

**№ 2006/54/AT SAYILI DİREKTİF VE
AVRUPA ADALET DİVANI KARARLARI İŞİĞİNDA
İSTİHDAM VE MESLEK KONULARINDA KADIN VE
ERKEK ARASINDA EŞİT DAVRANILMASI VE FIRSAT
EŞİTLİĞİNİN SAĞLANMASI**

Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz*
Araş. Gör. Nihat Seyhun Alp**

ÖZ

Cinsiyet ayrımcılığı yasağı, Avrupa Birliği'nde ilk olarak ekonomik bütünleşme amacı çerçevesinde ve üye devletler arasında haksız rekabeti önlemek için yani ekonomik nedenlerle ortaya çıkmıştır. Zaman içerisinde ekonomik bütünleşme amacı gerçekleşip bütünleşmenin siyasi bir zemine doğru ilerlemesiyle bu kavramın sosyal boyutu ve istihdam alanında gelişimi de önem kazanmaya başlamıştır. Bu kavramın önem kazanmasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın konu ile ilgili içtihatlarının oynadığı rol de büyüktür.

Avrupa Birliği Hukukunda önemli bir yer bulan cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi yaklaşımı, uygulamada özellikle kadınların iş yaşamında korunması alanında somutlaşmıştır. Kadınların işgücüne katılımı, istihdamı ve bu alanda kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması, Avrupa Birliği Hukukunda en yoğun olarak ele alınan konuların başında gelmektedir. Bundan dolayı bu zamana kadar cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele için birçok direktif yayımlanmış son olarak ise 2006/54/AT Sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması Direktifi yürürlüğe konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kadın ve Erkek Arasında Eşit Davranılması, Cinsiyet Ayrımcılığı, Doğrudan ayrımcılık, Dolaylı Ayrımcılık, Cinsel Taciz.

ABSTRACT

Banned gender discrimination has emerged first in EU in the framework of economic integration and in order to prevent unfair competition namely because of economic reasons. In the course of time, economic integration took place and with the start of progress towards political integration, the social dimension and the development of this concept began to gain importance. Court of Justice has important role in gaining importance of this concept.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prevention of gender discrimination which finds an important place in European Union Law is embodied in practice especially in the field of the protection of women's work life. Women participation to work force, women employment and eliminating gender discrimination against women are one of the issues to tackle in European Union Law. Therefore until now several directives had issued to combat the discrimination and finally 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) has been issued and implemented.

Keywords: *Equal Treatment between Men and Women, Gender Discrimination, Direct Discrimination, Indirect Discrimination, Sexual Harassment.*

I. GİRİŞ

Çalışma imkânı, emeklilik ve ücret noktalarında kadın ve erkek arasında eşitlik sağlayan dağınık hâldeki birden çok düzenlemeyi basitleştirip modernize etmek için 2006/54/AT sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif¹ kabul edilmiştir². 2006/54/AT sayılı Direktif, ücret eşitliğini düzenleyen Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA) md. 157'den daha geniş kapsamlıdır. Şöyle ki, 2006/54/AT sayılı Direktif ücret konusu da dâhil olmak üzere iş ve istihdamdaki bütün konularda eşitliği ele almaktadır³.

2006/54/AT sayılı Direktif, her konuda değil sadece işçilik ile alakalı konularda kadın ve erkek arasındaki eşitliği düzenlemektedir. Atama dâhil işe ulaşım, bu düzenlemenin kapsamına girmektedir. İşe ulaşım ile ilgili hükümler sadece ilk işe alımlarda değil belirli süreli iş sözleşmelerinin uzatılmasında da uygulanabilecek mahiyettedir⁴. Divan, işe ulaşım, mesleki eğitim⁵ ve çalışmaya şartlarını düzenleyen bu hükümlerin ihtilaflara doğrudan uygulanabileceği görüşündedir⁶.

2006/54/AT sayılı Direktif'in uygulanmasında çalışma şartlarını geniş algılamak gerekir. Sadece iş sözleşmesinde veya işyerinde yer alan şartlar değil

¹ OJ L 204, 26/07/2006, s. 0023-0036.

² Çalışma Hayatında Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Alanları: Meslek Yöneliminde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/İşe Kabul Edilme Sürecinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/İstihdam Açısından Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/Ücret Konusunda Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık/Kariyer Sürecinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık; Sinem Göçmenler, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek Eşitliği", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 27-33.

³ Ertan İren, "Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s.158.

⁴ Karl Riesenhuber, European Employment Law, Intersentia Publishing, 2012, p. 296.

⁵ "Kişiyi belli bir meslek, sanat veya istihdama hazırlayan veya böyle bir meslek, sanat veya istihdam için gerekli eğitim ve becerileri kazandıran her türlü öğretim, ona katılan öğrencilerin yaşı ve eğitim düzeyi ne olursa olsun ve eğitim programında bir genel öğretim unsuru olsa bile, mesleki eğitimidir" Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi, Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010, s.67.

⁶ Philippa Watson, EU Social And Employment Law, Oxford, 2009, pp. 403-404.

bütün şartlar dikkate alınmalıdır⁷. Şöyle ki, çalışma saatlerinin azaltılması veya yeniden düzenlenmesi, analık izni bittiğinde işe başlama şartları, yıllık izin hakları ve bu hakların kazanım şartları, haksız fesih sonucu göreve iade gibi konularda da 2006/54/AT sayılı Direktif uygulanabilir⁸. Keza hangi şekliyle olursa olsun sözleşmenin sona ermesi de çalışma şartları içerisinde değerlendirileceğinden bu Direktif'in uygulanması gerektiğini söyleyebiliriz⁹.

Çalışmamızda Divan tarafından yapılan yorumlar ışığında 2006/54 sayılı Direktif hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı incelenecektir.

II. AYRIMCILIK

2006/54/AT sayılı Direktif, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, işyerinde müsaade edilemeyecek olan taciz kavramını da tanımlamıştır.

A. Ayrımcılık Türleri

1. Doğrudan Ayrımcılık

2006/54/AT sayılı Direktif md.2/1'de doğrudan ayrımcılık şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir kişiye, başka bir kişiye göre cinsiyeti sebebiyle benzer durumlarda gösterilenden veya gösterilecek olandan daha az avantajlı şekilde davranılmasıdır.". Buna göre, cinsiyete dayalı olan ve karşılaştırılan cinse göre daha az avantajlı olan hareketler doğrudan ayrımcılıktır¹⁰. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılığın tespitinde temel olarak cinsiyeti farklı emsal işçi dikkate alınmaktadır¹¹. Emsal işçilerin ise sahip oldukları cinsin karakteristik özellikleri yerine sahip oldukları kişisel özellikler dikkate alınarak değerlendirilme yapılması gerekmektedir¹². Fakat bazı durumlarda doğrudan ayrımcılığı tespit etmek için gerekli olan bir karşı cins olmayabilir. Bu durumda ise farazi bir karşı cins dikkate alınarak doğrudan ayrımcılığın varlığının tespit edilmesi yöntemi Divan kabul etmemiştir¹³.

Doğrudan ayrımcılık özellikle işe almada, çalışma koşullarının uygulanmasında, ücretlendirmede, mesleki eğitim ve ilerlemede ve iş ilişkisinin sona ermesinde yaygın olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴. Aşağıdaki misallerde de Divan doğrudan ayrımcılığın varlığını kabul etmektedir¹⁵:

- Kadın çalışana daha önceden aynı işyerinde aynı işi yapan erkek çalışana nazaran daha az ücret ödenmesi;

⁷ A.e., s. 404.

⁸ Riesenhuber, a.g.e., s. 297.

⁹ Divan'ın 2005 tarihli ve 207/04 sayılı Kararı.

¹⁰ Ruth Nielsen, EU labour Law, Djof Publishing,2013, p. 310

¹¹ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.23, Gözde Kaya, "Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010, s.99.

¹² Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1737.

¹³ Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile Atad Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.I, No:44, Temmuz-Eylül 2009, s.177-178.

¹⁴ Kaya, a.g.e., s.107.

¹⁵ Watson,,a.g.e., s. 385-386.

- Aynı ücret ödemekle birlikte erkek çalışana daha fazla ücret eki ödemesi;
- Mesleki emeklilik planlarından alınan yaşlılık aylığında kadın ve erkek çalışan için farklı yaş sınırı öngörülmesi;
- Geride kalan eş için ölüm aylığına ulaşmada farklı koşullar öngörülmesi;
- Toplu sözleşmede aynı yaş grubundaki kadın çalışan için işten çıkarılma tazminatına yer verilmemesi;
- Analık iznindeki kadın çalışanın ücret artışından istifade ettirilmemesi;
- Emekli erkek nakliye çalışanlarına tanınan seyahat kolaylığının kadın çalışanlara sağlanmaması.

Herrero¹⁶ kararında analık iznini kullanan kadın bu izin esnasında kendi işyerinde açılan sınavda idari asistan pozisyonuna atanmaya hak kazanmıştır. Fakat kıdem hesabında atama tarihi değil, analık izninin sona erdiği tarih temel alınmıştır. Bu durumun doğrudan ayrımcılık teşkil edip etmediği Divan'a sorulmuştur.

Divan, kadın çalışanın kıdeminin hesabında analık iznindeki sürenin dikkate alınmamasını doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir¹⁷.

