

Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasası ve Ayrımcılığın İspatı

Gonca AYDINÖZ*

ABSTRACT

EU law has regulated prohibition of discrimination in labor relations in extensive way. In this sense, direct discrimination and indirect discrimination concepts delivered and within in this separation, the regulations on prohibition of discrimination increased in variety.

The rules of proof are very important on execution of prohibition of discrimination. The rules on proof of discrimination have developed with jurisprudence of the Court of Justice of European Communities, subsequently edited by directives of European Union. Thereby the rules of proof in favor of the employee are developed without reversing the burden of proof totally. Labor Act no. 4857 regulated the same rules of proof for the principle of equal treatment. The practices of these rules are reflected in the judgements of the Court of Justice of European Communities. For this reason, it is essential to analyze the prohibition of discrimination and the rules regarding the proof of discrimination with the examples of Court of Justice judgements.

GİRİŞ

İşletmelerin rekabet etme koşullarının zorlaşması, maliyetin düşürülmesi kaygısıyla iş ilişkilerine yansımakta ve işçi haklarının korunmasını sağlayan mekanizmalar önem kazanmaktadır. Üretim şekillerinin ve üretilen mal veya hizmetin çeşitlenmesi, işçinin mesleki bilgi ve becerisi, eğitim düzeyi gibi kriterlerin önemini arttırmış; aynı zamanda farklı iş tanımlarının yapılması ihtiyacını doğurmuştur. Tarım ve hayvancılığa dayalı üretimin yanında, sanayileşme sürecinin meydana getirdiği üretim biçimlerinde de kadın işçi istihdamı zaman içerisinde artmıştır. Bu kapsamda iş ilişkisinde cinsiyet, yaş, eğitim, tecrübe gibi kriterlere sonuç bağlanması, genel anlamda eşitlik ilkesine ilişkin sorunları da beraberinde getirmekte ve ayrımcılık kavramını tartışmaya açık tutmaktadır.

Avrupa Birliği kapsamında serbest dolaşım ilkesi ve dünya çapında küreselleşme olgusu iş ilişkilerine uygulanacak temel ilkelerin yeknesaklaştırılması

* *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi*

ihtiyacını doğurmaktadır. Bu sebeple ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesi konularında ayrıntılı düzenlemeler içeren ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarında kaynak norm olarak kullanılan Avrupa Birliği mevzuatı ile Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ("ATAD") içtihadı önem arz etmektedir.¹

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, Topluluk direktifleri² ile iş ilişkisine dair farklı alanlarda koruma altına alınmış ve yaptırma tabi tutulmuştur. Ancak bu ilkelerin hayata geçmesinde, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilerin hak arama yollarında tabi olacakları usuller ve giderek ispat kuralları belirleyici olmaktadır.

Bu çalışmanın ilk bölümünde Avrupa Birliği mevzuatının iş ilişkisinde ayrımcılık konusuna ilişkin düzenlemelerinden, direktifler düzeyindeki normlara değinilecektir. Ancak Topluluk direktiflerinin, iş ilişkisinde ayrımcılık yasağına ve eşit davranma ilkesine ilişkin tüm hükümlerinin ayrıntılarıyla incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacağından, söz konusu düzenlemelere ispat sorunlarının açıklanması için gerekli olduğu ölçüde değinilmekle yetinilecektir. Öte yandan iş ilişkisinde eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağının ulusal ve uluslararası normlarla düzenlenmesi ve yaptırma bağlanması, bu alanda işçi lehine etkili bir koruma için yeterli olmamakta; özellikle de ispat sorunları ayrımcılık yasağının uygulanmasının önünde engel teşkil edebilmektedir. Bu kapsamda çalışmanın ikinci bölümü, ATAD kararları ışığında, ayrımcılığın ispatı sorununa getirilen çözümlerin incelenmesine ayrılmıştır.

1 ATAD'ın yargısal yetkilerini üç alanda toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, kurucu anlaşmanın 226. maddesi uyarınca komisyon tarafından üye devletlere karşı ihlal sebebiyle açılan davadır. Bu dava yoluyla, üye devletlerin Topluluk hukukuna uyum sağlamaları için, iç hukuk mevzuatlarında yapmaları gereken değişikliklerde hareketsiz kalmaları yaptırma bağlanmaktadır. Zira Divan kararı ile verilen sürede, Topluluk hukukuyla uyum için gereken düzenlemeleri yapmayan üye devlete, bir "para cezası" ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Divan'ın yetkisi dâhilindeki ikinci konu, 234. maddede yer alan yorum yetkisidir. Buna göre ulusal yargı organları beklentici mesel yoluyla Divan'a soru sorabilirler. Divan kurucu anlaşmayı yorumlamak, Topluluk kurumlarının işlemlerinin geçerliliği hakkında karar vermek, Topluluk işlemleri ve Konsey işlemleriyle yaratılan bir yapının statüsü hakkında yorum yapmak yetkisini haizdir. Anlaşmanın 230. maddesinde ise Divan'ın iptal kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre Divan, Topluluk işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetler ve aykırılık tespit ettiğinde iptal kararı verir. Kurucu anlaşmanın ilgili maddeleri için bkz. http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325FR.003301.html (Son başvuru tarihi 17.08.2007).

2 Topluluk direktifleri kural olarak yönedikleri kişiler için ve amaca ulaşmak konusunda bağlayıcı olup, direktif ile belirlenen amacın gerçekleştirilmesi usulleri konusunda üye devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Direktiflerin uygulaması komisyon tarafından denetlenir. Komisyon, üye devlet tarafından direktifin uygulanmadığını tespit etmesi halinde ATAD'a başvurabilecektir.

Çalışmanın farklı bölümlerinde, anılan ATAD kararlarına farklı konular bakımından değinileceğinden; kararlara yapılan göndermelerin her birinde, uyumsuzluğa konu olan olay hakkındaki bilgilerin yinelenmesi yöntemi tercih edilmiştir. Ayrıca kavramsal tartışma ve analizlere, karar metinlerinden ulaşmak her zaman mümkün olmadığından; çalışmada değinilen kararlar, raportörlerin mütalaalarıyla birlikte incelenmiş ve özellikle raportörlerin mütalaalarında varılan sonuçlara da çalışmada yer verilmiştir.

I) İŞ İLİŞKİSİNDE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİT DAVRANMA İLKESİNE İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFLERİ

Avrupa Birliği kurucu anlaşmasının 141. (eski 119) maddesi uyarınca “Her üye devlet, aynı veya aynı değerde işler için kadın ve erkek işçiler arasında ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlar. Bu madde uyarınca ücretten, işveren tarafından çalışma karşılığı işçiye ödenen ücret veya en az ya da temel düzenli gelir veya işçiye doğrudan ya da dolaylı olarak sağlanan menfaatler anlaşılır.”³

A) Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifi

Kurucu anlaşmanın 141. maddesinin uygulamaya geçirilmesi amacıyla düzenlenen “Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına

3 Kurucu anlaşmanın 141. maddesi ücreti, işveren tarafından işçinin işgörmeye edimi karşılığı sağlanan menfaatlerle sınırlı olarak tanımlamış olup; buna göre sosyal güvenlik sebebiyle sağlanan edimler madde 141 anlamında ücret kavramının dışındadır. Ancak ATAD, 17 Mayıs 1990 tarihli ve 262/88 sayılı *Barber* kararında, her çeşit mesleki ödeneğin ücretin unsuru olduğuna karar vermiştir. ATAD’ın ücret kavramına ilişkin yorumunun zaman bakımından geçerliliği, kurucu anlaşmaya eklenen protokol vasıtasıyla *Barber* kararının verildiği 17 Mayıs 1990 tarihinin sonrasıyla sınırlandırılmış; bu tarihten önce yargı yoluna veya eşdeğer bir hak arama yoluna başvurmuş olan işçiler ile hak sahipleri, zamansal sınırlamadan istisna tutulmuştur. Buna karşın ATAD, anılan bu zamansal sınırlamanın, bir mesleki ödenek rejimine geçmeye hak kazanmak konusunda geçerli olmayacağına hükmetmiştir. Divan’ın sonraki kararlarıyla, *Barber* kararında varılan bu sonuç yerleşik içtihat haline gelmiş ve bu sebeple ücret kavramının yer aldığı birçok direktif değişikliğe uğramıştır. Sonuç olarak 141. maddede anılan ücret kavramı, işveren tarafından işgörmeye karşılığı sağlanan edimlerin yanında mesleki sosyal güvenlik rejimleri uyarınca sağlanan edimleri de kapsamakta ve fakat yasal sosyal güvenlik rejimleri kapsamında sağlanan edimleri kapsamamaktadır. Raportörün mütalaası, C-262/88, *Douglas Harvey Barber*, 30 Ocak 1990, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0262:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007); ATAD, C-262/88, *Douglas Harvey Barber*, 17 Mayıs 1990, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0262:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 18.08.2007).

İlişkin Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına Dair 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifi⁴, eşit işe eşit ücret ilkesini düzenlemekte ve cinsiyet temeline dayalı ücret kriterlerinin kaldırılmasını öngörmektedir. Direktife göre özellikle ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sisteminin uygulandığı hallerde, bu sistem kadın ve erkek işçiler için ortak olan kriterlere dayanmalı ve cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa sebep olmayacak şekilde düzenlenmelidir. Belirtmek gerekir ki 75/117/CEE sayılı Direktifin uygulama alanı, ücret bakımından cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yasası ile sınırlıdır. Anılan Direktif ispat yüküne ilişkin hüküm içermemektedir.

B) İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE sayılı Konsey Direktifi

75/117/CEE sayılı Direktiften sonra, “İşe Girişte, Formasyonda, Terfide ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Davranma İlkesine İlişkin 76/207/CEE sayılı Konsey Direktifi”⁵ gelmektedir. 76/207/CEE sayılı Direktif, 2002 yılında 2002/73/CE sayılı Direktif⁶ ile değiştirilmiştir. Irka ve etnik sebeplere dayalı ayrımcılığa ilişkin 2000/43/CE sayılı 29 Haziran 2000 tarihli Direktif⁷ ile istihdam ve çalışma konularında genel olarak eşit davranma ilkesini düzenleyen 2000/78/CE sayılı 27 Kasım 2000 tarihli Direktifte⁸ hem doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık tanımları yer almış; hem de taciz kavramı, ayrımcılık hallerinden biri olarak sayılmıştır. 2002 yılında cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa ilişkin Direktifte yapılan değişikliğin amaçlarından biri de, doğrudan-dolaylı ayrımcılık tanımlarını ve bir ayrımcılık hali olarak taciz kavramını bu Direktife ekleyerek, anılan normlar arasında uyum sağlamaktır. Bu değişiklik ile aynı zamanda, diğer direktiflerde öngörülen ve üye devletlere ayrımcılık hallerinde gerekli denetim mekanizmalarını ve/veya başvuru yollarını sağlamak yükümlülüğü getiren hükümler, 76/207/CEE sayılı Direktifin uygulama alanında da geçerli olmuştur. Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerinde ispat yükü ayrı bir direktife konu olması itibariyle, 2002/73/CE sayılı Direktifte yer almamıştır.

