



TIHEK

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 15.07.2021 TARİHLİ KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME RAPORU

2023





AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN 15.07.2021 TARİHLİ KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME RAPORU

2023



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE
EŞİTLİK KURUMU

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN
15.07.2021 TARİHLİ KARARINA İLİŞKİN
DEĞERLENDİRME RAPORU

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Adres: Yüksel Cad. No: 23, 06650 Kızılay/ANKARA
Tel.: +90 312 422 78 00 • Faks: +90 312 422 78 99
www.tihek.gov.tr • tihek@tihek.gov.tr

ISBN: 978-605-72388-1-8

Emeği Geçenler

Özlem DEMİR YAZAR
Abdullah Harun TEKİN

Yapım

TAYFUN MEDYA
ORGANİZASYON TANITIM REK. MAT. YAY. BİLG. LTD. ŞTİ.
Adres: Yukarı Öveçler Mah. 1238 Cad. No: 9/5 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 285 14 10 • Faks: 0312 285 14 12
web: www.tayfunmedya.com.tr

Baskı Yeri ve Tarihi: ANKARA, 15.03.2023

Baskı

EPA-MAT BASIM YAYIN PROMOSYON SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Adres: İvedik Organize Sanayi Bölgesi Ağaç İşleri Sanayi Sitesi
1357. Sk. No: 41 Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 394 48 63 • Faks: 0312 394 48 65
web: www.epamat.com.tr
Sertifika No: 46796

© Raporda yayımlanan yazı, konu, fotoğraf ve diğer görsellerin her hakkı saklıdır,
kaynak gösterilmeden hiç bir ortamda alıntı yapılamaz.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	5
YÖNETİCİ SUNUŞU	6
1. GİRİŞ	8
2. MEVZUAT	8
2.1. Alman Ulusal Hukuku	8
2.1.1 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası.....	8
2.1.2. Genel Eşit Muamele Yasası.....	10
2.2. Uluslararası Hukuk.....	11
2.2.1. Avrupa Mevzuatı.....	11
2.2.2. Uluslararası Mevzuat.....	14
3. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ'NİN 15.07.2021 TARİHLİ KARARI.....	17
3.1. C-804/18 Numaralı Dava	18
3.1.1. Davaya İlişkin Genel Bilgiler	18
3.1.2. Yerel Mahkeme Tarafından ABAD'a Ön Karar Talebiyle İletilen Sorular	19
3.1.3. ABAD'ın Yerel Mahkeme Tarafından Yöneltilen Sorulara Cevabı.....	20
3.2. C-341/19 Numaralı Dava	21
3.2.1. Davaya İlişkin Genel Bilgiler	21
3.2.2. Yerel Mahkeme Tarafından ABAD'a Ön Karar Talebiyle İletilen Sorular	22
3.2.3. ABAD'ın Yerel Mahkeme Tarafından Yöneltilen Sorulara Cevabı.....	23
4. KARARIN DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜYLE BAĞLANTILI OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	24
4.1. Din ve İnanç Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirme	24
4.2. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Değerlendirme	27
5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER.....	36
KAYNAKÇA.....	44

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
AGG	Genel Eşit Muamele Yasası
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMİHK	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi
CEDAW	Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
ECRI	Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu
ESKHS	Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
GG	Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası
ILO	Uluslararası Çalışma Örgütü
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
OHCHR	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği
para.	paragraf
s.	sayfa
TİHEK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu



YÖNETİCİ SUNUŞU

İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde çok sayıda kurum ve kuruluş oluşturulmuştur. Bu kapsamda ulusal insan hakları kurumları açısından 'minimum gereklilikler setini' oluşturan Paris Prensipleri, 1993 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Paris Prensipleri ile uyumluluk arz eden ulusal insan hakları kurumları, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi noktasında önemli kurumsal aktörler olarak tanınmıştır.

20.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Kanun'la ulusal insan hakları kurumu olarak kurumsal yapısına kavuşturulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), "insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, ayrımcılıkla mücadele ve işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etme" alanlarında aktif olarak faaliyet göstermektedir. 6701 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca Kurum ilgili alanlara ilişkin olarak "*İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak*", "*Kamuoyunu bilgilendirmek, düzenli yıllık raporlar dışında, gerek görüldüğünde görev alanına ilişkin özel raporlar yayımlamak*" ve "*İnsan hakları ve ayrımcılıkla mücadele alanındaki uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, alanındaki uluslararası kuruluşlarla ilgili mevzuat dâhilinde işbirliği yapmak.*" görevlerini haizdir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) 15.07.2021 tarihli ve C-804/18 ve C-341/19 sayılı birleştirilmiş başvurulara ilişkin kararının değerlendirildiği "**Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 15.07.2021 Tarihli Kararına İlişkin Değerlendirme Raporu**", mezkûr hükümler çerçevesinde hazırlanmıştır.

Raporda, ABAD tarafından verilen karar, ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik hukuku açısından değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu kapsamda tarafsızlık politikası çerçevesinde hayata geçirilen işyeri düzenlemelerinin uygulamada yarattığı sorun alanları din ve inanç özgürlüğü açısından değerlendirilmiştir. Tüm kadınların ayrımcılığa uğramadan eşit olarak kamu hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması için bütünlükçü ve eşitlikçi toplumsal yapı anlayışı çerçevesinde politika, düzenleme ve kararların önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır. Ayrıca kişilerin inançları gereği giydikleri dini kıyafetlerin ve taktıkları sembollerin yasaklanmasının, din ve inanç özgürlüğü ihlalinin yanı sıra ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik hukuku açısından da cinsiyet temelinde ayrımcı bir tutumun göstergesi olduğu, işverenlerin tarafsız bir imaj oluşturmak istemesinin, tek başına "meşru bir amaç" olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Avrupa'da

başörtülü kadın çalışanlara yönelik uygulanan dini kıyafet ve sembol yasaklarının din, inanç ve cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilmesini amaçlayan işbu rapor alana katkı sağlamak amacıyla kamuoyuna sunulmaktadır.

Raporlama sürecine çoğulcu bir metodolojik yaklaşım ve katılımcı paydaşlık temelinde görüş ve değerlendirmeleriyle katkı sunan ve destek olan tüm kamu kurumlarının değerli mensuplarına, sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerine, akademisyenlere ve Kurumumuzun değerli personeline şükranlarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı

1. GİRİŞ

Almanya'da biri gündüz çocuk bakım evi, diğeri kişisel bakım malzemeleri zincirinin çalışanı olan iki başörtülü Müslüman kadın tarafından, başörtüleriyle çalışmalarına izin vermeyen işverenlerine karşı dava açılmıştır. Yerel mahkemelerde açılan davalar "ön karar prosedürü" ile Avrupa Birliği'nin (AB) en üst yargı organı olan ABAD önüne getirilmiştir. Yerel mahkemelerce, söz konusu uygulamaların doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin cevaplandırılması talep edilmiştir.

ABAD, 15.07.2021 tarihli ve C-804/18 ve C-341/19 sayılı birleştirilmiş başvurulara ilişkin kararı ile başörtülü iki kadın çalışanın işverenlerine karşı açtığı davada, iş yerlerinin müşterilerini gözeterek çalışanlarının felsefi veya dini inançlarına ait görünür bir sembolün takmasını yasaklayabileceğine, bu durumun ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

ABAD önüne gelen iki benzer davaya ilişkin ortak değerlendirmeler yaptığı kararında; AB ülkeleri arasında konuya ilişkin bir uzlaşma bulunmadığını, bu sebeple devletlerin ve ulusal mahkemelerin, din ve inanç özgürlüğü ile din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağı arasındaki uzlaşmayı sağlamada geniş bir takdir marjının olduğunu vurgulamış, aynı zamanda teşebbüs serbestisi kuralının mevcut olaylarda geniş yorumlanarak teşebbüslerin işyerindeki talimatlarının genel ve herkese uygulanması koşuluyla orantılı ve gerekli olacağını ifade etmiştir. Dahası işyeri talimatı ile getirilen başörtüsü takma yasağının müşterilere veya hizmet alanlara tarafsızlık politikası gösterme arzusu, bu sınırlandırmanın meşru bir amaç doğrultusunda yapılması, bu tür bir politikanın nesnel olarak haklı gerekçelendirilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi noktasında araçla amacın orantılı ve gerekli olması koşullarının bir arada var olduğu değerlendirmesini yaparak somut olayların din ve inanç temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık oluşturmayacağı şeklinde karara varmıştır.

Mezkûr karara ilişkin olarak hazırlanan işbu incelemede, kararın din ve inanç özgürlüğüyle bağlantılı olarak ayrımcı bir muamele oluşturup oluşturmadığı Alman ulusal mevzuatı ile uluslararası mevzuat ve uluslararası hukuk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

2. MEVZUAT

2.1. ALMAN ULUSAL HUKUKU

2.1.1. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (GG) "Kanun önünde eşitlik; ayrım yasağı" başlıklı 3. maddesi şöyledir:¹

"(1) Bütün insanlar kanun önünde eşittirler.

(2) Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkekler için eşit hakların gerçekten sağlanmasını özendirir ve hâlihazırda var olan dezavantajların ortadan kaldırılması için çaba gösterir.

¹ Anayasanın çevirisinde Alman Federal Adalet Bakanlığı sitesinde yer alan metin esas alınmıştır. Bkz. German Federal Ministry of Justice, "Basic Law for the Federal Republic of Germany", https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0105 (E.T. 12.01.2023).

- (3) *Hiç kimse; cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı veya dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınamaz. Hiç kimse engelliliğinden dolayı mağdur edilemez."*

GG' nin "Din, vicdan ve inanç özgürlüğü; askerlik hizmetinin reddi" başlıklı 4. maddesi şöyledir:

- "(1) Din ve vicdan özgürlüğü ile dini veya felsefi bir inancı açıklama özgürlüğü dokunulmazdır.*
(2) Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.
(3) Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, silah kullanımı içeren askerlik hizmetini yerine getirmeye zorlanamaz. Konunun ayrıntıları federal kanunla düzenlenir."

GG' nin "Evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar" başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

- "(2) Çocukların bakımı ve eğitimi, anne ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet, bu görevin ifasında onları gözetir."*

GG' nin "Okul rejimi" başlıklı 7. maddesi şöyledir:

- "(1) Bütün okul rejimi devletin denetimi altındadır.*
(2) Çocukların din dersine katılıp katılmayacaklarına karar vermek, velilerin hakkıdır.
(3) Din dersi, mezhepsiz okullar dışındaki devlet okullarında normal müfredatın bir parçasını oluşturur. Din dersi, devletin denetim hakkına halel getirmeyecek şekilde, ilgili dini toplulukların temel ilkelerine uygunluk içinde verilir. Öğretmenler, kendi iradeleri dışında din dersi vermeye zorlanamaz.

(...)"

GG' nin "Temel hakların sınırlandırılması-Kanun Yolları" başlıklı 19. maddesi şöyledir:

- "(1) Bu Anayasaya göre, bir temel hakkın bir kanunla veya bir kanuna dayanarak sınırlandırılması halinde, bu kanunun olayla sınırlı olmayıp genel nitelikte olması şarttır. Ayrıca kanunda, etkilenen temel hakkın ve bu hakkın yer aldığı maddenin belirtilmesi gerekir.*
(2) Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz.
(3) Yerli tüzel kişiler de, temel haklardan nitelikleri gereği, uygulanabildikleri ölçüde yararlanırlar.
(4) Bir kamu erki tarafından hakları ihlal edilmiş olan herhangi bir kişi için yargı yolu açıktır. Başka bir yargı yetkisi tesis edilmemişse, olağan kanun yolları izlenir. 10. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesi hükmü saklıdır."

2.1.2. Genel Eşit Muamele Yasası (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)

Genel Eşit Muamele Yasası'nın (AGG) "Amaç" başlıklı 1. madde hükmü şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayalı her türlü ayrımcılığı önlemek veya durdurmaktır."

AGG' nin "Kapsam" başlıklı 2. maddesi şu şekildedir:

"Bu Yasanın amaçları bakımından, aşağıdakilerle ilgili olarak 1. madde kapsamındaki herhangi bir ayrımcılık kabul edilemezdir:

- 1. Faaliyet alanı ne olursa olsun ve terfi dâhil tüm profesyonel hiyerarşi seviyelerinde seçim kriterleri ve işe alım koşulları dâhil olmak üzere bağımlı istihdama ve serbest mesleğe erişim koşulları,*
 - 2. Özellikle bireyler arasındaki sözleşmelerde, toplu iş sözleşmelerinde ve bir istihdam ilişkisini uygulamaya ve sona erdirmeye ve ayrıca terfiye yönelik önlemlerde, ücret ve işten çıkarılma nedenleri dâhil olmak üzere istihdam koşulları ve çalışma koşulları,*
 - 3. Mesleki rehberlik ve mesleki eğitim dâhil mesleki eğitim, ileri mesleki eğitim ve yeniden eğitimin yanı sıra pratik iş deneyiminin tüm biçimlerine ve tüm seviyelerine erişim,*
 - 4. Bir işçi veya işveren derneğine veya üyeleri belirli bir meslek grubuna ait olan bir derneğe üyelik ve katılım, bu derneklerin hizmetlerinden yararlanma,*
 - 5. Sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri dâhil olmak üzere sosyal koruma,*
 - 6. Sosyal yardımlar,*
 - 7. Eğitim,*
 - 8. Konut da dâhil olmak üzere halka sunulan mal ve hizmetlere erişim ve arz etme.*
- (...)"*

AGG'nin "Tanımlar" başlıklı 3.maddesinin 1. ve 2. fıkraları şöyledir:

- "(1) Bir kişiye, Madde 1'de zikredilen temellerden herhangi biri nedeniyle karşılaştırılabilir bir durumda diğerine göre daha az lehte davranıldığı, davranılmaya devam edildiği veya davranılacağı durumlarda doğrudan ayrımcılık gerçekleşmiş kabul edilecektir. Bir kadının hamilelik veya analık nedeniyle daha az elverişli muamele görmesi durumunda, 2(1). maddesinin 1 ila 4. fıkraları ile ilgili olarak cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılığın da gerçekleştiği kabul edilecektir.*
- (2) Görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter veya uygulamanın kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında, 1. maddede atıfta bulunulan gerekçelerden herhangi biri nedeniyle belirli bir dezavantaja sokacağı durumlarda, söz konusu hüküm, kriter veya uygulama meşru bir amaç tarafından ve bu amaca ulaşmanın araçlarının uygun ve gerekli olmasıyla nesnel olarak haklılaştırılmadığı sürece dolaylı ayrımcılığın meydana geldiği kabul edilir."*

AGG'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 7. maddesinin 1. ve 3. fıkrası şu şekildedir:

- "1. Çalışanların, 1. maddede belirtilen temellerden herhangi biri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmasına izin verilmeyecektir; bu, ayrımcılık fiilini gerçekleştiren kişinin yalnızca 1. maddede zikredilen temellerin varlığını varsaydığı durumlarda da uygulanır.*
- 2. 1.fıkra kapsamındaki ayrımcılık yasağını ihlal eden herhangi bir anlaşma hükmü geçersiz olacaktır.*
- 3. Bir işveren veya çalışan tarafından 1.fıkra anlamındaki ayrımcılık, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali olarak kabul edilecektir."*

AGG'nin "Mesleki Gereksinimler Nedeniyle Müsaade Edilen Muamele Farkı" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

- "1. maddede zikredilen temellerden herhangi birine dayanan muamele farklılığı, belirli mesleki faaliyetlerin doğası veya yürütüldüğü bağlam nedeniyle, bu tür gerekçelerin gerçek ve belirleyici bir mesleki faaliyet oluşturduğu durumlarda, amacın meşru ve gerekliliğin orantılı olması şartıyla ayrımcılık teşkil etmeyecektir."*

AGG'nin "Tazminat ve zararlar" başlıklı 15. maddesi ise şu şekildedir:

- "1. Ayrımcılık yasağının ihlali halinde işveren, bundan doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu, işverenin görev ihlalinden sorumlu olmadığı durumlarda uygulanmaz.*
- 2. Ortaya çıkan zararın ekonomik bir kayıp teşkil etmediği durumlarda, çalışan uygun nakdi tazminat talep edebilir. Seçim eşitsiz bir şekilde yapılmış olsaydı, işçi işe alınmamış olsaydı, bu tazminat, işe alınmaması durumunda üç aylık maaşı geçemez.*
- 3. İşveren, ancak toplu iş sözleşmesi akdedilmişse, kasten veya ağır ihmalle hareket ettiğinde tazminat ödemekle yükümlüdür. (...)"*

2.2. ULUSLARARASI HUKUK

2.2.1. Avrupa Mevzuatı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nin (AİHS) "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 9. maddesine göre:

- "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.*
- 2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir."*

AIHS'in "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. maddesine göre:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartı'nın² "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 10. maddesine göre:

- "1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir.*
- 2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzuata uygun olarak dini nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır."*

Şartın "Meslek serbestisi ve çalışma hakkı" başlıklı 15. maddesine göre:

- "1. Herkes, çalışma ve serbestçe seçilmiş veya kabul edilmiş bir mesleği yapma hakkına sahiptir.*
- 2. Birliğin her vatandaşı, herhangi bir Üye Devlette iş arama, çalışma, yerleşme hakkını kullanma ve hizmet verme özgürlüğüne sahiptir.*
- 3. Üye Devletlerin ülkelerinde çalışma izni almış olan üçüncü ülkelerin vatandaşları, Birliğin vatandaşlarının çalışma şartlarına eşit çalışma şartlarından yararlanma hakkına sahiptir."*

Teşebbüs serbestisi başlıklı 16. maddesine göre ise:

"Topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalara uygun olarak, teşebbüs serbestisi tanınır."

Şartın "Yasa önünde eşitlik" başlıklı 20. maddesine göre:

"Herkes, yasa önünde eşittir."

