

Başvuru Numarası : 2019 / 2428
Toplantı Tarihi / Sayısı : 14.01.2020 / 112
Karar Numarası : 2020 / 8
Başvuran : H...D... (T.C...)
Adres : ... A.../ANKARA
Muhatap 1 : T. G... B... A.Ş. Genel Müdürlüğü
Muhatap 1 adres : ... B.../İSTANBUL
Muhatap 2 : A. İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Ltd. Şti.
Muhatap 2 adres : ... B.../İST.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuran H...D... tarafından yapılan ve 05/07/2019 tarih ve 2428 sayı ile kayda alınan başvuruda özetle; başvuranın T. G... B... tarafından açılan çağrı merkezi iş ilanına başvuruda bulunduğu, 15.05.2019 tarihinde ilgili birim tarafından telefonla dönüş yapılarak Sivas Çağrı Merkezinde çalışmak isteyip istemediğinin sorulduğu, başvuranın çalışmak isteyeceğini bildirdiği ancak bu görüşme esnasında gebe olduğunu belirttiğinde kendisine Banka uzmanlarına konuyla ilgili danışılıp tarafına dönüş yapılacağına söylendiği, ancak bir aylık süreç içerisinde kendisine herhangi bir geri dönüş sağlanmadığı ve gebeliği sebebiyle işe alınmadığı iddia edilmekte ve mağduriyetinin giderilmesi talep edilmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 05/07/2019 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru dilekçesi ve eklerinin yapılan ön incelenmesinde, başvurunun ön inceleme şartlarını taşıdığı tespit edilmiş ve başvurunun esas incelemesinin Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Birimi tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
4. 6701 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca ayrımcılık iddiasına Muhatap 1 T. G... B... A.Ş. Genel Müdürlüğünden başvuranın iddialarıyla ilgili olarak yazılı görüşleri talep edilmiştir. Muhatap 1 tarafından, 30/07/2019 tarihli 2782 Kurum sayılı yazı ile Kurumumuza cevap verilmiş ve başvuranın iş başvurusu sürecinin işe alım konusunda Bankaya danışmanlık hizmeti sunan ve adaylarla başlangıç aşamasında tüm işlemleri yürüten özel istihdam şirketi A. İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Ltd. Şti. tarafından takip edildiği belirtilmiştir.
5. Muhatap 1'in cevabı üzerine, 6701 sayılı Kanun'un 18 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca ayrımcılık iddiasına Muhatap 2 A. İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Ltd. Şti.'den başvuranın iddialarıyla ilgili olarak yazılı görüşleri talep edilmiştir. Kanunda belirtilen süreler içinde Muhatap 2'den dönüş alınamaması üzerine Kurumumuz tarafından 30/09/2019 tarihli ve 1489 sayılı bir tekit yazısı yazılarak Muhatap 2'den yazılı görüşünü sunması tekraren istenmiştir. Muhatap 2 tarafından, 17/10/2019 tarihli ve 3823 Kurum sayılı yazı ile Kurumumuza cevap verilmiştir.
6. 6701 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca muhataplardan alınan yazılı görüş başvurana iletilmiş ve başvuranın yazılı görüşü talep edilmiştir. Başvuranın yazılı görüşü, 13/11/2019 tarihli ve 4268 Kurum sayılı yazı ile Kurumumuza sunulmuştur.

7. Başvuranın cevap yazısıyla birlikte, konuya ilişkin olarak yapılan iki telefon görüşmesine ait ses kayıtları ile bu görüşmelerin yazılı dökümlerini Kurumumuza sunması üzerine, Muhataplardan Başvuranın iddialarına ilişkin olarak yazılı görüşleri ile birlikte, başvuranın dilekçesinde sunmuş olduğu telefon görüşmeleri de dahil olmak üzere, başvuranla işe alım sürecinde yapılan ve kayıt altına alınan tüm görüşmelerin birer örneğinin Kurumumuza gönderilmesi talep edilmiştir. Talep edilen bilgi-belgelere ilişkin cevap yazısı, Muhatap 1 tarafından 18/12/2019 tarihinde Kurumumuza sunulmuştur. Muhatap 2'den öngörülen sürede cevap alınamaması üzerine, Kurumumuz tarafından bilgi-belge talebi telefon ve e-mail yoluyla tekrarlanmış, ancak Muhatap 2 tarafından herhangi bir dönüş sağlanmamıştır.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

8. Başvuran, Kariyer.net üzerinden 08.03.2019 tarihinde Muhatap 1 T. G... B... A.Ş. tarafından Ankara ilinde Müşteri Danışmanı pozisyonu için açılan iş ilanına başvuruda bulunmuştur. Bankaya işe alım süreçlerinde danışmanlık hizmetleri sunan özel istihdam şirketi Muhatap 2 A. İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Ltd. Şti. tarafından, başvuranın söz konusu pozisyon için yapılacak sınava davet edildiği ancak başvuranın bu sınava katılmadığı ifade edilmiştir.

9. Başvuran, daha sonra 15.05.2019 tarihinde Muhatap 2 tarafından telefonla aranarak kendisine Sivas Çağrı Merkezi Müşteri Temsilciliği pozisyonu ile ilgilenip ilgilenmediği sorulmuştur.

10. Başvuran, Muhatap 2 tarafından önerilen pozisyonun kendisi için uygun olduğunu beyan ettiğini, ancak yapılan telefon görüşmesinde gebeliğinin bir sorun yaratıp yaratmayacağını sorduğunu, gebe olduğunu belirtmesinin ardından görüşmeyi yapan Muhatap 2 yetkilisi tarafından bu durumun bir üst makama sunularak kendisine dönüş yapılacağını belirtildiğini ancak bir dönüş yapılmadığını iddia ederken; Muhataplar başvuranın gebe olduğu gerekçesiyle pozisyonla ilgilenmediğini ilettiğini ve sürecin başvuranın kendi isteğiyle sonlandırıldığını iddia etmektedir.

11. Başvuran, bu görüşme sonrasında Kurumumuzu telefon ile arayarak konuya ilişkin olarak başvuru süreçleri hakkında bilgi talebinde bulunmuştur. Kurum yetkilisi tarafından başvuru şartları ve ön inceleme koşulları hakkında kendisine bilgi verilmiş ve 6701 sayılı Kanun'un 24.11.2017 tarihli ve 30250 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (Yönetmelik) ilgili maddeleri uyarınca, Kuruma başvurmadan önce Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmeleri gerektiği kendilerine bildirilmiştir.

12. Bunun üzerine Başvuran Muhatap 1 T. G... B...'nı arayarak uygulamanın düzeltilmesini talep etmiş, ancak kendisine 30 gün içerisinde bir cevap verilmemiştir.