4 ABRG n° L 045, 19/02/1975, s. 0019 – 0020,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31975L0117:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

5 ABRG, n° L 039, 14/02/1976 s. 0040 – 0042,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

6 ABRG, n° L 269, 05/10/2002 s. 0015 – 0020,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0073:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

7 ABRG, n° L 180, 19/07/2000 s. 0022 – 0026,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

8 ABRG, n° L 303, 02/12/2000, s. 0016 – 0022,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

C) Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 79/7/CEE sayılı Konsey Direktifi

Kadın-erkek arasında eşit davranma ilkesinin sosyal güvenlik alanında uygulanması amacıyla getirilen direktif düzeyindeki ilk düzenleme ise 79/7/CEE sayılı ve 19 Aralık 1978 tarihli Konsey Direktifi⁹ olmuştur. Direktif ile eşit davranma ilkesinin öncelikle hastalık, malullük, yaşlılık, işsizlik, iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı koruma sağlayan yasal sosyal güvenlik rejimlerinde uygulanması öngörülmüştür. Sosyal yardımlar ise Direktif'in kapsamına, bu koruma rejimlerini tamamladığı ölçüde girmektedir. Belirtmek gerekir ki Direktif'in kişi bakımından kapsama alanı; hastalık, işten çıkarma, emeklilik veya kaza sonucu faaliyeti sona ermiş olan işçileri, bağımsız çalışanları ve iş aramakta olanları kapsayacak şekilde, aktif nüfus olarak tespit edilmiştir. Buna göre hak sahipleri Direktif'in uygulama alanı içinde değildir. Topluluğun yasal sosyal güvenlik rejimleri alanında ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemesi, 79/7/CEE sayılı Direktif'ten ibarettir. Anılan düzenleme, yasağın cinsiyet temeline dayalı ayrımcılıkla sınırlı tutulması, doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık farkının belirtilmemiş olması ve diğer alanlardaki ayrımcılık yasakları bakımından geçerli olan ispat kurallarına tabi tutulmaması sebebiyle, sınırlı bir koruma sağlamaktadır.

D) Mesleki Sosyal Güvenlik Rejimlerinde Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 86/378/CEE sayılı Konsey Direktifi

79/7/CEE sayılı Konsey Direktifi, yasal sosyal güvenlik rejimlerine ilişkindir. Ücretli ya da bağımsız çalışanlar, bir işletme ya da işletmeler grubunda çalışanlar, mesleki ya da meslekler arası bir sektörün mensupları için; yasal sosyal güvenlik rejiminin öngördüğü edimleri tamamlamak ya da bunların yerine geçmek üzere oluşturulmuş, “mesleki sosyal güvenlik rejimleri” bakımından eşitlik ilkesi ise, 86/378/CEE sayılı Konsey Direktifi¹⁰ ile düzenlenmiştir. Ancak anılan Direktif, ATAD içtihadı ile ücret kavramında meydana gelen değişiklikler¹¹ sonucu hukuk güvenliğinin sağlanması ve belirsizliğe son verilmesi amacıyla 96/97/CE sayılı ve 20 Aralık 1996 tarihli Konsey Direktifi¹² ile değiştirilmiştir. Direktiflerde ispat kuralları düzenlenmemiştir.¹³

9 ABRG, n° L 006, 10/01/197, s. 0024 – 0025,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31979L0007:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 18.08.2007).

10 ABRG, n° L 225, 12/08/1986, s. 0040 – 0042,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0378:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 18.08.2007).

11 Bkz. dipnot 3.

12 ABRG, n° L 046, 17/02/1997, s. 0020 – 0024,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0097:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 18.08.2007).

13 Mesleki sosyal güvenlik rejimleri konusunda cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerinde ispat yüküne ilişkin kurallar, aşağıda anılan 2006/54/CE sayılı Direktif ile düzenlenmiştir;

E) Kısmi Zamanlı Çalışmaya İlişkin 97/81/CE sayılı Konsey Direktifi

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yasağının yanında çok sayıda ATAD kararına konu olan ve sıkça uygulama alanı bulan ayrımcılık, kısmi zamanlı çalışan işçilere ilişkindir. Konsey'in 97/81/CE sayılı 15 Aralık 1997 tarihli Direktifi,¹⁴ kısmi zamanlı çalışmaya ilişkin olarak 6 Haziran 1997 tarihinde meslekler arası örgütler ile yapılan anlaşmayı uygulamaya koymaktadır. Söz konusu çerçeve anlaşma, "EKLER" bölümü vasıtasıyla Direktif'e eklenmiştir. ATAD kararlarında 97/81/CE sayılı Direktif'in EKLER bölümünde yer alan çerçeve anlaşmanın amacının, kısmi süreli çalışmalarda ayrımcılığın önlenmesini sağlamak ve kısmi zamanlı işlerin kalitesini yükseltmek olduğu belirtilmektedir. Kısmi zamanlı çalışanlara ayrımcı muamele yasağı öngören Direktif'te, ayrımcılık alanındaki diğer direktiflerden farklı olarak doğrudan-dolaylı ayrımcılık kavramlarına, bir ayrımcılık hali olarak taciz kavramına ve ispat kurallarına yer verilmemiştir.

EKLER bölümünün kısmi zamanlı çalışmada ayrımcılık yasağının içeriğini açıklayan 4. maddesine göre çalışma koşulları söz konusu olduğunda kısmi zamanla çalışan işçiler için, tam zamanlı çalışan işçilere oranla daha az elverişli olan şartlar öngörülemez. Kuralın istisnası, öngörülen daha az elverişli şartların, kısmi zamanlı çalışmadan farklı ve objektif sebeplerle gerekçelendirilmesidir. Objektif sebeplerin varlığı halinde üye devletler, mevzuatlarına, uygulamalarına veya toplu iş sözleşmesine göre sosyal taraflara danıştıktan sonra; özellikli çalışma koşullarından yararlanmayı kıdem, çalışma süresi veya ücret şartına tabi tutabilirler. Ayrıca uygun olan hallerde *pro rata temporis* ilkesinin uygulanabileceği kabul edilmiştir.

F) Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin 97/80/CE sayılı Konsey Direktifi

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa ilişkin Direktif'te 2002 tarihinde yapılan değişiklikle birlikte Avrupa Birliği mevzuatında yer alan ve ırk, etnik temel, yaş gibi birçok farklı alanlarda ayrımcılık yasağı getiren direktiflerin ortak paydasının, doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık kavramlarına ayrı tanımlar getirilmesi olduğu söylenebilecektir. Öte yandan Avrupa Birliği hukukunda, ayrımcılık yasağının esaslarının belirlenmesinin yeterli olmadığı ve özellikle ayrımcılığın ispatı sorununun etkili bir korumaya engel teşkil ettiği kabul edilmiştir. İspat sorununa

bkz.I.I.İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı Direktif, s. 11.

14 ABRG, n° L 014, 20/01/1998, s. 0009 – 0014,

<http://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0081:FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0081:FR:HTML).

Ayrıca belirli süreli çalışmaya ilişkin çerçeve anlaşma hakkında 1999/70/CE sayılı Konsey Direktifi (ABRG, n° L 175, 10/07/1999 s. 0043 – 0048) için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0070:FR:HTML>

(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

çözüm getirme çalışmalarına 1989 tarihli Danfoss kararıyla¹⁵ ATAD öncülük etmiş ve ispat yüküne ilişkin kuralları tamamen ters çevirmeksizin ve fakat davacı lehine yumuşatılmış ispat kuralları yaratarak önüne gelen uyumsuzluğa çözüm bulmuştur. ATAD içtihatlarıyla yerleşen bu kurallar, “Cinsiyet Temeline Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yüküne İlişkin 97/80/CE sayılı 15 Aralık 1997 tarihli Konsey Direktifi”¹⁶ ile pozitif norm halini almıştır.¹⁷ Ancak söz konusu Direktif uyarınca bu kurallar, sadece cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerini düzenleyen 75/117/CEE sayılı Direktif ve 2002/73/CE sayılı Direktif ile değişik 76/207/CEE sayılı Direktiflerin uygulama alanında geçerli olmaktadır. Bu sebeple cinsiyet temeline dayalı olanlar dışındaki ayrımcılık hallerini düzenleyen direktiflerde, ispat kuralları ayrıca öngörülmüştür.

G) Eşit Davranma İlkesinin Irka ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmaksızın Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı Direktif

Topluluğun “Eşit Davranma İlkesinin Irka ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmaksızın Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı Direktif”¹⁸ ise 29 Haziran 2000 tarihlidir. Direktif sadece iş ilişkisine ilişkin olmayıp genel olarak ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele amacına hizmet etmektedir. İş ilişkisine dair konular bakımından Direktif, gerek kamu alanında gerek özel sektörde uygulanacak olup faaliyet alanı ve mesleki hiyerarşideki yeri ne olursa olsun, seçim kriterleri ve faaliyetin sona erdirilme şartlarını da kapsayacak şekilde işe, istihdama ve ücret mukabili olmayan faaliyetlere girişte; mesleki eğitim, gelişim programları ve uygulamaya ilişkin deneyim kazandırma faaliyetlerine girişte; ücret ve işten çıkarma dahil olmak üzere çalışma koşullarında; çalışanların örgütlenme haklarını kullandıkları faaliyetlere ilişkin konularda; sosyal sigorta ve sağlık yardımlarını kapsayacak şekilde tüm sosyal koruma alanlarında; bunun dışında sağlanan sosyal yardımlarda ve eğitim alanında uygulanacaktır. Ancak uyruğa ilişkin düzenlemeler

15 Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

16 ABRG, n° L 014, 20/01/1998, s. 0006 – 0008,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0080:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

17 Anılan ispat kurallarına aşağıda değinilecektir. Bkz. II. Ayrımcılık Hallerine Göre İspat Kuralları, s. 14 vd.

18 ABRG, n° L 180, 19/07/2000, s. 0022 – 0026,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

ve üçüncü ülke vatandaşlarıyla vatansızların üye devletlere kabul koşulları Direktif'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Yukarıda anıldığı üzere Direktif, ayrımcılık konusundaki düzenlemelerin çoğunluğuna paralel olarak doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık kavramlarını tanımlamış ve bir ayrımcılık hali olarak taciz kavramını kapsamına almıştır. Ayrıca ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilerin etkili bir yargı yoluna başvurmalarının sağlanacağı ve üye devlet mevzuatlarıyla bu alanda da ATAD kararlarıyla geliştirilen yumuşatılmış ispat usulünün uygulanacağı öngörülmüştür.

H) Eşit Davranma İlkesine Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/CE sayılı Konsey Direktifi

Anılan direktifler vasıtasıyla Avrupa Birliği mevzuatında ücret, cinsiyet, ırk ve etnik köken, kısmi ve tam zamanlı çalışma gibi birçok konuda ayrımcılık yasağı düzenlenmiş ve üye devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline gelmiştir. Öte yandan özellikle kadınların aynı anda birçok farklı konuda ayrımcılığa maruz kalması sebebiyle çalışma ve istihdam alanında eşit davranma ilkesinin uygulamasının genel çerçevesini belirlemek üzere 2000/78/CE sayılı 27 Aralık 2000 tarihli Konsey Direktifi¹⁹ düzenlenmiştir. Sosyal sigorta ve sosyal yardımlar ile üye devletlerin işe girme ve istihdamın devamı için sağladığı yardımlar Direktif'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Direktif, kurucu anlaşmada anılan ilkelerin gereği olan ve fakat direktiflerde yer almamış konuların düzenlenmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda 2000/78/CE sayılı Direktif, din ve inanca, cinsel eğilimlere, yaşa ve engelli olmaya dayalı ayrımcılık hallerinin ilk defa direktif düzeyinde düzenlenmesi bakımından önemlidir. Direktif, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa getirilen tanımlar, taciz kavramı, etkili yargı yoluna başvurunun ve yumuşatılmış ispat usullerinin sağlanması konularında ise diğer direktiflerle paralel düzenlemeler içermektedir.

I) İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı Direktif

Topluluğun kadın-erkek işçiler arasında eşit işe eşit ücrete ve iş ilişkisine dair diğer konulara, ayrımcılığın ispatında ispat yüküne ve sosyal güvenlik alanında mesleki rejimlere ilişkin direktifleri, yukarıda anılan diğer direktiflere göre eski tarihli düzenlemeler olup; içerdikleri kavramlar, sağladıkları korumanın kapsamı ve öngördükleri usuller, direktifler ve ATAD içtihadıyla değişikliğe uğramıştır. Ayrıca konu bakımından kapsama alanlarında zaman içerisinde ihtiyaçlar değişmiştir. Anılan sebeplerle “İş ve İstihdam Alanında Kadın-Erkek Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkelerine İlişkin 2006/54/CE sayılı ve 2 Temmuz 2006 tarihli

19ABRG, n° L 303, 02/12/2000, s. 0016 – 0022,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

Direktif’in²⁰ düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. 2006/54/CE sayılı Direktif, yukarıda anılan 75/117/CEE, 2002/73/CE sayılı Direktif’le değişik 76/207/CEE, 97/80/CE ve 96/97/CE sayılı Direktif’le değişik 86/378/CEE sayılı Direktiflerin gözden geçirilmiş ve birleştirilmiş halidir. Üye devletler tarafından 2006/54/CE sayılı Direktif’in uygulanması için gerekli düzenlemelerin 15 Ağustos 2009 tarihine kadar yapılması öngörüldüğünden, bu tarih itibariye 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE ve 97/80/CE sayılı Direktifler yürürlükten kaldırılmıştır.

2006/54/CE sayılı Direktif ile kadın-erkek arasında cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık konusunda öngörülen kavramsal değişikliklerden biri, ATAD kararlarıyla geliştirildiği üzere cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığın sadece iki farklı cinsiyete dayalı halleri kapsamadığının ve fakat bir kimsenin cinsiyetinin değişmesi haline dayanan ayrımcı davranışın da cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık kavramı dâhilinde değerlendirileceğinin vurgulanmasıdır.²¹ Ayrıca taciz ve cinsel taciz hallerinin de cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık teşkil edeceği yinelenmiştir. Taciz ve cinsel taciz şeklinde ortaya çıkan ayrımcılık hallerine sadece işgörme ediminin ifası sırasında değil; işe girişte, mesleki gelişim olanaklarına erişimde ve terfide de rastlandığı ifade edilmiştir.

2006/54/CE sayılı Direktif’te, ayrımcılık alanındaki direktiflerin tamamında öngörülmüş olan ve ATAD içtihadında tartışma alanı bulan “karşılaştırılabilir durum” kavramının açıklığa kavuşturulması ihtiyacı dile getirilmiştir. ATAD’ın yerleşmiş içtihadı uyarınca işçilerin aynı veya aynı değerde işlerde çalıştığı tespit için çalışma koşulları, yapılan işin niteliği gibi farklı etkenlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu söz konusu işçilerin “karşılaştırılabilir durumda” olup olmadıkları belirlenmektedir. Direktif, ATAD içtihadı uyarınca eşit ücret ilkesinin aynı işverene bağlı olarak çalışan kadın ve erkek işçilerle sınırlı olmadığını tespit etmesi bakımından önemlidir.²²

2006/54/CE sayılı Direktif’te yer alan düzenlemelerin tamamına hakim olan husus, gebelik ve analık hallerinde kadın işçilerin ayrımcılığa maruz kalmaması ilkesinin ve hatta bu alanda pozitif ayrımcılık gereğinin vurgulanmasıdır. Nitekim gebelik ya da doğum izni sebebine dayanan, daha düşük düzeyde davranış da, cinsel taciz gibi cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık hallerinden biri olarak açıkça

20 ABRG, n° L 204, 26/07/2006, s. 0023 – 0036,

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:FR:HTML>
L (Son başvuru tarihi 17.08.2007).

21 Cinsel eğilim temeline dayalı ayrımcılık yasağı 2000/78/CE sayılı Direktif ile düzenlenmiştir. Ancak ATAD kararları doğrultusunda, 2006/54/CE sayılı Direktif ile cinsiyet değiştirme sebebiyle uğranılan ayrımcılığın, cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık kapsamına alınmasının sağlanan korumayı daha belirli hale getirdiği açıktır.

22 Topluluk hukukunda “karşılaştırılabilir durumda olma” ve “emsal işçi” kavramları ile bu kavramlara Türk hukukunda verilen anlamların değerlendirilmesi için bkz. aşağıda II.A.Tanın Sorunu, s. 15.

düzenlenmiştir. Direktif, erkek işçilere doğum izni tanınmasını da bu konuda alınabilecek önlemler arasında saymakla birlikte, bu hakkın tanınmasını üye devletlerin takdirine bırakmıştır.

Sosyal güvenlik alanında mesleki rejimlerde eşit davranma ilkesinin düzenlenmesi ihtiyacı ise, ATAD içtihadının kurucu anlaşmanın 141. maddesinde yapılan ücret kavramını genişletmesi olmuştur.

Çalışmanın bu bölümü bakımından bir sonuca varmak gerekirse, Avrupa Birliği mevzuatında çok çeşitli konularda ayrımcılık yasağının direktif düzeyinde düzenlendiği söylenebilecektir. Yasal sosyal güvenlik rejimlerine ilişkin 79/7/CEE ve kısmi zamanlı çalışmaya ilişkin 97/81/CE sayılı Direktifler istisna olmak üzere, anılan direktiflerin tamamında iş ilişkisine dair olan işe girme, çalışma koşulları, işten çıkarma usul ve sebepleri, ücret, mesleki eğitim, görevlendirme kriterleri vb. konuların koruma kapsamında olduğu görülmektedir. Sağlanan korumanın düzeyi bakımından ise bir yeknesaklık söz konusu olup etkin bir yargı yoluna başvurma ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden taraf lehine yumuşatılmış ispat usulleri, anılan tüm düzenlemelerde ortak hükümlere bağlanmıştır.

Öte yandan direktiflerle koruma altına alınan ayrımcılık yasağının cinsiyet, etnik köken, kısmi zamanlı çalışma, engelli olma gibi sık rastlanan hallerle sınırlı olduğu ve fakat atipik denilebilecek ve üye devletlerin farklı yapılarından kaynaklanabilecek hallerle cevap vermeyeceği de belirtilmelidir. Zira direktiflerin de dayanağını oluşturan kurucu anlaşmanın 141. maddesi de genel bir ayrımcılık yasağı öngörmemekte ve fakat kadın-erkek arasında ücret eşitliği ilkesini düzenlemektedir. Direktiflerle özel usullere tabi tutulmamış olmakla birlikte diğer ayrımcılık halleri de, Topluluk hukukunun bir parçası olan hukukun genel prensipleri ve sonuçta eşitlik ilkesi uyarınca yasak kapsamında bulunmaktadır.²³ ATAD, ayrımcılık yasağını düzenleyen direktiflerin uygulanamadığı uyumsuzluklar bakımından

23 Nitekim ATAD'ın C-13/05 sayılı 11 Temmuz 2006 tarihli *Sonia Chacón Navas* kararına konu olan olayda, hastalığının uzun sürmesi sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, 2000/78/CE sayılı Direktif kapsamında ve engelli olma sebebine dayanarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki iddiası söz konusudur. ATAD, 2000/78/CE sayılı Direktif ile ayrımcılık yasağının düzenlediği hallerin sınırlı olarak sayıldığına ve uzun süren hastalık halinin engellilikten tamamen farklı içerik taşıyıp Direktif uyarınca öngörülmemiş olduğuna ve bu kapsamda somut olaya kıyas yoluyla 2000/78/CE sayılı Direktif'in uygulanamayacağına hükmetmiştir. Bunun yanında Divan, uzun süren hastalık sebebiyle uğranılan ayrımcılığın, Topluluk hukukunun bir parçası olan hukukun genel prensiplerinden eşitlik ilkesi uyarınca yasak olduğuna karar vermiştir; raportörün mütalaası, C-13/05, *Sonia Chacón Navas*, 16 Mart 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0013:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007); ATAD, C-13/05, *Sonia Chacón Navas*, 11 Temmuz 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0013:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 19.08.2007).