2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık 2006/54/AT sayılı Direktif md2/1- (b) 'de düzenlenmiştir. Buna göre; "Görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların yasal olarak meşru bir amaca hizmet etmesi ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması durumu hariç bir cinsiyetteki kişileri diğer gruba karşı dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürme ihtimalidir". Başka bir anlatımla görünüşte tarafsız olan bir düzenleme, ölçüt veya uygulama, ayrımcılık temellerinden biri kendileri için geçerli olan kişiler bakımından, başka kişiler ile karşılaştırıldığında belirli bir dezavantaj yaratıyorsa ve söz konusu düzenleme, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla haklı kılınmadıkça dolaylı ayrımcılık teşkil eder¹⁸.

Bu tanımla birlikte direktif önemli bir yenilik getirerek sadece olumsuz davranışın gerçekleştirilmesi ile değil aynı zamanda olma ihtimali olması durumunda da (would put at a disadvantage) dolaylı ayrımcılığı kabul etmiştir¹⁹.

Dolaylı ayrımcılığın tespiti ve ispatı doğrudan ayrımcılığa göre daha zordur. Bununla birlikte Divan kararlarında tespit edilen dolaylı ayrımcılık örnekleri aşağıdaki şekilde sıralanabilir²⁰;

- Mesleki sosyal güvenlik planlarından kısmi süreli çalışanların dışlanması,
- İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kısmi süreli çalışanların kıdem tazminatından dışlanması,
- Kısmi süreli çalışanlara hastalık sırasında maaşın ödenmemesi,
- Kısmi süreli çalışanların ikramiyelerden yararlandırılmaması,

¹⁶ Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararı.

¹⁷ Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararının 48. paragrafı.

¹⁸ Kaya, a.g.e., s. 18; Łukasz Bojarski, Isabelle Chopin, Barbara Cohen, Uyen Do, Lilla Farkas ve Romanița Iordache, Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.25.

¹⁹ Nielsen, a.g.e., s. 312.

²⁰ Watson, a.g.e., s. 387.

-Mesleki eğitim kurslarına katılması sırasında ödenen yardımların kısmi süreli çalışanlara ödenmemesi,

-Mesleki sigorta yardımlarından yararlanmak için gereken şartların bayanlar için daha ağır olması.

Dolaylı ayrımcılık konusunda *Bilka-Kaufhaus* kararından bahsetmekte fayda görmekteyiz.

Bir işyerinde sadece 20 yıl içinde en az 15 yıl tam süreli çalışıp daha sonra kısmi süreli çalışanlara işletmenin emeklilik sistemine katılmaya izin verilmiştir²¹. Aynı işyerinde 11 yıl tam süreli ve 4 yıl kısmi süreli olarak çalışan Bayan Weber'in sistemden yararlanma talebi reddedilmiştir²². İşveren, ekonomik gerekçelere dayanarak kısmi süreli çalışanları bu sistem kapsamına almadığını belirtmiştir. İşverene göre söz konusu uygulama mümkün olduğunca daha az kısmi süreli çalışan istihdam etmek ve çalışanları tam süreli çalışmaya cezbetmek için yapılmaktadır²³. Bu uygulamanın Direktif hükümlerine aykırı olup olmadığı Divan'a sorulmuştur.

Divan'a göre emeklilik sisteminden yapılan ödemeler, ABİDA md. 157 anlamında ücret olarak görülmelidir²⁴. Cinsiyet ayrımcılığına dayanmadığı sürece araçların uygun ve zorunlu olması şartı ile daha az kısmi süreli çalışan istihdam etmeye yönelik politikalar haklı görülebilir. İlk görünüşte, kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapılmadığı söylenebilir. İşyerinde kısmi süreli çalışanların önemli bir bölümünün kadın çalışan olmasına karşın, tam süreli çalışanların çoğunun erkek olması gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, ilgili uygulama daha çok kadın çalışanlar üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır²⁵. Netice itibarıyla, görünüşten ziyade uygulamanın pratik sonuçlarına göre hüküm kurulması gerekir²⁶.

Benzer durum *Jenking* kararında da yaşanmıştır. Tam süreli çalışanlara nazaran kısmi süreli çalışanlara saat başına ödenen ücret miktarının % 10 daha az olması başlı başına ayrımcılık olmamakla birlikte kısmi süreli çalışanların büyük bir bölümünün bayan olması durumunda kadın ve erkek arasında eşit ücret prensibinin ihlali söz konusu olacaktır²⁷. Divan bu davada ayrıca kadın ve erkek arasında farklı ücret ödenmesi durumunda işverenin niyeti, ücret ödeme politikası gibi konular da göz önüne alınarak her davanın ayrı ayrı değerlendirilmesini dile getirmiştir²⁸. Yine *Lakebeig* kararında Divan, fazla çalışma ücretinin ister kısmi süreli ister tam süreli çalışma olsun ayda 3 saatten fazla yapılan çalışmalarda ödeneceğine ilişkin hükmü kadın-erkek arasında eşit ücret ödenmesine ilişkin hükümlere aykırı bulmuştur²⁹. Çünkü tam süreli çalışanlar ayda 98 saat çalıştıklarından, 3 saat fazla çalışma ilave %3 fazla çalışmaya gerektirirken kısmi süreli ise çalışanlar ayda 60 saat çalıştıklarından

²¹ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 4.paragrafı.

²² Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 5.paragrafı.

²³ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 7.paragrafı.

²⁴ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 27.paragrafı.

²⁵ Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararının 31.paragrafı

²⁶ A.C.L. Davies, EU Labour Law, Edward Elgar Publishing,2012, p.116.

²⁷ Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararının 13. paragrafı.

²⁸ Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararının 14. paragrafı.

²⁹ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 19. paragrafı.

3 saat fazla çalışma ilave %5 fazla çalışmaya gerektirmektedir³⁰. Yine kısmi süreli çalışanların çoğunlukla bayanlar olması durumunda kadın erkek arasında dolaylı bir ayrımcılık mevcut olacaktır³¹.

3. Taciz

Taciz kavramı 2006/54/AT sayılı Direktif md.2'de aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

Taciz; *cinsiyet temeline dayalı olarak korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma ve insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılan ve istenilmeyen davranışlar,*

Cinsel Taciz; *Özellikle de korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturmak dâhil, insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle sözlü veya sözlü olmayan veya cinsel içerikli fiziksel davranışlardır.*

Bu tanım ışığında tacizin iki kümülatif şartı vardır: ilk olarak insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılması, ikinci olarak korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma amacı ile yapılmasıdır³².

Hareketin istenmeyen hareket olarak değerlendirilmesi ise insan algısına göre yapılacaktır. Tabi burada "*itiraz edildikten sonra devam eden hareketler istenilmeyen kabul edilecektir*" şeklinde bir çıkarım yapılmamalıdır.³³ Yani mağdur sesini çıkarmasa dahi yapılan hareketler istenmeyen hareketler olup taciz sayılacaktır. Buna karşılık cinsel tacizde korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma; insan haysiyetine zarar verme amacı ve etkisiyle yapılmanın altında zikredilmiş ve şartlar kolaylaştırılmıştır. Yani taciz için kümülatif bir şart olarak aranan korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam oluşturma şartı cinsel taciz için aranmamıştır³⁴. Fakat yapılan bu iki tanımda da insan haysiyeti kavramı ön planda tutulmuştur. Yani bu hareketlerin tespitinde insan haysiyeti kavramının kullanılması gerekecektir.

İstenmeyen hareketler sözlü ya da yazılı olabileceği gibi tasvir, el kol hareketleri, yüz ifadeleri, taklit, fıkralar, şakalar ya da fiziksel temas dâhil herhangi bir davranışı içerebilir³⁵.

Taciz, cinsel taciz ve kişinin bu tarz bir davranışa boyun eğmeyi reddetmesine bağlı olarak daha kötü davranılması durumunda bu Direktif uygulama alanı bulacaktır.

³⁰ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 17. paragrafı.

³¹ Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararının 19. paragrafı.

³² Riesenhuber, a.g.e., s. 249.

³³ A.e., s. 249.

³⁴ A.e., s. 250.

³⁵ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.32; Bojarski, Chopin, Cohen, Do, Farkas, Iordache, a.g.e., s.26; Ulaş Karan, Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık yasağı ve Eşitlik kurumları, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009, s. 12.

B. Ayrımcılığın Kapsamı

2006/54/AT sayılı Direktif'in ayrımcılık ile ilgili kapsamını ise yine bu Direktif'in amacını düzenleyen 1. maddesinden anlayabiliriz. Buna göre Direktif, meslekte ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlama amacı ile düzenlenmiştir.