Aynı şekilde Şartın "Ayrımcılık yapmama" başlıklı 21. maddesine göre:

- "1. Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel eğilim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır.*
- 2. Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Antlaşmasının uygulanması kapsamı çerçevesinde ve bu Antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere milliyet nedeniyle her türlü ayrımcılık yasaktır."*

2 Bundan sonra kısaca Şart olarak anılacaktır.

Şartın "Kadın ve erkek arasında eşitlik" başlıklı 23. maddesine göre:

"Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik, istihdam, çalışma ve ücret dâhil olmak üzere bütün alanlarda sağlanmalıdır. Eşitlik ilkesi, yeterli şekilde temsil edilmeyen cinsin lehine belirli avantajlar sağlanmasını öngören önlemlerin sürdürülmesini veya benimsenmesini engellemez."

İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 Tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin³ "Ayrımcılık Kavramı" kenar başlıklı 2. maddesine göre:

"1. Bu Direktifin amaçları doğrultusunda, "eşit muamele ilkesi" 1. maddede anılan temellerden herhangi birine dayanılarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı anlamına gelir.

2. 1. paragrafın amaçları doğrultusunda:

(a) doğrudan ayrımcılık; bir kişinin, 1. maddede anılan temellerden herhangi birine dayanılarak, benzer durumdaki diğer bir kişiye göre daha az lehine olan muamele gördüğü, görmüş olduğu veya görme ihtimali bulunduğu zaman vuku bulmuş kabul edilir.

(b) dolaylı ayrımcılık; aşağıdakiler söz konusu olmadığı sürece, görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın belirli bir din veya inanca, belirli bir engelliliğe, belirli bir yaşa veya belirli cinsel yönelime sahip kişileri diğer kişilere kıyasla dezavantajlı bir konumda bıraktığı zaman vuku bulmuş kabul edilir:

i. söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli ise ya da

ii. belirli bir engellilik durumu bulunan kişiler bakımından, işverenin veya bu Direktifin uygulandığı herhangi bir kişi veya kuruluş ulusal mevzuat kapsamında, bu tür bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın gerektirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak amacıyla, 5. maddede yer verilen ilkeler doğrultusunda uygun önlemler almakla yükümlü kılınıyorsa.

(...)

5. Bu direktif, demokratik bir toplumda kamu güvenliği ve kamu düzeninin muhafaza edilmesi, cezai suçların önlenmesi, sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ulusal mevzuat tarafından belirlenen önlemlere halel getirmez."

2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 3. maddesine göre;

"[Avrupa Birliği]'ne verilen yetki alanlarının sınırları dâhilinde, bu Direktif, aşağıdakilerle bağlantılı olmak üzere hem kamu hem de özel sektör ile ilgili olarak, kamu kurumları dâhil tüm kişilere uygulanır.

3 Bundan sonra "2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi" olarak anılacaktır.

...

(c) işten çıkarmalar ve ücretler dâhil olmak üzere istihdam ve çalışma koşulları;

..."

2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 5. maddesine göre;

"Bu Direktif, demokratik bir toplumda, ulusal hukuk tarafından belirlenen; kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması ve ceza gerektiren suçların önlenmesi, sağlığın korunması ve başkalarının haklar ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan önlemlere hâlel getirmez."

2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8. maddesinde ise şu şekilde bir düzenleme bulunmaktadır:

"Üye Devletler, eşit muamele ilkesinin korunması için bu Direktifte yer alanlardan daha lehe olan hükümler getirebilir veya var olan hükümleri muhafaza edebilirler."

2.2.2. Uluslararası Mevzuat

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 2. maddesine göre:

"Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. (...)"

İHEB'in 23. maddesine göre ise:

"1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır."

BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin (MSHS) ilgili 2. maddesine göre:

"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."

MSHS'nin 26. maddesine göre:

"Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, 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 bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) 11. maddesine göre:

"1. Taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın-erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle aşağıda belirtilen konularda bütün uygun önlemleri alacaklardır:

- a. Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı;
- b. İstihdam konularında eşit seçim kriterlerinin uygulanması da dâhil erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkı;
- 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 sosval güvenlik hakkı;
- f. Güvenli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu arada doğurganlığın korunması hakkı.

(...)"

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin (ESKHS) 2. maddesinin 2. fıkrasına göre:

"Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler."

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin⁴ 1. maddesine göre:

"Bu sözleşme bakımından "Ayrım" deyimi;

İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı,

İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, ifade eder.

Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayrım sayılmaz. Bu sözleşme bakımından "İş" ve "Meslek" terimleri, mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsar."

4 Bundan sonra 111 No'lu İş ve Meslek Sözleşmesi olarak anılacaktır.

ILO'nun 122 No'lu İstihdam Politikası Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre:

"İktisadi gelişme ve kalkınmayı teşvik etmek, hayat seviyesini yükseltmek, işgücü ihtiyaçlarını karşılamak ve işsizlik ve eksik istihdam sorununu çözümlemek amacıyla, her üye tam ve verimli istihdama ve işin serbestçe seçilmesine matuf aktif bir politikayı esas bir gaye olarak ele alacak ve uygulayacaktır. Bu politika; açıkta ve iş arayan herkese iş sağlanmasını, Bu işin, imkân nispetinde verimli olmasını, işin serbestçe seçilmesini ve her işçinin kendisine elverişli bir işte çalışması için gerekli nitelikleri kazanmasını, bu işte, ırk, renk, cinsiyet, din, politik düşünce, milli veya sosyal menşei ne olursa olsun niteliklerini ve istidatlarını kullanmasını sağlamak amacına yönelmiş olacaktır. Bu politika, iktisadi gelişme düzey ve aşamasını, istihdam hedefleri ve diğer iktisadi sosyal hedefler arasında mevcut ilişkiler göz önünde bulunduracak ve milli koşullara ve uygulamalara göre kabul edilen metotlarla yürütülecektir."

BM Din veya İnanca Dayanan Her Türü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri'nin "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü başlıklı" 1. maddesine göre:

- "1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, bir dine veya dilediği bir inanca sahip olma ve dinini veya inancını kendi başına veya başkaları ile birlikte toplu olarak ve aleni veya gizli bir biçimde ibadet etme, gereklerine uyma, uygulama ve öğretme yoluyla açığa vurma özgürlüğünü de içerir.*
- 2. Hiç kimse bir dine veya dilediği inancına sahip olma özgürlüğünü zedeleyecek bir zorlamaya maruz bırakılamaz.*
- 3. Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü, sadece hukuken öngörülen ve kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlığı, ahlaki veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olduğu ölçüde sınırlamalara tabi tutulabilir."*

Bildiri'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 2. maddesine göre:

- "1. Hiç kimse din veya başka bir inancı sebebiyle bir Devlet, bir kurum, bir kişi veya kişi grubu tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.*
- 2. Bu Bildiri'nin amacı bakımından "din veya inanca dayanan hoşgörüsüzlük ve ayrımcılık" deyimini, eşitlik üzerine kurulu bulunan insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını hükümsüz kılma veya zedeleme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran, din veya inanca dayalı bir farklılaştırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir."*

Bildiri'nin "Din veya inanca dayanan ayrımcılığın anlamı" başlıklı 3. maddesine göre:

"İnsanlar arasında din veya inanca dayanan bir ayrımcılık, insanlık onuruna karşı bir aşağılama ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın prensiplerini inkâr oluşturur; bu ayrımcılık, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde ilan edilen ve insan hakları uluslararası sözleşmelerinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenen insan haklarının ve temel özgürlüklerini ihlal ettiği ve uluslararası dostane ve barışçıl ilişkilere karşı bir engel olduğu için yasaklanır."

3. AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ' NİN 15.07.2021 TARİHLİ KARARI

ABAD, AB'nin yargı organı olup Adalet Divanı ve Genel Mahkeme olmak üzere ikili bir yapıdan oluşur. AB hukukunun AB içerisinde her yerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamak amacıyla Divan, Birlik hukukunun yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlama, ulusal hukuk düzenleri ile AB hukuk düzeni arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki denetim, yorum, uyuşmazlık çözme, hukuk yaratma ve boşluk doldurma işlevlerini yerine getirmektedir.⁵ ABAD, AB hukukundan kaynaklanan bazı davalara bakmaya yetkilidir. Bunlar genel olarak üye devletlerin ve AB kurumlarının AB hukukuna uyup uymadığının denetlenmesine yönelik davalar ile ulusal mahkemelerde görülmekte olan davaların çözüme bağlanması için gerekli olduğunda AB hukukunun yorumlanmasına ilişkin davalardır.⁶ Anlaşmalar ile AB organlarının verdikleri kararların uygulanması ve yorumlanması, ABAD tarafından "Ön karar" yöntemiyle çözümlenmektedir.⁷

C-804/18⁸ numaralı davanın tarafları IX ile WABE eV'dir (WABE). C-804/18 numaralı ön karar talebi, IX ve onun işvereni Almanya'da çok sayıda çocuk gündüz bakım merkezi işleten bir dernek olan WABE arasındadır. Talep, WABE tarafından çalışanlarına çocuklarla veya ebeveynleri ile temas halindeyken işyerinde görünür herhangi bir siyasi, felsefi veya dini işaret takmalarını yasaklayan bir kurala uymayı reddetmesi nedeniyle IX'in görevden uzaklaştırılması işlemleri üzerine yapılmıştır.

C-341/19⁹ numaralı davanın tarafları ise MJ ile MH Müller Handels GmbH'dir (MH Müller). C-341/19 numaralı ön karar talebi, Almanya'da kişisel bakım malzemeleri zinciri işleten bir şirket olan MH Müller ile çalışanı MJ arasında; işyerinde göze çarpan, büyük boyutlu siyasi, felsefi veya dini işaretler giymekten kaçınması için kendisine verilen talimat üzerine yapılmıştır.

Her iki kişi tarafından da zikredilen muamelelerin ayrımcılık yasağına aykırı olduğu iddia edilerek yerel mahkemelerde dava açılmıştır. ABAD önünde görülen "ön karar prosedürü" gereği ABAD'a başvuru, sadece yerel mahkemelere tanınmış olup C-804/18 numaralı dava, Almanya Hamburg İş Mahkemesi tarafından; C-341/19 numaralı dava ise, Almanya Federal İş Mahkemesi tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 267. maddesi uyarınca ön karar verilebilmesi talebiyle açılmıştır. Bu talepler, Mahkemede sırasıyla 20.12.2018 ve 30.04.2019 tarihlerinde alınan kararlarla yapılan yargılamaları içermektedir.

5 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Birliği Başkanlığı, https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani_45632.html, (E.T.: 12.01.2023)

6 Łukasz Bojarski, Isabelle Chopin, Barbara Cohen, Uyen Do, Lilla Farkas ve Romanița Iordache, **Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı**, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Konularında Sivil Toplum Kuruluşlarına Yönelik Bilinç Artırma Seminerleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Mayıs, 2012, s.11.

7 F. Kerim Anadolu, "Avrupa Birliği Adalet Divanı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, Cilt: 11, Sayı: 3-4, s. 359-360.

8 Söz konusu numaralandırma, ABAD tarafından tercih edilen ve Kararın kamuoyuna duyurulmuş metninde de kullanılan bir numaralandırma biçimi olup, Karar kişisel verilerden arındırılmış olarak kamuoyu ile paylaşılmıştır. Söz konusu davada davacı taraf IX, davalı taraf ise WABE eV adlı şirkettir.

9 Söz konusu davada davacı taraf MJ, davalı taraf ise MH Müller Handels GmbH adlı şirkettir.

3.1. C-804/18 Numaralı Dava

3.1.1. Davaya İlişkin Genel Bilgiler

WABE, karar tarihi itibarıyla Almanya'da 600'den fazla çalışanı olan ve toplamda yaklaşık 3.500 çocuğa bakılan çocuk gündüz bakım merkezlerini işleten bir şirkettir. Davacı IX ise özel ihtiyaç bakıcısıdır ve 2014 yılından beri WABE bünyesinde çalışmaktadır.

IX, 2016 yılının başında başörtüsü takmaya karar vermiş, 15.10.2016 tarihinden 30.05.2018 tarihine kadar ebeveyn (doğum) iznine ayrılmıştır. Mart 2018'de WABE, kuruluşlarında uygulamak amacıyla tarafsızlık şartının gözetilmesine ilişkin talimatları kabul etmiştir. IX, bu talimatları 31.05.2018 tarihinde öğrenmiştir. Bu talimatlarda, işveren WABE'nin *"mezhebi olmadığı, dini ve kültürel çeşitliliği açıkça memnuniyetle karşıladığı"* belirtilmektedir. Talimatlar uyarınca çocukların din, inanç ve siyasetle ilgili olarak bireysel ve özgür gelişimini garanti altına almak için çalışanların; ebeveynler, çocuklar ve üçüncü şahıslar açısından geçerli olan tarafsızlık yükümlülüğüne mutlaka uymaları gerekmektedir. WABE, bunlarla ilgili olarak siyasi, felsefi ve dini tarafsızlık politikası izlediğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, *"İşyerinde Tarafsızlık Şartının Özel Olarak Gözetilmesine Yönelik İlkeler"* aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"- Çalışanlar, işyerinde anne-babalara, çocuklara ve üçüncü şahıslara siyasi, felsefi veya dini açıklamalarda bulunamazlar.

- Çalışanlar, işyerinde ebeveynleri, çocukları ve üçüncü şahısların görebileceği siyasi, felsefi veya dini inançlarının hiçbir işaretini giyemezler.

- Çalışanlar, işyerinde velilere, çocuklara ve üçüncü kişilere ilgili örf ve adetleri ifade edemezler."

WABE tarafından yayınlanan 'tarafsızlık şartına ilişkin bilgi formu', başörtüsü, Hristiyan haçı veya Yahudi kipasının giyilip giyilemeyeceği sorusunu, çocukların bir din konusunda öğretmenlerinden etkilenmemesi gerektiği için buna izin verilmeyeceği, dini veya felsefi olarak belirlenmiş kıyafetlerin kasıtlı seçiminin, tarafsızlık gerekliliğine aykırı olacağı şeklinde yanıtlamaktadır.

01.06.2018'de IX, işyerine başörtüsü takarak gelmiş, başörtüsünü çıkarmayı reddettikten sonra, merkez müdürü tarafından görevinden geçici olarak uzaklaştırılmıştır. Aynı gün başörtüsü taktığı için ihtar almış ve tarafsızlık gereği ileride başörtüsü takmadan işini yapması istenmiştir. 04.06.2018'de IX tekrar başörtüsü takarak işe gelmiş, başörtüsünü çıkarmayı reddetmesi üzerine işinden geçici olarak uzaklaştırılmış, aynı gün bir uyarı daha almıştır. Aynı dönemde WABE'deki bir kadın çalışandan boynuna taktığı haçı çıkarması talep edilmiştir.

IX başörtüsü taktığı için WABE tarafından kendisine yapılan uyarıların kişisel dosyasından kaldırılması için (davayı Divan'a sevk eden) mahkemeye dava açmıştır. Eylemini desteklemek için, her şeyden önce, görünür siyasi, felsefi veya dini işaretlerin giyilmesini yasaklayan kuralın doğrudan başörtüsünü hedeflediğini ve bu nedenle doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, bu kuralın münhasıran kadınları etkilediğini ve bu nedenle cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ışığında da incelenmesi gerektiğini, son olarak bu kuralın göçmen kökenli kadınlar üzerinde daha büyük bir etkiye sahip olduğunu ve etnik kökene dayalı olarak da ayrımcılık oluşturabilecek nitelikte olduğunu belirtmiştir.

3.1.2.Yerel Mahkeme Tarafından ABAD' a Ön Karar Talebiyle İletilen Sorular

Bu argümanlar ışığında, yerel mahkeme, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-a maddesi uyarınca, uğradığı olumsuz muamele ile dinin korunan özelliği arasındaki bağlantıdan dolayı IX' in *"din temelinde doğrudan ayrımcılığa maruz kalmış olabileceği"* kanaatine ulaşmıştır.

Yerel mahkeme doğrudan ayrımcılık bulunmaması halinde, bir teşebbüs tarafından benimsenen tarafsızlık politikasının *"din temelinde dolaylı ayrımcılık teşkil edip etmeyeceğini"* veya esas davadaki söz konusu yasağın, *"cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık oluşturarak kadınları ilgilendirdiğinin göz önüne alınmasının gerekli olup olmadığını"* da bilmek istemiştir. Bu bağlamda mahkeme, din ve/veya cinsiyete dayalı bir muamele farklılığının, müşterilerin isteklerini dikkate almak üzere oluşturulan bir tarafsızlık politikasıyla haklı gösterilip gösterilmeyeceğini sormuştur.

Ayrıca, dolaylı olarak dine dayalı bir muamele farklılığı söz konusu olduğunda, sevk eden mahkeme, böyle bir muamele farklılığının uygun olup olmadığını incelemek amacıyla, *"Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8/1 maddesi anlamında daha lehte bir hüküm olarak değerlendirilip maddede belirtilen kriterlerin dikkate alınıp alınamayacağını"* belirlemeye çalışmıştır.

Bu koşullar altında, Hamburg İş Mahkemesi yargılamayı durdurmaya ve ön karar için aşağıdaki soruları ABAD'a göndermeye karar vermiştir:

- "1. Siyasi, ideolojik veya dini inançların görünür herhangi bir işaretinin giyilmesini yasaklayan işverenin tek taraflı talimatı, (...) 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/1 ve 2/2-a maddesi anlamında dini örtünme gereklilikleri nedeniyle belirli kıyafet kurallarına uyan çalışanlara karşı din temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil ediyor mu?
2. İşverenin herhangi bir görünür siyasi, ideolojik veya dini inanç işaretinin giyilmesini yasaklayan tek taraflı talimatı 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin madde 2/1 ve madde 2/2-b anlamında Müslüman inancı nedeniyle başörtüsü takan bir kadın çalışana karşı din ve/veya cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık teşkil ediyor mu?