Topluluk hukukunun bir parçası olan hukukun genel prensipleri ve bu kapsamda eşitlik ilkesini gerekçe göstererek verdiği kararlarda; direktifin uygulanamamasının, ayrımcılık alanında hak arama yollarına başvuru ve ispat usulleri gibi özel önlemlerin geçerliliğini etkilemediği yönünde hüküm vermektedir.²⁴

II) AYRIMCILIK HALLERİNE GÖRE İSPAT KURALLARI

Kısmi zamanlı çalışma ve yasal sosyal güvenlik rejimlerine ilişkin direktifler istisna olmak üzere, ayrımcılık yasağını düzenleyen Topluluk direktiflerinden ortak usul kurallarına varılabilmektedir. Buna göre öncelikle ayrımcılığa uğradığını iddia edenlere etkili bir yargı yoluna veya benzeri hak arama yollarına başvuru olanağı sağlanmalıdır. ATAD'ın yerleşik içtihadı ve direktifler uyarınca vakıaların değerlendirilmesi ulusal yargı mercilerinin görevidir. Yukarıda anılan ve bu bölümde ATAD içtihadından verilecek örneklerle somutlaştırılmaya çalışılacak olan işçi lehine yumuşatılmış ispat kuralları, koruma bakımından alt sınır teşkil etmekte olup ulusal hukuk sistemlerinin tam bir ayrımcılık karinesi öngördüğü ve yine ulusal hukuk sistemlerinde hâkimin resen araştırması ilkesinin geçerli olduğu durumlarda uygulanmayacaktır.

ATAD'ın 17 Ekim 1989 tarihli Danfoss kararıyla²⁵ geliştirdiği, sonraki kararlarıyla yerleşik içtihat haline gelen ve Topluluk düzenlemeleri ile pozitif norm halini alan yumuşatılmış ispat kuralı, ispat külfetinin yerine getirilmesine ilişkindir. Buna göre Topluluk hukuku uyarınca, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler lehine bir ayrımcılık karinesi söz konusu olmayıp, kural olarak ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişi bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak özellikle iş ilişkisinde ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçinin, başta şeffaflık olmak üzere ispat vasıtalarına erişmekte karşı karşıya kalabileceği engeller ve ayrımcılığın tespitinin çoğunlukla geniş bir karşılaştırmalı inceleme gerektirmesi gibi sebeplerle zor durumda olduğu görülmüştür. Bu sebeple genel ispat kuralı, ayrımcılığa uğradığını iddia eden davacı lehine yumuşatılarak davacının, somut olayda ayrımcılığın

24 Raportörün mütalaası, C-144/04, *Werner Mangold*, 30 Haziran 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004C0144:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-144/04, *Werner Mangold*, 22 Kasım 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0144:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 19.08.2007).

²⁵ Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007)

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

varlığını düşündüren vakıaları ortaya koyması halinde ispat yükünün davalıya geçeceği kabul edilmiştir.

Davacı lehine yumuşatılmış ispat kuralı, ayrımcılık yasağının ihlali halinde hak arama özgürlüğü bakımından önemli bir ilerleme sağlamış olmakla birlikte, ayrımcılık teşkil eden durumların gösterdiği çeşitlilik karşısında yasağın uygulamaya geçirilmesi hususunda sorunlar yaşandığı kabul edilmektedir. Bu sebeple Topluluk direktifleri, ATAD içtihadına paralel olarak, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın farklı değerlendirilmesi gerekliliğinde bulunmaktadır.

A) Tanım Sorunu

Farklı konulara ilişkin olan bu düzenlemelerde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları yine ATAD içtihadı doğrultusunda aynı ve tek bir formülle tanımlanmıştır. Buna göre öncelikle eşit muamele, direktiflerin ilişkin olduğu konuya dayalı, doğrudan ve dolaylı tüm ayrımcılıkların bulunmaması hali olarak tanımlanmaktadır. Bir kimsenin, direktifin ilişkin olduğu ayrımcılık yasağı alanlarından birine dayanan sebeplerle, benzer (karşılaştırılabilir) durumda bir başkasına gösterilen, gösterilmiş olan veya gösterilecek olan davranışa/uygulamaya oranla, daha elverişsiz ya da uygun olmayan düzeyde davranışa/uygulamaya tabi tutulması doğrudan ayrımcılık olarak tanımlanmaktadır.²⁶

Belirtmek gerekir ki Topluluk direktiflerinde doğrudan ayrımcılık tanımlarının Fransızca metinlerinde “karşılaştırılabilir/ölçüştürülebilir durumda olmayan” ifadesi yer almışken İngilizce metinlerde aynı unsur “karşılaştırılabilir/ölçüştürülebilir durumda olan” olarak ifade edilmiştir.²⁷ Ancak

26 ATAD'ın 2005 tarihli *Nikoloudi* kararına konu olan personel tüzüğü, temizlik görevlilerine kısmi zamanlı çalışma olanağı tanımakta ve fakat temizlik görevlisi olarak sadece kadınların istihdam edilebileceğini öngörmektedir. Bekletici mesele yoluyla Divan'a başvuran Yunan mahkemesi kısmi zamanlı çalışmanın kadınlara özgülenmesinin, kadın işçiler aleyhine doğrudan ayrımcılık teşkil edip etmediğini sormuştur. Divan, bekletici mesele yoluyla sorulmamış olmakla birlikte burada erkek işçilerin, (temizlik görevlisi gibi) bazı iş tanımlı kategorileri bakımından kısmi zamanlı çalışma olanağının dışında tutulduğuna ve bu sebeple olayda erkek işçiler aleyhine doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğuna karar vermiştir; Raportörün mütalaası, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 29 Nisan 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 10 Mart 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

²⁷ Direktiflerde yer alan doğrudan ayrımcılık tanımı şöyledir :

“discrimination directe: la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable”

“direct discrimination: where one person is treated less favourably on grounds of sex than

doğrudan ayrımcılığın unsurlarını ortaya koyarken “karşılaştırılabilir/ölçüştürülebilir durumda olma” ifadesinin; eşitlik ilkesini, aynı durumda olanların aynı uygulama ve davranışa tabi tutulması şeklindeki tanımına daha uygun olduğu kabul edilebilecektir. Bu kapsamda örneğin bir işletmede çalışan mühendis ile temizlik işçisi, ücrette eşitlik bakımından karşılaştırılabilir/ölçüştürülebilir durumda olmadıklarından, bu işçilerin ücret konusunda farklı uygulamaya tabi tutulmaları doğrudan ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla “karşılaştırılabilir/ölçüştürülebilir durumda olma” unsuru, ayrımcılığa temel teşkil eden sebep ile ayrımcılığın söz konusu olduğu konu arasındaki ilişkiye göre değerlendirilmek gerekir. İnceleme konusu iki işçi, kıdem uygulamasının tabi olduğu esaslar konusunda karşılaştırılabilir (benzer özellikler gösteren) durumda olup eşit ücret konusunda karşılaştırılabilir durumda bulunmayabilecektir.

Bununla birlikte doğrudan ayrımcılığın tanımında kullanılan “karşılaştırılabilir durumda olma” kriteri, Divan kararlarında başvuru ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesinin son fıkrasında düzenlenen “emsal işçi” kavramıyla da ilişkilidir. Zira emsal işçi, aynı durumdaki işçiler için söz konusu olacak davranışın, hangi düzeyde eşitleneceğinin tespitinde kullanılmaktadır. Buna göre inceleme konusu işçi, davranışın ilişkin olduğu konuda karşılaştırılabilir, yani aynı veya benzer durumda olan bir diğer işçiyle (emsal işçi) aynı şartlara tabi tutulmak gerekir. Bu kapsamda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11. maddesi belirli süreli sözleşme ile çalışan işçinin, kıdem uygulaması söz konusu olduğunda, belirsiz süreli çalışan işçi hakkında uygulanan kıdem uygulamasına tabi olacağını hükme bağlamıştır. Şu halde kıdem uygulaması söz konusu olduğunda, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi ile belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçi karşılaştırılabilir/ölçülebilir (benzer nitelikler taşıyan) durumda olduğundan farklı uygulamaya tabi tutulamazlar.²⁸

Görünüşte nötr/tarafsız olan bir düzenleme, kriter ya da uygulamanın, direktifin koruma alanına giren (kadın işçiler, kısmi zamanlı çalışanlar, belli bir din/inanca mensup olanlar gibi) gruptan kişiler için, elverişsiz sonuçlar doğurmaya muktedir olması halinde ise dolaylı ayrımcılığın varlığından söz edilmelidir. Buna göre ispat yükünün nasıl yerine getirileceğini tartışmak için doğrudan ve dolaylı ayrımcılık arasında ayrıma gitmek gerekir. Zira her iki ayrımcılık şekli bakımından kurucu unsurlarının ortaya koyulması için aranacak koşullar farklıdır.

Dolaylı ayrımcılık halinde, doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak bir istisna hali öngörülmüştür. Buna göre söz konusu düzenleme, kriter ya da uygulama meşru bir amaca hizmet ediyorsa, objektif sebeplerle gerekçelendirilebiliyorsa ve bu amaca ulaşmak için öngörülen vasıtalar elverişli ve gerekliyse, dolaylı ayrımcılık bulunmamaktadır.

another is, has been or would be treated in a comparable situation”.

²⁸ Farazi emsal işçi kavramı hakkında bkz. aşağıda II.B.b. Doğrudan Ayrımcılığın İspatında Uygulanacak Yöntemler, s. 19-20.

ATAD içtihadıyla geliştirildikten sonra Avrupa Birliği mevzuatına geçirilen bu tanım ve kriterlerin içeriği, yine ATAD uygulamasıyla belirlenmektedir. Bu sebeple ispat usulleri hakkındaki hususlar, ATAD içtihatlarından alınan örnekler yoluyla açıklanmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda Divan, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı farklı esaslara tabi tuttuğundan ispat meseleleri bu ayrıma göre incelenecektir.

B) Doğrudan Ayrımcılığın İspatı

a) Doğrudan Ayrımcılığın İspatı İçin Ortaya Konulması Gereken Vakıalar

ATAD tarafından ayrımcılığın ispatına ilişkin kriterlerin geliştirildiği Danfoss kararına²⁹ konu olan uyuşmazlık, Danimarka Ticaret ve Büro Çalışanları Sendikası ile Danimarka İşverenler Sendikası arasındaki toplu iş sözleşmesi uyarınca belirlenen ücret uygulamalarına ilişkindir. Toplu iş sözleşmesi ile cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm işçiler için temel ücret öngörülmüştür. Toplu iş sözleşmesinin 9. maddesi uyarınca temel ücret dışında kalan artışlar işçinin kapasitesine, özerk çalışmasına ve sorumluluk düzeyine göre belirlenebilecektir. Bu kapsamda özel hallerde ücretin belirlenmesi bireysel anlaşmalarla sağlanacaktır. Davacı, iş tanımına göre uygulanan sınıflandırma sisteminde farklı gruplarda yer alan iki kadın işçinin aynı ücreti aldığını ve fakat bu gruplarda erkek işçilerin ortalama ücretinin kadın işçilerin ortalama ücretinden fazla olduğunu ileri sürmektedir. ATAD ücrette ayrımcılığı tespit etmek için, aynı veya eşit değerde işlerde faaliyet gösteren kadın ve erkek işçilere gözle görülür biçimde farklı ücret öngörüldüğünün ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir. Bu halde ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçi, öncelikle aynı veya aynı değerde işin varlığını ve daha sonra bu işler için kadın ve erkek işçilere farklı ücret öngörüldüğünü ortaya koymak zorundadır.