Bu amaçla, eşit davranma ilkesi;

-Mesleki eğitim ve atama da dâhil istihdama erişimde,

-Ücret de dâhil çalışma şartlarında,

-Sosyal güvenlik ile ilgili konularda eşit davranmayı içerir. Bu madde ile birlikte ayrıca Direktif md. 14'te daha geniş bir kapsam belirlenmiştir. Buna göre;

a) *Atamada dâhil mesleki hiyerarşinin bütün seviyelerinde ve seçim kriterleri ve mesleğe kabul şartları da dâhil mesleki faaliyetlerin bütün alanlarında bağımlı ve bağımsız bir işe ulaşım şartlarında,*

b) *Mesleki eğitimin bütün tip ve seviyelerine ulaşımında aynı zamanda mesleki staja ulaşımında,*

c) *Ücret ve fesih dâhil iş ve çalışma şartlarında,*

d) *Organizasyonlar tarafından sağlanan yardımlar da dâhil işçi ve işveren kuruluşlarına katılmada veya üyelikte, kamu ve özel sektörde cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmaz.*

Comission v Germany kararında Divan bu Direktif ve md. 157'nin hem kamu ve özel sektöre hem de kamu hizmetlerine uygulanması gerektiğini dile getirmiştir³⁶. 12 yıl sonra *Gerster* kararında da Divan yine benzer bir karar vermiştir³⁷.

Mc Dermott kararında Divan, iç hukuk kurallarının Direktif hükümlerine göre uyumlaştırılması için belirlenen son tarihe rağmen uyumlaştırma yapılmamasından dolayı Direktif hükümlerinin iç hukuka doğrudan uygulanabilip uygulanamayacağı sorusu Divan'a yöneltilmiştir³⁸.

Bu davada Divan, İrlanda'daki sosyal güvenlik ile ilgili ulusal kanun hükmünün Sosyal Güvenlikte Eşit Davranma Direktifi'ne aykırılığından dolayı bu maddenin değiştirileceği süreye kadar uygulanmaması ve Direktif'te düzenlenen eşit davranılma hükümlerinin uygulanması gerektiğine yani doğrudan uygulanabileceğine hükmetmiştir³⁹.

Direktif md. 1 ve 14'teki kapsam mutlak derecede uygulanacak olması ile birlikte yine Direktif'te bu uygulamaya bir istisna getirilmiştir. Buna göre üye devletlerin meşru bir amaç için ve ihtiyaçla orantılı olmak kaydı ile belirli mesleklerin doğası gereği veya içeriğinden dolayı farklı bir karaktere sahip olması ve bundan dolayı işe ulaşımında cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yapması bu Direktif'in ihlali manasına gelmeyecektir.

Bu istisna hükümlerinin uygulanabilmesi için aslında 3 temel prensip vardır⁴⁰;

³⁶ Divan'ın 1985 tarihli ve 248/83 sayılı Kararının 12. paragrafı.

³⁷ Divan'ın 1997 tarihli ve 1/95 sayılı Kararının 18. paragrafı.

³⁸ Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararının 17. paragrafı.

³⁹ Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararının 17. paragrafı.

⁴⁰ Nielsen, a.g.e., s. 312-313.

- Seçilen kriterler yasal amaca hizmet etmeli,
- Bu kriterleri kullanmak, amaca ulaşmak için zorunlu olmalı,
- Amaç ve araçlar arasında orantı olmalıdır. Bu prensipleri taşıyan uygulamalar Direktif hükümlerine aykırı olmayacaktır.

Sirdar⁴¹ kararında Divan kararını bu istisnalara dayanarak vermiştir. Davaya Bayan Sirdar'ın kraliyet donanmasında şef olarak çalışma talebinin reddedilmesi ile ilgilidir. Bayan Sirdar Kraliyet Topçu komando alayında şef olarak çalışmaktadır. Ama 1994'te ekonomik nedenlerden dolayı ihtiyaç fazlası 500 kadar şefin başka yerlere nakli gerçekleştirilmek istenmiştir. Bayan Sirdar'a ise şef açığı bulunan kraliyet donanmasında şef olarak çalışması teklifi edilmiştir. Fakat daha sonra yetkililer bu kişinin bayan olduğunun farkına vararak iç politik kılardan dolayı bayanların askeri bölüklerde çalıştırılmayacağına ve dolayısıyla transfere uygun olmadığına karar vermişlerdir⁴². Burada yerel mahkeme tarafından Divan'a sorulan asıl soru, üye devletlerin barış zamanı veya savaşa hazırlık döneminde silahlı kuvvetlerde istihdama ulaşım, mesleki eğitim ve çalışma şartlarına ilişkin almış olduğu kararların bu Direktif'in kapsamı dışında kalıp kalmayacağına ilişkindir⁴³. Yine ikinci önemli soru, bayanların bu alanda çalıştırılmamasında haklılık olup olmadığı ve haklı ise bunun tespitinin nasıl yapılacağına ilişkindir⁴⁴.

Burada Divan silahlı kuvvetlere ilişkin verilen kararların bütün durumlarda birlik hukuku kapsamı dışında olmadığını, özel durumlar değerlendirilmeden böyle genel bir istisnanın tanınacak olması durumunda birlik hukukunun bağlayıcılığına zarar verileceğini dile getirmiştir⁴⁵. Bununla birlikte getirilen muafiyetlerde orantılılık ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Yine kamu güvenliğinin sağlanması noktasında da üye devletlere takdir hakkı sağlanmış ve amaç için kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerektiği Divan tarafından vurgulanmıştır. Burada bu muharebe birliğinde yer alan şefler de nihayetinde muharebe birliği içerisinde olduklarından kamu güvenliğine hizmet etmektedir⁴⁶. Bundan dolayı işin doğası ve içeriği gereği eşitlik ilkesinin uygulanmaması Divanca haklı görülmüştür⁴⁷.

Alexander Dory kararında davacı erkek, bayanların orduda çalışabilmekle birlikte askerlik hizmetinden muaf olduklarını ve fakat erkeklerin ise askerlik hizmeti yapmalarının zorunlu olmasından dolayı cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunmuştur⁴⁸. Bununla birlikte bu davada zorunlu askerlik hizmeti ve bunun Direktif kapsamında girip girmediği sorusu Divan'a yöneltilmiştir.

Divan burada ilk önce AB hukukunun üye devletlerin ordularına mutlak suretle uygulanmayacağı söz konusu olmadığını dile getirmiştir⁴⁹. Daha sonra ise askeriye istihdam için alımlarda veya askeriye içinde atama gibi konularda bu Direktif hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmekle birlikte zorunlu askerlik hizmetinin olup olmayacağı veya askerliğin sadece erkekler

⁴¹ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararı.

⁴² Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 9. paragrafı.

⁴³ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 10. paragrafı.

⁴⁴ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 10. paragrafı.

⁴⁵ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁶ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁷ Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararının 32. paragrafı.

⁴⁸ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 16. paragrafı.

⁴⁹ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 31. paragrafı.

için sınırlandırılması gibi konular kamu güvenliği ile alakalı olduğundan Direktif kapsamında değerlendirilmeyeceğine hükmetmiştir⁵⁰.

C. Ayrımcılığın İspatı ve İspat Yükü

İşverenin ayrımcılık oluşturan hareketlerin uygulamasında haklı olduğunu ispat etmesi gerekir. Çünkü bazı durumlarda çalışan almış olduğu ücreti bile tam olarak ispat edememektedir. Özellikle ücret hesaplama yöntemleri yeteri kadar açık olmadığından veya birçok işin benzer beceri gerektirmesinden dolayı çeşitli problemler ortaya çıkmakta ve ispat gerekmektedir⁵¹. Divan bu sorunları çözerken “**silahların eşitliği**” ilkesini kullanmaktadır⁵².

Silahların eşitliği şunu ifade eder ki, davacı ilk bakışta davada haklı olduğu algısını yargılama makamlarında uyandırabilirse, bu durumda ispat yükü ters çevrilerek durumunun aksinin ispatı işverene düşer⁵³. Çünkü ihtilaf durumunda işverenin çalışana nazaran daha güçlü durumda olduğu yadsınamaz. Aslında buradaki amaç eşitlik ilkesinin tam olarak uygulanmasını sağlamaktır.

Divan'ın bu yaklaşımı, Direktif md. 19'da düzenlenme alanı bulmuştur. Şöyle ki; *Üye devletler, ulusal adli sistemlerine uygun şekilde, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmadığını düşünen kişilerin bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alırlar.*

*Brunnhof*er kararında ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden çalışan iddiasını, doğru olduğu kanaatine ulaştıracak derecede ispat edemediği için Divan işverenin ayrımcılık yapmadığını veya yapmasında haklı bir nedene dayandığını ispat etme yükü altına girmediğine hükmetmiştir⁵⁴.

Bununla birlikte ayrımcılığın var olup olmadığına ilişkin ispatta benzer çalışan kavramı da kullanılmaktadır⁵⁵. Bu çalışan aynı veya benzer işi yapan ve daha fazla ücret alan erkek çalışandır. Bu şekilde kıyaslama yapma 2006/54/AT sayılı Direktif'te de düzenlenmiştir. Yalnız Divan'ın kararlarında bu kıyaslamayı gitgide temel alması eleştirilmektedir⁵⁶. Çünkü temizlik, hizmet gibi bazı sektörlerde erkek çalışan sayısı çok az derecededir. Bu sektörlerde ise bu durum bir sorun teşkil etmektedir. Bunun yerine yani sadece aynı işyerinde çalışan değil aynı veya benzer sektörlerde çalışan kadın çalışanın benzer çalışan olarak dikkate alınması gereği doktrin tarafından ileri sürülmektedir⁵⁷.

İşçi, ayrımcılığın var olduğunu ispat ederken işverenin elinde olan belgeleri isteyemez. *Kelly*⁵⁸ davası, bir yüksek eğitim enstitüsünde açılan sosyal bilimlerin alanındaki master programına başvuran Bay Kelly'nin reddedilmesi sonucu

⁵⁰ Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararının 34 ve 41. paragrafları.

⁵¹ Watson, a.g.e., s. 392.

⁵² A.e., s. 392.

⁵³ Benzer şekilde bkz. Gonca, a.g.e., s.173-174.

⁵⁴ Divan'ın 2001 tarihli ve 381/99 sayılı Kararının 59 ve 60. paragrafları.

⁵⁵ Gonca, a.g.e., s.175.

⁵⁶ Davies, a.g.e., 120.

⁵⁷ A.e., s. 120.

⁵⁸ Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararı.

bu enstitüden kazanan diğer bayan adayların bilgilerini istemesi ile ilgilidir. Burada Divan'a ispat yükünden dolayı davacının diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verip vermeyeceği sorusu yöneltmiştir.

Divan ispat yükü ile ilgili maddenin hiçbir zaman diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verme şeklinde yorumlanamayacağını ve fakat yetkili mahkeme veya kurumlar tarafından AB hukukunda var olan kişisel verilerin korunması ile ilgili kurallara riayet edilerek incelenebileceğine hükmetmiştir⁵⁹.

Meister kararında Rusya vatandaşı olan Bayan Meister Almanya'da bir firmada açılan deneyimli yazılım geliştiricisi işine başvurmuş fakat mülakat yapılmadan elenmiştir⁶⁰. Çok geçmeden ikinci olarak aynı ilan dolayısıyla tekrar başvurmuş ve fakat yine mülakat yapılmadan elenmiştir. Davacı cinsiyet, yaş ve etnik kökenden dolayı ayrımcılık yapıldığını iddia etmiş ve diğer başvurusu kabul edilenlerin bilgilerini istemiştir. Burada da Divan'a ispat yükünden dolayı davacının diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verip vermeyeceği sorusu yöneltmiştir.

Divan yine benzer karar vererek ispat yükü ile ilgili maddenin hiçbir zaman diğer adayların bilgilerini isteme yetkisini verme şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir⁶¹. Ayrıca Divan, davalının bu bilgileri vermeyi reddetmesinin de tek başına ayrımcılığın var olduğuna ilişkin bir algı uyandırmayacağı, bütün kriterlerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶².

D. İşverenin Savunma Hakkı

Davalı tarafından yapılan temel savunma mevcut ayrımcılığın haklı nedenlere dayandığı yönündedir. Haklı nedenlerin meşru bir amaca dayanması ve kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerekir⁶³. Ayrıca bu haklı nedenlerin işveren tarafından ispatlanması gerekmektedir⁶⁴.

Haklı nedenlerin olması durumunda ayrımcılığa neden olan uygulamaların Direktife aykırılık teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Bu durum *Enderby*⁶⁵ kararında vurgulanmıştır.

Bayan Enderby konuşma terapisti olarak çalışırken ve eşit değerlerde iş olarak çalışan eczacılara göre daha az ücret aldığını iddia ederek yerel mahkemeye başvurmuştur. Yerel mahkeme olumsuz karar vermiş ve durum yüksek mahkemeye taşınmıştır. Yüksek mahkeme ise Divan'a bazı meslek çalışanlarına daha fazla ücret ödenmesi ve adayların bu şekilde cezbedilmesi amacı ile eşit iş yapan iki çalışan grup arasında farklı ücret ödenmesinin haklı neden olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusunu yöneltmiştir.

Divan ilk önce eşit iş veya eşit değerdeki işlerde iki işten birinin ağırlıklı olarak erkeklerce diğerinin ise bayanlarca yapılması ve ücret farklılığının olması durumunda işverenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmadığını veya ayrımcılığın objektif nedenlerden kaynaklandığını ispat etmesi gerektiğini vurgulamış-

⁵⁹ Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararının 38, 48 ve 56. paragrafları.

⁶⁰ Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararının 27. paragrafı.

⁶¹ Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararının 46. paragrafı.

⁶² Divan'ın 2012 tarih ve 415/10 sayılı Kararının 47. paragrafı.

⁶³ AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.46.

⁶⁴ Gonca, a.g.e., s.181.

⁶⁵ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararı.

tır⁶⁶. Bununla birlikte farklı toplu sözleşmelere tabi eşit değerdeki iki iş arasında farklı ücret ödenebileceği gibi bu farklılık başlı başına da farklı ücret ödenmesinde objektif bir neden olmayacaktır⁶⁷. Davada da işverenin iş piyasa durumundan dolayı bazı meslek çalışanlara daha fazla ücret ödenmesi ve adayların bu şekilde cezbedilmesi zorunluluğunun olduğunu ve yine piyasa durumunun eşit iş yapan iki çalışan grup arasında farklı ücret ödenmesine sebep olabileceği yönündeki gerekçelerini Divan haklı neden olarak kabul etmiştir⁶⁸.

Hizmet süresi de (Kıdem) ücret farklılıklarında haklı sebep olabilir⁶⁹. Yalnız burada iddia edilen husus bayanların doğum izni veya çocuklarına bakmak için aldıkları izinlerden dolayı bayanların çoğunlukla erkek çalışanlara göre daha az kıdeminin olduklarıdır. Tabi bu durumda ispat yükü işveren üstündedir. Burada işveren, hizmet süresinin uzunluğuna göre çalışanın daha fazla tecrübe sahibi olduğunu ve işini daha iyi yaptığını kanıtlamak zorundadır⁷⁰. Yine ayrımcılığın cinsiyete dayalı olup olmadığının incelenmesinde yerel mahkemeler yapılmış toplu iş sözleşmelerini de dikkate alabileceklerdir⁷¹.

Divan haklı nedenlere ilişkin genel bir kalıp çıkarmayı reddederek her somut olayın ayrı değerlendirilmesinden yanadır⁷².

Kleist kararında şirket, iç hukuk kurallarının izni doğrultusunda emeklilik yaşına gelenlerin iş sözleşmesini feshetme kararı almıştır. Fakat Avusturya'da erkekler 65, bayanlar 60 yaşında emekli olabilmektedir. Kadın ve erkek çalışanlar için var olan yaş farkının ayrımcılık olup olmadığı ve iç hukukta var olan genç çalışanlara istihdam yaratma amacı taşıyan bu kuralın haklı neden olarak değerlendirilemeyeceği sorusu Divan'a yöneltmiştir.

Burada Divan, bu iki grubun aynı çalışma şartlarına tabi olduklarını ve aynı şekilde sözleşmelerinin sona erdirildiği gerekçesiyle cinsiyete dayalı doğrudan bir ayrımcılık yapıldığı ve iç hukukta var olan genç çalışanlara istihdam yaratma amacı taşıyan bu kuralın da Direktif hükümlerine aykırı olduğu kanaatine varmıştır⁷³. Yine benzer görüşüne *Marshall* kararında da yer vererek bayanların 60, erkeklerin 65 yaşına ulaştıkları zaman emekli olabileceklerini düzenleyen yasa hükümlerine rağmen kadın çalışanların 60 yaşına ulaştıklarında sözleşmelerinin sona erdirilmesini cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir ve istihdam olanağı yaratma amacını haklı bulmamıştır⁷⁴.

Masrafların fazla olması nedeniyle ayrımcılığın yapıldığı savunması yine haklı neden olarak kabul edilemez⁷⁵.

Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içerisinde işçinin cinsiyeti, etnik kökeni, engelli olması gibi bir davranış farklılığı uygulaması yoksa toplu iş söz-

⁶⁶ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 19. paragrafı.

⁶⁷ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 23. paragrafı

⁶⁸ Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararının 29. Paragrafı.

⁶⁹ Gonca, a.g.e., s.183-186; Kaya, a.g.e., s.15, Watson, a.g.e. s. 394.

⁷⁰ Watson, a.g.e., s. 394

⁷¹ Divan'ın 1995 tarihli ve 400/93 sayılı Kararının 46. paragrafı.

⁷² Watson, a.g.e.. s. 395.

⁷³ Divan'ın 2010 tarihli ve 356/09 sayılı Kararı, Benzer davalar için bkz. Gonca, a.g.e., s.189.

⁷⁴ Divan'ın 1986 tarihli ve 152/84 sayılı Kararının 38. paragrafı.

⁷⁵ Watson, a.g.e., s. 395.

leşmesinin ağırlıklı olarak kadın işçiler, erkek işçiler, kısmi zamanlı çalışanlar gibi belli bir grup işçiye dair hüküm getirmesi tek başına ayrımcılık yasağının ihlali teşkil etmez⁷⁶.

II. AYRIMCILIĞA KARŞI ALINACAK ÖNLEMLER

A. Hakların Savunulması

Üye devletler, ayrımcılık yapıldığına dair bir şikâyet karşısında adli veya idari bir sürecin başlatılması için gerekli olanakları sağlayacaklardır. Direktif md. 17/1'e göre "*Taraflar arasındaki ilişki sona ermiş olsa bile kendisi hakkında ayrımcılık yapıldığını düşünen biri bu direktif hükümlerinin uygulanması için yetkili makamlara başvuru hakkının ve imkânının tanınması için gerekli önlemleri üye devletler alacaklardır*". Aslında burada idari soruşturma mahkemelere karşı bir alternatif olarak şekillendirilebilir⁷⁷.