13. Başvuran, gebeliği nedeniyle işe alınmadığı iddiasıyla 05.07.2019 tarihinde Kurumumuza bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Uluslararası Mevzuat

14. BM Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 A (III) sayılı Kararı ile kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 2. maddesi, “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. (...)” hükmünü; 23. maddesi 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.” hükmünü haizdir.

15. Anılan Beyanname’nin 25. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca;

Madde 25: (...) “2. Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar.”

16. 16 Aralık 1966’da BM Genel Kurulu’nda kabul edilen ve Türkiye tarafından 20 Ocak 2003’te onaylanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHUS)’nin ilgili maddeleri şöyledir:

Madde 2: (...) “2. 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 ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler.”

Madde 3: “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, bu Sözleşme’de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler.”

Madde 6: “1. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar.”

17. BM tarafından 18 Aralık 1979 tarihinde imzaya açılan ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren, Türkiye tarafından ise 1985 yılında onaylanan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin 1. maddesinde kadınlara karşı ayırım terimi “kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya 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” olarak tanımlanmıştır.

18. Anılan Sözleşmenin 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre,

Madde 4: (...) “2. Anneliğin himayesi maksadıyla işbu Sözleşmede belirtilenler dâhil, Taraf Devletlerce alınacak özel önlemler, ayrımcı olarak nitelendirilmeyecektir.”

19. Yine anılan Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre,

Madde 5: (...) “2. Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her halükarda çocukların menfaatlerini her şeyden önce gözeterek anlayışa dayanan bir aile eğitimi sağlamak” Taraf Devletlerin yükümlülükleri arasında bulunmaktadır.

20. Sözleşmenin “çalışma hakkı”nı düzenleyen 11. maddesi ise şöyledir:

“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) Her insanın vazgeçilmez bir hakkı olan çalışma hakkı;

b) İstihdam konularında seçim yapılırken aynı ölçülerin uygulanması da dahil, aynı istihdam imkanlarından yararlanma hakkı;

c) Mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, meslekte ilerleme hakkı, iş güvenliğine sahip olma ve hizmet karşılığı imkânlardan ve menfaatlerden yararlanma hakkı ile çıraklık eğitimi, ileri düzeyde mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi gibi mesleki eğitim ve yenileme eğitimi alma hakkı;

(...)

2. Taraf Devletler, evlilik veya annelik sebepleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellenmek ve çalışma hakkını etkili bir biçimde korumak için aşağıdaki tedbirleri alırlar:

a) Hamilelik veya annelik izni sebebiyle işe son verilmesini ve medeni duruma dayanılarak işten çıkarma şeklinde ayrımcılık yapılmasını cezaya tabi tutarak yasaklar;

(...)

21. Sosyal adaletin ve insan ve işçi haklarının geliştirilip güçlendirilmesi alanında çalışan BM’nin uzmanlık örgütü olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından hazırlanan ve istihdam alanında ayrımcılık yasağını düzenleyen 111 No’lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi’nin “Ayrım” tanımına yer veren 1. maddesi şöyledir:

“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 tesbit 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 eder.

(...)

Bu sözleşme bakımından "İş" ve "Meslek" terimleri, mesleki eğitime, bir işe ve çeşitli mesleklere girmeyi ve çalışma şartlarını kapsar.”

22. ILO tarafından 2000 yılında kabul edilen ancak Türkiye tarafından henüz onaylanmayan 183 No’lu Annelik Koruması Sözleşmesi’nin “istihdam koruması ve ayrımcılık yapılmaması” başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“1. Bir işverenin bir kadının hamileliği esnasında ya da 4 ve 5. maddelerde bahsedilen izin esnasında veya İşe dönüşünden sonraki dönemde, hamilelik veya doğum ile ve bunun sonuçları ve bakım ile ilgili olmayan nedenlerin dışında işten çıkarılması yasa dışı olacak ve bu ulusal yasalarda veya düzenlemelerde belirtilecektir. İşten çıkarmanın hamilelik, doğum ve onun sonuçları veya bakım ile ilgili olmadığını kanıtlama yükümlülüğü işverene ait olacaktır.

2. Bir kadın annelik izni sonrasında aynı pozisyona veya aynı oranda ücret aldığı eşdeğer bir pozisyona geri dönme hakkı garanti edilmiştir.”

23. Cinsiyete dayalı ayrımcılık, Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde de **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)** ile ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ) ile yasaklanmıştır. Ayrımcılık yasağı, AİHS’nin 14. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal 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.”

24. GGASŞ’nın 5. bölümünün “ayrımcılık yasağı” başlığını taşıyan E maddesi şöyledir:

“Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır.”

25. Şart’ta, kadın ve erkeklerin eşit muamele görme ve çalıştırmada fırsat eşitliği hakkı, çalışan kadınların analığının korunması hakkı ile aile sorumlulukları üzerine kurulu ayrımcılığın yasaklanması ayrıca düzenlenmiştir.

26. Avrupa Birliği bünyesinde ise, istihdama erişim alanında cinsiyet temelinde ve gebelik nedeniyle ayrımcılıktan korunma, **2002/73/EEC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin (Yeniden Düzenleme) 5 Temmuz 2006 Tarih ve 2006/54/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi** ile düzenlenmiştir.

27. 2002/73/EEC sayılı Direktifin 2. maddesinin 7. 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.

28. 2006/54/EC sayılı Direktif’in 1. maddesine göre ise, Direktif’in amacı, meslek ve istihdam konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamaktır.

29. Direktifin “tanımlar” başlıklı 2. maddesi ise şöyledir: “2. Bu Direktifin amaçları için, ayrımcılık aşağıdaki hususları kapsar: (...) c) 92/85/EEC sayılı Direktifin anlamı çerçevesinde bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili olarak daha az avantajlı davranılması. “.

30. Direktif’in 9. maddesinde ise ispat yükü düzenlenmiştir. Buna göre, “Üye devletler ulusal yargı sistemleri doğrultusunda, gerekli tedbirleri alacaklardır. Böylelikle, eşit muamele ilkesi kendilerine uygulanmadığı için haksızlığa uğradığını düşünen kişiler, bir mahkeme veya yetkili bir kuruma doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığını dair gerçekleri ortaya koyabiliyorsa, eşit muamele prensibini hiçbir şekilde çiğnemediğini ispat etmek davalıya aittir. (...)”

B. Ulusal Mevzuat

31. Anayasa’nın "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (...)”

32. Anayasa’nın 12. Maddesi: (...) “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” şeklindedir.

33. Anayasa’nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41. Maddesi “*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.*(...)”

34. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun “Eşit davranma ilkesi” kenar başlıklı 5. maddesi;
“*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

(...)

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

(...)

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kalmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

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

35. 20/4/2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (g) bendine göre; “*doğrudan ayımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi* ” ifade eder.

36. Kanunun “Eşitlik ilkesi ve ayımcılık yasağı” kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

“(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 ayımcılık yasaktır.*

(...)