Aynı veya aynı değerde işler için farklı cinsiyette işçiler arasında eşit olmayan ücretler öngörülmesi halinde cinsiyet temeline dayalı doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Bu durumda, kadın ve erkek işçiler bakımından aynı veya eşit değerde işlerin varlığını ve aynı işyeri veya işletmedeki kadın ve erkek işçilerin farklı ücret aldığını ispat etmekle davacı işçi yükümlüdür. Örneğin erkek işçi esneklik sebebiyle cinsiyetin doğal sonucu olarak kadın işçiye oranla daha yüksek bir artıştan istifade ediyorsa, ispat yüküne ilişkin kuralları da kapsayacak şekilde doğrudan bir ayrımcılık

²⁹ Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007); ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

söz konusudur. Çünkü bu durumda iki farklı cinsiyetten işçi için, dolaylı ayrımcılığın tersine, görünüşte nötr ya da objektif olmayan bir kriter söz konusudur. Cinsiyet temeline dayalı olanların dışında ayırım kriteri olmadığını ispat yükü davacıda değildir. Doğrudan ayrımcılık hallerinde, ispat yükünün geleneksel paylaşımına engel yoktur.

b) Doğrudan Ayrımcılığın İspatında Uygulanacak Yöntemler

ATAD doğrudan ayrımcılığın ispatlanmasında kullanılacak yöntemin, karşılaştırma olduğunu vurgulamaktadır. Ancak somut olaylarda farklı ayrımcılık konularının sıklıkla bir araya geldiği nazara alındığında, sadece karşılaştırılacak unsurların değil karşılaştırma yönteminin uygulanacağı işçi gruplarını belirlemenin de zorluk arz ettiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda ayrımcılığın tespitinde, karşılaştırılabilir durumda olan yani emsal işçinin, ayrımcılığın dayandığı sebebe göre belirlenmesi gerekir.

Öte yandan karşılaştırmada kullanılacak somut örneğin bulunmadığı durumlarda, farazi emsal işçinin kıyaslamaya konu olup olamayacağı da tartışma konusu olmuştur. Divan, 27 Mart 1980 tarihli *Macarthy's Ltd.* kararında³⁰ kurucu anlaşmanın 141. (eski 119.) maddesinde öngörülen eşit işe eşit ücret ilkesi bakımından emsal işçi kavramını tartışmıştır. Karara konu olan olayda davacı kadın işçi, kendisinden önce çalışan erkek işçinin aynı iş için daha yüksek haftalık ücret alması sebebiyle ayrımcılık iddiasında bulunmuştur. Kararda emsal işçinin tespiti bakımından üç farklı durum tartışılmıştır. Buna göre kadın ve erkek işçinin eşzamanlı olarak aynı veya aynı değerde işlerde çalışması halinde, eşit işe eşit ücret ilkesi bakımından birbirlerine emsal işçi teşkil edecekleri açıktır. Ulusal mahkemenin Divan'a yönelttiği bir diğer soru ise kadın işçinin, kendisinden önce aynı işte çalışan erkek işçinin daha yüksek ücret almış olmasına dayanarak, ayrımcılık iddiasında bulunup bulunamayacağıdır. Divan, eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasında, aynı veya aynı değerde işlerin tespitinin önem arz ettiğine dikkat çekmiş ve bu ilkenin eşzamanlı çalışmalarla sınırlı tutulamayacağına, dolayısıyla aynı işte çalışan önceki işçinin de emsal işçi olduğuna karar vermiş ve fakat zamansal farklılığın bulunduğu durumlarda, cinsiyet temeline dayanmayan başka sebeplerin, ücrette farklılığa yol açabileceğini, bu sebeplerin ise yargıç tarafından değerlendirilmek gerektiğini belirtmiştir.

Emsal işçinin tespiti bakımından Divan'a sorulan üçüncü durum ise, somut bir örneğin olmadığı hallerde kadın işçinin "erkek olsaydım daha fazla ücret alacaktım" iddiasında bulunup bulunamayacağıdır. Divan, anılan durumun farazi emsal işçi olduğunu belirtmiş ve doğrudan ayrımcılık hallerinin somut durumlarla

³⁰ ATAD, C-129/79, *Macarthy's Ltd.*, 27 Mart 1980,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0129:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

sınırlı olduğuna karar vermiştir. Divan'a göre farazi emsal işçiye göre yapılacak kıyaslamalar, dolaylı ayrımcılık halleri için söz konusudur. Böyle bir inceleme, ulusal düzeyde ya da Topluluk düzeyinde unsurlarının belirlenmesi şartıyla ve söz konusu sektörde faaliyet gösteren tüm branşları kapsayan karşılaştırmalı bir çalışma ile mümkün olacaktır.³¹

Sadece münferit bir olayda ücret farklılığının cinsiyet temeline dayalı sebeplerden kaynaklanması, doğrudan ayrımcılığın ispatı için yeterlidir ve böylece ücret konusunda hukuka aykırı bir ayrımcılığın söz konusu olduğuna karar verilebilecektir.

Nikoloudi kararında³² Yunanistan mahkemesi tarafından Divan'a sorulan sorulardan biri, sadece kadın işçilerin kısmi zamanlı çalışmasına imkân veren ve kısmi zamanlı çalışanların saatlik ücretini, tam zamanlı çalışanlardan düşük tutan personel statüsünün, cinsiyet temeline dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil edip etmediğidir. Divan, kadın-erkek işçiler arasında eşit işe eşit ücret ilkesi kapsamında yapılacak inceleme için temizlik görevlisi olarak çalışan kadın ve erkek işçilerin ücretlerinin karşılaştırılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak somut olayda erkek işçilerin temizlik görevlisi olarak çalışması mümkün olmadığından davalı tarafından, karşılaştırmanın mümkün olmadığı ve bu sebeple konunun incelenemeyeceği ileri sürülmüştür. Divan, yerleşmiş içtihadı uyarınca “farazi işçi”nin bu tür bir kıyaslamaya konu olamayacağını³³ ve karşılaştırmaya elverişli işçi ya da işçi grupları bulunmadığında 75/117 sayılı Direktif'in uygulanamayacağını hatırlatmaktadır. Buna karşın somut olayda tam zamanlı ve kısmi zamanlı işçiler arasında karşılaştırma yapmak gerektiğine hükmederek yöneltilen sorunun incelenebilir olduğuna karar vermiştir.

³¹ Belirtmek gerekir ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 12. maddesinin son fıkrası ile getirilen emsal işçi tanımı uyarınca Türk hukukunda, doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık halleri arasında fark gözetilmeksizin farazi emsal işçiyle yapılacak kıyaslama kabul edilmiş bulunmaktadır.

³² Raportörün mütalaası, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 29 Nisan 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 10 Mart 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

³³ Divan'a göre karşılaştırmaya elverişli grubun bulunmaması halinde, tüm sanayi kollarını kapsayan karşılaştırmalı bir çalışma gerekir ve bunun için belirleyici kriterler önceden ulusal yasama organı ya da Topluluk yasama organı tarafından tespit edilmelidir; ATAD, C-129/79, *Macarthis Ltd*, 27 Mart 1980,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0129:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

C) Dolaylı Ayrımcılığın İspatı

a) Dolaylı Ayrımcılığın İspatı İçin Ortaya Konulması Gereken Vakıalar

Eşit olmayan davranışın, sistematik olarak aynı ve tek bir cinsiyetten işçiler ya da kısmi zamanlı çalışanlar gibi farklı bir gruptan işçiler üzerinde aleyhe etki doğuran ve fakat görünüşte tarafsız olan kriter veya uygulamalara dayandığı hallerde, dolaylı ayrımcılıktan söz edilmektedir. Nötr kriterlere dayanan ve sistematik olarak aynı gruptan kişilerin üzerinde aleyhlerine etki doğuran bir davranış söz konusu ise davacı, nötr kriterlere göre gerçekleştirilen farklılığın, tamamen veya ağırlıklı olarak bir gruptan işçileri olumsuz yönde etkilediğini ortaya koymalıdır. Bu husus örneğin ücretin tespitinde belirleyici olan iş tanımı konusunda da geçerlidir. İşin belirli özelliklere göre nitelendirilmesi, bu özellikler aynı cinsiyetten çok sayıda kişi üzerinde sonuç doğuracak şekilde belirlenmediği sürece, dolaylı ayrımcılığa karine teşkil etmez. Bu halde böyle bir etki, ayrımcılık yaratmasa da cinsiyet sebebine dayalı farklı muamele ve objektif ekonomik sebeplere dayanmayan ücret olarak kabul edilmek gerekir. Özellikle belirtmek gerekir ki ayrımcılık yasağı işverenin, tüm işçileri mutlak olarak aynı muameleye tabi tutmasını gerektirmez. Farklı muamele ile dolaylı ayrımcılık arasındaki fark, farklı muamele teşkil eden vakıanın, sübjektif sebepler paydasında toplanan işçileri olumsuz yönde etkiliyor olmasıdır.

Dolaylı ayrımcılık halinde ayrımcılığa uğrayan davacı, ispat konusunda açıkça zor bir durum içindedir. Çünkü bu halde davacı, ayırım yapılmaksızın konu bakımından kapsamında bulunan bütün işçilere uygulanan objektif bir kriterin, ağırlıklı olarak bir gruptan işçiler üzerinde sonuç doğurduğunu ortaya koymalıdır.

