

## KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ BAKIMINDAN TÜRK İŞ HUKUKU'NUN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU İLE OLASI UYUM SORUNLARI

Yrd. Doç. Dr. Kübra Doğan YENİSEY  
İTÜ İŞletme Fakültesi

Adalet kavramının çekirdeğini oluşturan bir ideal olarak eşitlik<sup>1</sup>; anlamı, kapsamı, sınırları, uygulanma araçları bakımından Aristo'dan bu yana insanlık düşünce tarihinin en çok tartışılan kavramlarından birini oluŐturmuŐtur. Günümüzde de kavramın temelleri, içeriği ve sınırlarına ilişkin görüş birliği bulunduğundan bahsetmek güçtür. Konuya ilişkin uluslararası belgelerin çokluğu, bir hedef olarak tartıŐılmazlıđı kabul edilen bu ilkenin hayata geçirilmesinde ve somuta indirgenmesinde karşılaşılan güçlüklerin bir ifadesi olarak değerlendirilebilir.

EŞitlik kavramının baŐlıca uygulanma alanlarında birini oluşturan kadın-erkek eşitliği yahut cinsiyetler arası eşitlik, bir başka deyişle ayrımcılık yasağı politikaları Avrupa Birliği kırılğan sosyal politikalarının temel ve en geliŐmiŐ sütunlarından birini oluşturmaktadır. Bu konuyu özel bir hükümlerle düzenleyen Roma Anlaşması'nın 119. (yeni m. 141 ATA) maddesinin yanı sıra, bu alanda kabul edilmiş birincil ve ikincil mevzuatın ve AB Adalet Divanı kararlarının niteliği ve niceliği konunun Birlik Hukuku içindeki önemini açıklamaktadır. Üstelik AB hukukunun üye ülke hukukları üzerinde en etkili olduğu alanlardan biri olarak kadın-erkek eşitliği, bugün Topluluk temel insan hakları arasında yer almaktadır. Hatta kadın-erkek eşitliği alanında benimsenen ilkeler diğer sosyal politika alanlarında da yol gösterici rol oynar hale gelmiştir<sup>2</sup>.

- 1 BOYER, A., "Justice et egalite", Notions de philosophie III, Deniz Kambouchner yönetiminde, Editions Gallimard 1995, s. 9 vd. ; TUNCAY, A.C., İŞ Hukukunda EŞit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 8-9.
- 2 BERCUSSON, B., European Labour Law, Londra 1996, s. 169; cinsiyetler arası eşitlik ile serbest dolaŐım bakımından ülke vatandaşları ile vatandaş olmayanlar arasında eşitlik arasındaki bir karşılaştırma için bkz : WATSON, P., "Equality of Treatment : A Variable Concept?", IU, vol. 24, No. 1, March 1995, s. 33 vd. Yeni eşitlik yönergeleri hakkında bkz. FREDMAN, S., "Equality: A New Generation?", IU, vol. 30, No. 2, June 2001, s. 145 vd.

Çok açıktır ki cinsiyet ayrımcılığı temelde hukuki bir sorun değildir. Toplumun kültürel, ekonomik ve sosyolojik yapısı, kadın hareketinin etkin olup olması, vergi rejimi, çalışma sürelerine, hatta yeni doğan çocukların bakımına ilişkin düzenlemeler, kreş imkanları, izinler ve daha bir çok neden bu sorunun kaynağında yer almaktadır<sup>3</sup>. Bu nedenle günümüzde sorunun ifadesinde İngilizce kökenli, biyolojik olarak kadın ve erkek cinsleri arasındaki farklılıklar yanı sıra, ait olunan kültür ve toplum tarafından yaratılan farklılıkları da içeren "toplumsal cinsiyet" (gender) sözcüğü tercih edilmektedir<sup>4</sup>. