

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA
CİNSİYET AYRIMCILIĞINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLARIN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

*The Review of Basic Concepts of Gender Discrimination in
European Union Law*

*Arş. Gör. Bahar KONUK**

GİRİŞ

Cinsiyet kavramı, biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Biyolojik cinsiyet (sex), kadın ve erkek cinsine özgü genetik ve yapısal farklılıklara işaret ederken, toplumsal cinsiyet (gender), ait olunan kültür ve toplumun sebep olduğu farklılıkları esas alır. Toplumsal cinsiyet yaklaşımının amacı, cinsler arasındaki biyolojik farklılıklarla beraber, kültürel ve toplumsal farklılıkların da göz önünde bulundurulması suretiyle kadın ve erkek arasında eşdeğerlilik sağlanması yönünde gerekli politikaların oluşturulması ve sağlıklı bir biçimde uygulanmasıdır¹.

Avrupa Birliği müktesebatında da önemli bir yer bulan toplumsal cinsiyet yaklaşımı, Birlik Hukuku'nda özellikle kadınların iş yaşamında korunması ve sosyal güvenlik alanlarında somutlaşmıştır. Kadınların işgücüne katılımı ve bu alanda kadınlara yönelik cinsiyet

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ **WOODWARD** Allison, "European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy", Review of Policy Research, Vol. 20 No.1, March 2003, s. 66; **BOOT** Christine-**BENNET** Cinnamon, "Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?", The European Journal of Women's Studies, Vol. 9 No. 4, 2002, s. 432.

ayrımcılığının ortadan kaldırılması müktesebatta en yoğun olarak ele alınan konular arasındadır².

Cinsiyet ayrımcılığı ile genellikle kadına yönelik ayrımcılık anlaşılmaktadır³. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde, "Medeni duruma bakılmaksızın, kadın erkek eşitliğine dayalı olarak ekonomik, sosyal, politik, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ya da haklardan ve özgürlüklerden yararlanmayı engelleyen, ortadan kaldıran veya bu amaçları taşıyan cinsiyete bağlı yapılan kısıtlama, ayırım veya dışlama" olarak tanımlanan cinsiyet ayrımcılığı kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle kavramın, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilişkisinin ortaya konması gerekir.

I. CİNSİYET AYRIMCILIĞININ EŞİTLİK ve AYRIMCILIK KAVRAMLARI ile İLİŞKİSİ

Cinsiyet ayrımcılığı, kişiye, doğrudan cinsiyeti ya da cinsiyetine özgü nitelikleri gözetilerek farklı davranılması olarak tanımlanabilir⁴. Kişiler, doğaları gereği, değişmez biyolojik niteliklere sahip olmaları dolayısıyla belirli bir cinsiyet grubuna dâhil olurlar⁵. Cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kişinin, yalnızca belirli bir cinsiyet grubuna dâhil olmasından dolayı eşit olmayan muameleye tabi tutulması söz konusudur⁶.

² <http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/html/19138/Avrupa-Birligi>. (04.07.2013).

³ **ONARAN YÜKSEL** Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, BETA Basım A.Ş, İstanbul 2000, s. 39.

⁴ **ONARAN YÜKSEL**, s. 39; **KAYA** Gözde, Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara 2012, s. 102.

⁵ **ONARAN YÜKSEL**, s. 38-39; **KAYA** s. 18.

⁶ **ONARAN YÜKSEL**, s. 39.

Modern yapının bir ideali olan eşitlik⁷, kelime anlamı olarak iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık, ne de eksik olmaması durumunu ifade eder⁸. Bir varlık veya durumu eşitlik ilkesi bakımından değerlendirebilmek için daima bir başka varlık ya da duruma gereksinim vardır⁹. Bununla birlikte, eşitlikten söz edilebilmesi için, bu iki şeyin varlığıyla birlikte bunların karşılaştırılması ve aralarındaki ilişkinin ortaya konulması suretiyle birbirlerine göre durumlarının belirlenmesi gerekir¹⁰. O halde yanıtlanması gereken öncelikli soru, “neye göre” eşitlikten söz edilebileceğidir¹¹.

Temeli, Aristoteles’in “benzer olanlara benzer davranma” nosyonuna dayanan şekli eşitlik anlayışına göre, eşit durumda olanların eşit muamele görmesi ve ayrımcılık yapılmaksızın mevcut durumun korunması, eşitliğin varlığı için yeterlidir¹². Kişilerin veya durumların benzerliğinin önceden belirlendiği varsayımına dayanan şekli eşitlik anlayışı¹³, ayrımcılığın yasaklanmasını öngörmekle birlikte, eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için önlemler alınması yükümlüğü getirmez. Buna göre, farklı şekilde davranmak için geçerli bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmalı ve farklı uygulamalar, dikkate alınan farklılıkların söz konusu işlemle ilişkisinin veya işlem için uygunluğunun kanıtlanması suretiyle meşru-

⁷ ÖZKAN Işıl, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 199.

⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (14.03.2013).

⁹ ÖDEN Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 17.

¹⁰ KONUK Bahar, Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008, s. 1.

¹¹ ÖDEN, s. 18.

¹² GÜL İdil Işıl-KARAN Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 6.

¹³ McCRUDDEN Christopher, “The New Concept of Equality”, ERA Forum, Vol. 4 No. 3, September 2003, s. 20.

laştırılmalıdır¹⁴. Bu anlamda usule ilişkin bir yanı da olduğu görülen bu anlayış, esasında bir kişi hakkındaki ifade ve önermelerin, benzer durumdaki tüm kişiler için de geçerli olacak şekilde genelleştirilmesini öngörür¹⁵.

Gerek insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde, gerekse devletlerin iç hukuklarında yaygın şekilde kabul gören şekli eşitlik anlayışı, eşitliğin asgari ölçüsünü “kanun önünde eşitlik” ve “kanunların eşit koruma öngörmesi” şeklinde ifade eder. Buna göre, eşitlik ilkesi ile de devletin bireylere eşit mesafede olması, keyfi bir biçimde birbirinden ayırmaması veya bireylerin aleyhlerinde farklı muamele yapmaması ifade edilmektedir¹⁶.

Şekli eşitlik anlayışı bakımından, tutarsız veya taraflı bir biçimde ortaya konan her türlü uygulama, eşitsizlik sonucunu doğurmakla birlikte, kişiler veya durumlar arasında farklılık bulunması halinde eşit olmayan uygulamaya gidilebilir. Ancak söz konusu farkların hangi ölçütler göz önünde bulundurularak tespit edileceğine dair her hangi bir açıklık yoktur¹⁷. Dolayısıyla kişilerin veya durumların benzerliğinin veya aralarındaki eşitlik ilişkisinin değerlendirilebilmesi için öncelikle söz konusu ölçütlerin somutlaştırılması gerekir¹⁸.

Kişiler veya durumlar arasındaki eşitlik ilişkisini, aralarındaki farklılıkları ortaya koyarken söz konusu kişi veya durumun niteliklerini belirleyen sosyal etkileri göz önünde bulunduran ve onları içerisinde buldukları şartlardan soyutlamaksızın değerlendirme yoluna giden maddi eşitlik anlayışına göre de şekli eşitlik anlayışında olduğu gibi, kişi veya durumlara, aralarındaki farklılık oranında farklı uygulamalara gidilebilir. Ancak şekli eşitlik anlayışından farklı olarak maddi eşitlik anlayışı, farklılığın yapısal nedenlerini ve

¹⁴ ÖDEN, s. 27.

¹⁵ KONUK, s. 2.

¹⁶ GÜL-KARAN, s. 6.

¹⁷ FREDMAN Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press 2002, s.8.

¹⁸ WESTEN Peter, “The Empty Idea Of Equality”, *Harvard Law Review*, Vol. 95 No. 3, January 1982, s. 547.

emarelerini ortaya koymaya çalışır. Özellikle, toplumsal nedenlerden ötürü geride bırakılmış ve bu anlamda mağdur edilmiş grupların ve konumuz itibarıyla da kadınların diğerleriyle eşit bir düzeyde rekabet edemeyebileceğinin altını çizer¹⁹.

Maddi eşitlik anlayışı, eşit haklara sahip olma ilkesinin temelini oluşturur²⁰. Maddi eşitlik anlayışının somutlaşmış hali olarak da kabul edilebilecek olan bu ilke, kişilerin bir kısıtlamaya uğramaksızın özgür oldukları bir ortamda fırsatlardan özgürce faydalanıp kendilerini geliştirme imkânı bulacakları ve özgür bir ortamda baştan beri sahip oldukları ya da sonradan geliştirdikleri yetenekleri ölçüsünde haklardan yararlanacakları düşüncesine dayanır²¹. Farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi, kadın ve erkeğe ortak yönleri nedeniyle farklılıklarına karşı eşit davranma yükümlülüğü getirir. Bir başka deyişle, cinsiyet ayrımcılığını yasaklar. Bununla birlikte dezavantajlı konumda olan cinsin konumunu iyileştirmek adına bazı ayrık durumlar veya düzenlemeler söz konusu ilkenin istisnalarını oluşturur. Aksi takdirde, biyolojik cinsel farklılık olgusunun tamamen geri plana itilmesi söz konusu olur ki, bu durumda eşit haklara sahip olma ilkesinin uygulanması için gereken koşul sağlanmış olmaz²².

Cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili diğer bir kavram olan ayrımcılık kavramı ise, prensip olarak hukuka uygun olmayan farklı bir davranışı tanımlar. Farklı bir davranışın hukuka uygun olmamasından ne anlaşılması gerektiği konusunda öğretilerde savunulan görüş, söz konusu davranışın "haksızlık ögesi" içeriyor olmasıdır. Bir başka deyişle, nesnel olmama veya keyfi davranma şeklinde kendisini gösteren davranış modellerini içeren "haksızlık ögesi", ayrımcılık

¹⁹ BELL Mark, "Equality and the European Union Constitution", *Industrial Law Journal*, Vol. 33 No. 3, September 2004, s. 247.

²⁰ ONARAN YÜKSEL, s. 32.

²¹ ONARAN YÜKSEL, s. 32.

²² GÖREN Zafer, *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Biçimi)*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İzmir 1998, s. 10.

kavramının temelinde yer alır. O halde, iki kişi ya da durum arasında bir farklılık olmamasına rağmen farklı davranmak, kişi ya da durumlar arasında ayırım yaratmak veya farklı durumlar söz konusu olmasına rağmen benzer şekilde davranmak ayrımcılık olarak tanımlanabilir²³.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından, "Farklı muamelenin haklı temellere dayanmaması halinde eşit olanlara farklı, eşit olmayanlara ise eşit davranma" olarak tanımlanan²⁴ ayrımcı muamele, pratikte başta cinsiyet, ırk, din, dil ve tabiiyet olmak üzere pek çok farklı temele dayandırılarak ortaya konmaktadır²⁵. Esasında ayrımcılık, bir kişiye birey olarak değil, bir grubun üyesi olarak davranılması halinde ortaya çıkar. Bir başka deyişle ayrımcılık, kişiler her ne kadar ayrımcı muameleye bireysel olarak maruz kalsa da, onların birey olmalarıyla değil, bir grup ya da topluluk içerisinde bulunmaları, ona ait olmaları ilişkilidir²⁶.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞI ve CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞININ NORMATİF GELİŞİMİ

Ayrımcılıkla mücadele, Avrupa Birliğinin oluşum sürecinin başlarında Birlik gündeminde yer almayan bir konuydu²⁷. Konuyla ilgili ilk düzenleme, Topluluğun Kurucu Antlaşması olan 1957 tarihli Avrupa Topluluğu Andlaşması'nın (ATA) 119. maddesinde yer alan kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesidir. 2. maddesi ile Topluluğun, ortak pazarı ve ekonomik ve parasal birliği sağlarken daha ileri düzeye getirmekle yükümlü olduğu görevler arasında "kadın erkek eşitliğinin ve yüksek istihdam ve sosyal koruma

²³ AĞIRBAŞLI Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Ankara 2009, s. 33-36.

²⁴ C-279/93 Finanzamt Köln Altstadt v. Schumacker [1995] ECR I-225.

²⁵ FREDMAN, s. 27.

²⁶ HERVEY Tamara, Justifications for Sex Discrimination in Employment, Butterworth & Co Publishers Ltd, 1993, s. 24.

²⁷ GÜL-KARAN, s. 72.

sağlamayı” belirten Andlaşma’da, kadın ve erkek arasında eşitliğin sosyal ve ahlaki temellerine yer verilmediği görölmektedir.

Ayrımcılık yasağı, Avrupa Birliği Hukuku’nda ilk başlarda yalnızca kadın ve erkeklerde eşit işe eşit ücret ve vatandaşlık temelli olarak gündeme gelmiştir. Önceleri bu iki temelde ayrımcılığa yer verilmesi, ortak bir pazar inşa edilmesi yönünde bir araç olarak düşünölmüştür²⁸. Kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret ilkesi bir temel hak olarak değil, ekonomik amaçla, adil bir rekabet ortamı için toplumsal bir gereklilik olarak görölmüştür²⁹.

Aynı görüşe, ATAD’ın konu ile ilgili içtihatlarının incelenmesi suretiyle de varmak mümkündür³⁰. Nitekim Divan, 127/92 sayılı Enderby Davası³¹’nda, “içinde bulunulan piyasa koşulları göz önünde bulundurulduğunda, adayların ilgisini çekmek amacıyla, işverenin belli tipte iş için öngörölen ücretlerde artışa gitmesini, objektif bir meşrulaştırma nedeni olarak kabul edilebileceği” şeklinde hüküm kurmuştur³². Divan’ın, “dolaylı ayrımcılığın” piyasa temelli gerekçeler de dâhil olmak üzere objektif nedenlerle meşrulaştırılabileceğine ilişkin yaklaşımı da, bu liberal düşüncenin bir ürünü olarak kabul edilebilir³³.

Avrupa Birliği sosyal politikalarının temellerinin atıldığı 1972 tarihli Paris Zirvesi’nde konu ile ilgili üç yönerge kabul edilmiştir. Bunlar sırasıyla, 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik 10.2.1975 tarihli Yönerge³⁴ (Kadın ve

²⁸ ELLIS Evelyn, European Community Sex Equality Law, Oxford University Press 1998, s.38-39.

²⁹ GÜL-KARAN, s. 72.

³⁰ BARNARD Catharine, “Gender Equality in the EU: A Balance Sheet”, The EU and Human Rights edited by Alston-Bustelo-Heenan, Oxford University Press 1999, s. 217.

³¹ C-127/92 Enderby v. Frenchay Heath Authority, [1993] ECR I-5535.

³² C-127/92 Enderby v. Frenchay Heath Authority, para.26.

³³ BARNARD, s. 218.

