülükleri, *hamilelik*, *doğum* ve benzeri nedenler iş güvencesine sahip işçinin hizmet akdinin feshinde geçerli neden teşkil etmeyecektir⁶³⁵. Bu doğrultuda işveren ayırım yasaklarına⁶³⁶ uymak ve geçerli bir sebebin olması koşuluyla sözleşmesi sona erdirilecek işçiyi serbestçe belirleyebilir⁶³⁷.

İş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin hizmet sözleşmeleri, İş Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen usule göre ihbar bildirimini yapmak veya bu süreye ilişkin ücreti işçiye peşin ödemek kaydıyla işveren tarafından feshedilebilir⁶³⁸. Ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan, işçinin *cinsiyeti* gibi ve benzer gerekçelerle

⁶²⁸ Çelik, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi, ss. 5-6.; Kaya, s. 164.

⁶²⁹ Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, s. 190.

⁶³⁰ T.C. Anayasası m.49.

⁶³¹ T.C. Anayasası m.13.

⁶³² İnsan Hakları Evren Bildirgesi m.23/1., Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m.7.

⁶³³ T.C. Anayasası m.17/1.

⁶³⁴ Bakırcı, Ayrımcılık Tazminatı, ss. 114-115.; Yuvalı, s. 184.

⁶³⁵ Yuvalı, ss. 185-187.

⁶³⁶ İş Kanunu m.5/1, 18/3.

⁶³⁷ Mollamahmutoğlu, s. 742.; Yuvalı, s. 197.

⁶³⁸ Yıldız, s. 241.

hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesi eşit davranma ilkesinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi bu durum aynı zamanda kötü niyetli fesihtir. Hizmet akdini fesheden işverenin kötü niyet tazminatı ödemesini gerektirir⁶³⁹.

İşverenin lehine geçerli veya haklı gerekçe ile fesih hakkı doğmuş olsa bile, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işveren cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve benzeri sebeplerle ayırım yaparsa fesih hakkını kötüye kullanmış veya haksız fesih yapmış olur. Örneğin, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanarak işçi veya işçilerin işine son vermek durumunda kalan işverenin, işten çıkarılacak işçinin veya işçilerin seçiminde meşru bir gerekçesi olmaksızın benzer pozisyondaki işçilere nazaran sadece hamile olan veya doğum iznine çıkacak olan işçi veya işçileri seçmesi İş Kanunu'nun 5. ve 18. maddelerinde düzenlenen eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırılık oluşturacaktır⁶⁴⁰.

Ayrıca belirtmek gerekirse, belirli süreli iş sözleşmesine bağlı çalışanlar için de iş güvencesi önlemleri geçerlidir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde iş ilişkisi ve sürekliliğin sağlanması sözleşmede belirlenen süre ile sınırlıdır ve çalışma süresi belirli olduğu için belirsiz süreli sözleşmelerde olduğu gibi hamilelik ve doğum durumlarında geniş bir güvence sağlamaz⁶⁴¹. Örneğin; belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışmaya başlayan kadın işçinin, iş sözleşmesinin bitimine üç ay kala hamile kalması ve iki ayın geçmesi sonucunda iş sözleşmesinin bitimine bir ay kala hamilelik kaynaklı işe devamı geçici olarak imkânsız hale gelmesi durumunda; işverenin kadın işçinin işe devamsızlık nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu madde 25 uyarınca iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için ihbar öneli ve buna ek altı haftalık sürenin aşılması gerekmektedir. Ancak iş sözleşmesi süresi kalan bir ay içinde tamamlanmış olacağından, ihbar öneli ve buna ek altı haftalık süre aşılmadan hamilelik kaynaklı rahatsızlığın başladığı süreden itibaren sözleşme süresi bitimine kalan bir ay sonra sözleşme süresi tamamlanmış olması nedeniyle sonra erecektir.

Yargıtay verdiği kararlarında, işverenin işe son verme eylemini keyfi, kötü niyetli fesih ya da doğrudan işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı olduğuna vurgu yaparak fesih işleminin geçersizliğine karar vermektedir⁶⁴². Fesih işlemi hangi

⁶³⁹ Yıldız, s. 241.; Yuvalı, s. 199.

⁶⁴⁰ Süzek, Sarper; (2005), s. 366.; Kaya, s. 166.

⁶⁴¹ Ekonomi, s. 13.

⁶⁴² Örneğin; Yargıtay kararına konu somut olayda, davacı işçi, işyerinde çalışırken hamileliği nedeniyle haksız bir şekilde işine son verildiğini iddia etmiştir. İşçinin, hamileliğini bildirmesi,

gerekçeyle gerçekleşirse gerçekleşsin eğer işverenin, feshe ilişkin kararının temelinde ayrımcı bir düşünce yatıyorsa ise fesih işleminin niteliğine göre yaptırım uygulanmaktadır⁶⁴³.

3.2.2.7. İspat Yükü

4857 sayılı İş Kanunu, 97/80/EC sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktif⁶⁴⁴ doğrultusunda ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda ispat yükünü özel olarak düzenlemiştir⁶⁴⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davrandığının ispat yükü işçidedir. Nitekim İş Kanunu madde 5 son fıkrasında "*İş Kanunu'nun 20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin anılan madde hükümlerine aykırı davrandığının ispat yükü işçiye aittir.*"⁶⁴⁶.

Lakin iki durumda ispat yükü yön değiştirerek işverene geçmekte ayrımcılık yasağına aykırı davranmadığının ispatı işverene yüklenmektedir. Bu iki durum:

i) 4857 sayılı İş Kanunu 20. maddesinde, hizmet akdi sona erdirilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasındaysa, (örneğin hizmet sözleşmesi işçinin cinsiyeti gibi ayrımcılık hallerinden birine dayalı feshedildiği gibi) feshin geçerli bir sebebe dayandığının ispatı işverene aittir. Ancak işveren feshin geçerli bir gerekçe ile yapıldığını 4857 sayılı İş Kanunu

hastaneden hamilelik takip raporu alması ve göndermesine karşın, işverence "işin gereklerini yerine getirmede yetersiz kaldığı" gerekçe gösterilerek davacının yazılı savunmasının alınması ardından iş akdi sonlandırılmıştır. Yargıtay, davacı iddialarının tanıklar tarafından doğrulandığı, işçinin savunmasının alınmasından önce hamilelik durumunun işverence bilindiğinin davalı tanıklarınca da doğrulandığı, gerçekte feshin davacının hamileliği nedeniyle yapıldığı ve yapılan feshin kötü niyetli olduğu sonucuna ulaşarak, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, işe başlatılmaması halinde tazminata hükmedilmesine karar vermiştir. Yrg.9.HD., 17.11.2016 gün ve E:2015/36382, K:2016/20288, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

⁶⁴³Çelik, İş Sözleşmesinin İşverence Feshi, ss. 6-7.; Kaya, s. 167.

⁶⁴⁴Söz konusu Direktifin 4. maddesinde ayrımcılık durumunda ispat yükü; "Üye devletler, adli sistemlerine uygun olarak, bir kimsenin işlem eşitliği ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının varsayılmasına imkân veren olayları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alırlar; işlem eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak davalı tarafa aittir. Bu direktif üye devletlerin davacı tarafa daha elverişli bir kanıtlama rejimi kabul ettirmelerine engel olmaz. Üye devletler, olayları işleme koyma yükümlülüğünün adli yargıya veya idari mercie ait olduğu davalarda, 1.fıkra'yı uygulamayabilirler." şeklinde düzenlenmiştir.

⁶⁴⁵ Yuvalı, s. 207.

⁶⁴⁶ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 195.

20. madde gereğince ispat ederse işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiğinde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür⁶⁴⁷.

ii) 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrasında, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir emareyi ortaya koyması durumunda, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir⁶⁴⁸. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği Hukukuna paralel olarak işçi açısından hafifletilmiş ispat yükü sistemi öngörülmüştür⁶⁴⁹. Kısaca, işçi eşit davranma ilkesine aykırı davranışın sergilendiği iddiasını genel hatlarıyla ortaya koyduğu takdirde yapılan işlemin hukuka uygunluğunun ispatı işverene geçmektedir⁶⁵⁰. Örneğin bir kadın işçinin, kendisiyle aynı veya eşit durumda olan erkek işçiden daha az ücret aldığını iddia etmesi durumunda, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini artık işverenin ispat etmesi gerekecektir⁶⁵¹.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 21. maddesinde de ayrımcılık yasağı ihlali durumunda ispat yükü düzenlenmiş, anılan madde hükmünde, "*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*" şeklinde ifade edilmiştir⁶⁵².

3.3. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞININ ÖNLENMESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ayrımcılıkla mücadelenin ve eşitliğin sağlanması için, ayırım yapılmaksızın herkesin hak ve özgürlüklerden yararlanması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Ayrımcılığın önlenmesine ilişkin

⁶⁴⁷ Mollamahmutoğlu, s. 553.; Yuvalı, s. 208.

⁶⁴⁸ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 195.

⁶⁴⁹ Yıldız, s. 301.; Yuvalı, s. 208.