(4) *Ayımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”*

37. Kanunun “ayrımcılık türleri” kenar başlıklı 4. maddesinin 1’inci 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.

38. Kanunun “İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6. 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.

(...)”

39. Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, Kurumun, “ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek” le görevli olduğu düzenlenmiştir.

40. Kanunun “ispat yükü” kenar başlıklı 21. maddesinde “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.” hükmü yer almaktadır.

41. Kanunun “İhlal İncelemeleri” başlıklı 18. maddesinin 3. fıkrasında “Başkan’ın incelemenin özelliğine göre, görüşlerin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebileceği” düzenlenmiştir. Kanunun “Kurulun görev ve yetkileri” başlıklı 11. maddesinin (b) bendinde de, “başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak” Kurulun görev ve yetkilerinden biri olarak düzenlenmiştir.

v. İNCELEME VE GEREKÇE

a. Başvuranın İddiaları

42. Başvuran, başvuru dilekçesinde özetle; Muhatap 1 T. G... B... tarafından açılan çağrı merkezi müşteri temsilcisi iş ilanına Kariyer.net üzerinden başvuruda bulunduğunu, 15.05.2019 tarihinde İnsan Kaynakları Birimi tarafından telefonla arandığını ve Sivas Çağrı Merkezinde çalışmak isteyip istemediğinin sorulduğunu, kendisinin çalışmak isteyeceğini bildirdiğini ancak bu görüşme esnasında gebe olduğunu belirttiğini ve bu durumun Banka açısından sorun teşkil edip etmediğini sorduğunu, kendisine Banka uzmanlarına konuyla ilgili danışılıp tarafına dönüş yapılacağını söylendiğini, ancak bir dönüş olmaması üzerine, 16.05.2019 tarihinde T. G...B... İnsan Kaynakları Birimini aradığını ve gebeliği nedeniyle iş başvurusunun reddedilmesinin hukuka aykırı bir uygulama olduğunu belirttiğini ve uygulamanın düzeltilmesini talep ettiğini,

aksi takdirde Kurumumuza başvuru yapacağını bildirdiğini, kendisine dönüş yapılacağını söylediğini, dönüş yapılmaması üzerine tekrar arayıp resmi süreci başlatmak için e-mail adresi talep ettiğini, ancak bir aylık süreç içerisinde kendisine herhangi bir geri dönüş sağlanmadığını ve gebeliği sebebiyle işe alınmadığını iddia etmektedir.

43. Başvuran, muhatapların cevabına ilişkin yazılı görüşünde, tüm iş başvurusu sürecinde Muhatap 1 Banka ile görüştüğünü zannettiğini, işe alım sürecinin Muhatap 2 A... Özel İstihdam Şirketi tarafından yürütüldüğü konusunda bilgilendirilmediğini, tedarikçi (alt yüklenici) firmanın eylem ve işlemlerinden Muhatap Bankanın da sorumlu olduğunu, Muhatapların iddia ettiği gibi başvuranın kendi isteğiyle adaylıktan çekilmesi iddialarının gerçeği yansıtmadığını beyan etmiş ve dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır. Başvuran, ayrıca yazılı görüşüyle birlikte, konuya ilişkin olarak Muhatap 1 ve Muhatap 2 ile yapılan ve başvuru dilekçesinde belirttiği iki telefon görüşmesine ait ses kayıtları ile bu görüşmelerin yazılı dökümlerini Kurumumuza sunmuş ve bu görüşmelerin şeffaflık ve bilgi güvenliği nedeniyle Muhataplar tarafından da kayıt altına alındığını belirterek söz konusu kayıtların incelenmesini talep etmiştir.

b. Muhatapların Açıklamaları

44. Muhatap 1 Banka, başvuranın iddialarına ilişkin yazılı görüşünde özetle; başvuranın iddialarının gerçeği yansıtmadığını ve kabul edilemeyeceğini ve öncelikle başvuranın iş başvurusu sürecinin işe alım konusunda Bankaya danışmanlık hizmeti sunan ve adaylarla başlangıç aşamasında tüm işlemleri yürüten Muhatap 2 özel istihdam şirketi A... İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Ltd. Şti. tarafından takip edildiğini, başvuranın Ankara pozisyonu için yapılacak sınava davet edildiğini ancak başvuranın bu sınava katılmadığını, daha sonra 15.05.2019 tarihinde Muhatap 2 tarafından telefonla aranarak kendisine Sivas Çağrı Merkezi Müşteri Temsilciliği pozisyonu ile ilgilenip ilgilenmediği sorulduğunu, başvuranın pozisyonla ilgilenmediğini ilettiğini ve sürecin başvuranın kendi isteğiyle sonlandırıldığının Muhatap 2 Şirket tarafından kendilerine bildirildiğini beyan etmektedir. Muhatap 1 Banka tarafından, ayrıca, söz konusu iddiaların, Bankanın özellikle kadın istihdamı, ayrımcılık ve insan haklarına uyum konusunda en üst seviyede benimsemiş olduğu kurumsal yaklaşım ve değerler ile ilk imzacı şirketlerden olduğu Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi ve BM Kadının Güçlenmesi Prensipleri ile bağdaşmadığı, bu konuda hizmet aldıkları tedarikçi firmaların da aynı temel ilkeleri benimsemelerinin taraflarınca titizlikle takip edildiği belirtilerek Bankadaki kadın istihdamına ilişkin bazı veriler paylaşılmıştır. Bu verilere göre, Bankada halen 10.374 kadın çalışan görev yapmakta olup kadın çalışanların toplam çalışanlara oranı %56'dır. Ayrıca, kadın çalışanların 203'ü hamile olup doğum iznine ayrılan 187 çalışan bulunmaktadır. Sonuç olarak, Muhatap 1 Banka, banka olarak daha önce başvuranın iddialarına benzer bir şikayetle karşılaşmadığını, başvuranın iddialarının gerçeği yansıtmadığını ve bizzat kendileri tarafından yürütülmeyen işe alım süreciyle ilgili olarak kendilerine bir sorumluluk yüklenemeyeceğini iddia etmektedir. Kurumumuz tarafından, başvuranın yazılı görüşüne ve sunduğu telefon görüşmelerine istinaden, muhataplar tarafından başvuranla işe alım sürecinde yapılan ve kayıt altına alınan tüm görüşmelerin birer örneğinin Kurumumuza gönderilmesi talep edilmiştir. Muhatap 1

tarafından bu yazıya istinaden gönderilen cevap yazısında, ilk yazılı görüşteki hususlar aynen tekrar edilmiş ve başvuran tarafından kaydedilen ses kayıtlarına ilişkin her türlü itiraz hakkının saklı tutulduğu belirtilerek bu kayıtlara itibar edilmemesi talep edilmiştir.

