

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ ANABİLİM DALI
AVRUPA ÇALIŞMALARI PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

AVRUPA BİRLİĞİ İŞ HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Gözde KAYA

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Ayşegül KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ

2010

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

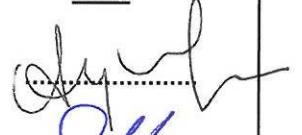
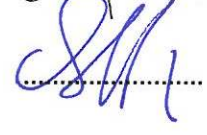
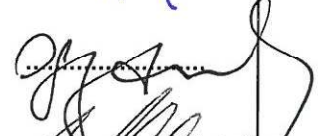
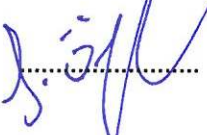
2003800487

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Gözde KAYA
Tez Başlığı : Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı

Savunma Tarihi : 27.10.2010

Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Ayşegül ERALTUĞ

JÜRI ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Yrd.Doç.Dr.Ayşegül ERALTUĞ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ali Nazım SÖZER	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Hacı CAN	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.İşıl ÖZKAN	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ	

Gözde KAYA tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**" başlıklı Doktora Tezi olarak ~~X~~oybirliği ()oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Gözde KAYA

İmza

ÖZET
Doktora Tezi
Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı
Gözde Kaya

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Avrupa Birliği Anabilim Dalı
Avrupa Çalışmaları Doktora Programı

Cinsiyet ayrımcılığı konusunun, Avrupa Birliği (AB) istihdam ve sosyal politikasında ortaya çıkışı, üç temel evrede gerçekleşmiştir. İlk evre, işgücünün sosyal maliyetinin denkleştirilmesi amacıyla, Roma Antlaşması'nda kadın ve erkek çalışanlara yönelik olarak eşit iş için eşit ücret ilkesinin düzenlenmesiyle başlamıştır. Eşit davranma ilkesi temelinde sınırlı bir gelişim gösteren bu anlayış, zamanla yerini ikinci evreyi oluşturan fırsat eşitliğine ve işgücü piyasasında daha az temsil olunan cinsiyet lehine önlemler alınmasını içeren olumlu ayrımcılık kurumuna bırakmıştır. Günümüzde AB istihdam ve sosyal politikasında geline son evre, kadın erkek eşitliğinin, cinsiyette anayol yaklaşımı vasıtasıyla tüm Birlik faaliyetlerinde uygulanmasıdır.

Kadın erkek eşitliği, AB'nin Birincil ve İkincil Hukuk düzenlemeleri ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihat hukukunda, sosyal politika alanındakine koşut bir dönüşüm geçirmiştir. Bu çerçevede, kadın erkek eşitliği artık ekonomik ve sosyal amacının ötesinde, temel bir hak olarak algılanmaya ve işgücü piyasasının dışındaki alanlarda da uygulanmaya başlamıştır.

AB'nin geçirdiği bu dönüşüm esasen, Birliğin küresel düzeydeki ekonomik rekabetinin gerektirdiği ekonomik temelli ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Küreselleşme sürecinde AB'nin eş zamanlı olarak, hem hızlı şekilde artan ve yaşlanmakta olan nüfusu nedeniyle işgücü piyasasındaki açığı kapaması, hem de azalan doğum oranlarının artmasını sağlaması gerekmektedir. Bu çerçevede kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemeler vasıtasıyla, kadınların işgücü piyasasıyla daha fazla bütünleşmeleri sağlanarak, kadın istihdam oranı ve buna bağlı olarak üretimin arttırılması ve Birliğin rekabet gücüne katkıda bulunulması hedeflenmektedir. O halde, AB'nin, 1957'deki Roma Antlaşması'nda kadın erkek eşitliğini düzenlerken ki hareket noktası olan ekonomik rekabet ve bütünleşme, 2010 yılında geçirmekte olduğu bu değişime rağmen hala temel amaç olarak varlığını korumaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Avrupa Birliği İş Hukuku, Ayrımcılık, Cinsiyet Ayrımcılığı, Kadın Erkek Eşitliği.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Gender Discrimination in European Labour Law

Gözde Kaya

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of European Union
European Studies Program**

Emergence of the issue of gender discrimination in European employment and social policy occurs in three stages. The first stage started with the introduction of the principle of equal pay for male and female workers for equal work in Rome Treaty with the aim of equalizing the social costs of production. This approach that had been developed within the narrow limits of the principle of equal treatment was replaced in time with positive discrimination measures to be taken for the underrepresented sex in the labour market and with the equal opportunities that forms the second stage. Currently, the last stage of the European employment and social policy includes the implementation of the principle of equal treatment between men and women in all activities of the Union by means of gender mainstreaming.

Gender equality in European Law and European Court of Justice case law passed through a transformation that is parallel to the one in social policy. In that context gender equality has started to be perceived as a fundamental right beyond its economic and social aims and to be implemented outside the area of labour market.

Transformation that the EU's been passing through derives indeed from the economic needs brought by the global economic competition which the EU faces. The EU within the globalization process both has to close the gap in its labour market caused by the ageing population increasing rapidly and to provide an increase of birth rates at the meanwhile. The EU aims to increase the employment rate of women and the production that will enhance its economic competitiveness, by means of integrating women in labour market through legislating in gender equality area. Therefore the EU is still not that far from keeping its initial goal of economic competition and integration it provided in Rome Treaty of 1957 despite the changes it has been facing in 2010.

Key Words: European Union, European Labour Law, Discrimination, Gender Discrimination, Gender Equality.

AVRUPA BİRLİĞİ İŞ HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

İÇİNDEKİLER

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

BİRİNCİ BÖLÜM TEMEL KAVRAMLAR

I. EŞİTLİK İLKESİ.....	4
A. Genel Olarak	4
B. Şekli Eşitlik	7
C. Maddi Eşitlik.....	10
D. Sosyal Eşitlik	12
II. EŞİT DAVRANMA İLKESİ	14
III. AYRIMCILIK YASAĞI.....	17

İKİNCİ BÖLÜM ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I.GENEL OLARAK.....	19
II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİ	19
A. Genel Olarak	19
1. Birleşmiş Milletler ile Avrupa Birliği Arasındaki İlişki.....	20
2. Birleşmiş Milletler ile Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasındaki İlişki	22
B. BM Belgelerinde Cinsiyet Ayrımıcılığı	22
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	22
2. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	23
3. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi	24

4. Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlennmesine Dair Sözleşme (CEDAW)	26
a. Sözleşme Öncesi Hazırlık Dönemindeki Gelişmeler (Birinci ve İkinci Dünya Kadın Konferansları)	26
b. Sözleşmenin Kabul Edilmesi	26
c. Sözleşmenin Uygulanmasının Denetlenmesi	29
d. Sözleşmenin Kabul Edilmesini İzleyen Dönemdeki Gelişmeler (3. ve 4. Dünya Kadın Konferansları)	30
III. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİ.....	33
A. Genel Olarak	33
1. Uluslararası Çalışma Örgütü İle Avrupa Birliği Arasındaki İlişki.....	35
2. Uluslararası Çalışma Örgütü ile Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasındaki İlişki	37
B. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı	38
1. Temel UÇÖ Sözleşmeleri.....	38
a. Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşme.....	38
b. Çalışma (İş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme	40
2. Analığın Korunması, Aile ve Çalışma Yaşamıyla İlgili Olan UÇÖ Sözleşmeleri	41
a. Analığın Korunmasına İlişkin Yeniden Gözden Geçirilmiş 103 Sayılı Sözleşme ve Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme	42
b. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 sayılı Sözleşme	45
c. Meslekte İlerlemeye İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri'nden Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme.....	46
3. Çalışma Koşullarına İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri	47
a. Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 sayılı Sözleşme	48
b. Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş 89 Sayılı Sözleşme ve Gece Çalışması Hakkında 171 Sayılı Sözleşme	48

c. İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşme .	50
d. Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 sayılı Sözleşme.....	51
e. Evde Çalışma Hakkında 177 sayılı Sözleşme	53
4. Göçmen İşçilere İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri	54
a. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı Sözleşme	54
b. Göçmen İşçiler Hakkında 143 sayılı Sözleşme.....	56
IV. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ.....	57
A.Genel Olarak	57
1.Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Arasındaki İlişki	57
2. Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasındaki İlişki.....	58
B. Avrupa Konseyi Belgelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı	59
1.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	59
a. Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Arasındaki İlişki	59
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı	61
2.Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. TARİHSEL GELİŞİM	69
A. 1957 ile 1980 Arası Dönem	69
1.Roma Antlaşması'nın Müzakere Süreci.....	69
2. Eylem Programları ve Yönergelerin Oluşturulması	72
3. Eşitlikle İlgili Kurumların Oluşturulması.....	74
B. 1980 ve 1990 Arası Dönem.....	75
1. Yönerge ve İlke Kararlarının Kabul Edilmesi.....	76
2. Eylem Programlarının Oluşturulması.....	77
3. Eşitlikle İlgili Kurumların Oluşturulması.....	78
4. Çalışanların Temel Haklarına İlişkin Topluluk Sosyal Şartı'nın Kabul Edilmesi	78
C. 1990'lı Yıllar ve Sonrası	79
1. Sosyal Protokol.....	79
2. Kadın Erkek Eşitliğiyle İlgili Eylem Programları	80

3. Amsterdam Antlaşması	81
4. Lüksemburg Zirvesi	82
5. Lizbon Stratejisi	82
a) Hedefleri.....	82
b) Açık Eşgüdüm Yönteminin Oluşturulması.....	83
6. Avrupa 2020 Bildirisi	85
II. AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARINDA CİNSİYETTE ANAYOL	
YAKLAŞIMININ KABULÜ	87
A. Ortaya Çıkışı	87
B. Düzenlenmesi	89
C. Gelişimi	90
D. Uygulanması	91
1. Komisyon Düzeyindeki Uygulama	92
2. Üye Devletlerdeki Uygulama.....	93
E. Cinsiyette Anayol Yaklaşımına Yönelik Eleştiriler	94

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İŞ HUKUKU MEVZUATINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. AYRIMCILIK.....	97
A. Kavram.....	97
B. Ayrımcılığın Tespiti	99
1. Emsal Kişi	99
2. Haklı Neden.....	101
II. CİNSİYET AYRIMCILIĞI	102
A. Cinsiyet kavramı	103
1. Biyolojik Cinsiyet.....	104
2. Toplumsal Cinsiyet.....	104
B. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Türleri	105
1. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı	106
2. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı	108
C. Olumlu Ayrımcılık (Pozitif Ayrımcılık)	115

D. Cinsel Tercih (Cinsel Yönelim)	120
1. Genel Olarak.....	120
2. ATAD Kararlarında Cinsel Tercih	121

BEŞİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İŞ HUKUKU MEVZUATINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. BİRİNCİL HUKUK MEVZUATINDA	127
A.Kurucu Antlaşmalar’da Cinsiyet Ayrımcılığı.....	127
1. Avrupa Topluluğu Antlaşması’nda	127
a. Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı	128
b. Kadın Erkek İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi ve Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı.....	129
(1). Ücretlendirmede Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık.....	130
(2). Eşit İşe Eşit Ücret Hükümünün Doğrudan Etkisi	134
(3). Kadın Erkek Eşitliğinin Temel Hak Niteliği.....	136
2. Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’da	138
B.Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda Cinsiyet Ayrımcılığı.....	138
1.Genel Olarak.....	138
2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın Kapsamı	140
3. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Arasındaki İlişki	140
4. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda Eşitliğe İlişkin Yer Alan Hükümler	141
a. Eşitlik İlkesi.....	141
b. Ayrımcılık Yasağı	142
c. Kadın Erkek Eşitliği	142
d. Olumlu Ayrımcılık	142
II. İKİNCİL HUKUK MEVZUATINDA	143
A. Genel Olarak	143
1. Eşitlik İlkesine İlişkin Yönergeler.....	144
a. 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge.....	144

(1).Yönerge'nin Amacı	145
(2). Eşit İş ya da Eşdeğerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi	145
(3). Eşit İş ya da Eşdeğerde İş İçin Eşit Ücret Kavramları	146
(i). Eşit İş Kavramı	146
(ii). Eşdeğerde İş Kavramı.....	148
(4). Ücretin Tüm Boyut ve Koşulları Kavramı.....	149
(5). İş Değerlendirmesi Sistemi	149
(6). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Koruma.....	150
b. 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmede ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge ve 76/207 sayılı Yönerge'yi değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge	151
(1). Yönerge'nin Gerekçesi.....	151
(2). Yönerge'nin Amacı.....	152
(3). Eşit Davranma İlkesi	153
(4). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Sayılan Haller	154
(i). Cinsiyete Dayalı Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık	154
(ii). Cinsiyete Dayalı Taciz ve Cinsel Taciz.....	154
(iii). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi.....	155
(5). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın İstisnaları.....	156
(i). Bazı Mesleki Faaliyetlerin Doğasının Ya da İcrasının Gerektirdiği Durumlar	156
(ii). Kadınların Hamilelik ve Analık Durumunda Korunması.....	156
(iii). Olumlu Ayrımcılık	158
(6). Eşit Davranma İlkesinin Uygulama Alanı	159
(7). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı ve Mağduriyet Durumunda Koruma.....	160
c. 79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Kademeli Olarak Uygulanmasına İlişkin Yönerge	161
(1). Yönerge'nin Amacı.....	161
(2). Yönerge'nin Kapsamı	161
(3). Yönerge'de Koruma Sağlanan Risk Türleri ve İstisnaları	162

(4). Eşit Davranma İlkesi	164
(5). Eşit Davranma İlkesinin İstisnaları	166
d. 86/378/EEC sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge ve 86/378/EEC sayılı Yönergeyi değiştiren 96/97/EC sayılı Yönerge	170
(1). Yönerge'nin Gerekçesi.....	170
(2). Yönerge'nin Amacı	172
(3). Yönerge'nin Kapsamı	173
(4). Yönerge'de Koruma Sağlanan Risk Türleri ve İstisnaları	173
(5). Eşit Davranma İlkesi	174
(6). Eşit Davranma İlkesine Aykırı Durumlar	174
(7). Bağımsız Çalışanlara Yönelik Geçici İstisnalar.....	176
(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Koruma.....	177
e. 86/613 sayılı Tarım Dahil, Bağımsız Çalışan Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması ve Bağımsız Çalışan Kadınların Hamilelik ve Analık Süresince Korunmasına İlişkin Yönerge	177
(1). Yönerge'nin Amacı.....	178
(2). Yönerge'nin Kapsamı	178
f. 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge	180
(1). Yönerge'nin Gerekçesi.....	181
(2). Yönerge'nin Amacı	181
(3). Yönerge'de Ayrımcılık Sayılan Haller	182
(i). Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık	182
(ii). Taciz	183
(iii). Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi.....	184
(4). Yönerge'nin Kapsamı	184
(5). Ayrımcılık Yasağının İstisnaları	186
(i). Bazı Mesleki Faaliyetlerin Doğasının ya da İcrasının Gerektirdiği Durumlar	186
(ii). Engellilere İlişkin Özel Hüküm (Uygun Çözüm).....	187
(iii). Yaşa Dayalı Farklı İşlem.....	187

(iv). Olumlu Ayrımcılık	189
(6). Hizmet Sözleşmesi' nin Feshine Karşı Koruma	190
g. 2004/113 Sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge.....	190
(1).Yönerge'nin Amacı.....	191
(2). Mal ve Hizmet Kavramı.....	191
(i). Mal Kavramı.....	191
(ii). Hizmet Kavramı	191
(3). Yönerge'nin Kapsamı	192
(4).Yönerge'nin Kapsamı Dışındaki Alanlar.....	193
(i). Medya, Reklam ve Eğitim	193
(ii). İstihdam ve Meslek.....	194
(5). Eşit Davranma İlkesi	194
(6). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Sayılan Haller	195
(i) . Cinsiyete Dayalı Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık	195
(ii). Cinsiyete Dayalı Taciz ve Cinsel Taciz.....	196
(iii). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi.....	196
(7). Eşit Davranma İlkesinin İstisnaları	196
(i). Genel İstisna Hükümü	196
(ii). Olumlu Ayrımcılık	197
(8). Sigorta Riskleri ve Primler (Aktüeryal Faktörler)	197
(i). Genel Kural.....	197
(ii). İstisna.....	200
(9). Mağduriyet Durumunda Koruma.....	200
2. Kadınların Çalışma Ortamında Korunmasına ve Kadın Erkek Arasında Fırsat Eşitliğinin Sağlanmasına İlişkin Yönergeler.....	201
a. 92/85 sayılı Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Hakkında Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Yönerge.....	201
(1). Yönerge'nin Amacı.....	202
(2). Yönerge'nin Kapsamı	202
(3). Hamile, Loğusa ve Emzikli Çalışan Kavramı.....	203

(4). Çalışma Koşulları.....	204
(i). Hamile, Loğusa ya da Emzikli Kadın Çalışanları Etkileyebilecek Tehlikeler.....	205
(ii). İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemleri	206
(5). Doğum İzni.....	208
(6). Hizmet Sözleşmesi'nin Feshine Karşı Korunma	210
(i). Feshe Karşı Korumanın Kapsamı.....	210
(ii). Ayrımcılık Sayılan Fesih Halleri.....	211
(7).Hamileliğe Dayalı Ayrımcılık Durumunda Emsal Kişi İle Kıyaslama.	214
(8).Hamilelik ya da Doğuma Bağlı Rahatsızlıklarda Doğum İzninin Sona Ermesinden Sonraki Koruma	217
(9). Hamileliğe Dayalı Feshe Dair Korumanın İstisnası.....	218
(10).Hizmet Sözleşmesinden Doğan Hakların Doğum İzni Süresince Korunması	219
(i). Genel Olarak.....	219
(ii). Ücret Hakkı	220
(11). 92/85 sayılı Yönerge'nin değiştirilmesine İlişkin Yönerge Tasarısı..	223
b. 96/34 sayılı UNICE, CEEP ve ETUC Tarafından Sonuçlandırılan Ebeveyn İzni Konusunda Çerçeve Anlaşmaya İlişkin Yönerge	226
(1). Yönerge'nin Hazırlık Sürecindeki Gelişmeler.....	227
(i). Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye Kararı (1992).....	228
(ii). AB Sosyal Politikası'na İlişkin İlke Kararı (1994)	229
(2).Yönerge'nin Kabulü Öncesinde Ebeveyn İznine İlişkin Üye Devletler'deki Düzenlemeler	230
(3). Yönerge'nin Kabulü.....	231
(4). Yönerge'nin Gerekçesi.....	232
(5). Yönerge'nin Amacı.....	232
(6). Yönerge'nin Kapsamı	233
(7). Ebeveyn İzni.....	233
(i). İznin Koşulları	237
(ii). İznin Sonunda İşe Dönme Hakkı.....	238
(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Korunma.....	239

(9). Hizmet Sözleşmesinden Doğan Hakların Ebeveyn İzni Süresince Korunması	239
(10). Ebeveyn İzni Süresince Hizmet İlişkisinin Durumu	241
(11). Ailevi Sebeplerle İzni Hakkı	242
(12). 96/34 Sayılı Yönerge'ye İlişkin Eleştiriler	242
(13). 96/34 Sayılı Yönerge'yi İptal Eden 2010/18 sayılı Yönerge	244
3. Cinsiyet Ayrımcılığıyla Bağlantılı Yönergeler	244
a. 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge	244
(1). Yönerge'nin Amacı	245
(2). Tanımlar	245
(i). Eşit Davranma İlkesi	245
(ii). Dolaylı Ayrımcılık ve İstatistiki Verilerle İspat	245
(3). Yönerge'nin Kapsamı	247
(4). İspat Yükü	248
(5). Yönerge'nin Uygulama Koşulları	249
b. 97/81 sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Yönerge	250
(1). Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Yönerge Tasarıları	252
(2). Yönerge'nin Gerekçesi	253
(3). Yönerge'nin Amacı	254
(4). Sosyal Taraflarca Düzenlenen Çerçeve Anlaşma	254
(i). Çerçeve Anlaşma'nın Amacı	254
(ii). Çerçeve Anlaşma'nın Kapsamı	255
(5). Kısmi Süreli Çalışan ve Tam Süreli Çalışan Kavramları	255
(i). Kısmi Süreli Çalışan Kavramı	255
(ii). Emsal Tam Süreli Çalışan Kavramı	256
(6). Kısmi Süreli Çalışan İçin Ayrımcılık Yasağı	256
(i). Ayrımcılık Yasağının Kapsamı	256
(ii). Ayrımcılık Yasağının Uygulanmasına İlişkin Düzenlemeler	259
(7). Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Önlemler	259
(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshi	260

(9). İşyerindeki Kısmi Ya da Tam Süreli İşler Hakkında Bilgilendirilme ve Geçişlerin Kolaylaştırılması.....	261
4. 2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge (Birleştirilmiş Yönerge).....	263
a. Yönerge'nin Hazırlık Süreci	264
b. Yönergenin Gerekçesi	265
c. Yönerge'nin Amacı	267
d. Tanımlar	267
e. Yönerge Kapsamı ve Değişiklikler	268
f. Yönerge'nin Uygulanması	277
g. Yönerge'ye İlişkin Değerlendirme.....	278
5. Üye Devletlerin Yönergelerden Doğan Yükümlülükleri	279
a. Yönerge'nin İç Hukuka Aktarılması	280
b. Ulusal Hukuktaki Eşit Davranma İlkesine Aykırı Hükümlerin İptal Edilmesi	280
c. İdari ve Yargısal Mercilere Başvurma Hakkının Düzenlenmesi.....	281
d. Çalışanların Bilgilendirilmesi	282
e. Eşit Davranma İlkesini Destekleyecek Kurumların Oluşturulması	282
f. Sosyal Tarafların Teşvik Edilmesi.....	283
g. Sivil Toplum Örgütleriyle Diyalog Geliştirilmesi	283
h. Yönerge'nin İşleyişine İlişkin Olarak Komisyon'a Bilgi Verilmesi.....	284
6. Aday Ülkelerin Yükümlülükleri.....	284
a. Avrupa Birliği Tarafından Türkiye İçin Hazırlanan Belgeler.....	284
(1). İlerleme Raporları	284
(i). 2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu	285
(ii). 2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu	286
(iii). 2007 Yılı İlerleme Raporu.....	287
(iv). 2008 Yılı İlerleme Raporu	288
(v). 2009 Yılı İlerleme Raporu	289
(2). Katılım Ortaklığı Belgeleri	290
(i). 2006 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi	291

(ii). 2008 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi	291
b. Türkiye Tarafından AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Olarak	
Hazırlanan 2008 yılı Ulusal Programı.....	291
SONUÇ	293
KAYNAKLAR	302

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma
ABTHŞ	Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AR-GE	Araştırma-Geliştirme
ATA	Avrupa Toplulukları Antlaşması
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme.
Değ.md.	değişik madde
ESKHS	Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
G	Gerekçe
Md	Madde
MSHS	Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
Para	Paragraf
s.	Sayfa No
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
UEİKÖ	Uluslararası Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü

GİRİŞ

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kimseye cinsiyetine ya da cinsiyetine özgü niteliklerine bağlı olarak, farklı davranılmasını ifade eder. İş hukukunda cinsiyet ayrımcılığı, iş ilişkisinin kurulmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapılması anlamını taşır. İşverenin eşit davranma ilkesi çerçevesinde, biyolojik veya işin doğasına ilişkin nedenler zorunlu kılmadıkça, işçiler arasında farklı işlem yapması yasaklanmıştır.

Avrupa Birliği'nde (AB) cinsiyet ayrımcılığı konusu, tarihsel açıdan Birliğin istihdam ve sosyal politikası temelinde, çeşitli evrelerden oluşan bir gelişim göstermiştir. AB İş Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemeler, Birliğin istihdam ve sosyal politikasında kadın erkek eşitliği konusunda yürütülen politika ve alınan önlemlerin hukuksal çerçevesini oluşturur. Bu çerçevede AB İş Hukuku, AB Kurucu Antlaşmaları'ndan oluşan Birincil Hukuk, AB kurumlarının hukuksal tasarruflarından oluşan İkincil Hukuk ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) kararlarından oluşan içtihat hukukunu içerir.

AB İş Hukuku'nun kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemeleri, Birliğin istihdam ve sosyal politikasındaki dönüşümle sıkı bir ilişki içindedir. Günümüzde kadın erkek eşitliği, AB Hukuk düzeninde temel bir hak olarak algılanmakta ve işgücü piyasasının dışındaki alanlarda da uygulanmaktadır. "Herkes için fırsat eşitliği", AB politikalarının temel ilkeleri arasında yer almakta ve ayrımcılıkla mücadele, AB'nin son dönemdeki temel stratejilerinden birini oluşturmaktadır. Kadın erkek eşitliği, 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ve AB Temel Haklar Şartı'nda da temel bir insan hakkı olarak güvence altına alınmıştır.

AB İş Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı konulu bu çalışmanın amacı, cinsiyet ayrımcılığı kavramınının, AB müktesebatı çerçevesinde incelenmesidir. Bu bağlamda AB'nin kadın erkek eşitliği politikaları ve bu alandaki AB İş Hukuku mevzuatı değerlendirilmiştir. Çalışma beş bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde, çalışmanın temelini oluşturan eşitlik ilkesi, eşit davranma ilkesi ve

ayrımcılık yasağı teorik çerçevede incelenerek, genel bir kavramsal izahat yapılmıştır.

İkinci bölümde Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi tarafından akdedilen uluslararası antlaşmalardaki kadın erkek eşitliğine ve cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümler incelenmiştir. Bu hükümlerin incelenmesi, AB'nin bu alandaki düzenlemelerinin temelini oluşturması ve mukayeseli bir inceleme yapılabilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümü, cinsiyet ayrımcılığı konusunun AB'nin istihdam ve sosyal politikasındaki gelişimine ayrılmıştır. Esasen Birliğin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin politikalarını irdelemeden, Birliğin bu alandaki mevzuatını anlamak ve değerlendirmek mümkün değildir. Keza, AB'nin işgücü piyasası çerçevesinde cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hukuksal tasarrufları, AB'nin istihdam ve sosyal politikasında ortaya çıkan ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Bu bölümde, AB'nin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin politikalarına, bu politikalara ulaşmak için başvurduğu araçlara yer verilmiş; politikalar, AT'nin kuruluşundan başlamak üzere tarihsel bir perspektifte incelenerek; politikalarda aşamalı olarak süregelen dönüşüm ortaya konmaya çalışılmıştır.

AB İş Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı konusunu incelemekten önce, çalışmanın birinci bölümünde genel çerçevede ortaya konan temel kavramların, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) içtihat hukuku ışığında AB Hukuk düzeni için ifade ettiği anlamın araştırılması gerekmektedir. Bu sebeple çalışmanın dördüncü bölümünde, AB Hukuk düzeninin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin kavramlarının, teorik bir incelemesi yapılmıştır.

Çalışmanın ana bölümünü oluşturan beşinci bölümde, AB'nin işgücü piyasasında eşit davranma ilkesini ve cinsiyet ayrımcılığını düzenleyen tüm Birincil ve İkincil Hukuk kaynakları, içerdiği hükümler, ATAD içtihat hukuku ve doktrinin görüşleri çerçevesinde eleştirel bir bakış açısıyla, sistematik bir incelemeye tabi tutulmuş ve AB'nin cinsiyet ayrımcılığı politikasındaki dönüşümünün, hukuk

düzenlemelerine ne şekilde yansıdığı sorgulanmıştır. Çalışmanın son bölümü tam üyeliğe adaylık süreci çerçevesinde Türkiye'nin bu konudaki müktesebatı üstlenme yükümlülüğüne ilişkin bir incelemeyle sona ermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I. EŞİTLİK İLKESİ

A. Genel Olarak

Eşitlik, mantık, aritmetik, doğa bilimleri ve hukuk alanında farklı anlamlar yüklenen bir kavramdır.¹ Eşitlik kavramına duyulan ihtiyaç üzerinde hemfikir olunmakta, ancak tanımı üzerinde bir uzlaşma bulunmamaktadır.

Eşitlik, mantık bilimine göre özdeşlik anlamına gelmektedir. Bununla birlikte doğada iki şey için değil, ancak tek bir şey için mümkündür; bu da o varlığın kendisidir. O halde canlı ya da cansız bir varlık, ancak kendisine eşit olabilir. Doğada birbirinin özdeşi olan tıpa tıp aynı iki şey bulmak söz konusu değildir. İki bağımsız şeyin eşit olup olmaması, bu şeyler arasında bir karşılaştırma yapılmasına bağlıdır. Bu karşılaştırmada iki şey arasındaki ortak özellikler belirlenebildiği ölçüde bu şeyler eşit sayılmaktadır. Doğadaki hiçbir şeyin birbirinin özdeşi olamayacağının kabul edilmesi durumunda, iki şeyin de hiç bir zaman mutlak olarak eşit olamayacağı sonucuna varılır. O halde bu şeylerin karşılaştırılması ile ortaya çıkan eşitlik, göreceli eşitlik olarak değerlendirilmektedir.² Hukuk bilminde eşitliğin tayininde aritmetik eşitliğe değil, göreceli eşitliğe dayanılır.³

Aristo, genel eşitlik ilkesinin, adalet fikrinden bağımsız olarak düşünülemeyeceğini savunmaktadır.⁴ Adalet geniş anlamda “erdem”, dar anlamda “orta ölçü” anlamına gelmektedir. Aristo’ya göre dar anlamda adaletin iki türü vardır. Bunlar denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalettir.⁵ Denkleştirici adalet,

¹ A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 7.

² Tuncay, s. 8.

³ Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık San.ve Tic.AŞ., Ankara, 2002, s. 96.

⁴ Tuncay, s.10.

⁵ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Uyarlayan Selçuk Baran Veziroğlu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 171.

“herkese eşit olanın verilmesi” biçiminde ifade edilebilir. Aritmetik eşitliğe dayanan denkleştirici adalet gereğince, hiç kimse verdiğinden çok almamalı, bu bakımdan daha üstün bulunmamalıdır. Aksi halde, kişi başkasına ait olana sahip olur.⁶ Dağıtıcı adalet ise mutlak bir eşitlik değil, orantılı bir eşitlik düşüncesine dayalıdır. Herkese eşit olanın verilmesi ve herkesin eşit bir işleme tabi tutulması, bazı durumlarda eşitliğin bozulmasına yol açmaktadır. Çünkü insanlar, değer, yetenek ve olanakları bakımından birbirlerinden farklıdır; bu sebeple mutlak eşitliğin aksine bireylerin değer, yetenek ve olanaklarına uyan orantılı bir eşitlik sağlanmalıdır.⁷ Aristo’nun adalet düşüncesi, “*eşit olanlara eşit; farklı olanlara ise farklı oldukları ölçüde farklı davranılmasını*” gerekli kılmaktadır.⁸

Aristo’ya göre, doğal eşitsizlik, salt var olması sebebiyle doğrudur. Dağıtıcı adalet bu eşitsizliğe uygun olan oranları uygulamaktadır. Aristo, içinde bulunduğu toplumsal durumu doğal, zorunlu ve haklı bir sonuç olarak değerlendirir. Bu sebeple bugünkü durumu zedeleyen kimse, onu eski haline getirmekle yükümlü kılınmıştır. Denkleştirici adalet gereği durum eski haline getirilmelidir. Dağıtıcı adaletin bir sonucu olarak kabul edilen mevcut toplumsal durum sarsıldığı takdirde, denkleştirici adalet ihlal durumunun yarattığı bu sarsıntıyı ortadan kaldırmak suretiyle, eski halin iadesini sağlamalıdır.⁹

Doktrinde eşitlik ilkesini eleştiren görüşler bulunmaktadır. Westen, eşitliğin, kimlerin eşit olduğu ya da kişilerin hangi durumlarda eşit olduğu sorusuna tatmin edici bir yanıt veremediğini savunmaktadır. Yazar, “*Eşit olması gerekenler eşittir*” şeklinde bir yanıtın, açıklayıcı olmaktan uzak olduğunu ve eşitliğin mantık hatalarına ve karmaşıklığa yol açtığını iddia ederek, eşitlik retoriğinin terk edilmesi gerektiğini

⁶ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s.38; Zarar veren kimsenin, verdiği zarar ölçüsünde tazminat vermesi, başkasına ait bir şeye sahip olan bir kimsenin bu yüzden bozulan dengeyi yeniden kurmak için o şeyi asıl sahibine geri vermesi denkleştirici adaletin öngördüğü salt eşitliğin gereğidir. Bkz. Aral, s. 38; Hırş, s. 172.

⁷ Aral, s. 38-39.

⁸ Christa Tobler, **Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law**, E.M. Meijers Instituut, Intersentia Antwerpen, 2005, s. 19; Catherine Barnard, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, içinde **The EU and Human Rights**, der. Philip Alston, Oxford University Press, NY, 1999, s. 223.

⁹ Hırş, s. 172.

belirtmektedir.¹⁰ Fredman, hangi kişilerin eşit olduğu konusunda uzlaşılsa dahi, bu kez onlara, sürekli olarak eşit davranılıp davranılmayacağını kuşku olduğunu belirtmektedir.¹¹ Mc Kean'e göre, Aristo'nun adalet düşüncesi, kişilerin eşit ya da farklı olduğuna karar verilmesinde etkili olan; onlar arasında ayırım yapılmasını haklı kılan ya da kılmayan ölçütlerin nelerden ibaret olduğunu açıklamakta yetersiz kalmaktadır.¹²

Doğal hukuk doktrinine göre insanın sadece insan olması sıfatıyla doğuştan sahip olduğu kişiliğine bağlı bazı dokunulmaz hak ve özgürlükler vardır.¹³ Bu hak ve özgürlükler, insana herhangi bir makam ya da kişi tarafından verilmiş değildir.¹⁴ John Locke, 1690'da "*Herkesin doğasından ötürü, özgür, eşit ve bağımsız*" olduğunu belirtmiştir.¹⁵ Eşitlik, Locke'un etkisinin büyük olduğu 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde¹⁶ sınıf farklılıklarını ortadan kaldırma amacı çerçevesinde ifade edilmiştir.¹⁷ Bildiri'de tüm insanların haklar yönünden özgür ve eşit doğdukları; bu şekilde yaşadıkları ve sosyal farklılıkların ancak ortak yarara dayanabileceği belirtilerek (md.1), tüm insanların kanun önünde eşit oldukları hükmüne bağlanmıştır.(md.6)

Akın ve Demir, eşitlik ile özgürlük kavramlarının aynı anlamı ifade etmediği görüşündedirler. Yazarlara göre, baskıcı bir yönetim altındaki kişi gruplarının ya da kölelerin, özgür olmadıkları halde eşitlik ilkesinden tam olarak yararlanmaları, iki kavram arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır. Tarihsel süreçte özgürlüğün gerçekleşmesi için eşitliğin ortaya çıkması gerekmiştir. Akın, Aristo'nun eşitlik düşüncesine verdiği önemi buna bağlamaktadır. Eşitliğin olmadığı bir toplulukta

¹⁰ Peter Westen, "The Empty Idea of Equality", **Harvard Law Review**, Vol. 95, No. 3, January 1982, s. 547.

¹¹ Sandra Fredman, **Discrimination Law**, , Oxford University Press, New York, 2002, s. 1.

¹² Warwick McKean, **Equality and Discrimination under International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 2-3 naklen Tamara Hervey, **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, London, 1993, s. 26.

¹³ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 30.

¹⁴ Fevzi Demir, **Anayasa Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2009 (a), s. 320.

¹⁵ Fredman, 2002, s. 5.

¹⁶ 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin tam metni için Bkz. Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Web Sitesi, Erişim: http://www.abihm.org/fransiz_insan.htm[14.11.07]

¹⁷ Zafer Gören, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 2. baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 1999, s. 397.

ayrıcalıklar oluşur; ayrıcalıklar toplum düzeninin bozulmasına yol açar; bu da özgürlüğe ulaşılmasını engeller.¹⁸

Toplumlar, farklı tarihsel süreçlerde kendilerine ait üretim biçimlerinin ve değerlerinin etkileri sonucunda farklı eşitlik anlayışlarını benimsemişlerdir. Eşitlik, Antikçağ'da "vatandaşlar arası eşitlik", Ortaçağ'da "Tanrı önünde eşitlik", Fransız Devrimi sonrası "kanun önünde eşitlik" ve Sanayi Devrimi'nin ardından da sosyal devletle ilişkili şekilde "sosyal eşitlik" şeklinde ortaya çıkmıştır.¹⁹

Eşitlik kavramı, şekli (mutlak) eşitlik, maddi (nispi, normatif) eşitlik ve sosyal eşitlik kavramları çerçevesinde üç başlık altında incelenebilir.²⁰

B. Şekli Eşitlik

Şekli eşitlik, genel ve soyut nitelikte olan kanunların, herkese eşit şekilde uygulanması anlamına gelmektedir.²¹ Bu kavram "kanun önünde eşitlik", "hukuk önünde eşitlik" ya da "yasal eşitlik" olarak da ifade edilebilir. Israel ve Foubert ile Tobler, şekli eşitliği Aristo'nun eşitlik düşüncesinden hareketle, kişilerin farklılıkları göz önüne alınmaksızın "*eşit olanlara eşit davranılması*" biçiminde ifade eder.²² Şekli eşitlik ilkesi, Aristo'nun denkleştirici adalet düşüncesine karşılık gelmektedir.

¹⁸ Akın, Tocqueville'in "*Halk özgürlük içinde eşitlik ister, ama bunu elde edemezse kölelik altında eşitliğe razıdır*" sözüne işaret etmektedir. İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1993, s.312-313; Demir, 2009(a), s. 58.

¹⁹ Sibel İnceleoğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.46.

²⁰ Merih Öden, "sayısal" eşitlik adı altında bir ayırım daha yapmaktadır. Bkz. Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 29. Türk hukuk doktrininde eşitliğin türleri farklı kelimelerle kullanılmaktadır. Ergun Özbudun tarafından "şekli" eşitlik ve "maddi" eşitlik olarak ele alınan kavramlar, Kemal Gözler tarafından sırasıyla "mutlak" eşitlik ve "nispi" eşitlik olarak anılmaktadır. "Normatif" eşitlik, Merih Öden tarafından "maddi" eşitlikle aynı anlamda kullanılmaktadır. Bazılarına göre ise şekli eşitlik ilkesi, eşit işlem doktrini; maddi eşitlik ilkesi ise özel işlem doktrini ile açıklanmaktadır. Bkz. R.Ben Israel and P. Foubert, "Equality and Prohibition of Discrimination in Employment" içinde **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, der. Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2004, s. 324-325.

²¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 137.

²² Israel and Foubert, s. 324; Tobler, 2005, s. 25.

Eşitlik, hem eşitlikten yararlananlar için temel bir hak; hem de kişileri temel hak ve özgürlüklerden yararlandırmakla yükümlü olanlar bakımından gözetilmesi gereken, devlet yönetimine egemen temel bir ilke olarak iki yönlüdür.²³ Eşitlik, eşitlikten temel hak olarak yararlananlara eşit işlem yapılmasını ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını tanımaktadır.²⁴ Kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, Devlet organları ve idare makamları, herkese aralarında hiçbir ayırım gözetmeksizin aynı işlemi uygulamakla yükümlüdür. Kişilerin eşitlik hakkına saygı gösterilmesi, Devlet organları ve idare makamları bakımından bir görev olarak kabul edilmektedir. Bu ilke hukuk devleti ilkesinin temel bir gereğidir.²⁵ Kanun önünde eşitlik ilkesine, temel hak ve özgürlüklerin kişilere hem tanınmasında, hem de kişilerin temel hak ve özgürlüklerden yararlandırılmasında başvurulur. Bu ilke İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde²⁶ (md.2 ve md.7) ve 1982 Anayasası'nda (md.10) “Herkes..” sözüyle başlayarak ifade edilmiştir.²⁷

Kanun önünde eşitlik, herkesin kanuna eşit biçimde tabi olmasını ve kanunların herkese eşit olarak uygulanmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda kişiler birer hukuk nesnesi olarak değil; hak sahibi olmaya ve yükümlülük üstlenmeye ehil birer hukuk öznesi olarak eşit şekilde değerlendirilmelidirler.²⁸

²³ Öden, s. 132; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Eylül 2009, s. 212; Özbudun, s. 137.

²⁴ Özbudun, s. 137.

²⁵ Akın, s. 316.

²⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 10 Aralık 1948'te BM Genel Kurulu'nun Paris oturumunda kabul edilmiştir. Tam metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000, ss. 3-13.

²⁷ Demir, 2009(a), s. 320. 1982 Anayasası'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, “Kanun Önünde Eşitlik” başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (md10/1) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (md.10/2) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.(md.10/3) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”. (md.10/4) Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerden kural olarak herkesin yararlanmasını öngörmekle birlikte, yabancılar için bu hak ve özgürlüklerin “kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak” sınırlanabileceğini (md. 16) kabul ettiği belirtilmelidir. Anayasa, 10.maddede yer alan ayırım sebepleri sınırlayıcı değil, örnekleyici olarak sayılmıştır. “Benzer sebeplerle” ayırım yapılamayacağı kuralı getirilerek, hem yaşamaya hem de yönetime ayırım yapılamayacak konuları genişletmek ve bu suretle kanun önünde eşitlik ilkesini güçlendirmek olanağı tanınmıştır. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 159.

²⁸ Öden, s. 136-137.

Şekli eşitlik, benzer durumda olanlara benzer şekilde, “tek ve aynı kural” uyarınca işlem yapılmasını gerektirmektedir.²⁹ Öden’e göre iki kişi arasında bu kişiler arasında onlara farklı davranılmasını gerektirecek haklı bir sebebin bulunmaması durumunda, bunlardan birisi için doğru ya da yanlış olan, diğeri için de aynı etkiyi yaratacaktır.³⁰

Kişiler hangi durumlarda eşit sayılmaktadır? Kişiler arasındaki her farklılık, onlar arasında ayırım yapılmasını haklı kılmakta mıdır? Bir başka ifadeyle yapılan her farklı işlem, ayrımcılık sayılmakta mıdır? Fredman, devletin ya da bireylerin kişileri çoğunlukla meşru kabul edilen bazı gerekçelerle gruplandırabileceğini öne sürmektedir. Örneğin bir vergilendirme işleminde mükellefler arasında gelir düzeylerine dayalı olarak yapılan ayırım, ayrımcılık sayılmayacaktır. Fredman’a göre, eşitlik, benzer durumda bulunan iki kişiye aynı şekilde davranılmasını gerektirir. Bu bağlamda iki kişiden birine diğlerinden daha az lehte davranılmamalıdır. Burada kastedilen her iki kişiye de daha az lehte davranmak suretiyle elde edilen bir eşitlik değildir. Örneğin İngiltere’de uzun yıllar kadın işçilere iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında kadın işçilere “özel koruyucu hükümler” bulunmaktaydı. Bu durumun, eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edildiğinde, kadınlara sağlanan korumanın kapsamının, erkekleri de içerecek şekilde genişletilmesi yerine, kadını koruyucu özel hükümlerin mevzuattan kaldırılması yoluna gidilmiştir. Farklı cinslerden birine uygulanmakta olan ayrıcalık, ortadan kaldırılarak, her iki cinse de eşit kurallar uygulanmaya başlanmıştır. Fredman, bir gruba tanınan ayrıcalıkları, diğer gruba da tanımak ve her iki gruba daha ileri seviyede eşitlik sağlanması yerine, ayrıcalıklı olan grubu kazandığı haklardan yoksun bırakarak daha aşağı seviyede bir eşitliğin öngörülmesine karşıdır.³¹ Ellis de, bu tür bir uygulamada eşitliğin şekli olarak sağlanmakla birlikte; çalışma ortamında çalışanları koruyucu düzenlemelerden

²⁹ Monica Diggs Mange, “The Formal Equality Theory in Practice: The Inability of Current Antidiscrimination Law to Protect Conventional and Unconventional Persons”, **Columbia Journal of Gender and Law**, Vol.16, No. 1, 2007, s. 3; Öden, s. 28.

³⁰ Öden, s. 28.

³¹ Fredman, 2002, s.8; Sandra Fredman, “Equality: A New Generation?”, **Industrial Law Journal**, Vol.30, No.2, June 2001, s.155.

kadınlar ve erkekleri eşit olarak yararlandırma düşüncesiyle hareket edilmediği görüşündedir.³²

Birbiriyle tamamen aynı olmayan kişiler arasındaki belirli farklılıkların gerçekten bir sorun teşkil edip etmediğinin tespitinde, kişilerin içinde yaşadıkları toplumun değer yargılarının etkisi de göz önüne alınmalıdır. Örneğin; kadının çocuklarına ve aile bireylerine bakma yükümlülüğüne ilişkin toplumsal değer yargıları, Doğu ve Batı toplumları bakımından farklı olduğundan, bu konudaki hukuksal düzenlemeler de birbirlerinden farklıdır. Bununla birlikte, kadının hamileliği sırasında çalışma ortamında korunmasına ilişkin hukuksal düzenlemelerde, toplumlar arasındaki kültürel farklılıklar değil, kadının biyolojik ve fizyolojik olarak korunması düşüncesi etkilidir. Cinsel tercih gibi toplumsal değer yargılarını ilgilendiren konular üzerinde henüz bir uzlaşma söz konusu değildir.³³

C. Maddi Eşitlik

Şekli eşitlik düşüncesi, kişiler arasında eşit olanlara eşit işlem yapılmasının adalete uygun olduğunu belirtmekle yetinir; bununla birlikte kişiler arasında haklar ve yükümlülükler bakımından eşitliğin sağlanması, onların her yönüyle benzer ya da eşit olmaları durumunda mümkün olabilir.³⁴ Şekli eşitlik ilkesi çerçevesinde, kanun koyucu tarafından herkese eşit haklar tanınmışsa da, kişiler arasında tam bir eşitlik bulunmadığından, içerisinde bulundukları durumlar, kişisel özellikleri, tercihleri gibi onları birbirlerinden farklılaştıran birtakım nedenlerle eşitliği bozan sonuçlarla karşılaşabilmektedirler. Bu durumda şekli eşitlik ilkesini destekleyecek başka bir ilkeye ihtiyaç vardır; o da maddi eşitlik ilkesidir. Maddi eşitliğin temeli, Aristo'nun dağıtıcı adalet düşüncesine dayanmaktadır.

Eşitlik ilkesi ile herkese tamamıyla aynı davranılması ya da aynı işlemlerin uygulanmasını kastedilmemektedir. Kişiler arasında ayırım yapılmasını gerektiren esaslı sebepler olması durumunda; onlara farklı davranılması eşitliği zedelemeyiz,

³² Evelyn Ellis, "Recent Developments in European Community Sex Equality Law", **Common Market Law Review** 35: 1998, s. 389.

³³ Israel and Foubert, s. 322.

³⁴ Öden, s. 26.

aksine eşitliğe ulaşılmasını sağlar.³⁵ Maddi eşitlik, benzer durum içerisinde bulunan kişilerin aynı işleme tabi olması ve bundan da öte, farklı durum içerisinde bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmasını gerektirmektedir.³⁶ Kişiler arasında fiili olarak ortaya çıkan eşitsizliklerin dengelenmesi ya da ortadan kaldırılması amacıyla haklı birtakım ayrımlar yapılması ve farklı gruplara farklı işlemlerin uygulanması maddi eşitlik ilkesinin gereğidir.³⁷ Kural, şekli eşitlik ile sınırlı kalmış olsaydı ve herkese her durumda eşit davranmak gerekseydi; eşit durumda olmayanlara eşit davranmak, eşitliğe aykırı sonuçlar yaratırdı.³⁸ Maddi eşitlik, Tobler'in ifadesiyle "*de facto eşitlik*"tir ve bu ilkeyle kişiler arasında son tahlilde gerçek anlamda bir eşitliğin sağlanması amaçlanmaktadır.³⁹

Eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadında da "maddi eşitlik ilkesi" temelinde değerlendirilmiştir: "*Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez*".⁴⁰

³⁵ Tobler, 2005, s. 26; Öden, s. 26.

³⁶ Gözler, s. 213.

³⁷ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 6. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 105. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, kadınların seçilme hakkına ilişkin verdikleri örnekte bazı ülkelerde uygulanan kotaları fiili eşitsizliği gidermeye yönelik önlemler olarak değerlendirmektedir.

³⁸ Fredman, 2002, s. 11.

³⁹ Tobler, 2005, s. 25.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10.maddesine ilişkin olarak verdiği 18.12.2008 gün ve E.2005/33 ve K.2008/182 sayılı kararı. Karar Metni İçin Erişim: <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2009/K.2008-182.htm>[12.11.2009] Anayasa'nın 10.maddesindeki eşitlik ilkesine açıklık getiren diğer kararlara örnek olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 gün ve E.1976/3 ve K. 1976/3 sayılı Kararı; 27.09.1989 gün ve E. 1988/7 ve K. 1988/27 sayılı Kararı; 01.07.1998 gün ve E.1996/74 ve K. 1998/45 sayılı Kararı; 11.05.1999 gün ve E. 1997/65 ve K. 1999/15 sayılı Kararı; 13.11.2008 gün ve E.2005/60 ve K.2008/162 sayılı Kararı; 20.03.2008 gün ve E.2006/44 ve K. 2008/81 sayılı Kararı; 18.09.2008 gün ve E.2003/103 ve K.2008/139 sayılı Kararı; 25.06.2009 gün ve E.2006/94 ve K. 2009/92 sayılı Kararı verilebilir.

Anayasa Mahkemesi, bir işlemin ayrımcı nitelikte olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak “haklı neden”, amaç olarak ise “kamu yararı”nın aranması gerektiği görüşündedir.⁴¹ Mahkeme’ye göre “...*Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulmaz. Ancak, durumlarındaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklara, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurmaz*”.⁴²

Anayasa Mahkemesi, haklı nedenin “*anlaşılabilir*”, “*amaçla ilgili*”, “*makul ve adil*” olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, incelenen düzenlemede birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birinin bulunmaması durumunda, eşitliğe aykırılık bulunduğu hükmeder.⁴³ Anayasa Mahkemesi, haklı neden ölçütünün kesin bir tanımını yapmamıştır. Bununla birlikte Gören’e göre, Mahkeme, “*gereklilik*”, “*zorunluluk*”, “*işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk*”, “*dengeli ve makul görülebilecek ölçüler*”, “*adaletli ve eşit ölçüler*” unsurlarını haklı nedeni açıklayan ölçütler olarak ifade etmektedir.⁴⁴ Israel ve Foubert’e göre kişilere farklı işlem yapılırken, mutlaka “*orantılılık ilkesine*” (*ölçülülük ilkesi*) göre hareket etmek gereği vardır.⁴⁵

D. Sosyal Eşitlik

Sosyal eşitlik ilkesi, sosyal adalet kavramıyla yakından ilişkilidir. Sosyal adalet, her bireye kendi yetenek ve değerine göre değil, herkese bütünün bir üyesi olarak düşen hak ve ödevlerin ne olduğunu belirler. Burada ölçü, bütünün iyiliği bir başka deyişle ortaklaşa iyi olmalıdır.⁴⁶ Sosyal adalet ilkesi, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan çağdaş toplum düzenlerinde ve yeni şekillenen

⁴¹ Gören, 1999, s. 402.

⁴² Anayasa Mahkemesi’nin 17.11.1998 gün ve E.1998/35 ve K. 1998/70 sayılı kararı. Karar metni için Erişim: <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/kararlar/IPTALITIRAZ/K1998/K1998-70.htm> [15.11.2009] R.G. 15.01.2003/24994. Anayasa Mahkemesi’nin haklı neden ölçütüne atıf yapılan diğer kararlarına 28.04.1983 gün ve E.1981/13 ve K. 1983/8 sayılı Kararı; 11.12.1986 gün ve E.1985/11 ve K. 1986/29 sayılı Kararı; 17.11.1998 gün ve E.1997/74 ve K. 1998/69 sayılı karar ile 22.9.1998 gün ve E. 1997/69 ve K.1998/54 sayılı karar örnek verilebilir.

⁴³ İnceleoğlu, s. 54.

⁴⁴ Gören, 1999, s. 402.

⁴⁵ Israel, Foubert, s. 328.

⁴⁶ Aral, s. 42.

anayasalarda toplumun tümüne karşılık gelen sermaye ile insan emeği arasında adil bir denge sağlamak amacıyla öngörülen, sosyal devlet düzeninin temel ilkesidir. Sosyal adalet, toplumda ekonomik değerler toplamı olan ulusal gelirin halkın birbirinden farklı grupları arasında dengeli ve adaletli bir şekilde dağıtılmasını, işin bu doğrultuda düzenlenmesini ve her bireyin topluma kazandırdığı değerle orantılı olarak ulusal gelirden pay almasını yani emeğe adil bir ücret ödenmesini gerektirmektedir.⁴⁷ Bu anlayış çerçevesinde devletin sosyal yaşama olumlu bir müdahalesi gerekmiş; devlete birtakım görevler yüklenmiş, özgürlüklerin toplum yararına sınırlandırılması ve sosyal hakların varlığı zorunlu hale gelmiştir. Sosyal devlet, bireylere insanlık onuruna yakışır bir yaşam düzeyi sağlanması amacıyla sosyal ve ekonomik hayat çerçevesinde kendisinden beklenen görevleri yerine getirmek ve gerekli önlemleri almakla yükümlü olan devlettir.⁴⁸ Ailenin, çocukların korunması, mesleki eğitim, iş bulma, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, sosyal güvenlik, engellilere, yaşlılara ve fakirlere yardım etmek, sosyal devletin başlıca ödevleri arasındadır.⁴⁹

İnsanları toplum içinde özgürlüğe ve bağımsızlığa kavuşturabilmek için klasik hürriyetler, negatif statü hakları tanımak yeterli değildir.⁵⁰ Kişilerin toplumdan ve devletten talep edebilecekleri bu haklara, öğretide “isteme hakları” da denilmektedir.⁵¹ İnsanları gerçek anlamda özgürlüğe kavuşturabilmenin ön şartı, onlara yoksulluktan kurtulma özgürlüğünü tanımaktır.⁵² Hukuk, sosyal ilişkilere dayandığı için “hak” kavramı, “sosyal” kavramını da barındırır.⁵³ Sosyal devlet, hukukunu sosyalleştirmekle ödevli olan devlettir.⁵⁴ Sosyal haklar Tanör tarafından, “sosyal eşitlik amacına yönelmiş haklar” olarak tanımlanmıştır.⁵⁵ Sosyal haklar, sadece devlete birtakım sosyal ödevler yüklemekle kalmaz, aynı zamanda üçüncü

⁴⁷ Adil İzveren, **Hukuk Felsefesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:45, Ankara, 1994, s. 159, 160.

⁴⁸ Akın, s. 317- 318.

⁴⁹ Sözer, 1994, s. 7.

⁵⁰ Kapani, s. 121.

⁵¹ Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 23.

⁵² Kapani, s. 121.

⁵³ Fevzi Demir, **Anayasa Hukukuna Giriş**, 5.bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1998, s.300.

⁵⁴ Tarık Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 723.

⁵⁵ Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978, s.93.

kişileri de sosyal hak sahibi yararına bir şey yapmaya ya da onun zararına yapmamaya zorlar. Özellikle yatay ilişkiler bakımından üçüncü kişinin bu nitelikteki ödevleri, “sosyal eşitlik” kavramıyla açıklanmaktadır. Sosyal hakların temel özelliği, esasen sosyal eşitsizliklere karşı tepkidir.⁵⁶ Sosyal haklar vasıtasıyla kişilerin yaşama başlangıç noktasındaki eşitsizlikleri giderilmeye ve varış noktasındaki başarısızlıklarının olumsuz etkileri hafifletilmeye çalışılır.⁵⁷ Sosyal haklar, ailenin korunması, eğitim ve öğrenim hakkı, kamu yararının korunması, çalışma hakkı, çalışma yaşamında çalışanların, kadınların ve çocukların çalışma şartları bakımından korunması, ücret ve ücretli izin hakları, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı, grev hakkı ve lokavt ile sosyal güvenlik haklarından oluşmaktadır.⁵⁸

II. EŞİT DAVRANMA İLKESİ

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukuku alanında ortaya çıkan şeklidir.⁵⁹ Dar anlamda eşit davranma ilkesi, işverenin akla uygun (makul) ve haklı bir nedene dayanmadıkça, aynı durumdaki çalışanlara eşit işlem yapmasını ve keyfi olarak farklı davranmamasını ifade eder. Geniş anlamda eşit davranma ilkesi ise hem bireysel hem toplu düzeydeki iş ilişkilerinde işverenin, işçilerine eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder.⁶⁰

Eşitlik ilkesi bir hakkın; eşit davranma ilkesi ise daha ziyade bir yükümlülüğün varlığına işaret etmektedir. Eşitlik bir duruma, eşit davranma ise bir eyleme ilişkindir.⁶¹ Eşit davranma ilkesi işverenin yönetim hakkıyla bağlantılı olup, işverenin eşit davranma ilkesinden doğan borcu, işçilerine eşit davranma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir.⁶² İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını işverenin işçiyi gözetme borcu, iş hukukunun işçiyi koruyucu

⁵⁶ Tanör, s. 79.

⁵⁷ Ayfer Göze, **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul, 1976, s. 136 naklen Ali Nazım Sözer, **Türkiye’de Sosyal Hukuk**, Ankara, 1994, s. 7.

⁵⁸ Demir, 1998, ss.300-311.

⁵⁹ Tuncay, s.5, Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 429; Şükran Ertürk, **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Sendikası AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Mart 2008, s. 36.

⁶⁰ Tuncay, s. 5-6.

⁶¹ Ertürk, 2002, s. 96.

⁶² Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s. 66; Ertürk, 2002, s.96.

niteliği, dürüstlük kuralı, adalet düşüncesi, ahlak, hakkaniyet ve anayasada yer alan eşitlik ilkesi oluşturmaktadır.⁶³ Tuncay, Tunçomağ ve Centel, eşit davranma yükümlülüğü ile Anayasa tarafından güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesinin çatışması durumunda, özellikle iş hukuku alanında, eşit davranma ilkesine sözleşme özgürlüğü ilkesine görece öncelik tanınmanın daha doğru olduğu görüşündedirler.⁶⁴

Mollamahmutoğlu'na göre, işverenin eşit davranma yükümlülüğü, işçileri arasında her durumda ayırım yapmama yükümlülüğü olarak anlaşılmamalıdır. Ayırım yapmama yükümlülüğü, şekli eşitlik ilkesinin eşit davranma yükümlülüğündeki görünümüdür. Bununla birlikte şekli eşitlik ilkesinin uygulanmasının eşitsizliğe yol açacağı bazı durumlarda işverenin işçileri arasında ayırım yapması gerekebilir; bu, eşit davranma yükümlülüğünün maddi eşitlikteki görünümünün bir sonucudur.⁶⁵ İşverenin işçilerine farklı davranmasını gerektiren haklı nedenlerin varlığına rağmen farklı davranmaması, eşit davranma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir.⁶⁶ Esasen, işverenin farklı durumda bulunan işçilere eşit davranması eşitsizlik yaratacaktır.⁶⁷ O halde eşit davranma yükümlülüğü, işverenin işçilere her durumda eşit davranmak zorunda olması demek değildir. İşverenin eşit davranma yükümlülüğüyle, aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler arasında keyfi olarak farklı işlem yapması engellenmektedir.⁶⁸

İşverenden eşit davranma yükümlülüğü çerçevesinde, aynı nitelik ve durumda olan, aynı kıdem ve statüye sahip olan işçiler arasında ayırım yapmaması beklenmektedir.⁶⁹ O halde, işverenin aynı durumdaki işçilere gerek objektif, gerekse subjektif niteliklerini göz önüne alarak işlem yapması, eşit davranma borcuna

⁶³ Ertürk, 2002, s. 96-97-98.

⁶⁴ Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2003, s. 133; Tuncay, s. 144.

⁶⁵ Mollamahmutoğlu, s. 429.

⁶⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 4. bası, BETA, İstanbul, 2008 (a), s.402.

⁶⁷ Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, Ocak 2009 (b), s. 166.

⁶⁸ Süzek, 2008 (a), s. 401; Mollamahmutoğlu, s. 429-430; Ertürk, 2002, s. 99.

⁶⁹ Demir, 2009 (b), s. 166; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Tuncay Senyen/Kaplan, **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. AŞ., Ankara, 2007, s. 158.

aykırılık oluşturmamaktadır.⁷⁰ İşverenin işçiler arasında yaş, kıdem, eğitim seviyesi, medeni hali gibi bazı objektif hususları temel alarak örneğin ikramiye ya da prim gibi ödemeleri yaparken bazı sınıflandırmalar yapması mümkündür. Bunun yanı sıra, işveren işçiler arasında çalışkanlık, beceriklilik, yetenek, liyakat, hastalık ve sakatlık gibi sübjektif hususları dikkate alarak da hareket edebilir.⁷¹ Bu sebeple işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü mutlak olarak uygulanmayacak ve işveren bu tür objektif ya da sübjektif esasları değerlendirerek, işçilere farklı işlemlerde bulunabilecektir.⁷²

İşveren, eşit davranma yükümlülüğünü yerine getirirken, ölçülülük ilkesine uygun hareket etmek zorundadır. Bir başka ifadeyle işçileri arasında yapacağı ayrımın işverenin dayandığı haklı sebebi oluşturan amaçla orantılı olması gerekmektedir.⁷³ Bunun yanı sıra eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için, birbiriyle kıyaslanabilir bir işçi grubunun varlığı ve işçilerin aynı işyerine ait olması, işveren ile eşit davranılmasını isteyen işçi arasında bir hukuki ilişkinin bulunması koşullarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁷⁴

İşverenin bir işçisine diğer işçilerinden farklı davranıp davranmadığının tespiti somut olayın özellikleri göz önüne alınmak suretiyle yapılmalıdır.⁷⁵ İşverenin işçilerine karşı keyfi olarak ayrımcı bir davranışta bulunup bulunmadığı somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecek; hukuk düzeninde açıkça sayılan ayırım sebeplerinin varlığı halinde, ayrımcı işlemlerde bulunamayacaktır. Mutlak ayırım yasağı anayasada, yasalarda ve uluslararası belgelerde düzenlenen, hukuk düzeninin sayma yoluyla açıkça tespit ettiği ve kesin olarak yasakladığı belirli nedenlere dayanarak,

⁷⁰ Süzek, 2008 (a), s. 401.

⁷¹ Tuncay, s. 132; Demir, 2009 (b), s.166-167; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi:15, İstanbul, Ekim 2006, s. 146.

⁷² Demir, 2009 (b), s.166-167.

⁷³ Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Mess Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, Aralık 2008 (b), s. 27.

⁷⁴ Tunçomağ ve Centel, s. 134; Aktay, Arıcı, Senyen/Kaplan, s.158-159; Mollamahmutoğlu, s. 433-434. Mollamahmutoğlu, belirtilenlere ek bir koşul daha saymaktadır. Yazar, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün ancak hukuken kollektif nitelikteki davranışlarından doğacağını belirtmektedir. Yazara göre bir ya da birkaç işçinin, ancak kollektif nitelikteki uygulamaların dışında tutulması halinde işverenin eşit davranma yükümlülüğünün ihlalden bahsedilebilir. Aksi halde, işverenin sadece bir işçiye yönelik davranışı eşit davranma yükümlülüğünün ihlali sayılmaz. Mollamahmutoğlu, 434 vd.

⁷⁵ Ertürk, 2002, s. 100; Tuncay, s. 123.

ayırım yapılmasının yasaklanmasını ifade eder.⁷⁶ Mutlak ayırım yasağı çerçevesinde işverenin işçilere dil, ırk, renk, cinsiyet, etnik köken, siyasal düşünce, din, felsefi inanç vb. nedenlerle farklı işlemde bulunması yasaklanmıştır.⁷⁷

III. AYRIMCILIK YASAĞI

Ayırım sözcüğü, “*bir kimse veya nesnenin bir başkasıyla karıştırılmamasını sağlayan ayrılık, benzer şeyleri birbirinden ayıran özellik, başkalık, fark*” anlamındadır.⁷⁸ Ayırım yapmak öncelikle, ayırmak, iki şey arasında bölüşüm yapmak eylemini ifade eder.⁷⁹ Hukuk dilinde ayırım yapmak ise, bir kişinin herhangi bir niteliğine dayanılarak keyfi ya da haksız bir davranışta bulunulması ve bu suretle mağdur edilmesi anlamını taşır.⁸⁰

Ayrımcılık dar anlamda, eşit olanlara “*eşit*” davranılması gerektiği halde, haklı bir sebebe dayanmaksızın “*farklı*” davranıldığı durumları kapsamaktadır.⁸¹ Ayrımcılık kavramı geniş anlamda ise, haklı bir neden olmaksızın eşit olanlara “*eşit*” davranılması gerektiği halde “*farklı*”, farklı olanlara ise “*farklı*” davranılması gerektiği halde “*eşit*” davranıldığında ortaya çıkmaktadır.⁸² Vierdag’a göre ayrımcılık geniş anlamda, kişilerin özelliklerine ilişkin değer yargılarına dayanılarak, onlara hem eşit hem de farklı davranılması durumunda ortaya çıkabilir.⁸³

Hervey’e göre ayrımcılık, kişiler her ne kadar ayrımcı işleme bireysel olarak maruz kalsa da, onların birey olmalarıyla değil, bir grup ya da topluluk içinde

⁷⁶ Tuncay, s. 123.

⁷⁷ Fredman, 2002, s. 8; Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2000, s. 95; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 145; Aktay, Arıcı, Senyen/Kaplan, s. 158.

⁷⁸ Ayırım kelimesinin anlamı için bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, Erişim: [http://tdkterim.gov.tr/bts\[12.04.08\]](http://tdkterim.gov.tr/bts[12.04.08])

⁷⁹ Israel, Foubert, s. 328.

⁸⁰ Tamara Hervey, **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1993, s. 24; Israel, Foubert, s. 328.

⁸¹ Hervey, 1993, s.24; Israel, Foubert, s. 329; Tobler, 2005, s. 42.

⁸² Onaran-Yüksel, s. 95; Israel, Foubert, s.329; Tobler, 2005, s. 42. Eşit durumlara haklı nedenin varlığı halinde farklı işlemde bulunulması, ayrımcılığı değil, objektifliği içeren farklılaştırma işlemini yaratmaktadır. Bkz. Israel, Foubert, s. 329.

⁸³ Tobler, 2005, s. 42.

bulunmalarıyla ilişkilidir.⁸⁴ Onaran-Yüksel, ayrımcılığı kişilerin belirli bir gruba üye olmaları ya da belirli niteliklere sahip olmaları nedeniyle, diğer kişilere göre farklı işlem görmeleri ya da mağdur olmaları olarak tanımlamaktadır. Kişiler, doğaları gereği değişmez belirli niteliklere sahip olmaları dolayısıyla belirli bir cinsiyet grubuna dahil olurlar.⁸⁵ Bu gruba ait kalıplaşmış bazı nitelikler, ayrımcı işleme maruz kalan kişide bulunmasa dahi, onun da özellikleri olarak değerlendirilir. Benzer şekilde Hervey’de ayrımcılığın bir kişiye birey olarak değil; bir grubun üyesi olarak davranılması halinde, ortaya çıktığını ifade etmektedir.⁸⁶ Fredman’a göre, ayrımcılığın ortadan kaldırılması için, bireylere üyesi oldukları toplulukların özelliklerine değil, onların kişisel değerlerine itibar edilerek, işlemde bulunulması gerekmektedir.⁸⁷

Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kanunda yer alan dil, ırk, renk, cinsiyet, etnik köken, siyasal düşünce, din, felsefi inanç gibi nedenlerden birine dayanılarak, bir kişi ya da kişi grubuna, aynı ya da benzer konumda olduğu diğer kişilere göre keyfi olarak eşit davranmamak ya da onları mağdur etmek anlamına gelmektedir.⁸⁸ Doğrudan ayrımcılıkta, kişilere aynı ya da benzer konumda olanlara göre daha olumsuz sonuçlar yaratan ya da bu tür bir sonucun ortaya çıkma olasılığını doğuran farklı işlemlerin yapılması söz konusudur.⁸⁹ Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın ya da ölçütün belirli bir gruba ait kişileri, diğerleriyle karşılaştırıldığında mağdur ettiği ve haklı bir sebeple gerekçelendirilemediği durumlarda ortaya çıkar.⁹⁰ Dolaylı ayrımcılıkta, farklı işlemde bulunulması değil, eşit davranılması suretiyle ayrımcılık doğuran bir işlemde bulunulması yasaklanmaktadır.⁹¹

⁸⁴ Hervey, 1993, s. 24-25.

⁸⁵ Onaran-Yüksel, s. 38-39.

⁸⁶ Hervey, 1993, s. 25.

⁸⁷ Fredman, 2001, s. 154.

⁸⁸ Onaran-Yüksel, s.96. Onaran-Yüksel, doğrudan ayrımcılığı cinsiyet ayrımcılığı çerçevesinde tanımlamıştır.

⁸⁹ İdil Işıl Gül, **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 201.

⁹⁰ Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 75.

⁹¹ Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayını, 2009, s. 10.

İKİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI BELGELERDE CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I.GENEL OLARAK

Uluslararası belgelerde cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemelerin incelenmesi, Avrupa Birliği (AB) Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı konusunda karşılaştırmalı bir değerlendirmenin yapılması bakımından önem taşımaktadır.

AB'ye üye devletlerin çoğu, Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve Avrupa Konseyi'nce düzenlenen uluslararası antlaşmaların tarafıdır.⁹² Devletlerin, taraf oldukları uluslararası antlaşmalar, uluslararası alanda bağlayıcıdır. Uluslararası antlaşmaların ulusal alanda bağlayıcılığı ise her devletin ulusal hukuk düzeninde öngörülen yönteme uygun olarak onaylanmasına bağlıdır.⁹³

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BELGELERİ

A. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler⁹⁴, uluslararası barış ve güvenlik ile insan haklarının korunması, ekonomik ve sosyal kalkınmanın gerçekleştirilmesi ve devletler arasındaki ilişkilerin çok taraflı diplomasi vasıtasıyla geliştirilmesi amacıyla kurulan

⁹² AB üyesi devletlerin, BM, UÇÖ ya da Avrupa Konseyi tarafından yapılan uluslararası antlaşmalara taraf olma durumuna ilişkin bilgi, her antlaşmaya ilişkin dipnotta verilmiştir.

⁹³ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Kaynakları**, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2006, ss.29-31.

⁹⁴ Birleşmiş Milletler Antlaşması, (Şartı) 25 Nisan 1945'de San Francisco'da (ABD) toplanan BM Uluslararası Örgütlenme Konferansı'nı takiben, Türkiye'nin de katıldığı 51 ülke tarafından 26 Haziran 1945'de imzalanarak, 24 Ekim 1945'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 4801 sayılı ve 15.08.1945 tarihli kanunla onaylanmıştır. (RG. S: 6902; T: 24.08.1945) Bkz. Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi Ankara, "BM Kuruluşun Kilometre Taşları", Erişim:<http://www.unicankara.org.tr/index.php?ID=211&LNG=1>[21.12.07]; Fikret Birdişli, "Birleşmiş Milletler (BM)'in Uluslararası Sorunları Önleyebilme Yeteneği" **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Sayı 3/11, 2010, s. 2; Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın İngilizce metni için Erişim: <http://www.un.org/aboutun/charter/>[20.12.07].

bir uluslararası örgüttür.⁹⁵ Birleşmiş Milletler, demokrasi, dayanışma, kalkınma, kültürel çeşitlilik ve hukuk devletine ilişkin değerleri geliştirmeyi amaç edinmiştir.⁹⁶

1. Birleşmiş Milletler ile Avrupa Birliği Arasındaki İlişki

Avrupa Birliği, uluslararası hukukta tamamıyla bir devlet ya da uluslararası örgüt olarak nitelendirilemeyen, sui generis bir oluşumdur. Bu sebeple AB, sadece devletlerin üye olabildiği BM'ye üye değildir.

Avrupa Topluluğu, 1974'ten beri, Birleşmiş Milletler'de gözlemci statüsüne⁹⁷ sahiptir.⁹⁸ ATA'nın 302. maddesi, AT'nun Birleşmiş Milletler'in organları ve uzman kuruluşlarıyla, amaca hizmet eden ilişkiler tesis etmesinin hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Bu maddedeki düzenleme çerçevesinde, AT, BM ile akdedilen gümrük ve ticaret anlaşmalarına taraf olma yetkisine de sahiptir.⁹⁹

Avrupa Topluluğu, BM Genel Kurulu ve ona bağlı komiteler, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve ona bağlı komisyonlar ile yardımcı organlar, çeşitli fonlar ve programlarda gözlemci olarak bulunur. Buna karşılık, BM Güvenlik Konseyi'nde gözlemci statüsü bulunmamaktadır. AT, BM organlarının çalışmalarına kabul edilmesi şartıyla katılabilir; ancak bu organların karar mekanizmalarında yer alamaz.¹⁰⁰

⁹⁵ Sur, 2006, s. 169. AB'ye üye ülkelerin tamamı, 192 üyesi bulunan BM'ye üyedir. Bkz. Birleşmiş Milletler Resmi Sitesi Erişim: <http://www.un.org/en/members/index.shtml>[20.12.07]

⁹⁶ Avrupa Birliği Resmi Sitesi, "The EU at the UN-Overview", s.3, Erişim: http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_1001_en.htm[18.05.09]

⁹⁷ BM'de gözlemci statüsü, İsviçre gibi üye olmayan ülkelere, uluslararası örgütlere ya da sui generis varlıklara tanınmaktadır. BM gözlemci statüsü, BM Genel Kurulu'nun tek taraflı olarak verdiği ve ilgili varlığın BM oturumlarına katılmaya davet edildiğini içeren bir önerge aracılığıyla verilmektedir. Bkz. Lucia Cavicchioli, "The Relations Between the European Community and the International Labour Organization", içinde **The European Union As An Actor in International Relations**, der. Enzo Cannizzaro, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 255.

⁹⁸ AT'nin gözlemci statüsünün hukuki dayanağı için bkz. UN General Assembly Resolution, 3208 (XIX), 11.10.1974; Erik Knud Jørgensen, **The European Union and International Organizations**, Routledge Publishing, NY, 2009, s.41; Avrupa Birliği Resmi Sitesi, "The EU at the UN-Overview", s.4, Erişim: http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_1001_en.htm[18.05.09]

⁹⁹ Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ, , İstanbul, 2000, ss. 57-59; Jørgensen, s. 42; Ercüment Tezcan, **Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku**, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Ankara, Kasım 2005, s.74.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jørgensen, s. 41.

Avrupa Topluluğu'nun mevcut bir uluslararası örgüte katılabilmesi için, ilgili örgütün statüsünde değişiklik yapılarak, devletlerin yanı sıra uluslararası örgütlerin de katılımına olanak tanınması gerekmektedir.¹⁰¹ Bu çerçevede, 1991 yılında Avrupa Topluluğu ilk defa BM'nin Gıda ve Tarım Örgütü'ne tam üye olarak kabul edilmiş ve ilk kez bir BM kuruluşunda oy hakkına sahip olmuştur. Avrupa Topluluğu, yetkilerin üye devletler tarafından kendisine devredildiği alanlarda -oy kullanmak dahil- tüm üye devletler adına hareket etmektedir.¹⁰²

Avrupa Topluluğu, BM'de Avrupa Komisyonu aracılığıyla temsil edilmektedir. AB'ye üye devletler, Avrupa Komisyonu'na Topluluğun yetki alanına giren konularda, Topluluk adına uluslararası antlaşmaları müzakere etme yetkisi vermiştir. Topluluğun bir ya da daha fazla ülke ya da uluslararası örgütle antlaşma yapma yöntemi, ATA 300.maddede düzenlenmektedir. Bu hüküm gereğince, uluslararası antlaşmaları müzakere etme yetkisi Komisyon'a attır. Uluslararası antlaşmaları yapma yetkisi ise, ATA'da açıkça Komisyon'a ait olduğu belirtilmediği sürece, kural olarak Bakanlar Konseyi'ne aittir.¹⁰³

Lizbon Antlaşması'nın¹⁰⁴ 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa Birliği, ABA'nın 47. maddesi uyarınca tüzel kişilik kazanmış ve Avrupa Topluluğu'nun yerini almıştır. Bu tarihten sonra Avrupa Birliği, Avrupa Topluluğu'nun -Birleşmiş Milletler'deki statüsü dahil olmak üzere- tüm haklarının yararlanıcısı ve yükümlülüklerinin muhatabı olmuştur.¹⁰⁵

¹⁰¹ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Avrupa Topluluğu'nun La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2008, ss. 138-139.

Erişim: <http://www.auhf.ankara.edu.tr/.../AUHF-2008-57-03>[18.05.09]

¹⁰² Avrupa Birliği Resmi Sitesi, "The EU at the UN-Overview", s.5,

Erişim: http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_1001_en.htm[18.05.09]

¹⁰³ Tekinalp, ss.58-59.

¹⁰⁴ Reform Antlaşması olarak da adlandırılan Lizbon Antlaşması, AB üye devletlerinin liderleri tarafından 13 Aralık 2007'de Lizbon'da imzalanmış; 1 Ocak 2009'da ise yürürlüğe girmiştir. Bu Antlaşma ile AB'nin kurumsal yapısına pek çok önemli değişiklik getirilmiştir. Antlaşma metni için Erişim: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=en>[04.06.10]

¹⁰⁵ Avrupa Birliği Resmi Sitesi, "European Union@United Nations, Partnership in Action",

Erişim: http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_7075_en.htm[18.05.2009]

2. Birleşmiş Milletler ile Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasındaki İlişki

AB'ye üye devletler, aynı zamanda BM'nin de üyesidirler.¹⁰⁶ AB üyesi devletler, BM tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmeleri onaylamaları halinde, uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığı ilkesi gereği, bunlarla hukuken bağlı olup, ulusal hukuklarına aktarmakla yükümlüdürler.

B. BM Belgelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda, Birleşmiş Milletler'in ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunların çözülmesinde ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip, güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlayacağı belirtilmiştir. (md.1/3)

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Uluslararası Ekonomik ve Sosyal İşbirliği başlığını taşıyan 9. Bölümü'nün 55/c maddesinde BM'nin ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini, kolaylaştıracağı ifade edilmiştir.

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan hakları alanındaki en temel uluslararası belgelerden biri, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'dir.¹⁰⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, tüm dünyaya ait bir "İnsan Hakları Anayasası" olarak değerlendirilmekte ve insan hakları alanındaki tüm

¹⁰⁶ Bkz. Birleşmiş Milletler Resmi Sitesi, "Members of the United Nations", Erişim: <http://www.un.org/en/members/index.shtml>[19.05.09]

¹⁰⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 10 Aralık 1948'te BM Genel Kurulu'nun Paris oturumunda kabul edilmiştir. Türkiye'nin de içlerinde bulunduğu BM üyesi 48 devletin temsilcileri oylamada Bildiri'ye "olumlu oy" vermişlerdir. Bildiri'ye "karşı oy" veren çıkmamakla birlikte, 8 üye devlet "çekimser oy" kullanmışlardır. Bildiri'nin resmi Türkçe çevirisi, 27 Mayıs 1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de onaylanmıştır. Rona Aybay, "Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", Erişim: http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/insan_haklari_evrensel_bildirisi.doc[01.10.09] İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, ss. 3-12; Ayrıca bkz. BM resmi sitesi, Erişim: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/trk.htm>[01.10.07]; Erişim: <http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/iehb.html>[01.10.07]

uluslararası sözleşmelerin dayanağını oluşturmaktadır. Bildiri, bir Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı olup, uluslararası antlaşma niteliğinde değildir. Bu sebeple Bildiri'nin hukuki bağlayıcılığı yoktur ve taraf ülke bulunmamaktadır.¹⁰⁸

Eşitlik ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları; akıl ve vicdana sahip olup, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla hareket etmeleri gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. (md.1)

Bildiri'de kişiler arasında ayırım yapılmasının yasaklandığı ölçütler belirtilmiştir. Buna göre, herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, uyrukluk ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statüye dayalı ayrımcılık olmaksızın bu Bildiri'de düzenlenen tüm haklara ve özgürlüklere sahiptir. (md.2/1)

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde kanun önünde eşitlik, herkesin hukuk önünde eşit olduğu ve herhangi bir ayrımcılık olmaksızın, eşit korunma hakkına sahip olduğu ve herkesin bu Bildiri'yi ihlal eden herhangi bir ayrımcılığa ve bu tür bir ayrımcılığa yönelik herhangi bir kışkırtmaya karşı eşit biçimde korunma hakkına sahip olduğu şeklinde düzenlenmiştir. (md.7) Madde metninde kanun önünde eşitlik ve kanunun ayrımcılık yapmaksızın, eşit şekilde koruması bir arada ifade edilmiştir.¹⁰⁹

2. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM tarafından 1966'da kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi,¹¹⁰ (MSHS) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde bulunan hakları daha

¹⁰⁸ Zeynep Oya Usal, **Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye**, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul, 2006, s. 9-10.

¹⁰⁹ Li Weiwei, "Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law", Norwegian Centre for Human Rights, Research Notes 03/2004, s. 15; Erişim:<http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html>[09.10.2008]

¹¹⁰ Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye 165 ülke taraftır. AB'ye üye ülkelerin tümü, MSHS'ye taraftır. Türkiye, MSHS'yi 15 Ağustos 2000'de imzalamış; 4868 sayılı ve 4 Haziran 2003 tarihli "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası

ayrıntılı bir şekilde düzenlemekte ve halkların kendi kaderini tayin hakkı ve azınlık hakları gibi bazı yeni haklar için de koruma sağlamaktadır.¹¹¹

MSHS’de, Sözleşme’nin tarafı her devletin, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan tüm bireyler bakımından ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başkaca statü gibi herhangi bir türde ayırım yapılmaksızın, bu Sözleşme’de tanınan haklara saygı göstermeyi ve bunları güvence altına almayı üstleneceği hüküm altına alınmıştır. (md.2/1)

Taraf devletlerin, Sözleşmede düzenlenen tüm medeni ve siyasi haklardan kadın ve erkeklerin eşit olarak yararlanmalarını güvence altına alacakları öngörülmüştür.(md.3) Sözleşme’de ailenin korunmasına ilişkin hüküm çerçevesinde, taraf devletlere, evlenmede, evlilik süresince ve boşanmada haklar ve sorumluluklar bakımından eşlerin eşitliğini temin edecek uygun önlemleri alma borcu yüklenmektedir. (md.23/4)

Sözleşme’de herkesin, kanun önünde eşit olduğu ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın kanun tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda kanun her türlü ayrımcılığı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temelde yapılabilecek ayrımcılığa karşı tüm kişilerin etkili ve eşit biçimde korumasını güvence altına alacaktır. (md.26)

3. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM’nin Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi¹¹², (ESKHS) aynı tarihte kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar

Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunla” beyanlar ve çekince ile onaylamıştır. (RG S: 25142, T:18.06.2003) Sözleşme, 23 Eylül 2003’te yürürlüğe girmiştir.

MSHS’nin tam metni için bkz. Gemalmaz, ss. 31-62.

Ayrıca bkz. Erişim: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>[20.11.07]

¹¹¹ Usal, s. 11.

¹¹² Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu’nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 3 Ocak 1976’da yürürlüğe girmiştir.

Sözleşmesi'ni tamamlayıcı nitelikte olup; ekonomik, sosyal ve kültürel hakları düzenlemektedir. ESKHS'de İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, sendika ve grev hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı gibi sosyal haklar daha ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.¹¹³

ESKHS'de, Sözleşme'ye taraf devletler, bu Sözleşme'de güvence altına alınan hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statülere dayalı olanlar gibi hiçbir türdeki ayrımcılık yapılmaksızın kullanılacağını garantisini taahhüt etmişlerdir. (md. 2/2)

Taraf devletlere, bu Sözleşme'de düzenlenen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan erkeklerin ve kadınların eşit biçimde yararlanma hakkını temin etmek yükümlülüğü getirilmiştir. (md.3)

ESKHS'de, Sözleşme'ye taraf devletlerce, herkese adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanma hakkının tanınması; özellikle kadınların, erkeklerle eşit çalışma koşullarına tabi olmalarının güvence altına alınması ve eşit ve eşdeğerdeki işe, herhangi bir biçimde ayrıma tabi tutulmaksızın, adil ve eşit ücret ödenmesinin güvence altına alınması öngörülmüştür. (md.7/a-(i)) Buna ek olarak, taraf devletlerin kıdem ve yeterlilik dışında hiçbir değerlendirmeye tabi olmaksızın, herkesin işinde uygun bir üst düzeye yükselmesinde fırsat eşitliği sağlanmasını güvence altına alacakları düzenlenmiştir. (md.7/c) ESKHS'de, çalışan annelere doğum öncesinde ve sonrasında da makul süreyle özel koruma sağlanacağı ve çalışan annelerin bu dönemde ücretli izinden ya da uygun sosyal güvenlik olanakları olan izinden yararlandırılmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. (md.10/2)

Sözleşme'ye 160 ülke taraftır. AB'ye üye ülkelerin tümü, ESKHS'ye taraftır. Türkiye, ESKHS'yi 15 Ağustos 2000'de imzalamış; 4867 sayılı ve 4 Haziran 2003 tarihli "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunla" beyanlar ve çekince ile onaylamıştır. (RG S: 25142, T:18.06.2003) Sözleşme, 23 Eylül 2003'te yürürlüğe girmiştir.

ESKHS'nin tam metni için bkz. Gemalmaz, ss. 13-30.

Ayrıca bkz., Erişim: <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmekohak.html>[20.11.07]

¹¹³ Usal, s. 16.

4. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW)

a. Sözleşme Öncesi Hazırlık Dönemindeki Gelişmeler (Birinci ve İkinci Dünya Kadın Konferansları)

BM, 20.yüzyılın ikinci yarısından itibaren, toplumsal cinsiyet ve cinsiyete dayalı ayrımcılık konusundaki uluslararası faaliyetlerde çok etkili bir rol oynamıştır.¹¹⁴ Toplumsal cinsiyet alanındaki uluslararası gelişmelerde, BM'nin öncülüğünde düzenlenen Dünya Kadın Konferansları'nın büyük etkisi olmuştur. BM Genel Kurulu, Birinci Dünya Kadın Konferansı'nın (Meksika,1975) ardından, 1975-1985 yılları arasındaki dönemi, Kadın On Yılı olarak ilan edilmiştir. Kadın On Yılı'nın ana konusu, istihdam, sağlık ve eğitim olarak belirlenmiştir. On yıllık dönemin ilk beş yılındaki gelişmelerin değerlendirilmesi amacıyla 1980 yılında Kopenhag'da İkinci Dünya Kadın Konferansı düzenlenmiştir. Konferans'ta kabul edilen Eylem Planı, toplumsal cinsiyet alanında dezavantajlı durumda bulunan kadınların durumunun iyileştirilmesi konusunda alınması gereken önlemleri içermektedir.¹¹⁵

b. Sözleşmenin Kabul Edilmesi

BM, 1979 yılında Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'yi (CEDAW)¹¹⁶ kabul etmiştir. Cinsiyet ayrımcılığı, CEDAW ile

¹¹⁴ Bihterin Dinçkol, "Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s. 102.

¹¹⁵ Demet Özdamar, **Türk Kadın Hukuku Mevzuatı**, Seçkin Yayıncılık AŞ., Ankara, 2009 (a), s. 768.

¹¹⁶ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1 Mart 1980'de imzaya açılmış; 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. AB'ye üye ülkelerin tümü CEDAW'a taraftır. CEDAW'a 186 devlet taraftır. Taraf Devletler için, Bkz. Birleşmiş Milletler Örgütü Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm>[11.12.2007]; Türkiye CEDAW'ı 1985'te imzalamış; 3232 Sayılı ve 11 Haziran 1985 tarihli "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine (CEDAW) Katılımın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"la çekincelerle onaylamıştır. (RG S: 18858, T: 14.10.1985) Sözleşme, 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. CEDAW'ın tam metni için bkz. Demet Özdamar, **CEDAW Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, ss.530-538.

Ayrıca bkz. BM Resmi Sitesi,

Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>[20.11.07]

toplumsal cinsiyet alanında ilk kez ele alınmıştır. Bu belge, “kadınların insan hakları bildirgesi” olarak da nitelendirilmektedir.¹¹⁷

CEDAW, kadınların insan hakları alanında daha fazla korunması gerektiği düşüncesinden hareketle hazırlanmıştır.¹¹⁸ CEDAW’ın gerekçesinde, Sözleşme’ye taraf devletlerin, kadın haklarını ulusal ve uluslararası düzeyde ele alan pek çok hukuksal düzenleme bulunmasına karşın, uygulamada kadınlara karşı ayrımcılığın devam etmekte olmasından kaygı duydukları belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, ailenin ve toplumun gelişmesine kadının büyük katkısının henüz tam olarak kabul edilmemiş olduğuna, anneliğin toplumsal bakımdan önemi ile her iki eşin aile içindeki ve çocuğun yetiştirilmesindeki rolüne işaret edilmiş ve kadının doğurganlıktaki rolünün ayrımcılık için bir temel sayılamayacağı ve çocuk yetiştirilmesinde sorumluluğun kadın ve erkek ile toplum arasında paylaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Gerekçede erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşebilmesi için kadınlarla birlikte erkeklerin de toplum ve aile içindeki geleneksel rollerinde bir değişiklik ihtiyacı bulunduğu taraf devletlerce kabul edilmiş olması önemlidir.

CEDAW’da kadınlara karşı ayrımcılık kavramı, 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 herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama olarak tanımlanmıştır. (md.1) Tanımdaki “....sonucu doğuran” ifadesinden, madde kapsamına sadece doğrudan ayrımcılığın değil; dolaylı ayrımcılığın da dahil edildiği anlaşılmaktadır. Maddede yer alan “....diğer alanlardaki” ifadesiyle de ayrımcılığın uygulandığı alanların metinde belirtilenlerle sınırlı olmadığı sonucuna varılmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁷ B. Dinçkol, s. 108.

¹¹⁸ Gülay Arslan, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Usuller), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 4; Rebecca J. Cook, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, **Human Rights Quarterly**, Vol.15, No.2, (May 1993), s. 239.

¹¹⁹ Arslan, s. 12.

Sözleşme’de taraf devletlerce kadınlara karşı yapılan her türlü ayrımcılığa son verilmesi amacıyla, hukuki alanda ivedilikle alınması yükümlülüğü olan önlemlere yer verilmiştir. Bu önlemler, kadın erkek eşitliği ilkesinin ulusal hukuk sistemlerinde içselleştirilmesi, kadınlara karşı ayrımcılığı yasaklayan ve yaptırımlar içeren gerekli mevzuatın çıkarılması, kadınların haklarını koruyacak hukuki mekanizmaların kurulması, kamu kurum ve kuruluşları dahil olmak üzere herhangi bir kişi, kurum ya da kuruluş tarafından kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasının önlenmesi, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan mevcut hukuksal düzenlemelerin, geleneklerin ve uygulamanın değiştirilmesi ya da kaldırılması ile kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal ceza hükümlerinin kaldırılmasına ilişkindir. (md.2)

Sözleşme’de kadınların tam olarak gelişmelerinin ve ilerlemelerinin sağlanması, erkeklerle eşitlik temeline dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerinin güvence altına alınması ve kullanılmasının sağlanması amacıyla taraf devletlerce başta siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlar olmak üzere, her alanda gerekli tüm önlemlerin alınması gerekliliğine işaret edilmiştir. (md.3)

CEDAW’da taraf devletlerin geçici olarak alacakları özel önlemler, diğer bir ifadeyle olumlu ayrımcılık kurumu da düzenlenmiştir. Sözleşme ile, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sadece hukuksal olarak değil, aynı zamanda fiili olarak da yaşama geçirilmesi amaçlanmaktadır. Olumlu ayrımcılığı düzenleyen bu hükümle şekli eşitliğin ötesine geçilmiştir.¹²⁰ CEDAW’ın önemi, fiili eşitliği ön plana çıkaran bir uluslararası belge olması nedeniyle daha da artmaktadır.¹²¹ Bu çerçevede, taraf devletlerin fiili eşitliği sağlamaya yönelik olarak aldıkları geçici nitelikteki önlemlerin ayrımcılık oluşturmayaacağı, ancak bunların hiçbir şekilde eşitlikçi olmayan standartların sürdürülmesi sonucunu da doğurmayacağı belirtilerek, fırsat ve muamele eşitliğini sağlama amacı gerçekleştirildiğinde bunların uygulanmasına son

¹²⁰ Richard Pierre Claude and Burns H. Weston, **Human Rights in the World Community-Issues and Action**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, s. 126.

¹²¹ Christopher McCrudden and Sacha Prechal, “The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach”, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, 2009, s.11.

verileceği hükme bağlanmıştır. Taraf devletlerce anneliği korumak amacıyla alınan tüm özel önlemlerin de aynı kapsamda değerlendirileceği ifade edilmiştir. (md.4)

Sözleşme’de çalışma hakkı çerçevesinde, taraf devletlerin, kadın erkek eşitliğini istihdam alanında sağlamak ve bu alandaki ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere onlara erkeklerle eşit haklar tanıyacakları öngörülmüştür. Bu haklar özellikle, çalışma, aynı istihdam olanaklarından yararlanma, mesleğini ve işini serbestçe seçme, çıraklık eğitimini de kapsar şekilde mesleki eğitim, meslekte ilerleme, iş güvenliği, hizmet karşılığı fırsat ve çıkarlardan yararlanma, eşit ücret ve eşit işlem, sosyal güvenlik, ücretli izin ve çalışma şartlarında güvenlik haklarından oluşmaktadır. Taraf devletlerin evlilik ya da annelik nedenleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellemek ve çalışma hakkını etkili bir şekilde korumak amacıyla almaları gereken önlemler de sıralanmıştır. Bu önlemler, hamilelik veya annelik izni ile aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına ilişkindir. Bunun yanı sıra madde kapsamındaki önlemlerin bilim ve teknoloji ışığında dönemsel olarak gözden geçirileceği ve gerekli görülmesi halinde düzeltileceği ya da kaldırılabilirliği hükme bağlanmıştır.(md.11)

c. Sözleşmenin Uygulanmasının Denetlenmesi

CEDAW’ın taraf devletlerce uygulanmasını denetleme görevi, Sözleşme çerçevesinde oluşturulan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’ne verilmiştir. Komite, Sözleşme’nin kapsadığı alandaki uzmanlardan oluşan yarı-yargısal bir denetim organı olup¹²²; CEDAW sistemi içerisindeki görev ve yetkileri Sözleşme’nin 17 ile 22. maddeleri arasındaki 6. bölümde düzenlenmiştir.¹²³

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin dört temel görevi bulunmaktadır. Bu görevlerden ikisi, Sözleşme’nin 18. maddesi gereğince taraf devletlerce sunulan ve Sözleşme’nin uygulanmasına ilişkin olarak

¹²² Arslan, s. 25.

¹²³ Catherine Tinker, “Human Rights for Women: The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, **Human Rights Quarterly**, Vol.3, No.2, (May 1981), s. 38.

alınan önlemleri ve gelişmeleri içeren devlet raporlarını incelemek ve 21. madde gereğince ilgili devlet raporları ışığında öneriler ve genel nitelikte tavsiyelerde bulunmaktan oluşmaktadır. Komite'nin diğer görevleri ise BM Genel Kurulu'nun 6 Ekim 1999 tarihinde 54/4 sayılı Kararı ile kabul ettiği Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne İlişkin Seçmeli Protokol¹²⁴ çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede Komite, Seçmeli Protokol'ün 2. maddesiyle getirilen bireysel şikayet başvurusu kapsamında yapılan başvuruları incelemek ve Protokol'ün 8. maddesinde düzenlenen soruşturma usulünü yürütmekle görevlidir.¹²⁵ Seçmeli Protokol'ün kabul edilmesi, Komite'nin önemini arttırmıştır.¹²⁶

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, 5 Numaralı Genel Tavsiyesi'nde taraf devletlerin, Sözleşme'nin tamamen uygulanması için kadın ve erkek arasındaki eşitliği fiili olarak geliştirecek önlemleri alma yönünde harekete geçmesi gerektiğini ifade etmiştir. Komite, Sözleşme'nin olumlu ayrımcılığa ilişkin dördüncü maddesine atıfta bulunarak, taraf devletlere kadınların eğitim, ekonomi, siyaset ve istihdam alanlarıyla bütünleştirilmesini hızlandıracak, olumlu ayrımcılık, ayrıcalıklı işlem ve kota sistemleri gibi geçici ve özel nitelikteki önlemlere daha sıklıkla başvurmaları konusunda tavsiyelerde bulunmuştur.¹²⁷

d. Sözleşmenin Kabul Edilmesini İzleyen Dönemdeki Gelişmeler (3. ve 4. Dünya Kadın Konferansları)

CEDAW'ın ardından, 1985'de Nairobi'de Üçüncü Dünya Kadın Konferansı ve 1995'te Pekin'de Dördüncü Dünya Kadın Konferansı düzenlenmiştir.¹²⁸ BM

¹²⁴ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme'ye İlişkin Seçmeli Protokol, 10 Aralık 1999'da imzaya açılmış; 22 Aralık 2000'de yürürlüğe girmiştir.

Erişim:<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/text.htm>[21.12.07] Türkiye, Seçmeli Protokol'ü, 8 Eylül 2000'de imzalamış; 4770 sayılı ve 30 Temmuz 2002 tarihli "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun"la onaylamıştır. (RG S: 24834, T: 2 Ağustos 2002) Protokol, 29 Ocak 2003'te yürürlüğe girmiştir.

¹²⁵ Arslan, s. 26.

¹²⁶ Claude and Weston, s. 126.

¹²⁷ Bkz. General Recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No.5, seventh session 1988,

Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>[12.12.07]

¹²⁸ B. Dinçkol, s. 102; Jill Steans (Çev. Ali Serkan Mercan), "Küreselleşme ve Toplumsal Cinsiyet Temelli Eşitsizlik", içinde **Küresel Dönüşümler-Büyük Küreselleşme Tartışması** (Orijinal adı: The

İnsan Hakları Konferansı (1993) kadın haklarının insan hakları kapsamında değerlendirilmesi ve gelişmesi bakımından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir.¹²⁹

BM, Pekin'deki Dördüncü Dünya Kadın Konferansı'nın (Pekin 1995) Eylem Platformu¹³⁰ kapsamında cinsiyette anayol yaklaşımını kabul etmiştir. Cinsiyette anayol yaklaşımı, Pekin Eylem Platformu'nda hem kadın erkek eşitliğinin gelişmesi çerçevesinde küresel bir strateji olarak benimsenmiş¹³¹; hem de Eylem Platformu'nun uygulanmasında başvurulacak bir araç olarak değerlendirilmiştir.¹³²

BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, 1997 yılında hazırladığı bir raporda cinsiyette anayol yaklaşımının ayrıntılı bir tanımını yapmıştır. Bu tanım uyarınca cinsiyette anayol yaklaşımı, her türlü alan ve düzeyde planlanan faaliyetlerin mevzuat, politika ya da program oluşturmayı da kapsayacak şekilde, kadın ve erkekler üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi sürecidir. Bu çerçevede gerek hükümetler, gerekse diğer aktörler tarafından henüz ilgili politika alanında karar alınmadan önce bunun kadın ve erkek cinsiyeti üzerinde yaratacağı etkiler değerlendirilecektir.¹³³ Bu yaklaşım ile, erkeklerin olduğu kadar kadınların ilgi ve deneyimlerinin de siyasal, ekonomik ve toplumsal alanlarda oluşturulan politika ve programların tasarım, uygulama, izleme ve değerlendirme aşamalarının bütünleştirici

Global Transformations Reader, Polity Press, 2003) der. David Held, Anthony Mc Grew, Çeviri Ali Rıza Güngen, Ali Serkan Mercan ve Diğerleri, Phoenix Yayınevi, Ankara, Ağustos 2008, s. 543-547; Özdamar, 2009 (a), s. 769.

¹²⁹ Özdamar, 2009 (a), s. 769.

¹³⁰ Pekin'deki Dördüncü Dünya Kadın Konferansı'nın sonucunda katılımcı devletlerce Pekin Deklarasyonu ile Eylem Platformu belgeleri kabul edilmiştir. Eylem Platformu'nda, kadınların özel ve kamusal alana eşit ve tam katılımlarının önündeki engellerin ortadan kaldırılmasının kadınların ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal alanlarda karar alma mekanizmalarına aktif olarak katılımlarıyla gerçekleşeceği vurgulanmaktadır. Özdamar, 2009 (a), s. 769.

¹³¹ Alison Woodward, "European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy", **Review of Policy Research**, Vol. 20, Issue 1, 2003, s. 66; Emilie Hafner-Burton and Mark A. Pollack, "Mainstreaming Gender in Global Governance", **European Journal of International Relations**, Vol.8, 2002 (a), s. 340.

¹³² Chrystalla A. Ellina, **Promoting Women's Rights, The Politics of Gender in the European Union**, Routledge, London, 2003, s. 55.

¹³³ Woodward, s. 66; Emanuela Lombardo, "EU Gender Policy: Trapped in the Wollstonecraft Dilemma?", **European Journal of Women's Studies**, Vol.10(2), 2003, s. 162.

nitelikte birer parçası olduğunun kabul edilerek, kadın erkek eşitliğine ulaşılması hedeflenmektedir.¹³⁴

BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, bu raporda cinsiyette anayol yaklaşımına ilişkin birtakım ilkeler üzerinde uzlaşmıştır. Raporda, cinsiyette anayol yaklaşımının BM sistemi kapsamındaki tüm politika ve programlara ilişkin olarak uygulamaya geçirilmesi ve sürecin gözlenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu husus, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından cinsiyette anayol yaklaşımı konulu 2001/41 sayılı Tüzük'te de yinelenerek; bu yaklaşımın BM sistemine uyumu sürecinde ortaya çıkan gelişmelerin ve karşılaşılan engellerin değerlendirilmesi ve uygulama ile izleme sürecini destekleyecek nitelikte önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir.¹³⁵

BM Genel Kurulu'nun 23. Özel Oturumunda (2000) ise, Dördüncü Dünya Kadın Konferansı'nda kadın erkek eşitliğinin geliştirilmesine ve cinsiyette anayol yaklaşımına ilişkin olarak kabul edilen önlemlerin, taraf devletlerce alınıp alınmadığının incelenmesi ve Pekin Eylem Platformu'nun en kısa sürede uygulamaya aktarılması yönünde Pekin+5 kararları alınmıştır.¹³⁶ Pekin+5 kararları çerçevesinde kadınların hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde yaşamına etkide bulunan ve çözüm gerektiren on iki temel alan belirlenmiştir. Sonuç Belgesi'nde yer alan ve kadınlarla ilişkilendirilen bu alanlar yoksulluk, eğitim, sağlık, şiddet, silahlı çatışmalar, ekonomi, karar alma mekanizmalarına katılım, ulusal mekanizmalar, insan hakları, kız çocukları, medya, çevreden oluşmaktadır.¹³⁷

¹³⁴ Gender Mainstreaming, Extract from Report of the Economic and Social Council for 1997; (A/52/3, 18 September 1997); Chapter IV; s. 2; **Gender Mainstreaming-An Overview**, Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women, New York: United Nations, 2002, s. 1; Erişim: [http://www.un.org/womenwatch/daw/public\[10.11.2007\]](http://www.un.org/womenwatch/daw/public[10.11.2007])

¹³⁵ ECOSOC Resolution 2001/41, "Mainstreaming a Gender Perspective into All Policies and Programmes in the United Nations System", July 2001, s. 90-91.

¹³⁶ B. Dinçkol, s. 103.

¹³⁷ Özdamar, 2009 (a), s. 771-776.

III. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİ

A. Genel Olarak

Uluslararası Çalışma Örgütü, (UÇÖ)¹³⁸ dünya çapında barışın, sosyal adaletin sağlanmasıyla gerçekleştirileceği düşüncesinden hareketle kurulan bir uluslararası örgüttür. İnsan haklarının, sosyal adaletin ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışan Örgüt, Birleşmiş Milletler'in uzmanlık kuruluşudur. UÇÖ Anayasası'na ekli Filadelfiya Bildirgesi, UÇÖ'nün amaçlarının ve faaliyetlerinin hukuki dayanağını oluşturmaktadır.¹³⁹

UÇÖ Anayasası hükümlerine göre, çok sayıda insan için, adaletsizliğin, sefaletin ve yoksulluğun bulunduğu çalışma koşulları vardır ve bu dünya barışı ve ahengini tehlikeye düşürecek bir hoşnutsuzluğa yol açmaktadır. Bu çerçevede acilen iyileştirilmesi gereken çalışma koşulları arasında çocukların, gençlerin ve kadınların korunması ile eşit işe eşit ücret ilkesinin tanınması da bulunmaktadır.¹⁴⁰

Filadelfiya Bildirgesi'nde ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, özgür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürmek hakkına sahip oldukları belirtilerek; bu sonuca ulaştıracak koşulların gerçekleştirilmesinin, her ulusal ve uluslararası siyasetin ana hedefini oluşturması gerekliliği kabul edilmiştir. Ücretler ve kazançlar, çalışma süreleri ve diğer çalışma koşulları konularında kaydedilen ilerlemelerin sonuçlarından herkese eşit şekilde yararlanma imkanı tanınması, iş sahibi olan ve korunmaya muhtaç olan kimselere asgari yaşam koşulları sağlayacak bir ücret verilmesi ve eğitim ve meslek alanlarında eşit şanslar sağlanması, bu çerçevede kabul edilen eylem programları arasındadır.¹⁴¹

¹³⁸ Sur, 2006, s. 199.

¹³⁹ "ILO'nun Amaç ve Hedeflerine İlişkin Bildirge (Filadelfiya Bildirgesi)", ILO Türkiye Ofisi, Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_filadelfiya.htm[15.05.08]

¹⁴⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası, para. 2, ILO Türkiye Ofisi, Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_anayasa.htm[15.05.08]

¹⁴¹ "ILO'nun Amaç ve Hedeflerine İlişkin Bildirge (Filadelfiya Bildirgesi)", ILO Türkiye Ofisi, Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_filadelfiya.htm[15.05.08]

UÇÖ, faaliyetlerini işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinden oluşan “üçlü yapı” ilkesi temelinde yürütmekte ve bu özelliğiyle diğer uluslararası kuruluşlardan farklılaşmaktadır. UÇÖ’nün kuruluş amaçları arasında tam istihdamın sağlanması, yaşam koşullarının iyileştirilmesi, işçilerin kendilerine en uygun işlerde çalıştırılmaları, işçilerin güvenliği, eşit iş için eşit ücret ve işgücü piyasasında ayrımcılığın önlenmesi, mesleki eğitim olanaklarının sağlanması, işçilerin yaşam ve sağlığının korunması, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının tanınması ve sosyal güvenliğin sağlanması sayılabilir.¹⁴²

Küreselleşme sürecinde Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilen ‘Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi’(1998) UÇÖ’nün amaç ve programlarının evrimi bakımından önemli bir yere sahiptir. Bildirge’nin kabul edilmesinde serbest piyasa ekonomisinin, demokrasinin evrensel düzeyde kabulü ve ekonominin küreselleşmesi etkili olmuştur. Bu çerçevede ILO’nun dört temel stratejik hedefi vardır. Bu hedefler, çalışma yaşamında standartlar, temel ilke ve haklar geliştirmek ve gerçekleştirmek; kadın ve erkeklerin insana yakışır işlere sahip olabilmeleri için daha fazla fırsat yaratmak, sosyal koruma programlarının kapsamını ve etkinliğini artırmak ve üçlü yapıyı ve sosyal diyalogu güçlendirmekten oluşmaktadır.¹⁴³

Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi ile yeni bir uluslararası çalışma normu öngörülmemiş, ancak temel nitelikteki bazı UÇÖ sözleşmeleri esas alınmıştır.¹⁴⁴ Bildirge’de çalışmaya ilişkin dört temel ilke belirlenmiştir. Bu çerçevede UÇÖ’ye üye devletlerin, ilgili Sözleşmeleri onaylamamış olsalar dahi, Örgüte üye olmaları nedeniyle, dört temel ilke olan işçi ve işverenlerin örgütlenme özgürlüğü ve etkin toplu pazarlık haklarına, zorla ya da zorunlu çalışmanın tüm biçimlerinin ortadan kaldırılmasına, çocuk işçiliğine etkin biçimde son verilmesine, istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına, iyi niyet çerçevesinde

¹⁴² “ILO’nun Kuruluşu ve Amacı”, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Dış İlişkiler ve Yurtdışı İşçi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Erişim: http://www.diyih.gov.tr/article.php?article_id=30[15.12.07]

¹⁴³ “ILO Ne Yapar?”, ILO Türkiye Ofisi, , Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_ne.htm[15.05.08]

¹⁴⁴ Banu Uçkan, “Küreselleşme ve Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO)”, **Çimento İşveren Dergisi**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Kasım 2002, Sayı 6, Cilt 16, s. 12, Erişim: <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale216.pdf>[13.12.2007]

saygı gösterme, bu ilkeleri geliştirme ve gerçekleştirme taahhüdü ortaya konmuştur.¹⁴⁵ Bu Bildirge ile sekiz uluslararası çalışma örgütü sözleşmesi¹⁴⁶, Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından temel sözleşme olarak kabul edilmiştir. Bu sekiz Sözleşmeden 1951 tarihli ve 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi ile 1958 tarihli ve 111 sayılı İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık hakkında Sözleşme hükümleri, cinsiyet ayrımcılığını ilgilendirmektedir.¹⁴⁷

1. Uluslararası Çalışma Örgütü İle Avrupa Birliği Arasındaki İlişki

Uluslararası Çalışma Örgütü ile AB arasındaki ilişki, UÇÖ ile Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) ile ilk işbirliği anlaşmasının¹⁴⁸ yapıldığı 1953 yılına dek uzanmaktadır. 1956 yılında hazırlanan Ohlin Raporu'nda dönemin altı Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) üyesi devletin, çalışma saatleri, eşit ücret, ortak istihdam istatistikleri, örgütlenme özgürlüğü ve sosyal güvenlik için asgari kurallar belirlenmesi konularına ilişkin UÇÖ sözleşmelerini ortak bir tutum içinde onaylamaları tavsiye edilmiştir. Üye devletler bu tavsiyeyi reddetmişler ve bu konuda aralarında işbirliği yapması için Avrupa Komisyonu'nu yetkilendirmişlerdir. Böylelikle, AET ülkeleri, çalışma hayatına ilişkin ortak kuralları UÇÖ sözleşmeleri aracılığıyla düzenlemek yerine, kendi hukuk düzenleri çerçevesinde belirlemeyi tercih etmişlerdir.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler ILO Bildirgesi ve İzlenmesi, 86. Uluslararası Çalışma Konferansı Cenevre, 18 Haziran 1998, s. 3; Eve C.Landau, Yves Beigbeder, **From ILO Standards to EU Law, The Case of Equality Between Men and Women at Work**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, s. 62.

