

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KADIN ERKEK
EŞİTLİĞİ İLKESİ**

Bahar KONUK

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK

2008

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

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

Bahar KONUK

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Bahar KONUK
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Avrupa Birliği Hukuku
Tez Konusu :Avrupa Birliği Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ

Bahar Konuk

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Avrupa Birliği Hukuku Programı

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesinin geçmişi 1957 tarihli Avrupa Topluluğu Antlaşması'na dayanır. Antlaşma'nın 119. maddesi (yeni 141), kadın ve erkek arasında ücret eşitliğini öngörecek biçimde düzenlenmiştir. Birlik Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesi geçmişten bu güne, konu ile ilgili ortaya konan çeşitli yasal düzenlemeler, Kurucu Antlaşma değişiklikleri ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatlarıyla gelişme göstermiştir. Cinsiyetler arasında eşitlikle ilgili hukukun günümüzde, Birlik'in ekonomik çıkarları ile sosyal hedefleri arasında çekişmeye sahne olan bir alan olduğunu söylemek mümkündür.

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliğini ilkesini sağlamaya yönelik düzenlemelerin başlıca üç başlık altında toplandığı görülür. Bunlar; ücret eşitliği, işe alınma ve çalışma koşullarında eşit muamele ve sosyal güvenlik alanında eşitliktir. Kadın ve erkek eşitliği ilkesi her üç alanda da esas olmakla birlikte, her bir alan farklı yasal düzenlemelerle ortaya konmuştur.

Birlik'in ekonomik çıkarlarını gözetmek konusundaki hassasiyet halen devam etse de, günümüzde kadın erkek eşitliği ilkesini Birlik Hukuku'nda şekillendiren farklı bir faktör bulunmaktadır. Bu faktör, konunun temel insan haklarıyla birlikte değerlendirilmeye başlanmasıdır. Bir başka deyişle, kadın

erkek eşitliği ilkesi günümüz Birlik Hukuku'nda, serbest ve tam rekabet ortamının sağlandığı bir iç pazarın yan ürünü olarak değil, tüm Birlik vatandaşlarının günlük yaşamlarının doğal bir parçası haline gelen temel bir insan hakkı olarak görülmeye başlanmıştır.

Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde bulunan Türkiye, konu ile ilgili mevzuatını Birlik mevzuatıyla uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Bu doğrultuda başta Anayasa olmak üzere Medeni Kanun, İş Kanunu ve Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde değişikliklere gidilmiştir.

Anahtar Szckler: Cinsiyet Eşitliği, Eşit cret, Fırsat Eşitliği, Kadın Hakları

ABSTRACT

Master Thesis

**THE EQUALITY PRINCIPLE OF MEN AND WOMEN IN THE EUROPEAN
UNION LAW**

Bahar Konuk

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

The principle of equal treatment of men and women was first established in article 119 (now article 141) of the European Community Treaty of 1957 emphasizing that men and women should receive equal pay for equal work and for work of equal value. The principle has been developing gradually over the years through legislation, judicial action and Treaty amendment.

European Union Law in the area of gender equality can be examined principally in three parts; equal pay, equal treatment and social security. Although the basic principle of equality between men and women is common to all three, each is governed by different legal provision.

At the beginning it was only the economic considerations to shape the European Union Gender Equality Law. Although such considerations are still relevant today, it can be said that it is evolving to be a fundamental human right.

Turkey which is a candidate country in the process of accession is responsible for making some necessary changes in national law in order to be in

accordance with the Acquis Communautaire. Regarding gender equality issues, there are some important changes in the related articles of the Constitution, Turkish Civil Code, Labor Code and Penal Code that determine a visible positive shift related to the issue in question. However it should be emphasized that an effective legislation is not an end, but only a starting point for promoting equality of men and women.

Key Words: Gender Equality, Equal Pay, Equal Opportunity, Women's Rights

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ

YEMİN METNİ	ii
TUTANAK	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ ve İLKENİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDAKİ YERİ

1.1	Genel Eşitlik İlkesi	1
1.2	Kadın Erkek Eşitliği İlkesi ve İlkenin Genel Eşitlik İlkesi İle İlişkisi	4
1.3	Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Tarihsel Gelişimi ve Uluslararası Düzenlemelerde Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	7
1.3.1	Kadın Erkek Eşitliğinin İlkesinin Tarihsel Gelişimi	7
1.3.2.	Kadın Erkek Eşitliği İlkesini Sağlamaya Yönelik Başlıca Uluslararası Düzenlemeler	11
1.3.2.1	Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	11
1.3.2.2	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	12
1.3.2.3	Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme	13
1.3.2.4	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	14
1.3.2.5	Avrupa Sosyal Şartı	16
1.4	Avrupa Birliği Hukuku'nda Genel Olarak Eşitlik İlkesi	17
1.5	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Düzenlenmesi	19
1.5.1	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Anlamı	19

1.5.2	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	25
	Çerçevesinde Ayrımcılık Kavramı	
1.5.2.1	Doğrudan Ayrımcılık	25
1.5.2.2	Dolaylı Ayrımcılık	27
1.5.2.3	Taciz ve Cinsel Taciz	32
1.5.3	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği	35
	İlkesinin Normatif Gelişimi	
1.5.4	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin	40
	Geleceğine İlişkin Beklentiler	
1.5.5	2006/54 Sayılı İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın	45
	ve Erkeklerle Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin	
	Uygulanmasına İlişkin Yönerge	
1.5.6	Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği	48
	İlkesinin Sağlanması Yönelik Hükümlerin Uygulanması	
1.5.6.1	Yönerge Hükümlerinin Doğrudan Etkisi	48
1.5.6.2	Kanıt Yüğü	51
1.5.6.3	Yaptırımlar	52

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN DÜZENLENMESİ

2.1	Kadın ve Erkek Arasında Ücret Eşitliği	54
2.1.1	Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda Ücret Eşitliği	54
2.1.1.1	Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları ile Avrupa	55
	Topluluğu Antlaşması'nın İlgili Hükümünde Yapılan Değişiklikler	
2.1.1.2	Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın Kadın Erkek Eşitliği	56
	İlkesi ile İlgili Hükümünün Doğrudan Etkisi	

2.1.2	Eşit İş ve Eşit Değerde İş Kavramları	57
2.1.3	Eşit Ücret Kavramı	59
2.1.3.1	Sosyal Yardımlar	60
2.1.3.2	Emekli Aylıkları ve Emeklilikle İlgili Diğer Ödemeler	61
2.1.3.3	Yan Menfaatler	61
2.1.3.4	Hastalık Yardımları	62
2.1.4	Eşit veya Eşit Değerde İş için Eşit Ücret İlkesinin İstisnaları	63
2.1.5	75/117 Sayılı Kadın ve Erkekler İçin Eşit Ücret Yönergesi	64
2.2	Kadın ve Erkek Arasında Eşit Muamele	66
2.2.1	76/207 Sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi	66
2.2.2	76/207 Sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi'nde Yer Alan Eşit Muamele İlkesinin İstisnaları	68
2.2.2.1	Cinsiyetin Mesleğin Tanımlanmasında Belirleyici Rol Oynadığı Haller	69
2.2.2.3	Hamilelik ve Analık Halleri	72
2.2.2.4	Olumlu Ayrımcılık	75
2.2.3	Serbest Meslek Sahipleriyle Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele ve Ananın Korunması	79
2.2.4	Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele	81
2.3	Kadın ve Erkek Arasında Sosyal Güvenlik Alanında Eşitlik	83
2.3.1	Kadın ve Erkek Arasında Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Muamele	83
2.3.2	İş Yerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele	87
2.3.3	Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunması	89

2.3.4	İzinler	91
2.3.5	Kısmi Süreli Çalışanların Korunması	92

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK YASAL DÜZENLEMELER

3.1	Türk Anayasa Hukuku Açısından Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	94
3.1.2	Kadın Erkek Eşitliği İlkesine İlişkin Anayasal Düzenleme	94
3.1.3	Anayasa Mahkemesi'nin Kadın Erkek Eşitliği İlkesi Yorumu	97
3.2	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	101
3.3	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	104
3.4	4857 Sayılı Türk İş Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi	107
3.5	Türk Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesini Sağlamaya Yönelik Yasal Düzenlemelerin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin İlerleme Raporlarına Yansımaları	114
	SONUÇ	120
	KAYNAKLAR	124
	EK	133

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e	Adı geçen eser
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
ATA	Avrupa Topluluğu Antlaşması
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMT	Birleşmiş Milletler Teşkilatı
C	Case (dava)
çev.	çeviren
E.	Esas
ECR	European Court Reports (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararları Dergisi)
edt. by	edited by (derleyen)
Ibid	aynı eserde aynı yerde
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KKHAÖS	Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
md.	madde
No.	Number (sayı)
OJ	Official Journal (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)
R.G.	Resmi Gazete
s.	sayfa
TMK	Türk Medeni Kanunu
U.S.	United States (Birleşik Devletler)
v.	versus (karşı)
vd.	ve devamı
Vol.	Volume (cilt)

GİRİŞ

Eşitlik kavramının anlamını ortaya koymaya yönelik felsefi tartışmaların geçmişi, Milattan Önce 300'lü yıllara dayanır. Çoğu zaman adalet kavramıyla iç içe tanımlanan eşitlik kavramı, düşünce tarihinin en çok tartışılan kavramlarından biri olup, üzerinde halen görüş birliğine varılabilmemiş değildir. Bu nedenle maddi anlamda eşitlik, şekli anlamda eşitlik veya fırsat eşitliği gibi birbirinden farklı şekillerde ifade edilen eşitlik kavramının, kuşkusuz başlıca uygulama alanlarından biri cinsiyetler arasında eşitlik, yani kadın erkek eşitliğidir.

Kadın haklarının insan haklarından ayrı düşünülmemeyeceği ve kadının hukuksal anlamda erkekle eşit konumda olması gerektiğine dair düşüncelerin tarihi yakın bir geçmişe dayanır. Nitekim 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan ekonomik ve teknolojik gelişmelerin sonucunda ortaya çıkan endüstrileşme ve iş bölümüne dayalı olarak iş yaşamına katılmaya başlayan kadınların hukuksal statüsü, yaşanan bu gelişmelere paralel ancak ağır bir biçimde erkeğin hukuksal statüsüne yaklaştırılmaya başlanmıştır. Verilen mücadelelerin etkisiyle, kadın haklarının insan haklarından ayrı düşünülmemeyeceği anlayışı yerleşmiş, bunun sonucunda uluslararası kuruluşlar konuya eğilme ihtiyacı hissetmişler ve bu amaç doğrultusunda çeşitli uluslararası belgeler düzenlemişlerdir. Çalışmanın ilgili bölümünde yer verilen uluslararası belgelerin, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin temel bir ilke olarak değerlendirilip benimsenmesinde oynadıkları rolü yadsımak mümkün değildir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın ve erkek arasında eşitlik ile ilgili düzenlemelerin geçmişi 1957 tarihli Avrupa Topluluğu Antlaşması'na dayanır. Nitekim Antlaşma'nın 119. maddesi kadın ve erkek için ücret eşitliği ilkesini öngörmektedir. Birlik Hukuku'nda, kadın erkek eşitliği ilkesinin ilk etapta çalışma hayatına ve özellikle ücret eşitliğine özgülenmesi şaşırtıcı değildir. Bunun nedenini Avrupa Birliği'nin kuruluş temellerinde aramak gerekir. Avrupa Birliği'nin temelinde her ne kadar uzun vadede Avrupa'da barış ve istikrar ortamının sağlanmasına yönelik bir siyasal birlik oluşturma fikri yatıyor ise de, bunun öncelikli şartının serbest piyasa ekonomisi ve güçlü bir rekabet ortamının sağlandığı sağlam

bir ekonomik birliktelik olduğu tecrübesi yaşanmıştır. Buna paralel olarak, Birlik'in öngördüğü refah sistemini ve zenginliği teminat altına almak için iş gücü piyasasına daha fazla sayıda kadının dahil edilmesi gerekliliği sonucuna ulaşılmış ve kadın erkek arasında eşitlikle ilgili hususlar, sosyal taraflarından çok ekonomik büyüme sorununa bir yanıt olarak ele alınmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili olarak kabul edilen model, ilgili bölümde değerlendirilmiş olan “*fırsat eşitliği*” modelidir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesini hayata geçirmeye yönelik düzenlemelerin başlıca üçayağı olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar; ücrette eşitlik, işe alınma ve çalışma koşullarında eşit muamele ve sosyal güvenlik alanında eşitlikdir. Eşitliğin hayata geçirilmesine yönelik ortaya konan düzenlemelere Kurucu Antlaşmalar'la birlikte, Birlik Hukuku'nun ikincil kaynaklarından olan çok sayıda yönergeye rastlamak mümkündür. Nitekim çalışmanın ikinci bölümü ağırlıklı olarak, konunun içeriği, uygulanması ve sınırlarını çizmek bakımından aydınlatıcı olan ilgili yönergeler çerçevesinde hazırlanmıştır. Söz konusu yönergeler, her ne kadar konu ile ilgili olarak ele aldıkları hususlarda açıklayıcı olmakla birlikte, kuşkusuz Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatları bu anlamda hayati önem taşıyan kaynak niteliğindedir. Kurucu Antlaşmaları ve onlara dayanılarak çıkarılan ikincil düzenlemeleri hukuka uygun bir biçimde yorumlayan ve yine bunların uygulanması sırasında hukuka uygunluğun sağlanmasında büyük pay sahibi olan Divan, eşit ücret, eşit muamele ve sosyal güvenlik alanında eşitlikle ilgili pek çok hususun açıklık kazanması ve yaygınlaşmasında büyük rol oynamıştır. Bu nedenle, çalışmanın ilgili bölümlerinde mümkün olduğunca konu ile ilgili olarak Divan'ın belli başlı içtihatlarına da yer verilmiştir.

Günümüzde Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik gerek mevzuat oluşturmaya, gerekse Üye Devletler arasında ortak bir vizyon sağlamak için strateji ve yol haritaları ortaya koymaya yönelik çalışmalar halen devam etmektedir. Bunun başlıca nedeni, kadın erkek eşitliği konusunun insan hakları boyutunun ön plana çıkması ve konu ile ilgili politikaların salt istihdama yönelik olmaktan çıkıp tüm sosyal boyutlarıyla birlikte ele alınması çabasıdır.

Bu doğrultuda, özellikle belli bir cinse dair kalıplaşmış toplumsal yargıların bertaraf edilmesi, toplumsal karar mekanizmalarında eşitlik ve cinsiyet temelli şiddet olaylarının ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır.

Avrupa Birliği ile ilişkileri resmi olarak 1963 tarihinde imzalanan Ankara Antlaşması'na dayanan ve günümüz itibarıyla halen tam üyelik sürecinde bulunan Türkiye, konu ile ilgili mevzuatını Birlik mevzuatı ile uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Bu doğrultuda başta Anayasa olmak üzere, çeşitli yasalarda kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik değişikliklere gidilmiştir. Çalışmanın son bölümünde Birlik mevzuatıyla uyum sağlamaktan öte, ağdaşlaşma adına büyük anlam ifade ettiğini düşündüğümüz bu değişikliklere yer verilmiş ve konunun ulusal mevzuata ne şekilde yansıtıldığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİ ve İLKENİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDAKİ YERİ

1.1 Genel Eşitlik İlkesi

Eşitlik, iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık, ne de eksik olmaması durumunu ifade eder¹. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere bir şeyin eşit oluşu veya olmayışı daima bir başka şeye göredir². Bir başka deyişle eşitlik, en az iki şey arasında söz konusu olup, tek bir şey adına bir anlam ifade etmez. Bununla birlikte, eşitlikten söz edilebilmesi için, bu iki şeyin varlığıyla birlikte bunların karşılaştırılması ve aralarındaki ilişkinin ortaya konulması suretiyle birbirlerine göre konumlarının belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla yanıtlanması gereken öncelikli soru, “*neye göre*” eşitlikten söz edilebileceğidir³.

Aristo'ya göre, benzer veya eşit olan şeylere benzer veya eşit şekilde davranıldığı takdirde eşitlikten söz edilebilir⁴. Şekli anlamda eşitlik ilkesi olarak kabul edilen bu ilke, herkese veya her duruma aynı davranılmasını veya uygulama aynılığını gerektirmemektedir. Bu ilkeye göre, ilişkili veya uygun farkların bulunması halinde eşit olmayan veya farklı uygulamaya izin verilmekle birlikte, burada ifade edilen ilişkili veya uygun farkların hangi kriterler göz önünde bulundurularak tespit edileceğine dair bir açıklık yoktur⁵. Bir başka deyişle bu ilkenin hareket noktası, kişilerin veya durumların benzerliğinin önceden belirlendiği varsayımdır⁶.

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1983, s. 384.

² Öden Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 17.

³ Öden, s. 18.

⁴ Şenel Alaeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara 2001, s. 168.

⁵ Fredman Sandra, Discrimination Law, Oxford University Press 2002, s. 8.

⁶ Mccrudden Christopher, The New Concept of Equality, ERA Forum, Vol. 4 No. 3, September 2003, s. 20.

Ancak, kişilerin fiziksel ve zihinsel özellik ve durumlarının bütünüyle benzer veya eşit olamayacağı gerçeğinin yanında, öznel tercihlerinin, beğenilerinin ve değerlerinin de ayrılması karşısında, onlara benzer veya eşit davranılması, eşitlik sonucunun ortaya çıkması anlamında uygun olmayabilir. Dolayısıyla kişilerin benzerliğinin veya eşitliğinin değerlendirilebilmesi için eşitlik kavramının toplumsal ve ahlaki bir değerler sistemine oturtularak somutlaştırılması gerekir⁷.

Şekli anlamda eşitlik ilkesinin hareket noktası “*eşitlik karinesidir*”. Bu karineye göre farklı şekilde davranmak için geçerli bir neden bulunmadıkça herkese eşit davranılmalı ve farklı uygulamalar, dikkate alınan farklılıkların söz konusu işlemle ilişkisinin veya işlem için uygunluğunun bu işlemde sorumlu kişi veya makamlar tarafından kanıtlanması suretiyle meşrulaştırılmalıdır⁸. Bu anlamda usule ilişkin bir yanı da olduğu görülen bu ilke, esasında bir kişi hakkındaki ifade ve önermelerin, benzer durumdaki tüm kişiler için de geçerli olacak şekilde genelleştirilmesini öngörür. Tutarsız veya taraflı bir biçimde ortaya konan her türlü uygulama, şekli anlamda eşitlik ilkesi açısından eşit olmayan uygulamaya sebebiyet verir⁹.

Şekli anlamda eşitlik ilkesi, kişisel değerlerin oluşumunda kişinin ait olduğu grubun etki ve önemini göz ardı edip, bu yolla keyfi bir baskı oluşturarak kişisel farklılığın değerinin göz ardı edilmesine yol açmakla eleştirilmektedir¹⁰. Yine, yukarıda da ifade edildiği gibi, belirli ve sabit kriterler ortaya konmaksızın yapılan değerlendirmeye göre, baskın model karşısında farklılık testinden geçemeyen kişi veya durumları eşit olmayan uygulamanın koruyuculuğundan uzaklaştırılması, karşılaştırmaya konu olan kişi veya durumların konumlarının, o kişi veya duruma özgü kalıtımsal ve sosyal etkiler tamamen göz ardı edilerek belirlenmesi, şekli

⁷ Westen Peter, The Empty Idea Of Equality, Harvard Law Review, Vol. 95 No. 3, January 1982, s. 547.

⁸ Öden, s. 27.

⁹ Chemerinsky Erwin, In Defence Of Equality: A Reply To Professor Westen, Michigan Law Review, Vol. 81 No. 3, January 1983, s. 580-581.

¹⁰ Doğan Yenisey Kübra, Kadın Erkek Eşitliği Bağlamında Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği İş Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 6 Sayı. 4, Ankara 2002, s. 39.

anlamda eşitlik ilkesinin eleştirilen ve maddi anlamda eşitlik ilkesinin ortaya konmasına sebep olan yönleridir¹¹.

Maddi anlamda eşitlik ilkesinin hareket noktası ise, şekli anlamda eşitlik ilkesinin ikinci önermesidir. Buna göre, ilişkili veya uygun farkların bulunması halinde kişi veya durumlara, aralarındaki farklılık oranında farklı uygulamalara gidilebilir. Maddi anlamda eşitlik ilkesini ilkinden ayıran, onun bu farklılığı ortaya koyarken kişinin veya durumun konumunu belirleyen sosyal etkileri göz önünde bulundurması, onu içerisinde bulunduğu şartlardan soyutlamaksızın değerlendirme yoluna gitmesidir. Maddi anlamda eşitlik ilkesi aynı zamanda, farklılığın yapısal nedenlerini ve emarelerini ortaya koymaya çalışır. Özellikle, toplumsal nedenlerden ötürü geride bırakılmış ve bu anlamda mağdur edilmiş grupların diğerleriyle eşit bir düzeyde rekabet edemeyeceğinin altını çizer¹².

Maddi anlamda eşitlik ilkesine göre eşitlikten söz edilebilmek için, kişilerin eşit veya benzer uygulamalara tabi tutulmaları gerekli değildir. Aksine bu durum, kişiler arasında eşitsizliğe yol açabilir. Ancak ilgili uygulamaların, tarafsız bir biçimde ortaya konması ve farklı uygulama için öngörülen uygun bir temel veya meşru bir farklılaştırma nedeni olarak önerilen kriterlere uygun olması gerekir¹³.

Maddi anlamda eşitlik ilkesi çerçevesinde, kişiler arasında farklı uygulamaları meşrulaştırmak adına öngörülen kriterlerden ilki “*değer kriteri*”dir¹⁴. Buna göre, bir kişinin veya durumun diğerine göre konumlandırılmasında, onun toplum için algılanan değerinin ölçülmesi gerekir. Toplum için değer, toplumun değer verdiği bir ustalık veya beceriye sahip olma anlamına gelebildiği gibi, başarı yahut ortaya konan iş, icraat anlamına da gelebilir.

¹¹ Fredman (2002), s.9-10.

¹² Bell Mark, Equality and the European Union Constitution, Industrial Law Journal, Vol. 33 No. 3, September 2004, s. 247.

¹³ Barnard Catherine-Hepple Bob, Substantive Equality, Cambridge Law Journal, Vol. 59 No. 3, November 2000, s. 562.

¹⁴ Öden, s. 35.

İkinci kriter, “*ihtiyaç kriteri*”dir¹⁵. Buna göre, kişilerin toplum için bir değer ortaya koymaları çoğu zaman onların doğuştan getirdikleri ve sonrasında değiştirmesi mümkün olmayan ya da çok zor mümkün olan bir takım özelliklerle yakından ilgilidir; ırk, renk, cinsiyet veya akıl, zeka, fiziksel engeller... gibi. Bu nedenle farklı uygulamaya esas alınacak kriter değer değil, ihtiyaç olmalıdır. İhtiyaç göz önüne alınarak yapılan konumlandırma asıl olarak hedeflenen, kişisel eşitsizliklerin farklı uygulamalar yoluyla bertaraf edilmesi ve elde edilen sonuç anlamında eşitlikten söz edilebilmesidir. Sonuç anlamında eşitlik, toplumsal yararların dağıtımında, ihtiyaçların esas alınması ve herkesin ihtiyaçlarının eşit şekilde gözetilmesi halinde farklı uygulamaların meşru sayılabileceği anlamına gelir¹⁶.

Üçüncü kriter, “*telafi kriteri*”dir¹⁷. Telafi kriteri, geçmişteki haksız farklı uygulamaların sonucu olan eşitsizliğin sebep olduğu mağduriyetlerin ortadan kaldırılması amacıyla ortaya konacak olan farklı uygulamaların meşru sayılması görüşüne dayanır. Bu görüşe göre, kişiler yarıya farklı yerlerden başladığı sürece gerçek eşitlik sağlanamaz. Dolayısıyla amaç, gerekli bir takım eylemlerde bulunmak veya önlemleri almak suretiyle başlangıç noktasında eşitliği sağlamaktır¹⁸. Burada asıl olarak, geçmişteki haksız farklı uygulamaların mağdurlarının, mağduriyetlerinin ortadan kaldırılması suretiyle fırsatlarda eşitliğin sağlanması söz konusudur.

1.2 Kadın Erkek Eşitliği İlkesi ve İlkenin Genel Eşitlik İlkesi ile İlişkisi

Yukarıda incelenen genel eşitlik ilkeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacak olursa, şekli anlamda eşitlik ilkesi gereğince kadın ve erkek arasında eşitlik, kadınların erkeklerle benzer uygulamaya tabi tutulmaları halinde söz konusu olur. Ancak, kadın ve erkeğin benzer konumda oldukları varsayımından yola çıkılarak yapılan bu değerlendirmenin, bir başka deyişle kadının karşısında

¹⁵ Öden, s. 36.

¹⁶ Fredman (2002), s. 11.

¹⁷ Öden, s. 38.

¹⁸ Fredman (2002), s. 14.

karşılaştırmaya konu olacak model olarak erkeğin belirlenmesinin eşitlik sonucunun ortaya konması anlamında ne kadar sağlıklı sonuçlar doğuracağı şüphelidir¹⁹.

Gerek toplumsal yaşam içerisinde kadına karşı bakışı belirleyen geleneksel anlayış, gerek kadının bu geleneksel anlayış çerçevesinde belirlenmiş aile içerisindeki yeri ve konumu, gerekse fizyolojik farklılıklardan kaynaklanan bir takım dezavantajlar²⁰ göz önünde bulundurulduğunda, şekli anlamda eşitlik ilkesinin yalnızca erkek modeline en uygun şartlarda uyum sağlayabilen bir azınlığa hizmet edeceğini söylemek mümkündür²¹.

Sosyal olarak farklı konumlandırılmış kişiler arasında söz konusu olan benzer uygulamaların eşitsizlik sonucunu doğuracağı düşüncesi, kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, maddi anlamda eşitlik ilkesince öngörülen ihtiyaç ve telafi kriterlerinin göz önüne alınması gerektiği düşüncelerinin doğmasına sebep olmuştur. Maddi anlamda eşitlik ilkesi çerçevesinde kadın ve erkek arasında eşitlik, ihtiyaçların tarafsız bir biçimde gözetilerek sonuç itibarıyla sağlanabileceği gibi, kadınların geçmişten süregelen toplumsal anlayış sebebiyle uğramış oldukları mağduriyetin gerekli bir takım eylemlerde bulunulması veya önlemlerin alınması hatta mağdur olan taraf yani kadın lehine farklı uygulamaya gidilmesi, bir başka deyişle ayrımcılık yapılması suretiyle de sağlanabilir²².

Olumlu ayrımcılık olarak adlandırılan bu uygulama, şekli anlamda eşitlik ilkesi açısından bakıldığında, uygulamanın kendisi ayrımcı nitelik taşıdığı gerekçesiyle kabul edilemez. Bu paradoksu çözmek adına eşitlik ilkesini tanımlamada kullanılan terminolojinin değiştirilmesi, “farklılık kavramı” yerine, “dezavantaj kavramı”nın

¹⁹ Mackinnon A. Catherine, Reflections on Sex Equality under Law, The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue- March.1991, s. 1281.

²⁰ Onaran Yüksel Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.36.

²¹ Fredman Sandra, European Community Discrimination Law: A Critique, Industrial Law Journal, Vol. 21, 1992, s. 121.

²² Barnard Catherine, Gender Equality in the EU: A Balance Sheet, The EU and Human Rights edited by Alston-Bustelo-Heenan, Oxford University Press 1999, s. 224.

yerleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir²³. Dolayısıyla kadın erkek eşitliği ilkesi bağlamında, cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık yerine, dezavantajlı konumda olan cinse yönelik ayrımcılık kavramı kabul edilmeli, böylelikle baskın modele göre tanımlanan farklılık, yerini sahip olunan dezavantajların ortadan kaldırılmasına bırakmalıdır²⁴.

Kadın erkek eşitliği ilkesi bazı yabancı devlet anayasalarında, eşit haklara sahip olma ilkesi adı altında genel eşitlik ilkesinden ayrı bir biçimde düzenlemiştir²⁵. Kadın ve erkeğin eşdeğerliliği ve onur eşitliğinin tanınmasına dayanan genel eşitlik ilkesi²⁶, tüm insanların yasa önünde eşitliğini öngörürken; kadın ve erkeklerin hukukun her alanında eşit haklara sahip olması ve eşit fırsatlardan yararlanması anlamına gelen eşit haklara sahip olma ilkesi, bugüne kadar çeşitli sebeplerle mağdur edilmiş, ayrımcılığa maruz kalmış kadınların sosyal ve hukuki konumlarını, erkeklerin konumu ile eşit kılmayı amaçlar²⁷. Bu ilke, farklı cinslerin gerçek anlamda eşit haklara kavuşabilmesini, kendini geliştirmede eşitlik, haklardan ve fırsatlardan eşit yararlanma sağlar²⁸. Eşit haklara sahip olma ilkesi, kadın ve erkeğe yönelik farklı uygulamaları, ancak makul ve objektif sebeplere dayandığı sürece yasaklamaz, yoksa bir cinsin diğeri karşısında ayrıcalıklı konumda bulunması bu ilke çerçevesinde kabul edilebilir değildir²⁹.

Temelinde, kadın ve erkeğin cinsiyet farklılığından dolayı gerçekte eşit olmadıkları düşüncesi yatan eşit haklara sahip olma ilkesi, cinsiyet farklılığına dayanılarak haklı bir temele dayanmayan farklı uygulamaların önüne geçen, kadının

²³ Mackinnon, s.1325, Fiss Owen, Groups and the Equal Protection Clause, Philosophy & Public Affairs, Vol. 5 No. 2, Winter 1976, s. 108.

²⁴ Mackinnon, s. 1325.

²⁵ Gören Zafer, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998, s. 15-16.

²⁶ Fenwick Helen-Hervey K. Tamara, Sex Equality In The Single Market: New Directions For The European Court Of Justice, Common Market Law Review, Vol. 32, 1995, s. 455.

²⁷ Lautmann Rüdiger, Die Gleichheit der Geschlechter und die Wirklichkeit des Rechts, Opladen 1990, s. 34-35.

²⁸ Onaran, s.36.

²⁹ Lautmann, s. 35.

hukuki konumunu erkeğinki ile eşit seviyeye getirmek için oluşturulmuş bir üst kavramdır³⁰.

Günümüzde kadın erkek eşitliği ilkesi, biyolojik anlamda cinsiyet (sex) farklılığından uzak, toplumsal anlamda cinsiyet (gender) kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir³¹. Toplumsal anlamda cinsiyet, ait olunan kültür ve toplumun sebep olduğu farklılıklarca şekillendirilen bir kavram olup, toplumsal anlamda cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik politikaların benimsenmesi ve hayata geçirilmesi günümüz demokrasi anlayışının olmazsa olmazıdır. Toplumsal anlamda cinsiyet yaklaşımının hareket noktası, kadın ve erkeğin farklılığıdır. Bu yaklaşımın amacı, temelde yatan “*farklılığı*” göz ardı etmeksizin, karşılaştırma yapılan modelin, konumuz itibarıyla erkek cinsinin mağduriyetine sebebiyet olmadan, farklılık temelinde “*eşdeğerlilik*” sağlanması yönünde gerekli politikaların oluşturulması ve sağlıklı bir biçimde uygulanmasıdır (gender mainstreaming). Bu doğrultuda oluşturulan politikalarla, konuyla ilgili olumsuzlukların giderilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır³².

1.3 Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Tarihsel Gelişimi ve Uluslararası Düzenlemelerde Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

1.3.1 Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Doğada bütün insanların eşit olduğu düşüncesi, eşitliği doğa yasalarının gereği ve doğa yasalarına uygunluk olarak kabul eden Stoacı düşünürlere³³ dayanır. Doğal

³⁰ Onaran, s. 37.

³¹ Woodward Allison, European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy, Review of Policy Research, Vol. 20 No.1, March 2003, s. 66.

³² Booth Christine-Bennet Cinnamon, Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?, The European Journal of Women's Studies, Vol. 9 No. 4, 2002, s. 432.

³³ “Felsefi anlamda eşitlikle ilgili tartışmalar, ana konusu “akıl ile tanrıyı” bağdaştırmak olan Stoa Okulu’na dayanır. İ.Ö. 300’lü yıllarda kurulan bu okulun kurucusu olan Citiumlu Zeno’ya göre, amaçlarımızı biçimlendiren tanrısal kudret akılcı, akıl da tanrısaldır. İnsanlar evrensel akli paylaştıklarından tanrıyı da paylaşırlar. Bu nedenle tanrıyı paylaşan insanları birbirinden ayırmak tanrıyı inkar etmek anlamına gelir, insan olarak herkes eşittir.” Lipson Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, çev. Karamustafaoğlu T., İstanbul 1986, s. 142.

hukuk anlayışına göre hukuk kuralları, eşyanın doğasında yer alır ve ancak akıl yoluyla kavranır. Eşitlik de insanın doğasında var olan ve onun doğuştan getirdiği bir değerdir. Bu nedenle eşyanın doğasına denk düştüğü sürece doğru ve adil olarak kabul edilebilecek olan hukuk kuralları, insanlar arasında eşitlik öngördüğü sürece meşru kabul edilebilecektir³⁴.

Günümüzde anlaşıldığı şekliyle eşitlik ilkesi ve insan hakları doktrini ise, 18. yüzyılda doğmuştur³⁵. 1640'da İngiltere'de, 1776'da Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ve 1789'da Fransa'da yaşanan devrimler, devlet örgütlenmesinden önce hiçbir ayrıcalıklı konumun var olmadığı, mevcut koşullarda herkesin eşit olduğu ve hiçbir kimsenin diğerlerinden daha fazla hak ve yetkisinin bulunmadığı temeline dayanan "*doğal durum eşitliği*" anlayışının gelişmesine neden olmuştur. Bu anlayışa göre, kişilerin özgürlük hali aynı zamanda eşitlik durumudur. Örgütlenmiş bir toplumda, tüm otorite ve yetkiler karşılıklı olup, krallarla tebaa, efendilerle köleler ve zenginlerle yoksullar arasındaki fark doğadan kaynaklanmaz. Bulunan farklılıklar doğal durumdaki insanın değil, siyasi insanın ürünüdür. Dolayısıyla doğal duruma uygun düşmeyen hiçbir konum meşru değildir, kayıtsız şartsız bütün insanlar eşit ve eşitliğin alanı evrenseldir³⁶.

Kadınların sosyal, siyasi ve ekonomik hayatta erkeklerle eşit hak ve özgürlüklere sahip olması 18. yüzyıldan bu yana, doğal durum eşitliği anlayışı çerçevesinde, batı ülkelerinin siyasi hayatlarını biçimlendiren bu siyasi çatışmalar ile iç içe geçmiştir³⁷. Kadınların erkeklerle eşit haklara sahip olmasına ilişkin ilk hareket ve mücadeleler, ABD'de azınlık haklarını sağlamaya ve korumaya, azınlıkların uğramış oldukları mağduriyeti gidermeye yönelik eylemlerin paralelinde gerçekleşmiş, kadınların eşit haklara sahip olması ve kadınlara karşı ayrımcılık sorunu, azınlık hakları ile birlikte ele alınmıştır. Köleliğe karşı verilen mücadele sonucu, 1776 tarihinde Amerikan iç savaşı sonrası kabul edilen Bağımsızlık

³⁴ Türközer Bahir Güneş, Hukukun Objektivite Kazanma Süreci, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, Temmuz-Ağustos 2005, s. 198-199.

³⁵ Onaran, s. 16.

³⁶ Lipson, s. 146-147.

³⁷ Onaran, s. 18.

Bildirgesi³⁸, nde “*bütün insanların eşit yaratıldığı*” hükmü ile ilk kez eşit haklara sahip olma ilkesi bir belgede somutlaştırılmıştır.

1789 tarihli Amerikan Anayasası’nda “*bütün vatandaşların haklarının ve özgürlüklerinin garanti altında olduğu, herkesin yasaların korunmasından eşit olarak yararlanacağı*” belirtilmiştir. Amerikan Anayasası’nda kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında eşit koruma hükmüne atıfta bulunarak, cinsiyete dayalı ayrımı Anayasa’ya aykırı kabul etmiştir³⁹.

Ünlü sloganı “*özgürlük, eşitlik, kardeşlik*” olan Fransız Devrimi’nin öncülük ettiği aydınlanma hareketi, 18. yüzyıl Avrupası’nda insana ve topluma bakışı değiştiren yeni bir değerler sisteminin hızla yayılmasını sağlamıştır⁴⁰. Buradaki eşitlik, her ne kadar doğrudan kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilişkilendirilemese de, toplumsal yaşamda varolan tüm ayrıcalıkların kaldırılması anlamında “*eşit hakları*” ifade eder⁴¹. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin de temel taşıını oluşturan eşitlik kavramı, yasalar önünde herkesin eşitliği, hukuk terminolojisinden “*ayrımcılık*” ve “*ayrıcalık*” kavramlarının çıkarılması ve yasalar önünde herkesin eşit haklardan yararlanması gibi sonuçları beraberinde getirmiştir⁴².

Özellikle 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan ekonomik gelişmeler, endüstrileşme ve teknolojinin gelişimine paralel olarak kadın hakları konusundaki mücadeleler de ivme kazanmıştır. Verilen bu mücadelelerin de etkisiyle, kadın haklarının insan haklarından ayrı bir kavram olarak öngörülemeyeceği düşüncesi yerleşmiş, bunun sonucunda uluslararası kuruluşlar konuya eğilme ihtiyacı hissetmişlerdir⁴³. Kadın sorunlarına evrensel düzeyde çözümler getirmek amacıyla, 1947 yılında Birleşmiş Milletler Teşkilatı (BMT) içerisinde, “*Kadının Statüsü*

³⁸ <http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm>. (18.03.2007).

³⁹ Schlachter Monika, *Wege zur Gleichberechtigung Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten*, München 1993, s. 222.

⁴⁰ Onaran, s. 18.

⁴¹ Şenel Alaeddin, *İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları ve Demokrasi İlişkisi*, İzmir 1996, s. 137.

⁴² Erkut Celal, *Hukuka Uygunluk Bloku*, İstanbul 1996, s. 65.

⁴³ Onaran, s. 18-19.

Komisyonu” kurulmuştur. 1975 yılından bu yana, temel ilkeleri “eşitlik”, “kalkınma” ve “barış” olan “*Dünya Kadınlar Konferansı*” düzenlenmektedir. Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (KKHAÖS) 1981’de Birleşmiş Milletler (BM) tarafından yürürlüğe sokulmuştur. Kadınların insan haklarını savunan bu sözleşmenin kapsadığı konulardaki gelişmeleri izlemek konusunda bir komite (CEDAW) kurulması öngörülmüştür.

Kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması Avrupa Konseyi’nin de amaçları arasında sayılmaktadır⁴⁴. İnsan haklarını uluslararası düzeyde güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Sözleşme’de belirtilen haklardan yararlanmada cinsiyet sebebiyle ayırım gözetilemeyeceğini belirterek cinsiyete dayalı ayırım yasağını düzenlemiştir⁴⁵. Ekonomik ve sosyal hakları düzenleyen 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı’nda kadın erkek eşitliği ile ilgili hususları düzenleyen genel bir ilke yer almamakla birlikte başlangıç bölümünde sosyal haklardan yararlanmada cinsiyete dayalı ayırım gözetilemeyeceği, farklı cinslerin adil ve eşitlikçi çalışma koşullarına sahip olma hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

Gerek kadın hakları alanında verilen mücadeleler, gerekse uluslararası örgütlerin belge ve sözleşmelerinde yer verilen kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamaya yönelik hükümler, sözleşmelere taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinde de konuya ilişkin düzenleme yapmalarını sağlamıştır. Öncülüğü ABD tarafından yapılan bu düzenlemeler, zamanla gerek anayasa gerekse yasa düzeyinde pek çok ülkenin mevzuatında yerini almıştır⁴⁶.

⁴⁴ Avrupa Konseyi Statüsü, Başlangıç, md.1/3.

⁴⁵ AİHS md. 14.

⁴⁶ Onaran, s. 24. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, a.g.e.

1.3.2. Kadın Erkek Eşitliği İlkesini Sağlamaya Yönelik Başlıca Uluslararası Düzenlemeler

1.3.2.1 Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi⁴⁷

Kadınlara karşı ayrımı, “kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan her hangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” olarak tanımlayan⁴⁸ KKHAÖS, kadınlara sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal haklar alanında erkeklerle hak ve fırsat eşitliği sağlanması yolunda hedefler belirleyen ve tavsiyeler içeren temel belge niteliğindedir.

Sözleşme’de gerçek anlamda kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanabilmesi için, kadın ve erkeklerin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel anlayışların ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılması amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal davranış kalıplarını değiştirmek gerekliliği vurgulanmıştır⁴⁹. KKHAÖS, taraf devletleri bu gerekliliği yerine getirmek amacıyla yalnızca ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik politikalar izleme yükümlülüğü altına sokmaz. Üye Devletler, Sözleşme’nin 13. maddesi gereği, kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için, tüm alanlarda erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmasını ve bu hakları kullanmasını garanti etmek amacıyla yasal düzenleme dahil bütün uygun önlemleri almak zorundadır.

KKHAÖS’nin kapsadığı alanlarda, taraf devletlerce kaydedilen gelişmelerin takip edilmesi amacıyla bir Komite (CEDAW) kurulmuştur. Görevi, Sözleşme’nin gereklerinin taraf olan her devletçe yerine getirilip getirilmediğini saptamak ve

⁴⁷ Bu sözleşme 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe konmuş, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 24.07.1985 tarihinde onaylanmıştır. [R.G. 14.10.1985, 18898]

⁴⁸ KKHAÖS md. 1.

⁴⁹ KKHAÖS md. 5(a).

BM'nin ilgili kurullarını bilgilendirmek olan Komite, taraf devletleri Sözleşme'nin uygulanması konusunda manevi bir yük altına sokmaktadır⁵⁰.

Bir ülkenin tam ve eksiksiz kalkınmasının, dünyada refahın ve barışın elde edilmesinin, kadınların erkeklerle eşit şartlarda, her alanda azami katkılarının gereğine inanılarak⁵¹ hazırlanan KKHAÖS için “kadın hakları anayasası” nitelendirmesini yapmak yanlış olmaz⁵².

1.3.2.2 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi⁵³

Kadın haklarının temel hareket noktası insan haklarıdır⁵⁴. Dolayısıyla, kadınların hukuki durumlarını insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin dışında ele almak olanaksızdır. Hukuken bir bağlayıcılığı olmamasına rağmen, kabul eden devletlerin insan hak ve özgürlüklerine inançlarını belirtmeleri ve bu hak ve özgürlükleri ideal değerler olarak kabul etmeleri açısından manevi yönden büyük önem taşıyan⁵⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin eşitliğe vurgu yapan bütün hükümleri kadın ve erkek arasında eşitlik açısından da önemlidir.

Bildiri'nin 1. maddesi “*bütün insanların özgür ve haklar bakımından eşit*” oldukları şeklindedir. “*Herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ve diğer herhangi bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, servet, doğuş veya herhangi bir diğer fark gözetilmeksizin, Bildiri’de ilan olunan tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabilecekleri ve bu sebeplerle ayırım gözetilmeyeceği*” 2. maddede düzenlenmiştir. “*Yasalar önünde eşitlik*”, “*yasaların koruyuculuğundan eşit yararlanma hakkı*” ve “*Bildiri’ye aykırı her türlü ayırım gözetilen işleme karşı eşit korunma hakkı*”na 7. maddede yer verilmiştir. Konumuzla ilgili bir diğer madde,

⁵⁰Çelikel Aysel, Uluslararası Sözleşmelerde Kadın, Her yönüyle Türkiye’de Kadın Olgusu, hazırlayan Arat Necla, İstanbul 1992, s.193.

⁵¹ KKHÖS Başlangıç Metni.

⁵² Onaran, s. 42.

⁵³ 10.12.1948 tarihinde kabul ve edilen Beyanname, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 06.04.1949 tarihinde onaylanmıştır.

⁵⁴ Çelikel, s. 186.

⁵⁵ Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993, s. 63.

Bildiri'nin 23. maddesidir. 23. maddeye göre; “İşini serbestçe seçmek, adil ve elverişli çalışma koşullarına sahip olmak ve işsizlikten korunmak, hiçbir ayırım gözetilmeksizin eşit çalışma karşılığında eşit ücrete hak kazanmak herkesin hakkıdır.”

İçeriğinde eşitlik ilkesine önemli ölçüde yer veren İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin, gerek insan hakları hukuku alanında edindiği yer itibarıyla, gerekse ulusların anayasalarına kaynaklık ettiği düşünüldüğünde, günümüzde siyasal ve ahlaki bağlayıcılığın ötesinde bir bağlayıcılık kazandığını söylemek mümkündür⁵⁶.

1.3.2.3 Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi⁵⁷ ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme⁵⁸

BM'nin başlıca kuruluş amaçları arasında yer alan insan temel hak ve özgürlüklerine karşı saygıyı sağlamak ve geliştirmek yolunda atılan ilk adım olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ardından Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, taraf devletlere hukuki yükümlülükler yükleyen, belirtilen haklara saygı gösterilip gösterilmediğini belirleyecek bir denetim sistemini öngören, bağlayıcı nitelikte bir sözleşme ya da sözleşmeler ortaya koyma ihtiyacıyla, BM Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'yi hazırlamıştır. Esas itibarıyla bir bütünü oluşturan çağdaş insan hakları arasında bir ayrıma gidilerek iki ayrı metin ortaya konmasının nedeni, medeni ve siyasi hakların, insanın kişiliğine bağlı temel, hemen ve tam olarak sağlanması gereken haklar olmasına karşılık; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların devletlerin sosyo ekonomik gelişme düzeyleri ile paralel ve aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek nitelikte olmasıdır⁵⁹. Her iki Sözleşme'de de eşitlikle ilgili hükümler bulunmakla birlikte, Sözleşmeler'in 3. maddelerinde doğrudan kadın erkek eşitliği ilkesinden bahsedilmiş olması konumuz açısından dikkat çekicidir.

⁵⁶ Kapani, s. 62.

⁵⁷ 16.12.1966 tarihinde kabul edilen bu Sözleşme, 15.08.2000 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından imzalanmıştır.

⁵⁸ 16.12.1966 tarihinde kabul edilen bu Sözleşme, 15.08.2000 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından imzalanmıştır.

⁵⁹ Kapani, s. 65.

Her iki Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında “*Bu Sözleşme’ye taraf olan devletler, bu Sözleşme’de beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.*” denilmektedir. Bu suretle ayrımcılığa sebep teşkil edebilecek haller sınırlandırıcı olmayan biçimde sayılmış ve devletlerin sözleşmelerde beyan edilen hakların her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt etmeleri sağlanmıştır. Yine, her iki Sözleşme’de yer alan 3. maddeye göre ise “*Sözleşme’ye taraf devletler, Sözleşme’de yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt ederler.*”

Her iki Sözleşme’deki ortak hükümler böyle olmakla birlikte, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme, ayrımcılığın önüne geçilmesi konusunda bir adım ileri gitmiş ve Sözleşme’de “*Herkes kanun önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, milliyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar.*” şeklindeki hükme yer verilmiştir⁶⁰. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin ayrımcılığa ilişkin yayımlanan genel görüşleri çerçevesinde bu hüküm yalnızca “*kanun önünde eşitlik*” olarak yorumlanmamalı, devlet otoritesinin söz konusu olduğu her alanda uygulanmalıdır⁶¹.

1.3.2.4 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁶²

Temelde klasik hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı AİHS, aynı anlayış içerisinde, ortak bir siyasi geleneğe sahip olan, temel hak ve

⁶⁰ Md. 26.

⁶¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Ayrımcılık Yasağı İle İlgili Genel Görüşler No. 18, 1989. Erişim için; <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

⁶² 20 Mart 1950’de Roma’da imzalanan Sözleşme, 3 Eylül 1952’de yürürlüğe girdi. Türkiye, Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954’de onayladı. [R.G. 19 Mart 1954-8662].

özgürlüklere saygılı, hukukun üstünlüğüne inanan Avrupa Devletleri arasında temel hakların korunması açısından atılmış bir ilk adımdır⁶³. İnsan haklarının gerçek bir hukuk disiplini haline gelmesinde büyük bir payı olduğu ifade edilen AİHS, taraf devletlerce gerçekleştirilmesi zorunlu hak ve özgürlüklere yer vermiş ve bu hakları koruyan “yargısal kurumlar” ve “ortak bir güvence sistemi” de getirmiştir⁶⁴.

AİHS’nde, kadın erkek eşitliği ilkesi temel bir hak olarak yer almamakla birlikte, Sözleşme’nin 14. maddesi konumuz bakımından önemlidir. 14. maddede yer alan düzenlemeye göre; “Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi bir başka durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.” AİHS’ne ek 7 No’lu Protokol⁶⁵,un 5. maddesinde de “eşler arasında eşitlik” düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde bir medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.”

Kadın erkek eşitliği ilkesinin Sözleşme’de temel bir hak olarak yer almaması, kadınların Sözleşme’deki bireysel başvuru ve yargı mekanizmalarından yararlanamamaları sonucunu doğurur. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, cinsiyet ayrımcılığını kişinin diğer sosyal haklarıyla birlikte değerlendirmek yoluna gitmektedir. Nitekim, 11.06.2002 tarihli Willis Kararı⁶⁶,nda Mahkeme, sosyal sigorta yardımını dul bir erkeğe ödemeyi reddeden Birleşik Krallık otoritelerini, aynı durumdaki dul bir kadına ödeme yapılacağı ve bu durumun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık teşkil ettiği, dolayısıyla 1 Numaralı Ek rotokol⁶⁷,ün

⁶³ Korkusuz Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998, s. 82.

⁶⁴ Batum Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.25.

⁶⁵ 22.11.1984’de Strasbourg’da imzalanan bu protokol, 1.11.1988’de yürürlüğe girdi. Türkiye, protokolü 9.6.1994’te onayladı.

⁶⁶ <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2002/june/Willisjudepress.htm>. (13.04.2007)

⁶⁷ 20 Mart 1952’de Paris’te imzalanan bu protokol, 18 Mart 1954’de yürürlüğe girdi. Türkiye, protokolü 18 Mayıs 1954’de onayladı. [R.G. 19 Mart 1954-8662]

1. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır.

1.3.2.5 Avrupa Sosyal Şartı⁶⁸

Avrupa Sosyal Şartı, eşitlik vurgusu bütününe hakim olan ve sosyal hakların genelinin bir araya toplanıp ele alındığı ilk bağlayıcı uluslararası belgedir. Temel insan hak ve özgürlükleriyle ekonomik ve sosyal gelişme arasında doğrudan ilişki kurulduğu bu belge, geniş bir sosyal hak ve ilkeler bütününe içermektedir⁶⁹.

Avrupa Sosyal Şartı'nın giriş bölümünde, Şart'ın temel felsefesi olarak nitelendirilen iki ana konu vurgulanmıştır. Giriş bölümünün ilk paragrafında, “...insan haklarının ve temel özgürlüklerinin gözetilmesi ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması...” denilerek sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması yolunun, insan hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesinden geçtiği belirtilmiştir. 3. paragrafta ise, “hiçbir ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal görüş, ulusal soy veya sosyal köken ayrımı gözetmeksizin sosyal haklardan yararlanma hakkının sağlanması gerektiği” ifade edilmiş, sosyal haklardan yararlanma şartı doğrudan eşitlik ilkesine dayandırılmıştır.

Avrupa Sosyal Şartı'nda sosyal haklar iki ayrı bölümde düzenlenmiştir. Siyasal nitelikli bir deklarasyon özelliği taşıyan ilk bölümde, taraf devletlerin sosyal politikalarında göz önünde bulundurmaları gereken ilkeler yer almaktadır. İlk bölümün taraf devletlerce tümüyle kabul edilmesi gerekirken, sosyal hakların tanımlarıyla birlikte yer aldığı 2. bölüm taraf devletlerin onayına açıktır. Avrupa Sosyal Şartı, her bir sosyal hakkı ayrı bir maddede göstererek güvence altına almıştır. 1996 yılında yeniden gözden geçirilen Avrupa Sosyal Şartı'nda, düzenlenme biçimi eşitlik arayışını ortaya koyan otuz bir sosyal hak öngörülmüştür. Adil çalışma koşulları, adil bir ücret, özgürce meslek edinme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim

⁶⁸ 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe giren Antlaşma, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 16.06.1989 tarihinde onaylanmıştır. [R.G. 14. Kasım 1986–20312]

⁶⁹ Korkusuz, s.130.

hakkı, analığın korunması hakkı, ailenin korunması hakkı, sendikal hak, toplu pazarlık hakkı herkese eşit talep hakkı verecek biçimde düzenlenmiştir⁷⁰.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 2. bölümünde yer alan 4. maddenin 3. fıkrası konumuz açısından ayrıca önemlidir. Bu fıkrada, çalışan erkeklerle kadınlara eşit iş için eşit ücret hakkı tanınacağı düzenlenmiş, farklı cinsler arasında ücrette cinsiyet ayrımcılığı yapılamayacağı belirtilmiştir. Aynı bölümde yer alan 8. maddede çalışan kadınların korunma hakkı düzenlenmiştir. 10/2. maddede, “*kız ve erkek tüm genç işçilerin mesleki eğitim hakkı*”, 17. maddede ise, “*anaların ve çocukların sosyal ve ekonomik korunma hakkı*” düzenlenerek, “*korunma hakkının etkin bir biçimde kullanılması için uygun kuruluş ve hizmetlerin kurulması ve gerekli önlemlerin alınmasının zorunluluğu*” belirtilmiştir.

1999 yılında yürürlüğe giren Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁷¹,nda konumuz ile ilgili olarak 8. maddede olumlu bir takım ilerlemeler kaydedilmiş, çalışan kadınların “*analık izni*” kullanmalarına ilişkin süre uzatılmıştır. 27. madde ile de istihdamda kadın ve erkekler için eşit fırsatlar yaratmanın temel konusu olan iş yaşamı ve aile yaşamının uyumlaştırılması bağlamında ele alınabilecek çocuk bakımı, ebeveyn izni ve işten bu nedenlerle ayrılan kadın veya erkek işçinin işe geri dönmesini sağlayıcı özel önlemlerin alınması hüküm altına alınmıştır.

1.4 Avrupa Birliği Hukuku'nda Genel Eşitlik İlkesi

Şekli anlamda eşitlik ilkesinin temelinde, kişilerin yasalar önünde eşitliğini sağlamak olup, bu ilke çerçevesinde, benzer konumdakilerin kamu otoritelerince benzer uygulamalara tabi tutulacağı, maddi anlamda eşitlik ilkesinin ise daha çok yasaların içeriği ile ilgili olup, elde edilen sonuç itibarıyla eşitlik sonucuna

⁷⁰ Kaya Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara 2007, .s.34.

⁷¹ Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 9.04.2007 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından onaylanarak, 1. md, 2 md.nin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7. fıkraları, 3. md., 4. md.nin 2, 3, 4 ve 5 inci fıkraları, 7 ve 3. md.ler dışındakilerde çekince olmak üzere yürürlüğe konmuştur.

ulaşılmaya çalışıldığı belirtilmişti⁷². Bu bağlamda, Avrupa Birliği Hukuku'nda öngörülen genel eşitlik ilkesinin, her iki ilkenin temel prensiplerini öngörecekt biçimde ortaya konulduğunu söylemek mümkündür⁷³.

Her ne kadar, Amsterdam Antlaşması'yla değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) farklı maddelerinde, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının belirli durumlara özgülenmiş halleri⁷⁴ mevcut ise de Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), 1978 tarihli Milac Kararı⁷⁵'nda "*eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının Topluluk Hukuku'nun temel ilkelerinden sayıldığı ve Topluluk Hukuku'nun yorumlanması sırasında göz önünde bulundurulması gerektiği*" şeklinde hüküm kurmuştur. Divan vermiş olduğu kararlarda genel eşitlik ilkesini, "*farklı uygulamayı meşru bir sebep olmaksızın, karşılaştırmaya tabi tutulan benzer konumdaki kişi veya durumların, farklı uygulamaya maruz bırakılmaması*" olarak tanımlamıştır⁷⁶.

Bu noktada ATAD'ın, farklı durumlara özgülenmiş eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler mevcutken, neden genel eşitlik ilkesine vurgu yaptığı sorusu sorulabilir. Her ne kadar bu soru, söz konusu özel hükümlerin uygulama alanının dışında kalan durum veya kişiler açısından eşitsizlik sonucunun ortaya çıkmasının önüne geçmek şeklinde verilebilirse de, asıl olarak ATAD, pratikte ortaya çıkan ihtiyacın giderilmesi amacıyla değil, "*eşitliğin*" Topluluk'a özgü diğer değerlerden ayrı değerlendirilemeyeceği düşüncesi ile hareket etmiştir⁷⁷.

⁷² Bkz. 1.1 no'lu başlık altında s. 1-4.

⁷³ Tridimas Takis, The General Principles of EC Law, Oxford University Press 1999, s.40. Ayrıca Fredman (2002) s. 136-137.

⁷⁴ Md. 12 "*vatandaşlık temeline dayalı ayrımcılık yasağı*", md. 34/2 "*ortak tarım politikası içerisinde üreticiler ve tüketiciler arasında ayrımcılık yasağı*", md. 86 "*kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler arasında eşit uygulama*", md 141 "*kadın ve erkek arasında eşit işe eşit ücret*".

⁷⁵ C-8/78 Milac v. HauptzoUarat Freiburg, [1978] ECR 1721.

⁷⁶ Birleşik davalar 117/76 ve 16/77 Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; 810/79 Überschar v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; Birleşik davalar 201 ve 202/85 Klensch v. Secretaire d'Etat a l'Agriculture et a la Viticulture; 84/87 Erpelding v. Secretaire d'Etat a l'Agriculture et a la Viticulture, 56/94 SCAC v. Associazione dei Produttori Ortofrutticoli.

⁷⁷ Tridimas, s.41; Arsava Fusun, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Cilt 52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık, s. 117.

Gerçekten de üye devletlerin ulusal anayasalarında yer alan konu ile ilgili hükümlerin ışığında eşitlik, demokrasi kültürünün ayrılmaz bir parçası, yasaların üstünlüğüne dayanan bir hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Dolayısıyla Topluluk Hukuku'nda genel eşitlik ilkesi, Topluluk kurum ve organları ile üye devletlerin ulusal otoritelerinin, uygulamayı meşrulaştıracak bir sebep olmaksızın, benzer durumdaki kişi veya durumlar için farklı uygulamalar öngörmelerinin önüne geçen demokratik bir garantör işlevine sahiptir⁷⁸.

ATAD'ın, önceleri yalnızca Topluluk içerisinde kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlandığı bir serbest pazar oluşturulması amacıyla hizmet eden genel eşitlik ilkesini, Topluluk Hukuku'nun temel ilkelerinden sayıp, Topluluk'un demokratik ruhuna hizmet eden anayasal bir ilke olarak yorumlaması, başta cinsiyetle ilgili politikalar olmak üzere, engellilere karşı ve ırk ayrımının önüne geçilmesine yönelik Topluluk Politikaları'nın oluşturulmasına ivme kazandırmıştır⁷⁹.

Birbirinden farklı ve oldukça geniş bir alanda uygulama alanı bulan genel eşitlik ilkesi, Topluluk Hukuku'nda tarafların çıkarları, ekonomik ve sosyal hassasiyetler göz önünde bulundurularak çatışan çıkarlar arasında bir denge gözetilerek uygulanır⁸⁰.

1.5 Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Düzenlenmesi

1.5.1 Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Anlamı

Avrupa Birliği Hukuku'nda eşitlik kavramı, bir hak ve değer olarak ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda özellikle kadın ve erkek arasındaki eşitliği sağlamaya

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Waddington Lisa, The Expanding Role Of The Equality Principle in The European Union Law, Robert Schuman Centre for Advanced Studies European University Institute Policy Papers, 2003, s. 3.

⁸⁰ Tridimas, s. 45.

yönelik düzenlemeler ve fırsat eşitliği, demokrasinin temel değerleri olan bireysel haklar, serbest toplu pazarlık, serbest piyasa ekonomisi, refah ve dayanışma için herkese eşit fırsatlar ve eşit şanslar üzerine inşa edilen “Avrupa Sosyal Modeli”nin yasal çerçevesini oluşturmaktadır⁸¹.

Eşitlik kavramını tanımlayan genel ilkeler çerçevesinden bakıldığında, bir tarafta herkesin kendi yetenekleri çerçevesinde eşit koşullarda rekabet edebilmesini güvence altına alan şekli eşitlik anlayışı, diğer tarafta eşit uygulamadan çok sonuç anlamında eşitlikle ilgilenen maddi eşitlik anlayışının bulunduğu düşünülürse, Avrupa Birliği’nde kadın erkek eşitliği ilkesi, bu iki eşitlik ilkesinin arasında bir yerde bulunan “fırsat eşitliği modeli” ile tanımlanabilir⁸².

Avrupa Birliği Hukuku’nda fırsat eşitliği modeli, tüm bireylerin yeteneklerini geliştirebildiği, tercihlerini cinsiyet temelinde şekillenen kalıp yargılardan bağımsız bir biçimde kullanabildiği, kadın ve erkek cinsine özgü farklılık ve ihtiyaçların eşit bir biçimde karşılandığı, değerlendirildiği ve teşvik edildiği bir ortamın yaratılması şeklinde tanımlanmıştır⁸³. Diğer yandan her iki cinsin de gerek özel, gerekse kamusal yaşama, eşit bir biçimde katkı sağlamalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekliliği önemle vurgulanmıştır. Her ne kadar özel yaşama katılımdan bahsedilmiş olsa da, Avrupa Birliği’nde cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin temelinde esas olarak kadınların iş piyasasına sorunsuz bir biçimde entegrasyonunun önündeki engellerin ortadan kaldırılması yatar⁸⁴. Bu durumun anlaşılabilmesi için Avrupa Birliği’nin kuruluşunun temellerine inmek gerekir⁸⁵.

⁸¹ Barnard Catherine, EC Employment Law, Oxford University Press 2000, s. 197.

⁸² Fredman Sandra, Equality a New Generation, Industrial Law Journal, , Vol. 30 No. 1, June 2000, s. 165.

⁸³ Walby Sylvia, The European Union and Gender Equality: Emergent Varieties of Gender Regime, Social Politics, Vol. 11 No. 1, Spring 2004, s. 6.

⁸⁴ Masselot s. 153.

⁸⁵ 1950 yılında Avrupa Topluluğu’nun babası olarak bilinen Fransa Dışişleri Bakanı Robert Schuman, Ruhr bölgesindeki zengin kömür ve demir madenlerini Almanya ile birlikte ve bir uluslar üstü örgüt aracılığıyla işleteceklerini ve aynı ideale sahip diğer demokratik Avrupa ülkelerinin de bu örgüte katılabileceklerini açıklamıştır. Bu oluşumun arkasındaki faktör, Avrupa Devletleri arasında bir birliğin başarılması ve gelecekteki bir Fransa Almanya çatışmasının önlenmesi hususlarında yeni bir ekonomik ve politik çerçevenin gerekliliğine olan inançtır. Bu doğrultudaki çağrıya cevap veren altı

Roma Antlaşması'nın Maastricht Antlaşması'nın G maddesi ile yenilenen 2. maddesi Topluluğun tarihsel ekonomik refah hedefini yeni ilkeler ışığında, Batı toplumlarının güncel sorunlarını ve önceliklerini dikkate alarak belirlemiştir. Bu maddenin kapsamında; ekonomik faaliyet ve girişimlerin uyumlu ve dengeli bir şekilde tüm Toplum alanı içerisinde gelişmesi, kalıcı ve enflasyonist olmayan bir ekonomik büyüme, çevreye saygı, birbiriyle uyumlu bir ekonomik ilerleme, gelişmiş sosyal kurumlar, ekonomik ve sosyal bütünleşme, dayanışma ve yaşam seviyesinin yükseltilmesiyle birlikte yüksek istihdam yer almaktadır⁸⁶. Kuruluşundan bu yana ilke olarak piyasa ekonomisini temel alan Avrupa Birliği'nde, bu paralelde neoliberal ekonomi politikaları izlenmekte ve ulaşılacak temel hedef olarak verimlilik belirlenmektedir. Hal böyleyken kadın, piyasa ve verimlilik üçgeninde kadınlara ancak piyasa ve verimliliğin eşitlik politikaları ile uzlaşabildiği noktalarda belli açılımlar sağlayabilen fırsat eşitliği modelinin benimsenmesi şaşırtıcı değildir⁸⁷.

İlkesel olarak fırsat eşitliği modeli, toplumsal kurumlara girme hakkının herkese tanınması ve bu kurumlara girerken başarı, yetenek gibi evrensel esasların temel alınmasını öngörür⁸⁸. Köklerini Fransız ve Amerikan devrimlerinde bulabileceğimiz bu model, toplumdaki temel idari ve mesleki konumların soy veya toplumsal kökenlerine bakılmaksızın yetenekli kişilerce doldurulması gerektiği şeklindeki görüşlerden yola çıkılarak ortaya konmuştur. Dolayısıyla kamusal alanda bulunan pozisyonlarda yer almada; yaş, cinsiyet, içerisinde yer alınan toplumsal sınıf gibi nitelikler önemini kaybetmekte ve yerini evrensel başarı kriterleri almaktadır.

devlet, 1951 Paris Antlaşması'yla Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu'nu (AKÇT) kurmuş ve böylece Avrupa bütünleşmesi yönünde ilk adım atılmıştır. AKÇT'nin kurulmasından sonra 1952'de Avrupa Savunma Topluluğu ve 1953'de Avrupa Siyasal Topluluğu olarak somutlaşan dış politika ve savunma politikaları alanlarındaki bütünleşme girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlanması, ekonomik entegrasyon gerçekleşmeksizin siyasi entegrasyona ulaşamayacağı şeklindeki görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuş ve ekonomik entegrasyon çabaları yoğunluk kazanmıştır. Bunun neticesinde günümüz Avrupa Birliği'nin temeli olarak kabul edilen, nihai hedefi siyasal bütünlük olmakla birlikte bu hedefe varmak için ekonomik dengeliyi sağlamayı öngören Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) kurulmuştur. Bu anlamda AET, öncelikli olarak üye devletler arasında malların, hizmetlerin, sermayenin ve emeğin serbestçe dolaştığı bir ortak pazar ve gümrük birliğini kurmakla yükümlendirilmiştir.

⁸⁶ Karluk S. Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul 1998, s. 73.

⁸⁷ Acuner Selma, AB Yolunda Kadın-Kagider STK'ların Rolü, İstanbul 2006, Erişim için bkz: <http://www.kagider.org/getDocument.aspx?intpageNo=78> (12.08.2007).

⁸⁸ Mccruden, s. 16.

Böylelikle tüm bireyler için başlangıç noktasında eşitlik sağlanmış ve kişiler arasındaki rekabeti olumsuz olarak etkileyebilecek nitelikteki kalıplaşmış toplumsal ve kültürel kriterler bertaraf edilmiş olacaktır⁸⁹.

Bireyler arasında, toplumsal zenginlik ve kaynakların ele geçirilmesinde yalın ve rekabetçi bir ortam öngören liberal ekonomi politikalarının temelinde yer aldığı fırsat eşitliği modeli, yalnızca başlangıç noktasında eşitlik öngördüğü ve bireyin seçme özgürlüğünü eşitlik kavramıyla aynı kefeye koyduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira başlangıç noktasında öngörülen eşitlik, eşitlik sonucuna ulaşılacağına garantisizdir⁹⁰. Özellikle cinsiyetler arasında eşitlik söz konusu olduğunda fırsat eşitliği modeli, “*erkek modeline uyum sağlayabilen kadınlar için etkili olan dar bir pratiği uygulamaya geçirdiği*” hususunda tartışmaya açıktır⁹¹.

Kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili olarak Avrupa Birliği’nde kabul edilen model olan fırsat eşitliği modeline yönelik eleştiriler yalnızca bununla sınırlı değildir. Walby’e göre; Avrupa Birliği mevzuatında eşitlikle ilgili düzenlemeler daha çok piyasa ve verimlilik bağlamında ele alınmıştır ve kadınlar, standartlara uygun bir biçimde gerçekleştirilen istihdam sürecinde yer almaları halinde bu düzenlemelerden yararlanabilmektedirler⁹². Standart olmayan biçimlerde istihdam edilen kadınlar bu düzenlemelerden yararlanamamakla birlikte, eşitliğin derinleştirilmesi bakımından desteklenmesi gereken kadına karşı şiddetin önüne geçilmesi, cinsel tercih gibi pek çok alanda yeterli girişimlerde bulunulamamaktadır. Bulunulan girişimlerse daha çok bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye kararlarla ortaya konulmaktadır⁹³.

⁸⁹Acuner Selma, Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği ve Resmi Kurumsallaşma Süreci, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1999, s. 48.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Walby s. 8.

⁹² Walby s. 9.

⁹³ Ibid.

Hamilelik ve analık hallerine ilişkin getirilen bir takım düzenlemeler de, esas itibarıyla kadın ve erkek arasındaki farklılığı derinleştirici etkiler taşır. Öncelikle bu düzenlemeler standartlara uygun bir biçimde istihdam edilmiş kadınları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, standartların dışında istihdam edilen veya istihdam edilmeyen kadınlar arasında ayırım yaratılmakla birlikte; istihdam edilen kadınlar için de erkek çalışan, erkek modeline uygun kadın çalışan ve anne kadın çalışan gibi kategorilerin dayatılması söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, bu düzenlemelerle var olan ayırım giderilmemiş, yalnızca toplumsal cinsiyet rolleri ve buna bağlı olarak toplumsal işbölümü yeniden tanımlanmıştır⁹⁴.

Avrupa Birliği fırsat eşitliği modeli ve bu modelin öngördüğü üzere geliştirilen eşitlik politikalarına getirilen bir diğer önemli eleştiri ise, politikaların çalışma hayatı üzerinden değil, vatandaşlık kavramı üzerinden ortaya konulması gerektiğidir⁹⁵. Nitekim, Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin terminoloji ve düzenlemelerin ayrımcılık kavramına yaklaştırılmasının temel nedeni budur⁹⁶.

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin düzenlemelerin, sınırlı biçimde sayılmış temellere dayalı "*ayrımcılık yasağı*" kavramı ile ifade edildiği görülür. Örneğin, ATA madde 141, "*cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık gözetilmeksizin eşit ücret*"ten bahseder. Yine, 76/207 sayılı Topluluk Yönergesi⁹⁷'nin 2. maddesinin ilk fıkrası "*özellikle kişinin medeni durumunu veya aile içerisindeki konumunu esas alan cinsiyete dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yaratılmasının eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturacağı*"nı öngörmüştür. Şüphesiz ki, eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramları birbirlerinden farklıdır. Ayrımcılık yasağı, genel olarak kişiye bir gruba mensup olması veya bir niteliği sebebiyle diğerlerine nazaran gösterilen, onun mağduriyetine sebep olan

⁹⁴ Guerrina Roberta, Equality, Difference and Motherhood: The Case For a Feminist Analysis of Equal Rights and Maternity Legislation, Journal of Gender Studies, Vol 10. No. 1, 2001, s. 39.

⁹⁵ Walby, 6.

⁹⁶ Aynı görüşte; Tridimas, s. 66.

⁹⁷ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (Official Journal) (OJ) L 039 , 14/02/1976, s.40-42.

farklı muamele anlamına gelen ayrımcı muamelenin yapılan düzenlemelerle yasaklanması olarak tanımlanabilirken, eşitlik ise sağlanması adına daha çok yapıcı düzenlemeler gerektirir. Eşitlik ilkesi öncelikle bir haktır. Bunun doğal sonucu olarak, bu ilkedен yararlanımlar açısından eşit işlem görme ve ayırım gözetilmemesini talep etme hakkı doğar. Ayrımcılık yasağı ise, eşitliğin dinamik ve farklı şekillerde; renk, ırk, cinsiyet, din... gibi uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁸. Ancak Avrupa Birliğı Hukuku'nda kadın erkek eşitliğı ilkesine ilişkin düzenlemelerde her iki kavram birbirini karşılayacak şekilde kullanılmıştır⁹⁹. Dolayısıyla, kadın erkek eşitliğı ilkesi konusu, Kurucu Antlaşmalar'da ileriki bölümlerde daha ayrıntılı olarak incelenecek olan, 141. maddenin yanı sıra genel olarak ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin düzenlemeler çerçevesinde de değerlendirilmiştir.

Bu çerçevede Maastricht Antlaşması'nın 12. maddesi kapsamında ortaya konan ve tabiiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin olarak hükme bağlanmış olan ayrımcılığın önlenmesi konusu, Amsterdam Antlaşması ile daha detaylı olarak ele alınmış ve 13. maddede şu ifadelere yer verilmiştir; *“Bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine zarar vermeyecek şekilde ve bu Antlaşma tarafından Topluluk'a verilmiş olan yetkiler çerçevesinde Konsey, Komisyon'dan gelecek bir teklife binaen ve Avrupa Parlamentosu'na da danıştıktan sonra cinsiyet, ırksal ya da etnik köken, din ya da inanç, bedensel özür, yaş ya da cinsel tercihlere dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek üzere gerekli tedbirleri alabilir.”*

Sonuç olarak ATA'nın, *“Sosyal Politika, Eğitim, Mesleki Eğitim ve Gençlik”* başlığı altındaki ilk kısmını oluşturan *“Sosyal Hükümler”* arasında yer alan 141. maddesi, kadın erkek eşitliğı ilkesine dair özel bir düzenlemeye yer vermekte ise de, bu konunun Avrupa Birliğı Hukuku'ndaki yeri daha geniş bir çerçevede, Birlik'in ayrımcılıkla mücadele politikaları kapsamında ele alınmaktadır. Bunun sonucunda da yukarıda da ifade edildiğı gibi, kadın erkek eşitliğı ilkesi ve kadın erkek arasında

⁹⁸ Danıştay 12. Daire, 2004/4382 E., 2006/539 K., Karar Tarihi 22.02.2006.

Erişim için; <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=27209>.

⁹⁹ Tridimas, s. 42. Aynı görüşte; Prechal Sacha-Burrows Noreen, Gender Discrimination Law of The European Community, Dartmouth 1990, s.2.

ayrımcılığın önlenmesi ifadeleri çoğu zaman birbirinin yerine kullanılmaktadır¹⁰⁰.

1.5.2 Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

Çerçevesinde Ayrımcılık Kavramı

Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliğine ilişkin ortaya konan düzenlemelerde “eşitlik” ve “ayrımcılık yasağı” kavramlarının birbirlerini karşılayacak şekilde kullanıldıkları yukarıda ifade edilmişti¹⁰¹. ATAD'ın, “*Farklı muamelenin haklı temellere dayanmaması halinde eşit olanlara farklı, eşit olmayanlara ise eşit davranma*” olarak tanımladığı¹⁰² ayrımcı muamelenin, pratikte başta cinsiyet, ırk, din, dil ve tabiiyet olmak üzere pek çok farklı temele dayandırılarak ortaya konduğunu söylemek mümkündür¹⁰³.

Cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık, objektif haklı nedenlere dayanmaksızın kişinin sahip olduğu cinsiyet esas alınarak mağdur edilmesidir. Cinsiyet ayrımcılığının öğretide doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak iki farklı hali olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴.

1.5.2.1 Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan Ayrımcılık kavramının tanımına ilk olarak, 76/207 sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi'ni değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge¹⁰⁵,nin 2. maddesinde yer verilmiştir. Burada yer alan tanıma göre doğrudan ayrımcılık, “*bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu ya da görmesi muhtemel olan muameleden daha aşağı şartlarda muameleye tabi*

¹⁰⁰ Arısoy Alper, Demir Nesrin, Avrupa Birliği Sosyal Hukuku'nda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği, Ege Akademik Bakış, 2007/7, s.718.

¹⁰¹ s. 23.

¹⁰² C-279/93 Finanzamt Köln Altstadt v. Schumacker [1995] ECR I-225.

¹⁰³ Fredman (2002), s. 27.

¹⁰⁴ Connolly Michael, Townshend-Smith on Discrimination Law : Text, Cases and Materials, London 2004, s. 54.

¹⁰⁵ OJ L 269, 5.10.2002, s. 15–20.

tutulmasıdır.” Aynı tanıma, 2004/113 sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele Yönergesi'nin 2/a maddesinde ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge'nin 2/1 a maddesinde “*bir kişinin diğerine kıyasla cinsiyetinden dolayı benzer durumdakine göre daha az olumlu muamele görmesi*” şeklinde yer verilmiştir.

Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere doğrudan ayrımcılıktan bahsedebilmek için kişinin, doğrudan cinsiyetinin veya hamilelik gibi yalnızca cinsiyetine özgülenebilecek bir durum nedeniyle daha az olumlu muameleye tabi tutulması gerekir. Hal böyleyken kişinin doğrudan cinsiyetini ileri sürerek onu işe almaktan kaçınmak, farklı ücret veya farklı çalışma koşulları öngörmek doğrudan cinsiyet ayrımcılığı kapsamındaki uygulamalara birer örnektir¹⁰⁶.

Belli bir cinse özgü kalıp yargılar nedeniyle gidilen ayrımcı uygulamalar da doğrudan ayrımcılık kapsamına girer¹⁰⁷. Nitekim bu husus ATAD tarafından 381/99 sayılı Brunnhofer Kararı¹⁰⁸,nda, “*halen görülmekte olan işte, işçilerin cinsiyet temeline dayalı farklılıklarına ilişkin beklentilerin, farklı ücret öngörülmesine dayanak oluşturamayacağı*” şeklinde ifade edilmiştir. Kişilerin, sahip oldukları cinsiyetin karakteristik özellikleri dikkate alınmaksızın, kendi sahip oldukları kişisel nitelikler göz önüne alınarak değerlendirilmeleri gerekir. Aksi hallerde yine doğrudan ayrımcılık söz konusu olur. Örneğin, salt ortalama bir erkek işçinin bir kadın işçiden fiziksel olarak daha güçlü olacağı düşüncesiyle, kadın işçinin işin altından kalkıp kalkamayacağı değerlendirilmeksizin geri çevrilmesi, doğrudan ayrımcılık unsuru içeren bir uygulamadır¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Onaran, s. 96.