³⁴ OJ L 45, 19.2.1975, s. 19-20.

Erkekler İçin Eşit Ücret Yönergesi), 76/207 sayılı İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayat Geçirilmesine İlişkin 9.2.1976 tarihli Yönerge (Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi) ve 79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Aşamalı Olarak Hayata Geçirilmesine İlişkin 19.12.1978 tarihli Yönerge³⁵ (Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Muamele Yönergesi)'dir.

75/117 ve 76/207 sayılı Yönergeler, 86/378 sayılı İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi ve 97/80 sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönergesi³⁶ ile birlikte, 2006 tarihinde 2006/54 Sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın Ve Erkeğe Eşit Muamele Ve Fırsat Eşitliğinin Uygulanmasına Dair Yönerge³⁷ ile tek bir düzenlemede toplanmıştır. Amacı, üye devletler tarafından işe alınma, işte yükselme, mesleki eğitim ve ücreti de kapsayan çalışma koşullarında ve sosyal güvenlik koşullarında eşit davranma ilkesinin yürürlüğe konulması ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanması olarak belirlenen 2006/54 sayılı Yönerge ile ilk defa taciz ya da cinsel taciz sayılan bir davranışı reddeden kimseye daha az lehte davranılmasının ayrımcılık oluşturacağı hüküm altına alınmıştır (md. 2/2-a).

Cinsiyet ayrımcılığının Topluluk Hukukunda giderek artan önemi, ATAD'ın konu ile ilgili içtihatlarına da yansımıştır. Bu husus, Divan'ın bu konudaki en temel içtihatlarından olan 1978 tarihli Defrenne Kararı³⁸'nda "...Temel insan haklarına saygı Topluluk Hukuku'nun genel prensiplerinden birisidir... Hiç şüphesiz ki cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesi temel hakların bir parçasıdır." şeklinde ifade edilmiştir. Aynı kararda Divan, 119. maddede düzenlenen hükmün iki temel amacı olduğunu belirtmiştir. Bunlardan ilki, eşit işe eşit ücret ilkesinin hayata geçirilmesiyle,

³⁵ OJ L 6, 10.1.1979, s. 24-25.

³⁶ OJ L 14, 20.1.1998, s. 6-8.

³⁷ OJ L 204, 26.07.2006, s. 23-36.

³⁸ C-149/77 Defrenne v. Sabena (No 3), ECR 1365.

Topluluk içerisinde üye devletlerin haksız rekabete karşı korunmalarındır. İkinci amaç ise, Topluluk ile yalnızca ekonomik bir bütünleşmenin değil, aynı zamanda yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi suretiyle, sosyal gelişmenin sağlanabilmesi olarak ifade edilmiştir³⁹. Divan, 2000 tarihli Deutsche Post Kararı⁴⁰nda düzenlemenin sosyal amacının ekonomik amacından önce geldiğini vurgulamıştır.

76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi, eşit davranma ilkesini bağımlı çalışanlar için öngörmüştür. Bu ilkenin bağımsız çalışanlara da teşmili bakımından 86/613 sayılı Yönerge kabul edilmiştir. Üye devletlerde bağımsız çalışan veya böyle bir çalışma faaliyetine katkıda bulunan kadın ve erkekler arasında eşit davranma ilkesinin uygulanmasını sağlamayı amaçlayan bu Yönerge, 07.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren 2010/41 sayılı Yönerge ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2010/41 sayılı Yönerge de, 86/613 sayılı Yönerge gibi bağımsız çalışanları kapsamakla birlikte, diğerinden farklı olarak bağımsız çalışanların maruz kaldığı "taciz", bu Yönergede cinsiyet ayrımcılığının bir türü olarak tanımlanmıştır.

1989 yılında kabul edilen Topluluk Sosyal Şartı'nda yer alan düzenlemeleri hayata geçirmeye yönelik oluşturulan sosyal faaliyet programı çerçevesinde "92/85 sayılı Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadınların İşyerinde Güvenlik ve Sağlıklarını İyileştirmeye Yönelik Önlemlerin Hayata Geçirilmesine Dair 19.10.1992 tarihli Yönerge⁴¹" düzenlenmiştir. Bu Yönerge hamile, yeni doğum yapmış veya emzikli kadınların pek çok açıdan bir risk grubu oluşturdukları düşüncesinden hareketle, biyolojik durumları sebebiyle tehlikeli olabilecek bazı işlerde çalışmalarını yasaklayan, gerekli hallerde izin durumlarını düzenleyen ve işten çıkarılmalarının önüne geçen bir takım düzenlemeler içerir.

³⁹ STEINER Josephine-WOODS Lorna, Text Book on EC Law, Oxford University Press 2003, s. 493.

⁴⁰ C-270/97 Deutsche Post AG v. E. Sievers & C-271/97 B. Schrage, ECR 1-929.

⁴¹ OJ L 348, 28.11.1992, s. 1-8.

1993 tarihinde yürürlüğe giren ve Avrupa Birliğini yasal ve siyasal bir varlık olarak ortaya koyan Maastricht Antlaşması, konu ile ilgili önemli bir düzenlemeye öncülük etmiştir. Bu düzenleme, kadın ve erkeğin mesleki ve ailevi sorumluluklarının uzlaştırılmasını sağlamayı amaçlayan “96/34 Ebeveyn İzni Yönergesi⁴²”dir. Bu Yönerge, aynı zamanda ilk defa taraflarca bir çerçeve anlaşmanın yönerge halinde kabulü usulü ile bağitlanması nedeniyle özeldir⁴³. 96/34 sayılı Yönerge’nin 2. maddesi ile kadın ve erkek çalışanlara tanınan asgari üç aylık ebeveyn izni, aynı konuya ilişkin, 18.03.2010 tarihinde yürürlüğe giren ve 96/34 sayılı Yönerge’yi yürürlükten kaldıran 2010/18 sayılı Yönerge ile dört aya çıkarılmıştır.

1999 tarihinde yürürlüğe giren ve Avrupa Birliği’nin bütünleşmesini ilgilendiren birçok konuda hem politik, hem de ekonomik kararlara yer verilen Amsterdam Antlaşması’nda kadın erkek eşitliği ilkesini de yakından ilgilendiren düzenlemeler mevcuttur; Antlaşma’nın 2. maddesinde kadın ve erkek eşitliğini sağlamak Topluluk hedeflerinden biri olarak kabul edilmiş, 3. maddede ise bunun için gerekli faaliyetlerde bulunulacağı belirtilmiştir. 13. madde Konsey’e, Komisyon’un teklifi üzerine oybirliği ile cinsiyete dayalı ayrımcılık da dâhil olmak üzere her çeşit ayrımcılığa karşı mücadele etme yetkisi vermektedir.

Amsterdam Antlaşması ile ATA’ya getirilen önemli değişikliklerden biri de “istihdam” başlığı altında yeni bir bölümün eklenmesi olmuştur. 8. bölümde yer verilen bu düzenlemeler, hem Birliğin hem de üye devletlerin, Antlaşma’nın 2. maddesinde belirtilen istihdamla ilgili hedeflerine yönelik bir eşgüdüm stratejisi izlemelerini öngörmektedir. “Avrupa İstihdam Stratejisi” adı verilen bu stratejinin dört temel ayağından birini kadın ve erkeğe istihdamda fırsat eşitliğinin sağlanması oluşturmakta olup, üye devletler ulusal istihdam politikalarını bu stratejiye göre belirlemek durumundadırlar⁴⁴.

⁴² OJ L 145, 19.6.1996, s. 4-9.

⁴³ BARNARD, s. 219.

⁴⁴ BECEREN Ertan-KASALAK A. Murat, “Avrupa Birliği İstihdam Stratejisi ve Üye Ülke Stratejilerinin 10 Hedef Kapsamında İstihdama Yönelik Uygulamaları”, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010, s. 50-51.

2000'li yıllara gelindiğinde, 2006/54 sayılı Yönergeyle birlikte 2004/113 sayılı "Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Yönergesi"⁴⁵ yürürlüğe girmiştir. Tüm bu yönergelerin ortaya konulmasındaki en temel düşünce, ekonomik gelişmelerin toplumsal ve sosyal reformlarla desteklenmesi gerektiğidir⁴⁶.

Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'ya (ABİA), ayrımcılık yasağına dair 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 ayrımcılık ile mücadele etmeyi hedeflediği belirtilmiştir.

12 Aralık 2007'de kabul edilen, ancak bağlayıcılığı olmayan; Anayasa Taslağında metnin içine yerleştiren, Lizbon Antlaşmasıyla ayrı bir Protokolle kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ), Avrupa Birliği Hukuku'nda bağımsız bir temel hak katalogu niteliğine sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temel alınarak ve Sözleşme' de yer alan haklar sadeleştirilerek hazırlanan Şart, Birliğin Hukuk düzeninin bir parçasıdır⁴⁷.

ABTHŞ'nın 20. maddesi kanun önünde eşitlik ilkesini düzenlemiş ve herkesin kanun önünde eşit olduğunu hükme bağlamıştır. Şart'ın 21. maddesine göre de 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, özürllük, yaş veya cinsel tercih ve benzeri bir nedene bağlı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (md. 21/1). Temel Haklar Şartı'nda cinsiyete dayalı ayırım yasağı ayrı bir hükümlle düzenlenmiş olmakla birlikte, kadın ve erkek arasında eşitliğin, istihdam, çalışma ve

⁴⁵ OJ L 373, 21.12.2004, s. 37-43.

⁴⁶ KRIMPHOVE Dieter, *Europaisches Arbeitsrecht*, Vahlen-Studienreihe Jura, München 1996, s. 143.

⁴⁷ ÖZKAN Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 126.

ücretleri de kapsayacak şekilde her alanda sağlanması öngörülerek, esasen cinsiyette anayol yaklaşımı hüküm altına alınmıştır (md. 23/1)⁴⁸.

III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA CİNSİYET AYRIMCILIĞI YASAĞI ÇERÇEVESİNDE TANIMLANAN AYRIMCILIK HALLERİ

A. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık yasağı, esasında yukarıda bahsettiğimiz şekli eşitlik anlayışının bir ifadesidir. Zira amacı aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında fark yaratılmasını engellemek olan doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerde yer alan nedenlerden birine dayanılarak farklı bir işleme maruz kalması anlamına gelir⁴⁹.

“Doğrudan ayrımcılık” kavramının tanımına ilk olarak, 76/207 sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi’ni değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge⁵⁰’nin 2. maddesinde yer verilmiştir. Burada yer alan tanıma göre doğrudan ayrımcılık, “bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu ya da görmesi muhtemel olan muameleden daha aşağı şartlarda muameleye tabi tutulmasıdır.” Aynı tanıma, 2004/113 sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele Yönergesi’nin 2/a maddesinde ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge’nin 2/1 a maddesinde “bir kişinin diğerine

⁴⁸ İlk kez Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 1995 yılında Pekin’de toplanan Dördüncü Dünya Kadın Konferansı’nda kabul edilen 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 sürecini ifade eder. <http://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/e65237.pdf> (14.06.2013).

⁴⁹ GÜL-KARAN, s. 13.

⁵⁰ OJ L 269, 5.10.2002, s. 15-20.

kıyasla cinsiyetinden dolayı benzer durumdakine göre daha az olumlu muamele görmesi" şeklinde yer verilmiştir.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan ayrımcılıktan bahsedebilmek için kişinin, doğrudan cinsiyetinin veya hamilelik gibi yalnızca cinsiyetine özgülenebilecek bir durum nedeniyle daha az olumlu muameleye tabi tutulması gerekir. Kişinin doğrudan cinsiyetini ileri sürerek onu işe almaktan kaçınmak, farklı ücret veya farklı çalışma koşulları öngörmek doğrudan cinsiyet ayrımcılığı kapsamındaki uygulamalara birer örnektir⁵¹.

Belli bir cinse özgü ön yargılar nedeniyle gidilen ayrımcı uygulamalar da doğrudan ayrımcılık kapsamına girer⁵². Kişilerin, sahip oldukları cinsin karakteristik özellikleri dikkate alınmaksızın, kendi sahip oldukları kişisel nitelikler göz önüne alınarak değerlendirilmeleri gerekir. Aksi hallerde yine doğrudan ayrımcılık söz konusu olur⁵³. Örneğin, yalnızca ortalama bir erkek işçinin bir kadın işçiden fiziksel olarak daha güçlü olacağı düşüncesiyle, kadın işçinin işin altından kalkıp kalkamayacağı değerlendirilmeksizin geri çevrilmesi, doğrudan ayrımcılık unsuru içeren bir uygulamadır⁵⁴. ATAD, 381/99 sayılı Brunnhofer Kararı⁵⁵'nda bu hususu, "halen görülmekte olan işte, işçilerin cinsiyet temeline dayalı farklılıklarına ilişkin beklentilerin, farklı ücret öngörülmesine dayanak oluşturamayacağı" şeklinde değerlendirmiştir.

Bir uygulamanın doğrudan ayrımcılık unsuru içerip içermediğinin tespitinde somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulur. Burada sorulması gereken, kişinin karşı cinsten olsaydı o işleme maruz kalıp kalmayacağıdır. Her olayda karşılaştırma yapılacak bir karşı cins olmayabilir. Bu durumda Avrupa Birliği Hukuku'nda

⁵¹ ONARAN YÜKSEL, s. 96.

⁵² NIELSEN Ruth, Gender Equality in European Contract Law, Denmark 2004, s. 95.

⁵³ KONUK, s. 26.

⁵⁴ NIELSEN, s. 96.

⁵⁵ C-381/99 Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961.

kabul edildiği üzere ayrımcılığa uğrayan kişinin, farazi birisinin aynı durumda daha farklı işlem göreceğini ortaya koyması yeterlidir⁵⁶. Sözgelimi işverenin erkek işçi almak istediği bir işe sadece kadın işçinin müracaat etmesi durumunda, karşılaştırılacak erkek işçi olmadığından farazi olarak bir erkek işçi temel alınır. İşe kadın adayla aynı niteliklere sahip bir erkek işçi başvursaydı işveren tarafından kabul edilecek idiyse, kadın işçinin cinsiyeti sebebiyle ayrımcılığa maruz kaldığı kabul edilecektir⁵⁷.

Doğrudan ayrımcılıktan söz edebilmek için karşılaştırılan olayın şartları aynı veya benzer durumda, karşılaştırılan kişilerin de aynı statüde bulunmaları aranır⁵⁸. Bir başka deyişle, karşılaştırma yapılan kadın ve erkeğin durumlarının benzer veya aynı, konularının eşit, karşılaştırılan konuların ise öz olarak aynı olması gerekir⁵⁹. Ancak, sadece hamilelik gibi belli bir cinse özgülenebilecek bir durum söz konusu olduğunda, kişinin kadın cinsine özgü bu biyolojik nitelik sebebiyle mağduriyeti doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilir⁶⁰.

B. Dolaylı Ayrımcılık

Şekli eşitlik anlayışının bir yansıması olan doğrudan ayrımcılık düşüncesinin temelinde, kişilere karşı yapılan muamele aynı olduğu sürece ortada bir eşitsizlik veya ayrımcılık olmayacağı düşüncesi yatar. Oysa dolaylı ayrımcılık kavramına, sadece farklı muameleler değil, herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler de dâhildir. Burada esas olarak, görünüşte tarafsız bir uygulama, tedbir ya da kuralın olumsuz sonuçlar doğur-

⁵⁶ ONARAN YÜKSEL, s. 101; YILDIZ G. Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 75,

⁵⁷ ONARAN YÜKSEL, s. 101; YILDIZ, s.75.

⁵⁸ ONARAN YÜKSEL, 100.

⁵⁹ ONARAN YÜKSEL, s. 101.

⁶⁰ HORSPOOL Margot, European Union Law, London 2000, s. 432.

ması veya böyle bir ihtimali yaratması söz konusudur. Bu durum, tarafsız uygulama, tedbir ya da kuralı meşru kılacak bir nedenin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini gerekli kılar⁶¹.

Dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde, Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili düzenlemeleri önemli rol oynamıştır⁶². Kavram ilk olarak, 97/80 sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge'nin 2/2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, "tarafsız bir düzenleme, kriter veya usulün önemli ölçüde belirli bir cinsiyet grubunu mağdur etmesi ve bu düzenleme, kriter veya usulün uygun ve zorunlu olduğu ve cinsiyete dayalı haklı sebeplere dayandığının açıklanamaması halinde dolaylı ayrımcılık mevcuttur."

2002/73 Sayılı Yönerge'de yer alan ifadeye göre ise dolaylı ayrımcılık; "bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter ya da uygulamanın bir cinsiyet mensuplarını diğerleriyle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir."

ATAD'nın dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilgili içtihatları da kavramın içeriğinin belirlenmesinde önemli rol oynamıştır. Divan'ın konu ile ilgili ilk içtihatları, dolaylı ayrımcılık kavramının, ayrımcı uygulamanın bizatihi kendisinin mi yoksa etkilerinin mi bertaraf edilmesi amacıyla ortaya konduğu konusunda tereddüt edildiğini göstermektedir. Kısmi süreli çalışan işçilerin saat ücretlerinin tam zamanlı çalışan işçilere göre düşük olmasının dava konusu edildiği 96/80 sayılı Jenkins Kararı⁶³'nda Divan, işverenin söz konusu uygulamada ayrımcılık yapma kastı olup olmasını değerlendirirken, 170/84 sayılı Bilka-Kaufhaus Kararı⁶⁴'nda işverenin ayrımcılık yapma kastı olup olmadığını değerlendirmeye yer olmadığı şeklinde hüküm kurmuştur. 170/84 sayılı Karar'da ifade edildiği üzere asıl üzerinde durulması gereken, uygulama sonucu ayrımcı nitelik

⁶¹ GÜL-KARAN, s. 15.

⁶² GÜL-KARAN, s. 15.

⁶³ C-96/80, Jenkins v. Kingsgate [1981] ECR 911.

⁶⁴ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607.

taşıyan etkilerin ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Bu anlamda, dolaylı ayrımcılık kavramının anılan şekilde değerlendirilmiş olması, Birlik Hukuku'nda maddi eşitlik anlayışına daha yakın durulduğunun da bir göstergesidir⁶⁵.

ATAD, dolaylı ayrımcılık kavramının içeriğini ve unsurlarını ilk olarak 96/80 sayılı Jenkins Kararı⁶⁶'nda ortaya koymuştur. Davanın konusu kısaca, işyerinde tam gün çalışanlarla kısmi süreli çalışanların saat ücretlerinin farklı olmasıdır. Tam gün çalışanların saat ücretlerinin daha fazla kısmi süreli çalışanların saat ücretlerinden daha fazladır. Söz konusu işyerinde kısmi süreli çalışanların çok büyük bir yüzdesi kadın işçilerden oluşmaktadır. İşyerinde tam gün çalışanların tamamı erkek işçilerden oluşmakta olup, yalnızca tek bir erkek işçi kısmi süreli hizmet akdiyle çalışır durumdadır. Bu işyerinde kısmi süreli hizmet akdiyle çalışmakta olan Jenkins tarafından, işyerinde kısmi süreli çalışanların saat ücretlerinin daha az olmasının ayrımcı bir uygulama olduğunun iddia edilmesiyle dava İngiliz İstinaf Mahkemesi'nce ATAD önüne getirilmiştir.

İlgili kararda Divan, kısmi süreli çalışanlarla tam gün çalışanlar arasında saat ücretlerinin farklılığını öngören uygulamanın, "kısmi çalışanların tamamının veya büyük çoğunluğunun kadın olması ve bu nedenle kısmi süreli çalışanların ücret seviyesini düşük tutmak amacıyla işverence fiilen dolaylı bir araç oluşturma amacı taşıması halinde" bu uygulamanın dolaylı ayrımcılık niteliği taşıdığı ve ATA'nın 119. maddesinde yer alan düzenlemeye aykırılık oluşturacağı sonucuna varmıştır.

Divan'a göre, ağırlıklı olarak kadın işçilerden oluşan kısmi süreli çalışanlara farklı saat ücreti ödenmesi uygulaması, ekonomik anlamda objektif haklı gerekçelere dayanıyorsa ve temelinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratma kastı yoksa dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapıldığından da bahsedilemez. Tam gün çalışanlara göre kısmi

⁶⁵ **BARBERA** Marzia, "Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti Discrimination Law Context", *Industrial Law Journal*, Vol. 31 No. 1, March 2002, s. 90.

⁶⁶ C-96/80, *Jenkins v. Kingsgate* [1981] ECR 911.

sürelili çalışanlara daha az ücret ödenmesi, ödeme hem erkek hem de kadın işçiler için geçerli olduğu ve tam gün çalışmayı teşvik etmek gibi cinsiyetle bağlantısı olmayan ekonomik bir nedene dayandığı takdirde ATA'nin 119. maddesindeki hükme aykırılık söz konusu değildir⁶⁷.

ATAD, ilgili kararında ayrıca "açıkça cinsiyete dayalı olmaksızın öngörülen şartların ve uygulamaların, ağırlıklı olarak bir cinsiyet grubu mensuplarını olumsuz etkilemesi ve işverenin politikasının objektif haklı gerekçelere dayandırılmaması halinde biçimsel olarak olmasa dahi, sonuçları bakımından ayrımcı olduğunun kabul edileceğini" belirtmiştir⁶⁸.

Dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilgili olarak ATAD'ın bir sonraki önemli kararı, 170/84 sayılı Bilka-Kaufhaus Kararı⁶⁹'dır. İşyeri emeklilik aylığına hak kazanılabilmesi için 20 yıllık toplam çalışma süresinin en az 15 yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olma şartının arandığı işyerinde, belirli bir süreyi kısmi süreli çalışma ile geçiren başvuru, ilgili koşulu gerçekleştirmediği gerekçesiyle işyeri emeklilik aylığından yararlanma hakkını elde edememiş, bunun üzerine söz konusu işyeri emeklilik aylığı programının ATA madde 119'a aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle konuyu Alman İş Mahkemesi önüne getirmiştir. Ulusal Mahkeme tarafından ATAD önüne getirilen davada öncelikle, ilgili programın ATA madde 119'a aykırı olup olmadığı ve işyerinde ağırlıklı olarak kadın çalışanlardan oluşan kısmi süreli çalışanların işyeri emeklilik aylığı hakkından yoksun bırakılmasının dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadığı irdelenmiştir. Kararda ayrıca, işverenin işyerinde mümkün olduğu kadar kısmi süreli işçi çalıştırması politikasının, işletmenin gereksinimleri bakımından bir zorunluluk arz etmemesi halinde haklı bir temeli bulunup bulunmadığı da değerlendirilmiştir.

Divan ilgili kararında, işverenin ağırlıklı olarak kadın işçileri mağdur eden bir ücret politikasının temellerini, objektif haklı neden-

⁶⁷ KONUK, s. 29.

⁶⁸ C-96/80, Jenkins v. Kingsgate [1981] ECR 911, para. 14.

⁶⁹ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607.

lere dayandırabildiği ölçüde hukuka uygun kabul edilebileceğinin altını çizmiştir. Burada ifade edilen objektif haklı nedenlerin kapsamına işletmenin gerekleri veya ihtiyaçları da girer. Ancak, işletme gereği olarak nitelendirilebilecek bir uygulamanın varlığı tek başına onun haklı bir neden olarak kabul görmesi için yeterli değildir. Bunun için uygulamanın amaca ulaşmada uygun ve zorunlu olarak görülmesi de gerekir. Bir başka deyişle uygulama “ölçülülük ilkesi” ile bağdaşmalıdır⁷⁰.

Bir uygulamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını saptamak için öncelikle onun, ulaşılmak istenen amaç bakımından uygunluğu, sonrasında ise ne ölçüde gerekli olduğu değerlendirilmektedir. İlgili uygulama, ulaşılmak istenen amaca ulaşmada başarılı ise uygundur. Uygulamanın gerekliliği ise, işverenin aynı etkinin ortaya çıkmasını sağlayacak ve daha az sakıncaya sebep olacak farklı bir uygulamayı tercih etme şansı olmadığı hallerde söz konusu olur⁷¹. Uygulamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaşır kabul edilebilmesi için son olarak, uygulama ile ulaşılmak istenen amaç arasında uygun bir ilişki bulunması aranır. Bir başka deyişle, uygulama ile uygulamadan olumsuz bir biçimde etkilenen kişilerin hukuki çıkarlarına verilen zararlar, amaçlanan yarar arasında uygun bir oran bulunmalıdır⁷². Bu durumda, 170/84 sayılı Karara konu olan olay ile ilgili olarak, söz konusu durumun ölçülülük ilkesi ile bağdaştığının söylenebilmesi için kısmi süreli çalışan işçilerin hukuki çıkarlarına verilen zararlar işletme için öngörülen yarar uygun bir oranda olmalıdır⁷³.

ATAD’a göre, “kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan erkeklerin oranı ile kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan kadınların oranı arasında önemli bir fark varsa ve farklı muamele yapmanın gerekçesi cinsiyet dışında başka bir faktörle açıklanamıyorsa, kısmi süreli hizmet akdi çalışan kadın işçilerin işyeri emeklilik maaşını almaya hak kazanabil-

⁷⁰ STEINER-WOODS, s. 505.

⁷¹ TOWNSEND-SMITH Richard, “Economic Defences to Equal Pay Claims”, içinde Sex Equality Law In The European Union, derleyen HERVEY K. Tamara-O’KEEFFE David, Wiley 1996, s. 47.

⁷² ONARAN YÜKSEL, s. 108.

⁷³ KONUK, s. 31.

meleri için öngörülen tam süreli çalışma süresi, ATA'nın 119. maddesi anlamında ihlale sebebiyet verebilir. Bununla birlikte, işveren farklı muamelenin nedenini objektif faktörlere dayanarak açıklayabilirse, farklı muameleye izin verilebilir. İşverenin farklı muamele öngörebilmesi için; böyle bir ayrıma gitmenin firma için gerekli, ayrımcılık yapmaktaki amacın işletmenin gerçekleştirmek istediği amaca uygun ve amaca ulaşmak için ayrımcılık yapmanın gerekli ve ölçülü olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu" sonucuna varılmıştır. İşverenin, "kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların gece ve cumartesi vardiyalarında çalışmak istemedikleri bu nedenle daha az verimli oldukları, onları tam zamanlı çalışmaya teşvik etmek amacıyla söz konusu uygulamanın gerekli olduğu" şeklindeki savunması "objektif ekonomik faktör" olarak değerlendirilmiş, Weber'in iddiası reddedilmiştir⁷⁴. Ayrıca, işverenlerin işletme ile ilgili politikalarını oluştururken işletmenin gerekleri doğrultusunda hareket edecekleri ve kadın çalışanların sosyo kültürel sorumluluk ve zorunluluklarını dikkate alma gibi bir yükümlülük altında olmadıklarının da altı çizilmiştir⁷⁵.

Diğer yandan konu ile ilgili bir başka karar olan 109/88 sayılı Danfoss Kararı⁷⁶'nda Divan, doğrudan cinsiyete bağlı olmamakla beraber, performansa dayalı olarak veya ödüllendirme amaçlı fazladan yapılan sosyal içerikli ödemelerin bir takım subjektif kriterlere dayandırılması halinin dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. İlgili karara konu olan olayda, işin icra edileceği mekân ve saatlere ilişkin esneklik kriterine göre ücrette artışa gidilmesinin, ev ve aile yaşantısına dair sorumlulukları gereği erkek işçilere göre daha az esnekliğe sahip olan kadın işçilerin aleyhine bir durum teşkil edebileceği belirtilmiştir.

C. Cinsiyete Dayalı Taciz ve Cinsel Taciz

Cinsiyete dayalı taciz ve cinsel taciz, Avrupa Birliği Hukuku'nda ayrımcılığın özel bir türü olarak kabul edilmektedir.

⁷⁴ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607, para. 35.

⁷⁵ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607, para. 40.

⁷⁶ C-109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199.

Taciz ve cinsel tacizin ayrımcılığın özel bir türü olarak yasaklanmasıyla korunmak istenen menfaat yalnızca, cinsler arasında ayrımcılığın ortadan kaldırılması değil, kişinin hak ve özgürlüklerinden insan onuruna yaraşır bir biçimde yararlanmasının sağlanmasıdır⁷⁷.

En geniş anlamıyla, kişinin rızası olmadan sözle, gözle veya beden hareketleriyle cinselliğine, edep ve iffetine yönelik her türlü rahatsız edici davranış olarak tanımlanan cinsel tacizin, Avrupa Birliği Hukuku'nda cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmesinin geçmişi çok da uzak olmayan bir tarihe, kadın ve erkeğin iş gücüne eşit katılımının temel bir prensip olarak altını çizen 2002/73 sayılı Yönerge'nin yürürlüğe girmesine dayanır⁷⁸. Özellikle işyerinde cinsel taciz, 1980'li yılların ortalarına değin Topluluk yasa koyucularının üzerinde daha önce hiç durmadıkları bir konudur. 1987 yılında Komisyon tarafından yapılan bir kamuoyu araştırması⁷⁹ sonucu, işyerinde cinsel tacizin endişe verici bir boyutta yaşandığı gerçeğinin ortaya konmasıyla Komisyon, konu ile ilgili belli bir inisiyatif belirleme yükümlülüğü altına girmiştir⁸⁰. Bir başka deyişle, önceleri yalnızca doğrudan ayrımcılığın bir yansıması olarak değerlendirilen bu kavramların yönergeler kapsamında ayrıca düzenlenmesi, kavramsal düşüncede bir değişime değil, ayrımcı muamelenin bu son derece zararlı şeklini ayrıca ele alma gerekliliğine dayanmaktadır⁸¹.38

2002/73 sayılı Yönerge'nin 2. maddesine göre taciz, "bir kimse- nin cinsiyetine dayalı olarak onurunu çığnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı düşmanca, değersizleştirici aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan her türlü istenmeyen tavidir." Cinsel taciz ise, "kişinin

⁷⁷ GÜL-KARAN, s. 17.

⁷⁸ KONUK, s. 32.

⁷⁹ www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/shworkpl.pdf. (18.03.2013).

⁸⁰ OWENS M. James GOMES M. Glenn MORGAN F. James, "Sexual Harrassment in the European Union: The Dawning Of a New Era", SAM Advanced Management Journal, Vol. 69 No. 1, Winter 2004, s. 4.

⁸¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 31. http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrimination_TUR.pdf. (22.04.2013).

onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavra" karşılık gelmektedir. Bu tanımlamaya göre cinsel tacizin üç temel unsuru bulunur. Bunlar; istenilmeyen, insan onuruna aykırı bir davranışla, suistimal edilen çalışma ortamının varlığıdır⁸².

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.

2002/73 sayılı Yönerge'deki cinsel taciz kavramına ilişkin tanımlamanın, Amerikan Yurttaş Hakları Yasası'nın VII. ayrımı kapsamında yer alan ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler ışığında hazırlanan "Eşit Çalışma Fırsatları Komisyonu Rehber Kuralları"ndaki tanımlamaya paralellik gösterdiğini söylemek mümkündür⁸³. Rehber kuralları uyarınca, istenilmeyen ve kişinin cinselliğini hedef alan tüm cinsel içerikli söz ve davranışların, huzursuz, tehditkâr ve saldırgan bir iş ortamı yaratmak suretiyle işçinin performansını etkilemesi ya da çalışma ortamını huzursuz kılması durumunda cinsel taciz söz konusu olur⁸⁴. Her iki düzenlemede de dikkat çeken husus, cinsel taciz içerikli davranışların kişi tarafından "istenilmeyen" addedilmesidir. Bununla birlikte, her iki düzenlemede de söz konusu davranışların sonucu oluşan iş ortamını tanımlayan ifadeler yer almakta ise de, bu ifadeler yargısal içtihatlarla somutlaştırılmak durumundadır. Konu ile ilgili olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi, saldırgan ve tehditkâr bir iş ortamı oluşmasına sebebiyet verecek nitelikte davranışları, iş ortamının rutin düzenini bozmaya yetecek derecede yaygın

⁸² **ÖZDEMİR** Erdem, "İşyerinde Cinsel Taciz", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, 2006, s. 84.

⁸³ **OWENS-GOMES-GLENN**, s. 5.

⁸⁴ **ONARAN YÜKSEL**, s. 266.

ve ciddiyet arz eden davranışlar olarak tanımlamıştır⁸⁵. Cinsel taciz içerikli davranışın saldırgan bir karakter taşıması yeterli bulunmuş ve ayrıca mağdurunun psikolojik olarak durumdan etkilenmesi de aranmamıştır⁸⁶. Ayrıca, söz konusu iş ortamı, yapılan işin kendine özgü sosyal ve kültürel bir bakış açısıyla değerlendirilmek durumundadır. Nitekim *Oncale v. Sundowner Kararı*⁸⁷nda belirtildiği üzere, bir profesyonel futbol antrenörünün maça çıkan oyuncusunun kalçasına dokunması normal karşılanabilir bir davranış olsa da, aynı hareketi sekreterine karşı yapması suiistimal edici bir davranış olarak nitelendirilebilecektir⁸⁸. Bu noktada, üye devletlerin de Yönerge'nin ilgili hükümlerinin uygulanması sırasında kendi kültürel, sosyal ve toplumsal bakış açılarına göre değerlendirme yapacakları ve nasıl bir iş ortamının cinsel taciz içerikli davranış sonucu ortaya çıktığını yine bu bakış açısına göre yorumlayacakları düşünülmektedir⁸⁹.

D. Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Yapılması İçin Talimat Verilmesi

2002/73 sayılı Yönerge'ye göre, kişiler aleyhine "cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması amacıyla talimat verilmesi" de ayrımcılık yasağı kapsamına girer (md. 2/4). Ancak Yönerge'de yer alan ilgili düzenlemede, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması amacıyla talimat verilmesi ile ne anlaşılacağına dair her hangi bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, ayrımcı uygulamalara karşı mücadelede herhangi bir değer taşıması için, söz konusu düzenlemenin, yalnızca mecburi nitelikte talimatlar ile sınırlandırılmaması, cinsiyete bağlı olarak kişilere daha az istenen muamele etme yönünde ifade edilmiş bir

⁸⁵ Harris v. Forklift Systems, 510 U.S. (1993).

⁸⁶ Harris v. Forklift Systems, 510 U.S. (1993).

⁸⁷ *Oncale v. Sundowner Offshore Services* 523 U.S. (1998).

⁸⁸ **OWENS-GOMES-GLENN**, s. 5.

⁸⁹ **OWENS-GOMES-GLENN**, s. 5. Konu ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz; **TIMMERMAN Greetje-BAJEMA Cristien**, "Sexual Harrassment in Northwest Europe: A Cross Cultural Comparison", *European Journal of Women's Studies*, Vol. 6 No. 4, November 1999, s. 419-439.

tercihin veya bu yönde bir teşvikin olduğu durumları da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği düşünölmektedir⁹⁰.

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 destekleme yükümlölüğü de vardır (md. 2/5)⁹¹. Ancak söz konusu düzenlemede yine, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin ne tür önlemlerin alınacağına dair bir açıklık olmadığı gibi, önlemlerin alınmasının yalnızca “teşvik edilmesi” söz konusudur.

Cinsel tacizin önlenmesi için alınacak gerekli önlemler konusunda “92/131 sayılı Kadınların ve Erkeklerin İşyerinde Onurlarının Korunması Hakkındaki Komisyon Tavsiyesi⁹²” aydınlatıcıdır. İlgili düzenlemede konu ile ilgili olarak bir talep ve şikâyet prosedürünün oluşturulması, işçilere gerekli eğitimin verilmesi, tavsiye ve yardım sağlanması, işyerinde disiplin ve cezalandırma sistemi kurulması gibi konularda işverene bir takım yükümlölükler öngörülmektedir. Kanaatimizce sınırlı bir biçimde sayılmış olmayan bu yükümlölüklerin 2002/73 sayılı Yönerge ile ilgili olarak da kabul edilmesi gerektiği düşünölebilir.

SONUÇ

Bir kişinin, kadın veya erkek olmasına dayanan ayrımcılığı hedef alan cinsiyet ayrımcılığı yasağı, Birlik Hukuku’nda, öncelikle Avrupa Ekonomik Topluluğu’nun ekonomik bütünleşme amacı çerçevesinde ortaya çıkmış ve istihdam alanında gelişim göstermiştir. Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, Topluluk içerisinde ilk olarak, giderek bütünleşen bir piyasada rekabet çarpıklıklarını gidermeye yardım etmesi bakımından ekonomik bir amaca, sonrasında ise politik

⁹⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 33. http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrimination_TUR.pdf . (22.04.2013).

⁹¹ Aynı husus 2006/54 sayılı Yönerge’nin 26. maddesinde düzenlenmiştir.

⁹² OJL 049, 24.02.1992, s.1-8.

düzeyde sosyal ilerleme ve kadınların yaşama ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi amacına hizmet etmiştir. Konunun sosyal ve insani boyutunun ön plana çıkarılmasında, ekonomik bütünleşmeye yönelik hedeflerin gerçekleştirilip bütünleşmenin siyasi bir boyuta doğru ivme kazanmasıyla birlikte, ATAD'ın konu ile ilgili içtihatlarının oynadığı rol büyüktür.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, cinsiyet ayrımcılığı yasağına ilişkin hükümlere Kurucu Andlaşmalar'da yer verilmekle birlikte, doğrudan konu ile ilgili pek çok yönerge de bulunmaktadır. Bu yönergelerde, cinsiyete dayalı ayrımcılık halleri, "doğrudan ayrımcılık", "dolaylı ayrımcılık", "taciz ve cinsel taciz" ve "cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması için talimat verilmesi" olarak sayılmış ve tanımlanmıştır. Bir kişinin yalnızca cinsiyetine veya cinsiyetine özgü bir nitelik veya durum nedeniyle ayrımcı muameleye maruz kalması olarak tanımlanabilecek doğrudan ayrımcılığın tespiti dolaylı ayrımcılığa göre daha kolaydır. Zira dolaylı ayrımcılıkta, ortada gözle görülür bir ayrımcı uygulama yokken, bu uygulama yüzünden bir cinsin diğer cinse göre önemli ölçüde mağdur olması söz konusudur. Bu nedenle dolaylı ayrımcılığın tespiti için her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir.

Önceleri doğrudan ayrımcılık kavramı içerisinde değerlendirilen "taciz", "cinsel taciz" ve "cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması için talimat verilmesi" ilgili yönergelerle özel ayrımcılık halleri olarak tanınmıştır. Bu hallerde, sözlü, sözsüz veya fiziksel, istenilmeyen cinsel içerikli bir davranışın varlığı söz konusudur. Kanaatimizce, yalnızca cinsler arasında ayrımcılığın ortadan kaldırılması değil, kişinin hak ve özgürlüklerinden insan onuruna yaraşır bir biçimde yararlanmasının sağlanmasını amaçlayan bu düzenlemelerin ayrıca ortaya konması yerinde olmuştur. Ancak "cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması için talimat verilmesi"nin tanımı ve hangi halleri kapsadığı konusunda mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu boşluğun, ATAD içtihatları ile giderilmesi düşünülebilir.

Bize göre, Avrupa Birliği'nde kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanmasına yönelik daha aktif ve etkili olabilecek düzenlemelere gidilebilecekken konunun ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerle

karşılanması Birliğin yetkilerini hala daha ekonomik çıkarlardan yana kullanma eğiliminde olduğunun bir göstergesidir. Cinsiyet ayrımcılığının bertaraf edilmesinin sağlanmasına yönelik getirilen düzenlemelerde ekonomik boyutun ön plana çıkarılması eleştiriye açık olmakla birlikte, konunun yalnızca ele alınmış olmasının dahi olumlu yanları mevcuttur. Nitekim Avrupa Birliği'nin ulus üstü karakteri ve bunun doğal sonucu olarak Birlik Hukuku'nun üstünlüğünün kabul edilmesi, ilgili düzenlemeleri cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasına yönelik ortaya konan diğer tüm uluslararası düzenlemelere göre etkin kılar. Yine dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz gibi kavramlarının tanımlanıp kabul edilmesiyle en azından potansiyel olarak, cinsiyet ayrımcılığının tespitinin kolaylaştığı kanısındayız.

KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI** Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasağında Genel Eşitlik İlkesine, Ankara 2009.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı**, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf
- BARBERA** Marzia, "Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti Discrimination Law Context", *Industrial Law Journal*, Vol. 31 No. 1, March 2002, s. 82-91.
- BARNARD** Catherine, Gender Equality in the EU: A Balance Sheet, içinde *The EU and Human Rights* derleyen **ALSTON-BUSTELO-HEENAN**, Oxford University Press 1999.
- BECEREN** Ertan-**KASALAK** A. Murat, "Avrupa Birliği İstihdam Stratejisi ve Üye Ülke Stratejilerinin 10 Hedef Kapsamında İstihdama Yönelik Uygulamaları", *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2010.
- BELL** Mark, "Equality and the European Union Constitution", *Industrial Law Journal*, Vol. 33 No. 3, September 2004, s. 242-260.
- BOOT** Christine-**BENNET** Cinnamon, "Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?", *The European Journal of Women's Studies*, Vol. 9 No. 4, 2002, s. 430-446.
- ELLIS** Evelyn, *European Community Sex Equality Law*, Oxford University Press 1998.
- FREDMAN** Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press 2002.
- GÖREN** Zafer, *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Biçimi)*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İzmir 1998.
- GÜL** İdil Işıl-**KARAN** Ulaş, *Ayrımcılık Yasağı Kavramı, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

- HERVEY** Tamara, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworth & Co Publishers Ltd, 1993.
- HORSPOOL** Margot, *European Union Law*, Butterworks Core Text Series, London 2000.
- KAYA** Gözde, *Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı*, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara 2012.
- KONUK** Bahar, *Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008.
- KRIMPHOVE** Dieter, *Europaisches Arbeitsrecht*, Vahlen-Studienreihe Jura, München 1996.
- McCRUDDEN** Christopher, "The New Concept of Equality", *ERA Forum*, Vol. 4 No. 3, September 2003, s. 9-29.
- NIELSEN** Ruth, *Gender Equality in European Contract Law*, Denmark 2004.
- ONARAN YÜKSEL** Melek, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği*, BETA Basım A.Ş, İstanbul 2000.
- OWENS** M. James **GOMES** M. Glenn **MORGAN** F. James, "Sexual Harrassment in the European Union: The Dawning Of a New Era", *SAM Advanced Management Journal*, Vol. 69 No. 1, Winter 2004, s. 4-49.
- ÖDEN** Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara 2003.
- ÖZDEMİR** Erdem, "İşyerinde Cinsel Taciz", *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Cilt 4 Sayı 11, 2006, s. 83-96.
- ÖZKAN** Işıl, *Avrupa Birliği Kamu Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- ÖZKAN** Işıl, *Göç, İltica ve Sığınma Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

- PRECHAL** Sacha-**BURROWS** Noreen, Gender Discrimination Law of The European Community, Dartmouth 1990.
- STEINER** Josephine-**WOODS** Lorna, Text Book on EC Law, Oxford University Press 2003.
- TIMMERMAN** Greetje-**BAJEMA** Cristien, "Sexual Harrassment in Northwest Europe: A Cross Cultural Comparison", European Journal of Women's Studies, Vol. 6 No. 4, November 1999, s. 419-439.
- TOWSEND-SMITH** Richard, "Economic Defences to Equal Pay Claims", içinde Sex Equality Law In The European Union, derleyen **HERVEY K. Tamara-O'KEEFFE** David, Wiley 1996.
- WESTEN** Peter, "The Empty Idea Of Equality", Harvard Law Review, Vol. 95 No. 3, January 1982, s. 537-596.
- WOODWARD** Allison, "European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy", Review of Policy Research, Vol. 20 No.1, March 2003, s. 66-88.
- YILDIZ** G. Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.