¹⁴⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel sözleşmeleri, 1930 tarihli ve 29 sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, 1948 tarihli ve 87 sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi, 1949 tarihli ve 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi, 1951 tarihli ve 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi, 1957 tarihli ve 105 sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi, 1958 tarihli ve 111 sayılı İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık Hakkında Sözleşme, 1973 tarihli ve 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi ile 1999 tarihli ve 182 sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimleri Sözleşmesi'nden oluşmaktadır. Bkz. "Temel ILO Sözleşmeleri", ILO Türkiye Ofisi, Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/ilo_tsoz.htm [18.05.08]

¹⁴⁷ Ertürk, 2008, s. 57-58.

¹⁴⁸ Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) ile Uluslararası Çalışma Örgütü arasındaki ilk işbirliği anlaşması, karşılıklı danışmayı, bilgi ve istatistiksel veri paylaşımını ve AKÇT'nin, özellikle kömür ve çelik sektöründe çalışan işçilerin çalışma koşulları ve eğitimlerine ilişkin konularda UÇÖ'nün teknik desteğini almasını kapsamaktadır. Ailish Johnson, "EU-ILO Relations, Between Regional and Global Governance", içinde **The European Union and the Social Dimension of Globalization**, der. Jan Orbie and Lisa Tortell, Routledge Publishing, NY, 2009, s. 82.

¹⁴⁹ Johnson, s. 82-83.

UÇÖ, 1970'lere dek, Avrupa Topluluğu üye devletlerinin sosyal politikalarında işbirliğini sağlamak için önemli olan konuları belirlemede önemli bir rol üstlenmiş, emeğin serbest dolaşımı ve iş güvenliği ve sağlığı gibi konularda Topluluğa tavsiyeler vermiştir. 1970'lerden sonra ise bu denge kademeli olarak değişmeye başlamıştır. UÇÖ, Topluluğa yeni üye devletlerin sosyal güvenlik planlarının göçmen işçiler bakımından uyumlulaştırılması gibi konularda teknik destek vermeye devam etmiştir. Bununla birlikte, UÇÖ'nün genişlemekte olan Topluluğa tavsiye verme görevi özellikle Topluluk içinde siyaset düzeyinde bazı çekişmeler yaşayan üye devletler tarafından küresel düzeyde bir müdahale olarak algılanmaya başlanmış ve ilişkilerin seyri değişmiştir.¹⁵⁰ Avrupa Komisyonu'nun, Birliğin münhasır yetki¹⁵¹ alanına giren konuları düzenleyen UÇÖ Sözleşmeleri'ni AB'ye üye devletlerin imzalamaları ve buna uymalarını sağlama konusunda üye devletler üzerinde siyasi bir baskıya sahip olma çabaları da olumsuz sonuçlanmıştır.¹⁵²

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Anayasası'nda, bu Örgüte sadece devletlerin üye olabileceği düzenlenmiştir.(md.2) AB, diğer uluslararası örgütlerle olan ilişkilerinde olduğu gibi, UÇÖ'de de gözlemci statüsüne sahiptir ve UÇÖ'nün uluslararası çalışma sözleşmelerinin ya da tavsiyelerinin kabulünde oy kullanma hakkına sahip değildir. AB'nin UÇÖ'deki gözlemci statüsü BM'dekine benzer nitelik arz etmekte ve AB, UÇÖ'de Avrupa Komisyonu aracılığıyla temsil edilmektedir.¹⁵³

¹⁵⁰ 1971 yılında AET tarafından ILO Genel Müdürlüğü'ne sunulan bir notta, "Topluluklar'ın, Topluluk çapında etkin bir sosyal politika oluşturup, devamını sağlayabilmeleri için gereken uzmanlığa, kaynaklara ve araçlara UÇÖ'den daha ileri düzeyde sahip olduğu" belirtilmiştir. Bkz. Johnson, s. 83.

¹⁵¹ Birliğin bir konuda münhasır yetki sahibi olması, o konuya ilişkin olarak sadece Birlik kurumlarının kurucu Antlaşmalar'da düzenlenen usullere göre bağımsız karar alabilme yeteneğine sahip olması ve üye devletlerin bu konuda Birlik tasarruflarına aykırı düzenlemelerde bulunamamasını ifade etmektedir.Bkz. Tekinalp, s. 83.

¹⁵² Johnson, s. 84.

¹⁵³ 14 Mayıs 2001'de Avrupa Komisyonu ile UÇÖ Genel Müdürlüğü arasında, iki kurumun işbirliğinin güçlendirilmesine ilişkin mektup teatisi gerçekleştirilmiştir. Bunu takiben, UÇÖ ve AB, 2004 yılında işbirliğinin geliştirilmesi için stratejik bir ortaklık kurmuşlardır. Erişim:http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/brussels/oit/commission_europeenne.htm[17.08.08] ; Johnson, s.84; Jørgensen, s. 153.

AB, UÇÖ'nün uluslararası çalışma sözleşmelerine taraf olamasa da, Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi ile temel sözleşme olarak belirlenen sekiz temel UÇÖ Sözleşmesi'nin ana unsurlarını ve bunların kapsadığı dört temel ilkeyi, AB Hukuk düzenine dahil etmiştir.¹⁵⁴ Avrupa Birliği ile UÇÖ arasındaki işbirliği gelişmeye devam etmektedir. AB, UÇÖ'nün uluslararası çalışma sözleşmeleri, tavsiyeleri ve diğer önemli nitelikteki belgelerinin kabulü başta olmak üzere, tüm kurumsal nitelikteki tartışma ve müzakerelerine aktif olarak katılmakta; UÇÖ'nün gelişmekte olan ülkelere ilişkin politikalarına destek vermektedir.¹⁵⁵

2. Uluslararası Çalışma Örgütü ile Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasındaki İlişki

Uluslararası Çalışma Örgütü, üçlü yapı çerçevesinde kabul ettiği Sözleşmeler ve tavsiye kararları aracılığıyla, çalışma hayatına ilişkin uluslararası normları belirlemektedir. AB'ye üye tüm devletler, Uluslararası Çalışma Örgütü'ne de üyedirler.¹⁵⁶

Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri, üye devletler bakımından uluslararası yükümlülük doğurur.¹⁵⁷ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Tavsiye Kararları ise çalışma yaşamına ilişkin konularda üye devletlere politika geliştirme, yasama ve uygulama konularında rehberlik eden belgelerdir.¹⁵⁸ Tavsiye Kararları, genellikle sözleşmelere eşlik etmekte, kimi zaman sözleşmelerde yer alan esasları açıklamakta ya da daha ayrıntılı hükümler getirmektedir. Bazı Tavsiye Kararları ise,

¹⁵⁴ Johnson, s. 88.

¹⁵⁵ Erişim: <http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/brussels/oit/index.htm> [17.08.08]

¹⁵⁶ "Alphabetical list of ILO member countries (183 countries),

Erişim: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm> [23.06.2010]

¹⁵⁷ Uluslararası Çalışma Örgütü'ne üye devletler, Örgüt'ün uluslararası çalışma sözleşmelerini kabul etmesini takiben, kural olarak on iki ay olmak üzere, belirli bir süre içinde ilgili sözleşmeyi ulusal hukuklarında yetkili olan organa onaylanmak amacıyla sunmak yükümlülüğü altındadırlar. Ulusal hukuk çerçevesinde onaylandıktan sonra sözleşme, ilgili üye devleti bağlar ve bu çerçevede gerek yıllık raporlar, gerekse şikayetler aracılığıyla etkin bir denetim mekanizması işletilir. Bkz. Sur, 2006, s. 201. Bu denetim, üye devletlerin sözleşmeler çerçevesindeki yükümlülüklerine uyumunu objektif temelde inceleyen bağımsız uzmanlarca yapılmaktadır. Bu mekanizma, AB üyesi (aynı zamanda UÇÖ üyesi) devletler için de aynı şekilde işlemektedir. Bkz. "ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları", ILO Türkiye Ofisi,

Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_soz.htm [17.08.08]

¹⁵⁸ "ILO Sözleşmeleri ve Tavsiye Kararları", ILO Türkiye Ofisi,

Erişim: http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_soz.htm [17.08.08]

üyeler için kolaylıkla yükümlülük getirilemeyecek sorunlara ilişkin olup, bunlar aracılığıyla gelecekte o alanda sözleşmelerin hazırlanmasına yardımcı olacak ortam hazırlanmaktadır.¹⁵⁹

B. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Temel UÇÖ Sözleşmeleri

Çalışmamızın konusu itibarıyla, sekiz temel UÇÖ Sözleşmesi arasından UÇÖ'nün Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşmesi ile Çalışma (İş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşmesi incelenecektir.

a. Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşme

UÇÖ tarafından kabul edilen Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşme¹⁶⁰, eşit ücret kavramı, ücret kavramının kapsamı, eşit değerde iş için eşit ücret düzeylerinin belirlenmesi konularını düzenlemektedir.¹⁶¹ UÇÖ tarafından 100 sayılı Sözleşme çerçevesinde aynı konuda 90 sayılı Tavsiye Kararı¹⁶² kabul edilmiştir. Tavsiye'de, üye devletler tarafından kadın ve erkek işçiler arasında eş değerde iş için eşit ücret

¹⁵⁹ Ali Güzel, "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı", içinde ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20. Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997, s. 6.

¹⁶⁰ Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 29.06.1951, Yürürlük Tarihi: 23.05.1953. Sözleşme'yi 168 ülke onaylamıştır. Tüm AB üyesi ülkeler, Sözleşme'ye taraftır. 100 Sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 810 sayılı ve 13 Aralık 1966 tarihli kanunla onaylanmıştır. (RG S: 12484, T: 22.12.1966) Sözleşme tam metni için bkz. **ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 86, Ankara, Eylül 1998, ss. 246-249. Ayrıca bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz100.htm> [12.12.2007];

¹⁶¹ Onaran-Yüksel, s. 48; Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Şubat 2007, s. 38.

¹⁶² UÇÖ 90 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 29.6.1951. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm> [12.12.2007]

ödenmesi ilkesinin gerçekleştirilmesi ve uygulanması amacıyla gereken önlemlerin alınması gerektiği belirtilmektedir.¹⁶³

100 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi'nde ücret kavramının, işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi ya da aynı olarak doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ödenen normal, kök ya da asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatleri içine aldığı belirtilmiştir. Eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği kavramı ise, cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeksizin tespit edilmiş bulunan ücret düzeylerini ifade etmektedir. (md.1)

Her üye devlet, ücret düzeylerinin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesini destekleyecek ve bu ilkenin bütün işçilere uygulanmasını sağlayacak; bunu da ulusal mevzuat, mevzuatla kurulmuş ya da tanınmış herhangi bir ücret tespit düzeni, işverenlerle işçiler arasında yapılan toplu sözleşmeler ya da bu çeşitli usullerin birleştirilmesi yoluyla uygulayabilecektir. (md.2)

Sözleşme'de işlerin objektif bir şekilde değerlendirilmesini teşvik için tedbirler alınacağı; bu değerlendirmede uygulanacak usullerin, ücret düzeylerinin tespitine yetkili makamlar tarafından ya da ücret düzeylerinin toplu sözleşmelere göre tespit edilmesi halinde, bu sözleşmelere taraf olanlarca kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır. Bunun yanı sıra maddede, bu şekilde yapılan objektif bir değerlendirmenin sonucunda, yapılacak işlerde tespit edilen farklar nedeniyle cinsiyet gözetilmeksizin belirlenen farklı ücret düzeylerinin, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği ilkesine aykırı sayılmayacağı belirtilmiştir. (md.3)

Her üye devlet, Sözleşme hükümlerinin uygulanması amacıyla ilgili işçi ve işveren örgütleriyle uygun yollardan işbirliği yapacaktır. (md.4)

¹⁶³ Onaran-Yüksel, s. 49.

b. Çalışma (İş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından kabul edilen Çalışma (iş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkındaki 1958 tarihli 111 sayılı Sözleşme’de¹⁶⁴ ayrımcılık kavramı tanımlanmış; bu Sözleşme temelinde aynı konuda 111 sayılı Tavsiye Kararı¹⁶⁵ yayımlanmıştır.¹⁶⁶

111 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi bakımından ayrımcılık, “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal ve toplumsal köken temeli üzerinde yapılan ve çalışma ve meslek bakımından fırsat ve davranış eşitliğini ortadan kaldıran veya zedeleyen herhangi bir ayırım, dışlama ya da yeğlemeyi ya da ilgili üye ülke tarafından varsa işveren ya da işçi temsilcisine ya da uygun organlara danışıldıktan sonra saptanabilecek olan ve çalışma ya da meslek bakımından fırsat ya da işlem eşitliğini ortadan kaldıran ya da zedeleyen başka herhangi bir ayırım, dışlama ya da yeğleme” anlamına gelmektedir. (md.1/1) Aynı maddede belirli bir iş bakımından, o işin niteliğindeki gereksinimlere dayalı olarak yapılan herhangi bir ayırım, dışlama ya da yeğlemenin ayrımcılık sayılmayacağı da hüküm altına alınmıştır. (md.1/2) Bu suretle, yukarıdaki kurala bir istisna getirilmiştir.¹⁶⁷ İş ve meslek terimlerinin mesleki eğitime, işe ya da belirli mesleklere giriş ve çalışma hüküm ve koşullarını kapsadığı da ifade edilmiştir. (md.1/3)

Sözleşme’de yukarıda belirtilen hedefleri gerçekleştirmek için üye devletlerce birtakım önlemlerin alınması gerektiği de belirtilmiştir. Bu çerçevede Sözleşme’nin yürürlükte olduğu üye devletlerin ulusal koşullara ve uygulamalara uygun

¹⁶⁴ Çalışma (iş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkındaki 1958 tarihli 111 sayılı Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 04.06.1958, Yürürlük Tarihi: 15.06.1960. Sözleşme’yi 169 ülke onaylamıştır. Tüm AB üyesi ülkeler, Sözleşme’ye taraftır. 111 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 811 sayılı ve 13.12.1966 tarihli kanunla onaylanmıştır.. (RG. S: 12602; T: 22.05.1967), Sözleşme tam metni için bkz. **ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri**, ss.316-319. Ayrıca bkz. UÇÖ Resmi Sitesi,

Erişim:<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz111.htm>[12.12.2007]

¹⁶⁵ UÇÖ 111 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 25.06.1958. Tavsiye Kararı metni için, bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[12.12.2007]

¹⁶⁶ Onaran-Yüksel, s. 48.

¹⁶⁷ Henrik Karl Nielsen, “The Concept of Discrimination in ILO Convention No.111”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol.43, No.4, (Oct.1994), s. 845.

yöntemlerle, çalışma ve meslek bakımından her türlü ayrımcılığa son vermek ve fırsat ve işlem eşitliğini sağlamak üzere ulusal bir politika saptamayı ve bunu takip etmeyi taahhüt ettiği düzenlenmektedir. (md.2)

111 Sayılı Sözleşme’de çalışma ve meslek alanında eşitliğe ilişkin olarak üye devletlerce kabul edilen ulusal politikaların uygulanmasına ilişkin usul ve yöntemler de belirtilmiştir. Bu çerçevede, üye devletler ulusal koşullara ve uygulamalara uygun yöntemlerle eşitlik politikalarının kabul edilmesi ve bunların uygulanmasının desteklenmesi amacıyla gerek işçi ve işveren örgütleriyle işbirliği yapılmasını gerekse bu yönde hukuksal düzenlemeler kabul edilmesini, eğitim programları geliştirilmesini, bu politika ile bağdaşmayan her türlü kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasını ve idari talimat ve uygulamanın değiştirilmesini, bu politikanın istihdam konusunda ulusal bir makamın doğrudan doğruya kontrolü altında izlenilmesini, mesleğe yöneltme, mesleki eğitim, iş ve işçi bulma hizmetleri konusunda ise ulusal bir makamın yönetimi altında uygulanmasının sağlanmasını ve son olarak Sözleşme’nin uygulanması ile ilgili olarak hazırlanan yıllık raporlarda bu politikanın uygulanması konusunda alınan önlemleri ve bu önlemler yoluyla elde edilen sonuçların bildirilmesini taahhüt etmektedirler. (md.3)

Bunun yanı sıra, UÇÖ’nün kabul ettiği diğer sözleşme ve tavsiyelerde öngörülen özel koruma ve yardım önlemlerinin ve herhangi bir üye devletin varsa işveren ve işçi örgütleri temsilcisine danıştıktan sonra cinsiyet, yaş, özürlü, aile sorumlulukları ya da toplumsal ya da kültürel durumları dolayısıyla özel şekilde koruma ya da yardım gerektirdiği genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel gereksinimlerini karşılamak amacıyla aldığı özel önlemlerin ayrımcılık sayılmayacağı belirtilmiştir. (md.5)

2. Analığın Korunması, Aile ve Çalışma Yaşamıyla İlgili Olan UÇÖ Sözleşmeleri

Analığın Korunması, aile ve çalışma yaşamına ilişkin olan UÇÖ Sözleşmeleri olarak Analığın Korunmasına İlişkin Yeniden Gözden Geçirilmiş 103 Sayılı

Sözleşme ve Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme ile Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 sayılı Sözleşme incelenecektir.

a. Analığın Korunmasına İlişkin Yeniden Gözden Geçirilmiş 103 Sayılı Sözleşme ve Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme

UÇÖ'nün 1952 tarihli ve 103 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Analığın Korunması Sözleşmesi,¹⁶⁸ kadın çalışanların hamilelik ve analık halinde korunmasını düzenlemektedir. Bu Sözleşme, değişen koşullara uyarlanarak, UÇÖ tarafından 2000 yılında kabul edilen 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi¹⁶⁹ ile gözden geçirilip değiştirilmiştir. UÇÖ, 103 sayılı Sözleşme çerçevesinde aynı konuyu düzenleyen 95 sayılı Tavsiye Kararı'nı¹⁷⁰ kabul etmiştir. 183 sayılı Sözleşme'ye ilişkin olarak ise 191 sayılı Tavsiye Kararı¹⁷¹ kabul edilmiştir.

103 sayılı Sözleşme, evde çalışan kadınları da kapsamak üzere sanayi işletmelerinde çalışan kadınlar ve sanayiye ilişkin olmayan ve tarımla ilgili mesleklerde çalışan kadınlara uygulanmaktadır. (md.1) Bununla birlikte, 183 sayılı Sözleşme'de değişen ekonomik ve sosyal koşulların etkisiyle Sözleşme kapsamının bağımlı çalışmanın atipik türlerinde çalışanları da kapsamak üzere tüm kadın çalışanları içerecek şekilde genişletildiği ifade edilmiştir. (md.2)

103 sayılı Sözleşme'de, çalışan kadının tahmini doğum tarihini içeren bir tıbbi rapor sunması halinde, doğum izni hakkına sahip olacağı

¹⁶⁸ 1952 tarihli ve 103 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Analığın Korunması Sözleşmesi, UÇÖ Kabul Tarihi: 28.06.1952; Yürürlük Tarihi: 07.09.1955; Sözleşme'yi 30 ülke onaylamıştır. Bunlardan 4 tanesi AB üyesidir. 6 AB üyesi ülke, Sözleşme'yi onaylamalarına rağmen, daha sonra çekildiklerini bildirmişlerdir. Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf değildir. 103 Sayılı Sözleşme, UÇÖ'nün 1919 tarih ve 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi'ni revize etmiştir. Ertürk, 2008, s. 61. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm\[12.12.2007\]](http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm[12.12.2007])

¹⁶⁹ 2000 tarihli ve 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, UÇÖ Kabul Tarihi: 15.06.2000; Yürürlük Tarihi: 07.02.2002; Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf değildir. Sözleşme'yi 18 ülke onaylamıştır. Bunlardan 12 tanesi AB üyesidir. Sözleşme tam metni için, bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm\[12.12.2007\]](http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm[12.12.2007])

¹⁷⁰ UÇÖ 95 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 28.06.1952. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm\[12.12.2007\]](http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm[12.12.2007])

¹⁷¹ UÇÖ 191 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 15.06.2000. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm\[12.12.2007\]](http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm[12.12.2007])

düzenlenmiştir.(md.3/1) Bu bağlamda, kadının doğum izni süresi, asgari on iki haftadan oluşmakta ve doğum sonrası zorunlu izni de kapsamaktadır. (md.3/2) 183 sayılı Sözleşme ile asgari 12 hafta olarak belirlenen doğum izni süresi 14 haftaya çıkartılmıştır. (md. 4/1) Bu iznin süresi, üye devletler tarafından Sözleşme'nin onaylanması sırasında sunulacak bir Bildiri aracılığıyla belirlenecektir. (md.4/2) 103 sayılı Sözleşme'de doğum sonrası zorunlu iznin süresinin ulusal düzenlemelerle kararlaştırılacağı fakat her durumda altı haftadan az olamayacağı hükme bağlanmıştır. (md.3/3) Bununla birlikte 183 sayılı Sözleşme'de doğum izninin, annenin ve çocuğun sağlığının korunması amacıyla ulusal düzeyde aksi kararlaştırılmadıkça, doğumdan sonra altı haftalık zorunlu bir izni kapsadığı ifade edilmiştir. (md.4/4) 183 sayılı Sözleşme'de doğum izninin doğum öncesi kısmının, tahmin edilen doğum zamanı ile gerçek doğum zamanı arasında geçen zaman kadar uzatılacağı ve bu sürenin doğum sonrası zorunlu olan kısımdan düşülmeyeceği hükme bağlanmıştır. (md.4/5)

103 sayılı Sözleşme'de hamilelikten kaynaklanan bir hastalığın tıbbi rapor ile belgelenmesi halinde, doğum sonrası zorunlu izne ek doğumdan önce bir izin alınabileceği (md.3/5); doğumdan kaynaklanan hastalığın tıbbi rapor ile belgelenmesi halinde ise, doğum sonrası zorunlu iznin uzatılabileceği ve bunların azami süresinin yetkili makamlarca kararlaştırılacağı (md.3/6) düzenlenmiştir. 103 sayılı Sözleşme'de belirtilen bu durumlara 183 sayılı Sözleşme ile hamilelik ya da doğumdan kaynaklanan komplikasyon ya da komplikasyon riskleri de eklenmiştir. (md.5) Çalışan kadının, 103 sayılı Sözleşme'de bu süreler boyunca parasal ve tıbbi yardımlara hak kazanacağı, parasal hakların oranının ulusal düzenlemelerle saptanacağı ve işverenin hiçbir durumda bireysel olarak bu yardımların sağlanmasından sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. (md.4) 183 sayılı Sözleşme ile kadın çalışanın doğum izni sırasındaki maaş, ücret, ikramiye ve diğer yan ödemelerin doğum öncesindeki gelir düzeyinin üçte ikisinden az olamayacağı düzenlenmiştir. (md.6/3) 103 sayılı Sözleşme'nin 4. maddesindeki işverenin hiçbir durumda bireysel olarak tıbbi ve parasal yardımların sağlanmasından sorumlu olmayacağı maddesine 183 sayılı Sözleşme ile "işveren tarafından özel olarak kabul edilmedikçe" ibaresi eklenerek; iki istisna getirilmiştir. Bu istisnalar, UÇÖ tarafından Sözleşme'nin

kabulünden önce üye devletlerden birindeki ulusal hukuk ya da uygulamanın aksi yönde olduğu durumları ya da akabinde hükümet ile işveren ve işçi temsilcileri kuruluşları tarafından ulusal düzeyde aksi yönde anlaşmaya varılması durumlarını kapsamaktadır.(md.6/8)

Emziren kadın, 103 sayılı Sözleşme'ye göre çalışma süresi sırasında işe ara vererek emzirme izni kullanacak, bu süreler çalışma süresinden sayılacak ve ulusal düzenlemelerle belirlenecektir.(md.5) 183 sayılı Sözleşme'de buna ek olarak çalışan kadının emzirme izni için gerekli olan sürenin günlük çalışma saatlerinden indirilebileceği düzenlenmiştir. (md.10)

103 sayılı Sözleşme ile işverenin kadının doğum iznini kullanması sebebiyle hizmet sözleşmesini feshedemeyeceği ya da bildirim süresinin doğum iznine rastladığı bir fesihte bulunamayacağı da belirtilmiştir.(md.6) 183 sayılı Sözleşme'nin 8. maddesinde işverenin, kadın çalışanın hizmet sözleşmesini hamilelik, yukarıda incelenen izin durumlarında ya da izinden döndükten sonraki bir süreçte -hamilelik, doğum ve sonuçları ya da emzirme ile ilgili olmayan sebepler dışında- feshetmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra fesih sebeplerinin hamilelik, doğum ve sonuçları ya da emzirme ile ilgili olmadığının ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğu öngörülmüştür. (md.8/1) Kadın çalışanın doğum izni bitiminde aynı göreve ya da ücreti aynı orandan hesaplanan eşdeğer nitelikte bir göreve dönme hakkı sağlanmalıdır.(md.8/2)

183 sayılı Sözleşme'de her üye devletin analığın istihdamda bir ayrımcılık sebebi oluşturmasını engelleyecek uygun nitelikteki önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir. (md.9/1) Bu önlemler, kadınların bir işe başvurmaları halinde kendilerinden hamilelik testi ya da bu tür teste ilişkin bir belge istenmesinin yasaklanmasını da kapsamaktadır. Bunun yanı sıra, ulusal düzenlemelerle hamile ya da emziren kadınların söz konusu işi yapmasının yasaklanmış ya da sınırlanmış olduğu durumlar ile anne ve çocuk sağlığı için bilinen ya da önemli bir tehlikenin (riskin) var olduğu durumlar bu yasağın istisnalarını oluşturmaktadır. (md.9/2)

183 sayılı Sözleşme çerçevesinde alınan 191 sayılı Tavsiye’de üye devletlerin Sözleşme’nin 4. maddesinde öngörülen doğum izni süresini asgari 18 haftaya çıkarmaları konusunda çalışmaları gerektiği belirtilmiştir. Birden fazla doğum olan durumlarda ise doğum izni süresinin uzatılması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, Tavsiye’de kadın çalışana doğum izni sırasında yapılan para yardımlarının, çalışanın önceki ücretinin tamamını karşılaması gerektiği yer almıştır.

b. Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 156 sayılı Sözleşme

UÇÖ’nin Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında 1981 tarihli ve 156 sayılı Sözleşmesi¹⁷², aile sorumlulukları olan ve kendilerine bağımlı çocukları ve bakıma muhtaç diğer aile bireylerinin olması nedeniyle ekonomik yaşama katılma ve ekonomik gelişme fırsatları sınırlı olan ya da engellenen çalışanlara uygulanmaktadır.(md.1) 156 sayılı Sözleşme çerçevesinde UÇÖ tarafından aynı konuda 1981 tarihli ve 165 sayılı Tavsiye Kararı¹⁷³ çıkartılmıştır.

Sözleşme’nin gerekçesinde aile sorumlulukları olan çalışanların sorunlarının, aile ve toplum yaşamına ilişkin konuların birer parçası olduğu ve ulusal politikalarda dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, Sözleşme’nin konusunu oluşturan aile sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanlara eşit davranılması ve eşit fırsatlar tanınması gerekliliği vurgulanmıştır.

156 sayılı Sözleşme’de, her üye devletin, aile sorumlulukları olan ve çalışan ya da çalışmak isteyen kimselerin çalışma yaşamına, ayrımcı uygulamalara maruz kalmadan ve aile sorumlulukları ile çalışma yaşamı arasında bir çatışma olmadan

¹⁷² 1981 tarihli ve 156 sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 23.06.1981; Yürürlük Tarihi: 11.08.1983; Sözleşme’yi 40 ülke onaylamıştır. Bunlardan 11 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme’ye taraf değildir. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[15.12.07]

¹⁷³ UÇÖ 165 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 23.06.1981. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[12.12.2007]

katılımlarını sağlayacak ulusal politikalar uygulaması gerektiği hükme bağlanmıştır. (md.3)

Bu bağlamda kadın ve erkek çalışanlar arasında etkin bir fırsat ve işlem eşitliği sağlanmasına yönelik olarak, aile sorumlulukları olan çalışanların çalışma hakkını serbestçe kullanmalarını desteklemek ve bu kişilerin çalışma kayıt ve koşullarındaki ve sosyal güvenlikteki gereksinimlerini dikkate almak amacıyla, ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. (md.4) Buna ek olarak, toplum planlamasında aile sorumlulukları olan çalışanların gereksinimlerini dikkate almak ve çocuk bakımı ya da aile hizmetleri gibi kamu ya da özel toplum hizmetlerini geliştirmek ya da desteklemek hedefiyle ulusal durum ve koşullara uygun ek önlemlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir. (md.5)

Sözleşme’de kadın ve erkek çalışanlar için fırsat ve işlem eşitliği ilkesi ile aile sorumlulukları olan çalışanların sorunlarının toplum tarafından daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla üye devletlerin yetkili makamları tarafından bilgi ve eğitime yönelik önlemlerin alınacağı öngörülmüştür. (md.6) Aile sorumlulukları olan çalışanların bu sorumluluklar nedeniyle işgücü piyasasıyla bütünleşmelerini, piyasada kalmalarını ve işgücü piyasasından ayrılıp tekrar dönmelerini sağlayacak mesleki rehberlik ve staj dahil olmak üzere ulusal durum ve koşullara uygun tüm önlemler alınacaktır. (md.7)

156 sayılı Sözleşme’de aile sorumluluklarının hizmet ilişkisinin sona erdirilmesinde haklı bir sebep oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır.(md.8)

c. Meslekte İlerlemeye İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri’nden Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşme

UÇÖ tarafından kabul edilen Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 1982 tarihli ve 158 sayılı Sözleşme’nin¹⁷⁴ konusu, işveren

¹⁷⁴ 1982 tarihli ve 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 02.06.1982; Yürürlük Tarihi: 23.11.1985. Sözleşme’yi 35 ülke onaylamıştır.

tarafından hizmet ilişkisinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilmesine karşı çalışanların korunmasıdır. Bu Sözleşme çerçevesinde UÇÖ tarafından aynı konuda 1982 tarihli ve 166 sayılı Tavsiye Kararı¹⁷⁵ kabul edilmiştir. 158 sayılı Sözleşme, tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır. (md.2/1)

158 sayılı Sözleşme gereği, işçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilmesi yasaklanmıştır. (md.4) Sözleşme’de iş ilişkisinin sona ermesinde geçerli neden oluşturmayacak başlıca hususlar sayılmıştır. (md.5) Bunlar arasında cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları ve hamileliğin (md.5/4) ve doğum izni esnasında işe gelmemenin (md.5/5) hizmet ilişkisinin sona ermesinde geçerli neden oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Sözleşme’de, Sözleşme’nin 4.maddesinde tanımlandığı üzere, geçerli nedeninin bulunduğunu ispat yükünün işverene ait olduğu düzenlenmektedir. (md.9/2(a))

3. Çalışma Koşullarına İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri

Çalışma Koşullarına İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri olarak, 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 89 Sayılı Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş Sözleşme, 171 Sayılı Sözleşme Gece Çalışması Hakkında Sözleşme, 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, 175 sayılı Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Sözleşme ile 177 sayılı Evde Çalışma Hakkında Sözleşme incelenecektir.

Bunlardan 10 tanesi AB üyesidir.158 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 3999 sayılı ve 09.06.1994 tarihli kanunla onaylanmıştır.. (RG. S: 21964; T: 18.06.1994), Sözleşme tam metni için bkz. **ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri**, ss. 429-435. Ayrıca bkz. UÇÖ Resmi Sitesi,

Erişim:<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz158.htm>[14.12.07];

¹⁷⁵ UÇÖ 166 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 22.06.1982. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[14.12.2007]

a. Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 sayılı Sözleşme

UÇÖ'nün Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 sayılı Sözleşmesi¹⁷⁶ uyarınca, “maden ocağı” kavramı, yeraltında mevcut herhangi bir madenin çıkartıldığı gerek kamu, gerekse özel sektöre ait olan yer olarak tanımlanmıştır. (md.1) Sözleşme’de yaşı dikkate alınmaksızın kadınların, maden ocaklarında çalıştırılması yasaklanmıştır. (md.2) Bununla birlikte idari görevi bulunan ve bedenen çalışmayan kişiler, sağlık ve sosyal hizmetlerde çalışanlar, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağındaki yer altı işlerinde staj görmelerine izin verilen kişiler ile bedenen çalışma niteliğinde olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yer altı kısımlarına tesadüfen inmesine gerek görülen kişilerin ulusal düzenlemelerle ikinci maddede yer alan yasağın kapsamına girmeyecekleri düzenlenmiştir.(md.3)

b. Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Yeniden Gözden Geçirilmiş 89 Sayılı Sözleşme ve Gece Çalışması Hakkında 171 Sayılı Sözleşme

UÇÖ'nün 1948 tarihli ve 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşmesi¹⁷⁷ ile Sözleşme’yi onaylayan üye devletler için sanayiye ilgilendiren işlerde kadınların gece çalışması yasaklanmıştır. 1990’da

¹⁷⁶ 1935 tarihli ve 45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 04.06.1935, Yürürlük Tarihi: 30.05.1937. Sözleşme’yi 70 ülke onaylamıştır. Bunlardan 4 tanesi AB üyesidir. Bunlar Bulgaristan, Kıbrıs, Yunanistan ile Portekiz’dir. 19 AB üyesi ülke, Sözleşme’yi onaylamalarına rağmen, daha sonra çekildiklerini bildirmişlerdir. 45 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 3229 sayılı ve 09.06.1937 tarihli kanunla onaylanmıştır. (RG. S: 3638; T: 23.06.1937) Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanan ilk UÇÖ Sözleşmesi’dir. Sözleşme tam metni için bkz. **ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri**, ss. 121-123. Ayrıca bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim:<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[15.12.07];

¹⁷⁷ 1948 tarihli ve 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 09.07.1948, Yürürlük Tarihi: 27.02.1951. Sözleşme’yi 46 ülke onaylamıştır. Bunlardan sadece 2 tanesi AB üyesidir. Bu ülkeler Romanya ve Slovenya’dır. 14 AB üyesi ülke, Sözleşme’yi onaylamalarına rağmen, daha sonra çekildiklerini bildirmişlerdir. Türkiye, bu Sözleşme’yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[15.12.2007]

89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşme'nin Protokolü¹⁷⁸ kabul edilmiştir.

Gece çalışması, 1990 tarihli ve 171 sayılı Gece Çalışması Hakkında Sözleşme¹⁷⁹ ile kadın erkek ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiştir.¹⁸⁰ 171 sayılı Sözleşme hakkında aynı konuda 1990 tarihli ve 178 sayılı Tavsiye Kararı¹⁸¹ kabul edilmiştir.

89 sayılı Sözleşme ile kadınların sanayiye ilgilendiren işlerde çalışması yasaklanmış ve sanayinin, tarımdan, ticaretten ve diğer sanayiyle ilgili olmayan işlerden nasıl ayrılacağını belirleme yetkisi ulusal makamlara bırakılmıştır. (md.1/2)

Gece kavramı, 89 sayılı Sözleşme'de saat 22.00'den saat 07.00'ye dek olan süreye karşılık gelen ve aralıksız olarak on bir saat süren zaman dilimi olarak ifade edilmektedir. (md.2) 171 sayılı Sözleşme'de gece çalışması, saat 24.00'ten sabah 05.00'e dek olan süreyi kapsayan ve aralıksız olarak yedi saat süren çalışma olarak tanımlanmıştır. (md.1/a) Bu çerçevede, gece çalışanı ise yetkili ulusal makam tarafından belirlenen bir zaman sınırını aşarak, gece çalıştırılan kimsedir. (md.1/b)

171 sayılı Sözleşme'yi onaylayan üye devletler, gece çalışanların sağlıklarının korunması, ailevi ve sosyal sorumluluklarının yerine getirilmesi, meslekte ilerlemelerinin sağlanması, işyerinde güvenliğin ve analığın korunmasına ilişkin ulusal düzeyde gerekli önlemleri alacaklardır. (md.3) 171 sayılı Sözleşme'de hamile işçiler için en az sekiz haftası doğum öncesine denk gelecek şekilde, doğumdan önce ve sonra en az on altı haftalık bir dönem boyunca gece çalışmasına

¹⁷⁸ UÇÖ 89 sayılı Protokol, Kabul Tarihi: 26.06.1990. Protokol metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[15.12.2007]

¹⁷⁹ 1990 tarihli ve 171 sayılı Gece Çalışması Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 26.06.1990, Yürürlük Tarihi: 04.01.1995. Sözleşme'yi 11 ülke onaylamıştır. Bunlardan 7 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[15.12.2007]

¹⁸⁰ Ertürk, 2008, s.64; Tamer Soysal, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", **Kamu İş**, Cilt 8, Sayı 4, 2006, s. 16. Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf>[18.12.2007]

¹⁸¹ UÇÖ 178 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 26.06.1990. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[15.12.2007]

alternatif bir çalışma sağlanması ve bu yönde önlem alınması gerektiği hükme bağlanmıştır. (md.7/1(a)) Gece çalışmasının alternatifi olan çalışma, anne ya da bebeğin sağlığı için gerekli olduğunun doktor raporuyla belgelenmesi kaydıyla hamilelik sırasında ya da yetkili makamlarca doğum sonrasına ilişkin belirlenecek bir süre kadar, (a) bendinde belirtilen süreler ek olarak uzatılabilecektir. (md.7/1(b)) Birinci fıkrada belirtilen önlemler, mümkün olması halinde kadın işçinin gündüz işine geçirilmesini, sosyal güvenlik yardımları yapılmasını ve doğum izninin uzatılmasını da kapsamaktadır. (md.7/2) Kadın işçi, yukarıda belirtilen süreler içinde hizmet sözleşmesinin feshine karşı korunmaktadır. Bu korumanın istisnasını, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından hamilelik ve doğuma bağlı olmayan birtakım haklı sebeplerle feshi oluşturmaktadır. Bu süreler içinde kadın işçinin gelirinin kendisinin ve bebeğinin uygun bir yaşam düzeyini sürdürmesini mümkün kılacak düzeyde sağlanacağı öngörülmüştür. Kadın işçinin gelirinin yedinci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ya da başka önlemler vasıtasıyla sağlanabileceği belirtilmiştir. Buna ek olarak kadın işçinin gece çalışmasına bağlı olan meslekte ilerleme, kıdem ve konumuna bağlı haklarını kaybetmeyeceği de hükme bağlanmıştır. (md.7/3) Son olarak, bu maddenin doğum iznine ilişkin olan korumayı ya da yardımları azaltıcı bir etkide bulunmayacağı belirtilmiştir.(md.7/4)

c. İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşme

İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı UÇÖ Sözleşmesi¹⁸², bütün ekonomik faaliyet kollarına (md.1/1) ve bu faaliyet kollarında çalışan bütün işçilere (md.2/1) uygulanmaktadır.

Sözleşme gereği her üye devletin, ulusal koşullar ve uygulamaya göre ve en fazla temsil kabiliyetine sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danışarak, iş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamına ilişkin tutarlı bir ulusal politika geliştirmesi, uygulaması

¹⁸² 1981 tarihli ve 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 03.06.1981, Yürürlük Tarihi: 11.08.1983. Sözleşme'yi 56 ülke onaylamıştır. Bunlardan 14 tanesi AB üyesidir.155 sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 5038 sayılı ve 07.01.2004 tarihli kanunla onaylanmıştır. (RG. S: 25345; T: 13.01.2004), Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz155.htm>[17.12.07]

ve düzenli olarak gözden geçirilmesi hükme bağlanmıştır. (md.4/1) Sözleşme'nin dördüncü maddesine etkinlik kazandırılması amacıyla her üye, yasa veya yönetmelik çıkarmak suretiyle veya ulusal şartlarına ve uygulamasına uygun diğer bir yöntemle, ilgili işçi ya da işverenlerin temsilcisi olan kuruluşlara danışarak, gereken önlemleri alacaktır. (md.8)

İşverenlerin, kontrolleri altındaki işyerleri, makine, teçhizat ve usullerin güvenlik ve sağlık bakımından (md.16/1); kontrolleri altındaki kimyasal, fiziksel ve biyolojik madde ve etkenlerin gerekli önlemler alındığında sağlık bakımından (md.16/2) risk oluşturmamasını sağlamaları gerekmektedir.

d. Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 sayılı Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütü, 1980'lerden itibaren hızlanan küreselleşme sürecinin etkisiyle ortaya çıkan ve özellikle 1990'larda yaygınlaşan esnek çalışma biçimleri karşısında, yeni düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu çerçevede UÇÖ, esnek çalışmayı düzenleyen Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 sayılı Sözleşme'yi¹⁸³ ve Evde Çalışma Hakkında 177 sayılı Sözleşme'yi¹⁸⁴ kabul etmiştir.¹⁸⁵ UÇÖ, 175 sayılı Sözleşme çerçevesinde de 182 sayılı Tavsiye Kararı'nı¹⁸⁶ kabul etmiştir. Günümüzde işgücü piyasasındaki kısmi süreli çalışanların büyük bir çoğunluğunu genellikle kadın işçilerin oluşturması nedeniyle, kısmi süreli çalışanları mağdur eden düzenleme ya da uygulamaların dolaylı olarak kadın işçileri mağdur ettiği söylenebilir.

Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 175 sayılı Sözleşme, kısmi süreli çalışanların çalışma koşullarını tam süreli çalışanlarla eşit düzeye getirmek, işçi sağlığı ve iş

¹⁸³ 1994 tarihli ve 175 sayılı Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 24.06.1994, Yürürlük Tarihi: 28.02.1998. Sözleşme'yi 13 ülke onaylamıştır. Bunlardan 9 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim:<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[18.12.2007]

¹⁸⁴ 1996 tarihli ve 177 sayılı Evde Çalışma Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 20.06.1996, Yürürlük Tarihi: 22.04.2000. Sözleşme'yi 7 ülke onaylamıştır. Bunlardan 4 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim:<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[18.12.2007]

¹⁸⁵ Uçkan, s. 11.

¹⁸⁶ UÇÖ 182 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 24.06.1994. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[15.12.2007]

güvenliğini sağlamak, çalışma ilişkisinde kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığı önlemek ve sosyal güvenlik haklarını korumak amacına yöneliktir.¹⁸⁷

175 sayılı Sözleşme’de kısmi süreli çalışanların örgütlenme, toplu pazarlık, çalışanları temsil etme hakları, iş güvenliği ve sağlığı, çalışma ve meslekte ayrımcılık konuları bakımından emsal tam süreli çalışanlarla eşit korumaya sahip olacakları ve bunun için gereken önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir. (md.4)

Sözleşme’de, ulusal mevzuat ve uygulamalarda kısmi süreli çalışanların sadece kısmi süreli çalışmaları nedeniyle saat başı, verim, parça başı temelinde hesaplanan temel ücretlerinin, ücretleri aynı yöntemle hesaplanan emsal tam süreli çalışanlara ödenenden daha az olmamasını sağlayan önlemlerin alınacağı hükme bağlanmıştır. (md.5) Buna ek olarak, mesleki çalışmaya dayalı sosyal güvenlik programlarının kısmi süreli çalışanlara emsal tam süreli çalışanlarla eşit koşullar sağlayacak şekilde değiştirilmesi gerektiği ve bu koşulların çalışılan saatler, prim, kazanç ya da ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun bir temelde kararlaştırılacağı hükme bağlanmıştır. (md.6)

Kısmi süreli çalışanlar analığın korunması, hizmet ilişkisinin sona ermesi, ücretli yıllık izin ve ücretli resmi tatiller ile hastalık izninden emsal tam süreli çalışanlarla eşit koşullarda yararlanacaklar ve maddi hakları çalışma saatleri ve kazanç ile orantılı olarak hesaplanacaktır. (md.7) Üye devletlerin hem işverenlerin hem de çalışanların gereksinimlerini karşılayacak kısmi süreli çalışmaya girişin kolaylaştırılmasına yönelik önlemler almaları gerektiği belirtilmiştir. Bu önlemler, üye devlet ulusal kanun ve tüzüklerinde kısmi süreli çalışmayı engelleyen hükümlerin gözden geçirilmesi, istihdam bürolarının bulunduğu yerlerde bu büroların, bilgilendirme ve iş bulma faaliyetleri çerçevesinde kısmi süreli çalışma olanakları hakkında halkı bilgilendirmeleri, ulusal istihdam politikalarında işsizler, aile sorumluklarına sahip çalışanlar, yaşlı ya da özürlü çalışanlar ile eğitim ya da staj görmekte olan çalışanların gereksinimlerine ve tercihlerine özel olarak önem verilmesini kapsamaktadır. (md.9)

¹⁸⁷ Onaran-Yüksel, s. 53.

175 sayılı Sözleşme'nin hükümlerinin toplu iş sözleşmelerine ya da ulusal uygulamaya uygun herhangi başka bir yöntemle yürürlüğe konulduğu durumlar dışında, kanun ya da tüzüklerle uygulanacağı belirtilmiştir. (md.11)

e. Evde Çalışma Hakkında 177 sayılı Sözleşme

UÇÖ, evde çalışmanın yaygınlaşmasına bağlı olarak, 1996 yılında evde çalışmaya ilişkin 177 sayılı Sözleşme'yi¹⁸⁸ kabul etmiştir. Evlerde aile üyeleriyle birlikte aile için yapılan bağımsız üretim, evde çalışmanın tanımı dışında bırakılmıştır.¹⁸⁹ UÇÖ tarafından 177 sayılı Sözleşme çerçevesinde 184 no'lu Tavsiye Kararı¹⁹⁰ alınmıştır.

177 sayılı Evde Çalışmaya İlişkin Sözleşme uyarınca evde çalışma, işin ücret karşılığında işverenin işletmesi dışında, çalışanın kendi evi ya da seçimi doğrultusunda başka bir yerde, işveren tarafından belirlenen mal ya da hizmetin üretimi için yapılan çalışma olarak tanımlanmıştır. Mal ya da hizmet üretilirken kullanılan malzeme, ekipman ve diğer girdilerin evde çalışan kişi, işveren ya da aracı tarafından temini, çalışmanın, 'evde çalışma' olarak değerlendirilmesinde dikkate alınmamaktadır. (md.1/a) Sözleşme, birinci madde kapsamındaki tüm evde çalışan kişilere uygulanır. (md.2)

Sözleşme'yi onaylayan üye devletlerin, evde çalışanların durumlarının iyileştirilmesi amacıyla, en fazla temsil kabiliyetine sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danışarak evde çalışmaya ilişkin ulusal bir politika kabul etmesi, uygulaması ve gözden geçirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. (md.3) Bu bağlamda,

¹⁸⁸ 1996 tarihli ve 177 sayılı Evde Çalışma Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 20.06.1996, Yürürlük Tarihi: 22.04.2000. Sözleşme'yi 7 ülke onaylamıştır. Bunlardan 4 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[18.12.2007]

¹⁸⁹ Doğan Keskin, "Evde Çalışanların Korunması", **İktisat Dergisi**, Ekim 2002, Sayı: 430, Erişim: <http://www.calismahayati.net/makale4.htm>[16.12.2007]

¹⁹⁰ UÇÖ 184 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 20.06.1996. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[15.12.2007]

evde çalışmanın özellikleri ve işletmede gerçekleştirilen aynı ya da benzer nitelikteki bir iş için geçerli koşullar göz önüne alınarak, evde çalışanlarla diğer ücretliler arasında eşit davranma ilkesini teşvik eder nitelikte bir ulusal politika yürütülmelidir. (md.4/1) Eşit davranma ilkesinin özellikle, evde çalışanların örgüt kurma, bunlara üye olma ve faaliyetlerine katılma hakkı, istihdam ve meslekte ayrımcılığa karşı korunma, iş sağlığı ve güvenliği alanında korunma, ücretlendirme, zorunlu sosyal güvenlik koruması, mesleki eğitim, istihdama ve işe kabulde asgari yaş ve analığın korunması konularında teşvik edilmesi gerektiği öngörülmüştür. (md.4/2)

4. Göçmen İşçilere İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri

Göçmen İşçilere İlişkin UÇÖ Sözleşmeleri olarak, 97 Sayılı İstihdam Amacıyla Göç Hakkında Sözleşme ile 143 sayılı Göçmen İşçiler Hakkında Sözleşme incelenecektir.

a. İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı Sözleşme

UÇÖ'nün İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 Sayılı Sözleşmesi¹⁹¹ ve Göçmen İşçiler Hakkında 143 sayılı Sözleşmesi¹⁹² ile göçmen işçilere yardım, bilgi, koruma, eşit işlem, fırsat eşitliği tanınması ve bu konudaki mağduriyetlerin önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁹³ UÇÖ'nün 97 sayılı Sözleşmesi kapsamında 86 sayılı Tavsiye Kararı¹⁹⁴ alınmıştır.

¹⁹¹ 1949 tarihli ve 97 sayılı İstihdam Amacıyla Göç Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 01.07.1949, Yürürlük Tarihi: 22.01.1952. Sözleşme'yi 49 ülke onaylamıştır. Bunlardan 10 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[20.12.2007]

¹⁹² 1975 tarihli ve 143 sayılı Göçmen İşçiler Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 24.06.1975, Yürürlük Tarihi: 09.12.1978. Sözleşme'yi 23 ülke onaylamıştır. Bunlardan 5 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[21.12.2007]

¹⁹³ M. Bülent Alpar, "Göçmen İşçilere İlişkin 97 Sayılı Ve 143 Sayılı ILO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı", **Kamu-İş**, Cilt:6, Sayı: 1/2000, s. 1, Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/617.pdf>[18.01.2008]

¹⁹⁴ UÇÖ 86 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 01.07.1949. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[15.12.2007]

İstihdam Amacıyla Göç Hakkında 97 sayılı Sözleşme'yi onaylayan her üye devletin, talep edilmesi halinde, diğer devletlere ve UÇÖ'ye, istihdam amaçlı göçe ilişkin ulusal düzenlemeleri ve politikaları, göçmen işçilerin çalışma ve yaşam koşullarına ilişkin özel nitelikte hükümler içeren düzenlemeleri hakkında bilgi vereceği hükme bağlanmıştır. (md.1) Bu bağlamda her üye devlet, göçmen işçilere yardımcı olmak ve bilgi vermek üzere ücretsiz bir hizmet sağlayacaktır. (md.2) Üye devletler, ulusal düzenlemeleri olanak verdiği ölçüde göçmen gelişi ve gidişi hakkındaki yanıltıcı propagandaya karşı gerekli önlemleri almak ve uygun olduğu hallerde diğer üye devletlerle birlikte hareket etmekle yükümlüdürler. (md.3) Üye devletlerin buna ek olarak göçmen işçilerin ülkeden ayrılmalarını, seyahatlerini ve ülkeye gelişlerini kolaylaştırmak için gerekli önlemleri almaları ve (md.4) hem göçmen işçilere hem de ailelerine sağlık hizmeti verilmesi amacıyla sağlık birimleri kurmaları öngörülmüştür. (md.5)

Her üye devletin, Sözleşme'nin altıncı maddesine dahil olan konularda, topraklarında yasal olarak yerleşen göçmenlere vatandaşlık, ırk, din ya da cinsiyet ayrımı yapmaksızın kendi vatandaşlarına uyguladığından daha az elverişli işlem yapmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Göçmenlere; (a) ücret, çalışma saatleri, fazla mesai, ücretli izin, evde çalışmanın sınırlanması, asgari çalışma yaşı, çıraklık ve eğitim, kadın ve gençlerin çalışması, sendika üyeliği ve toplu sözleşmeden yararlanma ve kalacak yer; (b) sınırlı bir sosyal güvenlik hizmeti, (c) çalıştırılan kişiye ilişkin ödenecek vergiler, aidat ya da primler ve (d) Sözleşme'de yer alan hususlara ilişkin kanun yoluna başvuru konularında fırsat eşitliği tanınmıştır. (md.6)

Sözleşme çerçevesinde göçmen işçi, çalışma amacıyla bir devletten diğer bir devlete göç eden, kendi nam ve hesabına çalışmayan ve düzenli olarak göçmen işçi olarak kabul edilen kişi olarak tanımlanmıştır. (md.11/1) Sınır işçileri, ülkeye kısa süreliğine giriş yapan serbest meslek sahibi kişiler, sanatçılar ve gemi adamları, Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakılmıştır. (md.11/2)

b. Göçmen İşçiler Hakkında 143 sayılı Sözleşme

UÇÖ'nün 143 sayılı Göçmen İşçiler Hakkındaki Sözleşmesi¹⁹⁵ ile göçmen işçilerin kötü ve suistimale açık koşullarda çalıştırılmalarına engel olunması ve onlara fırsat ve işlem eşitliği tanınması amaçlanmıştır. UÇÖ tarafından 143 sayılı Sözleşme çerçevesinde, 151 sayılı Tavsiye Kararı¹⁹⁶ alınmıştır.

Göçmen İşçiler Hakkındaki 143 sayılı Sözleşme'nin birinci bölümü genel olarak, göçmen işçilerin kötü ve suistimale açık koşullarda çalışmalarının önlenmesine ilişkin, Sözleşme'nin yürürlükte bulunduğu üye devletler tarafından alınması gerekli önlemleri içermektedir. Sözleşme'de her üye devletin göçmen işçilerin temel insan haklarına saygı gösterecekleri hükme bağlanmıştır. (md.1)

Sözleşme'nin ikinci bölümü ise fırsat ve işlem eşitliğine ilişkindir. Üye devletler, ulusal koşullarına ve uygulamalarına uygun olan yöntemlerle topraklarında yasal olarak ikamet eden göçmen işçiler ve ailelerinin çalışma ve mesleklerini, sosyal güvenliklerini, sendikal ve kültürel haklarını, bireysel ve toplu özgürlüklerini teşvik ve garanti edecek ulusal politikalar ilan etmeyi ve izlemeyi taahhüt etmektedirler. (md.10)

143 sayılı Sözleşme'de göçmen işçi kavramı, kendi nam ve hesabına olmayıp, başkası tarafından çalıştırılmak amacıyla bir ülkeden diğerine göç eden ya da göç etmiş olan ve düzenli olarak göçmen işçi olarak kabul edilen kimseyi kapsar şekilde tanımlanmıştır. (md.11) Göçmen işçi kavramına sınır işçileri, ülkeye kısa süreli olarak giriş yapan sanatçılar ya da serbest meslek sahibi kişiler, gemi adamları, ülkeye staj ya da eğitim amaçlı gelen kişiler, işverenin talebi üzerine sınırlı ve belirli bir süre için belirli görevleri yerine getirmek ve görevleri sona erdiğinde ülkeyi terk etmek amacıyla ülkeye geçici olarak kabul edilen, bir devletin ülkesindeki

¹⁹⁵ 1975 tarihli ve 143 sayılı Göçmen İşçiler Hakkında Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi:24.06.1975, Yürürlük Tarihi: 09.12.1978. Sözleşme'yi 23 ülke onaylamıştır. Bunlardan 5 tanesi AB üyesidir. Türkiye, bu Sözleşme'yi onaylamamıştır. Sözleşme tam metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>[20.12.2007]

¹⁹⁶ UÇÖ 151 sayılı Tavsiye Kararı, Kabul Tarihi: 24.06.1975. Tavsiye Kararı metni için bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim: <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>[15.12.2007]

kuruluşlarda veya işletmelerde çalışan işçiler dahil değildir. (md.11/2) Üye devletler, Sözleşme'nin 10.maddesinde yer alan politikayı kendi ülkelerinin koşullarına ve uygulamalarına uygun olan yöntemler aracılığıyla gerçekleştireceklerdir. (md.12)

IV. AVRUPA KONSEYİ BELGELERİ

A.Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yeni bir Avrupa'nın kurulması düşüncesi temelinde bölgesel bir örgüt olarak ortaya çıkan Avrupa Konseyi'nin¹⁹⁷ temel kuruluş amacı, insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Kişi özgürlüğü, siyasal özgürlük ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin kaynağı olan ortak düşünce ve ahlaki değerlere bağlı olan ve bunları koruyan Avrupa ülkeleri, Avrupa Konseyi çatısı altında bir araya gelmiştir.¹⁹⁸

1. Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Arasındaki İlişki

Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği, insan hakları alanında yakın işbirliği içerisindeyler.¹⁹⁹ Avrupa Birliği'nin , Avrupa Konseyi ile işbirliği yapabilmesinin hukuki dayanağını ATA'nın 303.maddesi oluşturmaktadır.²⁰⁰

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, siyasal diyalog çerçevesinde yılda iki kez, yüksek temsilciler düzeyinde toplanmaktadır. Bu toplantılarda yürütülen programlara, ortak çıkarlara ve olası ortak faaliyetlere ilişkin karşılıklı bilgi ve görüş alışverişinde bulunulur. 1992 yılından bu yana, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, AB'ne komşu olan ülkelerdeki insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine

¹⁹⁷ Avrupa Konseyi, 5 Mayıs 1949'da on Avrupa ülkesi tarafından imzalanan Londra Antlaşması ile kurulmuş olup, günümüzde 47 üyesi bulunmaktadır. Türkiye, Avrupa Konseyi'ne 9 Ağustos 1949'da katılmıştır. Bkz."Avrupa Konseyi",TC.Dışişleri Bakanlığı, Erişim:[http://www.mfa.gov.tr/Avrupa-konseyi_.tr.mfa\[10.06.10\]](http://www.mfa.gov.tr/Avrupa-konseyi_.tr.mfa[10.06.10])

¹⁹⁸ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara: Turhan Kitabevi, 6.bası, 2005, s. 8; Landau and Beigbeder, s. 26.

¹⁹⁹ Bu işbirliğinin hukuksal çerçevesi, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği arasındaki mektup teatisi aracılığıyla düzenlenmiştir. Bkz. Exchange of Letters between the Council of Europe and the European Community Concerning the Consolidation and Intensification of Cooperation, OJ L 273, 26.09.1987.

²⁰⁰ Tekinalp, s. 58.

ilişkin hukuksal ve kurumsal reformlara, kültürlerarası diyalog ve kültürel çeşitliliğe dair konularda işbirliği yapmaktadırlar. Mayıs 2007’de Avrupa Konseyi ile AB arasında güçlendirilmiş bir işbirliği ve siyasal diyaloga ilişkin bir Mutabakat Zaptı²⁰¹ imzalanmıştır. Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği, Mutabakat Zaptı’nda diğer hususların yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve bireylerin haklarını koruyan diğer Avrupa Konseyi kuralları ve hukuki belgelerinin eşsiz katkısının tanınması, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın²⁰² ve Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) md. 6/3’ün (eski md. 6/2) öneminin dikkate alınması hususunda anlaşmaya varmışlardır. Mutabakat Zaptı’nda, AB’nin insan hakları konusunda Avrupa Konseyi’ni Avrupa çapında bir yol gösterici olarak kabul edeceği ve Avrupa Birliği belgelerinde Avrupa Konseyi düzenlemelerinden referans olarak söz edileceği karara bağlanmıştır.

Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi’nde de diğer uluslararası örgütlerdeki gibi Avrupa Komisyonu aracılığıyla temsil edilmektedir.

2. Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği’ne Üye Devletler Arasındaki İlişki

AB’ye üye devletlerin tümü, Avrupa Konseyi’ne üyedir.²⁰³ Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Şartı, uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığı ilkesi gereği, taraflarını bağlamaktadır.²⁰⁴ Sözleşmeler, taraf devletlerce uygulanmalarının sağlanması için etkin birer denetim mekanizmasıyla donatılmışlardır.

²⁰¹ Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, 117th Session of the Committee of Ministers (Strasbourg, 10-11 May 2007)

Erişim: http://www.ec.europa.eu/external_relations/organisations/coe/index_en.htm[13.06.08] Bu Mutabakat Zaptı’nın düzenlenmesine, Avrupa Konseyi’nin Mayıs 2005’teki Varşova Zirvesi’nde karar verilmiştir. “The Council of Europe’s Relations with the EU”,

Erişim:http://www.coe.int/der/EU_en.asp[10.10.08]

²⁰² Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın tam metni için

Erişim:http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf[10.10.08]

²⁰³ Avrupa Konseyi Resmi Sitesi,

Erişim: <http://www.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=47pays1europe&l=en>[22.05.10]

²⁰⁴ Melda Sur, **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 49, 108.

B. Avrupa Konseyi Belgelerinde Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, kurulmasından kısa süre sonra insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusuna verdiği öncelik çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni²⁰⁵ kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, insan haklarının tanınması ve korunmasına ilişkin olarak evrensel düzeyde bir "ilk"i başlattığı ve örnek model oluşturduğu kabul edilmektedir. Sözleşme, insan hakları konusunda Avrupa kamu düzenini oluşturan anayasal belge olarak değerlendirilmektedir.²⁰⁶

a. Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki ilişki, Avrupa kamu düzenini oluşturan iki sistemin karşılıklı etkileşimi anlamına geldiği için önem taşımaktadır. Avrupa Birliği'ni oluşturan tüm ülkeler AİHS'ne taraftırlar²⁰⁷ ve bu sebeple insan haklarının korunması alanında Avrupa'da ikili bir sistem bulunmaktadır.²⁰⁸

²⁰⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 4.11.1950'de Roma'da imzalanarak; 3.9.1953'te yürürlüğe girmiştir. T.C. Devleti, Sözleşme'yi 4.11.1950'de imzalamış, 10.3.1954'te ihtirazi kayıtlı onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 gün ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme Türkçe metni için

Erişim: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsmetni.htm>[12.12.2007]; Sözleşme İngilizce metni için erişim: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>[12.12.2007]

²⁰⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, ss. 9-15.

²⁰⁷ AB'ne üye ülkelerin AİHS'ne katılım tarihlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için Erişim: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=&DF=&CL=ENG>[16.04.2010]

²⁰⁸ Juliane Kokott and Frank Hoffmeister, "Opinion 2/94 Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, **The American Journal of International Law**, Vol.90, No.4, (Oct 1996), s. 666; Kathrin Kuhnert, "Bosphorus-Double Standards in European Human Rights Protection?", **Utrecht Law Review**, Vol.2, Issue 2 (December 2006) s. 177. AB'ye üye devletler, AİHS'e taraf olmaları nedeniyle bu sözleşmeden ve ek protokollerinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar. AİHM *Matthews* kararında (Appl.no. 24833/94,18.2.1999) AT'nun AİHS'e taraf olmaması nedeniyle, AB işlemleriyle ilgili olarak karar verme yetkisine sahip olmadığını ancak üye devletlerin uluslararası bir sözleşme çerçevesinde egemenlik yetkilerinin bir kısmını uluslararası bir örgüte devretmelerinin, onların AİHS'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Işıl Özkan, "Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt:9, Özel Sayı 2007, s. 418.

1995 yılında Avrupa Konseyi ATAD’a Topluluğun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olmasının mümkün olup olmadığına dair bir görüş bildirmesi için başvurmuştur. Konsey, Divan’ın sürecin ATA’ya uygun olduğu yönünde olumlu görüşü bulunmadan tarafların Sözleşme için müzakere sürecini başlatamayacağını bildirmiştir.²⁰⁹

ATAD, yöneltilen bu soruya AT’nun, Topluluk Hukuku’nun mevcut durumu çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne taraf olmaya yetkisi bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Divan, görüşünde²¹⁰ ATA’da Topluluk kurumlarına insan hakları alanında düzenleme yapma ya da bu alandaki uluslararası sözleşmelere taraf olma yetkisi tanıyan bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir. ATAD, ATA’da Topluluğun AİHS’ne taraf olmasına imkan verecek bir hukuksal dayanağın bulunmadığına işaret etmiştir. Divan’a göre, Topluluğun AİHS’ne taraf olması, Topluluğun mevcut hukuk sisteminde insan haklarının korunması bakımından önemli ölçüde değişikliğe yol açacak ve Sözleşme’nin tüm hükümlerinin Topluluk Hukukuyla bütünleştirilmesini gerektirecektir. Ortaya çıkan yeni durum aynı zamanda Topluluğun mevcut kurumsal yapısının farklılaşmasına yol açacaktır. Bu düzeyde önemli bir değişiklik Divan tarafından ATA’da Topluluğa tanınan yetkinin sınırlarının aşılması olarak yorumlanmıştır. Bu sebeple Divan, Sözleşme’ye taraf olunmasının ancak ATA’da yapılacak bir değişiklik sonrasında mümkün olabileceğini belirtmiştir.²¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AB Hukuku’nun temel haklar bakımından ilke olarak AİHS kapsamında sağlanan korumaya eşdeğer bir koruma sağladığını kabul etmekte²¹² ve ATAD’ın içtihat hukukunda yer alan tanımlara göndermede

²⁰⁹ Kokott and Hoffmeister, s. 664.

²¹⁰ Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion 2/94, 1996 ECR I-1759.

²¹¹ Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion 2/94, 1996 ECR I-1759, paras. 34-35-36; Kokott and Hoffmeister, s. 666; Naz Çavuşoğlu, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi:Katılım Meselesi”, s. 3.

Erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/naz.pdf[10.03.2009] Mahmut Göçer, “Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması”, s. 387,

Erişim: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/gocer.pdf[11.03.2009]

²¹² ECHR Case *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland*, appl. 45036/ 98, 2006, para. 53. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Kuhnert, ss. 188-189.

bulunmaktadır.²¹³ ATAD ise temel hakları AB Hukuku'nun genel ilkeleri olarak benimseyerek, bu hakların kapsamını belirlemede AİHS'i kaynak almaktadır.²¹⁴ ABA'da, AİHS tarafından güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden doğan temel haklara AB Hukuku'nun genel ilkelerini oluşturmaları nedeniyle saygı gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.(md.6/3)

Lizbon Antlaşması ile ABA'ya getirilen önemli bir değişiklik, ABA'da açık bir şekilde AB'nin, AİHS'ne taraf olacağı ve bu durumun Birliğin Antlaşmalar'da öngörülen yetkilerine etkide bulunmayacağını hüküm altına alınmasıdır.(md.6/2) AB'nin Lizbon Antlaşması ile tüzel kişilik kazanması ve ABA'da yer alan bu açık hüküm karşısında, Birliğin üye devletlerden bağımsız olarak, AİHS'ne taraf olması önündeki hukuksal engellerin ortadan kalktığı belirtilmelidir. Avrupa Konseyi açısından da AB'nin AİHS'ne katılımının sağlanması için Sözleşme'ye ek 14 no'lu Protokol²¹⁵ kabul edilmiştir.²¹⁶

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, Sözleşme'de tanınan haklardan ve özgürlüklerden yararlanmanın, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir

²¹³ Samantha Besson, "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?" **Human Rights Law Quarterly**, 8:4, 2008, s.649.

²¹⁴ Kokott and Hoffmeister, s. 666; Özkan, s. 418; Case 368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag*, [1997] ECR I-03689, paras. 25-26.

²¹⁵ AİHS'ne ek 14 no'lu Protokol, 13 Mayıs 2004'te AİHS'ne taraf devletlerin imzasına açılmış; 1 Haziran 2010'da yürürlüğe girmiştir. 14 no'lu Protokol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin iş yükünün artmakta olması nedeniyle denetim sisteminin uzun dönemde etkinliğinin sağlanması ve geliştirilmesi amacıyla Sözleşme'nin belirli hükümlerinin acilen değiştirilmesi ihtiyacıyla hazırlanmıştır. Bkz. Faruk Bilir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 No'lu Protokol", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2006, s. 136; Erişim:[http://www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2431pdf\[17.05.08\]](http://www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2431pdf[17.05.08]) Serkan Cengiz, "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", Erişim:[http://www.turkhukuksitesi.com.makale_185\[17.05.08\]](http://www.turkhukuksitesi.com.makale_185[17.05.08])

Türkiye, 14 no'lu Protokolü, 06.10.2004'te imzalamış, 01.06.2006'da 5512 sayılı Kanunla onaylamıştır. RG. S:26253, T:08.08.2006.Erişim:[http://www.resmi-gazete.org\[17.05.08\]](http://www.resmi-gazete.org[17.05.08]) 14 no'lu Protokol'ün tam metni için Bkz. Avrupa Konseyi Resmi Sitesi, Erişim: [http://www.conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/194.htm\[17.05.08\]](http://www.conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/194.htm[17.05.08])

²¹⁶ Jean-Claude Juncker, "Council of Europe-European Union: A Sole Ambition for the European Continent", 11.04.2006, s. 4, Erişim: [http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf\[17.05.08\]](http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf[17.05.08]) AİHS'nin 59.maddesine eklenen ikinci fıkrayla, Avrupa Birliği'nin de AİHS'ne katılabileceği öngörülmüştür. (14 no'lu Protokol md.17) Bkz. Bilir, s. 154.

görüŖ, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınacağı hükme bağlanmıştır. Sözleşme'nin 14. maddesinde belirtilen ayrımcılık nedenlerinin sınırlayıcı olarak sayılmadığı belirtilmelidir.²¹⁷ Bu madde çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişiler, haksız nitelikteki farklı işleme karşı korunmaktadır. 14.maddede sağlanan koruma hak ya da özgürlüklerden yararlanmadaki pozitif ayırım yasağının yanı sıra, hak ya da özgürlüğün kısıtlanmasındaki negatif ayırım yasağını da kapsamaktadır.²¹⁸

14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağı, genel bir eşitlik ilkesi çerçevesinde değil; Sözleşme'nin diğer maddeleriyle bağımlı bir ilişki içerisinde, sınırlı bir koruma amacına yönelik olarak öngörülmüştür. Bu sebeple, 14. madde bağımsız bir varlığa sahip değildir. Bu madde, ancak ayrımcılık yapıldığı iddia edilen konunun Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerden birinin kapsamına girmesi durumunda uygulanabilir.²¹⁹ AİHM, Sözleşme'nin 14.maddesinin bu özelliğini *Schmidt v. Germany*²²⁰ kararında açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 14.maddesinin Sözleşme'de ve Protokolleri'nde yer alan diğer temel hükümleri tamamladığını; bağımsız bir niteliği bulunmadığını ve sadece Sözleşme'de korunan hak ve özgürlüklerin kullanılmasıyla ilişkili olarak etki doğurabileceğini belirtmiştir.²²¹ Bununla birlikte, AİHS'nin 14. maddesinin uygulanması, Sözleşme'deki diğer bir hakkın mutlaka ihlal edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir.²²² Somut olay, çığnendiğı iddia edilen Sözleşme hükmüne

²¹⁷ Weiwei, s. 13; Olivier de Schutter, The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, February 2005, s. 13; Gözübüyük ve Gölcüklü, s.402; Sur, 1995, s.12.

²¹⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, ss. 400-402.

²¹⁹ İnceleöglu, s. 56; Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 401; Kees Waaldijk, "Legislation in Fifteen EU Member States Against Sexual Orientation Discrimination in Employment: the Implementation of Directive 2000/78 içinde **The Gays' and Lesbians' Rights in an Enlarged European Union**, der. Anne Weyembergh and Sinziana Carstocea, Editions de l'Université de Bruxelles, 2006, s. 25; Demet Özdamar, **Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 172; Richard Clayton and Hugh Tomlinson, **The Law of Human Rights**, NY: Oxford University Press, 2000, s. 1205, 1233; Landau and Beigbeder, s.28; Sur, 1995, s.12.

²²⁰ ECHR Case *Karlheinz Schmidt v. Germany*, app. 13580/88, 18 July 1994.

²²¹ McCrudden and Prechal, s. 22.

²²² Ivana Radacic, "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol.19, No.4, 2008, s. 842; Özdamar, 2002, s. 172-173.

ilişkin bir ihlalin tespit edilemediği durumlarda da, 14. madde çerçevesinde incelenmek suretiyle, 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Bu bakımdan 14. maddenin özerk bir kapsamı bulunmaktadır.²²³

Avrupa Konseyi'ne üye devletler, 26 Haziran 2000'de genel ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS'ne ek 12 No'lu Protokolü kabul etmişlerdir.²²⁴ 12 no'lu Protokol ile AİHS'nin 14. maddesinin kapsamı genişletilmiştir.²²⁵ Üye devletleri bu Protokolü kabul etmeye yönlendiren, tüm insanların hukuk önünde eşit olmaları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip olmalarıdır. Bu Protokol ile AİHS aracılığıyla ayrımcılığın genel olarak yasaklanması ve herkesin eşit olmasının sağlanması için yeni önlemler alınması amaçlanmaktadır.

12 No'lu Protokol çerçevesinde; yasa ile öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasî veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacaktır. (md.1/1) Buna ek olarak kimsenin, hangisi olursa olsun hiçbir kamu makamı tarafından, özellikle 1. fıkrada belirtilen gerekçelere dayalı bir ayrıma maruz bırakılamayacağı belirtilmiştir. (md.1/2)

12 No'lu Protokol için hazırlanan Açıklayıcı Rapor'da²²⁶ eşitlik ilkesinin AİHS'nin 14. maddesinde ya da Protokol'ün 1.maddesinde açık bir şekilde yer almamasına karşın, ayrımcılık yasağı ile iç içe geçmiş bir kavram olduğu belirtilmiştir. Raporda Aristo öğretisine işaret edilerek, eşitlik ilkesinin eşit durumlara eşit, farklı durumlara ise farklı davranılmasını gerektirdiği; makul ve

²²³ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 401.

²²⁴ AİHS'ne ek 12 no'lu Protokol, 4 Kasım 2000'de kabul edilmiş, 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün tam metni için Bkz. İnsan Hakları Bilgi Bankası, Erişim: <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/aihsek12.htm>[02.10.07] ve Avrupa Konseyi Resmi Sitesi, Erişim: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/177.htm>[02.10.07]

AİHS'ne ek 12 no'lu Protokol'ü 47 Avrupa Konseyi üyesinden sadece 20 devlet imzalamış, bunlardan 17'si onaylamıştır. Pek çok AB üyesi ülke Protokol'e taraf değildir. Türkiye, 12 no'lu Protokolü, 18.04.2001'de imzalamış; fakat henüz onaylanamamıştır.

²²⁵ Usal, s. 43.

²²⁶ Explanatory Report to the Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Erişim: <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>[03.01.2008]

objektif bir sebep bulunmadığı sürece bu yönde hareket edilmemesinin ise ayrımcılığı ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir.²²⁷

AİHM, AİHS'nin 14. maddesinin ihlali iddiasıyla yaptığı somut olay incelemelerinde ilk olarak hem Sözleşme'ye dahil bir hakkın, hem de benzer durumun varlığı koşullarını aramakta, daha sonraki aşamada, benzer durumdaki kişiler arasında hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından farklı işlemde bulunulup bulunulmadığını araştırmaktadır. Tespit edilen farklı işlemin ilgili devletin sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde makul ve objektif bir nedene dayanıp dayanmadığı ve alınan önlemler ile kullanılan vasıtaların bağlı olunan amaca ulaşmakta uygun ve ölçülü olup olmadığı gibi hususları incelemektedir.²²⁸ AİHM, *Belgian Linguistics*²²⁹ kararında eşitlik ilkesinin makul ve objektif bir gerekçe olmaksızın eşit durumlara eşit ya da farklı durumlara farklı davranılmaması halinde ihlal edilmiş sayılacağına hükmetmiştir.²³⁰

AİHM, *Stubbings*²³¹ kararında AİHS'e taraf devletlerin benzer durumlardaki farklılıkların farklı işlemi haklı kılıp kılmadığına ilişkin takdir yetkileri bulunduğu hükmetmiştir. McCrudden ve Prechal, AİHM'in haklı sebep değerlendirmesinin somut olayın cinsiyet ya da ırka dayalı ayrımcılık iddiasından oluştuğu durumlarda daha sıkı bir denetime tabi olduğunu belirtmektedirler.²³² AİHM, kadın erkek eşitliğinin AİHS'de yer alan en temel ilkelerden biri olduğuna hükmetmiştir.²³³ Mahkeme'nin kararlarında kadın erkek eşitliğinin sağlanmasının ve geliştirilmesinin Sözleşme'ye taraf tüm devletler bakımından gerçekleştirilmesi gereken önemli bir

²²⁷ Explanatory Report to the Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para.15.

²²⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 402.

²²⁹ ECHR Case *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium*, app. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 July 1968.

²³⁰ Oddny Mjöll Arnardóttir, **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International 2003, s.15. AİHM, *Thlimmenos v. Greece* kararında, Sözleşme'nin 14.maddesinde yer alan ayırım yasağının kapsamının sadece eşit durumda olanlara eşit davranılmasını değil, farklı durumda olanlara farklı davranılmasını da kapsadığına hükmetmiştir. Bkz. ECHR Case *Thlimmenos v. Greece*, app.34369/97, 6 April 2000; Arnardóttir, s.11.

²³¹ ECHR Case *Stubbings and Others v. The United Kingdom*, app. 22083/93, 22 October 1996.

²³² McCrudden and Prechal, s. 22, 26.

²³³ ECHR Case *Leyla Şahin v. Turkey*, app. 44774/98, 10 November 2005, para.115.

amaç olduğu ve cinsiyet ayrımcılığının haklı şekilde gerekçelendirilmesinin diğer ayrımcılık sebeplerine kıyasla daha zor olduğu belirtilmiştir.²³⁴

2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı²³⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde eksik kalan ekonomik ve sosyal hakları düzenlemektedir.²³⁶ 1996'da Avrupa Sosyal Şartı'nın dönemin koşullarının gerektirdiği gereksinimler doğrultusunda değiştirilmesiyle Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı,²³⁷ kabul edilmiştir. Yeni Şart ile Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan haklara ek bazı haklar tanınmıştır.

Ayrımcılık yasağı, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın beşinci bölümünde yer almaktadır. Bu çerçevede, Şart'ta yer alan haklardan yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensup olma, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan herhangi bir ayrımcılığa tabi olmaksızın sağlanacağı hüküm altına alınmıştır. (md.E)

Avrupa Sosyal Şartı'nın Birinci Bölümü'nde "tüm çalışanların adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı"(bent 2); "tüm çalışanların, kendileri ve ailelerine yeterli bir yaşam düzeyi sağlamak için adil bir ücret alma hakkı" (bent 4); "çalışan kadınların analık durumunda ve öteki çalışan kadınların gerektiğinde, çalışırken özel

²³⁴ ECHR Case *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, app. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 May 1985; *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, app. 14518/89, 24 June 1993; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, app. 13580/88, 18 July 1994; *Burghartz v. Switzerland*, app. 16213/90, 22 February 1994; *Van Raalte v. Netherlands*, app.20060/92, 21 February 1997; *Wessels-Bergervoet v. Netherlands*, app.34462/97, 12 November 2002; McCrudden and Prechal, s. 26.

²³⁵ Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi tarafından 18.10.1961'de Torino'da imzalanmış ve 26.02.1965'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi 18.10.1961'de imzalamış ve 16.06.1989'da 3581 sayılı Kanunla onaylamıştır. R.G. 20215, 04.07.1989. Avrupa Sosyal Şartı Türkçe metni için erişim:<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/391-410.pdf>[16.12.2007] Avrupa Sosyal Şartı İngilizce metni için Erişim: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/035.htm>[16.12.2007]

²³⁶ Onaran-Yüksel, s. 60.

²³⁷ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Konseyi tarafından 02.04.1996'da imzalanmış ve 01.07.1999'da yürürlüğe girmiştir. T.C.Devleti, Sözleşme'yi 06.10.2004'te imzalamış ve 27.09.2006'da 5547 sayılı Kanunla onaylamıştır. R.G. 26308, 03.10.2006. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkçe metni için erişim: <http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>[16.12.2007]; Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı İngilizce metni için Erişim: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/163.htm>[16.12.2007]

korunma hakkı”(bent 8); “herkesin mesleki eğitim için uygun imkanlardan yararlanma hakkı” (bent 10); “toplumun temel birimi olarak ailenin, tam gelişmesini sağlamaya yönelik uygun sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı” (bent 16) ve “medeni hallerine ve aile ilişkilerine bakılmaksızın, analar ve çocukların uygun sosyal ve ekonomik korunma hakkı” (bent 17) düzenlenmiştir.

Çalışma hakkı, Avrupa Sosyal Şartı’nın ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Taraf devletlerin, tam istihdamı gerçekleştirmek üzere olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından saymayı taahhüt ettikleri belirtilmiştir. (md.1/1) Bu çerçevede kadın ve erkeklere fırsat eşitliği sağlanması, Şart’a taraf devletlerde tam ve istikrarlı bir istihdam düzeyi sağlanması açısından önemlidir.²³⁸

Avrupa Sosyal Şartı’nda, Şart’a taraf devletlerin adil bir ücret hakkına etkin bir geçerlilik kazandırmak amacıyla çalışan erkeklerle kadınlara “adil bir ücret” başlığı altında eşit ücret hakkını tanımayı taahhüt ettikleri yer almaktadır. (md.4/3) Bu suretle kadın ve erkek çalışanlar için ücrette cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması açık bir şekilde yasaklanmıştır.

Taraf Devletler, Avrupa Sosyal Şartı’nda çalışan kadınların korunma hakkının etkin bir biçimde sağlanması taahhüdü altına girmişlerdir. Bu çerçevede kadınlara doğumdan önce ve sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla toplam asgari 12 haftalık izin sağlanması gerekliliği düzenlenmiştir. (md.8/1) Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart’ında ise kadın çalışanlar için belirlenen doğum öncesi ve sonrası toplam asgari 12 haftalık iznin, asgari 14 haftaya çıkartılması öngörülmüştür. (md.8/1)

Avrupa Sosyal Şartı’nda işverenin kadın çalışana doğum izni sırasında işten çıkarma bildiriminde bulunması veya doğum nedeniyle izinli olduğu sırada süresi sona erecek bir bildirimde bulunması yasaklanmıştır. (md.8/2) Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart’ında, korumanın kapsamı genişletilerek, işverenin, bir kadının

²³⁸ Onaran-Yüksel, s. 60.

işverenine hamile olduğunu bildirmesi ile doğum iznine ayrılması arasındaki dönem içinde yapılan hizmet sözleşmesini fesih bildirimlerinin de hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. (md.8/2)

Avrupa Sosyal Şartı'nda emzirme dönemindeki anneler için, bu amaçla yeterli bir süre işe ara verme hakkı düzenlenmiş (md.8/3); sanayide çalışan kadınların ise gece işlerinde çalışmalarının düzenlenmesi ve çalışan kadınların yeraltı madenlerinde ve gerektiğinde tehlikeli, sağlığa aykırı ve ağır niteliği nedeniyle uygun düşmeyen tüm öteki işlerde çalışmalarının yasaklanması taahhüt edilmiştir. (md.8/4)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şart'ında, taraf devletler, Avrupa Sosyal Şartı'nın kabul edildiği dönemin koşullarının günümüzde değişmiş olması nedeniyle, Avrupa Sosyal Şart'ındaki "sanayide çalışan kadınlar" ifadesi yerine "hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınların" gece çalışma haklarının düzenlenmesi (md.8/4) ve Avrupa Sosyal Şart'ındaki "çalışan kadınlar" ifadesi yerine "hamile, yeni doğum yapmış ve çocuklarını emzirme dönemindeki kadınlar"ın yeraltı madenlerinde ve tehlikeli, sağlığa zararlı ya da ağır işlerde çalıştırılmalarını yasaklama ya da bunların hakkını korumaya yönelik önlemler almaları taahhüdünde bulunmuşlardır. (md.8/5)

Avrupa Sosyal Şart'ında kız ya da erkek çalışanların mesleki eğitim hakkına (md.10/2) ve çocuk ve gençlerin sosyal, ekonomik ve hukuksal korunma hakkına (md.17) yer verilmiştir. Bu çerçevede ebeveynlerinin hak ve ödevleri de dikkate alınacaktır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Sosyal Şartı'na ek olarak bazı yeni hak grupları da yaratmıştır. Bu hakların başında, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkı gelmektedir. Bu çerçevede, taraf devletler, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkının işe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme; mesleki

yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon; istihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları; yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme alanlarında etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla bu hakkı tanımayı ve bunun uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt etmektedirler. (md.20)

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda, ailevi sorumlulukları olan çalışanların fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkı da düzenlenmiştir.²³⁹ Taraf devletler, ailevi sorumlulukları olan kadın ve erkek çalışanlar ve bunlarla diğer çalışanlar arasında fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesi amacıyla birtakım önlemler alma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bu önlemler, ailevi sorumlulukları olan çalışanların istihdam edilmesi, ailevi sorumlulukları nedeniyle işten ayrılanların yeniden istihdam edilmesi; çalışma koşulları ve sosyal güvenliğe ilişkin gereksinimlerinin dikkate alınması; kreş ve çocuk bakımı ile ilgili kamusal ya da özel hizmetlerin geliştirilmesi ya da teşvik edilmesinden oluşmaktadır. (md.27/1) Her ebeveyne süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenen ve çocuğa doğum izni sonrasındaki bir dönemde bakmaya yönelik aile izni verilmesi öngörülmüştür. (md. 27/2) Son olarak, fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek, ailevi sorumlulukların geçerli bir fesih nedeni sayılamayacağı belirtilmiştir. (md. 27/3)

²³⁹ Melda Sur, “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu”, içinde **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, der. Zafer Gören, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, 17-18 Mayıs 1998 (a), s.173.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. TARİHSEL GELİŞİM

Avrupa Birliği istihdam ve sosyal politikasında cinsiyet ayrımcılığı konusu, tarihsel gelişme sürecinde üç dönemde incelenebilir.

A. 1957 ile 1980 Arası Dönem

1. Roma Antlaşması'nın Müzakere Süreci

Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı, AB Hukuku'na ilk defa olarak, Avrupa Topluluğu'nun kurucu antlaşmalarından olan Roma Antlaşması ile dahil olmuştur. Roma Antlaşması'nda yer alan bu düzenlemelerin ilki, kadın ve erkek için eşit ücret ilkesini öngören Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) md. 141²⁴⁰ (eski md. 119); diğeri ise üye devletlerin ücretli izin cetvelleri arasındaki mevcut dengenin korunmasını öngören ATA md. 142²⁴¹, dir.²⁴²

ATA'nın 141. maddesi ile yapılan düzenlemede UÇÖ'nün Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşme'si²⁴³ ile UÇÖ tarafından Avrupa ekonomik bütünleşmesinin sosyal

²⁴⁰ Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nı, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) olarak değiştirmiştir. Lizbon Antlaşması, ATA'da yer alan madde numaralandırmalarını da değiştirmiştir. Bu çerçevede, ATA md.141, ABİDA md. 157'ye karşılık gelmektedir. Antlaşmalar'ın eski ve yeni numaralandırmalarının mukabillğine Lizbon Antlaşması'na ekli denklik tablosundan erişilebilir. Bkz. Table of Equivalences, Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2010/C 83/01, OJ, C 83, Vol.53, 30 March 2010. ABA ve ABİDA'nın Türkçe'ye çevrilmiş metni için bkz. Hacı Can, **Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

²⁴¹ ATA md.142, ABİDA md. 158'e karşılık gelmektedir.

²⁴² Evelyn Ellis, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s.21.

²⁴³ Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 29.06.1951, Yürürlük Tarihi: 23.05.1953; R.G. 13.06.1967, 12620. Bu çerçevede UÇÖ'nün 100 sayılı Sözleşmesi, ATA.141.maddenin kabulündeki etkisinin yanı sıra ücret eşitliğine ilişkin kavramın yerleşmesinde ve doktrinde bu konudaki tartışmaların oluşumunda da etkili olmuştur. Bkz. Catherine Hoskyns, **Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union**, Verso Publishing, 1996, s. 53.

boyutlarını incelemekle görevlendirilen Bertil Ohlin tarafından hazırlanan Ohlin Raporu (1956) etkili olmuştur.²⁴⁴

Eşit işe eşit ücrete ilişkin bir düzenleme yapılması düşüncesi, ATA'nın hazırlık görüşmeleri sırasında ilk kez Fransa tarafından ortaya konulmuştur. Fransa, Tek Pazar'da üye devletler arasında kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin engellerin kaldırılmasının ardından rekabetin adil ve eşit bir temelde işleminin sağlanabilmesi için, üretimin "sosyal maliyeti" bakımından bir uyumlulaştırma gereksinimi olduğunu ifade etmiştir.²⁴⁵ Nitekim bu dönemde, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran devletlerde uygulanmakta olan sosyal hukuk düzenlemeleri içerikleri bakımından birbirinden farklıydı.²⁴⁶

Fransa'da yürürlükte bulunan sosyal hukuk düzenlemeleri, diğer pek çok Avrupa Devleti'nden daha ileri düzeyde olup, çalışanları koruyucu nitelikteydi. Fransa'da çalışanlar, diğer devletlerde çalışanlara göre daha uzun ücretli izin hakkına ve daha kısa süreli çalışma sonucu edinilen fazla mesai hakkına sahipti. Buna ek olarak, Fransa'daki düzenlemeler, kadın ve erkek çalışanlar için eşit işe eşit ücret ilkesini öngörmekteydi.²⁴⁷ Fransa'nın çalışanları koruyucu nitelikteki sosyal

²⁴⁴ Ellina, s. 26. Ohlin Raporu'nda, Avrupa bütünleşmesi çerçevesinde birbirinden farklı sosyal politikaların düzenlenmesine yönelik Fransa ve Almanya'nın tezleri karşılıklı olarak incelenmiştir. Fransa Topluluğa üye olacak devletler arasındaki rekabetin bozulmaması amacıyla, dolaylı sosyal maliyetlerin AT Tüzüğü aracılığıyla uyumlulaştırılması gerektiği düşüncesinde ısrar ederken; Almanya tersi bir görüş savunarak buna gerek olmadığını, çünkü rekabetin dolaylı sosyal maliyetlerin dışında vergilendirme ve verimlilik gibi unsurlardan da etkilendiğini belirtmiştir. Ohlin Raporu'nda genel olarak Almanya lehine bir görüş benimsenmiş olsa da, belirli bazı sektörlerde eşit işe eşit ücret ya da ücretli izin gibi rekabeti bozucu nitelikteki durumlara AT tarafından müdahale edilmesi gerektiği belirtilmiştir ki, bu görüş ATA. md. 141'in ortaya çıkması açısından büyük önem taşımıştır. Rapor'da eşit işe eşit ücret ilkesine değinilmesinde de UÇÖ'nün 1951 tarihli ve 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi'nin etkisi olmuştur. Nitekim, müzakereci devletlerin çoğu, Sözleşme'nin kabul edilmesi sırasında benzer tartışmaları ve süreçleri yaşamış olduklarından, bu durum ATA. md 141'in kabulünü kolaylaştırmıştır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ellina, s. 27.

²⁴⁵ Ellis, 2005, s.21.

²⁴⁶ Catherine Barnard, "The Economic Objectives of Article 119", içinde **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, der. Tamara Hervey, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1993, s. 324.

²⁴⁷ Ellis, 2005, s.21; Ellina, s. 23; Bob Hepple, "The Principle of Equal Treatment in Article 119 EC and the Possibilities for Reform", içinde **The Principle of Equal Treatment in EC Law**, der. Alan Dashwood, Siofra O'Leary, Sweet & Maxwell, London, 1997, s. 138. Roma Antlaşması'nın imzalandığı dönemde diğer müzakereci ülkelere göre ileri seviyede sosyal politika düzenlemelerine sahip olan Fransa'nın Birlik üye devletleri arasında kadınlara oy kullanma hakkını en geç tanıyan (1944) ve halen dahi Parlamento'da en az kadın üye bulunduran ülkelerden biri olması dikkat çekicidir. Bkz. Ellina, s. 24.

düzenlemeleri, işverenler için işgücü maliyetini ve buna bağlı olarak da üretim maliyetlerini, diğer Avrupa ülkelerinden daha yüksek seviyede tutmaktaydı. Tek Pazar'da Fransız üreticilerin aleyhine olan bu durum, önlem alınmaması halinde, sosyal dampinge yol açabilecekti.²⁴⁸ Bu da, işverenlerin Fransa'da iş yapmalarını ya da yeni işletmeler kurmalarını engelleyecekti.²⁴⁹ Bu sebeplerle Roma Antlaşması'nın müzakere sürecinde Fransız yetkililer, diğer müzakereci devletleri sosyal maliyetlerin tüm Topluluk çapında eşit seviyeye getirilmesi konusunda ikna etmeye çalışmışlardır. Almanya ise, Fransa'nın söz konusu baskısına karşı, Tek Pazar'ın kurulmasının ardından sosyal maliyetlerin uyumlulaştırılmasının kaçınılmaz olarak gerçekleşeceğini ileri sürerek, kamunun ücret ve fiyatlara müdahalesinin asgari düzeyde olması gerektiğini savunmuştur. Müzakereci devletler, ATA md. 141 ve md. 142'nin Fransız yetkililerin ısrarı sonucunda Antlaşma metnine alınmasını kabul etmişlerdir.²⁵⁰

ATA'nın 141. maddesindeki düzenleme, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasından çok, ekonomik sebeplere dayalıdır.²⁵¹ Bu düzenlemenin asıl amacı,

²⁴⁸ Catherine Barnard, **EC Employment Law**, Oxford University Press, New York, 2006, s. 298; Petra Foubert, **The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America**, Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 92-93; Tobler, 2005, s. 37; Tamara Hervey, **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, Butterworth & Co. Publishers Ltd, London, 1993, s. 37; Malcolm Sargeant, **Discrimination Law**, Pearson Education Limited, , England, 2004, s. 14; Christopher McCrudden, "The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.13, No.3, s. 326; Barnard, 1999, s. 216-217; Catherine Barnard, "The Principle of Equality in the Community Context: *P. Grant, Kalanke and Marschall*: Four Uneasy Bedfellows?", **Cambridge Law Journal**, 57/2, July 1998, s. 352; Kübra Doğan Yenisey, "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş**, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt.6, Sayı.4, 2002, s. 3; Barnard, 1993, s. 324; Anna Van Der Vleuten, **The Price of Gender Equality-Member States and Governance in the European Union**, Ashgate Publishing, England, 2007, s. 35.

²⁴⁹ Tobler, 2005, s.37.

²⁵⁰ Ellis, 2005, s.21. Kadın erkek için ücrette eşitlik ilkesinin Birlik Antlaşması'na dahil olmasında yukarıda belirtilen ve Fransa'nın öncülük ettiği ekonomik temelli nedenlerin yanı sıra, Avrupa'daki o dönemdeki feminist hareketlerin büyük rolü olduğu yadsınmamalıdır. Fransa'nın ulusal düzenlemelerinde ücret eşitliğinin öngörülmesinin ardında da yine 1940 ve 1950'li yılların başında aktif olarak çalışmakta olan Fransız feministlerin olduğu belirtilmelidir. Topluluk kurucu Antlaşması'na 141.maddenin eklenmesi sonrasında yapılan Birlik ikincil hukuk kaynaklarına ilişkin düzenlemelerde de Avrupa'da 1960 ve 1970'li yıllardaki feminist kampanyaların etkisi bulunmaktadır. Bkz. Clare Mc Glynn, "Reclaiming a Feminist Vision: The Reconciliation of Paid Work and Family Life in European Union Law and Policy", **Columbia Journal of European Law**, Vol.7, 2001, s. 251.

²⁵¹ Ellina, s. 23.

işletmeler arasında işgücünün sosyal maliyetinin denkleştirilmesi ve bu suretle adil bir rekabet ortamının sağlanmasıdır.²⁵²

Topluluk çapında bir kadın erkek eşitliği politikasının oluşturulması, ATA'nın 141. maddesinin Kurucu Antlaşmalar'da öngörülmesiyle birlikte, hemen gerçekleşmemiştir. Bunun gerçekleşmesi için hukuksal bir zeminin oluşturulmasından çok, kadın erkek eşitliği konusundaki mevcut “koşulların”, “sorunlara” dönüşmeye başladığının algılanması gerekmiştir. Kadın erkek eşitliği politikasının gecikmesinde, Topluluğun kurulduğu yıllarda salt ekonomik bütünleşme amacının hakim olması ve kadınların çıkarlarına ilişkin düşüncelerin henüz yeterince yerleşmemiş olması etkili olmuştur. Kadın haklarına ilişkin bu durağan dönemdeki tek istisnai politika, 1967’de hazırlanan Orta Dönem Ekonomik Programı’nda kadınların işgücü piyasasına girmelerinin desteklenmesidir.²⁵³ Zira o yıllarda öncelik, İç Pazar’ın gerçekleştirilmesini kolaylaştıracak olan ekonomi politikası ve rekabet hukuku konularına verilmiştir.²⁵⁴

2. Eylem Programları ve Yönergelerin Oluşturulması

1970’li yıllar, Topluluk çapında üye devlet ekonomilerinin gelişmesine bağlı olarak, Topluluk sosyal politikalarının geliştiği bir dönem olmuştur.²⁵⁵ 1972’deki Paris Zirvesi’nin teşvikiyle 1974 yılında hazırlanan ilk Sosyal Eylem Programı’nda istihdama ve mesleki eğitime girişte, ilerlemede, ücreti de içeren çalışma koşullarında kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik gerekli önlemlerin Topluluk tarafından alınması gerektiği belirtilerek, bu konu öncelikli konular arasına dahil edilmiştir.²⁵⁶

²⁵² Hervey, 1993, s. 37.

²⁵³ Ellina, s. 32.

²⁵⁴ Jane Lewis, “Work/family Reconciliation, Equal Opportunities and Social Policies: the Interpretation of Policy Trajectories at the EU Level and the Meaning of Gender Equality”, **Journal of European Public Policy**, 13:3, April 2006, s. 421.

²⁵⁵ Maria Grazia Rossilli, “The European Union’s Policy on the Equality of Women”, **Feminist Studies**, Vol.25, No.1, Spring 1999, s. 173.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Council Resolution of 21 January 1974 concerning a Social Action Programme OJ [1974] L14/10.

Sosyal Eylem Programı'nı takiben 1975'te Konsey tarafından konuya ilişkin ilk Yönerge²⁵⁷ çıkartılmıştır. Kadın erkek eşitliğine ilişkin bu Yönerge'de, kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit ücret ilkesinin uygulanmasına ilişkin üye devletler mevzuatlarının yakınlaştırılması düzenlenmektedir. 75/117 sayılı Yönerge'yi takiben, 1976'da Konsey tarafından işe alınma, mesleki eğitime giriş ve çalışma koşullarında kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin bir Yönerge daha yayımlanmıştır.²⁵⁸ 76/207 sayılı Yönerge'nin kabulü aşamasında özellikle olumlu ayrımcılık kurumunun Yönerge kapsamına alınması konusunda uyuşmazlık yaşanmıştır. Bunun nedeni olumlu ayrımcılık kurumunun, eşitlik mevzuatıyla çelişir nitelikte algılanmasıdır. Olumlu ayrımcılık, hem Yönerge'nin ikinci maddesinin dördüncü fıkrasında, hem de Yönerge'ye ek olarak tamamıyla bu konuya ilişkin bir Konsey Tavsiyesi'nde²⁵⁹ düzenlenmiştir.²⁶⁰ 1970'li yıllara ait son Yönerge, 79/7 sayılı sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulanmasına ilişkin Yönerge'dir.²⁶¹

75/117 sayılı Yönerge ile 76/207 sayılı Yönerge'nin, Topluluk tarafından kabulünde UÇÖ'nün 1951 tarihli ve 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi'nin büyük etkisi olmuştur. Bu Sözleşme, bu alanda hem Topluluk Birincil Hukuku'nun, hem de İkincil Hukuku'nun oluşumuna olumlu olarak katkıda bulunmuştur. 76/207 sayılı Yönerge'nin hazırlanmasında UÇÖ'nün yanı sıra, Uluslararası Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (UEİKÖ) ve Avrupa Konseyi gibi diğer uluslararası örgütlerin bu alandaki çalışmalarının da etkisi olmuştur. Bu örgütler, sadece araştırma ve inceleme konularına yoğunlaşmakla yetinmemiş; kadın erkek eşitliği alanında çalışmak üzere bireysel olarak bazı kadın uzmanlar görevlendirmiştir. 1960'lı yılların sonu ve 1970'li yılların başında Topluluk kadın erkek eşitliği politikası henüz tam anlamıyla

²⁵⁷ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 45, 19.2.1975.

²⁵⁸ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 039; Ellina, s. 34.

²⁵⁹ Council Recommendation 84/635/EEC Equal Treatment for Women and Men-Promotion on Positive Action for Women, OJ L 331, 19.12.1984.

²⁶⁰ Maria Stratigaki, "Gender Mainstreaming vs Positive Action: An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy", **European Journal of Women's Studies**, Vol.12(2), 2005, s. 170.

²⁶¹ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 6, 10.1.1979, p. 24-25.

oluşmamıştır. Bu dönemde, hukuksal düzenlemelere ilişkin tasarılar daha ziyade çalışmalarını bu konuya hasretmiş; uzmanlarca yönlendirilmiştir.²⁶²

3. Eşitlikle İlgili Kurumların Oluşturulması

1976'da Komisyon'da cinsiyet konusunda çalışmakla görevli iki temel birim oluşturulmuştur. Bunlardan ilki Fırsat Eşitliği Birimi; diğeri de Kadınlara İlişkin Bilgilendirme Birimi'dir.²⁶³ Fırsat Eşitliği Birimi'nin görevleri, kadın erkek eşitliğine ilişkin hukuksal düzenlemelerin önerilmesi ve mevcut düzenlemelere ilişkin uygulamaların tespit edilmesidir.²⁶⁴

Bu dönemde gerçekleştirilen çalışmalarda kadın erkek eşitliği alanında çalışan uzmanların etkili olmuştur. Komisyon, tarafından davet edilen uzmanlardan oluşan *ad hoc* komiteler, kadın erkek eşitliği alanındaki ikincil hukuk düzenlemelerinin hazırlanmasında etkili olmuştur.²⁶⁵ *Ad hoc* komiteler, Topluluk kurumlarında görev yapan ya da bu konuda bağımsız çalışmaları olan kişilerden oluşmaktadır.²⁶⁶ Topluluk, kurumsal yapısında kadın erkek eşitliği alanında çalışmakla görevli birimler yeni oluşmaya başladığından, bu dönemdeki çalışmalarda bağımsız uzmanlar daha etkili olmuştur.

²⁶² Topluluk kadın erkek eşitliği alanındaki hukuksal gelişime katkıda bulunan bu dönem uzmanlarının ilki Fransız sosyologu Evelyn Sullerot'tur. Sullerot, eşit işe eşit ücret ilkesinin ötesine geçerek, kadınların işgücü piyasasına girmeden önce maruz kaldıkları ayrımcılığa ve işe alınmanın önündeki engellere dikkat çekmiştir. Aynı zamanda yapısal ayrımcılığı vurgulamış ve bu konuda hem Topluluk hem de OECD'nin (Organisation for Economic Cooperation and Development-Uluslararası Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü) politikalarını olumlu olarak etkilemiştir. Bkz. Ellina, s. 34-35; Van der Vleuten, s. 70.

²⁶³ Ellina, s. 35.

²⁶⁴ Teresa Rees, **Mainstreaming Equality in the European Union**, Routledge Publishing, London and New York, 1998, s. 59.

²⁶⁵ Jacqueline Nonon, Komisyon Genel Direktörlüğü'nde çalışan, *ad hoc* komitelerin önemli isimlerinden biridir. Nonon, "Kadınların İşine İlişkin *Ad hoc* Komitenin" oluşturulmasına katkıda bulunmuştur. Oluşturulan bu komite ise Eşit Davranma Yönergesi taslağını (76/207 sayılı Yönerge) hazırlamıştır. Ellina, s. 35.

²⁶⁶ Bağımsız olarak çalışan ve kadın erkek eşitliği konusunda uzman olan kişilerin başında *Defrenne Davası*'nın Davacı Vekili Eliane Vogel-Polsky gelmektedir. Vogel-Polsky, uluslararası nitelikteki Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın verdiği kararların ulusal hukukları etkileyeceği düşüncesinden bahisle, ulusal mahkemelerdeki pek çok davayı ön karar usulünü kullanarak Divan'a intikal ettirmiştir. Bunun yanı sıra, Komisyon bünyesindeki "Kadınların İşine İlişkin *Ad hoc* Komitede" görev almış ve bu alandaki hukuksal düzenlemelere katkıda bulunmuştur. Sendikacı Emilienne Brunfaut'da 1961 yılında ATA eski 119. maddenin uygulanmasını incelemek amacıyla kurulan "119. madde Topluluğunda" görev alarak, Eşit Ücret Yönergesi'nin tasarısının hazırlanmasında etkili olmuştur. Ellina, s. 36.

1970’ler, Topluluk üyesi ülkelerde kadın erkek eşitliğine ilişkin yeni hukuksal düzenlemelerin yanı sıra yeni kurumların kademeli olarak oluşturulduğu yıllar olmuştur. Belçika, Danimarka, Fransa, Almanya, Hollanda ve İngiltere’de 1975 yılında, eşitlikle ilgili kanunlar çıkartılmış ve kurumlar oluşturulmuştur. Kurumsal düzenlemelere örnek olarak Danimarka’da “Eşit Statü Konseyi’nin”; İngiltere’de ise “Fırsat Eşitliği Komisyonu’nun” oluşturulması gösterilebilir. İrlanda’da ayrımcılık konusunda kabul edilen bir kanunla (1976), iş mahkemelerinde eşitliğe aykırı işlemlerle ilgili şikayetleri almakla görevli bir resmi birim oluşturulmuştur. Belçika’da, eşit ücret ilkesi konusunda kararname; Fransa’da, hamile çalışanların korunması konusundaki kanun; İrlanda ve Hollanda’da eşit ücret kanunları ile İngiltere’de cinsiyet ayrımcılığına ilişkin kanun bu alandaki yasal düzenlemelere örnek teşkil etmektedir.²⁶⁷

AB Hukuku’nda kadın erkek eşitliği ilkesi, 1970’li yıllarda ekonomik bütünleşme amacına bağlı olarak kadına özellikle işgücü piyasasında erkek ile eşit haklar sağlama düşüncesi çerçevesinde sınırlı bir gelişim göstermiştir. Topluluğun bu dönemde kadın erkek eşitliği yaklaşımı, hukuki eşitlik çerçevesinde kalmakla ve toplumsal cinsiyet eşitsizliklerini göz ardı etmekle eleştirilmiştir. 1970’li yıllar, kadın erkek eşitliğinin AB Hukuk düzeninde sadece eşit davranma ilkesi temelinde bireysel bir hak olarak değerlendirildiği bir dönem olmuştur.²⁶⁸

B. 1980 ve 1990 Arası Dönem

Avrupa Topluluğu’nda 1980’li yıllara gelindiğinde, kadın ve erkeğin sadece hukuksal düzenlemelerde değil; fiili olarak da eşit olması gerektiği düşüncesinden hareketle, olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemler alınmaya başlanmıştır. Üye devletlerin kadın erkek eşitliği politikası, kademeli olarak bir değişim sürecine girmiştir. Bu dönemde kadınlara yönelik politikalarda ve hukuksal düzenlemelerde, küreselleşmeye bağlı olarak yüksek işsizlik oranının, kuralsızlaştırmanın, kamu

²⁶⁷ Ellina, s. 41.