¹⁰⁷ Nielsen Ruth, Gender Equality in European Contract Law, Denmark 2004, s. 95.

¹⁰⁸ C-381/99 Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG [2001] ECR I-4961.

¹⁰⁹ Nielsen, s. 96.

Bir uygulamanın doğrudan ayrımcılık unsuru içerip içermediğinin tespiti sırasında esas olarak, farklı cinslere öngörülen eşit olmayan işlemin konusu olayın şartları değerlendirilmektedir. Karşılaştırılan olayın şartları aynı veya benzer olduğunda ve karşılaştırılan kişiler aynı statüde bulunduğunda kadına ve erkeğe sırf cinsiyetleri sebebiyle farklı davranılması doğrudan ayrımcılığı teşkil eder¹¹⁰. Aksi takdirde cinsler arasındaki biyolojik farklılıklar göz ardı edilmiş olacaktır. Oysa, yukarıda da değinildiği gibi hamilelik gibi yalnızca belli bir cinse özgülenebilecek bir durum söz konusu olduğunda, kişinin kadın cinsine özgü bu biyolojik nitelik sebebiyle mağduriyeti doğrudan ayrımcılık kapsamında değerlendirilmektedir¹¹¹. Hamilelik nedeniyle kadın çalışanın mağdur edilmesi hali pek çok ATAD Kararı'nda da doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir¹¹².

1.5.2.2 Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık kavramı ilk olarak, 97/80 sayılı *Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge*'nin 2/2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “*tarafsız bir düzenleme, kriter veya usulün önemli ölçüde belirli bir cinsiyet grubunu mağdur etmesi ve bu düzenleme, kriter veya usulün uygun ve zorunlu olduğu ve cinsiyete dayalı haklı sebeplere dayandığının açıklanamaması halinde dolaylı ayrımcılık mevcuttur.*”

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

¹¹⁰ Onaran, 100.

¹¹¹ Horspool Margot, *European Union Law*, London 2000, s. 432.

¹¹² C-177/88 Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus [1990] ECR I-3941.

Dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilgili ATAD'ın ortaya koyduğu ilk içtihatlar kavramın, ayrımcı uygulamanın bizatihi kendisinin mi yoksa etkilerinin mi bertaraf edilmesi amacıyla ortaya konduğu konusunda tereddüt edildiğini göstermektedir. Nitekim, kısmi süreli çalışan işçilerin saat ücretlerinin tam zamanlı çalışan işçilere göre düşük olmasının dava konusu edildiği 96/80 sayılı Jenkins Kararı¹¹³,nda Divan, işverenin söz konusu uygulamada ayrımcılık yapma kasdı olup olmasını değerlendirirken, 170/84 sayılı Bilka-Kaufhaus Kararı¹¹⁴,nda işverenin ayrımcılık yapma kasdı olup olmadığını değerlendirmeye yer olmadığı şeklinde hüküm kurmuştur. 170/84 sayılı Karar'da ifade edildiği üzere asıl üzerinde durulması gereken, uygulama sonucu ayrımcı nitelik taşıyan etkilerin ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Bu anlamda, dolaylı ayrımcılık kavramının anılan şekilde değerlendirilmiş olması, Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesinin, çalışmanın başında da ifade edildiği üzere, şekli anlamda eşitlik ilkesinden çok daha ötede "*fırsat eşitliği ilkesi*" ile tanımlanabileceği şeklindeki görüşü teyit etmektedir¹¹⁵.

ATAD, dolaylı ayrımcılık kavramının içeriğini ve unsurlarını ilk olarak 96/80 sayılı Jenkins Kararı¹¹⁶,nda ortaya koymuştur. Davanın konusu kabaca, işyerinde tam gün çalışanlarla kısmi süreli çalışanların saat ücretlerinin farklı, tam gün çalışanların saat ücretlerinin daha fazla olmasıdır. Söz konusu işyerinde kısmi süreli çalışanların çok büyük bir yüzdesi kadın işçilerden oluşmaktadır. İşyerinde tam gün çalışanların tamamı erkek işçilerden oluşmakta olup, yalnızca tek bir erkek işçi kısmi süreli hizmet akdiyle çalışır durumdadır. Söz konusu işyerinde kısmi süreli hizmet akdiyle çalışmakta olan Bayan Jenkins tarafından, işyerinde kısmi süreli çalışanların saat ücretlerinin daha az olmasının ayrımcı bir uygulama olduğunun iddia edilmesiyle dava İngiliz İstinaf Mahkemesi'nce ATAD önüne getirilmiştir.

¹¹³ C-96/80, Jenkins v. Kingsgate [1981] ECR 911.

¹¹⁴ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607.

¹¹⁵ Barbera Marzia, Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti Discrimination Law Context, Industrial Law Journal, Vol. 31 No. 1, March 2002, s. 90.

¹¹⁶ C-96/80, Jenkins v. Kingsgate [1981] ECR 911.

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

Divan'a göre, ağırlıklı olarak kadın işçilerden oluşan kısmi süreli çalışanlara farklı saat ücreti ödenmesi uygulaması, ekonomik anlamda objektif haklı gerekçelere dayanıyorsa ve temelinde cinsiyete dayalı ayrımcılık yaratma kasdı yoksa dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yapıldığından da bahsedilemez. Tam gün çalışanlara göre kısmi süreli çalışanlara daha az ücret ödenmesi, ödeme hem erkek hem de kadın işçiler için geçerli olduğu ve tam gün çalışmayı teşvik etmek gibi cinsiyetle bağlantısı olmayan ekonomik bir nedene dayandığı takdirde ATA'nın 119. maddesindeki hükme aykırılık söz konusu değildir.

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

Dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilgili olarak ATAD'ın bir sonraki önemli kararı, 170/84 sayılı Bilka-Kaufhaus Kararı¹¹⁷, dır. İşyeri emeklilik aylığına hak kazanılabilmesi için 20 yıllık toplam çalışma süresinin en az 15 yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olma şartının arandığı işyerinde, belirli bir süreyi kısmi süreli çalışma ile geçiren Bayan Weber, ilgili koşulu gerçekleştirmediği gerekçesiyle işyeri emeklilik aylığından yararlanma hakkını elde edememiş, bunun üzerine söz konusu işyeri emeklilik aylığı programının ATA madde 119'a aykırılık oluşturduğu

¹¹⁷ C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607.

gerekçesiyle konuyu Alman İş Mahkemesi önüne getirmiştir. Ulusal Mahkeme tarafından ATAD önüne getirilen davada öncelikle, ilgili programın ATA madde 119'a aykırı olup olmadığı ve işyerinde ağırlıklı olarak kadın çalışanlardan oluşan kısmi süreli çalışanların işyeri emeklilik aylığı hakkından yoksun bırakılmasının dolaylı ayrımcılık yaratıp yaratmadığı irdelenmiştir. Kararda ayrıca, işverenin işyerinde mümkün olduğu kadar kısmi süreli işçi çalıştırması politikasının, işletmenin gereksinimleri bakımından bir zorunluluk arz etmemesi halinde haklı bir temeli bulunup bulunmadığı da değerlendirilmiştir.

Divan ilgili kararında, işverenin ağırlıklı olarak kadın işçileri mağdur eden bir ücret politikasının temellerini, objektif haklı nedenlere dayandırabildiği ölçüde hukuka uygun kabul edilebileceğinin altını çizmiştir. Burada ifade edilen objektif haklı nedenlerin kapsamına işletmenin gerekleri veya ihtiyaçları da girer. Ancak, işletme gereği olarak nitelendirilebilecek bir uygulamanın varlığı tek başına onun haklı bir neden olarak kabul görmesi için yeterli değildir. Bunun için uygulamanın amaca ulaşmada uygun ve zorunlu olarak görülmesi de gerekir. Bir başka deyişle uygulama “ölçülülük ilkesi” ile bağdaşmalıdır¹¹⁸.

Bir uygulamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını saptamak için öncelikle onun, ulaşılmak istenen amaç bakımından uygunluğu, sonrasında ise ne ölçüde gerekli olduğu değerlendirilmektedir. İlgili uygulama, ulaşılmak istenen amaca ulaşmada başarılı ise uygundur. Uygulamanın gerekliliği ise, işverenin aynı etkinin ortaya çıkmasını sağlayacak ve daha az sakıncaya sebep olacak farklı bir uygulamayı tercih etme şansı olmadığı hallerde söz konusu olur¹¹⁹. Uygulamanın ölçülülük ilkesi ile bağdaşır kabul edilebilmesi için son olarak, uygulama ile ulaşılmak istenen amaç arasında uygun bir ilişki bulunması aranır. Bir başka deyişle, uygulama ile uygulamadan olumsuz bir biçimde etkilenen kişilerin hukuki çıkarlarına verilen zararlar, amaçlanan yarar arasında uygun bir oran bulunmalıdır¹²⁰.

¹¹⁸ Steiner-Woods, 505.

¹¹⁹ Townsend Smith Richard, Economic Defences to Equal Pay Claims, Sex Equality Law In The European Union ed. by Hervey K. Tamara-O'Keeffe David, Wiley 1996, s. 47.

¹²⁰ Onaran, s. 108.

Bu durumda, 170/84 sayılı Karar'a konu olan olay ile ilgili olarak, söz konusu durumun ölçülülük ilkesi ile bağdaştırmanın söylenebilmesi için kısmi süreli çalışan işçilerin hukuki çıkarlarına verilen zararlar işletme için öngörülen yarar uygun bir oranda olmalıdır.

Nitekim ATAD da ilgili kararında, *“kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan erkeklerin oranı ile kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan kadınların oranı arasında önemli bir fark varsa ve farklı muamele yapmanın gerekçesi cinsiyet dışında başka bir faktörle açıklanamıyorsa, kısmi süreli hizmet akdi çalışan kadın işçilerin işyeri emeklilik maaşını almaya hak kazanabilmeleri için öngörülen tam süreli çalışma süresi, ATA'nın 119. maddesi anlamında ihlale sebebiyet verebilir. Bununla birlikte, işveren farklı muamelelerinin nedenini objektif faktörlere dayanarak açıklayabilirse, farklı muamelelere izin verilebilir. İşverenin farklı muamele öngörebilmesi için; böyle bir ayrıma gitmenin firma için gerekli, ayrımcılık yapmaktaki amacın işletmenin gerçekleştirmek istediği amaca uygun ve amaca ulaşmak için ayrımcılık yapmanın gerekli ve ölçülü olduğunu ispat etmekle yükümlü olduğu”* sonucuna varmıştır. İşverenin, *“kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların gece ve cumartesi vardiyalarında çalışmak istemedikleri bu nedenle daha az verimli oldukları, onları tam zamanlı çalışmaya teşvik etmek amacıyla söz konusu uygulamanın gerekli olduğu”* şeklindeki savunması *“objektif ekonomik faktör”* olarak değerlendirilmiş, Bayan Weber'in iddiası reddedilmiştir. Ayrıca, işverenlerin işletme ile ilgili politikalarını oluştururken işletmenin gerekleri doğrultusunda hareket edecekleri ve kadın çalışanların sosyo kültürel sorumluluk ve zorunluluklarını dikkate alma gibi bir yükümlülük altında olmadıklarının da altı çizilmiştir.

Diğer yandan konu ile ilgili bir başka karar olan 109/88 sayılı Danfoss Kararı¹²¹,nda Divan, doğrudan cinsiyete bağlı olmamakla beraber, performans dayalı olarak veya ödüllendirme amaçlı fazladan yapılan sosyal içerikli ödemelerin bir takım subjektif kriterlere dayandırılması halinin dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. İlgili karara konu olan olayda, işin icra edileceği

¹²¹ C-109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199.

mekan ve saatlere ilişkin esneklik kriterine göre ücrette artışa gidilmesinin, ev ve aile yaşantısına dair sorumlulukları gereği erkek işçilere göre daha az esnekliğe sahip olan kadın işçilerin aleyhine bir durum teşkil edebileceği belirtilmiştir.

1.5.2.3 Taciz ve Cinsel Taciz

Taciz ve cinsel taciz kavramlarının, Avrupa Birliği Hukuku'nda cinsiyet temelinde ayrımcılık olarak kabul edilmesinin geçmişi çok da uzak olmayan bir tarihe, kadın ve erkeğin iş gücüne eşit katılımının temel bir prensip olarak altını çizen 2002/73 sayılı Yönerge'nin yürürlüğe girmesine dayanır. Gerçekten de özellikle işyerinde cinsel taciz, 1980'li yılların ortalarına değin Topluluk yasa koyucularının üzerinde daha önce hiç durmadıkları bir konudur. 1987 yılında Komisyon tarafından yapılan bir kamuoyu araştırması¹²² sonucu, işyerinde cinsel tacizin endişe verici bir boyutta yaşandığı gerçeğinin ortaya konmasıyla Komisyon, konu ile ilgili belli bir inisiyatif belirleme yükümlülüğü altına girmiştir¹²³.

Taciz ve cinsel taciz kavramları da, doğrudan ayrımcılık kavramı gibi ilk olarak 76/207 sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi'ni değiştiren 2002/73 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde tanımlanmıştır¹²⁴. Buna göre taciz; *“bir kimsenin cinsiyetine dayalı olarak onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı düşmanca, değersizleştirici aşağılayıcı ya da incitici bir ortam oluşturan her türlü istenmeyen tavidir.”* Cinsel taciz ise, *“kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavidir.”* Bu tanımlamaya göre cinsel tacizin üç temel unsurunun bulunmaktadır. Bunlar; istenilmeyen, insan onuruna aykırı bir davranışla, suiistimal edilen çalışma

¹²² İlgili dokümana erişim için bkz. www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/shworkpl.pdf.

¹²³ Owens M. James-Gomes M. Glenn-Morgan F. James, Sexual Harrassment in the European Union: The Dawning Of a New Era, SAM Advanced Management Journal, Vol. 69 No. 1, Winter 2004, s. 4.

¹²⁴ Aynı tanımlara 2004/113 sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele Yönergesi'nin 2/c ve d maddesinde ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge'nin 2/1c ve d maddelerinde de yer verilmiştir.

ortamının varlığıdır¹²⁵. 2/3. madde de yer alan düzenlemeye göre, 2002/73 sayılı Yönerge'deki anlamlarıyla taciz ve cinsel taciz cinsiyete dayalı ayrımcılık sayılır ve bu nedenle yasaklanmıştır.

2002/73 sayılı Yönerge'deki cinsel taciz kavramına ilişkin tanımlamanın, Amerikan Yurttaş Hakları Yasası'nın VII. ayrımı kapsamında yer alan ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler ışığında hazırlanan "*Eşit Çalışma Fırsatları Komisyonu Rehber Kuralları*"ndaki tanımlamaya paralellik gösterdiğini söylemek mümkündür¹²⁶. Rehber kurallar uyarınca istenilmeyen ve kişinin cinselliğini hedef alan tüm cinsel içerikli söz ve davranışların, huzursuz, tehditkar ve saldırgan bir iş ortamı yaratmak suretiyle işçinin performansını etkilemesi ya da çalışma ortamını huzursuz kılması durumunda cinsel taciz söz konusu olur¹²⁷. Her iki düzenlemede de dikkat çeken husus, cinsel taciz içerikli davranışların kişi tarafından "*istenilmeyen*" addedilmesidir. Bununla birlikte, her iki düzenlemede de söz konusu davranışların sonucu oluşan iş ortamını tanımlayan ifadeler yer almakta ise de, bu ifadeler yargısal içtihatlarla somutlaştırılmak durumundadır. Konu ile ilgili olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi, saldırgan ve tehditkar bir iş ortamı oluşmasına sebebiyet verecek nitelikte davranışları, iş ortamının rutin düzenini bozmaya yetecek derecede yaygın ve ciddiye arz eden davranışlar olarak tanımlamıştır¹²⁸. Cinsel taciz içerikli davranışın saldırgan bir karakter taşıması yeterli bulunmuş ve ayrıca mağdurunun psikolojik olarak durumdan etkilenmesi de aranmamıştır¹²⁹. Ayrıca, söz konusu iş ortamı, yapılan işin kendine özgü sosyal ve kültürel bir bakış açısıyla değerlendirilmek durumundadır. Nitekim *Oncale v. Sundowner Kararı*¹³⁰nda belirtildiği üzere, bir profesyonel futbol antrenörünün maça çıkan oyuncusunun kalçasına dokunması normal karşılanabilir bir davranış olsa da, aynı hareketi sekreterine karşı yapması suiistimal edici bir davranış olarak

¹²⁵ Özdemir Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, 2006, s. 84.

¹²⁶ Owens-Gomes-Glenn, s. 5.

¹²⁷ Onaran, s. 266.

¹²⁸ Harris v. Forklift Systems, 510 U.S. (1993).

Karara erişim için bkz. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1168.ZO.html>

¹²⁹ Harris v. Forklift Systems, 510 U.S. (1993).

¹³⁰ Oncale v. Sundowner Offshore Services 523 U.S. (1998).

nitelendirilebilecektir¹³¹. Bu noktada, Üye Devletler'in de Yönerge'nin ilgili hükümlerinin uygulanması sırasında kendi kültürel, sosyal ve toplumsal bakış açılarına göre değerlendirme yapacakları ve nasıl bir iş ortamının cinsel taciz içerikli davranış sonucu ortaya çıktığını yine bu bakış açısına göre yorumlayacakları düşünülmektedir¹³².

2002/73 sayılı Yönerge'nin 2/5. maddesine göre; “*Üye Devletler, ulusal mevzuatları, toplu sözleşme veya uygulama paralelinde işverenleri ve mesleki eğitime erişimden sorumlu kişileri cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın, özellikle işyerinde taciz ve cinsel tacizin önlenmesi için gerekli önlemleri almaya teşvik eder.*¹³³” Düzenlemede konuya ilişkin ne tür önlemlerin alınacağına dair bir açıklık olmadığı gibi, önlemlerin alınmasının “*teşvik edilmesi*” söz konusudur. Cinsel tacizin önlenmesi için alınacak gerekli önlemler konusunda “*92/131 sayılı Kadınların ve Erkeklerin İşyerinde Onurlarının Korunması Hakkındaki Komisyon Tavsiyesi*¹³⁴” aydınlatıcıdır. Anılan düzenlemede konu ile ilgili olarak bir talep ve şikayet prosedürünün oluşturulması, işçilere gerekli eğitimin verilmesi, tavsiye ve yardım sağlanması, işyerinde disiplin ve cezalandırma sistemi kurulması gibi konularda işverene bir takım yükümlülükler öngörülmektedir.

Cinsel tacizin varlığını ispat konusunda da, “*97/80 sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge*”nin ilgili hükümlerinin temel alınması gerektiği öne sürülmektedir¹³⁵. Buna göre, her ne kadar ayrımcılık teşkil eden, konu itibariyle ise cinsel taciz kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışın varlığını işçi ispat etmekle yükümlü olsa da, böyle bir davranışın varlığı ihtimalinin işçi

¹³¹ Owens-Gomes-Glenn, s. 5.

¹³² Owens-Gomes-Glenn, s. 5. Konu ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için bkz; Timmerman Greetje-Bajema Cristien, Sexual Harrassment in Northwest Europe: A Cross Cultural Comparison, European Journal of Women's Studies, Vol. 6 No. 4, November 1999, s. 419-439.

¹³³ Aynı husus 2006/54 sayılı Yönerge'nin 26. maddesinde düzenlenmiştir.

¹³⁴ Official Journal L 049 , 24/02/1992, s.1-8.

¹³⁵ Owens-Gomes-Glenn, s. 6.

tarafından güçlü bir biçimde ortaya konması halinde, işveren bunun aksini ispat etmekle yükümlü olur¹³⁶.

1.5.3 Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Normatif Gelişimi

Avrupa Birliği Hukuku'ndaki kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin ilk yasal düzenleme, Topluluk'un Kurucu Antlaşması olan 1957 tarihli ATA' nın 119. maddesidir. Sosyal politika alanında çok az hüküm içeren ATA'nın sosyal politikaya ilişkin kısmına “*eşit işe eşit ücret ilkesi*”nin eklenme nedeni, Fransız Hükümeti'nin düşük ücretle çalışan Belçikalı kadın işçilerin tekstil sektöründe yaratabilecekleri olumsuz rekabet koşullarından duyduğu endişedir¹³⁷.

Ortak pazarı gerçekleştirmeyi amaçlayan ATA'da kadın ve erkek arasında eşitliğin sosyal ve ahlaki temellerine yer verilmemiş olması aslında şaşırtıcı değildir. Her ne kadar Avrupa Birliği Hukuku'nda Amerikan Hukuku'nda olduğu gibi eşitlikle ilgili düzenlemelerin sözleşme özgürlüğü ilkesiyle çeliştiği ve ekonomik anlamda refahı azaltıcı yönde sonuçlar doğurduğu biçiminde tartışmalara rastlanmasa da, ATAD Kararları'nda, fırsat eşitliği ilkesinin ancak tek pazarın işleyişiyle önemli ölçüde çelişmediği sürece kabul edilebilir bir ilke olduğuna dair liberal düşüncelerin izlerine rastlanabilir¹³⁸. Nitekim Divan, 127/92 sayılı Enderby Davası¹³⁹,nda, “*içinde bulunulan piyasa koşulları göz önünde bulundurulduğunda, adayların ilgisini çekmek amacıyla, işverenin belli tipte iş için öngörülen ücretlerde artışa gitmesini, objektif bir meşrulaştırma nedeni olarak kabul edilebileceği*” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁴⁰. Yine, “*dolaylı ayrımcılığın*” piyasa temelli gerekçeler de dahil olmak üzere objektif nedenlerle meşrulaştırılabileceği, bu liberal düşüncenin bir ürünü olarak kabul edilmelidir¹⁴¹.

¹³⁶ Özdemir, s. 93.

¹³⁷ Ellis Evelyn, European Community Sex Equality Law, Oxford University Press 1998, s.38-39.

¹³⁸ Barnard (1999), s. 217.

¹³⁹ C-127/92 Enderby v. Frenchay Heath Authority, [1993] ECR I-5535.

¹⁴⁰ C-127/92 Enderby v. Frenchay Heath Authority, para.26.

¹⁴¹ Barnard (1999), s. 218.

Kadın erkek eşitliği ilkesi konusunda, 1972 tarihli Paris Zirvesi oldukça büyük önem taşır. Avrupa Birliği sosyal politikasının temellerinin atıldığı bu zirvenin ardından, bu konuda önemli üç yönerge kabul edilmiştir. Bunlar sırasıyla, 75/117 sayılı *Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik 10.2.1975 tarihli Yönerge*¹⁴² (*Kadın ve Erkekler için Eşit Ücret Yönergesi*), 76/207 sayılı *İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayat Geçirilmesine İlişkin 9.2.1976 tarihli Yönerge* (*Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi*) ve 79/7 sayılı *Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Aşamalı Olarak Hayata Geçirilmesine İlişkin 19.12.1978 tarihli Yönerge*¹⁴³ (*Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Muamele Yönergesi*)'dir.

Yukarıda anılan Yönergeler'in ortaya konulmasındaki en temel düşünce, ekonomik gelişmelerin toplumsal ve sosyal reformlarla desteklenmesi gerektiğidir¹⁴⁴. ATA'nın 119. maddesinde yer alan düzenlemenin ardında yatan temel düşünce ekonomik olmakla birlikte, hayata geçirilen bu yönergelerle, fırsat eşitliği ilkesi toplumsal ve sosyal boyutlarıyla birlikte değerlendirilmeye başlanmıştır. Diğer yandan, ekonomik bütünleşmenin sağlanması yönündeki öncelikli hedefin, zamanla toplumsal ve siyasal bütünleşme yönünde ivme kazanması Topluluk Hukuku'nda ayrımcılık konusunun önemini arttırmış, kadın erkek eşitliği ilkesi de bu kapsamda değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu durum, konunun sosyal boyutunun yanı sıra, insan hakları boyutunun değerlendirilmeye başlanması olarak yorumlanmaktadır¹⁴⁵.

Kadın erkek eşitliği ilkesinin Topluluk Hukuku'nda giderek artan önemi, ATAD'ın konu ile ilgili kararlarına da yansımıştır. Bu husus, Divan'ın bu konudaki en temel içtihatlarından olan 1978 tarihli Defrenne Kararı¹⁴⁶,nda şöyle ifade

¹⁴² OJ L 45, 19.2.1975, s. 19–20.

¹⁴³ OJ L 6, 10.1.1979, s. 24–25.

¹⁴⁴ Krimphove Dieter, *Europaisches Arbeitsrecht*, München 1996, s.143.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ C-149/77 Defrenne v. Sabena (No 3), ECR 1365.

edilmiştir; “...*Temel insan haklarına saygı Topluluk Hukuku'nun genel prensiplerinden birisidir...Hiç şüphesiz ki cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesi temel hakların bir parçasıdır.*” Aynı kararda Divan, 119. maddede düzenlenen hükmün iki temel amacı olduğunu belirtmiştir. Bunlardan ilki, eşit işe eşit ücret ilkesinin hayata geçirilmesiyle, Topluluk içerisinde Üye Devletler'in haksız rekabete karşı korunmalarıdır. İkinci amaç ise, Topluluk ile yalnızca ekonomik bir bütünleşmenin değil, aynı zamanda yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi suretiyle, sosyal gelişmenin sağlanabilmesi olarak ifade edilmiştir¹⁴⁷. Divan, 2000 tarihli Deutsche Post Kararı¹⁴⁸,nda düzenlemenin sosyal amacının ekonomik amacından önce geldiğini vurgulamıştır.

1980'li yıllarda, sonradan 96/97 Sayılı Yönerge¹⁴⁹ ile değiştirilen, “ 86/378 Sayılı İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi¹⁵⁰ ” ve “86/613 Sayılı Serbest Meslek Sahipleriyle Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele ve Ananın Korunması Yönergesi¹⁵¹” kabul edilmiştir.

1989 yılında kabul edilen Topluluk Sosyal Şartı'nda yer alan düzenlemeleri hayata geçirmeye yönelik oluşturulan sosyal faaliyet programı çerçevesinde “92/85 sayılı *Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadınların İşyerinde Güvenlik ve Sağlıklarını İyileştirmeye Yönelik Önlemlerin Hayata Geçirilmesine Dair 19.10.1992 tarihli Yönerge*¹⁵²” düzenlenmiştir. Bu Yönerge hamile, yeni doğum yapmış veya emzikli kadınların pek çok açıdan bir risk grubu oluşturdukları düşüncesinden hareketle, biyolojik durumları sebebiyle tehlikeli olabilecek bazı işlerde çalışmalarını yasaklayan, gerekli hallerde izin durumlarını düzenleyen ve işten çıkarılmalarının önüne geçen bir takım düzenlemeler içerir.

¹⁴⁷ Steiner Josephine-Woods Lorna, Text Book on EC Law, Oxford University Press 2003, s. 493.

¹⁴⁸ C-270/97 Deutsche Post AG v. E. Sievers & C-271/97 B. Schrage , ECR I-929.

¹⁴⁹ OJ L 46, 17.2.1997, s. 20–24.

¹⁵⁰ OJ L 225, 12.8.1986, s. 40–42.

¹⁵¹ OJ L 359, 19.12.1986, s. 56–58.

¹⁵² OJ L 348, 28.11.1992, s. 1–8.

1.11.1993 tarihinde yürürlüğe giren ve yasal ve siyasal bir varlık olarak Avrupa Birliği'ni ortaya koyan¹⁵³ Maastricht Antlaşması, konu ile ilgili iki yeni yönergeye öncülük etmiştir; Bunlardan ilki, “96/34 Ebeveyn İzni Yönergesi”¹⁵⁴’dir. Bu Yönerge, aynı zamanda ilk defa taraflarca bir çerçeve anlaşmanın yönerge halinde kabulü usulü ile bağitlanması nedeniyle özeldir¹⁵⁵. İkinci Yönerge, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde karşılaşılabilecek olan ispat sorununun çözümlenmesi amacıyla “97/80 Sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge”¹⁵⁶ adıyla düzenlenmiştir.

Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin bütünleşmesini ilgilendiren birçok konuda hem politik, hem de ekonomik kararlar alınmıştır. 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe giren Antlaşma'da kadın erkek eşitliği ilkesini de yakından ilgilendiren düzenlemeler mevcuttur; Antlaşma'nın 2. maddesinde kadın ve erkek eşitliğini sağlamak Topluluk hedeflerinden biri olarak kabul edilmiş, 3. maddede ise bunun için gerekli faaliyetlerde bulunulacağı belirtilmiştir. 13. madde Konsey'e, Komisyon'un teklifi üzerine oybirliği ile cinsiyete dayalı ayrımcılık da dahil olmak üzere her çeşit ayrımcılığa karşı mücadele etme yetkisi vermektedir. Yine Amsterdam Antlaşması ile ATA'nın 119. maddesinde çeşitli değişikliklere gidilmiştir¹⁵⁷.

2000'li yıllara gelindiğinde, konu ile ilgili iki yönergeyle karşılaşılmaktadır; Bunlardan ilki 2004/113 sayılı “Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanması Yönergesi”¹⁵⁸, diğeri ise, 2006/54 sayılı “İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklerle Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge”¹⁵⁹’dir. Kadın erkek eşitliği konusunda var olan mevzuata önemli bir destek de, kadın ve erkek arasındaki fırsat eşitliği ilkesini

¹⁵³ Bozkurt Enver-Özcan Mehmet- Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara 2004, s. 28.

¹⁵⁴ OJ L 145, 19.6.1996, s. 4–9.

¹⁵⁵ Barnard (1999), s. 219.

¹⁵⁶ OJ L 14, 20.1.1998, s. 6–8.

¹⁵⁷ Konu ile ilgili olarak ayrıntılar için s. 54.

¹⁵⁸ OJ L 373, 21.12.2004, s. 37–43.

¹⁵⁹ OJ L 204, 26.07.2006, s. 23–36.

Topluluk politika ve faaliyetlerinin bütününe dahil etmek anlamına gelen “*toplumsal cinsiyet*” (gender mainstreaming) politikalarının kabulüdür.

Avrupa Birliği Kurumları, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve kadın erkek arasındaki sosyal farkların azaltılması için özellikle;

- . karar alma mekanizmalarında cinsiyetler arası dengenin sağlanması
- . iş ve ev hayatının yürüyebilmesinin kolaylaştırılması
- . kadınların bilim dünyasına katılımlarının desteklenmesi
- . şiddet ve cinsel tacize karşı etkin korunma
- . kadınlara yönelik genel ve mesleki eğitim olanaklarının artırılması
- . eşit işe eşit ücret prensibinin yaygınlaştırılması
- . kadınların işgücüne katılımlarının artırılması konularında çalışmaktadır¹⁶⁰.

Son olarak konumuzla ilgili, Avrupa Birliği’ nin zayıf olduğu konulardaki sorunları belirleyip, neler yapılması gerektiği ile ilgili genel bir çerçeve sunan, 2000 yılının Mart ayında Lizbon’da toplanan Avrupa Konseyi’ nce ortaya konan Lizbon Stratejisi’nden bahsetmek gerekir. Strateji’de, özellikle çalışma hayatında kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanması Birlik’in başlıca hedefleri arasında gösterilmiş, piyasalardaki cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanan farklı ücretlere dikkat çekilmiştir¹⁶¹.

2006 ve 2010 yılları arasında kalan süreçte kadın erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi amacıyla, 2006 yılında bir yol haritası belirlenmiştir. Ortaya konan bu haritayla;

¹⁶⁰ [http:// www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/FactSheets/ABVEKadin.pdf](http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/FactSheets/ABVEKadin.pdf). (10.11.2007)

¹⁶¹ [http:// ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/framework/strategy_en.html](http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/framework/strategy_en.html). (15.08.2007)

- . *Kadın ve erkek için eşit ekonomik bağımsızlık*
- . *Özel yaşam ve profesyonel yaşamın uyumu*
- . *Karar mekanizmalarında eşit temsil*
- . *Cinsiyet temelli tüm şiddet olaylarının yok edilmesi*
- . *Cinsiyete dair toplumsal kalıp yargılarının yok edilmesi*
- . *Dış politika ve kalkınma politikalarında cinsiyet eşitliğinin desteklenmesi konularında çalışmalar yapılması öngörülmüştür¹⁶².*

Görüldüğü üzere Avrupa Birliği Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesinin normatif gelişimi günümüzde de dinamizmini kaybetmeksizin devam etmektedir. Önceleri yalnızca Kurucu Antlaşmalar'da yer alan ekonomik temelli düzenlemelerle ortaya konan kadın erkek eşitliği ilkesi, gerek ilgili ATAD içtihatları, gerekse oluşturulan ikincil mevzuatla derinleştirilmiş, Birlik'in aynı zamanda siyasi bir bütünlük olma yolunda evrimleşmesiyle konunun insan hakları boyutu ön plana çıkmıştır. Kadın erkek eşitliği ilkesinin salt yasal düzenlemelerde kalmasının önüne geçme amacı, Birlik'in tüm faaliyet alanlarına dahil edilmesini sağlayan politikaların kabulüne sebep olmuştur. Bununla da yetinilmemiş, konunun insan hakları açısından önemini açıkça vurgulayan, Üye Devletler arasında konu ile ilgili ortak bir vizyon sağlamaya yönelik strateji ve yol haritalarıyla kadın erkek eşitliği ilkesi, gündelik yaşamın tartışılmaz bir gerçekliği haline getirilmeye çalışılmıştır.

1.5.4 Avrupa Birliği Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Geleceğine İlişkin Beklentiler

Avrupa Birliği'nin günümüzde geline nokta itibarıyla ne salt bir piyasa birliği, ne de geçmişin mirasına dayanan bir kültür birliği olduğu, yurttaşlık merkezli demokratik bir kültürü paylaşan siyasi bir birlik olduğu konusunda görüş birliği

¹⁶² http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/framework/strategy_en.html. (15.08.2007)

vardır¹⁶³. Habermas'a göre temelinde, demokratik hukuk devletinin sağladığı aktif katılım ve bireysel hak ve sorumlulukların yanı sıra, demokratik vatandaşlığın ön şartlarından olan sosyal refah ve eğitimin yattığı bu siyasi birliğin günümüzdeki amacı, ortak bir sivil toplum ve katılım ile birlikte, iletişim ve siyasi kültürün oluşturduğu ortak kamusal alana dayanan bir “*vatandaşlar avrupası*” ve “*ortak bir anayasa*” oluşturmaktır¹⁶⁴.

İşte bu niyetle, Avrupa Birliği için siyasal bütünleşmeyi sağlayacak ve bir çok farklı antlaşmanın ortaya çıkardığı karmaşayı önleyecek bir anayasa ortaya koymak için yapılan çalışmaların ardından, 18 Haziran 2004 tarihinde Avrupa Birliği Anayasası ile ilgili ortak bir taslak metin üzerinde anlaşmaya varılmış ve 29 Ekim 2004 tarihinde Roma’da Birlik’e üye 25 ülkenin devlet veya hükümet başkanları tarafından “*Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma*”(Avrupa Birliği Anayasası) imzalanmıştır¹⁶⁵.

Eşitlik ilkesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilen Avrupa Birliği Anayasası’nda bu düzenlemelerin, Anayasa’nın belli bir bölümünde yer aldığını söylemek mümkün değildir. Aksine eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler, Anayasa içerisinde dağınık bir biçimde birbirinden farklı formlarda yer almaktadır. Bu formlar sırasıyla; değer, amaç, pozitif görev ve yasal bir hak olarak ifadesini bulmuştur. Anayasa’da eşitlik ilkesine birden fazla formda referansta bulunulması, aynı zamanda Avrupa Birliği Anayasası’nın tipik olmayan karakterinin de bir göstergesidir. Nitekim Avrupa Birliği Anayasası, tipik bir ulusal anayasanın özellikleriyle, uluslararası antlaşmanın özelliklerinin bir araya getirilmiş halidir¹⁶⁶. Hal böyleyken, Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemelerin, gerek uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerle, gerekse ulusal anayasalarda bulunan düzenlemelerin bir sentezi olduğunu söylemek yanlış olmaz.

¹⁶³ Habermas Jürgen, Avrupa’nın Niçin Bir Anayasa’ya Gereksinmesi Var, çev. Kemal Atakay, Cogito Düşünce Dergisi, S. 39, İstanbul 2004, s. 303.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ http://europa.eu/scadplus/constitution/index_en.htm. (15.08.2007)

¹⁶⁶ Bell (2004), s. 249.

Avrupa Birliği Anayasası'nın 1. bölümünde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Avrupa Birliği'nin temel değer ve amaçlarından sayılmıştır. Temel Haklar şartı başlığı altında düzenlenen 2. bölümde “eşitlik” başlığı altında herkesin yasalar önünde eşit olduğu vurgulandıktan sonra, ayrımcılığa dayanak oluşturabilecek haller sınırlayıcı olmayacak biçimde sıralanmış, bu hallere dayanan her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. “Kadın Erkek Eşitliği” başlığını taşıyan 83. maddeye göre; “istihdam, çalışma ve ücret dahil olmak üzere her alanda erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır.” Aynı maddenin devamında “eşitlik ilkesinin, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli bazı avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesini veya kabul edilmesini engellemeyeceği” belirtilmiştir. Aynı bölümde yer alan 93. maddede aile ve meslek yaşamını uyumlaştırmaya yönelik bir düzenleme mevcuttur. Buna göre; “Aile, yasal, ekonomik ve toplumsal korunmadan yararlanacaktır. Aile yaşamıyla mesleki yaşamın uzlaştırılması için, herkes, annelikle ilgili bir nedenden dolayı işten çıkarılmaya karşı korunma hakkına ve çocuğun doğmasını veya evlat edilmesini müteakip ücretli doğum izni ve ebeveyn izni alma haklarına sahiptir.” 94. maddede ise doğum, sosyal güvenlik ve sosyal yardımlardan yararlanma hakkı içinde sayılmış, koruma ve güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 3. bölümü Birlik'in politikalarını ve işleyişini düzenlemektedir. “Genel Uygulamaya Yönelik Maddeler” başlığını taşıyan bu bölümde, “tüm faaliyetlerde eşitsizlikleri ortadan kaldırma ve kadın erkek eşitliğini teşvik etme amacının güdüldüğu” ve “politika ve faaliyetlerin tanımlanmasında ve uygulanmasında diğer sebeplerle birlikte cinsiyete dayalı ayrımcılığa karşı savaşmanın amaçlandığı”na yer verilmiştir. “Ayrım Yapmama ve Vatandaşlık” başlığı altında, 124. maddede “Anayasa'nın diğer hükümlerini ihlal etmeyecek şekilde ve Anayasa tarafından birliğe verilen yetkiler dahilinde, bir Avrupa yasası veya Bakanlar Konseyi'nin çerçeve yasası, cinsiyet, irksal ya da etnik köken, din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel tercih gerekçelerine dayanan ayrımcılıkla savaşılması için gereken tedbirleri alabilir. Bakanlar Konseyi, Avrupa Parlamentosu'nun rızasını aldıktan sonra oybirliği ile hareket eder” ifadesi bulunmaktadır.