Direktif'e göre iş ilişkisinin sona ermesi durumunda bile bu imkânın sağlanması gerekmektedir. Aslında burada uzun vadede de bu ayrımcılıkla mücadele etme amacı ortaya çıkmıştır. Yine uygulamada görüldüğü üzere çalışanın işverene karşı iş ilişkisi sona erdikten sonra daha fazla cesaret göstermektedir. Ayrıca üye devletler, ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmeye meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşlarının (Ya onların adına ya da destek çıkararak) bu mücadelede yer almasını sağlayacaklardır. Bu sivil toplum kuruluşlarına böyle bir imkân sağlamak aslında bu ilkenin tam olarak uygulanmasına hizmet edecektir. Çünkü bireysel olarak mücadele hem daha zor hem de masraflıdır. Yalnız burada Direktif, üye devletlere hangi kuruluşların bu mücadelede yasal menfaatlerinin bulunduğu belirlenmesinde geniş bir takdir hakkı bırakmıştır. Bu kuruluşlar, sendikalar veya bu amaca hizmet eden diğer kuruluşlar olabilir. Bununla birlikte yine üye devletler bu kuruluşların belirli bir ağırlığa ve güce veya özel bir organizasyon yapısına sahip olmalarını isteyebilir⁷⁸. Yine bu kuruluşların süreci yürütürken bireyin rızasını alması ve onun menfaati adına çalışması gerekmekte olup bireyin bu kuruluşa üye olması da gerekmemektedir⁷⁹.

B. Tazminat Yaptırımı

Genel olarak üye devletler işe ve mesleki eğitime ulaşımında ve atamada, taciz ve cinsel taciz de dâhil cinsiyete dayalı ayrımcılığın bütün türlerinin önlenmesinde işverenleri destekleyecektir. Bununla birlikte üye devletler, ayrımcılığa maruz kalan kişilere maruz kaldıkları kayıp ve zarar için caydırıcı ve orantılı bir tazminat ödenmesi için gerekli tedbirleri de alacaklardır. Bu tazminatlar hiçbir şekilde önceden üst sınırla sınırlandırılmaz. *Draehmpaehl* kararında Divan, üye devletlerin ihlal durumunda bunun yaptırımını tazminat olarak belirleyebileceklerini fakat bu tazminata bir üst sınır koyamayacaklarına hükmetmiştir⁸⁰. Çünkü Divan, üst sınır konulması durumunda tazminat mekanizmasının yeterli derecede etkili olamayacağı ve aynı zamanda bu meka-

⁷⁶ Gonca, a.g.e., s.189.

⁷⁷ Riesenhuber, a.g.e., s. 267.

⁷⁸ A.e., s. 268.

⁷⁹ A.e., s. 269.

⁸⁰ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 37. paragrafı.

nizmaya başvuranlar için de bir caydırıcılık oluşturmayacağını dile getirerek üst sınır konulmasını reddetmiştir⁸¹. Yine aynı davada Divan, birden fazla kişiye karşı ayrımcılık yapılması ve tazminat talep edilmesi durumunda iç hukukta yer alan ve en fazla 6 aylık ücretleri tutarında bir tazminata hükmedilmesini düzenleyen hükmün de uygulanmamasına hükmetmiştir⁸².

Üye devletler bu Direktif doğrultusunda uyumlaştırdıkları ulusal hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda uygun yaptırımların uygulanması için iç hukuklarına hükümler koyacak ve bunların uygulanmasını sağlayacaktır. Bu yaptırımlar etkili, caydırıcı ve orantılı olacaktır.

Yine üye devletler ihlal durumunda tazminat sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak düzenleyebilirler⁸³. *Draehmpaehl* kararında Divan, açıkça üye devletlerin zararın tazminat yoluyla giderilmesini tercih etmeleri durumunda bu ihlali gerçekleştiren kişinin kusurlu olması şartını aramayacaklarına hükmetmiştir⁸⁴.

Bu Direktif'te, eşit davranma ilkesine aykırılıktan dolayı işletme içerisinde yapılan şikâyetler veya yasal yollara başvurulması nedeniyle bu çalışanın ve temsilcinin kovulmasını veya başka aleyhte hareketlere maruz kalmasını önlemek için üye devletlere kendi yasal sistemlerinde koruyucu önlemler alma zorunluluğu da düzenlenmiştir. Bununla birlikte başlatılan bu süreçte muhakkak çalışanın haklı çıkması da gerekmez⁸⁵.

Nimz kararında ise Divan, toplu sözleşmelerde ayrımcılık yasağını ihlal eden bir hükmün bulunması durumunda üye devletlerce nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Burada ulusal mahkemelere maddeyi toplu pazarlık veya başka bir prosedürle (anayasal veya yasal değişiklik) kaldırma yerine sözleşme maddesinin uygulamasının bir kenara bırakılmasını ve eşit davranılmasını isteme hakkı verilmiştir⁸⁶.

C. Bilginin Yayılması

Bu Direktif'e uygun olarak alınan ve önceden var olan önlemleri uygun olduğu noktada işyerlerinde ve uygun araçlarla bütün insanların ilgisine sunulmasını üye devletler sağlayacaklardır. Direktiflerin ayrımcılıkla mücadele etmek ve eşit muameleyi teşvik etmek için ulusal mevzuatta düzenleme yapmanın yalnızca bir ilk adım olduğunu kabul edilir⁸⁷. İkinci adım ise sivil toplumda bilinci artırma, geniş kapsamlı bir anlayış oluşturma ve eşit muamele ilkesini toplum gündemine taşımak için sivil toplum kuruluşları ve diğer sosyal ortaklarla birlikte çalışmaktır. Böylelikle bu durum, ayrımcılık yasağının tam ve etkili bir şekilde uygulanmasının sağlanmasına yardımcı olacaktır.

⁸¹ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 37. paragrafı.

⁸² Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 43. paragrafı

⁸³ Riesenhuber, a.g.e., s. 264.

⁸⁴ Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararının 22. paragrafı.

⁸⁵ Riesenhuber, a.g.e., 266.

⁸⁶ Divan'ın 1991 tarihli ve 184/89 sayılı Kararının 21. paragrafı.

⁸⁷ Bojarski, Chopin, Cohen, Do, Farkas, Iordache, a.g.e., s.33.

D. Sosyal Diyalog

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olarak sosyal taraflar arasında eşitlik prensibini teşvik etmek ve diyalog sağlamak için gerekli önlemleri alacaklardır.

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olduğu noktada ve sosyal tarafların kendi özerkliklerine dokunmamak kaydıyla toplu görüşmelerde ve Direktif md. 1'de zikredilen alanlarda ayrımcılığı yasaklayan kuralları içeren uygun seviyede anlaşmaların sonuçlanması için sosyal tarafları destekleyecektir.

Üye devletler kendi ulusal yasalarına, toplu sözleşmelere ve uygulamalara uygun düştüğü ölçüde işe ve mesleki staja ulaşımında, atamada işyerinde planlı ve sistematik bir şekilde kadın ve erkeklere eşit davranılmasını sağlamak için işverenleri destekleyeceklerdir. Bu amaçla işverenlerin çalışanlarına veya temsilcilerine kadın ve erkekler arasında eşit davranılmasına ilişkin uygun bilgileri vermesi ve haklarını anlatması desteklenecektir.

Üye devletler ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmeye meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşları ile sosyal diyalogu geliştirecektir.

E. Eşitlik Organları

Üye devletler insanların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmadan eşit davranılmasının izlenmesi, desteklenmesi, analizi için kurum veya kurumların kurulmasına yönelik uygun düzenlemeler yapacaktır.

Bu kurum ve kurumların görevi aşağıdaki şekildedir;

- a) Bu kurumlar md. 17/2'de düzenlenenlerden bağışık olacaktır⁸⁸,
- b) Ayrımcılıkla ilgili bağımsız araştırmalar yapacaktır,
- c) Ayrımcılıkla ilgili raporlar hazırlayacak ve tavsiyelerde bulunacaktır,
- d) Avrupa'daki kurumlarla bilgi alış verişinde bulunacaktır.

F. Asgari Gereklilikler

Üye devletlerin kendi mevzuatlarında var olan ve eşitlik ilkesini koruyan hükümlerin bu Direktif'te yer alan hükümlerden daha avantajlı olması durumunda kendi iç hukuklarındaki bu hükümlerin uygulanmasını sürdürebilirler. Yani Direktif hükümleri asgari olarak düzenlenmiştir. Yine Direktif'in uygulanması hiçbir şekilde üye devletlerde önceden var olan ayrımcılığı yasaklayan hükümlerin etkisini azaltmaya neden olmayacağı Direktif'te düzenlenmiştir.