⁶⁵⁰ Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:25, Legal Yayıncılık, 2010, s. 93.; Yuvalı, s. 208.

⁶⁵¹ Mollamahmutoğlu, s. 554.

⁶⁵² Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 42.

düzenlemeler, Türkiye'nin taraf olduğu temel insan hakları sözleşmeleri ve ayrıca Avrupa Birliği Hukuku'na uyum süreci paralelinde yapılmaktadır⁶⁵³.

Anayasa'nın kadın haklarının korunması dayanağını oluşturan düzenlemesi 10. maddesinde tanımlanan "kanun önünde eşitlik" ilkesidir. Anılan maddenin 1. fıkrasında cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması, 2. fıkrasında kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu vurgusu yapılarak Devlete bu eşitliği sağlayacak önlem alma yükümlülüğü öngörülmüştür⁶⁵⁴.

Türkiye'de istihdam alanında, kadınlarla ilgili gerek 4857 sayılı İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatında yer alan hükümlerin bir kısmı cinsiyet kökenine dayanan ayrımcılığı gidermeyi öngörürken diğer kısmı ise, çalışan işçinin kadın olması nedeniyle özel olarak korunması gereken durumlarda (hamilelik, analık gibi) bazı haklar öngörmektedir⁶⁵⁵.

4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinde eşit davranma ilkesi düzenlenmekte üçüncü fıkrasındaki hükümde ise "işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu olmadıkça, bir işçiye, hizmet akdinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya hamilelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı" öngörülmüştür.

Dikkat edildiğinde söz konusu hükümde işveren sadece biyolojik ve işin niteliğine ilişkin koşulların zorunlu kılması kaydıyla işçiler arasında cinsiyet veya hamileliğe dayalı olarak ayırım yapabilecektir⁶⁵⁶.

Hamilelik ve doğum halleri, işçinin işe devamsızlığına sebep olmakla beraber, hizmet akdi belirli süreler içinde varlığını korumaktadır. Bekleme süresinde hizmet akdinin askıda kalması veya bu süre içinde feshin yasaklanması hamilelik ve doğum halinde haksız feshine karşı alınan başlıca önlemler arasında yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu m. 74'te hamile işçiler için öngörülen kanuni çalıştırılmama süresinin bitiminden itibaren altı haftayı geçmesi durumunda İş Kanunu m.25/I gereğince işverene iş sözleşmesini feshetme yetkisi verilmektedir⁶⁵⁷.

⁶⁵³Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, "Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik", <https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>, (e.t.12.02.2019).

⁶⁵⁴ İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, s. 103.

⁶⁵⁵ Yuvalı, s. 118.

⁶⁵⁶ Mollamahmutoğlu, s. 547.; Yuvalı, s. 72.

⁶⁵⁷ Ekonomi, s. 12.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu 74. maddesinde,

“Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.” Söz konusu süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce veya sonra hekim raporu ile belirtilerek gerekirse artırılabilir.

4857 sayılı İş Kanunu 74. maddenin hamile kadın işçilerin çalışma koşullarıyla ilgili olarak getirdiği bir diğer hükmünde; doktor raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu nedene dayanarak işçinin ücretinde bir indirimle gidilemez, düzenlemesi yer almaktadır⁶⁵⁸.

Doğumun erken olması halinde kadın işçinin doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenerek kullanılır, bu husus doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmaz. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 55. maddesi gereğince kadın işçilerin doğum öncesi veya sonrası çalıştırılmadığı günler, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan hallerdendir ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınır⁶⁵⁹.

Doğum yapan kadın işçiye sağlanan bir diğer hak ise isteğe bağlı olarak verilen izindir. Bu husus 4857 sayılı İş Kanunu 74. maddesinin altıncı bendinde,

“İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anılan hükme göre yıllık ücretli izin süresinde dikkate alınmayan bu altı aya kadar varan süre içinde, ücret ödemesi yapılmayacağı için sigorta primi de kesilmez⁶⁶⁰.

Ayrıca kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için özel izin hakkı verilerek günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (İş K. m.74/7). Buradaki amaç kadın işçinin fiilen emzirme koşuluna bağlı tutulmadan bebeğin beslenmesidir⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ 4857 sayılı İş Kanunu m.74/5.

⁶⁵⁹ Yuvalı, s. 125.

⁶⁶⁰ Yuvalı, s. 126.

⁶⁶¹ Yuvalı, s. 126.

Hamile, yeni doğum yapmış veya emziren işçinin işyerlerindeki sağlık koşullarının ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemlerin alınması ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirleyen 16.08.2013 tarihli “Gebe veya Emziren Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” kabul edilmiştir⁶⁶².

Çalışma hayatında kadınlara yönelik koruyucu hükümler yalnızca İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ile sınırlı olmayıp Anayasa’da bu doğrultuda “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı” başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası gereğince; “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.” Mevzu bahis hükmün ikinci fıkrasında ise “Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.” düzenlemeleri yer almaktadır⁶⁶³. Bu maddede, kişilerin cinsiyetine uymayan işlerde çalıştırılmaması ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmaları gerekliliği, işin niteliğine ve biyolojik nedenlere ilişkin istisnalara denktir⁶⁶⁴.

Kadın işçilerin hamilelik ve annelik durumunda çalıştırılmasına ilişkin koruyucu düzenlemelerin biri de hamile işçiye doğum öncesi ve sonrası verilen izinlerdir⁶⁶⁵. Ayrıca kadın işçilerin, doğum yapması durumunda çalıştırılma yasağı ve hizmet akdinin askıda kalması doğrultusunda işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ilk düzenlemeler Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile kabul edilmiştir⁶⁶⁶. Kanun’un 155. maddesine göre “*Kendisi ve çocuğunun sağlığı için bir zarar oluşmayacağı bir doktor tarafından tahriren tasdik edilmedikçe, kadınların doğumlarından önce üç hafta ve doğumdan sonra yine üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaktır.*”

⁶⁶² Söz konusu Yönetmelik’te, gebe, emziren ve yeni doğum yapmış çalışan olarak üçlü bir ayırım yapılmıştır. Bu doğrultuda; gebe çalışan: Herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile gebeliği hakkında işverenini bilgilendiren çalışanı, emziren çalışan: Tabi olduğu mevzuat hükümleri uyarınca süt izni kullanmakta olan ve işverenini durum hakkında bilgilendiren çalışanı, yeni doğum yapmış çalışan: Yeni doğum yapmış ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren çalışanı ifade eder. (m.4)

⁶⁶³ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 462.

⁶⁶⁴ Bakırcı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 61.

⁶⁶⁵ Ekonomi, ss. 14-16.; Yuvalı, s. 124.

⁶⁶⁶ Ekonomi, s. 14.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 177. maddesinde "Hamile kadınlar doğum yapmalarından önce üç ay süresince çocuğunun ve kendisinin sıhhatine zarar veren ağır hizmetlerde çalıştırılmaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatini müteakip işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir." şeklinde düzenleme bulunmakla birlikte Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir" ifadeleri yer almaktadır⁶⁶⁷.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 16. madde 7. fıkrasında "Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin yedinci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet süresince müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum gerçekleşmez veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin gerçekleşmesinden itibaren bir ay süreyle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez." denilerek hamilelikte ücret ödenmesi hususu düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda hangi hallerin sözleşmenin sona erdirilmesi için geçerli sebep oluşturmayacağı belirlenmiştir. Nitekim "cinsiyet, aile yükümlülükleri, hamilelik"⁶⁶⁸ gibi nedenler kadın işçinin hizmet akdinin sonlandırılmasında meşru bir gerekçe olmayacağı⁶⁶⁹ gibi Kanun'un 74. maddesinde düzenlenen doğum öncesi ve doğum sonrası kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde, kadın işçinin işe gelmemesi hizmet akdinin sonlandırılması için geçerli bir dayanak oluşturmayacaktır⁶⁷⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki; feshe karşı koruma yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından geçerlidir. Keza belirli süreli iş sözleşmelerinde hamilelik ve annelik durumları gerçekleşse dahi sözleşme belirlenen sürede sona erer.

⁶⁶⁷ Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.177., Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.26.

⁶⁶⁸ 4857 sayılı İş Kanunu m.18/3-d.

⁶⁶⁹ Yargıtay da kararlarında İş Kanunu madde 5 ve madde 18/3-d gereğince cinsiyet, hamilelik veya doğum nedeninin meşru bir gerekçe oluşturmayacağına ve yapılan fesih işleminin geçersiz sayılacağına yer vermiştir. Buna ilişkin: Yrg.9.HD., 13.02.2017 gün ve E: 2016/3618, K: 2017/1588.; Yrg.9.HD., 14.04.2016 gün ve E: 2015/29051, K: 2016/9441.; Yrg.9.HD., 17.09.2015 gün ve E:2015/18355, K:2015/2603, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

⁶⁷⁰ 4857 sayılı İş Kanunu m.18/3-e.

Diğer bir deyişle hamilelik ve doğum nedeniyle askıda kalan süre sözleşmede belirlenen bitiş süresine eklenmeyecektir⁶⁷¹.