²⁶⁸ Teresa Rees, “Reflections on the Uneven Development of Gender Mainstreaming in Europe”, *International Feminist Journal of Politics*, 7:4, 2005, s. 557.

müdahalesinin azaltılmasının ve esnek çalışma biçimlerinin yaratılmasının etkisi görülmüştür.²⁶⁹

1980’lerde Bakanlar Konseyi ile Avrupa Komisyonu arasında Topluluk sosyal politikasına ilişkin konularda çekişme yaşanmıştır. İşveren sendikaları ile üye devletlerin hükümet temsilcileri, Topluluğun sosyal politika alanında hukuksal düzenleme yapma yetkisinin genişletilmesi ve bu alanda daha fazla düzenleme yapılmasına karşı çıkmışlardır. 1985 yılından 1995’e dek Komisyon’a iki kez üst üste başkanlık yapan Jacques Delors, bu dönemde işçi haklarının asgari paydada karşılanarak işgücünün esnek ve serbest olduğu bir Avrupa sosyal modelinin, Topluluğun ekonomik alandaki rekabet etme gücünü arttıracakını savunmuştur. Sosyal alandaki hukuksal düzenlemelerin oluşumuna ilişkin bu yeni yaklaşım, çoğu üye devlette yürürlükte bulunan ulusal düzenlemelerden daha düşük ve asgari nitelikte sosyal koruma sağlayan yönergelerin kabulüne yol açmıştır.²⁷⁰

1. Yönerge ve İlke Kararlarının Kabul Edilmesi

1980’li yıllarda, sadece iki Konsey Yönergesi kabul edilmiştir. Bunlar, 86/378 sayılı *Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge*²⁷¹ ile 86/613 sayılı *Tarım Dahil, Bağımsız Çalışan Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması ve Bağımsız Çalışan Kadınların Hamilelik ve Analık Süresince Korunmasına İlişkin Yönerge*²⁷², dir. 1980 ve 1990 yılları arasındaki dönem, kısmen 1970’li yılların politikalarını tamamlayıcı nitelik taşıyan bu iki Yönerge ile birlikte, bağlayıcılığı bulunmayan ilke kararları ve tavsiyelerle Komisyon’da tasarı aşamasında kalmış önerilerden oluşmaktadır.²⁷³ Komisyon’un kısmi süreli çalışma (1981), ebeveyn izni

²⁶⁹ Ellina, s. 44.

²⁷⁰ Rossilli, 1999, s. 175.

²⁷¹ Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 225 , 12/08/1986.

²⁷² Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 359, 19.12.1986.

²⁷³ Ellina, ss. 44-45.

(1983), sosyal güvenlik planlarının uygulanması (1987) ile ispat yüküne (1988) ilişkin tasarıları ile aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması ve ailevi sorumlulukların paylaştırılması konusunda bağlayıcılığı olmayan bir ilke kararı (1989) Konsey tarafından kabul edilmemiştir. Bu durum, bu alanda hukuksal düzenleme yapmak için tasarının Bakanlar Konseyi tarafından oybirliği ile kabul edilmesi şartına bağlı olmasından²⁷⁴ ve İngiltere'nin veto etmiş olmasından kaynaklanmıştır. 1980'li yıllarda Topluluk kadın erkek eşitliği politikasının çok sınırlı bir gelişim gösterdiği söylenebilir.²⁷⁵

2. Eylem Programlarının Oluşturulması

Bakanlar Konseyi, 1982 ve 1986 yıllarında Kadın ve Erkek Arasındaki Fırsat Eşitliğine Dair Birinci ve İkinci Eylem Programı'nı kabul etmiştir.²⁷⁶ Bu Eylem Programları, çocuk bakımı, hamilelik ve cinsel taciz gibi gündeme yeni getirilen konularla ilgilidir.²⁷⁷ 1986 ve 1990 yılları arasındaki dönemde kabul edilen İkinci Eylem Programı'nda hukuk, eğitim ve staj, istihdam, yeni teknolojiler, sosyal güvenlik, ailevi yükümlülükler ve farkındalık yaratma konuları üzerinde durulmuştur.²⁷⁸

Eylem Programları aracılığıyla üye devletlere fırsat eşitliğine ilişkin eğitim, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması, çalışma koşullarının esnekleştirilmesi vb. konularda kapsamlı önlemler almaları gerektiği tavsiye edilmiştir.²⁷⁹ Eylem Programları'nda buna ek olarak, kadın erkek eşitliğine olumlu ayrımcılık kurumu vasıtasıyla ulaşılabileceği belirtilmiş ve kadının işgücü piyasasındaki özel durumuna dikkat çekilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁸⁰

²⁷⁴ Rossilli, 1999, s. 175.

²⁷⁵ Ellina, s. 45.

²⁷⁶ Kadın erkek eşitliğine ilişkin eylem programları, bu alanda politika yapma sürecini etkileyen ve yönlendiren bağlayıcılığı bulunmayan politika araçları olarak kabul edilmektedir. Ellina, s. 47.

²⁷⁷ Ellina, s. 48.

²⁷⁸ Rees, 1998, s. 61.

²⁷⁹ Rossilli, 1999, s. 176.

²⁸⁰ Rees, 1998, s. 60.

3. Eşitlikle İlgili Kurumların Oluşturulması

Topluluk kadın erkek eşitliği politikasının kurumlar temelinde şekillenmeye başladığı bu dönemde *Avrupa Kadınlar Ağı (1983)* ve Komisyon nezdinde *Fırsat Eşitliğine İlişkin Tavsiye Komitesi (1981)*²⁸¹ ile Parlamento’da *Kadın Hakları Geçici Komitesi (1979)* kurulmuş; geçici Komite, üç yıl sonra daimi Komite’ye dönüşmüştür.²⁸²

4. Çalışanların Temel Haklarına İlişkin Topluluk Sosyal Şartı’nın Kabul Edilmesi

1989 yılında Avrupa Birliği tarafından kabul edilen Çalışanların Temel Haklarına İlişkin Topluluk Sosyal Şartı’nda²⁸³ (Sosyal Şart) istihdam, ücret, eğitim ve staj, kariyer gelişimi, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik konularında kadın ve erkek çalışanlar için eşitlik ilkesinin uygulanması öngörülmüştür. Bu sebeple kadın ve erkek çalışanların aile ve meslek yaşamlarını uzlaştırabilmelerini sağlayacak önlemlerin alınması gerekliliğine işaret edilmiştir. Şart’ta buna ek olarak, her çalışanın çalışma yaşamı boyunca mesleki eğitime girme hakkı olduğu belirtilerek, kamu makamlarının ve endüstrinin her iki kesiminin, çalışanların mesleki eğitim hakkını kullanmalarını desteklemeleri öngörülmüştür.²⁸⁴

²⁸¹ Rees, 1998, s. 59.

²⁸² Ellina, s. 46.

²⁸³ Topluluk Sosyal Şartı adıyla da ifade edilen Çalışanların Temel Sosyal Haklarına ilişkin Topluluk Şartı, 9 Aralık 1989 tarihindeki Strasbourg Zirvesi’nde 11 Üye Devletin Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından kabul edilmiştir. Şart, o dönemde sadece İngiltere tarafından kabul edilmemiştir. Bu çerçevede belgeyi onaylayan üye devletler, kendi vatandaşları karşısında bir siyasi taahhüt altına girmişlerdir. Zeki Erdut, “AT’na Tam Üyelik Bakımından Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Değerlendirilmesi”, **Kamu-İş**, Ankara 1992, s. 67; Füsun Arsava, “ATAD ve Temel Haklar”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Vol.52, No.1-4, 1997, Ocak-Aralık, s.117; Bob Hepple, “The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights”, **The Modern Law Review**, Vol.53, No.5, 1990, s. 644; Aziz Çelik, “AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar”, **Birikim**, Sayı 184-185, Eylül 2004 (a), s. 5. İmzalandığı tarihte bağlayıcılığı bulunmayan Şart, 1992 yılında Maastricht Anlaşması’na eklenen “Sosyal Politikaya İlişkin Protokol’e ekli Sosyal Politika Anlaşması ile hayata geçirilmiştir. Sosyal Politika Anlaşması, 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması (1997) ile ATA kapsamına aktarılarak tüm üye devletler için bağlayıcı hale gelmiştir. Bkz. Ayşegül Kökkılınç Eraltuğ, “Avrupa Birliği Hukuku’nda Ebeveyn İzni”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:9, Cilt:3, İstanbul, 2006, ss. 115-116.

²⁸⁴ Rees, 1998, s. 63.

C. 1990'lı Yıllar ve Sonrası

Topluluk kadın erkek eşitliği politikası 1990'ların başlarında, 1980'lerde olduğu gibi bağlayıcılığı bulunmayan ilke kararı ve tavsiyelerin kabulünden ibarettir.²⁸⁵

Topluluk Hukuku'nda kadın erkek eşitliği alanında 1980'lerde Komisyon tarafından teklif edilen ve Konsey'ce reddedilen tasarıların birçoğu, 1990'ların ikinci yarısında Yönerge olarak kabul edilmiştir. Bu gelişmede, Avrupa Tek Senedi'nde (1987), Tek Pazar ve iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin konularda Topluluk karar mekanizmasında oybirliği yerine, nitelikli oy çokluğunun aranmasını öngören düzenleme etkili olmuştur.

1. Sosyal Protokol

Sosyal Protokol (1993), yaşam ve çalışma koşulları, eğitim ve fırsat eşitliği, kadın erkek eşitliği, ayrıcalığa sahip olmayan topluluklar gibi Birliğin sosyal politika hedefleri doğrultusundaki kararların nitelikli oy çokluğuyla; sosyal güvenlik, hizmet sözleşmesi sona eren çalışanların korunması, istihdamın mali açıdan teşviki gibi konulara ilişkin kararların ise oybirliğiyle alınması öngörülmüştür.²⁸⁶ Sosyal Protokol, aynı zamanda sosyal tarafların çerçeve anlaşma yapmalarını ve bu anlaşmanın Komisyon tarafından Konsey'e Yönerge tasarısı olarak önerilmesine imkan veren bir yöntemi getirmiştir.²⁸⁷ Ebeveyn izni, ispat yükü ve kısmi süreli çalışma konularında daha önce İngiltere'nin vetosu nedeniyle reddedilen Komisyon tasarıları, ikinci kez yukarıda belirtilen usul uyarınca önerilmiş ve Yönerge olarak kabul edilmişlerdir.²⁸⁸

²⁸⁵ Ellina, s. 48.

²⁸⁶ Pierre-Henri Laurent and Marc Maresceau, **The State of the European Union Vol.4 Deeping and Widening**, Lynne Rienner Publishers Inc., 1998, s. 208.

²⁸⁷ George Ross, "Assessing the Delors Era and Social Policy", içinde **European Social Policy: between Fragmentation and Integration**, der. Stephan Leibfried, Paul Pierson, The Brookings Institution Publication, 1995, s. 382; Laurent and Maresceau, s. 209.

²⁸⁸ Ellina, ss. 48-51.

2. Kadın Erkek Eşitliğiyle İlgili Eylem Programları

Bakanlar Konseyi, 1991 ve 1996 yıllarında bu kez Kadın ve Erkek Arasındaki Fırsat Eşitliğine Dair Üçüncü ve Dördüncü Eylem Programları'nı kabul etmiştir. Üçüncü ve Dördüncü Eylem Programları'nda Birlik cinsiyet politikalarındaki dönüşümün etkisiyle İç Pazar'ın tamamlanması çerçevesinde bütünleşmeye ve cinsiyette anayol yaklaşımına yoğunlaşmıştır.²⁸⁹ Birliğe 1995'te İsveç, Finlandiya ve Avusturya'nın katılması, Topluluk kadın erkek eşitliği politikasının gelişmesini olumlu yönde etkilemiştir.²⁹⁰ Özellikle İskandinav ülkeleri AB Hukuku'na bu alandaki uzun süreli deneyimlerini ve geleneklerini taşımışlar; AB kurumlarına doğrudan etkide bulunmuşlardır.²⁹¹

AB kadın erkek eşitliği politikasının gelişiminde 1990'da kurulan ve hem Avrupa düzeyinde hem de ulusal düzeyde faaliyette bulunan kadın örgütlerini çatısı altında toplayan bir şemsiye örgüt olan Avrupa Kadın Lobisi etkili olmuştur. Avrupa Kadın Lobisi, kadın erkek eşitliği alanında kısa süre içerisinde önemli bir politika aktörü haline gelmiştir.²⁹²

Bu dönemde kadın erkek eşitliği politikası, Tek Pazar'a dayanan ekonomik politikaların ötesine geçerek, özellikle Avrupa Birliği'ni kuran Maastricht Antlaşması'nın kabul edilmesi ve Avrupa vatandaşlığı²⁹³ statüsünün ihdas edilmesiyle birlikte hukuksal çerçevede bir gelişme göstermiştir.²⁹⁴

²⁸⁹ Rees, 1998, s. 62.

²⁹⁰ Laurent and Maresceau, s. 209.

²⁹¹ Ellina, s. 50.

²⁹² Rees, 1998, s. 62.

²⁹³ Avrupa Vatandaşlığı, üye devlet vatandaşlıklarına bağlı olarak kazanılan ve kaybedilen bir hukuksal statü olup, hak sahiplerine serbest dolaşım ve yerleşim hakkı, yerel seçimlerde ve AP seçimlerinde seçme ve seçilme hakkı, AP'na dilekçe verme ve Ombudsman'a başvuru ile diplomatik korunma haklarını tanımaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gözde Kaya, **Avrupa Vatandaşlığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2003.

²⁹⁴ Ellina, s. 48.

3. Amsterdam Antlaşması

Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya eklenen 2. maddede kadın erkek eşitliğinin sağlanması, Topluluğun temel görevlerinden biri olarak belirlenmiştir. Antlaşma'nın 3. maddesinin 2. fıkrasıyla yeni bir strateji olan cinsiyette anayol yaklaşımı getirilmiştir. Antlaşma metnine getirilen bu yeni hükümler, kadın erkek eşitliğine ilişkin olumlu gelişmelerdir.

ATA'nın kadın erkek eşitliğine ilişkin 141. maddesine Amsterdam Antlaşması ile iki yeni fıkra eklenmiştir. Buna ek olarak, maddenin uygulama alanı eşit işe eşit ücrete ek olarak eş değerde işe eşit ücreti de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.²⁹⁵ ATA'nın 141.maddesine eklenen üçüncü fıkra ile Konsey'e eşit ve eşdeğerde işe eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, kadın erkek için işe ve mesleğe ilişkin konularda fırsat eşitliğinin ve eşit davranma ilkesinin uygulanması amacıyla ortak karar usulü uyarınca önlem alma yetkisi tanınmıştır. Antlaşma'nın 141. maddesine eklenen son fıkroda olumlu ayrımcılık kurumu düzenlenmektedir.

ATA'ya Amsterdam Antlaşması ile getirilen önemli değişikliklerden biri de "İstihdam" başlığı altında yeni bir bölümün eklenmesi olmuştur. (Bölüm 8) İstihdam başlığı altındaki düzenlemeler, hem Birliğin hem de üye devletlerin, Antlaşma'nın 2. maddesinde belirtilen istihdamla ilgili hedeflerine yönelik bir eşgüdüm stratejisi izlemelerini öngörmektedir. Bu strateji Avrupa İstihdam Stratejisi'dir ve bu stratejinin dört temel ayağından birini kadın ve erkeğe istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması oluşturmaktadır.²⁹⁶ Üye devletler ulusal istihdam politikalarını Avrupa İstihdam Stratejisi'ne göre belirlemekle yükümlüdürler.²⁹⁷

²⁹⁵ Martha Fetherolf Loutfi, **Women, Gender and Work-What is Equality and How Do We Get There?**, International Labour Organization, Geneva, 2001, s. 478.

²⁹⁶ Cem Kılıç, "Türkiye'de İşsizlik ve Avrupa İstihdam Stratejisi", **İşveren**, Ekim 2003, Erişim: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=808&id=48[02.03.2009]

²⁹⁷ Rıdvan Karluk, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, BETA Basım A.Ş. İstanbul, 2005, s. 378.

4. Lüksemburg Zirvesi

Avrupa Konseyi'nce Kasım 1997'de gerçekleştirilen Lüksemburg Zirvesi'nde, Avrupa İstihdam Stratejisi'nin uygulamaya konulmasına karar verilmiştir.²⁹⁸ Böylece Birliğin istihdam ve sosyal politika alanındaki düzenlemelerinin eşgüdümü çerçevesinde bağlayıcı olmayan hukuksal düzenlemelerin yapıldığı bir döneme geçilmektedir.²⁹⁹

5. Lizbon Stratejisi

a) Hedefleri

Avrupa Birliği 2000 yılında sosyal politika bağlamında çok önemli bir Zirve'yi gerçekleştirmiştir. AB Konseyi Mart 2000'deki Lizbon Zirvesi'nde AB ekonomisini 2010 yılına dek bilgi teknolojilerine dayalı ve dünyanın en rekabetçi ekonomisi yapma yönünde bir karara varmıştır. Bu kararın ardında, ekonomik büyüme, istihdam, işgücü verimliliği, araştırma ve geliştirme (ar-ge), eğitim gibi alanlarda Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Japonya gibi bu alanlarda başı çeken ülkelerin gerisinde kalmama düşüncesi etkili olmuştur. Lizbon Stratejisi'nin temel düşüncesi; Birliğin yenilik yaratmak, Ar-ge ve bilgi teknolojilerinde üstünlük sağlamak, daha yüksek düzeyde bir istihdam oranı ve sosyal uyum elde etmek suretiyle sürdürülebilir büyümesini, diğer küresel güçlerin gerisinde kalmadan, gerçekleştirmesidir.³⁰⁰

²⁹⁸ Mariagrazia Rossilli, "The European Union's Gender Policies", içinde **Gender Policies in the European Union**, der. Mariagrazia Rossilli, Peter Lang Publishing, 2000, s. 3.

²⁹⁹ Ayşe İdil Aybars, "The European Employment Strategy and the Europeanization of Gender Equality in Employment", içinde **Gender and the Open Method of Coordination-Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU**, der. Fiona Beveridge and Samantha Velluti, Ashgate Publishing, USA, 2008,s. 56.

³⁰⁰ Sema Gencay Çapanoğlu, "Geçmişten Günümüze Lizbon Stratejisi ve 2020 için Yeni Bir Vizyon Işığında "AB 2020"Stratejisi", İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, No.12, Nisan 2010, s. 1; Erişim:http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/gecmisten_gunumuze_lizbon_stratejisi_ve_2020_icin_yeni_bir_vizyon_isiginda_ab_2020_stratejisi.pdf[12.02.2010]

Lizbon Stratejisi'nin istihdam hedefi istihdam oranını erkeklerde % 70, kadınlarda ise % 60'a çıkarmaktır.³⁰¹ Özellikle kadın istihdamı açısından 2000 yılı itibarıyla % 51 olan istihdam oranının % 60'a çıkarmak suretiyle kadınların işgücü piyasasına daha aktif katılımının sağlanması hedeflenmiştir.³⁰²

b) Açık Eşgüdüm Yönteminin Oluşturulması

Lizbon Zirvesi'nde Avrupa İstihdam Stratejisi'nin uygulanmasında açık eşgüdüm yöntemi ilk kez resmi olarak kabul edilmiştir.³⁰³ Bu çerçevede, üye devletler tarafından kısa, orta ve uzun vadede ulaşılması gereken birtakım hedefler saptanarak, bu hedefleri gerçekleştirmek için ortak anahatlar ve tarihler öngörülmüştür. Üye devlet uygulamalarının sonucunda en iyi örneği oluşturan üye devlet ile bir kıyaslama yapılmasına imkan veren birtakım göstergeler kabul edilmiştir.³⁰⁴

Üye devletler, kendi ulusal önceliklerini koruyabilme serbestisi dahilinde, ulusal istihdam politikalarının AB tarafından belirlenen istihdama ilişkin anahatlara (klavuz ilkelere) uymasını sağlamak yükümlülüğü altındadırlar. Bununla birlikte, bu yükümlülüğe uymamanın herhangi bir hukuksal yaptırımı da bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi, istihdama ilişkin genel durumu yıl sonunda gözden geçirmekte ve Zirve Sonuç Belgeleri'ni kabul etmektedir.

İstihdama ilişkin anahatların taslağını hazırlama yetkisi Komisyon'a ait olmakla birlikte anahatlar, Avrupa Konseyi tarafından Avrupa Konseyi Sonuç Belgeleri çerçevesinde AP, Ekonomik ve Sosyal Komite, Bölgeler Komitesi ile

³⁰¹ Tuğrul Kudatgobilik, "Lizbon Stratejisi ve Türkiye", İşvereb, Temmuz 2006, Erişim: http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1456&id=78[04.04.2008]; Tuba Burcu Şenel, "Avrupa Birliği'nin Yeni Sosyal Gündemi ve Türkiye'yi Bekleyen Hedefler", **İşveren Dergisi**, Ekim 2005,

Erişim:[http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=1266&id=69&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=\[05.04.2008\]](http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=1266&id=69&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=[05.04.2008])

³⁰² Alpan İnan, "Avrupa Birliği Ekonomik Yaklaşımı: Lizbon Stratejisi ve Maastricht Kriterleri", **Bankacılar Dergisi**, Sayı:52, Yıl:16, Mart 2005, s. 73.

³⁰³ David M.Trubek and Louise G. Trubek, "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe:the Role of the Open Method of Coordination", **European Law Journal**, Vol.11, No.3, May 2005, s. 343.

³⁰⁴ "Lizbon Stratejisi", TÜSİAD Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu, Mayıs 2005, s.2, Erişim:<http://www.uig.gen.tr/dokumanlar/Lizbon.PDF>[15.02.2010]

İstihdam Komitesi'ne danışıldıktan sonra nitelikli oy çokluğuyla kabul edilmektedir. Bu bağlamda üye devletler, istihdama ilişkin anahatlara uygun olarak belirledikleri ulusal önlemleri içeren yıllık birer rapor hazırlayarak, Komisyon ile Bakanlar Konseyi'ne sunarlar. Üye devletler tarafından hazırlanan bu raporlara "Ulusal Eylem Planı" adı verilmektedir. Ulusal Eylem Planları'nda üye devletler, Birlik tarafından belirlenen bu ana ilkelere hangi önlemlerle yanıt verdiklerini ve nasıl uyum sağladıklarını detaylı bir şekilde belirtirler. Komisyon ile Bakanlar Konseyi, ulusal raporları inceledikten sonra her yıl Aralık'ta yapılan Avrupa Zirvesi'nde görüşülmek üzere bir Ortak İstihdam Raporu hazırlar. Komisyon, gelecek yılın istihdama ilişkin anahatlarının gözden geçirilmesiyle ilgili bir Tavsiye yayımlayabilir. Konsey, gerekli gördüğü takdirde belirli üye devletlere istihdam politikalarına ilişkin tavsiyelerde bulunabilir. Bu süreç, her yıl en başa dönerek tekrar edilmektedir. Görüldüğü üzere, nihai karar yetkisinin, Bakanlar Konseyi ile Avrupa Konseyi'ne ait olmasına karşılık, Komisyon'un sürecin başlatılmasında, devamında, uygulanmasında ve değerlendirilmesinde çok aktif bir görevi bulunmaktadır.³⁰⁵

Ulusal Eylem Planları, üye devletler tarafından ilk defa olarak 1998 yılında hazırlanmıştır. Komisyon ilk Ulusal Eylem Planları'na ilişkin yaptığı değerlendirmede, üye devletlerin istihdamda fırsat eşitliği yerine daha ziyade istihdam edilebilirlik ve girişimcilik üzerinde yoğunlaştığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, üye devletlerin çoğunda çocuk bakımına ilişkin hizmetlerin yetersiz kaldığı görülmüştür. 1999 yılının istihdama ilişkin anahatları belirlenirken aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması ihtiyacı üzerinde özel olarak durulmuştur. AB'nin Lüksemburg Zirvesi ile başlayan bu süreç, üye devletlerin ulusal istihdam politikalarını belirleme yetkilerinin kademeli olarak Birliğe geçmekte olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.³⁰⁶

2004 yılında Hollanda eski Başbakanı Wim Kok tarafından Lizbon Stratejisi'nin uygulamadaki işleyişine dair bir rapor hazırlanmıştır. Bu raporda Strateji çerçevesinde ulaşılan nokta, hedeflenenden uzak ve yetersiz bulunmuştur.

³⁰⁵ Ellina, s. 53-54; "Sosyal Politika ve İstihdam Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye", **Tisk Yayınları**, Erişim: [http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=1754\[02.03.2009\]](http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=1754[02.03.2009])

³⁰⁶ Ellina, s. 54.

Özellikle 2000 yılında saptanan hedeflerin iddialı ve fazla olduğu vurgulanmıştır. Raporda Birliğe üye devletler arasındaki eşgüdüm eksikliği, birbirleriyle çatışan öncelikler ve üye devletlerde hedefleri gerçekleştirmeye yönelik siyasi eylem eksikliği başarısızlığın nedenleri arasında gösterilmiştir.³⁰⁷ 2005 yılında yapılan Zirve’de güçlü ekonomik büyüme ve istihdam, Birliğin siyasi öncelikleri arasında sayılmıştır. Birlik, Yenileştirilmiş Lizbon Stratejisi’nde öncelikli hedef olarak büyüme ve istihdama odaklanmıştır. Strateji’de ayrıca önceki istihdama ilişkin hedefler korunmuş; Komisyon ve üye devletlerin ortak şekilde çalışması; her ülkeye birer koordinatör atanması; tüm politikalar için bütünleştirilmiş anahatlar rehberi oluşturulması ve üye ülkelerin bu anahatlar doğrultusunda ulusal reform programlarını³⁰⁸ hazırlayarak, Komisyon’a sunmaları kararlaştırılmıştır.³⁰⁹

Lizbon Stratejisi, AB’nin küresel rakibi ABD ile ekonomik alandaki rekabetine bir yanıt olarak algılanmaktadır. Birlik, bu Strateji çerçevesinde öngörülen hedeflerin sürekli olarak gerisinde kalmıştır. Bu sebeple de üye devletler, bu hedefleri zaman zaman yenilemek, gözden geçirmek ihtiyacı duymuşlardır.³¹⁰

6. Avrupa 2020 Bildirisi

Avrupa Birliği, Lizbon Stratejisi ile öngördüğü hedeflere ulaşamamış; özellikle Birliğe üye devletlerin çoğunluğunun son iki yıldır yaşamakta oldukları ekonomik kriz, Birliği yeni bir strateji yaratma ihtiyacına doğru sevk etmiştir. Bu çerçevede, Avrupa Komisyonu, Lizbon Stratejisi’nin yerine geçecek ve 2020 yılında ulaşılması planlanan yeni hedeflerden oluşan bir strateji hazırlamıştır. Avrupa Komisyonu’nun Mart 2010’da hazırladığı bu yeni stratejiyi içeren ‘Avrupa 2020’,³¹¹

³⁰⁷ Andrea Broughton, “Kok group issues report on Lisbon Strategy”, European Industrial Relations Observatory On-line, 2004,

Erişim: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/12/feature/eu0412205f.htm>[03.04.2008]

³⁰⁸ Daha önce ulusal eylem planı olarak bilinen belgeler, 2005 yılından itibaren ulusal reform programı adını almıştır.

³⁰⁹ Emel Latifaoğlu ve Olga Şanlı Gerger, “Lizbon Süreci Bilgilendirme Toplantısı Raporu”, M.E.B. Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü,

Erişim: http://www.digm.meb.gov.tr/belge/AB_LizbonSureciYeni.html[08.04.2008]

³¹⁰ “Lizbon Stratejisi’nin Gelişimi ve Halihazırda Bulunduğu Aşama”, T.C.Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı, s.2, Erişim: <http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/yaziciDostu.cfm?dokuman>[12.04.2008]

³¹¹ Avrupa 2020 (Europe 2020) Bildirisi, 26 Mart 2010’da Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Belge, AB’nin iş ve büyümeye ilişkin yeni stratejisini oluşturmaktadır. Birlik’in bu yeni

Bildirisi'nde AB'deki istihdam oranının, Lizbon Stratejisi'nde hedeflenenin aksine, Birlik'in rekabet etmekte olduğu ve istihdam oranı % 70'lerin üzerinde seyreden ABD ve Japonya gibi ülkelerin hayli gerisinde kaldığı belirtilmiştir. Birlik dahilindeki 20 ile 64 yaş arasında olan kişiler için istihdam oranı ortalama % 69'tur. Kadın çalışanların istihdam oranı % 63 ile erkek çalışanların istihdam oranı olan % 76'nın da oldukça altındadır. Yeni strateji uyarınca Birlik çapında 20 ile 64 yaş arasındaki kişilerin istihdam oranının 2020 yılına dek, % 69'dan % 75'e çıkartılması hedeflenmiştir. Bunun da özellikle kadın çalışanların işgücü piyasasına katılımının arttırılması yoluyla sağlanacağı belirtilmiştir.³¹²

Raporda üzerinde durulan bir başka önemli husus ise Birliğin yaşlanmakta olan nüfusunun (60 yaş üstü) 2007 yılı öncesindeki verilere oranla iki kat hızlı bir artış seyretnmekte olduğudur. Birlik çapındaki aktif nüfusun 2013 ve 2014 yıllarından itibaren azalacağı belirtilmiştir. Aktif olarak çalışan nüfusun azalıp, emekli kişi sayısının artmasının getireceği en doğal sonuç ise üye devletlerin sosyal güvenlik maliyetlerinin de paralel şekilde artacak olmasıdır.³¹³

AB'nin küreselleşmenin getirdiği ve özellikle ABD ve Japonya ile gittikçe artmakta olan ekonomik rekabetin gerisinde kalmaması için yaşlanan nüfusunun getireceği olumsuzluklarla mücadele etmesi ve işgücü piyasasının tam potansiyelini kullanması ihtiyacı vardır. Bu sebeple de, kadınların işgücü piyasasına daha fazla katılması ve aktif çalışan nüfus oranını arttırması gerekmektedir.³¹⁴ Öte yandan, Birliğin azalan doğum oranlarını arttırmak yönünde de önlemler alması; bir başka deyişle, kadınların doğurganlık oranının artması gerekmektedir. Her iki amaç ilk bakışta birbiriyle çelişkili görünmektedir. Çünkü kadınların işgücü piyasasına daha

stratejisinin temeli, daha fazla büyüme ve artmakta olan işsizlikle mücadeleye yönelik iş imkanı sağlanabilmesi için Üye Devletler'in ekonomi politikalarının sağlam bir şekilde koordinasyonunu öngörmektedir. Bkz. Conclusions of the European Council, 25-26 March 2010, EUCO 7/10, CO EUR 4, CONCL 1, Brussels, 26 March 2010.

³¹² Communication from the Commission Europe 2020, A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM (2010) 2020, Brussels, 3.3.2010, s. 5, 8.

³¹³ Communication from the Commission Europe 2020, A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM (2010) 2020, Brussels, 3.3.2010, s. 5.

³¹⁴ Communication from the Commission Europe 2020, A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth, COM (2010) 2020, Brussels, 3.3.2010, s. 16; Hans Jörg Kretschmer, "Yeni Avrupa İstihdam Stratejisi'nin Üye ve Üyeliği Kesinleşen Ülkelere ve Türkiye'ye Etkileri", **İşveren**, Ekim 2003, Erişim: [http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.aspxyazi_id=801&id=48\[02.03.2009\]](http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.aspxyazi_id=801&id=48[02.03.2009])

fazla katılımı ile kadınların doğurganlık oranlarının arttırılması hedefleri birbirlerini tamamlar nitelikte değildir. İşgücünde yerini alan kadın çalışanın, çocuk bakımı, ev ve aile yükümlülüklerine ilişkin sorumluluklarının eş zamanlı yerine getirilmesi zordur. Bununla birlikte Birliğin ekonomik ve sosyal temelli ihtiyaçları da ortadadır. Kadınların istihdam oranının arttırılması, Birliğin küreselleşmeyle mücadele etme yeterliliğini arttıracaktır. Bunun için en önemli vasıtalarından biri de kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik politika ve hukuksal düzenlemelerin kabul edilerek uygulanmasıdır. Kadın çalışanları işgücü piyasasında koruyan pek çok hukuksal düzenlemenin temelinde bu ihtiyaç yer almaktadır.

II. AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKALARINDA CİNSİYETTE ANAYOL YAKLAŞIMININ KABULÜ

A. Ortaya Çıkışı

AB’de “Cinsiyette anayol yaklaşımı”, ilk kez 1991 ile 1995 yılları arasında kapsayan Komisyon’un Kadın ve Erkek Arasındaki Fırsat Eşitliğine İlişkin Üçüncü Eylem Programı ile ortaya çıkmıştır.³¹⁵ Bununla birlikte, Üçüncü Eylem Programı’nda bu yeni yaklaşım üzerinde ayrıntılı olarak durulmamıştır.³¹⁶

Üçüncü Eylem Programı’nda Avrupa Komisyonu özellikle olumlu ayrımcılık kurumuna duyulan ihtiyacı vurgulamış ve kadınların işgücü piyasasıyla bütünleşmesini amaçlayan programlar hazırlanması gerektiğini belirtmiştir.³¹⁷ Bunun yanı sıra Program’da kadınlara ilişkin mevcut politikaların tutarlı olmadığı ve bunların kadınların büyük bir çoğunluğunun yaşamında herhangi bir etkisinin

³¹⁵ Stratigaki, 2005, s. 170.

³¹⁶ Christine Booth and Cinnamon Bennett, “Gender Mainstreaming in the European Union-Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities”, **The European Journal of Women’s Studies**, Vol. 9(4); s. 439; Ellina, s. 55.

³¹⁷ Erika Szyszczak, “Positive Action after Kalanke”, **The Modern Law Review**, Vol.59, No.6, Nov. 1996 (a), s. 878.

bulunmadığı belirtilmiştir.³¹⁸ Komisyon, bu Program süresince AB politikalarına cinsiyet boyutu kazandıracak bir yapılanma oluşturmamıştır.³¹⁹

Cinsiyette anayol yaklaşımının kabulünde Avrupa Parlamentosu'nun karar alma mekanizmasındaki gücünü arttıran Maastricht Antlaşması etkili olmuştur. Avrupa Parlamentosu'nun kadın erkek eşitliği alanında Birlik politikalarının ve düzenlemelerinin etkin bir savunucusu olduğu göz önüne alındığında, bu düzenleme çok faydalı olmuştur.³²⁰

Cinsiyette anayol yaklaşımının ortaya çıkmasını, Birliğin kadın ve erkeklere ilişkin fırsat eşitliği politikasının bütünüyle başarılı şekilde işlememesiyle bağlantılı olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. Rossilli, üye devletlerin ulusal cinsiyet politikaları arasında Birliğin bu alandaki müdahalesinden önce de büyük farklılıklar bulunduğunu kabul etmekle birlikte, Birliğin bu alandaki düzenlemelerinin üye devletlerin ulusal politikalarının eksik, süre bakımından sınırlı, dağınık ve genel politikalara göre önemsiz nitelikte olmaları durumunu değiştirmedığını ifade etmiştir. Üye devlet hükümetlerinin çoğu, bu politikaların uygulanmasına ilişkin genel bir yaklaşım öngörememiş olmaları ve desteklerinin yetersiz kalmış olması nedeniyle eleştirilmektedir. Rossilli'ye göre fırsat eşitliği politikaları, esasen, cinsiyete dayalı mesleki bölünmeyi ya da erkeklere oranla daha yüksek seviyede ve uzun süreli olan kadın işsizliğini azaltamamıştır. Bu durum da, cinsiyette anayol yaklaşımının oluşum sürecine katkıda bulunmuştur.³²¹

Cinsiyette anayol yaklaşımı, AB'de ilk kez 1993 yılındaki Yapısal Fonlar reformunda uygulanmıştır.³²² Komisyon, bu süreçte aktif olarak Pekin

³¹⁸ Booth and Bennett, s. 439.

³¹⁹ Mark A. Pollack and Emilie Hafner-Burton, "Mainstreaming Gender in the European Union", **Journal of European Public Policy**, 7:3, 2000, s. 435.

³²⁰ Pollack and Hafner-Burton, s. 436.

³²¹ Rossilli, 1999, s. 176.

³²² Rossilli, 1999, s. 176; Stratigaki, 2005, s. 169.

Konferansı'nın hazırlık aşamalarına da katılarak, cinsiyette anayol yaklaşımının Pekin Eylem Platformu'na dahil edilmesini sağlamıştır.³²³

Cinsiyette anayol yaklaşımı, kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir süreçten oluşmaktadır.³²⁴ Bu kavram, günümüzde kadın erkek eşitliğine ilişkin en modern yaklaşım olarak değerlendirilmektedir.³²⁵ Cinsiyette anayol, teorik düzeyde siyasal bir strateji olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede, cinsiyette anayol, bazı yazarlara göre kavramdan ziyade bir yaklaşım olarak gelişim göstermektedir.³²⁶ Bazılarına göre ise bir araç ya da usul olarak da değerlendirilebilir.³²⁷ Pekin Konferansı'nı takiben, cinsiyette anayol yaklaşımı, AB dahil olmak üzere uluslararası örgütler tarafından da benimsenmeye başlamıştır.³²⁸

B. Düzenlenmesi

Cinsiyette anayol yaklaşımı, AB Hukuku'nda bağlayıcılığa sahip bir Yönerge konusu haline getirilmek yerine, bağlayıcılığı olmayan belgelerle düzenlenmiştir. Bunlar, Komisyon'un Kadın ve Erkek Arasındaki Fırsat Eşitliği'ne ilişkin Eylem Programları ve Avrupa Komisyonu tarafından 1996 yılında yayımlanan "Erkek ve Kadınlara İlişkin Fırsat Eşitliğinin Tüm Topluluk Politika ve Faaliyetleriyle Bütünleştirilmesi" başlığını taşıyan Bildiri"³²⁹ dir. Bazı yazarlara göre, bu belgelerde, sadece genel nitelikli ve somut olmayan hedeflerde bulunulmakla yetinilmiş; cinsiyette anayol yaklaşımını uygulamaya yönelik bir zaman takvimi öngörülmemiş,

³²³ Jill Rubery, "Gender Mainstreaming and the Open Method of Coordination: Is the Open Method too Open for Gender Equality Policy, 2003, ESRC Seminar on Gender Mainstreaming, s. 1, Erişim: <http://eucenter.wisc.edu/Conference/OMCnetOct03/rubery.pdf> [16.01.2008]; Ellina, s. 55.

³²⁴ Sylvia Walby, "Gender Mainstreaming: Productive Tensions in Theory and Practice", **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, Fall 2005, s. 321.

³²⁵ Mary Daly, "Gender Mainstreaming in Theory and Practice", **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, Fall 2005, s. 433.

³²⁶ Daly, s. 434.

³²⁷ Linda Hantrais, "From Equal Pay to Reconciliation of Employment and Family Life", içinde **Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life**, der. Linda Hantrais, NY: Palgrave Publishing, 2000, s.1.

³²⁸ Anne Havnor, "Partnership, Political Will and Agency-Gender Mainstreaming at the EC Level and in the Central Administration of Norway", Paper for presentation at the "Mainstreaming Gender in European Union Public Policy" workshop, University of Wisconsin-Madison, 14-15 October 2000. Erişim: <http://eucenter.wisc.edu/Conferences/Gender/havnoer.htm> [12.04.2008]

³²⁹ Communication from the Commission, "Incorporating Equal Opportunities For Women and Men Into All Community Policies and Activities", COM (96) 67 final; 21.02.1996.

uygulama, uygulamayı denetleme süreci ve ihlalde bulunan taraflar hakkında yaptırımda bulunulmasına yönelik önlemler yer almamıştır. Cinsiyette anayol yaklaşımının uygulanmasının, en ileri düzeyde açık eşgüdüm yöntemi vasıtasıyla sağlanacağı belirtilmiştir.³³⁰

Cinsiyette anayol yaklaşımının, Erkek ve Kadınlara İlişkin Fırsat Eşitliğinin Tüm Topluluk Politika ve Faaliyetleriyle Bütünleştirilmesi Bildirisi'nde kapsamlı bir tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, cinsiyette anayol yaklaşımı, kadın-erkek eşitliğinin teşvik edilmesi ve genel nitelikteki tüm politikaların ve önlemlerin henüz planlama aşamasında iken uygulama, izleme ve değerlendirmeye ilişkin süreçlerde kadın ve erkek üzerinde yaratacağı etkilerin etkin ve açık olarak dikkate alınarak, özel olarak bu konudaki eşitliğe ulaşmaya yönelik olarak harekete geçirilmesi amacıyla kadın ve erkeğin birbirinden farklı durumlarının, önceliklerinin ve ihtiyaçlarının tüm politikalarla düzenli bir şekilde bütünleştirilmesini ifade etmektedir.³³¹

Cinsiyette anayol yaklaşımı ile tüm Birlik politikalarına bir cinsiyet boyutu kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede tüm Birlik organları, politika yapma sürecinde cinsiyet boyutunu da göz önüne almak zorundadırlar. AP, Komisyon tarafından yapılan bu tanımın anlaşılmasını ve kavramı oluşturan unsurların birbirinden ayrıştırılmasını güç bulmuştur.³³²

Cinsiyette anayol yaklaşımı, ilk kez 1997 yılında Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya getirilen bir değişiklik ile AB Birincil Hukuku'nda düzenlenmiştir. (md.3/2)

C. Gelişimi

Cinsiyette anayol yaklaşımının, Birlik yapısı çerçevesinde benimsenmesinde 1995 yılı, bir dönüm noktası oluşturmıştır. 1995 yılında, üyelerinin çoğunu, Birliğin

³³⁰ Emanuela Lombardo and Petra Meier, "Framing Gender Equality in the European Union Political Discourse", **Social Politics: International Studies in Gender, State & Society**, Oxford University Press, Volume 15, Number 1, Spring 2008, s. 105.

³³¹ Communication from the Commission 1996, s. 2.

³³² Ellina, s. 55.

o dönemde son genişlemesi kapsamındaki, Avusturya, İsveç ve Finlandiya'lı temsilcilerin oluşturduğu yeni Santer Komisyonu göreve gelmiştir.³³³ Bu üç ülke, kadın erkek eşitliği alanında kamu politikalarında Birlik seviyesine göre hayli ileri düzeyde deneyimleri olan ülkelerdir. Bu dönemde Komisyon'un İskandinav kökenli kadın üyelerinin baskısı sonucunda Komisyon üyeleri arasından fırsat eşitliğiyle ilgili çalışmak üzere yüksek düzeyde bir grup oluşturulmuştur.³³⁴ Komisyon üyelerinden oluşturulan bu grubun varlığı, cinsiyette anayol yaklaşımının tüm politika alanlarında uygulanmasının en üst düzeydeki bürokratlar tarafından taahhüt edildiği ve bu konuda merkezi bir işbirliği yapıldığı anlamına gelmesi bakımından önem taşımaktadır.³³⁵

Santer Komisyonu görev süresince fırsat eşitliği alanına özel önem vermiştir. 1995 yılında Komisyon tarafından önerilen ve Konsey tarafından kabul edilen Kadın ve Erkek Arasındaki Fırsat Eşitliğine Dair Dördüncü Eylem Programı'nda (1996-2000), cinsiyette anayol yaklaşımı vurgulanmıştır.³³⁶ Programda, cinsiyette anayol yaklaşımının uygulanmasına ilişkin usullerin geliştirilmesi ve üye devletler tarafından teşvik edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.³³⁷

Cinsiyette anayol yaklaşımı, işyerinde eşit davranma ilkesine özgülenen Birlik müktesebatına kıyasla, AB'nin eşitsizliğin işgücü piyasasının dışında ortaya çıktığı alanlarda da faaliyette bulunmasına yetki tanınması nedeniyle olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.³³⁸

D. Uygulanması

Günümüzde AB'de cinsiyette anayol yaklaşımı, hem yukarıda değinilen çerçevede Komisyon bünyesindeki Genel Direktörlükler; hem de üye devletler düzeyinde uygulanmaktadır.

³³³ Emilie Hafner-Burton and Mark A. Pollack, "Gender Mainstreaming and Global Governance", **Feminist Legal Studies**, Vol.10, 2002 (b), s. 295.

³³⁴ Woodward, s. 74; Pollack and Hafner-Burton, s. 436;

³³⁵ Pollack and Hafner-Burton, s. 438.

³³⁶ Pollack and Hafner-Burton, s. 436.

³³⁷ Booth and Bennett, s. 439.

³³⁸ Lombardo and Meier, s. 104.

1. Komisyon Düzeyindeki Uygulama

Cinsiyette anayol yaklaşımının Komisyon düzeyinde uygulanması, Santer Komisyonu'nun göreve gelmesinin ardından, Komisyon üyeleri arasından bu alanda çalışmak üzere oluşturulan üst düzeyde bir grup aracılığıyla gerçekleşmiştir. Fırsat Eşitliği'ne ilişkin Komisyonerler Grubu'nun görevi, kadın ve erkek için fırsat eşitliğine ilişkin algının tüm Birlik faaliyetlerinde yerleşmesini sağlamaktır. Cinsiyette anayol yaklaşımı, Komisyon bünyesinde öncelikle üst düzeydeki organlardan daha alt kademedekilere doğru benimsenmiştir. Fırsat eşitliğine ilişkin bu üst düzeydeki gruba yardımcı olmak ve cinsiyette anayol yaklaşımı'nın hazırlık ve izlenme süreçlerini gerçekleştirmek üzere Komisyon birimleri arasında daha alt düzeyde olmak üzere bir grup daha oluşturulmuştur. Bunun sonucu olarak da, Komisyon bünyesindeki Genel Direktörlükler'de ilgili her birimin bu yaklaşımı benimsemesini teşvik edecek olan cinsiyette anayol memurları görevlendirilmiştir. Bu memurlar, sadece bu göreve özgü olarak görevlendirilmiş uzmanlar değildir. Aksine bu kişiler, halihazırda ilgili birimlerde görev yapmakta olan personel arasından seçilmiştir ve kendilerine ait önceki görevlerini yapmaya devam etmektedirler. Bazı yazarlara göre, cinsiyette anayol memurları mevcut görevlerini arttırmamak niyetiyle bu yaklaşıma ilişkin yeni görevleri konusunda hevesli görünmemektedirler. Bununla birlikte, cinsiyette anayol yaklaşımının Komisyon bünyesinde fırsat eşitliğine ilişkin çalışmaya başlayan yatay ve dikey düzeydeki aktörlerin sayısını arttırdığı da yadsınamaz bir gerçektir.³³⁹

Bu yaklaşımın ilk olarak uygulanmaya başladığı Yapısal Fonlar, İstihdam ve Sosyal İşler Genel Direktörlükleri, diğer Genel Direktörlüklere göre cinsiyet boyutuyla bütünleşmek konusunda daha avantajlıdır. Bunun nedeni bu Direktörlüklerin cinsiyet dahil olmak üzere sosyal adalet konularına daha yakın olmalarıyla ilişkilidir. Bunun aksine Rekabet ve Araştırma Genel Direktörlüğü'nün politika oluşturma sürecinde İç Pazar ve teknik ölçütlerle ilişkili olması bakımından cinsiyette anayol yaklaşımını uygulayabilmesi daha zorlaşmaktadır.³⁴⁰

³³⁹ Ellina, s. 56; Pollack and Hafner-Burton, s. 438.

³⁴⁰ Pollack and Hafner-Burton, s 440.

2. Üye Devletlerdeki Uygulama

Cinsiyette anayol yaklaşımının üye devletler düzeyinde uygulanması, her üye devlet hükümetinin politik olarak konuya verdiği destekle yakından ilişkilidir. Bu yaklaşıma ilişkin şartların uygulanması, tüm politika oluşturma süreçlerinde köklü bir değişikliği beraberinde getirmektedir. 2001 yılından itibaren hemen hemen tüm üye devletler, cinsiyette anayol yaklaşımını istihdam politikaları ya da hükümet politikaları çerçevesinde gerçekleştirmeye dönük resmi mekanizmalar oluşturmuşlardır. Bununla birlikte üye devletler arasında bu kapsamda geliştirilen mekanizmalar, hatta bu yaklaşıma yüklenen anlam algısı bakımından büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu çerçevede cinsiyette anayol yaklaşımını, bazı üye devletler devlet politikalarında, bütünüyle bir hükümet politikası olarak kabul ederken; bazı devletler bir bakanlık bünyesinde diğer birimlerden ayrı bir şekilde çalışmak üzere görevlendirilen memurlar aracılığıyla yürütmektedir.³⁴¹

Üye devletler, cinsiyette anayol yaklaşımını politika alanlarında uygulamak üzere farklı yapılar oluşturmuştur. Bazı üye devletlerde tamamıyla cinsiyet konusunda faaliyet göstermek üzere Bakanlıklar kurulmuştur. Lüksemburg'daki Kadın İşleri Bakanlığı ve İsveç'teki Kadın Erkek Eşitliği Bakanlığı buna örnek verilebilir. Fransa, Belçika ve Yunanistan'da bakanlıklar arası faaliyet gösteren komiteler; Hollanda, Almanya ve Avusturya'da ise çalışma grupları oluşturulmuştur. İngiltere, Danimarka, Almanya, İrlanda, İsveç ve Portekiz'de fırsat eşitliği konusunda çalışma, değerlendirme ya da gözlem yapma amacıyla özel olarak yetkilendirilmiş bölümler ya da birimler kurulmuştur. Üye devletler, cinsiyette anayol yaklaşımını uygulamak için sadece kurumsal yapılandırmayla tatmin olmamış; çeşitli bakanlıklar ya da komitelerde çalışmak üzere eşitlik alanında uzman kişiler tayin etmişlerdir. Avusturya, İtalya, Finlandiya, Belçika, Fransa ve Portekiz bu yola başvurmuştur. Cinsiyette anayol yaklaşımının benimsenmesi, beraberinde yeni bazı hukuksal düzenlemelerin yapılması ihtiyacını da getirmiştir. Bu çerçevede, Danimarka ve İsveç'te cinsiyette anayol yaklaşımını düzenleyen yeni fırsat eşitliği kanunları çıkartılmış; Finlandiya ve Almanya'da ise cinsiyet boyutunun çıkarılan

³⁴¹ Woodward, s. 72.

yeni kanunlarla bütünleştirilmesi taahhüdünde bulunulmuştur. Portekiz, İtalya, Yunanistan ve Belçika’da ise eşitliğe ilişkin ulusal strateji ve planlar belirlenmiştir.³⁴²

E. Cinsiyette Anayol Yaklaşımına Yönelik Eleştiriler

Cinsiyette anayol yaklaşımının uygulamadaki işleyişine ilişkin olarak henüz kesin bir değerlendirme yapmak için erken olsa da, doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirildiği belirtilmelidir.

Bu eleştirilerden ilki, cinsiyet boyutunun Birlik düzeyinde yürütülmekte olan her politika alanı ile genel bir biçimde bütünleştirilmesinin, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin özel nitelikte önlemler alınmasını ve düzenlemeler yapılmasını engelleyebileceğine ilişkindir. Bu yaklaşım daha yalın bir biçimde şu şekilde ifade edilmiştir. “Cinsiyet konusu, herkesin sorumluluk alanına girerse, hiç kimsenin özel olarak sorumluluğu altında olmayacaktır.” Bu eleştiriyi getiren Pollack ile Hafner-Burton, bu durumda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin alınan özel nitelikteki önlemlerin devam etmeyeceği ya da AB Hukuku’nun kadın erkek eşitliği alanının merkezi haline gelen ve aynı zamanda cinsiyette anayol yaklaşımının gelişimi için yoğun çaba gösteren Komisyon’un Fırsat Eşitliği Birimi’nin zayıflayarak eski önem ve işlevini yitireceği endişesi taşımaktadır.³⁴³

Cinsiyette anayol yaklaşımına karşı eleştirel bir bakış açısına sahip olan Woodward ise öncelikle bu yaklaşımın anlamının doğru kavranması ve yorumlanması gerektiğine işaret ederek, yaklaşımın benimsenmesinin kadın erkek eşitliğiyle özel olarak ilgilenen mekanizmaların ortadan kaldırılmasını gerektirmediğini belirtmektedir.³⁴⁴

Liebert ise cinsiyette anayol yaklaşımını, AB Hukuku’ndaki kadın erkek eşitliğine ilişkin klasik hükümlerde olduğu gibi bağlayıcı hukuk kuralları

³⁴² Jill Rubery, “Gender Mainstreaming and Gender Equality in the EU: the Impact of the EU Employment Strategy”, *Industrial Relations Journal* 33:5, 2002, s. 504.

³⁴³ Pollack and Hafner-Burton, s. 452.

³⁴⁴ Woodward, s.69.

çerçevesinde değil, aksine bağlayıcılığı olmayan kurallar çerçevesinde uygulanmakta olması nedeniyle eleştirmektedir. Cinsiyette anayol yaklaşımı kapsamında öngörülen kuralların bağlayıcılığının olmaması ciddi bir husustur. Bu çerçevede, cinsiyette anayol yaklaşımının uygulanmasına ilişkin olarak Komisyon'un, yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devletlere karşı başvuracağı bir yaptırım mekanizmasının bulunmadığı belirtilmelidir.³⁴⁵

Üye devletlerdeki kadın nüfusun bu çerçevedeki faaliyetlerin henüz tam anlamıyla farkında olmaması ve Komisyon tarafından geliştirilen usullerin henüz deneme aşamasında olması, bu yaklaşımın olumsuz yönlerini oluşturmaktadır. Komisyon, cinsiyette anayol yaklaşımının AB Hukuku'nun kadın erkek eşitliğine ilişkin hükümlerini ya da bu çerçevede olumlu ayrımcılığa ilişkin olarak alınan önlemleri ikame edici nitelikte değil, bunları tamamlayıcı nitelikte olduğunu vurgulamıştır.³⁴⁶ Komisyon'a göre cinsiyette anayol yaklaşımı aracılığıyla tüm Birlik politika ve faaliyetlerinin cinsiyet üzerindeki etkilerinin incelenmesi, bunların devamlı şekilde gözlenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan halihazırda AB Hukuku çerçevesinde uygulanmakta olan olumlu ayrımcılığa ilişkin özel nitelikteki önlemlerin korunması ve hatta geliştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁴⁷ Bu çerçevede cinsiyette anayol yaklaşımının, AB kadın erkek eşitliği politikasına katkısının ancak uzun dönemde sağlanabileceği söylenebilir.³⁴⁸

Cinsiyette anayol yaklaşımı uygulamada kadın erkek eşitliği kavramıyla sınırlı ve eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu durum, cinsiyette anayol yaklaşımının istihdam politikasıyla sınırlı kalması sonucunu doğurmaktadır ki; aslında bu yaklaşım, bunun ötesinde bir dönüşümü ifade etmektedir. Woodward bu yanlış algıyı, uygulamada AB düzeyinde hem kadın erkek eşitliği, hem de cinsiyette anayol yaklaşımına ilişkin olarak bilgi ve deneyim eksikliği olmasına bağlamaktadır. Yazara göre cinsiyete ilişkin konularda toplumdaki algının değişebilmesi için

³⁴⁵ Ulrike Liebert, "Europeanising Gender Mainstreaming: Constraints and Opportunities in the Multilevel Euro-Polity", **Feminist Legal Studies**, Vol.10, 2002, s. 242.

³⁴⁶ Pollack and Hafner-Burton, s. 452.

³⁴⁷ Booth and Bennett, s.440.

³⁴⁸ Pollack and Hafner-Burton, s. 452.

eğitimin ve yüksek düzeyde toplumsal ve kültürel bir kabulün varlığı gerekmektedir.³⁴⁹

³⁴⁹ Woodward, s.68- 69.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İŞ HUKUKU MEVZUATINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. AYRIMCILIK

A. Kavram

AB Hukuk düzeni, ayrımcılık konusunu gerek doktrinde, gerekse içtihat hukukunda geniş şekilde inceler.³⁵⁰ Ayrımcılık yasağı, esas amacı ekonomik bir bütünleşme yaratmak olan Avrupa Birliği'nde, öncelikli olarak ekonomik temelde ortaya çıkmış; zaman içerisinde bu kavramın sosyal boyutu önem kazanmaya başlamıştır. Avrupa Ekonomik Topluluğu döneminde Ortak Pazar'ın sağlanması hedefine yönelik olarak, üye ülkelerdeki işletmelerin birbirleriyle adil bir şekilde rekabet etmelerinin sağlanması, ayrımcılık yasağının uygulanmasıyla mümkündür. Ayrımcılık yasağına ilişkin kurallar, Topluluk dahilinde rekabetin bozulmasını engelleyen birer araç olarak işlev görmektedirler.³⁵¹ Topluluğun eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin bu yaklaşımı, ATAD'ın o dönemde verdiği kararlarında da sıklıkla vurgulanmıştır.³⁵²

Eşitlik ile ayrımcılık birbiriyle yakın ilişki içinde olan kavramlardır.³⁵³ AB Hukuku'nda ayrımcılık yasağı, ATA'nın çeşitli maddelerinde yer almaktadır. ATA'nın vatandaşlığa bağlı ayırım yapmayı yasaklayan 12.maddesi, tarım politikasında üreticiler ve tüketiciler arasında ayrımcılığı yasaklayan 40.maddesinin üçüncü fıkrası ile kadın ve erkek işçiler arasında ücrette eşitliği düzenleyen 141.maddesindeki (eski md.119) düzenlemeler, bunun örneğidir.³⁵⁴

³⁵⁰ Onaran-Yüksel, s.104.

³⁵¹ Tobler, 2005, s. 36.

³⁵² Bu kararlara Joined Cases 32 and 33/58, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) v High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1959] ECR 127, s. 143 ile Case 63/86, *Commission of the European Communities v. Italian Republic*, [1988], ECR 29, para. 15 örnek olarak gösterilebilir.

³⁵³ Tobler, 2005, s. 40.

³⁵⁴ Barnard, 1998, s. 354-355.

Somut bir olayda ayrımcılığın ortaya çıkması, eşitliğin bulunmaması koşuluna bağlıdır.³⁵⁵ Eşitlik ve ayrımcılık kavramları, doktrindeki bazı yazarlara göre, aynı ilkenin biri olumlu, diğeri ise olumsuz olmak üzere iki farklı şekilde tezahüründen ibarettir.³⁵⁶ Karşı görüşte olan yazarlara göre ise, her iki kavram aynı anlama sahip gibi görünse de, eşitlik, ayrımcılık yasağından daha geniş kapsamlıdır. Bu görüşe göre eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağının ötesinde, eşitliğe ulaşılması için birtakım olumlu önlemlerin alınması yükümlülüğünü de içermektedir.³⁵⁷

ATAD, tarım politikasıyla ilgili üretici ve tüketiciler arasında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin olarak verdiği *Ruckdeschel*³⁵⁸ kararında, ATA'daki ayrımcılık yasağına ilişkin ilgili hükmün (eski md. 40/3), Topluluk Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan genel eşitlik ilkesinin özel bir şekilde görünümü olduğunu belirtmiştir.³⁵⁹ ATAD, daha yeni tarihli kararlarında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının aynı anlamı ifade etmekte olup, birbirinin yerine kullanılabileceğine hükmetmiştir. Divan, *Rodríguez Caballero*³⁶⁰ davasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını bir arada kullanarak, iki kavramdan örtülü şekilde tek bir ilkeymiş gibi söz etmiştir. ATAD, bu yorumunu, anti-damping önlemlerine ilişkin olarak verdiği *Europe Chemi-Con*³⁶¹ kararında açıkça ortaya koymuştur. Divan, kararda davaya konu hukuksal düzenlemenin ilgili maddesindeki (md. 9/5) ilkenin eşit davranma ilkesi ya da ayrımcılık yasağından hangisi olarak ifade edildiğinin önem arz

³⁵⁵ Weiwei, s. 7; Tobler, 2005, s. 40.

³⁵⁶ Arnardottir, s.7; Alexander H.E. Morawa, "The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment", **Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe**, Issue 3, 2002, s. 1; Anne F. Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", **Human Rights Law Journal** 11:1-2, 1990, s. 1, naklen Arnardottir, s. 7; Barnard, 1998, s. 355.

³⁵⁷ Christopher McCrudden, "Gender Equality in the Constitutional Treaty: Drafting Suggestions" Jean Monnet Project-Gender Equality and Europe's Future, Albert Borschette Conference, 2003(a), s. 2; Erişim: <http://ec.europa.eu/education/programmes/llp/jm/more/confgender03/mc-ruden.pdf> [15.09.2008] ; Tobler, 2005, s. 40; Agata Brzezińska, "Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice, Institute for European Studies Working Paper 2/2009, s. 5; Erişim: <http://ssrn.com/abstract=157751> [17.12.2009]

³⁵⁸ Joined Cases 117/76 and 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, [1977] ECR 1753.

³⁵⁹ Joined Cases 117/76 and 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, [1977] ECR 1753, para. 7; Marzia Barbera, "Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context", **Industrial Law Journal**, Vol.31, 2002, s. 84.

³⁶⁰ Case C-442/00 *Ángel Rodríguez Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, ECR 2002 I-11915, para. 32.

³⁶¹ Case C-422/02 P, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH v Council of the European Union*, ECR 2005.

etmediğini belirtmiştir. Divan' a göre, bu iki ilke haklı neden olmaksızın, eşit olanlara farklı ve farklı olanlara eşit şekilde davranmayı yasaklayan Topluluk Hukuku'nun tek bir genel ilkesinin iki farklı ifade edilme şeklidir.³⁶²

B. Ayrımcılığın Tespiti

1. Emsal Kişi

Ayrımcılık yasağına aykırı bir durum ya da davranışın ispatı, ancak eşit ya da benzer durumda olmakla birlikte, kendisine eşit davranılmadığını iddia eden kişiye göre daha lehte işlem yapılan bir emsal kişinin varlığına bağlıdır.³⁶³ Somut durum, bu kişi ya da kişi grubuyla kıyaslama yapılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Kıyaslama yapılabilen uygun bir kişi ya da kişi grubunun bulunması halinde, eşitlik ya da farklılık, bu kişilerin ortak bir ölçüt çerçevesinde değerlendirilmeleri sonucunda ortaya çıkmaktadır.³⁶⁴ ATAD'ın *Ruckdeschel*³⁶⁵ davasında Divan Hukuk Sözcüsü³⁶⁶ Capotorti, emsal kişinin özellikleri ve karşılaştırılacak kişiyle kıyaslanabilir olup olmadığının somut olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ve aralarındaki farkların kıyaslama yapılmasına engel olmaması durumunda, farklı işleme tabi tutulup tutulmadıklarına hükmedilebileceğini ifade etmiştir.³⁶⁷ AB mevzuatında kıyaslama yapılacak emsal kişinin tanımına yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁶⁸ Emsal kişi, bir kadın işçinin cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalıp kalmadığının incelenmesi örneğinde, benzer durumda olan ve kendisine bu şekilde davranılıp davranılmadığının kıyaslanacağı erkek işçidir.³⁶⁹ Fredman, cinsiyet ayrımcılığı durumunda, emsal kişi

³⁶² Case C-422/02 P, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH v Council of the European Union*, ECR 2005, para. 33.

³⁶³ Fredman, 2002, s. 8-9.

³⁶⁴ Öden, s. 17.

³⁶⁵ Joined cases 117-76 and 16-77, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. Contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe*, [1977] ECR 01753.

³⁶⁶ Bkz. Advocate General; AB Sözlüğü, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı, Ekim 2004, Erişim: <http://www.ekutup.dpt.gov.tr/ab/sozluk.pdf> [17.06.2008]

³⁶⁷ Sacha Prechal and Noreen Burrows, **Gender Discrimination Law of the European Community**, Dartmouth Publishing Company Limited, 1990, s. 3; Tobler, 2005, s. 24.

³⁶⁸ Sandra Fredman, "European Community Discrimination Law: A Critique", **Industrial Law Journal**, Vol.21, No.2, June 1992, s. 123.

³⁶⁹ Hervey, 1993, s. 28.

ya da kişi grubunun erkek olmasını eleştirmektedir.³⁷⁰ Yazar, çalışma ilişkilerinin geleneksel olarak tam süreli çalışma biçimlerinde ve erkek işgücünün istihdamı temelinde düzenlendiğini ve bu nedenle cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın tespitinde kadın işçiye her zaman tam süreli çalışan erkek işçinin emsal alındığına işaret etmektedir.³⁷¹ Israel ve Foubert ile Barnard'da bu görüşe katılmaktadırlar.³⁷² Erkek bir emsal kişi bulmak özellikle de hemşire, temizlikçi ya da sekreter gibi kadınlara özgülünen mesleklerde daha da güçleşmekte; hatta mümkün olmamaktadır.³⁷³

Bazı durumlarda da uyuşmazlığın tarafları, uygun bir emsal kişinin nasıl tespit edileceği üzerinde uzlaşmaya varamamaktadırlar. ATAD'a intikal eden *Grant v. South-West Trains*³⁷⁴ davasında, davacı eşcinsel kadın işçi, çalıştığı işletme tarafından çalışanların eşlerine tanınan indirimli seyahat ayrıcalığının uzun süredir birlikte yaşadığı eşcinsel kişiye tanınmamasının ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Davacı, eşcinsel bir birlikteliğin, kıyaslamasının yapılacağı emsal çiftin heteroseksüel bir çift olması gerektiğini savunurken, Divan, emsal çift olarak taraflarının erkek olduğu bir eşcinsel birlikteliği esas almış ve bu ayrıcalığın eşcinsel bir erkek işçiyle birlikte yaşayan erkeğe de tanınmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.³⁷⁵

Emsal kişinin seçimi, davacının iddiasını kanıtlaması bakımından önemlidir.³⁷⁶ AB Hukuku'nda ayrımcılık bulgusuna varmak için emsal kişi ile kıyaslamının bir ön koşul olmadığı durumlar, az sayıda da olsa mevcuttur. Bunlara hamileliğe dayalı ayrımcılık durumu örnek olarak verilebilir.³⁷⁷ ATAD, *Dekker*³⁷⁸

³⁷⁰ Fredman, 2002, s. 9.

³⁷¹ Fredman, 1992, s. 120.

³⁷² Israel, Foubert, s. 323; Hervey, 1993, s. 27; Barnard, 1999, s. 224. Batılı erkek cinsi, sadece özel olarak cinsiyet ayrımcılığına ilişkin durumlarda değil; genel olarak evrensel insan hakları alanı söz konusu olduğunda da emsal alınması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Claude and Weston, s. 123.

³⁷³ Fredman, 2002 s. 9-10; Mark Bell, "Equality and the European Union Constitution", **Industrial Law Journal**, Vol.33, Issue 3, September 2004, s. 2; Tobler, 2005, s. 43; Fredman, 1992, s. 123.

³⁷⁴ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621; *Case Law Grant*, **Columbia Journal of European Law**, Vol.5, 1998-1999.

³⁷⁵ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621, para. 50; Bell, 2004, s. 3; Catherine Barnard, Bob Hepple, "Substantive Equality", **Cambridge Law Journal**, 59 (3), November 2000, s. 56

³⁷⁶ Bell, 2004, s. 3.

³⁷⁷ Tobler, 2005, s. 45-46.

³⁷⁸ Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941.

davasında verdiği kararda, hamile olması nedeniyle iş başvurusu reddedilen bir kadına karşı yapılan cinsiyete dayalı ayrımcılığın ispatı için, mutlaka kıyaslaması yapılacak bir erkek emsal kişi bulunması gerekmediğine hükmetmiştir. Dava konusu olayda aynı işe alınmak üzere başvuran bir erkek emsal kişinin var olmaması, hamile kadının ayrımcılığa uğramış olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.³⁷⁹ Divan, *Webb*³⁸⁰ kararında, davacı kadın işçinin hizmet sözleşmesinin yapılmasından kısa bir süre sonra hamile kalması nedeniyle işten çıkarılması ile ilgili davada verdiği kararda, kadının hamilelik durumunun bir erkeğin hastalık nedeniyle işe devam edememe durumuyla kıyaslanamayacağına hükmetmiştir.³⁸¹ Israel ve Foubert'e göre, aile ve çalışma yaşamını uzlaştırmakla yükümlü olan kadın işçilerin evli ve çocuklu olmaları nedeniyle ayrımcı bir muameleye maruz kalmaları halinde, işyerinde çalışan evli ve çocuklu bir erkek işçinin emsal alınması da mümkün olmamalıdır.³⁸²

2. Haklı Neden

Eşitlik karinesi kişilere eşit işlem yapılmasının zorunlu olması nedeniyle, onlara ancak haklı nedenlerin varlığı halinde farklı işlem yapılabilmesine izin vermektedir. Bu bağlamda, haklı nedenin varlığı ve farklı işlemle ilişkisi ya da uygunluğu işlemi gerçekleştiren sorumlu kişi ya da makam tarafından kanıtlanmalıdır.³⁸³

AB mevzuatında haklı nedenin tanımına yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Haklı nedenin ne olduğuna, her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde mahkeme karar verecektir. Prechal ve Burrows, ATAD'ın bu konuda iki değerlendirmesi bulunduğunu belirtmektedir. İlk değerlendirme, Divan'ın, somut olaya konu olan kişi ya da kişi gruplarının kıyaslanabilir olmadığına ve bu sebeple farklı işlemin haklı şekilde gerekçelendirilebileceğine hükmettiği durumlara ilişkindir. Divan, bu konudaki ikinci değerlendirmesinde ise farklı işlemin ayrımcı

³⁷⁹ Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941, para. 17.

³⁸⁰ Case C-32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, [1994] ECR I-3567.

³⁸¹ Case C-32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, [1994] ECR I-3567, para. 25.

³⁸² Israel, Foubert, s. 325.

³⁸³ Öden, s. 27.

nitelikte olduğuna hükmettikten sonra, haklı bir sebeple gerekçelendirilebilme durumunu incelemektedir. Divan, farklı işlemin Birlik politikalarına ilişkin bazı haklı sebeplerin ya da somut olay bazında haklı olarak değerlendirilebilecek sebeplerin varlığı durumunda ayrımcılık yaratmayacağı görüşündedir.³⁸⁴

Farklı davranma, haklılık, objektiflik, gerçeğe, konunun esasına ve amacına uygunluk temelinde ölçülmektedir. Ayrımlar, akla ve mantığa uygun olması durumunda hukuka uygun sayılmaktadır.³⁸⁵ Buna ek olarak Divan, her somut olayda farklı davranışı haklı kılan amaca ulaşmak için kullanılan vasıtaların amaçla orantısını da inceleyerek, bu amacın ayrımcı davranışa başvurulmadan gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini değerlendirmektedir.³⁸⁶

II. CİNSİYET AYRIMCILIĞI

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü nitelikleri gözetilerek farklı davranılmasıdır. Cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kişi, belirli bir cinsiyet grubuna dahil olmasından dolayı, ayrı tutulmaktadır.³⁸⁷

Kadınlara karşı ayrımcılık kavramı, Birleşmiş Milletler'in Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmesi'nde (CEDAW)³⁸⁸, "*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*

³⁸⁴ Birliğin politikalarına ilişkin haklı sebeplere, Birliğin ATA'da yer alan herhangi bir Birlik politikasıyla ulaşmak istenen hedefler örnek verilebilir. Bkz. Prechal and Burrows, s. 3-5.

³⁸⁵ Tuncay, s. 121.

³⁸⁶ Prechal and Burrows, s. 5.

³⁸⁷ Onaran-Yüksel, s. 39.

³⁸⁸ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1 Mart 1980'de imzaya açılmış; 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. CEDAW'a Türkiye'nin katılımı, 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine (CEDAW) Katılımın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"la uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulu'nca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14.10. 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak; 19.01. 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Erişim:<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>[20.11.07]; Demet Özdamar, **CEDAW Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009 (b), s. 531.

doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama” olarak tanımlanmıştır. (md.1)

AB Hukuku’nda cinsiyet ayrımcılığı, ilk kez ATA’nın 141.maddesinin ikinci fıkrasında ve 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge’nin³⁸⁹ birinci maddesinde ücrette eşitliğin sağlanması bakımından öngörülmüştür. Bu düzenlemelerle kadın ve erkek işçiler arasında eşit ya da eşdeğerdeki iş için ücrette ayrımcılık yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının temelini insan onuru oluşturmaktadır. İnsan onuru, kişiler için cinsiyete dayalı farklı bir değerlendirme yapılmasını engellemektedir.³⁹⁰ Farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi, kadınların ve erkeklerin hukukun her alanında eşit haklara ve fırsatlara sahip olarak bundan yararlanması anlamına gelmektedir.³⁹¹ Eşit haklara sahip olma ilkesi ile cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı birbirini tamamlayıcı niteliktedir.³⁹² Çalışma hayatında ortaya çıkan cinsiyet ayrımcılığı, kadın ve erkeğin iş ilişkisinde cinsiyetleri göz önünde tutularak, karşı cinsten olanlarla eşit işlem görmeyerek mağdur edilmeleri ya da mesleki açıdan çeşitli fırsatlardan mahrum edilmeleri anlamını taşımaktadır.³⁹³

A. Cinsiyet kavramı

Cinsiyet kavramı biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet olmak üzere ikiye ayrılır.

³⁸⁹ Bkz. md 1, Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 45, 19.2.1975.

³⁹⁰ Zafer Gören, **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması(Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulana Biçimi)** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.83, İzmir, 1998 (b), s. 12; Fulya Kantarcıoğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, içinde **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, der. Zafer Gören, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, İzmir, 17-18 Mayıs 1998 (a), s. 54; Tijen Dündar Sezer, “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2009, s. 127.

³⁹¹ Onaran-Yüksel, s.28.

³⁹² Gören, 1998 (b), s. 25; Dündar Sezer, s. 127; Onaran-Yüksel, s. 40.

³⁹³ Onaran-Yüksel, s.39.

1. Biyolojik Cinsiyet

Biyolojik cinsiyet, kadın ve erkek olmanın fizyolojik farklılıklarına işaret etmektedir.³⁹⁴ Diğer bir ifadeyle biyolojik cinsiyet, kadın ve erkek cinsine özgü genetik ve yapısal farklılıkları kapsamaktadır.³⁹⁵ Bireyler, biyolojik cinsiyet temelinde kadın veya erkek olarak sınıflandırılmaktadır. Bu kavramın esası, kadın ve erkek organizmaları arasındaki anatomik farklılığa dayanmaktadır.³⁹⁶ ATAD, cinsiyet ayrımcılığı konusundaki kararlarında, cinsiyet kavramıyla biyolojik cinsiyeti esas almaktadır.

2. Toplumsal Cinsiyet

Toplumsal cinsiyet, kadın ve erkeğin toplum tarafından sosyal olarak belirlenen rol ve sorumluluklarını ifade etmektedir.³⁹⁷ Bu kavramla, belirli bir konuda toplumun kadın ya da erkek bireyden beklentisinin ne olduğu, toplumda ne tür davranışlara izin verildiği belirlenmektedir.³⁹⁸ Biyolojik cinsiyet kadın ve erkek arasındaki fiziksel ve biyolojik farklılıkları dikkate alırken, toplumsal cinsiyet kadın ve erkek arasındaki sosyal, psikolojik ve kültürel farklılıklar üzerine odaklanır.³⁹⁹

Günümüzde modern toplumlarda dahi işgücü piyasasında çalışan kişi olarak erkek cinsiyeti temel alınmakta, toplumsal rol dağılımı erkeğin “eve ekmek parası getirmesi”, kadının ise “ailenin ve çocukların bakımını üstlenmesi” şeklinde gerçekleşmektedir.⁴⁰⁰ Bu çerçevede, kadın ve erkek, toplum tarafından kendisi için

³⁹⁴ Marie-Thérèse Claes, “Women, Men and Management Styles”, **International Labour Review**, Vol. 138, No.4, 1999, s. 432.

³⁹⁵ Carol M. Worthman, “Hormones, Sex and Gender”, **Annual Review of Anthropology**, Vol.24, 1995, s. 597.

³⁹⁶ Jodi R. Godfrey and Sean Mackey, “Toward Optimal Health: A Discussion on Sex, Gender and Pain”, **Journal of Women’s Health**, Vol.17, No.6, 2008, s. 917.

³⁹⁷ Sevda Demirbilek, “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açıdan İncelenmesi”, **Finans Politik & Ekonomik Yorumlar**, 2007, Cilt:44, Sayı: 511, s. 13.

³⁹⁸ OSAGI-Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs, “Concepts and Definitions”, Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>[16.05.08]

³⁹⁹ Godfrey and Mackey, s. 917; Demirbilek, s. 13; Claes, s. 432; Murat Yüksel, “Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım”, **Prof.Dr.Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, s. 904.

⁴⁰⁰ Hervey, s. 34.

belirlenen rol ve sorumlulukları, toplumsallaşırken öğrenir⁴⁰¹ ve elde ettiği kazanımlarını, diğer bireylere davranması gereken kalıplar çerçevesinde birbirleri arasındaki sosyal ilişkilere aktarır.⁴⁰²

Steans, kadına çalışma yaşamında erkeğe göre daha az ücret ödenmesini toplumsal roller gereğince para kazanma rolünün erkeğe verilmesine bağlamaktadır.⁴⁰³ Littleton bu durumun, kadına yüklenen geleneksel rolleri pekiştirdiğini belirtmektedir. Yazara göre kadın ve erkeğin toplumsal rollerinin eşit olarak dağıtılabilmesi için çalışma yaşamında kadın ve erkek için eşit ücret ilkesinin uygulanması ve erkeğin de çocuk bakımı görevlerini çalışan kadınla paylaşması gereklidir.⁴⁰⁴

Toplumsal roller ve sorumluluklar, bunu belirleyen toplumsal sistemlerin farklı olması nedeniyle, toplumdan topluma çeşitlilik gösterir. Bununla birlikte aynı toplumsal sistemde dahi, rol ve sorumluluklar zamanla değişikliğe açık olup, sabit kalmazlar.⁴⁰⁵ Toplumsal cinsiyet, toplum var olduğu sürece, yeniden şekillenmeye devam edecektir.⁴⁰⁶

B. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Türleri

Cinsiyete dayalı ayrımcılığın doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

⁴⁰¹ Huriğül Eken, “Toplumsal Cinsiyet Olgusu Temelinde Mesleğe İlişkin Rol ile Aile İçi Rol Etkileşimi: Türk Silahlı Kuvvetlerindeki Kadın Subaylar”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 15, 2006, s. 252; OSAGI-Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs, “Concepts and Definitions”, Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>[16.05.08]

⁴⁰² Demirbilek, s.13.

⁴⁰³ Steans, s. 541.

⁴⁰⁴ Christine Littleton, “Reconstructing Sexual Equality” içinde **Feminist Legal Theory**, der. Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy, Westview Press, Boulder, Colorado and Oxford, 1991, s. 51 naklen Hervey, s. 35.

⁴⁰⁵ OSAGI-Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs, “Concepts and Definitions”, Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>[16.05.08]

⁴⁰⁶ Çağdaş Demren, “Kadınlık Dolayısıyla Erkeklik Öznelliği”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, Mayıs 2008, Cilt. 32, No.1, s. 79.

1. Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı

AB Hukuku'nda cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yapılması, İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranmaya İlişkin 76/207 sayılı Yönerge'de⁴⁰⁷ yasaklanmıştır. Bununla birlikte cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık kavramı, Yönerge'de tanımlanmamıştır. 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge'de⁴⁰⁸ de aynı şekilde tanım yapılmaksızın, sadece cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir.

Doğrudan ayrımcılık, AB Hukuku'nda ilk kez 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge'de⁴⁰⁹ tanımlanmıştır. 2000/78 sayılı Yönerge'ye göre doğrudan ayrımcılık, bir kişiye Yönerge'de yasaklanan ayrımcılık sebepleri olan din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercihten birine dayalı olarak kıyaslanabilir durumda bulunan başka bir kişiden daha az lehte davranılmasıdır. (md. 2/2-a) Doğrudan ayrımcılığın oluşmasında işverenin ayrımcılık yapma niyetiyle hareket edip etmemiş olmasının bir önemi yoktur; yapılan davranışın ayrımcı nitelikte bir sonuca yol açması yeterlidir.⁴¹⁰ AB Hukuku'nda genellikle kanun koyucu tarafından yasaklanan sebeplere dayanılarak yapılan doğrudan ayrımcılığın yine kanunda açıkça belirtilen istisnai birtakım haller⁴¹¹ dışında haklı nedenle gerekçelendirilemeyeceği görüşü

⁴⁰⁷ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 039, 14.02.1976.

⁴⁰⁸ Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the Burden of Proof in Cases of Discrimination Based on Sex, Yürürlüğe giriş: OJ L 14, 20.01.1998.

⁴⁰⁹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation. Yürürlüğe giriş: OJ L 303, 2.12.2000.

⁴¹⁰ Barnard, 1999, s. 237.

⁴¹¹ Cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması yasağına ilişkin olarak, 76/207 sayılı Yönerge'yi değiştiren 2002/73 sayılı Eşit Davranma Yönergesi'nde üç istisna öngörülmüştür. Bu istisnalar 2002/73 sayılı Yönerge'yi iptal eden son tarihli 2006/54 sayılı Yönerge'de de korunmuştur. Çalışmanın beşinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecek olan bu istisnalar cinsiyetin mesleğe ilişkin olarak belirleyici bir unsur oluşturduğu durumlar; kadın çalışanların hamilelik ve analığına ilişkin durumlar ile üye devletlerin daha az temsil olunan cinsiyet lehine olumlu ayrımcılık kurumuna başvurduğu durumlardan oluşmaktadır.

kabul edilmektedir.⁴¹² ATAD’da kararlarında bu görüşü teyit etmektedir.⁴¹³ Divan, bu istisnaların kapsamını oldukça dar yorumlamaktadır.⁴¹⁴

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı ise ilk kez, İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranmaya İlişkin 76/207 sayılı Yönerge’yi⁴¹⁵ değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge’de⁴¹⁶ tanımlanmıştır. Bu tanım, 2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge’de⁴¹⁷ aynen korunmuştur. 2006/54 sayılı Yönerge’de yer alan tanıma göre, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyetine dayalı olarak, kıyaslanabilir bir durumda bulunan başka bir kişiden daha az lehte davranılmasını ifade eder. (md.2/1-a) Bu tanımın oluşturulmasında ATAD’ın içtihat hukukunun, özellikle *Grant v South-West Trains*⁴¹⁸ ve *Schnorbus v. Land Hessen*⁴¹⁹ kararlarının etkisi bulunmaktadır.

Uygulamada doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, özellikle işe almada, çalışma koşullarının uygulanmasında, ücretlendirmede, mesleki eğitim ve ilerlemede ve iş ilişkisinin sona ermesinde yaygın olarak ortaya çıkmaktadır. Kadın işçilerin işe başvururken, aile içi geleneksel rolleri sebebiyle ileride işi terk edebilecekleri gerekçesiyle işveren tarafından çoğunlukla yerlerine aynı nitelikteki erkek işçilerin tercih edilmesi ya da erkek işçilerle aynı konumun gerektirdiği işi yapmalarına

⁴¹² Barnard, 1999, s. 239; Tamara K. Hervey, “Thirty Years of EU Sex Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol.12,No.4, 2005, s. 315.

⁴¹³ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, para.32; Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941, para. 12.

⁴¹⁴ Hervey, 2005, s. 315.

⁴¹⁵ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 039, 14.02.1976.

⁴¹⁶ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 269, 05.10.2002.

⁴¹⁷ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Yürürlüğe Giriş: OJ L 204/23, 26.07.2006.

⁴¹⁸ Case C-249/96 *Grant v South-West Trains* [1998] ECR I-621, paras.27- 28.

⁴¹⁹ Case C-79/99 *Julia Schnorbus v Land Hessen*, [2000] ECR I-10997 para.33.

rağmen onlardan daha düşük ücret elde etmeleri çalışma yaşamında en sık karşılaşılan doğrudan cinsiyet ayrımcılığı örnekleridir.⁴²⁰

Somut olayda cinsiyet ayrımcılığı olup olmadığının belirlenmesi, kişilerin konumlarının ve ayrımcılık yarattığı iddia edilen olayın koşullarının birbiriyle kıyaslanmasıyla ortaya çıkmaktadır. Erkek ve kadının sosyal konum ve biyolojik yapılarının farklı olması doğaldır. Bununla birlikte, kişilerin içinde bulundukları koşullar aynı ya da benzer olmasına ve konumları aynı olmasına rağmen, onlara sadece cinsiyetlerinden ötürü farklı işlemlerde bulunulması doğrudan cinsiyet ayrımcılığına yol açmaktadır.⁴²¹

ATAD, *Commission v. Italy*⁴²² kararında, İtalyan Hukuku'nda evlat edinilme tarihinde altı yaşından küçük olan ve evlat edinilen çocuğun aileye katılmasını takip eden ilk üç ay içinde ebeveynlere tanınan zorunlu ve ücretli izin hakkının sadece kadın işçilere tanınıp, erkek işçilere tanınmamasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğu iddiasını incelediği davada, ulusal mevzuatın ayrımcılık yaratır nitelikte olmadığına karar vermiştir.⁴²³ Divan, İtalyan hükümetinin, ulusal hukukta bu düzenleme yapılırken, evlat edinilen küçük çocuğun aileye katılma koşullarının, mümkün olduğunca yeni doğan bir bebeğin aileye katılma koşullarına eşdeğer olması amacıyla hareket edildiği yönündeki savunmasını haklı bulmuştur.⁴²⁴

2. Dolaylı Cinsiyet Ayrımcılığı

Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, AB Hukuku'nda ilk kez 76/207 sayılı Yönerge'de yasaklanmıştır. Bununla birlikte, ilgili Yönerge'de kavrama ilişkin bir tanım yapılmamıştır. AB Hukuku'nda dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, ilk kez 97/80 sayılı Yönerge'de tanımlanmıştır. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı, amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmayan ve cinsiyetten bağımsız objektif sebeplerle

⁴²⁰ Onaran-Yüksel, s. 96.

⁴²¹ Onaran-Yüksel, s. 100.

⁴²² Case 163/82, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1983], ECR 3273.

⁴²³ Case 163/82, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1983], ECR 3273, para. 17.

⁴²⁴ Case 163/82, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1983], ECR 3273, para.16.

gerekçelendirilemeyen, görünürde tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi halinde oluşur. (md.2/2) Dolaylı ayrımcılık, 2002/73 sayılı Yönerge’de, Irk ve Etnik Köken Ayrımcılığı Olmaksızın Kişiler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına ilişkin 2000/43⁴²⁵ ve 2000/78 sayılı Yönergeler ile tutarlılık yaratması amacıyla, 97/80 sayılı Yönerge’de yer alan ilk tanımı kısmen değiştirilerek, düzenlenmiştir.⁴²⁶ Bu tanım, 2006/54 sayılı Yönerge’de aynen muhafaza edilmektedir. Bu çerçevede dolaylı ayrımcılık, meşru bir amaçla objektif olarak gerekçelendirilemeyen ve amaca ulaşmak için uygun ve elverişli olmayan, görünürde tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilere kıyasla belirli bir mağduriyete uğratması durumunda ortaya çıkar.(md.2/1-b) Dolaylı ayrımcılık, tarafsız bir hüküm ya da uygulamanın eşit uygulanmasına rağmen, somut olayda belirli bir grup üzerindeki aksi tesirine dayanmaktadır.⁴²⁷

Divan, dolaylı ayrımcılık kavramının içeriğini ve unsurlarını ilk kez *Jenkins*⁴²⁸ davasında ortaya koymuştur. Bir işyerinde kısmi süreli çalışanların tam süreli çalışanlara göre saat ücretinin daha düşük olması nedeniyle açılan davada, işveren işçileri arasında tam süreli çalışmayı teşvik etmek amacıyla bu yönde bir düzenleme yaptığını belirtmiştir. Divan, ağırlıklı olarak kadın işçilerden oluşan kısmi süreli çalışanlara farklı saat ücreti ödenmesinin işverence haklı ekonomik gerekçelere dayandırılması ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapma saiki bulunmaması koşuluyla dolaylı cinsiyet ayrımcılığı oluşturmayacağını belirtmiştir. Divan, farklı ücret ödenmesinin -ancak işverenin gerçek niyetinin, çoğunluğu ya da tamamı kadın işçilerden oluşması nedeniyle kısmi süreli çalışanların ücret düzeyini dolaylı yoldan

⁴²⁵ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, Yürürlüğe giriş: OJ L 180, 19.07.2000.

⁴²⁶ Ellis, 2005, s. 94.

⁴²⁷ Tess Gill and Karon Monaghan, “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld”, **Industrial Law Journal**, Vol. 32, No.2, June 2003, s. 115-116.

⁴²⁸ Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*; [1981] ECR 911; Fredman 1992, s. 125; Prechal and Burrows, s. 17; Stephen Weatherill and Paul Beaumont, **EU Law**, Penguin Books Ltd, 1999, s. 724.

düşürmek olması halinde- dolaylı ayrımcılık oluştuğuna hükmetmiştir.⁴²⁹ Aksi halde, ATA md. 141’in ihlali söz konusu olmayacaktır.⁴³⁰

Divan, *Jenkins* kararında ayrımcılığın tespiti bakımından işverenin bu yönde bir kastı olması gerektiğini belirtmiş olsa da, daha sonraki kararlarında⁴³¹ bu konudaki görüşünü ayrımcılığın ortaya çıkması bakımından işverenin niyetinin önemli olmadığı yönünde değiştirmiştir. Divan, dolaylı ayrımcılığın hem işverenin ayrımcılık konusu davranışa kasıtlı olarak başvurduğu, hem de bu yönde bir kastı olmasa dahi, yapılan davranışın ayrımcılığa yol açtığı durumları kapsadığını belirtmiştir.⁴³²

ATAD *Bilka*⁴³³ davasında, işverence, kısmi süreli çalışanların işyeri emeklilik sigortasından yararlanabilmeleri için öngörülen yirmi yıllık çalışma süresinin en az on beş yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olması koşulunun, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu kısmi süreli çalışanlar aleyhine ayrımcılık oluşturduğu iddia edilmiştir. İşveren, işletme politikasını ekonomik temele dayandırarak, tam süreli çalışmanın işletmenin ekonomik verimliliğini arttıracak olması nedeniyle özendirilmek istendiğini belirtmiştir.⁴³⁴ Divan, işverenin bu yöndeki politikasını cinsiyete dayanmayan objektif ve haklı nedenlerle gerekçelendirmesi halinde ayrımcılık oluşmayacağını belirtmiştir.⁴³⁵ Bu bağlamda, işverenin işletmenin yönetimine ilişkin gerekçelerinin “objektif” ve “ekonomik temelli” olması ve kullanılan araçların “gerekli” olup olmadığının yanı sıra işveren tarafından güdülen

⁴²⁹Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*; [1981] ECR 911, para.15; Sargeant, 2004, s. 29-30; Ellis (2005), s. 92.

⁴³⁰ Weatherill and Beaumont, s. 724.

⁴³¹ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607; Case 171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, [1989] ECR 2743.

⁴³² Barnard, 1999, s. 238; Barnard, 2006, s. 332.

⁴³³ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

⁴³⁴ Weatherill and Beaumont, s. 725.

⁴³⁵ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, para. 31. Bununla birlikte Divan, dolaylı ayrımcılığın cinsiyet dışındaki sebeplere dayalı olarak gerekçelendirilmesi konusunda *Handels-og Kontorfunktionærernes* kararında işyerinde kadınlar tarafından yapılan işin niteliğinin erkeklere göre genelde daha az kaliteli olduğu görüşünün kabul edilemeyeceğine; işin daha kaliteli yapılmasının işveren tarafından ödüllendirilebilmekle birlikte kalitenin cinsiyete dayalı şekilde değerlendirilmeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. Case 109/88 *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, ECR [1989] 03199.

amaçla “ölçülü” olup olmadığının da belirlenmesi gerekmektedir.⁴³⁶ Bu kararda Divan, *Jenkins* davasından farklı olarak, işletme tarafından mümkün olduğunca az sayıda kısmi süreli işçi çalıştırma amacına ulaşmak için seçilen araçların gerçek bir ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve bu amacın gerçekleştirilmesi için “ölçülü” ve “gerekli” olup olmadığını incelemiştir.⁴³⁷ İşletmenin gerçek bir ihtiyacını sağlamak için öngörülen araçlar, ihtiyacın yöneldiği amacı gerçekleştirebiliyor ve amacı aşmıyorsa “ölçülü” sayılmaktadır. İşverenin aynı amaca ulaşmak için bu aracın dışında daha az sakıncalı bir araca başvurmasının mümkün olmaması durumunda, söz konusu araçlar “gerekli” olarak değerlendirilmektedir.⁴³⁸ Barnard *Bilka* kararını, Divan tarafından, işletmeler için işyeri emeklilik sigortasını düzenlerken, çalışanlarının ihtiyaçlarını göz önüne alacak şekilde hareket etmeleri yönünde bir önlem alma yükümlülüğü öngörülmemiş olması nedeniyle eleştirmiştir.⁴³⁹ Yazar bir işletmenin mevcut maliyetlerini azaltma amacının, hiç bir şekilde ekonomik temelli ve objektif bir haklı sebep oluşturmayacağını belirtmektedir.⁴⁴⁰

ATAD tarafından incelenen cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığa ilişkin kararların ortak özelliği dolaylı ayrımcılığın uygulamada daha ziyade kısmi süreli çalışanlar aleyhine ortaya çıkması ve kısmi süreli çalışanların da çoğunluğunu kadın işçilerin oluşturmasıdır. Divan, *Jenkins* ve *Bilka* kararlarının yanı sıra, *Rinner Kühn v. FWW*⁴⁴¹, *Gerster v Freistaat Bayern*⁴⁴² ve *Elsner-Lakeberg v Land Nordrhein-Westfalen*⁴⁴³ kararlarında da benzer durumları incelemiştir.

⁴³⁶ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, para. 35; Weatherill and Beaumont, s. 725; Barnard, 1999, s. 239.

⁴³⁷ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, para. 37.

⁴³⁸ Onaran-Yüksel, s. 108.

⁴³⁹ Barnard, 1999, s. 227.

⁴⁴⁰ Barnard, 1999, s. 239.

⁴⁴¹ Case 171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.*, [1989] ECR 2743. Davaya konu somut olayda, hizmet sözleşmeleri uyarınca haftalık çalışma süreleri on saati geçmeyen çalışanlarla, aylık çalışma süreleri kırk beş saati geçmeyen çalışanlar hastalık süresince yapılacak ücret ödemesinin kapsamı dışında tutulmuşlardır. Kısmi süreli çalışanların daha ziyade kadınlardan oluşması nedeniyle ancak düşük sayıda kadın çalışan bu eşiği geçebilmiştir. Bu sebeple Divan, ilgili düzenlemenin cinsiyet dışındaki objektif sebeplerle gerekçelendirilemediği takdirde kadın çalışanlar aleyhine ayrımcılık oluşturacağına hükmetmiştir. Case 171/88, paras. 11-12.

⁴⁴² Case C-1/95, *Hellen Gerster v Freistaat Bayern*, [1997] ECR I-5253; *Case Law Gerster and Kording*, **Columbia Journal of European Law**, Vol.4, 1998. Divan, *Gerster* kararında meslekte ilerlemeye ilişkin olarak tam süreli çalışanlarla kısmi süreli çalışanlara farklı sonuçlar uygulayan

ATAD, *Gruber*⁴⁴⁴ davasında çocuğunun bakımını çocuk bakım yerlerinin yetersizliğine bağlı olarak kendisi üstlendiği için, hizmet sözleşmesini feshetmek zorunda kalan kadın işçinin dolaylı cinsiyet ayrımcılığı iddiasını incelemiştir. Davacı ulusal hukuk uyarınca üç yılı aşan hizmet sözleşmelerine önemli nedenlerle son verilmesi halinde talep edilebilen kıdem tazminatına hak kazanamamıştır. Bunun nedeni ise, çocuk bakımı yükümlülüklerinin kanunda hizmet sözleşmesine son verilebilecek önemli nedenler arasında sayılmamasıdır.⁴⁴⁵ ATAD, çocuk bakımının önemli işlerden sayılıp sayılamayacağı hususunu incelemiştir. İncelemesinin sonunda Divan, analığa ilişkin hususların kanunda belirtilen ve işin devamını imkansız kılan, genellikle işverenin yönetimi ya da işyerindeki çalışma koşullarıyla yakından ilgili olan önemli işlerden sayılmayacağına hükmetmiştir. Bu sebeple Divan davacıya bu ödemenin yapılmamasının dolaylı cinsiyet ayrımcılığı oluşturmadığına hükmetmiştir.⁴⁴⁶

Cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık sadece iş ilişkisinin devamı sırasında değil, sona ermesinde de ortaya çıkabilir. ATAD, *R v Secretary of State for*

ulusal düzenlemenin, davaya konu somut olayda kısmi süreli çalışanların % 87'sini kadın çalışanların oluşturması nedeniyle ayrımcılık yarattığına hükmetmiştir. Case C-1/95, paras.32-34.

⁴⁴³ Case C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v Land Nordrhein-Westfalen*, [2004], ECR I-5861. Bu kararda bir okulda öğretmen olarak çalışmakta olan davacı kısmi süreli kadın işçi, fazla mesaiye hak kazanmak için işyerindeki tam gün işçilerle eşit olarak her ay fazladan üç saat çalışmış olmak koşulunu yerine getirmek zorunda olmasının dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Divan, kararda aylık üç saatlik bir fazladan çalışmanın tam süreli bir işçi için aylık olağan 98 saatlik çalışma saatinin % 3'üne karşılık geldiğini; bununla birlikte aylık olağan çalışma süresi 60 saat olan bir kısmi süreli işçinin çalışma saatinin % 5'ine karşılık geldiğini belirtmiştir. Divan, somut olayda fazla mesai için öngörülen üç saatlik ek çalışmanın kısmi süreli işçiler için olağan çalışma süreleriyle orantılı olarak düşürülmesi gerektiği ve bu sebeple de kısmi süreli işçilerin fazla mesai konusunda tam gün işçilere kıyasla ücrette farklı muamele gördüklerine ve ayrımcılık oluştuğuna hükmetmiştir. Case C-285/02, para. 17.

⁴⁴⁴ Case C-249/97 *Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, [1999] ECR I-5295.

⁴⁴⁵ İlgili ulusal mevzuatta yer alan başka bir hüküm ise en az beş yıl çalışanların hizmet sözleşmelerine çocuk bakımı nedeniyle son vermeleri durumunda kıdem tazminatının yarısına hak kazanacaklarını düzenlemektedir. Davacı, somut olayda kıyaslaması yapılması gereken grubu işten analığa bağlı nedenlerle ayrılanlar ve önemli nedenlere dayanarak ayrılanlar olarak belirlemiştir. İşveren ise kıyaslamasının işten analığa bağlı nedenlerle ayrılanlar ve herhangi bir önemli nedeni olmaksızın ayrılanlar arasında yapılması gerektiğini iddia etmiştir. Somut olayda doğru emsal kişinin belirlenmesi kadın işçiler aleyhine ayrımcılık yapıp yapılmadığının ortaya çıkması açısından son derece önemlidir. Davacının belirlediği grup kişiler arasında kıyaslama yapılırsa, ilk grup ikinci gruba göre yarısı oranında kıdem tazminatına hak kazanacağı için mağdur olmaktadır; davalının belirlediği kişiler arasındaki kıyaslama yarı oranında da olsa tazminata hak kazanan grubun hiç kazanmayan ikinci gruba oranla tam aksine avantajlı dahi bir durumu olduğunu ortaya koymaktadır.

⁴⁴⁶ Case C-249/97 *Gabriele Gruber v Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG*, [1999] ECR I-5295, paras. 29-34.

*Employment, ex parte Seymour-Smith*⁴⁴⁷ kararında aynı işyerinde çalışan ve işten çıkarılan iki kadın çalışanın durumunu incelemiştir. İlgili ulusal mevzuat gereğince işine son verilen işçi tarafından feshin haklı nedenle yapılmadığı iddiasıyla dava açılması, işçinin işyerinde iki yıldır aralıksız çalışması koşuluna bağlanmıştır. Davacı işçiler, bu koşulun erkeğe göre çok daha az sayıda kadın işçi tarafından yerine getirilmesi nedeniyle kadın işçiler aleyhine dolaylı ayrımcılık oluştuğunu iddia etmişlerdir. Divan, ayrımcılığın geçerli, güvenilir ve doğru istatistikler yoluyla ispatlanabileceğini belirtmiştir. Davada sunulan istatistiksel veriye göre haksız fesih hükümlerine başvurulabilmesi için son iki yıl boyunca aynı işyerinde çalışmış olma koşulunu, bu düzenlemenin yapıldığı 1985 yılında, erkeklerin % 77.4’ü, kadınların ise % 68.9’u yerine getirmiştir. Bu düzenlemedeki koşul erkek işçilere yakın bir oranda kadın işçi tarafından yerine getirildiğinden, dolaylı ayrımcılık oluşmamıştır.⁴⁴⁸ Bu sebeple Divan yerel mahkemenin kararını istatistikleri dikkate alarak vermesi gerektiğini belirtmiştir. Divan’a göre istatistiklerin, bu koşulun erkeğe göre çok daha az sayıda kadın işçi tarafından yerine getirildiğini göstermesi ve ilgili düzenlemenin cinsiyet dışında nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilememesi halinde dolaylı ayrımcılık ortaya çıkacaktır.⁴⁴⁹

Doğrudan ve dolaylı cinsiyet ayrımcılığı teoride daha kesin çizgilerle birbirinden ayrılmasına rağmen, aralarındaki fark somut olayda yeterince açık olmayabilir.⁴⁵⁰ ATAD’a Birlik kurumlarındaki çalışanlara uygulanan personel kurallarının tarafsız gibi görünmesine rağmen doğrudan ayrımcılık oluşturduğu iddiasıyla intikal eden iki davada Divan, bu düzenlemenin dolaylı ayrımcılık

⁴⁴⁷ Case C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, [1999], ECR I-00623.

⁴⁴⁸ Case C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, [1999], ECR I-00623, paras. 63-64.

⁴⁴⁹ Case C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, [1999], ECR I-00623, paras. 65.

⁴⁵⁰ John Bowers QC, Elena Moran and Simon Honeyball, “Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply”, **Industrial Law Journal**, Vol.32, No. 3, September 2003, s. 186; Barnard, 1999, s. 238-239. ATAD’ın *Birds Eye Walls* kararı bu duruma örnek olarak verilebilir. Case C-132/92, *Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts*, [1993], ECR I-5579. Bu kararda hastalık sebebiyle yasal emeklilik yaşına erişmeden işine devam edemeyecek durumda olan kadın ve erkek işçilere işveren tarafından tamamlayıcı nitelikte bir emeklilik aylılığı bağlanması ve yasal emekliliğe erkeklerden 5 yıl daha erken 60 yaşında hak kazanan kadın işçilerin tamamlayıcı emeklilik aylıklarının erkeğe göre daha düşük miktarda tutulmasının eşit davranma ilkesine aykırı olup olmadığı incelenmiştir.

oluşturduğuna hükmetmiştir. *Bauduin*⁴⁵¹ ve *Sabbatini*⁴⁵² davalarında, davacı kadın çalışanlar görevlerinden dolayı, uyruğunda bulundukları üye devletin dışında bir üye devlette yerleşmiş olmaları gerekçesiyle almakta oldukları ödeneğin evlenmeleri neticesinde kesilmesinin ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmişlerdir. AB Personel Tüzüğü⁴⁵³ gereğince bu durumun istisnasını evlenen çalışanın evlenme sonrasında aile reisi olması durumu oluşturmakta ve Tüzük'te aile reisliği istisnai durumlar dışında doğrudan erkek çalışanlara tanınmaktadır. Divan, Personel Tüzüğü'nde bu ödeneğin kaybedilmesine yol açan durum bakımından çalışanın kadın ya da erkek olması arasında herhangi bir fark gözetilemeyeceğine ve cinsiyet dışında tarafsız bir ölçüte dayanılması gerektiğine, bunun aksinin keyfiliğe ve ayrımcılığa yol açtığına hükmetmiştir.⁴⁵⁴

Bu iki karar sonrasında, AB Personel Tüzüğü'nde değişikliğe gidilerek, uyruğunda bulunulan devletin dışında bir üye devlette yerleşmiş olma koşuluna bağlı olarak verilen ödenek, ilgili kişinin vatandaşlığı esas alınarak verilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte, ATAD'ın *Airola*⁴⁵⁵ davasında Tüzük ile ilgili farklı bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. ATAD'a intikal eden davada Avrupa Komisyonu'ndaki görevi nedeniyle uyruğunda bulunduğu devletin dışında bir üye devlette ikamet eden ve söz

⁴⁵¹ Case C-32/71 *Monique Chollet, née Bauduin v. Commission of the European Communities*, [1972] ECR 363.

⁴⁵² Case 20/71 *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament*, [1972] ECR 345.

⁴⁵³ AB Personel Tüzüğü, Birlik ile Birlik kurumlarında çalışan kişilerin iş ilişkisini düzenleyen kurallar bütünüdür. Staff Regulations of Officials of the European Communities, Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities, 1.5.2004, Erişim: http://www.ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_en.pdf [12.02.2008]

⁴⁵⁴ Case C-32/71 *Monique Chollet, née Bauduin v. Commission of the European Communities*, [1972] ECR 363, paras. 12-13; Case 20/71 *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament*, [1972] ECR 345, paras.12-13.

⁴⁵⁵ Case 21/74, *Jeanne Airola v Commission of the European Communities* [1975] ECR 221. Belçika vatandaşı Jeanne Airola, görevi nedeniyle İtalya'da ikamet etmekte olup, bir İtalyan vatandaşıyla evlenmiştir. Airola, evlendiği zaman Belçika hukuku uyarınca mümkün olması nedeniyle yetkili makamlara Belçika vatandaşlığını sürdürmeyi istediğini belirtmiştir. Bununla birlikte davacı evlilik sebebiyle İtalyan hukuku uyarınca İtalyan vatandaşlığını da kazanmıştır. Komisyon ise, davaya konu ödeneğin ödenmesi bakımından davacının vatandaşlığına ilişkin olarak evlilik sonrası sürdürmek niyetinde olduğu Belçika vatandaşlığı yerine evliliğe bağlı olarak kazandığı İtalyan vatandaşlığını esas almıştır. Bu sebeple de artık İtalyan vatandaşı olan bir kişinin İtalya'da resmi görevde çalışmakta olmasından dolayı kendisine ödenek ödenmesini oluşturan koşullar ortadan kalktığı için davacının almakta olduğu ödenek kesilmiştir. Komisyon davada, dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmiştir. Çünkü evlilik nedeniyle ikinci bir vatandaşlık kazanmalarından ötürü, bu ödeneği kaybetme durumunda olanlar sadece kadın çalışanlardır. Bu sebeple Divan, Personel Tüzüğü'nde yer alan ilgili düzenlemenin uygulanmasına ilişkin olarak davacı kadın çalışanın İtalyan yerine Belçika vatandaşlığının esas alınmasına engel teşkil eden bir neden bulunmadığına hükmetmiştir.

konusu ödeneğin verilmesinde kendi vatandaşlığı yerine evlilik nedeniyle kazandığı ikinci vatandaşlığının esas alınmasına bağlı olarak hak kaybına uğrayan davacı kadın çalışanın ayrımcılık iddiası incelenmiştir.⁴⁵⁶ Üye devletlerin hiçbirinin ulusal mevzuatında erkek çalışanların evlilik sebebiyle eşlerinin vatandaşlığını kazanmalarını öngören bir ulusal düzenleme bulunmadığı için erkek ve kadın çalışanlar arasında fiili bir ayrımcılık ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple Divan, tarafsız olarak görünen ve vatandaşlığı esas alan bu düzenlemenin kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmiştir.⁴⁵⁷

C. Olumlu Ayrımcılık (Pozitif Ayrımcılık)

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda eşit davranma ilkesinin, erkekler ve kadınlar arasında eşitliğin çalışma yaşamında tam olarak sağlanması için, mesleki faaliyetlerin daha az temsil olunan cinsiyet lehine sürdürülmesi, mesleki kariyerlerindeki kayıpların engellenmesi ya da bunların giderilmesinin kolaylaştırılması amacıyla üye devletler tarafından belirli yararlar sağlayan önlemlerin alınmasını ya da bunların korunmasını engellemeyeceği düzenlenmiştir. (md. 141/4)

2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge'de⁴⁵⁸ ise olumlu ayrımcılık başlığı altında üye devletlerin, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliği ilkesinin tam olarak uygulanabilmesinin sağlanması için ATA md.141 kapsamında birtakım önlemler alabilecekleri ya da bunları sürdürebilecekleri ifade edilmiştir. (md.3) Tobler, olumlu ayrımcılık kavramının AB'nin işgücü piyasasında kadın erkek eşitliğini düzenleyen yönergelerinde yer aldığını, fakat tamamıyla olumlu ayrımcılığı düzenleyen bir yönerge bulunmadığını belirtmiştir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ T.C. Hartley, **The Foundations of European Community Law**, 4th edition, Oxford University Press, NY, 1998, s. 150.

⁴⁵⁷ Prechal and Burrows, s. 14.

⁴⁵⁸ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Yürürlüğe Giriş: OJ L 204/23, 26.7.2006.