Bu Direktif'te belirtilen konulardaki faaliyetlerin, politikaların, yasa, yönetmelik ve idari mevzuatın uygulanmasında ve oluşturulmasında kadın ve erkek arasında eşit davranılması ilkesi üye devletler tarafından dikkate alınacaktır. Kadın ve erkeklere istihdam ve meslek konularında eşit muamele, hukuki tedbirlerle sınırlandırılmaz. Tersine Avrupa Birliği ve üye devletler,

⁸⁸ Üye devletler, kendi ulusal hukuklarında öngörülen kriterler uyarınca bu Direktifin hükümlerine uyulmasını sağlamakta meşru çıkarları olan derneklerin, örgütlerin veya diğer yasal varlıkların, müştekinin onayı ile bu Direktif kapsamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için öngörülen herhangi bir adli ve/veya idari prosedüre müştekinin adına veya müştekiyi desteklemek üzere katılabilmelerini temin ederler.

mümkün olan en geniş ölçüde kamu ve özel sektör düzeyinde ilgili bütün tarafları konuya dâhil ederek ücret konusundaki ayrımcılığa dair kamuoyundaki bilincin artmasını ve kamuoyunun bu konudaki tutumunun değişmesini teşvik etmeye devam etmelidir.

G. Ayrımcılık İle Mücadelede Pozitif Eylem

Bu konu Direktif md.3'te düzenlenmektedir. Pozitif eylem, az temsil edilen bir gruba işe alma ve atama dâhil istihdam ile ilgili kararlarda ayrıcalık tanıma olarak tanımlanabilir⁸⁹. Fakat böyle bir imkânın üye devletlere tanınması da tartışmalıdır. Çünkü sosyal sebeplerden dolayı liyakate dayanmayan kararlar verilebilmesi, eşitlik ilkesini bozabilecek bir imkân doğurabilir. Tabii bununla birlikte böyle bir imkân tanınarak eşitlik ilkesinin uygulanmasına bir ivme kazandıracağı görüşü de vardır⁹⁰. Zaten AB hukukuna aykırı olacak şekilde bir pozitif eylem mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu pozitif önlemler orantılılık ilkesine uymak kaydıyla kabul edilebilir. Çünkü nihayetinde bir gruba pozitif imkân sağlanırken diğer bazı gruplar bundan olumsuz etkilenebilmektedir. Divan da, otomatik olarak ve şartsız bazı gruplara pozitif ayrımcılık sağlanmasına karşı çıkmaktadır⁹¹. Bütün adayların özel durumları dikkate alınarak objektif bir değerlendirme kabul edilmektedir. Dolayısıyla md.3'e göre bunun kararı ve içeriği de üye devletlerin takdirinde olacaktır.

Divan, böyle bir düzenlemenin hareket noktasını bir kararında aşağıdaki şekilde belirtmiştir: Kadın ve erkek aynı liyakata sahip olsa bile işyerlerinde kadınlara karşı bir önyargı olduğu için böyle durumlarda erkekler tercih edilmektedir⁹². *Abrahamsson* kararında Divan "Pozitif eylem hükmü, dezavantajlı grubun dezavantajlarını engelleyen veya tamir eden ve toplum içerisindeki resmi değil asıl var olan eşitsizliği ortadan kaldırmayı hedefleyen hükümlerdir" demiştir⁹³. Yani başka bir anlatımla pozitif eylem aslında kâğıt üzerinde değil toplum içerisinde var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yarayan hükümler olduğunu Divan dile getirmiştir. Yalnız burada unutulmaması gereken nokta pozitif eylem, eşitlik ilkesinin temel prensiplerine aykırı olmamalıdır.

Abrahamsson davasında, üniversite, profesör alımında başvurular arasında birincisi bilimsel yeterlilik yönünden ikincisi ise bilimsel fayda yönünden olmak üzere iki oylama yaparak adaylar arasından birini bu göreve seçmiştir. Fakat daha sonra bu adayın başvurusunu çekmesi üzerine rektörlük, fakülteden ikinci sırada yer alan *Mr Anderson* ile üçüncü sırada yer alan bayan *Fogelqvist* arasında yeni bir oylama yapmasını istenmişse de, fakülte zaten ilk seçimde adayların değerlendirildiğine dayanarak oylama yapmamıştır. Rektörlük ise bayan adayın korunması gereken grupta yer alması ve yine objektifliği ihlal edecek derecede aralarında da fark olmadığı iddiası ile üçüncü sırada yer alan *Ms Fogelqvist*'i atamıştır⁹⁴. Bunun üzerine *Mr Anderson* ve yine dereceye giremeyen diğer aday *Ms Abrahamsson* atamaya itirazda bulunmuştur.

⁸⁹ Nielsen, a.g.e., s. 127, AB Temel Haklar Ajansı, a.g.e., s.36, Kaya, a.g.e., s.116.

⁹⁰ Nielsen, a.g.e., s. 127.

⁹¹ Riesenhuber, a.g.e., s. 255.

⁹² Nielsen, a.g.e., s. 128.

⁹³ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararı.

⁹⁴ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 19 ve 20. paragrafi.

Burada Divan ilk önce üye devletlerin dezavantajlı grupta yer alan çalışanlara öncelik vermesinin birlik hukuku ile uyumlu olduğunu belirtmiştir⁹⁵. Bununla birlikte Divan, kişinin dezavantajlı grupta olmasından dolayı doğrudan veya şartsız bir şekilde öncelikli olarak atanmaması ve adayların bütün kişisel özelliklerinin dikkate alınarak karar verilmesi durumunda ihlalin olmayacağına hükmetmiştir⁹⁶. Yani Divan'a göre kişinin başka kriterleri değerlendirilmeden sadece dezavantajlı grup arasında olması başlı başına seçim kriteri olarak değerlendirilemez⁹⁷. Kendisinin ve diğer adayların objektif kriterleri de göz önüne alınmalıdır.

Badeck kararında da Divan benzer noktalara temas etmiştir. Bu davada Divan, değerlendirme yapılırken yeteneği, kapasitesi, tecrübesi ve mesleğe uygunluğu gibi kriterlerin seçimde göz önüne alınması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁸. Zaten bu kriterler, erkek çalışanları kadın çalışanlara nazaran daha lehe bir konuma getiremez⁹⁹. Yine bu davada Divan, objektif kriterler de göz önüne alınarak yapılan seçimlerde eşit konumda çıkan bayan ve erkek arasından bayanlara öncelik verilebileceğine ilişkin üye devletlerin iç hukuklarında var olan hükümlerin uygulanmasına devam edilebileceğini vurgulamıştır¹⁰⁰.

I. AYRIMCILIK YASAĞI VE HAMİLELİK

Hamilelik ve doğum iznini tanıyan üye devletler, bu hakları kullanmalarından dolayı işten çıkarmalara karşı, çalışan kadınları korumak için gerekli tedbirleri alır ve bayan çalışanların işlerine veya eşdeğer pozisyonlara dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönme imkânı sağlar¹⁰¹. Kadın çalışanlar, yoklukları sırasında çalışma koşullarında yapılmış her türlü iyileştirmeden de yararlanacaklardır.

Direktif md. 2/2-c'de yukarıdaki yükümlülöklere aykırılık ve genel olarak bir kadına hamilelik veya doğum izniyle ilgili daha kötü davranılması durumunda bu Direktif'in uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, hamile bayanların özel olarak korunması ile birlikte doğmamış veya yeni doğmuş çocukla anne arasındaki bağın korunmasına da hizmet etmektedir¹⁰².

Hamilelik gibi sadece bayanlara özgülenecek durumlarda emsal erkek işçi dikkate alınarak ayrımcılığın varlığı tespit edilemez. Bu durumda kişinin hamile olması sebebiyle dezavantajlı duruma düşmesi doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilir¹⁰³.

Bu Direktif'in uygulanması Doğum İzni Direktifi ve Hamilelik Direktifi'nin uygulanmasında da engel değildir¹⁰⁴.

Yukarıda da değinildiği gibi bu Direktif hamile olan veya doğum izni kullanan bayanların emsal çalışana nazaran ayrımcılığa maruz kalmasını engelle-

⁹⁵ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 43. paragrafı.

⁹⁶ Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararının 43. paragrafı.

⁹⁷ Roger Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer Publishing, 2012, p. 612.

⁹⁸ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 31 ve 32. paragrafları.

⁹⁹ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 31 ve 32. paragrafları.

¹⁰⁰ Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararının 38. paragrafları.

¹⁰¹ İren, a.g.e., s.158.

¹⁰² Riesenhuber, a.g.e., s. 307.

¹⁰³ Konuk, a.g.e., s.1738.

¹⁰⁴ Nielsen, a.g.e., s. 351.

yecektir. Hamilelik ve doğum izni sırasında bu çalışanın iş ilişkisinin sona erdirilememesi ve hamilelik ve doğum izni sırasında ücret ve ek ödemelerin azaltılmasına maruz kalmaması gerekmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte *Gillespie* kararında üye devletlerin analık döneminde kadın çalışanlara normal ücretlerinin aynısını ödemek zorunda olmadıklarını, analık izni sırasında ödenen ücretin hesaplanması ile ilgili zorunlu bir kriterin de olmadığını ve fakat verilecek ücretin çok düşük olmaması ve analık izninin gerekçesinin altını boşaltmaması gerektiği vurgulanmıştır¹⁰⁶. Babalık izninin verilmesinin takdiri ise üye devletlere bırakılmakla birlikte üye devletlerin bu hakkı kabulü durumunda bu hakkını kullanan babanın iş sözleşmesinin sonlandırılmasına karşı tedbirleri almak, bu izinden sonra işlerine dönmeyi sağlamak, bu süre zarfında sağlanan haklardan yararlandırmak, döndükten sonra da eşit şart ve koşullarda çalışma imkânı sağlamak zorundadır¹⁰⁷. Yani analık izni kullanan bayan ile aynı imkânlar sağlanmalıdır. Yine *Dekker* kararında kadının hamile olmasından dolayı işe alınmamasını cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak Divan kabul etmiştir¹⁰⁸.