ATAD'ın C-77/02 sayılı Steinicke kararına³⁴ konu olan olayda kısmi zamanlı çalışanları uygulama dışında bırakan kanuni düzenleme, bekletici mesele yapan mahkemenin aktardığı istatistiki veriler nazara alındığında (kısmi zamanla çalışan işçilerin çoğunluğunun kadın olması) cinsiyet temeline dayalı dolaylı ayrımcılık teşkil etmektedir. Kararda, uyumsuzluk konusu kanun hükmünün, 76/207 ve 97/81 sayılı Direktifler uyarınca “davranış farklılığı” (différence de traitement) teşkil edip etmediği incelenmiştir. Söz konusu kanun hükmünün nötr bir ifade içermesine rağmen, erkek işçilerden çok kadın işçileri etkilemesi sebebiyle, 76/207 sayılı Direktif'e de aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Somut olay bakımından yapılan değerlendirmede, Almanya'da kısmi zamanlı

34 Raportörün mütalaası, C-77/02, *Erika Steinicke*, 3 Nisan 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-77/02, *Erika Steinicke*, 11 Eylül 2003,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

çalışan işçilerin erkekten çok kadın olduğu ve dosyada yer alan veriler uyarınca özellikle davacının çalıştığı sektörde kısmi zamanlı çalışan işçilerin %90'ının kadın olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Buna göre objektif kriterlerin uygulanması sonucu, belli bir cinsiyetten ya da kısmi zamanlı çalışanlar gibi belli bir gruptan işçilerin ağırlıklı olarak etkilenmesi söz konusu değilse “davranış farklılığı”; aksi halde ise dolaylı ayrımcılık bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Kısmi zamanlı çalışanlar için çalışma saatine bağlı olarak, tam zamanlı çalışanlardan daha düşük bir ücret öngörülmesi; kısmi zamanlı çalışanların önemli bir bölümünün veya tamamının kadın olması halinde ve tam zamanlı çalışmayı teşvik etmek gibi objektif olarak gerekçelendirilebilecek ekonomik bir sebebe dayanmaması şartıyla dolaylı ayrımcılık teşkil edecektir. Bu halde davacı tarafından Almanya’da kısmi zamanlı çalışan işçilerin önemli bir bölümünün kadın olduğu vakiasının ortaya konulması ispat külfeti bakımından yeterli olacaktır. Çünkü bu tespit, emekliliğe hak kazanma süresini kısaltan rejime geçmek için objektif bir kriter olarak görünen “tam zamanlı çalışma” şartının, dolaylı olarak kadın işçiler aleyhine sonuç doğurduğunu ve bu sebeple dolaylı ayrımcılık teşkil ettiğini kabul etmek için yeterli olacaktır.

b) Dolaylı Ayrımcılığın İspatında Uygulanacak Yöntemler

Dolaylı ayrımcılık bulunduğu sonucuna varıldığında davacı, görünüşte objektif olan kriterlerin sıklıkla ya da ağırlıklı olarak bir cinsiyetten işçileri olumsuz yönde etkilediğini ortaya koymalıdır. Bunun için de, doğrudan ayrımcılığın ispatında olduğu gibi temsil kabiliyeti olan gruplar arasında karşılaştırma yapmak zorunludur.

ATAD, özellikle ücrete ilişkin ayrımcılık hallerinde davacının çoğu kez ücret sisteminde şeffaflık eksikliği sebebiyle istenen ispat vasıtalarını sağlayamayacağını kabul etmektedir. Divan’a göre şeffaflık sorunu sebebiyle yaşanan ispat zorlukları, potansiyel ayrımcılık süjesi olan işçilere yüklenemez. Bu halde karşılaştırma yapmak imkansızsa³⁵ kadınların erkeklere göre daha az ücret aldıkları kabul edilmelidir. Aksi halde eşitlik ilkesi usul kuralları sebebiyle uygulanmaz hale gelecektir. Davacıya yüklenen ispat yükü, objektif olarak ulaşılabılır vasıtaların istenmesinden ileri gidemez.

35 *Danfoss* kararına konu olan olayda toplu iş sözleşmesi hükümleri ile temel ücret belirlenmiş olup, ücret eklerinin esneklik, kıdem, mesleki bilgi gibi kriterlere göre her bir işçi için bireysel iş sözleşmesi vasıtasıyla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple Divan, kıyaslanmanın yapılmasının mümkün olmadığını, kaldı ki işçinin dahi kendi ücretini önceden bilmediğini belirtmiştir; raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

Dolaylı ayrımcılığa ilişkin unsurlara işçi tarafından ulaşılmadığı hallerde, temsil kabiliyeti olan bir grup işçi içerisinde kadın işçilerin ortalama ücretlerinin daha düşük olduğunun tespiti ile ayrımcılık karinesine ulaşılabilen bir ispat usulü devreye girer. Kıdem, mesleki formasyon, esneklik gibi sübjektif kriterlerin görülen işle ilişkisi objektif olarak gerçekleştirilebilir ve bu ilişki tüm ayrımcılıkları dışarıda bırakırsa, bu gibi kişisel kriterler uyarınca ücret eklerinin belirlenmesi eşit ücret ilkesiyle bağdaşır. Ayrımcılık karinesine, temsil kabiliyeti olan bir grup işçi arasında, örneğin kadın işçilerin ortalama ücretlerinin erkek işçilerin ücretlerinden düşük olduğunu ortaya koyarak ulaşılabilir. Bir grubun temsil kabiliyeti olup olmadığının tespiti, her işyeri ya da işletmenin özelliklerine göre ve ulusal yargı tarafından belirlenmelidir. Bundan, kadın ve erkek işçilerin ücretlerinin her zaman eşit olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak farklılıklar, cinsiyet temeline dayalı gerekçelerden tamamen bağımsız sebeplere dayanmalıdır.

Ücretlerin kıyaslanması için belirlenecek işçilerin seçimi her işletme için somut olayın özelliklerine göre yapılmalı ve bu temsili grupların çalışma koşullarının mümkün olduğunca yakın/benzer olmasına çalışılmalıdır. Referans alınacak kişi sayısını kesin olarak belirlemek mümkün değildir. Bir serviste ya da üretim sürecinin bir bölümünde çalışan işçiler bir referans grubu olarak alınabilirler. İşletmede işin nitelendirilmesine ilişkin bir usul varsa bu kategorilerde yer alan kadın ve erkek işçiler arasında karşılaştırma yapılması mümkündür.

D) İstisnaların Değerlendirilmesi

Doğrudan ayrımcılık hallerinden farklı olarak dolaylı ayrımcılık hallerinde işverene, ayrımcılık teşkil eden kuralın meşru bir amaca hizmet ettiğini, objektif sebeplere dayandığını ve alınan tedbirlerin bu amaçlara ulaşmak için elverişli ve gerekli olduğunu ortaya koyarak, dolaylı ayrımcılığın bulunmadığını ispat etme imkânı tanınmıştır.

ATAD Danfoss kararında³⁶, davalının bu objektif gerekçeleri, meşru amacı ve alınan önlemlerin gerekliliğini ve elverişliliğini ispat etme yükü altında olduğunu açıkça ifade etmektedir.

³⁶ Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

2005 tarihli Nikoloudi kararına³⁷ konu olan olayda davacı işçi 1978 yılı itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmesi uyarınca ve “geçici” statüsünde temizlik işçisi olarak kısmi zamanlı çalışmaktayken, 1996 yılında tam zamanlı çalışmaya geçmiştir. 1998 yılında yaş haddinden emekli olduğunda hala “geçici” statüsündedir. Yunan mevzuatında yer alan personel statüsü uyarınca temizlik görevlisi olarak sadece kadın işçiler çalışabilmektedir. Öte yandan toplu iş sözleşmesi uyarınca temizlik görevlisi olarak kısmi zamanlı çalışmaya olanak tanınmış olup kısmi zamanlı çalışanların “asil/kadro” statüsüne geçme hakları bulunmamaktadır. Bunun yanında kısmi zamanlı çalışan işçilerin saatlik ücretleri, tam zamanlı çalışan işçilerin saatlik ücretlerinde düşüktür.

Divan dolaylı ayrımcılığın tespitine ilişkin soruyu cevaplarken, öncelikle “asil” statüsünün, çalışma koşullarına ilişkin olduğunu ve bu sebeple 76/207 sayılı Direktif çerçevesinde değerlendirilmek gerektiğini ifade etmiştir. Yerleşmiş içtihat uyarınca nötr bir düzenleme olarak görünen kurallar, bir grup işçi üzerinde olumsuz sonuç doğuracak nitelikteyse dolaylı ayrımcılık söz konusudur. Somut olayda “asil” statüsüne geçmek için tam zamanlı çalışma şartı arandığına göre bu düzenleme, erkek işçilere oranla çok sayıda kadın işçiyi olumsuz yönde etkileyebilecek niteliktedir. Ancak kadın ve erkek işçiler arasındaki öngörülen bu fark objektif sebeplere dayanıyor olabilir. Bu kapsamda mesleki deneyim, faaliyete ilişkin bilgi düzeyi ve faaliyette geçirilen süre(kıdem) kriterlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Divan yerleşmiş içtihadı uyarınca bilgi ve eğitim düzeyi kriterlerine dayalı farklılıkları, objektif bir değerlendirme sonucu söz konusu faaliyet için gerekli oldukları sonucuna varılabildiği ölçüde ayrımcılık olarak kabul etmemektedir.

a) Esneklik

ATAD’ın Danfoss kararında³⁸ ve sonraki kararlarda esneklik, mesleki bilgi ve kıdem kriterlerine ilişkin olarak vardığı sonuçlar 3 Ekim 2006 tarihli Cadman kararında³⁹ tartışılmıştır. Danfoss kararında⁴⁰ ATAD yapılan işin kalitesini

³⁷ Raportörün mütalaası, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 29 Nisan 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 10 Mart 2005, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

³⁸ Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

³⁹ ATAD, C-17/05, *B. F. Cadman*, 3 Ekim 2006,

etkileyeceği hallerde esneklik kriterinin meşru bir gerekçe olarak kabul edileceğine hükmetmiştir. Ancak ATAD'a göre çalışma saati, yeri gibi konularla ilişkili olduğu sürece bu kriterin nötr olduğundan bahsedilemez. Çünkü bu halde ev işleri, çocuk bakımı gibi sorumlulukları bulunduğu kabul edilen kadın işçiler aleyhine bir durum yaratılmaktadır.⁴¹

b) Mesleki Bilgi ve Kıdem

Mesleki bilgi konusunda getirilen kriterlerin objektif ve meşru sebep olarak kabul edilmesi için aranan şart ise yapılan işle ilgili olmasıdır.

Danfoss kararı⁴² ve sonraki içtihatlarda sıkça tartışma konusu olan kriter ise kıdem kriteridir. ATAD 3 Ekim 2006 tarihli Cadman kararında⁴³, kıdem kriteriyle ilgili olarak Danfoss kararından bu yana verilen kararları değerlendirmiş ve ATAD'ın bu konudaki içtihadı hakkında taraflarca ileri sürülen iddiaları cevaplamıştır.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴⁰ Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴¹ Raportörün Mütalaası, C-17/05, *B. F. Cadman*, 18 Mayıs 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-17/05, *B. F. Cadman*, 3 Ekim 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴² Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴³ Raportörün mütalaası, C-17/05, *B. F. Cadman*, 18 Mayıs 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML>
ATAD, C-17/05, *B. F. Cadman*, 3 Ekim 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

Cadman kararında⁴⁴ ATAD, öncelikle ispat yükü ile ispat usulünün niteliğinin birbirinden ayrı konular olduğunu hatırlatmaktadır. Divan kıdem kriterinin, işveren tarafından objektif sebeplerle gerekçelendirilmesinin gerekip gerekmediğini tartışırken 97/80 sayılı Konsey Direktifi'nden önceki ve sonraki durum arasında ayırım yapmaktadır. Divan'a göre 97/80 sayılı Direktif'ten önceki hukuki durumda, işverenin kıdem kriterini gerekçelendirmesinin gerekip gerekmediği ulusal mahkemenin takdirindedir. 97/80 sayılı Direktif'ten sonraki hukuki durumda ise, bir grup işçi aleyhine sonuç doğurduğu hallerde kıdem kriteri, Direktif'in 4. maddesinde düzenlenen objektif olarak gerekçelendirme zorunluluğunun dışında tutulamaz. Sonuç olarak mevcut hukuki durumda işveren, kıdem kriterini objektif sebeplerle gerekçelendirmek yükü altındadır.

İşveren, kıdem kriteri kadın işçiler aleyhine sonuç doğuruyorsa, bu kriterle dayalı olarak oluşturulan ücret sisteminin işletmenin genelindeki ücret sistemine ve faaliyete uygun olduğunu ortaya koymalıdır. ATAD Cadman kararında⁴⁵ bu sonuca varmadan önce, konuya ilişkin önceki kararlarını gözden geçirmiştir.

ATAD'ın Nimz kararına⁴⁶ konu olan olayda kısmi zamanlı ve sözleşmeli olarak çalışan kamu personeline ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri söz konusudur. Toplu İş sözleşmesine göre kısmi zamanlı ve sözleşmeli olarak çalışan kamu görevlisi 6 aylık geçici süreden sonra terfi edebilmektedir. Bu halde normal çalışma saatinin $\frac{3}{4}$ 'ü oranında çalışan personel için kıdem hesabında çalışma süresi tam süre üzerinden yapılmaktadır. Ancak normal çalışma süresinin $\frac{1}{2}$ - $\frac{3}{4}$ 'ü oranında çalışan personel için kıdem kriteri bakımından çalışma süresi $\frac{1}{2}$ süre olarak nazara alınmaktadır. Alman hükümeti söz konusu düzenlemeye gerekçe olarak tam zamanlı çalışanların daha tecrübeli olduklarını, faaliyet için gereken kapasiteye ve tecrübeye daha kısa sürede ulaştıklarını ileri sürmüştür. ATAD bu uygulama için işverenin, toplu iş sözleşmesinin söz konusu hükümlerinin,

⁴⁴ Raportörün mütalaası, C-17/05, B. F. Cadman, 18 Mayıs 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML>
ATAD, C-17/05, B. F. Cadman, 3 Ekim 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴⁵ Raportörün mütalaası, C-17/05, B. F. Cadman, 18 Mayıs 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML>
ATAD, C-17/05, B. F. Cadman, 3 Ekim 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁴⁶ Raportörün mütalaası, C-243/95, Helga Nimz, 13 Kasım 1990,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989C0184:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-184/89, Helga Nimz, 7 Şubat 1991,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0184:FR:HTML>
Son başvuru tarihi 14.06.2007).

objektifliği faaliyetin yapısı ve deneyim arasındaki ilişkiye bağlı olan faktörlerle gerekçelendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Divan'a göre işveren bu faaliyetin belli bir saat çalışmayla gerçekleştirileceğini ortaya koymalıdır.

Stapleton kararında⁴⁷ aktif çalışma süresi olarak tanımlanan hizmet süresi kriterinin, cinsiyet temeline dayalı sebeplerden bağımsız objektif sebeplere dayandığını ortaya koymanın işverene düştüğünü kabul etmiştir.

Kıdem kriterinin tartışma alanı bulduğu bir diğer karar olan Nikoloudi kararında⁴⁸, kıdem kriterinin objektifliğinin her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstereceği belirtilmiştir. Davalı işveren kıdem, işçinin mesleki bilgisinin göstergesi olduğunu ileri sürmüştür. ATAD kıdem kriterinin geçerliliği üzerindeki etkisine değinmeksizin, bu kriterin aynı zamanda sadakat göstergesi olduğunu ifade etmiştir.

Anılan son iki kararda raportörler, ATAD'ın kıdem kriterine ilişkin sonraki içtihadında Danfoss kararını⁴⁹ dayanak göstermediğini, Danfoss kararının kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini, Nimz kararının⁵⁰ Danfoss kararı ile varılan sonucu bertaraf ettiğini belirtmişlerdir. Buna göre ATAD Danfoss ile varılan ve kıdem kriterinin meşru ve objektif sebeplere dayanan bir ölçüt olduğu yönündeki sonuçtan tamamen dönmemiş olsa da bu içtihadı değiştirdiği kabul

47 Raportörün mütalaası, C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, 20 Şubat 1997, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995C0243:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, 17 Haziran 1998, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0243:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007)

48 Raportörün mütalaası, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 29 Nisan 2004,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 10 Mart 2005,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0196:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

49 Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

50 Raportörün mütalaası, C-243/95, *Helga Nimz*, 13 Kasım 1990,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989C0184:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-184/89, *Helga Nimz*, 7 Şubat 1991,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0184:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

edilmelidir. Raportörler tarafından, ATAD'ın bir içtihadını tamamen reddetmesinin de alışılmış bir usul olmadığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak ATAD içtihadı uyarınca kıdem kriterinin her durumda meşru ve objektif gerekçelere dayanan bir kriter olarak kabul edilmediği; bu sebeple işverenin, bu kriterin meşru ve objektif gerekçeleriyle elverişlilik ve gereklilik şartlarına uygunluğunu ortaya koymak yükü altında bulunduğu söylenebilecektir. Kurucu anlaşmanın 141. maddesi ve 97/80 sayılı Direktif m.2/f.II ile m.4 bu sonucu gerektirmektedir.

İşverenin, bir grup işçi aleyhine sonuç doğuran ücret sisteminin ortaya çıkardığı dolaylı ayrımcılık karinesini bertaraf etmek için ortaya koyması gereken gerekçelerin niteliği ise 97/80 sayılı Direktif ve dolaylı ayrımcılığa ilişkin içtihat ışığında değerlendirilmek gerekir. Burada değerlendirilmesi gereken husus, ücretin belirlenmesinde kullanılan kıdem kriteri için genel bir gerekçenin mi yoksa her bir işçinin durumu bakımından ayrı gerekçelerin mi aranacağıdır. Uygulamada yasama organları veya işverenler, kadın işçiler bakımından olumsuz sonuçlar doğuran önlemleri farklı gerekçelere dayandırmaktadırlar. Cadman kararında⁵¹ raportör, işçi tarafından dolaylı ayrımcılık iddiasıyla yapılan başvurunun, işveren bakımından ücreti gerekçelendirme borcunun doğumuna yol açmayacağı; aksi yönde bir kabulün işveren aleyhine kabul edilmez bir yük getireceği ifade edilmiştir. Zira 97/80 sayılı Direktif m.2/f.II'de işçiler arasında farklı davranış niteliğinde her olayın değil ve fakat kriterin kendisinin gerekçelendirilmesi zorunluluğunu getirmektedir.

c) Ekonomik Sebepler

Ekonomik sebeplerle farklı muamelenin sıklıkla öngörüldüğü alanların başında sosyal güvenlik rejimleri gelmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere yasal sosyal güvenlik rejimleri alanında cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yasağını düzenleyen 79/7/CEE sayılı Direktif, doğrudan ayrımcılık-dolaylı ayrımcılık kavramlarını ve dolayısıyla dolaylı ayrımcılığın istisnalarını düzenlememiştir. Bu sebeple yasal sosyal güvenlik rejimleri konusunda ekonomik sebeplerle farklı muamele sonucunu doğuran durumların ayrımcılık teşkil edip etmeyeceği ATAD içtihadıyla belirlenmektedir.

⁵¹ Raportörün mütalaası, C-17/05, B. F. Cadman, 18 Mayıs 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007); ATAD, C-17/05, B. F. Cadman, 3 Ekim 2006, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

ATAD'ın 21 Haziran 2007 tarihli Jonkman kararına⁵² konu olan olayda Belçika'da 1964–1980 yılları arasında kadın hosteslere, erkek hava personeline oranla daha düşük düzeyde edimler sağlamış olan yasal sosyal güvenlik rejimi söz konusudur. Mevzuatın sonradan eşitlik ilkesine uyumlu hale getirilmesine karşın bu dönemde geçerli olan hükümler sebebiyle kadın hosteslere sağlanan yaşlılık sigortası edimleri erkek hava personelinden azdır. Yapılan değişik uyarınca kadın hosteslere, erkek hava personeliyle aynı yaşlılık sigortası rejimine tabi olmak için 1964–1980 yılları arasındaki prim farklarını, yıllık %10 faizle ödeme yükümlülüğü getirilmiştir. Brüksel İş Mahkemesi bekletici mesele yoluyla ATAD'a yaptığı başvuruda, eşitliği sağlamak için getirilen bu yükümlülüğün ayrımcılık yasasını edip etmediğini sormaktadır.

ATAD Jonkman kararında⁵³ yasal sosyal güvenlik rejimi konusunda ekonomik sebeplerle farklı muamele öngören hükümlere ilişkin yerleşik içtihadını tekrarlamıştır. Buna göre 79/7/CEE sayılı Direktif üye devletlere, eşit davranma ilkesinin uygulanması sağlama yükümlülüğü getirmekte olup bunun hangi usullerle yapılacağı kural olarak üye devletlerin takdirindedir. Bu kapsamda önceki döneme ilişkin prim farklarının talep edilmesi ayrımcılık teşkil etmez. Uygulanacak faiz oranı konusunda ise sınır, talep edilen faizin paradaki değer kaybını karşılamasıdır. Bu sebeple somut olayda hem yasal faiz oranından hem de banka faiz oranlarından yüksek olan yıllık %10 faiz oranı, eşitliğin sağlanması bakımından engel teşkil etmektedir. ATAD bu sonuca varırken, yasal sosyal güvenlik rejimleri konusunda ekonomik gerekçelerle alınan tedbirlerin, Topluluk hukukunun ve somut olayda ayrımcılık yasasının etkili biçimde uygulanması önünde engel teşkil etmemesi ilkesine dayanmaktadır. Somut olayda prim farklarının bir seferde ve yıllık %10 faiziyle birlikte ödenmesi yükümlülüğünün, eşitlik ilkesinin etkili biçimde uygulanmasına engel teşkil ettiğine hükmedilmiştir.