⁴⁵⁹ Christa Tobler, "Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive", Paper presented at the European Congress on "Gender Equality and Professional Life - Current

Olumlu ayrımcılık, belirli konularda daha az temsil olunan gruplara yönelik fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için onların lehine ayrımcılık yapılmasına imkan veren politika ve düzenlemelerden oluşmaktadır. Olumlu ayrımcılıkla, lehine olumlu ayrımcılık yapılan grubun geçmişte maruz kaldığı ayrımcı işlemlere bağlı olarak ortaya çıkan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.⁴⁶⁰ Devletin, sosyal bakımdan zayıf olanları desteklemesi ve yeterli derecede güvence sağlanamayan alanlarda herkese yardımda bulunması sorumluluğu vardır.⁴⁶¹ Fırsat eşitliğiyle, kişilerin gerçek eşitliğe ulaşabilmesi için yaşama başlama noktalarının eşitlenmesi ve kişilerin eşit fırsatlara sahip olmaları hedeflenmektedir.⁴⁶² Fırsat eşitliği, uygulamada toplumun her kesimini kapsamak üzere eğitim, staj, çalışma ve aile yaşamını kolaylaştıran olumlu önlemlerin alınmasıyla sağlanmaktadır.⁴⁶³ Devletin müdahalesi kişilerin eşit fırsatlara sahip olduğunu güvence altına alma amacıyla sınırlı olup devlet, lehine olumlu ayrımcılık yapılan kişilerin bu fırsatları yararlı bir şekilde kullanıp kullanmadıklarını denetlemez. Kişiler, kendilerine sağlanan fırsatları kişisel olarak yeterince iyi değerlendirmemeleri durumunda artık devletten bir yardım beklemeyeceklerdir.⁴⁶⁴ Fırsat eşitliği aracılığıyla nihai tahlilde bir eşitliğe ulaşılabilmesi için, kişilerin kendilerine sağlanan olanakları akla uygun şekilde değerlendirmeleri gerekmektedir.⁴⁶⁵

Olumlu ayrımcılık genellikle ırk ya da cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalan gruplar lehine yapılmaktadır.⁴⁶⁶ Hervey, olumlu ayrımcılığı düzenleyen hükümleri kadınlar lehine “özel bir koruma hükmü” olarak nitelendirmektedir. Yazar, kanun koyucunun olumlu ayrımcılık kurumu vasıtasıyla kadın ve erkek cinsiyeti arasındaki farklılıkları dikkate aldığını belirtmektedir.⁴⁶⁷ Kanun koyucu tarafından kadınları toplumsal ve ekonomik yaşamda koruyucu ve onların

Developments in Europe”, organised by the Association Française des Femmes Juristes (A.F.F.J.) & the European Women Lawyers Association (EWLA), Paris 20 and 21 September 2002; s. 3; Erişim: http://www.ewla.org/modules/files/file_group_76/Congresses/Paris%202002/papers/paper_tobler.doc [12.06.2010]

⁴⁶⁰ Yıldız, s. 83.

⁴⁶¹ Gören, 1999, ss. 403-404.

⁴⁶² Fredman, 2002, s.14; Barnard, 1999, s. 226.

⁴⁶³ Fredman, 2002, s.14- 15.

⁴⁶⁴ Israel, Foubert, s.327.

⁴⁶⁵ Tobler, 2005, s. 32.

⁴⁶⁶ Lizzie Barmes and S. Ashtiany, “Promoting Diversity and the Definiton of Direct Discrimination”, **Industrial Law Journal**, Vol.32, No.3, September 2003, s. 201.

⁴⁶⁷ Hervey, 1993, s. 29.

dezavantajlı duruma düşmelerini önleyici nitelikte önlemler alınması, eşitliğe aykırılık oluşturmamakta; aksine eşitliğe ulaşılmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda kadının aleyhine olarak ortaya çıkan olumsuzluklar giderilmektedir.⁴⁶⁸

Olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemler, kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet çerçevesindeki rol dağılımının, kadının işgücü piyasasındaki yeri üzerinde yarattığı olumsuz etkiye bağlı olarak alınmaktadır.⁴⁶⁹ İşgücü piyasasında, mesleki kariyer ve mesleki eğitim başta olmak üzere alınan olumlu önlemler vasıtasıyla kadınların erkeklere göre daha az istihdam edilmesi ya da kariyer olanaklarından daha az yararlanmasına dair sorunların ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.⁴⁷⁰ Divan, *Abrahamsson*⁴⁷¹ kararında, ATA'nın olumlu ayrımcılığı düzenleyen 141.maddesinin dördüncü fıkrasına göndermede bulunarak; daha az temsil olunan cinsin mesleki kariyerlerinin devamı sırasında yaşadıkları mağduriyetleri önlemek ve telafi etmek gerektiğini belirtmiştir.⁴⁷² Foubert'e göre, madde metninde yer alan (ATA md.141/4) "...mesleki kariyerlerindeki kayıpların engellenmesi..." ifadesi, kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet çerçevesindeki geleneksel rollerinden kaynaklanan ve iş yaşamında ortaya çıkan eşitsizliklerin engellenmesi için alınacak önlemlere hukuksal dayanak oluşturabilecektir.⁴⁷³

Olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemler, çalışma yaşamında işe almada ya da işte ilerlemede daha az temsil olunan cinsiyet lehine belirli hedefler ya da kotalar belirlenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu önlemlerin mutlaka ulaşılacak istenen amaca uygun ve amaçla orantılı olması zorunludur. ATAD, olumlu bir önlem aracılığıyla bir cinsiyet lehine '*doğrudan ve koşulsuz olarak*' ayrıcalık tanınması halinde, ayrımcı işlemin haklı şekilde gerekçelendirilemeyeceğini belirtmektedir.

⁴⁶⁸ Onaran-Yüksel, s. 33; Barmes and Ashtiany, s. 201.

⁴⁶⁹ Suzanne Burri and Sacha Prechal, **EU Gender Equality Law**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2008, s. 17.

⁴⁷⁰ Szysczak, 1996 (a), s. 876.

⁴⁷¹ Case C-407/ 98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I-5539. Kararda bir kamu görevi için iş başvurusunda bulunan kişilerin niteliklerinin objektif bir şekilde değerlendirilmesi neticesinde işe aday kimselerin nitelikleri arasında büyük farklılık bulunmaması halinde seçimin işgücü piyasasında dezavantajlı konumda bulunanlar arasından yapılmasının eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı incelenmiştir.

⁴⁷² Case C-407/ 98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I-5539, para. 48.

⁴⁷³ Foubert, s. 95.

Divan, işe alınma ya da işte ilerlemede bu hedeflerin ya da kotaların ancak bireylerin belirli kişisel özelliklerinin somut olay temelinde objektif bir şekilde değerlendirmeye alınmış olması şartıyla kabul edileceğini ifade etmektedir.⁴⁷⁴

Divan, *Kalanke*⁴⁷⁵ kararında olumlu ayrımcılık kurumu çerçevesinde alınan önlemlerin erkekler aleyhine ayrımcılık oluşturacak şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir. Davaya konu somut olayda, işte ilerlemeye aday, eşit niteliklere sahip bir kadın ve erkek işçi bulunması durumunda işyerinin ilgili biriminde kadın cinsiyetinin daha az temsil olunmuş olması koşuluyla, kadın adaya doğrudan öncelik verilmesini öngören ulusal düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu iddiası incelenmiştir. Divan, incelemesinde ilgili ulusal düzenlemede yer alan ‘doğrudan’ ibaresinin kadın adayın terfi ettirilmesinde ona kesin ve koşulsuz bir garanti sağlanması anlamına geldiğini belirtmiştir.⁴⁷⁶ Divan’a göre, kadın işçiye garanti sağlayan ulusal düzenlemeler, hem 76/207 sayılı Yönerge’nin ikinci maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen olumlu ayrımcılık hükmünün, hem de fırsat eşitliği sağlanmasının amacını aşmaktadır.⁴⁷⁷ *Kalanke* davasında Divan, kadın işçiler lehine olumlu ayrımcılık içeren bir düzenleme yapılmasını değil, bu yönde bir düzenlemenin kadın adaya erkek ile aynı sonuca ulaşabilmesinin önündeki engelleri kaldırmak yerine, ona ‘sadece kadın olması nedeniyle’ sonucu doğrudan garanti etmekte olmasını kabul etmemiştir.⁴⁷⁸ Bu sebeple Divan, somut olaydaki ulusal düzenlemenin 76/207 sayılı Yönerge’nin ikinci maddesinin birinci fıkrasında yer alan eşitlik ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Burri and Prechal, 2008, s. 17.

⁴⁷⁵ Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, ECR [1995] I-03051; Case Law Kalanke, **Columbia Journal of European Law**, Vol.2, 1996.

⁴⁷⁶ Dagmar Schiek, “Positive Action before the European Court of Justice-New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck”, **The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Vol. 16/3, Autumn 2000, s. 264.

⁴⁷⁷ Barnard, 1999, s. 228; Manfred Zuleeg, “Gender Equality and Affirmative Action under the Law of the European Union”, **Columbia Journal of European Law**, Vol.5, 1999, s. 320.

Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, ECR [1995] I-03051, para.22; Kendall Thomas, “The Political Economy of Recognition : Affirmative Action Discourse and Constitutional Equality in Germany and the USA”, **Columbia Journal of European Law**, Vol 5, Spring 1999, s. 14.

⁴⁷⁸ Barnard, 1999, s. 229.

⁴⁷⁹ Dagmar Schiek, “Sex Equality Law after Kalanke and Marschall”, **European Law Journal**, Vol.4, No.2, June 1998, s. 152.

Kalanke davasına benzer nitelikteki *Marschall*⁴⁸⁰ davasında, Divan ayrımcılık içerdiği iddia edilen ulusal düzenlemenin *Kalanke*’dekinden farklı olarak ‘koruma hükmü’ öngörmüş olması nedeniyle ayrımcılık oluşturmadığına hükmetmiştir. Davaya konu olayda işyerinin ilgili biriminde daha az temsil olunan kadın işçiler için düzenlenen olumlu ayrımcılık hükmüne bir istisna getirilmiştir. Bu istisna gereğince aynı niteliklere sahip bir kadın ve erkek adayın iş başvurusunda, erkek adayın seçilmesini gerektirecek birtakım şahsi sebeplerin varlığı halinde, kadın adaya öncelik tanınmamaktadır. Divan, bu ‘koruma hükmünün’ varlığından hareket ederek, iki benzer içerikli kararı birbirinden ayırmış ve somut olaydaki ulusal düzenlemeyi 76/207 sayılı Yönerge’nin ikinci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı bulmamıştır.⁴⁸¹

Hervey, AB’nin olumlu ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerinin, kadınların durumunu iyileştirme konusunda yeterli olmadığını belirtmektedir. Yazar, olumlu ayrımcılık kurumunun ayrımcılık yasağının bir istisnası olarak düzenlenmek yerine, maddi eşitliğin sağlanması amacına yönelik haklı sebeple gerekçelendirilen ve amacıyla sınırlı bir farklı işlem olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir.⁴⁸² Bunun yanı sıra Hervey, olumlu ayrımcılığa ilişkin önlem alınması ya da mevcut önlemlerin korunması hususunun üye devletlerin takdir yetkisine bırakılmış olmasına da karşıdır. Yazar, ATA md.141/4 kapsamında üye devletler için ulusal hukuklarında ya da sosyal politikalarında olumlu ayrımcılığa ilişkin önlem almaları konusunda bir yükümlülüğün öngörülmemiş olmasını eleştirmektedir.⁴⁸³

Wentholt ise, işverenin işyeri kuralları ve uygulamaları çerçevesinde olumlu ayrımcılığa yer vermemesi halinde, eşitlik ilkesini ihlal etmiş olmayacağını; oysa ki işyeri kuralları ve uygulamalarında olumlu ayrımcılığa yer veren bir işverenin, kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmaması halinde, eşitlik ilkesini ihlal etmiş olacağını belirtmektedir.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Case C-409/95, *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363; *Case Law Marschall*, **Columbia Journal of European Law**, Vol. 4, 1998.

⁴⁸¹ Barnard, 1999, s. 228-229; Zuleeg, s. 321.

⁴⁸² Hervey, 2005, s. 316- 317.

⁴⁸³ Hervey, 2005, s. 317.

⁴⁸⁴ Klaartje Wentholt, “Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality”, içinde **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, der.

D. Cinsel Tercih (Cinsel Yönelim)

1. Genel Olarak

Cinsel tercihe dayalı ayrımcılıkla mücadele, hem AB'ye üye devletler, hem de Birlik kurumları düzeyinde 1980'lerden sonra aşamalı olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁸⁵ Cinsel tercihe dayalı ayrımcılık yasağı, AB Hukuku'nda ilk kez din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercih sebeplerine dayalı olarak ayrımcılık yapılmasının yasaklandığı 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge'de⁴⁸⁶ yer almış, fakat cinsel tercih kavramı tanımlanmamıştır.

Bir kişinin cinsel tercihi nedeniyle ona farklı işlemde bulunulması, cinsel tercihe dayalı ayrımcılığa yol açmaktadır. Bu işlem, kişinin cinsel yöneliminden ya da bu yönde bir davranışından kaynaklanmış olabilir.⁴⁸⁷ Bir kişinin cinsel tercihi, o kişiye farklı davranılmasını gerektirmeyen bir kişisel özelliktir. Bu sebeple de hiç kimse, cinsel tercihe dayalı ayrımcılığa maruz kalmamalıdır.⁴⁸⁸

Cinsel tercihe dayalı ayrımcılık, yalnızca bir işyerindeki işçinin hemcinsi olan diğer işçilerle kıyaslandığında farklı işlem gördüğü durumları kapsamamaktadır. İşyerinde eşcinsel bir işçiye, eşcinsel olmayan iş arkadaşlarıyla eşit davranılması, her koşulda maddi eşitliğin sağlandığı anlamını taşımamaktadır. İşçi tarafından işyerinde ailevi nedenlerle alınan izin, eşin ancak karşı cinsten olması halinde tanınıp, aynı cinsten olması halinde tanınmaması buna örnek olarak gösterilebilir. İşçilerin karşı cinsten olan eşlerine sağlanan emeklilik ödeneği, sağlık sigortası, seyahat ödenekleri vb. haklar da, birlikte yaşanan eşcinsel kişilere tanınmamaktadır. Cinsel tercihe

Titia Loenen end Peter R. Rodrigues, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 56.

⁴⁸⁵ Waaldijk, s. 27.

⁴⁸⁶ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation. Yürürlüğe giriş: OJ L 303, 2.12.2000.

⁴⁸⁷ Nicholas Bamforth, "Sexual Orientation Discrimination after Grant v South-West Trains", **The Modern Law Review**, Blackwell Publishers, Oxford and USA, 2000, s. 696.

⁴⁸⁸ Virginia Harrison, "Using EC Law to Challenge Sexual Orientation Discrimination at Work", içinde **Sex Equality Law in the European Union**, der. Tamara Hervey-David O'Keeffe, John Wiley & Sons Ltd, England, 1996, s. 268.

dayalı ayrımcılığın önüne geçilmesi kolay değildir. İşveren açısından düşünüldüğünde, müşteri çevresinin bu konuya ilişkin ön yargıları, onların iş yapmaktan vazgeçmesine ve buna bağlı bir kayba yol açmaktadır. Bu sebeple işverenler, genellikle iş maliyetinin artmasına ilişkin ekonomik kaygılarına bağlı olarak, işçilerinin eşcinsel birlikteliklerini toplumda serbest bir şekilde yaşaması fikrine olumlu yaklaşmamaktadırlar.⁴⁸⁹

Cinsel tercihe dayalı ayrımcılık, 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge’de yasaklanmadan önce, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümlerin cinsel tercihe dayalı ayrımcılığı kapsayıp kapsamadığı konusu hem doktrinde, hem de Divan kararlarında tartışmalı olmuştur. 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge’nin⁴⁹⁰ ve 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge’nin⁴⁹¹ cinsiyet ayrımcılığına ilişkin hükümleri arasında cinsel tercihe ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple ATAD’ın cinsel tercihe ilişkin kararlarındaki yorumu daha da önem kazanmıştır.

2. ATAD Kararlarında Cinsel Tercih

ATAD, serbest dolaşım ve yerleşim hakkına ilişkin olarak incelediği *Reed*⁴⁹² davasında 1612/68 sayılı Konsey Tüzüğü’nün⁴⁹³ 10.maddesinde yer alan eş kavramına açıklık getirmiş ve eş kavramının ancak evlilik ilişkisini kapsadığını

⁴⁸⁹ Harrison, s. 268.

⁴⁹⁰ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 45, 19.2.1975, p. 19–20.

⁴⁹¹ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 039, 14/02/1976.

⁴⁹² Case 59/85 *State of the Netherlands v Ann Florence Reed* [1986] ECR 1283. Somut olayda davacı, kendisi gibi İngiliz vatandaşı olan karşı cinsten uzun süredir birliktelik yaşadığı kişinin Hollanda’dan iş teklifi almış olması sebebiyle, Hollanda’da yerleşmek istemiştir. Ancak iş bulamayan davacıya Hollanda yetkili makamları tarafından oturma izni verilmemiştir.

⁴⁹³ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on Freedom of Movement for Workers within the Community, OJ L 257, 19.10.1968.

belirtmiştir.⁴⁹⁴ Bu sebeple Divan, evlilik dışı uzun süreli birliktelik yaşanan kimsenin hukukten eş sayılmayacağına hükmetmiştir.⁴⁹⁵ Divan, *Reed* kararında eş kavramını sınırlı yorumlamış; *SPUC v. Grogan*⁴⁹⁶ kararında ise aile kavramının içeriğini tespite yanaşmamıştır. Harrison, Divan'ın bu tutumunu aile kavramının geniş yorumlanması halinde, eşcinsel çalışanların da, fiili birliktelik yaşadıkları kişiler için diğer çalışanların karşı cinsten olan eşlerine sağlanan sosyal güvenlik haklarını talep eder hale gelecekleri ve bunun da sosyal güvenlik harcamalarını arttıracak endişesine bağlamaktadır.⁴⁹⁷

Divan, 2000/78 sayılı Yönerge öncesinde cinsel tercihe ilişkin olarak incelediği iki davada farklı tutum sergilemiştir. Bunlardan ilki hormon kullanma ve ameliyat olma yoluyla cinsiyetini değiştiren işçinin hizmet sözleşmesinin feshi konusundaki *P v S and Cornwall County Council*⁴⁹⁸ davasıdır. ATAD, 76/207 sayılı Yönerge kapsamındaki korumanın somut olaydaki gibi bir kimsenin cinsiyetini değiştirmesi ve cinsiyetin yeniden tayin edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan ayrımcılığı da kapsayacağına hükmetmiştir.⁴⁹⁹ Divan bu kararda, işverenini durumundan haberdar eden işçinin işine son verilmesinin 76/207 sayılı Yönerge'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵⁰⁰ Divan bu kararla işyerinde transseksüel bir çalışan aleyhine yapılan ayrımcılığın doğrudan cinsiyet ayrımcılığı kapsamına girdiğine hükmederek oldukça ileri bir tutum ortaya koymuştur. *P v S and Cornwall County Council* kararının en önemli sonucu, bir kimsenin cinsiyetinin değiştirilmesine bağlı

⁴⁹⁴ Case 59/85 *State of the Netherlands v Ann Florence Reed* [1986] ECR 1283, para.15.

⁴⁹⁵ Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, NY, 2002, s. 98.

⁴⁹⁶ Case C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and others*, [1991] ECR I-04685.

⁴⁹⁷ Harrison, s. 278-279.

⁴⁹⁸ Case C-13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2143.

⁴⁹⁹ Case C-13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2143, para. 20; Barnard, 1999, s. 232-233; Matteo Bonini-Baraldi, "Combating Sexual Orientation Discrimination in Employment: Legislation in Fifteen Member States", Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the Implementation up to April 2004 of Directive 2000/78 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 2004, s.12. Erişim: <http://www.poradna-prava.cz/diskriminace/sexorintro.pdf>[08.02.2008]; John McInnes, "Case C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd., Judgement of the Full Court of 17 February 1998, [1998] ECR I-636, *Common Market Law Review*, 1999, s. 1044.

⁵⁰⁰ Robert Wintemute, "Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes", *The Modern Law Review*, 1997, (60:3, May), s. 339.

olarak yapılan ayrımcılığın, AB Hukuku'nda cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmesidir.

ATAD, *Grant v. South West Trains*⁵⁰¹ kararında, *P v S and Cornwall County Council* kararındakinden tamamen farklı bir tutum izleyerek, AB Hukuku'nda cinsiyete dayalı ayrımcılığın cinsel tercihe dayalı ayrımcılığı kapsamadığına hükmetmiştir.⁵⁰² Davanın konusu, eşcinsel bir kadın işçinin, birliktelik yaşadığı eşcinsel kişinin işletmeye ait ulaşım aracında işvereni tarafından diğer çalışanların eşlerine ya da karşı cinsten en az iki yıldır evlilik dışı birliktelik yaşadıkları kişilere tanınan indirimli seyahat etme ayrıcalığından yararlanılmamasının doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu iddiasına dayanmaktadır.⁵⁰³ Divan, indirimli seyahat ayrıcalığından yararlanacak olan kimsenin karşı cinsten olması koşulunun, hem kadın hem erkek eşcinsel işçiler bakımından eşit şekilde uygulandığını belirterek, ayrımcılığın oluşmadığına hükmetmiştir.⁵⁰⁴ Divan kararda, AB Hukuku'nda karşı cinsle evlilik ilişkisi ya da uzun süreli birliktelikler ile uzun süreli eşcinsel birlikteliklerin eşdeğer kabul edilmediğine hükmetmiştir.⁵⁰⁵ Divan, *Grant* kararıyla AB Hukuku'nun cinsiyet ayrımcılığına ilişkin mevcut hükümlerinin cinsel tercihi kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağını da belirtmiştir.⁵⁰⁶ *Grant* kararı, Birlik Hukuk düzeninde cinsiyete dayalı ayrımcılık ve cinsel tercihe dayalı ayrımcılık kavramlarının farklı olduğunun tespit edilmiş olması bakımından önemlidir. Bunun yanı sıra, *Grant* kararı cinsel tercihe dayalı ayrımcılığı yasaklayacak bir hukuksal düzenleme yapılması ihtiyacını ortaya çıkarmış olması

⁵⁰¹ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621.

⁵⁰² Bell, 2002, s. 88.

⁵⁰³ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621, paras.16-17. Davacı, işverenin bu hakkı eşcinsel birliktelik yaşanan kişiye tanımamasının, ATA md. 141'de yer alan kadın ve erkek işçiler için eşit ve eş değerde iş için eşit ücret ilkesini ihlal ettiğini belirtmiş; işyerindeki emsal erkek meslektaşının bu ayrıcalığı karşı cinsten eşi için aldığını, fakat kendilerinin sadece ayrıcalığı talep eden kişinin cinsiyeti nedeniyle doğrudan cinsiyet ayrımcılığına uğradıkları iddiasında bulunmuştur.

⁵⁰⁴ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621, paras. 26-28; R. Amy Elman, "The Limits of Citizenship: Migration, Sex Discrimination and Same-Sex Partners in EU Law", **Journal of Common Market Studies**, Vol.38, No.5, December 2000, s. 737.

⁵⁰⁵ Case C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, ECR 1998, I-00621, para.35.

⁵⁰⁶ Michael Connolly, "Discrimination on Grounds of Sexual Orientation Outside the Workplace-Is It Actionable?", **Web Journal of Current Legal Issues**, [2005] 2 Web JCLI, s. 2; Barnard, 1999, s. 233.

nedeniyle, İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78 sayılı Yönerge'nin kabulünde etkili olmuştur.⁵⁰⁷

Bazı üye devletler, uzun süreli eşcinsel birlikteliklerin sayısının artmasına bağlı olarak bu birliktelikleri resmi olarak tescil edip, evlilik hükmünde sayarak, bunlara hukuksal sonuç bağlamışlardır.⁵⁰⁸ 'Tescilli yaşam birlikteliği' olarak anılan eşcinsel birlikteliklere ilişkin ilk hukuksal düzenlemeyi yapan Danimarka'yı, İsveç ve Finlandiya izlemiştir.⁵⁰⁹ Hollanda'da 2001 yılında eşcinsel kişilerin resmi olarak evlenmelerine olanak sağlayan bir kanun yürürlüğe girmiştir.⁵¹⁰ Avrupa Vatandaşlarının ve Aile Üyelerinin AB Dahilinde Serbest Dolaşım ve Yerleşme Hakkına ilişkin 2004/38 sayılı Yönerge'de⁵¹¹ Avrupa vatandaşının aile üyeleri arasında eşin yanı sıra, üye devletlerden birinin hukukuna uygun şekilde tesis edilen tescilli yaşam birlikteliklerinin de, yerleşilen üye devletin ulusal hukukunun bunları evlilik hükmünde sayması halinde yer alacağı düzenlenmiştir.⁵¹²

Üye devletlerin ulusal hukuklarındaki bu gelişmelere ve İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78 sayılı Yönerge'nin kabulüne rağmen, Divan'ın eşcinsel birlikteliklere ilişkin tutumunu koruduğu görülmektedir. Divan, *D. & Sweden v. Council*⁵¹³ davasında, AB kurumlarından birinde çalışmakta olan ve İsveç Hukuku'na göre tescil edilen bir eşcinsel yaşam birlikteliği olan İsveçli çalışanın, kendisiyle eşit işte çalışan ve karşı cinsten biriyle evli olan meslektaşlarının aldığı aile ödeneğinden yararlandırılmamasının cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu yönündeki iddiasını reddetmiştir.⁵¹⁴ AB Personel

⁵⁰⁷ Bell, 2002, s. 110.

⁵⁰⁸ Bell, 2002, s. 99.

⁵⁰⁹ Helen Toner, **Partnership Rights, Free Movement and EU Law**, Hart Publishing, 2004, s. 22.

⁵¹⁰ Toner, s. 15-16.

⁵¹¹ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council on the Right of Citizens of the Union and Their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States, Yürürlüğe giriş: OJ L 158, 30.04.2004.

⁵¹² Gözde Kaya, **The Free Movement of Persons in the Context of European Citizenship and the Last Enlargement**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Utrecht Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Programı, Hollanda, Temmuz 2006, s. 27.

⁵¹³ Joined cases C-122/99 P and C-125/99 P, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union* [2001] ECR I-4319; "Case Law Sweden v. Council , Joined cases C-122/99 P and C-125/99 P, D. and Sweden v. Council", 31 May 2001, **Columbia Journal of European Law**, Winter 2002, Vol.8, s.92.

⁵¹⁴ Toner, s. 23.

Tüzüğü⁵¹⁵ gereğince aile ödeneği sadece evli çiftlere tanınmaktadır. Kararda AB dahilinde 1989 yılından itibaren bazı üye devletler tarafından aynı cinsten olan yaşam birlikteliklerinin resmi olarak tanınarak bunlara ilişkin hukuksal düzenlemeler yapıldığı belirtilmiştir. Divan *Reed* kararındaki tespitini yinelemiş ve evlilik kurumunun sadece karşı cinsle olan birliktelikten oluştuğunu belirtmiştir. Divan, üye devletlerdeki tescilli yaşam birlikteliklerinin, gerek birlikteliğin tarafları gerek üçüncü kişiler bakımından evlilikle eşdeğer hukuksal sonuç doğurmalarına rağmen, evlilik kurumundan farklı olduklarına hükmetmiştir. Bu sebeple Divan, AB Personel Tüzüğü'nün evlilikten farklı olan hukuksal birlikteliklerin evlilik kurumuyla aynı hukuki sonuçları doğuracağı şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir.⁵¹⁶

ATAD'ın 2008 tarihli *Maruko*⁵¹⁷ kararı, Divan'ın eşcinsel birlikteliklere ilişkin tutumunun kademeli olarak değişmeye başladığına işaret etmesi bakımından önem taşımaktadır. Davaya konu olayda, davacının tescilli yaşam birlikteliği olan kişinin ölümünden sonra Alman Tiyatrolar Emeklilik Kurumuna (Vddb) dul aylığı almak için yaptığı başvurunun reddi incelenmiştir.⁵¹⁸ Davacının dul aylığına ilişkin talebi Emeklilik Kurumu tarafından bu aylığın ancak evli çiftlerden sağ kalan eşe verildiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Davacı ise ilgili kurumun bu düzenlemesinin Almanya'da 2005 yılında yürürlüğe giren ve yaşam birlikteliğinin evlilik birliğiyle aynı hukuksal sonuçlara sahip olduğunu düzenleyen yeni Yasa'ya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Divan, yerel mahkemenin evlilik birliğinde sağ kalan eş ile tescilli yaşam birlikteliğinde sağ kalan kişinin bu ödeneğin tahsisi bakımından kıyaslanabilir bir durumda bulunmalarına karar vermesi halinde,⁵¹⁹ somut olayda ilgili Emeklilik Kurumu tarafından yapılan düzenlemenin 2000/78 sayılı Tüzük temelinde cinsel

⁵¹⁵ AB Personel Tüzüğü, Birlik ile Birlik kurumlarında çalışan kişilerin iş ilişkisini düzenleyen kurallar bütünüdür. Staff Regulations of Officials of the European Communities, Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities, 1.5.2004, Erişim: http://www.ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_en.pdf [12.02.2008]

⁵¹⁶ Joined cases C-122/99 P and C-125/99 P, *D and Kingdom of Sweden v Council of the European Union* [2001] ECR I-4319; paras. 34-39; Bell, 2002, s. 102.

⁵¹⁷ Case C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECR 2008.

⁵¹⁸ Davacının 13 yıl boyunca tescilli yaşam birlikteliği paylaştığı kişi, kostüm tasarımcısı olarak çalışmış ve Vddb kurumuna diğer meslektaşlarıyla birlikte 45 yıl boyunca gönüllülük esasına dayalı olarak prim ödemiştir.

⁵¹⁹ Tescilli yaşam birlikteliği paylaşan kişilerle evli kişilerin kıyaslanabilir bir benzer durumda bulunup bulunmadıklarının tespiti ulusal hukuku ilgilendirdiği için, bu tespiti yerel mahkeme yapacaktır.

tercihe dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturacağına hükmetmiştir.⁵²⁰ Divan, *Maruko* kararıyla ilk kez örtülü şekilde de olsa, tescilli yaşam birlikteliği olan eşcinsel kişilerin lehine bir karar vermiştir.⁵²¹

⁵²⁰ Case C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECR 2008, para.72.

⁵²¹ Andrea Eriksson, “European Court of Justice: Broadening the Scope of European NonDiscrimination Law”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol.7, No.4, October 2009, s. 745.

BEŞİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İŞ HUKUKU MEVZUATINDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI

I. BİRİNCİL HUKUK MEVZUATINDA

Avrupa Birliği Birincil Hukuku, Avrupa Toplulukları'nı ve Avrupa Birliği'ni kuran Antlaşmalar, ekler, protokoller, teati edilen mektuplar ve bunları değiştiren ya da bunlara ekleme yapan Antlaşmalardan oluşur. Bunlar kurucu antlaşmalar⁵²² olarak da ifade edilir. Kurucu Antlaşmalar'ın, yürürlüğe girebilmesi için AB'ye üye tüm devletler tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Kurucu Antlaşmalar, üye devletlerin onay mekanizmasından geçtiği için, AB hukuk düzeninin Anayasası olarak değerlendirilebilir. Avrupa Birliği Birincil Hukuku, Birlik hukuk düzeninin sui generis yapısı çerçevesinde uluslararası⁵²³ bir niteliğe sahip olmasıyla, klasik uluslararası antlaşmalardan ayrılmaktadır. AB'ye üye devletler ve AB kurum ve kuruluşları, AB Birincil Hukuku ile bağlıdırlar. Birincil Hukuk, sadece Avrupa vatandaşlarına değil, üye devletlerde yerleşenlere de doğrudan uygulanmaktadır.⁵²⁴

A. Kurucu Antlaşmalar'da Cinsiyet Ayrımcılığı

1. Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda

Avrupa Topluluğu Antlaşması, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) kurucu antlaşması olan Roma Antlaşması'nda çeşitli tarihlerde diğer kurucu antlaşmalarla yapılan değişiklikler ve eklenen düzenlemelerle oluşan birleştirilmiş

⁵²² AB Birincil Hukuku; Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması (Paris Antlaşması -1951); Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma (Roma Antlaşması-1957); Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması (Euratom-1957); Avrupa Topluluğu İçin Müşterek Organlar Hakkında Antlaşma (1957); Avrupa Toplulukları İçin Müşterek Konsey ve Komisyon Kurulmasına İlişkin Antlaşma (Birleşme Antlaşması-1965); Avrupa Tek Senedi (1981); Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması-1992) ve Sosyal Şart; Amsterdam Antlaşması (1997); Nice Antlaşması (2000); Lizbon Antlaşması (2007) şeklinde sıralanabilir.

⁵²³ AB Hukuku uluslararası bir hukuk düzenidir. AB Hukuku'nun uluslararası karakteri, Birliğe üye devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını kendilerinin oluşturduğu uluslararası kurumlara devretmeleri ve buna karşılık bu kurumların yönetimine katılmayı kabul etmeleri esasına dayanır. Tekinalp, ss. 66-67.

⁵²⁴ Tekinalp, s.68.

bir belgeyi ifade eder. 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nı, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) olarak değiştirmiştir.

a. Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda, kadın erkek eşitliğini sağlamak, Amsterdam Antlaşması ile getirilen bir değişiklik, Birliğin temel amaçlarından biri olarak düzenlenmiştir.(md.2)⁵²⁵ Schiek, bu hükümle kanun koyucunun ayrımcılık yasakları arasında bir tür hiyerarşinin varlığına işaret ettiğini ve cinsiyeti bu hiyerarşik sıralamada en üste koyduğunu belirtmektedir. Yazara göre Avrupa Birliği, cinsiyete dayalı ayrımcılığa diğer ayrımcılık biçimlerinden daha fazla önem vermektedir.⁵²⁶

Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda, kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere düzenlenen hükümlerden bir diğerini cinsiyette anayol yaklaşımı oluşturmaktadır.⁵²⁷ ATA'da Amsterdam Antlaşması ile düzenlenen cinsiyette anayol yaklaşımı, AB'nin tüm faaliyetlerinde (maddede belirtilen) eşitsizlikleri ortadan kaldırması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını desteklemesini ifade etmektedir.(md.3/2)⁵²⁸ Bu düzenleme, AB'nin eşitliğin sağlanması konusundaki yükümlülüğünü öngörmektedir.⁵²⁹

AB Hukuku'nda genel ayrımcılık yasağı, Amsterdam Antlaşması ile düzenlenmiştir. AB'nin cinsiyet ayrımcılığına ilişkin olarak, önceleri sadece Topluluğun istihdam ve sosyal politika alanına giren konularla sınırlı olan yetkisi

⁵²⁵ ATA md.2, Lizbon Antlaşması ile yürürlükten kaldırılmıştır. Madde metninin içeriği, ABA md. 3 ile yeniden düzenlenmiştir. ABA'nın Lizbon Antlaşması ile değiştirilen 3. maddesinde Birliğin, sosyal dışlama ve ayrımcılıkla mücadele edeceği ve sosyal adaleti ve korumayı, kadın ve erkeklerin eşit tutulmasını, nesiller arası dayanışmayı ve çocuk haklarının korunmasını teşvik edeceği hükme bağlanmıştır.

⁵²⁶ Dagmar Schiek, "A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?", **European Law Journal**, Vol.8, No.2, June 2002, s. 300.

⁵²⁷ Catherine Barnard, "The United Kingdom, the 'Social Chapter' and the Amsterdam Treaty", **Industrial Law Journal**, Vol.26, Sept.1997, s. 276.

⁵²⁸ ATA md. 3/2, ABİDA md. 8'e karşılık gelmektedir.

⁵²⁹ Tobler, 2005, s. 34; Emanuela Lombardo, "Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process", **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, Fall 2005, s. 416.

(eski md.119 çerçevesinde), genel ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeyle istihdam dışındaki alanları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁵³⁰ Bu düzenlemeyle, ayrımcılık yasağının kapsamı cinsiyetin yanı sıra, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, özürlülük, yaş ve cinsel tercihi kapsar hale gelmiştir.(md.13)⁵³¹ Bir başka deyişle, AB Hukuku'nda yeni ayrımcılık sebepleri öngörülmüştür.⁵³² AB, genel ayırım yasağı çerçevesinde, ilk kez istihdam dışındaki alanlarda ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin gerekli önlemleri alma yetkisine sahip olmuştur.⁵³³

Bakanlar Konseyi'nin yukarıda belirtilen ayırım sebepleriyle mücadelede alacağı önlemlere ilişkin karar yeter sayısı için nitelikli oy çokluğu yerine oybirliği şartı aranmaktadır.(13/1) Buna bağlı olarak, Bakanlar Konseyi'nin ayırım sebeplerine ilişkin karar alması ve bu hükmün uygulanabilirliği zorlaşmıştır.⁵³⁴ Avrupa Parlamentosu'nun karar alma sürecine katılımı için de ortak karar alma usulü yerine, danışma usulü öngörülmüştür.⁵³⁵ Rossilli, bu sebeple, karar yeter sayısına ilişkin düzenlemeyi, geri bir adım olarak nitelendirmektedir.⁵³⁶

Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya getirilen değişiklikler, AB Hukuku'nda, kadın erkek eşitliğini eşit işe eşit ücret ilkesiyle sınırlayan anlayışın ötesine geçildiğini ve daha geniş kapsamda algılanmaya başlandığını ifade etmektedir.⁵³⁷

b. Kadın Erkek İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi ve Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yasağı

Avrupa Birliği'nin kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelerinin hukuksal dayanağını, işgücü piyasasında kadın ve erkek için eşit işe eşit ücret öngören ATA'nın 141. maddesi⁵³⁸ oluşturmaktadır. Bu hükümle yapılan düzenlemeyle üye

⁵³⁰ Bell, 2004, s. 242.

⁵³¹ ATA md. 13, ABİDA md. 19'e karşılık gelmektedir.

⁵³² Rossilli, 1999, s. 172.

⁵³³ Annick Masselot, "The State of Gender Equality Law in the European Union", **European Law Journal**, Vol.13, No.2, March 2007, ss. 152-153.

⁵³⁴ Ellis, 1998, s. 381.

⁵³⁵ Ellina, s. 54.

⁵³⁶ Rossili, 1999, s. 172.

⁵³⁷ Masselot, s. 154; Pollack and Hafner-Burton, s. 437; Rossilli, 1999, s. 172.

⁵³⁸ ATA md.141, ABİDA md. 157'ye karşılık gelmektedir.

devletlerde çalışma yaşamında eşitlik hükümlerinin uygulanmasına ve çalışanların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmaları halinde yargı yoluna başvurmalarına imkan tanınmıştır.⁵³⁹

Bununla birlikte kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak yapılan ilk AB ikincil hukuk düzenlemelerinin hukuksal dayanağını, 1975 ile 1992 yıllarını kapsayan dönemde Topluluğun Ortak Pazar hedefine yönelik düzenlemeleri içeren ATA md.94⁵⁴⁰ ya da md.308⁵⁴¹ oluşturmuştur.⁵⁴² Her iki maddeye birlikte dayanılarak yapılan hukuksal düzenlemeler de mevcuttur.⁵⁴³

(1) Ücretlendirmede Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık

ATA'nın 141.maddesinde her üye devletin, aynı ya da benzer işlerde çalışan kadın ve erkekler için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlayacağı hüküm altına alınmıştır. (md.141/1) Bakanlar Konseyi'ne eşit ve eşdeğerde işe eşit ücret ilkesi dahil olmak üzere, kadın erkek için işe ve mesleğe ilişkin konularda fırsat eşitliğinin ve eşit davranma ilkesinin uygulanması amacıyla ortak karar usulü uyarınca önlem alma yetkisi tanınmıştır. (md.141/3) Bu düzenleme, AP'nun fırsat eşitliği ve eşit

⁵³⁹ Lombardo and Meier, s. 103.

⁵⁴⁰ ATA'nın 94.maddesi (eski md.100), Avrupa Konseyi tarafından Üye Devletler'in İç Pazar'ın kurulmasını ya da işleyişini doğrudan etkileyen kanun, tüzük ya da idari nitelikteki düzenlemelerini uyumlulaştırmaya yönelik olarak Avrupa Komisyonu'ndan gelen teklif üzerine Avrupa Parlamentosu ile Ekonomik ve Sosyal Komite'ye danıştıktan sonra oybirliğiyle alacağı kararla Yönerge kabul edilmesine ilişkindir. ATA md. 94, ABİDA md. 115'e karşılık gelmektedir.

⁵⁴¹ ATA'nın 308. maddesi (eski md.235), İç Pazar'ın işleyişi sırasında Topluluğun amaçlarından birinin faaliyete geçirilmesine ilişkin ATA'nın gerekli yetkileri öngörmediği durumlarda, Avrupa Konseyi'nin Avrupa Komisyonu'ndan gelen teklif üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle gereken önlemleri almasına ilişkindir. ATA md. 308, ABİDA md. 352'ye karşılık gelmektedir.

⁵⁴² ATA md.308, daha ziyade Topluluğun ileriye dönük olarak ortaya çıkacak gereksinimlerini karşılamak amacıyla, kurucu Antlaşma'da Topluluğun yetkilendirilmediği her durumu kapsar şekilde uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ellina, s. 32; Tobler, 2005, s. 37; Foubert, s. 95.

⁵⁴³ 86/378 sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge, bu duruma örnek olarak verilebilir. Bkz. Barnard, s. 301. Bu dönemde Topluluk, sosyal hukuk alanındaki yetkisini arttırmak istediğinde, bu alanda önlem alma gerekçesini ekonomik temelli ihtiyaçlara dayandırmıştır. Topluluk tarafından bu önlemlerin alınmasının, Topluluk Pazarı'nın rekabete ilişkin koşullarını doğrudan etkilemekte olduğu ileri sürülmüştür. Bu yaklaşım günümüze dek kademeli olarak değişmiş ve ayrımcılık hukukunun ekonomik nitelikteki boyutu, Topluluk sosyal hukuku ve insan hakları hukuku çerçevesinde ikincil bir nitelik taşımaya başlamıştır. Bkz.Tobler, 2005, s. 38.

davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin verilecek kararlardaki rolünü Konsey ile eşit söz hakkına sahip kılmak suretiyle, güçlendirmiştir.⁵⁴⁴

ATA 141. madde çerçevesinde “ücret”, işçinin⁵⁴⁵ işvereninden çalışması nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak aldığı nakit ya da ayni, temel ya da asgari ücret, maaş ya da başka bir karşılıktır. Cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın eşit ücret, parça başına işlerde aynı iş için aynı ölçü birimi temelinde hesaplanan ücreti; zamana bağlı işlerde aynı iş için aynı zaman temelinde hesaplanan ücreti ifade eder.(md. 141/1-2) ATA md.141’in ifadesi, UÇÖ’nün 1951 tarihli ve 100 no’lu Sözleşmesi md.2/1’e dayandırılmıştır.⁵⁴⁶

İşverenler tarafından işçilere çalışması karşılığında yapılan tüm ödemeler, ücret tanımına girmektedir. Ücret kavramına giren değerlerin maddi olarak ne şekilde bulunduğu önemli değildir. Buna şirket araçlarından yararlanma ya da sağlık ve sigorta ödemeleri örnek verilebilir. Ellis, işveren tarafından işçinin seyahat ya da eğlence sebebiyle yaptığı harcamalara ilişkin yapılan geri ödemeleri de madde kapsamında değerlendirmektedir.⁵⁴⁷ ATAD’ın *Garland v. British Rail*⁵⁴⁸ kararında çalışanların tren tarifelerinden ayrıcalıklı yararlanma hakkı ücret kapsamında değerlendirilmiştir. Ücret kavramı bu bağlamda, sadece temel ücretle sınırlı değil;

⁵⁴⁴ Ellina, ss. 52-53.

⁵⁴⁵ İşçi kavramı, Avrupa Topluluğu’nun Kurucu Antlaşmaları’nda tanımlanmamıştır. ATAD, kavrama ilişkin tanımı, içtihat hukuku vasıtasıyla oluşturmuştur. Divan, işçi kavramının tanımının tamamıyla üye devletlerin ulusal hukuklarına bırakılmasının keyfi birtakım uygulamalara yol açabileceğinden bahisle, *Hoekstra* davasında, Topluluğa ait bir işçi tanımının yapılması gereğini belirtmiştir. Case 75/63, *Hoekstra v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*, [1964], E.C.R. 177. ATAD, *Levin v. Staatssecretaris van Justitie* ve *C.P.M. Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* kararlarında da işçi kavramının Topluluk hukuk düzeninde belirlenmesi ve dar olarak yorumlanmaması gerektiğine hükmetmiştir. ATAD’ın bu kararlarda belirlediği tanıma göre işçi, bir hizmet ilişkisi çerçevesinde belirli süre boyunca, bir başka kişinin yönetimi altında, ücret karşılığında bir hizmet ifa eden ve ilkel ya da önemsiz olarak nitelendirilen küçük çapta faaliyetler dışında, etkili ve gerçek faaliyetlerde bulunan kişidir. Bkz. Case 53/81, *Levin v. Staatssecretaris van Justitie*, [1982], E.C.R. I035 para.17. *Levin* davası hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Anne Pieter Van Der Mei, **Free Movement of Persons within the European Community-Cross Border Access to Public Benefits**, Hart Publishing Ltd, 2001. Bkz. Case C-337/97, *C.P.M. Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, [1999], ECR 3289, para.1.

⁵⁴⁶ Ellis, 2005, s. 121. Bu çerçevede her üye devlet, ücret düzeylerinin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın çalışanlar arasında ücret eşitliği ilkesini destekleyecek ve bu ilkenin bütün çalışanlara uygulanmasını sağlayacaktır.

⁵⁴⁷ Ellis, 2005, s. 121.

⁵⁴⁸ Case 12/81, *Eileen Garland v British Rail Engineering Limited*, [1982] ECR 359; Prechal and Burrows, s.70-71.

fazla mesai⁵⁴⁹ ve işveren tarafından verilen özel ikramiye ödemelerini⁵⁵⁰ de kapsar biçimde mütalaa edilmiştir.⁵⁵¹

ATA md. 141, işçiye “hizmet ilişkisi nedeniyle” yapılan ödemeleri içermektedir. Ödemelerin, işçinin işverenle arasındaki hizmet ilişkisine dayanması, bunların mutlaka gerçekte yapılan işin karşılığı olan ödemeyle sınırlandırılacağı anlamına gelmemektedir. İşçinin yaptığı işle yakından ilgili olan ve işvereniyle arasındaki bağa dayanan ücret dışındaki tüm diğer ödemeler de ücret dahilinde değerlendirilmektedir. ATAD’ın bu konuyla ilgili verdiği *Sabbatini*⁵⁵² kararında, Divan Hukuk Sözcüsü, AB kurumlarında çalışmakta olan davacıların, görevleri nedeniyle ülkelerinin dışında başka bir üye devletin ülkesinde yerleşmelerine bağlı olarak aldıkları ödeneği, Komisyon’un bu konudaki aksi görüşüne rağmen, ücret kapsamında değerlendirmiştir.⁵⁵³ Burada belirleyici olan, ödemelerin işveren tarafından hangi niyetle yapıldığı değil, bunların yapılan işle bir ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. *Lewen v. Denda*⁵⁵⁴ kararında ATAD, işveren tarafından tüm işçilere verilen yılbaşı ikramiyelerini, iş ilişkisi nedeniyle verildikleri için ücret kapsamında değerlendirmiştir.⁵⁵⁵

ATAD tarafından verilen *Worringham v. Lloyds Bank Ltd.*⁵⁵⁶ kararında, ATA. md.141 çerçevesinde, ücret kapsamına giren ödemenin, kayden yapılmış bir ödeme de olabileceği; bu nedenle ödemenin somut olarak işçinin eline geçmiş olmasının gerekmediği belirtilmiştir.

⁵⁴⁹ Joined Cases, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93, C-78/93 *Stadt Lengerich v Angelika Helmig and Waltraud Schmidt v Deutsche Angestellten-Krankenkasse and Elke Herzog v Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV and Dagmar Lange v Bundesknappschaft Bochum and Angelika Kussfeld v Firma Detlef Bogdol GmbH and Ursula Ludewig v Kreis Segeberg*, [1994] ECR I-5727. Bu davalarda, ATAD, fazla mesai dolayısıyla çalışana yapılan ödemelerin, md.119’un ilk fıkrası çerçevesinde “ücret” kapsamında olduğuna hükmetmiştir.

⁵⁵⁰ Case C-281/97, *Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg* [1999] ECR I-5127, Bu davada ATAD, çalışana ödenen yıllık yılbaşı hediyesinin “ücret” kapsamında ele alınacağına hükmetmiştir.

⁵⁵¹ Ellis, 2005, s. 121-122.

⁵⁵² Case 20/71 *Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament* [1972] ECR 345.

⁵⁵³ Ellis, 2005, s. 122.

⁵⁵⁴ Case C-333/97 *Susanne Lewen v Lothar Denda*, [1999] ECR I-7243.

⁵⁵⁵ Ellis, 2005, s. 123.

⁵⁵⁶ Case 69/80 *Worringham and Humphreys v Lloyds Bank*, [1981] ECR 767. Karar için Bkz. Prechal and Burrows, s.58-62; André Laurent, “European Community Law and Equal Treatment for Men and Women in Social Security”, **International Labour Review**, Vol.121, No.4, 1982, s. 382.

ATAD, *Newstead v. Department of Transport*⁵⁵⁷ kararında kadın ve erkek memurların brüt maaşının aynı olduğu işyerinde, erkek memurların maaşlarından zorunlu olarak kesinti yapılmasının ayrımcılık oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Davaya konu olayda, davacı kamu hizmeti emeklilik planları kapsamındaki bekar ve evli tüm erkek memurların brüt maaşlarının % 1.5'ini sağ kalan eşlerine ayrılacak bir fona aktarması zorunluluğunun ATA. md 141'deki ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Planda yer alan ilgili hükme göre, erkek memur hiç evlenmediği takdirde yapmış olduğu katkı kamu hizmetini terketmesi halinde kendisine faiziyle birlikte geri ödenecek ya da ölmesi halinde mirasçılarına ödenecektir. Kadın memurlar bakımından ise bu tür bir zorunluluk bulunmamaktadır. Davacı, bu düzenlemenin kadın memurlara uygulanmamasını emsal göstererek, maaşının tamamı üzerinde bir tasarrufu bulunmadığını ileri sürmüştür. ATAD' a göre, bu düzenleme, erkek memurun net maaşını etkileyip, brüt maaşını etkilememesi ve diğer maaş benzeri yardımlarla arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmaması nedeniyle, ATA.md 141'i ihlal etmemektedir. Davaya konu olan katkı, yasal planın bir kısmını ikame eden nitelikteki özel sosyal güvenlik planında sağ kalan eşe yardım sağlama amacına yönelik bir katkıdır. Ellis, dava tarihinde cinsiyet ayrımcılığının AT Hukuk düzeninde henüz özel sosyal güvenlik planlarında yasaklanmamış olduğuna işaret etmektedir.⁵⁵⁸

Emeklilik planları uyarınca yapılan ödemelerin, ATA. md.141 kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi açısından, her somut olayın bağımsız olarak incelenmesi gerekmektedir. Tamamlayıcı nitelikteki emeklilik planlarındaki ödemelerin ATA. md 141'deki ücret kavramına dahil olması için iki koşulun oluşması gerekmektedir. Bunlardan ilki, planın en azından bir kısmının işveren tarafından finanse edilmesine ilişkindir. Aksi takdirde, yapılan ödeme işveren tarafından yapılmadığı için madde kapsamına girmeyecektir. Diğer koşul ise planın yasayla kurulan bir plan olmaktan ziyade, sözleşmeden doğan bir niteliğinin

⁵⁵⁷ Case 192/85 *Newstead v Department of Transport*, [1987], ECR 4753; Prechal and Burrows, s.65-68. ATAD, ATA. 141.maddenin ve 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge'nin kişiler yönünden kapsamını, içtihat hukuku vasıtasıyla geniş yorumlayarak, işçilerin yanı sıra, memur ve kamu görevlileri gibi diğer bağımlı çalışanları da içerecek şekilde genişletmiştir.

⁵⁵⁸ Ellis, 2005, s. 124.

bulunması gerekliliğidir.⁵⁵⁹ ATAD, *Defrenne v. Belgium*⁵⁶⁰ davasında, hem genel hem de özel nitelikteki devlet emeklilik planlarının ATA. md. 141 kapsamı dışında tutulduğuna hükmetmiştir. ATAD, *Barber*⁵⁶¹ davasında tamamiyle farklı bir sonuca vararak, sözleşme dışı emeklilikleri ATA md. 141 kapsamına dahil etmiştir. *Barber* davasının sonucunda, hem tamamlayıcı nitelikteki hem de sözleşme dışı nitelikteki özel emeklilik planları açıkça ATA md. 141 çerçevesinde cinsiyetler arasındaki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamına girmiştir.⁵⁶²

(2) Eşit İşe Eşit Ücret Hükümünün Doğrudan Etkisi

AB Hukuk düzeninde, kurucu Antlaşmalar'da yer alan bir hükmün doğrudan etkiye sahip olabilmesi için bazı koşulların yerine getirilmesi zorunludur. Divan anayasal bir niteliğe sahip olan *Van Gend en Loos* kararında⁵⁶³ doğrudan etkililiğin koşullarını belirlemiştir. Bu çerçevede bir Antlaşma hükmünün doğrudan etkili olabilmesi için Antlaşma hükmünün içerdiği yükümlülüğün açık ve eksiksiz olması, koşulsuz olması ve Antlaşma hükmünün uygulanmasında Birlik organları ya da üye devletlerin takdir yetkisinin bulunmaması gereklidir.⁵⁶⁴

ATA'nın 141. maddesine, 1970'li yıllara dek, uygulamada sıklıkla başvurulmamıştır. Bu sebeple, ücret eşitliği konusunda ikincil nitelikte bir hukuksal düzenleme yapma gereği ortaya çıkmıştır ve 75/117 sayılı Yönerge'nin hazırlıklarına girilmiştir. Bununla birlikte ATAD'ın 1976 yılında *Defrenne(2)*⁵⁶⁵ davasında verdiği karar, bu durumun gidişatını önemli ölçüde değiştirmiştir.

Divan, *Defrenne(2)* kararıyla, ATA'nın 141. maddesinin dikey ve yatay doğrudan etkili bir Antlaşma hükmü olduğuna, bir başka deyişle hem üye devlet ve

⁵⁵⁹ Ellis, 2005, s. 127.

⁵⁶⁰ Case 80/70 *Gabrielle Defrenne v Belgian State*, [1971] ECR 445.

⁵⁶¹ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889.

⁵⁶² Ellis, 2005, s. 130.

⁵⁶³ Case 26/62 *NV Algemene Transport-en Exeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, [1963] ECR 1.

⁵⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Tekinalp ve Tekinalp, s. 121-129.

⁵⁶⁵ Case 43/75 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (No.2)* [1976] ECR 455.

birey ilişkisinde, hem de bireyler arasındaki ilişkilerde ileri sürülebilecek hak ve yükümlülükler doğuran bir niteliği olduğuna hükmetmiştir.⁵⁶⁶ ATA'nın 141. maddesinin doğrudan etkiye sahip olmasının kabulü, bireylerin bu hükme yerel mahkemede başvurabileceği anlamına gelmesi bakımından son derece önem taşımaktadır.⁵⁶⁷ ATA. md. 141'in doğrudan etkiler doğurur nitelikte olduğunun kabul edilmesi ile ücret eşitliği üye devletlerin ulusal mahkemelerinde doğrudan öne sürülebilir olmuş ve bu hükümle çatışan ulusal hükümler, kendiliğinden geçersiz hale gelmiştir. ATA md.141, doğrudan etkiler doğurur nitelikte olduğu ölçüde, AB Hukuku'nun üstünlüğü doktrini gereğince çatışan ulusal hukukun üstünde sayılmaktadır. Maddenin bu tür bir etkisi bulunmaması halinde, ancak üye devletler için öngörülmuş bir yükümlülük olarak değerlendirilebilir.⁵⁶⁸

Defrenne(2) kararının AB Hukuk düzeni için diğer bir önemi ise ATAD'ın davada, ATA'nın 141. maddesinin hem ekonomik hem de sosyal temelli iki amaca hizmet ettiğini belirtmesidir.⁵⁶⁹ Bu hükmün öngörülme amacı, daha önce belirtildiği gibi ücrette eşitlik ilkesini uygulamakta olan üye ülkelerdeki işletmelerin, Topluluk içi ticarete bu ilkeyi uygulamayan ve kadın işçiler aleyhine ayrımcılığı engellemeyen diğer üye ülkelerdeki işletmelerle kıyaslandığında, rekabette dezavantajlı duruma düşmelerini engellemektir. Divan, bu hükmün aynı zamanda Topluluğun sosyal hedefleriyle de örtüştüğünü belirterek; Topluluğun sadece ekonomik bir birlik niteliğinde olmadığını ve işbirliğinde bulunmak suretiyle sosyal gelişmeyi ve Birliği oluşturan kişilerin yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesini sağlamayı amaçladığını ifade etmiştir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Tekinalp, s. 126-128; Loutfi, s. 479; Prechal and Burrows, s. 54; Martin Trybus, "Sisters in Arms: European Community Law and Sex Equality in the Armed Forces", **European Law Journal**, Vol.9, No.5, December 2003, s. 634.

⁵⁶⁷ Prechal and Burrows, s. 49; Johanna Kantola and Kevät Nousiainen, "Institutionalizing Intersectionality in Europe", **International Feminist Journal of Politics**, 11:4, December 2009, (ss.459-477), s. 464.

⁵⁶⁸ Ellis, 2005, s. 188, 202.

⁵⁶⁹ Chris Docksey, "The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law", **Industrial Law Journal**, Vol. 20, No.4, December 1991, s. 258; Barnard,1993, s. 322; Brian Bercusson, **European Labour Law**, NY: Cambridge University Press, 2009, s.6.

⁵⁷⁰ Case 43/75 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (No.2)* [1976] ECR 455, paras. 8-10; Sargeant, 2004, s. 14; Weatherill and Beaumont, s. 716.

Rossilli, Weatherill ve Beaumont'e göre, ATAD'ın *Defrenne(2)* davasında, ATA'nın 141. maddesinin doğrudan etkiye sahip olduğunu kabul etmesinin ardından, maddenin kapsamı daha geniş yorumlanır hale gelmiş ve bu alanda yeni Topluluk mevzuatı yaratılmasının önü açılmıştır.⁵⁷¹ Karşıt görüşte olan Ellis ise, *Defrenne(2)* kararının, yeni kabul edilen Yönerge dahil olmak üzere, bu alanda yeni bir düzenleme yapılmasına duyulan ihtiyacı azalttığını belirtmektedir.⁵⁷²

(3) Kadın Erkek Eşitliğinin Temel Hak Niteliği

ATAD, yukarıda belirtilen *Defrenne(2)* davasının ardından verdiği *Defrenne(3)*⁵⁷³ kararında ise bu defa, eşitlik ilkesini sosyal boyutunun ötesinde değerlendirerek, bu ilkeye temel hak statüsü kazandırmıştır.⁵⁷⁴ Divan bu kararda, insan haklarına saygının AB Hukuku'nun genel ilkelerinden olduğuna işaret ederek; kadın erkek eşitliğinin şüphesiz bu temel haklardan biri olduğuna hükmetmiştir.⁵⁷⁵ Bununla birlikte, AB Hukuk düzeninde, temel hakların AB Hukuku'nun genel ilkelerinden sayılmak suretiyle korunduğu belirtilmelidir.⁵⁷⁶ ATAD'ın *Defrenne* kararları, kadın erkek eşitliğinin Birlik seviyesinde temel bir hak statüsünde olduğunu ortaya koymaktadır.

ATAD, *Defrenne* kararlarının ardından bu konuda yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Divan, *Rodríguez Caballero*⁵⁷⁷ kararında temel hakların genel eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını kapsadığına hükmetmiştir. Divan, *Defrenne(3)*

⁵⁷¹ Rossilli, 1999, s.173; Weatherill and Beaumont, s. 720.

⁵⁷² Ellis, 2005, s. 188.

⁵⁷³ Case 149/77 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (No.3)* [1978] ECR 1365. *Defrenne (No.3)* davasının konusu, 40 yaşını doldurmuş olması nedeniyle işine son verilen bir kadın havayolları çalışanının, hizmet sözleşmesinde yer alan yaş sınırına ilişkin koşulun, ATA 141.madde çerçevesinde (eski md.119) cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği iddiasına dayanmaktadır.

⁵⁷⁴ Dagmar Schiek, "The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", **Industrial Law Journal**, Vol.35, No.3, Sept. 2006, s. 333; Prechal and Burrows, s. 11; Barnard, 1999, s. 217.

⁵⁷⁵ Case 149/77 *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (No.3)* [1978] ECR 1365, paras 26-27; Hervey, 1993, s. 38; Docksey, s. 259; Sargeant, 2004, s. 15; G.C.Rodríguez Iglesias, "The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities", **Columbia Journal of European Law**, Vol.1, No.2, Spring, 1995, s. 5.

⁵⁷⁶ McCrudden and Prechal, s.2.

⁵⁷⁷ Case c-442/00, *Ángel Rodríguez Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, [2002] ECR I-11915, para.32.

davasıyla kadın erkek eşitliğini temel bir hak olarak nitelendirmiş olsa da, ATA 141. maddesinin içeriğini eşit ücret ile sınırlı tutmuş; eşitlik ilkesini diğer çalışma koşullarını da kapsayacak şekilde yorumlamamıştır.⁵⁷⁸

*Razzaouk*⁵⁷⁹ davasında ise Divan, kadın erkek eşitliğinin temel bir hak niteliğinde olduğunu tekrar ettikten sonra, bu ilkenin Birlik kurumları ve çalışanları arasında da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Divan, davada AB Personel Tüzüğü'nün⁵⁸⁰ yorumlanması sırasında, eşit davranma ilkesinin yalnızca ATA'nın 141. maddesi ya da bu alandaki Topluluk İkincil Hukuk kaynaklarıyla sınırlı tutulamayacağına karar vermiştir.⁵⁸¹

ATAD, *Deutsche Post*⁵⁸² davasında, ATA'nın 141. maddesiyle öngörülen ekonomik amacın aynı hükümle öngörülen ve temel bir insan hakkının ifadesini teşkil eden sosyal amaca göre ikincil nitelikte olduğuna hükmetmiştir.⁵⁸³

ATA'nın 141.maddesi, Birliğin ayrımcılığa ilişkin müktesebatının yasal dayanağı olarak yetersiz olmasından bahisle eleştirilmektedir. Ahtela'ya göre, Birlik hukuksal düzenlemelerindeki ayrımcılığa ilişkin hükümlerin, ATA. md.141'in ATAD tarafından geniş bir çerçevede yorumlanması yoluyla oluşması, uygulamada keyfiliğe ve ayrımcılığa karşı korumanın yetersiz kalmasına yol açmaktadır.⁵⁸⁴

⁵⁷⁸ Christopher McCrudden, "The New Concept of Equality", Paper presented at the conference "Fight Against Discrimination: The Race and Framework Employment Directives" in Trier, 31 March-1 April 2003, s. 10; Docksey, s. 260.

⁵⁷⁹ Joined Cases 75/82 and 117/82 *Razzouk and Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509.

⁵⁸⁰ AB Personel Tüzüğü, Birlik ile Birlik kurumlarında çalışan kişilerin iş ilişkisini düzenleyen kurallar bütünüdür. Staff Regulations of Officials of the European Communities, Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities, 1.5.2004, Erişim: http://www.ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_en.pdf [12.02.2008]

⁵⁸¹ McCrudden, 2003, s. 10; Prechal and Burrows, s. 12; Joined Cases 75/82 and 117/82 *Razzouk and Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509, para. 17. Bu görüş, *Speybrouck* kararında da tekrarlanmıştır. Case T-45/90, *Alicia Speybrouck v European Parliament*, [1990], ECR II-705.

⁵⁸² Joined Cases *Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers* C-270/97 and *Brunhilde Schrage* C-271/97 [2000] ECR I-929.

⁵⁸³ Joined Cases *Deutsche Post AG v Elisabeth Sievers* C-270/97 and *Brunhilde Schrage* C-271/97 [2000] ECR I-929, para. 57. Divan, aynı görüşünü *Schröder* davasında teyit etmiştir. Bkz. Case C-50/96, *Deutsche Telekom AG v Lilli Schröder*, [2000], ECR I-743, para. 57; Sargeant, 2004, s. 15.

⁵⁸⁴ Karoliina Ahtela, "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment", *European Law Journal*, Vol.11, No.1, January 2005, s. 78. Birlik düzeyinde kadın ve erkek çalışanların ücretlerinde büyük farklılıklar ve uçurum olduğu görülmektedir. 2009 yılı verileri itibarıyla yirmi yedi üyeli Birlik seviyesinde kadın ve erkek çalışanlar için ücrette eşitsizliğin oranı % 17.7'dir. Kadın ve erkek için ücrette eşitsizliğin en yüksek kaydedildiği ülkeler arasında Estonya

2. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'da

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'ya (ABİAD), ayrımcılık yasağına ilişkin daha önce ATA'da yer almayan yeni bir madde eklenmiştir. Yeni düzenlemede, Birliğin, politika ve önlemlerinin belirlenmesi ve yürütülmesinde, cinsiyet, ırk, etnik köken, din, dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel tercih nedenlerine dayalı ayrımcılıklar ile mücadele etmeyi hedeflediği belirtilmiştir. (md.10)

B. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Cinsiyet Ayrımcılığı

1.Genel Olarak

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı,⁵⁸⁵ (ABTHŞ) AB Hukuku'nda bağımsız bir temel hak kataloğu niteliğine sahiptir. Şart'ın kabul edilmesiyle birlikte, Birlik Hukuk düzeninde temel haklar alanındaki eksiklik giderilmiştir.⁵⁸⁶

ABTHŞ'nin hazırlanmasına, Haziran 1999'da Köln'de toplanan AB Devlet ve Hükümet Başkanları'ndan oluşan Zirve'de karar verilmiştir. Şartı hazırlayacak kurul ise Ekim 1999'daki Tampere Zirvesi'nde oluşturulmuştur.⁵⁸⁷ ABTHŞ, 2000 yılında Nice Zirvesi'nde kabul edilmiş, fakat hukuksal bağlayıcılığı ve yürürlüğü

(%30.3) , Avusturya (%25.5), Hollanda ve Slovakya (%23.6) gelirken, en düşük olarak seyrettiği ülkeler arasında İtalya (%4.4), Malta (%5.2) ve Polonya (%7.5) bulunmaktadır. Genel olarak ülkeler arasında bir inceleme yapıldığında, Finlandiya, İngiltere ve Slovakya'nın ücrette eşitsizlik oranlarının düştüğü, Kıbrıs, Macaristan, Romanya ve İsveç'te ise oranlarda eskiye göre bir artış ortaya çıktığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Eurostat 2009, Annual Review of Working Conditions 2008-2009, European Working Conditions Observatory,

Erişim: http://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn0908040s/tn0908040s_6.htm[01.10.2009]

⁵⁸⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nı İngilizce metni için

Erişim: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf[10.10.08]; Şart'ın Türkçe metni için,

Erişim: <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/temelhak.pdf> 10.10.08]

⁵⁸⁶ Oğuz Şimşek, "Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:73, Sayı:1, Ocak 2008, s. 132.

⁵⁸⁷ Christopher McCrudden, "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", Social Science Research Network (SSRN), 2002, s.1;

Erişim: <http://ssrn.com/abstract=299639> or doi:10.2139/ssrn.299639[10.10.08]; Şimşek, s. 120; Hakan Taşdemir ve Hasan Demir, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cil:2, No:3, Güz 2002, ss.91-92.

hakkında üye devletler arasında bir uzlaşmaya varılamadığından, görüşmeler 2004 yılında yapılacak olan bir sonraki Hükümetler arası Konferansa ertelenmiştir.⁵⁸⁸

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, 2004 yılında Roma’da kabul edilen “Avrupa İçin Anayasa Oluşturan Bir Antlaşma”nın (AB Anayasası) II.kısımına dahil edilmiştir.⁵⁸⁹ Bununla birlikte AB Anayasası, Fransa ve Hollanda’da yapılan referandumlarla reddedildiğinden, Anayasa’nın yürürlüğe girme ihtimali ortadan kalkmıştır. Bu durum, Anayasa içinde yer alan ABTHŞ’nin yürürlüğe girme sürecini de engellemiştir.

ABTHŞ, 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması’na dek, bağlayıcılığı bulunmayan siyasal bir bildirge niteliğindedir.⁵⁹⁰ Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Şart, Antlaşma’dan bağımsız bir belge olarak kabul edilmiş ve hukuken bağlayıcılık kazanmıştır.

Temel Haklar Şartı, yürürlüğe girmesiyle birlikte, AB Hukuk düzeninin birincil hukuk kaynaklarının bir parçası haline gelmiştir. Bu sebeple, diğer birincil hukuk kaynaklarında olduğu üzere, bu tarihten sonra yapılacak Birlik İkincil Hukuk kaynaklarının geçerli olabilmeleri için, bu düzenlemelerin Temel Haklar Şartı’nda yer alan hükümlerle uyumlu olmaları gerekmektedir.⁵⁹¹ İkinci olarak, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın yürürlüğe girmesi sonucunda Birliğe üye devletler, insan hakları alanında hukuken iki belgeyle bağlı hale gelmişlerdir. Bu bağlamda AB’ye üye devletler, AB Hukuku’nu uygularken Temel Haklar Şartı’na uyacaklar; diğer yanda ise AİHS’nin tarafı olmaya devam edeceklerdir.⁵⁹²

⁵⁸⁸ Jonas Bering Liisberg, “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of EU Law?”, NYU, Working Paper awarded Mancini Prize for 2001, The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, 2001,

Erişim: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/010401.html> [12.10.08]

⁵⁸⁹ Şimşek, s. 122.

⁵⁹⁰ Aziz Çelik, “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye’nin Uyum Süreci-1”, **Sendikal Notlar**, Sayı.24, Kasım 2004 (b), s. 13;

Erişim: http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf [12.10.08]

⁵⁹¹ Mari’a-Teresa Gil-Bazo, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union’s Law”, **Refugee Survey Quarterly**, Vol.27, No.3, 2008, s. 36.

⁵⁹² Çavuşoğlu, s. 6-7.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, gerçek kişilere, Avrupa Birliği'nin kurumları, organları ve diğer makamları tarafından yapılabilecek hak ihlallerine karşı bir koruma sağlamaktadır.⁵⁹³

2. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Kapsamı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, esasen AİHS temel alınarak ve Sözleşme'de yer alan haklar yalınlaştırılarak hazırlanmıştır.⁵⁹⁴ Temel Haklar Şartı, bir önsöz ve yedi bölüme ayrılmaktadır. Bölümler, 1. Bölümden itibaren sırasıyla, “İnsan Onuru”, “Özgürlükler”, “Eşitlik”, “Dayanışma”, “Yurttaş Hakları”, “Yargısal temel haklar” ile “Genel hükümler” başlıkları altında düzenlenmiştir.⁵⁹⁵

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, temel hak ve özgürlükleri düzenlemekle birlikte, sosyal haklara ilişkin olarak da ayrıntılı hükümler içermektedir. Şart'ın sosyal haklara ilişkin hükümleri, 1989 Çalışanların Temel Haklarına İlişkin Topluluk Sosyal Şartı'nı aşmaktadır.⁵⁹⁶

ABTHŞ'nın 52.maddesinde, Temel Haklar Şartı'nda yer alan hak ve özgürlüklerin ancak kanunla ve hak ve özgürlüklerin özüne dokunmayacak şekilde sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede sınırlamalar, ancak ölçülülük ilkesine uyulması şartıyla, zorunlu olan ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararına hizmet eden amaçlara uygun olması halinde veya diğer kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacını gerçekten karşılaması halinde getirilebilecektir.

3. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Temel Haklar Şartı'nın koruma düzeyiyle ilgili olarak, Şart'ta yer alan hiçbir hükmün ilgili uygulama alanlarında Birlik hukuku, uluslararası hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dahil olmak üzere Birlik, Topluluk ve tüm üye devletlerin taraf

⁵⁹³ Şimşek, ss. 126-127.

⁵⁹⁴ Çavuşoğlu, s. 4.

⁵⁹⁵ ABTHŞ'da yer alan temel haklara ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Şimşek, s. 124 vd.

⁵⁹⁶ Bell, 2002, s. 23.

olduğu uluslararası sözleşmeler ve üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayıcı veya zedeleyici biçimde yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır.(md.53)

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki ilişki 53.maddenin yanı sıra, Şart'ın 52. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu çerçevede Temel Haklar Şartı'nda yer alan haklardan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklarla örtüşenlerin anlamının ve kapsamının AİHS'deki haklarıinkiyle aynı olacağı ve bu hükmün Birlik Hukuku'nun daha ileri düzeyde bir koruma getirmesine de engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Buradan çıkan sonuç, AİHS'nin temel haklar bakımından asgari bir sınır oluşturacağıdır. Temel Haklar Şartı'nın hazırlanması sürecinde, Şart'ta ve AİHS'de yer alan ve örtüşen hakların belirlenmesine rehberlik etmesi amacıyla, bağlayıcılığı bulunmayan Açıklayıcı bir Liste⁵⁹⁷ hazırlandığı belirtilmelidir.⁵⁹⁸

4. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda Eşitliğe İlişkin Yer Alan Hükümler

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın Üçüncü Bölümü Eşitlik başlığına ayrılmıştır.

a. Eşitlik İlkesi

Temel Haklar Şartı'nda kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve herkesin kanun önünde eşit olduğu hükme bağlanmıştır. (md.20)

⁵⁹⁷ Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Charte 4473/00, Convent 49, Brussels, 11 October 2000,

Erişim: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_en.pdf19.05.09]

⁵⁹⁸ Paul Craig, "What Constitution Does Europe Need- The House that Giscard Built: Constitutional Rooms with a View", The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 26/03, August 2003, s. 4, Erişim: <http://ssrn.com/abstract=516784> or doi:10.2139/ssrn.516784[19.05.09]; Şimşek, ss.129-130; Çavuşoğlu, ss. 4-5.

b. Ayrımcılık Yasağı

Temel Haklar Şartı'nda ayrımcılık yasağı düzenlenerek, kanun koyucu tarafından belirtilen ayırım sebeplerine dayanılarak, kişiler arasında bir ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa üye olma, servet, doğum, özürlülük, yaş veya cinsel tercih vb. bir nedene bağlı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. (md.21/1) Maddede yer alan ayırım sebeplerinin hayli geniş olduğu belirtilmelidir. ABTHŞ'nın bu maddesinde ATA md. 13'te sayılan cinsiyet, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, özürlülük, yaş ve cinsel yönelim sebeplerinin ötesinde bazı sebeplerin sayıldığı belirtilmelidir.

ABTHŞ'nın 21. maddesinde yukarıda belirtilen ayırım sebeplerinin yanı sıra, vatandaşlık esasına dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklandığı da belirtilmiştir. Bu yasağın kapsamı ATA ve ABA'nın uygulama alanıyla sınırlı olup, her iki antlaşmayla bu konuda öngörülen özel hükümlere hâlel gelmeyecektir. (md.21/2)

c. Kadın Erkek Eşitliği

Kadın erkek eşitliği, Temel Haklar Şartı'nda, 21. maddenin haricinde ayrı bir hüküm ile de düzenlenmiştir. Bu maddeyle kadın ve erkek arasındaki eşitliğin, istihdam, çalışma ve ücretleri de kapsayacak şekilde her alanda sağlanması gerektiği öngörülerek, esasen cinsiyette anayol yaklaşımı hüküm altına alınmıştır.(md.23/1)

d. Olumlu Ayrımcılık

ABTHŞ'nda olumlu ayrımcılık kurumu, eşitlik ilkesinin, daha az temsil olunan cinsiyet lehine olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemlerin sürdürülmesini ya da kabul edilmesini engellemeyeceği şeklinde düzenlenmiştir. (md.23/2)

II. İKİNCİL HUKUK MEVZUATINDA

A. Genel Olarak

Avrupa Birliği İkincil Hukuku, Kurucu Antlaşmalar'ın kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde AB kurumlarının⁵⁹⁹, görevlerini yerine getirmek ve Birliğin hedeflerine ulaşmak amacıyla, koydukları kurallardan oluşmaktadır. İkincil Hukuk olarak adlandırılan bu hukuki tasarruflar, hiyerarşik sıralamayla Topluluk Tüzükleri, Yönergeler, kararlar, tavsiye ve görüşlerden oluşur. Topluluk Tüzükleri, doğrudan uygulanan⁶⁰⁰ ve doğrudan etkiye⁶⁰¹ haiz bir hukuki tasarruf olup, üye devletler için bağlayıcıdır. Yönergeler, yöneltildikleri amaç bakımından üye devletler için bağlayıcı olan ve iç hukuka aktarma yönteminin üye devletlerin takdirine bırakıldığı hukuki tasarruflardır. Kararlar, AB kurumları tarafından sadece çıkarıldıkları kişileri bağlarlar. Birlik kurumlarının herhangi bir konuya ilişkin bir davranış tarzı öğütleyen beyanı tavsiye; üçüncü kişinin isteği üzerine açıklanan beyanı ise görüş olarak adlandırılır. Tavsiye ve görüşlerin, hukuken bağlayıcı etkileri yoktur.⁶⁰² Çalışmanın bu kısmında, Avrupa Birliği'nde çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığını düzenleyen ya da konuyla ilişkili olan Yönerge'ler incelenecektir.

Docksey AB üyesi devletlerin cinsiyet ayrımcılığı alanındaki ya da bu alanı içeren uluslararası antlaşmalara taraf olmalarına rağmen, AB Hukuk düzeninde tekrar benzer düzenlemeler yapma ihtiyacına gitmelerini, ATAD'ın bu konudaki yetkisine bağlamaktadır. Yazar, uluslararası belgelerde yer alan hüküm ve ilkelerin, AB Hukuku'nda doğrudan etki doğurabilir nitelikte olmadığını ve esasen yol gösterici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla bu ilkeler Birlik İkincil Hukuku çerçevesinde kabul edilip yürürlüğe konmadığı sürece, Divan'ın bunları doğrudan uygulama yetkisi olmayacak ve ulusal düzeyde bunlara uyulup

⁵⁹⁹ Avrupa Birliği'nin kurumları, Avrupa Komisyonu, Bakanlar Konseyi, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi ile Denetim Kurumu'ndan oluşmaktadır.

⁶⁰⁰ AB Hukuk düzeninde doğrudan uygulanabilirlik, bir hukuki tasarrufun üye ülkelerin iç hukukuna alınmasına ve ek bir işleme, onayına gerek olmaksızın, üye devletler, üye devlette yerleşik veya tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişiler ve Birlik kurumları için bağlayıcı olmasını ifade eder. Bkz. Tekinalp, s. 71.

⁶⁰¹ Doğrudan etki kavramı, Beşinci bölümün "Eşit İşe Eşit Ücret Hükümünün Doğrudan Etkisi" başlığı altında incelenmiştir.

⁶⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, ss. 69-74.

uyulmadığını denetleyemeyecektir. Bunun gerçekleşebilmesi için benzer düzenlemelerin, Birlik Hukuku'na aktarılması gerekmektedir.⁶⁰³

1. Eşitlik İlkesine İlişkin Yönergeler

a. 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge

AB İkincil Hukuku'nda kadın erkek eşitliğine ilişkin çıkartılan ilk hukuksal düzenlemelerin dayanağını, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1951 tarihli Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 100 sayılı Sözleşmesi⁶⁰⁴ oluşturmaktadır.⁶⁰⁵ 75/117 sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devletler Mevzuatının Yakınlaştırılmasına İlişkin Yönerge⁶⁰⁶ (Eşit Ücret Yönergesi), “eşit işe eşit ücret”in yanı sıra “eşdeğerde işe eşit ücret”i düzenlemekte ve UÇÖ'nün bu konudaki Sözleşmesiyle paralellik arz etmektedir.⁶⁰⁷

ATA'nın 141. maddesinin Amsterdam Antlaşması ile değişmemiş metninde sadece eşit işe eşit ücret ilkesinin öngörülmüş olduğu belirtilmelidir. 75/117 sayılı Yönerge'de eşit ücretin eşdeğerde iş için de öngörülmesinin ardından, Amsterdam

⁶⁰³ Docksey, ss. 260-261.

⁶⁰⁴ Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 1951 tarihli ve 100 sayılı Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 29.06.1951, Yürürlük Tarihi: 23.05.1953. Sözleşme'yi 168 ülke onaylamıştır. Tüm AB üyesi ülkeler, Sözleşme'ye taraftır. 100 Sayılı Sözleşme, Türkiye tarafından 810 sayılı ve 13 Aralık 1966 tarihli kanunla onaylanmıştır. (RG S: 12484, T: 22.12.1966) Sözleşme tam metni için bkz. **ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 86, Ankara, Eylül 1998, ss. 246-249. Ayrıca bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim:<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/sozlesme/soz100.htm>[12.12.2007];

⁶⁰⁵ Erika Szyszczak, “Pay Inequalities and Equal Value Claims”, **The Modern Law Review**, Vol.48, No.2, (March 1985), s. 140; Prechal and Burrows, s. 49.

⁶⁰⁶ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 45, 19.2.1975.

⁶⁰⁷ Ellina, s. 34; Prechal and Burrows, s. 83. “Eşdeğerde işe eşit ücret” ilkesinin öngörülmesi önerisi, Roma Antlaşması'nın müzakereleri sırasında görüşülmüş olsa da, bu ilke kurucu Antlaşma metnine dahil edilmemiş ve 1975 yılında konuyla ilgili bir Topluluk Yönergesi oluşturulana dek, öneriye ilişkin bir faaliyette bulunulmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ellina, s. 34.

Antlaşması ile ATA'nın 141. maddesinin uygulama alanı eş değerde işe eşit ücreti de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁶⁰⁸

(1).Yönerge'nin Amacı

75/117 sayılı Yönerge'nin hukuksal dayanağını ATA'nın 141.maddesi oluşturmaktadır.⁶⁰⁹ Yönergenin amacı, ATA. 141. maddesiyle yapılan düzenlemenin uygulanması ve yorumlanmasıdır. Eşit ücrete ilişkin ATA'da açık bir hüküm yer almasına rağmen, bu konuda ikincil nitelikte bir hukuk düzenlemesi yapılması iki nedene dayalıdır. Bunlardan ilki, ATA md.141'in üye devletlerde uygulanmasında etkin bir denetim mekanizmasının bulunmayışı; ikincisi bu dönemde genel olarak kadınlara karşı ayrımcılığa ilişkin alınacak kapsamlı nitelikte hukuksal önlemlerin eksikliğidir. 75/117 sayılı Yönerge, Komisyon'un üye devletlerdeki ücret eşitliği uygulamalarına ilişkin denetimini sağlayacak önemli bir vasıta olarak değerlendirilmektedir. Bu Yönerge ile eşit ve eşdeğerde iş için eşit ücret konusunda asgari düzeyde ve yeknesak bir kurallar bütünü meydana getirilmiştir.⁶¹⁰

Yönerge'nin gerekçesinde, kadın çalışanlar için, çalışma koşulları bakımından önlem alınması gerektiğini belirten 21 Ocak 1974 tarihli Konsey İlke Kararı'na⁶¹¹ göndermede bulunulmuştur.

(2). Eşit İş ya da Eşdeğerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi

Yönerge'de eşit ücret ilkesi, cinsiyete dayalı ayrımcılığın eşit iş ya da eş değerde işler bakımından -ücretin tüm boyutları ve koşulları dikkate alınmak suretiyle- ortadan kaldırılması olarak tanımlanmıştır. (md.1/1) ATAD'ın *Jenkins*⁶¹² kararında Yönerge'nin 1. maddesinin ATA'nın 141. maddesinin uygulanmasını

⁶⁰⁸ Loutfi, s. 478; Ingeborg Heide, "Supranational Action against Sex Discrimination: Equal Pay and Equal Treatment in the European Union", **International Labour Review**, Vol.138, No.4, 1999, s.391.

⁶⁰⁹ Prechal and Burrows, s. 83.

⁶¹⁰ Ellis, 2005, s. 188.

⁶¹¹ Council Resolution of 21 January 1974, OJ [1974] C13/1.

⁶¹² Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*; [1981] ECR 911.

kolaylaştırmak amacıyla öngörüldüğü ve 141.maddenin kapsamını değiştirme amacıyla hareket edilmediği belirtilmiştir.

Ellis'e göre, Yönerge'nin 1.maddesinin ilk fıkrasının somut olayda uygulanması, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle işyerinde ayrımcılık iddiasına konu oluşturan, eşit ya da eşdeğerdeki işleri belirleyebilmek için bu işlerin kıyaslanması gerekmektedir. İlk inceleme kıyaslaması yapılacak işin doğasına ilişkindir. İkinci olarak, ayrımcılığın olup olmadığı incelenmeli ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden çalışanla karşı cinsten bir çalışanla kıyaslamanın yapılması gerekir. Yönerge'nin 1.maddesinde, kıyaslamanın emsal olduğu varsayılan bir kimseyle yapılmasını engelleyen bir ifade bulunmamakla birlikte, kıyaslamanın eşit ya da eş değerde bir işte çalışan, karşı cinsten gerçek bir emsal kimseyle yapılması, daha isabetlidir.⁶¹³

ATAD, *Macarthys*⁶¹⁴ ve *Coloroll*⁶¹⁵ kararlarında bu yaklaşımı teyit eder şekilde karar vermiş ve Yönerge'nin ilk maddesinin dayanağı olan ATA md.141'in emsal olduğu varsayılan bir kimseyle yapılacak kıyaslamayı içerecek şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir.⁶¹⁶

(3) Eşit İş ya da Eşdeğerde İş İçin Eşit Ücret Kavramları

(i) Eşit İş Kavramı

“Eşit iş” kavramıyla, genel olarak bir işyerinde yürütülen “aynı” ya da “benzer” nitelikli işler kastedilir.⁶¹⁷ Alman Hukuku doktrininde, “eşit iş” kavramı, kıyaslaması yapılan işlerin tümüyle aynı ya da benzer nitelikte olduğu ya da işleri kıyaslanan işçilerin birbirini ikame edebildiği ve kıyaslanan benzer nitelikteki işlerin

⁶¹³ Ellis, 2005, s. 190.

⁶¹⁴ Case 129/79 *Macarthys Ltd v Wendy Smith*, [1980] ECR 1275.

⁶¹⁵ Case C-200/91 *Coloroll v Russell and Others* [1994] ECR I-4389.

⁶¹⁶ Ellis, 2005, s. 191.

⁶¹⁷ Barnard, 2006, s. 348.

aynı ölçüde sorumluluk, fiziksel güç, eğitim ve deneyimi gerekli kıldığı, birbirine benzer çalışma koşulları altında gerçekleştirilen iş olarak tanımlanmıştır.⁶¹⁸

75/117 sayılı Yönerge'deki anlamıyla çalışanların “eşit iş” yapmaları, iki kişinin “aynı işi” yapmak üzere çalışmasını ifade etmektedir. Divan *Macartyhs* kararında, somut olayda kadın ve erkek çalışanların “eşit iş” yaptıklarının kabul edilmesi⁶¹⁹ ve bu suretle eşit ücret ilkesinin uygulanması için söz konusu çalışanların işi, “aynı anda” yapmaları gibi bir zorunluluk bulunmadığını belirtmiştir.⁶²⁰

Divan, *Jenkins*⁶²¹ davasında işlerin eşit olup olmamasında, yapılan işin genel tanımının değil, doğasının belirleyici olduğuna hükmetmiştir. Kararda, işin doğası aynıysa, işçilerin tam süreli ya da kısmi süreli çalışmalarının ve çalışma sürelerindeki farklılığa bağlı olarak iş tanımlarının değişmesinin, yapılan işin eşit iş olmasını değiştirmeyeceği belirtilmiştir.⁶²²

ATAD'ın, *Commission v. Denmark*⁶²³ davasında, Danimarka'nın 75/117 sayılı Yönerge'yi eksik uyguladığı iddiasını incelenmiştir. Eşit ücret hakkını sadece eşit iş için öngören ve eş değerde iş kavramına yer vermeyen ulusal hukuk uyarınca, çalışanların eşit ücret hakkına sahip olma koşulu, bu yönde hüküm içeren bir toplu iş sözleşmesi bulunmamasına bağlanmıştır. Danimarka hükümeti, ulusal hukukta yer alan eşit işe eşit ücret ilkesinin, toplu iş sözleşmelerini tamamlayıcı bir işlev gördüğünü belirterek; Danimarka'da toplu iş sözleşmelerinin çoğunun halihazırda hizmet sözleşmelerine uygulandığını ve bunların eşit işe eşit ücret hakkına yer verdiklerini ifade etmiştir. Divan, bu durumun üye devletin Yönerge'yi ulusal hukuka aktarma yükümlülüğünü etkilemediğini ve devletin garantisinin herhangi bir

⁶¹⁸ Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, s. 307 vd. ve orada yer alan diğer yazarlar, naklen Onaran-Yüksel, s. 193.

⁶¹⁹ Divan Hukuk Sözcüsü Van Themaat, kadın ve erkek çalışanın eşit iş yapmış sayılmaları için mutlaka aynı işveren tarafından aynı işyerinde çalıştırılmaları gerekmediği; eşit işin kıyaslamasının aynı işveren tarafından farklı işyerlerinde çalıştırılma ya da farklı işverenlerce çalıştırılma durumunda dahi, yapılabileceği görüşündedir. Ellis, 2005, s. 195. Case 143/83 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, [1985] ECR 427.

⁶²⁰ Loutfi, s. 481; Heide, s. 395.

⁶²¹ Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*; [1981] ECR 911.

⁶²² Ellis, 2005, s. 191.

⁶²³ Case 143/83 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, [1985] ECR 427.

sendika üyesi olmayanlar dahil olmak üzere, tüm çalışanları kapsaması gerektiğini belirtmiştir.⁶²⁴

(ii). Eşdeğerde İş Kavramı

75/117 sayılı Yönerge’de “eşdeğerde iş” kavramı tanımlanmamıştır.⁶²⁵ Eşdeğerde iş kavramının, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki 100 sayılı Sözleşmesi’nde de tanımlanmadığı ve bu konuda takdir yetkisinin ulusal hukuklara bırakıldığı belirtilmelidir.⁶²⁶

Yönerge’de eşdeğerde iş tanımlanmamakla birlikte, cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması amacıyla, ücretin belirlenmesi için iş değerlendirmesi sisteminin⁶²⁷ kullanılması durumunda, bu sistemin kadın ve erkek için aynı ölçütlere dayandırılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. (md.1/2)

Yönerge’de bir işe ne zaman ve kim tarafından “eş değer” nitelik tanınacağı düzenlenmediği için, bu boşluğun içtihat hukuku vasıtasıyla doldurulması, ATAD’a bırakılmıştır. Divan, *Commission v. UK*⁶²⁸ kararında, “eş değerde iş” kavramına ilişkin olarak, yapılan işin değerinin belirlenmesinde, işin, işverenin bakış açısına

⁶²⁴ Case 143/83 *Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark*, [1985] ECR 427, para.8.

⁶²⁵ Rossilli, 1999, s. 173.

⁶²⁶ Onaran-Yüksel, s. 194.

⁶²⁷ İş değerlendirmesi sistemi, işlerin eşdeğerli olup olmadığının belirlenmesinde başvuru, işlerin göreceli önemini ölçen ve işlerin ayrıntılı analizinin zorluk ve kolaylık derecelerine göre objektif şekilde yapılmasını sağlayan tekniktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Onaran-Yüksel, s. 195 vd. Divan, *Commission v. UK* (Case 61/81) kararında, iş değerlendirme sisteminin söz konusu işin eşdeğerde olup olmadığının belirlenmesi için kullanılan yöntemlerden sadece birini oluşturduğuna hükmetmiştir. Barnard, 2006, s. 350.

⁶²⁸ Case 61/81, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* [1982] ECR 2601. *Commission v. UK* davasının vuku bulduğu tarihteki ulusal hukuk, ücret eşitliğini ancak kadın ve erkek çalışanın “benzer iş” yapmaları ya da yaptıkları işin iş değerlendirmesi sisteminde “denk” bulunması koşuluna bağlamıştır. İşyerinde iş değerlendirmesi sisteminin uygulanması için ise, işverenin bu yönde izninin alınması zorunludur. Kadın çalışanların büyük bir kısmı, cinsiyete dayalı mesleki bölünme nedeniyle erkeklerden farklı işler yapmakta olduklarından “benzer iş” iddiasını ileri süremedikleri gibi, iş değerlendirmesi sisteminin uygulanması için işveren tarafından izin verilmemesi nedeniyle “denk iş” iddiasına da dayanamamıştır. Divan, İngiltere’nin Yönerge’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir. Bu karar sonrasında, İngiltere, ulusal hukukunu Yönerge hükümlerine uygun hale getirmiş ve 1983 yılında (Değişik) Eşit Ücret Tüzükleri’ni (SI 1983 No 1794) yürürlüğe koymuştur. Ellis, 2005, s. 193.

göre sahip olduğu pazar değeriinden ziyade, ATA md. 141 çerçevesindeki içeriğinin temel alınacağını belirtmiştir. ATAD, ulusal hukuk uyarınca, çalışana yapmakta olduğu işin işverenin bu yöndeki düşünceleri dikkate alınmaksızın, emsal bir çalışanla eşdeğer nitelikte olduğunu iddia etme hakkının tanınması gerektiğine hükmetmiştir.⁶²⁹

(4) Ücretin Tüm Boyut ve Koşulları Kavramı

75/117 sayılı Yönerge md.1/1’de eşit ya da eşdeğerde işe eşit ücret ilkesiyle cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Bu çerçevede kadın ve erkeğe uygulanan farklı işlemin cinsiyete dayalı olduğu ispatlanmalıdır. Yönerge’nin 1.maddesinde cinsiyete dayalı ayrımcılığın “ücretin tüm boyut ve koşulları” bakımından yasaklandığı belirtilmekle birlikte, bununla neyin ifade edildiği açık ve net değildir. “Ücretin boyutları” kavramıyla, işveren tarafından hizmet ilişkisi çerçevesinde çalışana sağlanan her türlü yararın, ücret kapsamına girmesi ve ATA md.141 kapsamında değerlendirmesi kastedilmektedir. “Ücretin koşulları” kavramı ise, çalışanın ücretinin ödenmesine ilişkin yöntem ve şartları ifade etmektedir. Yönerge çalışanları, ayrımcı nitelikte olabilecek bu yöntem ve şartlara ilişkin olarak da, işverene karşı korumaktadır.⁶³⁰

(5) İş Değerlendirmesi Sistemi

ATAD, ücretin bir iş değerlendirme sistemiyle belirlendiği durumlarda, iş değerlendirme sisteminin, nesnel nitelikte ölçütlere dayandırılması ve kadın ya da erkekler aleyhine etki doğuracak şekilde düzenlenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, iş değerlendirme sisteminin ölçütlerinden birinin -örneğin bir işin yerine getirilmesinde fiziksel gücün gerekmesi ve belirleyici olması gibi- daha ziyade erkeklere özgü özellikler taşımasının, o sistemin mutlaka ayrımcı nitelikte olduğu

⁶²⁹ Ellis, 2005, ss.191-193.

⁶³⁰ Ellis, 2005, ss. 196-197.

anlamına gelmeyeceğini ve durumun somut olay temelinde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁶³¹

İş değerlendirmesi sisteminde, kadın ya da erkeğe özgü özelliklerin ölçüt olarak kabul edilmesi, Yönerge'deki ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Divanın görüşüne göre, ücretlendirmenin fiziksel güce göre yapılması kadınları dezavantajlı duruma düşürmektedir.⁶³² Nitekim, kadınların doğal yetenekleri, bu ölçütü yerine getirme konusunda erkeğe görece azdır.⁶³³

(6). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Koruma

Yönerge'de çalışanlar, eşit ücret ilkesinin uygulanması yönündeki taleplerinin sonuçları bakımından işverenlerine karşı korunmaktadırlar. Üye devletler, işverenlerin çalışanları işletme bünyesindeki bir şikayete ya da eşit ücret ilkesine uygunluğu sağlamayı amaçlayan herhangi bir hukuk davasına tepki olarak işten çıkarmalarına karşı gereken önlemleri almakla yükümlüdür.(md.5)

Ellis, Yönerge'nin koruması kapsamında, sadece işverenin çalışanın hizmet sözleşmesini feshinin düzenlenmesini eleştirmektedir. Keza, uygulamada işveren, çalışanın bu türdeki bir davranışına karşı, işten çıkarmanın dışında, başka ayrımcı işlemlerde de bulunabilir. Yönerge'de sadece hizmet sözleşmesinin feshi düzenlendiği için, bu tür durumlar koruma kapsamının dışında kalmıştır. İşveren tarafından gösterilebilecek bu ayrımcı işlemlere, işte ilerlemenin haksız yere reddi, diğer çalışanlara tanınan birtakım yararların ilgili çalışana tanınmaması gibi durumlar örnek verilebilir.⁶³⁴ ATAD tarafından 76/207 sayılı Yönerge'deki denk nitelikteki hükme dayanarak verilen *Coote v Granada Hospitality Ltd*⁶³⁵ kararında kanun koyucunun amacının işveren tarafından yapılan misilleme hareketlerini sadece işten

⁶³¹ Case 237/85 ECR 2101 *Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH* [1986], ECR 2101; Ellis, s. 196-198. *Rummler* davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barnard, 2006, s.349.

⁶³² Ellis, 2005, s. 199; Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

⁶³³ Barnard, 2006, s. 349.

⁶³⁴ Ellis, 2005, s. 203.

⁶³⁵ Case C-185/97, *Belinda Jane Coote v Granada Hospitality Ltd*, ECR [1998] I-05199.

çıkarmalarla kısıtlamak olmadığı ve bu hükmü daha geniş yorumlamak gerektiği belirtilmiştir.⁶³⁶

b. 76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge ve 76/207 sayılı Yönerge’yi değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge

76/207 sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge⁶³⁷ (Eşit Davranma Yönergesi), esas olarak işyerinde eşit davranma ilkesine ilişkindir. 76/207 sayılı Yönerge, 21 Ocak 1974 tarihli Konsey İlke Kararı⁶³⁸ temelinde (G:1); 2002/73 sayılı Yönerge⁶³⁹, 76/207 sayılı Yönerge hükümlerini yeni ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirmek ve 2000/43 sayılı⁶⁴⁰ ve 2000/78 sayılı⁶⁴¹ Yönerge’lere uyum sağlamak temelinde hazırlanmıştır. (G: 6)

(1). Yönerge’nin Gerekçesi

Kadın erkek eşitliği, 2002/73 sayılı Yönerge’nin gerekçesinde, ATA md. 2, md. 3/2 ve ATAD kararlarında benimsenen temel bir ilke olarak ifade edilmiştir. Kadın erkek eşitliğinin sağlanması, Birliğin hem “görevi”, hem de “amacı” olarak belirlenmiş; Birliğin bu eşitliği tüm faaliyetlerinde sağlama yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. (G:4)

⁶³⁶ Case C-185/97, *Belinda Jane Coote v Granada Hospitality Ltd*, ECR [1998] I-05199, para. 27.

⁶³⁷ Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 039, 14/02/1976. Çalışmada, incelenmekte olan Yönerge’yi değiştiren başka bir Yönerge’nin daha bulunduğu durumlarda, incelemenin daha verimli olabilmesi açısından, eski ve yeni Yönerge hükümleri bir arada değerlendirilecektir.

⁶³⁸ Council Resolution of 21 January 1974, OJ [1974] C13/1.

⁶³⁹ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 269, 05/10/2002.

⁶⁴⁰ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, Yürürlüğe giriş: OJ L 180, 19.07.2000.

⁶⁴¹ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 303, 2.12.2000.

ATAD, ilk kez 1998 yılında verdiği *Thibault*⁶⁴² kararı ile 76/207 sayılı Yönerge ile öngörülen nihai hedefin şekli eşitliği değil, maddi eşitliği sağlamak olduğuna hükmetmiştir. Divan bu görüşünü *Mahlburg*⁶⁴³ ve *Badeck*⁶⁴⁴ kararlarında da tekrarlamıştır. ATAD, *Badeck* kararında maddi eşitliğe sosyal yaşamda ortaya çıkan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması suretiyle ulaşılabileceğini belirtmiştir.⁶⁴⁵

(2). Yönerge'nin Amacı

76/207 sayılı Yönerge'nin amacı, üye devletler tarafından işe alınma, mesleki eğitim, işte yükselmede ve çalışma koşullarında ve sosyal güvenlik koşullarında eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulması olarak belirlenmiştir.(md.1/1)

Eşit davranma ilkesinin sosyal güvenlik alanında uygulanmasını sağlamak için gerekli düzenlemeleri yapacak olan kurum, Konsey'dir.(md.1/2) Bu hükümde, sosyal güvenlik, ilk bakışta Yönerge'nin kapsamı dışında tutulmuş izlenimi vermekle birlikte; ATAD, *Marshall*⁶⁴⁶ kararında 76/207 sayılı Yönerge'nin temel bir hakkı düzenlemesi nedeniyle, madde 1/2'de yer alan istisnanın dar yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Divan, *Meyers v Adjudication Officer*⁶⁴⁷ kararında, bir sosyal güvenlik planının konusunun işe alınma, mesleki eğitim ve yükselme ya da çalışma koşullarından biri olması durumunda 76/207 sayılı Yönerge kapsamına dahil olacağını belirtmiştir.⁶⁴⁸

⁶⁴² Case C-136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyn Thibault* [1998], ECR I-2011, para. 26. Dava konusu olayda kadın işçinin ulusal hukuk uyarınca doğum izninde olduğu sırada işyerinde yapılan performans değerlendirmesine bağlı olarak kazanması muhtemel bir terfi hakkında mahrum kalması incelenmiştir.

⁶⁴³ Case C-207/98, *Silke-Karin Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern* [2000], ECR I-549, para. 26. Kararda hamileliğe bağlı olarak ulusal hukuk uyarınca bu süre zarfında çalışması yasaklanan kadın işçinin belirsiz süreli işe alınmasının işveren tarafından hamilelik sebebiyle reddi incelenmiştir.

⁶⁴⁴ Case C-158/97, *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, [2000], ECR I-1875. Dava konusu olayda kamu sektöründe kadınların dezavantajlı oldukları işlerde, ulusal hukuk uyarınca onlar lehine olumlu ayrımcılığa ilişkin olarak alınan önlemlerin 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi'ne aykırılık teşkil edip etmediği incelenmiştir.

⁶⁴⁵ Case C-158/97, *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, [2000], ECR I-1875, para. 32.

⁶⁴⁶ Case C-152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, [1986], ECR 723, para. 36.

⁶⁴⁷ Case C-116/94, *Jennifer Meyers v Adjudication Officer*, [1995], ECR I-2131.

⁶⁴⁸ Ellis, 2005, s. 213.

2002/73 sayılı Yönerge’de cinsiyette anayol yaklaşımı öngörülerek; üye devletlerin işyerine ve sosyal güvenliğe ilişkin kanun, tüzük, idari nitelikteki düzenlemeler, politika ve faaliyetlerinin oluşturulması ve uygulanması aşamalarında kadın ve erkek eşitliğini sağlama amacını aktif bir şekilde dikkate almaları gerektiği belirtilmiştir.(yeni md.1/a)

(3). Eşit Davranma İlkesi

2002/73 sayılı Yönerge ile değişik 2. madde, 76/207 sayılı Yönerge’nin aynı maddesini tümüyle değiştirmiştir. 2002/73 sayılı Yönerge’de öncelikle eşit davranma ilkesi tanımlanmıştır. Eşit davranma ilkesi, cinsiyete dayalı sebeplerle, özellikle medeni ya da ailevi durumlara bağlı olarak, hiçbir şekilde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı anlamına gelmektedir. (değ. md.2/1)

Ahtela’ya göre, kanun koyucu tarafından medeni ya da ailevi duruma dayalı ayrımcılık, ancak dolaylı ayrımcılığın koşullarının ortaya çıkması halinde, bir başka deyişle bir cinsiyet grubuna mensup kişilerin diğer cinsiyet grubundaki kişilere göre önemli ölçüde mağdur edilmesi durumunda yasaklanmaktadır. Yazar, bu görüşünü iş başvurularını değerlendiren bir işverenin sadece bekar kişilerin başvurularını dikkate alması ve işe alınan bekar kişilerin cinsiyete göre dağılımında eşitlik olması durumunda, dolaylı ayrımcılığın oluşmayacağı örneğiyle desteklemektedir. İşe alınan kişilerin sadece evli kişilerden oluşması ve iki cinsiyet grubuna eşit dağıtılması halinde de ayrımcılık oluşmamaktadır.⁶⁴⁹ Burrows ve Prechal, medeni ya da ailevi duruma dayalı bir ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılık koşullarının oluşmaması halinde Yönerge kapsamında değerlendirilmesinin, Yönerge’nin amacını aşacağı görüşündedirler.⁶⁵⁰

⁶⁴⁹ Ahtela, s. 63.

⁶⁵⁰ Prechal and Burrows, s. 109.

(4). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Sayılan Haller

(i). Cinsiyete Dayalı Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık

76/207 sayılı Yönerge’de cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılması yasaklanmış olmakla birlikte, bu kavramlar tanımlanmamıştır. Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık, ilk kez 2002/73 sayılı Yönerge’de tanımlanmıştır. Cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığın tanımına ise ilk kez 97/80 sayılı Yönerge’de yer verilmiş ve bu tanım 2002/73 sayılı Yönerge’de kısmen değiştirilmiştir.⁶⁵¹

(ii). Cinsiyete Dayalı Taciz ve Cinsel Taciz

2002/73 sayılı Yönerge’de 76/207 sayılı Yönerge’de olmayan cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz kavramlarına yer verilmiştir.⁶⁵² Taciz kavramı, ilk kez 2000/78 sayılı Yönerge ile getirilirken, 2002/73 sayılı Yönerge’de ilk kez cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz kavramlarına yer verilmiştir. Cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz, Yönerge’de ayrımcılık sayılarak yasaklanmıştır. Yönerge’de kısaca taciz olarak ifade edilen cinsiyete dayalı taciz ile cinsel taciz, sadece işyerinde değil, istihdama girişte, mesleki eğitimde de ortaya çıkabilir. 2002/73 sayılı Yönerge’nin gerekçesinde, işverenlerin ve mesleki eğitimden sorumlu olanların, ulusal hukuk ve uygulama gereğince işyerinde taciz ve cinsel tacizle mücadeleyle ilişkin önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. (G: 8)

Taciz ve cinsel taciz, 2002/73 sayılı Yönerge’de cinsiyete dayalı ayrımcılık kabul edilerek, yasaklanmıştır. (değ. md. 2/3) Yönerge’de yer alan taciz kavramı, bir kimsenin cinsiyeti temelinde onurunu çiğnemeyi ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturmayı amaçlayan veya bu sonucu doğuran her türlü istenmeyen tavır anlamına gelmektedir. Cinsel taciz ise

⁶⁵¹ AB Hukuk düzeninde cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının tanımına, Çalışma’nın dördüncü bölümünde yer verildiği için, burada değinilmemiştir.

⁶⁵² Danièle Cop, “Gender Equality-Core EU Law Concepts in the Equal Treatment Directive”, içinde der. Xuereb, Peter G. University of Malta, European Documentation and Research Centre, Jean Monnet European Centre of Excellence, Working for an Inclusive Society, 15 September 2005, s. 22; Erişim: [http://aei.pitt.edu/6019\[04.09.2008\]](http://aei.pitt.edu/6019[04.09.2008]); s 23.

kişinin onurunu özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratılması suretiyle çiğnemeyi amaçlayan veya bu sonucu doğuran, istenmeyen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavra karşılık gelmektedir.(değ.md.2/2)

2002/73 sayılı Yönerge’de bir kimsenin taciz türündeki bir davranışı reddetme ya da buna boyun eğmesi durumunun, bu kişiyi etkileyecek bir karara dayanak yapılmaması gerektiği hükme bağlanmıştır. (değ. md. 2/3) Ahtela, kişilerin durumunu etkileyecek hangi tür kararların madde kapsamına girdiği hususunun yeterince açık olmadığı görüşündedir. Hükümde yer alan “karar” ifadesiyle, işveren tarafından verilen kararların yanı sıra; tacize ilişkin bir davada bir yargı makamı tarafından verilen kararlar da kastedilmiş olabilir. Ahtela’ya göre, madde kapsamına en azından, işveren tarafından verilen kararların girdiği kesindir.⁶⁵³

Schiek, tacize ilişkin korumanın 2002/73 sayılı Yönerge ile 2000/78 sayılı Yönerge’ye göre daha ileri düzeyde sağlandığı görüşündedir. Yazar, cinsel taciz kavramının, 2002/73 sayılı Yönerge’de tacizin özel bir türü olarak tanımlandığını ve eşcinsel kimselere karşı yapılan ayrımcı davranışları da kapsadığını belirtmektedir.⁶⁵⁴

(iii). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi

2002/73 sayılı Yönerge’de kişiler aleyhine cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması amacıyla talimat verilmesinin ayrımcılık sayılacağı belirtilmiştir. (değ. md. 2/4)

Üye devletlerin, ulusal hukukları, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulamaları gereğince, işverenleri ve mesleki eğitime giriş için sorumlu olanları özellikle işyerinde taciz ve cinsel taciz olmak üzere cinsiyete dayalı tüm ayrımcılık türlerini engellemeye yönelik önlemleri almak üzere desteklemeleri gerektiği öngörülmüştür. (değ. md. 2/5)

⁶⁵³ Ahtela, s. 67.

⁶⁵⁴ Schiek, 2002, s. 297.

