

İSTİHDAMDA KADINA YÖNELİK AYRIMCILIĞIN YASAL BOYUTU ATÖLYE NOTLARI

8-9 Aralık 2012
İstanbul

KEİG

kadın emeği ve istihdamı girişimi

KADIN EMEĞİ VE İSTİHDAMI GİRİŞİMİ PLATFORMU

İçindekiler

1	Giriş.....	2
2	Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri.....	3
3	Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi.....	6
4	İş Hukukunda Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı.....	11
5	Sorunlu Mevzuat ve Uygulamalar.....	15
6	Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW).....	19
7	Çalışma Hayatında Kadına Yönelik Ayrımcılık ve Adalete Ulaşım.....	23
8	Örnek Davalar ile Yargıtay Kararları.....	25
9	CEDAW Komitesi R.K.B v. Türkiye Kararı.....	28

1 Giriş

Merhaba,

Kadın Emeği ve İstihdamı Girişimi Platformu (KEİG) 2007'den beri kadın emeği ve istihdamı alanında kadınların yaşadığı ayrımcılık üzerine çalışmalar yapmaktadır. Kadının bu alanlarda yaşadığı ayrımcılık, diğer alanlarda yaşadığı ayrımcılıklarla doğrudan bağlantılı olsa da, şu zamana kadar kadınların istihdamda yaşadığı ayrımcılık en fazla yan gündem olmaktan öteye gidemedi. KEİG Platformu, sosyal politika ürettiği bu konuyu diğer kadın gruplarının ve Türkiye'nin gündemine taşımayı amaçlıyor.

Biliyoruz ki, eviçi emek, kayıtdışı çalışma, güvenceli istihdam konularında ayrımcılığın son bulmasında, uygulanmayan ya da yetersiz olan yasal mevzuatın değişmesi kilit bir rol oynamaktadır. Ev içi emek ve çalışan kadınların işe alımlar da dâhil olmak üzere iş yaşamında yaşadığı hak ihlalleri yasal çerçevede görünür ve korunur olmadığı sürece kadınların bu konuda haklarını aramaları da imkânsızlaşmaktadır. Bu nedenle, KEİG Platformu olarak kadının emek ve istihdam yaşamında karşılaştığı ayrımcılığa dair dava takibi çalışması yürütmeyi etkili bir yöntem olarak görüyoruz.

Dava takibi, kadın mücadelesinin bilmediği bir alan değildir. Açılan dava süreçlerini takip etmek, dayanışma göstermek ve davanın öznesi olan kadını güçlendirmek açısından önemli olduğu kadar, konuya dair mevcut politikaları ve yasal mevzuatı değiştirmek noktasında da önem taşımaktadır.

Kuşkusuz bazı konularda yasal mevzuatın uygulanmasına ihtiyaç duyulurken, bazı konularda da yasal mevzuatın değişmesi ya da oluşturulması gerekmektedir. Bir savunuculuk olarak dava takibi, yasal mevzuatın netleşmesi ve boşluklarının giderilmesi amacıyla yürütülen bir çalışma olabilirken, aynı zamanda yasal mevzuattan kaynaklanan ayrımcılıkların uluslararası hukuka uygun hale getirilmesi amacıyla da kurgulanabilir. Kadının emek ve istihdam alanında yaşadığı ayrımcılığa dair dava takibi çalışmasının mevcut politikaları ve yasal mevzuatı değiştirme gücünün yüksek olduğuna inanıyoruz.

Dava takibi çalışmalarını sadece avukatların yürüttüğü çalışmalar olarak düşünmektense, avukatlar, kadın örgütleri, sendikalar, sosyologlar, istatistikçiler gibi geniş bir perspektifle geliştirip uygulanmasının çalışmaları derinleştireceğine inanıyoruz. Bu nedenle, 8-9 Aralık 2012'de gerçekleştirdiğimiz Dava Takip Semineri'nde tartışılan konulardan bir kitapçık hazırlamak, bu seminerle ortaya çıkan bilgi ve paylaşımları yaymak istedik. Sizleri de bu çalışmamıza katkı sunmaya davet ederken, kitapçık üzerinden ulaştığımız herkese bir kez daha merhaba.

2 Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri

Doç. Dr. Zeynep Kivılcım



Anayasa Madde 90/5'ye göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”.

Maddeye 7.5.2004 ile son bir cümle eklenmiştir. Buna göre;



“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.

Yani; Türkiye’de Ulusal mahkemeler gerektiğinde doğrudan uluslararası antlaşmaları uygulayabilir, yalnızca uluslararası antlaşmaya aykırılıktan dolayı bir işlemi iptal edebilir.

Ancak Anayasa Madde 90/5 uygulanmasına ilişkin bazı soru(n)lar söz konusudur:

- Hangi uluslararası antlaşmalar temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma sayılacağı konusunda bir açıklık yoktur.
- Antlaşma ile kanun arasında uyuşmazlık olup olmadığını kimin tespit edeceği tartışmalıdır.
- Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma arasında uyuşmazlık olduğunda sorunun nasıl çözüleceği belli değildir.
- Md.90/5’in normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alan diğer düzenlemeleri de kapsayıp kapsamadığı ve hükmün muhatabının kim olduğu açık değildir.

Anayasa madde 11’e göre; Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Bu durumda madde 90/5 sadece yargı organlarını değil yasama ve

yürütmeyi, idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri de bağlar. Md. 90/5'e göre sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar değil bu antlaşmaların uygulanmasını takip eden organların (mahkeme, komite vb.) içtihat, görüş ve yorumları dikkate alınmalıdır.

2003 yılında CMUK'nun 327. Maddesinde ve HMK'nın 445. maddesinde yapılan değişiklikler ile hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması hali yargılamanın yenilenmesi nedeni kabul edilmiştir.

Bu değişiklikler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına iç hukukta normatif değer kazandırmıştır. 2004 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra ilk derece mahkemeleri de sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne değil Mahkeme içtihatlarını da dikkate almaya başlamışlardır.

ILO Sözleşmeleri¹

- C100 Eşit Ücret Sözleşmesi (1951)
- C111 İş ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi (1958)
- C156 Ailevi Sorumlulukları Bulunan İşçiler Sözleşmesi (1981)
- C158 İş Akdinin Feshi Sözleşmesi (Hamilelik nedeniyle fesih yasağı) (1982)
- C183 Anneliğin Korunması Sözleşmesi (2000) (Türkiye taraf değil)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

- Madde:4- Kölelik ve Zorla Çalıştırılma Yasağı
- Madde:8- Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı
- Madde:11- Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü
- Madde:12- Evlenme Hakkı
- Madde:14- Ayrımcılık Yasağı

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

- Madde 6: Herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren 'çalışma hakkı'
- Madde 7: Herkesin 'adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkı'

[1] ILO Sözleşmelerinin Türkçelerine ulaşmak için bkz: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_tsoz.htm Türkiye'nin taraf olduğu tüm ILO Sözleşmeleri'nin İngilizcelerine ulaşmak için bkz: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11100:0::NO:11100:P11100_COUNTRY_ID:102893

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 18 No'lu Genel Yorumu:

- Çalışma Hakkı (2005)

Avrupa Konseyi Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) 2011²

- Md.40: Cinsel Taciz



Okuma önerileri:

- Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 54 (2004): 147-161.
- Gülay Arslan, “BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme”, İÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXII, Sayı: 1-2, 2004, s.3-43.
- İlgili uluslararası antlaşmaların metinleri ve CEDAW Komitesi ve ESKH Komitesi tavsiye kararları: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/books_khuku.asp

[2] Şubat 2013 itibarıyla sözleşme henüz yürürlükte değildir. 8 Devletin onaylaması şartı henüz gerçekleşmemiştir.

3 Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

Av. Deniz Bayram³

Özellikle belirtmek gerekir ki ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi aynı şeyler değildir. Ayrı ayrı tanımlanmış birbirini tamamlayan iki ayrı kavram ve olgudur. Sadece eşitlik ilkesinin varlığı ayrımcılığı yasaklamadığı gibi, sadece ayrımcılığın yasaklanması da eşitliği sağlamaz. Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesini birbirine denk tutan anlayış kalıplaşmış ayrımcılıkları pekiştiren, farklılıkları yüzünden ayrımcılığa maruz kalan grupların yaşadığı ayrımcılığı görmezden gelen bir anlayıştır. Bir örnek verecek olursak, kadınların iş hayatına katılmalarına dair yasal bir engelin bulunmaması yani hukuk önünde erkeklerle eşit haklara sahip olmaları, kadının işe alım sürecinde ayrımcılığa uğramayacağını garanti etmez. Ek olarak, eşitliğin hukuken belirtilmiş olması yeterli değildir, fiili olarak sağlanabilmesi için devletler pozitif yükümlülükler uygulamak durumundadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 10'a bakacak olursak:



“Herkes dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin 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.⁴”

Anayasa’da kanun önünde eşitlik başlığı altında düzenlenen madde 10’a baktığımızda belirli kategorilerin sayılmasına rağmen “ve benzeri” ibaresi eklenerek bu sayılan kategorilerle sınırlı kalınmadığı dikkati çekmektedir. Ancak bilinmektedir ki “ve benzeri” gibi ifadeler özellikle söz konusu eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olduğunda çok muğlâk kalmaktadır. Örneğin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bu durumdadır. Yasal çerçevede “ve benzeri” ifadesini kişinin insan olması nedeniyle değiştiremeyeceği veya değiştirmesi beklenemeyecek özellikleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaması olarak yorumlanmaktadır. Cinsel yönelim

[3] Sunumdan derleyen Ceylan Begüm Yıldız.