45. Muhatap 2 Özel İstihdam Şirketi ise yazılı görüşünde özetle; Muhatap 1 Bankanın yukarıda belirtilen beyanlarını tekrarlamış, başvuranın Ankara pozisyonu için yapılacak sınava davet edildiğini, ancak bu sınava katılmadığını, daha sonra 15.05.2019 tarihinde telefonla aranarak kendisine Sivas Çağrı Merkezi Müşteri Temsilciliği pozisyonu ile ilgilenip ilgilenmediğinin sorulduğunu, başvuranın hamile olduğu gerekçesiyle pozisyonla ilgilenmediğini ilettiğini, başvuranın bu nedenle kendi iradesiyle adaylıktan çekildiğini ve sürecin başvuranın kendi isteğiyle sonlandırıldığını, ayrımcılık iddialarının gerçeği yansıtmadığını, Şirket olarak işe alım modellerinde hamilelik nedeniyle aday elenmesi ve bir üst makama danışılıp adaya dönüş yapılması gibi bir prosedürün olmadığını beyan etmektedir.

c. Uzlaşma Aşaması

46. Alınan yazılı görüşler sonrasında dosya karar vermek üzere Kurul'a intikal ettirilmiştir. Ancak Kurul bu aşamada daha önce Başkanlık tarafından taraflara uzlaşma teklif edilmediğini görmüş, inceleme konusunun uzlaşma ile sonuçlanabileceği kanaati ile Kuruluş Kanunu'nun "Kurulun görev ve yetkileri" başlıklı 11. maddesinin (b) bendinde düzenlenen "*başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak*" görev ve yetkisine istinaden Başvuran ile Muhatap 1'i uzlaşmaya davet etmiştir. Taraflar uzlaşma davetine olumlu cevap vermiş ve uzlaşma görüşmesinin 14 Ocak 2020 tarihinde saat 10:00'da gerçekleştirilmesinde mutabık kalınmıştır. Başvuran anılan tarih ve saatte Kurum Başkanlık Makamında hazır bulunmasına karşın, Muhatap T. G... B... A.Ş. Hukuk Müdürlüğü Dava Hizmetleri Birimi Avukatı tarafından 14 Ocak 2020 günü saat 09:53'de iletilen mesaj ile anılan toplantıya katılım olmayacağı Kuruma bildirilmiştir. Muhatabın uzlaşma görüşmesine katılımda bulunmaması nedeniyle uzlaşma sağlanamadığı, tutanak ile kayıt altına alınmıştır. Katılım sağlanmayacağı bilgisi, T. G... B... A.Ş. İnsan Kaynakları Müdürlüğü İnsan Kaynakları Operasyon Yönetmeni tarafından, aynı gün saat 11:33'de iletilen e-mail ile de teyit edilmiştir.

d. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden Değerlendirme

45. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 3. maddesinin 2. fıkrası; "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.*" hükmünü haizdir. Ayrımcılık türleri ise Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasında "*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.

46. Kanunun "İstihdam ve serbest meslek" başlıklı 6. maddesinin 3. fıkrası "*İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.*" hükmünü haizdir.

47. Mezkur Kanunun 9.maddesinin (g) bendi uyarınca; Kurum, ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek görevini haizdir.

48. 24/11/2017 tarihli ve 30250 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “Ön İnceleme Yapılması” başlıklı 48 inci maddesi uyarınca başvuruların, inceleme ve araştırmaya geçilmeden önce ön incelemeye tabi tutulması gerekmektedir. Yapılan ön incelemede başvurunun, Yönetmeliğin 48 inci maddesinde belirtilen şartları taşıdığı tespit edilmiş, bu çerçevede, gebelik nedeniyle iş başvurusunun reddedildiği iddiasına ilişkin başvuru, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık iddiası olarak değerlendirilerek kabul edilebilir bulunmuştur.

b. Esas Yönünden Değerlendirme

49. Anayasamızın Başlangıç hükümlerinde “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak, Anayasa’nın 10. Maddesinde “Herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, Kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı” düzenlenmiş, Anayasa’nın 12. maddesinde de “temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği” açık bir şekilde belirtilmiştir. Anayasa’nın 41. Maddesine göre de “Aile, Türk toplumunun temeli olup devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alması” bir zorunluluktur.

50. Yine, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere göre, herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden eşit bir şekilde yararlanma, ayrımcılığın her türüne, şiddet, taciz ve zararlı gelenek uygulamalarına karşı korunma hakkına sahiptir. Bu bağlamda, kadınların çalışma hakları olduğu gibi cinsiyet özellikleri gereği anne olma hakları da bulunmaktadır. Zorunlu sağlık nedenleri olmaksızın hiçbir kadın hamileliğini sonlandırmaya zorlanamayacağı gibi kadınlar, çalışma haklarını ve sosyal bir önemi de bulunan anne olma haklarını birlikte kullanmak istediklerinde bu nedenle herhangi bir ayrımcılığa uğramamalıdır. Devlet ve toplum ailenin ve üyelerinin haklarına saygı duymalı, bu bağlamda özellikle de kadınların nesillerin üremesindeki önemli rolünün ayrımcılığa neden olmaması gerektiğini dikkate alarak üzerine düşen sorumlulukları üstlenmelidir. Devlet ve toplumu oluşturan tüm kişi, kurum ve kuruluşların anneliğin sosyal önemini de dikkate alarak imkanları nispetinde anneliği ve anneleri koruma, destek olma ve kolaylık sağlama sorumluluğu bulunmaktadır.

51. Eşitlik ilkesi veya ayrımcılık yasağı ilkesi toplumsal yaşamın yapı taşları arasında bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlar olduğunu, günümüzde eşitlik ilkesinin insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz bir

parçası olduğunu belirterek eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edildiğinin altını çizmektedir. Bu çerçevede, eşitlik ilkesinin hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmesi gerekliliği vurgulanmaktadır. (AYM, Tuğba Arslan Kararı, para 107.)

52. Ayrımcılık yasağı, uluslararası insan hakları hukukunun temelinde yer almakta ve pek çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde özel olarak düzenlenmektedir. Bir kimseye cinsiyetine dayanarak bir hakkın kullanılmasında ya da bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde meşru ve makul bir temele dayanmaksızın farklı muamelede bulunulması ise cinsiyet ayrımcılığıdır. Cinsiyet temelinde ayrımcılık, tehlikeli sonuçları dikkate alınarak, hem uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmaları aracılığıyla hem de ulusal yasal sistemler içinde yasaklanmıştır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği bünyesinde hazırlanan sözleşmeler başta olmak üzere konuya ilişkin pek çok uluslararası düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir.