Ulusal ve uluslararası mevzuatın çeşitli hükümlerinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da düzenlenmiştir⁶⁷².

Avrupa Birliği hukuk düzeninde ayrımcılık yasağıyla ilgili ayrı bir kurum kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin; Fransa, İngiltere ve Hollanda ayrımcılıkla mücadele için ayrı bir kurum kurmak yerine, insan haklarıyla ilgili hali hazırda kurulmuş olan kurumlarına bu görevi vererek kurumları yeniden yapılandırmışlardır. Türkiye'de de aynı anlayışla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu; 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 20 Nisan 2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla kurulmuş ve 6332 sayılı Kanun'la 2012 yılında kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun yerini almıştır⁶⁷³.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, kişilerin hukuken tanınmış hak ve özgürlüklerini insan onuru temelinde korumak, geliştirmek; ihlalleri, işkence ve kötü muameleyi ve ayrımcı davranışları önlemek; bu esaslar dahilinde çalışmalar yaparak koruyucu ulusal önlemler almak; eşitlik anlayışının geliştirilmesine yönelik bilgilendirme yapmak ve insan hakları ihlali durumunda resen inceleme yaparak verilen karar doğrultusunda yaptırım uygulayabilmek görev ve yetkileri dahilindedir⁶⁷⁴.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ayrımcılığın temelleri, türleri, kapsamı ve istisnaları Avrupa Birliği müktesebatına ve Avrupa Konseyi belgelerine uyumlu olarak düzenlenmektedir. Ayrımcılığın konusu “hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma” olarak belirtilirken, Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasında “*cinsiyet, (...) doğum, medeni hâl (...) temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*” düzenlemesiyle yasaklanan ayrımcılığın temelleri ve türleri ele

⁶⁷¹ Yuvalı, s. 128.

⁶⁷² Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 33.

⁶⁷³ Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, “Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik”, <https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>, (e.t.12.02.2019).

⁶⁷⁴ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklari.merkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/36-turkiye-insan-haklar-ve-esitlik-kurumu/>, (e.t.12.02. 2019).

alınmıştır. Bu bağlamda maddede yer alan sebeplere dayalı bir tutum veya uygulama ile hukuka aykırı biçimde, kişilerin hak ve özgürlüklerden yararlanmasının engellenmesinin ayrımcılık oluşturacağı düzenlenmiştir⁶⁷⁵.

6701 sayılı Kanun madde 3/2’de doğum yapma sebebiyle aleyhe ayrımcı tutum sergilenmesi yasaklanırken, söz konusu Kanun’un 6. maddesinin 5. fıkrasında ayrıca “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, istihdam başvurusunu hamilelik, annelik ve çocuk bakımı” gerekçeleriyle reddedemeyeceği de ifade edilmiştir⁶⁷⁶.

Anılan Kanun’da ayrımcılık yasağının uygulama alanına girmek için herhangi bir sıfatla çalışmak yeterlidir. Avrupa Birliği müktesebatında ayrımcılık yasağının kapsamı; istihdam alanı, mal ve hizmetlere erişim, sosyal hizmetlere erişim olmak üzere 3 ana kategoriden oluşmaktadır. 6701 sayılı Kanun’da bu alanlar düzenlenmekle birlikte istihdam alanında ayrımcılık hususları ayrı bir maddede düzenlenerek işe alma, çalışma ve işe son verme süreçlerinin tümü ayrımcılık yasağı alanına dahildir⁶⁷⁷.

Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğünü iddia eden her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 6. maddesinde yer aldığı üzere, çalışmanın sadece İş Kanunu kapsamında olması zorunlu değildir; her türlü hizmet akdi, staj, serbest meslek, kamu kurumunda çalışma Kanun kapsamındadır. Yani ayrımcılık yasağı, kamu ve özel dahil tüm toplumsal kesimlerin aralarındaki ilişkileri kapsamaktadır⁶⁷⁸.

6701 sayılı Kanun’un 3. maddesinin dördüncü fıkrasında “*ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.*” ve anılan maddenin üçüncü fıkrasında da “*Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının*

⁶⁷⁵ Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, “Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik”, <https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>, (e.t.12.02.2019).

⁶⁷⁶ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu.

⁶⁷⁷ Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, “Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik”, <https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>, (e.t.12.02.2019).

⁶⁷⁸ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 37.

önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.” düzenlemeleriyle tedbir alma yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁷⁹.

Ayrıca ayrımcılığa maruz kalan kişi açısından 6701 sayılı Kanun iddiasında ispat kolaylığı öngörmüştür. Nitekim Kanun’da ispat yükünün düzenlendiği 21. madde gereğince; ayrımcılığa uğradığını ileri süren kişi, kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükü karşı tarafa geçecektir⁶⁸⁰.

Toplumsal cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesine yardımcı olmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)’nde denetleme, soruşturma ve yasama alanlarında, tavsiyelerde bulunma ve hak ihlallerini izleme yetkisi olan⁶⁸¹ TBMM bünyesinde yer alan ihtisas komisyonlarından biri olan ve 2009 yılında TBMM dışında bir tüzel kişiliği olmayan Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu 5840 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Komisyon cinsiyetçi yaklaşımlar sonucu kamusal ve özel alanda yaşanan mağduriyetler ve hak ihlalleri, işe alım aşamalarında cinsiyete dayalı ayrımcılık, kötü muamele gibi durumlarda yapılan başvuruları değerlendirmekte, gerekli görülmesi halinde ilgili makamlara konunun iletilerek kurumlar arası etkileşimi sağlamakta ve başvuran kişiyi süreç hakkında bilgilendirmektedir⁶⁸².

Mevzu bahis Kanun’un ilgili 3. maddesinde komisyonun görevleri yer almaktadır, maddede yer alan düzenlemeye göre TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunun görevleri yedi bentte şöyle sıralanmıştır:

“a) Kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, Başkanlığın talebi üzerine ya da istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun teklifleri ile olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kadın erkek eşitliği konusunda T.C. Anayasasına, uluslararası gelişmelere ve yükümlülüklerle uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak.

b) Her yasama yılının sonunda Türkiye’deki kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik gelişmelere ve Komisyonun o yılki faaliyetlerine ilişkin bir değerlendirme raporu hazırlamak ve bunu Türkiye Büyük Millet Meclisine sunmak.

⁶⁷⁹ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu.

⁶⁸⁰ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 39.

⁶⁸¹ Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, **AB ve Türkiye Kadınlar İçin Birlikte** broşürü, s. 3.

⁶⁸² İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insan.haklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/40-tbmm-kadn-erkek-frsat-esitligi-komisyonu/#pop>, (e.t.13.02.2019).; ayrıca bkz. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, “Komisyon Hakkında Genel Bilgiler”, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/hakkinda.htm>, (e.t.13.02.2019).

c) Kadın hakları ile kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak diğer ülkelerdeki ve uluslararası kuruluşlardaki gelişmeleri takip etmek, gerektiğinde yurt dışında incelemelerde bulunmak ve bu gelişmeler konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisini bilgilendirmek.

ç) Kadın erkek eşitliği konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmalarına ilişkin gerekli bilgi ve dokümanları temin etmek.

d) Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların kadın erkek eşitliği ve kadın hakları konusundaki hükümleri ile T.C. Anayasası ve diğer ulusal mevzuat arasında uyum sağlamak için yapılması gereken değişiklikleri ve düzenlemeleri belirlemek.

e) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca havale edilen kadın erkek eşitliğinin ihlaline ve toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek ve gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek.

f) Kadın erkek eşitliği konusunda kamuyu bilgilendirici etkinlikler yapmak.”⁶⁸³.

3.4. TÜRK HUKUKU'NDA HAMİLELİK VE DOĞUM TEMELİNE DAYALI CİNSİYET AYRIMCILIĞI YAPMA YASAĞINA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

Öncelikle belirtmek gerekirse cinsiyet ayrımı yapılmaksızın yargı mercileri önünde herkes eşit muamele görmelidir. Hakim, davayla ilgisi olmasa bile cinsiyet gibi nedenlerden doğan farklılıkların bilincinde olmak ve bunları anlamak zorundadır. Nitekim hakimlik görevini ifa ederken, hakim davayla ilgili olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle, yönlendirici tutumla veya önyargılı olarak hareket edemez. Hakim, yargıçlık sorumluluklarını, ayrımcılık yapmaksızın davanın tarafları, tanıklar, avukatlar, mahkeme personeli ve hakim meslektaşları dahil herkes için uygun yasal davranış ve düşüncelerle yerine getirmelidir. Dahası hakim, mahkeme personelinin veya yönetimi, denetimi altında olan diğer kişilerin; hakim önüne gelmiş bir vakıda, davayla ilgili olmayan nedenlerle, kişiler arasında ayrımcılık yapmalarına da izin vermemelidir⁶⁸⁴.

3.4.1. Hukuki Yaptırımlar

4857 sayılı İş Kanunu'nda, işverenin ayrımcılık yapma yasağına aykırı davranışına karşı hukuki yaptırım düzenlenmiştir⁶⁸⁵. Nitekim İş Kanunu'nun 5.