[4] Anayasanın tam metni için bkz: <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=template&id=188&lang=0>

nedeniyle yapılacak bir ayrımcılık İş Kanunu. madde 5 ve Anayasa madde 10'a aykırılık oluşturacaktır. Ancak maalesef uygulamada böyle yorumlanmamaktadır.

Maddenin ikinci kısmı, devletin kadın erkek eşitliğini fiili olarak sağlaması için uygulaması gereken pozitif yükümlülüklerle işaret etmektedir. Anayasa, madde 10'da eşitlik ilkesi içerilmekte, fakat ayrımcılık yasağına dair bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme ve mekanizmalar da ayrımcılık yasağı ifadelerine rastlamak mümkündür. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve mekanizmalara karşı sorumluluğu ve Anayasa madde 90⁵ üzerinden ayrımcılık yasağı savunulabilir.

Ayrımcılık yapmamayı düzenleyen ayrımcılık yasağı uluslararası insan hakları belgelerinde önemli bir yere sahiptir. Ayrımcılık yasağı ilk uluslararası insan hakları belgesi olma özelliğini taşıyan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 2'de geçer⁶. 1950 yılında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) madde 14'de yer alan ayrımcılık yasağı, Anayasa eşitlik maddesiyle hemen hemen paralel bir tanıma sahiptir. Ancak önemli bir nokta vardır ki, AIHS madde 14'de yer alan ayrımcılık yasağı⁷ bağımsız ve mutlak olmama özelliği taşımaktadır⁸. Mutlak olmama özelliği madde 14'ün bütün farklı muameleleri yasaklamadığı, benzer durumdaki kişilerin farklı muameleye maruz kalmasına yönelik olduğunu belirtir⁹. Bağımsız olmama özelliği ise madde 14'ün yani ayrımcılık yasağının sözleşmenin başka maddeleriyle bağlantılı olmadığı sürece uygulanamayacağı anlamını taşır¹⁰. Bir başka deyişle AIHS'de yer alan başka bir hakkın ihlali ile beraber ancak dava açılabilir (bkz: Thlimmenos vs. Yunanistan Davası¹¹). Kadına yönelik ayrımcılık söz konusu olduğunda özellikle kadınlarla ilgili bir madde olmasa da AIHS madde 8 yani özel hayatın ve aile hayatının korunması maddesi ile beraber dava açmak uygun olabilir. Bunun

[5] Bu konu "Uluslararası Mekanizmaların İç Hukukta Yeri" başlığı altında incelenecektir.

[6] "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. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyuştuğu bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir."

[7] 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. (AIHS metni için bkz: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf)

[8] Dutertre, Gilles Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 2007, sf 415-418.

[9] (Dutertre, 416).

[10] (Dutertre, 415).

[11] Davada din ve inanç özgürlüğü ile vicdani ret hakkı beraberinde ayrımcılık yasağı ihlali iddia edilmiştir. Kararın Türkçe metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112598>

nedeni kadınların cinsel ve doğurganlık hakları, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini de içeren 8. maddenin erkeklerle fiili eşitliğin sağlanabilmesi için devletlerin pozitif yükümlülüğünü irdeleyen bir madde olmasıdır. Kısacası cinsiyet temelli bir ayrımcılık söz konusu olduğunda ve devlet buna karşı önlem almadığı için sözleşme maddelerinde belirtilen şekilde bir mağduriyet oluştuğunda madde 14 ayrımcılık yasağı, madde 8 ile beraber dava açılabilir.

Birleşmiş Milletler (BM) mevzuatında ise 2003 yılında Türkiye'nin taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)¹² ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (ESKHS)¹³ birden fazla maddesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı geçmektedir, ancak her iki sözleşmenin 3. maddesinde cinsiyetler arası eşitlik özellikle belirtilir¹⁴. Bunlara ek olarak, BM İnsan Hakları Komitesi'nin cinsiyetler arası eşitlik başlıklı 4 no'lu genel yorumu¹⁵, ayrımcılık yasağına ilişkin 18 no'lu genel yorumu¹⁶ ve erkek ve kadınların eşit haklara sahip olması konulu 28 no'lu genel yorumu¹⁷ da bulunmaktadır. Kadına yönelik ayrımcılık özelinde 1967 yılında BM tarafından yayınlanan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Bildirgesi¹⁸, sonradan kapsamı genişletilerek Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne¹⁹ (CEDAW) dönüştürülmüştür. CEDAW sadece ayrımcılığı yasaklamanın yeterli olmadığını belirtir. Ayrımcılığı yasaklarken ve eşitliği sağlamaya çalışırken fiili ayrımcılığın (de facto ayrımcılık), özellikle toplumsal cinsiyet kalıpları bağlamında tarihsel/yapısal ayrımcılığın ve katmerli ayrımcılığın da gözetilmesi ve bu ayrımcılıklara göre geçici önlemler alınması gerekliliği belirtilmiştir. Bu açıklamada yer

[12] Sözleşmenin ilgili maddeleri için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_medeni_ve_siyasi_haklara_iliskin_uluslarar.pdf

[13] Sözleşmenin ilgili maddeleri için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_ekonomik_sosyal_ve_kulturel_haklara_iliski.pdf

[14] "Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de yer alan bütün medeni ve siyasal haklardan erkeklerle kadınların eşit yararlanmasını güvence altına almakla yükümlüdürler" (MSHS, madde 3). "Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler" (ESKHS, madde3).

[15] 4 no'lu genel yorum için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_insan_haklari_komitesinin_4_no_lu_genel_yo.pdf

[16] 18 no'lu genel yorum için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_insan_haklari_komitesinin_18_no_lu_genel_y.pdf

[17] 28 no'lu genel yorum için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_insan_haklari_komitesinin_28_no_lu_genel_y.pdf

[18] Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Bildirgesi metni için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_ayrimciligin_onlenmesi_bildir.pdf

[19] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi metni için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_ayrimciligin_onlenmesi_bildir.pdf

alan katmerli ayrımcılık kişilerin farklı durumları çakıştığına ortaya çıkan birden fazla ayrımcılığın üst üste gelmesi durumudur. Örneğin göçmen kadınlar hem göçmen hem de kadın oldukları için katmerli ayrımcılığa maruz kalmaktadır.

Ayrımcılık Türleri:

Ayrımcılık konusunda uluslararası standartlara ne kadar uyum gösterilirse gösterilsin ayrımcılık devam ediyor, uluslararası literatürde doğrudan ayrımcılıktan dolayı ayrımcılığa doğru bir geçiş olduğunun üzerinde duruluyor. Örneğin Türkiye’de, çoğu uluslararası sözleşme ve mekanizmaya taraf bir ülke olarak ayrımcılığı önlemeye dair mevzuat özelinde çalışmalar yapılmasına rağmen (2010 Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi²⁰) fiili eşitsizliği düzeltmeye yönelik pozitif yükümlülükler uygulanmadığı için dolaylı ayrımcılık vakaları artmaktadır. Dolaylı ayrımcılık, doğrudan ayrımcılıktan daha tehlikeli ve sinsidir, çünkü fark edilmesi ve ispat edilmesi doğrudan ayrımcılığa kıyasla çok daha zordur.

Doğrudan ayrımcılık: Doğrudan ayrımcılık açıkça bir gruba yöneltilmiş olması nedeniyle o grubun ve/veya mensubunun maruz kaldığı ayrımcılık gayet belirgin bir şekilde ortaya çıkar. Örneğin, kadının gebelik yüzünden istihdamda karşılaştığı ayrımcılık, erkekler gebe kalamadığı için açıkça kadınlara yönelik bir doğrudan ayrımcılık çeşididir. Doğrudan ayrımcılık uluslararası belgelere taraf olan devletlerin iç hukukunda yer alır. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, fiili hayatta bu eşitliği sağlamak için pozitif yükümlülükler işlemediği için doğrudan ayrımcılıktan dolayı ayrımcılığa doğru bir geçiş olmaktadır.

Dolaylı ayrımcılık: Dolaylı ayrımcılık kavramı ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmış ve geliştirilmiştir. Adalet Divanı kararları, kavramın AB ülkeleri mevzuatlarına girmesinde etkili olmuştur. 1986 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz²¹ kararı dolaylı ayrımcılık kavramını şekillendiren bir içtihattir. Dolaylı ayrımcılık 1997 yılında 97/80/EC sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Direktifi’nde tanıma kavuşmuştur²². Türkiye’de cinsiyet nedeniyle dolaylı ayrımcılık İş Kanununun 5. maddesinde yasaklanmış olsa da konuya ilişkin bir yargı içtihadı bulunmamaktadır. İş Kanunu dolaylı ayrımcılığı yasaklasa da tanımına yer verme-

[20] 2010 Kadın İstihdamının Artırılması ve Fırsat Eşitliğinin Sağlanması Başbakanlık Genelgesi için bkz; http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/firsat_esitligi_genelge.pdf

[21] Davanın İngilizce metni için bkz: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0170:EN:HTML>

[22] 97/80/EC sayılı Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yükü Direktifi’nin İngilizce metni için bkz: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31997L0080&model=guichett

miştir. İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı'nda²³ dolaylı ayrımcılık tanımı 2. maddenin e fıkrasında "görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda yasaklanan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin veya topluluğun hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması" şeklinde yer almaktadır.

