

07.10.2022

KURUL KARARI

Başvuru Numarası : 2022/176  
Toplantı Tarihi/Sayısı : 22.9.2022/185  
Karar Numarası : 20222/655  
Başvuran : E.S.D  
Başvuran Vekili : --  
Adres : ---  
Muhatap Kurum/Kişi : Surp Pırgıç Ermeni Hastanesi Vakfi  
Vekili- Av. H.Y  
Muhatap Adres : --

**I. BAŞVURUNUN KONUSU**

1. Başvuru; başvuranın işe alım sürecinde gebeliği nedeniyle cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasına ilişkindir.

**II. İNCELEME SÜRECİ**

2. Başvuruda sıralanan iddialar şu şekildedir:

a. Başvuran; 24.01.2022 tarihinde daha önce de çalışmış olduğu ve pandemi sebebiyle işten çıkarıldığı Surp Pırgıç Ermeni Hastanesinin fizyoterapist alımı yapacağını öğrendiğini, fizik tedavi ünitesi sorumlu doktoru ile iletişime geçtiğini, sorumlu doktor ile konu hakkında hastane kantininde görüştüğünü,

b. İş görüşmesini hastanenin insan kaynakları birimi ile yaptığını, iş görüşmesinin olumlu geçtiğini, işe başlamak için gerekli evrakı hazırlaması için kendisine süre verildiğini, bu sırada mevcut işinden istifa ettiğini, 02.02.2022 tarihinde ise gebe olduğunu öğrendiğini, 03.02.2022 tarihinde sorumlu doktora gebe olduğunu bildirdiğini, sorumlu doktorun konuyu hastaneye iletceğini ve sonrasında dönüş yapacağını belirttiğini,

c. 07.02.2022 tarihinde hastanenin insan kaynakları tarafından arandığını, gebeliği, doğum izni, süt izni kullanacak olması ve bu sırada başka personel istihdamının gerekli olacağı gerekçe gösterilerek işe girişinin yapılmadığını, bu sebeple cinsiyet temelinde ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmekte ve mağduriyetinin giderilmesini talep etmektedir.

3. Surp Pırgıç Ermeni Hastanesi Vakfından alınan yazılı görüşte muhatap:

a. Başvuran ile doktorun daha önce birlikte çalıştığını, başvuran ve sorumlu doktor arasında geçen konuşmaların arkadaşlık ilişkisine istinaden gerçekleştirildiğini ve hastaneyi bağlayamayacağını, sorumlu doktorun işe alım yetkisinin bulunmadığını, işe alım süreçlerinde doktorların görüşü sorulsa da son kararın insan kaynakları, yönetim kurulu ve başhekimlik tarafından verildiğini, iş başvurusu yapan kişiler ile doktorların doğrudan görüşme yapması ya da iletişime geçmesi gibi bir uygulamalarının bulunmadığını,

b. Hastanenin çalışan seçiminde işin gereklerine en uygun ve kalifiye kişiyi seçmeye çalıştığını, liyakat ilkesi çerçevesinde seçim yapmaya özen gösterdiğini, bu kapsamda en yetkin fizyoterapisti işe almak için başvuran ile tekrar görüşüldüğünü, başvuranın hastanede daha önce fizik tedavi teknikeri olarak 07.05.2015 - 18.08.2016 tarihleri arasında çalıştığını, işten ayrıldıktan sonra lisans eğitimini tamamladığını, bu sefer de 01.11.2019 - 01.07.2021 tarihleri arasında hastanede fizyoterapist olarak çalıştığını,

c. Başvuranın son olarak hastanenin fizyoterapist ilanını görerek 24.01.2022 tarihinde sorumlu doktor ile iletişime geçtiğini, doktorun referansı ile 07.02.2022 tarihinde insan kaynakları birimi ile

görüşme yaptığını, gebeliğinin erken dönemindeki olası riskler ve bazı özel nedenler dolayısıyla bir ay sonra işe başlayabileceğini görüşme esnasında belirttiğini, hastanenin ise fizyoterapist ihtiyacını acil şekilde gidermek zorunda olduğunu, pozisyon için başvuran adaylar arasında daha kalifiye bir aday bulunduğunu,