Özellikle;

- (a) Din ve/veya cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi kapsamında, işverenin, müşterilerinin öznel isteklerini karşılamaya çalıştığı durumlarda bile, işverenin siyasi, ideolojik ve dini tarafsızlık politikası izleme konusundaki subjektif arzusuyla haklı çıkarılabilir mi?
- (b) 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8/1 maddesi ışığında Şartın 16. maddesi kapsamında ticari bir faaliyette bulunma özgürlüğü temel hakkı, din özgürlüğü temel hakkını korumak için yalnızca işverenin tarafsızlığını tehlikeye atacak soyut basit bir kapasite temelinde değil, özellikle işveren veya etkilenen bir üçüncü taraf için özel olarak tehdit edilen bir ekonomik dezavantaj, yeterince spesifik bir risk temelinde haklı gösterilebilecek bir dini kıyafet yasağını getirebilir mi?"

3.1.3. ABAD'ın Yerel Mahkeme Tarafından Yöneltilen Sorulara Cevabı

ABAD, dava C-804/18'deki özel bir teşebbüsün, işyerinde görünür herhangi bir siyasi, felsefi veya dini inanç işareti giyilmesini yasaklayan bir işyeri kuralının, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2. maddesi anlamında din veya inanç temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı sorusuna cevap olarak, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi uyarınca, *bu tür inançların herhangi bir tezahürünü ayırım gözetmeksizin kapsamı ve işletmenin tüm çalışanlarına genel ve farklılaşmamış bir şekilde uygulanması, ayrıca tarafsız bir şekilde giyinmelerini talep ederek aynı şekilde davranılması koşuluyla*, ayrımcılık oluşturmadığına karar vermiştir.¹⁰ Herkesin bir dini veya inancı olabileceğinden, genel ve ayırım gözetmeksizin uygulanması koşuluyla böyle bir kuralın, din veya inançla bağlantılı bir kritere dayalı bir muamele farklılığı oluşturmayacağı ifade edilmiştir.¹¹ Nitekim WABE'nin başka bir çalışanın haç takması neticesinde bu işareti kaldırmasını da talep ettiği bildirildiğinden, WABE için çalışan başka herhangi bir kişi ile işçi IX'in bir muamele farklılığına maruz kaldığının düşünülmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Bu düşünceler ışığında, ilk sorunun cevabı olarak, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 1. maddesi ve 2/2-a maddesinin, işçilerin işyerinde görünür herhangi bir siyasi, felsefi veya dini inanç işareti giymelerini yasaklayan taahhütün genel ve farklılaşmamış bir şekilde uygulanması şartıyla, dini kurallara dayalı belirli giyim kurallarına uyan işçiler açısından din veya inanç temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Dava C-804/18'in ikinci sorusu ise (a) ve (b) bölümleri için ayrı ayrı yanıtlanmıştır. Sorunun (a) bölümünde 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-b maddesi kapsamında, çalışanların işyerinde görünür herhangi bir siyasi, felsefi veya dini inanç işareti giymelerini yasaklayan bir işletmenin iç kuralından kaynaklanan din ve/veya cinsiyete dayalı dolaylı bir muamele farklılığının, işverenin, müşterilerinin veya kullanıcılarının meşru isteklerini dikkate almak için siyasi, felsefi ve dini tarafsızlık politikası izleme arzusu olarak haklı gösterilebilir olup olmadığı sorgulanmıştır. Divan bu sorunun dayanağının pratikte bazı dinleri diğerlerinden daha fazla ilgilendirmesi ve kadınları erkeklerden daha fazla etkilemesi olduğunu ifade etmiştir. ABAD, dava C-804/18'deki söz konusu kuralın, istatistiksel olarak, neredeyse yalnızca Müslüman inancından dolayı başörtüsü takan kadın işçilerle ilgili olduğunu, dolayısıyla Mahkemenin, bu kuralın dolaylı olarak dine dayalı bir muamele farklılığı oluşturduğu öncülünden yola çıktığını belirtmiştir. 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2/b-i maddesinin, eğer hüküm, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla nesnel olarak gerekçelendirilmemişse ve bu hükmü gerçekleştirecek araçlar uygun ve gerekli değilse, böyle bir muamele farklılığını yasakladığını, meşru bir amaçla nesnel olarak gerekçelendiriliyorsa ve bu amaca ulaşmanın araçları uygun ve gerekliyse bu durumun dolaylı ayrımcılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir.¹² Bu bağlamda, meşru bir amacın varlığına ilişkin koşulla ilgili olarak, bir işverenin hem kamu hem de özel sektör müşterileri ile ilişkilerinde siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası sergileme arzusunun meşru kabul edilebileceğini, özellikle bu amaç gerçekleştirilmeye çalışılırken, yalnızca müşteriler ile temasa geçen çalışanların kapsanması

10 ABAD'ın benzer yönde kararı ve değerlendirmeleri için Bkz. ABAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, Belçika Davası, C-157/15, 14.03.2017, para. 30 ve 32.

11 Mahkeme şu kararına atıfta bulunmuştur: Engelliliğe dayalı ayrımcılığa ilişkin olarak, ABAD, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie Kararı, C-16/19, 26.01.2021, para. 44.

12 Bu hususta Asma Bougnaoui v. Micropole SA kararına atıf yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. ABAD, Asma Bougnaoui v. Micropole SA Kararı, Fransa Davası, C-188/15, 14.03.2017, para. 33.

durumunda Şart'ın 16. maddesinde tanınan ticari bir faaliyette bulunma özgürlüğü ile ilgili ve "meşru" olacağı değerlendirilmiştir.¹³

Bununla birlikte, bir işverenin tarafsızlık politikası izleme arzusunun kendi içinde meşru bir amaç olmasına rağmen, nesnel olarak haklı çıkmak için yeterli olmadığına çünkü böyle bir gerekçelendirmenin yalnızca işverence kanıtlanması gereken gerçek bir ihtiyaç olduğunda "nesnel" kabul edilebileceğinin altı çizilmiştir. Bu durumlarda, nesnel bir gerekçenin varlığının ve dolayısıyla işveren açısından gerçek bir ihtiyacın varlığının tespit edilmesi için, öncelikle müşterilerin veya kullanıcıların hakları ve meşru isteklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Şart'ın 14. maddesinde ebeveynlere tanınan çocuklarının kendi dini, felsefi ve öğretimsel inançlarına uygun olarak eğitim ve öğretimini sağlama hakkı ya da işveren WABE tarafından kabul edilen işyeri talimatlarında belirtildiği gibi ebeveynlerin, çocukların din, inanç ve politika bakımından özgürlüğünü ve kişisel gelişimini garanti etmek amacıyla, çocuklarının yanında din veya inancını açıklamayan kişiler tarafından gözetilmesini istemeleri hakkının söz konusu olduğu açıklanmıştır. İkinci olarak, işveren açısından gerçek bir ihtiyaç olup olmadığı değerlendirilirken böyle bir siyasi, felsefi ve dini tarafsızlık politikasının yokluğunda, faaliyetlerinin niteliği veya yürütüldüğü bağlam göz önüne alındığında Şart'ın 16. maddesinde tanınan ticari bir faaliyette bulunma özgürlüğünün zayıflayacağını ve işverenin olumsuz sonuçlara maruz kalacağını gösteren kanıtların sunulduğuna özen gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bunların yanında işverenin tarafsızlık politikasının düzgün bir şekilde uygulanması, bunun için de bu politikanın gerçekten tutarlı ve sistematik bir şekilde izlenmesi ve görünür herhangi bir siyasi, felsefi veya dini inanç işaretinin giyilmesinin yasaklanmasının kesinlikle gerekli olanla sınırlanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁴

3.2. C-341/19 Numaralı Dava

3.2.1. Davaya İlişkin Genel Bilgiler

MJ, 2002 yılından beri MH Müller tarafından işletilen bir mağazada satış asistanı ve kasiyer olarak çalışmakta, 2014'ten beri başörtüsü takmaktadır. MJ, MH'nin başörtüsünü çıkarması talebine karşı çıktığı için başörtüsü takabileceği başka bir göreve nakledilmiştir. Haziran 2016'da MH Müller, MJ'den tekrar başörtüsünü çıkarmasını istemiş ancak MJ bu talebe uymayı reddettiği için işinden geçici olarak uzaklaştırılmıştır. Temmuz 2016'da MH Müller, herhangi bir siyasi, felsefi veya dini inancın göze çarpan, büyük boyutlu işaretleri olmadan işyerine gelmesi talimatını vermiştir.

MJ, bu talimatın geçersiz olduğuna dair bir beyanda bulunmuş ve uğradığı zararın tazminini talep ederek ulusal mahkemeler önünde dava açmıştır. Eylemini desteklemek için din özgürlüğünü ileri sürerken, davalı tarafından ileri sürülen tarafsızlık politikasının din özgürlüğü üzerinde koşulsuz önceliğe sahip olmadığını ve bir orantılılık testine tabi tutulması gerektiğini iddia etmiştir. MH Müller, Temmuz 2016'dan bu yana tüm mağazalarında, işyerinde göze çarpan, büyük boyutlu siyasi, felsefi veya dini işaretlerin kullanılmasını yasaklayan bir iç yönergenin uygulandığını ileri sürmüştür. Bu yönergenin amacının, işletme içinde tarafsızlığı korumak ve böylece çalışanlar arasındaki çatışmaları önlemek olduğu, nitekim işletmede

¹³ Bu hususta şu karara atıf yapılmıştır: ABAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, para. 37 ve 38.

¹⁴ Bu hususta şu karara atıf yapılmıştır: ABAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, para. 40 ve 42.

temsil edilen farklı din ve kültürlerden kaynaklanan bu tür çatışmaların geçmişte birkaç kez meydana geldiği iddia edilmiştir. Davacı MJ tarafından işveren şirket MH Müller aleyhine yerel mahkemede dava açılmıştır.

3.2.2. Yerel Mahkeme Tarafından ABAD' a Ön Karar Talebiyle İletilen Sorular

MJ'nin ulusal mahkemelerde açtığı dava neticesinde yerel mahkeme, Genel Eşit Muamele Yasası'nın 3.maddesinin 2.paragrafı ve 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-b maddesi kapsamında MH Müller'in genel kural niteliğindeki iç yönergesinin dolaylı olarak dine dayalı eşit olmayan muamele oluşturduğu kanaatine ulaşmış ve davacıyı haklı bulmuştur. Karar aleyhine Almanya Federal İş Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunulmuştur. Almanya Federal İş Mahkemesi, yargılamayı durdurmaya ve ön karar için aşağıdaki soruları ABAD'a göndermeye karar vermiştir:

- "1. 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-b maddesi kapsamında, özel bir işletmenin iç kuralından kaynaklanan, din temelinde dolaylı eşit olmayan muamele, bahsedilen kurala göre, dini, politik veya diğer felsefi inançların sadece belirgin ve büyük boyutlu işaretlerini değil herhangi bir görünür işaretini giyme durumunda mı hukuka uygun olarak değerlendirilmelidir?
2. Eğer 1. soruya olumsuz yanıt verilmişse:
 - a) 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-b maddesi, Şart'ın 10. maddesinden ve AİHS'in 9. maddesinden doğan haklar anlamında, dini temele dayalı dolaylı eşit olmayan muamelenin bir dini, siyasi veya diğer felsefi inançların belirgin, büyük boyutlu işaretlerinin giyilmesini yasaklayan özel işletmenin iç hukuk kuralı temelinde haklı gösterilip gösterilmediğinin incelenmesinde dikkate alınabileceği şeklinde mi yorumlanmalıdır?
 - b) Özel bir işletmenin dini, siyasi veya diğer felsefi inançların belirgin, büyük boyutlu işaretlerinin giyilmesini yasaklayan iç kuralına dayanan din temelinde dolaylı eşit olmayan muamelenin meşru olup olmadığı araştırılırken 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2-b maddesinin, din özgürlüğünü koruyan anayasal statünün ulusal kurallarının, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8/1 maddesi kapsamında daha lehe hükümler olarak dikkate alınabileceği şeklinde yorumlanmalı mıdır?

Eğer 2(a) ve 2(b) soruları olumsuz cevaplanırsa:

3. Dini, siyasi veya diğer felsefi inançların belirgin, büyük boyutlu işaretlerinin giyilmesini yasaklayan özel bir işletmenin iç yönergesine dayalı bir talimatın incelenmesinde, din özgürlüğünü koruyan anayasal statünün ulusal kuralları, birincil AB hukuku nedeniyle - örneğin Şart'ın 16. maddesinin ulusal yasaları ve uygulamaları tanıdığı durumlarda bile- bir kenara mı bırakılmalıdır?"

3.2.3. ABAD'ın Yerel Mahkeme Tarafından Yöneltilen Sorulara Cevabı

C-341/19 numaralı davadaki ilk soruya ilişkin olarak, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2/b-i maddesinin, bir teşebbüsün iç kuralından kaynaklanan ve bu taahhüt içinde bir tarafsızlık politikası sağlamak amacıyla siyasi, felsefi veya dini inançların görünür işaretlerinin giyilmesinin yasaklanmasının, ancak bu yasağın siyasi, felsefi veya dini inançların tüm görünür ifade biçimlerini kapsamı halinde haklı gösterilebileceği ifade edilmiştir. Divan; siyasi, felsefi veya dini inançların göze çarpan, büyük boyutlu işaretlerinin giyilmesiyle sınırlı bir yasağın, din veya inanç temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil edebileceğini ve hiçbir durumda bu hüküm temelinde haklı gösterilemeyeceğini belirtmiştir.

C-804/18 numaralı davadaki ikinci sorunun (b) kısmı ve Dava C-341/19'daki ikinci sorunun (b) kısmı ile ilgili olarak ise; dolaylı olarak dine veya inanca dayalı bir muamele farklılığının uygunluğunu incelerken, din özgürlüğünü koruyan ulusal (anayasal) hükümlerin, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8/1 maddesi kapsamında daha lehe hükümler olarak dikkate alınabilecekleri belirtilmiş, Şart'ın 10/1 maddesinde güvence altına alınan hakkın, AİHS'in 9. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına tekabül ettiği, Şartın 52/3 maddesi uyarınca aynı anlama ve kapsama sahip olduğu açıklanmıştır.¹⁵

Antlaşmalarda yer alan bazı temel hak ve ilkelerin söz konusu olduğu durumlarda, örneğin, mevcut davada, Şart'ın 21. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı ilkesine ve Şart'ın 10. maddesinde güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına, bir yanda, ebeveynlerin, Şart'ın 14/3. maddesinde tanınan dini, felsefi ve pedagojik inançlarına uygun olarak çocuklarının eğitim ve öğretimini sağlama hakkına ve Şartın 16. maddede tanınan ticari faaliyette bulunma özgürlüğü ile orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken söz konusu hakların ve ilkelerin korunmasına ilişkin gerekliliğe ve aralarında adil bir denge gözetilerek uzlaştırma ihtiyacına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶

Bir iç kuralın getirildiği zamanda veya hâlihazırda bir teşebbüs içinde belirli rahatsızlıklar duyulmasının veya belirli bir gelir kaybı riskinin önlenmesi gayesinin GG'nin 4/1 maddesi ve 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2/b-i maddesi kapsamında işverenin din veya inanç temelindeki dolaylı ayrımcılığını haklı kılacak meşru bir amaç olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.

İkinci olarak, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin ulusal bir hükmün, eşit muamele ilkesinin korunmasında daha elverişli bir ulusal hüküm olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna ilişkin olarak, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 8/1 maddesi kapsamında, üye devletlerin, kendi sistemlerinde din ve inançlara yaklaşımlarının çeşitliliğini dikkate alarak, Direktifin istihdamda ve meslekte eşit muamele için genel bir çerçeve oluşturduğunun ve bir takdir marjı bıraktığının akılda tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, üye devletlere tanınan takdir yetkisinin ve ulusal düzeyde alınan tedbirlerin ilkesel ve orantılı olup olmadığının AB yargısı tarafından yürütülen denetimle iç içe olması gerektiği değerlendirilmiştir.

Dava C-341/19'da birinci soruya verilen yanıtın ışığında, ikinci sorunun (a) bölümünü veya üçüncü soruyu yanıtlamaya gerek olmadığı değerlendirilmiştir.

¹⁵ Bu hususta şu karara atıf yapılmıştır: ABAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, para. 26 ve 27.

¹⁶ Bu hususta şu karara atıf yapılmıştır: ABAD, Centraal Israëlitisch Consistorie van België ve Diğerleri Kararı, C-336/19, 17.12.2020, para. 67.