Dolaylı ayrımcılıkta yasal düzenleme ve uygulamalar nötrdür. Bir başka deyişle düzenlemede herhangi bir gruba yönelik ayrımcılık açıkça bulunmamaktadır, görünüşte tarafsız ve eşitlikçidir. Ancak, yasal durumun gerçek hayata yansımaları belli bir grubun ayrımcılığa maruz kaldığı ortaya çıktığında dolaylı ayrımcılık görünür hale gelir. Örneğin, bir iş ilanında cinsiyet belirtmeksizin boyu en az 1.70 olanların işe başvurabileceği ibaresi görünürde açıkça kadına yönelik bir ayrımcılığa işaret etmese bile, kadınların boy ortalamaları düşünüldüğünde bu ilanın aslında erkeklere yönelik olduğu ve kadınlara dolaylı ayrımcılık uyguladığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda dava açarken bu iş ilanı üzerinden kaç erkek ve kadın başvurucunun olduğu, bu ilan üzerinden kaç kadın kaç erkek çalışanın işe alındığı gibi sayısal veriler ispat için kullanılabilir. Dolaylı ayrımcılığın ispatını istatistiksel ve sayısal verilerle yapmak mümkündür²⁴.

Kaynakça:

Ayata, Gökçeççek; Dilek, Sevinç Eryılmaz; Oder, Emrah Bertil, Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/books_khuku.asp

Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

Gül, İdil Işıl; Karan, Ulaş Ayrımcılık Yasağı: Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi 2011 http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/source/221_sub5b.asp

Yenisey, Kubra Doğan; "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları" Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C VI, sayı 4, 2002. <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm>

[23] Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı metnine ulaşmak için bkz: http://www.icisleri.gov.tr/default.icisleri_2.aspx?id=5692

[24] Yenisey, Kubra Doğan; "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları" Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C VI, sayı 4, 2002. <http://www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm>

Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey**Madde 5**

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

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

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

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

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

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

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

4857 sayılı İş Kanununun “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan 5. maddesinde genel ayrımcılık yasağının yanı sıra, iş ilişkisinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağı da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. İş Kanununun 5. maddesinin ilk fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılması, yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yapılması,

dördüncü fıkrasında da aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret ödenmesi yasaklanmıştır.

AB yönergeleri esas alınarak hazırlanan 5.maddede cinsiyete dayalı ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı olarak iki şekilde düzenlemiştir. İşçi, işverenin farklı tutum ve davranışına sırf cinsiyeti nedeniyle maruz kalıyorsa bu doğrudan ayrımcılıktır. Örneğin, kadın olduğu için işçinin işe alınmaması, yükseltilmemesi veya hamile olduğu için işten çıkartılması doğrudan ayrımcılığa örnek olarak verilebilir. Buna karşılık işverenin görünüşte tarafsız bir tutum, ölçüt veya davranışı, sonucu itibariyle orantısız biçimde erkek veya kadın işçi gruplarından birini olumsuz etkiliyorsa dolaylı ayrımcılık söz konusudur. Örneğin işe almada erkeklerin rahatlıkla sağlayabileceği, kadınların ise sağlamanın güç olduğu koşulların belirlenmesi dolaylı ayrımcılık oluşturabilir. Gebelik ise önemi ve ülkemizdeki yaygın rastlanması nedeniyle cinsiyet yanında özel bir ayrımcılık yasağı olarak öngörülmüştür.

İş Kanununun 5. maddesi iş sözleşmesinin kurulmasında, ücrette, çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa saklamıştır. Yasa, sadece kadınları korumamakla beraber, istihdamda yaygın olarak kadınlar ayrımcılığa maruz kalmaktadır. İş ilanlarında sadece erkeklerin işe alınacağı belirtilmesi, hamile kadınların işe alınmaması, işe alınan kadın işçinin kadın olduğu için yönetici pozisyonlarına getirilmemesi, kadın işçiye daha düşük ücret ödenmesi veya hamile kaldığı için kadın işçinin işten çıkartılması çok rastlanan ayrımcılık örnekleridir.

İşverenin ayrımcı davranışı, “yapma” ya da “kaçınma” biçiminde ortaya çıkabilir. Ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerle amaçlanan sadece bu davranışlarda bulunan kişinin bu davranışından ötürü sorumluluğuna hükmetmek değil, ayrımcılık teşkil eden uygulamaların da önüne geçmektir. Bu nedenle doğrudan ayrımcılık iddialarında işlemin hukuka uygunluğunun veya hukuka aykırılığının belirlenmesinde işverenin niyeti önemli değildir. İşverenin bir davranışının ayrımcılık olarak nitelendirilmesi için işverenin ayrımcılık yapma niyeti veya saiki aranmaz. Önemli olan ayrımcılık teşkil eden davranışın mağdur üzerindeki etkilerini incelemektir, yoksa failin tutum ve davranışlarını değerlendirmek değil.

Ayrımcılık davalarında yaşanan en önemli güçlüklerden biri ispattır. İş Kanununun 5. maddesinin son fıkrası uyarınca ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçi iddiasını ispat etmekte yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekte yükümlü olur. Ayrımcılığın tespiti için işçinin çalışma koşullarının, aynı veya benzer işi üstlenen karşı cinse mensup bir işçinin çalışma koşulları ile karşılaştırılması esastır. İşyerinde aynı veya benzer

koşullarda çalışan erkek bir işçinin bulunmaması halinde, o işkolunda çalışan işçilerden aynı veya benzer işi yapan karşı cinse mensup bir grup esas alınabilir. Yine, işçinin “kadın olmasaydım ayrımcılık teşkil eden davranışla karşı karşıya kalmazdım” biçimindeki iddiası da değerlendirmeye alınmalıdır. Ancak bu tip bir iddianın başarılı olabilmesi için İş Kanunu madde 5 son fıkrası uyarınca ihlalin varlığı ihtimalini ortaya koymanın şart olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Ayrımcılık ihtimalinin varlığının güçlü bir biçimde ortaya konmasında sendikal nedenle ayrımcılık davalarında kullanılan istatistik ve kronolojik yöntemden faydalanılabilir. Yargıtay sendikal nedenle ayrımcılık davalarında işyerinde kaç işçinin çalıştığı, kaçının hangi tarihlerde sendikaya üye olduğu, bu üyelikten çekilenlerin olup olmadığı, işyerinden çıkarılan işçi sayısı ve çıkarıldıkları tarihler, iş sözleşmesi feshedilen işçinin kaçının sendikalı olduğu, aynı dönemde yeni işçi alınıp alınmadığı, alınmışsa hangi iş için alındıkları ve işyerinde çalışan sendika üyesi işçi olup olmadığı hususlarını incelemektedir. Bu çerçevede ele alınırsa kadın işçinin hamile kalmadan önceki iyi performansları, hamileliğin ortaya çıkışı ile işten çıkartılışı arasında geçen zaman süresi, işyerinde hamile işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı gibi hususlar ayrımcılık ihtimalinin güçlü biçimde ortaya konmasına yardımcı olabilir. İstatistiksel veriler de özellikle dolaylı ayrımcılık iddialarının ispatlanmasında yararlanılacak verilerdir. Ancak istatistiklerin azlığı nedeniyle, ülkemiz açısından ciddi uygulama güçlükleri barındırmaktadır. Kayıtlı ekonomide dahi sektörlere ilişkin düzenli ve bu tip davalarda kullanılacak ayrıntıda verilerin bulunduğundan bahsedebilmek güçtür.

Ayrımcılık ihtimalinin ortaya konmasında karşılaşılan bir diğer zorluk işçinin kendi aleyhine ayrımcılık yapıldığını, örneğin ücretinin erkek işçilere göre daha düşük olduğunu ispat için gerekli bilgi ve belgelere sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Özellikle dolaylı ayrımcılık davalarında, örneğin kadın işçilerin çoğunlukta bulunduğu işlerde daha düşük ücret ödendiği iddiasına karşı işçinin, hem benzer nitelikteki işlerde çalışan kadın ve erkek işçi sayısına, hem de bunların ücretlerinin ne olduğu bilgisine ihtiyacı vardır. Bu tip bilgilere ise işçinin ulaşabilmesi hiç kolay değildir. Bu açıdan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 219 ve 220. maddeleri işverenden bu nitelikteki bilgilerin istenmesinde yardımcı olabilir. HMK madde. 219'un 1. fıkrası uyarınca, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Yine HMK madde 220'nin 3. fıkrası uyarınca belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul eder. Dolayısıyla, örneğin ücrette ayrımcılığın varlığı

ihtimalinin ortaya konmasında, işçi tarafı işverenin elinde bulunan ücret bordrolarının ibrazını bu hüküm uyarınca talep edebilir ve bu belgelerin sunulmaması belgenin içeriği konusunda işçi tarafının iddialarının kabulü sonucu yaratabilir.

İşveren iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayırım yasağını ihlal ederse veya sözleşmeyi feshederse, işçi dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ve mahrum bırakıldığı haklarını talep edebilir. Kanun, iş ilişkisinde ve işe son vermede ayrımcılık tazminatına hak kazanılacağını belirtmiş, işe almada ayrımcılığa dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. İşe almada ayrımcılık halinde talep edilebilecek tazminat konusunda tartışmalar devam etmektedir. Ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi için işçinin bir zarara uğramış olması gerekmez. Öte yandan tazminat yanısıra işçinin ayrımcılık nedeniyle mahrum kaldığı diğer menfaatlerini örneğin ücret farklarını talep edebilmesi de mümkündür.