⁶⁸³ 5840 sayılı Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu.

⁶⁸⁴ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2013, s. 91.

⁶⁸⁵ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 194.

maddesinin 6. fıkrası uyarınca “Hizmet ilişkisinde veya hizmet akdinin meşru olmayan gerekçelerle madde 5 hükümlerine aykırı davranışlarla sonlandırılmasında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.” Söz konusu hükümde açıkça öngörüldüğü gibi ayrımcılığa maruz kalan işçi, ayrımcılık tazminatından başka yoksun kaldığı haklarını da talep edebilir⁶⁸⁶.

Tekrar belirtmek gerekirse ayrımcılığa maruz kalan işçi maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Özellikle ayrımcılığa sebebiyet veren tutum, işçinin kişilik haklarına da saldırı boyutundaysa manevi tazminat gündeme gelecektir⁶⁸⁷. Diğer yandan, ayrımcılığa maruz kalan işçinin 4857 sayılı İş Kanunu m.24/II-f uyarınca iş sözleşmesini “iş şartlarının uygulanmaması” gerekçesiyle haklı nedenle feshetme hakkı bulunmaktadır⁶⁸⁸. Örneğin, aynı nitelikte işte ve eşit verimde çalışan kadın işçiye, cinsiyeti sebebiyle erkek işçiye nazaran daha az ücret verilmesi durumunda kadın işçi İş Kanunu’nun 24. madde hükmüne dayanarak hizmet akdini haklı nedenle feshedebilir⁶⁸⁹.

İşçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için ayrımcılık oluşturan bir işleme ya da tutuma maruz kalması yeterlidir, zararın doğması gerekmez⁶⁹⁰. Ayrıca İş Kanunu’nun 5. maddesinin 6. fıkrasında “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” denilerek ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için hizmet akdinin sona erdirilmesinin gerekmediği, iş ilişkisinin devamı sırasında ayrımcılık yasağının ihlali durumunda da ayrımcılık tazminatı talep edilebileceği öngörülmüştür⁶⁹¹.

Ayrıca fesih durumunda ayrımcılık yasağı ihlal edilmişse haksız feshe veya feshin geçersizliğine hükmedilir⁶⁹². 4857 sayılı İş Kanunu 17. maddesinin 6. fıkrasında “18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.” denilerek iş güvencesinden yararlanan işçiler dışında işçiler için kötü niyet tazminatı öngörülmüştür. Kötü niyet tazminatının ve ayrımcılık

⁶⁸⁶ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 49.; Süzek, Eşit Davranma Borcu, s. 34.; Yuvalı, s. 220

⁶⁸⁷ Mollamahmutoğlu, s. 552.; Yuvalı, s. 220.

⁶⁸⁸ Yıldız, s. 327.

⁶⁸⁹ Yuvalı, s. 221.

⁶⁹⁰ Yıldız, s. 414.

⁶⁹¹ Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, ss. 76-77.; Yuvalı, s. 222.

⁶⁹² Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 40.

tazminatının birlikte istenip istenemeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte; bir görüşe göre ayrımcılık tazminatıyla ilgili hükümde sadece sendikal tazminatın ayrımcılık tazminatıyla birlikte talep edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Ayrımcı bir fesih aynı zamanda kötü niyetli bir fesihtir⁶⁹³. Bu durumda Kanun lafzından hareket ederek kötü niyet ve ayrımcılık tazminatları birlikte talep edilebilir sonucuna varmak gerekir⁶⁹⁴. Diğer görüşe göre ise ayrımcılık kötü niyetin özel bir hali olarak kabul edilerek her iki tazminata da birlikte hükmedilmemesi gereklidir⁶⁹⁵.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı, “iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde” ayrımcı fiiller sonucunda uygulanacağından, işe başvuru ve iş sözleşmesi yapılırken maruz kalınan ayrımcı fiiller karşısında Borçlar Hukuku’nun genel hükümler çerçevesinde, iş sözleşmesi görüşmeleri esnasında tarafların özenli ve dürüst davranma borçlarına aykırı davranmaları nedeniyle verdikleri zarardan (culpa in contrahendo) hakkaniyet ilkesi gereğince tazminat talep edilebilir⁶⁹⁶.

3.4.2. Cezai Yaptırımlar

Anayasa’nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ayrımcılık suçunun cezai yaptırımı düzenlenmiştir⁶⁹⁷. Türk Ceza Kanunu’nun “Nefret ve Ayrımcılık” başlıklı 122. madde lafzına göre;

“Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;
a) *Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,*
b) *Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,*
c) *Bir kişinin işe alınmasını,*
d) *Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*⁶⁹⁸.

⁶⁹³ Mollamahmutoğlu, ss. 554-555.; Süzek, İş Hukuku, s. 416.; Yuvalı, s. 226.

⁶⁹⁴ Mollamahmutoğlu, ss. 554-555.; Yıldız, s. 334.

⁶⁹⁵ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 50.

⁶⁹⁶ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 41.

⁶⁹⁷ Çelik, İş Hukuku Dersleri, s. 195.; Yenidünya, s. 99.; Yuvalı, s. 233.

⁶⁹⁸ Söz konusu hükmün gerekçesi; “Madde, insanlar arasında, yürürlükteki kanun ve nizamların izin vermediği ayrımlar yapılarak, bazı kişilerin hukukun sağladığı olanaklardan yoksun hâle getirilmelerini cezalandırmaktadır. Madde suçun maddî unsurlarını ayrı ayrı belirtmiştir. Bu fiiller, maddede sayılan ayırım nedenlerine dayanılarak bir taşınır veya taşınmaz malın satılmaması, devredilmemesi veya bir hizmetin icra olunmaması, hizmetten yararlanmanın engellenmesi, kişinin işe alınması veya

Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu re'sen kovuşturulur. Ayrıca suçun oluşması bakımından failin kasten ve belirli bir saikle yani bireyler arasında cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapma niyetiyle hareket etmesi gerekir⁶⁹⁹.

3.4.3. İdari Yaptırımlar

4857 sayılı İş Kanunu'nda eşit davranma ilkesinin düzenlendiği 5. maddeye aykırı davranmanın bir diğer yaptırımı olarak idari para cezası öngörülmüştür. Nitekim İş Kanunu m.99/I-a bendinde "Bu Kanunun beşinci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası, idari para cezası verilir." hükmü idari yaptırım uygulanmasını öngörmüştür⁷⁰⁰.

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanun'un ayrımcılık yasağı ihlali durumunda 25. madde lafzına göre;

"(1) İhlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

(3) 19'uncu maddede öngörülen yükümlülükler, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkrada kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para

alınmamasının bu ayırım nedenlerine bağlanması, besin maddelerinin verilmemesi, kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasından kaçınılması, kişinin herhangi bir ekonomik faaliyette bulunmasının engellenmesidir. Ancak menfi nitelik arz eden ve ihmal tabiatında bulunan bütün bu hareketler maddenin birinci fıkrasında gösterilen saiklere bağlı olarak gerçekleştirilecektir; yukarıda belirtilen olumsuz hareketler, kişilere karşı kökenleri, cinsiyetleri, aile durumları, örf ve âdetleri, kişilerin değişik felsefi inançları, ayrı bir etnik gruba mensup bulunmaları, farklı ırk, din, mezhep mensubu bulunmaları nedeni ile gerçekleştirilmiş olacaktır. Yoksa söz gelimi iş sahiplerinin beğenmedikleri kişileri işe almamalarının cezalandırılması söz konusu değildir. Amaç, vatandaşlar arasında çeşitli etmenlere dayanan grup mensubiyeti nedeniyle ayırım yaptırmamaktır. Madde böylece aslında millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacıyla gütmektedir."

⁶⁹⁹ Yenidünya, s. 111.; Yıldız, s. 334.; Yuvalı, s. 233.

⁷⁰⁰ Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 36.; Yuvalı, ss. 235-236.

cezası uygulanır. Bu fıkrada düzenlenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz.

(5) Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

(6) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır.⁷⁰¹

Bu doğrultuda anılan Kanunu'nda da insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlali durumunda, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun vakıayı resen inceleme, karara bağlama, sonuçlarını gözlemleme görev ve yetkilerinin yanı sıra 25. maddesi gereği Kurum'a idari para cezası verme yetkisi de verilmiştir⁷⁰².

⁷⁰¹ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu.

⁷⁰² Sur, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 39.

SONUÇ

Geçmişten günümüze en çok tartışılan kavramlardan olan ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, felsefi tartışmalarla Milattan Önce ortaya çıkmış, toplumsal değişim ve gelişim süreçlerinde felsefi tartışmaların ötesinde, toplumların yeniden oluşmasında etkili olmuşlardır. Ayrımcılık yasağının en çok uygulandığı alanlardan biri olan cinsiyete dayalı ayrımcılığın ortak tek bir tanımını yapmak, kapsamını belirlemek hususunda görüş birliği sağlanamamış olsa da dolaylı, doğrudan ve pozitif ayrımcılık olmak üzere ayrımcılık türleri ortaya konarak farklı şekilde tanımlanmaya çalışılmıştır. Lakin ortak bir tanım olmasa dahi eşitlik ilkesi doğrultusunda kadın erkek cinsiyet ayrımı yapılmaması ilkesi zamanla temel insan hakları kapsamında kabul görmüştür.

Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, bir kişiye cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü özellikleri nedeniyle farklı davranılmasının yasaklanmasıdır. Cinsiyet ayrımcılığı yasağı doğrultusunda kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düşünceler 19. yüzyıla dayanır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ve bu doğrultuda kadın erkek eşitliği ilkesi, adalet ve özgürlük arayışını içinde barındırır. Günümüzde cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ilkesi özgürlük ve eşitlik arayışıyla anlaşılarak adaletin sağlanmasında temel bir değere karşılık gelmektedir.

Temel insan hakları ve özgürlüklerin zamanla önem kazanmasıyla; uluslararası örgütler, düzenledikleri çeşitli belgelerde ve sözleşmelerinde, devletler ise iç hukuklarında yaptıkları düzenlemelerinde kadın haklarının da temel insan hakkı olduğu doğrultusunda, cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve cinsiyetler arası eşitlik konularına değinmiştir. Genel anlamda eşitliği düzenleyen insan hakları kaynaklı tüm belgelerde herkesin “ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal düşünce, etnik köken, mülkiyet, doğum veya başka ayırım” gözetilmeksizin bütün haklardan ve özgürlüklerden yararlanma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Böylece cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve cinsiyetler arası eşitlik konuları daha da ayrıntılı ele alınarak ulusal ve uluslararası boyutta hamilelik ve doğum temeline dayalı cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin düzenlemeler yapılmış, annenin ve yeni doğmuş çocuğunun sağlığının korunması ve iş güvencesinin de sağlanması amaçlanmıştır.

Kadının biyolojik yapısına özgü hamilelik ve doğum hallerine dayalı olumsuz muamele, ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir. Hamile veya doğum yapan kadının, işten çıkarılmaya ve ayrımcılığa karşı koruma, doğumdan sonra işe başlama ve hamilelik süresince ücret ve diğer yan ödemelerin sürdürülmesi açısından herhangi bir hak kaybına uğramaması, ayrıca erkeklerle eşit statüye getirilmek adına yapılan çeşitli özel düzenlemeler, cinsiyet temelli ayrımcılık yasağı kapsamı dışında tutulmuştur.

Kadına yönelik pozitif ayrımcılık uygulamaları, kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasının engellenmesi adına devletin yerine getirmesi gereken olumlu (pozitif) yükümlülüklerinden sadece biridir. Lakin kadın erkek eşitliğine veya cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin kanun hükümlerinin düzenlenmesi doğrultusunda kadın cinsiyetinin biyolojik özelliği olan hamilelik ve doğum yapma hallerine ilişkin düzenlemelerin yapılması, hamile ve doğum yapan kadının korunması gibi tedbirler ayrıcalık olmadığı ve zaten alınması gerektiği, ayrıca kota uygulamasının aksine kadınlara öncelik sağlamadığı için pozitif ayrımcılık çatısı altına girmezler.

Çalışmanın ikinci bölümünde ilgili konu çerçevesinde irdelenen Avrupa Birliği Hukuku'nda, cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin düzenleme 1957 tarihli kurucu antlaşma olan Roma Antlaşması'na kadar dayanır. Lakin ilgili husus Birlik Hukuku'nda başlarda tüm alanlarda gerçekleştirilmeye çalışılmamış, istihdam alanında eşit değerde işe ücret eşitliği kapsamında değerlendirilmiştir. Düzenlenen yeni kurucu Antlaşmalar ve Direktifler ışığında eşit işe eşit ücret ilkesi kapsamı genişlemiş, istihdam alanının her aşamasında kadınlara ve erkeklere eşit muamele ilkesi geliştirilmiştir.

Avrupa Birliği'nin öncelik verdiği ekonomik bütünleşme hedeflerinden siyasi, sosyal birliğin ve barışın sağlanması hedefine yönelmesiyle cinsiyet ayrımcılığı yasağı artık ekonomik amacın ötesinde istihdam alanından çıkıp temel insan hakları boyutunda ele alınmaya başlanmıştır. Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları, cinsiyet ayrımcılığı yasağını somutlaştırma ve kapsamlı bir mevzuata dönüştürme bakımından büyük önem taşımaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kabulüne kadar olan süreçte yazılı bir hak kataloğu bulunmayan Avrupa Birliği'nde, pozitif normların, ayrımcılık yasağının etkili biçimde uygulamaya geçirilmesinde yetersiz kaldığı durumlarda, kurucu antlaşmaları ve direktifleri

yorumlayarak, uygulanmalarında hukuka uyulmasını sağlayan Avrupa Birliği Adalet Divanı, verdiği kararlar doğrultusunda Birlik Hukuku'nda adeta bir hak kataloğu oluşturmuş, cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin mevzuatın gelişmesine önemli katkıda bulunmuştur. Birlik hukukunda eşitlik ilkesi, doğrudan uygulanabilirliği ve üstünlüğu kabul edilen hukukun genel ilkelerden biri olup ayrımcılık yasağını güvence altına almış, dolayısıyla pozitif normların yetersiz kaldığı durumlarda Avrupa Birliği Adalet Divanı oluşturduğu içtihatlarıyla koruma sağlamıştır. Bu bağlamda cinsiyet ayrımcılığı yasağı istihdam alanıyla sınırlı kalmayarak Birliğin tüm faaliyet ve politikalarına uygulanacak bir ilke haline gelmiştir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda birincil ve ikincil hukuk mevzuatında yapılan değişikliklerle; cinsiyet ayrımcılığı yasağının tüm boyutuyla hayata geçirilmesinin sağlanması hedeflenmiştir. Nitekim yazılı bir temel hak kataloğu niteliği taşıyan Avrupa Birliği Temel Haklar şartı'nın 2009 yılında Lizbon Antlaşması ile kabul edilmesi doğrultusunda, kadın erkek eşitliği ilkesince cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması, temel bir insan hakkı olarak güvence altına alınmış; hamilelik ve doğum yapma durumlarında kadının korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin, egemenlik yetkilerinin bir kısmını Avrupa Birliği'ne devretmeleri ile Avrupa Birliği, ulusalüstü bir karaktere sahiptir. Bunun neticesinde Birlik Hukuku'nun üstünlüğünün kabul edilmesiyle, Birlik Hukuku'nda cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ile ilgili yapılan düzenlemeler üye devletleri bağlayıcı niteliktedir.

Çalışmanın son bölümünde cinsiyet ayrımcılığı yasağının Türk Hukuku'na yansması incelenmiştir. Nitekim Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesi bağlamında Anayasa'da, İş Hukuku, Ceza Hukuku ve diğer alanlarda cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler yer almakta, yasağın ihlali halinde hukuki, cezai ve idari yaptırımlar öngörülmektedir. Genel anlamda cinsiyet ayrımcılığı yasağı kapsamında değerlendirilen, hamilelik ve doğum temeline dayalı ayrımcılığıa ilişkin yasal düzenlemeler de getirilmiştir. Gerek Anayasa ve Ceza Hukuku olsun, gerekse İş Hukuku'nda, kadınların hamilelik ve doğum yapma durumları sebebiyle meşru bir gerekçe olmaksızın cinsiyet ayrımcılığı yapılması yasaklanmış, hamile ve doğum yapan kadın hakları güvence altına alınmıştır.

Ayrıca Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından kadın erkek eşitliğini düzenleyen, taraf olduğu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirme taahhüdü altındadır. Nitekim uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi gereğince ulusal mevzuatla bir ihtilaf durumunda, kabul edilen uluslararası sözleşmeler öncelikli olarak uygulanır. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik süreci içinde oluşu sebebiyle de Türkiye konu ile ilgili mevzuatını, Avrupa Birliği müktesebatına yakınlaştırma ve onunla uyumlu hale getirme yükümlülüğü doğrultusunda başta Anayasa olmak üzere, çeşitli kanunlarda cinsiyet ayrımcılığı yasağına yönelik değişiklikler ve düzenlemeler yapmıştır. Ayrıca Türk İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi, uluslararası düzenlemelere ve Avrupa Birliği Hukuku'na paralellik gösterecek şekilde düzenlenmiştir. Bu değişiklikler ile cinsiyet ayrımcılığı yasağının tam anlamıyla sağlanması doğrultusunda, kadın erkek eşitliğinin tüm alanlarda gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Tekrar belirtmek gerekirse genel ayrımcılık yasağı; kadın ile erkek arasında cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamasının yanı sıra, hamile veya doğum yapmış kadının, haklı bir gerekçe olmaksızın karşı cins ile arasında yapılan ayrımcılığı da içerir. Eşitlik ilkesi her ne kadar kadın-erkek eşitliği noktasına yoğunlaşmış olsa da hamile veya doğum yapmış kadın ile erkek arasında kurulacak eşitlik dengesini de kapsar.