53. Öğretide cinsiyetin ve dolayısıyla cinsiyet temelinde ayrımcılığın ne olduğuna ilişkin farklı görüşler bulunmakla beraber, yaygın görüş cinsiyet ayrımcılığının kadın ve erkek arasındaki ayrım olduğu yönündedir. Ancak; mahkemeler ve diğer yargı organları, cinsiyet anlayışını, hamilelik ve çocuk bakımı gibi biyolojik veya geleneksel olarak kadın olmayla ilişkili faaliyetler veya sorumluluklara ilişkin ayrımcılığı içerecek şekilde genişletmiştir. (Kitching, 2005)

54. Diğer ayrımcılık türlerinde olduğu gibi cinsiyet temelinde ayrımcılık, bir kişi veya grubun, başkalarının sahip olduğu medeni ve siyasal haklardan, çalışma hakkından ve mülkiyet hakkından faydalanmasının reddi anlamına gelmektedir. CEDAW’ın 1 inci maddesi kadına karşı ayrımcılığı şöyle tanımlamıştır:

“Bu Sözleşmenin amacı bakımından "kadınlara karşı ayrımcılık" terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayrım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelmektedir.”

55. Bununla beraber cinsiyet temelinde ayrımcılık, ifade edildiği üzere, özellikle istihdam alanında gündeme gelen, hamilelik gibi kadınlarla doğrudan ilişkili durumlar nedeniyle olumsuz farklı muameleyi de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Nitekim, 4-15 Eylül 1995 tarihinde Pekin’de gerçekleştirilen Dördüncü Dünya Kadın Konferansı’nda kabul edilen ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 15 Eylül 1995 tarihindeki 16. Kurul toplantısında onaylanan Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu’nun 165. paragrafında, Hükümetlere “1. (c) İşverenler tarafından yapılan ayrımcı uygulamaları ortadan kaldırmak ve hamilelik veya emzirme nedeniyle istihdamın reddedilmesi veya işten çıkarılma veya kontraseptif kullanımının kanıtlanmasını gerektiren durumlar gibi, kadınların üreme rolünü ve işlevlerini göz önünde bulundurarak uygun önlemler almak ve hamile kadınların, doğum iznindeki kadınların veya çocuk doğurduktan sonra işgücü piyasasına tekrar giren kadınların

ayrımcılığa maruz kalmamasını sağlamak için etkili önlemler almak” yükümlülüğü getirmiştir. Yine Deklarasyonda, kadınların kaynaklara, istihdama, piyasaya ve ticarete eşit erişiminin sağlanması, stratejik bir hedef olarak belirlenmiştir. (Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, 1995, para. 165/c.)

56. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de, çalışma hakkı dahil olmak üzere Sözleşmede yer alan tüm hakların kadın ve erkeklere hiçbir ayırım gözetilmeksizin eşit bir şekilde uygulanacağını hükme bağlamıştır. “Kadınlar ve çalışma hakkı” kapsamında, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin Çalışma Hakkına İlişkin 18 No’lu Genel Yorumuna göre;

“Sözleşme’nin 3. Maddesi, taraf Devletlerin “bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla” yükümlü olduklarını belirtmektedir. Komite, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele ve eşit işe eşit ödemeyi güvence altına alarak erkek ve kadınlara eşit fırsatlar yaratma ve eşit muamelede bulunmayı güvence altına almak için geniş bir koruma sistemine ihtiyaç duyulduğunun altını çizmek istemektedir. Özellikle, hamilelik işe almada bir engel oluşturmamalı ve işe son vermenin bir gerekçesi olmamalıdır.” (BM EKSHK, Genel Yorum 18, para. 13).

57. Benzer biçimde Komite, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklarda Ayrımcılık Yapmamaya İlişkin 20 No’lu Genel Yorumunda, doğrudan ayrımcılığın, yasaklanmış bir temele ilişkin bir nedenden ötürü, bir kişiye benzer bir durumdaki başka bir kişiden daha az olumlu muamele edildiğinde ortaya çıkacağını, öte yandan hamile bir kadının durumunda olduğu gibi, benzer ya da karşılaştırılabilir bir durumun bulunmadığı durumlarda da yasaklanmış gerekçelere dayalı olarak olumsuz eylemlerin veya ihmallerin de doğrudan ayrımcılığı oluşturduğunu belirtmektedir. (BM EKSHK, Genel Yorum 20, para. 10/a). Komite ayrıca, bir kadının hamile olduğu veya hamile olabileceği gerekçesiyle işe alınmamasının cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık oluşturacağını vurgulamıştır. (para. 20.)

58. Avrupa Konseyi bünyesinde de cinsiyet temelinde ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ) ile yasaklanmıştır. GGASŞ’nın Açıklayıcı Raporuna göre, Şart’ın V. Bölümünün E maddesindeki ayrımcılık yapmama ilkesi, Şart’ın giriş kısmından daha kapsamlı bir ayrımcılık temelleri içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesine dayanmakta, hükümde yer alan "gibi" kelimeleri, ayrımcılığa izin verilmeyen temellerin listesinin ayrıntılı olmadığını göstermekte ve bu hükmün, diğerlerinin yanı sıra, hamilelik nedeniyle kadın istihdamının reddedilmesini yasakladığı anlaşılmaktadır. (GGASŞ Açıklayıcı Raporu, para. 136.)

59. Cinsiyet temelinde ayrımcılıktan korunma Avrupa Birliği’nin de en kapsamlı düzenlemeler yaptığı alanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. 76/207/EEC sayılı kadın ve erkeklerin istihdama eşit erişimine ilişkin Eşit Muamele Direktifi, 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 Direktifin 2. maddesinin 7. 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.

60. Benzer biçimde, 2006/54/EC sayılı Direktifin 23. paragrafında, Adalet Divanı'nın İçtihat Hukukuna göre kadına hamilelik veya doğumla ilgili olarak olumsuz muamelenin, cinsiyete dayalı doğrudan bir ayrımcılığı oluşturduğu ve bu nedenle bu tarz bir muamelenin Direktifin kapsamı içinde olması gerektiği belirtildikten sonra, Direktifin 2. maddesinde *bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili olarak daha az avantajlı davranılması*, ayrımcılık olarak tanımlanmıştır.

61. Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmek için öncelikle ayrımcılığa neden olduğu iddia edilen işlemin, eylemin ya da eylemsizliğin amacı ile sonucu arasındaki ilişkiye bakmak gerekmektedir. AİHM'e göre, bir muameledeki farklılık, "objektif ve makul bir gerekçeye sahip değilse" ya da "meşru bir amaç" izlenmemişse ayrımcılık söz konusudur. (Abdulaziz, Cabales and Balkandali, para. 72).

62. Bu bağlamda, gebelik söz konusu olduğunda, hamile bir kadın üzerinde, objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz bir farklı muamele, ayrımcılık teşkil etmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın Dekker Kararı, kadınların gebelik nedeniyle işe alınmamasına ilişkin en önemli kararlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Başvuranın işin gerektirdiği tüm nitelikleri taşımasına ve işveren tarafından işe uygun aday olarak değerlendirilmesine rağmen, hamile olduğunu işverene bildirmesinin ardından işe alınmamasına ilişkin olan Dekker Kararı'nda ABAD, bir kadının gebeliği nedeniyle işe alınmamasının cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğine ve bu tür bir ayrımcılığın işverenin ekonomik menfaati de dahil olmak üzere diğer menfaatlerle haklı veya meşru gösterilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu husus, ABAD tarafından şu şekilde ifade edilmiştir.