ç. Başvuranın gebeliği nedeniyle işe alınmadığı iddiasının gerçeklikten uzak olduğunu, işe alım sürecinde hastanenin iş ilanına birçok fizyoterapistin başvurduğunu, adayların özgeçmişlerinin objektif olarak değerlendirmeye tabi tutulduğunu, yapılan başvurular içerisinde başvuranın özgeçmişinden daha nitelikli özgeçmiş olan bir adayın tercih edildiğini, görüş yazısı ekinde işe alınan kişinin özgeçmişinin sunulduğunu, başvuran yerine işe alınan fizyoterapistin lisans eğitiminden sonra yüksek lisans eğitimi aldığını, kabul edilebilir seviyede İngilizce dil bilgisi olduğunu, referanslarından olumlu sonuç alındığını, bu fizyoterapistin de kadın olduğunu, cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmadığını, başvuran yerine başka birinin istihdam edilmesinin başvuranın cinsiyetinden ya da gebeliğinden kaynaklanmadığını, başvuranın işe bir ay sonra başlamak istemesi ve seçilen adayın başvurudan daha nitelikli özgeçmişe sahip olması nedeniyle işe alınmadığını ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini ifade etmiştir.

4. Muhataptan alınan görüş başvuruna iletilmiş ve konuya ilişkin yazılı görüşü talep edilmiştir. Başvuran Kurumumuza ilettiği yazılı görüşte; sorumlu doktor ile aralarında muhatap hastanede çalıştığı dönemdeki ast-üst ilişkisi dışında bir samimiyet olmadığını, sorumlu doktorun klinik şefi olduğu için işe alım sürecinde adaylar ile görüştüğünü, sorumlu doktor ile mesajlaşmalarının gebeliğinin insan kaynakları birimi tarafından öğrenilmesi üzerine işe alınmadığını ispatladığını, insan kaynakları birimi ile yaptığı görüşme sonrasında işe alım evrakını hazırlamaya başladığını, evrak kontrolü sırasında çıkan bazı eksiklikleri tamamlamasının istendiğini, gebeliğinin öğrenilmesi üzerine muhatap hastanenin kendisini arayarak hastaneye çağırdığını ve gebeliği nedeniyle işe alımının durdurulduğunu, işe bir ay geç başlama talebinin olmadığını, hamileliğinin çalışmasına engel olmadığını ve aktif olarak özel bir merkezde fizyoterapist olarak çalışmaya devam ettiğini belirterek başvuru dilekçesindeki iddialarını yinelemiş ve sorumlu doktor ile arasında geçen mesajlaşma görüntülerini sunmuştur.

### III. İLGİLİ MEVZUAT

5. Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" başlıklı 10'uncu maddesi şöyledir: "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (...) (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürnlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*"

6. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41'inci maddesine göre: "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.(...)*"

7. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 2'nci maddesinin (d) bendine göre; "*doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi*" ifade eder.

8. Mezkûr Kanun'un "*Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı*" başlıklı 3'üncü maddesine göre; "(1)

*Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) 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.”*

9. 6701 sayılı Kanun’un “Ayrımcılık türleri” başlıklı 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında, ayrımcılık türleri “a) Ayrı tutma b) Ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama c) Çoklu ayrımcılık ç) Doğrudan ayrımcılık d) Dolaylı ayrımcılık e) İşyerinde yıldırma f) Makul düzenleme yapmama g) Taciz ğ) Varsayılan temele dayalı ayrımcılık” olarak sıralanmıştır.

10. Mezkûr Kanun’un “İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6’ncı maddesi şöyledir: “1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. (...)”

11. 6701 sayılı Kanun’un 9’uncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, Kurumun, “ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek” le görevli olduğu düzenlenmiştir.

#### **IV. DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE**

12. 6701 sayılı Kanun’un “Başvurular” başlıklı 17’nci maddesinin birinci fıkrasında “Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir.” hükmü bulunmaktadır. Somut başvuruda başvuran, gebeliği nedeniyle işe alınmamasının ayrımcılık yasağının ihlali teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu durum karşısında açıkça dayanaktan yoksun olmadığı anlaşılan başvurunun esas incelemesi yapılabilecek bir başvuru olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır.

13. Ayrımcılık yasağı, uluslararası insan hakları hukukunun temelinde yer almakta ve pek çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde özel olarak düzenlenmektedir. Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere göre herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden eşit bir şekilde yararlanma; ayrımcılığın her türüne, şiddet ve taciz uygulamalarına karşı korunma hakkına sahiptir. Bu bağlamda İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin 2’nci maddesi: “Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir.” hükmünü haizdir.

14. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin (CEDAW) 1’inci maddesine 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.”

15. CEDAW’ın çalışma hakkını düzenleyen 11’inci maddesi ise “1. Taraf Devletler istihdam

alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlayacak şekilde kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için kadınlara aynı hakları ve özellikle aşağıdaki hakları tanır: a) Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı, b) İstihdam konularında eşit seçim kistasları uygulanması da dâhil, erkeklerle eşit istihdam imkânlarına 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 dâhil mesleki eğitim ve mükerrer eğitim görme hakkı (...)" 2. Evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı ayırımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, taraf devletler uygun önlemleri alacaklardır: a) Hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayırımını yasaklamak, bu ayırımı yapanları cezalandırmak, (...)" hükmünü haizdir.

16. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından hazırlanan ve istihdam alanında ayrımcılık yasağını düzenleyen 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin 1'inci maddesine göre "Ayrım" deyimi; "İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşee 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, ilgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı" ifade etmektedir.

17. Cinsiyet temelinde ayrımcılık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinin yanı sıra Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS) ile yasaklanmıştır GGASS'nin 8'inci maddesine göre: "Akit Taraflar, çalışan kadınların annelik durumunda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; (...) 2- İşverenin, bir kadının işverenine hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde veya süresi bu döneme rastlayacak şekilde işten çıkarma bildiriminde bulunmasını yasadışı saymayı; (...) taahhüt ederler."

18. Cinsiyet temelinde ayrımcılıktan korunma Avrupa Birliği (AB) mevzuatında da en kapsamlı düzenlemeler yapılan alanlardan biridir. 76/207/EEC sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, Terfi ve Çalışma Şartlarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele Prensiplerinin Uygulanması Hakkındaki Direktif, 2002 yılında ayrımcılık yasağı konusunda çok daha kapsamlı düzenlemeler getiren ve hamilelik ve diğer konularda içtihat düzeyinde var olan hususları kodifiye eden 2002/73/EC sayılı Gözden Geçirilmiş Eşit Muamele Direktifi ile değiştirilmiştir. 2002/73/EEC sayılı Direktif'in 2'nci maddesinin yedinci bendinde "92/85/EEC sayılı Direktife göre, gebelik ya da analık iznine ilişkin olarak bir kadının daha aşağı muameleye maruz kalması ayrımcılık teşkil eder." hükmüne yer verilmiştir. (Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TIHEK), B.No:2019/2428, K. No: 2020/8, 14/1/2020, para.61.) Keza 2006/54/EC sayılı Direktif'in 2'nci maddesinde bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili olarak daha az avantajlı davranılması, ayrımcılık olarak tanımlanmıştır.

19. Bir kimseye bir hakkın kullanılmasında ya da bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde meşru ve makul bir temele dayanmaksızın cinsiyeti sebebiyle farklı muamelede bulunulması cinsiyet ayrımcılığını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, gebelik söz konusu olduğunda, hamile bir kadın üzerinde, objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz, farklı bir muamele, ayrımcılık teşkil etmektedir. (TIHEK, B.No:2019/3031, K. No: 2020/176, 11/8/2020, para.35.)

20. Nitekim AB Adalet Divanı (ABAD) sadece kadınların hamilelik nedeniyle istihdam talebinin reddedebileceği ve bu tür bir reddin cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğinin gözlemlenmesi gerektiğini, hamilelik nedeniyle devamsızlığın finansal sonuçları nedeniyle istihdamın reddedilmesinin esasen hamilelik gerçeğine dayandığını, bu tür bir ayrımcılığın hamile bir kadını işe alan bir işverenin doğum izni süresince maruz kalacağı mali zararlar ilgili gerekçelerle meşru hale getirilemeyeceğini hüküm altına almıştır. (ABAD, Case C-177/88, Dekker / Stichting VJV (1990), para.12.) Bu durum

karşısında gebelik veya annelik nedeniyle kadınlara, çalışma yetenekleri bakımından benzer olan diğer başvuru sahipleri veya çalışanları ile aynı şekilde muamele edilmesi gerekmektedir. Bir işveren, işinin önemli işlevlerini yerine getirebildiği sürece gebelikle ilgili durumu nedeniyle bir kadını işe almayı reddedemez. (TIHEK, K.No:2020/08, para.75.)

21. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin kanıtlanması, ayrımcılık kendini açık ve kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermediğinden oldukça güçtür. AİHM bu açıdan “makul şüphe bırakmayacak” bir kanıt standardı kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre kanıtlanma yeterince güçlü, açık ve birbiriyle uyumlu çıkarsamalardan ya da yeterince çürütülememiş maddi olgulardan oluşabilecektir (AİHM, Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan (Büyük Daire), B. No: 43577/98, 06/7/2005, para.147.)