4. KARARIN DİN VE İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜYLE BAĞLANTILI OLARAK AYRIMCILIK YASAĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. Din ve İnanç Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirme

Din ve inanç özgürlüğü demokratik toplumun temellerinden biri olup bunun kökeninde “*dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır. Bu işlev sebebiyle uluslararası düzlemde dinlerin özgürlükler karşısındaki konumlarından bağımsız olarak bireylerin belli ölçüler içerisinde din ve inanç özgürlüklerine sahip olduğu kabul edilmiştir. Diğer özgürlükler gibi din özgürlüğü de uzun ve zorlu bir sürecin sonucunda belli yasal ve anayasal güvencelere sahip kılınmıştır. Nitekim din özgürlüğü, evrensel ve bölgesel düzeyde insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmelerin birçoğunda korunan bir haktır.*”¹⁷

Din ve inanç özgürlüğü AİHS'in 9. maddesinde düzenlenmekte ve iki paragraftan oluşmaktadır. İlk paragraf din ve inanç özgürlüğüne ilişkin genel ilkeleri düzenlerken; ikinci paragraf dinini ve inancını açıklama ve açığa vurma özgürlüğüne ilişkin ilkeleri ortaya koymaktadır. Bu anlamda sözleşme metninde, herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu; bu hakkın, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini yayma veya açıklama özgürlüğünü de içerdiği belirtilmektedir. AİHS'in 9. maddesinin ikinci paragrafında ise bazı sınırlandırma sebepleri sayılmıştır. Bunlar; kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının hak veya özgürlüklerinin korunması, sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olması ile sınırlamanın demokratik bir toplumda yasa ile sınırlandırılmasıdır. Dolayısıyla Sözleşme, bahsi geçen sınırlama sebepleri olmaksızın din ve vicdan özgürlüğünün sınırlanamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Aynı şekilde Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair BM Bildirisi'nin 1. maddesinin 3. fıkrasında bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğünün, sadece hukuken öngörülen ve kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlığı, ahlakı veya başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli olduğu ölçüde sınırlamalara tabi tutulabileceğini belirtmektedir. Keza karara konu olayların yaşandığı GG'de dinin rahatsız edilmeden uygulanmasının güvence altında olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de din, düşünce ve vicdan özgürlüğünü, demokratik toplumun temel taşlarından biri olarak betimlemiştir. Bu doğrultuda önüne gelen ilk davalardan biri olan Kokkinakis v. Yunanistan kararında da Mahkeme bazı ilkeleri şu şekilde açıklamıştır:

“9. maddede korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla demokratik toplumun temel taşlarından birisidir. Bu özgürlük, dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimini şekillendiren en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra, aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel

17 Anayasa Mahkemesi (AYM), Tuğba Arslan [GK], Başvuru No: 2014/256, 25.06.2014, para. 52.

vicdanı ilgilendiren bir mesele de olsa, o aynı zamanda diğer şeylerin yanı sıra, kişinin dinini açıklama özgürlüğünü de ifade etmektedir.”¹⁸

Bu haliyle AİHS 9. maddesinde belirtilen özgürlüğün iki alanı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, herkesin “düşünce, vicdan ve din” özgürlüğüne mutlak biçimde sahip olduğu içsel alan (*forum internum*), ikincisi ise bu hakkın dışı vurulması sonucu ortaya çıkan ve sınırlı olan dışsal alandır (*forum externum*). İçsel alan, büyük oranda kişinin kalbinin ve aklının içinde icra edilirken, devletin yargı yetkisinin dışında kalmakta ve kısıtlanamamaktadır. Dışsal alan ise, ibadet etmek, bunları öğretmek, uygulamak ve ayin yapmak şeklinde din ve inancı sergileme ve açığa vurma hakkını taşır.¹⁹ AİHM *Kokkinakis v. Yunanistan* kararında, “Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda, kişinin dinini açıklama özgürlüğünü de ifade etmektedir. Söz ve amelle tanıklıkta bulunma, dinsel inançların varlığı ile bağlantılıdır.” ifadeleriyle AİHS m. 9'un din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin iki alanı koruduğunu belirtmiştir.²⁰

Din ve inanç özgürlüğü, öncelikle bireyin düşünce ve vicdanıyla ilgili olan AİHS'in 9. maddesinin birinci paragrafında belirtilen belli bir dini inanca sahip olma ve din ya da inanç değiştirme konusunda mutlak ve koşulsuz bir hak sağlamaktadır. Ancak, Aynı şekilde 9. maddenin 1. paragrafında belirtildiği üzere, din özgürlüğü kişinin dinini hem özelinde ve yalnızken hem de başkalarıyla birlikteyken ve halk arasında gösterebilmesini kapsar. Dini inancın sergilenmesi ibadet şeklinde olabileceği gibi, öğretme, uygulama ve gözlem şeklinde de olabilir.²¹ Öte yandan AİHS'in 9. maddesi ile anlam ve kapsamı belirlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin “din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü”, “din ve inancını değiştirme özgürlüğünü”, kişilerin diledikleri inanç ve kaniya sahip olmalarını ve herhangi bir inanç ve kanaate sahip olmamalarını güvenceye almaktadır.²²

AB Temel Haklar Şartında da “din” kavramına yer verilmekte olup bu kavramın kişilerin kendi dinlerini açıklama özgürlüğünü de içerecek biçimde geniş bir anlamda kullandığı kabul edilmeli, 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 1. maddesindeki “din” kavramı da hem bir inanca sahip olma unsuru anlamında forum internumu (bireysel/özel alanı) hem de dini inancın kamusal alanda tezahürü anlamında forum externumu (dışsal alanı) kapsıyor olarak yorumlanmalıdır.²³

Din ve inanç özgürlüğünün korunması yalnız devletin değil gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin de bir görevidir. Bu bağlamda din ve inanç özgürlüğünün çalışma hayatında korunması işverenlerin, çalışanlarına karşı bir sorumluluğudur. İşverenler bu hakkın korunmasında; hem yerel mevzuat hükümleri hem de AİHS hükümleri başta olmak üzere, İHEB, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile

18 AİHM, *Kokkinakis v. Yunanistan*, Başvuru No: 14307/88, 25.05.1993, para.31.

19 Zühtü ARSLAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s. 33; Harris, O'Boyle ve Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş Dördüncü Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, (Çevirenler: Mehveş Bingöllü KILCI ve Ulaş KARAN) s. 549; Jim Murdoch, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Çeviren: Av. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 18-22; Şennur Ağırbaşı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, 2012 (101), s. 89.

20 AYM, Tuğba Arslan, para. 56.

21 Bkz AİHM, *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No.ları 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15.01.2013, para 80.; AİHM, *Leyla Şahin v. Türkiye Kararı*, Başvuru No: 4774/98, 29.06.2004, para. 105, AİHM 2005-XI.

22 AYM, 16.09.1998 tarih ve E.1997/62, K.1998/52 sayılı karar, R.G. 20.10.2000, Sayı 24206.

23 ABAD, *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı*, para.28.

İş ve Meslek Bakımından Kişiyi Ayrımcılık Yapılmaması Hakkında 111 No'lu İş ve Meslek Sözleşmesi²⁴ vb. sözleşme hükümleri ile Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair BM Bildirisi'nin ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. İHEB'in 2. maddesi uyarınca, herkesin herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın ilgili Bildiri'de zikredilen bütün hak ve özgürlüklerden yararlanabileceği belirtilmiş, bununla bağlantılı olarak da Bildiri'nin 18. maddesi ile herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu vurgusu da yapılmıştır. Bildiri'nin 23. maddesi ise çalışma hakkını korumuş, herkesin adaletli ve elverişli koşullarda istihdam edilmeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Keza 111 No'lu İş ve Meslek Sözleşmesi'nin 1. maddesinde kullanılan "Ayrımcılık" deyiimi kapsamında inanç bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma olarak ifade edilmiştir.²⁵ AB mevzuatının en önemli düzenlemelerinden biri olan 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi ise din veya inanç temeline dayalı olarak ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve ortaya koymuştur.

İşveren tarafından işyerinde tarafsızlık politikasının gereği olarak dini sembol ve kıyafet kullanımının sınırlandırılması birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan ilki, işçilerin dini inançlarının gereği olarak taktıkları dini sembollerin yasaklanması neticesinde din ve inanç özgürlüğünün, diğeri ise başörtüsü takan kadınlara yönelik doğrudan ve/veya dolaylı olarak uygulanan ayrımcı politikalar nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlali riskidir.

ABAD ön karar incelemesi için önüne gelen iki benzer davaya ilişkin ortak değerlendirmeler yaptığı 15.07.2021 tarihli kararında; AB ülkeleri arasında konuya ilişkin bir konsensüs bulunmadığını, bu sebeple devletlerin ve ulusal mahkemelerinin, din ve inanç özgürlüğü ile din ve inanç temelinde ayrımcılık yasağı arasındaki uzlaşmayı sağlamada geniş bir takdir marjının olduğunu vurgulamış, aynı zamanda teşebbüs serbestisi kuralının mevcut olaylarda geniş yorumlanarak teşebbüslerin işyerindeki talimatlarının genel ve herkese uygulanması koşuluyla orantılı ve gerekli olacağını ifade etmiştir. Dahası işyeri talimatı ile getirilen başörtüsü takma yasağının müşterilere veya hizmet alanlara tarafsızlık politikası gösterme arzusu, bu sınırlandırmanın meşru bir amaç doğrultusunda yapılması, bu tür bir politikanın nesnel olarak haklı gerekçelendirilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan sınırlandırmaların ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması koşullarının bir arada var olduğu değerlendirmesini yaparak somut olayların din ve inanç temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık oluşturmayacağı şeklinde karara varmıştır.

AİHM'in benzer olay ve durumları değerlendirdiği kararları arasında farklılıklar bulunduğu gibi, AİHM ile ABAD'ın böylesi davalardaki değerlendirmeleri arasında da zaman zaman çelişkiler bulunduğu görülebilmektedir. AİHM, ABAD tarafından verilen karara benzer bir olayı değerlendirdiği "*Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*" kararında, işverenin kurumsal imajını belirleme özgürlüğü karşısında işçinin din ve inanç özgürlüğüne üstünlük tanımıştır. Söz konusu dava İngiliz uyruklu dört kişi olan Nadia Eweida, Shirley Chaplin, Lillian Ladele ve Gary McFarlane tarafından İngiltere ve Kuzey İrlanda aleyhine açılmıştır. Davaya konu olayda başvuran Eweida, özel bir havayolu şirketinde bilet kontrol görevlisi olarak çalışmaktadır ve Kıpti Hristiyandır. İnanıcı gereği boynunda haç takılı kolye takması sebebiyle çalıştığı

24 04.06.1958 tarihinde Cenevre'de kabul edilmiş, 19.07.1967 tarihinde de ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. <https://www.ilo.org/anکارa/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>, (E.T.:12.01.2023)

25 İdil Yıldırım, "Türkiye'de İşçinin İnanç Özgürlüğünün Değerlendirilmesi", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2016, Cilt: 30, Sayı: 5, s. 1019.

şirket tarafından kolyesini gizlemesi gerektiği bildirilmiştir. Bu talebi kabul etmeyen başvurucuya, şirket tarafından müşteri ile temas gerektirmeyen, dolayısıyla üniforma giyme zorunluluğu olmayan, idari iş teklif edilmiş, fakat Eweida tarafından bu teklif reddedilmiştir. Başvuran, işten uzaklaştırılmış ve tekrar işe dönmüştür. Başvuran, işten uzaklaştırıldığı, çalışmadığı döneme ilişkin ücret kesintisi uygulamasının AİHS'in 9. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesini yani din ve inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. AİHM tarafından yapılan değerlendirmede, terazinin bir tarafına Eweida'nın dini inancını sergileme isteği konulmuş, diğer tarafına ise işverenin belli bir kurumsal imajı yansıtmaya isteği konulmuştur. Kararda, kişilerin dini inancını sergileme isteklerinin sağlıklı demokratik toplumlarda çoğulculuğa ve çeşitliliğe saygı ve hoşgörü göstermenin gereği olduğu vurgulanmış, işverenin kurumsal imaj yansıtmaya isteğinin şüpheye yer bırakmayacak kadar meşru bir istek olmasına rağmen yerel mahkemelerce bu meşru isteğe gereğinden fazla ağırlık verildiği kanaati belirtilmiştir. AİHM tarafından yapılan değerlendirmede Eweida'nın taktığı haçın mütevazı bir haç olduğu, profesyonel görüntüsünü bozmuş olamayacağı, bu şekilde takılan farklı dini sembollerin şirketin markasına ve imajına zarar verdiğine dair bir kanıt da rastlanılmadığına, ayrıca şirketin üniforma yönetmeliğini dini sembolik mücevherler takılabilecek şekilde değiştirmesinin önceki yasağın çok da önemli olmadığını göstergesi olduğunu belirtmiştir. AİHM, tüm bu şartları birlikte değerlendirerek başkalarının çıkarlarının gerçek anlamda zarar görmediğini belirtmiş, ülke içindeki yetkili kurumların başvuranın dinini açıklama hakkını yeterince korumaktan geri kaldığını ve bu sebeple de 9. maddede belirtilen pozitif yükümlülüğün ihlal edildiğine, bu haliyle 9. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Kararda ayrıca yerel iş mahkemesi tarafından şirketin çıkarlarına çalışanın çıkarlarından daha fazla ağırlık verilmesinin ölçüsüzlüğüne de vurgu yapılmıştır.

İncelemeye konu ABAD kararı belirtilen kriterlerle birlikte incelendiğinde; dini yaşamının merkezine oturtan bireylerin bu inancını başkalarına aktarabilme ihtiyacının göz ardı edildiği ve hakkın sınırlanma sebepleri göz önünde bulundurulmaksızın değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

4.2. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Değerlendirme

Din ve İnanç Temelinde Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Değerlendirme

Birçok uluslararası sözleşmede, ayrımcılık yasaklanmakla birlikte, bir tanımlı yapılmamıştır. MSHS'nin 2. maddesi, ESKHS'nin 2. maddesi, AİHS'in 14. maddesi bunlardan başlıcalarıdır. İlgili sözleşmeler uyarınca taraf devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamakla ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.²⁶

26 İdil İşıl Gül ve Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2011 s. 9

İncelemeye konu ABAD kararında sıklıkla atıf yapılan 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına²⁷ açıkça yer verilmiş ve istisnai durumlar dışında yasaklanmıştır. Benzer şekilde aynı Direktifin 3. maddesinde, Direktif hükümlerinin hem kamu sektörü hem de özel sektörün işten çıkarma ve ücret dâhil istihdam ve çalışma koşullarında tüm kişiler için uygulanacağı da belirtilmiştir. AGG'de de "din" sınırlı olarak sayılan ayrımcılık temellerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Din ve inanç temelinde doğrudan ayrımcılık, kişinin dini veya inancı sebebiyle kendisine ayrımcı muamele yapılması veya işveren tarafından işçinin dini veya inancı nedeniyle uyması gereken yükümlülüklerine aykırı bir talimat vermesi şeklinde ifade edilebilecektir. Söz konusu ayrımcılık türünde mesleki gereklilikler nedeniyle ayrımcı muamele haklı görülebilmektedir. Dolaylı ayrımcılık türünde ise işveren tarafından görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt, uygulama veya talimat neticesinde işçinin dini veya inancı nedeniyle diğer kişilere nazaran dezavantajlı konuma sokulması şeklinde ayrımcı muamele tezahür edecektir.²⁸ Söz konusu tanımlama gereğince bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılabilmesi ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçların orantılı ve gerekli olması halinde muamelenin dolaylı ayrımcılık oluşturmayaacağı da ifade edilmiştir. Bu kapsamda doğrudan ayrımcılık, aynı veya benzer durumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemeyi amaçlarken; dolaylı ayrımcılık herkes için aynı şekilde ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler olarak açıklanmaktadır. Doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık arasında ilkinin farklı muameleyi yasaklaması, ikincisinin ise ayrımcı etkileri olan aynı muameleyi yasaklaması bakımından farklar bulunmaktadır.²⁹

Din ve inanç nedeniyle dolaylı ayrımcılığın varlığında ispat ana problemlerden birisini oluşturmaktadır. Uygulamada ise işyeri talimatları ile işyerinde uygulanan tarafsızlık politikasına bağlı olarak işçilerin dini veya inancı nedeniyle kullandıkları sembollerin kısıtlanması neticesinde işçilerin bu talimatlara uymaması halinde iş sözleşmelerinin haksız olarak feshi yoluna gidilebilmektedir.³⁰

AİHM içtihatlarında ise ayrımcılık kısaca, "göreceli olarak benzer durumda olan kişilere nesnel ve makul bir gerekçesi olmaksızın farklı davranılması" olarak tanımlanmaktadır.³¹ AİHM, *Belçika Dil Davası* Kararı'nda, farklı muamelenin makul ve nesnel bir temele dayandığının tespiti için üç hususun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Birincisi, uygulamanın amacı ile sonucu arasında ilişki bulunması, ikincisi, amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında orantılılık ilkesine uyulması, üçüncüsü ise farklı muamelenin keyfi olup olmadığı ki bu husus tespit edilirken üye ülkenin

27 İlgili tanımlamalar için Bkz. İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren 27 Kasım 2000 Tarihli ve 2000/78/AT Sayılı Konsey Direktifi'nin 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri.

28 İdil Yıldırım, s. 1020; Ayrıca Bkz. 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi m. 2/2/b; **6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu**, R.G. 20.04.2016-29690, m. 2/1/e.

29 Doğrudan ayrımcılık ile dolaylı ayrımcılık kavramlarına ilişkin olarak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da bazı tanımlamalar yapılmıştır. Kanun'un 2. maddesinin 1-d ve 1-e fıkralarında, *Doğrudan ayrımcılık*: Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele olarak, *Dolaylı ayrımcılık* ise bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması şeklinde tanımlanmıştır.

30 BM İnsan Hakları Komitesi (BMİHK), 208/1986 (1989), Singh Bhinder v. Kanada Kararı; AİHM, Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 12 vd; ABAD, Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, para. 16.