"Sadece kadınların hamilelik nedeniyle istihdam talebinin reddedebileceği ve bu tür bir reddin cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği gözlemlenmelidir. Hamilelik nedeniyle devamsızlığın finansal sonuçları nedeniyle istihdamın reddedilmesi, esasen hamilelik gerçeğine dayanmalıdır. Bu tür bir ayrımcılık, hamile bir kadını işe alan bir işverenin doğum izni süresince maruz kalacağı mali zararlar ilgili gerekçelerle meşru hale getirilemez." (ABAD, Case C-177/88, Dekker v Stichting VJV (1990), para. 12).

Bu çerçevede, ABAD'ın karar hükmü şöyledir:

"Bir işveren, kadın bir adayla sözleşme imzalamaktan çekiniyorsa ve bunun nedeni gebe bir kadını işe almanın yol açacağı olumsuz etkiler, kamu mercileri tarafından belirlenmiş olan çalışmaya uygun olmamaya ilişkin kurallar ve işverenin analık izni süresince karşılaşacağı olası mali kayıpsa bu durum, istihdam, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları alanlarında erkekler ve kadınlar arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasını ele alan 76/207 sayılı Direktife aykırıdır."

63. ABAD, Jiménez Melgar ve Ayuntamiento de los Barrios Kararında da, hamilelik nedeniyle belirli süreli bir sözleşmeyi yenilememe kararının da doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğuna karar vermiştir. (Case C-438/99, Jiménez Melgar ve Ayuntamiento de los Barrios [2001], para. 3.)

64. Uluslararası içtihatlarla ve ulusal mevzuatımızla bağlantılı olarak, Yargıtay da kararlarında, gebelik nedeniyle iş akdine son verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bu husus,

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2016/1423 E. ve 2019/11167 K. sayılı Kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

“(...) Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Davalı işveren ise 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinin son fıkrasına göre bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlayamamıştır. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. (...)”

65. Cinsiyet temelinde ayrımcılık da dahil olmak üzere ayrımcılık yasağı, uluslararası ve ulusal pek çok düzenlemede yer almasına karşın çoğu durumda ayrımcılığa uğradığı iddiasında bulunan kişinin, söz konusu iddiasını kanıtlayacak imkan ve araçlara sahip olması mümkün olmamaktadır. Zira, farklı muamelenin altında yatan saik, çoğu durumda yalnızca failin düşüncesinde var olmaktadır. Bu nedenle, ayrımcılık karşıtı hukukun en önemli araçlarından biri olarak “ispat yükünün paylaşılması” ve “ispat yükünün yer değiştirmesi” kavramları benimsenmiştir. Ayrımcılık yasağının ihlali iddiasını içeren vakaların çoğunda, bu iddiayı ispata yarayacak bilgiler genellikle ihlal iddiasına muhatap kişide bulunduğundan, ispat yükünün ihlal iddiasına muhatap kişi/kurumla paylaşılmasına izin verilir. (FRA, 2010, s.124).

66. Ayrımcılığın kanıtlanmasında mağdurun yaşayacağı zorluk göz önünde bulundurularak ispat yükünü paylaşma ilkesi, BM Sözleşme Denetim Mekanizmalarının kararlarında, AİHM içtihadında, AB hukukunda ve ulusal mevzuatımızda kabul edilmiştir. Nitekim AİHM, Sözleşme tarafından belirlenen usulün her zaman sıkı bir şekilde affirmanti incumbit probation (“iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür”) ilkesini uygulamayı gerektirmediğini kabul etmiştir (AİHM, Aktaş v. Türkiye, para. 272). AİHM’e göre,

“bir tedbir veya bir uygulama ile ilgili bir çürütülebilir ayrımcılık karinesi ayrımcılık iddiasında olan başvuru tarafından ortaya konulmuşsa, bu karineyi çürütme ve söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık olmadığını gösterme devlete aittir. Gerçekten de, olayların özelliği ve bu tür davalarda şikâyetlerin niteliği dikkate alındığında uygulamada ispat külfetini ters çevirmeden başvuru sahiplerinin dolaylı ayrımcılığı ispatlamaları aşırı şekilde zordur.” (AİHM, D.H ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti, para. 189.)

67. AİHM, Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan Kararında, kanıt başlangıcı olarak değerlendirilecek delillerin niteliği ve ispat yükünün yer değiştirmesi ile ilgili olarak “serbest kanıt ilkesi”ni benimsemiş ve bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

“Mahkeme önündeki yargılamalarda, delillerin kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesinin önünde herhangi bir usuli engel veya önceden belirlenmiş formüller bulunmamaktadır. Mahkeme, maddi olaylardan ve tarafların beyanlarından kaynaklanabilecek çıkarımlar da dahil olmak üzere tüm kanıtların serbest değerlendirilmesiyle desteklenen sonuçları benimser. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, kanıtlar yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların ya da benzer aksi ispat edilmemiş varsayımların birarada bulunmasından kaynaklanabilir. Ayrıca, belirli bir sonuca varmak için gerekli ikna seviyesi ve bu bağlamda, ispat yükünün dağılımı, maddi olayların özgüllüğü, ileri sürülen iddianın ve Sözleşme'nin söz

konusu hakkının niteliği ile özünde bağlantılıdır.” (AİHM, Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 147.)

68. Mahkeme’nin yerleşik içtihadına göre, “kanıt”, inkâr edilmeyen veya çürütülememiş karinelere dayanabilir. Mahkeme, ayrımcılığın bulunduğu iddia edilen bazı olaylarda, davalı devletten ayrımcılığa dair savunulabilir iddiayı çürütmesini isteme ve çürütmediği takdirde 14. Maddenin ihlal edildiği sonucuna varma ihtimalini dışlamadığını belirtmiştir. (AİHM, Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan, para. 157.)

69. İspat yükünün yer değiştirmesi veya paylaşılması ilkesi, AB Hukukunda da kabul edilmiş ve çeşitli AB direktifleri ile özel olarak düzenlenmiştir. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükümlülüğüne İlişkin 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi’nin 4. maddesinde; *“üye devletler, adli sistemlerine uygun olarak, bir kimsenin eşit muamele ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının varsayılmasına imkan veren olayları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alırlar; eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini kanıtlamak görevi davalı tarafa aittir.”* hükmü öngörülmüştür.

70. Benzer biçimde, 2006/54/EC sayılı Direktif’in “ispat yükü” başlıklı 19 uncu maddesinde, üye devletlerin *“ulusal adli sistemlerine uygun şekilde, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri”* alacakları hükme bağlanmıştır.