Kadın olduğu için veya hamileliği nedeniyle işten çıkartılan kadın işçi iş güvenesinden yararlanıyorsa, feshin İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrası uyarınca geçersizliğini ve işe iadesini talep edebilir. Öte yandan iş ilişkisi devam ederken ayırımı işlemlere muhatap kalan işçi İş Kanununun 24/II, f hükmü uyarınca "çalışma şartlarının uygulanmaması" hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir ve bir yıllık kıdemini tamamlamışsa kıdem tazminatına hak kazanır.

İş Kanununda ayrımcılık halinde yalnızca tazminat getirmekle yetinilmemiş, ayrıca 5. maddede belirtilen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her bir işçi için idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi uyarınca "kişiler arasında dil ırk, renk, cinsiyet, özürllük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."



Okuma önerileri:

- Kübra Doğan Yenisey : "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal-İSGHD, 7, 2005, s. 973-1003
- Kübra Doğan Yenisey : "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", Çalışma ve Toplum Der., 11, 2006, s. 63-81.
- Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

5 Sorunlu Mevzuat ve Uygulamalar

Ceylan Begüm Yıldız

İş yaşamında kadına uygulanan ayrımcılığın denklemi kadınlara diğer konularda uygulanan ayrımcılıkla aynıdır. Bir başka deyişle, kadının çalışması önündeki engeller ve kadının çalışırken haklarının ihlal edilmesi sistematik bir kadın erkek eşitsizliğinin yansımalarından biridir. Kadınlar hem istihdama katılmak istediklerinde hem de yasal ve yasal olmayan şekilde istihdam içinde yer aldıklarında farklı ayrımcılıklara maruz kalmaktadırlar. Bu ayrımcılıklar toplumsal normların yanı sıra, yasalar yoluyla devlet eliyle de pekişmektedir. Oysa CEDAW'ın ve kadın hareketinin özellikle belirttiği gibi gerçekten eşitliğin sağlanabilmesi için yasal mevzuatın bütününe yayılmış bir fırsat eşitliği perspektifi geliştirilmeli ve gerekli geçici önlemler alınmalıdır. Bu nedenle, yasalarda var olan eksikliklerin ve ayrımcılıkların eşitliğin gerçekte var olabilmesi için değişmesi büyük önem taşımaktadır.

Aşağıda kadının istihdama katılması ya da istihdamda bulunmasına yönelik Türkiye mevzuatında bulunan bazı temel durumları ele aldık. Kısaca gördük ki istihdam alanında kadına yönelik ayrımcılık konusunda yer yer olumlu düzenlemeler olsa da, eksiklikleri olan ve köklü değişim gerektiren bir yasal mevzuat bulunmaktadır. Neredeyse tüm Türkiye yasal mevzuatının kadın erkek fırsat eşitliği ve ayrımcılık yasağı perspektifiyle tekrar elden geçirilmesi elzemdir. Yasal çerçevedeki kritik durum, kadınların istihdamdaki durumuna ilişkin birlikte, çok yönlü bir çalışmanın acilen yapılmasının önemine de dikkat çekiyor.

4857 Sayılı İş Kanunu:

Kadının istihdamdaki durumuna yönelik en önemli düzenlemelerden biri İş Kanunu madde 5'de bulunan eşit davranma ilkesidir. Ancak özellikle kadınların ayrımcılığa uğramaması amacını taşımasına rağmen hala geliştirilmesi gereken yönleri mevcuttur.



“İş ilanında belirtilen özelliklere sahip olsam bile trans kadın olduğum için işe alınmıyorum”.

“Cinsel yönelimim öğrenildikten sonra işten çıkarıldım”.

İş Kanunu madde 5'de “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz” ifadesi yer

almaktadır. Anayasa 10. madde'ye uyumlu olarak “ve benzeri” ifadesi kullanılmıştır. Kapsamın geniş tutulabilmesi ve güncelliğini koruması için böyle bir ifadeye yer verildiği anlaşılmaktadır. Ancak ayrımcılık yasağı ve eşitlik başlığı altında da belirtildiği üzere, özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gibi düzenlemelerde bu şekildeki muğlak ifadeler, pratikte toplum tarafından ayrımcılığa uğrayan kesimlerin kapsam dışı kalmasına yol açabilmektedir. Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği “ve benzeri” ifadesi altında düşünülmesi gereken ancak açıkça ifade edilmediği için uygulamada kapsamın dışında tutulan ifadelerdir. Kadın odaklı bakacak olursak bir kadının cinsiyet kimliği yüzünden işe alınmaması ya da cinsel yönelimi öğrenildikten sonra işten çıkarılması durumlarında hakkını arayamaması söz konusudur.



“İş için aranan tüm özelliklere sahip olsam bile erkek çalışan aradıklarını yazdıkları için ilana başvuramıyorum”.

“İş görüşmesinde hamile olduğumu öğrenince beni işe almadılar”.

“İş görüşmesinde medeni halimi ve hamile olup olmadığımı sordular”.

İş Kanunu madde 5 “iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” der. “iş sözleşmesinin yapılmasında” ifadesiyle işe alımlar da kapsanmış olsa da, ne yazık ki hem doktrinde hem de kararlarda böyle şekilde yorumlanmamaktadır. Buna ek olarak, yine madde 5’de yer alan “biyolojik ve işin niteliği zorunlu kılmadıkça” ibaresinin işverene açık bir kapı bırakmamasından endişe duyulmaktadır.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu²⁵:



“Eniştem bir fabrikayla anlaştı, ailenin tüm kadınları evde havlulara dantel dikiyoruz. Bize parça başına 25 kuruş veriyor. Sağlık sigorta mız da yok”.

6. Bölümde yer alan Hizmet Sözleşmesi başlığı altındaki 1. Ayrım; Genel Hizmet Sözleşmesi, işverenin işçiye olan borçları ve işçinin işverene olan borçla-

[25] <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm>

rına dair düzenlemeleri içeren önemli bir düzenlemedir. Ancak 3. Ayrım altında düzenlenen Evde Hizmet Sözleşmesi, özellikle üzerinde durulması gereken bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Evde Hizmet Sözleşmesi madde 461'de tanımlanmaktadır;



MADDE 461

Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.

Burada üzerinde durulması gereken sorun sadece işveren ile anlaşan kişinin işçi statüsünde olmasıdır. Bu şekilde ailece yapılan üretimdeki sorun kadın ve çocukların üretimi yapan durumunda olmasına rağmen işçi statüsünde olmamaları dolayısıyla ne işçi haklarından, ne de sosyal güvenlikten yararlanıyor olmalarıdır. Görünürde kadına yönelik ayrımcılık yokmuş gibi görünse de kalıplaşmış cinsiyet rolleri düşünüldüğünde hayattaki yansıması, kadına erkekle eşit fırsat sunmayan ve hatta kadını erkeğe bağımlı, güvencesiz çalışmaya zorlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkar. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hakkında yukarıda bahsedilenlerle bağdaştıracak olursak, yasal eşitlik tek başına eşitlik yaratmaz ve ayrımcılığı ortadan kaldırmaz. Bu yasal çerçeve içinde işçi statüsünde olan ve işçi statüsünde olmayanların cinsiyet üzerinden bir istatistiğinin çıkarılması bu düzenlemede kadına yönelik dolaylı ayrımcılığı açıkça gözler önüne serecektir.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu²⁶:



“Eşim avukat. Kendi bürosu var. Bende ona sekreterlik yapıyorum. Bunun için ücret almıyorum, sosyal güvencem de yok. O kadar sene çalıştım ama emekliliğim de olmayacak. Ya birgün eşimden ayrılmaya karar verirsem?”.

Kısaca SGK olarak adlandıracağımız Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kadınların daha çok etkilendiği temel bir sorun içermektedir. Bizce

[26] <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/27054.html>

sosyal güvenlik ücretli ücretsiz, çalışan çalışmayan herkesin sahip olması, faydalanabilmesi gereken bir haktır. Ancak Türkiye’de sosyal güvenlik ücretli çalışma temelli bir düzenlemeye sahiptir. Madde 6’da Sigortalı Sayılmayanlar başlığı altında yer alan bir durum özellikle kadınları etkilemektedir.



MADDE 6

Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında;

a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi,

Yukarıda bahsi geçen Borçlar Kanunu’ndaki soruna benzer bir sorun burada da bulunmaktadır. Ücretsiz çalışan eş durumunda olanlar zaten toplumsal cinsiyet kalıpları ve buna bağlı olarak istihdamda karşılaşılan ayrımcılık nedeniyle kadınlardır. Düzenlemede açıkça kadına yönelik ayrımcılık bulunmasa da, kadın erkek fırsat eşitliği perspektifinden bakacak olursak kadına yönelik ayrımcılık içermektedir. Yine bu durumda çalışan kişilerin cinsiyet temelli istatistiğini çıkarmak yasal düzenlemenin yetersiz kaldığı kadına yönelik ayrımcılığı gözler önüne serecektir.

Görülmektedir ki, kadının istihdamda yaşadığı ayrımcılığın önüne geçmek için İş Kanunu’nda var olan eşitlik maddesi yeterli değildir. İstihdam ile bağlantılı tüm yasal düzenlemeler kadın erkek fırsat eşitliği ve ayrımcılık bağlamında tekrar düzenlenmelidir. Bu kitapçıkta bahsettiğimiz ayrımcılığı önlemekte yetersiz kalan yasal düzenlemelerin yanı sıra memurlara dair yönetmeliklerde yer alan ‘ıffet’ kavramı gibi daha spesifik alanlarda da kadına yönelik ayrımcılık yer almaktadır. Hem yasal mevzuatta hem de uygulamasında kadına yönelik ayrımcılık çok çeşitli şekillerdedir ve çok yaygındır. Sadece bireysel davaları ele alırken bile bu ayrımcılıkların farkında olmak ve mahkemelerce kabul görmese bile dile getirmek algıların değişmesinde önemli etki yaratacaktır.



Okuma önerileri:

- Bakırcı, Kadriye; “Türkiye’de Kadın Emeği ve İstihdamı İle İlgili Varolan Yasaların Değerlendirilmesi” Kadın Emeği ve İstihdamı Toplantısı Raporu, KEİG, 2007.
- Durusoy-Öztepe, Nagihan; “Atölyeye Dönüşen Evler: Denizli Tekstil Sektöründe Ev Eksenli Çalışma” Ankara, 2013.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)²⁷

Zeynep Kıvılcım ve Ceylan Begüm Yıldız

Genellikle kadınlar için uluslararası haklar bildirgesi olarak anılan Sözleşme 1979'da imzaya açılmış, 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye 187 devlet taraftır. Seçmeli Protokol²⁸ Aralık 2000'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol'e 2003 yılında taraf olmuştur. Türkiye Hükümeti CEDAW Sözleşmesi'ne taraf olunca, 15., 16. ve 29. maddelere çekince koymuş, 15. ve 16. maddelere koyulan çekinceler 1999 yılında yeni Medeni Yasa'nın kabulünden sonra kaldırmıştır. Madde 29'a koyduğu çekince halen yürürlüktedir. (Madde 29 taraf devletler arasında Sözleşme'nin yorum ve uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde hakem kurulu ve Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkisinin kabul edilmesine ilişkindir).

CEDAW'da Yatay ve Dikey Sorumluluk:

Devletin kadınlara karşı ayrımcılık yapılmamasını sağlama yükümlülüğü. CEDAW madde 2'de belirtilmiştir. CEDAW'da hem devlet-birey ilişkisi, hem de birey-birey ilişkisi yer alır. Özel kişi ve kuruluşlar tarafından ayrımcılık yapılmasını engellemek, yapılmış ise sorumluları kovuşturmak, cezalandırmak, mağduru zararını tazmin edilmesini sağlamak yönünde devletin yükümlülüğü söz konusudur.

CEDAW İlgili Maddeleri:

CEDAW'ın 1. maddesinde yer alan ayrımcılık tanımı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AIHS) nazaran daha kapsamlıdır. Bu maddeye göre sadece yasalar önünde eşitliğin var olması, ayrımcılığın yasaklanması açısından yeterli değildir. Eşitlikten yararlanmayı etkileyen kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rolleri gibi faktörlerin varlığı da ayrımcılığa işaret etmektedir.



MADDE 1: İşbu Sözleşme'ye göre Kadınlara karşı ayırım deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir.

[27] Sözleşmenin İngilizce metni için: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm> Sözleşmenin Türkçe metni için: http://www.unicef.org/turkey/cedaw/_gi18.html

[28] İhtiyari Protokolün Türkçe metni için bkz: http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_cedaw_ihtiyari_protokol.pdf İhtiyari Protokolün İngilizce metni için bkz: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm>

Sözleşme hükmü 2. maddede taraf devletlere, kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için genel yükümlülük öngörmektedir:



Kadın ve erkek eşitliği prensibinin hukuk sistemlerine yerleştirilmesi, ayrımcılığa neden olan bütün yasaların kaldırılması ve kadınlara karşı ayrımcılığı yasaklayan yasaların kabul edilmesi; Kadınları ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korumak amacıyla kurullar ve kamu kurumları kurmak ve kişiler, kurumlar ve şirketler tarafından kadınlara karşı ayrımcılık olarak sayılacak bütün eylemlerinin kaldırılmasını sağlamak.

2. maddeye uyumlu olarak 4. madde ile kadınların kendilerine ait tüm insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanabilmesi için Sözleşmeye taraf devletler, geçici özel önlemler dâhil, tüm uygun tedbirlerin alınması konusunda vatandaşlarına karşı yükümlülük üstlenirler. CEDAW madde 5 kalıplaşmış toplumsal cinsiyet rollerine ve ön yargılara dair taraf devletlerin sorumluluğuna işaret eder. Kadının haklarını kullanmasına etki eden bu algıların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, taraf devletlere gerekli önlemleri alması yükümlülüğünü getirir.



MADDE 5

Taraf Devletler aşağıdaki bütün uygun önlemleri alacaklardır:

- a-** Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıları, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek,
- b-** Anneliğin sosyal bir görev olarak anlaşılmasını ve çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören ve her halükârda çocukların menfaatlerini her şeyden önce gözeten anlayışa dayanan bir aile eğitimini sağlamak.

CEDAW sözleşmesi madde 11, kadının istihdamda yaşadığı ayrımcılığa ilişkin bir maddedir. Taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın-erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için, özellikle hükümde belirtilen konularda bütün uygun önlemleri alacaklardır:



MADDE 11

1- Taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayırımı 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 kriterleri uygulanması da dahil, 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 dahil mesleki eğitim ve mükerrer eğitim görme hakkı,
- d-** Sosyal yardımlar dahil eşit ücret hakkı, eşdeğerdeki işde eşit muamele ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı,
- e-** Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik, hastalık, sakatlık ve yaşlılık ve diğer çalışmama hallerinde sosyal güvenlik hakkı,
- f-** Emniyetli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu meyanda doğurganlığın korunması hakkı.

2. Evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı olan ayırımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, taraf devletler [Taraf Devletler] uygun önlemleri alacaklardır.

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

3. Bu maddede yer alan konulara ilişkin koruyucu yasalar bilimsel ve teknik bilgi ışığı altında devrevi olarak yeniden gözden geçirilecek ve gerekirse tadil, ilga veya temdid edilecektir.

Komite'nin Konu ile ilgili Genel Tavsiyeleri

- Genel Tavsiye No.13 (1989): Eşit Değerde İşe Eşit Ücret
- Genel Tavsiye No.16 (1991): Kentsel ve Kırsal Kesimdeki Aile İşletmelerinde Ücretsiz Çalışan Kadınlar
- Genel Tavsiye No.17 (1991): Kadınların ücretsiz ev içi çalışmalarının ölçülmesi ve dikkate alınması



Okuma önerileri:

- Gülay Arslan, “BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme”, İÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXII, Sayı: 1-2, 2004, s.3-43.
- CEDAW/C/2010/46/3/Add.4 Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşmenin 21 ve 22. Maddelerinin Uygulanmasına Dair Raporu, 46. Oturum, Mayıs 11, 2010.

Çalışma Hayatında Kadına Yönelik Ayrımcılık ve Adalete Ulaşım

Av. Habibe Yılmaz Kayar

Çalışma hayatındaki kadınların kadın olmaktan kaynaklanan ayrımcılıklara uğramaları karşısında ihlalin tanınması, tespiti ve yaptırımlanması, için öncelikli kadınların adalete ulaşımaları mümkün olmalıdır.

Adalete ulaşma, tüm süreçlerde bir avukat desteğinden yararlanmayı da içerir. Ülkemizde mali durumu uygun olmayanlar için Barolar adli yardım ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kapsamında avukatlık desteği vermektedir.

Suç Duyurusu ve Ceza Davasına Katılma:

Çalışma hayatına ilişkin ayrımcılık aynı zamanda suç olarak da TCK da yer almaktadır. Ayrımcılığa uğrayan ve TCK kapsamında suç duyurusunda bulunmak isteyenler karakola veya savcılığa başvurabilirler ve kendilerine barodan bir avukat atanmasını isteyebilirler. Bu talep karşısında kolluk veya savcılık baroyu arar ve bir avukat gelerek mağdura hukuki yardımda bulunur ve şikâyeti avukat eşliğinde kayda geçer.

Şikâyet sonrasında eğer ceza davası açılacak olur ise, yine bu aşamada da mahkemeye verilecek dilekçe ile barodan avukat atanması gerçekleştirilir. Böylece mağdur, davaya katılma talebinde bulunabilir ve bir kez beyanda bulunduktan sonra duruşmalara gitmeksizin avukatı aracılığı ile davayı takip edebilir.

Hukuk Davaları ve Adli Yardım Sistemi:

Hak ihlaline uğrayanlar mali durumlarının elverişsizliğini/yoksulluğunu kanıtlayarak baro adli yardım sistemine başvurabilir ve kendilerine ücret ödemeyeceği bir avukat atanmasını isteyebilir.

Adli yardımdan yararlanmak için muhtarlıktan alınacak fakirlik ve ikametgâh belgesi ile nüfus kaydı fotokopisi temin edildikten sonra baro adli yardım servisi aranmalı ve randevu alınmalıdır.

Randevuda hem hukuki sorun hem de adli yardım koşulları görüşme konusu yapılacaktır. Elde edilen bilgi ve belgelere göre yönetim kurulu karar verecek ve koşulları uygunsa bir avukat atanacaktır.

Atanan avukat başvurusundan bir vekâlet ücreti almayacaktır.

Yargılama Giderleri ve Adli Yardım:

Açılacak hukuk davasında gider avansı olarak peşin ödeme ve yargılama ko-

nusunun değeri bakımından da maktu/nispi olmak üzere harç alınmaktadır.

Başvurucu bu ödemeleri yapamayacak durumda ise dava harç ve yargılama giderleri bakımından adli yardım talepli olarak açılabilir. Bu durumda mahkemece adli yardım kararı verilen konuda başvuru ödeme yapmayacaktır.

Adaletle Ulaşım ve Sık Rastlanan Sorunlar:

1- Malı durumu elverişli olmayanlar baroların adli yardım sisteminin varlığından haberdar olmayabilir ve yasa yollarına başvurmadan sayabilir.