Hamile bayanın gece çalışmamasından dolayı işten çıkarılması veya doğum izni kullanan bayanın işten çıkarılarak yerine belirli süreli iş sözleşesi ile başka bir kadın çalışanın bu süre için işe alınması haklı değildir¹⁰⁹. Bununla birlikte hamilelikten kaynaklanan hastalıklardan dolayı da kadın çalışanların korunması gerekmektedir. *Hertz* kararında davacı analık iznini kullandıktan belli bir süre sonra sık sık hastalanmaya başlayarak yaklaşık 100 gün işe gilememiştir¹¹⁰. Burada Divan hamilelikten kaynaklanan hastalık ile normal sebeplerden kaynaklanan hastalık ayrımını kaldırmıştır¹¹¹. Hastalık süresinin erkek çalışan için de iş sözleşmesinin sona erdirilmesine sebebiyet vermesinden dolayı feshin artık doğum veya loğusalığa dayandırılmayacağını ve doğrudan bir ayrımcılığın var olmadığını belirterek Divan, bu davada cinsiyete dayalı bir ayrımcılık tespit edememiştir¹¹². Yani burada Divan hastalıktan kaynaklanan fesih hükümlerinin erkek ve kadın çalışanlar için eşit uygulandığını ve hastalığın doğum veya loğusalıktan kaynaklanmasının bir önemi olmadığını dile getirmiştir. Buna karşılık *Mary Brown* kararında bu sefer Divan bir ayrım çizmiştir;

Bu davada Rentokil şirketinde şoför olarak çalışan Bayan Brown'un bu işi ağır iş olarak kabul edilmektedir. Ağustosun ortasında hamile olduğunu işverene bildirmiştir. İlerleyen zamanlarda hamileliğinden dolayı hastalıklar yaşadığından işinde çalışmamıştır¹¹³. Fakat imzalanan iş sözleşmesinde 26 haftadan fazla süre hastalık durumunda sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. 9 Kasım'da işvereni çalışana bildirimde bulunarak 13 haftayı doldurduğu ve 8 Şubat itibariyle görevine başlamaması durumunda 26 haftayı doldurduğundan iş sözleşmesinin sona erdirileceğini bildirilmiştir¹¹⁴. Belirlenen

¹⁰⁵ Watson, a.g.e., s. 409.

¹⁰⁶ Divan'ın 1996 tarihli ve 342/93 sayılı Kararının 20. paragrafı.

¹⁰⁷ Riesenhuber, a.g.e., s. 308.

¹⁰⁸ Divan'ın 1990 tarihli ve 177/88 sayılı Kararının 12. paragrafı.

¹⁰⁹ Watson, a.g.e., s. 410.

¹¹⁰ Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 3. paragrafı.

¹¹¹ Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 16. paragrafı.

¹¹² Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararının 17 ila 19. paragrafları.

¹¹³ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 4. paragrafı.

¹¹⁴ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 4. paragrafı.

sürede bu bayan işine dönmediğinden hamile iken iş sözleşmesi sona erdirilmiştir¹¹⁵.

İş sözleşmesinde yer alan 26 haftadan fazla süre hastalık durumunda sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hükmün erkeklere göre daha dezavantajlı olan hamile bayanlara da doğrudan uygulanmasını Divan kabul etmiştir. Çünkü bu durum onun kabiliyetsizliğinden kaynaklanmamaktadır. Böylelikle hamileliğin başlangıcı ile doğum izni arasındaki sürede alınan hastalık izinleri fesih için gerekli olan izin süreleri içinde değerlendirilmeyecektir¹¹⁶. Özetle hamilelik ve doğum izninin, kadın çalışanlar için olumsuz etki yaratmaması için bu ilke etkin şekilde uygulanacaktır.

Thibault kararında Divan, hamileliği sırasında kadın çalışanın başka biriyle kıyaslanamayacağına ve eşit davranma yükümlülüğünün doğum izninde de devam edeceğine dikkat çekmiştir.

Verimlilik değerlendirmesine göre çalışanlara verilen promosyondan hamile olduğu süre içinde yararlanamayan Bayan Thibault bu uygulamanın ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. Şöyle ki, işveren 6 yıllık kıdeme sahip olan her çalışana promosyon dağıtmıştır. Doğum izninde olması sebebiyle bu şartı gerçekleştirilemeyen Bayan Thibault'un promosyon talebi reddedilmiştir.

Doğum izninde bulunan bir çalışan için iş ilişkisi devam etmektedir. Kadın ve erkek çalışanlar için eşit uygulanması gereken çalışma şartları doğum izni döneminde geçerlidir. Somut olayda uygulamanın kadın ve erkek çalışan arasında farklılık yarattığı söylenebilir. Nitekim Bayan *Thibault* doğum iznine çıktığı için verimlilik değerlendirmesinden istifade edememiştir¹¹⁷.

Mahlburg davasında Divan, bayanları koruyan yasa hükümlerinin Direktif hükümlerine aykırı şekilde uygulanmaması gerektiğine dikkat çekmiştir.

Bayan Mahlburg belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmakla birlikte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmak istemektedir. Bu talebini personel daire başkanlığına bildirmiş ve fakat daire boş kadro olması durumunda atama yapılarak sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştürülebileceğini söylemiştir¹¹⁸. Daha sonra ilan edilen boş kadroya başvurmakla birlikte Bayan Mahlburg başvuru sırasında hamiledir¹¹⁹. İşveren, Almanya'da var olan Annelerin Korunması Kanununa dayanarak hamile olan kadın çalışanın atanmak istediği işin sağlığı için tehlike oluşturabileceği iddiası ile atama başvurusunu reddetmiştir¹²⁰.

Burada Divan ise kadın çalışanların sahip oldukları bu hakların istihdam ve atamaya ulaşmada onları dezavantajlı duruma düşüremeyeceği ve şartları sağlamasına rağmen hamilelik döneminde baştan itibaren atanmasını engelleyen hükümlerin uygulanmasını Direktif hükümlerine aykırı bulmuştur¹²¹.

Wiebke Busch davasında Divan hamile çalışana hamile olduğunu işverene bildirme zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. *Wiebke Busch* kararında davacı *Bayan Busch* Haziran 2000 yılında ilk çocuğunu doğurduktan sonra 3 yıl analık

¹¹⁵ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 7. paragrafı.

¹¹⁶ Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararının 27 ve 28. paragrafı.

¹¹⁷ Divan'ın 1998 tarihli ve 136/95 sayılı Kararının 33. paragrafı.

¹¹⁸ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 9. paragrafı.

¹¹⁹ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 12. paragrafı.

¹²⁰ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 13. paragrafı.

¹²¹ Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararının 30. paragrafı.

izni almıştır. Ekim 2000 yılında tekrar hamile kalmıştır. 30 Ocakta yazılı olarak işverene işe dönmek isteğini bildirmiş ve 9 Nisan 2001'de işe başlamıştır. Fakat ertesi gün 7 aylık hamile olduğunu ve işe analık iznindeki döneme nazaran daha fazla miktarda ödenen analık ödeneğini ve işveren tarafından ödenecek olan tamamlayıcı yardımı (Supplementary Allowance) almak için döndüğünü iletmıştır¹²². Bunun üzerine 11 Nisanda işveren, yalan beyandan dolayı bu çalışanın işe dönme iradesini reddetmiştir. Yine işe dönmeden önce hamile olduğunu işverene bildirmesi gerektiğinden ötürü ek ödeme yapmayı da işveren reddetmiştir. Buna karşılık çalışan ise hamilelik izninin 23 Mayıs itibariyle başlayacağını ve bu tarihe kadar çalışmasını engelleyecek bir hükmün bulunmadığını ileri sürmüştür¹²³.

Burada Divan, kadın çalışanın hamile olmasından dolayı görevini tam olarak ifa edememesi söz konusu olsa dahi işe dönüş anlaşmanın yapılmasından önce hamile olduğunu işverene bildirmesi gerektiğine ilişkin bir hükmün Direktif'te olmadığını ve yine iç hukukta bulunan böyle hükümlerin uygulanmasını engelleyeceğini dile getirmiştir¹²⁴. Yine Divan çalışan tarafından analık izninin kısaltılması için yapılan başvuruda işverenin, şartlarda yanıtlanmasından dolayı aleyhe karar vermesini cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir¹²⁵.

J. SONUÇ

Ayrımcılık yasağının amacı bütün çalışanlara iş hayatında mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil bir imkân temin etmektir. Avrupa Birliği müktesebatında da önemli bir yer bulan ayrımcılık yasağı Birlik Hukuku'nda özellikle kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. 2006/54/AT sayılı Direktif ise her konuda değil sadece işçilik ile alakalı konularda kadın ve erkek arasındaki eşitliği düzenlemektedir. Atama dâhil işe ulaşım, bu düzenlemenin kapsamına girmektedir.