(5). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın İstisnaları

2002/73 sayılı Yönerge’de cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması yasağının bazı istisnaları öngörülmüştür. Kanun koyucu, bu istisnalarla eşitlik ilkesinin uygulanmasından bazı durumlarda sapmıştır.⁶⁵⁵ Yönerge’de yer alan istisnaların sadece Yönerge kapsamına giren işe alınma, mesleki eğitim, işte yükselme ve çalışma koşulları bakımından geçerli olacağı belirtilmelidir.⁶⁵⁶

(i). Bazı Mesleki Faaliyetlerin Doğasının Ya da İcrasının Gerektirdiği Durumlar

Yönerge’de yer alan ilk istisna, üye devletlerin cinsiyete dayanan farklı işlemin, -eğitim dahil olmak üzere- istihdama girişle ilgili belirli hallerde ayrımcılık teşkil etmediğine karar vermelerine ilişkindir. Bu istisnanın geçerli olabilmesi için, ayrımcı nitelikteki işlemin, söz konusu mesleki faaliyetlerin doğasından ya da icrasından kaynaklanması ve cinsiyete ilişkin bu özelliğin gerçek ve belirleyici bir mesleki ihtiyaç oluşturması zorunludur.⁶⁵⁷

Yönerge’deki bu istisnayı uygulamak isteyen üye devlet ya da işveren, ilgili mesleğe ilişkin ayrımcı nitelikte olmayan bir politika yürütülmesinin, bu mesleğin ifasını çok zora sokacağını ya da imkansızlaştıracağını ispatlamalıdır.⁶⁵⁸ Bunun yanı sıra, işlemin amacının hukuka ve ihtiyacın ise ölçülülük ilkesine uygun olması koşulları sağlanmalıdır. (değ. md. 2/6)

(ii). Kadınların Hamilelik ve Analık Durumunda Korunması

2002/73 sayılı Yönerge’de yer alan ikinci istisna, Yönerge hükümlerinin, kadınların özellikle hamilelik ve analık durumunda korunmalarına ilişkin hükümlere hâlel getirmemesidir. (değ. md. 2/7) Kanun koyucu doğrudan ayrımcılığın tanımında,

⁶⁵⁵ Foubert, s. 97.

⁶⁵⁶ Tamara Hervey, “EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life”, Conference paper of 2002, s. 106; Erişim: [http://unjobs.org/authors/tamara-k.-hervey\[08.06.2008\]](http://unjobs.org/authors/tamara-k.-hervey[08.06.2008])

⁶⁵⁷ Prechal and Burrows, s. 109; Onaran-Yüksel, s. 75.

⁶⁵⁸ Hervey, 1993, s. 51.

hamilelik ya da analık durumlarına değinmemiştir. Hamilelik ya da analık durumlarına dayalı ayrımcılıkta erkeklerin emsal kişi olamayacağı şüphesizdir. Hamile bir kadın, emsal kişi olarak hamile olmayan bir kadınla kıyaslandığında ise ayrımcılık cinsiyete dayalı şekilde değil, hamilelik durumuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁵⁹

Yönerge'nin gerekçesinde, ATAD tarafından konuyla ilgili verilen kararlarda, kadınların hamilelik sırasında ve sonrasındaki biyolojik durumlarını korumak gerektiği belirtilmiştir. ATAD kararlarında istikrarlı bir şekilde, kadınlara hamilelik ya da analığa bağlı olarak, daha az lehte davranılmasının, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu ifade edilmiştir.⁶⁶⁰ (G:12)

Yönerge'de doğum (analık⁶⁶¹) izni alan bir kadın çalışanın bu iznin bitiminde, işine ya da koşulları daha az lehine olmamak kaydıyla işine denk başka bir işe dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğunda oluşan iyileştirmelerden yararlanmaya hakkı olduğu da belirtilmiştir. (değ.md.2/7) Bu çerçevede, kadın çalışana hamileliği ya da doğum izni nedeniyle daha az lehte davranılması, ayrımcılık yaratmaktadır. (değ.md.2/7)

Foubert, kadınların hamilelik ve analık durumunda korunmalarının, cinsiyete dayalı ayrımcılığın istisnası olarak ele alınmasını eleştirmektedir. Yazar, kadın çalışanın hamilelik ya da analık durumunun, işveren tarafından yapılan farklı işlemin haklı sebebi olarak ele alınmasının, ayrımcılığın istisnası olarak değerlendirilmesine göre daha isabetli olduğu görüşündedir. Esasen, yazar, her iki görüş arasında büyük bir fark bulunmamasına rağmen, bu istisna çerçevesindeki değerlendirmenin, sadece somut olaya özgü bir haklı sebep değerlendirmesinin ötesinde, kadın erkek eşitliği

⁶⁵⁹ Ahtela, s. 61.

⁶⁶⁰ Hamilelik durumunun doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık türlerinden hangisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündeki tartışmalara ileride 92/85 sayılı Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Hakkında Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Yönerge hükümleri incelenirken ayrıntılı olarak değinilecektir.

⁶⁶¹ “Analık izni”, doktrinde doğum izni ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte iznin “analık izni” olarak ifade edilmesi, bebek bakımı ile ilgilenenin mutlaka anneler olması gerektiği yönündeki yerleşmiş toplumsal değer yargılarını pekiştirmekte olması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Foubert, s. 53.

ilkesini tehlikeye sokabilecek yeni düzenlemelerin önünü açarak, bu ilkeyi daha kolay zedeleyebileceğini belirtmektedir.⁶⁶²

(iii). Olumlu Ayrımcılık

2002/73 sayılı Yönerge'deki son istisna, kadınlara ve erkeklere yönelik fırsat eşitliğini teşvik etmesi ve kadınlar aleyhine çalışma yaşamına girişte ve çalışma koşullarında ortaya çıkan fiili eşitsizlikleri ortadan kaldırması amaçlanan olumlu ayrımcılık kurumuna ilişkindir.

Üye devletlerin uygulamada kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemler alabilecekleri ya da bunları sürdürebilecekleri hükme bağlanmıştır. (değ. md.2/8) Bununla birlikte Yönerge'de üye devletlere, bu kurumu geliştirmeye yönelik bir yükümlülük getirilmemiştir. Bunun nedeni, ATAD'ın genel kural olan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını geniş kapsamda ele alması ve istisna hükmü olan olumlu ayrımcılığı ise dar kapsamda yorumlamasıdır.⁶⁶³

ATAD'ın, 1995 yılında *Kalanke*⁶⁶⁴ davasında verdiği karar, bu duruma örnek oluşturmaktadır. *Kalanke* kararında Divan, 76/207 sayılı Yönerge uyarınca olumlu ayrımcılık kurumu çerçevesinde alınan önlemlerin, erkekler aleyhine ayrımcılık oluşturmaması gerektiğine hükmetmiştir. ATAD'ın bu konuya ilişkin yorumu, AB Hukuku'nda olumlu ayrımcılık kurumunun, kadın erkek eşitliği alanında mevcut pek çok hukuksal düzenlemenin yanı sıra bağımsız olarak bir Yönerge'ye konu olmama nedenini de açıklamaktadır.⁶⁶⁵

⁶⁶² Foubert, s. 42, 100.

⁶⁶³ Rossilli, 1999, s. 174. ATAD, kararlarında sadece olumlu ayrımcılık kurumunun değil, Yönerge'de yer alan diğer istisnaların da dar çerçevede yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Prechal and Burrows, s. 109; Foubert, s. 100; Bkz. Case 222/84 *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651, para. 38; Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, ECR [1995] I-03051, para. 21; Case C-285/98 *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland* [2000] ECR I-69, para. 23; Case C-273/97 *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence*, [1999] ECR I-7403, para. 26.

⁶⁶⁴ Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, ECR [1995] I-03051.

⁶⁶⁵ Tobler, 2005, s. 34.

Yönerge’de cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin bu üç istisnanın düzenli olarak gözden geçirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yönerge’de yer alan istisnalar sınırlayıcı sayıda belirtilmiştir.⁶⁶⁶

(6). Eşit Davranma İlkesinin Uygulama Alanı

2002/73 sayılı Yönerge, 76/207 sayılı Yönerge’nin 3. maddesini bütünüyle değiştirmiştir. Yönerge’de eşit davranma ilkesinin uygulama alanına açıklık getirilmiştir.

Eşit davranma ilkesi, uygulama alanı bakımından, kamu kurumları dahil olmak üzere, kamu ve özel sektörde aşağıda belirtilen hususlara ilişkin olarak cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını ifade etmektedir. Bu hususlar, faaliyet alanı dikkate alınmaksızın, mesleki yükselme dahil mesleki hiyerarşinin tüm seviyelerinde seçim ölçütleri ve istihdam koşulları dahil olmak üzere; istihdama, bağımsız çalışmaya ya da işe giriş koşullarına; uygulamalı iş deneyimi dahil olmak üzere her tür ve seviyedeki mesleki rehberliğe, mesleki eğitime, ileri düzeydeki mesleki eğitime ve yeniden eğitime girişe; işten çıkarma ve ücret dahil olmak üzere istihdam ve çalışma koşullarına; işveren ve işçi kuruluşuna ya da belirli bir meslek kuruluşuna üyelik ya da katılımına ilişkindir.(değ.md.3/1-a-b-c-d)

2002/73 sayılı Yönerge ile getirilen değişikliklerden biri, ücretin, Yönerge kapsamına dahil edilmiş olmasıdır. Ellis, ücretin 75/117 sayılı Yönerge’den sonra, 2002/73 sayılı Yönerge kapsamına dahil edilme nedenine ilişkin olarak iki farklı görüşün bulunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilkinde göre, ücret kavramının 2006/54 sayılı Yönerge’de yer alması, mevcut duruma herhangi bir değişiklik getirdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Eşit ücrete ait ilkeler, 75/117 sayılı Yönerge’deki düzenleme çerçevesinde uygulanmaya devam etmektedir. Bu konudaki ikinci görüşe göre ise, ücretin 2006/54 sayılı Yönerge kapsamına alınma

⁶⁶⁶ Barnard, 1999, s. 242-243. Bkz. Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECR [1986] 01651.

nedeni, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenlemelerin, 2000/43 ve 2000/78 sayılı Yönergeler'e uyumlu hale getirilmesi ihtiyacıdır.⁶⁶⁷ Yazar, bu alandaki içtihat hukukunun ya da müktesebatın değiştirilmediğini ve esasen bu hükmün, Parlamento'nun müdahalesiyle metne girdiğini belirtmektedir.⁶⁶⁸ Komisyon'da bu görüşü, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin tüm düzenlemelerin birleştirilmesine dair 2004 yılında hazırladığı Yönerge teklifinde doğrulamaktadır.⁶⁶⁹ Barnard'a göre, ATAD'ın eşit ücret ve eşit davranma ilkelerinin uygulama alanlarını titiz şekilde ayırt etme yönündeki tutumuna karşın, iki alanın birleştirilmesi, önceden sadece eşit davranmaya ilişkin davalarda uygulanan ilkelerin artık eşit ölçüde ücrete ilişkin davalarda da uygulanması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.⁶⁷⁰

(7). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı ve Mağduriyet Durumunda Koruma

Üye devletler, çalışanların ya da ulusal hukuk ve/veya uygulamalar gereği temsilcilerinin, işveren tarafından, işyeri içindeki bir şikayete ya da eşit davranma ilkesine uyulmasını amaçlayan bir adli kovuşturmaya tepki olarak işlerine son verilmesine ya da başka bir farklı işlemde bulunulmasına karşı gerekli önlemlerin alınmasını sağlamakla yükümlü kılınmışlardır.(değ. md.7)

⁶⁶⁷ Ayrımcılığa ilişkin Yönergelerin uyumlulaştırılması sürecinde bazı önemli hususlara dikkat çekilmelidir. Ayrımcılığa ilişkin Yönergeler yeknesak şekilde düzenlenirken, bir ayrımcılık türü için geçerli olacak bir hükmün doğrudan diğerleri için de öngörülmesi halinde, hem elverişsiz sonuçlara ulaşılır; hem de uyumlulaştırılmanın amacından sapılmış olunur. Ahtela, bu duruma cinsel taciz tanımının, aralarındaki farklılığa rağmen ırksal taciz tanımından hareketle oluşturulmasını örnek vermiştir. Böylece, tanımda kişilere tacizi kabul ettirmek için şantaj yapılmasının yasaklanması gibi esasen cinsel taciz tanımında yer alması gereken öğelere yer verilmemiştir. ırksal ayrımcılığı düzenleyen Yönerge'de bir kişiye ırksal ayrımcılık yapılmasına ilişkin talimat verilmesinin yasaklanması gerekçelendirilebilir. Oysa ki, çok benzer bir yasağın cinsiyete dayalı ayrımcılığı düzenleyen Yönerge'de düzenlenmesi ne ölçüde gereklidir? Yazar, birbirinden farklı ayrımcılık yasaklarına ilişkin Yönergeler'in içeriklerinin, tamamıyla söz konusu ayrımcılık türünün kendi özellikleri ve bunlara ilişkin uygulamadaki ihtiyaç göz önünde tutularak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. AB'de işgücü piyasasında ayrımcılık yapılmasını yasaklayan hukuksal düzenlemelerin en temel amacı kadın çalışanın, iş yaşamındaki durumunu geliştirmek olduğuna göre, düzenlemeler uyumlulaştırılmaya çalışılan diğer Yönergeler'in yapı ve kapsamına göre değil, kadınların uygulamada karşılaştıkları zorluklar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahtela, s. 75.

⁶⁶⁸ Ellis, 2005, s. 217.

⁶⁶⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation, COM (2004) 279 final, 2004/0084 (COD); Ellis, 2005, s. 218.

⁶⁷⁰ Barnard, 2006, s. 394.

c. 79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Kademeli Olarak Uygulanmasına İlişkin Yönerge

Sosyal güvenlik, AB Hukuku'nda eşit davranma ilkesinin uygulanması bakımından Birliğin sosyal ve ekonomik çıkarlarının çatıştığı bir konudur. Bir yanda üye devletlerin sosyal birer refah devleti olarak vatandaşlarına sağlamaları gereken sosyal yükümlülükler, diğer yanda ise ekonomik açıdan kamu bütçelerini sınırlama yönündeki ihtiyaçları bu alandaki çıkarların çatışmasına yol açmıştır.

(1). Yönerge'nin Amacı

79/7 sayılı Yönerge⁶⁷¹, sosyal güvenlik alanında ve Yönerge'nin 3.maddesinde öngörülen sosyal korumanın diğer unsurlarında, sosyal güvenlikle ilgili konularda kadınlar ve erkekler arasındaki eşit davranma ilkesinin kademeli olarak uygulamaya konulmasını amaçlamaktadır (md.1). Yönerge, üye devletlerin zorunlu sosyal güvenlik planlarında uygulanmaya yöneliktir. Bu sebeple Yönerge'nin dikey bir etkisi bulunmaktadır.⁶⁷²

(2). Yönerge'nin Kapsamı

Yönerge'nin uygulanacağı kişiler; bağımsız çalışanlar, faaliyetleri hastalık, kaza ya da irade dışı işsizlik nedeniyle kesintiye uğrayan bağımlı ve bağımsız çalışanlar ve iş arayanlar dahil olmak üzere çalışan nüfus ile emekli veya malül olan bağımlı ya da bağımsız çalışanlardan oluşmaktadır. (md.2)

Divan, *Drake v Chief Adjudication Officer*⁶⁷³ kararında Yönerge'nin kişi bakımından kapsamını oluşturan çalışan nüfus kavramının geniş olarak yorumlanmasına karar vermiştir. Divan, aşağıda belirtilecek risk türlerinden biri

⁶⁷¹ Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 6, 10.1.1979.

⁶⁷² Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, **Textbook on EC Law**, Oxford University Press, NY, 2003, s. 523.

⁶⁷³ Case C-150/85, *Jacqueline Drake v Chief Adjudication Officer*, [1986], ECR 1995.

nedeniyle çalışması kesintiye uğrayan kişilerin bu kapsamda değerlendirileceğine, bu sebeple de somut olayda salt annesinin malüllüğü nedeniyle çalışmasına son veren davacının Yönerge çerçevesindeki çalışan nüfusun bir üyesi olarak kabul edileceğine hükmetmiştir.⁶⁷⁴ Divan, malül olan kişi kendisi olmasa dahi, malüllük bakım ödeneği talebinde bulunan davacıya bu ödeneğin ödenmesi gerekliliğinin, temeldeki malüllük durumundan kaynaklandığını belirtmiştir.⁶⁷⁵

(3). Yönerge’de Koruma Sağlanan Risk Türleri ve İstisnaları

Yönerge’de zorunlu sosyal güvenlik planları çerçevesinde koruma sağlanan risk türleri belirtilmiştir. Bu riskler; hastalık, malüllük, yaşlılık, işyerinde meydana gelen kazalar ve meslek hastalıkları ile işsizlikten oluşmaktadır. (md.3/1-a)

*Stanley Charles Atkins v. Wrekin District Council*⁶⁷⁶ kararında Divan, özellikle yaşlı kişiler olmak üzere belirli bir gruba dahil olan kişilere toplu taşıma hizmetlerinin sağlanmasında ayrıcalıklı tarifeler uygulayan bir planın Yönerge kapsamına dahil olmadığına hükmetmiştir. ATAD, toplu taşıma hizmetlerinde ayrıcalıklı tarifelerden yararlanma olanağı sağlayan bir yardımın yukarıdaki maddede incelenen risk türlerinden birine karşı doğrudan ve etkili bir koruma sağlamadığına karar vermiştir.⁶⁷⁷

Sohrab, Yönerge’de yer alan risk türlerinin, işgücü piyasasında ve aile yapılarında oluşan farklılıklar ve sosyal güvenlik hukukunun değişen yapısı göz

⁶⁷⁴ Case C-150/85, *Jacqueline Drake v Chief Adjudication Officer*, [1986], ECR 1995, para. 22; Margot Horspool, **European Union Law**, Butterworths Core Text Series, 1998, s. 383; Weatherill and Beaumont, s.738; Kent, s. 332; Frans Pennings, **Introduction to European Social Security Law**, the Hague: Kluwer Law International, third edition, 2001, s. 282.

⁶⁷⁵ Case C-150/85, *Jacqueline Drake v Chief Adjudication Officer*, [1986], ECR 1995, para. 24; Josephine Steiner, “The Principle of Equal Treatment for Men and Women in Social Security”, içinde der. Tamara K. Hervey & David O’Keeffe, **Sex Equality in the European Union**, Chichester: John Wiley & Sons, 1996, s. 118.

⁶⁷⁶ Case C-228/94, *Stanley Charles Atkins v Wrekin District Council and Department of Transport*, [1996], ECR I-3633.

⁶⁷⁷ Case C-228/94, *Stanley Charles Atkins v Wrekin District Council and Department of Transport*, [1996], ECR I-3633, para. 11; Weatherill and Beaumont, s.737; Kent, s. 332.

önüne alınarak, tekrar güncellenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁷⁸ Yönerge'nin, aynı zamanda bu risklere karşı koruma sağlayan zorunlu sosyal güvenlik planlarını ikame eden ya da tamamlayan sosyal yardımlara da uygulanacağı öngörülmüştür. (md. 3/1-b) Yönerge'nin uygulama alanının istisnalarını ölüm yardımları, yukarıda belirtilen risklere bağlı olarak elde edilen yardımların artışıyla tahsis edilen aile yardımlarının dışındaki aile yardımları oluşturmaktadır.(md.3/2)

Divan, *R v. Secretary of State for Social Security, ex parte Smithson*⁶⁷⁹ kararında davaya konu kira yardımını Yönerge kapsamında bulmamıştır.⁶⁸⁰ Divan' a göre davaya konu bir yardımın Yönerge kapsamında değerlendirilebilmesi için md. 3/1-a kapsamında belirtilen risklerden birine karşı koruma sağlayan bir zorunlu planın tamamen ya da kısmen bir parçasını ya da bu amaca yönelik olan bir sosyal yardım türünü oluşturması gerekmektedir.⁶⁸¹ Divan söz konusu yardım talebinin yukarıda belirtilen risk türlerinden birine yönelik korumayla “doğrudan ve etkili” bir bağının bulunmadığını belirtmiştir.⁶⁸² Divan bu karar dahil olmak üzere eski tarihli kararlarında dar bir yaklaşım sergilemiştir.⁶⁸³

Divan benzer yaklaşımı, *Drake v Chief Adjudication Officer*⁶⁸⁴ ile *Jackson v Chief Adjudication Officer*⁶⁸⁵ kararlarında da sergilemiştir. Bununla birlikte ATAD'ın daha yeni tarihli kararlarının⁶⁸⁶ bu konudaki yaklaşımıyla çelişmekte olduğu söylenebilir. Divan, yukarıda değinilen yaklaşımın aksini sergilediği *Meyers v Adjudication Officer*⁶⁸⁷ kararında, düşük ücretle çalışan ailelere sağlanan aile

⁶⁷⁸ Julia Sohrab, **Sexing the Benefit: Women, Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law**, Aldershot: Dartmouth, 1996 naklen Erika Szyszczak, **EC Labour Law**, Pearson Education Limited, 2000, s. 96.

⁶⁷⁹ Case C-243/90, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Florence Rose Smithson*, [1992], ECR I-467.

⁶⁸⁰ Penelope Kent, **Law of the European Union**, Third edition, Longman, London, 2001, s. 332.

⁶⁸¹ Case C-243/90, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Florence Rose Smithson*, [1992], ECR I-467, para. 12.

⁶⁸² Case C-243/90, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Florence Rose Smithson*, [1992], ECR I-467, para. 14.

⁶⁸³ Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 524-525.

⁶⁸⁴ Case C-150/85, *Jacqueline Drake v Chief Adjudication Officer*, [1986], ECR 1995, para. 21.

⁶⁸⁵ Joined cases C-63/91 and C-64/91, *Sonia Jackson et Patricia Cresswell v Chief Adjudication Officer*, [1992], ECR I-4737, para. 15; Steiner, s. 121.

⁶⁸⁶ Case C-116/94, *Jennifer Meyers v Adjudication Officer*, [1995], ECR I-2131.

⁶⁸⁷ Case C-116/94, *Jennifer Meyers v Adjudication Officer*, [1995], ECR I-2131.

kredisi yardımını 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi kapsamında⁶⁸⁸ değerlendirmiştir. Benzer bir başka karar olan *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte Cyril Richardson*'da⁶⁸⁹, Divan, kadınlarda 60 ve erkeklerde 65 yaş olarak belirlenen emeklilik yaşlarına bağlanan reçete ücretlerinden muaf tutulmaya ilişkin ulusal düzenlemenin, ayrımcı nitelikte olduğuna hükmetmiştir.⁶⁹⁰ Divan bu kararda ilgili ulusal düzenlemenin Yönerge kapsamındaki risk türlerinden biri olan hastalığa karşı koruma sağlayan zorunlu plan çerçevesinde oluşturulması nedeniyle Yönerge md.3/1 kapsamına girdiğini belirtmiştir.

(4). Eşit Davranma İlkesi

Eşit davranma ilkesinin özel planlarda uygulanmasının sağlanması konusunda, Konsey, Komisyon'dan gelen teklif üzerine konunun özünü, içeriğini ve uygulamasına ilişkin düzenlemeleri tanımlayan hükümleri kabul edecektir. (md. 3/3)

Yönerge'de eşit davranma ilkesi; özellikle planların uygulama alanı ve bunlara giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eşe ve bakmakla yükümlü olunan kişilere ilişkin olan tamamlayıcı yardımlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresine ve korunmasına ilişkin koşullar dahil olmak üzere yardımların hesaplanması konularında, özellikle evlilik veya aile durumuna dayanarak, doğrudan ya da dolaylı şekilde cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması olarak tanımlanmıştır.(md.4/1) Bu hüküm, ulusal mahkemelerde uygulanmak üzere doğrudan etkiye sahiptir.⁶⁹¹ Eşit davranma ilkesinin, kadının analık nedeniyle korunmasına ilişkin hükümlere halel getirmeyeceği hükme bağlanmıştır. (md. 4/2)

⁶⁸⁸ 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi md.1/1'de, Yönerge'nin amacı, üye devletler tarafından işe alınma, mesleki eğitim, işte yükselmede ve çalışma koşullarında ve sosyal güvenlik koşullarında eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulması olarak belirlenmiştir. Bu durumda, 76/207 sayılı Yönerge ile 79/7 sayılı Yönerge hükümlerinin sosyal güvenliğe ilişkin konularda örtüştüğü söylenebilir. Bu sebeple Divan, yukarıdaki karar örneğinde olduğu gibi, somut olayda 76/207 sayılı Yönerge'nin uygulanmasına da karar verebilmektedir.

⁶⁸⁹ Case C-137/94, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte Cyril Richardson*, [1995], ECR I-3407.

⁶⁹⁰ Divan, davaya konu düzenlemenin 79/7 sayılı Yönerge md.7/1(a)'daki istisnaya dahil olmadığını belirtmiştir. Case C-137/94, *The Queen v Secretary of State for Health, ex parte Cyril Richardson*, [1995], ECR I-3407, paras. 28-29.

⁶⁹¹ Erika Szyszczak, **EC Labour Law**, Pearson Education Limited, UK, 2000, s. 96.

Divan, *Teuling*⁶⁹² kararında somut olaya konu düzenlemede malüllük yardımı miktarının, kişinin medeni durumu, eşinin çalışmasıyla elde edilen geliri ya da bakmakla yükümlü olunan çocuğun mevcudiyeti dikkate alınarak belirlenmesinin, haklı sebeple gerekçelendirildiğine hükmetmiştir.⁶⁹³ Divan, bu yardımdan evli kadınlara göre daha fazla sayıda evli erkeğin yararlandığını belirtmiştir.⁶⁹⁴ Divan *Teuling* kararında, düzenlemenin haklı bir sebep oluşturan amacının, herhangi bir işten geliri olmayan ve bakmakla yükümlü olduğu bir eşi ya da çocuğu bulunan kişilerin, diğer kişilere göre daha fazla yaşamsal yükü olması nedeniyle ilgili yardımla desteklenerek, yaşam seviyelerinin asgarinin altına düşmesinin engellenmesi olduğunu belirtmiştir.⁶⁹⁵

Divan işsizlik ve malüllük yardımlarını incelediği *European Communities v Kingdom of Belgium*⁶⁹⁶ ve *Y. M. Posthuma-van Damme v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*⁶⁹⁷ kararlarında da *Teuling* kararındakine benzer bir yaklaşımla, düzenlemenin amacının ilgili üye devletin sosyal politika hedefleri çerçevesinde haklı bir sebebe dayandığını belirtmiştir. Divan, üye devletlerin sosyal politikalarını belirlerken geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını da vurgulamıştır.⁶⁹⁸

ATAD'ın *Ruzius-Wilbrink*⁶⁹⁹ kararında, Hollanda sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde kısmi süreli ve tam süreli çalışanlara uygulanan malüllük yardımları incelenmiştir. Davaya konu somut olayda ilgili ulusal düzenlemeler gereği, kısmi süreli çalışanlara yapılacak yardıma esas olarak talepte bulunanın önceki gelirinin

⁶⁹² Case C-30/85, *J. W. Teuling v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie*, [1987], ECR 2497.

⁶⁹³ Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 526.

⁶⁹⁴ Case C-30/85, *J. W. Teuling v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie*, [1987], ECR 2497, para. 13.

⁶⁹⁵ Case C-30/85, *J. W. Teuling v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie*, [1987], ECR 2497, para. 16.

⁶⁹⁶ Case C-229/89, *European Communities v Kingdom of Belgium*, [1991] ECR I-2205.

⁶⁹⁷ Case C-280/94, *Y. M. Posthuma-van Damme v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen and N. Oztürk v Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, [1996] ECR I-179.

⁶⁹⁸ Case C-280/94, *Y. M. Posthuma-van Damme v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen and N. Oztürk v Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, [1996] ECR I-179, para. 26.

⁶⁹⁹ Case C-102/88, *M. L. Ruzius-Wilbrink v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, [1989], ECR 4311.

dikkate alınmasına karşın, tam süreli çalışanlara önceki gelirleri dikkate alınmaksızın her koşulda asgari bir yaşam geliri sağlanmaktadır. Davacı söz konusu üye devlette kısmi süreli çalışanların büyük oranını kadınların oluşturması nedeniyle cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğu iddiasında bulunmuştur. Divan, kararda üye devlet hükümetinin dayandığı gerekçenin objektif bir haklı sebep oluşturmadığına hükmetmiştir.⁷⁰⁰

Eşit davranma ilkesine ilişkin *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*⁷⁰¹ kararında, ATAD, önceden erkek iken cinsiyetini değiştiren transseksüel davacının kendisine diğer kadın çalışanlarla aynı emeklilik yaşının uygulanması yönündeki talebini incelemiştir. Davalı İngiliz hükümeti, emeklilik yaşının İngiliz hukukuna göre erkeklerde 65, kadınlarda 60 olması nedeniyle davacının 65 yaşına dek beklemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Divan dava sonunda, ulusal düzenlemelere uygun şekilde cinsiyetini değiştiren kişinin 65 yaşını doldurmamış olması nedeniyle emeklilik aylığına hak kazanamayacağına ilişkin ulusal düzenlemenin eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir.⁷⁰²

(5). Eşit Davranma İlkesinin İstisnaları

Yönerge’de üye devletlerin belirli konuları, Yönerge’nin uygulama alanı dışında tutmasına izin verilmiştir. Yönerge’de yer alan istisnalar, yaşlılık ve emeklilik aylığını almaya esas olacak emeklilik yaşının belirlenmesi ve olası sonuçları buna bağlı diğer yardımlar, çocuk yetiştiren kişilere yaşlılık planlarında avantaj sağlanması, çocuk yetiştirme sebebiyle çalışmaya ara verilmesini takiben yardımlara hak kazanılması, bağımlı evli kadın için uzun dönemli malüllük, yaşlılık, iş kazası ya da meslek hastalığıyla ilgili uzun süreli yardımlara ek yardım sağlanması, Yönerge’nin kabulü öncesinde bir hukuksal rejim çerçevesinde haklardan yararlanmama ya da yükümlülükler altına girmeme yönünde bir tercih

⁷⁰⁰ Case C-102/88, *M. L. Ruzius-Wilbrink v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, [1989], ECR 4311, paras. 16-17; Horspool, s. 383; Weatherill and Beaumont, s.738.

⁷⁰¹ Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*, [2006], ECR I-3585.

⁷⁰² Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions*, [2006], ECR I-3585, para. 38.

hakkının kullanılmasından kaynaklanan sonuçlardan oluşmaktadır. (md. 7/1 (a,b,c,d,e))

Yukarıda incelenen hükümde yer alan istisnalar, dar olarak yorumlanmalıdır. ATAD, *Marshall*,⁷⁰³ *Beets-Proper*⁷⁰⁴ ve *Thomas and Others*⁷⁰⁵ kararlarında bunu önemle vurgulamıştır. *Marshall* kararında Divan, işvereni tarafından emeklilik aylığına hak kazanmasının ardından işten çıkarılan davacının talebini incelemiştir. Davaya konu olayın vukuu bulduğu tarihteki İngiliz Hukuku uyarınca emeklilik yaşı kadınlar için 60, erkekler için 65 olarak belirlenmiştir. Davacı kadın çalışan 62 yaşına ulaştığında, hizmet sözleşmesi işveren tarafından yasal emeklilik aylığına hak kazanmış olduğu gerekçesiyle feshedilmiştir.⁷⁰⁶ Divan, kararda Yönerge md. 7/1(a)’nın dar olarak yorumlanması gerektiğine karar vermiş ve somut olayda asıl sorunun ilgili maddenin dışında 76/207 sayılı Yönerge’nin çalışma koşullarında eşit davranma ilkesini düzenleyen md.5/1’i ilgilendirdiğine karar vermiştir. Divan, somut olayda işveren tarafından hizmet sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin olarak bir üst yaş sınırı belirlenmesini, yukarıdaki hükmün ihlali olarak değerlendirerek, bunun kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁷⁰⁷

Yönerge md. 7/1(a)’da yer alan “...olası sonuçları emeklilik yaşının belirlenmesine bağlı diğer yardımlar” konusunda Divan, söz konusu yardımlarda farklı işleme, ancak bu işlemin ilgili üye devlet tarafından öngörülen emeklilik yaşlarındaki farklılığa “zorunlu ve objektif olarak” bağlı olması koşuluyla izin vermektedir.⁷⁰⁸ ATAD, *Graham*⁷⁰⁹ davasında, ilgili üye devlet tarafından emeklilik

⁷⁰³ Case 152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, [1986], ECR 723, para. 36; Weatherill and Beaumont, s. 738.

⁷⁰⁴ Case 262/84, *Vera Mia Beets-Proper v F. Van Lanschot Bankiers NV*, [1986], ECR 773, para. 38.

⁷⁰⁵ Case C-328/91, *Secretary of State for Social Security v Evelyn Thomas and others*, [1993], ECR I-1247, para. 8.

⁷⁰⁶ Case 152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, [1986], ECR 723, para.6.

⁷⁰⁷ Case 152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, [1986], ECR 723, para.38; Steiner, s. 126-127.

⁷⁰⁸ Case C-92/94, *Secretary of State for Social Security and Chief Adjudication Officer v Rose Graham, Mary Connell and Margaret Nicholas*, [1995] ECR I-2521, para. 11; Tamara K. Hervey, “Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence”, **European Law Journal**, Vol.4, No.2, June 1998, s. 215.

⁷⁰⁹ Case C-92/94, *Secretary of State for Social Security and Chief Adjudication Officer v Rose Graham, Mary Connell and Margaret Nicholas*, [1995] ECR I-2521

yaşının kadınlarda 60, erkeklerde 65 olarak belirlendiği somut olayda, işyerindeki emeklilik yaşına ulaşmadan malül olan çalışanlar için malüllük aylığının oranının yukarıda belirtilen emeklilik yaşı ve oranıyla sınırlandırılabilceğine ve ayrımcı olduğu iddia olunan işlemin emeklilik yaşına zorunlu ve objektif olarak bağlandığına hükmetmiştir.⁷¹⁰ Divan, bu tür ayrımcı uygulamaların sosyal güvenlik sisteminin dengesinin bozulmaması ve emeklilik aylığı planı ile diğer yardım planları arasındaki uyumun güçlendirilmesi amacıyla gerekli olduğuna karar vermiştir.⁷¹¹ Hervey, Divan'ın yukarıda belirtilen kararlarda md. 7/1(a)'daki istisnanın dar yorumlanması gerektiğini belirtmesine karşın, buna ilişkin yaklaşımının geniş olduğunu savunmaktadır. Yazar, Divan'ın üye devletlerin emeklilik aylığı almaya esas olacak emeklilik yaşının belirlenmesi ve yaş farklılığının diğer yardımlara da teşmili konusundaki takdir yetkisini kısıtlamamak, aksine arttırmak amacıyla hareket ettiğini belirtmektedir.⁷¹²

Bununla birlikte, md. 7'deki istisnai durumlar dar yorumlanırken de, düzenlemenin amacı gözden kaçırılmamalıdır. Divan'ın *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*⁷¹³ kararında İngiliz Fırsat Eşitliği Komisyonu, katkılar yoluyla oluşturulan ulusal emeklilik planının cinsiyete dayalı iki türlü ayrımcılığa yol açtığı iddiasında bulunmuştur. İlk durumdaki ayrımcılık, plana yapılan katkıların süresine ilişkindir. Aynı emeklilik aylığına hak kazanabilmek için erkek çalışanların 44 yıl, kadın çalışanların ise 39 yıl boyunca prim ödemeleri gerekmektedir. İlgili ulusal düzenlemeler gereği kadın çalışanlarda emeklilik yaşı 60, erkeklerde ise 65 olarak belirlenmiştir. İkinci durum ise, erkek çalışanların 60 ile 64 yaşları arasında prim ödeme yükümlülüklerinin devam etmesine rağmen, çalışmayı sürdüren aynı yaştaki kadın çalışanların bu yönde bir yükümlülüğü bulunmamasına ilişkindir.⁷¹⁴ Divan, Yönerge'de yer alan istisnaların üye devletlerin kadınlar için emeklilik durumuna ilişkin geçici olarak

⁷¹⁰ Case C-92/94, *Secretary of State for Social Security and Chief Adjudication Officer v Rose Graham, Mary Connell and Margaret Nicholas*, [1995] ECR I-2521, para. 10; Kent, s. 334.

⁷¹¹ Case C-92/94, *Secretary of State for Social Security and Chief Adjudication Officer v Rose Graham, Mary Connell and Margaret Nicholas*, [1995] ECR I-2521, para. 12.

⁷¹² Hervey, 1998, s. 215-216.

⁷¹³ Case C-9/91, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, [1992], ECR I-4297.

⁷¹⁴ Case C-9/91, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, [1992], ECR I-4297, para. 11.

öngördükleri avantajlı durumu koruyarak, emeklilik sistemlerini -sistemlerin finansal dengesine zarar vermeden- kademeli olarak değiştirebilmelerinin sağlanması için düzenlendiğini belirtmiştir. Divan'a göre, kadınların erkeklerden daha erken bir tarihte emekliliğe hak kazanmaları da bu avantajların bir parçasını oluşturmaktadır.⁷¹⁵ Bunun yanı sıra, Divan, ilgili istisnaları öngörüldüğü amacın dışında daha dar yorumlamak suretiyle, emeklilik yaşına bağlı olan emeklilik primlerini ödeme süresi bakımından ortaya çıkan farklılığı istisna hükmünün dışında tutmanın, bir başka deyişle kadın ve erkeğin ödedikleri prim sürelerinin farklılığının cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğunu kabul etmenin, bu hükmün amacına ters düştüğüne hükmetmiştir.⁷¹⁶

Divan'ın, *Secretary of State for Social Security v Thomas and Others*⁷¹⁷ kararında ilgili ulusal düzenlemeler gereği ağır engellilik ve malüllük bakım ödeneklerinin kadınlarda 60, erkeklerde 65 olarak belirlenen emeklilik yaşına ulaşılmasıyla birlikte sona erdirilmesi hususu incelenmiştir. Divan, somut olaydaki katkı sağlanmayan planlardaki farklı işlemin, ulusal sosyal güvenlik sisteminin finansal dengesinin korunmasına doğrudan bir etkisi bulunmaması nedeniyle, haklı şekilde gerekçelendirilemediğine hükmetmiştir.⁷¹⁸

Divan, benzer bir yaklaşımı *Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor*⁷¹⁹ davasında da sergilemiştir. Bu davada, Divan, yasal emeklilik yaşına bağlı olarak kazanılan akaryakıt ödeneğini, md. 7/1(a) kapsamındaki istisnalara dahil olacak bir yardım niteliğinde bulmamıştır. Bu sebeple davaya konu ayrımcı işlemin objektif bir şekilde kadın ve erkek için emeklilik yaşının farklılığına bağlanması mümkün değildir.⁷²⁰

⁷¹⁵ Case C-9/91, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, [1992], ECR I-4297, para. 15.

⁷¹⁶ Case C-9/91, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, [1992], ECR I-4297, para. 19; Horspool, s. 383.

⁷¹⁷ Case C-328/91, *Secretary of State for Social Security v Evelyn Thomas and others*, [1993], ECR I-1247.

⁷¹⁸ Case C-328/91, *Secretary of State for Social Security v Evelyn Thomas and others*, [1993], ECR I-1247, paras. 14-15.

⁷¹⁹ Case C-382/98, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor*, [1999], ECR I-8955.

⁷²⁰ Case C-382/98, *The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor*, [1999], ECR I-8955, para. 35.

Üye devletler, kapsam dışında tuttıkları konulara ilişkin sosyal gelişmeleri göz önüne alarak, söz konusu istisnaları sürdürmeye ilişkin gerekçelerinin varlığı hususunu belirli sürelerde incelemeye tabi tutacaklardır. (md. 7/2)

d. 86/378/EEC sayılı Özel Sosyal Güvenlik Planlarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge ve 86/378/EEC sayılı Yönergeyi değiştiren 96/97/EC sayılı Yönerge

(1). Yönerge'nin Gerekçesi

79/7 sayılı Yönerge, üye devletlerin zorunlu sosyal güvenlik planlarına uygulanmaktadır. Eşit davranma ilkesinin özel sosyal güvenlik planlarında uygulanmasının sağlanması için, 86/378 sayılı Yönerge⁷²¹ kabul edilmiştir. 86/378 sayılı Yönerge ile zorunlu sosyal güvenlik planı açısından kabul edilen ve geçerli olan ilkeler, bu kez özel sosyal güvenlik planları açısından uygulama alanı bulmuştur.⁷²²

86/378 sayılı Yönerge, ATAD'ın *Barber*⁷²³ davasında verdiği karar doğrultusunda 96/97 sayılı Yönerge⁷²⁴ ile değiştirilmiştir. *Barber* davasına konu olayda, davacı, işvereni tarafından katkıda bulunulan ve sözleşmeyle kurulan bir planın uygulandığı bir emeklilik fonu üyesidir. Erkek çalışanlar için öngörülen emeklilik yaşına ulaşmadan işine zorunlu olarak son verilen davacıya, hizmet sözleşmesinin feshine bağlı olarak birtakım ödemeler yapılmıştır. Davacının üyesi olduğu plan gereği, normal emeklilik aylığına kadın çalışanlar için 57; erkek çalışanlar için 62 yaşında hak kazanılırken; bu yaş sınırı işveren tarafından işten çıkarılma halinde kazanılan acil emeklilik aylığı için kadınlarda 50; erkeklerde ise 55 olarak belirlenmiştir. Davacı, olayın vuku bulduğu tarihte 52 yaşında olduğundan,

⁷²¹ Council Directive 86/378/EEC of 24 July 1986 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 225 , 12/08/1986.

⁷²² Ertürk, 2008, s. 109.

⁷²³ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889.

⁷²⁴ Council Directive 96/97/EC of 20 December 1996 amending Directive 86/378/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 46, 17/2/1997.

işten çıkarılmaya bağlı acil emeklilik aylığına hak kazanamamış; bunun için erkeklerde normal emeklilik yaşı olan 62 yaşı beklemesi gerekmiştir.⁷²⁵ Davacı benzer şekilde işine son verilen bir kadın çalışanın aynı ödemelerin yanı sıra emeklilik aylığına da hak kazanacağını belirterek, cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiasında bulunmuştur.⁷²⁶ ATAD, *Barber* kararında sözleşmeyle kurulan özel bir plan çerçevesinde ödenen bir emeklilik aylığının özellikle bu aylığın kişiye zorunlu işten çıkarılmayla ilişkili olarak bağlanması halinde, ATA. eski md.119 çerçevesinde ücrete dahil olduğunu karara bağlamıştır.⁷²⁷ Divan’a göre, bazı ödemelerin hizmet ilişkisi sona erdikten sonra yapılması, bunların ATA. eski md. 119 kapsamında ücret tanımına girmesini engellemektedir.⁷²⁸ Bu kararın önemi, tüm ücret türlerinin ve özel sosyal güvenlik planlarından doğan yardımların örtülü olarak ATA. eski md. 119 kapsamındaki ücret kavramına dahil kabul edilmesidir.⁷²⁹

96/97 sayılı Yönerge’nin gerekçe kısmında, ATA’ya ekli eski 119.maddeye ilişkin 2 no’lu Protokol’e değinilmiştir. *Barber Protokolü*⁷³⁰ olarak adlandırılan bu Protokol uyarınca özel sosyal güvenlik planlarına dahil olup, 17 Mayıs 1990’dan önceki çalışmalara bağlı olan yardımların, -bu tarihten önce ulusal hukuk uyarınca idari ve yargısal mercilere başvurmuş çalışanların durumu hariç- ücret kapsamında değerlendirilmeyeceği öngörülmüştür.

Divan’ın incelediği *Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*⁷³¹ kararında davacının ölen eşi, ölümüne dek hem çalışan hem de işveren tarafından finanse edilen özel bir emeklilik planının üyesidir. Bu plan, devlet tarafından zorunlu olarak nitelendirilen bir plan olup;

⁷²⁵ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, paras. 5-6.

⁷²⁶ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, paras. 6-7; Horspool, s. 384.

⁷²⁷ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, para. 28; Hervey, 1998, s. 216; Horspool, s. 384.

⁷²⁸ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, para. 12.

⁷²⁹ Hervey, 1998, s. 216.

⁷³⁰ Horspool, s. 385.

⁷³¹ Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879.

kuralları sosyal taraflarca yapılan bir anlaşmayla belirlenmiştir.⁷³² Davacının eşinin ölümü tarihinde, ilgili plan gereğince ölüm aylığı, ancak sağ kalan eşin kadın olması koşuluyla ödenmektedir. Ocak 1989 tarihi itibarıyla, bu hak sağ kalan erkek dullara da tanınmıştır.⁷³³ Davacı, bunun üzerine ölüm aylığı için başvuruda bulunmuş fakat eşinin ölümü tarihindeki düzenleme, erkeklere bu hakkı tanımadığından başvurusu reddedilmiştir. Davacı, *Barber* kararını emsal göstererek, talep ettiği ölüm aylığının ATA. eski md. 119 kapsamında ücret kavramına girdiği ve buna bağlı olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılamayacağı iddiasında bulunmuştur. Divan, somut olayda ölüm aylığının ATA. eski md.119 kapsamında ücrete dahil olduğuna karar vermiştir.⁷³⁴ Davalı taraf, *Barber* kararının davacının eşinin ölümünden sonra verildiğini ve etkilerinin sınırlı olduğunu belirtmiştir.⁷³⁵ *Barber* kararında Divan, ATA. eski md. 119'un ulusal mahkemelerde doğrudan etkiye sahip olduğuna hükmetmiştir.⁷³⁶ Divan, özel emeklilik planlarında eşit davranma ilkesinin, ancak *Barber* kararının tarihi olan 17 Mayıs 1990'dan sonraki çalışmalar kapsamındaki yardımlara ilişkin olarak talep edilebileceğini, davacının durumunun Barber Protokolü'nde yer alan istisna hükmüne de girmemesi nedeniyle, davacı tarafından *Barber* davasındaki ATA eski md. 119'un doğrudan etkisine dayanılamayacağına hükmetmiştir.⁷³⁷

(2). Yönerge'nin Amacı

Yönerge'nin amacı, özel sosyal güvenlik planlarında kadın ve erkek için eşit davranma ilkesinin uygulanmasıdır (md.1).

⁷³² Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879, para. 10.

⁷³³ Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879, para. 3.

⁷³⁴ Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879, para. 12.

⁷³⁵ Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879, para. 4.

⁷³⁶ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889, para. 39.

⁷³⁷ Case C-109/91, *Gerardus Cornelis Ten Oever v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*, [1993] ECR I-4879, para. 20.

Yönerge’de özel sosyal güvenlik planlarının tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, özel sosyal güvenlik planları, 79/7 sayılı Yönerge kapsamına girmeyen, bir işletme ya da işletmeler topluluğu, bir ekonomik faaliyet alanı, bir mesleki sektör ya da sektörler grubundaki bağımlı ya da bağımsız çalışanlara zorunlu sosyal güvenlik planlarıyla sağlanan yardımları -bu rejimlere tabi olmanın zorunlu ya da gönüllülük esasına dayalı olması dikkate alınmaksızın- tamamlama ya da onları ikame etme amacıyla kurulan planları ifade etmektedir (değ. md. 2/1).

(3). Yönerge’nin Kapsamı

Yönerge, bağımsız çalışanlar için bireysel sözleşmelere, bağımsız çalışanlara yönelik sadece bir üyesi bulunan planlara, ücretli çalışanlara ilişkin olarak işverenin taraf olmadığı sigorta sözleşmelerine, katılımcılarına bireysel olarak ek yardımların veya bağımsız çalışanlar için normal yardımların başlayacağı tarihin seçimini ya da çeşitli yardımlar arasındaki bir seçimi güvence altına alan özel sigorta planlarının seçimlik hükümlerine uygulanmamaktadır (değ. md. 2/2). Yönerge, bireysel kapsam bakımından 79/7 sayılı Yönerge’nin 2. maddesini tekrarlamaktadır. (değ. md. 3).

(4). Yönerge’de Koruma Sağlanan Risk Türleri ve İstisnaları

Yönerge’de koruma sağlanan ve Yönerge’nin uygulanacağı risk türleri, 79/7 sayılı Yönerge’nin 3/1-a md.’sinde belirtilenlerle aynıdır. (md.4) Yönerge, aynı veya nakdi diğer sosyal yardımları ve özellikle bağımlı çalışanlara yönelik olan ve işveren tarafından çalışana istihdamı nedeniyle ödenen bir bedeli oluşturan ölüm yardımlarını ve aile yardımlarını sağlayan özel planlara uygulanır (md. 4/b).

86/378 sayılı Yönerge’de ölüm yardımları ve aile yardımları için öngörülen hüküm, zımni şekilde belirtildiği için ilk bakışta 79/7 sayılı Yönerge’deki gibi açık bir istisna olarak algılanmamaktadır. Bu sonuca Yönerge’nin ancak yukarıda belirtilen koşulları taşıyan ölüm ve aile yardımlarına uygulanacak olmasından varılabilmektedir.⁷³⁸

⁷³⁸ Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 530.

Yönerge'nin uygulanacağı yardımlar, ancak madde kapsamındaki koşulu sağlayan bağımlı çalışanları kapsamakta ve bağımsız çalışanlar yine istisna kapsamında kalmaya devam etmektedirler. Bu durum, 96/97 sayılı Yönerge md.9/b⁷³⁹ ile de teyit edilmiştir. *Barber* kararı sonrasında, işverenin çalışana hizmet ilişkisi nedeniyle ödediği yardımlar, çoğunlukla bir "bedel"(karşılık) teşkil ettiği için, md.9/b kapsamındaki istisnaya dahil olmamaktadır.⁷⁴⁰ Keza bu istisna da zaten bağımsız çalışanlara yönelik planlar açısından öngörülmüştür. 86/378 sayılı Yönerge ile 79/7 sayılı Yönerge hükümleri, risk türlerinde olduğu gibi, istisnalar bakımından da birbirine paralellik göstermektedir.⁷⁴¹

(5). Eşit Davranma İlkesi

Yönerge'de eşit davranma ilkesi, özellikle planların uygulama alanı ve bunlara giriş koşulları, prim ödeme yükümlülüğü ve primlerin hesaplanması, eşe ve bakmakla yükümlü olunan kişilere ilişkin olan tamamlayıcı yardımlar ve yardımlardan yararlanma hakkının süresine ve korunmasına ilişkin koşullar dahil olmak üzere yardımların hesaplanması konularında, kişilerin özellikle medeni ve ailevi durumlarına bağlı olarak doğrudan ya da dolaylı şekilde cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanması olarak tanımlanmıştır. Yönerge'de yer alan hükümlerin, kadınların analık halinde korunmalarına ilişkin hükümlere etki etmemesi de kararlaştırılmıştır (md.5).

(6). Eşit Davranma İlkesine Aykırı Durumlar

Yönerge'de eşit davranma ilkesine aykırı olan durumlar, cinsiyete dayalı sebeplerle, özellikle medeni ya da ailevi durumlara bağlı olarak, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılması olarak ifade edilmiştir. Bunlara, bir özel plana katılacak kimselerin tespitinde, bir özel plana katılmanın zorunlu veya ihtiyari niteliğinin kararlaştırılmasında, plana giriş yaşı ile ilgili olarak veya yardımların elde edilmesi

⁷³⁹ 96/97 Sayılı Konsey Yönergesi md.9/b uyarınca, Üye Devletler eşit davranma ilkesinin ölüm aylığına ilişkin olarak zorunlu olarak uygulanmasını bağımsız çalışanlar açısından, AB Hukuku tarafından bu ilkenin yasal planlarda öngörülmesine dek erteleme hakkına sahiptirler.

⁷⁴⁰ Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 530.

⁷⁴¹ Hervey, 1998, s. 215.

için gerekli asgari çalışma veya plana üye olma süresi ile ilgili olarak farklı kuralların düzenlenmesinde, farklı emeklilik yaşları belirlenmesinde, çalışanlar için farklı prim düzeyleri kararlaştırılmasında, cinsiyet ayrımcılığı içerir nitelikte hükümler öngörülmesi örnek verilebilir (değ. md.6).

ATAD, *Moroni v. Collo GmbH*⁷⁴² kararında özel sosyal güvenlik planlarında eşit davranma ilkesi ve ATA. eski md. 119'un somut olaya uygulanabilirliğini incelemiştir. Davaya konu olayda davacı, çalışmakta olduğu işyerinin özel yaşlılık aylığı planının üyesidir. Yasal planı tamamlayıcı nitelikteki bu planda ilgili işyerinde en az 10 yıl çalışmış olmak koşuluyla kadın çalışanların 60, erkek çalışanların ise 65 yaşında emeklilik aylığına hak kazanacakları düzenlenmiştir.⁷⁴³ İlgili ulusal hukuk uyarınca emeklilik yaşına gelmeden işten ayrılan çalışan, hizmeti sırasında kazandığı haklarını korumakta ve bu hakları emeklilik yaşına ulaştığında talep edebilmektedir. Bu durumda ise emeklilik aylığı, çalışanın çalışması gereken süreden çalıştığı süre düşürülmek suretiyle hesaplanmaktadır. Kadın çalışanlar, erkeklerden daha az yıl çalışmak zorunda olduklarından, onların aylıkları erkeklere göre daha az düşürülmektedir.⁷⁴⁴ Davacı, ATA. eski md. 119'a dayanarak, kadın çalışanlarla aynı yaşta emeklilik aylığına hak kazanacağını ve aylığı hesaplanırken düşürülecek miktarın ise 60 yaşını doldurduğu gün ile hizmet süresi arasındaki fark kadar olması gerektiğini iddia etmiştir.⁷⁴⁵ Divan, dava sonunda davacı erkek çalışanın emeklilik aylığına, tamamlayıcı nitelikteki özel emeklilik planında kadın ve erkek çalışanlar için farklı yaşlar öngörülmesine bağlı olarak, aynı durumdaki bir kadın çalışandan daha ileri bir yaşta hak kazanabilmesini, ATA. eski md. 119'a aykırı bulmuştur.⁷⁴⁶ ATAD, bu kararıyla özel sosyal güvenlik planlarında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağından hiçbir şekilde taviz vermeyeceğini açıkça belli etmiştir.

Yönerge'de üye devletlerin, hukuksal olarak zorunlu kılınan toplu iş sözleşmelerinde, işletmelerin personel kurallarında, özel sosyal güvenlik planına ilişkin tüm diğer düzenlemelerde yer alan eşit davranma ilkesine aykırı hükümlerin

⁷⁴² Case C-110/91, *Michael Moroni v Collo GmbH*, [1993], ECR I-6591.

⁷⁴³ Case C-110/91, *Michael Moroni v Collo GmbH*, [1993], ECR I-6591, para. 3.

⁷⁴⁴ Case C-110/91, *Michael Moroni v Collo GmbH*, [1993], ECR I-6591, para. 4.

⁷⁴⁵ Case C-110/91, *Michael Moroni v Collo GmbH*, [1993], ECR I-6591, para. 5.

⁷⁴⁶ Case C-110/91, *Michael Moroni v Collo GmbH*, [1993], ECR I-6591, para. 20.

geçersiz sayılması, ya da değiştirilmesi ile bu tür hükümleri içeren planların idari kararla onaylanmaması ya da uygulamasının genişletilmemesine ilişkin önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir (md. 7). Yönerge'nin değişik 8. maddesinde ise, alınması gereken önlemler, serbest çalışanları da kapsar hale getirilmiştir.

(7). Bağımsız Çalışanlara Yönelik Geçici İstisnalar

Yönerge uyarınca, üye devletlere, eşit davranma ilkesinin bağımsız çalışanlara yönelik planlar bakımından zorunlu olarak uygulanmasını, yaşlılık ya da emeklilik aylığına hak kazanabilme yaşının belirlenmesinde bu ilkenin yasal sosyal güvenlik planlarında uygulanmasına ya da en geç bir Yönerge'ye konu oluşturmaya dek; ölüm aylıklarında bu ilkenin AB Hukuku uyarınca yasal sosyal güvenlik planlarında öngörülmesine dek ve farklı aktüeryal hesaplama unsurlarının dikkate alınması amacıyla çalışanlar için prim ödemelerinde en geç 1 Ocak 1999' a dek erteleme hakkı tanınmıştır (değ. md. 9/a-b-c).

96/97 sayılı Yönerge ile md. 9/a'ya getirilen yeni bir fıkayla, kadın ve erkek çalışan için aynı koşullar altında farklı bir emeklilik yaşı öngörülmesi durumunun, Yönerge hükümlerine aykırılık oluşturmayacağı öngörülmüştür. Bu hükmün 86/378 sayılı Yönerge'nin ilgili hükmünden (md.9) farkı, söz konusu geçici istisnaların 2006/54 sayılı Yönerge ile sadece bağımsız çalışanlar bakımından geçerli hale getirilmesidir. Bir başka deyişle 2006/54 sayılı Yönerge uyarınca eski Yönerge'nin aynı madde kapsamındaki geçici istisnaları bağımlı çalışanlara teşmili, geçersiz hale gelmiştir.

Hervey, bağımsız çalışanlara ait planlar açısından yaşlılık ya da emeklilik aylığı yaşının belirlenmesine ilişkin bu hükmü, eşit davranma ilkesinin uygulanması bakımından geçici ve ihtiyari bir istisna olarak değerlendirmekte ve bunun 79/7 sayılı Yönerge md. 7/1(a) ile paralellik taşıdığını belirtmektedir.⁷⁴⁷ Üye devletler, diledikleri takdirde özel sosyal güvenlik planlarındaki uygulamalarını yasal planlardaki uygulamalarına paralel kılarak, eşit davranma ilkesini

⁷⁴⁷ Hervey, 1998, s. 215.

uygulamayabilirler. Bu suretle söz konusu istisnanın uygulanması ihtiyari olup, üye devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır.

(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Koruma

Üye devletlerin, işverenin, hizmet sözleşmesini çalışan tarafından yapılan bir şikayete ya da eşit davranma ilkesine uyulmasının sağlanması amacıyla yargı yoluna başvurulmasına tepki olarak feshine karşı, çalışanın korunması için gerekli tüm önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir (md. 11).

e. 86/613 sayılı Tarım Dahil, Bağımsız Çalışan Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması ve Bağımsız Çalışan Kadınların Hamilelik ve Analık Süresince Korunmasına İlişkin Yönerge

76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi, eşit davranma ilkesini bağımlı çalışanlar için öngörmüştür. Bu ilkenin bağımsız çalışanlara da teşmili bakımından ATA md. 94 ve md. 308 temelinde 86/613 sayılı Konsey Yönergesi⁷⁴⁸ kabul edilmiştir.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 359, 19.12.1986. Avrupa Komisyonu, 3 Ekim 2008’de etkin bir şekilde uygulanmaması nedeniyle eleştirilen 86/613 sayılı Yönerge’yi iptal eden bir Yönerge taslağını [COM (2008) 636 final 2008/0192 (COD)] kabul ederek, Konsey’e ve Parlamento’ya sunmuştur. Yönerge taslağının hazırlanmasında Avrupa Parlamentosu’nun Komisyon’a özellikle tarım sektöründe çalışan eşlerin durumunun iyileştirilmesi gerektiğine ilişkin çağrılarının önemi büyük olmuştur. Yönerge taslağı, kadın erkek eşitliği ilkesinin bağımsız çalışan ya da bu tür bir faaliyete yardımcı olan kişiler bakımından daha etkili bir şekilde uygulanması için 2006/54 sayılı Yönerge, 2004/113 sayılı Yönerge ile 79/7 sayılı Yönerge’lerde yer almayan hususları içermektedir. Yönerge taslağının kişi olarak kapsamını 86/613 sayılı Yönerge’deki gibi bağımsız çalışanlar ile yardımcı eşler oluşturmakla birlikte, yardımcı eşler tanımına bu kez sadece evliler değil, medeni durumuna bakılmaksızın ilgili kişinin faaliyetlerine katılan ve ulusal hukuk uyarınca “yaşam ortağı” olarak tanımlanan kişiler de dahil edilmiştir. Yönerge taslağı uyarınca üye devletlerin, eşit davranma ilkesinin geliştirilmesine ve bu ilkenin uygulanmamasına bağlı olarak zarar görenlere destek olunmasına yönelik ulusal kurumlar (Eşitlik Kurumu) oluşturmaları gerekmektedir. Yönerge taslağında yardımcı eşlerin sosyal korunması güçlendirilerek, bu kişilerin asgari düzeyde bağımsız çalışana sağlanana denk bir korumadan yararlanacakları hükme bağlanmıştır. Bağımsız çalışan ile yardımcı eşe sağlanacak koruma düzeyinin tespiti, bunların aile işine katılma düzeyleriyle orantılı olacaktır. Taslakta, bağımsız çalışan ya da yardımcı eşi tarafından kullanılacak doğum izni hakkının içeriği de genişletilmiştir. Bkz. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Directive 86/613/EEC, [COM (2008) 636 final 2008/0192 (COD)]

(1) Yönerge'nin Amacı

Bu Yönerge, 76/207 ve 79/7 sayılı Yönergeler'in kapsadığı alanların dışında kalan, üye devletlerde bağımsız çalışan veya böyle bir çalışma faaliyetine katkıda bulunan kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamayı amaçlamaktadır (md.1). Yönerge bağımsız çalışan kadınların hamilelik ve analık süresince korunmasını da düzenlemektedir.⁷⁵⁰ Bu Yönerge, esas olarak 76/207 sayılı Yönerge'yi tamamlayıcı niteliktedir.⁷⁵¹

(2) Yönerge'nin Kapsamı

Yönerge'nin kişiler bakımından kapsamına, serbest meslek sahipleri ve çiftçiler dahil olmak üzere, ulusal yasalar altında kendi nam ve hesabına kazanç getiren bir işte çalışan tüm bağımsız çalışanlar ile bunların çalışanı ya da ortağı durumunda olmamakla birlikte, işlerine ulusal hukuk kurallarınca mutlak şekilde katılan ve benzer ya da yardımcı işleri gören eşleri girmektedir.(md.2/a-b) Yönerge'nin kapsamı temel olarak iki kategoride kişiden oluşmaktadır. Bunlardan ilki bağımsız çalışanlar, diğeri ise bu kişilere yardımcı olan eşleridir.

Eşit davranma ilkesinin bağımsız çalışanlar için uygulanması bakımından, başka AB Hukuku düzenlemeleri de mevcuttur. Oysa bu ilkenin yardımcı işleri gören eşler bakımından uygulanmasına dair tek düzenleme incelemekte olduğumuz Yönerge'de yer almaktadır. Yönerge'de eşit davranma ilkesi, incelenen diğer yönergelerdekine çok benzer şekilde tanımlanmıştır.(md.3)

Serbest çalışan kişilere ilişkin olarak, üye devletlerin, özellikle bir işin kurulması, donatılmasına ya da büyütülmesine ya da mali hizmetler dahil olmak üzere diğer bağımsız nitelikteki her türlü mesleki faaliyetin başlatılmasına ya da büyütülmesine ilişkin olan ve 76/207 sayılı Yönerge'de tanımlanan eşit davranma

⁷⁴⁹ Paul P. Craig and Gráinne de Búrca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, fourth edition, Oxford University Press, New York, 2008, s. 930.

⁷⁵⁰ Pennings, s. 281.

⁷⁵¹ Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 531.

ilkesine aykırı olan tüm hükümleri ortadan kaldırmaya yönelik gereken önlemleri almaları öngörülmüştür. (md.4)

Üye devletlerin belirli faaliyetlere girişte her iki cinse eşit olarak uygulanan belirli koşullara hâlel getirmemek şartıyla, eşlerin bir ortaklık kurmalarına ilişkin koşulların, evli olmayan kişiler arasında ortaklık kurulmasına ilişkin koşullardan daha kısıtlayıcı nitelikte olmamasını sağlamakla yükümlüdürler (md. 5).

Üye devletlerde, bağımsız çalışanlar için primli sosyal güvenlik sisteminin bulunması halinde, md. 2 (b) de belirtilen ve bağımsız çalışan kişinin sosyal güvenlik sistemi kapsamında korunmayan eşinin gönüllü olarak primli bir sosyal güvenlik sistemine katılması için tüm önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir (md. 6).

86/613 sayılı Yönerge, kapsamı bakımından zayıf ve sağladığı koruma bakımından yetersiz olarak değerlendirilse de, 2006/54 sayılı Yönerge'nin metnine dahil edilmemiştir.⁷⁵² Yönerge, bağımsız olarak yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

⁷⁵² Craig and de Búrca, s. 930.

f. 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge

2000/78 sayılı Yönerge⁷⁵³ istihdam ve işte eşit davranma ilkesinin uygulanmasına yönelik genel bir çerçeve çizilmesi ve izlenmesi amacıyla çıkartılmıştır. Yönerge'nin kapsamına, istihdamda ve işte kadın ve erkek arasındaki cinsiyet ayrımcılığı dahil değildir. Cinsiyetin, Yönerge'nin ayrımcılık yasakları arasında geçmemesinin nedeni, bu konuda mevcut özel düzenlemeler⁷⁵⁴ olmasıdır. Kadınların Yönerge'nin gerekçe kısmında belirtildiği gibi (G:3) çoğunlukla çoklu ayrımcılığa maruz kalması nedeniyle, çalışmada bu Yönerge'nin değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

2000/78 sayılı Yönerge'nin hukuksal dayanağını, Amsterdam Antlaşması ile getirilen ve yukarıda incelenen 13. madde oluşturmaktadır.⁷⁵⁵ ATA'ya 13. maddenin eklenmesi, AB Hukuk düzeninde cinsiyet ayrımcılığı ve diğer ayrımcılık yasakları arasındaki ayrımcılığı⁷⁵⁶ ortadan kaldırmış ve tüm ayrımcılık sebepleri arasında bir denge yaratmıştır.⁷⁵⁷ Avrupa Komisyonu, bu dengeyi gözeterek, AB Hukuku'nda

⁷⁵³ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation Yürürlüğe giriş: OJ L 303, 2.12.2000. 2000/78 Sayılı Yönerge ile aynı yıl 2000/43 sayılı Irk ve Etnik Köken Ayrımcılığı Olmaksızın Kişiler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına ilişkin Yönerge kabul edilmiştir. Her iki Yönerge aynı zamanda, hukuksal dayanakları olan ATA'nın 13.maddesinden esinlenilerek, 13. madde Yönergeleri (Article 13 Directives) olarak da adlandırılmaktadır. 13.madde Yönergeleri, Birliğin Orta ve Doğu Avrupa genişleme sürecini gerçekleştirmesine az bir süre kalmış olduğu ve onlara da uygulanacağı için kısa süre içinde yasalaşmıştır. Avrupa Komisyonu, 2 Temmuz 2008'de din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın "işgücü piyasası dışındaki alanlarda da" yasaklanmasına ilişkin bir Yönerge taslağı [COM (2008) 426 final 2008/0140 (CNS)] kabul ederek, Konsey'e ve Parlamento'ya sunmuştur. Bu Yönerge taslağı, 2000/43 sayılı Yönerge, 2000/78 sayılı Yönerge ile 2004/113 Sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge'yi tamamlayıcı niteliktedir. Yönerge kapsamındaki hakların geniş şekilde korunması amaçlanmaktadır. Özellikle Yönerge kapsamındaki engelli hakları BM'in Engelli Kişilerin Haklarına ilişkin Sözleşmesi'ne daha yakın ve uyumlu hale getirilmiştir. Bu suretle, engelli haklarına ilişkin olarak "uygun çözüm" adı altındaki 2000/78 sayılı Yönerge hükümleri içinde aşağıda incelenecek olan düzenlemenin uygulanmasının reddi, yeni taslak çerçevesinde yeni bir ayrımcılık türü oluşturmaktadır. (Taslak, md.2)

⁷⁵⁴ Bu düzenlemeler, 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi ve bu Yönerge'yi sonradan değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge'dir.

⁷⁵⁵ Schiek, 2002, s. 290.

⁷⁵⁶ Gráinne de Búrca, "The Role of Equality in European Community Law", içinde **The Principle of Equal Treatment in EC Law**, der. Alan Dashwood, Siofra O'Leary, London: Sweet & Maxwell, s. 19.

⁷⁵⁷ Mark Bell, "Article 13 EC: The European Commission's Anti-Discrimination Proposals", **Industrial Law Journal**, Vol.29, N0.1, March 2000, s. 80.

tüm ayrımcılık sebeplerinin yatay ve eşit bir ilişki içinde olduklarını ve hiyerarşik olarak hiçbirinin diğerinden daha öncelikli ya da üstün olarak korunmadığını vurgulamıştır.⁷⁵⁸

(1). Yönerge'nin Gerekçesi

2000/78 sayılı Yönerge'nin gerekçesinde; din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın AB'nin özellikle yüksek düzeyde bir istihdam ve sosyal koruma sağlama, yaşam standardını ve kalitesini yükseltme, ekonomik ve sosyal uyum ve dayanışma ile serbest dolaşımı sağlama hedeflerine ulaşmasını tehlikeye sokabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercih sebeplerine dayanarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılması bu Yönerge ile yasaklanmıştır (G:11).

Yönerge'de, 2002/73 sayılı Yönerge'nin aksine, kişilerin medeni ve ailevi durumlarına ilişkin olarak yapılan ayrımcılığa yer verilmemiştir. Gerekçede, Yönerge'nin kişilerin medeni durumlarına ve buna bağlı olan haklara ilişkin ulusal kanun hükümlerini etkilemeyeceği belirtilmiştir (G:22). Ahtela, bu eksikliği, AB Hukuku'nda bu konuda yeterince koruma sağlanmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir.⁷⁵⁹

(2). Yönerge'nin Amacı

2000/78 sayılı Yönerge'nin amacı, üye devletlerde istihdam ve işte eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulmasının sağlanması açısından, din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercih sebeplerine dayalı olarak ayrımcılıkla mücadele edilmesine yönelik genel bir çerçeve sağlanmasıdır (md. 1). 76/207 sayılı Yönerge'de, sadece eşit davranma ilkesine yer verilirken, 2000/78 sayılı Yönerge'de

⁷⁵⁸ Lisa Waddington, "Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive", **Industrial Law Journal**, Vol.29, No.2, June 2000, s.176.

⁷⁵⁹ Ahtela, s. 63.

hem eşit davranma ilkesi, hem de ayrımcılık yasağı ilkesine yer verildiği görülmektedir.⁷⁶⁰

(3). Yönerge’de Ayrımcılık Sayılan Haller

(i). Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık

Yönerge’de öncelikli olarak eşit davranma ilkesi tanımlanmıştır. Eşit davranma ilkesi; Yönerge’de sayılan ayırım sebepleri temelinde doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir ayrımcılık yapılmaması anlamına gelmektedir. (md.2/1)

Yönerge’de doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları, ayrımcılık yasağına ilişkin incelenen diğer Yönerge’dekilerle aynı şekilde düzenlendiğinden, bu tanımlara tekrar yer verilmeyecektir. Dolaylı ayrımcılığın bu kez cinsiyet yerine Yönerge’de yer alan din ya da inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercih sebepleri temelinde tanımlandığı belirtilmelidir.

Yönerge’de dolaylı ayrımcılığa ilişkin yasağın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu hüküm, ölçüt ya da uygulamanın hukuksal bir amaç uyarınca objektif şekilde gerekçelendirildiği ve bu amaca ulaşmayı sağlayan vasıtaların uygun ve gerekli olduğu durumlardan ibarettir (md. 2/2-b-i). Diğeri ise, belirli bir engellilik durumu olan kişilerle ilgili olarak, bu Yönerge’nin kapsamındaki işveren, kişi ya da kurumun ulusal mevzuat gereğince ilgili hüküm, ölçüt ya da uygulamayla ortaya çıkan mağduriyeti gidermek amacıyla aşağıda belirtilecek 5. maddedeki ilkelerle uyumlu olan önlemleri almakla yükümlü tutulmadığı durumları kapsamaktadır (md. 2/2-b-ii).

Yönerge’de eşitlik ve ayrımcılık kavramları tanımlanmakla birlikte, Yönerge’de yer alan diğer ayırım sebeplerine ilişkin olarak AB Hukuku’nda yeknesaklık yaratacak bir tanım yapılmamıştır. Divan’dan, *Chacón Navas*⁷⁶¹ kararında engellilik kavramının kapsamını belirlemesi talep edilmiştir. Davacının,

⁷⁶⁰ Ellis, 2005, s. 213.

⁷⁶¹ Case C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eures Colectividades SA*, [2006], ECR I-6467.

sekiz aylık hastalık izni sonrasında, sebepsiz olarak işveren tarafından işine son verilmiştir. Davaya konu olayda ATAD, 2000/78 sayılı Yönerge’de yer alan engelliliğe dayalı ayrımcılık yasağına ilişkin korumanın, salt hastalık nedeniyle işine devam edememesi sonucunda işine son verilen çalışanın durumunu kapsayıp kapsamadığını incelemiştir. Engellilik kavramı ne Yönerge’de tanımlanmış, ne de bunun için üye devletlerin ulusal hukuklarına atıf yapılmıştır. Divan, bu sebeple engellilik kavramına ilişkin bağımsız ve yeknesak bir yorum getirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, engelliliği; özellikle fiziksel, ruhsal ya da psikolojik bozukluklardan kaynaklanan ve ilgili kişinin çalışma yaşamına katılmasını engelleyen bir kısıtlama olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte Divan hastalık ve engellilik kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ve eşanlamli kullanılamayacağını da eklemiştir.⁷⁶² Divan’a göre, Yönerge’de engelliliğe ilişkin hükümlerin hiçbirinde, çalışanların hastalanmaları durumunda bu hükümlerden faydalanacakları belirtilmemiştir. Bu sebeple, salt hasta olması nedeniyle işine devam edememesinden ötürü işine son verilen bir çalışanın, Yönerge’nin engelliliğe dair hükümleri çerçevesinde korunmadığına hükmedilmiştir.⁷⁶³

(ii). Taciz

Taciz kavramı, AB Hukuk düzeninde ilk kez 2000/78 sayılı Yönerge’de tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde taciz; Yönerge’de belirtilen ayırım sebeplerinden birine bağlı olarak bir kimsenin onurunu çiğnemeyi ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturmaya amaçlayan veya o sonucu doğuran her türlü istenmeyen tavır anlamına gelmektedir. Taciz, Yönerge’de açık bir şekilde ayrımcılığın türlerinden biri olarak ifade edilmiştir. Yönerge’de, taciz kavramının, üye devletlerin ulusal mevzuatları ve uygulamaları uyarınca tanımlanabileceği belirtilmiştir.(md.2/3)⁷⁶⁴

⁷⁶² Case C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, [2006], ECR I-6467, para. 42-44.

⁷⁶³ Case C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, [2006], ECR I-6467, para. 47.

⁷⁶⁴ 2000/78 sayılı Yönerge’de taciz kavramı yer alırken, çalışmada daha önce 76/207 sayılı Yönerge ile birlikte değinilen 2002/73 sayılı Yönerge’de taciz kavramının yanı sıra cinsel taciz kavramının da bağımsız olarak tacizin özel bir türü olarak açıklandığı ve yeni Yönerge’nin 2000/78 sayılı Yönerge’ye göre bu bakımdan daha ileri seviyede bir koruma sağladığı belirtilmelidir. Cinsel taciz kavramı ile eşcinsel kişilere karşı geleneksel cinsiyet rollerini değiştirmeleri nedeniyle yapılan ayrımcı davranışlar, 2002/73 sayılı Yönerge ile koruma altına alınmıştır. Bunun yanı sıra, 2000/78 sayılı

Taciz Yönerge’de ayrımcılık türlerinden biri olarak öngörüldüğü için, artık somut olay incelenirken emsal kişi değerlendirmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Taciz durumunun ispatlanması, ayrımcılığın ortaya çıkmış sayılması için yeterlidir.

(iii). Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi

Yönerge’de sadece belirtilen ayırım sebeplerine dayanarak ayrımcılık yapmak değil, bu yönde ayrımcılık yapılmasına ilişkin talimat vermek de ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir (md.2/4).

Yönerge’nin demokratik bir toplumda kamu güvenliği, kamu düzeninin sürdürülmesi, suçların önlenmesi, sağlığın ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması için ulusal hukuk uyarınca alınması gerekli önlemlere hanel getirmeyeceği belirtilmiştir (md. 2/5).

(4). Yönerge’nin Kapsamı

Yönerge’nin uygulama alanı oldukça geniştir. Bu kapsamda Yönerge, faaliyet alanı dikkate alınmaksızın mesleki yükselme dahil mesleki hiyerarşinin tüm seviyelerinde seçim ölçütleri ve istihdam koşulları dahil olmak üzere istihdama, bağımsız çalışmaya ya da işe giriş koşullarına; uygulamalı iş deneyimi dahil olmak üzere her tür ve seviyedeki mesleki rehberliğe, mesleki eğitime, ileri düzeydeki mesleki eğitime ve yeniden eğitime girişe; işten çıkarma ve ücret dahil olmak üzere istihdam ve çalışma koşullarına; çalışanların ve işverenlerin kuruluşuna ya da belirli bir meslek kuruluşuna üyelik ya da katılımına ilişkin olarak kamu kurumları dahil olmak üzere tüm özel ve kamu sektörüne uygulanmaktadır. (md.3/1-a-b-c-d)

Vatandaşlığa dair farklı işlemler, Yönerge kapsamına girmemektedir. Yönerge, aynı zamanda üçüncü ülke vatandaşlarının ya da vatansızların üye devlet

Yönerge’de taciz kavramını tanımlama yetkisinin üye devletlerin takdirine bırakılmış olması da koruma düzeyini 2002/73 sayılı Yönerge’ye kıyasla daha aşağıda tutmaktadır. Zira, tacize ilişkin pek çok farklı ulusal tanımın olması, taciz davalarında bir Avrupa standardı gelişmesini engelleyebilir. Bkz. Schiek, 2002, s. 297.

topraklarına girme ve yerleşmelerine ilişkin hükümlere ve koşullara ve bu kişilerin hukuksal statüsünden kaynaklanan işlemlere halel getirmemektedir (md. 3/2).

Yönerge'nin kapsamına getirilen bir sınırlama da mevcuttur. Devlet sosyal güvenlik ya da sosyal koruma planları dahil olmak üzere, devlet planları ya da benzeri tarafından yapılan ödemeler Yönerge kapsamı dışında tutulmuştur.(md.3/3)⁷⁶⁵ Bu düzenlemenin büyük olasılıkla ulusal refah devletini yaşa ve engelliliğe dayalı ayrımcılık taleplerinden korumak amaçlı yapıldığı akla gelmektedir.⁷⁶⁶

Buna ek olarak, Yönerge'nin gerekçesinde işyerinde ilgili işin gerektirdiği önemli görevleri yerine getirmeye ya da ilgili mesleki eğitimi almaya yetkin, yeterli ve uygun olmayan kişilerin Yönerge'nin koruma alanında bulunmadığı belirtilmektedir (G:17). Benzer şekilde silahlı kuvvetler, polis, hapisane ve acil yardım kuruluşları bu hizmetlerin gerektirdiği görevleri yerine getirecek kapasitede olmayan kişileri çalıştırmaya zorunlu tutulamazlar (G:18). Son olarak, üye devletlerin engellilik ve yaşa ilişkin olmak kaydıyla, Yönerge hükümlerini silahlı kuvvetlere uygulamama serbestisine sahip olduğu belirtilmiştir. (G:19)

2000/78 sayılı Yönerge uyarınca, Yönerge'de belirtilen ayrım sebeplerinden birine dayanarak ayrımcılık olduğu iddiasında bulunmak için kişinin mutlaka kendisinin bu nedenlerden birine sahip olması ve ayrımcılığın aleyhine oluşmuş olması gerekmektedir. Kişi, Yönerge'de belirtilen ayrımcılık sebeplerinden birine sahip bir başka kişi ile arasındaki bağa dayanarak da bu iddiada bulunabilir. Yönerge metninde durum bu şekilde izah edilmemekle birlikte, ATAD'ın *Coleman*⁷⁶⁷ kararından açıkça bu sonuca varılmaktadır. *Coleman* kararıyla, bazı yazarlarca AB Hukuku'nda ilk defa olarak "Devredilen Ayrımcılık" adı altında yeni bir kavram

⁷⁶⁵ Bununla birlikte sosyal güvenlik ve sosyal korumanın Komisyon'un 2000/78 sayılı Yönerge'yi değiştiren Yönerge taslağında [COM (2008) 426 final 2008/0140 (CNS)], Yönerge kapsamına alındığını belirtmekte fayda bulunmaktadır. (Taslak, md.3)

⁷⁶⁶ Paul Skidmore, "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy? Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation ", *Industrial Law Journal*, 2001, Vol. 30, No. 1, s. 127.

⁷⁶⁷ Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, [2008] ECR I-5603.

yaratılmıştır.⁷⁶⁸ Somut olayda davacı Coleman, engelli bir çocuğun ebeveyni olup, hizmet sözleşmesine engelli çocuğuna bakma yükümlülüğü nedeniyle son verildiği ve bunun 2000/78 sayılı Yönerge hükümlerine aykırılık oluşturduğu iddiasında bulunmuştur. Divan, somut olayda Yönerge’de belirtilen ayırım sebepleri temelinde ayrımcılık iddiasında bulunabilmek için ilgili sebeplerin kişinin kendinde gerçekleşmesi zorunluluğu bulunup bulunmadığını incelemiştir. Dava konusu esasen, Yönerge’nin kişisel olarak kapsamını ilgilendirmektedir. Divan kararda, 2000/78 sayılı Yönerge’nin eşit davranma ilkesine ilişkin hükümlerinin geniş yorumlanması gerektiğine ve Yönerge’nin korumasının sadece kendileri engelli olan kişileri kapsamadığına hükmetmiştir. Divan’a göre, kendisi engelli olmasa dahi, bakmakla yükümlü olduğu engelli bir çocuğu olan davacıya bu sebebe bağlı olarak işyerindeki emsal çalışanlara göre daha az lehte davranılması, doğrudan ayrımcılığın oluşması için yeterlidir.⁷⁶⁹

(5). Ayrımcılık Yasağının İstisnaları

(i). Bazı Mesleki Faaliyetlerin Doğasının ya da İcrasının Gerektirdiği Durumlar

Yönerge’de, 1. maddede belirtilen ayırım sebepleri temelinde ayrımcılık yapılmayacağına ilişkin genel kurala bir istisna öngörülmüştür. Bu çerçevede, üye devletler, ayırım sebeplerinden birine dayalı olarak yapılan bir ayrımcılığın, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde ayrımcılık sayılmayacağını kararlaştırabilirler. Bu istisnai durumda, farklı işlemin amacının hukuksal ve aracının ölçülü olması kaydıyla, söz konusu mesleki faaliyetlerin doğasından ya da icrasından kaynaklanan, gerçek ve belirleyici bir mesleki özelliğe dayanılması zorunludur. (md.4/1)

Yönerge’nin 1. maddesinde kilise, din ya da inanca dayalı olan diğer kamu ya da özel kuruluşlarda bir kişinin mensubu olduğu din ya da inanca dayalı farklı bir

⁷⁶⁸ Marcus Pilgerstorfer and Simon Forshaw, “Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, *Coleman v Attridge Law*, [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)”, **Industrial Law Journal**, Vol.37, No.4, December 2008, s. 384.

⁷⁶⁹ Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, [2008] ECR I-5603, para. 56; Pilgerstorfer and Forshaw, s. 389.

işlemin, söz konusu din ya da inanca sahip olmanın ilgili mesleki faaliyetlerin doğasından ya da icrasından kaynaklanan gerçek, hukuksal ve haklı bir gereklilik oluşturması halinde ayrımcılık yaratmayacağı öngörülmüştür.(md.4/2) Schiek, bu hükmün düzenlenme amacının din ve inanca dayalı bu kuruluşların bünyesinde çalıştırdıkları kişilerin iyiniyet ve kuruma bağlılık ilkesi çerçevesinde hareket etmelerinin sağlanması olduğu görüşündedir.⁷⁷⁰

(ii). Engellilere İlişkin Özel Hüküm (Uygun Çözüm)

2000/78 sayılı Yönerge’de engellilere ilişkin koruma önlemi olarak özel bir hüküm öngörülmüştür. Bu özel hüküm, Yönerge’nin beşinci maddesinde “uygun çözüm” başlığı altında ifade edilmiştir.

Uygun çözüme ilişkin bu hüküm gereği, işverenlerin, kendilerine orantısız bir yük yüklediği sürece ihtiyaç olunan belirli bir durumda engelli bir kişinin işe girmesi, katılması ya da işte ilerlemesi ya da eğitim görmesi amacıyla gerekli önlemleri almaları öngörülmüştür.(md.5) Engelli kişilerin ihtiyaçlarını karşılaması bakımından ilgili düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayız. Hatta Skidmore, bu hükmün hepsi olmasa dahi diğer birtakım ayrımcılık yasaklarını da içerir şekilde düzenlenmesinin yerinde olacağını belirtmektedir.⁷⁷¹

(iii). Yaşa Dayalı Farklı İşlem

Yönerge’de üye devletlerin yaşa dayalı farklı işlemlerin ulusal mevzuat uyarınca hukuksal bir amaç çerçevesinde objektif ve makul bir şekilde gerekçelendirilmesi ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması halinde, bunları ayrımcılık olarak kabul etmeyebileceği belirtilmiştir. (md.6) Maddede sınırlayıcı olmamak üzere istisnai sayılabilecek bu farklı işlemlere ilişkin birtakım örnekler verilmiştir. Bunlar arasında bir işe girmek için yaş, mesleki deneyim ya da hizmet yaşı aranması gibi uygulamalar yer almaktadır. Bununla

⁷⁷⁰ Schiek, 2002, s. 302.

⁷⁷¹ Yazar, bu düzenlemenin dini ve etnik azınlık toplulukları gibi ya da küçük çocuğu olan ebeveyn toplulukları gibi grupların işgücü piyasasındaki mağduriyetlerini önleme açısından bunlar için de öngörülebileceğini belirtmiştir. Skidmore, s. 129.

birlikte, üye devletlerin özel sosyal güvenlik planlarına ilişkin olarak yaşla ilgili getirebilecekleri çeşitli kriterlerin ancak bunların cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmaması halinde geçerli olacağı da vurgulanmalıdır.⁷⁷²

ATAD'ın *Mangold*⁷⁷³ kararında davacı, ulusal hukuk gereğince belirli süreli hizmet sözleşmesi yapılmasını kısıtlayan hükümlerin belirli bir yaştan üzerindeki kişilere uygulanmamasının yaşa dayalı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Davanın vuku bulduğu tarihte yürürlükte olan Alman hukuk mevzuatı uyarınca belirli süreli hizmet sözleşmelerinin en fazla iki yıllık bir süre için ve en fazla üç kez yenilenebilir şekilde akdedilebileceği; bu kuralın, elli iki yaştan üzerindeki çalışanların hizmet sözleşmelerine uygulanmayacağı öngörülmüştür.⁷⁷⁴ Belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalışan davacı, bu yaşı geçmiş olması nedeniyle ilgili kategoriye girmektedir. Divan işverenin elli iki yaşı geçen çalışanlarla herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın, belirli süreli hizmet sözleşmesi yapabilmesine ilişkin bu düzenlemeyi, yaşa dayalı farklı işlem olarak değerlendirmiştir.⁷⁷⁵ Divan, ardından bu davranışın 2000/78 sayılı Yönerge, md. 6/1 uyarınca haklı şekilde gerekçelendirilip gerekçelendirilemediğini incelemiştir.⁷⁷⁶ Divan, bu düzenlemenin amacının işgücü piyasasında iş bulması kolay olmayan işsiz ve yaşlı çalışanların çalışma hayatıyla bütünleştirilmesi olduğunu kabul etmekle birlikte⁷⁷⁷, bu düzenlemeyle söz konusu amaca ulaşmak için gerekli ve uygun olan ölçünün aşıldığına karar vermiştir.⁷⁷⁸

Mangold kararı, AB Hukuk düzeni için yukarıda belirtilenlerin yanı sıra, Divan'ın eşitlik ilkesini bir temel hak ve dolayısıyla da AB Hukuku'nun genel ilkelerinden biri olarak nitelendirmesinin önemini bir kez daha ortaya koyması bakımından da değerlidir. Bu kararda Divan, 2000/78 sayılı Yönerge'nin Almanya'da uygulanabilmesi için, Almanya'nın Yönerge'yi ulusal hukukuna

⁷⁷² Ali Nazım Sözer, "AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler", **Sicil**, Haziran 2006, sayı:2, s. 188; Schiek, 2002, s. 301-302.

⁷⁷³ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981.

⁷⁷⁴ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981, para. 14. İlgili ulusal hukuk uyarınca ilk olarak altmış olarak belirlenen yaş sınırı yapılan bir değişiklikle elli ikiye düşürülmüştür.

⁷⁷⁵ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981, para. 57.

⁷⁷⁶ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981, para. 58.

⁷⁷⁷ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981, para. 59.

⁷⁷⁸ Case C-144/04 *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, [2005], ECR I-9981, para. 65.

aktarması için öngörülen sürenin henüz dolmuş olmamasının bir engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.⁷⁷⁹

Engellilik ve yaşa ilişkin konuların, Yönerge'deki diğer ayrımcılık yasaklarına göre bazı üye devletlerde daha hassas şekilde düzenlenmeyi gerektirmesi nedeniyle üye devletlere Yönerge'nin yaş ve engelliliğe ilişkin hükümlerini uygulamak açısından Komisyon'a bildirimde bulunmak kaydıyla olağan uygulama süresine ek olarak 3 yıl daha süre tanınmıştır.⁷⁸⁰

(iv). Olumlu Ayrımcılık

Yönerge'de üye devletlerin olumlu ayrımcılığa ilişkin alacakları önlemlere yer verilmiştir. Bu çerçevede üye devletlerin, uygulamada fiili eşitliğin sağlanması amacıyla, 1.maddede belirtilen ayrımcılık yasaklarından kaynaklanan mağduriyetleri önlemek ya da telafi etmek için belirli önlemler almaları ya da bunları sürdürmeleri, eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.(md.7/1)

Yönerge'nin yedinci maddesinin ikinci fıkrasında engelli kişilere ilişkin özel bir hüküm yer almaktadır. Olumlu ayrımcılığa ilişkin bu hükmün, üye devletlerin engelli kişilere yönelik işyerinde sağlık ve güvenliğin korunmasına yönelik yaptıkları ya da yapacakları düzenlemeleri ya da bu kişilerin çalışma ortamıyla bütünleşmelerine yönelik düzenleme yapma ya da bunları sürdürme yönünde aldıkları ya da alacakları önlemleri etkilemeyeceği öngörülmüştür. Bu hüküm, ATA'nın yukarıda incelenen md.141/4 model alınarak kaleme alınmıştır.⁷⁸¹

⁷⁷⁹ Divan buna gerekçe olarak, dava konusunu oluşturan eşitlik ilkesinin AB Hukuku'nun genel ilkelerinden biri olmasını ve Yönerge'nin üye devletlerde uygulanmasının ulusal hukuka aktarılması için öngörülen sürenin sona ermesi koşuluna bağlanmamış olmasını göstermiştir. Bu çerçevede, Divan ulusal hukukla çatışma halinde yerel mahkemenin AB Hukuku'nun genel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesinin üstünlüğüne riayet etmekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir.Bkz. McCrudden and Prechal, s. 5.

⁷⁸⁰ Schiek, 2002, s. 302.

⁷⁸¹ Schiek, 2002, s. 298; Skidmore, s. 131.

(6). Hizmet Sözleşmesi'nin Feshine Karşı Koruma

Üye devletlerin, işverenin hizmet sözleşmesini işletme düzeyinde yapılan bir şikayete ya da eşit davranma ilkesine uymayı sağlamak amacıyla kanun yoluna başvurulmasına tepki olarak feshetmesine karşı, çalışanın korunmasını sağlamak amacıyla ulusal hukuklarında gereken tüm önlemleri almaları gerekmektedir. (md.11)

g. 2004/113 Sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge

Kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak istihdam ve meslek alanı dışında yapılan ilk ikincil hukuk düzenlemesi 2004/113 sayılı Yönerge⁷⁸², dir.⁷⁸³ AB işgücü piyasası dışında kadın erkek eşitliğine ilişkin bir hukuksal düzenleme yapma ihtiyacı, mal ve hizmetlere erişimde kadınlara ve erkeklere karşı cinsiyete dayalı ayrımcı nitelikteki düzenleme ve uygulamaların artmasıyla birlikte ortaya çıkmıştır.⁷⁸⁴ Avrupa Konseyi, Nice Zirvesi'nde kadın erkek eşitliğinin istihdam ve meslek yaşamı dışındaki alanlarda da geliştirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. (G:7) 2004/113 sayılı Yönerge'nin hukuksal dayanağını ATA 13. maddesi oluşturmaktadır.⁷⁸⁵

⁷⁸² Council Directive 2004/113 of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 17, 19.01.2001.

⁷⁸³ Susanne Burri, "EU Anti-Discrimination Law: Historical Development and Main Concepts", içinde **Taking Employment Discrimination Seriously: Chinese and European Perspectives**, der. Yuwen Li and Jenny Goldschmidt, the Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2009, s. 223.

⁷⁸⁴ Cécile Barbier, Caroline de la Porte, Rita Baeten, Dalila Ghailani and Philippe Pochet, "Equal Treatment in Access to Goods and Services", Digest, **Journal of European Social Policy**, 2004, 14(2) s. 191.

⁷⁸⁵ Eugenia Caracciolo Di Torella, "The Goods and Services Directive: Limitations and Opportunities, **Feminist Legal Studies**, Vol.13, No.3, 2005, s. 337, 339. Di Torella, ATA. md 13'ün 2004/113 sayılı Yönerge için en doğru hukuksal dayanak olup olmadığını incelemiştir. Yazara göre, bu Yönerge için kadın erkek eşitliği ilkesini işyeri dışında uygulamanın yanı sıra, İç Pazar'da etkilerini gösterecek bir hukuksal dayanağa da ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple Di Torella, AB Hukuk düzeninde mümkün olmamakla birlikte, Yönerge için en etkili hukuksal dayanağı ATA md.141, md. 13 ve İç Pazar'a ilişkin md.95'in karması niteliğinde olan bir hükmün oluşturacağını belirtmiştir. Bkz. Di Torella, s. 340.

(1).Yönerge'nin Amacı

2004/113 sayılı Yönerge'nin amacı, üye devletlerde kadın erkek eşitliği ilkesinin uygulamaya konulması ve bu çerçevede mallara ve hizmetlere erişimde cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele edilmesidir. (md.1)

(2). Mal ve Hizmet Kavramı

Yönerge kapsamındaki mal ve hizmetler kavramına Yönerge gerekçesinde açıklık getirilmiştir. (G:11)

(i). Mal Kavramı

Yönerge'de yer alan mal kavramı, ATA'nın III. Bölümü'nün malların serbest dolaşımını düzenleyen 1. Başlığı altındaki 23.vd maddeleri kapsamına giren malları ifade etmektedir. Bununla birlikte, kavram ATA'da tanımlanmamıştır.

Mal kavramının tanımı, ATAD tarafından *Commission of the European Communities v Italian Republic*⁷⁸⁶ kararında yapılmıştır. Bu tanıma göre, mal, parasal bir değeri olan ve ticari işlemlere konu olabilecek ürünleri ifade eder. Divan, *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson*⁷⁸⁷ kararında da aynı tanıma göndermede bulunmuştur.

(ii). Hizmet Kavramı

Hizmet kavramı, ATA'nın 50.maddesinde yer alan kural olarak bir ücret karşılığında yapılan ve malların, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin hükümler kapsamında yer almayan hizmetleri ifade etmektedir. İlgili madde uyarınca bu hizmetler, sınai ya da ticari bir niteliğe sahip faaliyetlerle, el işçiliği ve el sanatlarına ilişkin faaliyetleri ya da serbest meslek sahiplerinin faaliyetlerini

⁷⁸⁶ Case 7/68, *Commission of the European Communities v Italian Republic*, [1968] ECR 423.

⁷⁸⁷ Case C-97/98, *Peter Jägerskiöld v Torolf Gustafsson*, ECR [1999] 7319, para. 30.

kapsamaktadır.⁷⁸⁸ 2006/123 sayılı İç Pazar’da Hizmetlere İlişkin Yönerge’nin⁷⁸⁹ 4. maddesinde hizmet, ATA’nın 50. maddesindeki tanıma uygun olarak, bir ücret karşılığında ve bağımsız olarak yapılan her türlü ekonomik faaliyettir. Di Torella, 2006/123 sayılı Yönerge’de mal ve hizmetlerin İç Pazar ile bağlantılı olma zorunluluğunu kamu kurumları tarafından sunulan hizmetlerin bu Yönerge kapsamının dışında kalmasına yol açtığı düşüncesindedir.⁷⁹⁰

(3). Yönerge’nin Kapsamı

2004/113 sayılı Yönerge, kamu ve özel sektörde, özel yaşamın ve aile yaşamının dışındaki alanlarda, hizmetten yararlananların cinsiyetinin göz önüne alınmasını gerektirmeyen mal ve hizmetleri halka sunan tüm kişilere ve bu kapsamda icra edilen tüm işlemlere uygulanmaktadır.(md.3/1)

Serbest pazar ekonomisinde mal ve hizmetlere erişme hakkı, sözleşme yapma özgürlüğünü gerektirmektedir. Maddenin ifadesinden açıkça anlaşıldığı gibi, ayrımcılık yasağı, her türlü sözleşmeye değil, sadece “halka sunulan” mal ve hizmetlerle ilgili olanlara uygulanacaktır.⁷⁹¹ Krois’e göre, belirli ya da belirlenebilir sayıda kişiye yapılan mal ve hizmet sunumları, Yönerge kapsamına dahil değildir.⁷⁹² 2004/113 sayılı Yönerge, “ilgili kişinin cinsiyetinin göz önüne alınmasını gerektirmeyen” mal ve hizmetler, toplu taşıma şirketleri, mağazalar ve benzer nitelikte işlem yapan yerlerde, ödemenin hemen yapıldığı ve ödemeyi yapan kişinin kimliğinin önemsiz olduğu mal ve hizmetlerdir. Yönerge hükümleri, cinsiyete dayalı olmadığı sürece, kişinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşmenin tarafını seçme özgürlüğüne etki etmeyecektir. (md.3/2)

⁷⁸⁸Celalettin Dönmez, “Avrupa Birliği’nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı”, s. 5;

Erişim: <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hizmccl.pdf> [10.08.09]

⁷⁸⁹ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, OJ L 376 of 27 December 2006.

⁷⁹⁰ Di Torella, s. 341.

⁷⁹¹ Christopher Krois, “Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?”, *Columbia Journal of European Law*, Vol.12, s. 326.

⁷⁹² Krois, s. 326.

(4).Yönerge'nin Kapsamı Dışındaki Alanlar

(i). Medya, Reklam ve Eğitim

Medya, reklam ve eğitim alanları, 2004/113 sayılı Yönerge'nin uygulama alanının dışında tutulmuştur.(md.3/3) Bu istisna, basın özgürlüğünün ihlal edilmemesi gerekçesiyle öngörülmüş olmakla birlikte, Bölgeler Komitesi ve Avrupa Parlamentosu tarafından eleştirilmiştir.⁷⁹³ Bölgeler Komitesi, Komisyon'un reklam ve medya sektöründe aşağılayıcı nitelikteki metin ve görüntülere yasak getirilmesinin, basın özgürlüğünü ihlal edeceği yönündeki görüşüne karşı çıkmıştır.⁷⁹⁴

Di Torella, 2004/113 sayılı Yönerge'nin müzakereleri sırasında, Yönerge kapsamının medya ve reklamcılık sektörüne de uygulanmasına ilişkin görüşler ile ifade ve basın özgürlüğünü temel alan karşıt görüşler arasında bir çatışma olduğunu belirtmiştir. Yazara göre bu iki sektörün kapsam dışında kalması, isabetli bir düzenleme değildir.⁷⁹⁵

Eğitim alanının Yönerge kapsamı dışında tutulması da, benzer şekilde Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi tarafından eleştirilmiştir. Komite, eğitimin kadın erkek eşitliğini gerçekleştirebilmek için temel bir role sahip olduğuna, bu alanın Yönerge kapsamına dahil olmamasının, kadın ve erkeğin mesleki kariyerleri dahil olmak üzere, onlara özgül geleneksel toplumsal cinsiyet rollerini değiştirmelerini güçleştirdiğine ve bunun bireylerin geleceğini önemli ölçüde etkileyeceğine işaret etmiştir.⁷⁹⁶ Eğitimin Yönerge kapsamına alınmaması, Komisyon tarafından Birliğin bu politika alanında yetkisinin bulunmamasına bağlanırken,

⁷⁹³ Krois, s. 327.

⁷⁹⁴ Opinion of the Committee of the Regions on the 'Proposal for a Council Directive on Implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services', Notice No. 2004/C 121/06, s. 26.

⁷⁹⁵ Di Torella, s. 342.

⁷⁹⁶ Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services', Notice No. 2004/C 241/13, s. 42; Di Torella, s. 342.

2000/43 sayılı Irk ve Etnik Köken Ayrımcılığına İlişkin Yönerge'nin açık bir şekilde bu alana da uygulanması, bu söylemin inandırıcılığını sarsmıştır.⁷⁹⁷

Di Torella, 2004/113 sayılı Yönerge'nin, ilk tasarı metninde uygulama alanının medya, reklamcılık, eğitim, karar alma sürecine katılım vb. tüm alanları kapsamı önerilmiş olduğu halde; ilgili sektörlerden gelen tepkiler üzerine bu alanların kapsam dışına çıkarıldığını belirtmektedir. Yazara göre bu alanların Yönerge'nin kapsamı dışında kalması, bu konuların AB Hukuku'nda bağlayıcılığı olmayan hukuk kurallarıyla düzenleneceği anlamına gelmektedir. Bu da, eşitlik ilkesinin bu denli önemli alanlarda mutlak olarak uygulanmasını tehlikeye atabilir.⁷⁹⁸

(ii). İstihdam ve Meslek

2004/113 sayılı Yönerge hükümleri, istihdam ve mesleğe ilişkin konulara uygulanmaz. (md.3/4) Bunun nedeni istihdam ve mesleğe ilişkin konularda kadın erkek eşitliğiyle ilgili çok sayıda düzenleme olmasıdır. (G:15) Aynı maddede, Yönerge'nin bağımsız çalışma ile ilgili konulara da aynı sebeple uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

(5). Eşit Davranma İlkesi

2004/113 sayılı Yönerge'de eşit davranma ilkesi, incelenen diğer yönergelerden farklı olarak, ilk defa tanımlar başlığı altında değil, ayrı bir başlık altında ifade edilmiştir. Yönerge çerçevesinde eşit davranma ilkesi, cinsiyete dayalı -hamilelik ve analık durumlarına bağlı olarak yapılan daha az lehte işlem dahil olmak üzere- doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını ifade etmektedir.⁷⁹⁹ Bu tanımlı diğer yönergelerde ifade olunan eşit davranma ilkesinden farklı kılan husus, hamilelik ve analık durumlarına bağlı olarak yapılan daha az lehte işlemin, ATAD kararlarının etkisiyle, doğrudan ayrımcılık tanımı kapsamına alınmış

⁷⁹⁷ Di Torella, s. 342; Krois, s. 328.

⁷⁹⁸ Di Torella, s. 342.

⁷⁹⁹ Burri, s.224.

olmasıdır. Dolayısıyla kanun koyucu, 2002/73 sayılı Yönerge’de eleştirilen eksikliği gidermiştir. (md.4/1-a-b)

2004/113 sayılı Yönerge’de, mal ve hizmetlere erişimde eşit davranma ilkesi, mal ve hizmetlerden yararlanmanın bir cinsiyetin lehine daha fazla sağlanmadığı sürece, bu olanakların her zaman kadın ve erkeklere eşit şekilde sağlanmasını gerektirmeyeceği belirtilmiştir. (G:17)

Krois, mal ve hizmetlere erişimde cinsiyet ayrımcılığı konusunda üç özel örnek vermektedir. Bunlardan ilki bir havayolu şirketinin düzenlediği uçuşlara hamile kadınların katılabilmesi için birtakım koşulları yerine getirmelerini talep etmesi; bu talebi haklı bir şekilde gerekçelendirememesi ve bunun ölçülülük ilkesini aşmasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturacağına ilişkindir. Yine bir otobüs firmasının, yeni doğum yapan bir anneyi ve bebeğini taşımayı reddetmesi, analık durumuna bağlı cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılığa örnek verilebilir. Bir başka örnekte, bowling oyunu oynatan bir işletmenin, oyunda kullanılan özel ayakkabıyı sadece kadına özgü belirli bir ayak numarasına dek temin etmesi, erkek aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturacaktır.⁸⁰⁰

2004/113 sayılı Yönerge hükümleri de, kadınları hamilelik ve analık durumlarına dair koruyan daha ileri nitelikte hükümlere etkide bulunmayacaktır. (md.4/2)

(6). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Sayılan Haller

(i) . Cinsiyete Dayalı Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık

2004/113 sayılı Yönerge’de doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarıyla cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz kavramları tanımlanmıştır. Yönerge’de yer alan tanımlar, bu konudaki diğer yönergelerdeki tanımlarla aynıdır.⁸⁰¹

⁸⁰⁰ Krois, ss. 330-331.

⁸⁰¹ Bkz. 2002/73 sayılı Eşit Davranma Yönergesi ile 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge’lerin ilgili maddeleri.

(ii). Cinsiyete Dayalı Taciz ve Cinsel Taciz

Cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz kavramları, Yönerge kapsamında cinsiyete dayalı ayrımcılık kabul edilerek, yasaklanmıştır.(md.4/3) Krois, cinsel taciz kavramının cinsiyete dayalı ayrımcılıktan ziyade, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla yakından ilişkili fakat bundan bağımsız ve bununla eşit derecede zarar veren bir davranış olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olduğu görüşündedir. Aynı fıkroda bir kimsenin bu nitelikteki bir davranışı reddetme ya da buna boyun eğmesi durumunun bu kişiyi etkileyecek bir karara dayanak yapılmaması gerektiği de hükme bağlanmıştır.

(iii). Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi

Cinsiyete dayalı olarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılması yönünde talimat verilmesi de, 2004/113 sayılı Yönerge kapsamında ayrımcılık olarak kabul edilmektedir. (md.4/4)

(7). Eşit Davranma İlkesinin İstisnaları

(i). Genel İstisna Hükümü

2004/113 sayılı Yönerge’de eşit davranma ilkesine ilişkin bir istisna yer almaktadır. Bu çerçevede, mallara ve hizmetlere erişimin, kadına ya da erkeklere münhasıran ya da öncelikle sağlanması, hukuksal bir amaçla gerekçelendirilmişse ve bu amaca ulaşmak için kullanılan vasıtalar uygun ve gerekli ise, Yönerge hükümlerinin, farklı işlemlerde bulunulmasını engellemeyeceği öngörülmüştür.(md.4/5)

2004/113 sayılı Yönerge’nin eşit davranma ilkesinin istisnasına ilişkin hükümü, cinsiyet ayrımcılığına ilişkin daha önce incelenen yönergelerin ilgili hükümlerinden ayrılmaktadır. 76/207 sayılı Yönerge incelendiğinde görüldüğü üzere, bu Yönerge’nin doğrudan ayrımcılığa ilişkin istisnaları dar kapsamlı olup, belirli bir mesleğin doğasına ya da icrasına, analığın korunmasına ve olumlu ayrımcılığa ilişkin olmak üzere temelde üç durumdan oluşmaktadır. Bununla birlikte 2004/113 sayılı

Yönerge'nin gerekçe kısmında, cinsiyete dayalı ayrımcılığa haklı gerekçe oluşturabilecek çok sayıda örnek durum sayılmıştır. Cinsiyete dayalı şiddet mağdurlarının korunması (tek cinsiyete özgü barınakların oluşturulması), kadın erkek eşitliğinin geliştirilmesi ya da kadın ve erkek cinsiyetinin çıkarları (tek cinsiyete özgü gönüllü bazı kuruluşlar yaratılması) ve spor faaliyetlerinin düzenlenmesi (tek cinsiyete özgü spor faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi) bunlar arasında sayılabilir. (G:16) Bu çerçevede, Burri, 2004/113 sayılı Yönerge'nin kadın erkek eşitliğine ilişkin diğer Yönerge'lerde olduğu gibi kapalı bir istisna sisteminin bulunmaması nedeniyle, doğrudan ayrımcılık durumlarında sağladığı korumanın daha az olduğu görüşündedir.⁸⁰²

(ii). Olumlu Ayrımcılık

2004/113 sayılı Yönerge'de üye devletlerin uygulamada kadın erkek eşitliğinin tam olarak sağlanması amacıyla cinsiyetlere ilişkin dezavantajlı durumları önlemek ya da telafi etmek için belirli önlemler almalarına ya da bunları sürdürebilmelerine bir engel bulunmadığı belirtilmiştir. (md. 6) Bu madde, Yönerge konusuna giren alanlarda olumlu ayrımcılık yapılmasına ilişkindir.⁸⁰³ Komisyon'a göre, olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemlerin, gereklilik, belirli bir mağduriyet durumunu engellemeye yönelik olma ve süre bakımından amacı ile sınırlı olma (geçici) koşullarını yerine getirmesi gerekmektedir.⁸⁰⁴

(8). Sigorta Riskleri ve Primler (Aktüeryal Faktörler)

(i). Genel Kural

2004/113 sayılı Yönerge'de, üye devletlerin, en geç 21 Aralık 2007 tarihinden sonra yapılan tüm yeni sözleşmelerde, sigorta ve bununla bağlı mali hizmetler bakımından prim ve yardımların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör

⁸⁰² Burri, s.224.

⁸⁰³ Di Torella, s. 341.

⁸⁰⁴ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services presented by the Commission, COM (2003) 657 final, s.14.

olarak kullanılmasının, kişilerin prim ve yardım miktarlarında farklılığa yol açmamasını temin etmeleri düzenlenmiştir. (md. 5/1)

ATAD, 1994 tarihli *Coloroll*⁸⁰⁵ kararında, ATA eski md. 119'un (md.141) cinsiyetin özel emeklilik planlarında bir faktör olarak kullanılmasına cevaz verip vermediğini incelemiştir. Divan, aktüeryal faktörlerin genellikle demografik tahminlere dayalı olduğunu belirtmiştir. İşverenlerin kadınlar için, istatistiksel olarak ortalama yaşam sürelerinin erkeklerden daha fazla olması nedeniyle, emeklilik ödemelerine yaptıkları katkı, erkek çalışanlara göre daha yüksektir. Bu sebeple de, erkek çalışanlara yapılan ödeme toplamda, kadın çalışanlara kıyasla daha düşüktür.⁸⁰⁶ Bununla birlikte Divan, cinsiyete bağlı aktüeryal faktörlerin fonlanmış ve önceden belirlenmiş yardımlara ilişkin özel emeklilik planlarında kullanılmasının ATA. eski md. 119 kapsamına girmediğine hükmetmiştir.⁸⁰⁷

ATAD, *Neath*⁸⁰⁸ davasında, hem işverenler hem de çalışanlar tarafından yapılan katkılarla oluşan fonlarda, çalışanlar tarafından yapılan katkıların, doğrudan maaşlarından kesilmek suretiyle fonlanması nedeniyle, ücretin bir parçası olarak değerlendirildiğini belirtmiştir. Divan bu sebeple çalışanlar tarafından sağlanan katkıların miktarının, tüm çalışanlar için cinsiyet farkı göz önüne alınmaksızın eşit olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bununla birlikte, Divan işverenler tarafından yapılacak katkılarda ise cinsiyetin bir aktüeryal faktör olarak kullanılmasıyla ortaya çıkan eşitsizliğin ATA eski md. 119 kapsamına girmediğini belirtmiştir.⁸⁰⁹

⁸⁰⁵ Case C-200/91, *Coloroll Pension Trustees Ltd v James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton and Coloroll Group plc.*, [1994] ECR I-4389.

⁸⁰⁶ Case C-200/91, *Coloroll Pension Trustees Ltd v James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton and Coloroll Group plc.*, [1994] ECR I-4389, paras. 72-74.

⁸⁰⁷ Case C-200/91, *Coloroll Pension Trustees Ltd v James Richard Russell, Daniel Mangham, Gerald Robert Parker, Robert Sharp, Joan Fuller, Judith Ann Broughton and Coloroll Group plc.*, [1994] ECR I-4389, para. 85; Malcolm Sargeant, "The Revised Directive on Equal Treatment for Men and Women in Occupational Social Security Schemes-The Dog that Didn't Bark", Directive 96/97 of 20 December 1996 amending Directive 86/378 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes (OJ1997 L46/20,17 February 1997), **Industrial Law Journal**, September 1997, s. 274.

⁸⁰⁸ Case C-152/91, *David Neath v Hugh Steeper Ltd*, [1993], ECR I-6935.

⁸⁰⁹ Case C-152/91, *David Neath v Hugh Steeper Ltd*, [1993], ECR I-6935, paras. 31-32.

Komisyon'un 2003 yılında Konsey'e sunduğu Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge teklifinde⁸¹⁰ *Coloroll* davasının görüldüğü dönemdeki görüşünden sapmadığı açıkça görülmektedir. Komisyon, bu konuda yapılan çalışmalarda cinsiyetin tahmini yaşam süresinin hesaplanmasında, temel ve belirleyici bir unsur olmadığını ortaya çıktığını belirtmektedir. Kişilerin tahmini yaşam sürelerinin hesaplanmasında cinsiyetin dışında medeni hal, sosyo-ekonomik faktörler, istihdam durumu ve alkol ve sigara bağımlılığı gibi kişinin yaşam tarzına ilişkin birtakım unsurlar rol oynamaktadır. Komisyon, bu çalışmalarda yaşam süresinin hesaplanmasında yukarıda belirtilen unsurlar göz önüne alınmadığında, kadınlar ve erkeklerin ortalama yaşam süreleri arasındaki farkın azami iki yıl olabileceğini belirtmektedir.⁸¹¹ Komisyon'a göre, sigorta prim ve yardımlarının hesaplanmasında cinsiyetin aktüeryal faktör olarak dikkate alınması, tahmini yaşam süresinin belirlenmesinde cinsiyetin baskın bir unsur olmaması nedeniyle, cinsiyete dayalı ayırım oluşturur.⁸¹²

Cinsiyete dayalı ayrımcılık, kadınların istatistiksel olarak erkeklere göre daha uzun bir yaşam süresine sahip olmaları nedeniyle, sigorta şirketine olan maliyetlerinin daha yüksek olması ve dolayısıyla ödeyecekleri primlerin de erkeklerden daha fazla olması noktasında belirleyici olmaktadır. Zorunlu sigorta sisteminde ise, cinsiyetin bir aktüeryal faktör olarak dikkate alınmadığı ve kadınların yaşam süresi erkelere göre uzun olsa dahi, bunun maliyetinin sistem tarafından karşılandığı belirtilmelidir. Bununla birlikte Komisyon, üye devletlerde sayıları giderek artan ve zorunlu sigortalıyı tamamlamak ya da ikame etmek için başvuru

⁸¹⁰ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services presented by the Commission, COM (2003) 657 final.

⁸¹¹ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services presented by the Commission, COM (2003) 657 final, s. 6. Di Torella, kişinin tahmini yaşam süresini etkileyen unsurlara kişinin sigara içip içmemesi ve yaşadığı bölge gibi unsurları da katmıştır. Di Torella, s. 343.

⁸¹² Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services presented by the Commission, COM (2003) 657 final, s.6.

özel emeklilik sistemlerinde prim ve yardımların hesaplanmasında cinsiyetin bir aktüeryal faktör olarak kullanıldığına işaret etmektedir.⁸¹³

(ii). İstisna

Cinsiyetin aktüeryal faktör olarak kullanılmasının yasaklanması, oldukça tartışma yaratan bir konu olmuştur. Bu sebeple yukarıda incelenen hükme bir istisna getirilmiştir. Üye devletler, 21 Aralık 2007 tarihinden önce, riskin ilgili ve doğru aktüeryal ve istatistiksel verilere dayanılarak hesaplanmasında, cinsiyetin belirleyici faktör olduğu hallerde, prim ve yardım arasında orantılı farklılıklara izin vereceklerdir. (md. 5/2)

Risk değerlendirmesinde dayanan istatistiklerin güvenilir olması, düzenli şekilde güncellenmesi ve halka açık ve ulaşılabilir olması gerekmektedir. Bununla birlikte bu istisnaya ancak prim ve yardımlarda kadın erkek eşitliği ilkesini ulusal hukukunda henüz uygulamaya koymamış üye devletler başvurabilirler. (G:19) Üye devletlerin, bu durumda Komisyon'a cinsiyetin belirleyici bir aktüeryal faktör olarak kullanılmasına ilişkin doğru verilerin derlenmesi, yayımlanması ve düzenli olarak güncellenmesi konusunda bilgi vermeleri ve bunu temin etmeleri beklenmektedir. Aynı fıkroda üye devletlerin, kararlarını 21 Aralık 2007 tarihinden itibaren beş yıl sonra gözden geçirmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır. (md. 5/2) Yönerge'de, hamilelik ve analıkla ilgili maliyetlerin prim ve yardımlarda hiçbir şekilde farklılığa yol açmayacağı belirtilmektedir.(md.5/3) Özel sağlık sigortalarının hamilelik ve analıkla ilgili maliyetleri göz önüne alarak, kadınlardan daha fazla prim talep etmeleri yasaklanmış olmaktadır.⁸¹⁴

(9). Mağduriyet Durumunda Koruma

Üye devletler ulusal hukuk sistemlerinde, eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamak için şikayet ya da dava yoluna başvuran kimseleri buna

⁸¹³ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between women and men in the access to and supply of goods and services presented by the Commission, COM (2003) 657 final, s.7-8.

⁸¹⁴ Krois, s. 337.

tepki niteliğinde ters bir davranışa ya da bunun sonuçlarına karşı korumak için gerekli önlemleri alacaklardır. (md.10)

2. Kadınların Çalışma Ortamında Korunmasına ve Kadın Erkek Arasında Fırsat Eşitliğinin Sağlanmasına İlişkin Yönergeler

a. 92/85 sayılı Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesi Hakkında Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Yönerge

Hamilelik, loğusalık ve emziklilik, biyolojik olarak kadınlara özgü durumlardır. Sadece kadınların yaşayabileceği bu durumların, erkek cinsiyetine ait bir durumla kıyaslanabilmesi mümkün değildir.⁸¹⁵ Cinsler arasındaki biyolojik ve cinsel farklılıklar ve sadece kadın tarafından gerçekleştirilebilen hamilelik, loğusalık ve emziklilik, çalışma ortamında kadını korumayı amaçlayan iş güvenliği kurallarının konulmasını sağlamaktadır.⁸¹⁶ Analığın korunması, eşit davranma ilkesinin sadece bir istisnası olarak değil, bu ilkenin etkin bir şekilde uygulanabilmesini güvence altına alan bir vasıta olarak değerlendirilmelidir.⁸¹⁷

76/207 sayılı Yönerge yürürlüğe girmeden önce, üye devletlerin analığa ilişkin koruyucu düzenlemelerinin birbirinden hayli farklı olduğu ve işyerinde hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanlara yönelik yapılan ayrımcılığın ayrımcılık türlerinden hangisine gireceği ya da bir ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı hususlarının yeterince açık olmadığı belirtilmelidir. Üye devletlerin ulusal hukuklarındaki farklılıklar ilk olarak 2002/73 sayılı Yönerge çerçevesinde incelenen değ. madde 2 (bent 6-7-8) ile giderilmiştir.⁸¹⁸

⁸¹⁵ Foubert, s. 105.

⁸¹⁶ Ayşegül Eraltuğ, “Çalışma Ortamında Bağımlı Çalışan Kadınların Analık Halinde Korunması”, içinde **Kadın Yaşantıları**, der.Ayşegül Yaraman, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2001, s. 196.

⁸¹⁷ Barry Fitzpatrick, Christopher Docksey, Jean Jacqmain, “Pregnancy as Grounds for Dismissal, Case C-421/92, Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfart, Bezirksverband Ndb/Opf eV [1994] IRLR 364 (ECJ)”, **Industrial Law Journal**, Vol.23, No.4, December 1994, s. 357.

⁸¹⁸ Foubert, s. 97.

1989 tarihli Çalışanların Temel Haklarına İlişkin Topluluk Sosyal Şartı'na yanıt olarak hazırlanan Sosyal Eylem Programı'nda⁸¹⁹ işyerindeki hamile kadın çalışanların korunmasına ilişkin bir Yönerge hazırlanması önerilmiştir. Yönerge'nin hukuksal dayanağını, çalışanların sağlık ve güvenliğine ilişkin konularda nitelikli oy çokluğuyla karar alma yöntemini gerektiren ATA'nın 137. maddesi⁸²⁰ (eski 118a) oluşturmaktadır.⁸²¹

(1). Yönerge'nin Amacı

92/85 sayılı Yönerge'nin⁸²² gerekçesinde Konsey, Yönerge'nin amacının 76/207 sayılı Yönerge ile çelişmemesi gerektiğini belirtmiştir. Hamile çalışanların ayrı bir düzenlemeyle korunması, 76/207 sayılı Yönerge'de öngörülen kadın erkek eşitliği ilkesinin zedeleneceği anlamına gelmemektedir. Foubert, hamilelik, loğusalık ya da emziklilik durumlarının, 92/85 sayılı Yönerge'de, farklı işlem gerektiren “sui generis” birer ayırım sebebi olarak değerlendirildiklerini belirtmektedir.⁸²³

Yönerge'nin amacı; hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların işyerinde sağlık ve güvenliklerine ilişkin gelişmeleri destekleyecek önlemlerin alınmasını sağlamaktır. (md.1)

(2). Yönerge'nin Kapsamı

Yönerge, tüm kadın çalışanlara değil, hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanlara yöneliktir.

Foubert, Yönerge'de yer alan koruyucu nitelikteki önlemleri iki gruba ayırmaktadır. Bunlar, kısıtlayıcı/olumsuz koruyucu önlemler ile iyileştirici/olumlu

⁸¹⁹ (COM(89)568 final)

⁸²⁰ ATA'nın 137. maddesi, ABİDA md. 153'e karşılık gelmektedir.

⁸²¹ Gráinne de Burca and Joseph Weiler, **The European Court of Justice**, USA: Oxford University Press, 2001, s. 102; Foubert, s. 104.

⁸²² Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), Yürürlüğe giriş: OJ L 348, 28.11.1992.

⁸²³ Foubert, s. 105-106.

koruyucu önlemlerden oluşmaktadır. Kısıtlayıcı/olumsuz koruyucu önlemler vasıtasıyla, Yönerge kapsamındaki kadın çalışanlar, belirli mesleki faaliyetlerin ya da çalışma koşullarının dışında bırakılmakta ya da onların belirli kategorilerdeki mesleklere girişlerine izin verilmemektedir. Diğer grubu oluşturan iyileştirici/olumlu koruyucu önlemler ise işverenin hamile çalışanlara diğer çalışanlara uygulanmayan farklı işlemlerde bulunmasıyla ortaya çıkan önlemlerdir. Yazar, 92/85 sayılı Yönerge'nin kadının biyolojik durumundan kaynaklanan mağduriyetlerin engellenmesi için kadın ve erkek arasında fiili eşitliği sağlamayı amaçladığını kabul etmekle birlikte, kadını koruyucu bu tür düzenlemeleri, bunların gerçekte kadının toplumsal cinsiyet kaynaklı rollerini - çocuk bakımı gibi - pekiştirmekte olması nedeniyle de eleştirmektedir.⁸²⁴

Yönerge, kabul edildiği tarihte üye devletlerde hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanlara tanınmış olan mevcut koruma düzeyini azaltan herhangi bir etkiye bulunmamaktadır.(md.1/3)

(3). Hamile, Loğusa ve Emzikli Çalışan Kavramı

Yönerge'de kimlerin “hamile çalışan”, “loğusa çalışan” ya da “emzikli çalışan” olarak kabul edileceği tanımlanmıştır. Bu bağlamda, “hamile çalışan”, hamile olan ve ulusal mevzuat ve/veya ulusal uygulama gereği işverenini bu durumundan haberdar eden çalışandır.(md.2/a) “Loğusa çalışan” ise, ulusal mevzuat ve/veya ulusal uygulama uyarınca yeni doğum yapmış ve işverenini bu mevzuat ve/veya uygulama gereği durumundan haberdar eden çalışan olarak tanımlanmıştır. Yönerge'de tanımlanan son kavram olan “emzikli çalışan”, ulusal mevzuat ve/veya ulusal uygulama gereği emzikli sayılan ve işverenini bu mevzuat ve/veya uygulama gereği durumundan haberdar eden çalışanı ifade etmektedir.(md.2/b)

Yönerge'de belirtilen bu tanımları yapma yetkisinin üye devletlerin mevzuatına bırakılmış olması, bu üç gruptaki kadın çalışanlar bakımından ülkeler

⁸²⁴ Foubert, s. 108.

arasında farklılık gösteren düzenlemelerin korunması anlamına gelmektedir.⁸²⁵ Yönerge'nin uygulanabilmesi için bu gruplardan birine giren kadın çalışanın işverenini ulusal mevzuat ve/veya ulusal uygulama gereği durumundan haberdar etmiş olması zorunludur. Foubert, bu düzenlemeyle işverenini henüz durumundan haberdar etmemiş olan çalışanların, Yönerge'nin koruma kapsamı dışında kalacağına dikkat çekmektedir. Foubert, Fitzpatrick, Docksey ve Jacqmain, işverenini durumundan haberdar etmeyen kadın çalışanın, işverenin bu durumu, çalışanın bildirimini dışında bir yolla ya da hamileliğin fiziksel olarak belli olması nedeniyle öğrenmesi durumunda, Yönerge'nin koruması kapsamına girmeyecek olmasını eleştirmektedir.⁸²⁶ Dahası, Fitzpatrick, Docksey ve Jacqmain'a göre, işverenini durumundan haberdar etmeyen kadın çalışanın tabi olduğu ulusal hukukun Yönerge'de düzenlenen koruma düzeyinden daha ileri nitelikte bir koruma sağladığı ve işverenin hamile çalışan için, kendisine bildirimde bulunmamış olsa dahi ulusal mevzuat hükümleri uyarınca koruyucu nitelikte önlemler alması gereken hallerde, nasıl bir çözüme varılacağı hususu belirsizdir.⁸²⁷

(4). Çalışma Koşulları

Yönerge uyarınca Komisyon'a üye devletlere danışmak ve İşyerinde Güvenlik, Hijyen ve Sağlık Koruması Danışma Komitesi'nden yardım almak suretiyle yukarıda belirtilen 2. madde kapsamındaki çalışanların sağlık ve güvenliğine tehlike oluşturan kimyasal, fiziksel ve biyolojik maddelerle endüstriyel süreçlerin değerlendirilmesine ilişkin anahatları belirleme görevi verilmiştir. Bu anahatların, işveren tarafından yapılan ve aşağıda belirtilen değerlendirmeye bir temel oluşturması amaçlanmaktadır.⁸²⁸

⁸²⁵ Report from the Commission on the Implementation of Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Health and Safety at Work of Pregnant Workers and Workers who Have Recently Given Birth or are Breastfeeding, COM (1999) 100 final, s.3.

⁸²⁶ Fitzpatrick, Docksey, Jacqmain, s. 358; Foubert, s. 109.

⁸²⁷ Fitzpatrick, Docksey, Jacqmain, s. 358.

⁸²⁸ Communication from the Commission on the Guidelines on the Assessment of the Chemical, Physical and Biological Agents and Industrial Processes Considered Hazardous for the Safety or Health of Pregnant Workers and Workers who have Recently Given Birth or are Breastfeeding (Council Directive 92/85/EEC), COM 2000 466 final/2, s. 2. [Sonraki bölümlerde *Communication on the Guidelines* olarak anılacaktır]

(i). Hamile, Loğusa ya da Emzikli Kadın Çalışanları Etkileyebilecek Tehlikeler

Komisyon tarafından belirlenen bu anahatlara 2. madde kapsamındaki çalışanlar tarafından yapılan işlere ilişkin hareket ve duruşlar, zihinsel ve fiziksel yorgunluk ve diğer fiziksel ve zihinsel stres türleri girmektedir (md. 3/1). Bu çerçevede anahatlarda hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların maruz kalabilecekleri tehlike türleri liste halinde belirlenmiştir.

Bunlardan ilki, bu kişiler tarafından karşılaşılabilecek genel tehlikelerdir. Bunlara merdiven ya da platform gibi yüksek yerlerde çalışma, yalnız çalışma, mesleki stres, ayakta durma ya da oturma faaliyetleri gibi durumlar örnek verilebilir.⁸²⁹ İkincisi, daha belirli tehlike türlerinden oluşmaktadır. Bunlara, şoklar, gürültü, radyasyon, aşırı derecede soğuk, sıcak ya da sıkıştırılmış havanın bulunduğu ortamlar ya da sualtı dalış gerektiren durumlar girmektedir.⁸³⁰ Üçüncü türde, tehlike oluşturan biyolojik maddeler yer almaktadır. Hamile kadın çalışan ve cenin için tehlikeli olacak bu tür hastalıklara hepatit B, hepatit C, HIV virüsü örnek olarak verilebilir. Komisyon'a göre, işyerinde çalışırken enfeksiyon kapma riski, toplum içinde bulunmaya göre daha yüksek olmamakla birlikte, bazı meslek türlerinde enfeksiyona maruz kalma olasılığı artmaktadır.⁸³¹ Bir diğer tür, sonradan ortadan kaldırılamayan etkileri olan, kansere yol açan, altsoya geçebilen genetik bir zarar ortaya çıkaran, cenine zarar veren vb. kimyasal maddelerden oluşmaktadır.⁸³² Beşinci grupta ise tehlikeli çalışma koşulları listelenmiştir. Bunlara ağır yüklerin elle kaldırılmasını, hamilelik öncesi ve sonrası birtakım tehlikeli hareket ya da duruşları, işletme içinde ya da dışında seyahat etmeyi gerektiren çalışma koşulları ile yer altında maden çıkarma endüstrisine ait çalışma koşulları örnek olarak verilebilir.⁸³³

Üye devletler bu anahatları ilgili üye devletteki tüm işverenlerin ve tüm kadın çalışanlar ve/veya temsilcilerinin bilgisine sunmakla yükümlüdürler (md. 3/2).

⁸²⁹ Communication on the Guidelines, s. 13-18.

⁸³⁰ Communication on the Guidelines, s. 19-22.

⁸³¹ Communication on the Guidelines, s. 23-24.

⁸³² Communication on the Guidelines, s. 25-30.

⁸³³ Communication on the Guidelines, s. 31-35.

(ii). İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemleri

İşveren, Yönerge'nin ekindeki Ek 1'de⁸³⁴ sınırlı olmayan bir listeyle sunulan maddeler, süreçler ya da çalışma koşullarında maruz kalınan belirli bir riski içeren tüm faaliyetler için, ilgili işletme ve/veya kuruluştaki Yönerge kapsamındaki çalışanların maruziyetlerinin doğası, derecesi ve süresi konularını değerlendirecektir. Bu çerçevede, 2. madde kapsamındaki çalışanların sağlık ya da güvenliklerine ilişkin riskler ve hamilelik ya da emzirmeleri üzerindeki olası etkilerin değerlendirileceği ve ne tür önlemler alınacağına karar verileceği belirtilmiştir (md. 4/1).

İşletme ya da kuruluşlarda çalışan hamile, loğusa ya da emzikli kadınlar ve/veya temsilcileri bu değerlendirmelerin ve alınan önlemlerin sonuçları hakkında bilgilendirileceklerdir (md. 4/2). İşveren, hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların sağlık ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri değerlendirirken, aynı zamanda Ek 1'i tamamlayıcı bir niteliğe sahip olan ve Komisyon'ca belirlenen anahatlardan da yararlanabilir.⁸³⁵

Yukarıda belirtilen madde çerçevesinde yapılan değerlendirmenin sonucunda, işverenin hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanın güvenliği ya da sağlığına ilişkin bir risk ya da hamileliliği ya da emzirmeleri üzerinde bir etki oluşması durumunda, ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini geçici olarak yeniden değerlendirmeye yönelik gerekli önlemleri alması öngörülmüştür. Bu suretle çalışan söz konusu risklerden korunmuş olacaktır (md. 5/1).

Bunun yanı sıra işverenin, çalışma koşulları ve/veya çalışma saatlerinin düzenlenmesinin teknik ve/veya objektif olarak olanaksız olduğu ya da haklı bir sebebe dayandırılmadığı durumlarda, ilgili çalışanın başka bir işe atanması için gerekli önlemleri alması yükümlülüğü de öngörülmektedir (md. 5/2). Kanun koyucu bunun ötesinde, kadın çalışanın başka bir işe kaydırılmasının olanaksız olması ya da

⁸³⁴ Yönerge'nin ekinde yer alan Ek 1, sarsıntı, gürültü, radyasyon, aşırı soğuk ya sıcak vb. fiziksel etkenler, biyolojik etkenler, deri yoluyla emilen ya da karbonmonoksit vb. kimyasal maddeler, yeraltında madende çalışma gibi çalışma koşullarından oluşmaktadır. Ek 1'de yer alan bu etken ve koşulların sınırlı olarak sayılmadığı belirtilmelidir.

⁸³⁵ Foubert, s. 111.

haklı sebebe dayandırılmaması durumunda, tüm bu süreç boyunca güvenliğinin ve sağlığının korunması amacıyla ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereği kendisine izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir.(md.5/3) Yönerge’de hamile ve emzikli kadın çalışanların değerlendirme sonucunda çalışanın güvenliğini ya da sağlığını tehlikeye atma riski olan ve Yönerge’nin II no’lu ekinde belirtilen madde ve çalışma koşullarına ilişkin görevleri hiç bir koşul altında yapmaya zorlanamayacakları öngörülmektedir.(md.6/1-2)

Yönerge’de hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların gece çalışmasını düzenleyen özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu suretle, üye devletler, hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların gece çalışmalarının sağlık ve güvenlikleri açısından tehlikeli olduğunun üye devletlerin öngördüğü kurallara uygun olarak sağlık ve güvenlikten sorumlu ulusal makamlar tarafından verilen bir sağlık belgesiyle tespiti halinde, bu kişilerin gece çalışmaya zorlanamamasına ilişkin önlemleri almakla yükümlüdürler (md. 7/1). Bu önlemler, ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereği işin gündüz çalışmasına dönüşümünü, bunun olanaksız olması ya da haklı sebeplere dayandırılmaması halinde ise ilgili çalışana izin verilmesi ya da doğum izninin uzatılması şeklinde uygulanabilmelidir.(md.7/2)

Hamile, loğusa ya da emzikli kadın çalışanların gece çalışmalarının sağlık ve güvenlikleri için tehlikeli olması durumunda gece çalışmasına zorlanamayacak olmaları, eşitlik ilkesiyle çelişmemektedir. Bu gruptaki çalışanlar, biyolojik özellikleri gerektirdiği için ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde olmak kaydıyla, ancak sağlık ve güvenlikleri tehlikeye düştüğü zaman bu hükme başvurabileceklerdir.⁸³⁶ ATAD, *Stoeckel*⁸³⁷ kararında, Fransa ve İtalya’nın ulusal hukuklarında yürürlüğe girdikleri dönemde kadınların gece çalışmasını yasaklayan UÇÖ düzenlemeleriyle uyumlu olan genel hükümler bulunmasının eşit davranma ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. *Stoeckel* kararı kadın çalışanın gece çalışmasının kendisi ya da cenin için tehlike oluşturmayacağının açık bir şekilde belirtilmesiyle yasağın ortadan

⁸³⁶ Foubert, s. 114.

⁸³⁷ Case C-345/89 *Ministère Public v. Stoeckel* [1991] ECR I-4047.

kalkacağını öngören yeni UÇÖ düzenlemeleriyle uyumludur.⁸³⁸ Kenner, Avrupa Komisyonu'nun bu görüşü desteklediğini ve Yönerge'nin 1999 yılındaki uygulama raporunda üye devletlerin kadın çalışanların gece çalışmasını yasaklayan düzenlemelerinin Yönerge'nin 7. maddesiyle öngörülen amacı aştığı ve 76/207 Yönerge'yi ihlal ettiği görüşünde olduğunu belirtmektedir.⁸³⁹ Görüldüğü üzere, AB Hukuku'nda genel kural, hamile kadın çalışanların sağlık ve güvenlikleri için herhangi bir tehlike oluşturmadığı sürece gece çalışmalarına imkan tanınması yönündedir. Foubert, yukarıdaki madde çerçevesinde üye devlet mevzuatlarına yapılan atfın, yine de bu üç gruptaki kadın çalışanların, işgücü piyasasından dışlanmalarını engellemediğini belirtmektedir.⁸⁴⁰

(5). Doğum İzni

Yönerge'de doğum iznine ilişkin süreler belirlenmiştir. Üye devletlerin, Yönerge kapsamındaki kadın çalışanların ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereği doğumdan önce ve/veya sonra olmak üzere asgari on dört haftalık kesintisiz bir doğum iznine sahip olduğunu sağlamaya yönelik önlemleri alacakları belirtilmiştir.(md.8/1)

Komisyon'un Eşitlik Birimi tarafından Yönerge'ye ilişkin olarak hazırlanan ilk tasarıda, doğum izni onaltı hafta olarak öngörülmesine rağmen, Komisyon'un tasarımı kabulünde, bu süreden iki hafta düşürülmüştür.⁸⁴¹ Bu konudaki düzenlemenin, özellikle önceden sadece altı haftalık ücretli doğum iznine sahip olan Portekiz ve İngiliz kadın çalışanların lehine olmakla birlikte, bazı Birlik üyesi ülkelerin ulusal düzeydeki hükümlerinden geri kaldığı da belirtilmelidir. Buna örnek olarak ücretli doğum izni süresinin on altı hafta olarak belirlendiği Fransa verilebilir.

⁸³⁸ Jeffrey Kenner, **EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond**, North America: Hart Publishing, 2003, s. 159.

⁸³⁹ Kenner, s. 159.

⁸⁴⁰ Foubert, s. 115.

⁸⁴¹ Evelyn Ellis, "The Pregnancy Directive", **Industrial Law Journal**, Vol.22, No.1, March 1993, s. 63; Ellina, s. 51; Kenner, s. 157. Avrupa Parlamentosu, şiddetli bir biçimde doğum izninin asgari on altı hafta olarak kabul edilmesini, bu süre içinde kadın çalışana ücretinin en az % 80'inin ödenmesi gerektiğini ve ispata ilişkin davalarda ispat yükünün işverende olması gerektiğini savunmuştur. Parlamento'ya göre asgari olarak belirlenen on dört hafta, kadın çalışanların durumunun iyileştirilmesi için yetersizdir.Bkz. Ellis, 1993, s. 65.

Ellina'ya göre, Fransa ya da Norveç'teki kadınların Avrupa bütünleşmesine sıcak bakmayışının ve Maastricht Antlaşması'nın kabul edilmesi aşamasında sorunlar yaşanmasının ardındaki nedenlerden biri de budur. Bununla birlikte, AB Hukuku'nun sosyal politika alanında Birlik tarafından yapılan düzenlemelerden daha ileri düzeydeki ulusal düzenlemelerin varlığını sürdürmesine cevaz vereceği unutulmamalıdır.⁸⁴² Nitekim, bu husus, Yönerge md. 1/3'te de açık ve net bir şekilde vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere, üye devletlerin doğum iznine ilişkin düzenlemeleri birbirinden hayli farklılık göstermektedir. Bu sebeple, yukarıdaki hükümle Yönerge'de asgari süre öngören bir düzenlemenin yer alması ihtiyacı yerine getirilmiş olmaktadır.⁸⁴³

Doğum izni, ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereği doğumdan önce ve/veya sonra olmak üzere asgari iki haftalık zorunlu doğum iznini içermektedir (md. 8/2). Foubert, tıp doktorlarının, kadın çalışanların doğum sonrası iyileşebilmesi için altı hafta ile sekiz hafta arasında değişen bir süreye ihtiyaç olduğunu belirttiklerini ifade etmektedir. Yazar, UÇÖ'nin doğum iznine ilişkin düzenlemelerinde⁸⁴⁴ bir kadın çalışanın doğumdan sonra fiziksel olarak iyileşebilmesi için asgari altı haftalık bir zorunlu doğum izni süresi öngörüldüğünü ve bu sebeple Konsey tarafından öngörülen zorunlu doğum iznine ilişkin düzenlemenin sadece iki hafta olmasının, işverenlerin bu kadarlık bir sürenin iyileşmek için yeterli olduğu gerekçesiyle doğum yapan kadın çalışanların işe erken dönmelerini sağlamak yönünde baskı yapmalarına yol açabileceğini belirtmektedir.⁸⁴⁵ Foubert, sekiz haftayı aşan bir süre için öngörülen doğum izni düzenlemesinin ise annelerin çocuk bakımı için öngörülen toplumsal rollerini pekiştirir nitelikte olduğu görüşündedir. Yazara göre, fiziksel olarak iyileşmek için öngörülen süre aşıldığında, artık kadın çalışanın sağlığının

⁸⁴² Ellina, s. 51. 92/85 sayılı Yönerge'nin yürürlüğe girdiği dönemde, Yönerge'nin doğum iznine ilişkin hükümleri, İngiliz hukukundaki hükümlerden daha ileri düzeydeydi. 1993 yılında, İngiltere'de doğum izninin alınması, doğumdan önce belirli bir süreyle çalışılmış olması gibi istihdama ilişkin birtakım koşulların sıkı bir şekilde yerine getirilmesine bağlıydı. Oysa ki, Yönerge ile bu hak, tüm hamile kadın çalışanlara tanınmıştır. Yönerge'deki düzenleme sayesinde, doğum izni özellikle İngiltere'de kısmi süreli ve niteliksiz ya da yarı-nitelikli işlerde çalışmakta olan kadınları da kapsar hale gelmiştir. Bkz. Ellis, 1993, s. 66.

⁸⁴³ Foubert, s. 115.

⁸⁴⁴ Bkz. Art. 3/3 of the ILO Convention No. 103 Concerning Maternity Protection (Revised) 1952, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C103\[20.06.2009\]](http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C103[20.06.2009]); Art. 4/4 of the ILO Convention No. 183 Concerning Maternity Protection 2000, Erişim: [http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C183\[20.06.2009\]](http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C183[20.06.2009])

⁸⁴⁵ Foubert, ss.115- 116.

korunmasından ziyade çocuğun bakılması ve aile çevresindeki kimselere tanıtılması gibi faaliyetler önem kazanmakta ve bu sorumlulukların tamamıyla annelere bırakılması, bu konuda değiştirilmeye çalışılan toplumsal değer yargılarını aksi yönde etkilemekte ve güçlendirmektedir. Durum böyleyken, Avrupa Parlamentosu'nun zorunlu doğum izni süresini sekiz haftaya; toplam doğum izni süresini ise yirmi haftaya çıkarma yönündeki teklifi dikkat çekicidir.⁸⁴⁶ Kanımızca Foubert'in görüşü isabetlidir. Doğum izni süresi ne kadar arttırılırsa, çocuk bakımının münhasıran kadınlara ait bir yükümlülük olduğu yönündeki düşünce kalıpları o derece güçlenmeye devam edecektir.

Üye devletler, Yönerge kapsamındaki hamile çalışanların çalışma saatlerinde yapılmasının zorunlu olduğu doğum öncesi kontrollerini herhangi bir ücret kaybına uğramaksızın yaptırabilmelerini sağlamak için ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereğince, bu kişilere izin verilmesine yönelik gerekli önlemleri alacaklardır.(md.9)

(6). Hizmet Sözleşmesi'nin Feshine Karşı Korunma

Yönerge'de hamile, loğusa ve emzikli kadın çalışanlar, 10. madde çerçevesinde işverenin, onları bu sebeple işten çıkarmasına karşı korunmaktadırlar. Üye devletler, kadın çalışanların hamileliklerinin başlangıcından doğum izinlerinin sonuna dek olan süreçte işveren tarafından işten çıkarılmalarını engelleyecek önlemleri almakla yükümlü kılınmışlardır.

(i). Feshe Karşı Korumanın Kapsamı

92/85 sayılı Yönerge'nin koruma alanı, hamile kadın çalışanların işe alındıkları andan itibaren başlamaktadır. Bir başka deyişle, Yönerge işe başvurma aşamasında olan hamile kadın çalışanları kapsamamaktadır. Dolayısıyla, işveren tarafından işe uygun olduğu halde sadece hamile olması nedenine dayanarak, işe alınmayan kadının durumu, önceden 2002/73 sayılı Yönerge hükümlerine, bu Yönerge'nin yürürlükten kaldırılması sonrasında, 2006/54 sayılı Yönerge

⁸⁴⁶ Foubert, s. 116-117.

hükümlerine aykırılık oluşturarak, 2006/54 sayılı Yönerge çerçevesinde korunmaktadır.⁸⁴⁷

Ellis, hizmet sözleşmesinin feshi dışındaki hamileliğe dayalı ayrımcılık durumlarında hukuksal dayanak olarak 92/85 sayılı Yönerge'den ziyade, 2006/54 sayılı Yönerge'ye başvurulmasının isabetli olacağını ifade etmektedir. Keza, 92/85 sayılı Yönerge'nin 10. maddesi sadece fesih durumuna ilişkin bir koruma sağlamaktadır.⁸⁴⁸ Bununla birlikte, 10. maddedeki feshe ilişkin koruma, loğusa kadın çalışanlara da sadece doğum izni süresince uygulanmaktadır. Bir başka deyişle loğusa bir çalışanın, ayrımcı işlemle doğum izni süresi sona erdikten sonra karşılaşması durumunda, 2006/54 sayılı Yönerge'nin koruması kapsamına dahil olmaktadır.⁸⁴⁹

(ii). Ayrımcılık Sayılan Fesih Halleri

ATAD, *Dekker*⁸⁵⁰ kararında, hamile olmaması halinde işe alınabilecek durumda olan bir kadının sadece hamile olması gerekçesiyle işe alınmasının reddinin ya da hizmet sözleşmesinin feshinin -bu durumun sadece kadınlara özgü bir koşul oluşturması nedeniyle- cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir.⁸⁵¹ Divan, aynı görüşü *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* (kısaca *Hertz* olarak anılacaktır)⁸⁵² ve

⁸⁴⁷ Foubert, s. 118. Uygulamada işverenlerin çoğu, kadın çalışanları ileride çocuk sahibi olmaya karar vererek doğum iznine ve sonrasında da ebeveyn iznine ayrılma olasılıklarına dair kaygılar nedeniyle, işletmeleri için maliyet yaratan birer yatırım olarak algılama yönünde eğilimlidirler. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Foubert, s. 60.

⁸⁴⁸ Ellis, 2005, s. 264.

⁸⁴⁹ Foubert, s. 119.

⁸⁵⁰ Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941.

⁸⁵¹ Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941, para. 12; Robert Wintemute, "When Is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?", **Industrial Law Journal**, Vol.27, No.1, March 1998, s. 23; Erika Szyszczak, "Community Law on Pregnancy and Maternity", içinde **Sex Equality Law in the European Union** der. Tamara K. Hervey ve David O'Keeffe, John Wiley and Sons Ltd., 1996 (b), s. 52; Ellis, 2005, s. 228; Kathryn Culek, "Sex Equality", **Ankara Bar Review**, Vol.2, Issue 1, January, 2009, ss. 74-75.

⁸⁵² Case C-179/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* [1990] ECR I-3979, para. 13.

*Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V*⁸⁵³ kararlarında tekrarlamıştır.

Divan, doğum iznine ayrılacak bir çalışanın yerine belirsiz süreli olarak işe alınan bir kadın çalışanın işe başlamasından itibaren kısa bir süre geçtikten sonra hamile olduğunun anlaşılması nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshini incelediği *Webb*⁸⁵⁴ davasında da cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık oluştuğuna karar vermiştir.

Divan, yukarıda belirtilen kararlarda hamile kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması durumuna ve kadın çalışanın hamilelik süresinin bu uzun zaman diliminde kısıtlı bir süreye karşılık geldiğine vurgu yapmış olsa da, bu durum hizmet sözleşmesi belirli süreli olan hamile kadın çalışanların bu sebeple işten çıkarılabilecekleri anlamına gelmemektedir. Divan bunu *Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*⁸⁵⁵ kararında açık bir şekilde ortaya koymuştur. Divan bu kararda, belirli süreli hizmet sözleşmesinin akdedildiği anda hamile olduğunu bildiği halde bunu işverene bildirmeyen kadın çalışanın işe alındığı sürenin büyük bir kısmını çalışamayarak geçirecek durumda olmasına karşın, 76/207 ve 92/85 sayılı Yönergeler tarafından sağlanan koruma kapsamında hamile olması nedeniyle işten çıkarılamayacağını belirtmiştir.⁸⁵⁶ Divan, hamile kadın çalışanın hizmet sözleşmesi belirli süreli olsa da, sözleşme süresinin, sözleşmenin feshinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı iddiasının incelemesinde belirleyici bir rolü bulunmadığına hükmetmiştir.⁸⁵⁷ Divan, aynı zamanda işverenin, çalışanın hamilelik nedeniyle işe devamsızlığından kaynaklanan ekonomik kaybının niteliğinin ve seviyesinin, feshin ayrımcı niteliğine bir gerekçe oluşturmayacağına işaret etmiştir.⁸⁵⁸

⁸⁵³ Case C-421/92 *Gabriele Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V*, [1994] ECR I-01657, para.15.

⁸⁵⁴ Case C-32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, [1994] ECR I-3567.

⁸⁵⁵ Case C-109/00 *Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)* [2001] ECR I-6993.

⁸⁵⁶ Case C-109/00 *Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)* [2001] ECR I-6993, para. 34; Ellis, 2005, s. 230.

⁸⁵⁷ Case C-109/00 *Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)* [2001] ECR I-6993, para. 32.

⁸⁵⁸ Ellis, 2005, s. 230.

Divan, *Tele Danmark A/S* kararındaki görüşünü *Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios*⁸⁵⁹ kararında tekrarlamıştır. Divan, yerleşmiş içtihat hukuku uyarınca işverenin hamile olmamış olsaydı o işi yapabilecek durumda olan kadın çalışanın hamileliği nedeniyle hizmet sözleşmesini feshinin, 76/207 sayılı Yönerge hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini tekrarlamıştır.⁸⁶⁰

ATAD, *Brown*⁸⁶¹ kararında hamileliği sırasında hamileliğe bağlı bir rahatsızlık nedeniyle işe gelemeyen kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin feshini incelemiştir. Divan, kararda 92/85 sayılı Yönerge'nin 10. maddesi çerçevesinde hamile kadın çalışanın işten çıkarılması yasağına ilişkin olarak kanunda belirtilen istisna dışında hiçbir istisna ya da kısıtlamaya izin verilmediğini belirtmiştir.⁸⁶² Divan, kadın çalışanın 76/207 sayılı Yönerge'nin md. 2/1 ve md.5/1'deki düzenlemeleri çerçevesinde hamilelik sırasında, bu hamilelikten kaynaklanan herhangi bir rahatsızlığı nedeniyle işe ara vermesi durumunda, işten çıkarılmasının engellendiğini belirtmiştir.⁸⁶³ Sonuç olarak kadın çalışanın hamileliği ve doğum izni süresince, hem 76/207 sayılı Yönerge, hem de 92/85 sayılı Yönerge kapsamında hamileliğe dayalı feshe karşı korunmakta olduğu hükme bağlanmıştır.⁸⁶⁴

Ellis'e göre Brown kararı, hamileliğe dayalı ayrımcılığın doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturduğu yönündeki ilkeyi zedelemektedir. Bunun nedeni ise, hamilelik sırasında ortaya çıkan bir rahatsızlığa dayalı yapılan ayrımcılığın hamileliğe dayalı bir ayrımcılık oluşturması ve bunun da hamilelik ve rahatsızlık

⁸⁵⁹ Case C-438/99 *Maria Luisa Jiménez Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios*, [2001] ECR I-6915. Divan *Melgar* kararında da, *Tele Danmark* kararına çok benzer şekilde, Yönergeler çerçevesinde kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin belirli süreli olduğu, bunun büyük bir kısmını hamilelik nedeniyle çalışamayıp geçireceği ve hamileliğini hizmet sözleşmesinin yapıldığı sırada bilmesine rağmen, işverene bildirmediği durumlarda dahi, işten bu sebeple çıkarılamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Ellis, 2005, s. 230.

⁸⁶⁰ Enrico Traversa, "Protection of Part-time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities", içinde **Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law**, der. Roger Blanpain and Manfred Weiss, Kluwer Law International, the Hague, 2003, s. 419.

⁸⁶¹ Case C-394/96 *Mary Brown v Rentokil Ltd* [1998] ECR I-4185.

⁸⁶² Case C-394/96 *Mary Brown v Rentokil Ltd* [1998] ECR I-4185, para. 18.

⁸⁶³ Case C-394/96 *Mary Brown v Rentokil Ltd* [1998] ECR I-4185, para. 25; Ransumair Singh, "European Community Employment Law: Key Recent Cases and Their Implications for the UK", içinde **Industrial Relations Journal European Annual Review 1998/99**, der. Brian Towers and Michael Terry, UK: Blackwell Publishers, 1999, s. 156; Onaran-Yüksel, s. 237-238.

⁸⁶⁴ Michael Wynn, "Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?", **Modern Law Review**, Vol.62, 1999, s. 438.

durumlarını birbirinden ayıran ve eşit saymayan önceki Divan kararlarıyla çelişmekte olmasıdır.⁸⁶⁵

ATAD, *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger*⁸⁶⁶ kararında, hasta olan çalışanlar için hastalık süresince işverenlerinden tam ücret almalarını düzenleyen, fakat hastalığı hamileliğe dayalı olan kadın çalışanları bu hükümden istisna tutan ulusal mevzuatın ATA md.141'e aykırı olduğunu belirtmiştir. ATAD, somut olayda bu davranışın esas olarak hamileliğe dayalı olduğuna ve ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.⁸⁶⁷

(7). Hamileliğe Dayalı Ayrımcılık Durumunda Emsal Kişi İle Kıyaslama

Divan'ın *Dekker* kararı, 92/85 sayılı Yönerge'nin 10. maddesine temel oluşturmuştur.⁸⁶⁸ Bu kararın iki sonucu vardır. Birincisi, cinsiyete dayalı bir doğrudan ayrımcılık durumunun ispatı için, kadın çalışanla kıyaslaması yapılacak bir emsal erkek çalışana gerek bulunmadığı, ikincisi ise, hamileliğe dayalı ayrımcılığın dolaylı ayrımcılıktan ziyade her zaman doğrudan ayrımcılık oluşturduğudur.⁸⁶⁹

Hamilelik durumunun ne şekilde değerlendirilmesine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Foubert, Amerikan Hamileliğe Dayalı Ayrımcılık Yasası'nın hamileliği hastalık olarak ele aldığını belirtmektedir. Bu görüş çerçevesinde hamile kadın çalışanlar için emsal kişi olarak hasta çalışanlar tespit edilmekte ve aynı durumda oldukları farzedilmektedir. Bu görüşe karşı olan Foubert, hamileliğin olağan biyolojik etkileri çerçevesinde esasen sui generis bir durum oluşturduğunu ve bu sebeple de cinsiyete dayalı ayrımcılık için haklı bir gerekçe olabileceğini savunmaktadır. Yazar, hamilelik durumuna ilişkin olarak, kadın ve erkek hiç bir

⁸⁶⁵ Ellis, 2005, s. 234.

⁸⁶⁶ Case C-66/96 *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark v Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger and Dansk Tandlaegeforening and Kristelig Funktionær-Organisation v Dansk Handel & Service* [1998] ECR I-7327.

⁸⁶⁷ Ellis, 2005, s. 235.

⁸⁶⁸ Szyszczak, 1996 (b), s. 52.

⁸⁶⁹ Wintemute, 1998, s.23-24; Szyszczak, 1996 (b), s. 52; Jo Shaw, Jo Hunt and Chloë Wallace, *Economic and Social Law of the European Union*, NY: Palgrave Macmillan, 2007, s. 382.

zaman benzer durumda olamayacağından, onlara benzer şekilde davranmak zorunluluğu bulunmadığını belirtmektedir.⁸⁷⁰

Karşı görüşte olan Wintemute'a göre ise, hamileliğe dayalı ayrımcılığa ilişkin incelemede, mutlaka emsal bir kişiye ihtiyaç bulunmaktadır. Yazar, emsal bir kişi bulunmaması halinde, hamile bir kadın çalışanın işe uygunluk şartlarını yerine getirmese dahi, her işe alınmaması durumunda doğrudan ayrımcılıktan söz etmek gerekeceğini belirtmektedir.⁸⁷¹

Divan, *Dekker* ile *Hertz* kararlarının yanı sıra, *Webb*⁸⁷² kararında da, ayrımcılık konusu davranışın hamileliğe dayanması durumunda, artık karşı cinsten bir çalışana yapılan davranışı incelemeye gerek olmadığına hükmetmiştir. Divan'a göre hamile bir kadın çalışana yapılan işlemle geçici bir tıbbi rahatsızlığı bulunan bir erkek çalışana yapılan işlemi kıyaslamak isabetli değildir.⁸⁷³

Ellis, hamilelik durumunda emsal kişi ile kıyaslama yapılamadığı için, hamile bir kadın çalışanın hamilelik süresince meslekte ilerlemede engellenmesi gibi çalışma koşulları bakımından ayrımcılığa maruz kaldığı durumlarda, ayrımcılığın nasıl ölçüleceğinin muğlak olduğunu belirtmektedir.⁸⁷⁴

Wintemute, Divan'ın, bu noktada doğrudan ayrımcılık kavramını geniş olarak yorumladığı görüşündedir. Yazara göre, Divan, bazı ihtiyaçların karşılanmasını gerektiren hamilelik gibi durumların kaynağının kadın cinsiyetinde olduğu görüşündedir. İhtiyaçların yeterli ölçüde karşılanmaması ise, daha az lehte davranışı ortaya çıkararak, doğrudan ayrımcılığa yol açmaktadır.⁸⁷⁵

Webb kararı, 92/85 sayılı Yönerge yürürlüğe girmeden önce verildiği için, somut olaya 76/207 sayılı Yönerge hükümleri uygulanmıştır. Syzsczak'a göre,

⁸⁷⁰ Foubert, s. 55-56.

⁸⁷¹ Wintemute, 1998, s.25-28.

⁸⁷² Case C-32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, [1994] ECR I-3567.

⁸⁷³ Case C-32/93, *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, [1994] ECR I-3567, paras. 24-25; Fitzpatrick, Docksey, Jacqmain, s. 357.

⁸⁷⁴ Ellis, 2005, s. 234.

⁸⁷⁵ Wintemute, 1998, s. 29.

kararın konusu hizmet sözleşmesinin feshi olmasına rağmen, karar fesih dışındaki ayrımcılık durumlarını da ilgilendirmektedir. Çünkü ayrımcılığın fesih dışında ortaya çıktığı durumlar, (işte yükselme, staj, esnek iş fırsatları gibi çalışma koşulları ya da sosyal güvenliğe ilişkin konular) 92/85 sayılı Yönerge değil, iptal edilmeden önce 76/207 ve 2002/73 sayılı Yönergeler, halihazırda ise 2006/54 sayılı Yönerge kapsamında korunmaktadır. *Webb* kararı, bu noktaya dayanak olması bakımından önemlidir.⁸⁷⁶

Wintemute, hamileliğe dayalı ayrımcılığın, kıyaslama yapılmasının yasaklanmasına bağlı olarak, her koşulda doğrudan cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmesine karşıdır. Yazara göre, hamileliğe dayalı ayrımcılığın bu kapsamda değerlendirilmesinin temel nedeni doğrudan cinsiyet ayrımcılığının Birlik Hukuku'nda ancak kanunda açıkça sayılan hallerde ortaya çıkması ve bu hallerin dışında herhangi bir şekilde gerekçelendirilememesidir.⁸⁷⁷

Divan, *Gillespie v Northern Health and Social Services Board*⁸⁷⁸ kararında doğum izni kullanmakta olan kadın çalışanın durumunun çalışmakta olan kadın ya da erkek çalışanlarla kıyaslanamayacak bir özel durum oluşturduğunu ve özel koruma gerektirdiğini belirtmiştir.⁸⁷⁹

Kanımızca, ATAD'ın vermiş olduğu kararlar çerçevesindeki yorumu isabetlidir. Hamileliğin erkekler tarafından deneyimlenmesi biyolojik olarak mümkün olamayacağından, cinsiyete dayalı ayrımcı davranışın ispatı açısından emsal bir kişi bulunmasına gerek ve imkan bulunmamaktadır.

⁸⁷⁶ Szysczak, 1996 (b), s. 53.

⁸⁷⁷ Wintemute, 1998, s. 28-29.

⁸⁷⁸ Case C-342/93 *Gillespie and Others v Northern Health and Social Services Board and Others*, [1996], ECR I-475.

⁸⁷⁹ Ellis, 2005, s. 231.

(8). Hamilelik ya da Doğuma Bağlı Rahatsızlıklarda Doğum İzninin Sona Ermesinden Sonraki Koruma

Divan, doğum izninin sona ermesinden sonra hamilelik ya da doğuma bağlı olarak ortaya çıkan rahatsızlık durumunda artık kadın çalışanlara hastalıklara uygulanan genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Bir başka deyişle, kanunun özel koruması burada sona ermektedir.

Divan *Hertz*⁸⁸⁰ davasında, yasal doğum iznini kullanarak işine dönmesinden yaklaşık bir yıl sonra hamilelik ve doğuma bağlı olarak rahatsızlanarak yüz iş günü işine devam edemeyen kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin işvereni tarafından feshini hukuka aykırı bulmamıştır. Divan kararda, doğum izninin bitiminden sonra hamilelik ya da doğuma bağlı olarak ortaya çıkan bir hastalığı herhangi başka bir hastalık türünden ayırmaya gerek olmadığına hükmetmiştir. Bu tür bir patolojik duruma diğer hastalıklara uygulanan genel kuralların uygulanacağını ifade etmiştir. Divan kararda kadın ve erkeklerin hastalıklara eşit derecede açık olduklarını belirtmiştir. Divan, kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin hastalığa bağlı olarak işe devam etmemesi nedeniyle bu durumdaki bir erkek çalışanla aynı koşullar altında feshedilmesi durumunda, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılığın oluşmadığına karar vermiştir.⁸⁸¹

Szyszcak, Divan'ın *Hertz* kararında kadın çalışanın hamilelik süresince ve doğumdan sonra ortaya çıkan hastalık durumlarına ilişkin olarak yaptığı ayrımın keyfi olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, Divan'ın *Hertz* kararı, hukuk ve siyaset arasındaki dengenin korunmasının zorluğunu ortaya koymaktadır. Keza, kadın çalışan için doğum izninin sona ermesinden sonra hamilelik ya da doğuma bağlı olarak ortaya çıkan hastalıklarda, doğum izni süresince olan korumanın devam

⁸⁸⁰ Case C-179/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* [1990] ECR I-3979.

⁸⁸¹ Case C-179/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening* [1990] ECR I-3979, paras. 16-17; Singh, s. 156; Shaw, Hunt, Wallace, s. 382-383. Divan, *Hertz* kararında öngördüğü şekilde hamilelik ya da doğumdan kaynaklanan patolojik durumların doğum izninin sona ermesinden sonra ortaya çıkması halinde, somut olaya genel anlamda rahatsızlıklara uygulanan düzenlemelerin uygulanması gerektiğini Brown kararında da tekrar etmiştir. Bkz. Case C-394/96 *Mary Brown v Rentokil Ltd* [1998] ECR I-4185; Ellis, 2005, s. 233.

ettirilmesi, işvereni ekonomik açıdan olumsuz şekilde etkileyecektir. Szyszcak’a göre, *Hertz* kararının sonucu, kanun koyucu tarafından normal bir hamilelik, doğum ve doğum sonrası için öngörülen iyileşme sürelerine uymayan bir kadın çalışanın artık kanunun korumasından tam olarak yararlanamayacak olmasıdır. Yazar, anneyi sadece doğum ve doğum sonrası kısıtlı bir süreye kadar koruyan bu anlayışın hukuksal bir temeli olmadığını belirtmektedir.⁸⁸²

Fitzpatrick ve Jacqmain’a göre, Divan’ın *Hertz* kararında yeni doğum yapmış kadın çalışan ile erkek çalışan arasında yaptığı kıyaslamanın, esasen *Webb* kararında yapılamaz nitelikte bulunduğu kıyaslamadan bir farkı bulunmamaktadır.⁸⁸³

(9). Hamileliğe Dayalı Feshe Dair Korumanın İstisnası

İşverenin, hamile, loğusa ve emzikli kadın çalışanları bu durumlarına bağlı olarak, işten çıkarma yasağının bir istisnası bulunmaktadır. Yönerge kapsamındaki kadın çalışanların ulusal mevzuat ve/veya ulusal uygulama gereğince izin verilen ve durumlarıyla bağlantılı olmayan; gereken hallerde yetkili makamların onayının alınmasının zorunlu olduğu durumlar, hizmet sözleşmesinin feshine dair korumanın dışında tutulmuştur.(md.10/1)

Yönerge kapsamındaki bir çalışanın yukarıda belirtilen süreçte işten çıkarılması halinde, işveren bu duruma ilişkin haklı gerekçelerini yazılı olarak bildirmelidir.(md.10/2) Üye devletler, böyle bir durumda haksız olarak işten çıkarılan çalışana, bunun sonuçlarından korumaya yönelik gerekli önlemleri alacaklardır.(md.10/3)

Ellis’e göre, hamile bir kadın çalışanın hizmet sözleşmesinin feshi, ancak bu feshin hamilelikle hiç bir ilgisinin bulunmaması halinde mümkündür. Bu tür istisnai durumlara, bir kişiyi çalışmaktan kalıcı şekilde alıkoyan zorlayıcı bir sebebin olması

⁸⁸² Szyszcak, 1996 (b), s. 54.

⁸⁸³ Fitzpatrick, Docksey, Jacqmain, s. 357.

ya da finansal, teknik, örgütsel ya da üretime bağlı nedenlerle toplu işten çıkarmalar örnek gösterilebilir.⁸⁸⁴

Divan, *Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios*⁸⁸⁵ kararında, Yönerge'nin 10. maddesinin üye devletlere hizmet sözleşmesinin haklı sebeple feshine ilişkin istisnaları içeren belirli bir liste hazırlama yükümlülüğü yüklenmediğini; bununla birlikte üye devletlerin hamile kadın çalışanların daha ileri düzeyde korunmasını sağlamak amacıyla feshin dayandırılabilirliği birtakım özel sebepler öngörmesini de engellenmediğini belirtmiştir.⁸⁸⁶ Kenner'e göre, 10. maddenin etkin bir şekilde uygulanması, sadece 92/85 sayılı Yönerge'nin kapsamına değil, fesih kavramının yorumu ile uygulanmasına ve ulusal hukuklarda istisnai durumlarda feshe izin verilen haklı sebeplere de bağlıdır.⁸⁸⁷

(10). Hizmet Sözleşmesinden Doğan Hakların Doğum İzni Süresince Korunması

(i). Genel Olarak

Kadın çalışanın hizmet sözleşmesinden doğan hakları doğum izni süresince devam etmektedir (md. 11/2-a). Yönerge uyarınca hizmet sözleşmesinden doğan hakların korunması, sadece asgari on dört haftalık doğum izni süresinedir. Bu sebeple, Yönerge gereği, hizmet sözleşmesine konulan tamamlayıcı (ek) doğum izni süresince belirli hakların devam etmeyeceğine ilişkin düzenlemelere cevaz verilmektedir.⁸⁸⁸

Divan, *Merino Gomez v Continental Industrias del Caucho SA*⁸⁸⁹ kararında yıllık izin hakkının hizmet sözleşmesinden doğan bir hak olduğunu teyit ettikten sonra, kadın çalışanın bağlı olduğu işyeri için yapılan toplu iş sözleşmesinde

⁸⁸⁴ Ellis, 2005, s. 245.

⁸⁸⁵ Case C-438/99 *Maria Luisa Jiménez Melgar v Ayuntamiento de Los Barrios*, [2001] ECR I-6915.

⁸⁸⁶ Ellis, 2005, s. 245; Brzezińska, s. 25.

⁸⁸⁷ Kenner, s. 158.

⁸⁸⁸ Ellis, 2005, s. 242.

⁸⁸⁹ Case C-342/01 *María Paz Merino Gómez v Continental Industrias del Caucho SA*, [2004], ECR I-0.

öngörülen yıllık izin döneminde, çalışanın doğum izninde olması dolayısıyla yıllık iznini toplu iş sözleşmesine aykırı olarak yılın farklı bir döneminde alıp alamayacağı hususunu araştırmıştır. ATAD, yıllık izin ve doğum izninin amaçlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmiş; 76/207 sayılı Yönerge çerçevesinde eşit davranma ilkesi gereğince kadın çalışanın yıllık iznini doğum izninden farklı bir dönemde talep edebileceğine karar vermiştir.⁸⁹⁰

Divan'ın, *CNAVTS v Thibault*⁸⁹¹ kararında davacı hamile kadın çalışan meslekte ilerleme sağlanması amacıyla meslekdaşlarına toplu iş sözleşmesiyle tanınan performans değerlendirmesinden belirli bir süre çalışmış olması koşulu aranması nedeniyle mahrum bırakılmasının ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Davacı çalışan, yılın altı ayı çalışmış olunması koşulunu altı aydan daha uzun bir süre rahatsızlığı ve doğum iznini kullanmış olması nedeniyle sağlayamamıştır. ATAD, dava sonunda ayrımcılık yasağı ilkesinin doğum izni süresince işverene hizmet sözleşmesiyle bağlı olmaya devam eden kadın çalışanın bu hizmet sözleşmesinin sonucu olan ve hem kadına hem de erkeğe uygulanmakta olan çalışma koşullarının yararlarından mahrum edilmemesini gerektirdiğine karar vermiştir.⁸⁹² Kadın çalışanın hamile olmamış olsa ve doğum izni hakkını kullanmamış olsa sahip olacağı bir haktan mahrum edilmesi, onun aleyhine ayrımcılık yapılmış olduğu sonucunu doğurmaktadır.⁸⁹³

(ii). Ücret Hakkı

Kadın çalışan, hamilelikten kaynaklanan çalışamama durumunda ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereğince ücret ve/veya uygun bir miktarda ödeneğe hak kazanmaktadır (md. 11/2-b). Uygun miktardaki ödenekle kastedilen, ilgili çalışanın

⁸⁹⁰ Ellis, 2005, ss. 242-243.

⁸⁹¹ Case C-136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault*, [1998] ECR I-2011; Nigel Foster, "Legal Developments", içinde **The European Union-Journal of Common Market Studies Annual Review 1998/1999**, der. Geoffrey Edwards and Georg Wiessala, Blackwell Publishers, 1999, s. 124.

⁸⁹² Ellis, 2005, ss. 234- 235.

⁸⁹³ Wynn, s. 443-444; Shaw, Hunt, Wallace, s. 383-384.

hastalık durumunda hak kazanacağı (azami miktarı ulusal mevzuatla belirlenen) asgari ödeneğe denk olan ödenektir.⁸⁹⁴

Komisyon tarafından kabul edilen ilk Yönerge tasarısında, kadın çalışanların, on dört haftalık doğum izni süresince tam ücret alma hakkına sahip oldukları, doğum iznini on dört haftadan daha uzun süreli olarak tanımak isteyen üye devletlerin ise, kadın çalışanın aldığı ücretin en az %80'ini ödemeleri gerektiği yer almıştır. Avrupa Parlamentosu'da Komisyon'un bu görüşünü desteklemiştir.⁸⁹⁵ İngiltere, tasarının kabulüne karşı çıkmıştır. İngiliz hükümeti, bu yönde bir hükmün kabulünün işverene yüklenilen ekonomik külfetin artmasına bağlı olarak, kadınların işgücü piyasasından dışlanması sonucunu doğurabileceğini vurgulamış ve tasarı yukarıda belirtildiği şekliyle değiştirilmiştir.⁸⁹⁶ Üye devletler, kadın çalışanın doğum izninde almaya hak kazanacağı ücret ya da ödeneğin ulusal mevzuat gereği hastalık iznine denk düşen miktar olarak kabulünde uzlaşmışlardır.⁸⁹⁷

UÇÖ'nün bu konudaki düzenlemesi, Yönerge'nin ilgili hükmünden farklılık göstermektedir. Keza, UÇÖ'nün 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi'nde⁸⁹⁸ doğum izni sırasındaki nakdi yardımların (ücret ya da ödenek tutarı) asgari miktarının ulusal mevzuat ve/veya uygulama gereğince hastalık ya da geçici engellilik durumundakine denk olması, ancak gelişmekte olan ülkeler bakımından öngörülmüştür (md.7). Gelişmiş ülkeler için ise, kadın çalışanın doğum izni sırasındaki maaş, ücret, ikramiye ve diğer yan ödemelerin doğum öncesindeki gelir düzeyinin üçte ikisinden az olamayacağı düzenlenmiştir. (md.6/3)

AB'ye üye devletlerden sadece on ikisi, 183 sayılı Sözleşme'yi onaylamıştır. Ellis'e göre, bunun başlıca nedeni üye devletlerin işverenin ekonomik gücünü zorlamamak istemeleridir. Yazar, Yönerge'nin bu sebeple ücret bakımından

⁸⁹⁴ Kenner, s. 157. Bu ödenek, analık ödeneği olarak da adlandırılabilir.

⁸⁹⁵ Foubert, ss. 120-121.

⁸⁹⁶ Ellis, 1993, s. 64.

⁸⁹⁷ Szyszczak, 1996 (b), s. 52.

⁸⁹⁸ 2000 tarihli ve 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, UÇÖ Kabul Tarihi: 15.06.2000; Yürürlük Tarihi: 07.02.2002; Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf değildir. Sözleşme'yi 18 ülke onaylamıştır. Bunlardan 12 tanesi AB üyesidir. Sözleşme tam metni için, bkz. UÇÖ Resmi Sitesi, Erişim:<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp2.htm>[12.12.2007]

yeterince bir hukuki koruma sağlamadığını belirtmektedir. Ellis ve Foubert, doğum iznini kullanan kadın çalışanın ücret ya da hizmet sözleşmesinden doğan haklarında herhangi bir kayba uğramayacağını Yönerge’de yeterli düzeyde güvence altına alınmadığını belirtmektedirler.⁸⁹⁹ Foubert, Yönerge md. 11/2-b’de, ulusal mevzuat ve/veya uygulamaya yapılan göndermeyi eleştirerek, bunun kadın çalışanın ücret ya da hizmet sözleşmesinden doğan haklarının güçlü bir biçimde korunacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir.⁹⁰⁰

Üye devletler, söz konusu çalışandan yukarıdaki ücret veya uygun miktardaki ödeneye hak kazabilmesi için ulusal mevzuatı gereği bu tür ödenekleri almaya hak kazanma koşullarını yerine getirmesini öngörebilirler.(md.11/4) Bununla birlikte, üye devletlerin, bu izni doğumdan önce belirli bir çalışma süresine sahip olma koşuluna bağlamaları halinde, bu süre en fazla on iki ay olabilir.⁹⁰¹

ATAD, *Boyle v EOC*⁹⁰² kararında Yönerge’nin ilgili hükmü uyarınca, doğum iznine ayrılmış olan kadın çalışana, en azından hizmet sözleşmesinde hastalık izni için öngörülene denk bir meblağın ödenip ödenmemesi gereğini incelemiştir. Somut olayda, işveren, hastalık izni kullanan çalışanlarına tam ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple, doğum iznine ayrılan kadın çalışan da tam ücrete hak kazanmaktadır. Divan ise, kararda, Hamilelik Yönergesi çerçevesinde kabul edilen “ödenek” kavramının ATA’nın 141. maddesi kapsamındaki “ücret” kavramından farklı olduğunu belirtmiştir. Divan’a göre, kadın çalışana doğum izni süresince işvereni tarafından sağlanan bu ödenek, hizmet sözleşmesinden doğan gelirleri kapsamamaktadır. Divan, Yönerge’nin sadece ulusal sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca sağlanmakta olan hastalık ödeneğine denk bir ücret, ödenek ya da her ikisinin bileşiminden oluşan bir meblağa gönderme yaptığını, işverenin kadın çalışana hastalık izni almış olması durumunda ödenen ve hizmet sözleşmesinden doğan daha yüksek bir meblağı ödeme taahhüdü altında bulunmadığını belirtmiştir.⁹⁰³

⁸⁹⁹ Ellis, 2005, s. 262; Foubert, s. 113.

⁹⁰⁰ Foubert, s. 120.

⁹⁰¹ Szyszczak, 1996 (b), s. 52.

⁹⁰² Case C-411/96 *Boyle and Others* [1998] ECR I-6401.

⁹⁰³ Ellis, 2005, s. 243.

Divan, *Gillespie v Northern Health and Social Services Board*⁹⁰⁴ kararında ATA md. 141 ve 75/117 sayılı Yönerge’de analık ödeneğinin miktarına ilişkin tam bir ölçüt öngörülmemiş olsa da, asgari bir seviyenin belirlendiğini belirtmiştir. Divan kararda, ödenecek meblağın kadın çalışanın doğum öncesi ve sonrasında korunmasını ve doğum izninin amacını tehlikeye atacak kadar düşük olmaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu çerçevede, ödenecek meblağın değerlendirilmesi için, yerel mahkeme sadece doğum izninin süresini değil, ulusal hukuk uyarınca işten haklı sebeple uzaklaşmayı gerektiren diğer sosyal koruma türlerini de dikkate almalıdır.⁹⁰⁵

Analık ödeneği miktarının yeterli bir meblağa karşılık gelmemesi durumunda, pek çok kadın çalışanın doğum iznini gereği gibi kullanamayarak, işlerine iznin bitiminden daha erken dönmek zorunda kalabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Ellis’e göre, çoğu kısmi süreli kadın çalışanın ulusal mevzuat gereği asgari hastalık ödeneği için öngörülen koşulları yerine getirememeleri olasılığı yüksek olduğundan doğum izinleri sırasında herhangi bir ödenek almayacaklar ve işlerine dönüşleri erken olacaktır. Yazara göre bu sonuç, sadece kısmi süreli çalışan kadınlar için geçerli olmayacak ve doğum iznindeki kadın çalışanın çalıştığı döneme göre oldukça az miktarda bir ücret ya da ödenek alması durumunda, çalışanın yine ekonomik güçlük çekerek işine olması gerekenden daha erken dönmesi durumuyla karşılaşılabacaktır.⁹⁰⁶

(11). 92/85 sayılı Yönerge’nin değiştirilmesine İlişkin Yönerge Tasarısı

Komisyon tarafından 2008 yılında 92/85 sayılı Yönerge’nin değiştirilmesine ilişkin bir Yönerge tasarısı⁹⁰⁷ hazırlanmıştır. Bu tasarı henüz Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından görüşülmektedir. Tasarıda, on dört hafta olan doğum izninin on sekiz haftaya çıkartılması önerilmiştir. On sekiz haftalık iznin altı haftasının

⁹⁰⁴ Case C-342/93, *Gillespie and Others v Northern Health and Social Services Board and Others* [1996], ECR I-475.

⁹⁰⁵ Ellis, 2005, s. 244.

⁹⁰⁶ Ellis, 1993, ss. 66-67.

⁹⁰⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending the Council Directive 92/85/EEC on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety and Health at Work of Pregnant Workers and Workers Who Have Recently Given Birth or Are Breastfeeding, {SEC(2008)2526}, {SEC(2008)2527}, COM(2008)600/4.

doğumdan sonra alınması zorunludur. Bunun dışında üye devletler kadın çalışanların doğum izninin zorunlu olmayan kısmını doğum öncesi ya da sonrasında kullanmada serbest olduklarını göz önüne alarak gereken düzenlemeleri yapacaklardır.

Tasarıda bu sürenin UÇÖ tarafından 2000 yılında Analığın Korunmasına ilişkin olarak alınan Tavsiye Kararı ile de uyumlu olduğu belirtilmiştir. Bunun gerekçesi olarak kadın çalışanın doğumun etkilerinden tam olarak kurtulmasına ve doğum izni sonrasında işgücü piyasasına dönmesinin kolaylaştırılmasına olan ihtiyaç gösterilmiştir. Komisyon'un, usul gereği 92/85 sayılı Yönerge'yi değiştirecek olan yeni Yönerge tasarısını hazırlamaları için sosyal taraflara teklifte bulunduğu fakat sosyal tarafların müzakerelerine doğum iznini almak istemedikleri ve yeni bir ebeveyn izni Yönerge tasarısı oluşturdıkları belirtilmelidir.⁹⁰⁸

Komisyon tarafından getirilen tasarıda kadın çalışanların işveren tarafından, sağlık raporuna dayanılmaksızın işe uygun olmadıkları gerekçesiyle işlerinden uzaklaştırılmaları durumunda, doğum izninin başlangıcına dek ücretlerinin tamamının ödenmesi önerilmiştir. Tasarıda işveren tarafından kadın çalışanlara doğum izni sürecince yapılacak ödemenin ancak çalışanın son aldığı aylık ücrete ya da ortalama aylık ücretine denk bir tutar olması durumunda uygun bir miktara karşılık geleceği belirtilmiştir.⁹⁰⁹ Bu düzenleme, İngiltere gibi ulusal düzenlemelerinde doğum izni süresinin elli iki hafta gibi oldukça uzun bir süreye karşılık geldiği üye devletler tarafından desteklenir nitelikte görünmemektedir.

Doğum izninin süresinin uzatılması konusunda pek çok üye devlet hem fikir olmakla birlikte, özellikle kuzey Avrupa ülkeleri bu fikri sıcak karşılamamışlardır. Sosyal hakların daha güçlü olduğu kuzey Avrupa ülkeleri, sadece anneye tanınabilen doğum izninin süresinin uzatılmasının cinsiyet ayrımcılığının artmasına yol açacağını savunmaktadırlar. Bu sebeple babaların da çocuk bakımı sürecine dahil

⁹⁰⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending the Council Directive 92/85/EEC, s.2- 4.

⁹⁰⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending the Council Directive 92/85/EEC, s. 15-16.

edilebilmesi amacıyla erkek çalışanlar için babalık izni olarak adlandırılan ücretli izin hakkının tanınması ve yaygınlaştırılması gerektiğini ileri sürmektedirler.⁹¹⁰

92/85 sayılı Yönerge, aile ve çocuk bakımına ilişkin sorumlulukların sadece anneye ait olduğu yönündeki genel inancı pekiştirmekte olduğu ve çocuk sahibi olduktan sonra işlerine kesintisiz şekilde devam eden babaları da sürece dahil ederek, bu sorumluluğun paylaşılmasını sağlayacak bir düzenleme içermediği için eleştirilmektedir. Eneteg, sorunun ana kaynağını biyolojik olarak sadece kadınlara özgü olan hamilelik ile doğum sonrası çocuğun bakımının üstlenilmesi durumunun, aynı hukuksal düzenlemede yer almasına dayandırmaktadır. Bu sebeple, çocuğun doğumuyla birlikte baba statüsüne erişen erkek çalışanlar bu sürecin dışında tutulmaktadır.⁹¹¹

Avrupa Parlamentosu'nun Kadın Hakları ve Kadın Erkek Eşitliği Komitesi, 92/85 sayılı Yönerge'yi değiştiren Yönerge taslağına ilişkin olarak, Parlamenter Edite Estrela tarafından hazırlanan raporu kabul etmiştir. Parlamento, Şubat 2010 tarihi itibarıyla ilk okumasında Konsey ile birlikte yürütmekte olduğu ortak karar usulü uyarınca Komisyon'un Yönerge teklifinde değişiklik yapılması için bazı önerilerde bulunmuştur. Ücretli babalık izni düzenlemesini savunan Parlamenterler, annenin sağlığının korunmasının önemli olduğu bir dönemde babalara bu hakkın tanınmasının ailenin korunması bakımından bir ihtiyaç olduğunu ifade etmişlerdir. Parlamento'nun babalık izni düzenlemesine ilişkin önerisi, yaşam ortağı ya da eşi yeni doğum yapan ve doğum izni sürecinde olan çalışanlara doğum sonrasında asgari iki hafta olmak üzere kesintisiz ve devredilemez nitelikte, ücretli babalık izni hakkı tanınmasına ilişkindir. Parlamento'nun önerisi uyarınca ulusal düzenlemelerinde asgari iki haftalık ücretli ve zorunlu babalık izni hakkı tanımayan üye devletlerin her iki ebeveynin de ailevi sorumluluklarını eşit derecede yerine getirmelerinin

⁹¹⁰ Margarida Vasconcelos, "The Commission's proposal on maternity leave conditions is facing opposition from the EU Member States as well as from the European Parliament", **The European Journal**, 14.05.2009, Erişim: http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2009/05/the-commissions-proposal-on-maternity-leave-conditions-is-facing-opposition-from-the-eu-member-states-as-well-as-from-the.html[08.02.2010]

⁹¹¹ Susanna Eneteg, "EC Labour Law: Do Men Become Fathers?", **Columbia Journal of European Law**, Vol.11, 2004-2005, s. 420-422.

sağlanması açısından bu düzenlemeleri yapmaları konusunda teşvik edilmeleri gerektiği belirtilmiştir.⁹¹²

Kanımızca kadın çalışanlara tanınan doğum izniyle erkek çalışanlara tanınması önerilen ücretli babalık izni birbirini tamamlayacak ve bu izin hakkı kadınların işgücü piyasasındaki durumlarını koruyacaktır. Bununla birlikte, erkek çalışanlara ücretli babalık izni tanınmasının işverene yükleyeceği mali külfet göz önüne alındığında bunun hem Birlik çapındaki işveren sendikalarından hem de üye devletlerden göreceği destek şüphelidir.

Yönerge taslağında doğum izni süresinin uzatılması da kanımızca çok yerinde bir düzenleme değildir. Çalışan kadının doğum iznini arttıracak bir düzenleme, bir yandan onun işgücü piyasasına dönmesini geciktirecek, öte yandan ise çocuk bakımı gibi geleneksel rollerin kadına özgülenmesini pekiştirecek bir niteliğe sahiptir. Bunun yanı sıra doğum izni süresinin uzatılmasının, işveren açısından maliyeti arttırıcı bir niteliği de bulunduğundan, bu düzenlemenin kadın istihdamını arttırmak yerine azaltıcı bir işlev yerine getirme olasılığı yüksektir. İşveren, kadın işgücünün maliyetinin artması durumunda, işe alımlarda erkek çalışanı seçme eğilimine yönelecektir. Yönerge tasarısında, doğum izni için kadın çalışana en son aldığı ücret tutarında bir meblağın ödenmesi gereğine ilişkin değişiklik kanımızca çok isabetlidir. Daha önce de belirtildiği gibi, kadını ekonomik açıdan güçsüz bırakan durumlar, kadın çalışanın doğum iznini hukuksal süresi kadar kullanmasının önünde bir engel oluşturup, onun işgücü piyasasına olması gerekenden daha erken dönmesine yol açmaktadır. Bu düzenlemenin bu endişeyi ortadan kaldıracağı şüphesizdir.

b. 96/34 sayılı UNICE, CEEP ve ETUC Tarafından Sonuçlandırılan Ebeveyn İzni Konusunda Çerçeve Anlaşmaya İlişkin Yönerge

Aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması, aile yaşamı ya da çalışma yaşamı kavramları ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, özellikle modern günümüz

⁹¹² COD/2008/0193, “EP: Decision of the Committee Responsible”, 1st Reading/Single Reading, Erişim: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5697042\[12.03.2010\]](http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5697042[12.03.2010])

toplumlarında üzerinde oldukça durulan bir konudur.⁹¹³ AB Hukuku'nda ebeveyn izni, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına ilişkin sağlanan önlemler çerçevesinde ele alınmaktadır.⁹¹⁴

(1). Yönerge'nin Hazırlık Sürecindeki Gelişmeler

Ebeveyn iznini düzenleyen Yönerge tasarısı, Komisyon tarafından Bakanlar Konseyi'ne ilk olarak 1984'te önerilmiş, fakat İngiltere'nin muhalefetiyle karşılaştığı için kabul edilmemiştir. Tasarı, on yıldan fazla bir süre Konsey gündeminde kalmıştır.⁹¹⁵

Avrupa Birliği'nde kadın ve erkek çalışanın aile ve çalışma yaşamını uzlaştırmalarına ilişkin bağlayıcı olmayan ilk taahhüt, 1989 yılında kabul edilen Çalışanların Temel Sosyal Haklarına ilişkin Topluluk Şartı'nda yer almıştır.⁹¹⁶ Aynı yıl, Komisyon tarafından hazırlanan Aile Politikaları konusundaki Bildiri'de⁹¹⁷, aile yükümlülüklerinin ebeveynler arasında eşit olarak dağıtılması gereği vurgulanmıştır.⁹¹⁸

Avrupa Komisyonu, 1990'lı yılların başlarından itibaren aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına yönelik aktif çalışmalara başlamıştır.⁹¹⁹ 1995'de Birliğe üye olan Avusturya, Finlandiya ve İsveç, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması konusunda oldukça ileri düzeyde sosyal politikalar uygulayan ülkeler olmaları nedeniyle Birliğin bu alandaki politikası üzerinde olumlu etkilerde bulunmuşlardır.⁹²⁰

⁹¹³ Alan C. Neal, "United Kingdom", içinde **The Harmonization of Working Life and Family Life**, der. Roger Blanpain, the Hague: Kluwer Law International, 1995, s. 105.

⁹¹⁴ Eraltuğ, 2006, s. 112.

⁹¹⁵ Eraltuğ, 2006, s. 116.

⁹¹⁶ Clare Mc Glynn, **Families and the European Union Law, Politics and Pluralism**, N.Y.: Cambridge University Press, 2006, s. 93.

⁹¹⁷ Communication from the Commission of 8 August 1989 on family policies, COM (89) 362 final.

⁹¹⁸ Eraltuğ, 2006, s. 115.

⁹¹⁹ Kenner, s. 268.

⁹²⁰ Peter Moss, "Reconciling Employment and Family Responsibilities: A European Perspective", içinde **The Work-Family Challenge Rethinking Employment**, der. Suzan Lewis, Jeremy Lewis, London: Sage Publications, 2004, s. 30; Janice Monk and Maria Dolors García-Ramon, "Placing Women of the European Union", içinde **Women of the European Union**, der. Maria Dolors García-Ramon and Janice Monk, London: Routledge Publishing, 1996, s. 27.

(i). Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye Kararı (1992)

Avrupa Komisyonu, kadın ve erkek çalışanların ücretlerindeki farklılığın ileri boyutlarda olması, kısmi süreli çalışanların neredeyse tamamına yakınına kadın çalışanların oluşturması ve kadınların hem çalışma yaşamında, hem de aile yaşamındaki çifte sorumluluklarının zorluğu nedeniyle, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması alanında bir Topluluk düzenlemesi oluşturulmasına karar vermiştir.⁹²¹

Bu alandaki ilk düzenleme Konsey tarafından kabul edilen 1992 yılına ait bağlayıcı bir niteliği olmayan “Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye” Kararı’dır.⁹²² Daha ziyade sembolik bir niteliğe sahip bu Tavsiye Kararı’nda Konsey, üye devletlere kadın ve erkek çalışanların çalışma ve çocuk bakımıyla ilgili ailevi sorumluluklarını uzlaştırmalarını sağlayacak girişimlerde bulunmaları ve/veya bunları aşamalı olarak desteklemeleri çağrısında bulunmuştur.⁹²³

Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye Kararı’nda, ebeveynlerin çalışma, çalışmaya yönelik aldıkları eğitim ya da iş arama saatlerine karşılık gelecek çocuk bakım hizmetleri sağlanması, kadın ve erkek çalışanlara çocuk bakımı sorumluluğunu yerine getirebilmeleri amacıyla özel bir izin verilmesi, çalışma hayatının çevre, yapı ve organizasyonunun bu ihtiyaçları karşılayacak şekilde düzenlenmesi ve tüm bu sorumlulukların kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit olarak paylaşılması gerektiği vurgulanmıştır.⁹²⁴

Özellikle, çocuk bakımı ve ailevi yükümlülüklerin kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit olarak paylaşılması, üye devletlere bu konuda düzenleme yapma yönünde açık bir taahhüt yüklemektedir. Ailevi sorumlulukların kadın ve erkek çalışanlar arasında daha eşit şekilde paylaşılması, Birlik tarafından aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması alanında en çok vurgulanan konulardan biri olmuştur.

⁹²¹ Kenner, s. 268.

⁹²² Council Recommendation 92/241/EEC on Childcare, OJ 1992, L 123/16; Mc Glynn, 2006, s. 93; Eraltuğ, 2006, s. 116; Gwennaële Bruning and Janneke Plantenga, “Parental Leave and Equal Opportunities: Experiences in Eight European Countries”, *Journal of European Social Policy*, Vol.9(3), 1999, s. 195.

⁹²³ Mc Glynn, 2006, s. 93; Kenner, s. 268.

⁹²⁴ Kenner, s. 269; Eraltuğ, 2006, s. 116.

Tavsiye Kararı, emeğin aile içindeki bölüşümü ve erkeklerin de bakım görevini üstlenmeleri gerekliliklerinin açıkça gündeme alınarak, Birlik ve üye devletler tarafından ilk kez resmi olarak tanınmış olması nedeniyle daha da önem taşımaktadır.⁹²⁵

Çocuk bakımı yükümlülüğünün kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit olarak paylaştırılmasıyla, kadınların ev içerisinde erkeklerle eşit iş dağılımı değil, kadınların işgücü piyasasına katılımının artırılması amaçlanmaktadır. Aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması, bu hedefe ulaşmak için uygulanmakta olan bir araçtır.⁹²⁶ Mc Glynn, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması konusunun hem kadın hem de erkek çalışanı ilgilendirir gibi görünmesine rağmen, sorunun esasen işgücü piyasasına katılımlarının artırılması hedeflenen kadın çalışanlara ait olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, Komisyon'un 2005 yılında demografik değişime ilişkin hazırladığı bildiride de belirtildiği üzere, Birlik, yaşlanan nüfusun artması ve çalışan nüfusun azalmakta olması nedeniyle doğum oranlarının artmasını sağlayacak politikalar uygulamayı ve öncelikli olarak da kadınları ve yaşlıları işgücü piyasasına çekmeyi hedeflemektedir.⁹²⁷

(ii). AB Sosyal Politikası'na İlişkin İlke Kararı (1994)

Avrupa Konseyi tarafından Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye Kararı'nın ardından kabul edilen, 6 Aralık 1994 tarihli AB Sosyal Politikası'na ilişkin İlke Kararı'nda⁹²⁸ benzer hususlar tekrar edilmiştir. Bu kararda etkili bir fırsat eşitliği politikasının sağlanmasının istihdamda daha fazla esneklik, çalışma saatlerinin daha etkin şekilde düzenlenmesi ve çalışma yaşamına daha kolay dönüşü gerektirdiğine dikkat çekilmiştir. Bunun yanı sıra, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına ilişkin önlemlerin, toplumun değişen ihtiyaçlarına daha iyi uyum sağlayacak ve hem işverenlerin hem de çalışanların ihtiyaçlarını dikkate alacak yeni esnek çalışma türlerinin kabulünü içermesi gerektiği belirtilmiştir.

⁹²⁵ Moss, s. 25.

⁹²⁶ Moss, s. 21; Mc Glynn, 2006, s. 94.

⁹²⁷ Mc Glynn, 2006, s. 95.

⁹²⁸ Council Resolution of 6 December 1994 on certain aspects for a European Union social policy: a contribution to economic and social convergence in the Union, OJ C 368, 23.12.1994.

Aile politikasının, demografik değişiklikler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Konsey İlke Kararı'nda da, Çocuk Bakımına İlişkin Tavsiye Kararı'nda belirtilen yaşlanan nüfus ve azalan doğum oranlarına bağlı olarak kadının hem doğum yapmasının, hem de işgücü piyasasına katılımının teşvik edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

(2).Yönerge'nin Kabulü Öncesinde Ebeveyn İznine İlişkin Üye Devletler'deki Düzenlemeler

96/34 sayılı Yönerge'nin⁹²⁹ kabulünden önce, Birlik üyesi ülkelerin ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerinin, birbirinden hayli farklı olduğu belirtilmelidir. Belçika, İngiltere, İrlanda ve Lüksemburg gibi bazı üye ülkelerde ebeveyn iznine ilişkin bir düzenleme bulunmazken, Hollanda, Yunanistan, İspanya ve Portekiz gibi bazı ülkelerde ise ebeveyn izni ücretli olarak düzenlenmemiştir. Birliğe üye diğer ülkelerin çoğunda ebeveyn izni, ücretin sabit bir kısmına ya da belirli bir oranına karşılık gelmiştir. İznin ücretli olup olmaması gibi süresi de ülkeden ülkeye değişiklik göstermiştir. Ebeveyn izninin, bireysel bir haktan ziyade, ailevi bir hak olarak algılanması, iznin erkek çalışanlar tarafından alınması olasılığını düşürmüştür. Yönerge'nin kabulünden önceki dönemde, çalışanların ebeveyn iznini kullanma yönündeki tercihleri, çalışanlara bu izin süresince yapılan ödemenin miktarıyla yakın bir ilişki içindedir. Ebeveyn izni, Anlaşma öncesinde Birlik üyesi ülkelerin çoğunluğunda düzenlenmiş iken, 1995 yılı itibarıyla Birlik çapında özellikle erkek çalışanların sadece %5 'i tarafından kullanılmıştır. Ebeveyn izninin erkek çalışanlar arasında bu dönemde en fazla kullanıldığı ülkeler özellikle Danimarka, İsveç ve Finlandiya gibi izne en yüksek ödemenin yapıldığı ve esnek çalışmanın yoğun olarak uygulandığı ülkelerdir.⁹³⁰

⁹²⁹ Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the Framework Agreement on Parental Leave Concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, Yürürlüğe giriş: OJ L 145, 19.6.1996.

⁹³⁰ Kenner, s. 269-270.

(3). Yönerge'nin Kabulü

Komisyon, ebeveyn iznini düzenleyen Yönerge tasarısını ikinci kez gündeme koyup, Sosyal Politika Anlaşması md. 3/2'de yer alan usulü işleterek, sosyal taraflar olan Avrupa Sanayi ve İşveren Örgütleri Birliği (UNICE), Avrupa Sendikalar Birliği (ETUC) ve Avrupa Kamu Sektörü İşverenleri Birliği'ni (CEEP) bu konuyu görüşmek üzere davet etmiştir.⁹³¹ Komisyon, sosyal taraflarca, bu konuya ilişkin olarak bir Topluluk düzenlemesinin gerekli olduğunun belirtilmesinin ardından, bu kez taraflara Sosyal Politika Anlaşması md. 3/3 uyarınca düzenlemeye konu olan tasarının içeriğini belirlemek üzere danışmıştır. Sosyal taraflar, Sosyal Politika Anlaşması'nın 4.md'sinin uygulanması yönündeki istemlerini Komisyon'a bildirmişler ve Komisyon'a Sosyal Politika Anlaşması md.4/2 uyarınca, aralarında uzlaşacakları çerçeve anlaşmanın Komisyon'dan gelecek bir öneriyle Konsey tarafından verilecek karar doğrultusunda Yönerge'ye dönüştürülmesini istediklerini belirtmişlerdir.⁹³²

Sosyal taraflar, 1995 yılı Aralık ayında ebeveyn iznine ilişkin bir anlaşmaya varmışlar ve anlaşma 1996 Haziran'ında Konsey Yönergesi olarak kabul edilmiştir.⁹³³ Bu Yönerge, sosyal taraflarca uzlaşılan bir anlaşma sonucunda hazırlanan ilk Yönerge'dir.⁹³⁴ Sosyal taraflar, tüm çalışanlar için bağımsız ebeveyn izni hakkı öngörmek suretiyle asgari birtakım koşullar belirlemişlerdir.⁹³⁵ 96/34 sayılı Yönerge, 97/75 sayılı Yönerge⁹³⁶ ile Yönerge'ye daha önceden taraf olmayan, İngiltere ve Kuzey İrlanda'ya da teşmil edilmiştir.⁹³⁷

⁹³¹ Ellina, s. 52.

⁹³² Moss, ss. 29-30.

⁹³³ Ellina, s. 52; Moss, s. 30.

⁹³⁴ Ertürk, s. 116.

⁹³⁵ Ellina, s. 52; Eraltuğ, 2006, s. 118.

⁹³⁶ Council Directive 97/75/EC of 15 December 1997 amending and extending, to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Directive 96/34/EC on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC. Yürürlüğe giriş tarihi: *OJ L 10, 16.1.1998*.

⁹³⁷ Eraltuğ, 2006, s. 119.

(4). Yönerge'nin Gerekçesi

96/34 sayılı Ebeveyn İzni Yönergesi'nin gerekçesinde (G), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın kadın ve erkek arasındaki eşitliğe ilişkin 16. paragrafına atıfta bulunularak, kadın ve erkeğin mesleki ve ailevi sorumluluklarının uzlaştırılmasını sağlayacak nitelikteki önlemlerin geliştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. (G:3)

Yönerge'nin gerekçesinde, Konsey'in 1994 tarihli AB Sosyal Politikası'na ilişkin İlke Kararı'nda sosyal tarafların, sosyal sorunlara ve sosyal gerçeklere Birlik kurumlarına kıyasla daha yakın olmalarına bağlı olarak, onlara bu alanda anlaşmalar yapma olanaklarını kullanmaları çağrısında bulunduğu ifade edilmiştir. (G:9)

Sosyal taraflar, ebeveyn iznine ve mücbir sebep nedeniyle işten izin almaya ilişkin birtakım asgari koşullar üzerinde anlaşmışlardır. Taraflar, ebeveyn iznine hak kazanılacak koşulları belirleme yetkisini üye devletlere ve ulusal düzeydeki sosyal taraflara bırakmışlardır. (G:10)

Sosyal taraflar, bir diğer önemli konu olarak erkeklerin birtakım programlar aracılığıyla bilgilendirilerek, ebeveyn izni almaları yönünde desteklenmeleri gerektiğine işaret etmişlerdir. Sosyal taraflar, bu anlaşmayla işveren ve çalışanların ihtiyaçlarına en uygun düşen çözümleri bulmaya çalışmışlar ve anlaşmanın uygulanması bakımından her iki tarafa da önemli birer görev düştüğünü vurgulamışlardır. (Genel Hususlar: 5-6-7-8-13)

(5). Yönerge'nin Amacı

Ebeveyn iznine ilişkin Konsey Yönergesi toplamda üç maddeden oluşmakta ve Yönerge'nin ekinde sosyal taraflarca hazırlanan anlaşma yer almaktadır. Yönerge'nin amacı, ekinde bulunan Ebeveyn İznine İlişkin Çerçeve Anlaşma'yı yürürlüğe koymak olarak belirtilmiştir. (md.1)

Sosyal taraflar tarafından hazırlanan Ebeveyn İznine İlişkin Çerçeve Anlaşma'nın amacı, çalışan ebeveynlerin ailevi ve mesleki sorumluluklarını kolaylaştırmaya yönelik olarak tüm Birlik düzeyinde uygulanacak asgari birtakım koşulların belirlenmesidir.

(6). Yönerge'nin Kapsamı

Ebeveyn İznine İlişkin Çerçeve Anlaşma'nın kapsamına, üye devletlerde yürürlükteki hukuk, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulama uyarınca bir hizmet sözleşmesi ya da hizmet ilişkisi adı altında çalışan tüm kadın ve erkek çalışanlar girmektedir.(md.1/2)

(7). Ebeveyn İzni

Çerçeve Anlaşma uyarınca kadın ve erkek çalışanlar, doğum ya da evlat edinme yoluyla bir çocuğun sorumluluğunu üstlendikleri durumlarda, azami sekiz yaş sınırının⁹³⁸ korunması kaydıyla üye devletler ve/veya sosyal taraflarca belirlenecek bir yaşa dek asgari üç ay olmak üzere bağımsız olarak ebeveyn iznine sahiptirler. (md.2/1) Ebeveyn izni sadece doğum yoluyla çocuk sahibi olan ailelere değil, aynı zamanda evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olan ailelere de tanınan bir haktır.⁹³⁹

Mc Glynn, Çerçeve Anlaşma'yı çalışan ebeveynler arasında iznin kullanılması bakımından cinsiyete bağlı herhangi bir ayrım yapılmadığı için, objektif nitelikte bir düzenleme olarak değerlendirmektedir.⁹⁴⁰ Kadın ve erkek arasında eşit

⁹³⁸ Stratigaki, Avrupa Komisyonu'na ilk kez 1983 yılında hazırlanan ve o dönemde kabul edilmeyen ebeveyn izni tasarısıyla, sosyal taraflarca kabul edilen Çerçeve Anlaşma'nın metni arasında büyük farklılıklar olduğuna işaret etmektedir. Bu farklılıklardan biri, Komisyon tasarısında iki yaş olarak belirlenen yaş sınırının sosyal taraflarca sekiz yaş olarak belirlenmesine ilişkindir. Yazar, sosyal tarafları bu Anlaşma'yı yaparkenki niyetlerinin kadın erkek eşitliğini sağlamak ya da geliştirmekten ziyade işgücü piyasasında esnekliğe ihtiyaç duyulan bir dönemde özellikle kadın çalışanların evde oturup çocuk bakmalarını kolaylaştırmak olduğu noktasında eleştirmektedir. Bkz. Maria Stratigaki, "The EU and the Equal Opportunities Process", içinde **Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life**, der. Linda Hantrais, NY: Palgrave Publishing, 2000, ss.41-43.

⁹³⁹ Özlem Işığçık, "İstihdamda Eşitlik Politikaları Kapsamında Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Ebeveyn İzni", **Prof.Dr. Toker Dereli'ye Armağan**, Temmuz 2006, s. 785.

⁹⁴⁰ Mc Glynn, 2006, s. 93.

davranma ilkesinin teşvik edilebilmesi için, ebeveyn izninin kural olarak ebeveynler arasında devredilemeyeceği öngörülmüştür.(md.2/2) Kanun koyucu tarafından iznin niteliğinin devredilemez şekilde öngörülmüş olması yerinde bir düzenlemedir. Kanımızca çocuğun bakımında babanın da sürece dahil edilmesiyle bunun yalnızca annenin görevi hatta yükümlülüğü olduğu yönündeki yerleşmiş toplumsal yargının kademeli olarak değiştirilmesi amaçlanmıştır. Aksi halde, bu izin anneler tarafından kullanılmaya devam edilecek ve bu da kadının kadın erkek eşitliğini zedeleyen geleneksel rollerini pekiştirecektir. Yalnızca hukuksal düzenlemelerin değil, toplumsal değer yargılarının da değişimine ihtiyaç gösteren bu süreç, ancak kademeli bir geçişe izin vermektedir.

ATAD, AB Hukuku'nda aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına yönelik düzenlemeler yapılmadan önceki dönemi kapsayan içtihatlarında, çocuk bakımı gibi aile içi yükümlülüklerin öncelikli olarak kadın çalışana ait olduğu ve erkek çalışanın ilk yükümlülüğünün çocuk bakımından ziyade ücretli bir işte çalışmak olduğu yönünde sınırlı bir tutum sergilemiştir. Divan bu sınırlı görüşünü evlat edinilen çocuk nedeniyle ebeveyn izni hakkını sadece kadınlara tanıyan İtalyan Hukuku'nun 76/207 sayılı Yönerge'ye aykırı olduğu ve cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu iddiasının incelendiği *Commission v. Italy*⁹⁴¹ davasında açıkça ortaya koymuş ve ulusal mevzuatı Yönerge'ye aykırı bulmamıştır.⁹⁴²

ATAD'ın aynı görüşü tekrarladığı *Hofmann*⁹⁴³ kararında davacı erkek çalışan, ihtiyari doğum izninin doğumdan sekiz hafta sonra olacak şekilde sadece annelere tanındığı Alman ulusal mevzuatının, bu haliyle ayrımcılık yarattığı ve babaları da kapsamı gerektiği iddiasında bulunmuştur. Divan, AB Hukuku'nun aile yaşamının düzenlenmesine ilişkin olarak ebeveynler arasındaki sorumluluk paylaşımına müdahale etme ve bunu değiştirme amacı bulunmadığını belirtmiştir. Bu suretle de mevcut durum korunarak, çocuk bakımında ilk görevin anneye ait olduğu inancı pekiştirilmiştir. Divan kararda kadının ve çocuğunun arasındaki özel ilişkinin

⁹⁴¹ Case 163/82, *Commission of the European Communities v. Italian Republic* [1983] ECR 3273. ATAD'ın *Commission v. Italy* kararı, Çalışma'nın Dördüncü Bölümü'nde Doğrudan Cinsiyet Ayrımcılığı başlığı altında incelenmiştir.

⁹⁴² Mc Glynn, 2006, s. 99-100.

⁹⁴³ Case 184/83 *Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* [1984] ECR 3047.

korunması gerektiğini vurgulamıştır. Divan’a göre bu özel ilişki doğal ve değişmez niteliklidir.⁹⁴⁴

Hofmann kararı nedeniyle çok eleştiri alan Divan, 1980’lerin sonlarına doğru bu konudaki tutumunu değiştirmeye başlamıştır. 1986 yılında hükme bağladığı *Commission v. France*⁹⁴⁵ kararında Divan, çocuk bakımına ilişkin hakların sadece anneye özgülenmiş olması düşüncesini reddederek; bunların hem kadına hem de erkeğe ebeveyn olmalarından ötürü eşit şekilde tanınmaları gerektiğine hükmetmiştir.⁹⁴⁶ Bununla birlikte Divan’ın kararlarındaki bu olumlu değişim çok uzun süreli olmamış ve muhafazakar görüşün hakim olduğu kararlar verilmeye devam etmiştir.

Divan, *Abdoulaye*⁹⁴⁷ davasında doğum izni alan kadın çalışanlara yapılan bir ödemenin erkek çalışanlar aleyhine ayrımcılık yarattığı iddiasını reddetmiştir.⁹⁴⁸ Davacı bu ödeneğin çocuk ödeneği gibi her iki ebeveyne de yapılması gereken bir ödeme olduğu savında bulunurken; Divan, doğum izni alan kadın çalışanın o işyerindeki diğer kadın ve erkek çalışanlarla kıyaslanamayacak özel bir durumda olduğunu belirtmiştir.

Divan’ın kararına karşıt görüşte olan Mc Glynn, kadın ve erkek çalışanlara ebeveyn olmalarına bağlı olarak eşit haklar tanınması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, Divan, kanun koyucu tarafından kadın çalışanlara aile içindeki geleneksel rolleri nedeniyle tanınan hakların korunmasını amaçlamaktadır. Bu düşünce tarzı esasen kadınların geleneksel rollerine ve yeteneklerine ilişkin önyargılı bakış açısını daha da güçlendirmektedir. Mc Glynn, Divan’ın tutumunun kadın ve erkeğin çalışma yaşamına daha fazla katılımı için aile içi sorumlulukların değil, çalışma koşullarının değişmesi yönünde olduğunu belirtmektedir.⁹⁴⁹

⁹⁴⁴ Case 184/83 *Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* [1984] ECR 3047, para. 26.

⁹⁴⁵ Case 312/86 *Commission of the European Communities v. France* [1988] ECR 6315.

⁹⁴⁶ Case 312/86 *Commission of the European Communities v. France* [1988] ECR 6315, para. 14.

⁹⁴⁷ Case c-218/98 *Abdoulaye v. Régie nationale des usines Renault SA* [1999] ECR I-5723.

⁹⁴⁸ Ian Ward, *A Critical Introduction To European Law*, 2nd edition, Lexis Nexis, UK, Reed Elsevier Ltd, 2003, s. 185.

⁹⁴⁹ Mc Glynn, 2006, s. 102-103.

Divan'ın bu konudaki görüşü kanımızca toplumsal gerçeklerin gerisindedir. Çalışma koşullarının aile yaşamına uyarlanması gerekmektedir de, aile yaşamındaki sorumlulukların da çalışma yaşamına paralel olacak şekilde kadın ve erkek arasında paylaştırılması gerekmektedir. Divan'ın içtihat hukukunun kanun koyucu üzerindeki etkisi ve ağırlığı dikkate alındığında, aşamalı da olsa gerçekleşmekte olan toplumsal dönüşümü desteklemesinin daha isabetli olacağı kanısındayız.

ATAD'ın *Lommers*⁹⁵⁰ kararında Hollanda Tarım Bakanlığı bünyesinde çalışan davacı erkek çalışan, çocuk bakımını üstlenen kreşlerden yararlanmanın acil durumlar dışında, sadece kadın çalışanlara ayrılmış olmasının cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Divan kararında, kreşlerden yararlanmanın acil durumlar dışında kadın çalışanlara ayrılmasıyla kadınların istihdama girişinde, kariyerlerinde ilerlemelerinde ortaya çıkan engellerin yok edilmesi ve işgücü piyasasında kariyerlerini erkeklerle eşit olarak yürütme ve rekabet etme güçlerinin artırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemedeki “acil durumlar” ifadesiyle çocuğunun bakımı sorumluluğunu yalnız olarak üstlenen erkek çalışanlar kastedilmektedir. Divan, bu düzenlemenin 76/207 sayılı Yönerge md.2/4'e uygun olduğuna hükmetmiştir.⁹⁵¹ Divan'a göre, dava konusu düzenleme, çocuklarının bakımını kendileri üstlenen erkek çalışanlara da kadınlarla aynı koşullar altında bir hak sağlaması koşuluyla, hukuka uygundur.⁹⁵² Divan kararda çoğunlukla çocuk bakımı nedeniyle çalışma yaşamına son verenlerin kadın çalışanlar olması nedeniyle, onlar lehine olumlu ayrımcılık içeren bu düzenlemeyi, eşit davranma ilkesinin dar bir istisnası olarak yorumlamıştır.⁹⁵³ Bununla birlikte Divan kararında, doktrindeki bazı görüşlerin bu tür önlemlerin kadın ve erkek cinsiyeti arasındaki geleneksel rol dağılımını pekiştirdiği yönünde olduğu belirtilmiştir.⁹⁵⁴ Divan'ın, *Lommers* kararında esasen erkek çalışanın yalnız olmadığı ve çocuk bakımının ebeveynler arasında paylaşıldığı bir aile ilişkisinde, erkek çalışana kreşlerden

⁹⁵⁰ Case C-476/99, *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891.

⁹⁵¹ Case C-476/99, *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891, para. 32.

⁹⁵² Case C-476/99, *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891, para. 50; Craig and de Burca, s. 914; Mc Glynn, 2006, s. 105.

⁹⁵³ Barmes and Ashtiany, s. 211.

⁹⁵⁴ Case C-476/99, *Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891, para. 22; Burri and Prechal, 2008, s. 17.

yararlanma hakkı tanımayan ulusal düzenlemeyi hukuka uygun olarak değerlendirmesi isabetli değildir.⁹⁵⁵

Mc Glynn, Divan'ın görüşüne karşı olup, kreşlerin sadece kadın çalışanların yararlanmasına bırakılmasının bu sorumluluğun öncelikli olarak onlara ait olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir. Yazarın katıldığımız görüşüne göre, işyerlerinde kreş vb. bazı eksikliklerden ötürü çocuğun bakımına ilişkin olarak sıkıntı yaşanan ve çözüm bulunamayan durumlarda, çocuğun bakım ihtiyacını karşılamak için işini terkeden genellikle kadın çalışanlar olmaktadır. Bununla birlikte bu durumun ortadan kaldırılması, kreşlerden faydalanmanın sadece kadın çalışanlara özgülenmesiyle değil, bu tür yerlerin kullanımının yaygınlaşmasını ve daha iyi kalitede hizmet sunulmasını sağlamakla mümkün olacaktır.⁹⁵⁶

Divan *Abdoulaye ve Lommers* kararlarında sergilediği tutumun karşısını *Griesmar*⁹⁵⁷ kararında sergilemiştir. Davada Divan, Fransız hükümetinin çocuk bakımı sorumlulukları nedeniyle işe belirli bir süre koşulu olmaksızın devam edemeyen kadın çalışanlara sağladığı emeklilik planlarındaki kredilerin hukuka aykırı olup, cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir. Divan kararda, bu düzenlemenin çocuklarının bakımı sorumluluğunu üstlenmesine bağlı olarak, kariyerinde benzer olumsuzluklar yaşayan erkek çalışanlar için de öngörülmüş olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁵⁸

(i). İznin Koşulları

Ebeveyn iznine sahip olma ve ayrıntılı başvurma koşulları, Yönerge ile belirlenen asgari koşulların uygulanması kaydıyla, üye devletlerdeki hukuk düzeni ve/veya toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecektir.(md.2/3) Üye devletler ve/veya sosyal tarafların, özellikle ebeveyn izninin tam süreli ya da kısmi süreli çalışanlara

⁹⁵⁵ Mc Glynn, 2006, s. 106.

⁹⁵⁶ Mc Glynn, 2006, s. 106.

⁹⁵⁷ Case C-366/99, *Griesmar v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2001] ECR I-9383.

⁹⁵⁸ Case C-366/99, *Griesmar v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2001] ECR I-9383; paras. 56-57-58.

tahsisine ilişkin karar verebilecekleri, izni bir yılı aşmayacak şekilde belirli süreli çalışılması koşuluyla tanıyabilecekleri⁹⁵⁹, iznin kullanılmasına ilişkin olarak çalışan tarafından işverene yönelik bildirim süreleri uygulanmasını öngörebilecekleri, işverenin iznin kullanılmasını işletmenin faaliyetine ilişkin olarak ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ve uygulamalar gereğince haklı nedenlerle erteleyebileceği durumları saptayabilecekleri, küçük ölçekli işletmelerin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi amacıyla özel düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmiştir (md. 2/3-a-b-c-d-e-f).