Anayasa'nın "Sosyal Politika" başlığı altında düzenlenen bölümünde, Birlik'in sosyal politika alanındaki hedeflerine yer verilmiştir. Buna göre; "18 Ekim 1961 tarihinde Torino'da imzalanan Avrupa Sosyal Haklar Şartı'nda ve 1989'da imzalanan İşçilerin Temel Sosyal Haklarına İlişkin Topluluk Antlaşması'nda belirtilen temel sosyal hakları göz önünde bulunduran Birlik ve üye devletler, ilerleme sürdürülürken uyumlu hale gelmeyi mümkün kılmak için istihdamın teşvik edilmesi, gelişmiş yaşama ve çalışma koşulları, uygun sosyal koruma, sosyal ortaklar arasındaki diyalog, sürekli yüksek istihdam ve işten çıkarılmalarla savaş görüşü doğrultusunda insan kaynaklarının geliştirilmesi konularını hedef alırlar. Birlik ve üye devletler, bu amaçla özellikle sözleşmeli ilişkiler alanında, farklı ulusal uygulama biçimlerini ve Birlik ekonomisinin rekabetçi yeteneğinin korunması gereğini göz önünde bulundurarak hareket ederler..." İlgili bölümde düzenlenen bir sonraki maddede belirtilen hedeflere ulaşılması için öngörülen faaliyetler arasında; "iş gücü piyasası fırsatları ve işte karşılaştıkları muamele açısından kadın erkek eşitliğinin sağlanması" sayılmıştır.

Avrupa Birliği Anayasası'nın 204. maddesi, ücret eşitliği, eşit muamele ve olumlu ayrımcılık kavramlarına açıklık getirecek şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; tüm üye devletler, erkek ve kadın çalışanlarına eşit veya eşit değerde iş karşılığında eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlayacaklardır. Aynı maddenin devamında, ücret kavramının tanımına yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre ücret; "çalışma karşılığında çalışanın işvereninden doğrudan ya da dolaylı olarak aldığı, normal temel veya asgari ücret ya da maaş ile diğer ücretlerinin tümü" anlamına gelir. Cinsiyet ayrımı yapılmaksızın eşit işe eşit ücret;

. parça başı fiyatlandırılan aynı işler için ücretin aynı birime göre hesaplanması

. zamana göre fiyatlandırılan işlerde, aynı iş için aynı ücret uygulanması anlamındadır.

“Avrupa yasaları veya çerçeve yasaları, eşit işe veya eşit değerdeki işe eşit ücret ilkesi de dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında erkeklerle kadınların eşit fırsatlara sahip olmaları ve eşit muamele görmeleri ilkesinin uygulanmasını sağlayacak tedbirleri alır. Söz konusu yasalar veya çerçeve yasaları, Ekonomik ve Sosyal Komite’ye danıştıktan sonra kabul edilir.”

“Eşit muamele ilkesi, çalışma hayatında erkeklerle kadınlar arasında uygulamada tam eşitliğin sağlanması düşüncesiyle, hiçbir üye ülkeyi, yeterli ölçüde temsil edilmeyen cinsiyetin mesleki bir faaliyette bulunması veya mesleki kariyerlerin dezavantajlarına karşı korunmasını veya tazmin edilmesini kolaylaştırmak amacıyla bazı avantajlar sağlayan tedbirleri sürdürmekten ya da benimsemekten alıkoymaz.”

25 Mayıs ve 1 Haziran 2005 tarihlerinde sırasıyla Fransa ve Hollanda’da yapılan referandumların sonucunda Avrupa Birliği Anayasası için “hayır” sonucu çıkmıştır. Bu nedenle uygulamaya konulamayan Anayasa, her hangi bir etkinlik sahibi olmasa da, Temel Haklar Şartı’nı aynen barındırması suretiyle, ona bağlayıcılığı olan bir temel haklar katalogu halini kazandırması ve demokratik ve sosyal haklar açısından içerdiği ayrıntılı düzenlemelerle mevcut kurucu antlaşmaların bir adım ötesine geçmesi bakımından konumuz açısından önemlidir^{167 168}.

Avrupa Birliği Anayasası’nın geleceğine ilişkin yaşanan belirsizliğin ardından 21-22 Haziran 2007 tarihlerinde Avrupa Konseyi Zirvesi toplanmış ve bu zirvede kabul edilen esaslar temelinde hazırlanan Lizbon Antlaşması 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanmıştır. Reform Antlaşması adıyla da anılan Lizbon Antlaşması, yapılan referandumlarla reddedilen anayasanın yerini almak amacıyla hazırlanmıştır. Anayasa’nın ikinci bölümünü teşkil eden Temel Haklar Şartı Antlaşma metninin dışında farklı bir metin olarak imzalanmış, tam metin aynı yasal değere sahip daha kısa versiyonuyla değiştirilmiştir. Lizbon Antlaşması’yla aynı tarihte (1 Ocak 2009) yürürlüğe girmesi beklenen ve Avrupa vatandaşlarının sahip olduğu medeni, siyasi,

¹⁶⁷ Uçkan Banu, Avrupa Anayasası’nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3, s. 134.

¹⁶⁸ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Millns Susan, Gender Equality Citizenship and the EU’s Constitutional Future, European Law Journal, March 2007, Vol. 13 No. 2, s. 218-237.

ekonomik ve sosyal hakları tek bir metinde toplayan Şartın, Avrupa Birliği Kurumları ve organları ile Birlik Hukuku'nu uygularken üye devletler için bağlayıcı olduğu öngörülmüştür¹⁶⁹. Avrupa Birliği Hukuku'nda, bağımsız bir temel hak kataloğu niteliğinde olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği'nin yalnızca ekonomi temeline dayanan bir birlik olmadığı aynı zamanda bir temel hak düzeninin de Birlik'in dayanakları içerisinde olduğunun bir ifadesidir¹⁷⁰.

Günümüz itibarıyla gelinen noktada, cinsiyetler arasında eşitliğin Birlik Hukuku'nun her alanında gözetilmesi gereken bir temel hak olarak görülmeye başlamasıyla, kadın erkek eşitliği ilkesi ile olarak oldukça önemli bir mesafe alındığını söylemek mümkündür. Konu ile ilgili Avrupa Birliği Yasa Koyucusu ve sivil toplum örgütlerinin işbirliği ile yasal düzenlemelerin modernleştirilmesi ve sadeleştirilmesi için çalışmaktadır. İlgili konuda üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması ve gelişmelerin daha yakından takip edilmesini sağlamak adına bir kurum öngörülmesi Birlik'in hassasiyetinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Her ne kadar, ilgili mevzuatın yeterince sadeleştirildiğini söylemek mümkün olmasa da, bunu Birlik Hukuku'nun ancak bir noktaya kadar sadeleştirilmesi mümkün olabilecek gibi görünen kendine özgü yapısına bağlamak gerekir¹⁷¹.

1.5.5 2006/54 Sayılı İstihdam ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Yönerge

2006/54 sayılı Yönerge'yle kadın ve erkek arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin şimdiye dek yapılan tüm düzenlemelerin, yapılan değişiklikler ve ATAD içtihatları göz önünde bulundurularak tek bir çatı altında toplanması ve

¹⁶⁹ www.ikv.org.tr/pdfs/f76f91cf.pdf (12.02.2007).

¹⁷⁰ Şimşek Oğuz, Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 73, Sayı 1, Ocak 2008, s. 132.

¹⁷¹ Masselot Annick, The State of Gender Equality Law in the European Union, European Law Journal, March 2007, Vol. 13 No. 2, s. 168. Ayrıntılı bilgi için; Leon Margarita-Diaz Mateo Mercedes-Milnns Susan, (En)Gendering The Convention, Women and The Future of The European Union, The Robert Schuman Centre For Advanced Studies Policy Paper 03/1.

sadeleştirilmesi amaçlanmaktadır. İlgili Yönerge'ye çalışmanın bu bölümünde yer verilmesinin nedeni budur. Zira Yönerge, kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili olarak ortaya konan düzenlemelerin tek bir metinde ifade edilmiş halidir ve konu ile ilgili diğer düzenlemeler bu Yönerge gereği 2009 yılı itibarıyla yürürlükten kaldırılacaktır¹⁷².

2006/54 sayılı Yönerge'nin hangi amaçla düzenlendiği Yönerge'nin giriş bölümünde belirtilmiştir. Buna göre; “9.2.1979 tarih ve 76/207 sayılı *İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkelere Eşit Davranılması İlkesinin Hayat Geçirilmesine İlişkin Yönerge* ve 24.7.1986 tarih ve 86/378 sayılı *İşletmelerin Sunduğu Sosyal Güvenlik Sistemleri Bakımından Kadın ve Erkelere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Yönerge*'de önemli değişikliklere gidilmiştir¹⁷³. 10.02.1975 tarih ve 75//117 sayılı *Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik Yönerge* ve 15.12.1997 tarih ve 97/80 sayılı *Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge* de kadın ve erkek arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin hükümler içerir. İçinde bulunulan tarih itibarıyla, ilgili Yönerge'lere yapılan değişiklikler nedeniyle ortaya çıkabilecek karışıklığı önlemek adına Yönerge'lerin, konu ile ilgili Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nca ortaya konan içtihatlar da göz önüne alınarak tek bir düzenlemede bir araya getirilmesi arzu edilmektedir.”

2006/54 sayılı Yönerge'nin 1. maddesinde, düzenlemenin amacının “*istihdam ve çalışma koşullarında kadın ve erkelere eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlamak*” olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre eşit muamele ilkesi özellikle “*işe alınma, işte yükselme ve meslek içi eğitimde ücret eşitliği dahil olmak üzere tüm çalışma koşullarında ve sosyal güvenlik programlarında*” uygulanacaktır. 2. maddede “*doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel taciz,*

¹⁷² Yönerge md. 34. Erişim için bkz.:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:EN:PDF>

¹⁷³ 86/378 sayılı Yönerge'de 96/97 sayılı Yönerge'yle, 76/207 sayılı Yönerge'de 2002/73 sayılı Yönerge'yle değişiklik yapılmıştır.

ücret ve mesleki sosyal güvenlik sistemi kavramları”nın tanımlarına yer verilirken, 3. maddede “üye devletlerin çalışma hayatında kadın ve erkekler arasında gerçek anlamda eşitliği hayata geçirmek amacıyla tedbirler alıp, bu yöndeki tedbirleri sürdürebileceği” düzenlenmiştir.

Yönerge'nin “*özel hükümler*” başlığını taşıyan 2. bölümü, Yönerge'yle kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili, var olan düzenlemeleri tek bir çatı altında toplama amacını ortaya koyar niteliktedir. Zira 4. maddede “*eşit veya eşit değerde iş için eşit ücret kuralına göre cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.*” 5. ve 13. maddeler arasında ise sosyal güvenlik sisteminden yararlanma ile ilgili ayrımcılığı yasaklayan ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. İşe alınmada, mesleki eğitim, meslek içi eğitim, meslekte yükselme ve çalışma koşulları açısından eşit davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin kurallar 14. maddede düzenlenmiştir. 15. maddeye göre, “*doğum izni sebebiyle işine ara veren kadın çalışanın geri döndüğünde, bıraktığı şartlardan daha kötüsüne sahip olmayacak biçimde aynı işe başlaması ve yokluğunda gerçekleşen tüm iyileştirmelerden faydalanması garanti altına alınacaktır.*” 16. maddeye göre ise 15. maddede düzenlenen hususlar çocuğun bakımı ile ilgili izinler için de geçerlidir, ayrıca bu madde erkek çalışanları da yani “*babalık izni*”ni de kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

2006/54 sayılı Yönerge'nin 3. bölümü yargılama usulüne ilişkin düzenlemelere aittir. Her şeyden önce üye devletler, “*işbu Yönerge'yle öngörülen haklara yönelik ulusal mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri öngörme ve ilgili düzenlemelerin uygulanmaması ya da eksik veya yanlış uygulanması sonucu ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi için başvurulacak idari yollar ve yargı yollarını göstermekle*” yükümlüdür (md. 17). 18. maddeye göre ise “*öngörülen tazminat uğranılan mağduriyetle orantılı ve mağduriyetin giderimi etkin ve yeterli*” olmalıdır. 19. maddede “*hukuk yargılaması sırasında cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağının ihlali nedeniyle mağdur olan kişinin kuvvetli bir kanıt olması*

durumunda ispat yükümlülüğünün ter değiştirebileceği ve karşı tarafa geçebileceği” düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği’nde kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanması yolunda üye ülkelerde kaydedilen ilerlemeleri izlemek, yönlendirmek ve geliştirmek amacıyla bir enstitü¹⁷⁴ kurulmasının da öngörüldüğü (md. 20/2 d) 20. maddede Üye Devletler’in, çıkartacağı ulusal yasalar çerçevesinde ayrımcılığın ortadan kaldırılması ile ilgili sosyal diyalog ve sivil örgütlerle işbirliğine gitmeleri beklenmektedir. Üye Devletler ayrıca, kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik ilgili Yönerge’yle öngörülen uygulamaların ne şekilde hayata geçirildiğine dair her dört yılda bir rapor hazırlamak (md. 31) ve en geç 15.8.2008 tarihine kadar Yönerge hükümlerine paralel düzenlemelere ulusal mevzuatlarında yer verme yükümlülüğü altındadır (md. 33).

2006/54 sayılı Yönerge’nin 34. maddesinde yer alan hüküm gereği, 15.8.2009 tarihi itibarıyla 75/117, 76/207, 86/378 ve 97/80 sayılı Yönergeler yürürlükten kaldırılacaktır.

1.5.6 Avrupa Birliği Hukuku’nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Sağlanmasına Yönelik Hükümlerin Uygulanması

1.5.6.1 Yönerge Hükümlerinin Doğrudan Etkisi

Kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili olarak düzenlenen yönerge hükümlerinin etkilerini incelemeye önce, Topluluk Hukuku’nun ikincil kaynaklarından olan yönergeler hakkında kısaca genel bilgi vermek yerinde olacaktır. Topluluk organlarının, görevlerini yerine getirebilmeleri ve konulan hedeflere ulaşabilmeleri için Kurucu Antlaşmalar’da kendilerine verilen yetki dahilinde gerçekleştirdikleri yasama faaliyetinin görünümünden biri olan yönergeler, şekil ve yöntem seçimi bakımından yetkiyi ulusal kurumlara bırakarak yöneldiği her bir devleti varılacak

¹⁷⁴ European Institute for Gender Equality (Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü).

sonuçlar bakımından bağlayan yasal düzenlemelerdir¹⁷⁵. Üye Devletler'in ulusal hukuklarının Topluluk Hukuku'na uygun bir biçimde yakınlaştırılması amacını taşıyan yönergeler, yöneldikleri devlete özel yaptırımlar öngördüklerinden, ilgili devlet söz konusu yönergeyi bütünüyle ve etkin bir biçimde uygulamak durumunda olup, sonrasında yönergenin amacına ters düşecek değişikliklere gitmekten de kaçınmakla yükümlüdür¹⁷⁶.

Yönerge hükümlerinin doğrudan etkili olup olmadığı konusunda ise ATA madde 249 (eski 189) aydınlatıcıdır. Bu maddede yer alan düzenlemede Topluluğun düzenleyici işlemlerinden olan yönergeler “*doğrudan uygulanabilir*” olarak tanımlanmamış, yönergelerin yöneldiği Üye Devlet ya da devletlere bir takım yükümlülükler getirdiği ve uygulama yöntemini seçme konusunda ilgili devlet veya devletlere serbesti tanındığı ifade edilmiştir. Bu nedenle her ne kadar başlarda, yönerge hükümlerinin etkisinin Üye Devlet tarafından uygulanma koşuluna bağlı olduğu düşünülse de¹⁷⁷, 41/74 sayılı Van Duyn Kararı¹⁷⁸, “*ilgili yönerge hükümünün, hiçbir istisna veya şarta bağlı olmaması ve doğası gereği ne Topluluk kurumlarının ne de üye devletlerin tasarruflarının müdahalesini gerektirmeyen bir yükümlülük öngörmesi halinde, kişilere ulusal mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri ve ulusal mahkemelerin korumak zorunda olduğu haklar verdiği*” şeklinde hüküm kurmuştur. Birleşik Krallıkların “*Antlaşma'nın 249. maddesinin Topluluğun düzenleyici işlemleri arasında etkileri bakımından bir ayırım oluşturduğu ve Konsey'in bir tüzük değil bir yönerge yayımlamakla, bir yönergenin bir tüzüğün sahip olduğu etkiden farklı bir etkiye sahip olması gerektiği ve buna bağlı olarak yönergenin doğrudan uygulanabilir olmasının istendiği*” şeklindeki savunması, “*249. maddenin hükümleri gereğince, her ne kadar tüzüklerin doğrudan uygulanabilir ve doğası gereği doğrudan etkili oldukları açık bir biçimde düzenlenmiş ise de bundan, maddede yer alan diğer hukuki tasarrufların benzer etkilere sahip olmadığı sonucunun çıkarılamayacağı*” gerekçesiyle reddedilmiştir. ATAD'a göre, “*Yönergenin şart koştuğu yükümlülüklerin ilgili kişiler tarafından*

¹⁷⁵ Bozkurt-Özcan-Köktaş, s. 145.

¹⁷⁶ <http://www.europarl.eu.int/dg4/factsheets/en> (12.03.2007).

¹⁷⁷ Steiner-Woods, s. 94.

¹⁷⁸ C- 41/74 Van Duyn v. Home Office [1974] ECR 1337.

ileri sürülme imkanının yok sayılması prensipte 249. maddenin bir yönergeye atfettiği bağlayıcı etki ile bağdaşır nitelikte değildir.¹⁷⁹”

Hal böyleyken, 152/84 sayılı Marshall Kararı¹⁸⁰,nda bir yönergenin sahip olduğu doğrudan etki hususunda yatay ve dikey etkiler olmak üzere ayrıma gidilmiş ve yönerge hükümlerinin bireyler arasındaki yatay ilişkilerde değil, dikey ilişkilerde bir başka deyişle tarafı Üye Devlet kurum veya organları olan uyuşmazlıklarda ileri sürülebileceği kabul edilmiştir¹⁸¹.

ATAD, ilgili kararlarında yönergelerin doğrudan etkileri hususunda yatay ve dikey etki ayırımına ilişkin açıklık getirmeye çalışmıştır. Bu anlamda, 188/89 sayılı Foster Kararı¹⁸²,nda uyuşmazlığın tarafı olarak devlet kurum ve organlarından ne anlaşılacağı tanımlanmış, 14/83 sayılı Von Colson Kararı¹⁸³ ile tüm devlet organ ve kurumları özellikle de ulusal mahkemeler, 76/207 sayılı Yönerge hükümleriyle ATA'nın 10. maddesini (eski madde 5) mümkün olduğunca hukukun genel ilkeleri ışığında Topluluk Hukuku'nun gerekleri çerçevesinde yorumlamak konusunda yükümlülük altına sokulmuştur. 6 ve 9/ 90 sayılı Francovich Kararı¹⁸⁴,na göre ise, yönergelerin ulusal hukuka adapte edilememesi veya uygun şekilde adapte edilememesi durumlarında da bundan zarar gören Üye Devlet vatandaşları tazminat talep etme hakkına sahiptir. Bunun için; yönerge hükümlerinin bireylere haklar getirmesi, bu hakların varlığı veya kullanımının yönerge hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve son olarak yönergenin iç hukuk kuralı haline getirilmemesi ile bireyin kaybı arasında nedensellik bağı bulunması aranır¹⁸⁵. Buna karşılık, yönerge hükümlerinin doğrudan etkileri hususunda yatay ve dikey etki ayırımına ilişkin

¹⁷⁹ İlgili Karar Paragraf 12.

¹⁸⁰ C-152/84, Marshall v. Southampton and South-West Area Health Authority [1986] ECR 723.

¹⁸¹ Aynı doğrultuda; C-91/92, Faccini Dori v. Recreb Sri [1994] ECR I-3325.

¹⁸² C-188/89 Foster v. British Gas [1990] ECR I-3313.

¹⁸³ C-14/83 Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891.

¹⁸⁴ Birleşik Davalar 6-9/90 sayılı Frankovich & Bonifaci v. Italian State [1991] ECR 5357.

¹⁸⁵ Bozkurt-Özcan-Köktaş, s. 149.

ATAD'ın ilgili içtihatları konuyu aydınlatmak hususunda yeterli bulunmamaktadır¹⁸⁶.

1.5.6.2 Kanıt Yüğü

Hangi konuya ilişkin olursa olsun normatif düzenlemelerin etkin bir biçimde uygulanabilmesinin en önemli koşullarından biri kanıt yükünün düzenlenmesidir. ATAD, kadın erkek eşitliği ilkesinin uygulanması ile ilgili vermiş olduğu kararda¹⁸⁷, cinsiyete dayalı ayrımcı uygulamanın varlığının kanıtlanması hususunda iddia sahibini yükümlü tutmuştur. Ancak, özellikle dolaylı ayrımcılık halinin varlığının söz konusu olduğu hallerde, iddia edenin iddiasını kanıtlamakla yükümlü olması biçiminde ifade edilen genel kuralın, eşitlik ilkesinin uygulanmasında etkinliğin azalmasına sebep olacağı da göz önünde bulundurulmaktadır¹⁸⁸.

Nitekim, doğrudan cinsiyete bağlı olmamakla beraber, performansa dayalı olarak veya ödüllendirme amaçlı fazladan yapılan sosyal içerikli ödemelerin bir takım subjektif kriterlere dayandırılması halinin dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğinin ifade edildiği 109/88 sayılı Danfoss Kararı¹⁸⁹,nda Divan, işçilerin ücretlerindeki farklılığa sebebiyet veren ve yeterince şeffaf olmayan kriterlerin sebep olduğu ayrımcılığın ortaya konulmasındaki güçlüğü dikkat çekmiştir. Bu nedenle Divan, ayrımcılık iddiasının kanıtlanmasında özellikle işçilerin karşılaştıkları güçlükleri dikkate alarak, onları ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlayacak tüm araçlardan mağdur etmemek adına, açık bir ayrımcılığın varlığı halinde kanıt yükünün hafifleyebileceğini kabul etmiştir. Dolayısıyla, ilk bakışta ayrımcılık teşkil eden bir uygulama veya kriter bulunduğu somut bir olaya ya da istatistiklere dayanarak ortaya konulabiliyorsa, bu durumda işverenin farklı cinsler

¹⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Şenyücel Orçun, The Direct Effect Of Community Directives: The Effect of Unilever Judgement, Ankara Law Review, Vol. 2 No. 1, Summer 2005, s. 81-88. Craig Paul., Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, European Law Review, Vol. 22, s.519-538. Szpunar Maciej, Direct Effect of Community Directives in National Courts - Some Remarks Concerning Recent Developments, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2003, s. 3-21.

¹⁸⁷ C-127/92 Enderby [1994] ECR I-5535.

¹⁸⁸ Barnard (1999), s. 255.

¹⁸⁹ C -109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199.

arasında ayrımcılık yapma iradesinin bulunduğunu kanıtlamaya gerek yoktur, davalı işveren tarafından ayrımcılık karinesinin çürütülmesi gerekir¹⁹⁰.

Konu ile ilgili olarak 15.12.1997 tarihinde “97/80 Sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge”yi düzenlenmiştir. “...ayırımı uygulama nedeniyle zarar gördüğünü düşünen her kişiye haklarından yargı yoluyla yararlanma olanağını sağlayan Üye Devletler’ce alınan önlemlerin daha etkili olmasını garanti etmeyi” (1. md.) amaçlayan bu düzenlemenin 4. maddesine göre Üye Devletler, “adli sistemlerine uygun olarak, bir kimsenin işlem eşitliği ilkesinin kendisi için uygulanmamasından zarar gördüğü kanısına varması ve doğrudan veya dolaylı bir ayrımcılık yapıldığının varsayılmasına imkan veren olayları tespit etmesi halinde, gerekli önlemleri alma” konusunda yükümlülük altındadırlar.

1.5.6.3 Yaptırımlar

ATA’nın 10. maddesinde (eski 5) yer alan düzenleme gereğince Üye Devletler, “Antlaşma’nın hedeflerinin gerçekleşmesini tehlikeye sokabilecek tüm girişimlerden kaçınmak ve başta ATA olmak üzere, tüm Topluluk düzenlemelerinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almakla” yükümlüdür.

76/207 sayılı Yönerge’nin 6. maddesi de, Üye Devletler’e iç hukukta düzenlemeler yaparak eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı şikayeti ilgili mercilere götürme ve daha sonra da yargı yoluna başvurma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü getirmiştir. Her ne kadar anılan düzenlemede özel bir yaptırımdan bahsedilmemiş de¹⁹¹, 14/83 sayılı Von Colson Kararı¹⁹²,’nda ifade edildiği üzere “öngörülen yaptırım gerçek ve etkin bir hukuki koruma sağlamaya yönelik olmalı, işveren üzerinde caydırıcı etki gösterecek nitelikte ve uğranılan zararlar orantılı” olmalıdır.

¹⁹⁰ Barnard (1999), s. 255.

¹⁹¹ Barnard (1999), s.256.

¹⁹² C- 14/83 Von Colson [1984] ECR 1891.

Divan'a göre, eşitlik ilkesine aykırı davranan işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur¹⁹³. Bir başka deyişle, işverenin öngörülen yaptırıma maruz bırakılması için ayrımcı uygulamanın ortaya konmasında kusurunun bulunması aranmaz. Ayrımcılık yapıldığının tereddüde yer bırakmayacak şekilde kanıtlandığı hallerde açılacak eda davası ile işveren, işçinin ayrımcılık yapılmaması halinde bulunacağı duruma getirilmesine mahkum edilebilir¹⁹⁴. Eğer ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverene uygulanacak yaptırım tazminat olarak belirlenmişse, belirlenen miktar etkin ve yeterli bir hukuki korumayı sağlamalı, işveren açısından caydırıcı nitelik taşımalı ve uğranılan zararı bütünüyle karşılamalıdır. Sembolik olarak öngörülen tazminat miktarları, ilgili düzenlemenin etkin bir biçimde iç hukuka aktarıldığının göstergesi olamayacağı gibi, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın kesin bir üst limit öngörülmesi 76/207 sayılı Yönerge'nin 6. maddesinin tatminkar bir biçimde uygulanamadığının göstergesidir¹⁹⁵.

¹⁹³ C- 177/88 Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) [1990] ECR I-3941.

¹⁹⁴ Yavaş Mahmut, Avrupa Birliğinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi, TÜHİS: İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt. 17-18, Sayı 6-1, 2002/2003, s. 101.

¹⁹⁵ C-271/91 Marschall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, [1993] ECR I-4367.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU'NDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİN DÜZENLENMESİ

2.1 Kadın ve Erkek Arasında Ücret Eşitliği

2.1.1 Avrupa Topluluğu Antlaşması'nda Ücret Eşitliği

1957 tarihli ATA'da yer alan, kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili düzenlemelerin ücret eşitliği konusu ile sınırlı olduğu daha önce ifade edilmişti¹⁹⁶. ATA'nın 119. maddesinde öngörüldüğü üzere, *“her Üye Devlet, kadın ve erkek için eşit işe eşit ücret ilkesini uygulayacak, ücret tabiri ile olağan asli ve asgari ücretler ile işverenin hizmet ilişkisine istinaden işçiye dolaylı ve dolaysız nakdi veya aynı ödediği diğer bütün ödemeler anlaşılacaktır.”* Yine aynı maddede ücret eşitliğinin, *“cinsiyet farkı gözetilmeksizin, aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması ve zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işler için eşit olması anlamında olduğu”* hükme bağlanmıştır.

ATA madde 119, Antlaşma'nın sosyal hükümler başlığı altında yer alır. Aynı bölümde yer alan 117 ve 118. maddede de, işgücünün hayat ve çalışma şartlarının düzeltilmesi ve böylece bir gelişme süreci içerisinde onların eşitliği sağlama ve istihdama ilişkin konularda Üye Devletler'in sıkı bir işbirliğinde bulunmaları hakkında hükümler yer almaktadır.

Maastricht Andlaşması'na ekli 5/14 sayılı Protokol ile detaylandırılan ATA madde 119'un içeriğinde, 2.10.1997 tarihinde imzalanıp 1.5.1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile önemli değişiklikler yapılmış, ayrıca madde numarası 141 olarak değiştirilmiştir.

¹⁹⁶ Bkz. s. 35.

2.1.1.1 Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları ile Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın İlgili Hükümünde Yapılan Değişiklikler

7.2.1992'de imzalanıp, 1.11.1993'te yürürlüğe giren ve yeni bir hukuksal yapı düzenlenerek Topluluk'tan Birlik olma yoluna girildiği antlaşma olan Maastricht Antlaşması'na ekli 5/14 sayılı Protokol'ün 6. maddesinde konu ile ilgili şu hükümler yer almaktadır;

. *Her üye devlet, eşit işte kadın ve erkeğe eşit ücret ödenmesini garanti altına alacaktır.*

. *Ücret tabiri altında esas ücret asgari ücret, aynı veya nakdi ücret ve eklentileri anlaşılacaktır.*

. *Cinsiyete dayalı olmayan ücret eşitliği ise; aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması, zaman esasına göre ödenen bir işin ücretinin aynı işler için eşit olması anlamındadır.*

. *Bu hükümler üye devletlere kadınların çalışma hayatında karşılaştıkları mağduriyetleri dengelemek veya kadının mesleki hayata katılımını sağlamak amacıyla bazı özel teşvik edici ücretler verilmesini yasaklamaz.*

Amsterdam Antlaşması'nın 141. maddesiyle, ATA'nın 119. maddesinde yapılan değişikliklere gelince, bu değişikliklerin ilki; maddenin ilk fıkrasındaki “eşit işe eşit ücret” ifadesinin, “eşit işe ve eşit değerde işe eşit ücret” ifadesi ile değiştirilmiş olmasıdır. Maddeye ayrıca 3. ve 4. fıkra hükümleri eklenmiştir.

Söz konusu maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, Avrupa Konsey'i, kadın erkek eşitliği ilkesinin hayat geçirilmesi konusunda yalnızca ücret eşitliği hususunda değil, diğer alanlarda da yetkili kılınmıştır. Buna göre; “Konsey 251. maddede belirlenmiş olan ortak karar alma usulüne göreve Ekonomik ve Sosyal Konsey'i de dinledikten sonra, iş ve istihdam alanlarında, eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesi de dahil olmak üzere, kadın ve erkeklerin eşit muamele görmesi ve fırsat eşitliğine sahip olması ilkesinin hayata geçirilmesi için gerekli önlemleri alır.”

4. fıkra da ise “kadın ve erkek arasında tam bir hak ve fırsat eşitliği sağlanabilmesi için, daha az temsil olunan cinsin işe girmesini kolaylaştıracak veya iş ilişkisi içinde uğradığı ayrımcılığı dengelemek için üye devletlerin bir takım tedbirler ve teşvikler öngörebilmesi hakkı” hükme bağlanmıştır.

Amsterdam Antlaşması ile yapılan değişiklik ve eklenen hükümlerin, “temel insan haklarına saygının Topluluk Hukuku’nun genel prensiplerinden birisi olarak kabul edildiği ve cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesinin temel hakların bir parçası” olarak kabul edildiği Defrenne Kararı’ndan bu yana sosyal boyutu şiddetle vurgulanan konu ile ilgili yaklaşımın, ATA bazında somutlaştırılması olarak kabul edilebilir¹⁹⁷.

2.1.1.2 Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın Kadın Erkek Eşitliği İlkesi ile İlgili Hükümün Doğrudan Etkisi

ATA madde 119 doğrudan etkilidir. Topluluk Hukuku’nda bir hükmün doğrudan etkili olması, ulusal otoritelerin müdahale veya yardımı olmaksızın ulusal hukuka dahil olan bir Topluluk Hukuku normunun, gerçek ve tüzel kişiler lehine haklar doğurması ve bu hakların ulusal yargı organları önünde hak sahipleri tarafından doğrudan ileri sürülebilmesi anlamına gelir¹⁹⁸.

119. maddenin doğrudan etkili olduğu, ATAD tarafından 1978 tarihli Defrenne Kararı’nda belirtilmiştir. Söz konusu dava, Sabena Havayolları Şirketi’nde hostes olarak çalışmakta olan Gabrielle Defrenne tarafından, 40 yaşına gelmiş olması nedeniyle emekli olmaya zorlandığı gerekçesiyle açılmıştır. 1960’lı yıllarda Belçika’da hosteslerin iş sözleşmelerinde mutlaka 40 yaşında emekli olacakları hükmüne yer verilmektedir. Halbuki, “kabin memuru” sıfatıyla aynı işi yapan erkek çalışanlar 55 yaşına kadar işlerini sürdürebilmektedir. Dolayısıyla erken yaşta emekli

¹⁹⁷ Masselot, s. 155.

¹⁹⁸ Tekinalp Ünal-Tekinalp Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 120.

olmak zorunda bırakılan, bu nedenle daha düşük kıdem tazminatı ve emekli olunan yaş nedeniyle daha düşük emekli aylığı almaya hak kazanan kadın çalışanlar aleyhine bir durum ortaya çıkmaktadır. Davanın, ATA'nın 177. maddesi gereğince ATAD'a intikal ettirilmesiyle ATAD, ilgili davada, kabin memurları ve hosteslerce yapılan işin eşit sayılmaması için bir neden bulunmadığı, dolayısıyla somut olayda eşit işe eşit ücret prensibinin uygulanmadığını tespit ederek, 119. maddenin doğrudan etkili olduğunu ve ücret farkı taleplerinin önceden dava açmış bulunanlar hariç, karar tarihinden itibaren geçerli olacağını, yani kararın geriye yürümezliğini 6.4.1976 tarihinde karara bağlamıştır. Bu durum, ilgili maddenin önceleri yanlış yorumlandığı ve ilgili kararlar Üye Devletlerin altından kalkamayacakları bir mali yükü karşı karşıya bırakılacağı gerekçesiyle meşrulaştırılmıştır¹⁹⁹. Defrenne Kararı ile eşit işe eşit ücret prensibinin Üye Devletlerde doğrudan etkili olduğunun tespit edilmesi, çalışma hayatında kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması açısından son derece önemlidir. Konumuz açısından ATAD'ın temel kararlarından biri olan bu kararlar, daha önce de değinildiği üzere, eşit işe eşit ücret ilkesiyle yalnızca topluluk düzeyinde rekabet eşitsizliklerinin ortadan kaldırılmasının amaçlanmadığı, sosyal gelişmenin sağlanmasının ve insanların çalışma ve yaşam koşullarının geliştirilmesinin Topluluk'un sosyal hedeflerinden olduğu da vurgulanmıştır.

2.1.2 Eşit İş ve Eşit Değerde İş Kavramları

ATA'nın 119. maddesinde ifade edilen "*eşit işe eşit ücret ilkesi*", çalışma hayatında kadın ve erkek arasında yaşanan ücret ayrımcılığına karşı ortaya konmuş bir ilkedir. Burada, "*eşit iş*"le kastedilen, işin niteliği, görüldüğü çevre ve koşullar açısından aynı veya benzer nitelikteki işlerdir²⁰⁰. Nitekim Alman Hukuku'nda tanımlandığı üzere, "*eşit iş*" birebir aynı olan iş anlamına gelmemekte, karşılaştırılan benzer işlerin aynı sorumluluk, fiziki dayanıklılık, eğitim ve tecrübe gerektirip, benzer çalışma koşullarında ifa edilebilmesi halinde söz konusu olmaktadır²⁰¹. "*Eşit*

¹⁹⁹ Coles Joanne, Law of the European Union, London 2005, s. 279.

²⁰⁰ Onaran, s. 192.

²⁰¹ Schliemann Harald-Ascheid Reiner, Das Arbeitsrecht im BGB:Kommentar, Berlin 2002, s. 299.

iş”ten birebir aynı işin anlaşılmayıp, büyük ölçüde benzerlik gerektiren işin anlaşılması gerektiği, ATAD’ın 129/79 sayılı Macarths Kararı²⁰²,nda da vurgulanmıştır.

“Eşit değerde iş” kavramı da, “eşit iş” kavramı gibi çalışma hayatında kadın ve erkek arasında eşit ücret ilkesini gerçekleştirmek amacıyla ortaya atılmış, “eşit iş”ten daha geniş içeriğe sahip olan bir kavramdır. “Eşit değerde iş”ten bahsedebilmek için, “eşit iş”te olduğu gibi karşılaştırılan işler arasında büyük ölçüde benzerlik olması aranmaz, bu işlerin işletme içerisindeki değerlerinin eşit kabul edilebilmesi gerekir.²⁰³

“Eşit değerde iş” kavramını tanımlamada, ATAD içtihatları yol göstericidir. Nitekim, 237/85 sayılı Rummler v. Dato Druck GmbH Kararı²⁰⁴,nda Divan, “eş değerde iş”in belirlenmesinde yapılacak karşılaştırmada dayanılması gereken kriterleri sınırlayıcı olmayacak biçimde belirlemiştir. Bunlar; işin görülmesinde işçinin sahip olması gereken öğrenim durumu, bilgi, beceri, deneyim, dikkat, el yatkınlığı ve toz, kir, sıcaklık gibi dış etkenlere bağlı çalışma koşulları, harcanan zihinsel ve bedensel güç gibi objektif kriterlerdir. Dolayısıyla benzer çalışma koşullarında ifa edilen ve gereklilikleri eşit olan işlerin “eşit değerde iş” oldukları söylenebilir. Kararda ayrıca, toplu iş sözleşmeleri ile ücret gruplarının belirlenmesinde esas alınan ölçütler, somut olayda işin erkek ve kadın tarafından yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın, objektif bakımdan eşit işte kadın ve erkek işçilerin eşit ücret almalarını temin edecek şekilde olması gerektiği belirtilmiştir²⁰⁵. Bir gruptandırmada işin bedeni bir çalışmayı veya aşırı yüklenmeyi gerektirdiği ya da ağır bir iş olması nedeniyle, işçilerin ortalama güçleri dikkate alındığında salt bir cinse uygun olan değerlerden hareket edilmesi de eşit davranma ilkesine aykırı bulunmaktadır²⁰⁶.

²⁰² C-129/79 Macarths Ltd. v. Smith [1980] ECR 1275.

²⁰³ Schliemann-Ascheid, s. 299.

²⁰⁴ C- 237/85 Rummler v. Dato-Druck GmbH [1986] ECR. 2101.

²⁰⁵ Paragraf 25/B.

²⁰⁶ C-129/79 Macarths Ltd. v. Smith [1980] ECR 1275.