Bu Direktif hükümleri asgari bir koruma getirmekte ve üye devletlerin kendi mevzuatlarında var olan ve eşitlik ilkesini koruyan hükümlerin bu Direktif'te yer alan hükümlerden daha avantajlı olması durumunda kendi iç hukuklarındaki bu hükümlerin uygulanmasını sürdürebilmektedirler.

Direktif'te ayrımcılık yasağı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağı şeklinde düzenlenmiştir. Doğrudan ayrımcılık yapma yasağı benzer durumlarda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gerektiğini, sahip oldukları özellik nedeniyle onlara daha az elverişli bir biçimde davranılmaması gerektiğini öngörür. Dolaylı ayrımcılık yapma yasağı ise görünüşte tarafsız olan hükümler, kıstaslar ya da uygulamaların bir cinsiyetteki kişileri diğer gruba karşı dezavantajlı duruma düşürmesi veya düşürme ihtimalidir.

Direktif, meslekte ve istihdamda kadın ve erkekler arasında eşit davranma ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlama amacı ile düzenlenmiştir. Fakat bu eşitlik mutlak olarak uygulanmayıp 3 şart bir arada olması şartıyla uygulanabilir: Seçilen kriterler yasal amaca hizmet etmeli, bu kriterleri kullanmak, amaca ulaşmak için zorunlu olmalı, amaç ve araçlar arasında

¹²² Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 3. paragrafı.

¹²³ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 5. paragrafı.

¹²⁴ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 40. paragrafı.

¹²⁵ Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararının 43. paragrafı.

orantı olmalıdır. Bu şartları taşıyan uygulamalar Direktif hükümlerine aykırı olmayacaktır.

Direktifte ayrımcılığın ispatı ile ilgili izlenmesi gereken yol da tespit edilmiştir. Buna göre davacı ilk bakışta davada haklı olduğu algısını yargılama makamlarında uyandırabilirse, bu durumda ispat yükü ters çevrilerek durumunun aksinin ispatı işverene düşer. Çünkü ihtilaf durumunda işverenin çalışana nazaran daha güçlü durumda olduğu gerçektir. Davalı tarafından yapılan temel savunma mevcut ayrımcılığın haklı nedenlere dayandığı yönündedir. Haklı nedenlerin meşru bir amaca dayanması ve kullanılan araçların uygun ve zorunlu olması gerekir.

Direktifte ayrımcılık ile ilgili mücadele için yapılması gerekenler de belirlenmiştir. İlk önce üye devletler, taraflar arasındaki ilişki sona ermiş olsa bile kendisi hakkında ayrımcılık yapıldığını düşünen biri bu direktif hükümlerinin uygulanması için yetkili makamlara başvuru hakkının ve imkânının tanınması için gerekli önlemleri alacaklardır. Ayrıca üye devletler, ulusal hukuk ve uygulamalarına uygun olarak eşitlik ilkesinin tam uygulanması için bu Direktif hükümlerine dayanan ayrımcılığa karşı mücadele yürütmede meşru menfaati olan sivil toplum kuruluşlarının bu mücadelede yer almasını sağlayacaklardır. Bununla birlikte üye devletler, ayrımcılığa maruz kalan kişilere maruz kaldıkları kayıp ve zarar için caydırıcı ve orantılı bir tazminat ödenmesi için gerekli tedbirleri de alacaklardır.

Üye devletler ulusal örf ve adetlerine göre veya uygulamalarına uygun olarak sosyal taraflar arasında eşitlik prensibini teşvik etmek ve diyalog sağlanmak için gerekli önlemleri alacak ve insanların cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalmadan eşit davranılmasının izlenmesi, desteklenmesi, analizi için kurum veya kurumların kurulmasına yönelik uygun düzenlemeler yapacaklardır.

Direktifte dejavantajlı çalışanlar için pozitif eylem imkanı da düzenlenmiştir. Pozitif eylem, az temsil edilen bir gruba işe alma ve atama dâhil istihdam ile ilgili kararlarda ayrıcalık tanıma olarak tanımlanabilir. Pozitif eylem uygulanırken ayrımcılık yapılmamasına dikkat edilmelidir. Çalışanın dezavantajlı grupta olmasından dolayı doğrudan veya şartsız bir şekilde öncelikli olarak atanmaması ve adayların bütün kişisel özelliklerinin dikkate alınarak karar verilmesi durumunda ihlal var olmaz. Fakat kişinin başka kriterleri değerlendirmeden sadece dezavantajlı grup arasında olması başlı başına seçim kriteri olarak değerlendirilemez.

Direktifte son olarak üye devletlerin, bayan çalışanların hamilelik ve doğum izni kullanmalarından dolayı işten çıkarılmalarına karşı gerekli tedbirleri alacakları ve bayan çalışanların işlerine veya eşdeğer pozisyonlara dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönme imkânını sağlayacakları da düzenlenmiştir. Bu Direktif'in uygulanması Doğum İzni Direktifi ve Hamilelik Direktifi'nin uygulanmasında da engel teşkil etmeyecektir.

KAYNAKÇA

Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Avrupa Konseyi: Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 2010.

Aydınöz, Gonca: "Avrupa Birliği Direktifleri ile Atad Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C.I, No:44, Temmuz-Eylül 2009, s.163-192.

Blanpain, Roger: European Labour Law, Wolters Kluwer Publishing,2012.

Bojarski,Luasz Chopin, Isabelle, Cohen, Barbara, Uyen Do, Farkas Lilla, Iordache, Romanita: Ayrımcılık Yasağı Eğitimi El Kitabı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

Davies, A.C.L: EU Labour Law, Edward Elgar Publishing,2012.

Divan'ın 1981 tarihli ve 96/80 sayılı Kararı (J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.).

Divan'ın 1985 tarihli ve 248/83 sayılı Kararı (Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany).

Divan'ın 1986 tarihli ve 170/84 tarihli Kararı (Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz).

Divan'ın 1986 tarihli ve 152/84 sayılı Kararı (M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)).

Divan'ın 1987 tarihli ve 286/85 sayılı Kararı (Norah McDermott and Ann Cotter v Minister for Social Welfare and Attorney-General).

Divan'ın 1990 tarihli ve 177/88 sayılı Kararı (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus).

Divan'ın 1991 tarihli ve 184/89 sayılı Kararı (Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg).

Divan'ın 1993 tarih ve 127/92 sayılı Kararı (Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health).

Divan'ın 1995 tarihli ve 400/93 sayılı Kararı (Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S).

Divan'ın 1996 tarihli ve 342/93 sayılı Kararı (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).

Divan'ın 1997 tarihli ve 1/95 sayılı Kararı (Commission v Austria).

Divan'ın 1997 tarihli ve 180/95 sayılı Kararı (Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG).

Divan'ın 1998 tarihli ve 394/96 sayılı Kararı (Mary Brown v Rentokil Ltd).

Divan'ın 1998 tarihli ve 136/95 sayılı Kararı (Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault).

Divan'ın 1999 tarihli ve 273/97 sayılı Kararı (Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence).

Divan'ın 1999 tarihli ve 179/88 sayılı Kararı (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening).

Divan'ın 2000 tarihli ve 407/98 sayılı Kararı (Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist).

Divan'ın 2000 tarihli ve 158/97 sayılı Kararı (Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen).

Divan'ın 2000 tarihli ve 207/98 sayılı Kararı (Silke-Karin Mahlburg v Land Mecklenburg-Vorpommern).

Divan'ın 2001 tarihli ve 381/99 sayılı Kararı (Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG).

Divan'ın 2002 tarihli ve 320/01 sayılı Kararı (Wiebke Busch v Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG).

Divan'ın 2003 tarihli ve 186/01 sayılı Kararı (Alexander Dory v Bundesrepublik Deutschland).

Divan'ın 2004 tarihli ve 285/02 sayılı Kararı (Edeltraud Elsner-Lakeberg v Land Nordrhein-Westfalen).

Divan'ın 2005 tarihli ve 207/04 sayılı Kararı (Paolo Vergani v Agenzia delle Entrate, Ufficio di Arona).

Divan'ın 2006 tarihli ve 294/04 sayılı Kararı (Carmen Sarkatzis Herrero v Instituto Madrileño de la Salud (Imسالud)).

Divan'ın 2010 tarihli ve 356/09 sayılı Kararı (Pensionsversicherungsanstalt v Christine Kleist).

Divan'ın 2011 tarihli ve 104/10 sayılı Kararı (Patrick Kelly v National University of Ireland (University College, Dublin)).

Divan'ın 2012 tarihli ve 415/10 sayılı Kararı (Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH).

Göçmenler, Sinem: "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Kadın Erkek Eşitliği", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.

İren, Ertan: "Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

Karan, Ulaş: Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık yasağı ve Eşitlik kurumları, Mattek Matbaacılık, Ankara 2009.

Kaya, Gözde: "Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010.

Konuk, Bahar: "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1725-1752.

Nielsen, Ruth: EU labour Law, Djof Publishing, 2013.

Riesenhuber, Karl: European Employment Law, Intersentia Publishing, 2012.

Watson, Philippa: EU Social And Employment Law, Oxford, 2009.

Bahar Konuk, "Avrupa Birliği Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığına İlişkin Temel Kavramların Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, 2013, s.1737.

2006/54/AT sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif OJ L 204, 26/07/2006, s. 0023-0036.