31 AİHM, Zarb Adami v. Malta, Başvuru No: 17209/02, 20.06.2006, para. 71.

yasal ve fiili unsurları göz önünde bulundurulmaktadır.³² Bu sıralama ve kriterler, ayrımcılık yasağının ihlalini tespit etmekle görevli ve yetkili diğer mekanizmalar tarafından da büyük oranda uygulanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu sıralama yalnızca doğrudan ayrımcılık iddialarında ve farklı muamelenin bulunduğu vakalarda değil görünüşte tarafsız gibi görünen fakat dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilen vakalar yönünden de uygulanmaktadır. Nitekim *"Görünüşte tarafsız bir hüküm, kriter veya uygulamanın kişileri diğer kişilerle karşılaştırıldığında, 1. maddede atıfta bulunulan gerekçelerden herhangi biri nedeniyle belirli bir dezavantaja sokacağı durumlarda, söz konusu hüküm, kriter veya uygulama meşru bir amaç tarafından ve bu amaca ulaşmanın araçlarının uygun ve gerekli olmasıyla nesnel olarak haklılaştırılmadığı sürece dolaylı ayrımcılığın meydana geldiği kabul edilir"* hükmünü haiz AGG'nin 3/2 maddesi ve *"Dolaylı ayrımcılık; aşağıdakiler söz konusu olmadığı sürece, görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın belirli bir din veya inanca, belirli bir engelliliğe, belirli bir yaşa veya belirli cinsel yönelime sahip kişileri diğer kişilere kıyasla dezavantajlı bir konumda bıraktığı zaman vuku bulmuş kabul edilir: i. söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli ise (...)"* hükmünü haiz 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nde de birebir yer bulmuştur. Bununla beraber Direktif'in 5. maddesi demokratik bir toplumda kamu güvenliği ve kamu düzeninin muhafaza edilmesi, cezai suçların önlenmesi, sağlığın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ulusal mevzuat tarafından belirlenen önlemlere Direktifin halel getirmeyeceğini düzenlemektedir.

Meşru amaç

İşverenler, çalışma hayatında yayınladıkları iç talimat ve yönergelerle, müşteriler karşısında şirketlerinin kurumsal imajının zedelenmesini önleyecek tutum ve davranışlardan kaçınmalarını sağlamak için çalışanlara birtakım kurallar ve düzenlemeler koyabilmektedir. Bu düzenlemeler sayesinde işverenler, şirketin kurumsal imajının korunmasını ve bu imajın zedelenmesini engellemeyi amaçlamaktadırlar.³³

Tarafsızlık politikasının işverenler tarafından savunulmasının gerekçelerinden biri, şirketin her kesimden müşteriye hizmet vermesi nedeniyle tüm dini inançlara eşit mesafede durmak istemesidir. ABAD'ın 14.03.2017 tarihinde verdiği *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions*³⁴ kararında da benzer konular tartışılmıştır. Karara konu olayda, Müslüman bir kadın olan Samira Achbita, G4S Secure Solutions şirketinde 2003 yılında resepsiyon görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. Şirkette işçilerin politik, felsefi veya dini inançlarına ilişkin sembollerini işyerinde taşıyamayacaklarına dair yazılı olmayan bir kural vardır. Achbita, 2006 yılının nisan ayında bölüm yöneticilerini, bundan böyle çalışma saatlerinde başörtüsü takmak istediği konusunda bilgilendirmiştir. Ancak talebi, şirketin tarafsızlık politikasının zarar göreceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Achbita, Haziran 2006'da, başörtüsünü takmaya devam etmesi sonucu işten çıkarılmıştır. Uyuşmazlık, işyerinde herhangi bir siyasi, felsefi veya dini işaretin görünür şekilde giyilmesine genel bir yasak getiren şirket iç kuralından kaynaklı başörtüsü yasağının 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'ni ihlal edip etmediği noktasında değerlendirilmiştir. ABAD, mevcut davadaki işyeri talimatının meşru amaç, haklı gerekçe, gereklilik ve orantılılık noktasındaki kriterleri karşılayıp karşılamadığını, bu

32 Ensari Yücel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı", *ADAM Akademi*, 2015, Cilt:6, Sayı:1, s.65.

33 Hazal Tolu Yılmaz, "İşçinin Sakalını Kesmeyi Reddetmesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", *İNÜHFD*, 2021, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 727.

34 ABAD, *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions* Kararı, Kararın çeviri metni için Bkz. Fatma Sarıaslan, "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt: 7, Sayı: 22, s. 29-40.

kapsamda da somut olayın doğrudan veya dolaylı ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Doğrudan ayrımcılık konusunda Divan, işyerinde inançlar arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin her türlü dini sembolün yasaklandığını, tarafsızlık ilkesinin tüm çalışanlara aynı şekilde uygulandığını dolayısıyla da mevzubahis olayın doğrudan ayrımcılık oluşturmadığını ifade etmiştir.

ABAD'ın verdiği benzer nitelikte bir başka karar olan *Asma Bougnaoui v. Micrapole SA* kararına konu olayda ise Asma Bougnaoui, şirkette önce stajyer olarak işe başlamış, staj bitiminde ise tasarım mühendisi olarak işe alınmıştır. Önceleri bandana takmakta iken daha sonraları işe başörtüsü takarak gelmeye başlamıştır. Şirket, başörtülü bir çalışandan hizmet almak istemeyen bir müşterinin şikâyeti üzerine Asma Bougnaoui' yi işten çıkarmıştır. Karara konu olan hukuki uyuşmazlık, şirketin bir müşterisinin başörtülü bir çalışandan hizmet almamak istememesi üzerine çalışanın işveren tarafından işten çıkarılmasının 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'ni ihlal edip etmediği noktasında değerlendirilmiştir. Divan, Bayan Bougnaoui'nin işten çıkarılmasının işyerinde dini sembol taşınmasını yasaklayan herhangi bir şirket içi kurala dayanmadığı hususunu dikkate alarak, başörtüsü nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin ancak esaslı ve belirleyici bir mesleki gerekliliğe dayanması durumunda ayrımcılık teşkil etmeyeceğine, ancak böyle bir gereklilikten söz edilebilmesi için bunun mesleki faaliyetin doğası veya yürütülüşünden kaynaklanan nesnel bir ihtiyaca hizmet etmesi gerektiğine, müşterilerin özel istekleri gibi sübjektif hususların bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.³⁵

ABAD, Samira Achbita ile Asma Bougnaoui'nin başörtüsü ile işyerinde çalışmak istemeleri üzerine işveren tarafından uygulanan farklı muameleleri içerir davalara ilişkin iki farklı yaklaşım benimsemiştir. Söz konusu kararlarda Divan, işyerinde tarafsızlığı sağlamak amacıyla getirilmiş bir kural varsa bu kuralın meşru bir amaç taşıdığı ve müşterilerle doğrudan iletişim halinde olan çalışanlar bakımından uygulanmasının ölçülü olduğu, ancak böyle bir işyeri talimatını içerir düzenleme yoksa işçinin din özgürlüğünü sınırlandıran bir müdahalenin ancak işin esaslı ve belirleyici bir gereği olması halinde mümkün olabileceği sonucuna varmıştır.³⁶ ABAD, benzer olayları değerlendirirken işyerinde tarafsızlığı sağlamaya yönelik bir işyeri talimatının olup olmasını "hukukilik/yasalılık" kapsamında önemsemektedir. Divan, söz konusu içtihatlarıyla, işverenin işyerinde tarafsız görünmek amacıyla koyduğu kuralları işyeri içinde yapacağı iç talimatlarla düzenlemesini geçerli olarak kabul etmektedir.

Fransız Yargıtay'ının 2020 yılında verdiği işverenin tarafsızlık politikası ile ilgili bir kararında, güvenlik danışmanı olarak çalışan bir işçi, sakalının tarafsız bir görüntü sağlamak amacıyla kesilmesi talebini reddettiği için işten çıkarılmıştır. İşveren ise işçinin sakalını kesmesinin işin mahiyeti itibarıyla esaslı ve belirleyici bir gerekliliği olduğu savunmasını yaparak ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğunu ileri sürmüştür. Yüksek mahkeme yaptığı değerlendirmede, işverenin müşterilerle doğrudan iletişim halinde olan çalışanlar bakımından dini sembol kullanımını yasaklayan bir tarafsızlık kuralını koyabileceği içtihadını hatırlattıktan sonra mevcut olayda bu tarz bir iç kuralın bulunmaması sebebiyle bu durumdaki işçinin din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin ancak esaslı ve belirleyici bir mesleki gereksinimi karşılaması halinde geçerli olabileceğini vurgulamıştır. Aynı zamanda yüksek mahkeme, işverenin müşterilerin

35 Dilek Duyay Yangın, "İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2019, Cilt: 3, Sayı: 62, s. 2062.

36 Hazal Tolu Yılmaz, s.728.

sübjektif özel isteklerini yerine getirme bakımından bir sorumluluğunun olamayacağını, işçinin sakal bırakması ile ne gibi güvenlik risklerinin oluşabileceğinin somut olarak da ortaya konulmadığını belirtmiş, bu sebeplerle feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir.³⁷

2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2/b-i hükmü gereği dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın belirli bir din veya inanca sahip kişilere kıyasla dezavantajlı bir konuma bıraktığı zaman gerçekleşmiş sayılmaktadır. Ayrıca söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli ise dolaylı bir ayrımcılığın oluşmayacağı ifade edilmektedir. ABAD 15.07.2021 tarihli kararında söz konusu hüküm yorumlayarak önüne gelen somut olayın haklı gerekçeler içerip içermediğini ve orantılı ve gerekli olup olmadığını değerlendirmiş, nihayetinde dolaylı ayrımcı bir muamelenin gerçekleşmediğini kararında ifade etmiştir.

İşyeri talimatının dolaylı ayrımcılığa neden olup olmadığı konusunda, getirilen yasaklamanın meşru bir amaca hizmet edip etmediği incelenmiş, işletmenin müşterileriyle ilişkilerinde siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası sergileme arzusunun işverenin teşebbüs özgürlüğü içinde kaldığını, özellikle de müşterilerle doğrudan ilişki içerisinde olan çalışanlar bakımından bu tarz bir sınırlandırma getirmenin bu meşruiyeti destekleyeceğini belirtmiştir.

ABAD, söz konusu kararında somut olayda meşru bir amacın varlığına ilişkin koşullarla ilgili olarak, bir işverenin hem kamu hem de özel sektör müşterileri ile ilişkilerinde siyasi, felsefi veya dini tarafsızlık politikası sergileme arzusunun meşru kabul edilebileceğini, bir işverenin müşterilere tarafsızlık imajı yansıtma isteğinin, özellikle bu amacı gerçekleştirmeye çalışırken, yalnızca müşteriler ile temasa geçen çalışanları kapsamaması durumunu Şart'ın 16. maddesinde tanınan ticari bir faaliyette bulunma özgürlüğü ile ilgili olduğunu ve bu sebeple de "meşru" olacağı değerlendirmesini yapmıştır.

Bununla birlikte, bir işverenin tarafsızlık politikası izleme arzusunun kendi içinde meşru bir amaç olmasına rağmen, nesnel olarak haklı çıkmak için yeterli olmadığının çünkü böyle bir gerekçelendirmenin yalnızca işverence kanıtlaması gereken gerçek bir ihtiyaç olduğunda "nesnel" kabul edilebileceğinin altı çizilmiştir. Zira böylesi bir nedenin somut göstergeler ve kanıtlar içermeksizin ileri sürülmesi, kişilerin din ve inanç özgürlüğü üzerinde varsayım ve ön yargıya dayalı bir sınırlama oluşturabileceği gibi aynı şekilde belirli bir din veya inanca mensup olmaları nedeniyle de tarafsız olmayacakları algısıyla ayrımcılığa uğramalarına yol açacaktır.³⁸ Kaldı ki dinlerini alenen uygulamayı seçenlere karşı aktif olarak ayrımcılık yaparak işyerinde bir "tarafsızlık" imajı yarattığını iddia etmek haklı gösterilebilir bir argüman değildir. Bu tür politika ve uygulamalar, işyerlerindeki kültürel ve dini çeşitliliği tehdit ederek yalnızca iş büyümesini sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda kültürler arası iletişimi de engeller.³⁹ Ayrıca AB Antlaşması'nın 2. maddesinde belirtildiği gibi, insan onuru hakkı ve azınlık mensubu kişilerin haklarıyla da çelişmektedir.

37 C. Cas., C.S., 8 juillet 2020, n° 18-23.743 (Dalloz)'dan aktaran: Hazal Tolu Yılmaz, s. 729.

38 Erica Howard, "Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, Volume: 29, Issue: 2, s. 262.

39 Katayoun Alidadi, "Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?", *European Law Review*, 2012, Volume: 37, Issue: 6, s. 711.

AB'nin her üye ülkesi, bu tür ayrımcı kararların kendi ulusal hükümlerinde uygulanmamasını sağlamakla yükümlüdür.⁴⁰

ABAD, bu durumlarda, nesnel bir gerekçenin varlığının ve dolayısıyla işveren açısından gerçek bir ihtiyacın varlığının tespit edilmesi için, öncelikle müşterilerin veya kullanıcıların hakları ve meşru isteklerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Kaldı ki Divan ve AİHM; bu ve benzeri kararlarında, kişilerin başının açık olmasını "normal/esas olan/asıl" kabul etmekte ve bu sebeple başı açık olmanın tarafsızlık anlamına geldiğini söylemekte, başörtü takmanın ise dini inancı sembolize ettiği ve otomatik olarak tarafsızlığa aykırı olduğu ön yargısı ile hareket etmektedir.⁴¹ Bu durumda benzer bir bakış açısıyla başörtülü ya da kıyafetlerini dini inancının gereği çerçevesinde belirlemeye çalışan kişiler açısından da başörtülü ya da kendi inancına uygun kıyafetleri giymeyen kişiler "tarafı", "tarafsızlık politikasına aykırı" olarak değerlendirilebilecektir. Oysa Divan'ın bizzat kendisi tarafından ulusal makamların 2000/78/EC sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin uygulanmasında farklı hak ve menfaatler arasında uzlaştırma sağlamada bir takdir yetkisinin bulunduğunu açıkladığı gözlemlenmektedir. Bu kapsamda taraf devletler ve özellikle de özel hukuk teşebbüslerinin azınlıkta kalan inançların sembollerinin özellikle işyerinde kullanılmasında yasaklayıcı bir tavırla değil, uzlaştırmacı ve eşitlik ekseninde bir yaklaşımla karşılamaları beklenmektedir. Bu kapsamda devletlerin ve özellikle de işletmelerin müşteri kaybı veya müşteri beklentilerini hesaba katarak işyerinde tarafsızlığı sağlamak için bazı inanç değerlerinin gereği olarak başörtüsü takılmasını yasaklaması, temel hak ve hürriyetlerin meşru bir amaç içermeyen, orantısız ve gerekli olmayan şekilde sınırlandırılması tehdidini bünyesinde barındıracaktır.⁴²

Gereklilik

Divan, orantılık ve gereklik testi açısından yaptığı değerlendirmede, bu tür bir yasaklamanın sadece müşterilerle doğrudan etkileşime giren çalışanları kapsamaması durumunda izlenen amaca ulaşmak için gerekli ve orantılı olduğunu belirtmiştir. Bu halde de işverenin derhal feshe başvurmak yerine çalışana müşterilerle doğrudan ilişki kurmayacağı bir pozisyon önermesi gerektiğini de belirtmiştir. Netice olarak somut olayın 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin 2/2/b-i maddesi anlamında dolaylı ayrımcılık oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.

ABAD tarafından söz konusu karara ilişkin olarak ifade edilen gerekli olma koşulu, ayrımcılık yasağının ileri sürülemeyeceği haller bakımından da incelenmeyi gerekli kılmaktadır. AGG'de ayrımcılık oluşturmayan farklı muameleler arasında yer alan *gerçek ve belirleyici mesleki gereklilikler* kavramı, normal şartlarda yasaklanmış olan farklı muamelenin hukuka uygun bir mesleki faaliyetin devamının sağlanması açısından meşru kabul edilebilmesi anlamını taşımaktadır. Bu halde mesleki gereklilikler, bir mesleğin doğası gereği veya gerçekleştirdiği bağlam dolayısıyla gündeme gelebilecektir. Ancak her halde belirtilen mesleki gereklilikler; ölçülülük, öngörülen amaca uygun olma ve gerekli nitelikleri karşılama

40 The Organization for the World Peace, <https://theowp.org/reports/employers-maintaining-a-neutral-image-the-european-court-of-justice-validates-the-prohibition-of-islamic-veils-in-workplaces/>, (E.T.: 12.01.2023)

41 Cem Duran Uzun, "5 Soru: Avrupa Adalet Divanı'nın Başörtüsü Kararı", <https://www.setav.org/5-soru-avrupa-adalet-divaninin-basortusu-karari/> (E.T.: 12.01.2023)

42 Benzer bir yaklaşım için Bkz. Zühtü Arslan, **a.g.y.** s. 85.

bakımından da belirli kriterlerin denetiminden geçirilecektir. Bu nokta itibarıyla ayrımcılık oluşturmamayan farklı muamelenin sınırlarının belirlenebilmesi için ortaya konulan bir niteliğin, gerçekten mahiyeti itibarı ile o meslek için geçerli olduğunun ortaya konulması ve nitelik olarak belirtilen şeyin ayrımcılık temellerinden birini doğrudan veya dolaylı olarak içermemesi gerekmektedir.⁴³

İşletmeler tarafından mesleki gereklilikler gerekçe gösterilerek ortaya konulan kısıtlamaların soyut ve varsayımsal değil "gerçek" ve "belirleyici" nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu gerekliliklerin dar yorumlanması, ölçülü ve şeffaf olmasına da özen gösterilmesi gerekmektedir.

Karara konu somut olay bakımından değerlendirildiğinde ise IX, bir gündüz bakım evinde bakıcı olarak, MJ ise bir mağazada satış elemanı olarak görev yapmaktadır. Ne IX ne de MJ bakımından kişilerin başörtüsüyle çalışamayacağı yönünde gerçek ve somut bir mesleki gereklilikten söz edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bu yönüyle de karar tartışmaya açıktır. Tüm bu kriterlerin yerine getirilmesi halinde dahi orantılılık ilkesinin ihlal edilmemesi gerekmektedir ki aksi bir durumda ayrımcı bir muamele söz konusu olacaktır.