129/79 sayılı Macarthys Ltd. Kararı'nda ifade edildiği üzere yapılacak karşılaştırmada, özellikle belirli bir cinsin ağırlıklı olarak ortaya koyacağı fiziksel veya ruhsal dayanıklılık, beceri veya yeteneğe ilişkin kriterlere dayanılmaması gerekir. Özellikle farklı cinsler söz konusu olduğunda karşılaştırma “*farazi bir erkek model*” baz alınarak yapılamaz. Yine aynı kararda değinilen bir diğer husus, bir işin diğer bir işe eşit değerde sayılabilmesi için, işlerin aynı işyerinde veya aynı zamanda yapılmasının zorunlu olmadığıdır. Karşılaştırmaya konu olan iş, aynı işyeri veya zamanla sınırlı olmadığı gibi, aynı hizmetle de sınırlı değildir²⁰⁷. İş ilişkisinin düzenlendiği sözleşme hükümlerinin doğrudan analizi yapılarak da karşılaştırmaya gidilebilir²⁰⁸. İşverenin aynı olması durumunda, ücretlerin farklılığının, ayrı toplu iş sözleşmeleri hükümlerinden kaynaklanıyor olsa dahi, durum ATA'nın ilgili maddesinin koruyuculuğu altındadır²⁰⁹.

2.1.3 Eşit Ücret Kavramı

Ücret, işveren tarafından aradaki iş ilişkisi nedeniyle, işçiye nakdi veya ayni, doğrudan veya dolaylı olarak ödenen meblağ veya asgari ya da net olağan aylıkla öteki tüm menfaatler olarak tanımlanabilir²¹⁰. ATA'nın Amsterdam Antlaşması'yla değişik 141. maddesinde (eski 119), “*ücret tabiri altında esas ücret, asgari ücret, ayni veya nakdi ücret ve eklerinin anlaşılacağı*” belirtilmiştir. İlgili hükümde yer alan düzenleme böyleyken, ücret kavramı ATAD içtihatlarında çok daha geniş bir açıdan değerlendirilmiştir²¹¹. Hangi tür ödemelerin ilgili hüküm kapsamında ücret olarak nitelendirilebileceği aşağıda ilgili mahkeme kararlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır.

²⁰⁷ C-43/75 Defrenne v. Sabena (II) [1976] ECR 455.

²⁰⁸ Steiner-Woods, s. 507.

²⁰⁹ C-127/92, Enderby v. Frenchay Healt Authority, [1993] ECR I-5535.

²¹⁰ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 122.

²¹¹ Yavaşı, s. 64.

2.1.3.1 Sosyal Yardımlar

80/70 sayılı Defrenne Kararı²¹², nda bütün işçilere hiçbir ayırım yapılmaksızın, işçi işveren ilişkisinin bir unsuru olmayan, tarafların belli bir oran belirlemede söz hakkı sahibi olmadığı, devletin sosyal politikalarının bir gereği olan, sosyal güvenlik planları ve yardımları için kanunen zorunlu olarak ödenen sigorta primlerinin, 141. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilemeyeceğine hükmedilmiştir.

Hal böyleyken, 69/80 sayılı Worringham Kararı²¹³, nda, sınırları yasayla çizilmiş ve tarafların, primlerin miktarı veya oranları konusunda pazarlık etme imkanı bulunan özel sigorta primlerinin 141. madde kapsamında ücret sayılacağı belirtilmiştir. İlgili davanın konusunu, Llyods Bankası'nda 25 yaş altındaki erkek çalışanların işyeri emeklilik planı²¹⁴na katılımlarının zorunlu tutulması ve buna bağlı olarak erkek çalışanların, plana katılım için ödemeleri gereken prim kadar tutarın brüt maaşlarına eklenmesi suretiyle, 25 yaş altındaki kadın çalışanlarla aralarında ücret açısından fark yaratılması oluşturmaktadır. Aynı doğrultuda 23/83 sayılı Liefting Kararı²¹⁵, nda da belirtildiği üzere, devletin sosyal politikalarının gereği olarak öngörülen, kanunen zorunlu kesintilerin brüt ücrete etkisi olması durumunda veya brüt ücret üzerinden yapılan yardımlar 141. madde anlamında ücret kavramına dahil edilecektir. Dolayısıyla burada brüt ücrete etki etme şartına bağlı olarak, 80/70 sayılı Defrenne Kararı'na bir istisna getirilmiş olmaktadır.

²¹² C-80/70 Defrenne v. Belgian State [1971] ECR 445.

²¹³ C-69/80 Worringham and Humphreys v. Llyods Bank [1981] ECR 767.

²¹⁴ İşyeri emeklilik planı (occupational pension scheme), 86/378 sayılı İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Yönergesi'nin 2. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; iş yeri emeklilik planı, ekonominin belirli bir sektöründe veya belirli bir işyerinde çalışanlara veya bağımsız çalışanlara menfaat sağlamak amacıyla, zorunlu sosyal sigortalarla birlikte yahut onun yerini almak üzere oluşturulan sosyal güvenlik programlarıdır.

²¹⁵ C- 23/83 Liefting and Others v. Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam [1984] ECR 3225.

2.1.3.2 Emekli Aylıkları ve Emeklilikle İlgili Diğer Ödemeler

262/88 sayılı Barber Kararı²¹⁶, nda, sözleşme serbestisi kapsamında akdedilen işyeri mesleki emeklilik sigortasından doğan maaş ve iş akdinin emeklilik gibi bir nedenle sona ermesi nedeniyle ödenen tazminat ve diğer tüm emeklilik sigortası ödemelerinin 141. madde kapsamında ücret olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Buna göre, işverenin sorumluluğunda olan emeklilikle ilgili zorunlu her türlü ödeme, kaynağına bakılmaksızın 141. madde kapsamında kabul edilecektir.

Bu kararla birlikte, yukarıda ifade edildiği gibi zorunlu emeklilik sigortası primlerinin 141. madde kapsamında ücret olarak değerlendirilmesi, 80/70 sayılı Defrenne Kararı'na getirilen bir başka istisnadır.

Barber Kararı'nda ayrıca, hükmün geriye etkisinin bulunmadığı, zorunlu emeklilik sigortası ödemelerinin, davanın karara bağlandığı 17.5.1990 tarihinden itibaren 141. madde kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Bunun sebebi, kararın geriye dönük etkili olduğunun kabulü halinde, üye devletlerin ekonomik anlamda büyük bir yük altına girecek olmalarıdır²¹⁷.

2.1.3.3 Yan menfaatler

12/81 sayılı Garland Kararı²¹⁸, nda, demiryolu işletmesinin tüm çalışanları ve onların aile üyeleri için sağlanan özel indirimden yararlanma imkanlarının, emekli olan bayan çalışanlara ve onların aile üyelerine sağlanmaması haksız bulunarak, bu nevi imkanların hizmet süresi sona ermiş olsa dahi, bir hizmet ilişkisine dayanmak şartıyla, 141. madde kapsamında değerlendirileceği karara bağlanmıştır.

²¹⁶ C-262/88 Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group [1990] ECR I-1889.

²¹⁷ Steiner-Woods, s. 499.

²¹⁸ C-12/81 Garland v. British Railways Board [1982] ECR 359.

ATAD ilgili kararında ayrıca, bu imkanın kaynağının sözleşmeye dayalı bir ilişki olup olmamasının veya yalnızca kadın çalışanların aile üyelerini etkilemesinin bir önemi olduğunu vurgulamıştır.

2.1.3.4 Hastalık Yardımları

Haftalık çalışma saatleri 10 saatten az olan kısmi süreli çalışanlara, hastalıkları süresince yapılan ödemelerin farklı olması, 171/88 sayılı Rinner-Kühn Kararı²¹⁹,nda dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilmiş ve hastalık nedeniyle yapılan ödemeler 141. maddede yer alan ücret kapsamında değerlendirilmiştir.

ATAD'ın konu ile ilgili içtihatlarında ücret kavramını bu denli geniş yorumlamış olması, aksi durumda farklı Topluluk Yönergeleri'nin kapsamına girecek olan ücretle ilgili meselelerin ATA kapsamında değerlendirilmesi sonucuna yol açmaktadır. Örneğin, normalde 76/207 sayılı İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayat Geçirilmesine İlişkin Yönerge kapsamında değerlendirilecek olan, kadın ve erkeğin farklı yaşlarda emekliliğinin öngörülmesi nedeniyle ortaya çıkan maddi menfaatler artık ATA'nın 141. maddesinin kapsamındadır. Böylelikle bu ve benzeri meselelerin ilgili Yönerge'de yer alan bağışıklıklardan etkilenmemeleri sağlanmaktadır²²⁰.

2.1.4 Eşit veya Eşit Değerde İş için Eşit Ücret İlkesinin İstisnaları

Eşit veya eşit değerde iş gören işçiler arasında, kimi zaman işçinin kişisel nitelikleri, kimi zamansa işe ilişkin niteliklere dayanılarak ücret farklılıkları yaratılması mümkündür. İşçilerin yaş, bireysel verimlilik, tecrübe, kıdem ... gibi

²¹⁹ C-171/88 Rinner-Kühn [1989] ECR 2743.

²²⁰ Steiner- Woods, s.500.

kişisel özelliklerine dayanılarak farklı ücret uygulamasına gidilebilmesi için ilgili özelliğin işin görülmesine gerçek bir katkısı olması gerektiği kabul edilmektedir²²¹.

ATAD tarafından 184/89 sayılı Bilka Kararı²²²,nda kurulan hüküm de yukarıdaki görüşü destekler niteliktedir. Buna göre, “işin gereksinimlerini karşılamaya ilişkin nitelikler dışındakilerin dikkate alınarak işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi, cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelir. Bu bağlamda farklı ücret uygulaması, ancak işçinin sahip olduğu kişisel nitelik o işin daha iyi görülmesini sağlıyor yahut işletmenin ekonomik çıkarlarına hizmet ediyorsa haklı bir temele dayanır.”

Cinsiyete dayalı ayırım yaratma amacı taşımadığı sürece piyasadaki ekonomik faktörlerin ücret farklılığı yaratılmasını haklı kılacağı ATAD tarafından 129/79 sayılı Macarthys Kararı²²³,nda belirtilmiştir. İlgili kararda, “iş piyasasına ilişkin dış ekonomik faktörlerin, kişisel olmayan olgulara dayanmakla birlikte, cinsiyete dayalı olmamak kaydıyla ücretlerin belirlenmesinde etkili olabileceği görüşü ifade edilmiştir. Buna göre, işin farklı zamanlardaki piyasa değerinin farklı olması, farklı dönemlerde istihdam edilen işçilerin farklı ücret uygulamasına tabi olmasını, uygulama cinsiyete dayalı bir nitelik taşımadığı sürece haklı kılar.”

2.1.5 75/117 Sayılı Kadın ve Erkekler İçin Eşit Ücret Yönergesi

Avrupa Konseyi tarafından, 19.2.1975 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde çıkarılan bu yönerge, ATA'nın 119. maddesinin öngördüğü uygulamalara açıklık getirmek ve uygulamaların ayrıntılarını belirlemek amacıyla hazırlanmıştır. Yönerge, kadın ve erkeklere eşit ücret prensibinin uygulanması ve gerçekleştirilmesi için zorunlu şartları belirler.

²²¹ Craig Paul - de Burca Grainne, EU Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press 2003, s.810.

²²² C-170/84 Bilka Kaufhaus v. Weber von Harts [1986] ECR 1607.

²²³ C-129/79 Macarthys Ltd. v. Smith [1980] ECR 1275.

Yönerge'nin 1. maddesinin ilk fıkrasında, “eşit işe eşit ücret” kavramının yanı sıra, “eşit değerde işe eşit ücret” kavramına yer verilmiştir. Yönerge'nin içeriğine göre, ücret eşitliği ilkesi; eşit iş veya eşit değerde iş için, eşit ücret uygulanması, ücret kapsamına asli ücret ve diğer tüm ödemelerin dahil olduğu ve ücretlendirme şartlarında ve konularında cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın önlenmesi anlamını taşımaktadır²²⁴. Yönerge'nin 1. maddesinin 2. fıkrasında, “aynı değer in atfedildiği işlerin tespit edilmesi açısından, ücretin belirlenmesinde mesleki sınıflandırma sisteminin kullanıldığı hallerde sistemin hem kadınlar hem de erkekler için aynı kriterlere dayandırılması ve cinsiyet temelinde herhangi bir ayrımcılığı ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmesi gerektiği” belirtilmiştir.

ATAD'ın 61/81 sayılı Commission v. United Kingdom Kararı²²⁵,nda belirtildiği üzere, 75/117 sayılı Yönerge'nin genel rejimi ve içeriği, ilgili işletmede mesleki sınıflandırma sisteminin bulunmaması durumunda bile eşit değerde iş için eşit ücret alma hakkının garanti altına alınması üye devletin sorumluluğundadır ve Yönerge'nin 1. maddesi çerçevesinde eşit değer atfedilen iş kavramının uygulanmasında anlaşmazlık olması durumunda her üye ülke, bir işin diğer bir iş ile aynı değerde olduğuna karar verebilecek gerekli yargı yetkisine sahip bir kurum oluşturmakla yükümlüdür.

Mesleki sınıflandırma sisteminin ne anlama geldiğine dair ATAD Kararları'nda bir açıklık olmamakla birlikte, sınıflandırmanın hangi kriterler göz önüne alınarak yapılması gerektiği, adı geçen 237/85 sayılı Rummler Kararı'nda ortaya konmuştur. Davaya konu olan olayda Bayan Rummler, bir baskı atölyesinin ambalajlama servisinde çalışmaktadır. İlgili işletmede yer alan tarifeye göre çalışanların aldıkları ücret, işin gerektirdiği fiziksel güçle doğru orantılıdır. Kendisi, 20 kilogramlık ve daha ağır paketlerin indirilip kaldırılmasından sorumlu olan ve bunun bir bayana göre ağır bir iş olup, ücretinin ilgili ücret tarifesinin bir üst basamağına göre ödenmesi gerektiğini iddia eden Bayan Rummler, ayrıca işin

²²⁴ Onaran, 73.

²²⁵ C-61/81 Commission v United Kingdom [1982] ECR 2601.

gerektirdiği fiziksel gc kriterine dayalı olarak düzenlenen ücret tarifesinin ayrımcı nitelik taşıdığını da iddia etmiştir.

Konu ile ilgili kararında ATAD, dayanıklılık ve fiziksel gc dikkate alınarak yapılan sınıflandırmanın, “*sistem bir bütün olarak cinsiyet ayrımını engellediği ve kullanılan kriter objektif olduğu sürece*” 75/117 sayılı Yönerge’ye aykırılık olmadığını ifade etmiştir. Kullanılan kriterin objektif olması ise, kriterin işin gereklerine uygun ve işletmenin ihtiyacını karşılayacak nitelikte olması şeklinde tanımlanmıştır.

ATAD ayrıca, uygulamada olan sistemin kullandığı kriterlerin her iki cinsin sahip olduğu yetenekleri göz önüne almak zorunda olduğunu ve kriterlerin yalnızca tek bir cinsin yeteneklerine dayandırılmasının kabul edilebilir olmadığını ve ayrımcılık unsuru taşıma riskini barındırdığını ifade etmiştir.

Yönerge, eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin uygulanması amacıyla ye devletleri, ilgili maddelerinde yer alan düzenlemelerle aşığıda belirtilen hususlarda da yükümlülük altına sokmaktadır. Buna göre ye Devletler;

. *Ulusal mevzuatlarda yer alan düzenlemeler nedeniyle, eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin uygulanması hususunda mağdur olduklarını iddia eden kişilerin iddialarını iletebilecekleri yasal başvuru yollarına ilişkin düzenlemeler getirmek (2. madde)*

. *Ulusal mevzuatlarda yer alan kanun, tüzük ve idari hükümlerden kaynaklanan ve ücret eşitliği prensibine aykırılık oluşturan ayrımcı düzenlemeleri kaldırmak (3. madde)*

. *Toplu iş sözleşmelerinde, ücret tarifelerinde ve ücret sözleşmelerinde ücret eşitliği prensibine aykırı hükümlerin geçersiz kılınmasına veya değiştirilmesine ilişkin tedbirleri almak (4. madde)*

. Ücret eşitliği ilkesini ihlal eden işveren aleyhine hukuki yollara başvuran işçinin işten çıkarılması durumunda işçiyi korumak için çeşitli tedbirleri almak (5. madde)

. Bu yönerge gereği uygulanması kabul edilen hükümlerin ve zaten yürürlükte var olan ilgili hükümlerin varlığından işçileri uygun olan bütün imkanları kullanarak haberdar etme (7. madde) konusunda yükümlülük altındadır.

2.2 Kadın ve Erkek Arasında Eşit Muamele

2.2.1 76/207 Sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi

ATA'nın 119. maddesi ve 75/117 Sayılı Kadın ve Erkekler İçin Eşit Ücret Yönergesi, yukarıda da ifade edildiği gibi yalnızca ücret konusunda kadın ve erkeğe eşit uygulamayı öngörmektedir. 76/207 sayılı Yönerge ise ilgili düzenlemeleriyle ücret dışında, çalışma koşullarında kadın erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesini hedeflemektedir. Nitekim Yönerge'nin giriş bölümünde, iş ve meslek edinmede, mesleki eğitim almada ve diğer çalışma koşullarının düzenlenmesinde cinsiyetler arasında eşitliği sağlama amacının güdüldüğü ve bu çerçevede yaşam ve çalışma koşullarının uyumlaştırılmaya çalışıldığı vurgulanmaktadır.

76/207 sayılı Yönerge'yle kadın ve erkek işçilere işe alınma, mesleki eğitim, mesleki yükselme ve çalışma koşulları bakımından eşit davranılması düzenlenmiştir. Yönerge, hizmet ilişkisinin bağımlı veya bağımsız, özel ya da kamu sektöründe oluşuna bakılmaksızın tüm mesleki faaliyetleri kapsamaktadır²²⁶.

Yönerge'nin 1. maddesinin ilk fıkrasına göre Yönerge'nin amacı, “kadın ve erkeğe işe girişte, mesleki ilerleme ve eğitimde, çalışma şartlarında ve sosyal güvenlik konularında eşit davranılmasını sağlamaktır.” “Eşit uygulama ilkesi”nin anlamı 3. maddenin 1. fıkrasında “ilkenin çalışma koşullarında ve işe alınmada

²²⁶ Kaya (2007), 65.

uygulanan kriterlerde cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım yapılmaması anlamında olduğu”, kapsamı ise 2. maddenin 1. fıkrasında, “kişilere, ister doğrudan ister dolaylı olsun, özellikle cinsiyet, medeni hal ya da aile durumu esas alınarak hiçbir ayrımcı uygulama yapılmaması” şeklinde ifade edilmiştir. 5. maddede yer alan düzenleme de Yönerge’nin kapsamı konusunda aydınlatıcıdır; buna göre ilke, “işten çıkarma dahil tüm çalışma koşullarında” uygulanacaktır. Yönerge Üye Devletleri;

. Ulusal düzeydeki kanun, tüzük ve diğer hukuki tasarruflarda, hizmet akitlerinde ve toplu iş sözleşmelerinde, işletme yönetmeliklerinde yer alan ve eşit uygulama ilkesine aykırılık oluşturan ayrımcı nitelikteki hükümleri geçersiz kılmak veya değiştirmek (3. madde),

. Eşit uygulama ilkesini ihlal eden işveren aleyhine başvurulacak hukuki yolların belirlenmesi (6. madde),

. Eşit uygulama ilkesinin ihlal edildiği uygulamalarda bulunan işverenler hakkında hukuki yollara başvuran işçilerin, işten çıkarılmalarını engelleyici tedbirlerin alınması (7. madde)

. Eşit uygulama ilkesine aykırılık oluşturmayan istisna mesleklerin kapsamalarını uygun aralıklarla denetleyerek, haklı bir temele dayanıp dayanmadığını tespit etmek (9. madde) konularında yükümlü kılmaktadır.

2002 yılında kabul edilen 2002/73 sayılı Yönerge’yle, 76/207 sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Uygulama Yönergesi’nde bazı değişiklikler yapılmıştır. 2002/73 sayılı Yönerge’nin giriş bölümünde, “özgürlük”, “temel insan haklarına saygı” ve “örgütlenme özgürlüğü”ne ve Avrupa Birliği Hukuku’nun dayandığı temel insan hakları belgelerine vurgu yapılmakla birlikte, kadın ve erkek arasında eşitliğin Avrupa Birliği’nin temel ilkelerinden biri olduğu ortaya konmuştur. Bu Yönerge’de ayrıca, ATA’da yer alan kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili düzenlemelerin hayata geçirilmesinin bir görev ve amaç olduğunun altı çizilmiş ve “dolaylı ayrımcılık kavramı” tanımlanmıştır.

“Kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen, sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır” olarak tanımlanan “*cinsel taciz*” de ilk defa cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır²²⁷.

2.2.2 76/207 Sayılı Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi’nde Yer Alan Eşit Uygulama İlkesinin İstisnaları

76/207 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında yer alan düzenlemelere göre, belirli durumların varlığı halinde eşit uygulama ilkesinin birebir uygulanmaması hukuka aykırılık teşkil etmez. Nitekim 2. fıkroda; *“işin niteliği veya mesleğin veya eğitimin konusu itibarıyla cinsiyetin vazgeçilmez bir nitelik veya koşul olduğu hallerde cinsiyet ayrımcılığı yapılmasının eşit uygulama ilkesine aykırılık oluşturmayacağı”* düzenlenmiştir. 3. fıkroda; *“hamile kadının ve ananın korunmasına ilişkin hükümlerin eşit uygulama ilkesini ihlal etmeyeceği, ve hatta eşitsizlikleri önleyici hükümler olduğu”,* 4. fıkroda ise, *“istihdamda kadın ve erkeğe fırsat eşitliğinin sağlanması veya mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla alınan tedbirlerin, kadınları çalışma hayatında teşvik eden ve destekleyen programların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı”* belirtilmiştir.

Aşağıda, hemen yukarıda yer verilen düzenlemelere konu olan istisnaların ATAD tarafından ne şekilde değerlendirildiği ilgili kararlar örneklendirilerek açıklanmaya çalışılacaktır.

²²⁷ Yönerge md. 8.

2.2.2.1 Cinsiyetin Mesleğin Tanımlanmasında Belirleyici Rol Oynadığı Haller

Bir mesleğin, yapılan işin doğası ve icra edildiği koşullar gereği belli bir cinsine özgülenmiş olması mümkündür. Bir başka deyişle kimi zaman, çalışanın cinsiyeti iş ilişkisinin esaslı bir unsurudur. İşte buna dayanılarak, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında, yürütülen işin doğası veya konusu işçinin belli bir cinsiyete mensup olmasını gerekli kılıyorsa cinsiyete dayalı ayırımın haklı temelleri bulunduğu düzenlenmiştir. Ancak buradan, üye devletlerce bazı meslek gruplarının belirli bir cinsine özgülenmesi gibi bir yükümlülük getirildiği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Yalnızca hangi mesleklerin ve faaliyetlerin eşit uygulama ilkesinin istisnası olarak belirlendiğine dair listeyi hazırlamak ve Komisyon'a sunmak Üye Devletler'in görevidir²²⁸.

165/82 sayılı Commission v. United Kingdom Kararı²²⁹,nda, bir erkek çalışanın ebe olabilmek için gerekli eğitimi alma talebinin ulusal mevzuatta yer alan düzenleme gereği reddedilmesi, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde değerlendirilmiş ve söz konusu kısıtlama hukuka uygun bulunmuştur. Her ne kadar ilgili karar, Birleşik Krallıklar'da erkeklerin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olarak görev yapmalarına olanak sağlayacak eğitimi alabiliyor olmaları bakımından, aşırı muhafazakarlıkla eleştirilse de, ATAD kararına gerekçe olarak doğum yapan kadın ile ebe arasındaki ilişkide kadının hassasiyetinin özellikle dikkate alınması gereken bir unsur oluşunu göstermiştir.

224/84 sayılı Johnston Kararı²³⁰,nda, Kuzey İrlanda'da artık kadın polislerin silah taşıyamayacağına ve silah kullanmak için gerekli eğitimi alamayacağına, kadın polis memurlarından artık silah kullanılması gerektiren genel polis vazifelerini yerine getirilmesinin istenemeyeceğine dair yapılan yasal değişiklik sonucu sözleşmesi

²²⁸ C-248/83 Commission v. Germany [1985] ECR 1459.

²²⁹ C-165/82 Commission v United. Kingdom [1983] ECR I-3431.

²³⁰ C-224/84 Johnston v Chief Constable of the RUC [1986] ECR 1651.

yenilenmeyen Bayan Johnston 76/207 sayılı Yönerge'ye aykırılık iddiasında bulunmuştur. ATAD'a göre burada yanıtlanması gereken soru, Kuzey İrlanda'da polislik mesleğinin icra edildiği ortam dikkate alındığında polis memurlarının cinsiyetinin meslek açısından belirleyici bir rol oynayıp oynamadığıdır²³¹.

ATAD, olayda yapılan değişiklikleri gözden geçirerek, bu değişikliklerin yapılmasının ardında yatan nedenlerin 76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 2. fıkrasıyla öngörülen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmiş ve bu hükümlerin titizlikle uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir. Kararda, *“ciddi anlamda kargaşanın yaşandığı bir yerde kadın polislerin ateşli silah taşımalarının, onlara karşı düzenlenen suikast girişimlerinde bir artışa sebebiyet verebileceği ve bu nedenle kamu güvenliğinin tehlikeye atılabileceği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerektiği”* belirtilmiştir. Kararda ayrıca, *“bu gibi durumlarda bazı polis vazifelerini yerine getirmekte cinsiyet belirleyici bir faktör olabilir. Şayet durum böyle ise, üye devletler erkeklerin yaptığı bir işi kadınların yapmasına izin vermeyebilir ve bu işlerle ilgili eğitimlerin kadınlar tarafından alınmasının önüne geçilebilir.”* şeklinde bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

Hal böyleyken anılan kararda, genel kamu güvenliği ilkesinin, eşit uygulama ilkesinin genel bir istisnası olarak kabul edilemeyeceği görüşü belirleyici olmuş ve 2. maddenin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin değerlendirilmesinde şu hususlara dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir;

. *“İlgili düzenleme, genel aktivitelere değil yalnızca özel görevlere özgülenebilir. Ancak her halükarda, görevlerin hangi kategoride yer aldığını belirleme yetkisi üye devletlere aittir.”*

. *Özel bir göreve özgülenerek eşit uygulama ilkesinin istisnası olarak meşrulaştırılan işlerin, meşrulaştırma temellerine hala sahip olup olmadığı düzenli aralıklarla kontrol edilmelidir.”*

²³¹ C-224/84 Johnston v Chief Constable of the RUC [1986] ECR 1651.

. “Bu düzenleme ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak uygulanmalıdır.”

273/97 sayılı Sirdar Kararı²³², na konu olan olay da Johnston Kararı’ndakine benzer nitelik taşır. Burada da, Kraliyet Donanması’nda şef olarak görev yapan bir bayanın cinsiyeti nedeniyle görevine son verilmesi dava konusu olmuştur. Bayan Sirdar, bu durumun Johnston Kararı’nda öngörülen yaklaşıma ters düştüğünü iddia etmiş, ancak ATAD olaya farklı bir bakış açısıyla yaklaşmıştır. Öncelikle Divan, kamu güvenliğini sağlamaya yönelik uygulamalar hususunda Üye Devletler’in takdir yetkisi olduğunu ancak, Topluluk Hukuku’nun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesinin uygulanmasına bir istisna getirileceği hallerde bunun en dar biçimde uygulanacağını ve uygulama sırasında ölçülülük ilkesinden bir an olsun sapılmayacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte olaya konu olan Donanma hizmetlerinin niteliği gereği, olası saldırılarda ön safta yer alacağı ve emirler gereği günlük hayattaki rolleri dikkate alınmaksızın tüm Donanma mensuplarının her an göreve hazır olma zorunluluklarının altı çizilmiştir. Donanma’nın özellikle tehlike arz eden misyonu göz önünde bulundurulduğunda kadınların böylesi bir görevi üstlenmekten alıkonulmaları, 76/207 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre meşru bulunmuş ve dava reddedilmiştir.

Barnard’a göre, Johnston Kararı’nda yapılan değerlendirmelerin ışığında, Sirdar Kararı’nda varılan sonuç şaşırtıcı değildir. Bu durum yalnızca, üye devletlerin ilgili düzenlemeyi, üstü kapalı bir biçimde kadınlara karşı var olan bir takım kalıp yargılar doğrultusunda ne denli kolay kullanabildiklerinin göstergesidir²³³.

Hal böyleyken, 285/98 sayılı Kriel Kararı²³⁴, nda Divan, kadınların belli işlerin icrasından alıkonulmalarının ne denli sınırlı bir çerçevede mümkün olabileceğinin altını çizmiş, Johnston ve Sirdar Kararları’nda da belirttiği üzere ilgili

²³² C-273/97 Sirdar v. Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403.

²³³ Barnard (2000), s. 242.

²³⁴ C-285/98 Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland [2002] ECR I-66.

istisna hükmünün uygulanması sırasında ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulması zorunluluğunu bir kez daha vurgulamıştır.

285/98 sayılı Kriell Kararı'nın konusu, Federal Alman Anayasası'nın 12. maddesinde yer alan hükme dayanarak kadınların sağlık hizmetleri ve mızıka dışında, ordudaki diğer tüm görevlerin icrasından alıkonulmalarıdır. ATAD, neredeyse ordu ile ilgili tüm görevleri kapsayan böylesi bir düzenlemenin, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde meşrulaştırılamayacağını, zira bu hükmün yalnızca belirli bir görev veya pozisyona özgülenebilen işler bakımından bir anlam ifade edeceğini belirtmiştir. Divan ayrıca, Üye Devletler'in askerlik hizmetlerini düzenleme konusundaki takdir yetkisini kabul etmekle birlikte, yapılan düzenlemelerde ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulacağını bir kez daha ortaya koymuştur.

2.2.2.3 Hamilelik ve Analık Halleri

76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında, *“hamile kadının ve ananın korunmasına ilişkin hükümlerin eşit uygulama ilkesini ihlal etmeyeceği, ve hatta eşitsizlikleri önleyici hükümler olduğu”* şeklinde bir düzenlemeye yer verildiğine yukarıda değinilmişti²³⁵. ATAD, böyle bir düzenlemeye gidilmesindeki amaca, 184/83 sayılı Hofmann Kararı²³⁶,nda açıklık getirmiştir.

Hofmann Kararı'na konu olan olayda, çocuğunun doğumundan sonra işine yeniden başlayan annenin yokluğunda çocuğunun bakımını üstlenmek isteyen baba altı ay izin istemiş, fakat ilgili düzenlemeler gereği anneye verilen altı aylık izin, aynı amaç için babaya verilmemiştir. Konu ile ilgili düzenlemelerin ayrımcı nitelik taşıdığı ve 76/207 sayılı Yönerge'nin ihlal edildiği gerekçesiyle ATAD önüne gelen davada ATAD, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki gibi bir

²³⁵ Bkz. konu başlığı 2.2.2.1 altındaki açıklamalar.

²³⁶ C-184/83 Hofmann v. Barner Ersatzkasse [1984] ECR 3047.

düzenlemeye gidilmesini, “kadının hamilelik ve sonrasındaki biyolojik şartlarına” ve “hamilelik ve doğumun ardından anne ile çocuk arasında gelişen ilişkiye” bağlamıştır. Karar’da ayrıca, ilgili düzenlemenin aile birliğinin yapılanması ya da ebeveynler arasında sorumluluğun paylaşılması ile ilgili meseleleri kapsamadığının altı çizilmiştir.

Hofmann Kararı’nda varılan hüküm, Topluluk Hukuku’nda yapılan düzenlemelerin, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin yalnızca iş piyasasında sağlanılmasına yönelik olduğunu vurgular nitelikte olduğundan eleştirilmektedir. Her ne kadar çocuk bakımı ile ilgili olarak, ebeveynler arasında sorumluluğun paylaşılması ile ilgili meselelerin kapsam dışında tutulduğu ifade edilmiş olsa dahi, hamilelik ve doğumun ardından anne ile çocuk arasında gelişen ilişkinin gerekçe olarak gösterilmiş olması, kadının öncelikli toplumsal rolünün annelik ve çocuk bakımı olduğunun altını çizmektedir²³⁷.

76/207 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemenin, doğrudan doğum ve annelik hallerine özgülendiğini gösteren bir diğer karar, 179/88 sayılı Hertz Kararı²³⁸’dır. Bu kararda, doğum yapan kadına sağlanan ayrıcalıkların, doğumun sebebiyet verdiği ve doğumdan belli bir süre sonra ortaya çıkan sağlık sorunlarını gidermek için kullanılmayacağına hükmedilmiştir. Anılan karara konu olan olayda, doğuma bağlı sağlık sorunları nedeniyle doğum izni sonunda işe başlayamayan bir kadının işine son verilmesinin 76/207 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. ATAD, doğum sonrası bir kadının karşılaşılabileceği sağlık sorunlarını, bir erkeğin karşılaşılabileceği her hangi bir sağlık sorunundan ayırmaya yer olmadığı gerekçesiyle, işine son verilen kadının talebini ilgili düzenleme kapsamında değerlendirmemiştir.

²³⁷ Meglynn Claire, Ideologies Of Motherhood in European Community Sex Equality Law, European Law Journal, Vol. 6, No. 1, March 2000, s. 38.

²³⁸ C-179/88 Hertz v. Dansk Arbejdsgiverforening [1990] ECR 3979.

Her ne kadar, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/3. maddesinde yer alan düzenlemenin, üye devletlere hamile kadın çalışan lehine düzenlemelere gitme serbestisi tanıdığı yönünde bir tartışma olmamakla birlikte, hamilelik temeline dayanan ayrımcılık hallerinin yasaklanıp yasaklanmadığı konusu bir dönem tartışma konusu olmuştur²³⁹. 177/88 sayılı Dekker Kararı²⁴⁰,nda ATAD, henüz fiilen işe başlamamakla beraber, mülakat sırasında yapılan değerlendirme sonucunda işe en uygun aday olarak belirlenen bir kadının sırf hamile olması nedeniyle işe alınmaması, doğrudan cinsiyet ayrımı yapıldığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur. Davalı işverenin, hamile çalışanın hamilelik nedeniyle işten ayrı kaldığı zamanların sigorta kapsamında yer almadığı ve ikame çalışanın kendisine altından kalkamayacağı ölçüde maddi yük getireceği şeklindeki savunması da, hamilelik temeline dayalı doğrudan cinsiyet ayrımcılığı halinin, işverene getireceği maddi yük temelinde meşrulaştırılamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

32/93 sayılı Webb Kararı²⁴¹,nda da, doğum iznine ayrılan bir çalışanın yerine başlayan Bayan Webb'in çalışmaya başladıktan iki hafta sonra hamile olduğunun anlaşılması üzerine iş akdine son verilmesi, doğrudan cinsiyet ayrımcılığı olarak kabul edilmiş ve hukuka aykırı bulunmuştur. ATAD bu kararda, iş için biyolojik uygunluğun daha doğru bir ifadeyle kadın çalışanın hamile olmaması gibi bir koşulun iş akdinin temel bir unsuru olup olamayacağını da sorgulamış ve hamilelik sürecinin süresi belirsiz akitler açısından, belirli ve nispeten kısa bir süreç olduğu gerekçesiyle temel bir unsur olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak bu değerlendirme süresi belirli akitler açısından belirsizlik yaratması nedeniyle eleştirilmektedir²⁴².

²³⁹ Craig-de Burca, 902.

²⁴⁰ C-177/88 Dekker v VJV-Centrum [1990] ECR I- 3941.

²⁴¹ C-32/93 Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd [1994] ECR I-3567.

²⁴² Steiner-Woods, s. 520.

2.2.2.4 Olumlu Ayrımcılık

76/207 sayılı Yönerge'nin 2. maddesinde yer alan son istisna hükmü, *“istihdamda kadın ve erkeğe fırsat eşitliğinin sağlanması veya mevcut eşitsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla alınan tedbirlerin, kadınları çalışma hayatında teşvik eden ve destekleyen programların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı”* şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenleme öğretide *“olumlu ayrımcılık”* olarak ifade edilmektedir.

Olumlu ayrımcılık, genel anlamda toplum içerisinde daha az temsil edilen grubun katılımını sağlamaya yönelik eylemlerin ve alınan önlemlerin bütünüdür²⁴³. Kadın erkek eşitliği ilkesi anlamında olumlu ayrımcılık ise, kadınların kariyerlerinde daha üst noktalara gelebilmelerini sağlamaya yönelik eğitim programları oluşturulması, daha esnek çalışma saatleri öngörülmesi, çocuk bakımı ile ilgili merkezlerin yaygınlaştırılması, doğum veya çocuk bakımı nedeniyle iş yaşamlarına ara veren kadınların yeniden iş hayatına uyum sağlamlarının kolaylaştırılması... gibi kadınların iş yaşantısında erkekler kadar rol almalarını sağlayacak gerekli önlem ve eylemler anlamına gelir. Bu kavram aynı zamanda, belirli iş veya görevlerin icrasında rol alması öngörülen, daha az temsil edilen grup üye asgari sayısının belirlenmesi uygulamalarını, bir başka deyişle kota uygulamalarını da içerir²⁴⁴.

Olumlu ayrımcılık kavramının somutlaştırılmasında sıklıkla karşılaşılan kota uygulamaları, kadın erkek eşitliği ilkesine dair en tartışmalı hususlardan birisidir²⁴⁵. Kişisel değerlerin önem ve önceliğinin, fırsat eşitliğinin sağlanması adına feda edilmesini, kaba ve ilkel bir tazmin anlayışının ürünü olarak görülebileceğini ifade eden Ellis, bir yandan da, bu güne dek alışlagelmiş toplumsal görev ve rollerin farklı cins tarafından ifasının kota uygulamasından farklı bir uygulamayla daha etkin bir

²⁴³ Özdamar Demet, Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14 Sayı 2, 2006, s. 61.

²⁴⁴ Prechal-Burrows, s. 111-112.

²⁴⁵ Ellis, s. 251.

biçimde sağlanamayacağını ifade etmektedir. Konunun aydınlatılmasına yönelik ATAD'ın da oldukça önemli kararları bulunmaktadır.

450/93 sayılı Kalanke Kararı²⁴⁶,nda, eşit niteliklere sahip adaylar arasında daha az temsil edilen cinse mutlak ve koşulsuz bir öncelik tanınmasına dair ulusal önlemlerin 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4. maddesiyle getirilen düzenlemenin, amacını aşar nitelikte olduğunu belirtilmiştir. Karara konu olan olayda, ulusal mevzuat gereği ilgili departmanda görev alan personel içerisinde kadınların sayısı, kişisel maaş dilimi itibariyle yarıdan az ise, bu durum daha az temsil edilen grubun varlığını gösterir. Hal böyleyken gerek işe alımlarda, gerekse terfilerde kadınlara öncelik tanınacaktır. Her ne kadar, ulusal mevzuat eşit niteliklere sahip kadın ve erkek çalışanlar arasında uygulanacak olup, daha üstün niteliklere sahip erkek çalışan, ilgili düzenlemeden olumsuz etkilenmeyecek olsa dahi, bu durum açıkça hüküm altına alınmamıştır. İlgili düzenleme, açılan dava sonucu Alman İş Mahkemesi tarafından ATAD önüne getirilmiş ve 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında Divan'ın görüşü istenmiştir.