2- Barolar bazen atama yapmak için mutlak yoksulluk kriteri aramaktadır. Örneğin asgari ücretle çalışan biri geliri olduğu gerekçesi ile yoksul sayılmamakta böylece adli yardım sisteminden başvuru yararlandırılmamaktadır.

3- Baroda ilk kabul yapan avukat ayrımcılık konusunda özel eğitimden geçmemiş ise ihlal tanınmayabilir ve hukuki yarar görünmez hale gelebilir. Bu nedenle her ayrımcılık alanında ihtisaslaşmış birimlerin barolarda oluşması gereklidir ve halen bu durum yetersizliklerle devam etmektedir.

4- Adli yardımdan atanan avukat ayrımcılık konusunda uzmanlaşmamış olabilir bu durum yargılama süreçlerini olumsuz etkilemektedir.

5- Mahkemelerce adli yardım kararı alınmasında güçlükler yaşanmaktadır.

Geçici Çözüm Öneresi:

Ayrımcılık konusunda çalışma yapan STK'lar ayrımcılığın görünür hale gelmesi için projeler yürütebilir. Proje fonu aracılığı ile tüm aşamalardaki masrafların karşılanması proje kapsamında özel olarak eğitimden geçmiş avukatlarla çalışmak başvuru sahiplerini adaletle ulaşma konusunda cesaretlendirecektir.

Uzun vadede ise baroların adli yardım servislerinin ihtisaslaşması ve dezavantajlı gruplara yönelik özel çalışma yöntemleri geliştirmesi adaletle ulaşımındaki engelleri azaltıcı etki yaratacaktır.

8 Örnek Davalar ile Yargıtay Kararları

Av. İnciser Alptekin

48 57 sayılı İş Yasası 5. maddesi eşit davranma ilkesini hükümleşmiştir. Uygulamada kadın işçiler çalışma koşullarında, işe alınmalarında iş akdinin sona ermesinde ayrımcılık yönünden ciddi boyutlarda sorunlar yaşamaktadır. Bu noktalarda uygulamadaki örnek davaları ve Yargıtay kararlarını ele aldığımızda:

O.B. davası:

Davacı O.B. Fatih Belediyesi'nde yazı işlerinde 22 yıl çalışmıştır. Eminönü Belediyesi yasa gereğince Fatih Belediyesi'ne devredilince Fatih Belediyesi'nde çalışmaya devam etmiştir. Davacı, yazı işlerinde çalışmıştır. Bilgisayar kullanabilmektedir. Fatih Belediyesi, davacıyı emekli olmaya zorlamış, işçi emekli olmayınca görev değişikliği ve mobing uygulamış, yazı ile temizlik, paspas, çay, yemek servisi ve bulaşık işinde görevlendirmiştir. Davacı, İş Kanunu 22. maddeye göre iş şartlarında esaslı tarzdaki değişikliği kabul etmemiş, her gün işine gitmiş, işbaşı bulmuş. Fatih Belediyesi de verilen görevi yapmadığı gerekçesi ile iş akdini tazminatsız olarak 25. madde 2/g-h'ye göre feshetmiştir. Davacı 22 yıllık işçidir. Ancak, işe iade davası Yerel Mahkemece haklı fesih gerekçesi ile reddedilmiş, Yargıtay'a yapılan temyiz itirazları dikkate alınmamış ve mahkeme kararı onanmıştır. Bu kararla kadın işçi 22 yıllık kıdem ve ihbar tazminat hakkını kaybetmiştir. Kadın işçi vasıflı çalışan olduğu halde esaslı iş değişikliği ile haksız olarak temizlik, paspas hizmetine verilmek istenmiştir.

F.S. davası²⁹:

O.B. davasına benzer, ancak farklı mahkeme ve Yargıtay kararının olduğu bir davadır. Davacı F.S.'de Küçükçekmece Belediyesi'nde çalışırken yasa gereğince Başakşehir Belediyesi'nde görevlendirilmiştir. Davacı üniversite mezunu ve yazı işlerinde bilgisayar kullanarak çalışmıştır. Başakşehir Belediyesi'nde çalışmaya başladığında, arazide çöp toplama işinde görevlendirilmiştir. Davacı, iş şartlarında esaslı değişiklik gerekçesi ile çöp toplama görevini kabul etmemiştir. Şahitler, büroda çalışan kadın işçilerin Belediye tarafından arazide çöp toplama işine verildiğini, işten atılmamak için bu işe devam eden kadın işçilerin arazide sıkıntılarla karşılaştıklarını, tek başlarına tacizlere muhatap olduklarını tuvalet sıkıntısı çektikleri beyan etmiştir. Mahkeme davacının işe iadesine karar vermiştir. İşe iade kararı Yargıtay'dan onandığında, işe başlama başvurusu yapılmış, ancak, Belediye işe başlatmamıştır. Bu nedenle de karar gereğince 4 aylık ücret

[29] Yargıtay 22. HD, Esas no: 2011/13966, Karar no:2012/7298

ve 7 aylık iş güvencesi tazminat alacağı davası açılmıştır.

F.A. davası:

Davacı, apartmanda kapıcı olarak 7 yıl sigortasız çalıştırılmıştır. Davacı sigortasız çalıştırılmak nedeniyle SGK'ya başvurmuş, SGK müfettişi işyerine gelerek çalıştığını tespit etmiştir. Daha sonra apartman yönetimi davacıyı işten çıkarmıştır. Davacıya sigorta yapılmadığı gibi, ücretleri ödenmemiş, yıllık izinleri verilmemiştir. Dava, ihbar, kıdem tazminatı, ücret, izin ücreti fazla mesai, tatil ücretleri talep edilerek açılmış ve karar taleplerimiz doğrultusunda verilmiştir.

Z.Y. davası³⁰:

Davacı Bakırköy'deki apartmanda 11 yıl çalışmış, ücretleri asgari ücret altında ödenmiş, temizlik, servis, kömür kalorifer yakmış, çöp toplamıştır. Bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırılmış, ücreti ödenmemiştir. Dava 2004 yılında açılmıştır. 2008 yılında karar verilmiş, ihbar, kıdem, izin ücret alacaklarına hükmedilmiştir. Yargıtay kapıcının tam süreli çalışmadığını, bu nedenle de yeniden yargılama yapılarak, şahitlerin yeniden dinlenmesi ve kısmi çalışma süresinin tespitine karar vermiştir.

H.K. - H.G. - K.M. - F.Y. davası³¹:

Davacılar Alman Hastanesi'nde santral bölümünde çalışan işçilerdir. Çalışma koşulları ağır buna karşılık ücretleri çok düşüktür. Günde 12 saat ve haftada 6 gün çalışmaktadırlar. Bir arkadaşlarının doğum gününde pasta kesip, yemişler 5 dakika şarkı söyleyip kendi aralarında eğlenmişler. Bu sırada bir arkadaşları cep telefonu ile çekim yapmış. Daha sonra bu çekim sahneleri işveren yetkililerine gösterilmiş ve işveren 4 işçiyi tazminatsız işten çıkarmıştır. Çekilen görüntüler hastanede yayınlanmış, davacılar rencide edilmiştir. İşe iade davası açılarak, Tanıklar dinlenmiş, iş akitlerinin haksız ve geçersiz feshedilmesi nedeniyle işe iadelerine karar verilmiştir. Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiş, işe iade başvurusu yapılmıştır. Ancak işveren işe başlatmamıştır. Kıdem, ihbar ve iş güvencesi tazminat davaları açılmıştır.

N.D. - S.Ö. - N.Ç. davası³²:

Davacılar Ataşehir Belediyesi'nde çalışırken iş akitleri norm kadro nedeniyle feshedilmiştir. N.D. işyeri sendika temsilcisidir. Mahkeme feshin geçersizliğine, feshin son çare ilkesine uygun yapılmadığına dair karar vermiştir. Davacıların işe iadesine karar verilmiştir. Kararlar Yargıtay'dan onanarak kesinleşmiştir. İşe

[30] Yargıtay 9. HD, Esas no:2008/35513, Karar no:2010/26698

[31] Yargıtay 9. HD, Esas no: 2009/18377, Karar no: 2010/10115

[32] Yargıtay 22. HD, Esas no:2011/16900, Karar no:2012/10033

iade başvuruları işverence kabul edilmemiş ve tazminatları ödenmiştir.

S.A. davası:

Davacı 30 daireli apartmanda kapıcı olarak 2003 yılında göreve başlamıştır. 5 yıl sigortasız olarak çalıştırılmıştır. Asgari ücretin altında ücret ödenmiştir. Kat malikleri tarafından hakaret ve baskı yapılmış, Zaman gazetesine abone olması için baskı uygulanmıştır. Genel-İş Sendikasına üye olmuştur. Sendika işverene üyesi için uyarı yazısı yazmıştır. İşveren yönetimi, davacının işine baskı ve tehdit sonucunda haksız olarak son vermiştir. Bakırköy 6. İş Mahkemesinde ihbar kıdem tazminatları, yıllık izin ücreti, ücret alacağına ilişkin dava açılmıştır. Dava devam etmektedir.

G.K. davası:

Davacı 20 daireli apartmanda 1997 yılında işe girmiş, apartman yönetimi davacıyı 15 yıl sigortasız çalıştırmış, temizlik, servis, çöp hizmetlerini yaptırmış, ayrıca kapıda bekçi olarak çalıştırmıştır. Ücretini asgari ücretin ¼'ü kadar harçlık gibi ödemiştir. 15 yıllık sigortasız çalıştırılma nedeniyle hizmet tespit davası açılmıştır.