Kadınların hamilelik ve doğum yapma niteliklerinin gerek çalışma ve kariyerleri olsun gerekse tüm alanlarda bir engel oluşturmaması için tedbirlerin alınması gereklidir. Hamilelik ve doğum nedeni dahil cinsiyet ayrımcılığı yasağı doğrultusunda kadın erkek eşitliğinin hayata geçirilmesine yönelik çeşitli yasal düzenlemeler öngörülmesi, pozitif (olumlu) ayrımcılığa ilişkin kota gibi uygulamalar yapılması, politikalar oluşturulması önemli ve gerekli; lakin yeterli değildir. Cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin yalnızca yasal düzenlemeler yapılması, hayatta her alanda tam anlamıyla kadın erkek eşitliğini sağlamaz. Kadın ve erkeğin sadece hukuksal düzenlemelerle değil fiili olarak da eşitliğinin sağlanması gerekir.

Pek çok kadın hamilelik ve doğum yapma hallerinde ayrımcılığa uğramakta, işe alınmama ya da işini kaybetme risklerinden korunamamakta, temsil sağlayamamaktadır. Hamile ve doğum yapan kadınların istihdama katılmalarını sağlamak ve onlara karşı her alanda ayrımcılığın yapılmasını önlemek için kadınlara

yönelik önyargıların, farkındalık yaratılarak ve halkı bilinçlendirerek ortadan kaldırılması gerekmektedir. Siyasal ve hukuksal eşitliğin sağlanması durumunda, kadınlara karşı ayrımcılık yapılmaksızın insana yakışır işlerde çalıştırılarak, anne sağlığı korunabilir ve ekonomik anlamda güçlenmeleri bakımından ilerlemeler sağlanabilir.

Demokrasinin olmazsa olmazı olan kadın erkek eşitliği ilkesi ve cinsiyet ayrımcılığı yapmama, aileden başlayarak toplumsal yaşamın her alanında, eğitimde, çalışma hayatında, siyasette, çağdaş kriterlerle yasal temele dayandırılmalı ve amaca uygun uygulamaya geçirilmelidir⁷⁰³. Geçmişten günümüze evrimleşerek gelen cinsiyet ayrımcılığı yasağı yaşama tam anlamıyla geçirilmedikçe yapılan düzenlemeler beklenen amacı yerine getirmiş sayılmayacaktır. Bu bağlamda gerek uluslararası hukuk boyutunda gerekse Avrupa Birliği Hukuku, Türk Hukuku'nda ve ulusal mevzuatta; cinsiyet ayrımcılığına karşı belirlenen yasal düzenlemelerle ve ayrımcı tutum mağduru olan dezavantajlı kişilere yardımcı olacak tedbirlerle birlikte; düzenlemelerin tekrar gözden geçirilerek anneliğin korunması ilkelerinin yaygınlaştırılması, zararlı toplumsal cinsiyet kalıplarının kullanılmaması için mücadele edilmesi, yapılan yasal düzenlemelerin uygulanması, ilkelerle onları fiiliyata geçirme durumu arasındaki boşluğun kapatılması, kadına yönelik ayrımcılığa ilişkin iddiaların gerektiği şekilde dikkate alınması, geçmişten günümüze gelen zararlı toplumsal cinsiyet yargılarından uzaklaşarak cinsiyet ayrımcılığı yapılmaması ve kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusunda bilgilendirme programlarının planlanması ve eğitim verilmesi, bu bağlamda toplumsal bilincin ve duyarlılığın oluşturulması, geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması, hayatın tüm alanlarında cinsiyete dayalı ayrımcı tutumların belirlenmesi, araştırılması ve ayrımcılıkların kaldırılması için planlanan uygulamaların ilerleme durumlarının izlenmesi, denetlenmesi gereklidir.

⁷⁰³ Moroğlu, Avrupa Birliği Uyum Süreci, s. 73.

KAYNAKÇA

Acar, Feride. “Kadınların İnsan Haklarında Ulusalüstü Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler”, **Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar**, (Der. Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek), Koç Üniversitesi Yayınları:47, 2. Baskı, İstanbul 2014, ss. 185-193.

Akad, Mehmet ve Bihterin Dinçkol. **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları:287, Gözden Geçirilmiş 6. Basım, İstanbul 2011.

Anayurt, Ömer. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

Arsava, Füsun. “Avrupa Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, 2005, ss. 117-124.

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, **AB ve Türkiye Kadınlar İçin Birlikte** broşürü, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, Avrupa Birliği, 2014.

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, “AB’nin Tarihçesi”, <https://www.avrupa.info.tr/tr/abnin-tarihcesi-82>, (e.t. 01.02.2018).

Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, **Açıklamalarla Avrupa Birliği- Avrupa Birliği Nasıl Çalışır, AB Kurumları Rehberiniz** broşürü, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, 2013.

Aydınöz, Gonca. “Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/3, Sayı:22, ss. 163-192.

Bakırcı, Kadriye. “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, **Kadın Araştırmaları Dergisi**, Sayı:10, 2012/1, ss. 1-37, (İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik).

Bakırcı, Kadriye. “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:2, İstanbul 2006, ss. 114-121, (Ayrımcılık Tazminatı).

Bakırcı, Kadriye. **Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, (Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı).

Barnard, Catherine. “Gender Equality In The EU: A Balance Sheet”, **The EU and Human Rights**, (Ed. Philip Alston), Oxford Üniversitesi Yayınları, 1999, ss. 215-281, (Gender Equality).

Barnard, Catherine ve Bob Hepple. “Substantive Equality”, 59 Cambridge Law Journal, 2000. (Maddi Eşitlik), <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/substantive-equality/1AC13C0FF5C509808284AFDD1F2531A9>, (e.t.18.01.2019).

Baysal, Ulaş. “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:25, Legal Yayıncılık, 2010, ss. 59-99.

Bilgin, Azime Aslı. **Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması**, Doktora Tezi, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3, Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, Ofset Fotomat, Ankara 2014.

Bozkurt, Enver, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş. **Avrupa Birliği Hukuku**, Asil Yayın, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.

Börü, Şafak. “Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** (Özel Sayı), Kadın ve Hukuk, 2017, ss. 43-63.

Can, Hacı. **Avrupa Birliği Hukuku**, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul 2013-II.

Çavuşoğlu, Naz. “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi”, ss. 1-15, <https://www.anayasa.gov.tr/media/4610/naz.pdf>, (e.t. 11.10.2018).

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 26. Bası, İstanbul 2013, (İş Hukuku Dersleri).

Çelik, Nuri. “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:4, Aralık 2006, ss. 5-12, (İş Sözleşmesinin İşverence Feshi).

Doğan Yenisey, Kübra. “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Seminer Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, ss. 63-82, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık).

Doğan Yenisey, Kübra. “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği İş Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, **Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:6, Sayı:4, Ankara 2002, (Kadın-Erkek).

Döner, Ayhan. “Avrupa Birliği Hukuk Düzeninde İnsan Hakları: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, ss. 953-964.

Dünder Sezer, Tijen. **İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet**, Turhan Kitapevi, Ankara 2019, (İnsan Hakları Hukuku).

Dünder Sezer, Tijen. “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı:3, Temmuz 2009, ss. 120-192, (Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin).

Dünder Sezer, Tijen. “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin R.K.B./Türkiye Kararı ve Kararda Benimsenen Görüşlerin Olası Etkileri”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt:2, Sayı:4, 2013, ss. 401-432, (R.K.B./Türkiye Kararı).

Ekonomi, Münir. “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:22, 2009/3, ss. 11-33.

Erdoğan, Mustafa. **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

Eroğul, Cem. **Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, İmaj Yayınevi, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Ankara 2010.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, (Temel Haklar).

Ertürk, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve AB Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Yayınları, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara 2008, (Kadın Erkek Eşitliği).

Fontaine, Pascal. **AB Nedir?**, Çev. Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu tarafından yürütülen Avrupa Birliği Bilgi ve İletişim Destek Programı, Avrupa Birliği Resmi Yayınlar Ofisi, 2010.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan hakları Hukukuna Giriş**, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Gosepath, Stefan. "Equality", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, (Ed. Edward N. Zalta), <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>, (e.t. 20.01.2019).

Gören, Zafer. **Türk-Alman-İsviçre Hukuku'na Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:83, 2. Baskı, İzmir 1998.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Bursa 2010.

Gözübüyük, A. Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2011.

Gülmez, Mesut. **Avrupa Birliği ve Sosyal Politika**, Hatiboğlu Yayınları, Ankara 2008, (Avrupa Birliği ve Sosyal Politika).

Gülmez, Mesut. **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye-İş Yayınları, AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara 2009, (Ayrımcılığın Kaldırılması).

Güriz, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, 8. Baskı, Siyasal Kitapevi, Ankara 2009.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler**, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2011.

Hanski, Raija ve Martin Scheinin. **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

İba, Şeref. “Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:39, Sayı:1, Mart 2006, ss. 1-15.

İnceoğlu, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Seminer Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, ss. 45-61.

İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, Matus Basımevi Reklam ve Yayıncılık, Ankara 2006.