ATAD'a göre, ilgili düzenlemenin amacı; *“kadın ve erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır. Bu nedenle 2/4. maddeyle ilgili değerlendirmeler yapılırken bu husus mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Fırsat eşitliği, kadın ve erkeğin eşit sonuca ulaşabilmeleri için belli şartların oluşturulması suretiyle eşit noktalardan başlamalarının sağlanmasına dayanır. Bu bağlamda olumlu ayrımcılık, kadınların erkeklerle eşit fırsatlara sahip olmasının önündeki engellerin, mesleki anlamda eğitim veya rehberlik hizmetlerinin sağlanması gibi uygulamalar yoluyla ortadan kaldırılmasını içerir. Geçmişten gelen bir takım ayrımcı uygulamaların haksız sonuçlarını telafi etmek adına öngörülen ve doğrudan sonuç noktasında eşitliği sağlayan uygulamalar, olumlu ayrımcılık kavramı kapsamında ile tanımlanamaz.”*²⁴⁷

²⁴⁶ C-450/93 Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen, [1995] ECR I-3051.

²⁴⁷ İlgili Karar Paragraf; 13 ve 19.

Karar’da ayrıca 2/4. maddede yer alan düzenlemenin, “ işe girme ve terfi gibi konularda kadınlara yönelik özel avantajlar sağlamaya yönelik ulusal düzenlemelerin, ancak iş piyasasında erkeklerle eşit temelde rekabet etmelerine olanak sağlayacak şekilde olmalarına” müsaade edeceğinin altı çizilmiştir²⁴⁸.

Tüm bu açıklamaların ışığında ATAD konu ile ilgili, ”76/207 sayılı Yönerge’nin 2/4 maddesindeki düzenlemenin amacı, temelde kadın ve erkek arasında eşitsizliklere sebep olan uygulamaların etkilerini azaltmak ya da tamamen ortadan kaldırmaktır, bu nedenle kadınlara mutlak ve koşulsuz öncelik sağlanması bu hüküm kapsamında değerlendirilemez.” şeklinde hüküm kurmuştur²⁴⁹.

Kalanke Kararı’yla varılan bu hüküm, konuya son derece sınırlayıcı bir biçimde yaklaşıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁵⁰. Bu eleştiriler doğrultusunda, Amsterdam Antlaşması’yla ATA’nın 119. maddesinde yapılan değişiklik kapsamında maddeye, “kadın ve erkek arasında tam bir hak ve fırsat eşitliği sağlanabilmesi için, daha az temsil olunan cinsin işe girmesini kolaylaştıracak veya iş ilişkisi içinde uğradığı ayrımcılığı dengelemek için üye devletler bir takım tedbirler ve teşvikler öngörmeye yetkilidir” şeklindeki olumlu ayrımcılık kavramının etkilerini güçlendiren 4. fıkra hükmü eklenmiştir.

Aslında, ATAD’ın konu ile ilgili bakış açısını Amsterdam Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden önce yumuşatmaya başladığını söylemek mümkündür²⁵¹. Nitekim, 409/95 sayılı Marschall Kararı²⁵²,nda, kadın ve erkek arasında fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla kadınların yükselmesine öncelik vermeyi hedefleyen ulusal düzenlemelerin, her bireysel olayda kadın adayların niteliklerine eşit

²⁴⁸ İlgili Karar Paragraf 19.

²⁴⁹ C-450/93 Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen, [1995] ECR I-3051.

²⁵⁰ Eleştiriler için bkz: Costello Cathryn & Davies Gareth, The Case Law Of The Court Of Justice In The Field Of Sex Equality Since 2000, Common Market Law Review, V. 43, 2006, s. 1595.

²⁵¹ Steiner, Woods 522.

²⁵² C-409/95 Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.

niteliklere sahip erkek adayların başvurularının objektif bir değerlendirmeye tabi tutulacağı garantisıyla hukuka uygun oldukları ifade edilmiştir.

ATAD, Marschall Kararı'nda Kalanke Kararı'ndan farklı hüküm kurulmasının nedenini, Marschall Kararı'na konu olan düzenlemede, kadın adaylara öncelik tanınmasının doğrudan değil, yalnızca ilgili erkek adayın niteliklerinin daha üstün olmadığı hallerde mümkün olabileceğinin açıkça düzenlenmesi olarak ifade etmiştir²⁵³. Bir başka deyişle Marschall Kararı'nda, karara konu olan ulusal düzenleme, aynı durumda, tercihe sebebiyet verecek niteliklerle desteklendiği takdirde bir erkek adayın seçilmesine olanak sağlayacak niteliktedir.

Marschall Kararı'nda ayrıca, eşit niteliklere sahip olan kadın ve erkek çalışanlar arasında işe alım ve terfi gibi konularda işverenin, kadına karşı var olan toplumsal önyargılar nedeniyle erkek aday lehine karar vermeye eğilimli olduğu vurgulanmıştır. Bu önyargılara örnek olarak, kadının özellikle hamilelik veya emzirme dönemlerinde ya da çocuk bakımı sebebiyle işine ara verebileceği, daha esnek çalışma saatlerine ihtiyaç duyabileceği gösterilmiştir. Bu nedenle Karar'da da aynen ifade edildiği üzere “ *kadın ve erkeğin eşit niteliklere sahip olması demek, onların eşit şansa sahip olmaları demek değildir.*²⁵⁴”

Dolayısıyla, kadına yönelik toplumsal önyargıların olumsuz etkilerini ve gerçek hayatta karşılaşılan eşitsizliklerin giderilmesini amaçlayan, aynı zamanda erkek adayların mağduriyetine neden olmayacak, daha az seviyede temsilin söz konusu olduğu hallerde eşit niteliklere sahip kadın adaya öncelik tanınmasını sağlayan düzenlemeler 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4. maddesi bağlamında hukuka uygun kabul edilmiştir²⁵⁵.

²⁵³ C-409/95 Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.

²⁵⁴ Paragraf 29-30.

²⁵⁵ ATAD'ın konu ile ilgili önemli bu iki kararı hakkında daha fazlası için bkz: Schiek Dagmar , Sex Equality Law After Kalanke and Marschall, European Law Journal, Vol. 4, No. 2, June 1998, s. 148-166.

407/98 sayılı Abrahamsson Kararı²⁵⁶,nda da adayların işe başvuruları sırasında uygulanan değerlendirilme yöntemleri ile ilgili ayrımcı düzenlemelerin ancak;

. toplumda var olan “de facto” eşitsizlikleri gidermek, daha az temsil edilen grup üyesinin profesyonel iş yaşantısında karşılaştığı dezavantajları önlemek veya onları tazmin veya telafi etmek amacıyla

. değerlendirme yönteminde kullanılan kriterlerin şeffaf ve öngörülen niteliklerin keyfiyetten uzak bir biçimde belirlenmesi kaydıyla

76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4 maddesinde hukuku uygun kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

2.2.3 Serbest Meslek Sahipleriyle Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele ve Ananın Korunması

86/613 sayılı Serbest Meslek Sahipleriyle Tarım Alanında Çalışan Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele ve Ananın Korunması Yönerge'si, serbest meslek alanında çalışan kadın ve erkekler arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasını garanti etmek amacıyla, 11.12.1986 tarihinde yürürlüğe konmuştur. 86/613 sayılı Yönerge'nin amacı, “76/207 ve 79/7 sayılı Yönerge'lerin kapsamadığı alanlarla ilgili olarak, kendi nam veya hesabına çalışan veya böyle bir çalışma faaliyetine katkıda bulunan kadın ve erkekler arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasını sağlamaktır.” (md. 1).

86/613 sayılı Yönerge'nin uygulama alanına 2. maddede yer alan düzenleme gereği, “çiftçiler ve serbest meslek sahipleri dahil, ulusal mevzuat altında kendi nam ve hesabına kazanç getiren bir işte çalışanlarla, işin gerçekleşmesine Aile Hukuku ilişkileri çerçevesinde katkı sağlayan işçi veya ortak sıfatını haiz olmayan, eş çocuk gibi kimseler” girer.

²⁵⁶ C-407/98 Abrahamson and Anderson v. Fogelqvist [2000] ECR I-5539.

İlgili Yönerge bağlamında eşit muamele ilkesinin de tanımı yapılmıştır. Buna göre bu ilke; medeni hal veya aile içerisindeki yere göre, doğrudan ya da dolaylı cinsiyet temelinde her türlü ayrımcılığın yasaklanması anlamına gelir²⁵⁷ (md 3). 86/613 sayılı Yönerge Üye Devletleri, ilgili maddeleri gereği üye devletleri çeşitli yükümlülükler altına sokmaktadır. Buna göre Üye Devletler;

. *Kendi nam ve hesabına çalışan kimselerle ilgili olarak özellikle kuruluş, ekipman veya bir işin uzantısı, ya da kendi nam ve hesabına çalışmanın mali işler de dahil her hangi bir biçimde devamı veya oluşturulması bakımından , 76/207 sayılı Yönerge’de belirtilen eşit muamele ilkesine aykırı mevzuat hükümlerinin ortadan kaldırılmasını sağlama* (md. 4),

. *Kadın veya erkek her iki cinse de eşit bir biçimde, belli türde aktivitelere katılım için öngörülen özel kriterler hariç, eşler arasında kurulacak şirketlerle ilgili kuralların , evli olmayan kimseler arasında kurulacak şirketler için konan kurallardan daha kısıtlayıcı olmamasını sağlayacak tedbirleri alma* (md. 5),

. *Kendi nam ve hesabına çalışanlar için katılıma dayalı bir sosyal güvenlik sistemi olduğu takdirde, kendi nam ve hesabına çalışanlar için sosyal güvenlik sistemi tarafından korunmayan aile üyelerinin katılımlı bir sosyal güvenlik sistemine isteğe bağlı olarak katılmalarını sağlayacak önlemleri alma* (md. 6),

. *Kendi nam ve hesabına çalışanlar arasında eşit muamele ilkesinin uygulanması bakımından haksızlığa uğramış olduğunu düşünen kimselerin yetkili makamlara yapılacak başvuruların tüketilmesinden sonra adli yoldan haklarını arayabilmeleri için gerekli önlemleri ulusal mevzuatlarına dahil etme* (md. 9),

yükümlülüğü altındadırlar.

²⁵⁷ Bu hüküm de diğer yönergelerde olduğu gibi, hamilelik ve analık hallerine ilişkin olarak kadınların avantajına olacak biçimde oluşturulan düzenlemelerin ayrımcılık ilkesine aykırılık oluşturmayacağı şeklinde yorumlanacaktır. Bu husus 86/613 sayılı Yönerge’nin giriş bölümünde belirtilmiştir.

2.2.4 Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele

2004/113 sayılı Mal ve Hizmetlere Erişimde Kadın ve Erkeklere Eşit Muamele Yönergesi, Yönerge'nin giriş bölümünde ifade edildiği üzere, kadın ve erkek arasındaki eşitliğin istihdam ve mesleki yaşam dışındaki alanlarda da sağlanması ve eşitliğe ilişkin hakların güçlendirilmesi düşüncesiyle ortaya konmuştur. Nitekim Yönerge'nin 1. maddesi bu amacı; “*mal ve hizmetler arzına erişimde cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek için, kadınlar ve erkekler arasında eşit muamele prensibini üye devletlerde ortaya koyma amacıyla bir çerçeve oluşturmak*” şeklinde ifade etmektedir.

Bu Yönerge kapsamında ayrımcılık kavramı, doğrudan ve dolaylı ayrımcılıkla taciz ve cinsel taciz kavramlarını da kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Yönerge'nin 2. maddesinde yer alan bu düzenlemede bu kavramların tanımlarına da yer verilmiştir²⁵⁸.

2004/113 sayılı Yönerge, kamu ve özel sektör ile kamusal organlar dahil, halk için üretilen ve özel ve aile hayatının dışında arz edilen mal ve hizmetleri sağlayan bütün kişilere ve bu kapsamda yapılan işlemlere uygulanır (md.3). Her ne kadar Yönerge'nin giriş bölümünde “*mal*” kavramının, ATA'nın malların serbest dolaşımını düzenleyen hükümlerinde yer aldığı şekliyle anlaşılması gerektiği yer almaktaysa da, ATA'da “*mal*” kavramının tanımına rastlamak mümkün değildir²⁵⁹. Konuyla ilgili ATAD'ın 7/68 sayılı Commission v. Italy Kararı²⁶⁰ aydınlatıcıdır. Zira bu kararda, “*parasal değeri olabilecek ve ticari işlemlerin konusunu teşkil edebilecek*

²⁵⁸ Buna göre doğrudan ayrımcılık; bir kişinin diğerine kıyasla cinsiyetinden ötürü daha az olumlu muamele görmesi, dolaylı ayrımcılık; açıkça objektif koşul, kriter veya uygulama bir cinsiyete dahil kişileri diğerlerine göre , o koşul kriter veya uygulamanın meşru bir amaçla objektif olarak mazur göstermesi ve o amaca ulaşım araçlarının uygun ve gerekli olması dışında, belirli bir dezavantaj sağlaması halinde söz konusu olur. Taciz ise, bir kişinin cinsiyetine ilişkin istenmeyen bir davranışın kişinin onurunu kırıcı ve korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı veya incitici çevre yaratma amacı ve etkisiyle ortaya konması, cinsel taciz; tacizin cinsellikle ilgili bir davranış yoluyla sergilenmesi anlamındadır.

²⁵⁹ Bozkurt-Özcan-Köktaş, s. 175.

²⁶⁰ C-7/68 Commission v. Italy [1968] ECR 423.

olan her şey” “mal” olarak tanımlanmıştır. “Hizmet” kavramından ise, ATA’nın 50. maddesinde yer aldığı üzere, “özellikle sınai ve ticari nitelikteki faaliyetler ile küçük el sanatları ve serbest meslek faaliyetleri” anlaşılacaktır.

Yönerge’nin, cinsiyet temeline dayalı olmadığı sürece, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme özgürlüğüne zarar verecek biçimde uygulanacağı, medya ve reklamların içeriği ile eğitim konularında ve istihdam ve işle ilgili konulara ise uygulanmayacağı 3. maddenin sonraki fıkralarında düzenlenmiştir. Serbest çalışma ilgili hususlarda da, Topluluk’un konu ile ilgili diğer düzenlemeleri önceliklidir. Bir başka deyişle, serbest çalışma ile ilgili hususlara, bu hususlar Topluluk’un diğer yasal düzenlemelerinde yer aldığı ölçüde uygulanmayacaktır (md. 3/4).

4. madde, yukarıda incelenen Yönerge’lerde yer alan düzenlemelere paralel bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre; cinsiyet temeline dayalı doğrudan ve dolaylı her türlü ayrımcılık yasak olmakla birlikte, Yönerge hamilelik ve analık halleriyle ilgili olarak kadının korunmasına yönelik getirilen hükümlerin uygulanmasını engellemez. Taciz ve cinsel taciz oluşturacak nitelikte davranışlar bütünüyle yasaktır ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmasına yönelik verilen talimatlar da ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Son olarak, mal ve hizmetlerin münhasıran ya da esas olarak bir cinsin mensuplarına özgülenmesi hali, yasal ve meşru bir amaç nedeniyle haklılık taşıyorsa bu Yönerge kapsamında yer alan düzenlemelerden ayrı tutulabilir.

2004/113 sayılı Yönerge uyarınca Üye Devletler; *“en geç 21.12.2007 tarihinden sonra yapılan bütün yeni sözleşmelerde, sigorta ve bununla bağlantılı mali hizmetlerde prim ve faydaların hesaplanmasında cinsiyetin bir faktör olarak kullanılmasının kişilerin prim ve sağladıkları faydalarda bir farkın ortaya çıkmasına yol açmamasını ve yine hamilelik ve analık halleriyle ilgili maliyetlerin aynı şekilde bir farka neden olmamasını sağlamakla”* yükümlüdür (md.5). Üye Devletler ayrıca, daha önce incelenen Yönerge’lerde olduğu gibi; konu ile gerekli ulusal mevzuatın oluşturulması (md. 17), eşit muamele ilkesine uyulması adına gerekli tedbirlerin alınması (md. 13), ilgili organların oluşturulması (md. 12) ve izlenecek yargı

yollarının belirlenmesi (md. 8) ve son olarak konu ile ilgili yargı yoluna başvuran kişinin olası mağduriyetinin önüne geçmek için gerekli tedbirlerin alınması (md. 10) hususlarında da yükümlülük altındadır.

2.3 Kadın ve Erkek Arasında Sosyal Güvenlik Alanında Eşitlik

2.3.1 Kadın ve Erkek Arasında Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Muamele

Avrupa Konseyi tarafından 10.01.1979 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde hazırlanan Kadın ve Erkek Arasında Eşit Muamele Yönergesi, kadın ve erkeğin sosyal güvenlik alanında eşit muamele görmesi amacıyla hazırlanmış olup, 76/207 sayılı Yönerge'nin uygulama alanını sosyal güvenlikle ilgili konuları da kapsayacak şekilde genişletmektedir²⁶¹.

79/7 sayılı Yönerge'nin kapsamına "*çalışan kesim*" girer. Yönerge'nin 2. maddesinde yer alan düzenlemeye göre çalışan kesim; bağımlı veya bağımsız çalışanlarla, bu gruba dahil olup da işine sağlık durumu, iş kazası, geçici işsizlik gibi haller nedeniyle işine ara verilenler ve halen iş aramakta olanlardan oluşur.

İlgili ATAD Kararları'nda da vurgulandığı üzere çalışan kesim, çalışan ancak belli nedenlerle iş hayatı kesintiye uğrayanları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Nitekim, 150/85 sayılı Drake Kararı²⁶², sakat kalması sebebiyle bakıma muhtaç olan annesinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere işine ara veren Bayan Drake'in, 79/7 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilebileceği şeklinde hüküm kurulmuştur. 79/7 sayılı Yönerge'nin 2. maddesindeki düzenleme kapsamında yer alan kişinin, ilgili düzenleme nedeniyle sahip olduğu menfaatlerin

²⁶¹ Onaran, 75.

²⁶² C-150/85 Drake v. Chief Adjudication Officer [1986] ECR 1995.

gözetilmesinde menfaati olan diğer kişiler de, Yönerge'nin gözetilmesini talep etme hakkına sahiptirler²⁶³.

Hal böyleyken, çalışmayanlar ve iş arama sürecinde olmayanlarla, çalışır durumda olup da çalışmayı Yönerge'nin 3/1. maddesinde düzenlenen hastalık, iş göremezlik, yaşlılık, iş kazası, meslek hastalığı veya işsizlik hallerinin dışında bir nedenle bırakanlar 2. madde kapsamında değerlendirilemez²⁶⁴. ATAD bu yaklaşımını, 31/90 sayılı Johnson Kararı²⁶⁵,nda da sürdürmüş, çocukların bakımı için gönüllü olarak çalışmayı bırakan kadının 3/1 maddede belirtilen risklerden birisi iş arama sürecinde ortaya çıkmadığı sürece 79/7 sayılı Yönerge'nin koruyucu hükümlerinden yararlanamayacağını ifade etmiştir.

79/7 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre ilgili Yönerge'yle amaçlanan, *“Yasa gereği zorunlu güvenlik sigortası kapsamında çalışanların hastalık, iş göremezlik, yaşlılık, iş kazası, meslek hastalığı veya işsizlik hallerinin ortaya çıkarabileceği risklere karşı koruma sağlamaktır.”* (3/1 a). Yine, *“Anılan risklere karşı koruma sağlamak amacıyla öngörülen, yasa gereği zorunlu güvenlik sigortasına ek olarak veya onun yerine geçmek üzere oluşturulan sosyal yardım programları da ilgili Yönerge'nin hükümleri kapsamında değerlendirilecektir.”* (3/1 b).

Yukarıda anılan Drake Kararı'nda ATAD, bu düzenleme ile ilgili olarak, 79/7 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilecek yardımların, düzenlemede öngörülen risklerden birine karşı koruma sağlamak amacıyla düzenlenmiş bir zorunlu güvenlik sigortasının tamamını veya bir bölümünü ya da aynı amaç için ortaya konan bir sosyal yardım programını oluşturuyor olmasını gerekli görmüştür.

²⁶³ Bkz. Birleşik Davalar 87-88-89/90 sayılı Verholen and others v. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam [1991] ECR I-3757.

²⁶⁴ Bkz. Birleşik Davalar 48-106-107/88 sayılı Achterberg-te Riele and others v. Sociale Verzekeringsbank [1989] ECR 1963 .

²⁶⁵ C-31/90 Johnson v Chief Adjudication Officer [1991] ECR I-3723.

Tek bir yahut sınırlı sayıda işçi ile işveren arasında düzenlenen bir sözleşmeye dayanarak, zorunlu güvenlik sigortasının yerine geçecek şekilde oluşturulan sosyal güvenlik düzenlemeleri de 79/7 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilemez. 23/83 sayılı Liefting Kararı'nda belirtildiği üzere, zorunlu güvenlik sigortasını öngören düzenleme tüm çalışanları kapsayacak şekilde tek olmalıdır. Aksi düzenlemelerin 79/7 sayılı Yönerge kapsamında değil, ancak birazdan incelenecek olan 86/378 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür²⁶⁶.

79/7 sayılı Yönerge'nin 4/1. maddesi, sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin hangi durumlarda uygulanacağını düzenler. Buna göre özellikle;

. sosyal güvenlik programları ve bu programlara dahil olmak için öngörülen şartlarda,

. sosyal güvenlik primlerinin hesaplanması ve ödenmesinde,

. eşe ve bakmakla yükümlü olunanlar için yapılacak yardımlarda ,

. yardımlara hak kazanmak için öngörülen süre ve hak kazanma koşullarında

olmak üzere, ister doğrudan isterse dolaylı olsun, özellikle medeni durum veya aile durumuna ilişkin cinsiyet temeline dayalı herhangi bir ayrımcılık yapılmayacaktır.

Konu ile ilgi olarak, evli bir erkeğe iş göremezlik nafakası ödeneceği düzenlenmişken evli bir kadının bu ödemedeki yoksun bırakılması ATAD'a göre 4/1. maddenin ihlali anlamındadır²⁶⁷. Ancak, dolaylı ayrımcılığın söz konusu olduğu hallerde, şayet ayrımcılığa sebep olan muamele objektif nedenlerle meşrulaştırılabiliyorsa, 79/7 sayılı Yönerge'nin 4/1. maddesi hüküm ifade etmeyebilir. Nitekim evli olup olmamaya ve eşin gelir seviyesine (düşüklüğüne) ya

²⁶⁶ C-192/85 Newstead v. Department of Transport and Her Majesty's Treasury [1987] ECR. 4753.

²⁶⁷ C-150/85 Drake v. Chief Adjudication Officer [1986] ECR 1995.

da henüz reşit olmayan çocukların varlığına göre iş görmezlik nafakasının miktarının belirlenmesi, bu kategoride yer alan kişilerin maddi anlamda sahip oldukları yük göz önüne alındığında, kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık unsuru içermesine rağmen meşru kabul edilmiştir²⁶⁸. ATAD, 280/94 sayılı Posthuma-van Damme Kararı²⁶⁹,’nda üye devletlerin, sosyal politikalarını belirlemedeki takdir yetkisinin sınırlarının genişliğini vurgulamıştır.

79/7 sayılı Yönerge’nin 4/2. maddesine göre, “*analığa özgü haller gereğince ananın korunması hakkındaki özel düzenlemeler, eşit muamele ilkesini ihlal etmez.*” Bu hüküm de, 76/207 sayılı Yönerge’nin 2/3. maddesinde yer alan istisna hükmünün yorumlandığı sınırlar içerisinde yorumlanacaktır²⁷⁰.

79/7 sayılı Yönerge’nin 7/1. maddesi, Üye Devletler’in konu ile ilgili bazı durumları, Yönerge’yle öngörülen eşit muamele ilkesinin kapsamı dışında tutmasına imkan sağlar. Buna göre;

. *yaşlılık aylığına hak kazanabilme yaşını ve emeklilik maaşını veya aynı sonuçları ortaya koyabilecek diğer nedenlerden ötürü çeşitli yardımları,*

. *yaşlılık almaya hak kazanacaklardan, çocuklarına bakmak için işlerine ara verenlerin yaşlılık aylığını,*

. *eşlerden kadın olanın yaşlılık veya iş görmezlik nafakasını,*

. *bakmakla yükümlü olunan eşler için (kadın), uzun süreli iş görmezlik, yaşlılık, iş kazası ve mesleki hastalık için yapılan ödemelerin arttırılmasını* belirlerken Üye Devletler, farklı düzenlemelere gitme imkanına sahiptirler.

²⁶⁸ C-30/85 JW Teuling v. Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497.

²⁶⁹ C-280/94 Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel [1996] ECR I-179.

²⁷⁰ Steiner-Woods, s. 527.

Birleşik Krallıklar'da kadın ve erkek çalışanların farklı yaşlarda emekli olmalarına ilişkin düzenlemenin 79/7 sayılı Yönerge'nin 7/1. maddesi kapsamına girip giremeyeceği, 9/91 sayılı The Queen v Secretary of State for Social Security ex Parte Equal Oppurtunities Commission Kararı'nda irdelenmiştir. İlgili düzenlemeye göre Birleşik Krallıklar'da kadın çalışanlar için öngörülen emeklilik yaşı 60, erkek çalışanlar için öngörülense 65'tir. Buna bağlı olarak, toplamda erkek çalışanlar 44, kadın çalışanlar ise 39 yıl prim ödemektedir. Konu ile ilgili ATAD, 79/7 sayılı Yönerge'nin 7/1. maddesinin Üye Devletler'e çalışanların emeklilik maaşlarını belirlemede ayrımcı muameleye imkan verdiği yönünde hüküm kurmuştur. ATAD'a göre, 7/1. madde, yasa gereği farklı emeklilik yaşına kaçınılmaz biçimde bağlı olan her türlü ayrımcı muameleyi de kapsar. Buna çalışanların ödemelere farklı sürelerle katılımları da dahildir. ATAD bu kararda ayrıca, ilgili istisna hükmünün, *“topluluk yasama organının, ulusal emeklilik sistemlerinin mevcut finansal dengesini bozmamak adına üye devlerde kadınlar lehine olan emeklilik avantajlarının geçici bir süre için devam etmesi arzusunun bir yansıması olduğunu”* da vurgulamıştır²⁷¹.

2.3.2 İş Yerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele

86/378 Sayılı İş Yerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele Yönergesi, Avrupa Konseyi tarafından 12.8.1986 tarihinde, işletmelerin çalışanlarına sunduğu iş yeri emeklilik sigortası gibi özel sigorta uygulamalarında kadın ve erkeğe eşit muamele öngörülmesi amacıyla düzenlenmiştir²⁷². Bu anlamda 79/7 sayılı Yönerge'nin tamamlayıcısı niteliğindedir, zira 79/7 sayılı Yönerge kapsamında yani yasal ve zorunlu olmayan sosyal güvenliğe ilişkin her türlü uygulama 86/378 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilecektir. Ancak, 262/88 sayılı Barber Kararı'nda, sözleşme serbestisi kapsamında akdedilen işyeri mesleki emeklilik sigortasından doğan maaş ve iş akdinin emeklilik gibi bir nedenle sona ermesi nedeniyle ödenen tazminat ve diğer tüm emeklilik sigortası

²⁷¹ C-9/91 The Queen v Secretary of State for Social Security, ex parte the Equal Opportunities Commission [1992] ECR I-4297.

²⁷² Onaran, s. 76.

ödemelerinin 141. madde kapsamında ücret olarak değerlendirilmesi 86/378 sayılı Yönerge'nin etkinliğini bir hayli zayıflatmıştır²⁷³. Barber Kararı'nın ardından 86/378 sayılı Yönerge'ye, 96/97 sayılı Yönerge'yle bazı ufak değişiklik ve eklemeler yapılmıştır²⁷⁴.

86/378 sayılı Yönerge'nin kapsamında yer aldığı belirtilen özel sigorta uygulamalarından neyin anlaşılacağı, Yönerge'nin 2/1. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede yer alan ifadeye göre bu uygulamalar; *“79/7 sayılı Yönerge kapsamında yer almayan bir işletme veya grup işletmelerde, bir ekonomik branş ya da mesleki bir sektörde çalışanlarla veya bağımsız çalışanlara yasal sosyal güvenlik uygulamalarıyla sağlanan yardımları, veya bu uygulamaları tamamlamaya yönelik uygulamalarla onların yerini almak amacıyla oluşturulan uygulamaları kapsar.”*

86/378 sayılı Yönerge de, 79/7 sayılı Yönerge gibi çalışan kesimi, aynı türde risklere yani; hastalık, iş göremezlik, yaşlılık, iş kazası, meslek hastalığı veya işsizlik hallerinin ortaya koyduğu risklere karşı koruma sağlamak amacıyla uygulanır. Ancak 86/378 sayılı Yönerge'de, 79/7 sayılı Yönerge'nin 3/2. maddesinde düzenlenen istisna hükmüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla 86/378 sayılı Yönerge, işveren tarafından çalışana, onun istihdamı nedeniyle ödenen avantajları oluşturmaları halinde, ölüm ve aile yardımlarına uygulanacaktır.

Hangi tür düzenlemelerin Yönerge'ye aykırı kabul edileceği, Yönerge'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme gereğince, uygulanan sosyal güvenlik programından hangi çalışanların yararlanacağını belirlemek ve programın niteliklerinin tespiti gibi hususlarda kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesi gözetilecektir. Ayrıca, *“kadınlar ve erkekler için aylığa hak kazanmada farklı emeklilik yaşı belirlenmesi, eşit muamele ilkesine aykırılık oluşturur.”*(6/f).

²⁷³ Szyszczak Erika, EC Labour Law, Pearson Education Limited 2000, s. 98.

²⁷⁴ İlgili değişiklik ve eklemeler için bkz. <http://www.kssgm.gov.tr/belgeler/uaiab/96-97.doc>.

Üye Devletler, Yönerge'nin 7. maddesi gereğince “Yönerge çerçevesinde yer alan hükümlere aykırılık oluşturan toplu sözleşme hükümlerini veya işyeri yönetmelik hükümlerini geçersiz kılan tedbirleri almakla yükümlüdür.”

Yönerge'nin 9. maddesi, 79/7 sayılı 7. maddesinde de öngörüldüğü üzere, “yaşlılık aylığına hak kazanabilme, yaşlılık ve emeklilik maaşları ve bu nedenle ortaya çıkabilecek diğer yardımları belirlerken üye devletlere, eşit muamele ilkesini göz ardı etme imkanını sağlar.” Bu düzenleme, Barber Kararı'nda tamamen göz ardı edilmiş gibi görünmektedir, aksi takdirde kararın geriye dönük etkisi olmadığı şeklindeki hüküm izah edilemez²⁷⁵.

9/b maddesi gereğince, işverence ödenen primlerin karşılığı olarak öngörülmeyen ölüm aylıklarının, Topluluk Hukuku'nda yasal sosyal güvenlik rejimlerinde bu konuda muamele eşitliği ilkesinin öngörülmesine kadar, eşit muamele ilkesinin dışında tutulabileceğine yönelik düzenleme de, konu ile ilgili 192/85 sayılı Newstead Kararı'nın aksine, Barber Kararı'nın ardından kabul edilebilir değildir. Nitekim Barber Kararı'nda, işverenin çalışanı ile arasındaki iş ilişkisi nedeniyle yaptığı her türlü ödeme, elde edilecek yararın, ki buna ölümden sonra yakınların sahip olacakları da dahil 9/b maddesi anlamında “karşılık” olarak kabul edilmiştir²⁷⁶.

2.3.3 Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunması

Hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınların pek çok bakımından risk grubu oluşturduğu ve bu nedenle işyerlerinde istihdamlarının ve sağlıklarının özel koruma gerektirdiği düşüncesiyle 92/85 sayılı “Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İşyerinde Güvenlik ve Sağlıklarını İyileştirmeye Yönelik

²⁷⁵ Steiner-Woods, s.530.

²⁷⁶ Ibid.

Önlemlerin Hayata Geçirilmesine Dair 19.10.1992 tarihli Yönerge” düzenlenmiştir. Aynı zamanda ilgili Yönerge gereğince hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadınların bazı ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaları yasaklanacak, yeterli süre izin verilecek, içinde bulunduğu biyolojik durum nedeniyle işten çıkarılmalarına karşı korunmaları sağlanacaktır.

92/85 sayılı Yönerge, hamile, yeni doğum yapmış veya emziren kadın çalışanlara eşit muamele ilkesine aykırılık oluştursa dahi, bazı koruyucu ayrıcalıklar öngörmektedir. Bu hükümler, bir yandan çalışma koşullarını ilgilendirmeleri diğer yandan sosyal gelişimin sağlanmasına yönelik olmaları bakımından özel bir yer teşkil ederler²⁷⁷.

Yönerge’de yer alan hükümler gereği işveren; hangi kimyasalların Yönerge kapsamında yer alan kadın işçilerin sağlığını tehlikeye atacak nitelikte olduklarını konusunda yetkili makamların görüşünü alarak (md. 3/1), ilgili kişilerin bu maddelerin kullanıldığı yerlerde çalışmalarını yasaklama (md. 4/1), ilgili kişiye uygun çalışma koşullarını yaratma veya biyolojik durumuna daha uygun bir işe yerleştirme (md. 5/2), uygun iş bulunamadığı takdirde ise belirli bir süre izin verme (md. 5/3) yükümlülüğü altındadır.

Yönerge’nin 8. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, hamile çalışana doğum öncesi ve sonrası en az 14 haftalık izin verilecektir. 9. madde ise, kadın çalışanın doğum sonrası muayenelerinin iş süresi içerisinde olması gerektiği hallerde, kadın çalışana her hangi bir ücret kaybına uğramaksızın gerekli iznin verilmesini öngörür. Kadın çalışanların, doğum iznini kullandıkları sırada, doğumla ilgisi olmayan ve ulusal mevzuat uyarınca iş sözleşmesinin haklı nedenlerle sona erdirilmesi durumu hariç, işten çıkarılmaları yasaktır (md 10). 11. maddeye göre, doğum izni sırasında kadın çalışana maaşının belli bir miktarı ödenmeye devam

²⁷⁷ Hervey K. Tamara, Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence, European Law Journal, Vol. 4, No, 2, June 1998, s. 197.

edilecektir²⁷⁸. Üye Devletler, Yönerge’de yer alan hükümlere aykırılık oluşturan hallerde mağdur durumda kalan kadın çalışanın ulusal düzeyde hukuki yollara başvuru hakkını gerekli şekilde düzenleme yükümlülüğü altındadır.

2.3.4 İzinler

Çalışan ebeveynin aile ve iş hayatına dair sorumluluklarını uzlaştırmaya yönelik asgari ihtiyaçların giderilmesi amacıyla “96/34 sayılı Ebeveyn İzni Yönergesi” ortaya konmuştur. 96/34 sayılı Yönerge, 3 bölümden oluşmaktadır. Avrupa Konseyi’nin sosyal politika alanına ilişkin ortaya koyduğu girişim ve yasal düzenlemeler ilk bölümde kısaca özetlenirken, 2. bölümde UNICE²⁷⁹, CEEP²⁸⁰ ve ETUC²⁸¹ tarafından kabul edilen çerçeve anlaşmanın aynen Yönerge’ye ek olarak kabul edildiği ve Üye Devletler’in en geç 3.1.1998 tarihine kadar iç hukukunda yapması gereken değişiklikler ile ilgili yükümlülükler yer verilmektedir. 3. bölümde ise, doğrudan UNICE, CEEP ve ETUC arasında imzalanan çerçeve anlaşma aynen yer almaktadır. Dolayısıyla 96/34 sayılı Yönerge asıl olarak, 14.12.1995 tarihli çerçeve anlaşmanın hükümlerini içermektedir.

Çerçeve Anlaşma’nın giriş bölümünde ifade edildiği üzere bu anlaşma ile, “iş hayatı ve aile hayatının uzlaştırılması ve kadın ve erkek arasında muamele ve fırsat eşitliğinin geliştirilmesinin aracı olarak asgari ihtiyaçların tespitine

²⁷⁸ Konu ile ilgili 342/93 sayılı Gillespie v. Northern Health & Social Services Kararı’nda belirtildiği üzere, “kadın çalışana doğum izni nedeniyle maaşının belli bir miktarı ödenecektir. Bu miktar, hastalık halinde ödenenden daha az olamaz.”

²⁷⁹ UNICE (Union of Industries of the European Community), Avrupa Topluluğu Sanayileri Birliği; 1959 yılında kurulan UNICE, AB üyesi devletlerin yanısıra, EFTA ve OECD üyesi ülkelerin sanayicileri ve işveren konfederasyonlarını bir araya getirmektedir. UNICE, söz konusu kurumların Avrupa meselelerine ilişkin tutum ve görüşlerinin, özellikle Avrupa kurumları nezdinde koordinasyonu görevini üstlenir.

²⁸⁰ CEEP (The European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest), Avrupa Kamu Katılımlı Özel Girişimler ve Ortak Ekonomik Amaçlı Girişimciler Merkezi; Kamu katılımlı İşletmeler ve işveren örgütleri ve yasal mülkiyeti veya konumu gözetilmeksizin genel ekonomik menfaat amacı taşıyan faaliyetler gerçekleştiren işletmeleri temsil eder.

²⁸¹ ETUC (European Trade Union Confederation), Avrupa Sendikalar Konfederasyonu; UNICE ve CEEP’le birlikte Avrupa Komisyonu tarafından tanınan üç sosyal taraftan biridir. Avrupa Birliği nezdinde işçi sendikalarını temsil eder.

çalışılmaktadır.” Bu bölümde ayrıca, “çerçeve anlaşmanın İrlanda ve İngiltere hariç, tüm üye devletleri bağlayıcı hükümler içerdiği ve bu çerçeve anlaşma ile nüfus artış hızı sıfıra yakın olan Birliğe üye ülkelerde nüfus artış hızına ivme kazandırılabilceği” vurgulanmıştır.

96/34 sayılı Yönerge’de, eşitlik ilkesi çerçevesinde çalışan anne ve babaya ailevi ve mesleki yükümlülüklerin dengede tutulması amacıyla, doğum veya evlat edinme yoluyla ebeveyn olmaları halinde, izin hakları birbirine devredilmeksizin, çocukları sekiz yaşına gelinceye kadar, bakımını daha kolay sağlamak üzere en az üç aylık izin hakkı tanınmaktadır²⁸². İzin hakkının kullanılması durumunda, işe geri dönme ve işe ara verildiği dönem itibarıyla gerçekleşen iyileştirmelerden yararlanma ve eski kıdem hakları garanti altına alınmıştır. Yönerge, Üye Devletler’de yürürlükte bulunan kanun, toplu iş sözleşmeleri, iş yeri yönetmelikleri, hizmet sözleşmesi veya iş ilişkisine dayanarak tanımlanan her türlü sözleşme ilişkisi içinde yer alan tüm kadın ve erkek çalışanları, arada ayırım gözetmeksizin koruma altına almaktadır.