Orantılılık/Takdir Payı

Orantılılık, diğer kriterlerin yerine getirildiğinden emin olunması halinde ele alınması gereken son kriterdir. AİHM, *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında; *"demokratik bir toplumda din özgürlüğünün önemi dikkate alınacak olursa, Mahkeme, bir kişinin işyerinde din özgürlüğünün kısıtlandığı yolunda bir şikâyetle bulunulması halinde, bu hakka yapılan müdahalenin aksini ispatlamak için iş değiştirmek yerine uygulanan kısıtlamanın orantılı olup olmadığını dikkate alırken bu olasılığı genel denge içinde gözetmek gerektiğine"* hükmetmiştir.⁴⁴

Dini sembol ve kıyafet kullanımının sınırlandırılması bakımından yukarıda da zikredildiği üzere farklı yargılama makamları tarafından farklı yönde kararlar verilebildiği görülmektedir. Bu kapsamda AİHM ile BMİHK arasında da bazı yaklaşım farkları bulunmaktadır.

AİHM, din ve devlet ilişkilerinin düzenlenmesi noktasında devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımış ve devletlerin kurucu değerlerini ve siyasi tarihine ilişkin arka planını karar aşamasının belirleyicisi olarak kullanmıştır. AİHM'den farklı olarak BMİHK, dini sembol ve kıyafet kullanımı üzerindeki sınırlandırmaların zorlayıcı toplumsal gereksinimden kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve sınırlandırmalar üzerinde devletin öne sürdüğü meşru amaçla orantılı olup olmadığını her somut vakanın kendi özel durumu içerisinde değerlendirmiştir. BMİHK, AİHM'in meşru ve ölçülü olarak değerlendirdiği kimi tedbirleri din ve inanç özgürlüğüne aykırı bulmuştur. İlaveten BMİHK, AİHM'in devletlere geniş bir takdir yetkisi verme yaklaşımından farklı olarak ulusal takdir payı doktrinine başvurmamıştır.⁴⁵

AİHM ile BMİHK arasındaki yaklaşım farkına bir örnek S.A.S v. *Fransa* kararıdır.⁴⁶ Kamuya açık alanlarda burka giyilmesini yasaklayan bir düzenlemeyi konu alan kararda AİHM, AİHS'e taraf devletlerde ortaya

43 Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, 1. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 287-288.

44 AİHM, *Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 83.

45 Erkan Duyamaz, "Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlihi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt: 64, Sayı: 4, s. 1117.

46 AİHM, S.A.S v. *Fransa*, Başvuru No: 43835/11, 01.07.2014.

çıkan ortak değerlerin ve genel mutabakat uygulamalarının davalı konumda olan devletin yararlanacağı takdir payının belirlenmesinde dikkate alınacağını hatırlatmış ve bu kapsamda da yüzün örtülmesini gerektiren kıyafetlerle ilgili, Fransa'ya geniş bir takdir marjı bırakmıştır. Bu kapsamda BMİHK, takdir payı denetimini kendi denetiminin bir sınırlayıcısı olarak görmemektedir. Ne devlet okullarındaki dini sembol ve kıyafet yasakları ne de resmi belgeler üzerinde başı açık fotoğraf bulundurma zorunluluğunda Komite, kamu makamlarının sahip oldukları takdir marjına atıf yapmamıştır. Böylece, Fransa'nın öne sürdüğü, laik devletlerin yasal ve anayasal tercihlerinin dikkate alınması ve bu düşünceye sahip devletlere takdir marjı tanınması gerektiği yorumu Komite tarafından zımnen reddedilmiştir.⁴⁷

ABAD ile AİHM arasında ulusal takdir payı doktrini açısından ise benzerlik bulunmaktadır. Hem ABAD hem de AİHM, verdikleri kararlarda konuya ilişkin olarak devletlere önemli bir takdir payı bırakmışlardır. Bunda, her iki yargı organının da Avrupa coğrafyasında bulunmasının etkisinin olduğu söylenebilecektir. ABAD, incelemeye konu kararında ulusal yargı makamlarına, karar verirken ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanmasına öncelik verebileceği değerlendirmesi yaparak yerel makamların takdir yetkisi kullanabilmesinin önünü açmıştır.

İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Ağı (ECRI), "*Müslüman Karşıtı İrkçilik ve Ayrımcılığın Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin 5 No'lu Genel Politika Tavsiyesi*"nde; AİHM ve ABAD'ın bu tarz davalarda takdir payına yaptıkları vurguyu kabul etmekle birlikte dini özgürlüğün sınırlanması sonucu doğuran mevzuatın kanunilik ve orantılılık ilkelerine mutlak surette uyması gerektiğini, ayrıca bu tür mevzuat hükümlerinin belirli bir din üzerindeki ters etkisinin Müslüman kadınların ve kız çocuklarının kendini gerçekleştirme ve güçlenmelerine yönelik bir risk yarattığını belirtmekte, bu sebeple tüm dini grupların eşit muamele görmesinin öneminin altını çizmektedir.⁴⁸

İncelemeye konu karar özelinde bir değerlendirme yapılması gerektiğinde ise ABAD'ın kararlarındaki meşru amaç ve gereklilik şartlarının mevcut olduğu ifade edilse dahi başörtüyle işe gelmeleri sebebiyle işten çıkarılan kişilerin öncelikle başka bir pozisyonda değerlendirilmesinin teklif edilmesi gerekmektedir. Herhangi bir alternatif değerlendirilmeksizin bu kişilerin işten çıkarılması yönündeki kararlar orantılılık ilkesinin de ihlali niteliğinde yorumlanabilecektir.

Cinsiyet Temelinde Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Değerlendirme

ABAD tarafından verilen kararın Almanya'da yaşayan Müslüman kadın çalışanlar üzerindeki etkisi, bu kararın cinsiyet temelinde ele alınmasını da gerekli kılmaktadır. Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü (EIGE) tarafından yapılan cinsiyet ayrımı tanımlamasına göre; medeni halleri ne olursa olsun kadınların tanınmasını veya katılımını, kadın ve erkek eşitliği temelinde, siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alanda insan hakları ve temel özgürlüklerini bozma veya geçersiz kılma amacı taşıyan her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelmektedir.⁴⁹

⁴⁷ Erkan Duymaz, s. 1133.

⁴⁸ ECRI, "ECRI General Policy Recommendation No. 5 (revised) on preventing and combating anti-Muslim racism and discrimination", s. 18, para. 28.

⁴⁹ EIGE, "Concepts and definitions", <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/concepts-and-definitions> (E.T.: 12.01.2023).

CEDAW, kadınlara karşı ayrıma ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. İlgili düzenlemeye göre,

"İşbu Sözleşmeye göre, "kadınlara karşı ayırım" deyimi kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer sahalardaki 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 anlamına gelecektir."

Cinsiyetayrımcılığı, özellikle çalışma hayatında iş ilişkisinin kurulmasında, iş şartlarının oluşturulmasında ve uygulanmasında cinsiyet nedeniyle doğrudan ve/veya dolaylı olarak farklı işlem yapılması ile kendisini gösterebilmektedir. Genel kural işverenin çalışanlarına eşit davranma ilkesi çerçevesinde hareket ederek biyolojik veya işin doğasına ilişkin nedenlerle zorunlu olmadıkça işçiler arasında cinsiyet nedeniyle farklı muamele yapılmasının yasaklanmasıdır.⁵⁰

ABAD tarafından hükmedilen söz konusu kararda, başörtüsü taktıkları için işyeri tarafsızlığının zedelendiği argümanı ile işlerini bırakmak zorunda kalan kadınların yaşadıkları mağduriyet yalnızca din ve inanç temelinde değil, aynı zamanda cinsiyet temelinde de bir ayrımcılık sorunu barındırmaktadır.⁵¹ Bu halde başörtüsünün özellikle kadınların takma tercihinde bulundukları bir inanç sembolü olması sebebiyle erkekler karşısında daha aleyhe bir muamele ile karşılaşmaları riski bulunmaktadır. Keza İslam inancına sahip olan erkeklerin görünür herhangi bir İslami sembol taşıması veya takması bir zorunluluk değilken başörtüsü takan Müslüman kadınlar açısından başörtüsü takılması dinin/inancın bir gereği halini almaktadır. Bu halde, işverenin tarafsızlık politikası gereği bazı dini sembollerin kullanılmamasını istemesi durumunda Müslüman erkeklerin Müslüman kadınlara göre daha az etkileneneceği aşîkârdır. Nitekim BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) tarafından yayınlanan *"Human Rights of Women Wearing the Veil in Western Europe"* adlı çalışmada, başörtüsü takan kadınlara yönelik yasakların yalnızca din ve inanç temelinde değil aynı zamanda cinsiyet temelinde ayrımcılık bağlamında da ele alınması gerektiği, başörtüsü, peçe vb. takan kadınlara yönelik damgalayıcı söylemlerin eşitlik anlayışına zarar verdiği, Avrupa'da bir kesim tarafından tesettürlü kadınların baskı ve zorlama dolayısıyla bu tür kıyafetler giydiği yönündeki algıya karşılık Avrupa'daki Müslüman kadınların ezici bir çoğunlukla "başörtüsü takma nedenleri olarak kişisel tercihlerinin, kimliklerinin ve dinlerinin ifade biçimi" olarak gösterildiği ifade edilmektedir. Dahası devletlerin önceden var olan yapısal ve tarihsel ayrımcılık kalıplarını ve kadınlarla erkekler arasındaki eşitsiz güç ilişkilerini hesaba katarak yalnızca biçimsel eşitliği ("de jure") değil, aynı zamanda maddi eşitliği ("fili") elde etmek için çaba göstermesi gerektiği, var olan dezavantajlara veya ayrımcılığa rağmen insanlara aynı şekilde davranmanın eşitsizliği devam ettirebileceğinin unutulmaması gerektiğinin altını çizmektedir.⁵²

50 Gözde Kaya, *Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2010, s.1; Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 8, 2013, Özel Sayı, s. 1726.

51 Ander Gutiérrez and Solana Journoud, *Unveiling Complex Discrimination at the Court of Justice of the European Union: the Islamic Headscarf at Work*, *Feminist Legal Studies*, 2021, Volume: 29, Issue: 2, s. 205–230.

52 OHCHR, *Human Rights of Women Wearing the Veil in Western Europe*, s. 3-4, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/VeilinEuropereport.pdf>, (E.T.: 12.01.2023).

Tüm bu sebeplerle, her kesime yönelik aynı türden muamelenin eşitlik olduğu yönündeki değerlendirme yanıltıcı olup, bu türden muamele ve düzenlemelerin uygulamada hangi kesimleri ne şekilde dezavantajlı konuma düşürdüğü somut verilerle ortaya konularak, eşitlikçi ve gerçekçi bir çözüm arayışına gidilmelidir. Dolayısıyla ABAD tarafından verilen kararda da tüm dini sembollerin yasaklanması yönündeki talimatların ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceği yönündeki değerlendirme, başörtülü kadınların bundan en çok ve hatta çoğu kez tek etkilenen olduğu yönündeki gerçeği göz ardı etmektedir.

5. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Ayrımcılık yasağının kapsamına ilişkin yapılacak değerlendirmede şu temel tespitler önemlidir: a. Aynı durumda bulunanlara farklı muamele yapılması ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturabilir; b. Farklı durumdakilere aynı şekilde bir muamelenin yapılması ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturabilir; c. Farklı durumda olanlara farklı muamele yapılması, muamelenin nitelik ve ölçüsüne göre eşitsizlikleri artırabilir, eşit olmayan muameleyi muhafaza edebilir ya da ortadan kaldırabilir.⁵³

ABAD tarafından 15.07.2021 tarihinde verilen C-804/18 ve C-341/19 numaralı davalarda da işçi IX ile MJ, işyerine başörtüsü takarak gelmişlerdir. Her iki çalışanın işvereni de işyerinde tarafsızlığı sağlamayı amaçlayan işyeri talimatları ile bu çalışanların işyerine başörtüsü ile gelmemelerini istemiş ancak bu istekleri çalışanlar tarafından reddedilmiştir. İlk derece yargılamasını yapan iş mahkemeleri tarafından "ön karar" değerlendirilmesi yapılmak amacıyla konu ABAD önüne getirilmiştir. ABAD tarafından yapılan değerlendirmede ise 2000/78 sayılı İstihdamda Eşitlik Direktifi'nin ilgili hükümlerini yorumlarken her üye devletin özel bağlamının dikkate alınması gerektiğini, üye devletlerin söz konusu farklı hak ve menfaatleri dengelemede takdir paylarının geniş olduğunu, Direktif'in söz konusu hükümlerinin genel ve farklılaşmamış şekilde uygulanması şartıyla işyerinde dini sembol kullanımının yasaklanmasının doğrudan bir ayrımcılık oluşturmayacağını, işveren tarafından politik, felsefi ve dini tarafsızlık izleme arzusuyla hareket edilmesinin ancak bu politikanın gerçek bir ihtiyacı karşılaması koşuluyla haklı çıkarılabileceğini vurgulamıştır.

Aynı zamanda işveren tarafından tarafsızlık politikasının sağlanması amacıyla siyasi, felsefi veya dini inançların görünür sembol ve işaretlerinin yasaklanması ancak siyasi, felsefi veya dini inançların tüm görünür ifade biçimlerini kapsaması halinde haklı çıkarılabileceği de belirtilmiştir. Bu bağlamda her iki olay bakımından tarafsızlık politikası amacı ile oluşturulan işyeri talimatlarında tüm görünür dini sembollerin yasaklanmasıyla, belirli bir din veya inanç hedef alınmadığı için doğrudan ayrımcılık bulunmadığı söylenecektir. Bununla birlikte ayrımcılık iddialarının bulunduğu durumlarda doğrudan ayrımcılığın bulunmaması halinde bir de dolaylı ayrımcılığın mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekecektir ki her iki davada da davacılar, bu uygulamaların genellikle başörtülü kadınların mağduriyetine yol açtığı için cinsiyet ve dinleri yönünden mevcut düzenleme ve uygulamanın dolaylı ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Nitekim yerel mahkemeler tarafından da bu hususun ABAD tarafından incelenmesi istenmiştir.

Dolaylı ayrımcılık iddialarının bulunduğu hallerde ispat en büyük problem alanlarından birini teşkil etmektedir. AİHM, bu tür iddiaların delillendirilmesinde istatistikler, raporlar vb. somut argümanların kullanılabileceğini ifade etmektedir. Söz konusu iddia ve olgular bakımından Almanya ve Avrupa'daki konjonktür incelendiğinde ise bu türden somut verilere kolaylıkla ulaşılabildiği görülmektedir. Oxford

53 Gül ve Karan, *Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, s. 13.

Akademi tarafından 09.07.2022 tarihinde yayınlanan "Ayrımcılık Ortaya Çıktı: Almanya, Hollanda ve İspanya'da Müslüman Kadınların Karşılaştığı Engeller Üzerine Bir Saha Deneyi" adlı makalede Almanya, Hollanda ve İspanya olmak üzere üç Avrupa ülkesinde işgücü piyasasında başörtülü ve başörtüsüz Müslüman kadınların iş başvurusunda bulunurken karşılaştıkları ayrımcılığa ilişkin araştırma yapılmıştır.⁵⁴ Anket verilerine dayanan araştırma; başörtüsü takan kadınların, başörtüsü takmayan Müslüman kadınlara göre ücretli bir işte çalışma olasılığının daha düşük olduğunu göstermiştir. Bu araştırmaya dayanarak, inceleme yapılan üç ülkede işverenlerin tercihlerinde bir hiyerarşi olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre çoğunluktaki yerli kadınlar en yüksek geri arama oranını alırken, onu dini olmayan azınlıklar, tesettürlü Müslümanlar ve hiyerarşinin en altında tesettürlü Müslüman kadınlar takip etmiştir. Başörtülü kadınların iş başvurularında reddedilme olasılığının, diğer kişilere göre 3 kat daha fazla olduğu ortaya çıkmıştır.⁵⁵

Aynı şekilde Almanya'da 2015 yılında yapılan bir ankette Alman nüfusunun en az üçte biri, Müslümanların oldukça olumsuz imaja sahip olduğunu kabul etmişlerdir. Ayrıca devlet okullarında dini sembollerin giyilmesine yönelik tutuma bakıldığında, devlet okullarında öğretmenlerin dini semboller giymelerine izin verilip verilmeyeceği sorusuna yanıt olarak, hangi dini sembol tartışılırsa tartışılsın Almanya'da yaşayan insanlar arasında büyük ölçüde ayrılık olduğu, sınıfta Müslüman öğretmenlerin başörtüsü takmalarının yüzde 43'e karşılık yüzde 57 oranla reddedildiği ifade edilmektedir.⁵⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 2015 yılında öğretmenlerin başörtüsü takmalarının genel olarak yasaklanmasının inanç özgürlüğünü ihlal ettiği için GG'ye aykırı olduğuna karar vermiş ancak 2020 yılında verdiği bir kararla bu yaklaşımını değiştirmiştir. Bu kararda hukuk stajyerinin kamu görevlisi olması sebebiyle başörtüsü takmasının kamu görevlisinin tarafsızlığını etkilediğine ve bu nedenle de başörtüsü takmasının yasaklanmasına karar vermiştir.⁵⁷

Bu durumu ve ABAD'ın söz konusu kararını Avrupa'da başörtüsüne ve Müslümanlara yönelik artan yabancı düşmanlığı ve islamofobiden kaynaklanan genel yaklaşımlardan ari olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁵⁸ Özellikle 11 Eylül saldırıları ile birlikte global ölçekte Müslümanlara karşı negatif bir tavrın sergilenmeye başlandığı bilinmektedir. Tüm dünyada ortaya çıkan bu ön yargı, Avrupa'da da etkisini göstermiş, Avrupa'da yaşayan Müslüman nüfusun dinsel ve kültürel görünürlüğüne artmasıyla birlikte dini sembol ve kıyafetlerin okulda ve kamu kurumlarında kullanılması başta Fransa olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde sorun olarak algılanmaya başlanmıştır.⁵⁹

54 Mariña Fernández-Reino, Valentina Di Stasio, Susanne Veit, "Discrimination Unveiled: A Field Experiment on the Barriers Faced by Muslim Women in Germany, the Netherlands, and Spain", *European Sociological Review*, 2022, s. 1-9.