Y. 9. H.D. 23.06.2008 gün 2007/41015 E. 2008/17093 k sayılı kararı:

“İşveren cinsiyet ve doğum nedeniyle farklı işlem yapamaz.” Davacı işçi, doğum yaptıktan sonra doğum ve süt izni, 6 ay ücretsiz iznini kullanmış, yönetici pozisyonunda çalışmakta iken alt bir göreve verilmek isteniyor, bu durumu kabullenmiyor. Kararda “Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını, davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama, uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir.” gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmiştir.

9

CEDAW Komitesi RKB v. Türkiye Kararı³³

Birleşmiş Milletler CEDAW/C/51/D/28/2010³⁴

Esasın değerlendirilmesi

■ **8.1** Komite, Seçmeli Protokol madde 7, paragraf 1'de düzenlendiği üzere, bu başvuruyu, başvuru ve taraf Devletçe kendisine sunulan tüm bilgiler ışığında değerlendirmiştir.

■ **8.2** Taraf Devletin, Sözleşme madde 2, paragraf (a) ve (c)'de düzenlenen kadınların herhangi bir ayrımcılık eylemine karşı yasalar ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla etkili korunmasını sağlama yükümlülüğünün ihlali iddiası bakımından Komite, taraf Devletin, başvuruçunun herhangi bir yasal eksikliğin varlığını iddia etmediği olgusunun altını çizdiğini ve 1990'ların sonlarından itibaren kadın hakları ve toplumsal cinsiyet eşitliği konusunda önemli yasaları uygulamaya koyduğunu ve Sözleşme madde 2'nin 2004 yılında Anayasa madde 10'a dâhil edildiğini belirttiğini not etmektedir. Taraf Devlet ayrıca, sadece toplumsal cinsiyet ayrımcılığının yasaklanması yükümlülüğünü yerine getirmekle kalmadığını aynı zamanda kadınların ve erkeklerin eşit haklara ve bunları kullanabilmeleri için araçlara sahip olmaları için gerekli tüm önlemleri aldıklarını ve siyasetleri kabul ettiklerini ileri sürmüştür.

■ **8.3** Bu başvuruda Komite, Kocaeli 3. İş Mahkemesi önündeki yargılama işlemlerinde işverenin başvuruçunun işten çıkarılmasını meşrulaştırmak için dava cevap dilekçesinde ve iş sözleşmesinin feshi bildiriminde ileri sürdüğü temel argümanın, "iş yerindeki karşı cinsiyetten kişilerle görünüşte cinsel amaçlı ilişki yaşadığını gözler önüne sererek dedikodulara yol açtığı" iddiası olduğunu not etmektedir. Kuaför dükkânının yöneticisi Bay M.A. da, başvuruçunun yöneticilerden biri olan Bay D.U. ile bir ilişkiye girdiği ve bu ilişkinin başvuruçunun çalışmasını etkilediği, söz konusu ilişkinin her ikisinin de bekâr olduğu dönemde başladığı ve başkalarıyla evlendikten sonra da devam ettiği yönünde tanıklık etmiştir. Diğer taraftan, tanıklar, başvuruçunun ahlaki bütünlüğü, kuaför dükkânındaki evli erkelerin büyük çoğunluğunun evlilik dışı ilişkisi olduğu ve başvuruçunun sık sık bu tür ilişkileri onaylamadığı ve bunlardan öğrendiğini ifade ettiği yönünde ifade vermiştir. Komite, başvuruçunun ulusal mahkemeler önünde, işverenin, cinsiyet

[33] Metnin sadece Komite'nin görüşlerini sunduğu kısmı alınmıştır. RKB v. Türkiye kararını Türkçe'ye kazandıran Dr. Gülay Arslan Öncü tarafından 9 Aralık 2012 tarihinde söz konusu kararın analizi gerçekleştirilmiştir.

[34] Bu çeviri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Dr. Gülay Arslan Öncü tarafından Raoul Wallenberg İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Enstitüsü için yapılmıştır.

farkı gözeten bir savunma yapmasının İş Kanunu madde 5'teki eşit davranma ilkesini ihlal ettiğini ileri sürdüğünü de not etmektedir. Bu bağlamda Komite, İş Kanunu madde 5'e göre şayet işçi eşit davranma ilkesininin ihlali ihtimalini güçlü bir şekilde gösteriyor ise, böyle bir ihlalin gerçekleşmediğini ispat yükünün işverende olduğunu gözlemlemektedir.

■ **8.4** Komite, önündeki vakaların olgularının ve delillerinin değerlendirilmesinin taraf Devlet mahkemelerine düştüğünü kabul etmekte ve delilleri inceledikten sonra bu vakada Kocaeli 3. İş Mahkemesi'nin, başvurunun işine son verilmesini haksız ve hukuka aykırı bulduğunu ve başvurucuya kıdem tazminatı ödenmesine karar verdiğini not etmektedir. Komite ayrıca, söz konusu mahkemenin, başvuru "kadın" olduğu için işten çıkarıldığının söylenemeyeceği ve başvurunun ilişki yaşadığı iddia edilen Bay D.U.'nun hala istihdam ediliyor olması olgusunun cinsiyete dayalı ayrımcılığı kanıtlamak için yeterli olmadığı için İş Kanunu madde 5'teki eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediğine karar verdiğini not etmektedir. Komite, yargılama işlemleri sırasında işverenin, kendi faaliyet alanlarında "çalışanların ahlaka aykırı en hafif bir kabahatten bile kaçınmalarının hayati olduğunu" ileri sürdüğünü not etmektedir. Komite, iş yerindeki erkek çalışanların büyük çoğunluğunun evlilik dışı ilişkileri olduğu ve başvurunun, bu tür ilişkilere duyduğu tiksintiyi sık sık dile getirdiği ve evlilik dışı ilişki yaşadığı iddia edilen yönetici Bay D.U.'nun hala istihdam ediliyor olduğu şeklindeki başvuru tarafından ileri sürülen ve itiraz edilmeyen iddiayı da not etmektedir.

■ **8.5** Ayrıca, Kocaeli 3. İş Mahkemesi önündeki yargılama esnasında tanıklardan birinin başvurunun, Bay M.A.'ya kız arkadaşını götürmesi için evinin anahtarını vermeyi reddetmesinden sonra onunla sorun yaşamaya başladığı yönünde ifade vermesi üzerine, mahkemede başvurunun ahlaki bütünlüğüne saldıran Bay M.A., bu olguyu tartışmamış ve bunun yerine kendisinin diğer iş arkadaşlarının ev anahtarlarını istemesinin bütünüyle onun özel yaşamını ilgilendirdiğini ve başvuru ilgilendirmediklerini belirtmiştir. Komite, söz konusu mahkemenin, işten çıkarılmanın hukuka aykırı olduğuna ve kıdem tazminatına hükmetmesine rağmen başvurunun cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiasına ve bu iddiayı destekleyen delile gerekli ilgiyi göstermediği görüşündedir. Komite, söz konusu mahkemenin, başvurunun "kadın" olduğu için işten çıkarıldığının ileri sürülmesinin mümkün ve başvurunun ilişki yaşadığı iddia edilen Bay D.U.'nun hala kuaför dükkânında istihdam ediliyor olması olgusunun cinsiyete dayalı ayrımcılığı kanıtlamak için yeterli olmadığını belirterek İş Kanunu madde 5'teki "eşit davranma" ilkesini çok dar bir şekilde yorumladığı görüşündedir. Komite, başvurunun ilişki yaşadığı iddia edilen Bay D.U.'nun, bir yönetici, yetkili birisi olarak örnek bir davranış sergilemesi gerektiği ve "ahlaka aykırı en hafif bir kabahatten uzak durma"

ödevi altında bulunduğu olgusunu Kocaeli 3. İş Mahkemesi'nin hiç dikkate almadığı görüşündedir. Komite, Kocaeli 3. İş Mahkemesi'nin, Bay D.U.'nun başvuru-
cudan işveren aleyhine açtığı davayı geri çekmesi aksi halde işverenin onu Bay
M.Y. ile ilişki yaşamakla suçlayacağına ilişkin olarak başvurucu tarafından ileri
sürülen delili görmezden geldiğini düşünmektedir.

■ **8.6** Komite, Kocaeli 3. İş Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın, İş Kanunu madde 5
uyarınca başvurunun yüz yüze kaldığı ayrımcılığa işaret etmediği ve cinsiyet
duyarlılığından yoksun olduklarını açığa vurduğu görüşündedir. Mahkemeler, iş
alanında eşit muamele yükümlülüğünün ihal edildiği açık karinesine yeterli öne-
mi göstermemişlerdir. Komite, Yargıtay'ın başvurunun temyiz talebini reddediş
şekli konusunda özellikle kaygılıdır. Mahkeme, işverenin baş tanıklarından Bay
M.A.'nın ve bir diğer çalışanın hakaret suçundan suçlu buldukları ve Koca-
eli 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin iş sözleşmesinin feshi bildirimindeki iddiaların
başvurucunun özel yaşamı ile ilgili olduğuna karar verdiği olgusunu görmezden
gelmiştir. Komite, taraf Devletlerin, Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Or-
tadan Kaldırılması Sözleşmesi madde 2 çerçevesindeki esas yükümlülükleri hak-
kındaki genel tavsiye No. 28 (2010)'daki şu değerlendirmelerini hatırlatmaktadır:
"Alt paragraf (c) uyarınca taraf Devletler, mahkemelerin, Sözleşme'de yer alan
eşitlik ilkesini uygulamakla ve yasaları, mümkün olan azami ölçüde, taraf Dev-
letlerin Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerine uygun şekilde yorumlamakla
bağlı olmalarını sağlamaktır." Bu koşullar altında Komite, taraf Devletin
İş Kanunu'nda düzenlenen eşit davranma ilkesininin uygulamaya geçirilmesini
ve kadınların cinsiyet temelli herhangi bir ayrımcı muameleye karşı etkili olarak
korunmasını sağlamayarak Sözleşme madde 1 ile bağlantılı olarak madde 2,
paragraf (a) ve (c)'deki yükümlülüklerini ihlal ettiği kanaatinde dir.