Her ne kadar, 96/34 sayılı Yönerge’yle sağlanan haklardan, kadın ve erkek çalışanların eşit biçimde yararlanacağı öngörülmüşse de, asgari de olsa izin süresince her hangi bir ücret öngörülmediğinden, Yönerge’yle getirilen düzenlemelerin pratikte ağırlıklı olarak kadın çalışanlar açısından aile ve iş hayatını uzlaştırmaya yönelik bir anlam ifade ettiğini söylemek mümkündür²⁸³.

2.3.5 Kısmi Süreli Çalışanların Korunması

Son olarak, kısmi süreli çalışanların çok büyük bir çoğunluğunun kadın çalışanlardan oluştuğu göz önüne alındığında, “97/81 Sayılı Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Yönerge’den de bahsetmek yerinde olacaktır.

²⁸² Çerçeve Anlaşma md.2/1 ve 2/2.

²⁸³ Lewis Jane, Work/Family Reconciliation, Equal Opportunities and Social Policies: The Interpretation of Policy Trajectories at the EU Level and the Meaning of Gender Equality, Journal of European Public Policy, Vol. 13, No. 3, April 2006, s. 429.

97/81 sayılı Yönerge'nin düzenlenme amacı giriş bölümünde ifade edildiği üzere, “*üye devletlerde bir istihdam türü olarak uygulanan kısmi süreli çalışmanın asgari koşullarının belirlenmesi*”dir. Asıl olarak bu Yönerge'yle amaçlanan, kısmi süreli çalışan ile tam süreli çalışanlar arasındaki ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve kısmi süreli çalışmanın niteliğinin artırılmasıdır (md. 1/1). 3. maddesinde kısmi süreli çalışanın tanımı²⁸⁴na yer verilen Yönerge'nin, esas olarak 4. ve 5. maddelerinde yer alan düzenlemeler konumuz açısından önemlidir. Zira 4. maddede doğrudan ayrımcılık, 5. maddede ise fırsat eşitliği düzenlenmiştir. 4/1. maddeye göre, “*istihdam koşullarına ilişkin olarak, kısmi çalışanlar özel nedenlere dayanmadıkça tam gün çalışanlardan daha farklı bir muameleye tabi tutulamaz.*” 5/1. madde kapsamında ise Üye Devletler, “*kısmi çalışma fırsatlarını engelleyebilecek hususları belirleme, yeniden gözden geçirme ve ortadan kaldırma yükümlülüğü altındadır.*” 5/3 gereğince, kısmi süreli çalışmanın niteliğini yükseltmeye yönelik tedbirler işverence alınacak ve kısmi süreli tam süreliye geçebilme hakkı veya işyerinde mevcut kariyer fırsatlarından ya da mesleki eğitim imkanlarından yararlanma hususlarından eşitlik ilkesi daima göz önünde bulundurulacaktır.

²⁸⁴ 97/81 sayılı Yönerge'nin 3. maddesine göre kısmi süreli çalışan; normal çalışma saati, 1 yıla kadar olan istihdam süresi üzerinden haftalık veya ortalama olarak hesaplanan ancak tam gün çalışanla karşılaştırıldığında daha az olan işçiyi ifade eder.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKU'NDA KADIN ERKEK EŞİTLİĞİ İLKESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK YASAL DÜZENLEMELER

3.1 Türk Anayasa Hukuku Açısından Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

3.1.2 Kadın Erkek Eşitliği İlkesine İlişkin Anayasal Düzenleme

Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. 10. maddede yer alan düzenlemeye göre; *“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.(10/1) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(10/2) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.(10/3) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.”(10/4)*

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan bu düzenlemenin ilk fıkrası ile 3. fıkrası benzer içerikle 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde yer almıştır. Yalnızca 1982 Anayasası'nda bulunan ve yasa koyucu ve uygulayıcılarının muhatap alındığı son fıkra ile ilgililer, eşitlik ilkesine uymakla yükümlü kılınmışlardır. 2. fıkrada kadın ve erkek eşitliğine ilişkin özel hüküm ise, Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde 2004 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa'ya girmiştir²⁸⁵.

Eşitlik ilkesi Anayasa'nın ilk kısmında, *“genel esaslar”* başlığı altında düzenlenmiştir. *“İnsanın, doğuştan insan olması sebebiyle bir değeri olduğu ve bu nedenle her hangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamayacağı, kanunların uygulanması bakımından da ayırım gözetilemeyeceği”*nin belirtildiği 10. maddenin gerekçesinde, eşitlik ilkesinin demokrasinin vazgeçilmez temel üç ilkesinden biri olduğu da ifade edilmiştir.

²⁸⁵ İnceoğlu Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, C. 4 S. 11, 2006, s. 48.

Dolayısıyla eşitlik ilkesinin genel esaslar kısmındaki devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğunu söylemek yanlış olmaz²⁸⁶. Nitekim 1961 Anayasası'nın eşitlik ilkesine “*temel haklar ve ödevler*” kısmında yer vermiş olmasına karşılık, 1982 Anayasası'nın bu ilkeyi genel esaslar kısmında düzenlemiş olması da, eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşüne güç katmaktadır²⁸⁷. Ancak bu durum, eşitlik ilkesinin hem temel bir ilke hem de temel bir hak olarak iki yönlü ele alınması gerektiği görüşünü çürütemez, aksine temel bir hak olarak savunulmasını güçlendirir²⁸⁸.

10. maddenin ilk fıkrasında, genel olarak herkese uygulanacak olan yasa önünde eşitlik ilkesiyle birlikte; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak ayırım yapılmaması özel olarak düzenlenmiştir. İnceoğlu'na göre, ilgili sebeplerin özel olarak düzenlenmesiyle, yasa koyucunun fiili eşitsizlik durumunda bulunan gruplar açısından daha sıkı bir denetim ve koruma öngördüğü sonucuna varmak mümkündür²⁸⁹. Sözü edilen denetim ve korumanın sağlanması ve eşitsiz konumu dengelemek amacıyla mağdur olan taraf lehine farklı uygulamalara gidilmesi, bir başka deyişle olumlu ayrımcılık da Anayasa'nın ilgili maddesi çerçevesinde eşitlik ilkesine ayrımcılık olarak anlaşılmamalıdır²⁹⁰. Nitekim 2004 yılında yapılan değişiklikle, devleti kadın erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi konusunda yükümlülük altına sokan ve kadına karşı olumlu ayrımcılığı teşvik eden bir düzenleme eklenmiştir.

1982 Anayasası'nın 10. maddesine, 2004 yılında yapılan değişiklikle eklenen ve “*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir*” şeklinde ifade edilen düzenleme, cinsiyetler arasında eşitliğin genel eşitlik ilkesi çerçevesinde somutlaştırılması bakımından son derece önemlidir. Böylelikle, kadın ve erkek arasında eşitlik anlamında 2001 yılında Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişikliğin çok daha

²⁸⁶ İnceoğlu, 48.

²⁸⁷ Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 137.

²⁸⁸ İnceoğlu 48, aynı yönde; Tanör Bülent-Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 114.

²⁸⁹ İnceoğlu, 49.

²⁹⁰ Ibid.

ötesinde bir mesafe alınmış bulunmaktadır. 2001 yılında 41. maddede yapılan değişiklikle, “Aile Türk toplumunun temelidir.” şeklindeki düzenleme, “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” halini almıştır. Genel eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemeye dokunulmaksızın, “aile birliğinin korunması” ile ilgili hükme getirilen bu değişiklik, yapıldığı dönem itibarıyla kadına bağımsız bir birey olarak değil, medeni hali dikkate alınarak bir başka deyişle şarta bağlı eşitlik öngördüğü ve bu anlamda çağdaşlarının gerisinde kaldığı şeklindeki haklı eleştirilerin hedefi olmuştur²⁹¹.

1982 Anayasası, konu ile ilgili olarak 10. ve 41. maddede yer alan düzenlemelerin dışında, doğrudan kadın ve erkek arasında eşitlikle ilgili olmayan ancak kadın hakları ile yakından ilişkilendirilebilecek düzenlemeler de içermektedir. Bunlara örnek olarak; temel hak ve hürriyetlerin niteliği ile ilgili 12. madde²⁹², kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile ilgili 17. madde²⁹³, çalışma hakkı ve ödevi ile çalışma şartları ve dinlenme hakkının düzenlendiği 49. ve 50. maddeler²⁹⁴, ücrette adaletin sağlanması ile ilgili 55. madde²⁹⁵, sosyal güvenlik hakkı ile ilgili 60.²⁹⁶ ve kamu hizmetine girmenin düzenlendiği 70. madde²⁹⁷ verilebilir.

²⁹¹ Elver Hilal, Gender Equality from a Constitutional Perspective-The Case of Turkey, The Gender Of Constitutional Jurisprudence, edt. by Baines Beverly-Rubio Marin Ruth, Cambridge 2005, s. 283.

²⁹² “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”(md 12)

²⁹³ “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”(md. 17/1)

²⁹⁴ “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.(Değişik: 3.10.2001-4709/19 md.) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.”(md. 49)

“Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.”(md. 50/1 ve2)

²⁹⁵ “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.”(md. 55)

²⁹⁶ “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.”(md. 60/1)

²⁹⁷ “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.”(md. 70)

3.1.3 Anayasa Mahkemesi'nin Kadın Erkek Eşitliği İlkesi Yorumu

Hak ve özgürlükler konusunda temel nitelikli kaynak olan Anayasa'yı yorumlayan ve uygulayan Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında en çok değerlendirdiği ilkelerden biri de eşitlik ilkesidir²⁹⁸. Mahkeme, kadın erkek eşitliği ilkesi ile ilgili hükmün 2004 yılında yapılan değişiklikle 10. maddede yer almasından önce, kadın erkek eşitliği ilkesine ilgili kararlarında genel eşitlik ilkesinin somut bir uygulaması olarak ölçü norm niteliği kazandırmış ve bu suretle ilkeyi hayata geçirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 10. maddede yer alan eşitlik ilkesini yorumlarken, ilgili düzenlemeyi hem şekli anlamda eşitlik ilkesi hem de maddi anlamda eşitlik ilkesi çerçevesinde yorumladığını söylemek mümkündür²⁹⁹. Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından, *“Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması öngörülmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülmemektedir. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilmektedir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılmaktadır. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik gerçekleşmiş olacaktır.*

²⁹⁸ Kantarcıoğlu Fulya, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği, Farklı cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998, s. 62.

²⁹⁹ Özbudun, s. 138.

Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklarla, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.³⁰⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeden de anlaşıldığı üzere, Mahkeme'ye göre, 10. madde çerçevesinde eşitlik sonucuna ulaşılabilmesi için, yapılan sınıflandırmaya göre benzer konumdakilerin tümünün aynı kurallara tabi olması gereklidir. Ancak, kimilerinin farklı hükümlere tabi tutulmaları *“haklı bir nedene dayanmakta ise”*, eşitlik ilkesinin ihlalden söz edilemez³⁰¹. *“Haklı neden”* kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından, *“gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve amaca uygunluk”, “dengeli ve makul olma”*...gibi kavramlarla somutlaştırılmaya çalışılmıştır³⁰². Ancak, haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir, kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir³⁰³.

Anayasa Mahkemesi tarafından kadın erkek eşitliğine ilişkin ilkenin, 2004 yılında gidilen değişiklik öncesinde 10. madde çerçevesinde somutlaştırılmasına örnek olarak 29.11.1990 tarihli Karar³⁰⁴ örnek gösterilebilir. Anılan Karar'da, *“Medeni Yasa'nın 159. maddesi de bugün modern aile hukukunun dayanağı sayılan “eşlerin eşit haklara sahip olmaları” ilkesi ve Anayasa'nın 10. maddesindeki kadın erkek eşitliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira birinci fıkra: “Karı ve koca mallarını İdare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, kan, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile uğraşabilir” demek suretiyle, kocaya, karısının işini görmesi veya mesleğiyle uğraşması için izin verme üstünlüğünü tanımlar.”* şeklindeki ifadeye yer verilerek, kadın erkek eşitliği ilkesine vurgu yapılmıştır. Karar'da ayrıca, *“çalışma hakkı ve ödevi”* nin düzenlendiği 49. madde çerçevesinde de değerlendirmeye gidilmiş ve *“kadının, tıpkı erkek gibi mesleğini ve*

³⁰⁰ 1995/22 E., 1995/37 K., Karar Tarihi 15.08.1995.

³⁰¹ İnceoğlu, s. 53-54.

³⁰² İnceoğlu s. 54, Özbudun s. 139. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Öden s. 162-396.

³⁰³ Özbudun s. 139.

³⁰⁴ 1990/30 E., 1990/31 K., Karar Tarihi 29.11.1990.

İşini özgürce seçmekte, topluma yarar getiren etkinliklerde bulunmaya hakkı vardır. Anayasa'nın 12. maddesine göre kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki çalışma hak ve özgürlüğü, evli kadının da temel haklarından biridir.” denmek suretiyle, “kocanın sahip olduğu çalışma hak ve özgürlüğü ile aralarında hiçbir hukuksal fark ve ayrıcalık olmadığı” altı çizilmiştir.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin yaptığı değerlendirmelerde başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmak üzere konu ile ilgili uluslararası düzenlemeleri göz önüne almıştır³⁰⁵. 23.09.1996 tarihli Karar³⁰⁶'da belirtildiği üzere, “Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır.” “Uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan “eşitlik”in zaman içinde insana verilen değer artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek bir çok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmektedir.” Kantarcıoğlu'na göre, Anayasa Mahkemesi bu suretle yasa koyucuya, iç hukuk düzenlemelerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası belgelerdeki normlarla uyumlu hale getirilmesi yönünde bir mesaj vermektedir³⁰⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.1996 tarihli Kararı³⁰⁸ “olumlu ayrımcılık” kavramına bakış açısını ortaya koyması bakımından önemlidir. Nitekim, kız çocuklara yetim aylığı bağlanabilmesi için aranmayan yaş, maluliyet ve muhtaçlık koşullarının, aynı durumda olan erkek çocuklar için aranmasını öngören 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası'nın 74. maddesinin 10. madde çerçevesinde irdelendiği Karar'da Mahkeme, ilgili düzenlemeyi 10. maddeye aykırı bulmamış ve hükmünün

³⁰⁵ Kantarcıoğlu, s. 60.

³⁰⁶ 1996/15 E., 1996/34 K., Karar Tarihi 23.09.1996.

³⁰⁷ Kantarcıoğlu, s. 61.

³⁰⁸ 1996/10 E., 1996/40 K., Karar Tarihi 22.10.1996.

gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir; “ *Başta Anayasa olmak üzere tüm yasalarda kadın-erkek eşitliği temel kabûl edilmiştir. Ancak, toplumda tarihsel, ekonomik ve sosyal nedenlerle eşitlik tam anlamıyla gerçekleştirilememektedir. Ekonomik güçsüzlük, eğitimsizlik ve gelenekler, kadının toplumda zaman zaman yasalarla özel olarak korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür koruma önlemleri, kadınlar için bir ayrıcalık amacına değil, tam tersine, uzun yılların eşitsizlik yaratan olumsuz birikimlerini azaltmak ve önlemek amacına yöneliktir. İtiraz konusu kuralla erkek çocuklar için getirilen koşulların kız çocuklar için aranmaması bu toplumsal gerçeğin sonucudur. Kız ve erkek çocuklara yetim aylığı bağlanmasındaki yasal farklılıklar, yukarıda açıklanan haklı nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 10. maddesine aykırı değildir.*”

Yine, 23.06.1998 tarihli, evli bir kadının zinasını öngören 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 440. maddesinin Anayasa’nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemine ilişkin varılan hüküm³⁰⁹ de belirtildiği üzere; “*Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, cinsiyetten başka bir nedene dayanmayan ayırımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.*”

2004 yılında yapılan değişiklik sonrasında konu ile ilgili 17.04.2007 tarihli Karar³¹⁰ örnek olarak verilebilir. Söz konusu Karar’da, “*Kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın tarımsal faaliyette*

³⁰⁹ 1998/03 E., 1998/28 K., Karar Tarihi 23.06.1998.

³¹⁰ 2003/81 E., 2007/50 K., Karar Tarihi 17.04.2007.

bulunan kimselerden, 22 yaşını doldurmuş erkekler ve 22 yaşını doldurmuş aile reisi kadınlar, bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar.” şeklindeki 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 2. maddesinin, Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilmiştir. Karar’da yer verilen ifadeye göre; *“Anayasa’nun 10. maddesinin 2. fıkrasında “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür”, 60. maddesinde ise, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”* Hal böyleyken ilgili Karar’da anılan düzenlemenin, *“Erkeklerle aynı koşullardaki kadınlar için ayrıca aile reisi olmanın da aranması, bu koşulu taşımayan kadınlara zorunlu sigortalılıkta sosyal güvenlik hakkını sağlamaması nedeniyle Anayasa’nın 10. maddesinin 2. fıkrasındaki “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” hükmüyle bağdaşmadığı”* şeklinde hüküm kurulmuştur.

3.2 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

Ayrımcılık, bir suç tipi olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. kitabının 2. kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin 122. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;*

a) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin; icrasını veya hizmetten yararlanmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,

b) besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

kimse hakkında 6 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.” denilmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen ve genel esaslar arasında yer alması itibarıyla yukarıda da değinildiği üzere, anayasal bir buyruk olarak Devlet’in tüm kuruluşlarının uyması gereken temel prensiplerden olan eşitlik ilkesi çerçevesinde, 122. madde Devlet’in bu görevini ve hukuk devleti olma idealini

sağlamak yönünde bir hukuki yararı korumaktadır³¹¹. Eşitlik ilkesi, ilkedен yararlanıanlar açısından ise, “eşit işlem görme ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını” doğurur³¹². Bu anlamda ayrımcılığın bir suç tipi olarak düzenlenmesi ile, kişilerin eşit işlem görme hakkı korunmaktadır. Yasa koyucunun anılan suç tipine “hürriyete karşı suçlar” başlığı altında yer vermiş olması bu görüşü destekler niteliktedir³¹³.

Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, failin niteliği konusunda bir sınıflandırma mevcut değildir. Suçun faili, ayrımcı nitelikli uygulamayı gerçekleştiren herkes olabilir. İlgili suçun mağduru da herkes olabilir. Her ne kadar mağduriyete sebep teşkil edebilecek nitelikler, ilgili madde hükmünde dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep olarak sayılmışsa da, bunlar sınırlayıcı değildir. Kişiler arasında farklı nedenlerle gidilen keyfi nitelikli ayrımlar da ilgili maddede yer alan düzenleme kapsamında değerlendirilecektir³¹⁴.

Türk Ceza Kanunu’nun 122. maddesinde düzenlenen ayrımcılık suçu ile esas olarak, Anayasa’da genel bir kural olarak kabul edilmiş eşitlik ilkesine aykırı keyfi davranışların ortaya konan bazı şekilleri yaptırıma bağlanmıştır. Bu anlamda anılan suç, 3 bent halinde sayılan hareketlerden her hangi birinin icrası ile gerçekleşeceğinden seçimlik karakterlidir. Eşitliğe aykırı davranış, yasada düzenlenen veya benzeri sebeplerle “mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufun”, “iş ve çalışma hakkının” ve “kamu hizmetlerinden yararlandırmanın” engellenmesi şeklinde gerçekleştiği vakit ceza hukuku anlamında suç teşkil edecektir³¹⁵.

³¹¹ Yenidünya Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, İstanbul 2006, Cilt 4 Sayı 11, s. 101.

³¹² Özbudun, s. 137.

³¹³ Yenidünya, s. 101.

³¹⁴ Yenidünya, s. 104.

³¹⁵ Yenidünya, s. 102.

122. maddenin a bendinde, ayrımcılık yaparak keyfi şekilde sadece belirli özelliklere sahip kişilerin işe alınması ya da bu düşünceyle bir takım kimselerin işe alınmaması halinin ayrımcılık suçunu teşkil edeceği düzenlenmiştir. Birazdan daha ayrıntılı biçimde incelenecek olan 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen "eşit davranma ilkesi"ne göre de işveren, kural olarak tüm işçilere eşit davranmakla yükümlüdür³¹⁶. Bu hükme aykırılık hali, İş Kanunu'nun 99. maddesi gereğince idari para cezasını gerektirmektedir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağından 122. maddenin kapsamına giren hallerde İş Kanunu'nun 99. maddesi uygulanmaz. Bu bağlamda, işçi alımı yapılan bir iş yerinde aynı niteliklere sahip erkek ve kadın işçi adayları arasından, salt cinsiyet temeline dayandırılan farklılık nedeniyle kadın işçilerin işe alınmaması Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak bunun için işverenin ilgili uygulamayı cinsiyet temelinde ayırım yapma maksadıyla gerçekleştirdiği ve keyfi bir biçimde hareket ettiğinin ortaya konması gerekir. Yoksa iş sahibinin yapılan işin niteliğini gözeterek belirli tercihlerde bulunması mümkündür³¹⁷.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde "*cinsel taciz*" suç olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; "*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine...ceza verilir.*" Her ne kadar 105. maddede cinsel tacizin tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, ilgili madde gerekçesine göre cinsel taciz, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğini taşımayan ve mağdurda rahatsızlık yaratan her türlü cinsel davranış cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir³¹⁸. Kanun'un 6. bölümünde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında yer verilen cinsel taciz suçu; failin kasden, mağdurun rızası dışında ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin cinsel amaçlı davranışların

³¹⁶ Doğan Yenisey (2002), s. 31.

³¹⁷ Yenidünya, s. 108-109.

³¹⁸ Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007, s. 311.

gerçekleştirilmesi suretiyle ortaya konur³¹⁹. Maddenin 2. fıkrasına göre; “*Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.*”

3.3 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, kadının toplum içerisindeki statüsünün belirlenmesi amacıyla, kadınların erkeklerle eşit haklara sahip çağdaş bireyler olarak toplumsal yaşamda yer almasını sağlamak üzere “*eşlerin eşit haklardan yararlanması*” ilkesi doğrultusunda hazırlanmıştır. Dayanağı, başta Anayasa’da yer alan eşitlik ilkesi ve cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı olan ve eşler arasında eşitliği sağlamaya yönelik çağdaş düzenlemeleri barındıran Medeni Kanun’un hazırlanışında, aynı zamanda Türkiye’nin taraf olduğu ve uygulama konusunda yükümlülük altına girdiği uluslararası belgelere de dayanılmıştır³²⁰.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik düzenlemeler aile hukuku ile ilgili düzenlemelerin arasında yer alır. Konu ile ilgili olarak öncelikle evlenme yaşında değişikliğe gidilmiş ve önceden erkekler için 17, kadınlar için 15 yaşın doldurulmasıyla kazanılan evlenme ehliyetine sahip olabilmek için, her iki eşin de 17 yaşını doldurmuş olması aranmıştır³²¹. Olağanüstü evlenme yaşı ise, her iki cins için de 16 olarak belirlenmiştir (md. 124).

³¹⁹ Üzülmüş İlhan, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Erişim için bkz.<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc>. (14.12.2007).

³²⁰ Türk Hikmet Sami, Türk ve Alman Özel Hukuku’nda Kadın Konulu Seminer Konuşması, 30.11.2001, Erişim için; <http://www.basin.adalet.gov.tr/b75.htm>. (14.11.2007).

³²¹ Bu düzenleme Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne de uygun bir düzenlemedir. Nitekim, anılan Sözleşme’ye göre doğumdan 18 yaşına kadar olan süre insan hayatının çocukluk devresidir. Dolayısıyla artık, eğitimle geçirmeleri gereken süre içerisinde çocukların evlenmesi yasal olarak mümkün olmayacaktır.

Evlenmek için yapılan başvuruda, başvurunun evleneceklerin içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte yapılması öngörülmektedir. Böylece evlilik başvurusunu yapmak için erkeğin ikametgahının bulunduğu yere gitme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır (md 134). Kocanın ikametgahının karının da ikametgahı sayılacağı şeklindeki hükme de Yeni Kanun'da yer verilmemiştir.

4721 sayılı Medeni Kanun öncesinde yürürlükte olan Medeni Kanun'a göre, koca evlilik birliğinin reisi idi. Dolayısıyla evlilik birliği içerisinde eşlerin sahip olduğu hak ve görevler de buna paralel bir biçimde düzenlenmişti. 4721 sayılı Medeni Kanun ise, eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesiyle uyumludur. Evlilik birliğinin yönetiminde eşit söz hakkı tanınmış ve eşlerin evlilik birliğini beraberce yönetmeleri ilkesi kabul edilmiştir. İlgili kanun maddeleriyle somutlaştırmak gerekirse; konutun seçimi, birliğin yönetimi ve giderlere katılma konularını düzenleyen 186. maddeyle önceki Medeni Kanun'un konutun seçimini kocaya tanıyan hükmü değiştirilmiş ve eşlerin beraberce oturacakları ortak konutu birlikte seçmeleri ilkesi getirilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılmaları konusunda da eşitlik ilkesine yer verilmiştir. "Karı ve çocukların infak ve iâşesinin kocaya ait olduğu" şeklindeki hüküm değiştirilerek, bu konuda her iki eşin de giderlere katılma zorunluluğu olduğu kabul edilmiş, fakat giderlere katılmada ölçü olarak eşlerin mali güçleri, emek ve malvarlıkları esas alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, geliri olan eş birliğin giderlerine malvarlığıyla, bir başka deyişle belli bir oranda parasal katkıda bulunarak, geliri olmayan eş ise emeğiyle katılmış olacaktır. Böylece özellikle belli bir geliri olmayan kadın eşlerin ev işlerinde ve kocalarının iş yerlerinde harcadıkları emek dikkate alınmak suretiyle onların boşanma halinde doğacak hakları koruma altına alınmış bulunmaktadır.

188. maddede yer alan düzenlemeye göre; *"eşlerden her biri ortak yaşamın devamı süresince ilenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder."* Eşlerin aynı zamanda birliğin temsili yetkisini kullandıkları hallerde, 3. kişilere karşı müteselsilen sorumlulukları söz konusu olacaktır. 189. maddede yer alan bu düzenlemeyle bu tür borçlardan yalnızca kocanın şahsen sorumlu olmasını öngören ilke değiştirilmiştir. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması konusunda

kocaya tanınan hak, eşlerden birinin başvurusu üzerine karar vermek üzere hakime tanınmış ve böylece kadının aleyhine olan bu durum ortadan kaldırılmıştır. (md. 190/1)

Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle 29.11.1990 tarih ve 30/31 sayılı Karar'la iptal edilen Eski Medeni Kanun'un "Karının meslek veya sanatı" başlıklı 159. maddesi, 4721 sayılı Medeni Kanun'da eşitlik ilkesi göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmiş ve 192. maddede eşlerden her birinin meslek veya iş seçiminde diğerinin iznine bağlı olmaksızın, dilediği meslek veya işi seçebileceğine yer verilmiştir.

Yine, Eski Medeni Kanun'da yer alan ve kadın erkek eşitliği ilkesi ile bağdaşmayan, "*kadına, müşterek saadetin temini hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavini ve müşaviri olma*" yükümlülüğü getiren hükümle, "*velayetin yürütülmesinde anlaşmazlığı düşülmesi halinde babanın oyuna üstünlük tanıyan*" hükmüne Yeni Kanun'da yer verilmemiştir. Yeni Kanun'da yer alan "*Velayetin Kapsamı*" başlıklı 339. maddenin ilk fıkrasına göre; "*ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.*"

4721 sayılı Medeni Kanun'un kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanması bakımından oldukça önem taşıyan bir düzenlemesi de evlilik birliğindeki yasal mal rejimine ilişkindir. Eşler arasındaki mal rejimi Eski Medeni Kanun'a göre "*mal ayrılığı*³²²",yken, 4721 sayılı Medeni Kanun'a göre yasal mal rejimi "*edinilmiş mallara katılma*³²³" olarak belirlenmiştir. Her eşin malının kendisine ait olması esasına dayanan ve eşlerden her birinin kanuni sınırlar içerisinde kendi mal varlığı üzerinde mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına bizzat sahip olduğu mal ayrılığı rejiminin, özellikle ev işleri ve çocuklarının bakımı ile ilgili veya kocaya ait iş yerinde harcadıkları emek göz ardı edilen ve dolayısıyla belli bir gelir sahibi olmayan kadınların mağduriyetine sebep olduğu ortadadır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ise eşlerin, edinilmiş mallar ve kişisel mallar olmak üzere iki grup malları

³²² Ayrıntılı bilgi için bkz; Acabey M Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998.

³²³ Ayrıntılı bilgi için bkz; Kılıçoğlu Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002.

vardır. Edinilmiş mal; evlilik birliğinin devamı süresince emek karşılığı elde edilen maldır ve eşlerden her birinin bu mal üzerinde kural olarak aynı değil fakat şahsi bir hak olan alacak hakkı söz konusudur. Bu suretle, 4721 sayılı Medeni Kanun'la getirilen düzenleme ile evlilik birliği içerisinde kadınların gösterdikleri çabanın maddi karşılığına kavuşabilme güvencesinden söz edebilmek mümkün kılınmıştır.

3.4 4857 Sayılı Türk İş Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesi

İş yerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama, çağdaş İş Hukuku'nca tanınan ve genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur³²⁴. Temel hedeflerinden biri Avrupa Birliği müktesebatına uyum olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan düzenleme ile 1475 sayılı yasa döneminde işveren borçlarından biri olan eşitlik ilkesi, Türk İş Hukuku'nun temel özelliklerinden biri halini almıştır³²⁵. Bireysel ve toplu iş sözleşmesinin yapılması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulacak olan eşitlik esası ile işverenin eşit işlem yapma borcunun hukuki kaynağını, İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan düzenleme ile yukarıda incelenen Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi oluşturur³²⁶. Gerekçesinde, *“çalışma hayatındaki hukuki çerçeveyi belirlemek, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından onaylanan Birleşmiş Milletlerin Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla, işçilere eşit davranma ilkesine yer verildiği”* ifade edilen 5. maddede yer alan düzenleme ile, bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü korunurken, değer yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, iş hukuku anlamında eşit işlem ilkesi katmanlı bir yapıya büründürülmüştür³²⁷. Nitekim, 5. maddenin ilk fıkrasında, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel olarak genel anlamda dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrımcılık yasağı hükme

³²⁴ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 157.

³²⁵ Doğan Yenisey Kübra, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, İstanbul 2006, Cilt 4 Sayı 11, s. 63.

³²⁶ Çelik, s. 157.

³²⁷ Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 362-363.

bağlanmıştır. 2. fıkrada, işverenin, tam ve kısmi süreli, belirsiz ve belirli süreli olarak çalışan işçiler arasında, bir başka deyişle sözleşme türü nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmış, 3. fıkrada ise, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Maddede yer alan diğer düzenlemelere göre, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz ve bu nedenle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz³²⁸.

Bu bağlamda ilgili düzenleme gereğince işverenin eşit davranma yükümlülüğünü dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı biçimde değerlendirmek mümkündür. İşverenin genel olarak işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü dar anlamda, ayrımcılık yasakları ise geniş anlamda eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder³²⁹. Temelde kişinin hak ve özgürlükleri ile ilgili olan ayrımcılık yasakları mutlak bir nitelik taşır. Bir başka deyişle işveren, işçileri arasında ilgili düzenlemede yer verilen sebeplere dayalı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz. Dolayısıyla, kişi hak ve özgürlüklerine mutlak bir biçimde riayet gerektiği alanlarda eşit davranma yükümlülüğü mutlak bir biçimde uygulama alanı bulur³³⁰. Diğer yandan, işverenin yönetim hakkı temeline dayandırılan ve kaynak olarak Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin gösterildiği dar anlamda eşit davranma yükümlülüğü³³¹ ise, göreceli nitelik taşır³³². Bu anlamda işveren, iş sözleşmesinin kişisel özelliği ve sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisine son verme konularında ayırım yapma kasdı bulunmaksızın haklı nedenlere dayalı olarak farklı davranabilir.

“Dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı” şeklindeki 5. maddenin ilk fıkrası, *“iş ilişkisinde”* geçerlidir. Bunun anlamı, ilgili sebeplere dayanan ayrımcılık yasağının iş

³²⁸ f. 4 ve 5.

³²⁹ Yenisey (2006), s. 66.

³³⁰ Ertürk Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 109.

³³¹ Yenisey, (2006) s. 66.

³³² TMK md. 2; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”*

ilişkinin kurulmasından sonraki safhalarda geçerli olacaktır³³³. İş ilişkisinde ayrımcılık yasağı kapsamında, iş ilişkisinin devamı süresince işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması durumunda işçinin yargı yoluna gitmesi halinde işveren 5. maddenin 6. fıkrasında yer alan düzenleme gereğince tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır. Yargıtay'a göre de, iş ilişkisinde ve çalışma koşullarının uygulanmasında işverenin ayrımcı tutumu, işçi açısından fesih için haklı neden teşkil eder³³⁴.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 5. maddenin ilk fıkrasında yer alan düzenlemenin iş ilişkisinde geçerli olduğu belirtilmiş olup, ayrımcı nitelikli iş duyuruları ile ilgili Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hal böyleyken, objektif bir biçimde yapılan değerlendirmeye göre, işin niteliği gerektirmedikçe ayırım yaratıcı nitelikte iş duyurusunda bulunmak veya iş duyurusunda yalnızca bir cinsiyet grubuna yönelik tarzda ifadeler kullanmak Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. İşverenin bu tür ayrımcı iş duyuruları, Anayasa'nın 10. maddesi karşısında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilemeyeceği gibi, kişilerin maddi varlığını geliştirme hakkına da sınırlama getirmek suretiyle kişilik haklarına tecavüz teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Zira, ayrımcı nitelikte iş duyuruları vazgeçilmez temel haklardan olan çalışma hakkını ve maddi varlığın geliştirilmesini sınırlayıcı etkiler doğurur³³⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "*işveren, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona*

³³³ Süzek, s. 363.

³³⁴ "...Kural olarak, işverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere objektif ve haklı olmayan sebeplere dayanarak farklı işlemde bulunamaz. Bu husus, işverenin eşit davranma borcunun bir gereğidir. Somut olayda davacı işçiye diğer çalışanlara nazaran çok az oranda zam verildiği sabit olmakla birlikte davalı işverence bu uygulama hakkında objektif ve haklı bir neden ileri sürülmüş değildir. Öte yandan davalı işverence, davacının 15.6.1998 tarihinden itibaren işe gelmemesi nedeniyle hizmet akdi 19.6.1998 tarihinde feshedilmiş ise de, davacı işçinin fesih bildiri 9.6.1998 tarihinde işverene tebliğ edilmiş olmakla sonuç doğurduğundan, bu tarihten itibaren davacının devamsızlığına dayanılmaz. Bu maddi ve hukuki olgular karşısında davacının haklı nedenle hizmet akdini feshettiği sonucuna varılarak kıdem tazminatı hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2000/1034 Esas, 2000/4713 Karar, Karar Tarihi 03.04.2000.

³³⁵ Onaran, s. 144.

ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” Anılan bu düzenlemede açık bir dille ifade edildiği üzere, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin nedenler göz önünde bulundurularak işveren tarafından farklı işleme gidilmesi ayırım yasağı çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Biyolojik sebeplerle kastedilen, kadın veya erkek cinsine has psikolojik ve anatomik özelliklerdir. İşin niteliğine ilişkin nedenler ise, en baştan işin tanımının belirli bir cinse mensup olmayı gerektirmesi, diğer cinsten o işi yapmasının beklenmesinin işin tabiatına ve zorunlu özelliklerine aykırı düşmesi anlamındadır³³⁶. İşin niteliği sebebiyle farklı işlemin meşrulaştırılabilmesi için, işin doğasından, niteliğinden veya yürütümünden kaynaklanan sebeplerle belli bir cinsiyetin işin icrasında vazgeçilmez bir koşul olması veya objektif bakımdan cinsiyetin işe ilişkin mesleki bir nitelik taşıması gerekmektedir. İşin konusundan, niteliğinden veya doğasından kaynaklanan sebeplerle, işin icrası ile cinsiyet arasında makul, mantıklı bir bağlantının kurulabildiği hallerde bu koşulların gerçekleştiği sonucuna varmak mümkündür³³⁷.

5. maddenin 4. fıkrasında işverenin ücret konusunda cinsiyet temelinde ayrımcılığa gidemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “Aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.” 5. fıkrada ise, “İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.” Bu düzenleme çerçevesinde, aynı veya eşit değerde çalışan işçiye sadece kadın olması nedeniyle daha az ücret verilmesi söz konusu olamayacağı gibi, biyolojik nedenlerle işçi sağlığı ve güvenliği başta olmak üzere kadın işçilere yönelik mevzuatta bazı koruyucu hükümler³³⁸in uygulanması

³³⁶ Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005, s. 437.

³³⁷ Onaran, s. 290.

³³⁸ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre; “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir.

Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir.

Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz.

daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesini oluşturmaz³³⁹. 4. fıkrada yer alan düzenlemeye göre, ilgili Avrupa Birliği mevzuatı paralelinde, sadece aynı nitelikte işlerde değil, farklı nitelikte olmakla birlikte eşit değerde işlerde de cinsiyet nedeniyle ücrette farklılık söz konusu olamaz. Kadın ve erkek işçiler arasında sadece cinsiyetleri gözetilerek farklı ücret öngörülememekle birlikte, kıdem, verimlilik, eğitim seviyesi gibi diğer objektif nedenler gözetilerek ücrette farklılığa gidilmesi mümkündür³⁴⁰. İlgili düzenlemede yer alan “ücret” kavramına, asıl ücretin yanında, ücret niteliğini taşıyan ve işçiye sağlanan tüm yararlar dahildir³⁴¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan somut düzenlemelerin, sözleşme türleri açısından ayrımcılık yasakları dışındakilerin tamamının kişinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olduklarını söylemek mümkündür. Esas olarak, sözleşme türü nedeniyle yapılan ayrımcılıkların ortaya çıkışında da cinsiyet temelinde ayrımcılık yatar³⁴². Çalışmanın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere, ATAD içtihatlarıyla geliştirilen dolaylı ayrımcılık kavramı ile, kısmi süreli sözleşmelerle çalışan kadınlar aleyhine ayrımcı nitelikli uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Dolaylı ayrımcılık kavramına, 5. maddenin 3. fıkrasında yer verilmiş, ancak kavram tanımlanmamıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere, dolaylı ayrımcılık hallerinde görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan ancak, hukuken meşru kabul edilebilecek bir nedenle de haklılaştırılmayan bir uygulama, bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz bir biçimde etkilemektedir. Her ne kadar, 5. maddenin ilk

İsteği halinde kadın işçiye, 16 haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde 18 haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.

Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam1 buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.”

³³⁹ Süzek, s. 364-365.

³⁴⁰ Mollamahmutoğlu, s. 438.

³⁴¹ Ibid. 438.