55 BBC Türkçe, "Avrupa iş pazarında ayrımcılık: 'Başörtülü adayların iş başvurularında reddedilme olasılığı 3 kat daha fazla'", <https://www.bbc.com/turkce/articles/cl57n2ge0ddo> (E.T.: 12.01.2023)

56 Federal Anti-Discrimination Agency, **The Federal Anti-Discrimination Agency's Research Projects at a Glance: Acceptance of Religious and Non-confessional Diversity in Germany Results of a Representative Survey**, 2016, s. 2.

57 Perspektif, "Federal Anayasa Mahkemesi'nin Başörtüsü Kararı", <https://perspektif.eu/2015/04/01/basortusu-karari-federal-anayasa-mahkemesinin-cogulcu-toplumdan-beklentisi/> (E.T.:12.01.2023), Perspektif, "Mahkeme Salonlarında Başörtüsü Yasağında Geriye Dönüş", <https://perspektif.eu/2020/04/01/mahkeme-salonlarinda-basortusu-yasaginda-geriye-donus/> (E.T.:12.01.2023).

58 Hanane Karimi, "The Hijab and Work: Female Entrepreneurship in Response to Islamophobia", *International Journal of Politics, Culture and Society*, 2018, Volume: 31, Issue: 3, s. 421-435.

59 Erkan Duymaz, s. 1115; Burçin Araz, 11 Eylül Sonrasında Avrupa'da Yabancı Düşmanlığı ve İslamofobi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2019, s. 2 vd; Ahmet Recai Tekin, "Postmodernizm Perspektifinden 11 Eylül ve İslamofobi: Üretilen Korkunun Temelleri", *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt: 6, Sayı: 11, s. 108; Foundation For Political, Economic and Social Research (SETA), **European Islamophobia Report 2019**, 2020. s. 344.

Bu süreçle birlikte, Müslümanlara ve İslam'a ait sembol, ritüel ve kıyafetler, dünyanın hemen her yerinde bir tehdit biçiminde algılanmaya başlamıştır. Söz konusu tehdit algısına karşı alınan tedbirlerden biri de sözde tehdidin dışı vuran sembollerinin yasaklanması şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu yasaklama özellikle "başörtüsü" üzerinden yapılmış ve genellikle yasak; öğrenciler, öğretmenler ile kamu ve özel sektör çalışanları üzerinde etkisini göstermiştir. Avrupa'da ulusal düzeyde açılan davalarda, mahkemeler birbirinden farklı kararlar vermişlerdir. Bu kapsamda Danimarka'da ulusal mahkemeler, başörtüsü taktığı için işinden çıkarılan bir kadının açtığı davada işveren konumundaki mağazayı haklı bulurken, Alman Anayasa Mahkemesi başörtülü bir öğretmenin davasında öğretmen lehine karar vermiştir.⁶⁰ İsviçre Federal Mahkemesi ise başörtülü bir ilkökul öğretmenin işine son verilmesine ilişkin davada öğretmen aleyhine karar vermiştir.

ABAD'ın 15.07.2021 tarihli kararının⁶¹ artan aşırı sağcı politikalar ve yabancı karşıtlığı ile ilgili açıklamalar doğrultusunda da ele alınması gerekmektedir. Özellikle 11 Eylül saldırıları ve sonrasında Avrupa'da artan İslamofobik, ayrımcı, damgalayıcı ve dışlayıcı yaklaşımın bir tezahürü olarak değerlendirilebilecek ABAD kararları da din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılması eğiliminin bir neticesidir. Bu sebeple, ABAD'ın söz konusu kararının din ve inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki dini bir sembol veya kıyafetin kullanımının, o sembol veya kıyafeti kullanan dinin mensuplarınca dini bir vazife olarak algılanması demokratik toplumlar açısından anlaşılabilir bir durumdur. AYM tarafından *Tuğba Arslan* kararında da ifade edildiği üzere burada üzerinde durulması gereken mesele, dini bir sembolün zorunlu olarak algılanmasının başkaları üzerinde bıraktığı etkidir. İster bir dinden isterse de seküler bir dünya görüşünden kaynaklansın her dini sembol ve ifade, o sembolün kullanılmasına karşı olanlar üzerinde birtakım psikolojik, felsefi veya siyasi çağışımlar uyandırabilir. Bu çağırışım ve etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda kaçınılmazdır. Belirli bir dinin mensuplarının toplumun çoğunluğunu oluşturduğu durumlarda, azınlık sayıda kalan din ve inanca mensup kişilerin kendilerini böyle bir baskı altında hissetmeleri kolay olduğu gibi bu halde devletlere düşen vazife, varsayımlara dayalı olarak inançların sembollerini yasaklamak değil; hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de çoğunluk karşısında azınlığın ezilmesine engel olacak tedbirleri almaktır.⁶² Bu yükümlülük yalnızca devletlerde ve kamu kurum/kuruluşlarında olmayıp, aynı zamanda gerçek kişilerde ve özel hukuk tüzel kişilerinde de bulunmaktadır. 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.

İşverenler tarafından işyerinde dini, felsefi, siyasi her türlü ifade ve inancın sembolünü yasaklayan işyeri talimatları, kadın çalışanlara yönelik de dolaylı bir ayrımcı muamele riski taşımaktadır. Özellikle işveren WABE'nin, çalışan IX'yi başörtüsü ile işe gelmeye devam etmesi nedeniyle işten çıkarması, aynı

60 Christine Langenfeld and Sarah Mohsen, "Germany: The Teacher Head Scarf Case", *International Journal of Constitutional Law*, 2005, Volume: 3, Issue: 1, s. 86-94, Aktaran Zühtü ARSLAN, **a.g.y.** s.72.

61 ABAD, IX v. WABE eV (C-804/18) ile MH Müller Handels GmbH v.MJ, (C-341/19) Kararı, Almanya Davası, 15.07.2021.

62 AYM, Tuğba Arslan, para. 127; Benzer yaklaşım için Bkz. AİHM, Şerif v. Yunanistan, Başvuru No: 38178/97, 14.12.1999, para. 53.

dönemde bir kadın çalışana da boynunda haç takması nedeniyle haçı çıkarmasını talep etmesi, görünürde tarafsızlığın sağlanmasını hedeflense de söz konusu durumda çalışanlardan hem haçın çıkarılmasının istenmesi hem de başörtüsü ile çalışmalarına engel olunması kadınların inanç durumlarından kaynaklı farklı muameleye tabi tutulmasına neden olabilecektir.

Bu noktada AİHM'in *Eweida ve Diğerleri* kararında belirttiği husus dikkat çekicidir. AİHM, bu kararda işveren tarafından belirli bir kurumsal imajın yansıtılması sebebiyle dini sembol kullanımına izin verilmemesi yaklaşımının, başvuran açısından dini inancı aleyhine olacak biçimde işyeri tarafsızlığı sebebine çok fazla ağırlık verildiğine kanaat getirmiştir. Bu noktada işverenler tarafından sırf tarafsızlık politikasının gereği olarak Müslüman kadınların işyerine başörtüsü ile gelmelerinin engellenmesiyle, işverenlerin işyerinde tarafsızlığı sağlama arzularına gereğinden fazla ağırlık verilerek Müslüman kadın çalışanların din ve inanç özgürlüklerinin gereği olarak başörtüsü takmalarının önüne geçilmektedir.

Bir diğer tartışılması gereken husus ise benzer vakalar bakımından haç ile başörtüsü karşılaştırılıyor olsa da haç takmak Hristiyan bir birey için dinini açıklamak amacıyla kullandığı bir aksesuar olup zorunluluk arz etmezken; Müslüman kadınlar için başörtüsü dinini açıklama özgürlüğü bağlamında bir zorunluluktur. Bununla birlikte işverenler tarafından işyerlerinde tarafsızlık politikası ve şirketin kurumsal imajının korunması gereği, tüm dinlere ait sembollerin gösterilmesinin yasaklanması konusunun meşru bir amaçla yapıldığı ve istisnasız her türlü dini inanç için uygulanmasının makul ve objektif sebebinin olduğunun kabul edilmesinin bile içeriğinde ayrımcı bir yaklaşım barındırdığı düşünülebilecektir. Zira başörtüsü takılmasının İslam dininin bir gereği olarak zorunluluk barındırmasına karşılık Hristiyanlık inancına sahip bir bireyin zorunluluktan ziyade kendi inisiyatifiyle taktığı haçlı kolyeyle aynı durumda kabul edilmesi yerinde bir değerlendirme olmayacaktır. Bunun yanında başörtüsü takan bir kadın çalışanın başörtüsünü müşterilerden gizlemesi mümkün değilken takılan daha küçük bir sembolün saklanması veya gizlenmesi mümkün olabilecektir. Bu sebeple dini sembollerin taşınması konusunda tüm dinlere eşit şekilde yaklaşımın da kendi içerisinde büyük eşitsizlikler barındırdığı ortadadır.

AİHM'in önüne gelen davalarda haç ve başörtüsü arasındaki yaklaşım farkı da belirtilen noktada önem arz etmektedir. 18.03.2011 tarihinde Mahkeme *Lautsi ve Diğerleri v. İtalya* davasında tartışmalı bir karara imza atmış, devlet okullarının duvarlarında bulunan haç ile ilgili olarak verdiği kararla, haçın pasif bir sembol olduğunu, herhangi bir telkin veya ideoloji aşılama amacını taşımadığını ifade etmiş, sınıf duvarlarında asılı bulunan haç sembolünün öğrenciler üzerinde bir etki veya baskı oluşturduğuna dair somut bir belirtinin de bulunmadığını vurgulamış, İtalya devletine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.⁶³ İkinci Daire ile Büyük Daire arasında bu konuda büyük bir görüş farklılığı oluşmuş ve İkinci Daire tarafından haç güçlü bir dış sembol olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık yine AİHM tarafından verilen *Leyla Şahin v. Türkiye* kararında başörtüsünün öğretmenler ile öğrenciler üzerinde baskı oluşturma ihtimalinin somut veriye dayandırılmaması göz ardı edilmiştir. Hatta "Halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dinden olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dinî icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin Sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, lâik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre

63 AİHM, Büyük Daire, *Lautsi ve Diğerleri v. İtalya Kararı*, Başvuru No: 30814/06, 18.03.2011, para. 72.

yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur.” yorumunda bulunarak belirgin bir anlayış farklılığı ortaya koymuştur.⁶⁴ Bir yanda bizzat Sözleşmeye taraf bir devlet tarafından tüm okullarda belirli bir dinin sembolüne yer verilmesinin bu sembolün pasif olduğu ve öğrenciler üzerinde baskı oluşturacağına ilişkin somut veri olmadığı gerekçesiyle Sözleşmeyi ihlal etmeyeceği değerlendirilmesi yapılırken öte taraftan başörtülü öğrencilerin diğer öğrenciler üzerinde baskı oluşturabileceği ve huzurlu ortak yaşamı bozacağı gibi afaki ve somut veriye dayalı olmayan bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Mahkeme *Lautsi ve Diğerleri* kararıyla, devletin dinlere karşı tarafsız olma yükümlülüğünü vurgulayan AİHM’in yerleşik içtihatları ile de çeliştiği noktasında eleştirilmiştir.⁶⁵

Çalışan MJ ile işveren MH Müller arasındaki ihtilafta ise işveren, MJ'ye işyerinde göze çarpan, büyük boyutlu siyasi, felsefi veya dini işaretleri giymekten kaçınması talimatını vermiştir. İşveren tarafından yapılan savunmada bu engellenmenin işyeri talimatının gereği olarak yapıldığı, bu yönergenin amacının da işletme içinde tarafsızlığı korumak ve böylece çalışanlar arasındaki çatışmanın önlenmesi amacı olduğu, aynı zamanda işletmede geçmişte de farklı din ve kültürlerden çalışanlar arasında bu tür çatışmaların olduğu belirtilmiştir. Söz konusu işyeri talimatı ile getirilmek istenen amaç işyerinde tarafsızlığın sağlanarak işyeri içerisindeki çatışmaların bitirilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki ayrımcı bir muamele olarak din ve inanç özgürlüğünün sınırlandırılmasında işyerinde tarafsızlığın sağlanması ve çatışmanın engellenmesi tek başına yeterli sebepler değildir. Demokratik ve çoğulcu toplumlarda temel hak ve hürriyetlerin korunması esas olmakla birlikte ilgili haklarda belirtilen sınırlandırma sebeplerinin de kendi içerisinde belirli sınırlılıkları bulunmaktadır. Bu halde devletler ile özel hukuk tüzel kişilerinin birtakım vazifeleri yerine getirme mesuliyetleri bulunmaktadır. Bu kapsamda özellikle belirli dinlere ait sembollerin kullanımının yasaklanması görünüşte herkese eşit yaklaşıyor algısını oluştursa da bir ayrımcı muamele riski taşıması nedeniyle her somut olayda titizlikle değerlendirilmelidir. Dini sembol kullanımının bir tarafsızlık politikası olarak yasaklanması şeklinde bir eğilimden ziyade çoğulculuğa saygı prensibinin hâkim kılınmaya çalışılması, müşteri beklentilerinden kaynaklı yasaklayıcı bir yaklaşım yerine hoşgörü ekseninde bir yaklaşımın benimsenmesi ile ayrımcı uygulamaların sonlandırılması ve ayrımcılık karşıtı prensiplerin uygulanmaya başlanması dikkat edilmesi gereken yükümlülüklerdir. Kaldı ki söz konusu talimatta yalnızca göze çarpar ve büyük boyutlu sembollerin yasaklanması da aynı şekilde neredeyse tamamen sadece Müslüman kadınları etkileyecek nitelikte bir düzenleme olarak anlaşılmaktadır. Nitekim yerel mahkeme de bu hususu benzer şekilde değerlendirmiş, ABAD da mezkûr hükmün doğrudan ayrımcılık olduğunu ifade etmiştir. ABAD'ın işveren WABE tarafından getirilen işyeri talimatında doğrudan ayrımcılık olmadığına ancak işveren MH Müller tarafından ortaya konulan işyeri talimatının doğrudan ayrımcı muamele oluşturduğu değerlendirmesi, ABAD'ın eski başsavcısı Eleanor Sharpston tarafından çelişkili bulunmuş ve eleştirilmiştir. Sharpston karara ilişkin bir gölge görüş yayınlamış ve gölge görüşünde her iki durumda da tarafsızlık kuralının büyük ölçüde doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu savunmuştur. Bu kapsamda dini, felsefi veya siyasi inanç işaretlerini yasaklayan tüm tarafsızlık kurallarının bazı işçiler açısından dinleri veya inançları temelinde diğerlerinden daha az lehte muamele görecektir olmaları nedeniyle doğrudan ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmektedir. İşveren WABE'deki işyeri talimatının, kendilerini dinleri tarafından belirli giysiler giyme zorunluluğu içerisinde gören dini gruplara mensup işçiler ile bunu

64 AİHM, *Leyla Şahin v. Türkiye*, para. 99.

65 Ümit Kılınç, “*Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi İle Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensibi Üzerine*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, Cilt:1, Sayı:7, s. 108.

yapmayan işçiler ve hatta dini inancı olmayan işçiler arasında bir ayırım oluşturduğunu belirtmiştir. İşveren MH Müller tarafından getirilen küçük boyutlu, mütevazı sembollerin kullanılması yaklaşımının ise hatalı olduğunu, bu durumun dinler arasında bir ayırım olduğunu da vurgulamıştır.⁶⁶ İlgili kararda ve benzer konuyu mündemiç diğer kararlarda üzerinde durulması gereken bir mesele de dini, siyasi ve felsefi sembol kullanımında, kullanılan sembolün boyutunun küçük olması halinde mütevazı sayılacağı, çalışanın profesyonel görüntüsünü bozmayacağı ve bu haliyle de şirketin imajına zarar vermeyeceği yaklaşımıdır. Böylelikle başörtüsü takan kadınlarda dini sembolün büyüklüğü ve görünür olması, bu kişilerin ayrımcı muameleye maruz bırakılmaları tehdidini de bünyesinde barındırmaktadır. Gerçekten de Hristiyan bir birey açısından haç, küçük bir kolye biçiminde taşınabilecekken başörtüsünün göze çarpmayacak ya da küçük boyutlu bir formda giyilebilmesi mümkün değildir. Böylelikle Müslüman ve başörtülü kadın çalışanlar, hem cinsiyetleri hem de din ve inançları dolayısıyla içinden çıkamayacakları ya da kaçınamayacakları bir zorluk içerisinde bırakılmaktadır ve çoğu kez söz konusu ifadelerle doğrudan olmasa dahi dolaylı olarak başörtüsünün kastedildiği bilinmektedir.⁶⁷

İşverenlerin, işyeri içerisinde koydukları talimatlarla müşterilerine karşı tarafsızlığı sağlama amacıyla birtakım düzenlemeler yapmaları ve bu talimatları uygulamaları söz konusu ihlal iddiasının Almanya'da yaşandığı ve Almanya'nın AİHS'e taraf olması hususu da göz önünde bulundurulduğunda söz konusu uygulamanın AİHS hükümlerini ihlal etme riskini muhtemel hale getirecektir. Bu çerçevede demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma şartı ilk anda akla gelebilecek ihlal riskidir. Demokratik toplum, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gereklerini bir arada tutan, özgürlükçü demokrasinin vazgeçilmez koşullarını oluşturan, farklılıkların bir arada olabileceği ve bireylerin bu farklılıklar nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalmadıkları, din ve inançlarına ilişkin tercihlerini diledikleri gibi yaşayabilecekleri ve ifade edebilecekleri bir toplumdur.⁶⁸ Demokratik toplumda işverenler ile müşterileri de dâhil olmak üzere herkes, farklı dini inanç ve değerlere sahip insanlara saygı göstermekle mükelleftir. İşyerinde çalışan kadınların başörtüsü takması, işletmenin dini görüşünün bu yönde olduğu anlamında da değerlendirilmemelidir. Dolayısıyla da işveren tarafından başörtülü kadın çalışanların iş sözleşmesinin fesih edilmesi veya çalışma ortamından uzaklaştırılarak maddi kayıplara sebebiyet verilmesi tek başına tarafsızlık politikasının gereği olarak sunulmamalıdır.⁶⁹

Bu çerçevede değerlendirilmesi gereken bir başka nokta da işyerinin müşterilerine tarafsızlık politikası gereğince kurumsal imajının korunması hakkı ile kişinin din ve inanç özgürlüğünün karşı karşıya geldiği durumlarda nasıl bir yaklaşım sergileneceğidir. Rapor konusu her iki olayda da ABAD tarafından her iki hakkın dengesi kurulurken işyerinin kurumsal imajının korunması hakkı kişinin din ve inanç özgürlüğüne göre üstün tutulmuştur. Ancak bu mukayese yapılırken işyerlerinin çalışanlarından dini sembollerin gösterilmemesine yönelik isteğinin neden bireyin din ve inanç özgürlüğüne üstün tutulduğunun gerekçeleri somut ve tatmin edici şekilde açıklanmamıştır. Öncelikle çalışanların dini inançları gereği taşıdıkları,

66 Eleanor Sharpston, "Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: Headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)", 2http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html (12.01.2023), para.122-123.