İşverenin iznin kullanılmasını erteleyebileceği durumlara, çalışmanın mevsimlik iş kategorisine girmesi, bildirim süresi zarfında ilgili çalışana ikame edecek başka bir çalışanın bulunamaması, işyerinde önemli sayıda çalışanın ebeveyn izni için aynı dönemde başvuruda bulunması örnek gösterilebilir.⁹⁶⁰

(ii). İznin Sonunda İşe Dönme Hakkı

Ebeveyn izninin sonunda çalışanlar, aynı işe ya da bunun mümkün olmaması durumunda hizmet sözleşmeleri ya da hizmet ilişkilerine uygun olan denk ya da benzer bir işe dönme hakkına sahiptirler. (md. 2/5) Bu suretle ebeveyn iznini kullanan çalışana oldukça geniş bir iş güvencesi sağlanmıştır.⁹⁶¹

Divan, *Busch v Klinikum Neustadt GmbH*⁹⁶² kararında üç yıl için ebeveyn izni alan bir kadın çalışanın doğumunun hemen ardından tekrar hamile kalması üzerine analık ödeneğinin ebeveyn izninde alınan ödenekten yüksek olmasına bağlı olarak, iznin bitiminden önce işine geri dönme istemini incelemiştir. Somut olayda davacı, işverene geri dönme istemini bildirdiği sırada hamile olduğunu söylememiştir. İşveren, çalışanın hamile olduğunu öğrenmesinin ardından, ebeveyn izninin kısaltılmasına ilişkin kabulünde, hataya düştüğünü belirtmiştir. ATAD,

⁹⁵⁹ Ebeveyn izninin kullanılmasına ilişkin üst sınır, üye devletlerde birbirinden farklılık göstermektedir. Bu izin azami olmak üzere Avusturya'da 2.5 yıl, Fransa ve Almanya'da 3'er yıl, Yunanistan'da 3.5 yıl, İtalya ve Letonya'da 8'er yıl olarak topluca ya da kısım kısım alınabilmektedir. Bkz. Sacha Prechal and Susanne Burri, **EC Rules on Gender Equality: How Are They Transposed into National Law?**, European Commission-Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, August 2009 (a), s. 12.

⁹⁶⁰ Ellis, 2005, s. 246; Eraltuğ, 2006, s. 118.

⁹⁶¹ Eraltuğ, 2006, s. 118.

⁹⁶² Case C-320/01 *Wiebke Busch v Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041.

76/207 sayılı Yönerge md.5/1'in çalışma koşulları bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasakladığı ve çalışma koşulları kapsamına, çalışanların ebeveyn izni sonrasında çalışmaya dönmelerinin de dahil olduğunu belirtmiştir. Divan, çalışanın 76/207 sayılı Yönerge md.2/1 uyarınca işine geri dönmesi halinde, görevlerinin tümünü yerine getiremeyecek olsa dahi, işverene hamile olduğunu söylemesi yükümlülüğü bulunmadığını belirtmiştir. Divan'a göre işverenin çalışanın hamile olması nedeniyle ebeveyn izninin bitiminden önce işine dönmesi yönündeki talebini reddetmesi, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılığa yol açmaktadır.⁹⁶³

(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshine Karşı Korunma

Üye devletler ve/veya sosyal tarafların, ebeveyn izninin kullanılmasının sağlanması amacıyla, çalışanların ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulamalar gereğince bu izin için başvurmaları ya da izni kullanmaları sebeplerine bağlı olarak hizmet sözleşmelerinin feshine yönelik olarak korunmaları hakkında gerekli önlemleri almaları öngörülmüştür. (md. 2/4)

(9). Hizmet Sözleşmesinden Doğan Hakların Ebeveyn İzni Süresince Korunması

Ebeveyn izninin başladığı tarihte çalışan tarafından kazanılmış ya da kazanılma aşamasında olan haklar, izin sonuna dek korunacaktır.⁹⁶⁴ İzin sonunda, haklar, ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulamadan doğan değişiklikler dahil olmak üzere uygulanacaktır (md. 2/6).

ATAD *Lewen v Denda*⁹⁶⁵ kararında Alman hukuku uyarınca üç yıla dek uzattığı ebeveyn iznini kullanmakta olan kadın çalışanın, işvereni tarafından diğer çalışanlara gönüllü ve istisnai olarak verilen yılbaşı ikramiyesinden mahrum kalmasının cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Divan, davaya konu yılbaşı ikramiyesinin geçmişte yapılan çalışmanın karşılığı olarak mı,

⁹⁶³ Case C-320/01 *Wiebke Busch v Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041, paras. 38-39.

⁹⁶⁴ Eraltuğ, 2006, s. 119.

⁹⁶⁵ Case C-333/97, *Susanne Lewen v Lothar Denda* [1999] ECR I-7243.

yoksa gelecekte yapılacak çalışmayı özendirmek amacıyla mı verildiğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir. Divan her iki olasılıkta da ikramiyenin, ATA. md. 141 kapsamında ücret kavramına dahil olduğuna karar vermiştir. Divan, yılbaşı ikramiyesinin ebeveyn izninde olan kadın ve erkek çalışanların hiçbirine verilmemiş olduğu gerekçesiyle, somut olayda cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık bulunmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, somut olayda ebeveyn iznini kullanan kadın çalışan sayısının erkeklere göre önemli ölçüde farklılık göstermesi durumunda, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığın bulunabileceğine hükmetmiştir. Divan bunu incelerken ikili bir ayrıma gitmiştir. İkramiyenin gelecekte yapılacak çalışmayı özendirmek amacıyla verilmesi halinde, ebeveyn iznini kullanan bir çalışanın hizmet ilişkisinin çalışmaya devam eden kadın ya da erkek çalışanla kıyaslanamayan özel bir durum teşkil etmesi ve askıya alınmış olması nedeniyle ATA md. 141 kapsamında ayrımcılık oluşmadığını belirtmiştir. Çünkü davacı çalışan ikramiyenin tahsis edildiği andaki tek kazanma koşulu olan aktif çalışmayı yerine getirememiştir.⁹⁶⁶ Oysa ki, söz konusu ikramiye geçmişte yapılan çalışmanın karşılığı olarak tahsis edilmişse, işverenin söz konusu yılı çalışarak geçirmiş olmasına karşın, ikramiyenin verildiği anda hizmet ilişkisi sırf ebeveyn izni kullanması nedeniyle askıya alınmış olan çalışana bunu ödemeyi reddetmesi, izni kullanmayan diğer çalışanlara göre onu daha dezavantajlı bir konuma düşürmekte ve ayrımcılığa yol açmaktadır.⁹⁶⁷

Ellis, ATAD'ın karardaki iki olasılık değerlendirmesinin birinde ebeveyn iznini kullanan çalışanla işyerindeki diğer çalışanlar arasında kıyaslama yapıp diğerinde yapmamış olduğunu belirterek, Divan'ın bu kararını muğlak olarak nitelendirmiştir.⁹⁶⁸

Kenner ise Divan'ın ikramiyenin geleceğe yönelik olarak verilmiş olması halinde çalışanın bunu kazanamayacağına ilişkin kararını, Anlaşma md.2/6'yı dar yorumlamış olması nedeniyle eleştirmektedir. Kenner'e göre, bu yorum

⁹⁶⁶ Case C-333/97, *Susanne Lewen v Lothar Denda* [1999] ECR I-7243, para.44.

⁹⁶⁷ Case C-333/97, *Susanne Lewen v Lothar Denda* [1999] ECR I-7243, para. 47.

⁹⁶⁸ Ellis, 2005, s. 247.

çerçevesinde, çalışan, kullandığı ebeveyn iznine karşılık gelen sürede doğan maaş dışında verilen tüm hak ve ödemelerden muaf tutulacaktır.⁹⁶⁹

Mc Glynn, Divan'ın, bu kararda sınırlı bir yaklaşım sergilemesi bakımından Kenner ile hemfikirdir. Yazara göre, Lewen'in objektif bir düzenleme olan 96/34 sayılı Yönerge yerine, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılığa ilişkin genel hükümler çerçevesinde korunmuş olması, çocuk bakımını üstlenme sorumluluğunun sadece kadın çalışan olan annelere ait olduğu inancını pekiştirir niteliktedir. Yazara göre, *Lewen* kararı aynı zamanda, erkeklerin bu izni alabilmelerine rağmen, istihdama ilişkin haklarının kadınlar kadar güçlü korunamadığını ortaya koymuştur. Keza, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık hükümlerine başvurulamayacağı için, *Lewen*'in yerindeki bir erkek çalışanın işverenine karşı bu hakları iddia etmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, davada *Lewen* için sağlanan dolaylı ayrımcılığa ilişkin korumanın, daha fazla sayıda erkek çalışanın ebeveyn iznini kullanmaya başlamasıyla birlikte daha az başvurulabilir hale geleceği de gözardı edilmemelidir. Mc Glynn bu durumun esasen ilginç bir çelişkiye yol açtığını ve kadın çalışanların aile yaşamına ilişkin sorumlulukları erkeklerle paylaşmaya başladıkça, önceden kendilerine olumlu ayrımcılık çerçevesinde verilen hakları, ihtiyacın ortadan kalkması nedeniyle kaybedeceklerini belirtmiştir.⁹⁷⁰

(10). Ebeveyn İzni Süresince Hizmet İlişkisinin Durumu

Ebeveyn izni süresince hizmet sözleşmesinin ya da hizmet ilişkisinin durumu, üye devletler ile sosyal taraflarca belirlenecektir. (md. 2/7) Bu anlaşmada sosyal güvenliğe ilişkin tüm konular, ulusal hukuka uygun olmak ve özellikle sağlık bakımı başta olmak üzere farklı sistemlerdeki sosyal güvenlik haklarının sürekliliğinin önemi dikkate alınmak suretiyle üye devletler tarafından gözetilecek ve saptanacaktır.(md.2/8)

⁹⁶⁹ Kenner, s. 273.

⁹⁷⁰ Mc Glynn, 2006, s. 104.

(11). Ailevi Sebeplerle İzin Hakkı

Yönerge’de çalışanın mücbir sebep nedeniyle işe ara vermesi durumu düzenlenmiştir. Bu çerçevede, üye devletler ve/veya sosyal taraflar, ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ve/veya uygulama gereğince çalışanların hastalık ya da kaza gibi çalışanın varlığını kaçınılmaz kılan acil ailevi nedenlerin bulunması halinde mücbir (zorlayıcı) sebebe dayanarak işe ara vermelerini sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler.(md.3/1) Sosyal taraflar arasında yapılan bu Anlaşma sadece bir hizmet sözleşmesi ya da hizmet ilişkisi çerçevesinde çalışmakta olan ebeveynlere değil, aynı zamanda acil ailevi nedenlerle mücbir sebebe dayanarak işe ara veren tüm çalışanlara izin sağlamaktadır. Çalışan, eşi, çocuğu, yaşlı akraba ya da bakmakla yükümlü olduğu kimseyle ilgili acil bir durum için bu hükme başvurabilir. Bu hüküm gereği, işverene mücbir sebebe dayanarak izin alan çalışana ödeme yapmak şeklinde bir yükümlülük öngörülmemiştir.⁹⁷¹

Mücbir sebebe ilişkin bu hükmün uygulanabilme koşullarına ilişkin ayrıntılar, üye devletler ve/veya sosyal taraflarca belirlenecek ve bu hak her bir yıl ve/veya durum için belirli bir süre sınırlamasına tabi olabilecektir. Kenner, hükmün Yönerge’nin amaç ve içeriğinde karışıklığa yol açabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, bu hüküm Yönerge içeriği geniş olarak yorumlansa dahi, Yönerge’ye verilen isimle çelişir nitelikte görünmektedir.⁹⁷²

(12). 96/34 Sayılı Yönerge’ye İlişkin Eleştiriler

Ellis ve Mc Glynn, 96/34 sayılı Yönerge’nin aslında sembolik bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedirler. Ellis’e göre, Yönerge’nin konusunu oluşturan ebeveyn izninin süresi kısadır. Bunun yanı sıra, hakkın kullanılması iznin alınmasını engelleyen istisnai hallerle sınırlanmıştır. Her iki yazar, Yönerge’de çalışana ebeveyn iznini kullanırken ödenmesi gereken ücrete ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasını eleştirmektedir.⁹⁷³ Ellis, Yönerge’de sosyal güvenlikle ilgili tüm

⁹⁷¹ Kenner, s. 274.

⁹⁷² Kenner, s. 271.

⁹⁷³ Mc Glynn, 2006, s. 96; Ellis, 2005, s. 248.

konuların üye devletlerin takdir yetkisine bırakılmış olmasına da karşıdır.⁹⁷⁴ Pascall ve Lewis, küreselleşmenin etkisiyle çalışanların işlerinde sahip oldukları güvencelerinin azalmasının, bu iznin her iki ebeveyn tarafından da kullanımını güçleştirdiğini belirtmektedirler.⁹⁷⁵

Kenner, Yönerge’de ebeveyn izninin özellikle babalar tarafından kullanılması için daha güçlü bir çağrı yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, iznin kullanılmasına ilişkin bazı koşulların üye devletlerin takdir yetkisine bırakılmış olması, düşündürücüdür. Keza, üye devletlerin Yönerge’nin kabulü tarihinde büyük bir kısmının izni ücretli olarak düzenlemediği, bir kısmının da Yönerge’de yer alan asgari üç aylık süreyle sınırlı olarak düzenlediği⁹⁷⁶ göz önüne alınırsa, Birlik üyesi ülkeler, iznin kullanılmasını çok destekler görünmemektedir.⁹⁷⁷

Mc Glynn’a göre Komisyon, Yönerge’de ısrarlı olarak aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılmasına vurgu yapmış olsa da, esasen bu alandaki düzenlemelerle hedeflenen, AB’ye üye devletlerdeki azalan doğum oranlarının arttırılması ve kadının çalışma hayatına çekilmesidir. Yazar AB’nin çalışan babaların halihazırda toplumsal bir dönüşüm içinde olan aile yaşamındaki rolüyle de ilgilenmediğini belirtmekte ve AB Hukuk düzeninde kadın ve erkeğe eşit rol biçen görüşlerin ve Birlik tarafından yapılan hukuksal düzenlemelerin samimi olmadığını savunmaktadır. Yazar, 2002/73 sayılı Yönerge’de üye devletlerin ebeveyn izninin erkek çalışanlara da uygulanmasına yönelik olarak, ulusal mevzuatlarını gözden

⁹⁷⁴ Ellis, 2005, s. 248.

⁹⁷⁵ Gillian Pascall and Jane Lewis, “Emerging Gender Regimes and Policies for Gender Equality in a Wider Europe”, **Journal of Social Policy**, Vol.33, 2004, s. 384.

⁹⁷⁶ Üye devletlerin ebeveyn iznine ilişkin ulusal düzenlemeleri, Yönerge’de belirtilen asgari koşullara uymak kaydıyla birbirinden farklılık göstermektedir. Almanya ve Fransa ebeveyn izni süresini azami üç yıl öngörerek bu konudaki en ileri düzenlemeye sahipken; Belçika ve Portekiz Yönerge’de öngörülen asgari üç aylık süreyle yetinmişlerdir. Yunanistan asgari üç buçuk ay ve Hollanda’da azami altı aylık ebeveyn izni süresi düzenlemeleriyle bu ülkelerden çok fazla ayrılmamaktadır. Azami izin süreleri diğer ülkelerde genellikle 10 ile 22 ay arasında değişiklik göstermektedir. Ebeveyn izni, üye devletlerin büyük çoğunluğunda kural olarak ücretsiz olmakla birlikte, ebeveynlere her devletin ulusal düzenlemeleri gereği öngörülen belirli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla çocuk bakım ödeneği ya da ebeveyn ödeneği adı altında ödeme yapılmaktadır. Üye devletlerin ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerinin ayrıntılı bir incelemesi için Bkz. Eraltuğ, 2006, ss. 119-128.

⁹⁷⁷ Kenner, s. 274.

geçirmeyi *dikkate almaları* gereğine ilişkin düzenlemeye, üye devletlere bu konuda takdir yetkisi tanınmış olması nedeniyle karşıdır.⁹⁷⁸

(13). 96/34 Sayılı Yönerge’yi İptal Eden 2010/18 sayılı Yönerge

Sosyal taraflar 2009 yılında sosyal diyalog mekanizması çerçevesinde, 96/34 sayılı Yönerge’yi iptal eden yeni bir Yönerge tasarısı üzerinde anlaşmaya varmışlardır.⁹⁷⁹ Sosyal taraflarca kabul edilen Çerçeve Anlaşma, 8 Mart 2010’de Avrupa Konseyi tarafından 2010/18 sayılı Konsey Yönergesi⁹⁸⁰ olarak kabul edilmiştir. 2010/18 sayılı Yönerge’de ebeveyn izninin süresi, üç aydan dört aya çıkartılmıştır. Yeni Yönerge’de kadın ve erkek çalışanların işgücü piyasasına dönüşlerinin kolaylaştırıldığı belirtilmiştir. Ebeveyn izninin kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit kullanımının sağlanması bakımından devredilemez niteliği korunmuştur. Ebeveyn izni alan ve işverene ebeveyn izni başvurusunda bulunan kadın ve erkek çalışanlar, yeni Yönerge ile işveren tarafından sadece hizmet sözleşmelerinin feshine karşı değil, işverenin izni kullanan çalışanlar aleyhine olan tüm ayrımcı davranışlarını kapsayacak şekilde korunmaktadırlar. 2010/18 sayılı Yönerge, 8 Mart 2012 tarihi itibarıyla 96/34 sayılı Yönerge’yi yürürlükten kaldıracaktır.

3. Cinsiyet Ayrımcılığıyla Bağlantılı Yönergeler

a. 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Durumlarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge

Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat yükünü düzenleyen Yönerge tasarısı Komisyon tarafından ilk olarak 1988’de Konsey’e sunulmakla birlikte, 96/34 sayılı Yönerge’de olduğu gibi, İngiltere’nin muhalefeti nedeniyle, Yönerge haline

⁹⁷⁸ Mc Glynn, 2006, ss. 95-97.

⁹⁷⁹ Proposal for a Council Directive Implementing the Revised Framework Agreement on Parental Leave Concluded by BusinessEurope, UEAPME, CEEP and ETUC and Repealing Directive 96/34, COM (2009) 410 final, Brussels, 30.7.2009.

⁹⁸⁰ Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34 Yürürlüğe giriş: 07.04.2010.

dönüşmemiş; bu konuda bir Yönerge'nin çıkması için 1997 yılını beklemek gerekmiştir.⁹⁸¹

(1). Yönerge'nin Amacı

97/80 sayılı Yönerge'nin⁹⁸² amacı, eşit davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak üye devletler tarafından alınan önlemlerin daha etkin hale getirilmesidir. Bu çerçevede üye devletlerin kendisine eşit davranma ilkesinin uygulanmamasından zarar gördüğünü düşünen kişilerin, haklarını yargı yoluyla ileri sürebilmelerine olanak sağlayan tüm önlemleri almaları öngörülmektedir.(md. 1).

(2). Tanımlar

(i). Eşit Davranma İlkesi

Yönerge'nin uygulanmasında eşit davranma ilkesi, cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmamasını ifade eder.

(ii). Dolaylı Ayrımcılık ve İstatistik Verilerle İspat

97/80 sayılı Yönerge'de dolaylı cinsiyet ayrımcılığının, amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olmayan ve cinsiyetten bağımsız objektif sebeplerle gerekçelendirilemeyen, görünürde tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi halinde oluşacağı hükme bağlanmıştır. (md.2/2)

⁹⁸¹ Ellina, s. 52; Denise A. Julien, "Burden of Proof in Cases of Sex Discrimination", 5 **Colombia Journal of European Law** 153, Fall-Winter 1998-1999, s. 1; Hugh G.Mosley, "The Social Dimension of European Integration", **International Labour Review**, Vol.129, No.2, s. 153.

⁹⁸² Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex. Yürürlüğe giriş tarihi: OJ L 014, 20.01.1998.

Dolaylı ayrımcılığa ilişkin 97/80 sayılı Yönerge’de yer alan tanım, 2002/73 sayılı Yönerge’de kısmen değiştirilmiştir. Kavrama ilişkin bu yeni tanım, 2002/73 sayılı Yönerge’yi iptal eden 2006/54 sayılı Yönerge’de aynen muhafaza edilmiştir.

Bu çerçevede, 2006/54 sayılı Yönerge’deki dolaylı ayrımcılık tanımında yukarıda belirtilen tarafsız olan hüküm, ölçüt ya da uygulamanın “bir cinsiyettekilerin çok daha yüksek oranını mağdur etmesi” yerine; “bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilere kıyasla belirli bir mağduriyete uğratmış olması” koşulu aranmaktadır.⁹⁸³ Dolayısıyla iki Yönerge’de aynı kavrama ilişkin tanımlarda farklılık ortaya çıkmıştır.

97/80 sayılı Yönerge’de yer alan ilk tanımın lafzından ayrımcılığın ispatı açısından mağdur tarafından istatistiksel bir tespit sunulması zorunluluğuna işaret edildiği, 2006/54 sayılı Yönerge’deki tanımdan ise, ispatın bu tür bir koşula bağlı tutulmadığı anlaşılmaktadır. Schiek’e göre, istatistiki veri sunulması zorunluluğunun kaldırılması, mahkemelere ayrımcılığın varlığını değerlendirme bakımından daha geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır.⁹⁸⁴

ATAD’ın *Jenkins*⁹⁸⁵ davasında cinsiyete dayalı ayrımcılığın ispatı için kısmi süreli çalışan grubunun büyük bölümünün kadın çalışanlardan oluştuğunun tespiti yeterli olmamış ve Divan işverenin ayrımcılık yapma yönünde bir saiki bulunup bulunmadığını incelemiştir. Oysa ki, *Bilka*⁹⁸⁶ davasında ayrımcılığın ortaya çıkması için işverenin bu politikasını cinsiyete dayanmayan objektif ve haklı sebeplerle gerekçelendirememesi halinde, işverenin saikinin incelenmesine gerek olmaksızın, ayrımcılık oluşturduğu iddia olunan davranışın kadın cinsiyetinin büyük kısmını etkilemiş olması yeterli görülmüştür.⁹⁸⁷

⁹⁸³ Dolaylı ayrımcılık kavramı ilk defa olarak 2000/43 sayılı Irk ve Etnik Köken Ayrımcılığı Olmaksızın Kişiler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına ilişkin Yönerge ve aşağıda incelenecek olan 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Yönerge’de, 97/80 sayılı Yönerge’den ayrılacak ve daha sonra 2002/73 sayılı Eşit Davranma Yönergesi’nde yer alacak şekilde tanımlanmıştır.

⁹⁸⁴ Schiek, 2002, s. 296.

⁹⁸⁵ Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*; [1981] ECR 911.

⁹⁸⁶ Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

⁹⁸⁷ Heide, s. 396-397.

2006/54 sayılı Yönerge'nin gerekçesinde, istihdam ve meslek konularında kadın ve erkek için yapılan farklı işlemin, daha net ortaya çıkması bakımından, cinsiyete dağılımı yapılan ve kıyaslanabilir nitelikte olan istatistiklerin geliştirilmesinin, incelenmesinin ve erişilebilir olmasının, sürdürülmesi gerektiği belirtilmiştir.(G:37) 2006/54 sayılı Yönerge'de istatistiğe dayalı ispat koşulu yer almasa da, bu ifadeden, bu tür bir ispat aracına başvurulmasının her zaman mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

İstatistiki verilerle ispatta, ayrımcılığa konu olan davranıştan mağdur olanların davada sunacakları bir istatistiki veriye sahip olmaları ve bu verinin güvenilir olması gerekmektedir. ATAD, büyük çoğunluğu kadınlardan oluşan terapistlerin, çoğunluğunu erkeklerin oluşturduğu eczacılara göre daha düşük ücret aldığı iddiasını incelediği *Enderby*⁹⁸⁸ davasında, bu durumu ortaya koyan istatistiklerin *geçerli ve önemli* olması gerektiğini karara bağlamıştır.⁹⁸⁹ Mahkemeye sunulan istatistiklerin yeterli sayıda kişiyi kapsamaması, tesadüfi ve kısa dönemli durumlara ilişkin olmaması, istatistiksel değer olarak önemli ve bilimsel geçerliliği olması gerekmektedir.⁹⁹⁰

(3). Yönerge'nin Kapsamı

97/80 sayılı Yönerge, öncelikle ATA'nın 141. maddesi, 75/117 sayılı Yönerge, 76/207 sayılı Yönerge ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın varlığı koşuluyla, 92/85 sayılı Yönerge ile 96/34 sayılı Yönerge'nin kapsadığı durumlara uygulanır. (md.3/1-a)

Yönerge, yukarıda belirtilen durumlara; bu durumlara karşı ihtiyari niteliğe sahip ya da ulusal hukuk uyarınca öngörülen yargı dışı yöntemler dışında, ulusal hukukta başvurulabilecek kamu ya da özel sektöre ilişkin adli ve idari mahkemelere

⁹⁸⁸ Case C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, ECR [1993] I-05535.

⁹⁸⁹ Alec Stone Sweet, **The Judicial Construction of Europe**, (Sex Equality Part with Rachel Cichowski), NY: Oxford University Press, 2004, s. 168.

⁹⁹⁰ Shaw, Hunt, Wallace, s. 377.

uygulanır (md. 3/1-b). Üye devletler tarafından aksi öngörülmediği sürece, Yönerge, ceza mahkemelerine uygulanmaz (md. 3/2).

97/80 sayılı Yönerge, 98/52 sayılı Yönerge⁹⁹¹ ile Yönerge'ye daha önceden taraf olmayan, İngiltere ve Kuzey İrlanda'ya da teşmil edilmiştir.

(4). İspat Yükü

Yönerge'de üye devletlerin eşit davranma ilkesinin uygulanmaması nedeniyle haksızlığa uğradıklarını düşünen kişiler tarafından doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın oluştuğunun ulusal hukuk uyarınca, mahkeme ya da diğer yetkili makamlar önünde ispatlanması için gerekli önlemleri alacakları düzenlenmiştir.

Yönerge ile getirilen en önemli değişikliklerden biri, eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediğini ispat yükünün davalıya geçmesidir.(md.4/1) Yönerge yürürlüğe girmeden önce, ayrımcılığa ilişkin ispat yükünün davacı tarafa ait olduğu ve bunun da davacıyı ispata yarayacak hukuksal belgelerin çoğunlukla işverenin yedinde bulunmasından dolayı zor bir duruma soktuğu belirtilmelidir.⁹⁹²

Yönerge, davacının mahkemeye “ayrımcılık karinesi” çerçevesinde başvurmasına imkan tanımakta ve ispat yükünü ayrımcılığın ortaya çıkmadığını kanıtlamak üzere işverene devretmektedir.⁹⁹³ İspat yükünün işverene devri, işverenlerin işyerinde eşit bir çalışma ortamı yaratılmasına aktif olarak katılacakları anlamına gelmektedir.⁹⁹⁴ Ahtela'ya göre, kanun koyucunun ilgili hükümde, davacının ayrımcılık karinesini işletebilmesi için ayrımcılığın varlığına dair olguları ispat etmesini mi, yoksa bunları sunmasının yeterli olmasını mı kastettiği

⁹⁹¹ Council Directive 98/52/EC of 13 July 1998 on the Extension of Directive 97/80/EC on the Burden of Proof in Cases of Discrimination Based on Sex to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Yürürlüğe giriş: OJ L 205, 22.7.1998.

⁹⁹² Ellina, s. 52.

⁹⁹³ Ellina, s. 52; Julien, s. 1; Kenner, s. 420. Avrupa Sanayi ve İşveren Örgütleri Birliği (UNICE), Yönerge'nin Konsey tarafından kabulünden önce, ispat yükünün işverene devredilmesine karşı çıkmışlardır. Birlik, bu yönde bir düzenlemenin işverene haksız bir yük getireceğini ve işyerinde kadınları korumaya yönelik gönüllü olarak yürütecekleri politikaları olumsuz etkileyeceğini belirtmiştir. Bkz. Julien, s. 2-3.

⁹⁹⁴ Roberta Guerrina, **Mothering the Union, Gender Politics in the EU**, UK: Manchester University Press, 2005, s. 57.

belirsizdir.⁹⁹⁵ ATAD, *Brunnhofers*⁹⁹⁶ davasına ilişkin verdiği kararda bu belirsizliği gidermiştir. Davaya konu olayda Divan, davacının kadın ve erkek çalışan için ücrette farklılığın varlığına ve işin kıyaslama yapılabilen türden olduğuna dair delil göstermesi halinde, ilk bakışta bir ayrımcılığın kabul edileceğine ve bunun akabinde eşit ücret ilkesine ilişkin bir ihlal olmadığını kanıtlamak yükünün işverene ait olacağına hükmetmiştir.⁹⁹⁷

ye devletlerin, bu hükmü, davanın esasının mahkeme ya da yetkili makam tarafından soruşturulması gereken durumlara uygulamasına gerek bulunmamaktadır (md. 4/3). Divan, *Handels-og Kontorfunktionaernes*⁹⁹⁸ kararında ücrette şeffaflık politikası gütmeyen bir işyerinde davacı tarafından kadın çalışanların büyük kısmının erkeklerden daha düşük ücret aldıklarının ortaya konması halinde, ücret uygulamasının ayrımcı nitelikte olmadığını ispat yükünün işverene düştüğünü belirtmiştir.⁹⁹⁹ İspat yükü 2006/54 sayılı Yönerge'nin 19/1 maddesinde aynen muhafaza edilmiştir.

(5). Yönerge'nin Uygulama Koşulları

Yönerge, ye devletlerin davacının daha lehine birtakım ispat kuralları getirmesini engellemez.(md.4/2) ye devletler, yürürlükteki hükümlerle birlikte, bu Yönerge uyarınca aldıkları önlemlerin ilgili tüm kişilerin dikkatine uygun tüm vasıtalarla sunulmasını sağlamalıdır (md. 5).

Yönerge'nin uygulanması hiç bir koşul altında, çalışanlar için Yönerge'nin uygulandığı alanlardaki korumanın düşürülmesine gerekçe oluşturamaz. Yönerge, Yönerge'de yer alan asgari koşullara uyulması kaydıyla, ye devletlerin yeni yasalar,

⁹⁹⁵ Ahtela, s. 65.

⁹⁹⁶ Case C-381/99 *Susanna Brunnhofer v Bank der sterreichischen Postsparkasse AG*, ECR [2001] Page I-04961

⁹⁹⁷ Case C-381/99 *Susanna Brunnhofer v Bank der sterreichischen Postsparkasse AG*, ECR [2001] Page I-04961, para. 80; Ahtela, s.65; Steiner, Woods, Twigg-Flesner, s. 510-511.

⁹⁹⁸Case 109/88 *Handels- og Kontorfunktionaernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, ECR [1989] 03199

⁹⁹⁹Case 109/88 *Handels-og Kontorfunktionaernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, ECR [1989] 03199, para. 16; Burri and Prechal, s. 2008, 19.

tüzükler ve idari hükümler getirmek suretiyle durum değişikliğine verecekleri yanıtlara hâlel getirmez. (md.6)

ATAD, *Johnston*¹⁰⁰⁰ kararında, Kuzey İrlanda Polis Teşkilatı'ndaki yeni bir düzenlemeyle kadın memurların sadece belirli görevleri yapmakla sınırlandırılması ve ateşli silahların kullanımını gerektiren görevlerden ve bu konuda eğitim almaktan dışlanmaları hususunu incelemiştir. İlgili Polis Teşkilatı'nda çalışmakta olan davacı kadın çalışan, sözleşmesinin kamu güvenliği ve kamu düzeni nedeniyle yenilenmemesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Cinsiyet ayrımcılığına ilişkin ulusal mevzuat gereği, kamu güvenliği ve kamu düzeni, eşit davranma ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Divan, yerel mahkemenin, işveren tarafından sunulan ve ulusal makamlar tarafından bu istisnanın gerçekleştiğini belirten, *kesin delil* niteliği taşıyan bir belgeyi 76/207 sayılı Yönerge kapsamında incelemeye yetkisi bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Divan, *Johnston* kararında 76/207 sayılı Yönerge'de öngörülen etkili yargısal denetim mekanizmasının yerel mahkemeye bu hususta inceleme yapma yetkisini tanıdığına hükmetmiştir.¹⁰⁰¹

b. 97/81 sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Yönerge

Günümüzde işgücü piyasasında esnekliğin arttırılmasına ilişkin hukuksal düzenlemeler, küreselleşmesinin etkisi altında, gittikçe artış göstermektedir. Buna bağlı olarak, standart olmayan (atipik) çalışma türleri çoğalmaktadır.¹⁰⁰² Kısmi süreli çalışma, esnek çalışma türleri arasında uygulamada en sık rastlanılan türlerden biridir.

Kısmi süreli çalışmaya ilişkin, AB Hukuku'nda özel bir düzenleme yapılması kadın erkek eşitliği açısından büyük önem taşımaktadır. Bunda esnek çalışmanın, aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılabilmesine en fazla olanak sağlayan çalışma türü olmasının etkisi büyüktür. Kısmi süreli çalışma, kimi zaman kadınlara özgü bir

¹⁰⁰⁰ Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECR [1986] 01651.

¹⁰⁰¹ Case 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECR [1986] 01651, para.21.

¹⁰⁰² Ayşe Ünal, "AB'de Belirli Süreli Çalışma", **Kamu-İş**, Cilt:8, Sayı:1, 2005, s. 75.

çalışma türü olarak dahi algılanmaktadır. Çünkü bu çalışma türü kadının evde daha çok zaman geçirmesini ve geleneksel ailevi yükümlülüklerini yerine getirebilmek için daha fazla zamana sahip olmasını sağlamaktadır.¹⁰⁰³

Kısmi süreli çalışanların büyük çoğunluğunu kadınların oluşturması nedeniyle, kısmi süreli çalışanlara yönelik yapılan ayrımcılık, çoğunlukla kadın çalışanlara yönelik yapılan dolaylı cinsiyet ayrımcılığı şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1970’li ve 1980’li yıllarda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin kabul edilen diğer AB düzenlemeleri, açık bir şekilde kadın erkek eşitliğini öngörmekteyken, bu Yönerge iki tür çalışan grubu arasındaki eşitliğe işaret etmekle birlikte, tam ve kısmi süreli çalışmanın her iki cinsiyet arasındaki eşitsiz dağılımı nedeniyle aslında örtülü olarak cinsiyet ayrımcılığını ilgilendirmektedir.¹⁰⁰⁴

Kısmi süreli çalışma, AB düzeyinde artış göstermektedir. 2007 yılı itibarıyla Birlik düzeyinde kısmi süreli çalışan sayısı % 18.2’dir. Bu oran içerisinde Hollanda (%46.8) başı çekerken, bu ülkeyi işgücünün yaklaşık olarak dörtte birini kısmi süreli çalışanların oluşturduğu Almanya, İngiltere, İsveç ve Danimarka izlemektedir. Birlik dahilinde bu çalışma türünün en az rastlandığı ülkeler ise Bulgaristan (%1.7), Slovakya (%2.6) ve Macaristan (%4.1)’dir.¹⁰⁰⁵

AB’ye üye devletlerin pek çoğunda, kısmi süreli çalışanlar yüksek oranda kadın çalışanlardan oluşmaktadır. AB’ye üye devletler arasında kısmi süreli kadın çalışan oranının en yüksek olduğu ülke %75 ile Hollanda’dır. Hollanda’yı % 50’ye yakın oranlarla Almanya, Avusturya, İngiltere, Belçika, Lüksemburg ve Danimarka izlemektedir. Kısmi süreli kadın çalışanların en az rastlandığı ülkeler ise Bulgaristan, Slovakya ve Macaristan olarak sayılabilir. Belirtilen bu ülkelerde erkeklerin kısmi

¹⁰⁰³ Çiğdem Kirel, “Esnek Çalışma Saatleri Uygulamalarında Cinsiyet, İş Tatmini ve İş Bağlılığı İlişkisi, **İ.Ü.İşletme Fakültesi Dergisi**, C:28, S:2/Kasım 1999, s. 120.

¹⁰⁰⁴ Inge Bleijenbergh, Jeanne de Bruijn, Jet Bussemaker, “European Social Citizenship and Gender: The Part Time Work Directive”, **European Journal of Industrial Relations**, 2004, Volume 10, No. 3, s. 317.

¹⁰⁰⁵ Europe in Figures, Eurostat Yearbook 2009, s. 269,

Erişim: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-09-001-07/EN/KS-CD-09-001-07-EN.PDF[11.12.2009]

sürelî çalışanlar içindeki payı Hollanda (%24) dışında % 15'in altında seyretmektedir.¹⁰⁰⁶

(1). Kısmî Sürelî Çalışmaya İlişkin Yönerge Tasarıları

97/81 sayılı Kısmî Sürelî Çalışmayı Düzenleyen Yönerge¹⁰⁰⁷ diğer yönergelerle benzer şekilde ilk defa 1981'de önerilmiş olmakla birlikte, İngiltere'nin vetosuyla reddedilmiştir. Kısmî sürelî çalışmaya ilişkin ilk Yönerge tasarısının hazırlandığı dönem olan 1980'lerde, hazırlanacak düzenlemenin içeriğine ilişkin olarak, üye devletlerdeki işçi ve işveren örgütleri arasında çıkar çatışması yaşanmıştır. ETUC, Avrupa Parlamentosu ve Fransa başta olmak üzere bazı üye devletler, kısmî sürelî çalışma şeklinin yaygınlaştırılması yerine, tam sürelî çalışma sürelerinin düşürülmesinden yana bir tutum sergilemişlerdir. Bunun nedeni, kısmî sürelî çalışmanın, tam sürelî çalışmaya göre daha az ücret ödenen ve sosyal korumanın daha düşük olduğu bir çalışma şekli olmasıdır. Karşıt görüşte olan UNICE, kısmî sürelî çalışmanın işgücü maliyetlerini azaltacak olması ve buna bağlı olarak işverenlere küresel rekabette avantaj sağlayacak olması nedeniyle, bu çalışma türünü desteklemiştir.¹⁰⁰⁸

1990'lara gelindiğinde Komisyon kısmî sürelî çalışmayı, daha geniş bir çatı olan atipik çalışma başlığı altında düzenlemeye yönelik hazırlıklara başlamıştır.¹⁰⁰⁹ 1990'lar, küreselleşmenin ve kuralsızlaştırmanın etkisiyle esnek çalışmanın en fazla savunulmaya ve çoğu Avrupa ülkelerinde kabul görmeye, hatta bu doğrultuda hukuksal düzenlemelerin yapılmaya başlandığı yıllar olmuştur.¹⁰¹⁰

Esasen, kısmî sürelî çalışmaya ilişkin önceki Yönerge tasarısı, UÇÖ düzenlemeleriyle daha fazla paralellik gösterse de, Yönerge'nin kabulüne karşı olan

¹⁰⁰⁶ Europe in Figures, Eurostat Yearbook 2009, s. 277,

Erişim: [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-09-001-07/EN/KS-CD-09-001-07-EN.PDF\[11.12.2009\]](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-09-001-07/EN/KS-CD-09-001-07-EN.PDF[11.12.2009])

¹⁰⁰⁷ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 Concerning the Framework Agreement on Part-time Work Concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, Yürürlüğe giriş: OJ L 14, 20.1.1998.

¹⁰⁰⁸ Bleijenbergh, Bruijn, Bussemaker, s. 314.

¹⁰⁰⁹ Bleijenbergh, Bruijn, Bussemaker, s. 314.

¹⁰¹⁰ Dianne Perrons, "Flexible Working Patterns and Equal Opportunities in the European Union: Conflict or Comparability?", *European Journal of Women's Studies*, 1999, Vol. 6, s. 392.

üye devletlerin ikna edilebilmesi amacıyla, asgarinin asgarisi olarak tanımlanabilecek bir paydada buluşularak, yeni bir Yönerge tasarısı hazırlanmıştır. Bununla birlikte bu tasarı da kabul edilmeyince, Komisyon çareyi sosyal taraflara başvurmakta bulmuştur. Yapılan hazırlıkların sonunda, Kısmi Süreli Çalışmaya ilişkin Yönerge, 96/34 sayılı Yönerge’de izlenilen usul çerçevesinde, sosyal taraflarca Çerçeve Anlaşma şeklinde kabul edilip, Komisyon tarafından Konsey’e sunularak Yönerge’ye dönüştürülmüştür.¹⁰¹¹ Sosyal taraflarca kabul edilen Çerçeve Anlaşma hükümleri ise Komisyon’un en son tarihli Yönerge tasarısından dahi daha düşük bir koruma düzeyi öngörmüştür.¹⁰¹²

97/81 sayılı Yönerge, esasen üye devletlerin bu alandaki mevcut hukuksal düzenlemelerine yeni bir ek yapmamış olması nedeniyle eleştirilmektedir. Yönerge’de yer alan hükümler, UÇÖ’nün bu alandaki düzenlemelerine¹⁰¹³ çok benzerlik göstermekle birlikte, bunların ötesine geçememiştir. Jeffery’e göre, UÇÖ düzenlemelerinin temeli Yönerge’den daha güçlü; içerdiği hükümler ise Yönerge hükümlerine göre daha açık, kapsamı daha geniş ve istisnaları daha azdır.¹⁰¹⁴

(2). Yönerge’nin Gerekçesi

Yönerge’nin gerekçesinde, Yönerge’nin kabulünden önceki Essen Avrupa Zirvesi’nde kadın ve erkek için istihdam ve fırsat eşitliğini geliştirmeye yönelik önlemler alınması gerektiği üzerinde durulduğu, özellikle daha esnek bir çalışma şeklinin belirlenmesinin hem rekabet düzeninin ihtiyaçlarını, hem de çalışanların beklentilerini tatmin edeceği belirtilmiştir (G:5).

¹⁰¹¹ Kanımızca Yönerge kabul edilirken sosyal taraflarca çerçeve anlaşma şeklinde kabulü usulünün işletilmesi, İngiltere’nin vetosuyla tekrar karşılaşılmaması amaçlıdır. Keza, Yönerge’nin kabul edildiği tarihte İngiltere Maastricht Antlaşması’na ekli Sosyal Politika’ya ilişkin Protokol ve buna ekli Sosyal Politika Anlaşması’na henüz dahil olmayışına dayanmaktadır.

¹⁰¹² Mark Jeffery, “Not Really Going to Work? Of the Directives on Part-Time Work, ‘Atypical Work’ and Attempts to Regulate It”, **Industrial Law Journal**, Vol. 27, No. 3, September 1998, ss. 201-202.

¹⁰¹³ UÇÖ, Haziran 1994’te kısmi süreli çalışmaya ilişkin olarak asgari birtakım koşulların belirlendiği 175 sayılı Sözleşme’yi kabul etmiştir. Sözleşme, 28 Şubat 1998’de yürürlüğe girmiştir. UÇÖ, bu Sözleşmeyi tamamlaması amacıyla aynı yıl, Kısmi Süreli Çalışmaya ilişkin 182 No’lu Tavsiye Kararı’nı kabul etmiştir.

¹⁰¹⁴ Jeffery, ss.199- 200.

(3). Yönerge'nin Amacı

97/81 sayılı Yönerge, dört maddeden oluşmaktadır. Yönerge, sosyal taraflarca akdedilen, ekindeki anlaşmanın uygulanması amacıyla çıkartılmıştır.(md.1)¹⁰¹⁵ Yönerge'nin esas amacı, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu kısmi süreli çalışanlar tarafından uğranılan ayrımcılığın giderilmesidir.¹⁰¹⁶

Yönerge'de üye devletlere Yönerge'yi iç hukuklarına aktarmak için, 20 Ocak 2000'e dek süre tanınmıştır. Üye devletler, istisnai durumlarda ya da uygulamanın toplu sözleşmeyle yapılacağı durumlarda, bunun için azami bir yıl daha süreye sahiptirler (md.2/1).

Üye devletlerin, Komisyon'a iç hukuklarında bu Yönerge ile düzenlenen alanda kabul etmiş oldukları düzenlemeleri bildirmeleri gerektiği belirtilmiştir (md.2/2).

(4). Sosyal Taraflarca Düzenlenen Çerçeve Anlaşma

(i). Çerçeve Anlaşma'nın Amacı

Sosyal taraflarca düzenlenen Çerçeve Anlaşma'nın amacı, öncelikli olarak kısmi süreli çalışmanın niteliğini geliştirmek ve kısmi süreli çalışanlara yönelik yapılan ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. Bu Anlaşma ile kısmi süreli çalışmanın gönüllük esasıyla geliştirilmesini sağlamak ve çalışma zamanının hem işverenlerin hem de çalışanların ihtiyaçlarını dikkate alacak şekilde esnek olarak düzenlenmesine katkıda bulunmak hedeflenmektedir (md.1).

¹⁰¹⁵ Komisyon, Sosyal taraflarca kabul edilen bu Anlaşma'yı Yönerge'ye çevirirken, ana metne sadık kalmaya çok büyük bir özen göstermiştir. Bu sebeple Yönerge'nin Anlaşma'yı sadece hayata geçirdiği ve bir değişiklik getirmediği söylenebilir. Anlaşma'nın içeriği, sosyal tarafların bağımsızlığına müdahale oluşturmaması amacıyla Komisyon, Parlamento ya da Konsey'in etkin bir gözetiminden geçmemiştir. Her üç kurum da, Anlaşma'yı olduğu gibi kabul etme ya da etmeme yönünde bir incelemede bulunmuştur. Bu sebeple, Anlaşma, AB Hukuku düzenlemelerini olağan olarak hazırlayan kurumların denetiminden geçmiş olsaydı, hükümlerin bu denli karışık ve belirsiz olmayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte bu durum, sadece incelenmekte olan Anlaşma açısından değil, sosyal taraflarca yapılan diğer düzenlemeler için de geçerli olup, eleştiriler esasen, sosyal taraflarca hukuk normu yaratılması usulüne ilişkindir. Bkz. Jeffery, ss. 202-203.

¹⁰¹⁶ Ellina, s. 52.

(ii). Çerçeve Anlaşma'nın Kapsamı

Çerçeve Anlaşma, kural olarak, her üye devlette yürürlükteki kanun, toplu sözleşme ya da uygulama uyarınca tanımlanan bir hizmet sözleşmesine ya da hizmet ilişkisine sahip olan kısmi süreli çalışanlara uygulanır (md.2/1).

Çerçeve Anlaşma'nın kapsamına ilişkin yukarıda belirtilen hükmün bir istisnası bulunmaktadır. Bu çerçevede üye devletler, ulusal kanun, toplu sözleşme ya da ulusal endüstri ilişkileri uygulaması gereği sosyal taraflara danıştıktan sonra, bu Anlaşma'nın koşullarının haklı sebeplerle olmak kaydıyla, geçici olarak çalışan kısmi süreli çalışanlara bütünüyle ya da kısmen uygulanmamasına karar verebilirler. (md.2/2) Aynı fıkra uyarınca bu istisnai durumlar, varlığına esas teşkil eden haklı sebeplerin geçerliliğini koruması temelinde düzenli olarak gözden geçirilecektir .

(5). Kısmi Süreli Çalışan ve Tam Süreli Çalışan Kavramları

Çerçeve Anlaşma'da, kısmi süreli çalışanla onun kıyaslamasının yapıldığı emsal tam süreli çalışan kavramları tanımlanmıştır.

(i). Kısmi Süreli Çalışan Kavramı

Çerçeve Anlaşma'ya göre, kısmi süreli çalışan, haftalık düzeyde ya da bir yıla dek olan istihdam süresi üzerinden ortalama olarak hesaplanan normal çalışma saatleri, emsal tam süreli bir çalışanın normal çalışma saatlerinden daha az olan çalışanı ifade etmektedir.(md.3/1)

Bu tanımın benzerine, UÇÖ'nün 1994 tarihli ve 175 Sayılı Sözleşme'sinde¹⁰¹⁷ rastlanmaktadır. 175 Sayılı Sözleşme'de kısmi süreli çalışan,

¹⁰¹⁷ Kısmi Süreli Çalışma Hakkında 1994 tarihli ve 175 sayılı Sözleşme, UÇÖ Kabul Tarihi: 24.06.1994; Yürürlük Tarihi: 28.02.1998.

“normal çalışma süreleri emsal tam süreli çalışanlardan daha az olan çalışan” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰¹⁸

(ii). Emsal Tam Süreli Çalışan Kavramı

Kısmi süreli çalışana emsal olarak alınacak tam süreli çalışan ise, Çerçeve Anlaşma’da aynı işyerinde aynı türden bir hizmet sözleşmesi ya da hizmet ilişkisine sahip olarak, kıdem ve nitelik/beceri gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle aynı veya benzer bir iş/meslek ifa eden tam süreli çalışan olarak tanımlanmıştır.(md.3/2)

Jeffery’e göre, emsal tam süreli çalışanla yapılan kıyaslamada kıdem ve nitelik/beceri gibi özelliklerin dikkate alınması gerekliliği, kısmi süreli çalışana karşı ayrımcılık yasağını olumsuz olarak etkiler niteliktedir. Yazara göre söz konusu özellikler, emsal tam süreli çalışan kavramının kapsamını da çok geniş ve muğlak kılmaktadır.¹⁰¹⁹

Aynı işyerinde emsal bir tam süreli çalışan bulunmaması durumunda, kıyaslamanın uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesine başvurularak; uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesi bulunmaması durumunda ise ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulama uyarınca yapılması gerekmektedir. (md.3/3)

(6). Kısmi Süreli Çalışan İçin Ayrımcılık Yasağı

(i). Ayrımcılık Yasağının Kapsamı

Çerçeve Anlaşma’da, kısmi süreli çalışanlara, çalışma koşulları bakımından, farklı işlem haklı sebeplere dayandırılmadığı sürece sadece kısmi süreli çalışmalarından ötürü, emsal tam süreli çalışanlara göre daha az lehte

¹⁰¹⁸ Ayşe Ünal, “Avrupa’da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri”, **Kamu-İş**, Cilt.8, Sayı.1, 2005, s. 114.

¹⁰¹⁹ Jeffery, s. 196.

davranılamayacağı hükme bağlanmış (md.4/1) ve uygun olan durumlarda, pro rata temporis ilkesinin¹⁰²⁰ uygulanacağı belirtilmiştir (md.4/2).

Ellis'e göre bu madde, doğrudan ayrımcılığın gerekçelendirilmesine izin vermesi nedeniyle cinsiyet ayrımcılığına ilişkin mevcut hükümlerden ayrılmaktadır. Yazara göre kısmi süreli kadın çalışanlar, bu sebeple 97/81 sayılı Yönerge hükümlerine başvurmak yerine, 2002/73 sayılı Yönerge hükümlerine ya da ATA. md 141'e başvurmayı tercih etmektedirler.¹⁰²¹

Jeffery, Yönerge'nin 4.maddesini iki açıdan eleştirmektedir. İlk olarak, madde içeriği incelendiğinde, kısmi süreli çalışanların sadece çalışma koşulları bakımından korunduğu ve sosyal güvenliğe ilişkin konuların, hükmün koruma kapsamı dışında kaldığı görülmektedir. Jeffery'e göre, bunun nedeni, Sosyal Politika Anlaşması md. 2/3 gereği Konsey tarafından sosyal güvenliğe ilişkin olarak alınan önlemlerin oy çokluğunu değil, oybirliğini gerektirmesidir. İkinci olarak ise yazar, kısmi süreli çalışanlara karşı ayrımcılık yasağının istisnasını oluşturan haklı sebepler kavramının belirsiz kaldığını görüşündedir.¹⁰²²

Rossili, kadın erkek eşitliğini, AB'nin sosyal politika alanında üye devletlere müdahalede en etkili olduğu alanlardan biri olarak değerlendirmekle birlikte, Birliğin bu alandaki düzenlemelerinin daha ziyade tam süreli çalışan kadınları kapsadığını ve koruduğunu belirtmektedir.¹⁰²³

97/81 sayılı Yönerge yürürlüğe girmeden önceki Divan kararlarında bu konuda 76/207 sayılı Yönerge hükümlerinin uygulanmakta olduğu belirtilmelidir. ATAD'ın *Steinicke*¹⁰²⁴ kararında, kamu hizmetinde kısmi süreli çalışmakta olan davacı kadın çalışan, işyerinde belirli yaşın üzerindeki kısmi süreli çalışanlar için uygulanmaya başlanan yeni plana katılımın, bu plana başvurmadan önce belirli süre tam süreli çalışmış olmak koşuluna bağlanmasının, kısmi süreli çalışanların

¹⁰²⁰ Pro rata temporis ilkesi, çalışılan süreye orantılılığı ifade eder.

¹⁰²¹ Ellis, 2005, s. 249.

¹⁰²² Jeffery, s. 195.

¹⁰²³ Rossilli, 1999, s. 173.

¹⁰²⁴ Case C-77/02, *Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, [2003] ECR I-9027.

çoğunluğunu oluşturan kadın çalışanlar aleyhine cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Davalı işveren ise, bu politikanın amacının kamu hizmetinde yeni iş fırsatları yaratılabilmesi için, belirli yaştan üzerindeki tam süreli çalışanları, kısmi süreli çalışmaya yönlendirmek ve işgücü piyasasındaki tıkanıklığı gidermek olduğunu belirtmiştir.¹⁰²⁵

Divan, kamu hizmetinde yeni iş fırsatlarının açılması için, belirli bir yaşa gelen çalışanları kısmi süreli çalışmaya sevketmenin haklı bir gerekçe oluşturmakla birlikte, buna ulaşmak için kullanılan aracın, amaca uygun olmadığına ve bu düzenlemenin kadın çalışanlar aleyhine dolaylı ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Divan' a göre, belirli yaştan üzerindeki kısmi çalışanlara ilişkin planın, sadece belirli süre tam süreli çalışma koşulunu yerine getiren kişileri kapsamaması, kişilerin kısmi süreli çalışmaya yönelmesini olumsuz olarak etkileyecek ve işgücü piyasasında daha büyük bir tıkanıklık oluşmasına yol açacaktır. Nitekim Divan kısmi süreli çalışmanın, işgücü piyasasındaki tıkanıklığın giderilmesini destekleyen bir vasıta olduğu görüşündedir.¹⁰²⁶

ATAD, kısmi süreli çalışmaya ilişkin *Wippel*¹⁰²⁷ kararında, davacı ile davalı işletme arasındaki -kısmi süreli çalışma türlerinden- çağrı üzerine çalışmaya ilişkin hizmet sözleşmesi uyarınca, davacının somut olay bazında işverenin işyüküne göre, çalışmakta olmasının, tam süreli çalışanlara kıyasla, dezavantajlı bir durum yarattığı iddiasını incelemiştir. Davacı, 97/81 sayılı Yönerge'de yer alan md. 4/1'e dayanmıştır. Davacıya göre, hizmet sözleşmesinde çalışma saatleri ve çalışma zamanının düzenlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması, cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturmakta ve 2002/73 sayılı Yönerge'yi ihlal etmektedir.¹⁰²⁸

ATAD, somut olayda, çalışma saatleri ve çalışma sürelerinin kısmi süreli çalışanların hizmet sözleşmelerinde belirlenmezken; tam süreli çalışanların hizmet sözleşmelerinde belirlenmiş olması durumunu incelemiştir. Somut olayda ilgili

¹⁰²⁵ Case C-77/02, *Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, [2003] ECR I-9027, para.36.

¹⁰²⁶ Case C-77/02, *Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit*, [2003] ECR I-9027, paras.62-63-65-66-74.

¹⁰²⁷ Case C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH*, [2004] ECR I-9483.

¹⁰²⁸ Case C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH*, [2004] ECR I-9483, para. 22.

işyerindeki kısmi süreli çalışanların yaklaşık %90'ını kadın çalışanlar; tam süreli çalışanların ise çoğunluğunu erkek çalışanlar oluşturmaktadır.¹⁰²⁹

Divan, ilgili işletmedeki tam süreli çalışanlardan hiç birinin, davacıya emsal oluşturacak şekilde benzer türde bir hizmet sözleşmesiyle çalışmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, Divan, davacının çalıştığı tür bir hizmet sözleşmesinin kendisini dezavantajlı kılmadığına¹⁰³⁰ ve dolaylı ayrımcılığın oluşmadığına hükmetmiştir.¹⁰³¹

(ii). Ayrımcılık Yasağının Uygulanmasına İlişkin Düzenlemeler

Kısmi süreli çalışanlar için ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin düzenlemeler, üye devletler ve/veya sosyal taraflarca Avrupa mevzuatı, ulusal mevzuat, toplu iş sözleşmeleri ve uygulama dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir (md.4/3).

Üye devletler, haklı sebeplerin olması kaydıyla, ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ya da uygulama uyarınca sosyal taraflara danıştıktan sonra, uygun olan durumlarda, işe giriş için sahip olunacak belirli koşulları hizmet süresi, çalışılan zaman ya da elde edilen nitelik gibi hususlara bağlayabilirler. Bu nitelikler, ayrımcılık yasağı ilkesi çerçevesinde düzenli olarak gözden geçirilecektir (md.4/4).

(7). Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Önlemler

Çerçeve Anlaşma'da üye devletler tarafından kısmi süreli çalışmaya ilişkin alınması gereken önlemlere yer verilmiştir. Bu çerçevede, üye devletler, ulusal hukuk ya da uygulama gereği sosyal taraflara danıştıktan sonra, kısmi süreli çalışma olanaklarını kısıtlayan hukuksal ya da idari nitelikteki engelleri belirlemeli ve gözden geçirmeli ve uygun durumlarda ortadan kaldırmalıdır (md.5/1-a). Aynı görev sosyal taraflara da verilmiştir. Sosyal taraflar, yetkileri ve toplu iş sözleşmelerinde öngörülen usuller dahilinde kısmi süreli çalışma olanaklarını kısıtlayan hukuksal ya

¹⁰²⁹ Case C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH*, [2004] ECR I-9483, para. 57.

¹⁰³⁰ Case C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH*, [2004] ECR I-9483, para. 61-62.

¹⁰³¹ Case C-313/02, *Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH*, [2004] ECR I-9483, para. 65.

da idari nitelikteki engelleri belirlemeli ve gözden geçirmeli ve uygun durumlarda ortadan kaldırmalıdır (md.5/1-b).

(8). Hizmet Sözleşmesinin Feshi

Çalışanlardan birinin kural olarak, tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmeyi ya da aksini reddetmesi, iş ilişkisinin sona erdirilmesi için kendi başına haklı sebep oluşturmaz. Bununla birlikte, iş ilişkisinin söz konusu işyerinin işlevsel ihtiyaçlarından kaynaklanan diğer nedenlerden ötürü ulusal hukuk, toplu iş sözleşmeleri ve uygulama gereğince sona erdirilmesi, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır (md.5/2). Jeffery, bu istisnanın özellikle ekonomik açıdan sıkıntıya düşen bir işletmedeki çalışanların işsiz kalmasının önlenmesine ilişkin olarak düzenlendiğini belirtmektedir.¹⁰³²

Divan, *Kachelmann*¹⁰³³ kararında, işverenlerin çalışanların işine son verirken, onları cinsiyetleri sebebiyle mağdur etmemeleri gerektiğini öngören Alman Medeni Kanun hükümlerini incelemiştir. Bu suretle işverenin her somut olayda, bir çalışanın işine son vermeden önce bunun sonuçlarını dikkate alması gerekmektedir. Davaya konu işyerinin uluslararası faaliyetlerinin azalması neticesinde ortaya çıkan ekonomik sebeplerle, kısmi süreli çalışmakta olan davacı *Kachelmann*'ın dahil olduğu bir kısım çalışan işten çıkarılmıştır. İşveren, işten çıkarma kararını, çalışanların işyeri dahilinde başka görevlere getirilebilme olasılığını göz önüne alarak yapmıştır. Bu sebeple, kısmi süreli çalışanlar, tam süreli çalışanların işlerine değil, sınırlı olan ve ancak kısmi süreli çalışmanın mümkün olduğu başka görevlere getirilmişlerdir. Tam süreli çalışmaya geçme isteğinde olan davacı, kısmi süreli çalışanların ağırlıklı olarak kadınlardan oluşması nedeniyle, ilgili hükmün dolaylı ayrımcılık yarattığını iddia etmiştir.¹⁰³⁴

¹⁰³² Jeffery, s. 198.

¹⁰³³ Case C-322/98 *Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505.

¹⁰³⁴ Case C-322/98 *Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505, para. 12.

Divan, Almanya’da kısmi süreli çalışanların çoğunluğunu kadınların oluşturduğunu kabul etmiştir.¹⁰³⁵ Divan, Komisyon’un belirttiği gibi, Almanya’da tam süreli işlerin kısmi süreli işlere göre daha fazla sayıda olduğu ve işten çıkarılan kısmi süreli çalışanların yeni iş bulmada tam süreli çalışanlara göre daha mağdur olacağı gerçeğini de göz önüne almıştır.¹⁰³⁶ Davalı, işten çıkarılacak çalışanların seçimi sürecinde kısmi süreli çalışanlarla tam süreli çalışanlara kıyaslanabilir şekilde eşit davranılmış olması halinde, bunun tam süreli çalışanları mağdur edeceğini belirtmiştir. Divan, bunu kabul etmiş ve böyle bir durumun hizmet sözleşmelerinde yer almasa dahi, kısmi süreli çalışanların lehine olacağına hükmetmiştir.¹⁰³⁷ Bu sebeple Divan, ilgili ulusal düzenlemenin 76/207 sayılı Yönergesi’ye aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁰³⁸

(9). İşyerindeki Kısmi Ya da Tam Süreli İşler Hakkında Bilgilendirilme ve Geçişlerin Kolaylaştırılması

Çerçeve Anlaşma’da işverenlerce, işyerinde uygun olan durumlarda çalışanların tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmelerine, kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmelerine ya da çalışma sürelerini arttırmaya ilişkin taleplerine, işyerindeki bu geçişleri kolaylaştırmak amacıyla kısmi süreli ve tam süreli pozisyonların uygunluğuna ilişkin olarak zamanında bilgi verilmesi gerektiği belirtilmiştir (md.5/3-a-b-c).

İşverenler, aynı zamanda yönetici pozisyonu ve nitelikli pozisyonlarda çalışanlar dahil olmak üzere işletmede her seviyede çalışanların kısmi süreli çalışmaya geçmelerini ve uygun olduğunda, kısmi süreli çalışanların kariyer olanaklarını ve mesleki hareketliliğini geliştirmek için mesleki eğitim almalarını kolaylaştıran önlemlere özen göstereceklerdir (md.5/3-d).

¹⁰³⁵ Case C-322/98 *Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505, para. 24.

¹⁰³⁶ Case C-322/98 *Bärbel Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505, para. 27; Ellis, 2005, s. 93.

¹⁰³⁷ Case C-322/98 *Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505, para. 33.

¹⁰³⁸ Case C-322/98 *Kachelmann v. Bankhaus Hermann Lampe KG*, [2000] ECR I-7505, para. 35.

ATAD'ın *Rinke*¹⁰³⁹ kararı, tıp doktorlarının staj yapmalarına ilişkin kuralları düzenleyen Yönerge¹⁰⁴⁰ hükümlerinin 2002/73 sayılı Yönerge'ye uygunluğunun denetlenmesine ilişkindir. İlgili Yönergeler uyarınca staj eğitimi alan doktor adaylarının kısmi süreli staj olanağından yararlanabilmeleri için belirli bir süre tam süreli çalışma zorunluluğunu içeren birtakım koşulları yerine getirmeleri gerekmektedir. Staj eğitimi kısmi süreli çalışarak geçiren davacı *Rinke*, tam süreli çalışanlara kıyasla haftalık çalışma süresini olması gerekenin altına düşürmemekle birlikte -ilgili düzenlemeler gereği kısmi çalışılan sürenin haftalık tam süreli çalışmanın % 60'ının altına düşmemesi öngörülmüştür- eğitiminin bir kısmını tam süreli geçirmiş olma koşulunu yerine getirmemiştir. Davacı bu düzenlemelerin 2002/73 sayılı Yönerge'ye aykırı olup, ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir.¹⁰⁴¹

Davacı kısmi süreli çalışanların çoğunluğunu kadın çalışanların oluşturması nedeniyle, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık iddiasında bulunmuştur.¹⁰⁴² Divan, kendisine sunulan istatistiksel verilerden hareketle, kısmi süreli çalışma sırasında zorunlu olan tam süreli çalışmayı yerine getirme koşulundan erkek doktor adaylarına göre daha fazla sayıda kadın doktor adayının mağdur olacağını belirtmiştir.¹⁰⁴³ Divan bu defa, düzenlemenin haklı olarak gerekçelendirilip, gerekçelendirilmediğini incelemiştir. AB kanun koyucusu, doktor adaylarının etkin bir tıbbi uygulama gerçekleştirebilmeleri amacıyla belirli bir süre, tam süreli eğitim almaları gerektiğini öngörmektedir. Bu eğitimi almaları için adaylar tarafından tam süreli staj dönemlerinin sayı ve süresini düzenleme yetkisi ise üye devletlere bırakılmıştır.¹⁰⁴⁴ Divan, dava sonunda ilgili uygulamanın cinsiyet dışındaki sebeplerle haklı olarak gerekçelendirildiği sonucuna varmıştır.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁹ Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349.

¹⁰⁴⁰ Davaya konu Yönergeler, doktorların serbest dolaşımı ve karşılıklı diploma, sertifika ve mesleki yeterliliklere ilişkin diğer resmi belgelerin tanınmasının kolaylaştırılmasına dair 93/16 sayılı Yönerge ile genel tıbbi uygulamada belirli bir staj eğitimine dair 86/457 sayılı Yönergeler'dir. Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to facilitate the free movement of doctors and the mutual recognition of their diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications. Council Directive 86/457/EEC of 15 September 1986 on specific training in general medical practice.

¹⁰⁴¹ Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349, para. 15.

¹⁰⁴² Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349, para. 29.

¹⁰⁴³ Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349, para. 35.

¹⁰⁴⁴ Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349, para. 40-41.

¹⁰⁴⁵ Case C-25/02, *Rinke v. Ärztekammer Hamburg*, [2003] ECR I-8349, para. 42.

Costello ve Davies, ATAD'ın bu davada haklı sebep bağının kurulmasında oldukça gevşek bir tutum sergilediğini belirtmektedir. Yazarlara göre tam süreli ve kısmi süreli çalışanlara yönelik yapılan farklı işlemin haklı olarak gerekçelendirilmesi kolay olmamakla birlikte, Divan'ın kısmi süreli çalışmaya ilişkin verdiği kararlarda genellikle çoğunluğunu kadın çalışanların oluşturduğu grubu mağdur edebilecek haklı sebepleri de kabul ettiği görülmektedir.¹⁰⁴⁶

4. 2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge (Birleştirilmiş Yönerge)

2006/54 sayılı İstihdam ve İşe İlişkin Konularda Fırsat Eşitliği ile Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge¹⁰⁴⁷ (Birleştirilmiş Yönerge¹⁰⁴⁸) Konsey'in istihdam ve işe ilişkin konularda kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla hazırlanan ve yukarıda incelenen yönergelerde ortaya çıkan değişiklik ihtiyacı ve ATAD'ın bu alanda verdiği kararlar sonucunda oluşan gelişmeler ışığında hazırlanmıştır. 76/207 sayılı Yönerge ile 86/378 sayılı Yönerge, önemli ölçüde değişikliğe uğramışlardır. Değişiklikler, sadece bu yönergeler ile sınırlı kalmamış ve 75/117 sayılı Yönerge ile 97/80 sayılı Yönerge'de de değişiklik yapılmıştır. Bu sebeple istihdam ve iş alanındaki hukuksal düzenlemelerin açıklığa

¹⁰⁴⁶ Cathryn Costello & Gareth Davies, "The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000", **Common Market Law Review**, 43, 2006, s. 1593.

¹⁰⁴⁷ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Yürürlüğe Giriş: OJ L 204/23, 26.7.2006. 2006/54 sayılı Yönerge ile bu çalışma kapsamında incelenen 75/117; 76/207; 2002/73; 86/378; 96/97; 97/80 ve 98/52 sayılı Yönergeler iptal edilerek, yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Yönergeler'e yapılan atıflar ise, 2006/54 sayılı Yönerge'ye yapılmış olarak kabul edilecektir. (md. 34)

¹⁰⁴⁸ Birleştirme yöntemi, Aralık 1999'daki Helsinki Avrupa Konseyi Sonuç Bildirisi'nde "geliştirilmiş bir kodifikasyon" yöntemi olarak tanımlanmıştır. Zirve'de Konsey, Parlamento ve Komisyon'un zaman kaybetmeden hızlı bir yöntem olan birleştirmeye ilişkin kurumlararası bir anlaşma yapmaları gereği belirtilmiş ve bu yöntem, temel mevcut yasanın tümünün kodifikasyon yönteminin ilkelerine ve ruhuna zarar vermeksizin bir değişiklikle kodifiye edilmesi olarak tanımlanmıştır. Bkz. Preparing for Enlargement: Excerpts From the Presidency Conclusions, Helsinki European Council, 10 and 11 December 1999,

Erişim: <http://www.eurunion.org/partner/summit/Summit9912/ENLARGEMENT.html> [12.09.2009] Zirve'nin ardından 2001 yılında Birlik kurumları söz konusu kurumlararası anlaşmayı yapmışlar ve bu anlaşmada birleştirme yöntemi, önceki yasanın hem büyük ölçüde değişikliğe uğrayan hem de değişmeyen hükümlerini tek bir metin haline dönüştüren yeni bir hukuksal düzenlemenin kabulü olarak tanımlanmıştır. Bu durumda yeni düzenleme önceki yasayı iptal ederek, onun yerine geçmektedir. (md.2) Bkz. Interinstitutional Agreement on a more structured use of the recasting technique for legal acts (2002/C 77/01), 28.03.2002.

kavuşturulması bakımından en isabetli çözüm, bu alanda mevcut tüm hükümlerin ATAD'ın güncel kararlarının ışığında yeni bir metin içerisinde toplanmasıdır(G:1).

a.Yönerge'nin Hazırlık Süreci

Komisyon'un kadın erkek eşitliği alanında mevcut yönergeleri tek metin haline dönüştürmesi kolay olmamıştır. Komisyon, Yönerge taslağını hazırlamadan önceki süreçte üye devletlerin, sosyal tarafların ve alandaki çeşitli sivil toplum örgütlerinin fikrini almak suretiyle, birleştirmeye ilişkin birbirinden farklı üç seçenek arasından birini seçmiştir. Sosyal tarafların bu konuya ilişkin görüşleri farklıdır. İşveren sendikaları, mevcut düzenlemelerde önemli değişikliklere gerek olmadan metinlerin bir arada toplanmasının yeterli olacağını savunurken; işçi sendikaları ve sivil toplum örgütleri daha köklü değişikliklerden yana olduklarını belirtmişlerdir. Komisyon, kabul ettiği seçenekte eşit ücret, özel sosyal güvenlik planları, ispat yükü ve eşit davranmaya ilişkin yönergeler ile bunları değiştiren yönergeleri bir araya getirmede karar kılmıştır. Bu yönergelerin hepsinin ortak noktası istihdam ve mesleğe ilişkin olmalarıdır. Bu suretle, yönergelerde yer alan ortak ilkeler ve ortak hükümlerin tek bir metinde toplanması mümkün hale gelmiştir.¹⁰⁴⁹

2006/54 sayılı Yönerge'de kadın erkek eşitliği alanındaki tüm yönergelerin bir araya getirilmediği görülmektedir. Bu çerçevede 92/85 sayılı Yönerge, 96/34 sayılı Yönerge, 79/7 sayılı Yönerge, 86/613 sayılı Yönerge ile 2004/113 sayılı Yönerge, 2006/54 sayılı Yönerge metnine dahil edilmemiştir. Bu yönergelerin 2006/54 sayılı Yönerge'nin kapsamına alınması, Yönerge'nin hukuksal dayanağı açısından sorun yaratır niteliktedir.

Komisyon, her ne kadar istihdam ve mesleğe ilişkin konularda eşit davranma ilkesinin uygulanması açısından en sağlıklı hukuksal dayanağın ATA. md. 141 olduğuna kanaat getirmiş olsa da, Yönerge kapsamı genişletildikçe farklı hukuksal dayanakların da gündeme gelmesi olası olmuştur. Yönerge için birden fazla hukuksal dayanak öngörülmesi halinde ise, Konsey'in düzenlemenin yapılmasına ilişkin karar

¹⁰⁴⁹ Noreen Burrows and Muriel Robison, "An Assessment of the Recast of Community Equality Laws", **European Law Journal**, Vol.13, No.2, March 2007, ss. 191-193.

alma usulünün değişmesi gerekecektir. şöyle ki, ATA md.141 kapsamında Konsey, Parlamento ile ortak karar alma usulü çerçevesinde hareket etmektedir. Oysa ki, Yönerge kapsamına 2004/113 sayılı Yönerge'nin eklenmesi halinde, hukuksal dayanak olarak ATA. md 141'e, ATA.md 13 eklenecek ve buna ilişkin karar alma usulü ise Parlamento'nun daha az aktif rol aldığı danışma usulü olacaktır. Dahası, 92/85 sayılı Yönerge'nin de 2006/54 sayılı Yönerge kapsamına alınması, karar alma sürecine sosyal tarafların da katıldığı ATA. md.137'nin işletilmesi anlamına gelir ve sosyal tarafların anlaşılamaması halinde AB kurumlarınca ortak karar usulünün işletilmesi gerekir. ATA. md 141'e farklı hukuksal dayanakların eklenmesi, karar alma usullerinde karışıklıklara yol açabileceğinden Komisyon, tek bir hukuksal dayanağı ve buna bağılı olarak da tek bir karar alma usulünü tercih etmiştir.¹⁰⁵⁰ Masselot, 92/85 sayılı Yönerge ile 96/34 sayılı Yönerge'nin 2006/54 sayılı Yönerge kapsamına alınmamasının, hamilelik ve analığın eşit davranma ilkesinden bağımsız olarak düzenlenmesi gereken istisnalar olduğu yönündeki düşüncayı pekiştirdiğini belirtmektedir.¹⁰⁵¹

b. Yönergenin Gerekçesi

Yönerge'nin gerekçe kısmında ATAD'ın kadın erkek eşitliği ilkesinin kapsamını bir kişinin belirli bir cinsiyete mensup olmasıyla sınırlı tutmadığı, bu ilkenin amacı ve koruma sağladığı hakların doğası göz önüne alındığında, bir kişinin cinsiyetini yeniden tayin ettiği durumlara da uygulanabilir olduğu belirtilmektedir (G:3).

Divan, içtihat hukuku vasıtasıyla transseksüel kişiler aleyhine yapılan ayrımcılığın da cinsiyet ayrımcılığı kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Bu çerçevede Komisyon taslağının ATAD'ın içtihat hukuku çerçevesinde değerlendirilmiş olduğu belirtilmelidir.¹⁰⁵² 2006/54 sayılı Yönerge'nin cinsiyetin yeniden tayin edildiği durumlara uygulanacak olması, Yönerge ile ilk kez getirilen bir değişikliktir.¹⁰⁵³

¹⁰⁵⁰ Burrows and Robison, ss. 195-196.

¹⁰⁵¹ Masselot, s. 167.

¹⁰⁵² Case C-13/94, *P v S and Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2143.

¹⁰⁵³ Susanne Burri and Sacha Prechal, **The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC**, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission-Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit, EMPL/G/2, February 2009 (b), s.2.

Yönerge'nin gerekçe kısmında kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin olarak CEDAW¹⁰⁵⁴ başta olmak üzere, insan hakları alanında mevcut herhangi bir uluslararası sözleşmeye atıf yapılmamış olması dikkat çekicidir.¹⁰⁵⁵ Uluslararası sözleşmelere yapılan atıfların 2000/78 sayılı Yönerge ile 2000/43 sayılı Yönergeler'de yer alıp, bu Yönerge'de atlanmış olmasının nedenini anlamak güçtür.

Burrows ve Robison'a göre, uluslararası sözleşmelere atıf yapılması, kadın erkek eşitliği alanınında şekli eşitlikten öte maddi eşitliğe ulaşılması gerektiği yönündeki anlayışı güçlendirdiği için önemlidir. Aynı yazarlar, 2006/54 sayılı Yönerge'nin son dönemde bu alanda yapılan ve uluslararası sözleşmelere atıf içermeyen yegane AB Hukuku düzenlemesi olduğuna ve bu durumun Yönerge hükümlerinin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına yol açacağına işaret etmektedirler.¹⁰⁵⁶

2006/54 sayılı Yönerge'den doğan yükümlülükler, iptal edilen önceki yönergelerdeki yükümlülüklerden büyük ölçüde farklı olmaları halinde, ulusal hukuka aktarılacaklardır. Öncekilerden büyük ölçüde farklılık göstermeyen hükümler, eski Yönerge'lerin aktarılması yükümlülüğüne dahil olup, ulusal hukuka halihazırda aktarılmış oldukları için, bu hükümlere ilişkin yeni bir yükümlülük doğmamaktadır (G:39). Bu sebeple çalışmanın bu kısmında, 2006/54 sayılı Yönerge'nin eski yönergelerde yer alıp; büyük ölçüde değişikliğe uğramış olan ya da tamamıyla yeni konulan hükümleri incelenecektir. İptal edilen Yönerge'lerde yer alan, fakat 2006/54 sayılı Yönerge ile herhangi bir değişikliğe uğramayan hükümlere ise atıfta bulunulmakla yetinilecektir.

¹⁰⁵⁴ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme için ayrıntılı bilgi Çalışmanın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır.

¹⁰⁵⁵ Rikki Holtmaat and Christa Tobler "CEDAW and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination", **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, s. 419; Fiona Beveridge "Implementing Gender Equality and Mainstreaming in an Enlarged European Union: Prospects and Challenges", içinde **Gender and the Open Method of Coordination-Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU**, der. Fiona Beveridge and Samantha Velluti, Ashgate Publishing, USA, 2008, s. 14. 2006/54 sayılı Yönerge'de insan hakları alanında bir uluslararası sözleşmeye atıf yapılmamış olması, Avrupa Kadın Avukatlar Derneği (EWLA) gibi Avrupa'daki kadın sivil toplum örgütleri tarafından da eleştirilmiştir. Bkz. Sophia Koukoulis-Spiliotopoulos, "The Amended Equal Treatment Directive 2002/73: An Expression of Constitutional Principles Fundamental Rights" **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, s. 366.

¹⁰⁵⁶ Burrows and Robison, s. 197.

c. Yönerge'nin Amacı

2006/54 sayılı Yönerge'nin amacı, üye devletler tarafından işe alınma, işte yükselme, mesleki eğitim, ücreti de kapsayan çalışma koşullarında ve sosyal güvenlik koşullarında eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulması ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanması olarak belirlenmiştir (md.1).

Madde metninde fırsat eşitliğinin uygulanmasına ilişkin ifadenin, eski yönergelerden farklı olarak eşit davranma ilkesinin yanında ilk kez getirildiği belirtilmelidir.¹⁰⁵⁷

d. Tanımlar

Yönerge'de doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz, cinsel taciz, ücret ve özel sosyal güvenlik planları kavramlarına ilişkin tanımlar, önceki yönergelerdeki haliyle korunmuştur (md. 2/a-b-c-d-e-f). Dolaylı ayrımcılık kavramına ilişkin olarak 2002/73 sayılı Yönerge ve 97/80 sayılı Yönerge'de yer alan tanım farklılığı giderilmiş; 2002/73 sayılı Yönerge'de benimsenen tanım kabul edilmiştir.

2006/54 sayılı Yönerge'de yer alan tanımlar arasında ücret kavramı da bulunmaktadır. Bu kavram, ilk kez bir Yönerge'de ATA md.141/2'ye uygun olarak tanımlanmıştır. Yönerge'de ayrımcılığın taciz, cinsel taciz, bir kimsenin bu tür bir davranışı reddetme ya da buna boyun eğmesi nedeniyle daha az lehte davranma, bir kimseye cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması yönünde talimat verme, bir kadına 92/85 sayılı Yönerge kapsamında hamilelik ve doğum iznine bağlı olarak daha az lehte davranma durumlarını kapsadığı belirtilmiştir.(md.2/2-a-b-c) Masselot, hamilelik ve doğum iznine bağlı olarak daha az lehte davranılmasının ilk kez bu Yönerge ile açıkça ayrımcılık kapsamında değerlendirildiğine dikkat çekmekte, bununla birlikte yine de bu düzenlemenin, hamilelik ve analık nedeniyle yapılan ayrımcılığı sadece ayrımcılık olarak değerlendirmeyip, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı

¹⁰⁵⁷ Burri and Prechal, 2009 (b), s. 2.

olarak kabul eden ATAD içtihat hukukunu yeterince yansıtmadığını ve gerisinde kaldığını belirtmektedir.¹⁰⁵⁸

2006/54 sayılı Yönerge’de, ilk kez olarak, taciz ya da cinsel taciz sayılan bir davranışı reddeden ya da buna boyun eğen kimseye daha az lehte davranılmasının ayrımcılık oluşturacağı hüküm altına alınmıştır. 2002/73 sayılı Yönerge incelenirken, önceki düzenlemelerde bir kimsenin bu tür bir davranışı red ya da boyun eğme durumlarının, bu kimseyi etkileyecek bir karara konu olmaması gerektiği belirtilmişti. Yönerge’de bunun bir adım ötesine gidilerek, bu davranışın ayrımcılık sayılması ve koruma kapsamının genişletilmesi olumlu bir gelişmedir.

Yönerge’de ATA md. 141/4’ten esinlenilmek suretiyle, olumlu ayrımcılık kurumuna da yer verilmiştir. Bu çerçevede üye devletlerin, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliği ilkesinin tam olarak uygulanabilmesinin sağlanması için, ATA md.141 kapsamında birtakım önlemler alabilecekleri ya da bunları sürdürebilecekleri ifade edilmiştir. (md.3) Yönerge’de yer alan olumlu ayrımcılık kurumunun uygulama alanı, Yönerge’nin kapsamının geniş olması ve özel emeklilik planlarını da içermesi nedeniyle genişlemiştir.¹⁰⁵⁹

e. Yönerge Kapsamı ve Değişiklikler

Yönerge’de 75/117 sayılı Yönerge kapsamında tanımlanan eşit ücret ilkesine ilişkin tanım, aynen korunmuş; sadece tanımdaki cinsiyete dayalı ayrımcılık ifadesine “doğrudan” ve “dolaylı” ayrımcılık ifadeleri eklenmiştir. (md.4)

75/117 sayılı Yönerge’de “eşdeğerde işe eşit ücret” kavramı tanımlanmamıştır. Eşdeğerde işe eşit ücret kavramı, 2006/54 sayılı Yönerge’de de tanımlanmamıştır. 2006/54 sayılı Yönerge’de 75/117 sayılı Yönerge ile 2002/73 sayılı Yönerge hükümleri ve ATA md. 141 bir araya getirilmiştir. Bunun Divan’ın içtihat hukukuna önemli etkileri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, doğum iznine bağlı olan ücret ve yardımların hukuki niteliğinin tekrar gözden geçirilmesi gerekliliğine

¹⁰⁵⁸ Masselot, s. 164.

¹⁰⁵⁹ Burri and Prechal, 2009 (b), s. 2.

ilişkindir. Keza, Divan, *Gillespie*¹⁰⁶⁰ kararında kadın çalışana doğum izni sırasında yapılan ödemelerin ücret kavramına dahil olduğuna ve dolayısıyla da somut olaya ATA md. 141 ile 75/117 sayılı Yönerge'nin uygulanarak, 76/207 sayılı Yönerge'nin uygulanmayacağına hükmetmiştir. Divan, 75/117 sayılı Yönerge'yi uyguladığı *Thibault*¹⁰⁶¹ kararında, çalışma koşulları bakımından daha az lehte davranılan hamile kadının hamilelik ve doğum iznine bağlı olarak ayrımcılığa uğradığına karar vermiştir. Yukarıda bahsedilen iki Yönerge ile ATA md.141'in bir araya getirilmesi sonucunda doğum izni sırasında ortaya çıkan ücrette ayrımcılık, hamilelik ya da doğum izni sırasında kadın çalışana karşı daha az lehte davranışla aynı kapsamda değerlendirilecektir. Bazı görüşlere göre tek metinde toplanan bu Yönerge sayesinde Divan, somut olay bazında değerlendirme yapmanın ötesinde daha yeknesak şekilde uygulanabilecek kurallar geliştirebilecektir.¹⁰⁶²

75/117 sayılı Yönerge ile 2002/73 sayılı Yönerge ve ATA md.141'in bir araya gelmesinin içtihat hukukuna ikinci etkisi ise, ücrette eşitlik davalarında ispatın varsayılan bir emsal kişi aracılığıyla da mümkün hale gelmesine ilişkindir. Her somut olayda ayrımcılık iddiasında bulunan bir kadın çalışanın işyerinde eşdeğer iş görmekte olan karşı cinsten bir çalışanı emsal göstermek imkanı bulunmayabilir. Bu gibi durumlar için, 2006/54 sayılı Yönerge'nin Divan'ın daha önceden ücrette ayrımcılığı ispatlamak için gerçek bir emsal kişinin varlığının zorunlu olduğu yönündeki görüşünü esnekleştirerek, varsayılan emsal çalışanla kıyaslama yapılmasına olumlu yaklaşmasını sağlayabileceği söylenebilir.¹⁰⁶³

86/378 sayılı Yönerge'de eşit davranma ilkesi kapsamında özellikle kişilerin medeni ve ailevi durumlarına bağlı olarak cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılması genel olarak yasaklanmıştır. 2006/54 sayılı Yönerge'de ise

¹⁰⁶⁰ Case C-342/93 *Joan Gillespie and others v Northern Health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board and Southern Health and Social Services Board*, [1996] ECR I-475.

¹⁰⁶¹ Case C-136/95 *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault*, [1998], ECR I-2011.

¹⁰⁶² Burrows and Robison, s. 199.

¹⁰⁶³ Burrows and Robison, s. 199.

ayrımcılık yasağının özel sosyal güvenlik planlarını kapsadığı vurgulanmış¹⁰⁶⁴ ve bu yasağa ilişkin konular aynı şekilde korunmuş olmakla birlikte, “eşit davranma ilkesi” ifadesi kullanılmamış ve kişilerin “özellikle medeni ve ailevi durumlarına bağlı olarak” ayrımcılık yapılmayacağı ifadesi de madde metninden çıkartılmıştır. (md.5) “Medeni ve ailevi durumlara bağlı olarak” ayrımcılık yapılmayacağı ifadesinin metninden çıkartılması eleştirilmiş ve bu ifadenin aslında ailenin korunması ilkesini yansıttığı ve 2006/54 sayılı Yönerge metninden çıkarılması halinde, bu korumanın da ortadan kalkacağı belirtilmiştir.¹⁰⁶⁵

Yönerge’nin özel sosyal güvenlik planlarına ilişkin olarak kişi bakımından kapsamı ve koruma sağladığı risk türlerine ilişkin olarak 86/378 sayılı Yönerge’de yer alan düzenlemeler aynen korunmuştur. (md.6 ve md.7/1-a-b) Yönerge’nin 7. maddesine eklenen bir fıkrayla, yenilik getirilmiştir.¹⁰⁶⁶ Bu fıkra uyarınca, özel sosyal güvenlik planlarında eşit davranma ilkesi, aynı zamanda, bu plan çerçevesinde ödenen yardımların kamu işvereni ile hizmet ilişkisi nedeniyle ödendiği durumlarda kamu görevlileri örneğinde olduğu üzere özel bir kategorideki işçiler için olan emeklilik planına da uygulanır. Bu türde bir planın genel yasal sistemin bir parçasını oluşturması bu duruma hâlel getirmez. (md.7/2)

2006/54 sayılı Yönerge’de, 86/378 sayılı Yönerge’nin uygulama alanı dışında kalan istisnaların çoğu korunmuştur. Bununla birlikte, önceki Yönerge’den kalan ve aynen korunan istisnalar içinde yer alan işçilerin durumunda işverenin bir taraf olmadığı sigorta sözleşmeleri; özel sosyal güvenlik planlarının katılımcılara bireysel olarak ya ek yardımlar ya da bağımsız çalışan kişiler için normal ödemelerin başlayacağı tarihin seçimi ya da çeşitli yan ödemeler arasında bir seçim garantilediği isteğe bağlı hükümleri, madde metnindeki ifade tarzı değiştirilmek suretiyle korunmuştur. (md. 8/1-a-b-c-d)

¹⁰⁶⁴ Bu vurgunun yapılmasında özellikle Divan’ın 86/378 sayılı Yönerge incelenirken değinilen *Barber* kararının büyük etkisi olmuştur. Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889.

¹⁰⁶⁵ Koukoulis-Spiliotopoulos, s. 367.

¹⁰⁶⁶ Burri and Prechal, 2009 (b), s.2.

Maddeye eklenen yeni bir bentle, bu Yönerge'nin, yardımların çalışanlar tarafından gönüllülük esasına dayanarak ödenen primler vasıtasıyla sağlandığı özel sosyal güvenlik planlarına uygulanmayacağı öngörülmüştür.(md.8/1-e) Bununla birlikte, madde metnine eklenen ikinci fıkra uyarınca, Yönerge'nin ilgili bölümü, işverenin, emeklilik yaşına özel bir sosyal güvenlik planı uyarınca emekli maaşı bağlanması için halihazırda erişmiş olmakla birlikte, yasal emeklilik maaşını bağlamak için henüz erişmemiş olan kişilere, yasal emeklilik yaşına halihazırda erişmiş aynı durumdaki diğer cinsiyetten kişilere ödenen miktarla bağlantılı olarak bu kişilere ödenecek toplam yardım miktarını eşit hale getirmek veya yaklaşık olarak eşit hale getirmek amacıyla, bu kişiler yasal emeklilik yaşına gelene dek emekli maaşlarını tamamlayan bir ödemede bulunmasını engellemez. (md.8/2)

Yönerge'de 86/378 sayılı Yönerge'de yer alan, ayrımcılığa ilişkin örnekler aynen korunmuştur. (md.9) Bununla birlikte, iki fıkraya bazı eklemeler yapılmıştır. Farklı yardım düzeyleri saptanmasına ilişkin önceden mevcut bir fıkraya getirilen ekle, fonlanmış ve önceden belirlenmiş yardım planlarına ilişkin olarak, miktarlardaki eşitsizliğin planın finansmanının uygulandığı dönemde cinsiyete göre farklılık gösteren aktüeryal faktörlerin kullanılmasından kaynaklandığı durumlarda, bazı unsurların eşit olmayabileceği belirtilmiştir. (md.9/h)

Bu kısımda 86/378 sayılı Yönerge'den farklı olarak, işveren tarafından ödenen primler için farklı düzeyler belirlenmesi yasağına iki istisna getirilmiştir. Bu istisnalar, önceden belirlenmiş prim planlarına ilişkin olarak, amacın son yardımların miktarının eşitlenmesi veya bunların her iki cinsiyet için yaklaşık olarak eşit hale getirilmesi olduğu durumlarla; fonlanmış ve önceden belirlenmiş yardım planlarına ilişkin olarak ise işverenin priminin, önceden belirlenen yardımların maliyetini karşılamak için gerekli olan fon miktarını sağlamayı amaçladığı durumlardan ibarettir. (md. 9/j-i-ii)

Bu örnekler, Divan'ın *Barber*¹⁰⁶⁷ kararının sonrasında verdiği kararların ışığında düzenlenerek, madde metnine eklenmiş olmakla birlikte, Burrows ve Robison, Yönerge'nin 9. maddesinin, diğer hükümlerle tutarlı olmadığı görüşündedirler. Yazarlar, bu maddenin, ücret ve çalışma koşullarında ayrımcılık yapılmamasına ilişkin hangi tür davranışların ya da uygulamaların ayrımcılığa yol açtığı belirtilmeksizin, sadece genel ilkeler öngören diğer Yönerge hükümleriyle aynı paralelde olmadığını belirtmişlerdir. Yazarlara göre, Divan'ın çeşitli kararlarından alınan bu örneklerin, Yönerge'de sayma yoluyla belirtilmesi, Divan'ın içtihat hukukunu gelecekte somut olaya göre tekrar gözden geçirme ve yeniden belirleme yeteneğini sınırlandırmaktadır.¹⁰⁶⁸

2006/54 sayılı Yönerge'de üye devletlerin özel sosyal güvenlik planlarında bağımsız çalışanlara ilişkin eşit davranma ilkesine aykırı hükümlerin, en geç 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlük kazanacak şekilde ya da üyeliği bu tarihten sonra gerçekleşen ülkeler bakımından 86/378 sayılı Yönerge'nin ülkelerinde uygulanabilir hale geldiği tarihte gözden geçirilmesine dair gereken önlemleri alacakları belirtilmiştir. (md.10/1)

Yönerge'de 86/378 sayılı Yönerge'deki üye devletlerin eşit davranma ilkesinin zorunlu olarak uygulanmasını bağımsız çalışan kişiler için özel sosyal güvenlik planları bakımından erteyelebilmelerine ilişkin hüküm de aynen korunmuştur. (md. 11)

Yönerge uyarınca alınan yukarıdaki önlemlerin, geçmişe yürürlüğüne ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Çalışanlara ilişkin alınan her türlü önlem, özel sosyal güvenlik planları kapsamında 17 Mayıs 1990 tarihinden sonraki çalışma dönemlerinden doğan bütün yardımları kapsayacak ve hukuksal süreci bu tarihten önce başlatan veya ulusal hukuk çerçevesinde eşdeğer bir hak iddiasında bulunan çalışan ve çalışana bağlı hak iddia eden kişilerin haklarına hanel getirmeksizin, o tarihe dek geçmişe etkili şekilde uygulanacaktır. Bu durumda, uygulamaya ilişkin

¹⁰⁶⁷ Case 262/88 *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR I-1889.

¹⁰⁶⁸ Burrows and Robison, s. 189.

önlemler, 8 Nisan 1976'ya dek geçmişe etkili şekilde uygulanacak ve bu tarihten sonra çalışma dönemlerinden doğacak bütün yardımları kapsayacaktır. Bu tarih, 8 Nisan 1976 tarihinden sonra ve 17 Mayıs 1990 tarihinden önce Birliğe katılmış üye devletler için, Antlaşma'nın 141. maddesinin bu devletlerin topraklarında yürürlük kazandığı tarihle değiştirilecektir. (md. 12)

Erkek ve kadınların aynı koşullar altında olmak kaydıyla esnek emeklilik yaşını ileri sürebildiği durumlar, Yönerge'nin bu kısmına aykırılık oluşturmaz. (md.13)

Yönerge'de, işe alınma, mesleki eğitim, işte yükselme ve çalışma koşullarında cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına ve doğum iznine ilişkin öngörülen hükümler, en son 2002/73 sayılı Yönerge ile değiştirildiği şekliyle (md. 14 ve md. 15) aynen korunmuştur.

2006/54 sayılı Yönerge'de ilk defa olarak, Yönerge'nin çalışanlara üye devletler tarafından babalık izni ve/veya evlat edinme izni tanınmasına etkiye bulunmayacağı belirtilmiştir. Ulusal hukukları uyarınca çalışanlara babalık ve/veya evlat edinme izni tanıyan üye devletlerin, çalışanların bu haklarını kullanmaları nedeniyle işveren tarafından hizmet sözleşmesinin feshine karşı korunmalarına ve iznin bitiminde önceki işleri ve çalışma koşullarına denk olan ve daha aşağı olmayan bir işe dönmelerinin ve çalışma koşullarında yokluklarında oluşan iyileştirmelerden faydalanmalarının sağlanmasına ilişkin gerekli önlemleri almaları gerektiği öngörülmüştür. (md. 16)

2006/54 sayılı Yönerge hükümlerine uyulmasını sağlamaya ilişkin başvurulacak hukuksal yollar ve yaptırım mekanizmaları hakkında, üye devletlerin bu Yönerge'deki yükümlülüklerin yaptırımının sağlanması amacıyla mümkün olan hallerde -uygunsa uzlaştırma yöntemi dahil olmak üzere- diğer yetkili makamlara başvurduktan sonra yargı yolunun kendilerine eşit davranma ilkesinin uygulanmadığını iddia eden kişilerce ulaşılabilir olmasını -ayrımcılığın ortaya çıktığı iddia edilen ilişki sona ermiş olsa dahi- sağlaması gerektiği öngörülmüştür. 2002/73

sayılı Yönerge incelenirken belirtildiği üzere, bu Yönerge'deki ifade tarzı, yargı yolu ile idari makamlara başvuru yolunun eşit bir koruma sağladığı ve tam bir koruma için idari makamlara başvurunun da yeterli olacağı izlenimini vermekteydi. 2006/54 sayılı Yönerge'de ise yargı yoluna başvuru, ifade olarak idari yöntemlere başvurmaya kıyasla, herhangi bir yanlış anlamaya meydan vermeyecek şekilde, daha ağırlıklı olarak vurgulanmıştır.¹⁰⁶⁹ Yönerge'de yer alan ve Yönerge hükümlerinin ihlali halinde, ayrımcılık sebebiyle zarar görenlerin kayıp ve zararları için sağlanacak tazminat ya da onarıma ilişkin hükümler, bu konuda 2002/73 sayılı Yönerge'de yer alan hükümleri tekrar etmektedir.(md.17 ve md.18)

2006/54 sayılı Yönerge, eşit davranma ilkesinin ispatına ilişkin hükümler bakımından ispat yükünü düzenleyen 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine herhangi bir değişiklik getirmemiştir. Yönerge'nin bu alandaki hükümleri de, hem ispat yükü bakımından, hem de kapsam bakımından 97/80 sayılı Yönerge'nin kısaltılmış metninden ibarettir (md. 19).

2002/73 sayılı Yönerge'de eşit davranma ilkesinin geliştirilmesi, analizi, gözlenmesi ya da desteklenmesi amaçları çerçevesinde oluşturulması öngörülen eşitlik kurum ya da kurumlarına ilişkin hükümler de, 2006/54 sayılı Yönerge'de olduğu gibi korunmuştur (md.20/1 ve md.20/2-a-b-c). Dolayısıyla eşitlik kurumlarının görev alanı, 2002/73 sayılı Yönerge'dekinden yola çıkılarak, 2006/54 sayılı Yönerge'deki konuları kapsayacak şekilde daha geniş bir alana etki eder hale getirilmiştir.¹⁰⁷⁰

2006/54 sayılı Yönerge'nin 20.maddesine son bir fıkra eklenerek, bu kurumların yetkilerine Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü¹⁰⁷¹ gibi Avrupa

¹⁰⁶⁹ Koukoulis-Spiliotopoulos, s. 363.

¹⁰⁷⁰ Burrows and Robison, s.201.

¹⁰⁷¹ Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü'nün kurulması fikri, İsveç'in etkisiyle ilk olarak 1995 yılında ortaya çıkmıştır. Avrupa Konseyi, 2000 yılındaki Nice Zirvesi'nde tüm Avrupa çapında etkili olacak bir Kadın erkek eşitliği Enstitüsü kurulmasına olan ihtiyacın varlığı yönünde bir karar vermiş ve bu yönde hazırlıklara başlanmıştır. Avrupa Parlamentosu, Haziran 2004'te, kurulma süreci oldukça yavaş seyreden Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü'nün gelecekteki rolüne ilişkin bir rapor hazırlayarak, süreci hızlandırmıştır. Avrupa Komisyonu, Mart 2005'te, Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü'nün kurulmasını resmi olarak teklif etmiştir. Bu çerçevede Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi, 2006'da Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü'nün kurulmasına ilişkin karar vermişlerdir.

düzeyindeki kurumlarla uygun düzeyde bilgi alışverişi yapılmasının dahil olduğu da belirtilmiştir. (md. 20/d)

Yönerge’de eşit davranma ilkesini teşvik etme amacı çerçevesinde sosyal taraflar arasındaki sosyal diyalogu geliştirmek üzere, 2002/73 sayılı Yönerge ile öngörülen hükümler değiştirilmeden korunmuş, sadece madde metnine birtakım ekler yapılmıştır. İlk olarak, üye devletlerin sosyal diyalogu geliştirmek için alacağı önlemler arasına, işyerindeki uygulamaların gözlenmesinin yanı sıra, işe alınma, mesleki eğitim ve ilerlemeye dair uygulamaların gözlenmesi de eklenmiştir. İkinci olarak ise, çalışma ve aile yaşamının uzlaştırılmasının sağlanması amacıyla esnek çalışmaya ilişkin düzenlemelerin geliştirilmesi, üye devletlerin sosyal tarafları destekleyeceği konular arasına alınmıştır. Bu çerçevede aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması konusu, ilk kez bir Yönerge’de açıkça ifade olunmuştur.¹⁰⁷² Son olarak ise, işveren tarafından çalışanlara ve/veya bunların temsilcilerine sağlanması gereken bilgilendirme konularına ücret ve ücret farklılıkları da eklenmiştir. (md.21)

Yönerge’nin gerekçe kısmında, üye devletlerin sosyal taraflarla işbirliği içinde işgücü piyasasında süregelen cinsiyete dayalı ücret farklılıkları ve cinsiyete dayalı mesleki bölünme sorununu çözebilmeleri amacıyla esnek çalışma şekillerine başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Esnek çalışma şekillerinin aile ve çalışma yaşamına ilişkin taahhütleri daha başarılı bir şekilde bütünleştireceği ifade edilmiştir. Her iki ebeveyn tarafından da kullanılabilecek ebeveyn izni düzenlemeleri ve bakmakla yükümlü olunan kimseler ve çocuklar için bakım yerlerine giriş kolaylığı sağlanması, bunu kolaylaştıracak olan vasıtalar olarak vurgulanmıştır. (G:11)

(Regulation (EC) No 1922/2006 of 20 December 2006 on establishing a European Institute for Gender Equality) Enstitü, 2007’de geçici olarak Brüksel’de kurulmuş olup, daha sonra Litvanya’daki daimi görev yerine taşınmıştır. Erişim: [http://www.eige.europa.eu/history\[13.05.09\]](http://www.eige.europa.eu/history[13.05.09]) Avrupa Kadın Erkek Eşitliği Enstitüsü’nün başlıca görevleri arasında üye devletleri ve Komisyon başta olmak üzere AB kurumlarını, kadın erkek eşitliğini geliştirmeye yönelik çabalarında desteklemek, cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek, Avrupa vatandaşları arasında toplumsal cinsiyet konularında farkındalık yaratmak, toplumsal cinsiyet konularına ilişkin kıyaslanabilir düzeyde veri toplamak ve bunların analizini yapmak, cinsiyette anayol yaklaşımının uygulanmasına yönelik vasıtalar geliştirmek, üye devletler arasındaki en iyi uygulamaların değiş tokuşunu sağlamak, paydaşlar arasındaki diyalogu teşvik etmek sayılabilir. Bkz. AB Resmi Sitesi,

Erişim: [http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=732&langId=en\[13.05.09\]](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=732&langId=en[13.05.09])

¹⁰⁷² Burri and Prechal, 2009 (b), s. 2.

Yönerge'nin yukarıda belirtilen 21. maddesi daha ziyade Avrupa Parlamentosu'nun yoğun çabaları sayesinde, Yönerge metnine dahil edilmiştir. Bununla birlikte, kanımızca esnek çalışma şekillerinin kadının işgücü piyasasındaki yerini güçlendirecek bir etkisi bulunmamakta, aksine kadının geleneksel rol dağılımıyla kendisine verilen görevleri pekiştirici bir sonuç yaratmaktadır.

2002/73 sayılı Yönerge'de öngörülen sivil toplum örgütleriyle diyalogu teşvik etme amacına ilişkin ilgili hüküm, 2006/54 sayılı Yönerge'de aynen tekrarlanmıştır. (md.22)

2002/73 sayılı Yönerge çerçevesinde üye devletlerin Yönerge hükümlerine uyumunu sağlamak amacıyla öngörülen genel hükümler, 2006/54 sayılı Yönerge ile korunmuş ve madde metnine yeni bir fıkra eklenmiştir. (md.23/a-b) Bu yeni fıkra uyarınca, üye devletlerin, özel sosyal güvenlik planlarının eşit davranma ilkesine aykırı olan hükümlerinin onaylanmaması ya da idari nitelikteki önlemlerle genişletilmemesi yönünde gerekli tüm önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. (md.23/c)

2002/73 sayılı Yönerge'de yer alan ve işverenin, çalışanın ya da temsilcisinin eşit davranma ilkesi uyarınca hakkını aramasına tepki olarak hizmet sözleşmesini feshine ya da başka bir farklı işlemde bulunmasına karşı bu kişilerin korunmasına ilişkin hükümler, 2006/54 sayılı Yönerge'de de aynı şekilde düzenlenmiştir. (md.24)

2006/54 sayılı Yönerge'de 2004/113 sayılı Yönerge'nin cezalara ilişkin hükümleri aynen kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, üye devletler, Yönerge uyarınca kabul ettikleri ulusal hükümlerin ihlali halinde uygulanacak cezalara ilişkin kuralları belirleyecekler ve bu cezaların uygulanması için gerekli önlemleri alacaklardır. Mağdura tazminat ödenmesini de kapsayabilen bu cezaların etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerekmektedir. (md. 25)

Yönerge'de, ayrımcılığın önlenmesi başlığı altında ayrı bir hüküm öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, üye devletlerin ulusal hukuk, toplu iş

sözleşmeleri ya da uygulama uyarınca işverenleri ve mesleki eğitimden sorumlu olan kişileri özellikle işe almada, mesleki eğitimde ve ilerlemede taciz ve cinsel taciz başta olmak üzere, cinsiyete dayalı tüm ayrımcılık türlerini engellemek üzere etkili önlemler almaları amacıyla teşvik etmeleri gerektiği belirtilmiştir. (md.26)

2006/54 sayılı Yönerge’de de, diğer tüm yönergelerde olduğu gibi, asgari koşullara ilişkin hüküm aynen korunmuştur. Bu çerçevede, üye devletlerin, eşit davranma ilkesinin korunmasına yönelik olarak Yönerge’de öngörülenden daha ileri nitelikte hükümler öngörebileceği ya da bunları sürdürebileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda, Yönerge’nin uygulanması hiç bir koşul altında, çalışanlar için Yönerge’nin uygulandığı alanlardaki korumanın düşürülmesine gerekçe oluşturamaz. Bununla birlikte, Yönerge’de yer alan asgari koşullara uyulması kaydıyla, üye devletlerin yeni yasalar, tüzükler ve idari hükümler getirmek suretiyle durum değişikliğine verecekleri yanıtlara hâlel gelmeyeceği ifade edilmiştir. (md.27)

Yönerge, özellikle hamilelik ve analık durumlarıyla ilişkili olmak üzere, kadınların korunmasına ilişkin hükümlere etkide bulunmayacaktır. Bu ifadenin daha güçlendirilmesi açısından olsa gerektir ki, Yönerge hükümlerinin 96/34 sayılı Yönerge ve 92/85 sayılı Yönerge hükümlerine etkide bulunmayacağı vurgulanmıştır. (md. 28)

Yönerge’de cinsiyette anayol yaklaşımı kavramı, 2002/73 sayılı Yönerge’de yer aldığı şekliyle düzenlenmiştir. (md. 29) Üye devletler, 2006/54 sayılı Yönerge gereğince aldıkları önlemleri, yürürlükte olan hükümlerle birlikte ve mümkün olduğu durumlarda işyerlerinde ilgili tüm kişilerin bilgisine uygun vasıtalarla sunmakla yükümlüdürler. (md.30)

f. Yönerge’nin Uygulanması

Üye devletlerin, Komisyon’a Yönerge’nin uygulanmasına ilişkin olarak, Parlamento’ya ve Konsey’e sunulmak üzere rapor hazırlaması için 15 Şubat 2011 tarihine dek, gerekli her türlü bilgiyi sağlamaları gerektiği öngörülmüştür. Bu

doğrultuda üye devletler, her dört yılda bir ATA. md 141/4 çerçevesinde kabul ettikleri tüm önlemleri içeren düzenlemelerin metnini, bu önlemlere ilişkin raporları ve uygulanmalarına ilişkin bilgiyi sunacaklardır. Komisyon ise bu bilgi temelinde, her dört yılda bir olmak üzere, alınan önlemlerin kıyaslamalı bir değerlendirmesini içeren bir rapor kabul ederek yayımlayacaktır. Bunun yanı sıra, üye devletler, sosyal gelişmelerin ışığında bunlara ilişkin istisnaları sürdürmenin gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği konusunda, md. 14/2 çerçevesinde eşit davranma ilkesinin uygulanmayacağı mesleki faaliyetleri değerlendireceklerdir. Üye devletler, değerlendirme sonuçlarını sekiz yılda bir olmak üzere düzenli olarak Komisyon'a bildirmekle yükümlü kılınmışlardır.(md.31/1-2-3)

Üye devletlerin eşit davranma ilkesinin uygulanmayacağı mesleki faaliyetleri düzenli olarak gözden geçirip, buna ilişkin ihtiyacın sürüp sürmediğini değerlendirmeleri ve bunu Komisyon'a rapor etmeleri gereği, 76/207 sayılı Yönerge'de yer almakta iken, onu değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge ile kaldırılmıştı. Bu sebeple üye devletlere ilişkin bu değerlendirme yükümlülüğünün 2006/54 sayılı Yönerge'de tekrar öngörülmüş olması eşit davranma ilkesinin uygulanması bakımından oldukça olumlu bir gelişmedir.¹⁰⁷³

Üye devletlere bu Yönerge'ye uymaları için verilen süre en geç 15 Ağustos 2008 olarak belirlenmiştir. Bu süre, birtakım özel zorlukların varlığı halinde, en fazla bir yıl daha ertelenebilir. Yönerge'nin ulusal hukuka aktarımının, sadece eski yönergelerle kıyaslandığında büyük farklılıklar yaratan hükümlerle sınırlı olduğu belirtilmelidir. Bu sebeple, büyük ölçüde bir değişikliği bulunmayan hükümlerin aktarım yükümlülüğü, önceki yönergelerden doğmaktadır. (md.33) Komisyon, en geç 15 Şubat 2011 itibarıyla, 2006/54 sayılı Yönerge'nin işleyişini gözden geçirerek, gerekli gördüğü takdirde değişiklikler önerebilecektir. (md.32)

g. Yönerge'ye İlişkin Değerlendirme

¹⁰⁷³ Burrows and Robison, s. 200.