³⁴² Yenisey, (2006) s. 65.

fikrasında dolaylı ayrımcılık yasağına yer verilmemiş olsa da, cinsiyet ve gebelik nedeniyle yapılan ayrımcılık açısından dolaylı ayrımcılık yasağının özel olarak belirtilmiş olması, Türk İş Hukuku'nda şekli anlamda eşitlik anlayışının ötesine geçilerek maddi anlamda eşitlik anlayışına yaklaşıldığının önemli bir göstergesidir³⁴³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "*Feshin geçerli sebebe dayandırılması*" başlıklı 18. maddesinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan iş yerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin sözleşmesinin feshi için işverenin işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, iş yerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğunu belirttikten sonra, özellikle fesih sebebi olamayacak haller arasında "*ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*" ile "*kadın işçilerin 74. madde uyarınca hamilelik, doğum ve süt izni sebebiyle işe gelmemeleri*" açıkça sayılmıştır. Dolayısıyla, işverenin eşit işlem borcunu ihlal ederek, söz konusu nedenlerle iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olur³⁴⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nda "*cinsel taciz*" kavramının tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte, "*İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı*" başlıklı 24. maddesi ile işçiye cinsel tacizde bulunulması haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi nedeni sayılmıştır. Yine işverenin, işçinin veya aile fertlerinden birinin şeref ve namusuna yönelik söz ve davranışları, sataşma gibi ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan durumlar da işçiye iş sözleşmesini haklı fesih hakkını vermektedir. Aynı husus 25. maddede işveren açısından düzenlenmiştir.

Kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler, 4857 sayılı İş Kanun'un kabul ettiği eşitlik ilkesine uygun olarak, 55. maddeye göre yıllık ücretli

³⁴³ Kaya Pir Ali, Çalışma Hukukunda Eşitlik, Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk-İş Hukukundaki Yeri, Mercek, C. 10 S. 38, İstanbul 2005, s. 150.

³⁴⁴ Süzek, s. 365-366.

izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Yine, kadın işçileri korumaya yönelik düşüncelerle, 72. maddede “*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde her yaştan kadınların çalıştırılması yasaklanmıştır.*”

4857 sayılı Kanun’un “*Sağlık ve güvenlik tüzük ve yönetmelikleri*” başlıklı 78. maddesi ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi, yaş, cinsiyet ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişilerin çalışma şartlarının düzenlenmesi amacıyla tüzük ve yönetmelikler çıkaracağı hükme bağlanmıştır. Yine 88. maddede yer alan düzenlemeye göre; “*Gebe veya çocuk emziren kadınların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğu ve bunların çalışmalarında sakınca olmayan işlerde hangi şartlar ve usullere uyacakları, ne suretle emzirme odaları veya çocuk bakım yurdu (kreş) kurulması gerektiği Sağlık Bakanlığı’nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.* Bu hükme dayalı olarak, amacı ilk maddesinde; işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının (kreş) nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemek olarak ifade edilen “*Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*” yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³⁴⁵.

“*Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik*³⁴⁶”, 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarına ilişkin usul ve esasları düzenler. Yönetmelikte bahsi geçen “*gece postası*” kavramı, yönetmeliğin ilgili hükmünde ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İş

³⁴⁵ 14.07.2004 tarih ve 25552 sayılı R.G.

³⁴⁶ 09.08.2004 tarih ve 25548 sayılı R.G

Kanunu'nun 69. maddesinde belirtilen gece çalışma sürelerini kapsayan ve yedi buçuk saati geçmeyen çalışma zamanıdır.

22.01 2004 tarih ve 25354 sayılı R.G.'de yayımlanan "*Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi*" konulu 2004/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi'ne göre de; "*birey ve toplumun gelişimi ile sağlıklı nesillerin yetiştirilmesinde özel bir konuma sahip olan kadınların sorunlarıyla ilgilenilmesi Hükümetin öncelikli konulardan biridir.*" Bu hususta BM'in KKHAÖS'nin taraf devletlere, kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesini sağlamak için mevzuat değişiklikleri dahil her türlü önlemi alma yükümlülüğünü getiren 2. ve 11. maddelerine de atıf yapılmıştır. Bu doğrultuda ilgili genelge çerçevesinde, "*tüm kamu kurum kuruluşları tarafından personel temini amacıyla yapılacak çalışmalarda, başvuru kabul şartlarının hizmet gerekleri doğrultusunda belirleneceği ve ayrımcılığa meydan verilmeyecek şekilde hareket edileceği*" belirtilmektedir.

3.5 Türk Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliği İlkesini Sağlamaya Yönelik Yasal Düzenlemelerin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin İlerleme Raporlarına Yansıması

Türk Hukuku'nda kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik yasal düzenlemelerin Avrupa Birliği'ne katılım süreci açısından değerlendirilmesi hususunda gerek siyasi ve ekonomik kriterler gerekse Birlik müktesebatı çerçevesinde değerlendirme yapan ilerleme raporları aydınlatıcıdır.

1998 yılında yayımlanan ilk ilerleme raporunda Türkiye'de kadınların statüsünün Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunda geçerli olan duruma gittikçe yaklaşmakta olduğuna yer verilmiştir³⁴⁷. Rapora göre, 25 Ağustos 1998'de Bakanlar Kurulu tarafından onaylanan ve raporun yayımlandığı tarihte henüz Komisyon

³⁴⁷ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1998/turkey_en.pdf.

aşamasında olan Medeni Kanun tasarısının yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye’de kadın ve erkek arasında var olan eşitsizliklerin büyük bölümüyle ortadan kalkacağı öngörülmektedir. Bununla birlikte rapor, ev içi şiddetin yaygınlığı ve evlilik içinde kadına yönelik şiddet konusunda özel düzenlemelere yer verilmeyerek genel hükümlerle yetinildiği hususunu vurgulamakta ve 1985 yılında onaylanan KKHAÖS’yle uyumun yakalanamadığını ifade etmektedir. Yine aynı raporun istihdam ve sosyal işler başlığı altında, var olan bilgilere dayanarak Türkiye’nin sağlık, sosyal güvenlik, iş gücü ve fırsat eşitliği mevzuatına ilişkin müktesebata uyum derecesinin saptanamayacağı belirtilmiştir. Bu anlamda, ilk ilerleme raporunun Türkiye açısından konu ile ilgili olarak ciddi sorunların varlığına işaret ettiği ve ilerleme kaydedilmesi gerektiğinin altını çizdiğini söylemek yanlış olmaz.

1999 yılında yayımlanan ilerleme raporunda konu ile ilgili olarak yer verilen ve oldukça önemli bir adım nitelendirilen husus, 1985 yılında onaylanan KKHAÖS’nin ilgili maddelerine Türk Medeni Kanunu’nun evliliğe ve aile ilişkilerine dair hükümlerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle koyulmuş olan çekincelerin kaldırılmasıdır³⁴⁸. Bu çekincelerin kaldırılmasıyla Türkiye, BM sisteminde ikinci en geniş katılımlı sözleşme olma niteliğini taşıyan KKHAÖS’ye çekince koymaksızın taraf olmuştur. İstihdam ve sosyal işler başlığı altında ise, Türk mevzuatının sağlık, sosyal güvenlik, iş gücü ve fırsat eşitliği konularında müktesebat ile uyum derecesinin sınırlı ve sosyal güvenlik sisteminin ağır mali yük altında olduğuna yer verilmiştir³⁴⁹.

2000 yılında yayımlanan ilerleme raporunda sosyal politikalar başlığı altında yer verilen kadın erkek eşitliği hususunda fırsat eşitsizliğinin halen devam etmekte olduğu ifade edilmiş ve kadın erkek okur-yazarlığına ilişkin istatistikî veriler değerlendirilerek kadınların eğitim durumunun iyileştirilmesi için daha fazla

³⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz; Kadının Statüsünün Araştırılarak Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin Yaşana Geçirilmesi İçin Alınması Gereken Tedbirleri Tespit Etmek Amacıyla Kurulan T.B.M.M. Kadının Statüsünü Araştırma Komisyonu Raporu, KSSGM, Ankara 2003.

³⁴⁹ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/1999/turkey_en.pdf (03.02.2008).

çalışılması gerektiği vurgulanmıştır³⁵⁰. Halen yürürlükte olan Medeni Kanun'un ilgili hükümlerinin kadın ve erkek arasında belli ölçüde hukuki eşitsizliğe sebebiyet verir nitelikte olduğunun altı çizilmiş ve töre cinayetleri dahil aile içinde kadına karşı şiddetin ciddi kaygıya sebep olan bir sorun olduğu belirtilmiştir. Aynı rapora göre, Türk Anayasası kadın erkek eşitliğini garanti etmekte ve ayrımcılık yapmama ilkesini koymaktadır. Ancak eşit muamele ilkesinin uygulanmasını ve icra edilmesini sağlamak için çaba gösterilmesi gerekmektedir. Sosyal politika ve istihdam başlığı altında 1999 yılı ile bir kıyaslamaya gidilerek, eşit muamele, sosyal diyalog, sağlık ve güvenlik konularında ciddi bir ilerleme kaydedilmediği ve Türk mevzuatının standartlar, yöntemler ve izleme gerekleri açısından Birlik mevzuatından oldukça farklı olduğu belirtilmiştir³⁵¹.

2001 yılı ilerleme raporunda öncelikle kaydedilen husus, kadına yönelik şiddetin kaygı verici boyutta olduğu ve töre cinayetlerini işleyenlerin indirim hükümlerinden yararlanmalarının devam ettiğidir. Rapora göre sosyal politika ve istihdam alanındaki gelişmeler sınırlıdır. Muamele eşitliği ve analık iznine dair çalışmalar başlamış olmakla birlikte müktesebata uyum sağlamak için yeni adımlar atılması beklenmektedir. Kadın erkek arasında muamele eşitliği konusunda müktesebata uyum konusundaki çalışmalar hız verilmesi istenmekle birlikte ayrımcılıkla ilgili olarak Amsterdam Antlaşması'nın 13. maddesine dayanan ayrımcılık karşıtı müktesebatın uyumu için çaba gösterilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir³⁵².

2002 yılında yayımlanan ilerleme raporunun konu ile ilgili ağırlıklı noktasını 2002 yılı itibarıyla yürürlüğe giren Medeni Kanun'un oluşturduğunu söylemek yanlış olmaz. Rapor'a göre yeni Medeni Kanun, kadın erkek eşitliğinin sağlanması

³⁵⁰ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/turkey_en.pdf (03.02.2008).

³⁵¹ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2000/turkey_en.pdf (03.02.2008)

³⁵² http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2001/turkey_en.pdf (03.02.2008)

anlamında önemli gelişmeler kaydetmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesine "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır." hükmünün eklenmiş olmasına da değinilen raporun sosyal politikalar ve istihdam başlığı altında, İş Kanunu'nu revize etmek amacıyla bir komite kurulduğuna yer vermekle birlikte 2001 yılından bu yana konu ile ilgili olarak sınırlı ilerleme kaydedildiği belirtilmiştir³⁵³. Her ne kadar çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik çalışmalarının yetersizliği vurgulanmakta ise de Ağustos 2002'de kabul edilen iş güvencesi yasasının iş akitlerinde ayrımcılık yapmamayı hüküm altına alması ve cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat yüküne dair bir hüküm içermesi olumlu bir adım olarak nitelendirilmiştir.

2003 yılı ilerleme raporunda konuya ilişkin göze çarpan ilk değerlendirme yeni İş Kanunu'na ilişkindir. Kadın ve erkek arasında eşit muamele hususunda eşit ücret, istihdamda eşit muamele ve ispat yükü ile ilgili Birlik yönergelerine kısmen uyumlu hükümler girdiği ve analık izni ile ilgili düzenlemelerin yapıldığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte kadın istihdamının düşüklüğü ve kayıt dışı olma oranının büyüklüğü eleştirilerek Avrupa İstihdam Stratejisiyle uyumlu bir strateji geliştirmenin gerekliliği vurgulanmıştır. Yine rapora göre işyerinde sağlık ve güvenliğe ilişkin müktesebat ile uyumlu düzenlemeler yapılmalı ve ilgili uygulama yönetmelikleri çıkarılmalıdır³⁵⁴.

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından çıkarılan 2004 yılı ilerleme raporunda, bir önceki yıllarla kıyaslandığında konuya ilişkin olumlu gelişmelerin daha fazla yer aldığını söylemek yanlış olmaz. Zira rapor; Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasına 7 Mayıs 2004 tarihinde kadın erkek eşitliğine dair bir ibare eklendiğinden, genel olarak kadının insan haklarını koruyan ve gözetilen düzenlemeler içeren yeni Ceza Kanunu'nun kabulünden, kanunları uygulayanlar dahil olmak üzere kadına yönelik şiddet konusunda toplumda farkındalık düzeyinin arttığından, 22 Mayıs 2003

³⁵³ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2002/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

³⁵⁴ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2003/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

tarihinde kabul edilen yeni İş Kanunu uyarınca hamile emzikli kadınların çalıştırılma ilkeleri ve gece çalışmasını düzenleyen yönetmeliklerin yürürlüğe girmesinden, yeni İş Kanunu'nda kadın işçiler için 16 haftaya çıkarılan doğum izninin yapılan düzenlemeyle devlet memurlarını kapsayacak şekilde genişletildiğinden ve kamu sektöründe işe almada cinsiyet temelli ayrımcılığı yasaklayan başbakanlık genelgesinin çıkarılmış olmasından bahsedilmektedir. Bununla birlikte raporda yer verilen olumsuz eleştiriler özellikle aile içi şiddetin daha etkin bir biçimde önüne geçilmesi ve kadınların eğitim düzeyinin yükseltilmesi konularındadır. Ayrıca, eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin hayata tam olarak geçirilemediği ve ebeveyn iznine ilişkin düzenlemelerin yapılması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bununla birlikte rapora göre İş Kanunu'nun kapsama alanı genişletilmeli, buna paralel olarak koruyucu hükümlerden yararlanan kadın sayısı artırılmalıdır³⁵⁵.

2005 yılı ilerleme raporunda öncelikle vurgulanan husus İş Kanunu'nun uygulama alanının darlığıdır. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yönetmeliklerin de tam uygulanmadığı ve çalışma yaşamına ilişkin mevzuatın kamu sektörünü de kapsayacak biçimde genişletilmesi gerektiğine yer verilen raporda, daha fazla uyum sağlanması gereken alanlar ebeveyn izni, eşit ücret, istihdama erişim, ispat yükümlülüğü ve kanuni ve mesleki sosyal güvenlik alanları olarak sayılmıştır. İş yasası ve iş yerinde sağlık ve güvenlik alanlarında sınırlı ilerlemenin kaydedildiği belirtilmekle birlikte, rapora göre ayrımcılıkla mücadele ve cinsiyet eşitliği konularında hiçbir hukuki ilerleme mevcut değildir. Raporda, Temmuz 2005'de Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na ilk kez bir kadın yargıcın seçilmesi de vurgulanmıştır³⁵⁶.

2006 yılında düzenlenen ilerleme raporunda da temel eleştiriler, eğitime erişim, sosyal yaşamda karşılaşılan ayrımcılık ve kadınların karar mekanizmalarında temsilinin oldukça sınırlı oluşudur. Raporun Ekonomik ve Sosyal politika başlığı

³⁵⁵ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2004/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

³⁵⁶ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2005/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

altında Birlik mevzuatına uyum çerçevesinde İş hukukunda bir ilerleme kaydedilmediği belirtilmiş ve kadınlarının iş gücüne katılım oranını yükseltecek biçimde bir istihdam politikası oluşturulması gerektiğinin altı çizilmiştir³⁵⁷.

Komisyonun 2007 yılına ait raporunda da kadına yönelik şiddet, karar alma mekanizmalarına katılım, iş gücü piyasasına katılım oranını düşüklüğü özellikle vurgulanan hususlardır. Bununla birlikte ayrımcılıkla mücadele ve eşit muamele kapsamında sınırlı ilerleme kaydedildiği ve daha fazla uyum gerektiğinin, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün idari kapasitesi güçlendirilmekle birlikte, ayrımcılığın önlenmesi ve eşit muamelenin teşviki için etkin ve bağımsız bir eşitlik kurumu oluşturulması ihtiyacının altı çizilmiştir³⁵⁸.

³⁵⁷ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2006/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

³⁵⁸ http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/2007/turkey_en.pdf. (03.02.2008)

SONUÇ

Genel eşitlik ilkesinin başlıca uygulama alanlarından biri olan kadın erkek eşitliği ilkesinin bir tanımını yapmak, içeriğini belirlemek veya sınırlarını çizmek oldukça güçtür. Çünkü eşitlik, henüz hakkında görüş birliğine varılamamış, bu nedenle çeşitli şekillerde ortaya konmaya çalışılmış bir kavramdır. Ancak, tanımı hangi eşitlik anlayışı perspektifinden yapılıyor olursa olsun, kadın erkek eşitliği ilkesinin, çağdaş toplumların bünyesinde barındırdığı temel haklardan olduğunu söylemek yanlış olmaz³⁵⁹.

Kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik mücadelelerin geçmişi 18. yüzyıla dayanır³⁶⁰. Konu ile ilgili verilen mücadeleler zamanla devletlerin gerek iç hukuk düzenlerinde, gerekse uluslararası örgütlerin belge ve sözleşmelerinde eşitliğin gerçekleştirilmesi amacına yönelik düzenlemeler yapılmasını sağlamıştır³⁶¹.

ATAD tarafından “*farklı uygulamayı meşru kılacak bir sebep olmaksızın, karşılaştırmaya tabi tutulan benzer konumdaki kişi veya durumların, farklı uygulamaya maruz bırakılmaması*” olarak tanımlanan genel eşitlik ilkesi, Avrupa Birliği Hukuku’nda Birlik’in temel değerlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Birlik’in tüm vatandaşlarına aynı hak ve imkanların tanınması ve vatandaşların her alanda eşit muameleye tabi tutulması sosyal bir hedef olarak belirlenmiş ve bu alanda çeşitli yasal düzenlemelere gidilmiştir³⁶². Hal böyleyken, Birlik düzeyinde kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik yasal düzenlemeler ve ortaya konan politikalar Avrupa Birliği Hukuku’nda önemli bir yer tutar.

Avrupa Birliği’nde kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik ilk yasal düzenleme 1957 tarihli ATA’ya dayanır. Bir başka deyişle, kadın erkek eşitliği ilkesi, Birlik’in kurulduğu günden bu yana üzerinde durulan bir konudur. Ancak

³⁵⁹ Prechal-Burrows, s. 2. Ellis, s. 1-2.

³⁶⁰ Onaran, s. 18.

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Ellis 3.

buradan, o tarihlerde Birlik düzeyinde kadın erkek eşitliği ilkesinin tüm alanlarda hayata geçirilmeye çalışıldığı gibi bir sonuca varmak mümkün değildir³⁶³. Zira ATA'nın konu ile ilgili 119. maddesi yalnızca ücret eşitliğine ilişkindir. Dolayısıyla ilk başlarda Birlik düzeyinde konunun yalnızca istihdam alanıyla ilişkilendirildiğini söylemek mümkündür. Daha sonraları ortaya konan yönergelerle kadın erkek eşitliği ilkesinin yalnızca ücretle sınırlı kalmasının önüne geçilmiş, işe alınma ve çalışma koşullarında eşit muamele ve sosyal güvenlik alanında eşitliğin sağlanmasına çalışılmıştır.

Kadın erkek eşitliği ilkesine ilişkin sosyal ve insani boyutun ön plana çıkarılmasında, ekonomik bütünleşmeye yönelik hedeflerin gerçekleştirilip bütünleşmenin siyasi bir boyuta doğru ivme kazanmasıyla birlikte, ATAD'ın konu ile ilgili içtihatları da büyük rol oynamıştır³⁶⁴. Bununla birlikte, çalışmada incelenen çeşitli kararlarda görüldüğü üzere Birlik'in yetkilerini hala daha ekonomik çıkarlardan yana kullanma eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür³⁶⁵. Ayrıca, kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanmasına yönelik daha aktif ve etkili olabilecek düzenlemelere gidilebilecekken konunun ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerle karşılanması eleştirilebilir³⁶⁶.

Konuyla ilgili olarak Birlik'in yaklaşımına getirilebilecek bir diğer eleştiri, cinsiyet temelli toplumsal kalıp yargıların ortadan kaldırılmasına karşı mesafeli bir tutum izlenmekte oluşudur³⁶⁷. Nitekim adı geçen Hofmann Kararı'nda açık bir biçimde ifade edildiği üzere, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler “*ne ebeveynler arasında sorumluluğun paylaşılması, ne de aile birliğinin kendine özgü yapısını yeniden şekillendirmeye muktedir kabul edilebilir.*”

³⁶³ Barnard (1999), s. 217.

³⁶⁴ Waddington, s. 3-4.

³⁶⁵ Masselot, s. 152.

³⁶⁶ ATA md. 13'e göre; “*Bu Antlaşma'nın diğer hükümlerine zarar vermeyecek şekilde ve bu Antlaşma tarafından Topluluk'a verilmiş olan yetkiler çerçevesinde Konsey, Komisyon'dan gelecek bir teklife binaen ve Avrupa Parlamentosu'na da danıştıktan sonra cinsiyet, ırksal ya da etnik köken, din ya da inanç, bedensel özürlü, yaş ya da cinsel tercihlere dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek üzere gerekli tedbirleri alabilir.*” ATA md 141 “*cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık gözetilmeksizin eşit ücret*”ten bahseder.

³⁶⁷ Barnard (2000), s.242.

Oysa ki, kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanması bakımından mesleki yaşam ile aile hayatı arasında bir uzlaşma sağlanması en öncelikli konulardan biridir. Kadınların istihdam piyasasına erkeklerle eşit koşullarda dahil edilmesinin sağlanabilmesi, kadınların ev içi sorumluluklarının hafifletilerek erkek ve kadınların ev işleri ve çocuk bakımından ortaklaşa sorumlu olmalarından ayrı düşünülemez.

Avrupa Birliği'nde kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanmasına yönelik getirilen düzenlemeler ve Birlik'in konuya bakış açısı ile ilgili olarak getirilebilecek temel eleştiriler yukarıdaki gibi olmakla birlikte, konunun yalnızca ele alınmış olmasının dahi olumlu bir takım yanları mevcuttur. Nitekim, Avrupa Birliği'nin ulus üstü karakteri ve bunun doğal sonucu olarak Birlik Hukuku'nun üstünlüğünün kabul edilmesi ilgili düzenlemeleri, kadın erkek eşitliği ilkesinin sağlanmasına yönelik ortaya konan diğer tüm uluslararası düzenlemelere göre etkin kılar. Bu anlamda özellikle Amsterdam Antlaşması'yla değişik 141. maddenin hem yatay hem de dikey olarak doğrudan etkili olduğunun kabul edilmesi son derece önemlidir. Dolayısıyla, üye devletlerin ulusal mahkemeleri önlerine gelen somut olayda, konuya ilişkin Birlik düzenlemeleriyle çatışan ulusal düzenlemeleri görmezden gelerek Birlik düzenlemeleri doğrultusunda karar vermekle yükümlüdür³⁶⁸.

Yine dolaylı ayrımcılık kavramının tanımlanıp kabul edilmesiyle en azından potansiyel olarak, ayrımcılığın ortaya konulmasında belirleyici olan katı kıstasların bertaraf edilmiş olması özellikle belli alanlarda örneğin çoğunluğu kadınlardan oluşan yarı zamanlı çalışmaya açısından önem taşır.

Kadın erkek eşitliği ilkesini sağlamaya yönelik bir takım yasal düzenlemeler ortaya koymak, konuya dikkat çekmek ve fiili olarak hayata geçirmek bakımından kuşkusuz önemli ve gereklidir, ancak yeterli değildir. Bu nedenle özellikle 2000'li yıllarından başından bu yana konu ile ilgili Birlik düzeyinde çeşitli politikalar üretilmekte ve kadın ve erkek arasında eşitliğin tüm boyutlarıyla birlikte ele alınması ve gerek doğrudan gerekse dolaylı bir biçimde günlük hayattaki yerini almasına

³⁶⁸ Craig-De Burca, s. 275.

çalışılmaktadır. Amacına uygun olarak bu politikalar eşitliği, biyolojik anlamda cinsiyet farklılığı üzerinden değil, toplumsal anlamda cinsiyet farklılığı üzerinden tanımlanmakta ve Üye Devletler arasında ortak bir bakış açısı yakalanmaya çalışılmaktadır.

Kadın erkek eşitliği ilkesinin tüm boyutlarıyla hayata geçirilmesinin sağlanmasının, Avrupa Birliği Hukuku'nda giderek önemli bir yer tutmasıyla birlikte, Birliğe tam üyelik sürecinde olan Türkiye açısından gerekli yasal düzenlemeleri yapma gerekliliği doğmuştur. Çalışmanın üçüncü bölümünde incelenen bu yasal düzenlemeler ne yazık ki, ilgili ilerleme raporlarında da belirtildiği üzere yeterli görülmemektedir. Getirilen eleştirilerin, ilgili Avrupa Birliği düzenlemelerine uyumun yanı sıra özellikle kadına karşı şiddetin önüne geçilmesi, eğitim olanaklarına erişim ve iş gücü piyasasında yetersiz istihdam ve karar alma mekanizmalarında yeterli oranda temsil edilememe konularında yoğunlaştığı görülmektedir. Konu ile ilgili olarak yapılan çalışmalar ve getirilen düzenlemeler elbette ki ilgili bölümde ayrıntılı bir biçimde incelenen yasalarla sınırlı değildir. Aynı zamanda Türkiye'de de Avrupa Birliği'nde olduğu gibi toplumsal cinsiyet politikaları ortaya konmaya başlamış ve bu politikaların kurumsallaştırılması sürecine girilmiştir³⁶⁹. Kadın erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesine yönelik oluşturulan politikalar ve incelenen yasal değişikliklerle birlikte kadın erkek eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesine yönelik somut bir takım adımlar atıldığını söylemek mümkündür. Ancak bir kez daha vurgulamak gerekir ki, cinsiyetler arasında eşitliğin, yalnızca yasal bir takım düzenlemeler yoluyla sağlanması ne yazık ki mümkün değildir. Gerek Avrupa Birliği düzeyinde gerekse ulusal düzeyde, ortaya konan yasal düzenlemelerle birlikte konu ile ilgili toplumsal bilincin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması zorunludur.

³⁶⁹ Şimdiki adıyla Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 20 Nisan 1990 günlü R. G.'de yayımlanan 422 sayılı KHK ile "Kadının Statüsü ve Sorunları Başkanlığı" adıyla ve Başbakan'a bağlı olarak kurulmuştur.

KAYNAKLAR

Acabey M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998.

Acuner Selma, Türkiye’de Kadın Erkek Eşitliği ve Resmi Kurumsallaşma Süreci, Ankara Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1999.

Arısoy Alper-Demir Nesrin, Avrupa Birliği Sosyal Hukuku’nda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği, Ege Akademik Bakış, 2007/7.

Arsava Füsün, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Temel Haklar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu’na Armağan, Cilt 52, Sayı:1-4 Ocak-Aralık.

Barbera Marzia, Not the same? The Judicial Role in the New Community Anti Discrimination Law Context, Industrial Law Journal, Vol. 31 No. 1, March 2002.

Barnard Catherine, EC Employment Law, Oxford University Press 2000.

Gender Equality in the EU: A Balance Sheet, The EU and Human Rights edited by Alston-Bustelo-Heenan, Oxford University Press 1999.

Barnard Catherine-Hepple Bob, Substantive Equality, Cambridge Law Journal, Vol.59 No. 3, November 2000.

Batum Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993.

Bell Mark, Equality and the European Union Constitution, Industrial Law Journal, Vol. 33 No. 3, September 2004.

Booth Christine, Bennet Cinnamon, Gendermainstreaming In The European Union Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities?', The European Journal of Women's Studies, Vol. 9 No. 4, 2002.

Bozkurt Enver-Özcan Mehmet-Köktaş Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Ankara 2004.

Chemerinsky Erwin, In Defence Of Equality: A Reply To Professor Westen, Michigan Law Review, Vol. 81 No. 3, January 1983.

Connolly Michael, Townshend-Smith on Discrimination Law : Text, Cases and Materials, London 2004.

Coles Joanne, Law Of The European Union, London 2005.

Costello Cathryn-Davies Gareth, The Case Law Of The Court Of Justice In The Field Of Sex Equality Since 2000, Common Market Law Review, Vol. 43, 2006.

Craig Paul., Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, European Law Review, Vol. 22, December 1997.

Craig Paul-de Burca Grainne, EU Law Text, Cases and Materials, Oxford University Press 2003.

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.

Çelikel Aysel, Uluslararası Sözleşmelerde Kadın, Her yönüyle Türkiye'de Kadın Olgusu, hazırlayan Arat Necla, İstanbul 1992.

Doğan Yenisey Kübra, Kadın Erkek Eşitliği Bağlamında Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği İş Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 6 Sayı 4, Ankara 2002.

İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, İstanbul 2006.

Ellis Evelyn, European Community Sex Equality Law, Oxford University Press 1998.

Elver Hilal, Gender Equality from a Constitutional Perspective-The Case of Turkey, The Gender Of Constitutional Jurisprudence, edt. by Baines Beverly-Rubio Marin Ruth, Cambridge 2005.

Erkut Celal, Hukuka Uygunluk Bloku, İstanbul 1996

Ertürk Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.

Fenwick Helen-Hervey K. Tamara, Sex Equality In The Single Market: New Directions For The European Court Of Justice, Common Market Law Review, Vol. 32, 1995.

Fiss Owen, Groups and the Equal Protection Clause, Philosophy & Public Affairs, Vol. 5 No. 2, Winter 1976.

Fredman Sandra, Equality a New Generation, Industrial Law Journal, Vol. 30 No. 1, June 2001.

Discrimination Law, Oxford University Press 2002.

European Community Discrimination Law, A Critique, Industrial Law Journal, Vol. 21, 1992.

Gören Zafer, Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998.

Guerrina Roberta, Equality, Difference and Motherhood: The Case For a Feminist Analysis of Equal Rights and Maternity Legislation, Journal of Gender Studies, Vol 10. No. 1, 2001.

Habermas Jürgen, Avrupa'nın Niçin Bir Anayasa'ya Gereksinmesi Var?, çev. Kemal Atakay, Cogito Düşünce Dergisi, Sayı 39, İstanbul 2004.

Hervey K. Tamara, Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence, European Law Journal, Vol. 4 No. 2, June 1998.

Horspool Margot, European Union Law, London 2000.

İnceoğlu Sibel, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, 2006.

Kantarcıoğlu Fulya, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, İzmir 1998.

Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara 1993.

Karluk S. Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul 1998.

Kaya Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Ankara 2007.

Çalışma Hukukunda Eşitlik, Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk-İş Hukukundaki Yeri, Mercek, Cilt 10 Sayı 38, İstanbul 2005.

Kılıçoğlu Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002.

Krimphove Dieter, Europaisches Arbeitsrecht, München 1996.

Korkusuz Refik, Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1998.

Lautmann Rüdiger, Die Gleichheit der Geschlechter und Die Wirklichkeit des Rechts, Bremen 1990.

Leon Margarita-Diaz Mateo Mercedes-Milnns Susan, (En)Gendering The Convention, Women and The Future of The European Union, The Robert Schuman Centre For Advanced Studies Policy Paper 03/1.

Lewis Jane, Work/Family Reconciliation, Equal Oppurtunities and Social Policies: The Interpretation of Policy Trajectories at the EU Level and the Meaning of Gender Equality, Journal of European Public Policy, Vol. 13, No. 3, April 2006.

Lipson Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, çev. Karamustafaoğlu T., İstanbul 1986.

Mackinnon Catharine, Reflections on sex equality under law , The Yale Law Journal, Vol. 100, No. 5, Centennial Issue- March.1991.

Masselot Annick, The State of Gender Equality Law in the European Union, European Law Journal, Vol. 13 No. 2, March 2007.

Mccrudden Christopher, The New Concept of Equality, ERA Forum, Vol. 4 No. 3, September 2003.

Mcglynn Claire, Ideologies Of Motherhood in European Community Sex Equality Law, European Law Journal, Vol. 6, No. 1, March 2000.

Millns Susan, Gender Equality Citizenship and the EU's Constitutional Future, European Law Journal, Vol. 13 No. 2, March 2007.

Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005.

Nielsen Ruth, Gender Equality in European Contract Law, Denmark 2004.

Onaran Yüksel Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

Owens M. James-Gomes M. Glenn-Morgan F. James, Sexual Harrassment in the European Union: The Dawning Of a New Era, SAM Advanced Management Journal, Vol. 69 No. 1, Winter 2004.

Öden Merih, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.

Özdamar Demet, Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14 Sayı 2, 2006.

Özdemir Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, 2006.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005.

Prechal Sacha-Burrows Noreen, Gender Discrimination Law of The European Community, Dartmouth 1990.

Schlachter Monika, Wege zur Gleichberechtigung: Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, München 1993.

Schliemann Harald- Ascheid Reiner, Das Arbeitsrecht im BGB:Kommentar, Berlin 2002.

Schiek Dagmar, Sex Equality Law After Kalanke and Marschall, European Law Journal, Vol. 4, No. 2, June 1998.

Steiner Josephine-Woods Lorna, Text Book on EC Law, Oxford University Press 2003.

Szpunar Maciej, Direct Effect of Community Directives in National Courts - Some Remarks Concerning Recent Developments, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2003.

Szyszcak Erika, EC Labour Law, Pearson Education Limited, 2000.

Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005.

Şenel Alaeddin, İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını 6, İzmir 1996.

Şenyücel Orçun, The Direct Effect Of Community Directives: The Effect of Unilever Judgement, Ankara Law Review, Vol. 2 No. 1, Summer 2005.

Şimşek Oğuz, Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 73, Sayı 1, Ocak 2008.

Tanör Bülent-Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.

Tekinalp Ünal-Tekinalp Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.

Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2007.

Timmerman Greetje-Bajema Cristien, Sexual Harrassment in Northwest Europe: A Cross Cultural Comparison, European Journal of Women's Studies, Vol. 6 No. 4, November 1999.

Towsend Smith Richard, Economic Defences to Equal Pay Claims, Sex Equality Law In The European Union ed. by Hervey K. Tamara-O'Keeffe David, Wiley 1996.

Tridimas Takis, The General Principles of EC Law, Oxford University Press 1999.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara 1983.

Uçkan Banu, Avrupa Anayasası'nın Genel Çerçevesi ve Sosyal Politikalara İlişkin Temel Düzenlemeleri, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2005/3.

Waddington Lisa, The Expanding Role Of The Equality Principle in The European Union Law, Robert Schuman Centre for Advanced Studies European University Institute Policy Papers, 2003.

Walby Sylvia, The European Union and Gender Equality: Emergent Varieties of Gender Regime, Social Politics, Vol. 11 No. 1, Spring 2004.

Westen Peter, The Empty Idea Of Equality, Harvard Law Review, Vol. 95 No. 3, January 1982.

Woodward Allison, European Gender Mainstreaming: Promises and Pitfalls of Transformative Policy, Review of Policy Research, Vol. 20 No.1, March 2003.

Yavaş Mahmut, Avrupa Birliğinde Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığın Engellenmesi, TÜHİS: İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 17-18, Sayı 6-1, 2002/2003.

Yenidünya Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Cilt 4 Sayı 11, İstanbul 2006.

İnternet Kaynakları

.http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/turkey_en.pdf.

. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

. <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2002/june/Willisjudepress.htm>.

. http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/FactSheets/ABVEKadin.pdf.

. http://europa.eu/employment_social/gender_equality/framework/strategy_en.html.

. <http://www.kagider.org/getDocument.aspx?intpageNo=78>.

. <http://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/shworkpl.pdf>.

. <http://www.kssgm.gov.tr/belgeler/uaiab/96-97.doc>.

. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc>.

. <http://www.danistay.gov.tr>

. <http://www.ushistory.org>

EK

ÇALIŞMADA ADI GEÇEN ATAD KARARLARI

C-8/78 Milac v. HauptzoUarat Freiburg, [1978] ECR 1721.

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

C-149/77 Defrenne v. Sabena (3), [1978] ECR 1365.

C-270/97 Deutsche Post AG v. E. Sievers&C-271/97 B. Schrage , [2000] ECR I-929.

C- 41/74 Van Duyn v. Home Office, [1974] ECR 1337.

C-152/84 Marshall v. Southampton and South-West Area Health Authority [1986] ECR 723.

C-91/92, Faccini Dori v. Recreb Sri [1994] ECR 1-3325.

C-188/89 Foster v. British Gas [1990] ECR I-3313.

C-14/83 Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 1891.

C- 6-9/90 Frankovich & Bonifaci v. Italian State [1991] ECR 5357.

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

C- 14/83 Von Colson [1984] ECR 1891.

C- 177/88 Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volvvassenen (VJV-Centrum) [1990] ECR I-3941.

C-271/91 Marschall v. Southampton and South West HampshireArea Health Authority, [1993] ECR I-4367.

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

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

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

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

C-129/79 Macarthys Ltd. v. Smith [1980] ECR 1275.

C-43/75 Defrenne v. Sabena (II) [1976] ECR 455.

C-80/70 Defrenne v. Belgian State [1971] ECR 445.

C-69/80 Worringham and Humphreys v. Llyods Bank [1981] ECR 767.

C- 23/83 Liefting and Others v. Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam [1984] ECR 3225.

C-262/88 Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group [1990] ECR I-1889.

C-12/81 Garland v. British Railways Board [1982] ECR 359

C-171/88 Rinner-Kühn [1989] ECR 2743.

C-61/81 Commission v United Kingdom [1982] ECR 2601.

C-237/85 Rummler [1986] ECR 2101.

C-248/83 Commission v. Germany [1985] ECR 1459.

C-165/82 Commission v United. Kingdom [1983] ECR I-3431.

C-224/84 Johnston v Cheif Constable of the RUC [1986] ECR 1651

C-273/97 Sirdar v. Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403.

C-285/98 Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland [2002] ECR I-66.

C-184/83 Hofmann v. Barner Ersatzkasse [1984] ECR 3047.

C-179/88 Hertz v. Dansk Arbejdsgiverforening [1990] ECR 3979.

C-32/93 Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd [1994] ECR I-3567.

C-450/93 Kalanke v. Freie und Hansestad Bremen, [1995] ECR I-3051.

C-409/95 Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen [1997] ECR I-6363.

C-407/98 Abrahamson and Anderson v. Fogelqvist [2000] ECR I-5539.

C-7/68 Commission v. Italy [1968] ECR 423.

C-150/85 Drake v. Chief Adjudication Officer [1986] ECR 1995.

C- 87-88-89/90 Verholen and others v. Sociale Verzekeringsbank Amsterdam [1991] ECR I-3757.

C- 48-106-107/88 Achterberg-te Riele and others v. Sociale Verzekeringsbank [1989] ECR 1963 .

C-31/90 Johnson v Chief Adjudication Officer [1991] ECR I-3723.

C-192/85 Newstead v. Department of Transport.and Her Majesty's Treasury [1987] ECR. 4753.

C-30/85 JW Teuling v. Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497.

C- 280/94 Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel [1996] ECR I-179.

C- 342/93 Gillespie v. Northern Health & Social Services [1996] ECR I-475.