■ **8.7** Komite, başvurunun Sözleşme madde 5, paragraf (a)'nın ihlali iddası
bakımından, Kocaeli 3. İş Mahkemesi'nin, işveren, başvurunun "karşı cinsi-
yetten kişilerle cinsel amaçlı ilişki"ye girdiğine dair somut bir delil sunmadığı ve
tanık ifadelerinde tutarsızlıklar bulunduğu için başvurunun işten çıkarılmasının
haksız olduğu sonucuna ulaştığını not etmektedir. Komite kaygıyla not etmek-
tedir ki, Kocaeli 3. İş Mahkemesi hiçbir zaman işveren lehine sunulan delillerin
cinsiyet farkı gözeten ve ayrımcı niteliğine dair olumsuz bir yorum yapmamıştır.
Kocaeli 3. İş Mahkemesi, işverenin eşit davranma ilkesini ihlal eden ve açık-
ça başvurucuya karşı cinsiyet temelli ayrımcılık teşkil eden savunmasını kesin
olarak reddetmek yerine işveren tarafından sunulan delili incelemiş ve sadece,
"kadın" bir çalışan olan başvurunun ahlaki bütünlüğünü irdelemiş ve fakat er-
kek çalışanların yani Bay M.A. ve Bay D.U.'nun ahlaki bütünlüğünü irdelememiştir.
Kocaeli 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin aksine Kocaeli 3. İş Mahkemesi ya da

Yargıtay, hiçbir zaman işveren tarafından sunulan delili “bütünüyle” başvuru-
nun “özel yaşam”ını ilgilendiren bir mesele olarak değerlendirip reddetmemiştir.
Komite, düzeltmek için uygun önlemleri almadığı herhangi bir sosyal ve kültürel
kalıba işaret etmediği için başvuru-
cunun iddiasının açıkça temelsiz ve yeterince
doğrulanmamış olduğu şeklindeki taraf Devlet iddiasını reddetmektedir. Komite,
bu vakadaki yargılama işlemlerinin, kadınların evlilik dışı ilişkilerinin ağırlığına
ilişkin kalıplaşmış algıya dayandığı, evlilik dışı ilişkilerin erkekler bakımından ka-
bul edilebilir ve fakat kadınlar bakımından kabul edilemez olduğu ve sadece ka-
dınların “ahlaka aykırı en hafif kabahatten bile uzak durma” ödevi altında olduğu
görüşündedir.

■ **8.8** Komite, Sözleşme'nin tam anlamıyla uygulanabilmesi için taraf Devletlerin
sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırılmasına ve kadınların filli
durumunun iyileştirilmesine yönelik adımları atmasının değil aynı zamanda, ka-
dınlar karşı ayrımcılığın kaynağı ve sonucu olan toplumsal cinsiyet kalıplarının
düzeltilmesi ve dönüştürülmesi ve yanlış toplumsal cinsiyet kalıplarının ortadan
kaldırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Komite, toplumsal cinsiyet kalıplarının,
yasalar ve hukuk sistemleri dahil çok çeşitli araç ve kurumlar yoluyla devam et-
tirildiği ve devletin her branştan ve düzeyden aktörleri ve özel hukuk aktörleri
tarafından devam ettirilebileceği görüşündedir. Bu vakada Komite, Kocaeli 3. İş
Mahkemesi'nin yasalara ve olgulara dayanan muhakemesinin kalıplardan etki-
lenmesine izin verdiği ve Yargıtay'ın toplumsal cinsiyet yönüne işaret etmeye-
rek erkeklerin evlilik dışı ilişkilerinin olmasını kabul eden kadınların ve erkeklerin
rollerine ilişkin kalıpları devam ettirdiği görüşündedir. Komite bu nedenle, taraf
Devletin Sözleşme madde 5, paragraf (a)'yı ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.

■ **8.9** Başvuru-
cunun, madde 11, paragraf 1 (a) ve (d)'deki haklarının taraf
Devletçe ihlal edildiğine ilişkin iddiası bakımından Komite, başvuru-
cunun şu argümanlarını not etmektedir; başvuru-
cunun iş yerini terk etmeden önce kuaför
dükkânının yöneticilerinden biri onu “taciz” etmiş ve tüm alacaklarının ödendiği-
ne ve tüm haklarından yararlandırıldığına dair bir belgeyi imzalamaya zorlanmış
aksi takdirde başvuru-
cunun “diğer erkeklerle evlilik dışı ilişki”leri olduğu dedi-
kodusunu yayacaklarını söylemiştir. Komite, şayet başvuru-
cunun uygulanan baskı
sonucunda söz konusu belgeyi imzalamak zorunda kalsa idi işverene karşı dava
açamayacak duruma düşmüş olacağını not etmektedir. Komite ayrıca, her ne
kadar başvuru-
cunun, söz konusu belgeyi imzalamış ise de evli bir kadın olarak söz
konusu tehditlerden ötürü çok korktuğunu not etmektedir. Komite, başvuru-
cunun yapılan baskının ve tehditlerin ve tacizin niteliğinin, başvuru-
cunun kadın olduğu ve
evli bir kadın olduğu için yapıldığı ve bunların, eşit davranma ilkesinin bir ihlali-
ni teşkil ettiği görüşündedir. Komite ayrıca, işverenin taciz dâhil cinsiyete dayalı

ayrımcılık yapmama yükümlüğünün, iş sözleşmesinin feshi ile sona ermediğini düşünmektedir. Bu vakada Komite, işverenin başvurucuyu sözde evlilik dışı ilişkileri hakkında dedikodu yaymakla tehdit etmekle kalmadığını ayrıca Kocaeli 3. İş Mahkemesi önünde başvurucunun “iş yerindeki karşı cinsiyetten kişilerle görünüşte cinsel amaçlı ilişki” sergilediğini ileri sürdüğünü gözlemlemektedir. Ayrıca, kuaför dükkânı yöneticisinin ve diğer bir çalışanın, iş sözleşmesinin feshi bildiriminde, başvurucunun karşı cinsiyetten kişilerle cinsel ilişkiye girerek ahlak dışı davranış sergilediğini belirttikleri için Kocaeli 1. Sulh Ceza Mahkemesince hakaret suçundan suçlu bulunduğunu gözlemlemektedir. Bütün bunların ışığında Komite, eski işverenin, başvurucunun iş sözleşmesini, çalışma hakkını ve eşit muamele hakkını ihlal ederek hukuka aykırı bir şekilde sona erdirmesinin, Sözleşme madde 11, paragraf 1 (a) ve (d) çerçevesinde cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturduğu ve bu nedenle başvurucunun bu maddelerde düzenlenen haklarının ki ulusal mahkemeler tarafından işaret edilmemiştir, ihlal edildiği görüşündedir.

■ **8.10** Sözleşme'nin Seçmeli Protokolü madde 7, paragraf 1 uyarınca ve yukarıdaki tüm değerlendirmeler ışığında Komite, taraf Devletin Sözleşme madde 1 ile bağlantılı olarak madde 2, paragraf (a) ve (c) ve aynı zamanda madde 5, paragraf (a) ve madde 11, paragraf 1 (a) ve (d) çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmediği görüşündedir ve taraf Devlete aşağıdaki tavsiyelerde bulunmaktadır:

(a) Başvurucuya ilişkin olarak:

- İş Kanunu madde 5 uyarınca yeterli tazminat da dâhil olmak üzere uygun giderimin sağlanması;

(b) Genel olarak:

- Kadınların istihdam alanında cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için İş Kanunu madde 5'in ve Sözleşme'nin pratikte uygulanmasını temin etmek için önlemler almak;
- Kalıplaşmış önyargıların ve değerlerin karar vermeyi etkilememesini sağlamak için yargıçlar, avukatlar ve yasa uygulayıcılar için Sözleşme, Seçmeli Protokolü ve genel tavsiye kararları konusunda toplumsal cinsiyet duyarlı uygun ve düzenli eğitim sağlanması.

■ **8.11** Seçmeli Protokol madde 7, paragraf 4 uyarınca taraf Devlet, Komite'nin görüşleri ve tavsiyelerine gereken önemi gösterecektir ve altı ay içinde Komite'ye, Komite'nin görüşleri ve tavsiyeleri ışığında aldığı önlemlere ilişkin bilgi de dahil yazılı bir cevap sunacaktır. Taraf Devletten ayrıca, Komite'nin görüşlerini ve tavsiyelerini yayımlaması ve ulusal resmi dile çevirmesi ve toplumun ilgili her kesiminin ulaşabilmesi için yaygın olarak dağıtması talep edilmektedir.

Destekçi Kurum



KEİG

kadın emeği ve istihdamı girişimi

Sekreteryaya:

KADAV

Kadınlarla Dayanışma Vakfı

Kamer Hatun Mah. Hamalbaşı Caddesi No: 22 Kat: 6 Daire: 13

Beyoğlu - İstanbul - Türkiye

Tel: 212 251 58 50

iletisim@keig.org