71. Uluslararası hukuk ile üye uyumlu olarak, ulusal mevzuatımızda da 4856 İş Kanununun 5 inci maddesinin son fıkrasında *“(…) işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. (...)”* hükmü ve 6701 sayılı TIHEK Kanununun 21 inci maddesinde *“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.”* hükmü yer almaktadır.

72. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2016/1423 E. ve 2019/11167 K. sayılı Kararında, İş Kanunu’nun 5 inci maddesinin son fıkrasına atıfta bulunarak *“eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.”* hükmüne yer vermiştir. Ayrıca, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin 2015/6338 E. 2016/6464 K. sayılı ve 9. Hukuk Dairesi’nin 2013/15377 E. 2015/10446 K. sayılı Kararlarında işçiler tarafından sunulan ses kayıtlarının hüküm verilirken göz önünde bulundurulduğu görülmektedir.

73. Somut olayda, başvuranın gebe olması nedeniyle işe alınmaması kapsamında cinsiyet temelinde doğrudan ayrımcılık iddiası mevcuttur. Yukarıda da değinildiği üzere, bir kişinin cinsiyeti nedeniyle, daha olumsuz ve haklılaştırılamayan bir muameleye maruz bırakılması ya

da yalnızca gebe olması nedeniyle, istihdama erişiminin ve işe alınmasının engellenmesi, hem ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, hem de ulusal hukukumuz tarafından yasaklanmıştır. Zira, gebelikten 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 gebelik ile ilgili durumu nedeniyle bir kadını işe almayı reddedemez. Somut olayda başvuranın, işin niteliklerine uygun olmadığına ilişkin herhangi bir veri mevcut değildir. Bilakis, başvuranın işin gerektirdiği niteliklere sahip olduğu ve pozisyon için uygun olarak değerlendirildiği ve bu nedenle bizzat Muhatap 2 tarafından aranılarak kendisine iş teklifinde bulunduğu hem başvuranın hem de Muhatapların beyanından açıkça görülmektedir.

74. Başvuru konusu olayda, başvuran iş teklifinin Muhatap 2 tarafından yapılmasına rağmen görüşmede gebe olduğunu belirtmesinin ardından kendisine yönelik tavrın değiştiğini ve dilekçesine ek ses kaydında da sunduğu üzere “Aaa! Bir saniye bekleteceğim. Hemen uzmanımıza danışıyorum.” ve “Biz daha sonra sizi sürece dahil edelim.” söylemleri ile karşılaştığını ve bir daha kendisine geri dönüş yapılmadığını iddia ederken; Muhataplar başvuranın gebeliğini gerekçe göstererek teklif edilen pozisyon ile ilgilenmediğini ve süreci kendisinin sonlandırdığını ileri sürmektedir.

75. Başvuranın sunduğu ve çözümü yaptırılan ses kaydındaki konuşmalardan başvurana Sivas Müşteri Temsilciliği pozisyonu için teklifte bulunduğu, ancak başvuranın gebe olduğunu belirtmesinin ardından “Biz daha sonra sizi sürece dahil edelim.” söylemlerinden ve görüşmenin sonlandırılmasından başvuranın işe alım sürecini kendi isteğiyle sonlandırdığı açıklamalarının ikna edici olmadığı ve başvuranın gebe olması nedeniyle işe alınmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını içeren vakalarda, iddianın kanıtlanması çoğu zaman mağdur açısından oldukça zordur. Bu şartlarda, somut olayda delillerin yok olması tehlikesi bulunduğundan, başka türlü delil elde etme imkânı bulunmayan başvuran tarafından sunulan ses kaydı, uluslararası mahkeme içtihatlarının kabul ettiği delillerin katı usuli kurallara bağlı olmaması ve serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ve Yargıtay içtihatları da göz önünde bulundurularak doğrudan ayrımcılık karinesinin oluşması için yeterli sayılmalıdır. Dolayısıyla, Muhataplar tarafından başvuranın gebeliği nedeniyle işe alınmadığı iddiasını çürütecek kanıtlar sunulması gerekmektedir. Zira, somut olayda, Muhatap Banka ve Şirket’in “güvenlik amacıyla” kişilerle yapılan görüşmeleri kayıt altına alma imkanları da göz önünde bulundurularak ellerindeki her türlü bilgi, belge ve kayıtla başvuranın kendi isteğiyle iş başvurusunu kabul etmediğini kanıtlayabilecek araçlara sahip olduklarının değerlendirilmesi ve genel ifadelerle ayrımcılık iddiasını reddetmelerinin yeterli kabul edilmemesi gerekir. Öte yandan, Muhatap 1’in, asıl işveren olarak müteselsilen sorumlu olduğu halde, yalnızca ilk yazılı görüşündeki hususları tekrarlayarak Banka’nın faaliyetlerini desteklemek için danışmanlık hizmeti sağlayan tedarikçi Muhatap 2’nin taraflarına ilettikleri beyanları tekrarlamakla yetindiği; Muhatap 2’nin ise Kurumumuzun başvuranın iddialarına, sunmuş olduğu kayıtlara ilişkin yazılı görüşleri ile başvuranla işe alım sürecinde yapılan ve kayıt altına alınan görüşmelere ilişkin bilgi ve belgelerin sunulması talepli yazısına, resmi yazı, telefon ve e-mail aracılığıyla defaetle

taraflarına iletilmesine rağmen, herhangi bir cevap vermediği tespit edilmiştir. Bu çerçevede, başvuru konusu olayda, Muhatapların başvuranı gebeliği nedeniyle işe almadıkları iddiasını çürütemedikleri ve ayrımcılık yasağını ihlal etmediklerini kanıtlayamadıkları değerlendirilmiştir.

VI. KARAR

Açıklanan mevzuat ve gerekçeler çerçevesinde;

1. T. G... B... A.Ş. Genel Müdürlüğü tarafından 6701 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde güvence altına alınan “AYRIMCILIK YASAĞI”NIN İHLAL EDİLDİĞİNE,
 2. A... İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Limited Şirketi tarafından, 6701 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde güvence altına alınan “AYRIMCILIK YASAĞI”NIN İHLAL EDİLDİĞİNE,
 3. T. G... B... A.Ş. Genel Müdürlüğü hakkında 10.000,00(onbin)-TL tutarında İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA
 4. A. İnsan Kaynakları Özel İstihdam Hizmetleri ve Aracılık Limited Şirketi hakkında 5.000,00(beşbin)-TL tutarında İDARİ PARA CEZASI UYGULANMASINA,
 5. Kararın TARAFLARA TEBLİĞİNE,
 6. Kararın KAMUOYUNA DUYURULMASINA,
 7. Karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yoluna başvurulabileceğine,
- 14.01.2020 tarihinde, Harun MERTOĞLU, Halil KALABALIK ve Mehmet ALTUNTAŞ’ın karşıoylarıyla, OYÇOKLUĞUYLA, karar verildi.

Süleyman ARSLAN
Başkan

Mesut KINALI
İkinci Başkan

Can ESEN
Üye

Cemil KILIÇ
Üye

Dilek ERTÜRK
Üye

Halil KALABALIK
Üye

Harun MERTOĞLU
Üye

Hıdır YILDIRIM
Üye

Mehmet ALTUNTAŞ
Üye

Mehmet Emin GENÇ
Üye

Saffet BALIN
Üye

KARŞI OY

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun “İdari Yaptırımlar” başlığını taşıyan 25. Maddesinde ise, “(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.

(3) 19 uncu maddede öngörülen yükümlülöklere, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan birinci fıkra kapsamındaki kişi ve kuruluşlar hakkında beş yüz Türk lirasından iki bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. Bu fıkrada düzenlenen idari para cezaları hakkında da ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz.

(5) Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

(6) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır” kuralına yer verilmiştir.

01.6.2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 1. Maddesinde Madde 1- (1) Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler, b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idarî yaptırımların türleri ve sonuçları, c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, d) İdarî yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, e) İdarî yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar, belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır.” 2. Maddesinde, “kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır”; 16. Maddesinde, “ (1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. (2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir”, 19. Maddesinde de “Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıca kadar saklıdır.”

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanunun 31. maddesiyle değişik, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinde “(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır” kurallarına yer verilmiştir.

Aynı Kanunun 27. maddesine, 5560 sayılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkrada ise; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala

bağlanmış, bu maddenin gerekçesinde de bu hükümle, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre, Kabahatler Kanunu'nun; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı ancak; idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği anlaşılmaktadır.

6701 sayılı Kanunun 25. maddesinde öngörülen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olması ve adı geçen Kanunda idari para cezasına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi hatta, 6701 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanacağını açıkça belirtilmesi nedeniyle;

1) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtilen, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 6701 Sayılı Kanunun 25. Maddesinin birinci fıkrası gereği ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında verdiği **idari para cezası kararlarına karşı, 5326 sayılı Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği;**

2) Buna karşılık, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 18. Maddesinin 4. Fıkrası gereğince ***insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapılmadığına ilişkin kararlarının, idari işlem niteliğinde bulunduğu hiçbir kuşku ve idari yaptırım niteliğinde bulunmadığından;*** Anayasanın 125. Maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri gereğince, genel dava açma süresi içinde, **yetkili ve görevli idare mahkemelerine başvurulabileceği,**

Gerekçesiyle, 2019/2428 sayılı başvurunun Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 14/01/2020 tarihli ve 112 sayılı toplantısında alınan 2020/8 sayılı kararında belirtilen Kurulun para cezasına ilişkin kararlarında Ankara İdare Mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

Prof. Dr. Halil Kalabalık
Kurul Üyesi

Mehmet ALTUNTAŞ
Kurul Üyesi

KARŞI OY

Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek Kurulun görevleri arasındadır.

Kuruma yapılacak başvurular ile inceleme usulleri de Kanunda ayrıntılı düzenlenmiştir. İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi halinde Kuruma başvuru yapılabilir.

Kurum, ihlal iddiasına muhatap olan taraftan yazılı görüşünü sunmasını ister. Yazılı görüş, istemin tebliğinden itibaren on beş gün içinde Kuruma ulaştırılır. Yazılı görüş, başvuran kişiye tebliğ edilerek, görüşünü tebliğden itibaren en geç on beş gün içinde Kuruma sunması istenir.

İnceleme yapmaya yetkili kurum personeli, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden ilgili bilgi ve belgeleri istemeye, incelemeye ve bunların örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin bulundukları yerleri ziyaret etmeye, buralarda inceleme yapmaya ve gerekli tutanakları düzenlemeye, kötü muameleye maruz kaldığı iddia edilen kişi ya da kişilerle görüşmeye yetkilidir. Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, Kurumun ziyaretlerini kolaylaştırmak ve taleplerini gecikmeksizin yerine getirmek zorundadırlar.

Kanun, başvuruların alınmasından, inceleme ve karar aşamasına kadar geçen süreçte mahkemelerde olduğu gibi uygulanacak usul ve esasları belirlemiş ve belirli süreler koymuştur.

Kurum, ileri derecede teknik ve mali uzmanlık bilgisi gerektiren konularla ilgili olarak, bilirkişi görevlendirilebilir, tanık veya ilgili kişileri dinleyebilir.

Bu sebeplerle TİHEK, yargısal faaliyette de bulunan bir Kurum'dur. Başvurunun alınmasından karar aşamasına, kararların tebliğinden kesinleştirilmesine kadar geçen sürecin belli bir disiplin içinde yürütmesi gerekir. Kurumun saygınlığının ve kamuoyu nezdindeki güvenilirliğinin sağlanması ancak bu şekilde bir çalışma sonucunda elde edilebilir.

6701 sayılı Kanun ayrımcılığın bütün unsurları, ayrımcılık temelleri, türleri ve kapsamı ile ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği tek kanundur. Ayrımcılık yasağının ihlalinin bu kanun kapsamında yapılması da yasal bir zorunluluktur.

Somut başvuruyu kanun kapsamında değerlendirdiğimizde şu sonuca varabiliriz.

Başvuranın çalışma hakkı gebelik kapsamında cinsiyet temelli olarak ihlal edildiğinden ayrımcılık yasağı ihlal edilmiştir.

Ancak başvuru ve inceleme kanuni şartları taşımamaktadır. Şöyle ki;

1- Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi halinde Kuruma başvuru yapılabilir. Bu talebin belgelenmesi gerekir. Kanuni olan bu zorunluluğun telefonla yapıldığı beyanının yeterli görülmesi değildir.

2- 4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra

herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hallerde yapılabilir. Kanunun bu amir hükmü de gözardı edilmiştir.

3- İnceleme her bir muhatap için ayrı ayrı (yazılı görüşlerin alınması, uzlaşma teklifinin yapılması ve sürecin yürütülmesi gibi) yapılmalı, silahların eşitliği sağlanmalıdır.

4- Başvuranın gebe olduğuna dair raporun dosya içine alınması gerekirdi.

5- Uzlaşma süreci inceleme raporu hazırlanmadan başlatılması ve sonlandırıldıktan sonra Kurul gündemine gelmesi gerekirken Kurul gündemine geldikten sonra Kurul kararı ile başlatılması, muhataplardan sadece biri ile uzlaşma süreci başlatılmasına rağmen her iki muhataba da idari yaptırım uygulanması yerinde olmamıştır.

Kanuni gerekler yerine getirilmeden başvuruların kabul edilmesi yolunun açılması ve bu şekilde sürecin yürütülmesi Kurumun çalışmasını sekteye uğratacağı kanaatiyle çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Av. Harun MERTOĞLU
Kurul Üyesi