İnsan Hakları Komitesi, “Medeni ve Siyasi Hakların İzlenmesi” (Human Rights Committee, Monitoring civil and political rights), <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIntro.aspx>, (e.t. 20.03.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Avrupa Birliği, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/35-avrupa-birligi/>, (e.t.17.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>, (e.t. 14.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Avrupa Konseyi Sözleşmeleri, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/30-avrupa-konseyi-sozlesmeler/>, (e.t.14.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Avrupa Sosyal Şartı (Gözden Geçirilmiş), Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku**

Bilgi Bankası, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/81-gozden-gecirilmis-avrupa-sosyal-sart/>, (e.t. 14.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“Avrupa Sosyal Şartı’na Ek Protokol, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/68-avrupa-sosyal-sartna-ek-protokol/>, (e.t. 14.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“Birleşmiş Milletler, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**,
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/25-birlesmis-milletler-genel-bilgi/>,
(e.t.14.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Genel Bilgi”,
İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası,
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/120-ekonomik-sosyal-ve-kulturel-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>, (e.t. 16.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“İnsan Hakları Komitesi, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**,
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/138-insan-haklar-komitesi/>, (e.t.
20.03.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**,
<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/122-kadnlara-kars-her-turlu-ayrmlgn-onlenmesi-sozlesmesi/>, (e.t. 16.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi,
“Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları**

Hukuku Bilgi Bankası, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>, (e.t. 20.03.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/40-tbmm-kadn-erkek-frsat-esitligi-komisyonu/#pop>, (e.t.13.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/36-turkiye-insan-haklar-ve-esitlik-kurumu/>, (e.t. 12.02.2019).

İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, “Uluslararası Çalışma Örgütü, Genel Bilgi”, **İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası**, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/33-uluslararası-calışma-orgutu/>, (e.t.16.02.2019).

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku**, 4. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.

Kantarcıoğlu, Fulya. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu Kitabı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:86, İzmir 1998, ss. 53-78.

Kapani Münci. **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı (tıpkı basım), Ankara 1993.

Karan, Ulaş. “Türk Hukuku’nda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:73, Kasım-Aralık 2007, ss. 146-173.

Kardam, Nüket. “Kadının İnsan Hakları-Yeni Çözümler Vakfı, Kadının İnsan Hakları Eğitimi Programı, 1995-2003 Değerlendirme Raporu”, <http://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2018/08/DegerlendirmeRaporu.pdf>,(e.t. 18.03.2019).

Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayın, Bursa 2009.

Konuk, Bahar. “Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi”, **E-Journal of Yaşar University (Yaşar Üniversitesi E-Dergisi)**, ss. 1725-1752, <https://journal.yasar.edu.tr>, (e.t. 18.03.2019).

Korkut, Levent. **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, Adres Yayınları, Ankara 2009.

Mathieu, Jean-Luc. **Avrupa Birliği**, Dost Kitapevi Yayınları, Kültür Kitaplığı:46, Siyaset Bilim:2, Ankara 2006.

Metin, Yüksel. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı:57-4, ss. 35-63.

Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara 2008.

Moroğlu, Nazan. “Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, Aralık 2006, ss. 209-217, (AB Antlaşmaları ve Yönergeleri).

Moroğlu, Nazan. “Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde “*Kadın Erkek Eşitliği*”, Anayasa’da ve Yasalarda Yapılan Değişiklikler ve Çıkarılan Yeni Yasalar”, 2004,

<https://nazanmoroglu.com/avrupa-birligine-uyum-surecinde-kadin-erkek-esitligi/>,
(e.t. 16.02.2019), (Avrupa Birliği Uyum S¼reci).

Oder, Bertil Emrah. “Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası”, **T¼rkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Eşitsizlikler M¼cadeleler Kazanımlar**, (Der. H¼lya Durudoğan, Fatoş G¼křen, Bertil Emrah Oder, Deniz Y¼kseker), Koç Üniversitesi Yayınları:47, 2. Baskı, İstanbul 2014, ss. 195-224.

Onaran Y¼ksel, Melek. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında T¼rk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

¼ktem, Niyazi. **Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, İstanbul Der Yayınları, İstanbul 1993.

¼zbek, Veli ¼zer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, G¼ncellenmiř ve Geliştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2013.

¼zbudun, Ergun. **T¼rk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2002.

¼zcan, Mehmet. “Avrupa Birliği’nde İnsan Hakları”, **Avrupa Birliği Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar**, (Ed. Belgin Akçay ve İlke G¼çmen), 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ss. 789-810.

¼zdamar, Demet. **CEDAW S¼zleřmesi, Kadınlara Karşı Her T¼rl¼ Ayrımcılığın ¼nlenmesine Dair S¼zleřme ve Ek İhtiyari Protokol¼n, İç Hukukumuzda, ¼zellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, (CEDAW).

¼zdamar, Demet. “Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Y¼n¼ ile Avrupa Birliği’nde ve T¼rkiye’de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler”, **Selçuk Üniversitesi**

Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:2, 2006, ss. 11-67, (Kadının Hukuki Konumu).

Özdemir, Erdem. **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006.

Özsunay, Ergun. **Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye-AB İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Öztekin, Ali. **Siyaset Bilimine Giriş**, Siyasal Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2010.

Öztürk, Gülce. **Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü Yoluyla Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Rehbinder, Manfred. “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer Teoman, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:45, Sayı:1-4, ss. 745-759.

Sanioğlu, Hilal. “Avrupa Birliği Hukukunda İnsan Hakları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:74, 2008, ss. 77-111.

Sartori, Giovanni. **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan, Sentez Yayıncılık, Ankara 1993.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Legal Yayınları, İstanbul 2006.

Sur, Melda. “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu”, **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu Kitabı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:86, İzmir 1998, ss. 165-183, (Çalışma Hayatında Kadın).

Sur, Melda. **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:66, Adalet Matbaacılık, Ankara 1995, (İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları).

Sur, Melda. “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, ss. 33-51, (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı).

Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş 5.Baskı, İstanbul 2011, (Uluslararası Hukukun Esasları).

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Beta Yayınları, 5.Baskı, İstanbul 2009, (İş Hukuku).

Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2008, Sayı:12, ss. 24-39, (Eşit Davranma Borcu).

Şenel, Alaeddin. **Eski Yunan’da Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.

Şimşek, Oğuz. “Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl.73, Sayı:1, Ocak 2008, ss. 116-134.

TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, “Komisyon Hakkında Genel Bilgiler”, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/hakkinda.htm> (e.t.13.02.2019).

Tekinalp, Ünal ve Gülgören Tekinalp. **Avrupa Birliği Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1987.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2014.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Rıfat Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 8. Baskı, Ankara 2012.

Tuncay, Aziz Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları :549, 10. Baskı, Ankara 2005.

Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu, “Görev Alanları, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik”,<https://www.tihk.gov.tr/ayrimcilikla-mucadele-ve-esitlik-3>,(e.t.12.02.2019).

Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsana Yakışır İşin Merkezindeki Konu: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, “Geleceğin Korunması: Annelik, Babalık ve Çalışma”, **Geri Plan Broşürü**, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120428.pdf, (e.t. 02.03.2019).

Uluslararası Çalışma Örgütü, İnsana Yakışır İşin Merkezindeki Konu: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, “Kadının Güçlendirilmesi: 90 Yıllık ILO Eylemi!”, **Geri Plan Broşürü**,http://www2.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@gender/documents/publication/wcms_120434.pdf, (e.t. 02.03.2019).

Yenidünya, Caner. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası Seminer Tebliğleri/Özel Sayı, Sayı:11, 2006/4, ss. 97-116.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

Yuvalı, Ertuğrul. **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

EK

**ÇALIŞMADA ADI GEÇEN ANTLAŞMALAR, DİREKTİFLER VE
KARARLAR**

75/117/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A31975L0117>, (e.t. 16.03.2018).

76/207/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31976L0207>, (e.t. 16.03.2018).

79/7/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0007>, (e.t. 17.03.2018).

86/378/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0378>, (e.t. 17.03.2018).

86/613/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:31986L0613>, (e.t. 17.03.2018).

92/85/EEC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31992L0085>, (e.t. 06.01.2019).

96/34/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31996L0034>, (e.t. 17.03.2018).

96/97/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31996L0097>, (e.t. 17.03.2018).

97/80/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1997/80/oj>, (e.t. 18.03.2018).

97/81/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0081>, (e.t. 18.03.2018).

99/70/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:31999L0070>, (e.t. 18.03.2018).

2002/73/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0073>, (e.t. 19.03.2018).

2004/113/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>, (e.t. 19.03.2018).

2006/54/EC sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>, (e.t. 18.01.2019).

2010/18/EU sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010L0018>, (e.t. 18.01.2019).

2010/41/EU sayılı Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1561048498651&uri=CELEX:32010L0041>, (e.t. 19.03.2019).

ABAD, C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 17.12.1970, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011> (e.t. 20.01.2019).

ABAD, C-20/71, Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament, 07.06.1972, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61971CJ0020> (e.t. 26.03.2019).

ABAD, C-29/69, Erich Stauder v. City of Ulm-Sozialamt., 12.11.1969, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>, (e.t. 20.01.2019).