52 Raportörün mütalaası, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 29 Mart 2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0231:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 21 Haziran 2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0231:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 19.08.2007).

53 Raportörün mütalaası, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 29 Mart 2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0231:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 21 Haziran 2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0231:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 19.08.2007).

ATAD'ın C-77/02 sayılı Steinicke kararında⁵⁴, Alman hukukunda kamu görevlilerini kapsayan, 55 yaş ve üstünde olan ve son 5 yılda en az 3 yıllık tam zamanlı çalışması bulunan çalışanlar için kısmi zamanlı çalışmaya geçme olanağı tanıyan bir düzenlemenin eşit davranma ilkesine uygunluğu tartışılmıştır. Alman Federal Çalışma Bürosu, kısmi zamanlı çalışan işçilerin, bu düzenlemeden mahrum bırakılmasının, bir taraftan rejimin amacıyla diğer taraftan bütçeye ilişkin sebepler ve uygulama düzeni ile gerekçelendirmek istemiştir. Buna göre öngörülen rejimin amacı istihdam yaratmaktır. Ayrıca kısmi zamanla çalışanlar zaten iş piyasasına tatmin edici düzeyde bir çalışma zamanı vakfetmemektedirler. Bunun yanında öngörülen rejim ücret ve yardımlar konusunda avantajlar getirmektedir. Bu avantajların kısmi zamanlı çalışanlara da uygulanması aşırı bir masraf getirecektir.

ATAD, erkek işçilere göre büyük oranda kadın işçileri etkileyen ve bu sebeple kadın işçiler aleyhine ayrımcılık teşkil eden bir düzenlemenin, cinsiyet temeline dayalı olmayan objektif sebeplerle gerekçelendirilmediği sürece, topluluk hukukuna aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁵⁵ Kararda, 97/81 sayılı Direktif bakımından da kısmi zamanlı çalışan işçi aleyhine getirilen düzenlemenin objektif sebeplere dayanması gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan ATAD bu kararda objektif sebeplerin varlığını tespit etmenin, uyumsuzluğa bakan ulusal mahkemeye düştüğünü kabul etmiş ve fakat kendisinin, bu konuda karar vermesine *yardımcı olmak* amacıyla ulusal mahkemeye, faydalı cevaplar vermek, dosyadan anlaşılabilen hususları ve bu konudaki görüşlerini bildirmek yetkisi olduğuna karar vermiştir. Bu kapsamda Federal Çalışma Bürosu tarafından ileri sürülen objektif sebepler incelenmiştir. Büro'nun ileri sürdüğü sebeplerden biri, istihdam politikasının bir parçası olan ve uyumsuzluk konusu çalışma rejimi uyarınca tam zamanlı çalışan işçilerin çalışma sürelerini yarıya indirerek ulaşılmak istenen amacın başka türlü gerçekleştirilemeyeceğidir.⁵⁶

⁵⁴ Raportörün mütalaası, C-77/02, *Erika Steinicke*, 3 Nisan 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-77/02, *Erika Steinicke*, 11 Eylül 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁵⁵ Raportörün mütalaası, C-77/02, *Erika Steinicke*, 3 Nisan 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007);

ATAD, C-77/02, *Erika Steinicke*, 11 Eylül 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 14.06.2007).

⁵⁶ Raportörün mütalaası, C-77/02, *Erika Steinicke*, 3 Nisan 2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0077:FR:HTML> (Son başvuru tarihi 01.10.2007).

Divan, istihdam politikasına ilişkin hususların ancak, öngörülen amaç için elverişli ve gerekli olduğunun ispatlanması halinde farklı muamelenin gerekçesi olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Divan'a göre kısmi zamanlı çalışma esnek çalışma yöntemlerinden biridir ve uyumsuzluk konusu düzenleme kısmi zamanlı çalışan işçileri kapsam dışında bırakarak bu yönteme başvurulmamasını teşvik etmekte olduğundan, bu düzenlemenin öngörülen amaç için elverişli olduğu kabul edilemez. Somut olayda da görüldüğü üzere kısmi zamanlı çalışan işçi, bu rejimden faydalanabilmek için tam zamanlı çalışmaya geçme talebinde bulunmuştur. Ayrıca bu düzenlemenin öngörülen amaca ulaşmak için gerekli olmadığı, kanunda sonradan yapılan değişiklikle kısmi zamanlı çalışanların da kapsama alınabilmesinden anlaşılmaktadır.

ATAD yerleşmiş içtihadı uyarınca bütçeye ilişkin sebeplerin, kural olarak ayrımcılık için gerekçe teşkil edemeyeceğini belirtmektedir.

d) Toplu İş Sözleşmesi

Ayrımcılığa gösterilen gerekçelerden biri de toplu iş sözleşmesi düzenlemeleridir. ATAD eşit işe eşit ücret ilkesine dair içtihatlarında, ücret eklerinin tespitinin objektif ve meşru kriterlere dayanması gerektiğine ve toplu iş sözleşmesi uyarınca subjektif kriterlere yapılan göndermelerin, ücretler arasındaki farkı meşrulaştırmayacağına karar vermektedir.

Bununla birlikte yukarıda açıklandığı üzere cinsiyetler arasında nötr biçimde uygulanması ve icra edilen faaliyetle ilgili olması şartıyla esneklik, kıdem ve mesleki bilgi bu kapsamda meşru kriterler olarak kabul edilmektedir. Bu kriterlerin meşruluğu, işgörme edimi için her bir kişisel özelliğın ekonomik değerinden kaynaklanmaktadır. Ancak toplu iş sözleşmesi branşa yönelik yapılıır ve ücrette farklılık öngören düzenleme branşla ilişkili olmalıdır. Farklılık, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı içerisinde işçinin cinsiyeti, etnik kökeni, engelli olması gibi ayrımcılık konusu kriterlere dayanan bir davranış farklılığı yoksa meşrudur. Toplu iş sözleşmesinin ayırım yapılmaksızın uygulanması gerekir. Ancak toplu iş sözleşmesinin ağırlıklı olarak kadın işçiler, erkek işçiler, kısmi zamanlı çalışanlar gibi belli bir grup işçiye dair hüküm getirmesi tek başına ayrımcılık yasağının ihlali teşkil etmez. Böyle bir tespit için toplu iş sözleşmesinin somut içeriği belirleyicidir.

SONUÇ

Avrupa Birliği iş ilişkisinde cinsiyet, etnik köken, dini inanç, engelli olma gibi sık görülen sebeplere dayalı ayrımcı davranışları direktiflerle düzenleyerek üye devletlere bu alanlarda ayrımcılık yasağının etkili biçimde uygulamaya geçirilmesi için yükümlülük getirmiş; ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişilere başta etkili bir yargı yoluna başvurma hakkı olmak üzere elverişli usul kurallarına tabi olarak haklarını arama imkanı sağlamıştır.

Bununla birlikte Birlik hukukunun, ayrımcılık yasasının uygulamaya geçirilmesi için üye devletlere getirdiği yükümlülükler çerçevesinde, ekonomik sonuçları diğerlerine göre daha ön planda olan yasal sosyal güvenlik rejimleri ve kısmi zamanlı çalışma gibi konularda çekingen davrandığı söylenebilecektir.

Pozitif normların, ayrımcılık yasasının etkili biçimde uygulamaya geçirilmesinde yetersiz kaldığı durumlar ATAD'ın içtihatla geliştirdiği kurallar vasıtasıyla çözülmüş ve bu kurallar Birlik hukukunda ayrımcılık yasasının gelişim sürecinde belirleyici olmuştur. Bu kapsamda Birlik hukukunda ayrımcılık yasası, doğrudan uygulanabilirliği ve üstünlüğü kabul edilen hukukun genel prensiplerinden eşitlik ilkesi ile korunmakta ve bu sebeple pozitif normların öngörmediği durumlarda ATAD içtihadıyla yeknesak düzeyde bir koruma sağlanmaktadır.

ÇALIŞMADA DEĞİNİLEN ATAD KARARLARI

- 1- ATAD, C-262/88, *Douglas Harvey Barber*, 17 Mayıs 1990,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0262:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 18.08.2007)
Raportörün mütalaası, C-262/88, *Douglas Harvey Barber*, 30 Ocak 1990,
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0262:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)
- 2- ATAD, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 17 Ekim 1989,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007)
Raportörün mütalaası, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark*, 31 Mayıs 1989,
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0109:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)
- 3- ATAD, C-13/05, *Sonia Chacón Navas*, 11 Temmuz 2006,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0013:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 19.08.2007)
Raportörün mütalaası, C-13/05, *Sonia Chacón Navas*, 16 Mart 2006,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0013:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)
- 4- ATAD, C-144/04, *Werner Mangold*, 22 Kasım 2005,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0144:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 19.08.2007)
Raportörün mütalaası, C-144/04, *Werner Mangold*, 30 Haziran 2005,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004C0144:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)
- 5- ATAD, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 10 Mart 2005,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0196:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007)
Raportörün mütalaası, C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi*, 29 Nisan 2004,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0196:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)
- 6- ATAD, C-129/79, *Macarthys Ltd*, 27 Mart 1980,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0129:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007).
- 7- ATAD, C-77/02, *Erika Steinicke*, 11 Eylül 2003,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0077:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007)
Raportörün mütalaası, C-77/02, *Erika Steinicke*, 3 Nisan 2003,
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002C0077:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)

8- ATAD, C-17/05, *B. F. Cadman*, 3 Ekim 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007)

Raportörün mütalaası, C-17/05, *B. F. Cadman*, 18 Mayıs 2006,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0017:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)

9- ATAD, C-184/89, *Helga Nimz*, 7 Şubat 1991,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989J0184:FR:HTML>
Son başvuru tarihi 14.06.2007)

Raportörün mütalaası, C-243/95, *Helga Nimz*, 13 Kasım 1990,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989C0184:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)

10- ATAD, C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, 17 Haziran 1998,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0243:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 14.06.2007)

Raportörün mütalaası, C-243/95, *Kathleen Hill et Ann Stapleton*, 20 Şubat 1997,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995C0243:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)

11- ATAD, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 21 Haziran 2007,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0231:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 19.08.2007)

Raportörün mütalaası, C-231/06, *Emilienne Jonkman*, 29 Mart 2007,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0231:FR:HTML>
(Son başvuru tarihi 01.10.2007)