22. AİHM, ayrımcılık iddiasında bulunan başvuranın kendisine farklı muamelede bulunduğunu Mahkeme önünde göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrımcılığın Mahkeme önünde ispat edilmiş sayılması için başvuran tarafından ileri sürülen deliller ve somut olayın özelliklerinin muamelede farklılığın olduğuna ilişkin makul şüphenin ötesinde bir ispat oluşturması gerekir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin gerektirdiği ispat standardı, makul şüphenin ötesindeki ispattır. (AİHM, Velikova/Bulgaristan, Başvuru No: 41488/98, 18/5/1999, para. 92)

23. 6701 sayılı Kanun’un 21’inci maddesine göre; “Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.” Bu çerçevede başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması gerekmektedir.

24. Somut olayda, başvuran gebe olması nedeniyle işe alınmadığını iddia etmiş ve konuya ilişkin olarak muhatap hastanenin ilgili biriminde çalışan Dr. F.A ile arasında geçen mesajlaşmanın görüntülerini sunmuştur. Mesajlaşmada başvuranın işe başlamak için gerekli görüşmeleri yaptığına, işe giriş evrakını hazırlamaya başladığına, işe giriş sürecinde gebeliğini öğrendiğine, bu nedenle işe alınmadığına ve mağdur olduğuna ilişkin beyanları ile doktorun başvuranın gebelik süreci bitince işe alınacağı ve haksızlığa uğradığı yönünde beyanlarının bulunduğu görülmüştür. Muhatap taraf ise görüş yazısında; başvuranın iddialarının gerçeği yansıtmadığını, başvuranın işe alınmama sebebinin başvuranın gebeliğinin ilk aylarındaki risk nedeniyle işe bir ay geç başlamak yönündeki talebi olduğunu, ancak hastanenin iş durumu nedeniyle derhal bir fizyoterapist istihdam etmesi gerekliliği karşısında süre talebinin kabul edilemeyeceğini, ayrıca başvuranın iş başvurusunda bulunan tek aday olmadığını, işe alım sürecinde başvurudan daha yetkin olduğu değerlendirilen bir aday olduğunu, başvuran yerine bu adayın istihdam edildiğini, istihdam edilen fizyoterapistin de kadın olduğunu, işe alım süreçlerinde birim doktorlarının yetkisinin olmadığını, bu süreçte doktorların görüşleri sorulsa da nihai karar yetkisinin insan kaynakları ve hastane yönetiminde olduğunu, Dr. F.A ile başvuran arasında geçen konuşmaların arkadaşlık ilişkisi içinde kaldığını ve hastaneyi bağlamadığını ifade etmiştir.

25. Dosya kapsamında muhatap hastanenin ilgili biriminde çalışan ve başvuran ile görüştüğü iddia edilen Dr. F.A’ya konuya ilişkin bilgisi sorulmuştur. Doktor tarafından sunulan cevabi yazıda; başvuranın işe alınmamasının tek sebebinin gebelik olmadığı, muhatap hastanenin işe alım süreçlerinde adayların eğitim durumu, sertifikaları ve mesleki yeterliliklerini dikkate alarak eleme yaptığı, süreçte bölüm doktorlarının herhangi bir yetkisi bulunmadığı, doktorların sadece görüşlerinin alındığı, nihai karar verme yetkisinin hastane yönetiminde olduğu, başvuranın işe alınmama sebebinin başvuran yerine işe alınan kadın fizyoterapistin eğitiminin ve yetkinliklerinin daha özellikli olması olduğu, kendisinin de bu konuda olumlu görüş bildirdiği, başvuranın işe başlamak için süre isteyip istemediğini bilmediği, hastanenin fizik tedavi bölümünün çok yoğun çalıştığı, çalışma şartlarının gebeliğin ilk zamanları için riskli olabileceği ve başvuran ile görüşmelerinin önceki tanışıklarına ve samimiyetlerine dayandığı ifade edilmiştir.

26. Başvuran, gebeliği nedeniyle işe alım sürecinin durdurulduğuna ilişkin iddialarını desteklemek için sorumlu doktor ile aralarında geçen mesajlaşmanın görüntülerini sunmuştur. Mesajlaşmada, sorumlu doktorun başvuranın gebeliğini öğrenince hastane yönetimine bildirdiğine, gebelik süreci bitince başvuranın işe alınacağına, doğum ve süt izninin sorun olabileceğine ilişkin beyanlarının olduğu görülmektedir. Ayrıca mesajlaşma içeriğinden başvuranın işe alım sürecinin başlatıldığı, yetkililer ile iş görüşmesinin yapıldığı, sorumlu doktorun işyeri hekimi muayenesi sonrasında başvuranın işe başlayacağını belirttiği, başvuranın muhatap hastanede işe başlamak için evrak hazırlığına başladığı, bu sırada muhatap hastanenin insan kaynakları birimi ile irtibatının devam ettiği, işe başlaması için gerekli tahlilleri yaptırdığı ve başvuranın gebeliğinin öğrenilmesi üzerine sürecin sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Kuruma yapılan başvurularda ispat yükünün yer değiştirmesi için başvuranın, iddiasının gerçekliğine dair kuvvetli emareler ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması gerekmektedir. Bu bağlamda başvuran tarafından sunulan mesajlaşma içeriğinin 6701 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi kapsamında kanıt başlangıcı sayılabilecek nitelikte olduğu ve başvuranın iddiasının gerçekliğine dair kuvvetli emareler oluşturduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, muhatap tarafından ayrımcılık yasağı kapsamında başvurana cinsiyeti dolayısıyla farklı bir muamelede bulunup bulunulmadığının ya da haklı olup olmadığının ispatlanması gerekmektedir.

27. Muhatap; başvuranın işe alınmama sebebinin başvuranın gebeliğinin ilk aylarındaki risk nedeniyle işe bir ay geç başlamak yönündeki talebi olduğunu, işe alım sürecinde başvurandan daha yetkin olduğu değerlendirilen bir adayın bulunduğunu ve başvuran yerine bu adayın istihdam edildiğini, istihdam edilen fizyoterapistin de kadın olduğunu belirterek, başvuran yerine istihdam edilen fizyoterapistin özgeçmişini sunmuş ise de, başvuranın sunduğu mesajlaşma içeriğindeki konuşma akışı, sorumlu doktorun başvuranın işe alınmamasındaki tek sebebin gebeliği olmadığı ve başvuranın geç başlama talebine ilişkin bilgisi olmadığı yönündeki görüşü ile başvuranın hamileliği süresince özel bir merkezde fizyoterapist olarak çalıştığı gerçeği karşısında muhatap hastanenin başvuranın gebeliği nedeniyle işe alınmadığı iddiasını çürütemediği değerlendirilmektedir.

28. Anayasa'nın 48'inci maddesiyle güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü, Borçlar Kanunu'nda da temel bir ilke olarak görülmektedir. Sözleşme özgürlüğünün; sözleşme yapıp yapmama, sözleşme yapılacak kişiyi seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve değiştirme, sözleşmeye son verme gibi görünüşleri olduğu bilinmektedir. İşveren nezdinde, işin gerekleri itibarıyla kendisi için en verimli olacak, en nitelikli işçiyi seçmekte serbestse de bu serbesti ayırım yasakları söz konusu olduğunda sınırlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğüne İş Kanunu ile sınırlamalar getirilmektedir. Kanun'un 5'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; *"İşverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı"* açıktır. Aynı şekilde 6701 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca da *"İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişinin, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemeyeceği"* hüküm altına alınmıştır. Bir işverenin, gebelik söz konusu olduğunda, hamile bir kadın üzerinde, objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz bir farklı muamelede bulunmasının ayrımcılık teşkil ettiği açıktır. (TIHEK, B. No: 2021/1110, K. No: 2022/436, 28/6/2022, para,36.)

29. Tüm bu açıklamalar birlikte ele alındığında; başvuranın gebeliği nedeniyle işe alınmayarak ayrımcılığa uğradığı iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emareleri ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyduğu, muhatap hastanenin ise başvuranın gebeliği nedeniyle işe alınmadığı yönündeki iddiasını çürütemediği ve ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini kanıtlayamadığı kanaatine varılmıştır.

#### **V. KARAR**

1. Başvuruda AYRIMCILIK YASAĞI İHLALİ YAPILDIĞINA,
2. Muhatap hakkında 10.000 TL İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA,
3. Kararın taraflara tebliğine ve KAMUOYUNA DUYURULMASINA,
4. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemesine başvurulabileceğine,

22.09.2022 tarihinde, OY BİRLİĞİYLE, karar verildi.

**e-imzalıdır**

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Başkan

**e-imzalıdır**

Av. Alişan TİRYAKİ  
II. Başkan

**e-imzalıdır**

Dr. Burhan ERKUŞ  
Kurul Üyesi

**e-imzalıdır**

Dilek ERTÜRK  
Kurul Üyesi

**e-imzalıdır**

Av. Harun MERTOĞLU  
Kurul Üyesi

**e-imzalıdır**

İsmail AYAZ  
Kurul Üyesi

**e-imzalıdır**

Mehmet Emin GENÇ  
Kurul Üyesi

Muhammet Ecevit CARTİ  
Kurul Üyesi  
(İzinli)

Saffet BALIN  
Kurul Üyesi  
(İzinli)

**e-imzalıdır**

Ünal SADE  
Kurul Üyesi

**e-imzalıdır**

Av. Zennure BER  
Kurul Üyesi