ABAD, C-43/72, Merkur Außenhandel-GmbH & Co.KG v. Commission of the European Communities, 24.10.1973, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t. 26.02.2018).

ABAD, C-96/80, J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 31.03.1981, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

ABAD, C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España, 30.09.2010, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-104/09&td=ALL>, (e.t. 12.07.2019).

ABAD, C-109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss, 31.05.1989, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-109/88>, (e.t.16.08.2018).

ABAD, C-127/92, Enderby v. Frenchay Health Authority- Secretary of State for Health, 27.10.1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61992CJ0127>, (e.t. 26.02.2018).

ABAD, C-129/79, Macarthy v. Smith, 27.03.1980, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-129/79>, (e.t.25.09.2018).

ABAD, C-136/95, Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v. Evelyne Thibault, 30.04.1998, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0136>, (e.t. 02.04.2019).

ABAD, C-170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 13.05.1986, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/, (e.t.22.03.2018).

ABAD, C-177/88, Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, 08.11.1990, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-177/88>, (e.t.22.05.2018).

ABAD, C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd., 17.02.1998, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0249>, (e.t.15.02.2019).

ABAD, C-407/98, Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, 06.07.2000, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-407/98>, (e.t. 17.06.2019).

ABAD, C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, 11.11.1997, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-409/95&td=ALL>, (e.t. 17.06.2019).

ABAD, C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 17.10.1995, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-450/93>, (e.t. 17.06.2019).

AİHM (European Court of Human Rights), 15/1983/71/107-109, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 28.05.1985. <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fc18.html>, (e.t.25.01.2019).

Anayasa Mahkemesi, 25.10.1963 gün ve E: 1963/148 K:1963/256, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4edeb80-9f16-4ae6-84da-385828a8fdb9?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (e.t.26.02.2019).

Anayasa Mahkemesi, 13.03.1979 gün ve E: 1979/67 K: 1979/14, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 19.03.2018).

Anayasa Mahkemesi, 29.09.2004 gün ve E: 2004/86, K:2004/110, RG:17.05.2006, Sayı:26171, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi** Sayı:42-2006, Ankara, 2007, ss. 211-217.

Anayasa Mahkemesi, 18.09.2008 gün ve E:2006/37, K:2008/141, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:45, Cilt:3, 2008, https://www.anayasa.gov.tr/media/4876/aymkd45_3.pdf, (e.t.21.01.2019).

Anayasa Mahkemesi, 22.07.2008 gün ve E: 2008/39, K: 2008/134, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı:45, Cilt:3, 2008, https://www.anayasa.gov.tr/media/4876/aymkd45_3.pdf, (e.t. 21.01.2019).

Anayasa Mahkemesi, 08.12.2011 gün ve E: 2010/119, K: 2011/165, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 19.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, 14.05.2015 gün ve E: 2014/177, K: 2015/49, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 23.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, 15.11.2017 gün ve E: 2016/132, K: 2017/154, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 19.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, 11.07.2018 gün ve E: 2018/8, K: 2018/85, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (e.t. 23.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, Ayla (Şenses) Kara Kararı, Başvuru No: 2013/7063, K.t. 05.11.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, Gülsim Genç Kararı, Başvuru No: 2013/4439, K.t. 06.03.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, Neşe Aslanbay Akbıyık Kararı, Başvuru No: 2014/5836, K.t. 16.04.2015, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019).

Anayasa Mahkemesi, Sevim Akat Eşki Kararı, Başvuru No: 2013/2187, K.t. 19.12.2013, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (e.t. 19.06.2019).

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (Charter of Fundamental Rights of The European Union), Official Journal of the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12012P/TXT>, (e.t. 02.03.2018).

Avrupa Sosyal Şartı'na ilişkin Milletlerarası Antlaşma (Gözden Geçirilmiş), Karar Sayısı:2007/11907,<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>, (e.t. 14.02.2019).

Birleşmiş Milletler Antlaşması, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/01/BirlesmisMilletlerSarti.pdf>, (e.t.15.02.2019).

CEDAW, R.K.B Kararı, C-51 Başvuru No (Communication No): 28/2010, K.T. 24.02.2012, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1720>, (e.t. 19.06.2019).

Civil Rights Act. (Medeni Haklar Kanunu), 27-30 Nisan 1866, Section 1981, <https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1004&context=tobriner>, (e.t. 20.03.2018).

Directive 2002/73/EC of The European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (İstihdam, mesleki eğitim ve terfi ile ilgili eşit muamele ilkesinin uygulanması hakkındaki 76/207/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, ve çalışma koşulları), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:EN:PDF>, (e.t. 09.05.2018).

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>, (e.t. 16.02.2019).

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>, (e.t. 23.06.2019).

Eşit Ücret Yasası (Equal Pay Act), 10 Haziran 1963, <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm>, (e.t. 20.03.2018).

Graciela Ato del Avellanal v. Peru, Başvuru No: 202/1986, 28 Ekim 1988 tarihli Görüşler, İnsan Hakları Komitesi Raporu, Raija Hanski ve Martin Scheinin, **İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları**, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 448.

ILO'nun 3 Sayılı Anneliğin Korunması Hakkındaki Sözleşmesi, http://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003, (e.t.05.02.2019).

ILO'nun 100 Sayılı Sözleşmesi, http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm, (e.t.20.01.2018).

ILO'nun 102 Sayılı Sözleşmesi, http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377270/lang--tr/index.htm, (e.t.21.01.2018).

ILO'nun 103 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103, (e.t.05.02.2019).

ILO'nun 111 Sayılı Sözleşmesi, http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm, (e.t.20.01.2018).

ILO'nun 158 Sayılı Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi, http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, (e.t.20.01.2018).

ILO'nun 183 Sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328, (e.t.05.02.2019).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, (e.t.18.03.2019).

İnsan Hakları Komitesi, Başvuru No. 202/1986, Graciela Ato del Avellanal v. Peru kararının “Konu ve Sonucu”, <https://minorityrights.org/law-and-legal-cases/graciela-ato-del-avellanal-v-peru/>, (e.t. 20.03.2019).

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi https://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html, (e.t.19.01.2018).

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol, https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozl_BireyselBasvuru_Protokol.pdf, (e.t. 16.02.2019).

Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>(e.t.20.03.2019).

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye 2006/10692 Karar Sayılı Ek İhtiyari Protokol, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060805-1.htm>, (e.t. 20.03.2019).

Pregnancy Discrimination Act: Sec.1 (Hamilelik Ayrımcılığı Yasası: Bölüm:1), <https://www.eeoc.gov/laws/types/pregnancy.cfm>, (e.t. 21.03.2018).

TBMM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma

ve Sosyal İşler ve Dışişleri Komisyonları Raporları (1/434), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf>(e.t. 16.02.2019).

Title VII Of The Civil Rights Act Of 1964 (1964 tarihli Amerika Medeni Haklar Kanunu'nun VII. Bölümü), <https://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>, (e.t. 20.03.2018).

Workers with Family Responsibilities Convention, C-156, 1981 (156 sayılı Aile Sorumluluğu Olan Çalışanlara İlişkin Sözleşme), http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156, (e.t. 28.03.2008).

Yrg.2.HD., 28.4.2015 gün ve E: 2014/20471, K: 2015/8704, <http://kazanci.com.tr/>, (e.t. 19.06.2019).

Yrg.9.HD., 11.09.2006 gün ve E:2006/18576, K:2006/21357, <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2006-18576-k-2006-21357-t-11-09-2006-isletmesel-kararlar-sonucu-is-s-214-zlesmesinin-feshi/756283/>, (e.t. 12.12.2017).

Yrg.9.HD., 17.09.2015 gün ve E:2015/18355, K:2015/2603, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

Yrg.9.HD., 14.04.2016 gün ve E: 2015/29051, K: 2016/9441, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

Yrg.9.HD., 17.11.2016 gün ve E:2015/36382, K:2016/20288, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

Yrg.9.HD., 13.02.2017 gün ve E: 2016/3618, K: 2017/1588, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.19.06.2019).

Yrg.9.HD., 17.10.2018 gün ve E:2015/29956, K:2018/18539, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.9.HD., 22. 01.2019 gün ve E:2019/186, K:2019/184, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.9.HD., 11.02.2019 gün ve E:2016/20154, K:2019/3153, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.22.HD., 09.06.2015 gün ve E:2015/15750, K:2015/20058, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.22.HD., 19.03.2018 gün ve E:2017/11694, K:2018/7055, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.22.HD., 24.09.2018 gün ve E:2015/35120, K:2018/1967, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.22.HD., 20.02.2019 gün ve E:2019/1040, K:2019/3811, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (e.t.18.06.2019).

Yrg.HGK., 23.12.2009 gün ve E:2009/9-485, K:2009/598, [http://www.turk hukuk sitesi.com/serh.php?did=8738](http://www.turk.hukuk sitesi.com/serh.php?did=8738), (e.t. 24.01.2019).

Yrg.HGK., 30.09.2015 gün ve E: 2014/2-889, K: 2015/2011, <http://kazanci.com.tr/>, (e.t. 19.06.2019).