67 Jule Mulder, "Religious neutrality policies at the workplace: Tangling the concept of direct and indirect religious discrimination. WABE and Müller", *Common Market Law Review*, 2022, Volume: 59, Issue: 5, s. 1501-1522.

68 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Jim Murdoch, **a.g.e.**, s.42 vd.

69 Erica Howard, "Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, Volume: 24, Issue: 3, s. 348-366; Emmanuelle Bribosia and Isabelle Rorive, "ECJ Headscarf Series (4): The Dark Side Of Neutrality", <https://strasbourgobservers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality/> (E.T.: 12.01.2023)

giydikleri veya gösterdikleri sembollerin işverenlerce, söz konusu sembol kullanımının işe yansımadaki olumsuz etkilerinin ciddi, somut ve tutarlı argümanlarla ortaya konulması gerekmektedir. Mevcut etkinin ortaya konulmaması ise işverenlere arzu ettikleri her türlü yasaklamayı kural olarak uygulama inisiyatifi verebilecektir. Kaldı ki çalışanların dini ve felsefi inançlarını yansıtan semboller giymemesinin işin doğası ve niteliği gereği olması durumunda bu hakkın kısıtlanabileceği hususunun ilgili Direktiflerde açıkça yer aldığı da göz önüne alınmalıdır.⁷⁰

Dolayısıyla işverenlerin başörtüsünü de yasaklayan surette muamele ve işyeri uygulamalarının öncelikle yasallığının bulunup bulunmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı, gerekli ve orantılı olup olmadığı incelenmelidir. İşverenin tarafsız bir imaj oluşturmak istemesinin, tek başına din ve inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcı muamele içermeyeceği yaklaşımı meşru bir sebep olarak değerlendirilmemeli, bu halde somut olayın kendi içinde bir değerlendirme yapılarak işverenin bu düzenlemeyi getirmedeki yararı ile işçinin din ve inanç özgürlüğü ile bağlantılı olarak ayrımcı muamele görmeme hakkı arasındaki denge gözetilerek, yapılan değerlendirmede işçinin dini inancını açıklama özgürlüğünün daha ağır basması halinde, işverence getirilen yasaklama geçersiz sayılmalıdır.

GG'nin 19/2 hükmünde ifade edilen temel hakların özüne dokunulamayacağı hususu da göz önünde bulundurulduğunda başörtüsü veya dini sembol kullanımına getirilecek benzer yasakların ayrımcılık yasağının yahut din ve inanç özgürlüğünün ihlali anlamına gelmediği yönünde verilen mahkeme kararları ile başörtülü Müslüman kadınların din ve inanç özgürlüğü ihlal edilmekle birlikte çalışma hakları da ellerinden alınmaktadır. Zira böylelikle işverenlerce oluşturulacak işyeri talimatları ile başörtülü birinin çalıştırılması AGG, GG, AİHS ve diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri yok sayılarak de facto biçimde imkânsız hale getirilmekte, işverenler böylesi mahkeme kararları ile cesaretlendirilmektedir.⁷¹ Oysa GG'nin dinin rahatsız edilmeden uygulanacağı güvence altına alınmaktadır. Keza AGG, kişilerin kanunda belirtilen nedenler olmaksızın dinleri sebebiyle istihdamda farklı muameleye maruz bırakılması yasaklanmaktadır. Fakat ABAD tarafından AB Direktifleri'nin daraltıcı biçimde yorumlanmasıyla birlikte işverenlerin ekonomik çıkarları din ve inanç özgürlüğü karşısında daha önemli görülmektedir. Oysa 2000/78 sayılı Direktif'in 5. maddesi kişilerin hak ve özgürlüklerinin ulusal mevzuatta daha geniş biçimde düzenlenmesi halinde bu hükümlerin uygulanacağını ve Direktif'in söz konusu hak ve özgürlüklere hâlel getirmeyeceğini açıkça düzenlemektedir. Keza yerel mahkemeler tarafından da bu husus ABAD'a hatırlatılmaktadır. Söz konusu hükmün göz ardı edilmesi halinde dahi işveren tarafından başörtülü bir çalışanın istihdam edilmesinin kendi ekonomik çıkarlarına ve tarafsızlık politikasına ne şekilde zarar verdiği yahut verebileceğinin somut veriler ve göstergelerle ortaya konulması gerekirken, kararda bu hususun da göz ardı edildiği görülmektedir.

Ayrıca ifade edilmelidir ki; iş yerlerinde kişilerin inancı gereği giydiği dini kıyafetlerin yasaklanması, din ve inanç özgürlüğü ihlalinin yanında ayrıca cinsiyet temelinde ayrımcı bir tutumun da göstergesidir. Şirket çalışanlarının müşterilerine tarafsız görünmelerine yönelik politikalar büyük oranda kadınları etkilemektedir. Özellikle inancı gereği başörtüsü takan kadınların dış görünüşleri itibarıyla bu durumlarını müşterilerden gizlemesi söz konusu olamayacağından mezkûr tutum ve politikalardan en çok kadın

70 ABAD'ın söz konusu yaklaşımının aksine AİHM, Eweida ve Diğerleri Kararında, terazinin bir tarafına Eweida'nın dini inancını sergileme isteğini; terazinin diğer tarafına ise işverenin belli bir kurumsal imajı yansıtmaya isteğini koymuş ve nihayetinde mahkeme işverenin belli bir kurumsal imajı yansıtmaya isteğine gerekenden fazla ağırlık verildiğini ifade etmiştir. AİHM, Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, para.94.

71 Open Justice Society Initiative, "Headscarves and Discrimination before the Court of Justice of the European Union", s.4.

çalışanların etkileneceği ve kadınların erkeklere göre din ve inanç temelinde ayrımcılığın yanında dolaylı olarak cinsiyetleri yönünden de ayrımcı muamelelere maruz kalacağı açıktır. Bu sebeplerle işyerlerinde dini kıyafetlerin yasaklanması yönündeki düzenleme ve uygulamaların salt din ve inanç temelinde ayrımcılık bağlamında değerlendirilmesi konunun tüm boyutlarıyla ele alınmasını engelleyecektir.

Netice olarak din ve inanç özgürlüğü, demokratik toplumların yapı taşlarından biridir. Din ve inanç özgürlüğünün dışsal boyutu kişinin dinini, inancını ve dini yaşama biçimini dışa vurma şeklidir. Bu bağlamda din ve inanç özgürlüğü, herkesin açık ya da gizli, bireysel ya da toplu halde kendi din ve inancını biçimsel kıyafetle, muhtelif ritüellerle ibadet etmek, dinin icaplarını yerine getirmek, dinini öğrenmek ya da öğretmek şeklinde ortaya koyma özgürlüğünü de ihtiva eder. Çoğulcu, birbirlerine saygı duyan ve karşılıklı eşitlik anlayışı ile birlikte toplumda varlığını sürdüren bireylerin mevcudiyeti Devletlerin, ulusal mahkemelerin ve Avrupa özelinde AİHM ve ABAD'ın tutumuyla doğrudan ilişkilidir. Tarafların, kurum ve kuruluşların din ve vicdan özgürlüğü konusundaki samimiyeti, adalet ve eşitlik anlayışı, tüm kadınların ayrımcılığa uğramadan eşit olarak kamu hizmetlerinden yararlanmasının sağlanması için oluşturacakları politika, uygulama ve kararlarla izlenecektir. ABAD'ın raporumuza konu olan mezkûr kararı da bu çerçevede değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Ağırbaşı, Ş. (2012). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü", *TBB Dergisi*, 101, 83-102.

Alidadi, K. (2012). "Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?", *European Law Review*, Volume: 37, Issue: 6, 692-715.

Anadolu, F. K. (2003). "Avrupa Birliği Adalet Divanı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3-4, 357-371.

Anayasa Mahkemesi, (16.09.1998) E.1997/62, K.1998/52, R.G. 20.10.2000.

Anayasa Mahkemesi, (25.06.2014). Tuğba Arslan Kararı [GK], Başvuru No: 2014/256.

Araz, B. (2019). *11 Eylül Sonrasında Avrupa'da Yabancı Düşmanlığı ve İslamofobi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli.

Arslan, Z. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, (14.03.2017). Asma Bougnaoui v. Micropole SA Kararı, Fransa Davası, C-188/15.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, (14.03.2017). Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı, Belçika Davası, C-157/15.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, (15.07.2021). IX v. WABE eV ile MH Müller Handels GmbH v. MJ Kararı, Almanya Davası, C-804/18, C-341/19.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, (17.12.2020). Centraal Israëlitisch Consistorie van België ve Diğerleri Kararı, C-336/19.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, (26.01.2021). Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie Kararı, C-16/19.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (18.03.2011). Büyük Daire, Lautsi ve Diğerleri v. İtalya Kararı [Büyük Daire], Başvuru No: 30814/06.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (01.07.2014). S.A.S. v. Fransa Kararı, Başvuru No: 43835/11.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (14.12.1999). Şerif v. Yunanistan Kararı, Başvuru No: 38178/97.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (15.01.2013). Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No.ları 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (25.05.1993). Kokkinakis v. Yunanistan Kararı, Başvuru No: 14307/88.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (20.06.2006). Zarb Adami v. Malta Kararı, Başvuru No: 17209/02.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (29.06.2004). Leyla Şahin v. Türkiye Kararı, Başvuru No: 4774/98.

BBC Türkçe (2022). "Avrupa iş pazarında ayrımcılık: 'Başörtülü adayların iş başvurularında reddedilme olasılığı 3 kat daha fazla", [https://www.bbc.com/turkce/articles/cl57n2ge0ddo#:~:text=Almanya%2C%20Hollanda%20ve%20C4%B0spanya'da%20yap%C4%B1lan%20ara%C5%9Ft%C4%B1rmalara%20g%C3%B6re%2C%20ba%C5%9F%C3%B6rt%C3%BCI%C3%BC,kald%C4%B1%C4%9F%C4%B1na%20dair%20g%C3%BC%C3%A7l%C3%BC%20kan%C4%B1tlar%20bulunuyor](https://www.bbc.com/turkce/articles/cl57n2ge0ddo#:~:text=Almanya%2C%20Hollanda%20ve%20C4%B0spanya'da%20yap%C4%B1lan%20ara%C5%9Ft%C4%B1rmalara%20g%C3%B6re%2C%20ba%C5%9F%C3%B6rt%C3%BCI%C3%BC,kald%C4%B1%C4%9F%C4%B1na%20dair%20g%C3%BC%C3%A7l%C3%BC%20kan%C4%B1tlar%20bulunuyor,12.01.2023), 12.01.2023.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, (28.11.1989). Singh Bhinder v. Kanada Kararı, 208/1986.

Bojarski, L., Chopin, I., Cohen, B., Do, U., Farkas, L., Iordache, R. (2012). *Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı*, Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Konularında Sivil Toplum Kuruluşlarına Yönelik Bilinç Artırma Seminerleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul.

Bribosia E., Rorive I. (2023). "ECJ Headscarf Series (4): The Dark Side Of Neutrality", <https://strasbourgoobservers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality/>, 12.01.2023.

Murdoch, J. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması* (Çev. Cengiz, S.), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg.

Dışişleri Bakanlığı, (2023). Avrupa Birliği Başkanlığı, https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani_45632.html, 12.01.2023.

Duymaz, E. (2015). "Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt: 64, Sayı: 4, 1113-1160.

European Commission against Racism and Intolerance, (2022). "ECRI General Policy Recommendation No. 5 (revised) on preventing and combating anti-Muslim racism and discrimination", Council of Europe, Strasbourg.

European Institute for Gender Equality, (2023). "Concepts and definitions", <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/concepts-and-definitions>, 12.01.2023.

Federal Anti-Discrimination Agency, (2016). The Federal Anti-Discrimination Agency's Research Projects at a Glance: Acceptance of Religious and Non-confessional Diversity in Germany Results of a Representative Survey.

Fernández-Reino M., Di Stasio V., Veit S. (2022). "Discrimination Unveiled: A Field Experiment on the Barriers Faced by Muslim Women in Germany, the Netherlands, and Spain", *European Sociological Review*, 20, 1-19.

Foundation For Political, Economic and Social Research, (2020). European Islamophobia Report, Ankara.

German Federal Ministry of Justice, (2023). "Basic Law for the Federal Republic of Germany", https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0105 12.01.2023.

Gutiérrez A., Journoud S. (2021). Unveiling Complex Discrimination at the Court of Justice of the European Union: the Islamic Headscarf at Work, *Feminist Legal Studies*, Volume: 29, Issue: 2, 205-230.

Gül, İ. I., Karan, U. (2011). *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgelendirme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Howard, E. (2017). "Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume: 24, Issue: 3, 348-366.

Howard, E. (2022). "Headscarves and the CJEU: Protecting fundamental rights and pandering to prejudice, the CJEU does both", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Volume: 29, Issue: 2, 245-262.

Karan, U. (2017). *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Karimi, K. (2018). "The Hijab and Work: Female Entrepreneurship in Response to Islamophobia", *International Journal of Politics, Culture and Society*, Volume: 31, Issue: 3, 421-435.

Kaya, G. (2010). *Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, İzmir.

Harris, D., O'Boyle, M., Warbrick, C. (2021). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. Kılıcı, M. B., Karan, U.), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Kılıncı, Ü. (2011). "Lautsi ve Diğerleri/İtalya Kararı: Hangi Din, Hangi Laiklik? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Teorisi ile Devletin Dinlere Karşı Tarafsızlığı Prensipleri Üzerine", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:7, 93-122.

Konuk, B. (2013). "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 8, 1725-1752.

Langenfeld C., Mohsen, S. (2005). "Germany: The Teacher Head Scarf Case", *International Journal of Constitutional Law*, Volume: 3, Issue: 1, 86-94.

Mulder, J. (2022). "Religious neutrality policies at the workplace: Tangling the concept of direct and indirect religious discrimination. WABE and Müller", *Common Market Law Review*, 2022, Volume: 59, Issue: 5, 1501-1522.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights of Women Wearing the Veil in Western Europe, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/%20Women/WRGS/VeilinEuropereport.pdf> , 12.01.2023.

Open Justice Society Initiative, (2017). "Headscarves and Discrimination before the Court of Justice of the European Union", <https://www.justiceinitiative.org/publications/headscarves-and-discrimination-court-justice-european-union>, 12.01.2023.

Perspektif, "Federal Anayasa Mahkemesi'nin Başörtüsü Kararı", <https://perspektif.eu/2015/04/01/basortusu-karari-federal-anayasamahkemesinin-cogulcu-toplumdan-beklentisi/>, 12.01.2023.

Perspektif, "Mahkeme Salonlarında Başörtüsü Yasağında Geriye Dönüş", <https://perspektif.eu/2020/04/01/mahkeme-salonlarinda-basortusu-yasaginda-geriye-donus/>, 12.01.2023.

Sariaslan, F. (2017). "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Samira Achbita v. G4S Secure Solutions Kararı", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 22, 29-40.

Sharpston, E. (2021). "Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: Headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)", <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>, 12.01.2023.

Tekin, A. R. (2017). "Postmodernizm Perspektifinden 11 Eylül ve İslamofobi: Üretilen Korkunun Temelleri", *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt: 6, Sayı: 11, 97-121.

The Organization for the World Peace, (2023). <https://theowp.org/reports/employers-maintaining-a-neutral-image-the-european-court-of-justicevalidates-the-prohibition-of-islamic-veils-in-workplaces/>, 12.01.2023.

Uzun, C. D. (2017). "5 Soru: Avrupa Adalet Divanı'nın Başörtüsü Kararı", <https://www.setav.org/5-soru-avrupa-adalet-divaninin-basortusu-karari/>, 12.01.2023.

Yangın, D. D. (2019). "İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 62, 2049-2074.

Yıldırım, İ. (2016). "Türkiye'de İşçinin İnanç Özgürlüğünün Değerlendirilmesi", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 5, 1017-1029.

Yılmaz, H. Y. (2021). "İşçinin Sakalını Kesmeyi Reddetmesi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", *İNÜHFD*, Cilt: 12, Sayı: 2, 720-736.

Yücel, E. (2015). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı", *ADAM Akademik*, Cilt: 6, Sayı: 1, 59-84.



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Yüksel Caddesi No: 23 06650 Kızılay / ANKARA

Tel: +90 312 422 78 00

www.tihek.gov.tr

 /tihekkurumsal

 /tihek_kurumsal

 /tihekkurumsal

 /tihekkurumsal