2006/54 sayılı Yönerge, genel olarak değerlendirildiğinde, AB Hukuku’nda kadın erkek eşitliği alanında mevcut hükümleri büyük ölçüde değiştiren ve köklü değişiklikler getiren bir düzenleme niteliğinde olmadığı görülmektedir. Esasen 2006/54 sayılı Yönerge, mevcut hükümleri derleyen ve tek metin halinde toplayarak kolayca anlaşılmasını sağlayan bir düzenlemeden ibarettir.

2006/54 sayılı Yönerge, Avrupa Birliği’nin, kadın erkek eşitliği alanında AB Hukuku düzenlemeleri yapılırken geldiği noktayı açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu Yönerge düzenlenirken kullanılan birleştirme yöntemi, günümüzde AB Hukuku alanında yürütülmekte olan “Daha iyi düzenleme stratejisi”¹⁰⁷⁴, kapsamına dahildir. Bu stratejiyle AB kanun koyucusu bağlayıcı hukuk normları yerine bağlayıcı olmayan hukuk kuralları aracılığıyla düzenleme yapmayı tercih etmektedir. Bunun için de son yıllarda özellikle sosyal politika alanında açık eşgüdüm yöntemi adı verilen bir yöntem başvurulmakta; düzenlemenin konusuna ilişkin belirli klavuz ilkeler ya da anahatlar belirlendikten sonra, uygulama, üye devletlere bırakılmakta ve belirli aralıklarla gözden geçirilmektedir. AB kanun koyucusu kadın erkek eşitliğine ilişkin bu son düzenlemeyi yaparken birleştirme yöntemini kullanmış ve bu Yönerge’yi kadın erkek eşitliği alanındaki müktesebatın geliştirildiği ya da sosyal taraflar ile üye devletlere yeni yükümlülükler yüklendiği bir araç olarak kullanmamıştır.¹⁰⁷⁵ Masselot ise, 2006/54 sayılı Yönerge’nin yeterince basit ve şeffaf bir nitelik taşımadığını ve bu bakımdan daha iyi düzenleme stratejisine bir katkı sağlamadığını belirtmektedir.¹⁰⁷⁶

5. Üye Devletlerin Yönergelerden Doğan Yükümlülükleri

AB İş Hukuku’nda ayrımcılık yasağını düzenleyen yönergelerin çoğunda üye devletlerin yönergelerden kaynaklanan yükümlülüklerinin ortak olduğu görülmektedir. Çalışma’da tekrarlara yer vermemek açısından, üye devletler

¹⁰⁷⁴ Komisyon, “Daha İyi Düzenleme Eylem Planı”nda, mevzuatın daha basit ve yalın şekilde ifade edilmesinin, düzenlemelerin hem üye devletlerde uygulanmasını hem de Avrupa vatandaşları için anlaşılmasını kolaylaştıracağını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Masselot, s. 160; Communication from the Commission, Action Plan “Simplifying and improving the regulatory environment”, COM (2002) 278.

¹⁰⁷⁵ Burrows and Robison, s. 196.

¹⁰⁷⁶ Masselot, s. 163.

tarafından eşit davranma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için alınması gereken önlemler, tek bir başlık altında ve genel olarak incelenmiştir.

a. Yönerge'nin İç Hukuka Aktarılması

Üye devletlerin cinsiyete dayalı ayrımcılığı düzenleyen yönergelerden doğan en başlıca yükümlülüğü, ilgili yönergeyi, yönergede belirtilen süre dahilinde ulusal hukuklarına aktarmak ve bu yönde gereken önlemleri almaktır. Üye devletlerin, aynı zamanda Komisyon'a yönerge kapsamında kabul ettikleri yasaların, tüzüklerin ve idari hükümlerin metinlerini göndermeleri gerektiği öngörülmüştür.

Komisyon, 75/117 sayılı Yönerge'yi iç hukukuna aktarmak konusundaki yükümlülüğünü tam yerine getirmemesi nedeniyle Lüksemburg'a karşı dava açmıştır. ATAD, somut olayda kadın erkek eşitliğine aykırı nitelikteki ulusal düzenlemelerini Yönerge tarafından tanınan bir yıllık süre dolmasına rağmen yürürlükte tutmaya devam eden Lüksemburg'un, Yönerge'nin 8. maddesinden doğan yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁷⁷

b. Ulusal Hukuktaki Eşit Davranma İlkesine Aykırı Hükümlerin İptal Edilmesi

Yönergelerde yer alan ortak hükümlerden biri de, üye devletlerin, ulusal hukuklarındaki eşit davranma ilkesiyle bağdaşmayan kanun, tüzük ya da idari hükümleri yürürlükten kaldırmak ve toplu iş sözleşmelerinde, bireysel hizmet sözleşmelerinde, işletmelerin iç tüzüklerinde ya da serbest iş ve meslekleri ve işveren ve çalışan kuruluşlarını düzenleyen kurallarda yer alan aykırı hükümleri geçersiz kılmak ya da değiştirmek için gerekli önlemleri almaları yönündedir.

Üye devletler, eşit davranma ilkesine aykırı olan ulusal düzenlemelerini yürürlükten kaldırmak zorunda olmakla birlikte, ulusal hukuklarında yönergelerde yer alan düzenlemelerden daha ileri düzeyde olan hükümler uygulayabilmelerine bir

¹⁰⁷⁷ Ellis, 2005, s. 204-205.

engel bulunmamaktadır. Bu sebeple, Yönerge hükümlerinin uygulanması, hiç bir şekilde üye devletler tarafından bu alanda çalışanlara sağlanan mevcut koruma düzeyini azaltmak için haklı bir sebep oluşturmayacaktır.

c. İdari ve Yargısal Mercilere Başvurma Hakkının Düzenlenmesi

Cinsiyete dayalı ayrımcılığı düzenleyen Yönerge’lerde üye devletler tarafından, Yönerge’deki yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla gerekli görüldüğü takdirde uzlaştırma yöntemi dahil olmak üzere, eşit davranma ilkesinin kendilerine uygulanmadığını iddia eden kişiler için -ayrımcılığın ortaya çıktığı iddia edilen ilişki sona ermiş olsa dahi- idari ve yargısal mercilere başvurma hakkının sağlanması öngörülmüştür.

Ayrım yasağını düzenleyen yönergelerdeki idari ve yargısal mercilere başvurma hakkından, sadece eşit davranma ilkesinin uygulanmaması nedeniyle ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler değil, şikayetçinin rızasının alınması kaydıyla onun adına ya da onu desteklemek suretiyle, ulusal hukukları uyarınca bu Yönerge hükümlerine uyulmasında hukuksal bir çıkarı olan dernek, kuruluş ya da diğer hukuksal oluşumlar da yararlanacaklardır. Schiek’ göre, eşit davranma ilkesinin uygulanması açısından kanunyoluna kolektif başvuru mekanizmasının daha etkili bir sonuç alacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁰⁷⁸

Üye devletler, ulusal hukuklarında, ayrımcılık sebebiyle zarar görenlerin kayıp ve zararları için, caydırıcı nitelikte ve zararlar orantılı gerçek ve etkili bir tazminat ya da onarımı temin edecek önlemleri almalıdırlar. Bu tazminat ya da onarım, önceden bir üst sınır koymak suretiyle belirlenememekle birlikte, işverenin ayrımcılık nedeniyle zarar gören çalışanın uğradığı tek zararın iş başvurusunun dikkate alınmasının reddi olduğunu ispatladığı durum, buna istisna oluşturmaktadır. (2002/73 sayılı Yönerge değ. md. 6/2) 2004/113 sayılı Yönerge’de tazminat ya da onarıma ilişkin olarak diğer yönergelerden farklı olarak, önceden bir üst sınır kararlaştırılmasının, kısıtlayıcı bir etki doğurmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁷⁹ Kanun koyucunun, 2002/73 sayılı Yönerge’de düzenlenen istisnalar dışında tazminat ya da

¹⁰⁷⁸ Schiek, 2002, s. 299.

¹⁰⁷⁹ Krois, s. 337.

onarımına ilişkin üst sınır belirlenemeyeceği kuralından, burada neden ayrıldığını yorumlamak güçtür. Her durumda, mal ve hizmetlere erişimde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak yapılan bir düzenlemede zarar görenin kaybının henüz ortaya çıkmadan tazminine ilişkin bir üst sınır öngörülmesi, mağdurdan ziyade zarar verenin lehine görünmektedir. Bu durumda, 2004/113 sayılı Yönerge ile sağlanan korumanın, 2002/73 sayılı Yönerge çerçevesinde sağlanan korumadan daha dar kapsamlı olduğunu belirtilebilir.

d. Çalışanların Bilgilendirilmesi

Cinsiyete dayalı ayrımcılığı düzenleyen yönergelerde üye devletlerin, çalışanların hali hazırda yürürlükte bulunan ilgili hükümlerle birlikte yönergeler uyarınca kabul edilen hükümler hakkında, uygun vasıtalarla, işyerlerinde bilgilendirilmeleri için gereken özeni göstermeleri gerektiği öngörülmüştür.

İşverenlerden sadece çalışanları değil, temsilcilerini de işyerinde kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak düzenli aralıklarla bilgilendirmeleri beklenmektedir. Bu bilgilendirme, örgütün farklı seviyelerindeki kadın ve erkeklerin istatistiksel oranlarını ve durumun çalışan temsilcileriyle işbirliği içinde iyileştirilmesini içerebilir.

e. Eşit Davranma İlkesini Destekleyecek Kurumların Oluşturulması

Üye devletlerin eşit davranma ilkesinin herkes için cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın geliştirilmesi, incelenmesi, gözlenmesi ve desteklenmesi amacına yönelik bir kurum ya da kurumlar oluşturulması amacıyla gerekli düzenlemeleri yapmaları öngörülmüştür. “Eşitlik kurumu” olarak adlandırılan bu kurumlar, insan haklarını savunmak ya da kişi haklarını korumak amacıyla ulusal düzeyde görev yapan kurumların içinde oluşturulabilir. Bu kurumlar, mağdur, ilgili dernek, kuruluş ya da diğer hukuksal oluşumların haklarına hâlel getirmeksizin, ayrımcılığa maruz kalanların ayrımcılık hakkındaki şikayetlerini ileri sürmelerinde onlara bağımsız yardım sağlamak, ayrımcılığa ilişkin bağımsız araştırmalar yürütmek, bu tür bir

ayrımcılığa ilişkin herhangi bir konu hakkında bağımsız rapor yayımlamak ve tavsiyelerde bulunmakla görevlidir.

Skidmore ile Lombardo ve Verloo, 2000/78 sayılı Yönerge'nin yaptırım mekanizmasındaki bir eksikliğe işaret etmektedirler. Yazarlar, gerek cinsiyet ayrımcılığını düzenleyen tüm yönergelerde, gerekse ırk ve etnik köken ayrımcılığını düzenleyen 2000/43 sayılı Yönerge'de, ilgili alanlarda çalışmak, ayrımcılık mağduru şikayetçilerin başvurularına rehberlik etmek, alanla ilgili araştırma yapmak ve tavsiyelerde bulunmak gibi faaliyetleri yürütecek özel birer eşitlik kurumu oluşturulması öngörülmüşken, 2000/78 sayılı Yönerge'de, bu yönde bir hüküm bulunmadığını belirtmektedirler.¹⁰⁸⁰ Bu da, uygulamada Yönerge kapsamına giren hakların daha etkin bir şekilde kullanımını engellemektedir.

f. Sosyal Tarafların Teşvik Edilmesi

Üye devletler, ulusal gelenek ve uygulamalar gereği, eşit davranma ilkesini teşvik etme amacına yönelik olarak sosyal taraflar arasındaki sosyal diyalogu geliştirmek için işyeri uygulamalarının gözlenmesi, toplu iş sözleşmeleri, idari düzenlemeler, araştırma ile tecrübe ve iyi uygulamaların değişimi dahil olmak üzere gerekli önlemleri alacaklardır. Üye devletler, sosyal tarafları yönergelerdeki asgari koşullara ve ilgili ulusal uygulama önlemlerine uyulması kaydıyla, kadın erkek eşitliğini geliştirmek amacıyla ayrımcılık yasağına ilişkin olarak uygun seviyelerde anlaşmalar yapmaya teşvik edecektir. Üye devletlerin, kadın erkek eşitliğinin işyerinde planlı ve düzenli bir şekilde sağlanması için işverenleri de teşvik etmeleri gerektiği öngörülmüştür.

g. Sivil Toplum Örgütleriyle Diyalog Geliştirilmesi

¹⁰⁸⁰ Skidmore, s. 129; Emanuela Lombardo and Mieke Verloo, "Institutionalizing Intersectionality in the European Union?" *International Feminist Journal of Politics*, 11:4, December 2009, (ss.478-495), s. 480. Komisyon'un 2000/78 sayılı Yönerge'yi değiştiren Yönerge taslağında [COM (2008) 426 final 2008/0140 (CNS)] din, inanç, engellilik, yaş ya da cinsel tercih konularında eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamak ve yukarıda belirtilen faaliyetleri göstermek üzere üye devletler tarafından bir kurum ya da kurumlar oluşturulması gerektiği hükme bağlanmıştır. (Taslak, md.12)

Cinsiyet ayrımcılığını düzenleyen yönergelerde, üye devletlerin, ulusal hukuk ve uygulama gereği, eşit davranma ilkesini geliştirmek amacıyla cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadeleye katkı sağlamada hukuksal bir çıkarı bulunan sivil toplum örgütleriyle diyalog geliştirmeleri gerektiği de belirtilmiştir.

h. Yönerge'nin İşleyişine İlişkin Olarak Komisyon'a Bilgi Verilmesi

Üye devletlerin, yönergelerde öngörülen süreler dahilinde ve düzenli olarak Komisyon'a Yönerge'nin uygulanmasına dair gereken tüm bilgiyi vermeleri öngörülmüştür. Komisyon, yönergelerin yürürlüğe girişinden itibaren belirli süreler sonunda ve üye devletler tarafından kendisine verilen bilgi temelinde Yönerge'nin uygulanmasına ilişkin olarak Bakanlar Konseyi ve Parlamento'ya sunmak üzere rapor hazırlamakla yükümlüdür.

6. Aday Ülkelerin Yükümlülükleri

AB'ye aday ülkeler, Birliğe tam üye olabilmek için, Kopenhag politik ve ekonomik kriterlerini yerine getirmek ve ulusal hukuklarını AB müktesebatına yakınlılaştırmakla yükümlüdürler.¹⁰⁸¹ Bu çerçevede, AB Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından Aralık 1999'da gerçekleştirilen Helsinki Zirvesi'nde Türkiye'nin adaylık başvurusu kabul edilerek, ülkemize AB'ye aday ülke statüsü resmi olarak tanınmıştır. Bu suretle Türkiye, Birliğin katılım öncesi stratejisine dahil edilmiştir.

a. Avrupa Birliği Tarafından Türkiye İçin Hazırlanan Belgeler

(1). İlerleme Raporları

¹⁰⁸¹ Avrupa Konseyi 1993'te gerçekleştirdiği Kopenhag Zirvesi'nde, AB'ye aday olan ülkelerin, tam üye olabilmek için yerine getirmesi gereken birtakım politik ve ekonomik kriterler belirlemiştir. AB'ye aday ülkeler politik kriterler olarak, istikrarlı ve kurumsallaşmış bir demokrasinin varlığını, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünü, insan haklarına saygıyı ve azınlıkların korunmasını güvence altına alacaklardır. AB'ye aday ülkeler ekonomik kriterler olarak ise işleyen bir pazar ekonomisinin varlığını ve Birlik içindeki piyasa güçleri ve rekabet baskısına karşı koyma kapasitesine sahip olmayı garanti edeceklerdir. Son olarak ise aday ülkenin siyasi, ekonomik ve parasal birliğin amaçlarına uyma dahil olmak üzere üyelik yükümlülüklerini üstlenme yeteneğine sahip olması şartı aranacaktır. Bkz. "Türkiye-AB İlişkileri, Kopenhag Kriterleri", Erişim: http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html[08.01.2010]

Katılım öncesi stratejinin en önemli parçası, aday ülkeler için her yıl Komisyon tarafından düzenli olarak hazırlanan ve ilgili aday ülkenin AB'ye tam üyelik yolunda gerçekleştirdiği gelişmelerin değerlendirilerek, tavsiyelerde bulunulduğu ilerleme raporlarıdır.¹⁰⁸²

(i). 2005 Yılı Türkiye İlerleme Raporu

AB Komisyonu tarafından Türkiye için hazırlanan 2005 yılı İlerleme Raporu'nda¹⁰⁸³ mevcut hukuksal düzenlemelere ve uygulamadaki çabalara rağmen, cinsiyete dayalı ayrımcılığın endişe vermeye devam ettiği belirtilmiştir.

2005 yılı İlerleme Raporu'nda kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla istihdama ilişkin ayrımcılık yapılmasını yasaklayan AB Yönergeleri'nin ulusal hukuka aktarımıyla ilgili hiçbir gelişme olmadığı kaydedilmiştir. Ülkemizde Ekim 2004'te Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün başlıca görevi ülkemizdeki kadınların sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yaşamdaki konumunu güçlendirmek olarak belirlenmiştir.

İlerleme Raporu'nda özellikle ebeveyn izni, ücrette eşitlik, istihdama girişte eşitlik, ispat yükü ve sosyal güvenliğe ilişkin konularda AB Hukuku ile uyumlulaştırmanın yapılması gerektiği vurgulanmıştır. AB Hukuku'ndaki, eşit davranma ilkesinin uygulanmasında hukuksal bir çıkarı bulunan kuruluşların şikayetçi adına ya da onu desteklemek amacıyla adli ya da idari mercilere başvurma hakkına ilişkin düzenlemenin ulusal hukukumuzda da yer alması gerektiği belirtilmiştir. Rapor'da Türkiye'de ayrımcılıkla mücadele etmek için bir eşitlik kurumu oluşturulması gerektiği de vurgulanmıştır. Kadın erkek eşitliğini ekonomik ve sosyal yaşamda geliştirmek ve bu alandaki mevzuatın etkili bir şekilde uygulanması için daha fazla çaba gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸² Abdullah Dinçkol, "Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 İlerleme Raporu", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl.4, Sayı.8, Güz 2005/2, s. 85.

¹⁰⁸³ Turkey 2005 Progress Report, {COM (2005) 561 final}, Brussels 9 November 2005; Erişim: http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2005/package/sec_1426_final_progress_report_tr_en.pdf[09.01.2010]

¹⁰⁸⁴ Turkey 2005 Progress Report, s. 96.

2005 yılı İlerleme Raporu'nda ülkemizde kadının işgücü piyasasına katılımına ilişkin veriler dikkat çekmektedir. Türkiye, kadınların işgücüne katılımı olan % 25.4 ile UEİKÖ ülkeleri arasındaki en düşük katılım oranına sahiptir. Bunun yanı sıra kayıt dışı alanlarda çalışması nedeniyle kadınların büyük çoğunluğunun sosyal güvenlik kapsamında olmadığına dikkat çekilmiştir. Ülkemizde cinsiyete dayalı mesleki bölünmenin yüksek düzeyde olduğu ve kadınların bazı mesleklere katılımının göreceli olarak fazla olduğu belirtilmiştir. Raporda ülkemizdeki avukat, akademisyen ve doktorların % 30'unu kadınların oluşturduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak Türkiye'nin Avrupa Sosyal Şartı'nın çalışan kadınların annelik izniyle ilgili 8. maddesini henüz kabul etmediği de belirtilmiştir.¹⁰⁸⁵

(ii). 2006 Yılı Türkiye İlerleme Raporu

Kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak, Komisyon tarafından hazırlanan 2006 yılı İlerleme Raporu'nda¹⁰⁸⁶, 2005 yılı Raporu'nda işaret edilen evebeyn izni, ücrette eşitlik, istihdama girişte eşitlik, ispat yükü ve sosyal güvenlik konularında hala beklenen düzenlemelerin yapılmadığı ve herhangi bir ilerleme kaydedilmediği belirtilmiştir. Rapor'da ulusal hukukun AB'nin İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 2000/78 sayılı Yönergesi'ne uyumunun henüz gerçekleştirilmemiş olması eleştirilmiştir. Yine önceki yılın Raporu'nda belirtilen ve kurulması gereğine işaret edilen eşitlik kurumunun hala oluşturulmadığına dikkat çekilmiştir. Kadınların işgücü piyasasına katılım oranlarının % 25'in altında seyrettiği belirtilmiştir. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nin idari yapısının güçlendirilmesi gerektiği de vurgulanmıştır.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁵ Turkey 2005 Progress Report, s.33.

¹⁰⁸⁶ Commission Staff Working Document, Turkey 2006 Progress Report, {COM (2006) 649 final}, Brussels 8.11.2006; Erişim:

http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2006/nov/tr_sec_1390_en.pdf [10.01.2010]

¹⁰⁸⁷ Turkey 2006 Progress Report, s. 54.

(iii). 2007 Yılı İlerleme Raporu

2007 İlerleme Raporu'nda¹⁰⁸⁸ ulusal hukukumuzda kadın erkek eşitliğine ilişkin hukuksal düzenlemelerin mevcut olmasına rağmen, uygulamada bunu sosyal bir gerçekliğe dönüştürebilmek için daha fazla emek sarfedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kadın ve erkek arasındaki farkın en belirgin şekilde ekonomik ve politik yaşama katılım ve olanaklar, eğitim, sağlık alanlarında görüldüğü ifade edilmiştir.¹⁰⁸⁹

Rapor'da geçmiş yıllarda olduğu gibi kadınların işgücü piyasasına katılımlarının düşük olması eleştirilmiştir. Kayıt dışı ekonomideki artışa işaret edilerek, işgücü piyasasındaki kentsel ve kırsal ayrımla mücadele edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İşgücü piyasasında çalışanların yarısından fazlasının herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna kayıtlı olmadığı ifade edilmiştir.¹⁰⁹⁰

2007 Raporu'nda ayrımcılıkla mücadele ve fırsat eşitliği alanındaki ilerlemenin kısıtlı olduğuna işaret edilmiştir. Türkiye İş Kurumu tarafından işe alımlarda cinsiyet ayrımını yasaklayan bir genelge yayımlanmıştır. Bununla birlikte işgücü piyasasında cinsiyete dayalı mesleki bölünmede azalma olduğu belirtilmiş ve bu, erkeklerin de hemşire olarak çalışmalarına izin verildiği örneğiyle desteklenmiştir. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün idari kapasitesinin güçlendirildiği belirtilmiştir. Bununla birlikte, kadınların işgücü piyasasına katılım oranının hala düşük seyretmekte olması ve eğitim olanaklarına sahip olmaları hususu endişe verici olmaya devam etmektedir. Önceki Rapor'da eleştirilen AB'nin 2000/78 sayılı Yönergesi'nin ulusal hukuka aktarımı hala gerçekleştirilmemiştir. Yine ayrımcılığın önlenmesi ve eşit davranma ilkesinin teşvik edilmesine ilişkin kurulması

¹⁰⁸⁸ Commission Staff Working Document, Turkey 2007 Progress Report Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2007-2008, {COM (2007) 663 final}, Brussels 6.11.2007, Erişim: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2007/nov/turkey_progress_reports_en.pdf [10.01.2010]

¹⁰⁸⁹ Turkey 2007 Progress Report, s. 18.

¹⁰⁹⁰ Turkey 2007 Progress Report, s. 54.

gerektiği belirtilen etkin ve bağımsız bir eşitlik kurumuna olan ihtiyaç belirtilmiştir.¹⁰⁹¹

(iv). 2008 Yılı İlerleme Raporu

2008 yılı İlerleme Raporu'nda¹⁰⁹² kadınların işgücü piyasasına katılım oranlarının 2007 yılı verileriyle itibarıyla % 24.8 ile AB ve UEİKÖ ülkeleri arasında en düşük seviyede seyretmekte ve gittikçe azalan bir eğilimde olduğu tekrarlanmıştır. TBMM tarafından kadınların istihdamını teşvik etmek amacıyla İş Kanunu ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapan İstihdam Paketinin kabul edildiği belirtilmiştir.¹⁰⁹³

Önceki ilerleme raporlarında da vurgulanan Cinsiyet Eşitliği Kurumu'nun ve Cinsiyet Eşitliği'ne İlişkin Meclis Komisyonu'nun hala kurulmadığı tekrarlanmıştır.¹⁰⁹⁴ Önceki İlerleme Raporları'nda kurulması gereğine işaret edilen Eşitlik Kurumu ile cinsiyet dahil, ayrımcılığı tüm diğer ayırım sebepleri çerçevesinde inceleme görevine sahip olan bir kurum anlaşılırken, 2008 yılı Raporu'nda Eşitlik Kurumu'nun Cinsiyet Eşitliği Kurumu şeklinde özel olarak ifade edilmiş olduğu belirtilmelidir. Raporda dikkat çeken diğer bir konu da, kadın alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin kadın erkek eşitliğini tüm politika alanlarına yaymada önemli bir görev üstlenebilecek tam yetkili bir komite kurulmasını talep ettiklerinin belirtilmesidir.¹⁰⁹⁵ Kanımızca sivil toplum örgütlerinin bu talebi AB Hukuku'nda incelenen cinsiyette anayol yaklaşımının ülkemizde de uygulamaya konulmasına yönelik bir adım olarak değerlendirilebilir.

2008 yılı İlerleme Raporu'nda ulusal hukukumuzda ayrımcılık hukukuna ilişkin doğrudan ve dolaylı ayrımcılık gibi bazı önemli kavramların tanımlanmadığı belirtilmiştir. 2000/78 sayılı Yönerge'nin de hala ulusal hukuka aktarılmadığı

¹⁰⁹¹ Turkey 2007 Progress Report, s. 54.

¹⁰⁹² Commission Staff Working Document, Turkey 2008 Progress Report Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2008-2009, {COM (2008) 674 final}, Brussels 5.11.2008, Erişim: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/press_corner/key-documents/reports_nov_2008/turkey_progress_report_en.pdf [12.01.2010]

¹⁰⁹³ Turkey 2008 Progress Report, s. 20.

¹⁰⁹⁴ Turkey 2008 Progress Report, s. 20.

¹⁰⁹⁵ Turkey 2008 Progress Report, s. 20-21.

vurgulanmıştır. Rapor'da sadece cinsiyete dayalı değil, fakat genel olarak ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin hazırlıkların henüz erken bir aşamada olduğu ifade edilmiştir.¹⁰⁹⁶

(v). 2009 Yılı İlerleme Raporu

2009 yılı İlerleme Raporu'nda¹⁰⁹⁷ öncelikli olarak 2009 yılında TBMM'de danışma niteliğine sahip bir Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu kurulduğu belirtilmiştir. Bu Komisyon'un görevleri, kadın erkek eşitliğine ilişkin gelişmeleri izlemek, kanun tasarılarına ilişkin görüş belirtmek, ulusal mevzuatımız ve uygulamaların uluslararası antlaşma hükümlerine uyumuna ilişkin tasarıları teklif etmekten oluşmaktadır. Buna ek olarak, Komisyon kadın erkek eşitliğine aykırı davranılmasına ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin şikayetleri de incelemektedir.¹⁰⁹⁸

Rapor'da yeni bir yasal düzenlemeyle sözleşmeli kamu çalışanlarına devlet memurları ile aynı şekilde on altı haftalık ücretli doğum izni ve ayrıca doğum izninin sonunda aynı görevlerine dönebilme olanağı getirildiği yer almaktadır.¹⁰⁹⁹

2009 İlerleme Raporu'nda da önceki raporlara benzer ifadeler kullanılarak, kadın erkek eşitliğinin ülkemiz için hala önemli bir mücadele konusunu oluşturduğu ve Birlik müktesebatına uyumun gerektirdiği Cinsiyet Eşitliği Kurumu'nun hala kurulamamış olduğu belirtilmiştir. Rapor'da kadınların işgücü piyasasına katılımının hala çok düşük düzeyde olduğu ve çalışan kadınlarinsa daha çok kayıt dışı sektörlerde istihdam edildiği ifade olunmuştur. Bir diğer önemli konu ise kadınların genel olarak eşdeğerde olan işlerde erkeklerden daha az kazanmakta olduklarıdır.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁶ Turkey 2008 Progress Report, s. 62.

¹⁰⁹⁷ Commission Staff Working Document, Turkey 2009 Progress Report Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010, {COM (2009) 533 final}, Brussels 14.10.2009, Erişim: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2009/tr_rapport_2009_en.pdf[11.02.2010]

¹⁰⁹⁸ Turkey 2009 Progress Report, s. 22.

¹⁰⁹⁹ Turkey 2009 Progress Report, s. 22.

¹¹⁰⁰ Turkey 2009 Progress Report, s. 23.

2009 yılı İlerleme Raporu'nda cinsiyete dayalı ayrımcılığın yanı sıra, genel olarak ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin bazı eksikliklere de değinilmiştir. Özellikle kişilerin cinsel tercihlerinden dolayı sıklıkla işlerinden çıkarıldıkları belirtilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun teşhircilik ve genel ahlaka karşı suçlara ilişkin hükümlerinin bu kişiler aleyhine ayrımcılık amacıyla kullanıldığına dikkat çekilmiştir. Bunun yanı sıra Türk Silahlı Kuvvetleri'nin eşcinselliği psikoseksüel bir hastalık olarak tanımlayan ve eşcinsellerin askerlik hizmeti için uygun olmadıklarını belirten düzenlemesi eleştirilmiştir.¹¹⁰¹

İlerleme Raporu'nda Türkiye'de kadın haklarını koruyan hukuksal düzenlemelerin mevcut olduğunu fakat bunların uygulamaya geçirilmesi için ek birtakım çabalara ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Bu suretle de kadın hakları ve kadın erkek eşitliği konularında her iki cinsiyet açısından da daha iyi bir eğitim sağlanması ve daha fazla farkındalık yaratılması gerekmektedir.¹¹⁰²

(2). Katılım Ortaklığı Belgeleri

Katılım Ortaklığı Belgeleri, Avrupa Komisyonu tarafından genişleme süreci çerçevesinde AB'ye aday her ülke için belirli aralıklarla ve düzenli olarak; ayrı ayrı hazırlanan belgelerdir. Temelini Kopenhag kriterleri ve AB müktesebatının oluşturduğu bu belgelerde, aday ülkelerin tam üye olma yolunda kattettiği gelişmeler ve yerine getirmesi gereken hususlar yer almaktadır.¹¹⁰³ Katılım Ortaklığı Belgeleri, aday ülkenin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin, kısa vadeli (1-2 yıl) ve uzun vadeli (3-4 yıl) öncelikler şeklinde düzenlendiği birer yol haritası niteliğindedir.¹¹⁰⁴

¹¹⁰¹ Turkey 2009 Progress Report, s. 26.

¹¹⁰² Turkey 2009 Progress Report, s. 24.

¹¹⁰³ Ertürk, 2008, s. 125.

¹¹⁰⁴ A. Dinçkol, s. 89.

(i). 2006 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi

Avrupa Konseyi tarafından 2006 yılında Türkiye için kabul edilen Katılım Ortaklığı Belgesi'nde¹¹⁰⁵ İnsan Hakları ve Azınlıkların Korunması başlığı altında, bütün bireylerin dil, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet, ırksal veya etnik köken, din veya inanç, maluliyet, yaş veya cinsel tercihi bakımaksızın ve bunlara göre ayırım yapılmaksızın insan haklarından ve temel özgürlüklerden tam olarak yararlanmalarının gerek hukuksal açıdan gerekse uygulama bakımından güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Belge'de Ekonomik ve Sosyal hakların altında yer alan Kadın Hakları başlığında kadınların eşit eğitim almaları, iş gücü piyasasına, siyasal ve sosyal yaşama eşit olarak katılmaları aracılığıyla toplumdaki konumlarının güçlendirilmesi ve bu amaçlara ulaşmak için kadın örgütlerinin gelişiminin desteklenmesi gereği ifade edilmiştir.

(ii). 2008 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi

Avrupa Konseyi tarafından Türkiye için kabul edilen 2008 yılı Katılım Ortaklığı Belgesi'nde¹¹⁰⁶ de Ekonomik ve Sosyal hakların altında yer alan Kadın Hakları başlığında kadın haklarına ilişkin olarak 2006 yılı KOB'dekiyle neredeyse aynı ifadelerle yer verilmiştir. Kadın haklarına ilişkin mevcut hukuksal düzenlemelerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Cinsiyet konusuna ilişkin olarak da erkekler başta olmak üzere tüm toplumun bilinçlendirilmesi ve bilinç düzeyinin artırılması gerekliliği üzerinde durulmuştur.

b. Türkiye Tarafından AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Olarak Hazırlanan 2008 yılı Ulusal Programı

Ulusal programlar, AB'ye aday ülkeler tarafından, Katılım Ortaklığı Belgelerine bir yanıt olarak hazırlanmaktadır. Öncelikle Türkiye tarafından 2006

¹¹⁰⁵ Council Decision 2006/35/EC, of 23 January 2006 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with Turkey OJ L 22/34 , 26/01/2006.

¹¹⁰⁶ Council Decision 2008/157/EC, of 18 February 2008 on the principles, priorities and conditions contained in the Accession Partnership with the Republic of Turkey and repealing Decision 2006/35/EC, OJ L 051 , 26/02/2008.

yılındaki Katılım Ortaklığı Belgesi'ne karşılık bir Ulusal Program hazırlanmadığı belirtilmelidir. 2008 yılı Ulusal Programı'nda¹¹⁰⁷ ise ülkemiz AB'nin 2008 yılında hazırladığı Katılım Ortaklığı Belgesi'nde işaret ettiği konulara ve belirlediği önceliklere ilişkin olarak alacağı önlemleri belirtmiş ve bunları yerine getirme taahhüdünde bulunmuştur. Bu çerçevede kadınların eşit eğitim almaları, iş gücü piyasasına, siyasal ve sosyal yaşama eşit olarak katılmaları aracılığıyla toplumdaki konumlarının daha da güçlendirileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede kadın örgütlerinin desteklenmesine de devam edilecektir. Buna ek olarak Ulusal Program'da çalışma hayatında kadına ilişkin olarak kadınların işgücüne katılımını arttırmak amacıyla çeşitli illerdeki mikrokredi uygulamalarının diğer illeri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin sağlanacağı ifade edilmiştir.

¹¹⁰⁷ 2008/14481 sayılı Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar, RG. 31.12.2008 27097 (5.Mükerrer)

SONUÇ

Bu çalışmada, AB istihdam ve sosyal politikasında ve bunun hukuksal çerçevesini oluşturan İş Hukuku mevzuatında cinsiyet ayrımcılığına ilişkin düzenleme ve uygulamaların değerlendirilmesi yapılmış ve düşüncelerimize yer verilmiştir. Cinsiyet ayrımcılığı konusu, AB istihdam ve sosyal politikasında ve buna koşut olarak gelişim gösteren İş Hukuku mevzuatında üç evrede incelenebilir. Bu çerçevede konuya ilişkin tespitler, öncelikle politikalar bakımından; daha sonra ise sırasıyla AB Birincil Hukuk ve İkincil Hukuk düzenlemeleri ayrımı temelinde İş Hukuku mevzuatı açısından yapılacaktır.

Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, AB istihdam ve sosyal politikasında ilk olarak Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun ekonomik bütünleşme amacı çerçevesinde ortaya çıkmış ve bu amaca yönelik bir gelişim göstermiştir. Topluluklar'ın kuruluş yıllarında kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik politika ve programlar yapılması, İç Pazar'da işgücünün sosyal maliyetinin denkleştirilmesi ve üye devletler arasında adil bir rekabet ortamının sağlanması ihtiyacından doğmuştur. Bu dönemde Topluluk çapında üye devletlerin istihdama ve mesleki eğitime girişte, meslekte ilerlemede ve ücreti de içeren çalışma koşullarında kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik gerekli önlemleri almalarını sağlayan politika ve sosyal eylem programları yürütülmüştür. İlk evrenin özelliği kadın erkek eşitliğine ilişkin tüm politika ve programların sadece eşit davranma ilkesi temelinde olmak üzere sınırlı bir gelişim göstermiş olmasıdır. Cinsiyet ayrımcılığı yasağının gelişimindeki ikinci evre, 1980'lerde başlamış ve Topluluk kadın erkek eşitliği politikasının gelişimi aşamalı bir değişim sürecine girmiştir. Kadın ve erkeğin sadece hukuksal düzenlemelerde değil, fiili olarak da eşit olması gerektiği düşüncesinden hareketle olumlu ayrımcılığa ilişkin politika ve önlemlere ağırlık verilmiştir. Bu çerçevede eşit davranma ilkesinden fırsat eşitliğine doğru bir geçiş yaşanmış ve Topluluk kadın erkek eşitliği politikası gerçek anlamda oluşturulmaya başlanmıştır. Küreselleşmenin ve kuralsızlaştırmanın etkilerinin aşamalı olarak görülmeye başlandığı bu dönemde, işgücünün esnek ve serbest olduğu bir sosyal modelin, ekonomik bütünleşme hedefi çerçevesinde üretime katkıda bulunacağı ve Topluluk'un ekonomik alandaki rekabet gücünü arttıracacağı

savunulmuştur. Son evreyi oluşturan 1990'lar ve sonrası dönemde ise Birlik kadın erkek eşitliği politikası, İç Pazar çerçevesindeki ekonomik bütünleşme amacının ötesine geçmiştir. Amsterdam Antlaşması ile getirilen cinsiyette anayol yaklaşımı, AB'nin istihdam ve sosyal politikasında geline son noktayı ortaya koymaktadır. AB, cinsiyette anayol yaklaşımı ile kadın erkek eşitliğini sadece işgücü piyasasıyla sınırlı tutmayarak, Birlik tarafından yürütülen tüm politikalara ve faaliyetlere yayacak bir yaklaşım izlemeye başlamıştır. Cinsiyette anayol yaklaşımının uygulanmaya başlaması, AB için büyük bir dönüşümdür. Esasen bu yaklaşımla, kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik çalışmak ve bu yönde bir algı geliştirmek, Birlik düzeyinde tamamıyla buna münhasır faaliyette bulunan uzman ya da birimlerin görevi olmaktan çıkarak, tüm birimlerin görevi haline getirilmiştir. Bundan, cinsiyette anayol yaklaşımının, tamamıyla kadın erkek eşitliğini geliştirmekle görevli birimleri ortadan kaldıracağı gibi bir anlam çıkmamalıdır. Komisyon tarafından da ifade edildiği üzere, bu yaklaşımın AB Hukuku'nda kadın erkek eşitliğine ilişkin hükümleri ve olumlu ayrımcılığa ilişkin önlemleri ikame etmesi değil, tamamlaması hedeflenmektedir. Kanımızca bu yaklaşımın Birlik politikalarındaki etkisi ancak uzun vadede ortaya çıkacaktır. Süreç, hem Avrupa Birliği, hem de üye devletler düzeyindeki kurumların bu yaklaşımı bilinçli ve ısrarlı bir şekilde uygulama ya da uygulamama yönündeki siyasal iradeleriyle yakından ilişkilidir. Keza, cinsiyette anayol yaklaşımının en zayıf noktası, bağlayıcı olmayan hukuk kuralları vasıtasıyla uygulanmakta olmasıdır. Bu sebeple yaklaşımın üye devletler tarafından uygulanmaması, eksik ya da hatalı uygulanması halinde, Komisyon tarafından başvurulacak bir yaptırım mekanizması bulunmamaktadır. Her halukarda cinsiyette anayol yaklaşımı AB politikaları bakımından önemli bir kazanımdır ve kanımızca ikame edici bir niteliğe sahip olmadığı sürece bağlayıcı olmayan hukuk kurallarıyla uygulanmakta olması büyük bir sorun teşkil etmemektedir. Bununla birlikte uzun vadede, cinsiyette anayol yaklaşımının yeni bir dönüşümle Birlik'in kadın erkek eşitliği politikasını ve buna ilişkin hükümleri tamamıyla ikame eder hale gelmesi olasılığının gerçekleşmesi halinde, bunun, bağlayıcı kurallarla yeniden düzenlenmesi ve mutlaka bir yaptırım mekanizmasına sahip olması gerekliliği doğacaktır.

Cinsiyet ayrımcılığı yasağının AB İş Hukuku mevzuatında ortaya çıkışı, Birlik'in bu alandaki istihdam ve sosyal politikasına koştur olarak ve aynı evreler temelinde gerçekleştirmiştir. Keza, hukuksal düzenlemelerin ortaya çıkması, bu alandaki ekonomik, sosyal ve politik ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Roma Antlaşması'nda cinsiyet ayrımcılığına ilişkin ilk düzenleme, aynı ya da benzer işlerde çalışan kadın ve erkekler için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını öngören ATA. eski md.119'dur. Birliğin kadın erkek eşitliği düzenlemelerindeki dönüşümün, kurucu Antlaşmalara ilk yansımaları Amsterdam Antlaşması ile gerçekleşmiştir. Amsterdam Antlaşması ile olumlu ayrımcılık kurumu ilk kez Kurucu Antlaşma metnine dahil edilmiştir. Bu çerçevede üye devletlerin çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin sağlanması için mesleki faaliyetlerin daha az temsil olunan cinsiyet lehine sürdürülmesi ve bu kimselerin mesleki kariyerlerindeki kayıpların engellenmesi amacıyla gerekli önlemleri alacakları hükme bağlanmıştır.(ATA eski md.141/4) Bu suretle olumlu ayrımcılık kurumu vasıtasıyla, çalışma yaşamında daha az temsil olunan gruplara yönelik fırsat eşitliğinin sağlanabilmesi için birtakım politika ve düzenlemeler hazırlanarak, onlar lehine ayrımcılık yapılmasına imkan tanınmıştır. Amsterdam Antlaşması ile kadın erkek eşitliğinin sağlanması, hem Birliğin temel görevlerinden biri olarak benimsenmiş (ATA eski md.2); hem de cinsiyette anayol yaklaşımı çerçevesinde Birliğin tüm faaliyetlerinde eşitsizliklerin ortadan kaldırılması temelinde ifade edilmiştir. (ATA eski md.3/2) Amsterdam Antlaşması ile Birlik Kurucu Antlaşmaları'nda ilk kez genel ayrımcılık yasağını düzenleyen bir hüküm öngörülerek; ayrımcılık yasağının kapsamı cinsiyetin yanı sıra, ırk ve etnik köken, din ya da inanç, özürlülük, yaş ve cinsel tercihi kapsar hale getirilmiştir.(ATA eski md.13) Bu suretle AB Hukuku'nda cinsiyetin dışında yeni ayrımcılık sebepleri düzenlenmiş ve Birlik, genel ayrım yasağı çerçevesinde, ilk kez istihdam dışındaki alanlarda ayrımcılıkla mücadele için gerekli önlemleri alma yetkisine sahip olmuştur. Amsterdam Antlaşması ile getirilen değişiklikler, Birlik kadın erkek eşitliği düzenlemelerini işgücü piyasasında kadın ve erkek için eşit ücret ilkesiyle sınırlı tutan anlayışın değişmeye başladığını ortaya koyması bakımından önemlidir. Cinsiyet ayrımcılığına ilişkin mevzuatın gelişimine en önemli katkıyı içtihat hukuku vasıtasıyla ATAD sağlamıştır. ATAD, kararlarında kadın ve erkek çalışanlar için eşit ücret ilkesini öngören ATA eski md.141'in ilk olarak ekonomik bütünleşme amacı

dışında sosyal bir amaca da hizmet ettiğini vurgulamış *Defrenne(2)*; daha sonra kadın erkek eşitliği ilkesini sosyal boyutunun ötesinde değerlendirerek, bu ilkeye temel hak statüsü kazandırmıştır *Defrenne(3)*. Çalışmada incelendiği üzere ATAD, yerleşik içtihat hukuku vasıtasıyla AB İş Hukuku mevzuatındaki kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelerin dönüşümünde çok önemli bir role sahiptir. Günümüzde kadın erkek eşitliği, AB Hukuk düzeninde sosyal korumanın ötesinde, öncelikli olarak insan hakları temelinde sağlanan bir korumayla güvence altına alınmaktadır. Bu suretle cinsiyet ayrımcılığı, yukarıda belirtilen ATA eski md.13 çerçevesinde artık işgücü piyasasının dışındaki alanlarda ve cinsiyette anayol yaklaşımı çerçevesinde tüm Birlik politikalarında düzenlenmeye başlamıştır. AB'nin kadın erkek eşitliğine ilişkin Birincil Hukuk düzenlemeleri, 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ve AB Temel Haklar Şartı ile son evrim sürecine girmiştir. Genel ayrımcılık yasağı, AB Temel Haklar Şartı'nda, ATA eski md.13'te yer alan ayırım sebeplerinden daha geniş bir kapsamda ele alınmış; kadın erkek eşitliği ise cinsiyette anayol yaklaşımı ve olumlu ayrımcılık temelinde ifade edilmiştir. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi sonucu AB'nin tüzel kişilik kazanmasıyla, AB'nin üye devletlerden bağımsız olarak AİHS'e taraf olmasının yolu açılmıştır. Lizbon Antlaşması ile ABA'da açık bir şekilde AB'nin, AİHS'e taraf olacağı ve bu durumun Birliğin Antlaşmalar'da öngörülen yetkilerine etkide bulunmayacağı hüküm altına alınmıştır. (md.6/2) AB'nin AİHS'e katılımı, ileride AB'nin muhatap gösterilerek AİHM'e bireysel başvuruda bulunulabileceği anlamına gelmektedir. Kanımızca bu gelişme, insan haklarının Birlik kurumları tarafından eskiye kıyasla daha da titiz bir şekilde gözetilmesi ve güvence altına alınması yükümlülüğünü getireceği için olumlu olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte, sağlanacak korumanın daha geniş kapsamlı ve etkili olması bakımından hem AB'nin hem de AB'ye üye devletlerin AİHS'e ek 12 no'lu Protokol'ü mutlaka onaylamaları gerektiği belirtilmelidir.

Lizbon Antlaşması ile ABİAD'a, ayrımcılık yasağına ilişkin daha önce ATA'da yer almayan yeni bir hüküm eklenerek, Birliğin, politika ve önlemlerinin belirlenmesi ve yürütülmesinde, cinsiyet, ırk, etnik köken, din, dünya görüşü, engellilik, yaş veya cinsel tercih nedenlerine dayalı ayrımcılıklar ile mücadele etmeyi hedeflediği belirtilmiştir. (ABİDA md.10) Bu yeni hüküm de kadın erkek eşitliğinin

temek hak boyutunun öne çıkmasını ve genel ayrımcılık yasağı çerçevesinde işgücü piyasasının dışındaki alanlarda uygulanmaya başlamasını destekler niteliktedir.

AB'nin kadın erkek eşitliğine ilişkin yukarıda incelenen Birincil Hukuk düzenlemelerine koşut olarak her dönemde, Birlik İkincil Hukuk düzenlemeleri yapılmıştır. Bu çerçevede ilk olarak işgücü piyasasında ücret, işe giriş, işte ilerleme ve çalışma koşulları, sosyal güvenlik konuları bakımından kadın ve erkek çalışanlar için eşit davranma ilkesini uygulamaya koymaya yönelik ikincil hukuk düzenlemeleri kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerin ortak noktası da AB istihdam ve sosyal politikasındaki gibi işgücü piyasasında eşit davranma ilkesini uygulama amacıyla sınırlı bir kapsama sahip olmalarıdır. Zamanla sadece eşit davranma ilkesinin uygulanmasının kadın ve erkekler arasında fiili bir eşitlik sağlamadığı ortaya çıkmış; kadınların çalışma ortamında korunmasını; kadın ve erkek için fırsat eşitliğinin uygulanmasını sağlayacak olumlu ayrımcılık içeren ikincil hukuk düzenlemeleri yapılmıştır. Bu düzenlemelerle kadınların erkek çalışanlara kıyasla, biyolojik farklılıklarından ötürü çalışma yaşamında birtakım olumsuzluklarla ve mağduriyetlerle karşı karşıya kalmaları engellenmeye çalışılmış; aile ve çalışma yaşamının uzlaştırılması çerçevesinde kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklanan eşitsizliklerinin giderilmesi hedeflenmiştir. Son evrede ise kadın erkek eşitliğini işgücü piyasası dışında da düzenleyen 2004/113 sayılı Yönerge ile eşit davranma ilkesine ilişkin ilk yönergeleri işgücü piyasasındaki gelişmeler ve ATAD kararları ışığında tek metinde toplayan 2006/54 sayılı Yönerge hazırlanmıştır.

Kadın erkek eşitliğine ilişkin yönergelerin çoğunun temelinde, gerek düzenlemelerde yer alan kavramlar, gerekse düzenlemelerin kapsamı bakımından, Çalışma'nın ikinci bölümünde incelenen uluslararası belgelerin ve özellikle UÇÖ'nün konuyla ilgili spesifik düzenlemelerinin etkisinde kalındığı ve AB düzenlemelerinin genellikle bu düzenlemelerle uyumlu olduğu tespit edilmiştir. O halde, AB'nin, kadın erkek eşitliğine ilişkin hukuksal düzenlemelerinde esasen UÇÖ'nün bu alandaki Uluslararası Sözleşmeleri'ni tekrar ettiği söylenebilir. Keza AB'nin cinsiyette anayol yaklaşımını kabulü de BM'nin Pekin Eylem Platformu'nda bu yaklaşımı küresel bir strateji olarak benimsemesine koşut olarak gerçekleştirmiştir.

AB'nin cinsiyette anayol yaklaşımını kabulünde 1995 yılındaki genişlemesi kapsamında yer alan ve kadın erkek eşitliği bakımından ulusal mevzuatları o dönemki AB düzenlemelerinin ilerisinde olan Avusturya, İsveç ve Finlandiya'nın siyasi etkisinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir.

Çalışma'da AB'nin tüm ikincil hukuk düzenlemelerinin esasen Birlik istihdam ve sosyal politikasıyla çok yakından ilişkili olduğu tespit edilmiştir. AB, 1997 Amsterdam Zirvesi'nde kabul ettiği Avrupa İstihdam Stratejisi ile AB istihdam ve sosyal politikası alanındaki düzenlemelerin, bağlayıcı hukuksal tasarrufların yanı sıra, eşgüdüm çerçevesinde ve bağlayıcı olmayan tasarruflarla da yapılmaya başlandığı bir döneme geçmiştir. Bunlar, eylem planları, tavsiyeler, bildiriler, ilke kararları, raporlar vb. belgeler şeklinde hazırlanan, asgari birtakım kurallar getiren ve ihlali bir yaptırım mekanizmasına tabi olmasa da, üye devletler üzerinde siyasi etkiye sahip olan düzenlemelerdir. 2000 yılındaki Lizbon Zirvesi'nde Avrupa İstihdam Stratejisi'nin uygulanmasında açık eşgüdüm yöntemi kabul edilmiştir. Açık eşgüdüm yöntemi çerçevesinde üye devletler, ulusal istihdam politikalarının, kendi ulusal önceliklerini koruyabilme serbestisi dahilinde, AB tarafından belirlenen istihdama ilişkin anahatlara (klavuz ilkelere) uymasını sağlamakla yükümlüdürler. AB üzerinde küreselleşmenin ve kuralsızlaştırmanın etkisinin arttığı bu yakın dönemde Birlik, ekonomik alandaki rakipleri Japonya ve ABD ile mücadele edebilmek amacıyla 2000 yılında Lizbon Stratejisi hedeflerini ortaya koymuştur. AB, Lizbon Stratejisi'yle hedeflediği istihdam oranı olan erkeklerde % 70, kadınlarda ise % 60'a ulaşamayınca, Mart 2010'da Lizbon Stratejisi'nin yerine geçecek ve 2020 yılında ulaşılması planlanan hedeflerden oluşan yeni bir strateji hazırlamıştır. Komisyon tarafından hazırlanan yeni stratejinin yer aldığı 2020 Bildirisi, AB'nin istihdam ve sosyal politikasındaki ihtiyaçları ortaya koyması bakımından önemli bir belgedir. Esasen, AB'nin özellikle kadın işgücü başta olmak üzere istihdam oranını yükseltmek istemesinin ardındaki nedenler ekonomik nitelikli ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. Küreselleşme sürecinde AB'nin küresel düzeyde hem ucuz işgücünü kullanan gelişmekte olan ülkelerle, hem de nitelikli işgücüne sahip gelişmiş ülkelerle rekabet etmesi gerekmektedir. AB'nin Mart 2020 Bildirisi'nde yer alan güncel veriler ışığında kadın çalışanlar için % 63; erkek çalışanlar içinse % 76 olan

istihdam oranı, ekonomik rekabette istihdam oranı % 70'lerin üzerinde seyreden ABD ve Japonya gibi ülkelerin gerisinde kalmaktadır. Öte yandan AB'nin karşı karşıya kaldığı bir diğer gerçek ise özellikle kuzey Avrupa başta olmak üzere, AB'ye üye devletlerde doğum oranının gün geçtikçe azalmakta ve bunun aksi yönde Birliğin yaşlanmakta olan nüfusunun (60 yaş üstü) hızlı bir şekilde artmakta olmasıdır. Bu çerçevede AB'de, işgücü piyasasında yer alması gereken genç nüfus azalırken, yaşlanan nüfusun yaşam süresi uzamakta ve üye devletlerin sosyal güvenlik harcamaları da buna koşut olarak artmaktadır. AB'nin bu gelişme karşısında eş zamanlı olarak hem işgücü piyasasındaki açığı kapaması, hem de doğum oranlarının artmasını sağlaması gerekmektedir. Birlik çapında kadın erkek eşitliğinin gelişimini sağlayacak politika ve düzenlemelerin öngörülmesi, kadınların işgücü piyasasıyla daha fazla bütünleşmelerine imkan vererek, kadın istihdam oranını ve buna bağlı olarak üretimi arttıracak; bu sayede Birliğin rekabet gücüne katkıda bulunacaktır. Kanımızca AB İş Hukuku mevzuatında özellikle 1990'lardan sonra kadın erkek eşitliğine ilişkin yapılan hukuksal düzenlemelerin kökeninde bu ihtiyaçlar yer almaktadır. Kadınlar, doğum izni, ebeveyn izni ve kısmi süreli çalışmaya ilişkin hukuksal düzenlemeler aracılığıyla, hem işgücü piyasasından uzaklaşmamakta, hem de çocuk sahibi olabilmektedirler. AB istihdam ve sosyal politikasında kuralsızlaştırmanın etkisi, açık eşgüdüm yönteminin uygulanmaya başlanmasıyla eş zamanlı olarak sosyal taraflar arasında çerçeve anlaşmalar şeklinde yapılan ve doğrudan Yönerge'ye dönüştürülen ebeveyn iznini düzenleyen 96/34 sayılı Yönerge ve özellikle çalışanların büyük kısmını kadınların oluşturduğu kısmi süreli çalışmayı düzenleyen 97/81 sayılı Yönergeler'le ortaya çıkmaktadır.

Erkek çalışanlara da tanınan ebeveyn izniyle kadının geleneksel aile ve çocuk bakımına ait sorumlulukları kısmen de olsa, erkeğe aktararak geleneksel rol dağılımından kaynaklanan toplumsal eşitsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. AB, ekonomik temelli ihtiyaçları nedeniyle kadınları işgücü piyasasına çekmeye çalışsa da, kanımızca 92/85 sayılı Yönerge'nin değiştirilmesine ilişkin Yönerge tasarısında doğum izni süresinin uzatılması pek isabetli değildir. Çalışan kadının doğum izni süresinin arttırılması, hem onun işgücü piyasasına dönmesini geciktirecek, hem de çocuk bakımı gibi toplumsal cinsiyet çerçevesindeki geleneksel rollerini pekiştirecek

bir niteliğe sahiptir. Doğum izni süresinin uzatılmasının, işveren açısından maliyeti arttırıcı bir niteliği de bulunduğundan, bu düzenlemenin kadın istihdamını arttırmak yerine azaltıcı bir işlev yerine getirmek olasılığı da bulunmaktadır. Bununla birlikte Yönerge tasarısında, doğum izni için kadın çalışana en son aldığı ücret tutarında bir meblağın ödenmesi gereğine ilişkin değişiklik çok isabetlidir. Keza kadın çalışanı ekonomik açıdan güçsüz bırakan durumlar, çalışanın doğum iznini hukuksal süresi boyunca kullanmasını engelleyerek, işgücü piyasasına olması gerekenden daha erken dönmesine yol açmaktadır. Bu düzenleme yasalaştığı taktirde, bu endişeyi ortadan kaldıracak niteliktedir. Ebeveyn izniyle ilgili olarak ise, AB üyesi ülkelerde ebeveyn izninin varlığına rağmen, uygulamada izne erkek çalışanlar tarafından sıklıkla başvurulmadığı göz önünde tutulursa, kanımızca iznin babalar tarafından kullanımını destekleyecek birtakım önlemler alınmalıdır. Komisyon tarafından Birlik vatandaşlarının ebeveyn izni konusunda daha fazla bilgilendirilerek, erkek çalışanlar arasında daha fazla farkındalık yaratmaya yönelik girişimlerde bulunulabilir. Ebeveyn iznine uygulamada çok sık başvurulmamasının en önemli nedenlerinden biri de iznin tüm üye ülkelerde ücretli olarak düzenlenmemiş olması ve ebeveyn iznine ilişkin Yönerge’de ücrete ilişkin herhangi bir hükmün yer almamasıdır. Doktrinde eleştirilen bu konu, ebeveyn iznini düzenleyen 2010/18 sayılı yeni Yönerge’de de çözüme kavuşturulmamıştır. Üye ülkeler, çalışan kimselere çocuklarının bakımını sağlayacak hem devlet hem de işveren destekli kreş olanakları sunarak da bu konuya bir çözüm sağlayabilirler.

AB istihdam ve sosyal politikasında, küresel düzeydeki ekonomik rekabetin artması neticesinde, küreselleşmenin etkilerinin daha yoğun olarak gözlenmeye başladığı bir sürece girilmiştir. AB, kadın erkek eşitliğini ekonomik ve sosyal boyutunun ötesinde insan hakları temelinde korumaya ve kadın erkek eşitliğini tüm politika ve faaliyet alanlarında uygulamaya başladığı bir dönüşüm gerçekleştirmektedir. Bununla birlikte, AB’nin bu dönüşümünün temelinde esasen ekonomik nitelikteki ihtiyaçların yer aldığı görülmüştür. O halde, AB’nin, 1957’deki Roma Antlaşması’nda kadın erkek eşitliğini düzenlerken ki hareket noktası olan ekonomik rekabet ve bütünleşme, 2010 yılında geçirmekte olduğu bu değişime rağmen hala temel amaç olarak varlığını korumaktadır.

Ülkemiz açısından konuya ilişkin kısa bir değerlendirme yapılırsa, Birlik müktesebatına uyum ve AB'ye resmi adaylık süreci çerçevesinde, AB Hukuku'nun uyum yasaları vasıtasıyla ulusal hukukumuzda aktarım süreci hala devam etmektedir. Bu çerçevede, AB İş Hukuku mevzuatının kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması amacıyla İş Hukuku mevzuatımızda birtakım değişiklikler yapılmakta; AB mevzuatı ile örtüşmeyen hükümler değiştirilmekte ya da eksik olanlar tamamlanmaya çalışılmaktadır. Esasen, İş Hukuku mevzuatı bakımından AB'ye uyum sürecinde çok köklü değişikliklere gerek duyulmamıştır. Nitekim ülkemiz, UÇÖ, BM ve Avrupa Konseyi tarafından kadın erkek eşitliğini daha geniş çapta düzenleyen çok taraflı Uluslararası Sözleşmeler'in halihazırda tarafı olup; bunlardan kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirme taahhüdü içindedir. Bu uluslararası örgütler tarafından hazırlanan Uluslararası Sözleşmeler'in, AB'nin bu alandaki hukuksal düzenlemelerinin yapılması sırasındaki etkisi göz önüne alındığında, durum daha da açıklık kazanmaktadır. Bununla birlikte, AB'nin istihdam ve sosyal politikasında ortaya çıkan ihtiyaçların ülkemiz açısından ne derece geçerli olduğunun da bu süreçte dikkate alınması gerektiği kanısındayız. Keza, AB'nin kadın erkek eşitliğine ilişkin hukuksal tasarruflarının ortaya çıkışında etkili olan azalan doğum oranı ve artmakta olan yaşlı nüfus oranına ilişkin gerçekler, ülkemiz açısından geçerli değildir. Ülkemizin çok büyük bir kısmı genç ve dinamik bir nüfustan oluşmaktadır. Bununla birlikte, kadın işgücünün istihdam oranının arttırılmasının, AB'de olduğu gibi, ülkemiz açısından da üretimi arttırarak, ekonomiyi olumlu olarak etkileyeceği de kuşkusuzdur. Bu sebeple, AB müktesebatına uyumun, AB yasalarının ulusal mevzuatımıza aktarılırken ki süreçte, ülkemizin ekonomik, sosyal ve politik ihtiyaçları göz önünde bulundurulmak suretiyle gerçekleştirilmesinin en isabetli çözüm olacağı kanısındayız.

KAYNAKLAR

AHTELA, Karoliina. "The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment", **European Law Journal**, Vol.11, No.1, January 2005, ss. 57-78.

AKIN, İlhan F. **Kamu Hukuku**, BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1993.

AKTAY, Nizamettin, Kadir Arıcı ve Tuncay Senyen/Kaplan. **İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara, 2007.

ALPAR, M. Bülent. "Göçmen İşçilere İlişkin 97 Sayılı Ve 143 Sayılı ILO Sözleşmeleri ile İlgili Çalışma Mevzuatı", **Kamu-İş**, Cilt:6, Sayı: 1/2000, Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/617.pdf> (18.01.2008).

ARAL, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.

ARMSTRONG, David, Lorna Lloyd ve John Redmond. **International Organisation in World Politics**, Palgrave Macmillan, NY, 2004.

ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll. **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International, 2003.

ARSAVA, Füsün. "ATAD ve Temel Haklar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Vol.52, No.1-4, Ocak-Aralık, 1997, ss. 117-124.

ARSLAN, Gülay. "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Usuller)", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXII, Sayı: 1-2, 2004.

AYBARS, Ayşe İdil. "The European Employment Strategy and the Europeanization of Gender Equality in Employment", içinde **Gender and the Open Method of Coordination-Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU**, der. Fiona Beveridge and Samantha Velluti, Ashgate Publishing, USA, 2008.

BAMFORTH, Nicholas. "Sexual Orientation Discrimination after Grant v South-West Trains", **The Modern Law Review**, Blackwell Publishers, Oxford and USA, 2000.

BARBERA, Marzia. "Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context", **Industrial Law Journal**, Vol.31, 2002.

BARBIER, Cécile, Caroline de la Porte, Rita Baeten, Dalila Ghailani and Philippe Pochet. "Equal Treatment in Access to Goods and Services", Digest, **Journal of European Social Policy**, 2004, 14(2), ss. 89-101.

BARMES, Lizzie and S. Ashtiany. "Promoting Diversity and the Definiton of Direct Discrimination", **Industrial Law Journal**, Vol.32, No.3, September 2003, ss. 200-213.

BARNARD, Catherine ve Bob Hepple, "Substantive Equality", **Cambridge Law Journal**, 59 (3), November 2000, ss. 562-585.

BARNARD, Catherine. "Gender Equality in the EU: A Balance Sheet", içinde **The EU and Human Rights**, der. Philip Alston, Oxford University Press, NY, 1999.

BARNARD, Catherine. "The Economic Objectives of Article 119", içinde **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, der. Tamara Hervey, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1993.

BARNARD, Catherine. "The Principle of Equality in the Community Context: *P, Grant, Kalanke* and *Marschall*: Four Uneasy Bedfellows?", **Cambridge Law Journal**, 57/2, July 1998, ss. 352-373.

BARNARD, Catherine. "The United Kingdom, the 'Social Chapter' and the Amsterdam Treaty", **Industrial Law Journal**, Vol.26, Sept.1997, ss. 275-282.

BARNARD, Catherine. **EC Employment Law**, Oxford University Press, New York, 2006.

BAYEFSKY, Anne F. "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", **Human Rights Law Journal** 11:1-2, 1990, ss. 1-34.

BELL, Mark. "Article 13 EC: The European Commission's Anti-Discrimination Proposals", **Industrial Law Journal**, Vol.29, No.1, March 2000, ss. 79-84.

BELL, Mark. "Equality and the European Union Constitution", **Industrial Law Journal**, Vol.33, Issue. 3, September 2004, ss. 242-260.

BELL, Mark. **Anti-Discrimination Law and the European Union**, Oxford University Press, NY, 2002.

BERCUSSON, Brian. **European Labour Law**, Cambridge University Press, NY, 2009.

BESSION, Samantha. "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?" **Human Rights Law Quarterly**, 8:4, 2008, ss. 647-682.

BEVERIDGE, Fiona. "Implementing Gender Equality and Mainstreaming in an Enlarged European Union: Prospects and Challenges", içinde **Gender and the Open Method of Coordination-Perspectives on Law, Governance and Equality in the EU**, der. Fiona Beveridge and Samantha Velluti, Ashgate Publishing, USA, 2008.

BİLİR, Faruk. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı ve 14 No’lu Protokol”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, ss. 135-156. Erişim:<http://www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2431pdf> (17.05.08)

BİRDİŞLİ, Fikret. “Birleşmiş Milletler (BM)’in Uluslararası Sorunları Önleyebilme Yeteneği”, **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Sayı 3/11, 2010, ss. 172-182. Erişim:http://www.sosyalarastirmalar.com/cilt3/sayi11pdf/birdisli_fikret.pdf (17.05.09)

BLEIJENBERGH, Inge, Jeanne de Bruijn ve Jet Bussemaker, “European Social Citizenship and Gender: The Part Time Work Directive”, **European Journal of Industrial Relations**, 2004, Volume 10, No. 3, ss. 309-328.

BONINI-BARALDI, Matteo. “Combating Sexual Orientation Discrimination in Employment: Legislation in Fifteen Member States”, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination about the Implementation up to April 2004 of Directive 2000/78 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, 2004, Erişim:<http://www.poradna-prava.cz/diskriminace/sexorintro.pdf> (08.02.2008)

BOOTH Christine and Cinnamon Bennett. “Gender Mainstreaming in the European Union-Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities”, **The European Journal of Women’s Studies**, Vol. 9(4), ss. 430-446.

BROUGHTON, Andrea. “Kok group issues report on Lisbon Strategy”, European Industrial Relations Observatory On-line, 2004, Erişim:<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/12/feature/eu0412205f.htm> (03.04.2008).

BRUNING, Gwennaële and Janneke Plantenga. “Parental Leave and Equal Opportunities: Experiences in Eight European Countries”, **Journal of European Social Policy**, Vol.9(3), 1999, ss. 195-209.

BRZEZINSKA, Agata. “Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice, Institute for European Studies Working Paper 2/2009, Erişim:<http://ssrn.com/abstract=157751> (17.12.2009).

BURRI, Susanne and Sacha Prechal. **EU Gender Equality Law**, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2008.

BURRI, Susanne and Sacha Prechal. **The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC**, European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission-Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit, EMPL/G/2, February 2009.

BURRI, Susanne. “EU Anti-Discrimination Law: Historical Development and Main Concepts”, içinde **Taking Employment Discrimination Seriously: Chinese and**

European Perspectives, der. Yuwen Li and Jenny Goldschmidt, Koninklijke Brill NV, the Netherlands 2009.

BURROWS, Noreen and Muriel Robison. "An Assessment of the Recast of Community Equality Laws", **European Law Journal**, Vol.13, No.2, March 2007, ss. 186-203.

BURTON, Emilie Hafner and Mark A. Pollack. "Mainstreaming Gender in Global Governance", **European Journal of International Relations**, Vol.8, 2002, ss. 339-373.

CAN, Hacı. **Avrupa Birliği'nin Kurucu Andlaşmaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Case Law Marschall, **Columbia Journal of European Law**, Vol. 4, 1998.

Case Law Kalanke, **Columbia Journal of European Law**, Vol.2, 1996.

Case Law Gerster and Kording, **Columbia Journal of European Law**, Vol.4, 1998.

Case Law Grant, **Columbia Journal of European Law**, Vol.5, 1998-1999.

"Case Law Sweden v. Council, Joined cases C-122/99 P and C-125/99 P, D. and Sweden v. Council", 31 May 2001, **Columbia Journal of European Law**, Winter 2002, Vol.8, s.92.

CAVICCHIOLI, Lucia. "The Relations Between the European Community and the International Labour Organization", içinde **The European Union As An Actor in International Relations**, der. Enzo Cannizzaro, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

CENGİZ, Serkan. "14 No'lu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler", Erişim:[http://www.turkhukuk sitesi.com.makale_185\(17.05.08\).](http://www.turkhukuk sitesi.com.makale_185(17.05.08).)

CHOPIN, Isabelle. "Possible Harmonisation of Anti-Discrimination Legislation in the European Union: European and Non-Governmental Proposals", **European Journal of Migration and Law** Vol. 2, No. 3, 2000, ss. 413-430.

CLAES, Marie-Thérèse. "Women, Men and Management Styles", **International Labour Review**, Vol. 138, No.4, 1999, ss. 431-446.

CLAUDE, Richard Pierre ve Burns H. Weston, **Human Rights in the World Community-Issues and Action**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

CLAYTON, Richard and Hugh Tomlinson. **The Law of Human Rights**, Oxford University Press, NY, 2000.

CONNOLLY, Michael. "Discrimination on Grounds of Sexual Orientation Outside the Workplace-Is It Actionable?", **Web Journal of Current Legal Issues**, 2005. Erişim: <http://webjcli.ncl.ac.uk/2005/issue2/connolly2.html> (18.09.09)

COOK, Rebecca J. "Women's International Human Rights Law:The Way Forward", **Human Rights Quarterly**, Vol.15, No.2, 1993, ss.230-261.

COP, Danièle. "Gender Equality-Core EU Law Concepts in the Equal Treatment Directive", içinde der. Xuereb, Peter G. University of Malta, European Documentation and Research Centre, Jean Monnet European Centre of Excellence, Working for an Inclusive Society, 15 September 2005, Erişim: <http://aei.pitt.edu/6019> (04.09.2008).

COSTELLO, Cathryn and Gareth Davies, "The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000", **Common Market Law Review**, 43, 2006.

Communication from the Commission on the Guidelines on the Assessment of the Chemical, Physical and Biological Agents and Industrial Processes Considered Hazardous for the Safety or Health of Pregnant Workers and Workers who have Recently Given Birth or are Breastfeeding (Council Directive 92/85/EEC), COM 2000 466 final/2.

CRAIG, Paul P. and Gráinne de Búrca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, Oxford University Press, fourth edition, New York, 2008.

CRAIG, Paul. "What Constitution Does Europe Need- The House that Giscard Built: Constitutional Rooms with a View", The Federal Trust Constitutional Online Paper Series No. 26/03, August 2003, Erişim:<http://ssrn.com/abstract=516784or> doi:10.2139/ssrn.516784 (19.05.09)

CULEK, Kathryn. "Sex Equality", **Ankara Bar Review**, Vol.2, Issue 1, January, 2009, ss. 64-81.

ÇAPANOĞLU, Sema Gencay. "Geçmişten Günümüze Lizbon Stratejisi ve 2020 için Yeni Bir Vizyon Işığında "AB 2020"Stratejisi", İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, No.12, Nisan 2010, Erişim:<http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/gecmistengunumuzelizbonstratejisi2020icinyenibirvizyonisigindaab2020stratejisi.pdf> (12.02.2010).

ÇAVUŞOĞLU, Naz. "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi"Erişim:http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/naz.pdf [10.03.2009]

ÇELİK, Aziz. "AB Sürecinin En Uyumsuz Alanı: Sosyal Haklar", **Birikim**, Sayı 184-185, Eylül, 2004, ss. 72-82.

ÇELİK, Aziz. “Avrupa Birliği Sosyal Politikası: Gelişimi, Kapsamı ve Türkiye’nin Uyum Süreci-1”, **Sendikal Notlar**, Sayı.24, Kasım 2004, Erişim:http://www.kristalis.org.tr/aa_dokuman/absosyalpolitikasi1.pdf (12.10.08).

DALY, Mary. “Gender Mainstreaming in Theory and Practice”, **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, Fall 2005, ss. 321-343.

DASHWOOD, Alan and Siofra O’Leary, **The Principle of Equal Treatment in EC Law**, Sweet & Maxwell, London, 1997.

DE BURCA, Gráinne and Joseph Weiler, **The European Court of Justice**, Oxford University Press, USA, 2001.

DE BURCA, Gráinne. “The Role of Equality in European Community Law”, içinde **The Principle of Equal Treatment in EC Law**, der. Alan Dashwood, Siofra O’Leary, Sweet & Maxwell, London, 1997, ss. 13-34.

DE SCHUTTER, Olivier. The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2005.

DEMİR, Fevzi. **Anayasa Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2009.

DEMİR, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2009.

DEMİR, Fevzi. **Anayasa Hukukuna Giriş**, 5.bası, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1998.

DEMİRBİLEK, Sevda. “Cinsiyet Ayrımcılığının Sosyolojik Açidan İncelenmesi”, **Finans Politik & Ekonomik Yorumlar**, Cilt:44, Sayı: 511, 2007, ss.12-27.

DEMREN, Çağdaş. “Kadınlık Dolayısıyla Erkeklik Öznelliği”, **C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi**, , Cilt. 32, No.1, Mayıs 2008, ss. 73-92.

DI TORELLA, Eugenia Caracciolo. “The Goods and Services Directive: Limitations and Opportunities”, **Feminist Legal Studies**, Vol.13, No.3, 2005, ss. 337-347.

DIGGS MANGE, Monica. “The Formal Equality Theory in Practice: The Inability of Current Antidiscrimination Law to Protect Conventional and Unconventional Persons”, **Columbia Journal of Gender and Law**, Vol.16, No.1, 2007, ss. 1-42.

DİNÇKOL, Abdullah. “Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 İlerleme Raporu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl.4, Sayı.8, Güz 2005/2, ss. 83-100.

DİNÇKOL, Bihterin. “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, ss. 101-117.

DOCKSEY, Chris. “The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law”, **Industrial Law Journal**, Vol. 20, No.4, December 1991, ss. 258-280.

DÖNMEZ, Celalettin. “Avrupa Birliği’nde Hizmetlerin Serbest Dolaşımı”, Erişim: <http://www.abgm.adalet.gov.tr/dokumanlar/hizmccl.pdf> (10.08.09).

DÜNDAR SEZER, Tijen. “Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Yaklaşımlar ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Temmuz 2009, ss. 120-191.

EKEN, Huriğül. “Toplumsal Cinsiyet Olgusu Temelinde Mesleğe İlişkin Rol ile Aile İçi Rol Etkileşimi: Türk Silahlı Kuvvetlerindeki Kadın Subaylar”, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 15, 2006, ss. 247-280.

ELLINA, Chrystalla A.. **Promoting Women’s Rights, The Politics of Gender in the European Union**, Routledge, London, 2003.

ELLIS, Evelyn. “Recent Developments in European Community Sex Equality Law”, **Common Market Law Review** 35, 1998, ss. 379- 408.

ELLIS, Evelyn. “The Pregnancy Directive”, **Industrial Law Journal**, Vol.22, No.1, March 1993, ss. 63-67.

ELLIS, Evelyn. **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2005.

ELMAN, R. Amy. “The Limits of Citizenship: Migration, Sex Discrimination and Same-Sex Partners in EU Law”, **Journal of Common Market Studies**, Vol.38, No.5, December 2000, ss. 729-749.

ENETEG, Susanna. “EC Labour Law: Do Men Become Fathers?”, **Columbia Journal of European Law**, Vol.11, 2004-2005, ss.413-436.

ERALTUĞ KÖKKİLİNÇ, Ayşegül “Avrupa Birliği Hukuku’nda Ebeveyn İzni”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:9, Cilt:3, İstanbul, 2006.

ERALTUĞ, Ayşegül, “Çalışma Ortamında Bağımlı Çalışan Kadınların Analık Halinde Korunması”, içinde **Kadın Yaşantıları**, der.Ayşegül Yaraman, Bağlam Yayınları, İstanbul, 2001, ss. 195-239.

ERDUT, Zeki. “AT’na Tam Üyelik Bakımından Türk Endüstri İlişkileri Sisteminin Değerlendirilmesi”, **Kamu-İş Yayınları**, Ankara 1992.

ERGUN, Özbudun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ERIKSSON, Andrea. "European Court of Justice: Broadening the Scope of European NonDiscrimination Law", **International Journal of Constitutional Law**, Vol.7, No.4, October 2009, ss. 731-753.

ERTÜRK, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık San.ve Tic.AŞ., Ankara, 2002.

ERTÜRK, Şükran. **Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi, 2008.

EYRENCİ, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi:15, İstanbul, 2006.

Explanatory Report to the Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,
Erişim:<http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm> (03.01.2008)

Eurostat 2009, Annual Review of Working Conditions 2008-2009, European Working Conditions Observatory,
Erişim:http://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn0908040s/tn0908040s_6.htm (01.10.2009)

FITZPATRICK, Barry, Christopher Docksey ve Jean Jacqmain. "Pregnancy as Grounds for Dismissal, Case C-421/92, Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfart, Bezirksverband Ndb/Opf eV [1994] IRLR 364 (ECJ)", **Industrial Law Journal**, Vol.23, No.4, December 1994, ss. 355-359.

FOSTER, Nigel. "Legal Developments", içinde **The European Union-Journal of Common Market Studies Annual Review 1998/1999**, der. Geoffrey Edwards and Georg Wiessala, Blackwell Publishers, 1999, ss. 549-571.

FOUBERT, Petra. **The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community- Sex Equality, Thoughts of Social and Economic Policy and Comparative Leaps to the United States of America**, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

FREDMAN, Sandra. "Equality: A New Generation?", **Industrial Law Journal**, 2001, ss. 145-168.

FREDMAN, Sandra. "European Community Discrimination Law: A Critique", **Industrial Law Journal**, Vol.21, No.2, June 1992, ss. 119-134.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**, Oxford University Press, New York, 2002.

GEMALMAZ, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri**, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000.

Gender Mainstreaming, Extract from Report of the Economic and Social Council for 1997; (A/52/3, 18 September 1997); Chapter IV, **Gender Mainstreaming-An Overview**, Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women, United Nations, New York, 2002,
Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/daw/public> (10.11.2007)

GIL-BAZO, Mari'a-Teresa. "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law", **Refugee Survey Quarterly**, Vol.27, No.3, 2008, ss. 33-52.

GILL, Tess and Karon Monaghan, "Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld", **Industrial Law Journal**, Vol. 32, No.2, June 2003, ss. 115-122.

GODFREY, Jodi R. and Sean Mackey. "Toward Optimal Health: A Discussion on Sex, Gender and Pain", **Journal of Women's Health**, Vol.17, No.6, 2008, ss. 917-920.

GÖÇER, Mahmut. "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması",
Erişim:http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/gocer.pdf (11.03.2009).

GÖREN, Zafer. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2. Basım, İzmir , 1999.

GÖREN, Zafer. **Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulanma Biçimi)** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.83, İzmir, 1998.

GÖREN, Zafer. **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, İzmir, Mayıs 1998.

GÖZE, Ayfer. **Sosyal Devlet Sistemi**, İstanbul, 1976.

GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref. **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref. **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.

GÜL, İdil Işıl. **Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Yansıması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.

GÜZEL, Ali. “ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı”, içinde ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997, ss. 3-49.

HAFNER-BURTON, Emilie and Mark A. Pollack, “Mainstreaming Gender in Global Governance”, **European Journal of International Relations**, Vol.8, 2002, ss.339-373.

HAFNER-BURTON, Emilie and Mark A. Pollack, “Gender Mainstreaming and Global Governance”, **Feminist Legal Studies**, Vol.10, 2002, ss.285-298.

HANTRAIS, Linda. “From Equal Pay to Reconciliation of Employment and Family Life”, içinde **Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life**, der. Linda Hantrais, Palgrave Publishing, NY, 2000, ss. 1-26.

HARRISON, Virginia. “Using EC Law to Challenge Sexual Orientation Discrimination at Work”, içinde **Sex Equality Law in the European Union**, der. Tamara Hervey-David O’Keeffe, John Wiley & Sons Ltd, England, 1996, ss. 267-280.

HARTLEY, T.C. **The Foundations of European Community Law**, 4th edition, Oxford University Press, NY, 1998.

HAVNOR, Anne. “Partnership, Political Will and Agency-Gender Mainstreaming at the EC Level and in the Central Administration of Norway”, Paper for presentation at the "Mainstreaming Gender in European Union Public Policy" workshop, University of Wisconsin-Madison, 14-15 October 2000.
Erişim:<http://eucenter.wisc.edu/Conferences/Gender/havnoer.htm> (12.04.2008).

HEIDE, Ingeborg. “Supranational Action against Sex Discrimination: Equal Pay and Equal Treatment in the European Union”, **International Labour Review**, Vol.138, No.4, 1999, ss. 381-410.

HEPPLE, Bob. “The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights”, **The Modern Law Review**, Vol.53, No.5, 1990, ss. 643-654.

HEPPLE, Bob. “The Principle of Equal Treatment in Article 119 EC and the Possibilities for Reform”, içinde **The Principle of Equal Treatment in EC Law**, der. Alan Dashwood, Siofra O’Leary, Sweet & Maxwell, London, 1997, ss. 137-152.

HERVEY, Tamara K. “Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence”, **European Law Journal**, Vol.4, No.2, June 1998, ss. 196- 219.

HERVEY, Tamara K. “Thirty Years of EU Sex Equality Law: Looking Backwards, Looking Forwards”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, ss. 307-327.

HERVEY, Tamara. “EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life”, Conference paper of 2002, Erişim: <http://unjobs.org/authors/tamara-k.-hervey> (08.06.2008).

HERVEY, Tamara. **Justifications for Sex Discrimination in Employment**, Butterworth & Co. Publishers Ltd, London, 1993.

HERVEY, Tamara and David O’Keeffe. **Sex Equality Law in the European Union**, John Wiley and Sons Ltd., Chichester, 1996.

HIRS, Ernest. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Uyarlayan Selçuk Baran Veziroğlu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, ss. 111-129.

HOLTMAAT Rikki and Christa Tobler. “CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, ss. 399-425.

HORSPOOL, Margot. **European Union Law**, Butterworths Core Text Series, 1998.

HOSKYNS, Catherine. **Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union**, Verso Publishing, 1996.

IGLESIAS, G.C.Rodríguez. “The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, **Columbia Journal of European Law**, Vol.1, No.2, Spring, 1995 ss.169-181.

INGH, Ransumair. “European Community Employment Law: Key Recent Cases and Their Implications for the UK”, içinde **Industrial Relations Journal European Annual Review 1998/99**, der. Brian Towers and Michael Terry , Blackwell Publishers, UK, 1999.

ISRAEL, R.Ben and P. Foubert. “Equality and Prohibition of Discrimination in Employment” içinde **Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies**, der. Roger Blanpain, Kluwer Law International, 2004, ss. 377-417.

İŞİĞİÇOK, Özlem. “İstihdamda Eşitlik Politikaları Kapsamında Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Ebeveyn İzni”, **Prof.Dr. Toker Dereli’ye Armağan**, 2006, ss.777-791.

İNAN, Alpan. “Avrupa Birliği Ekonomik Yaklaşımı: Lizbon Stratejisi ve Maastricht Kriterleri”, **Bankacılar Dergisi**, Sayı:52, Yıl:16, Mart, 2005, ss. 67-86.

İNCEOĞLU, Sibel. “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 45-62.

İZVEREN, Adil. **Hukuk Felsefesi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.

ILO Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Onaylanan ILO Sözleşmeleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 86, Ankara, 1998.

JEFFERY, Mark. “Not Really Going to Work? Of the Directives on Part-Time Work, ‘Atypical Work’ and Attempts to Regulate It”, **Industrial Law Journal**, Vol. 27, No. 3, September 1998, ss. 193-213.

JOHNSON, Ailish. “EU-ILO Relations, Between Regional and Global Governance”, içinde **The European Union and the Social Dimension of Globalization**, der. Jan Orbie and Lisa Tortell, Routledge Publishing, NY, 2009.

JORGENSEN, Erik Knud. **The European Union and International Organizations**, NY: Routledge Publishing, 2009.

JULIEN, Denise A. “Burden of Proof in Cases of Sex Discrimination”, 5 **Columbia Journal of European Law** 153, Fall-Winter 1998-1999.

JUNCKER, Jean-Claude. “Council of Europe-European Union: A Sole Ambition for the European Continent”, 11.04.2006, Erişim: http://www.coe.int/t/der/docs/RapJuncker_E.pdf (17.05.08).

KANTARCIOĞLU, Fulya. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği”, içinde **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, der. Zafer Gören, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, İzmir, Mayıs 1998, ss.51-79.

KANTOLA, Johanna and Kevät Nousiainen. “Institutionalizing Intersectionality in Europe”, **International Feminist Journal of Politics**, 11:4, December 2009, ss. 459-477.

KAPANİ, Münici. **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KARAN, Ulaş. **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayını, 2009.

KARLUK, Rıdvan. **Avrupa Birliği ve Türkiye**, BETA Basım A.Ş. İstanbul, 2005.

KAYA, Gözde. **Avrupa Vatandaşlığı**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2003.

KAYA, Gözde. **The Free Movement of Persons in the Context of European Citizenship and the Last Enlargement**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Utrecht Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Hukuku Programı, Hollanda, Temmuz 2006.

KAYA, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, Şubat 2007.

KENNER, Jeffrey. **EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and Beyond**, Hart Publishing, North America, 2003.

KENT, Penelope. **Law of the European Union**, Third edition, Longman, London, 2001.

KESKİN, Doğan. “Evde Çalışanların Korunması”, **İktisat Dergisi**, Sayı: 430, 2002, ss. 28-30. Erişim: <http://www.calismahayati.net/makale4.htm> (16.12.2007).

KILIÇ, Cem. “Türkiye’de İşsizlik ve Avrupa İstihdam Stratejisi”, **İşveren**, Ekim 2003, Erişim:http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=808&id=48 (02.03.2009)

KIREL, Çiğdem. “Esnek Çalışma Saatleri Uygulamalarında Cinsiyet, İş Tatmini ve İş Bağlılığı İlişkisi”, **İ.Ü.İşletme Fakültesi Dergisi**, C:28, S:2/Kasım 1999, ss. 115-136.

KOKOTT, Juliane and Frank Hoffmeister. “Opinion 2/94 Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, **The American Journal of International Law**, Vol.90, No.4, 1996, ss. 664-669.

KRETSCHEMER, Hans Jörg. “Yeni Avrupa İstihdam Stratejisi’nin Üye ve Üyeliği Kesinleşen Ülkelere ve Türkiye’ye Etkileri”, **İşveren**, Ekim, 2003, Erişim:http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=801&id=48 (02.03.2009).

KROIS, Christopher. “Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?”, **Columbia Journal of European Law**, Vol.12, 323, 2005-2006.

KUDATGOBİLİK, Tuğrul. “Lizbon Stratejisi ve Türkiye”, **İşveren**, Temmuz 2006, Erişim:http://www.tisk.org.tr/isveren_sayfa.asp?yazi_id=1456&id=78 (04.04.2008).

KUHNERT, Kathrin. “Bosphorus-Double Standards in European Human Rights Protection?”, **Utrecht Law Review**, Vol.2, Issue 2, 2006, ss. 177-189.

LANDAU, Eve C. ve Yves Beigbeder, **From ILO Standards to EU Law, The Case of Equality Between Men and Women at Work**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

LATİFAOĞLU, Emel ve Olga Şanlı Gerger. “Lizbon Süreci Bilgilendirme Toplantısı Raporu”, M.E.B. Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Erişim:[http://www.digm.meb.gov.tr/belge/AB_LizbonSureciYeni.html\(08.04.2008\)](http://www.digm.meb.gov.tr/belge/AB_LizbonSureciYeni.html(08.04.2008)).

LAURENT, André. “European Community Law and Equal Treatment for Men and Women in Social Security”, **International Labour Review**, Vol.121, No.4, 1982, ss. 373-385.

LAURENT, Pierre-Henri and Marc Maresceau. **The State of the European Union Vol.4 Deeping and Widening**, Lynee Rienner Publishers Inc., 1998.

LEWIS, Jane. “Work/family Reconciliation, Equal Opportunities and Social Policies: XCV ,Zthe Interpretation of Policy Trajectories at the EU Level and the Meaning of Gender Equality”, **Journal of European Public Policy**, 13:3, April 2006, ss. 420-437.

LIEBERT, Ulrike. “Europeanising Gender Mainstreaming: Constraints and Opportunities in the Multilevel Euro-Polity”, **Feminist Legal Studies**, Vol.10, 2002, ss. 241-256.

LIISBERG, Jonas Bering. “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of EU Law?”, NYU, Working Paper awarded Mancini Prize for 2001, The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, 2001, Erişim: [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/010401.html\(12.10.08\)](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/010401.html(12.10.08)).

LITTLETON, Christine. “Reconstructing Sexual Equality” içinde **Feminist Legal Theory**, (der) Katharine T. Bartlett and Rosanne Kennedy, Boulder, Colorado and Qxford: Westview Press, 1991.

LOMBARDO, Emanuela and Mieke Verloo. “Institutionalizing Intersectionality in the European Union?” **International Feminist Journal of Politics**, 11:4, December 2009, ss.478-495.

LOMBARDO, Emanuela and Petra Meier, “Framing Gender Equality in the European Union Political Discourse”, **Social Politics: International Studies in Gender, State & Society**, Oxford University Press, Volume 15, Number 1, Spring 2008, ss. 101-129.

LOMBARDO, Emanuela. “EU Gender Policy: Trapped in the Wollstonecraft Dilemma?”, **European Journal of Women’s Studies**, Vol.10(2), 2003, ss. 159-180.

LOMBARDO, Emanuela. “Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the European Constitution-Making Process”, **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, Fall 2005, ss. 412-432.

LOUTFI, Martha Fetherolf. **Women, Gender and Work-What is Equality and How Do We Get There?**, International Labour Organization, Geneva, 2001.

MASSELOT, Annick. "The State of Gender Equality Law in the European Union", **European Law Journal**, Vol.13, No.2, March 2007, ss. 152-168.

MC CRUDDEN, Christopher and Sacha Prechal. "The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach", European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, 2009.

MC CRUDDEN, Christopher. "Gender Equality in the Constitutional Treaty: Drafting Suggestions" Jean Monnet Project-Gender Equality and Europe's Future, Albert Borschette Conference, 2003.

Erişim:<http://ec.europa.eu/education/programmes/llp/jm/more/confgender03/mc-ruden.pdf> (15.09.2008).

MC CRUDDEN, Christopher. "The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol.13, No.3. 1993, ss. 320-367.

MC CRUDDEN, Christopher. "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", Social Science Research Network (SSRN), 2002,

Erişim:<http://ssrn.com/abstract=299639> or doi:10.2139/ssrn.299639 (10.10.08).

MC CRUDDEN, Christopher. "The New Concept of Equality", Paper presented at the conference "Fight Against Discrimination: The Race and Framework Employment Directives" in Trier, 31 March-1 April 2003.

MC GLYNN, Clare. "Reclaiming a Feminist Vision: The Reconciliation of Paid Work and Family Life in European Union Law and Policy", **Columbia Journal of European Law**, Vol.7, 2001, ss. 241-272.

MC GLYNN, Clare. **Families and the European Union Law, Politics and Pluralism**, Cambridge University Press, N.Y., 2006.

MC INNES, John, "Case C-249/96, Lisa Jacqueline Grant v. South West Trains Ltd., Judgement of the Full Court of 17 February 1998, [1998] ECR I-636", **Common Market Law Review**, 1999, ss.1017-1032.

MCKEAN, Warwick. **Equality and Discrimination under International Law**, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union, 117th Session of the Committee of Ministers, Strasbourg, 2007,

Erişim:http://www.ec.europa.eu/external_relations/organizations/coe/index_en.htm (13.06.08)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi. **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

MONK, Janice and Maria Dolors García-Ramon. “Placing Women of the European Union”, içinde **Women of the European Union**, der. Maria Dolors García-Ramon and Janice Monk, Routledge Publishing, London, 1996.

MORAWA, Alexander H.E. “The Concept of Non-Discrimination: An Introductory Comment”, **Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe**, Issue 3, 2002, ss. 1-12.

MOSLEY, Hugh G. “The Social Dimension of European Integration”, **International Labour Review**, Vol.129, No.2, 1990, ss. 147-164.

MOSS, Peter. “Reconciling Employment and Family Responsibilities: A European Perspective”, içinde **The Work-Family Challenge Rethinking Employment**, der. Suzan Lewis, Jeremy Lewis, Sage Publications, London, 2004.

NEAL, Alan C. “United Kingdom”, içinde **The Harmonization of Working Life and Family Life**, der. Roger Blanpain, the Hague: Kluwer Law International, 1995.

NIELSEN, Henrik Karl. “The Concept of Discrimination in ILO Convention No.111”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol.43, No.4, 1994, ss. 827-856.

OSAGI-Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs, “Concepts and Definitions”,Erişim: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm> (16.05.08).

ÖDEN, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZÇELİK, BAYRAKTAROĞLU Gülüm. “Avrupa Topluluğu’nun La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, ss. 133-166.

ÖZDAMAR, Demet. **CEDAW Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ÖZDAMAR, Demet. **Türk Kadın Hukuku Mevzuatı**, Seçkin Yayıncılık AŞ., Ankara, 2009.

ÖZDAMAR, Demet. **Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

ÖZKAN, Işıl. “Türk Vatandaşlarının Avrupa Ülkelerine Giriş Hakkı ve Vize Sorunu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:9, Özel Sayı 2007, ss.409-446.

PASCALL, Gillian and Jane Lewis, "Emerging Gender Regimes and Policies for Gender Equality in a Wider Europe", **Journal of Social Policy**, Vol.33, 2004, ss. 373-394.

PENNINGS, Frans. **Introduction to European Social Security Law**, the Hague: Kluwer Law International, third edition, 2001.

PERRONS, Dianne. "Flexible Working Patterns and Equal Opportunities in the European Union: Conflict or Comparability?", **European Journal of Women's Studies**, 1999, Vol. 6, ss. 391-418.

PILGERSTORFER, Marcus and Simon Forshaw. "Transferred Discrimination in European Law: Case C-303/06, *Coleman v Attridge Law*, [2008] ICR 1128, [2008] IRLR 722 (ECJ)", **Industrial Law Journal**, Vol.37, No.4, December 2008, ss. 384-393.

POLLACK, Mark A. and Emilie Hafner-Burton, "Mainstreaming Gender in the European Union", **Journal of European Public Policy** 7:3, 2000, ss. 432-456.

PRECHAL, Sacha and Noreen Burrows. **Gender Discrimination Law of the European Community**, Dartmouth Publishing Company Limited, 1990.

PRECHAL, Sacha and Susanne Burri. **EC Rules on Gender Equality: How Are They Transposed into National Law?**, European Commission-Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, 2009.

QC BOWERS, John, Elena Moran and Simon Honeyball. "Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply", **Industrial Law Journal**, Vol.32, No. 3, September 2003, ss. 185-187.

RADACIC, Ivana. "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", **The European Journal of International Law**, Vol.19, No.4, 2008, ss. 841-857.

REES, Teresa. "Reflections on the Uneven Development of Gender Mainstreaming in Europe", **International Feminist Journal of Politics**, 7:4, 2005, ss. 555-574.

REES, Teresa. **Mainstreaming Equality in the European Union**, London and New York, Routledge Publishing, 1998.

Report from the Commission on the Implementation of Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Health and Safety at Work of Pregnant Workers and Workers who Have Recently Given Birth or are Breastfeeding, COM (1999) 100 final.

ROSS, George. "Assessing the Delors Era and Social Policy", içinde **European Social Policy: between Fragmentation and Integration**, der. Stephan Leibfried, Paul Pierson, The Brookings Institution Publication, 1995, ss. 357-388.

ROSSILLI, Maria Grazia. "The European Union's Policy on the Equality of Women", **Feminist Studies**, Vol.25, No.1, 1999.

ROSSILLI, Maria Grazia. "The European Union's Gender Policies", içinde **Gender Policies in the European Union**, der. Mariagrazia Rossilli, Peter Lang Publishing, 2000.

RUBERY, Jill. "Gender Mainstreaming and Gender Equality in the EU: the Impact of the EU Employment Strategy", **Industrial Relations Journal** 33:5, 2002, ss. 500-522.

RUBERY, Jill. "Gender Mainstreaming and the Open Method of Coordination: Is the Open Method too Open for Gender Equality Policy, ESRC Seminar on Gender Mainstreaming, 2003,
Erişim: <http://eucenter.wisc.edu/Conference/OMCnetOct03/rubery.pdf> (16.01.2008).

SARGEANT, Malcolm. "The Revised Directive on Equal Treatment for Men and Women in Occupational Social Security Schemes-The Dog that Didn't Bark", Directive 96/97 of 20 December 1996 amending Directive 86/378 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women in occupational social security schemes (OJ1997 L46/20,17 February 1997), **Industrial Law Journal**, September 1997, ss. 269-275.

SARGEANT, Malcolm. **Discrimination Law**, Pearson Education Limited, England, 2004.

SCHIEK, Dagmar. "A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?", **European Law Journal**, Vol.8, No.2, June 2002, ss. 290-314.

SCHIEK, Dagmar. "Positive Action before the European Court of Justice-New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck", **The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations**, Vol. 16/3, 2000, ss. 251-275.

SCHIEK, Dagmar. "Sex Equality Law after Kalanke and Marschall", **European Law Journal**, Vol.4, No.2, 1998, ss. 148-166.

SCHIEK, Dagmar. "The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", **Industrial Law Journal**, Vol.35, No.3, Sept. 2006, ss. 329-341.

SHAW, Jo, Jo Hunt and Chloë Wallace, **Economic and Social Law of the European Union**, Palgrave Macmillan, NY, 2007.

SKIDMORE, Paul. "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy? Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation ", **Industrial Law Journal**, Vol. 30, No. 1, 2001, ss. 126-132.

SOHRAB, Julia. **Sexing the Benefit: Women, Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law**, Aldershot, Dartmouth, 1996 naklen Erika Szyzszak, **EC Labour Law**, Pearson Education Limited, 2000.

SOYSAL, Tamer. "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", **Kamu İş**, Cilt 8, Sayı 4, 2006, Erişim: <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf> (18.12.2007).

"Sosyal Politika ve İstihdam Başlıklı AB Müktesebatı ve Türkiye", **Tisk Yayınları**, Erişim:<http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=1754> (02.03.2009)

SÖZER, Ali Nazım. "AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler", **Sicil**, Haziran 2006, ss. 184-208.

SÖZER, Ali Nazım. **Türkiye'de Sosyal Hukuk**, Ankara, 1994.

SPILIOTOPOULOS, Sophia Koukoulis. "The Amended Equal Treatment Directive 2002/73: An Expression of Constitutional Principles Fundamental Rights" 2005, 12, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol.12, No.4, 2005, ss. 327-368.

STEANS, Jill. (Çev. Ali Serkan Mercan), "Küreselleşme ve Toplumsal Cinsiyet Temelli Eşitsizlik", içinde **Küresel Dönüşümler-Büyük Küreselleşme Tartışması** (Orijinal adı: The Global Transformations Reader, Polity Press, 2003) der. David Held, Anthony Mc Grew, Çeviri Ali Rıza Güngen, Ali Serkan Mercan ve Diğerleri, Phoenix Yayınevi, Ankara, Ağustos 2008.

STEINER, Josephine, Lorna Woods and Christian Twigg-Flesner, **Textbook on EC Law**, Oxford University Press, NY, 2003.

STEINER, Josephine. "The Principle of Equal Treatment for Men and Women in Social Security", içinde der. Tamara K. Hervey & David O'Keeffe, **Sex Equality in the European Union**, Chichester: John Wiley & Sons, 1996.

STRATIGAKI, Maria. "Gender Mainstreaming vs Positive Action: An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy", **European Journal of Women's Studies**, Vol.12(2), 2005, ss. 165-186.

STRATIGAKI, Maria. "The EU and the Equal Opportunities Process", içinde **Gendered Policies in Europe-Reconciling Employment and Family Life**, der. Linda Hantrais, Palgrave Publishing, NY, 2000, ss. 27-48.

SUR, Melda. “Çalışma Hayatında Kadının Hukuki Durumu”, içinde **Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu**, der. Zafer Gören, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.86, İzmir, Mayıs 1998.

SUR, Melda. **Uluslararası Hukukun Kaynakları**, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2006.

SUR, Melda. **İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, DEU Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1995.

SÜZEK, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Mess Sicil, İş Hukuku Dergisi**, Sayı 12, Aralık 2008, ss. 24-38.

SÜZEK, Sarper. **İş Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2008.

SWEET, Alec Stone. **The Judicial Construction of Europe**, (Sex Equality Part with Rachel Cichowski), Oxford University Press, NY, 2004.

SZYSZCZAK, Erika. “Positive Action after Kalanke”, **The Modern Law Review**, Vol.59, No.6, Nov. 1996, ss. 876-883.

SZYSZCZAK, Erika. “Community Law on Pregnancy and Maternity”, içinde **Sex Equality Law in the European Union** der. Tamara K. Hervey ve David O’Keefe, John Wiley and Sons Ltd., Chichester, 1996, ss.51-62.

SZYSZCZAK, Erika. “Pay Inequalities and Equal Value Claims”, **The Modern Law Review**, Vol.48, No.2, March 1985, s. 140-144.

SZYSZCZAK, Erika. **EC Labour Law**, Pearson Education Limited, UK, 2000.

ŞENEL, Tuba Burcu. “Avrupa Birliği’nin Yeni Sosyal Gündemi ve Türkiye’yi Bekleyen Hedefler”, **İşveren Dergisi**, Ekim 2005, ss. 60-65. Erişim:[http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=1266&id=69&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=\(05.04.2008\)](http://www.tisk.org.tr/isveren_yazdir.asp?yazi_id=1266&id=69&baslik_id=&yapi=&gecerli_sayfa=(05.04.2008)).

ŞİMŞEK, Oğuz “Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl:73, Sayı:1, 2008, ss.116-134.

TANÖR, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

TANÖR, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul. 1978.

TAŞDEMİR, Hakan ve Hasan Demir. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cil:2, No:3, Güz 2002, ss. 133-153.

TEKİNALP, Gülören ve Ünal Tekinalp. **Avrupa Birliği Hukuku**, BETA Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul, 2000.

TEZCAN, Ercüment. **Avrupa Birliği Kurumlar Hukuku**, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, Ankara, Kasım 2005.

THOMAS, Kendall. “The Political Economy of Recognition : Affirmative Action Discourse and Constitutional Equality in Germany and the USA”, **Columbia Journal of European Law**, Vol 5, No 2, 1999, ss. 329-364.

TINKER, Catherine. “Human Rights for Women: The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, **Human Rights Quarterly**, Vol.3, No.2, (May 1981), ss.32-43.

TOBLER, Christa. “Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive”, Paper presented at the European Congress on “Gender Equality and Professional Life - Current Developments in Europe”, organised by the Association Française des Femmes Juristes (A.F.F.J.) & the European Women Lawyers Association (EWLA), Paris 20 and 21 September 2002; s. 3; Erişim: http://www.ewla.org/modules/files/file_group_76/Congresses/Paris%202002/papers/paper_tobler.doc (12.06.2010).

TOBLER, Christa. **Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law**, Intersentia Publishers, Belgium, Antwerpen, E.M. Meijers Instituut, 2005.

TOBLER, Christa. “Encore: Women’s Clauses in Public Procurement under Community Law”, **European Law Review**, December 2000.

TONER, Helen. **Partnership Rights, Free Movement and EU Law**, Hart Publishing, 2004.

TRAVERSA, Enrico. “Protection of Part-time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, içinde **Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law**, der. Roger Blanpain and Manfred Weiss, the Hague: Kluwer Law International, 2003, ss. 409-428.

TRUBEK, David M. and Louise G. Trubek. “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination”, **European Law Journal**, Vol.11, No.3, May 2005, ss. 343-364.

TRYBUS, Martin. “Sisters in Arms: European Community Law and Sex Equality in the Armed Forces”, **European Law Journal**, Vol.9, No.5, December 2003, ss. 631-658.

TUNAYA, Tarık Zafer. **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

TUNCAY, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

TUNÇOMAĞ, Kenan ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2003.

UÇKAN, Banu. “Küreselleşme ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)”, **Çimento İşveren Dergisi**, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası, Sayı 6, Cilt 16, 2002, ss. 5-17. Erişim: <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/makale216.pdf> (13.12.2007).

USAL, Zeynep Oya. **Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye**, İktisadi Kalkınma Vakfı, İstanbul, 2006.

ÜNAL, Ayşe. “AB’de Belirli Süreli Çalışma”, **Kamu-İş**, Cilt:8, Sayı:1, 2005, ss.75-85.

ÜNAL, Ayşe. “Avrupa’da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri”, **Kamu-İş**, Cilt.8, Sayı.1, 2005, ss. 111-128.

VAN DER MEI, Anne Pieter. **Free Movement of Persons within the European Community-Cross Border Access to Public Benefits**, Hart Publishing Ltd, 2001.

VAN DER VLEUTEN, Anna. **The Price of Gender Equality-Member States and Governance in the European Union**, Ashgate Publishing, England, 2007.

VASCONCELOS, Margarida. “The Commission’s proposal on maternity leave conditions is facing opposition from the EU Member States as well as from the European Parliament”, **The European Journal**, 14.05.2009, Erişim:http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2009/05/the-commissions-proposal-on-maternity-leave-conditions-is-facing-opposition-from-the-eu-member-states-as-well-as-from-the.html (08.02.2010).

WAALDIJK, Kees. “Legislation in Fifteen EU Member States Against Sexual Orientation Discrimination in Employment: the Implementation of Directive 2000/78 içinde **The Gays’ and Lesbians’ Rights in an Enlarged European Union**, der. Anne Weyembergh and Sinziana Carstocea, Editions de l’Université de Bruxelles, 2006, ss. 17-47.

WADDINGTON, Lisa. “Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive”, **Industrial Law Journal**, Vol.29, No.2, June 2000, ss. 176-181.

WALBY, Sylvia. “Gender Mainstreaming: Productive Tensions in Theory and Practice”, **Social Politics, International Studies in Gender, State & Society**, Vol.12, No.3, 2005, ss. 321-343.

WARD, Ian. **A Critical Introduction To European Law**, 2nd edition, Lexis Nexis, Reed Elsevier Ltd, UK, 2003.

WEATHERILL, Stephen and Paul Beaumont, **EU Law**, Penguin Books Ltd, 1999.

WEIWEI, Li. "Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law", Norwegian Centre for Human Rights, Research Notes 03/2004. Erişim: <http://www.humanrights.uio.no/forskning/publ/publikasjonsliste.html> (09.10.2008).

WENTHOLT, Klaartje. "Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality", içinde **Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives**, der. Titia Loenen and Peter R. Rodrigues, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999.

WESTEN, Peter. "The Empty Idea of Equality", **Harvard Law Review**, Vol. 95, No.3, January 1982, ss. 537-596.

WINTEMUTE, Robert. "Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes", **The Modern Law Review**, 1997.

WINTEMUTE, Robert. "When Is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?", **Industrial Law Journal**, Vol.27, No.1, March 1998, ss. 23-36.

WOODWARD, Alison. "European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy", **Review of Policy Research**, Vol. 20, Issue 1, 2003, ss. 65-88.

WORTHMAN, Carol M. "Hormones, Sex and Gender", **Annual Review of Anthropology**, Vol.24, 1995, ss. 593-617.

WYNN, Michael. "Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?", **Modern Law Review**, Vol.62, 1999, ss. 435-447.

YENİSEY, Kübra Doğan. "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, ss. 63-81.

YENİSEY, Kübra Doğan. "Kadın Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", **Kamu-İş**, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Cilt.6, Sayı.4, 2002, ss. 31-72.

YILDIZ, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

YÜKSEL, Murat. "Hukuk Düşüncesinde Feminist Yaklaşım", **Prof.Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003.

YÜKSEL, ONARAN Melek. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, BETA Basım AŞ, İstanbul, 2000.

ZULEEG, Manfred. "Gender Equality and Affirmative Action under the Law of the European Union", **Columbia Journal of European Law**, Vol.5, 1999, ss. 319-328.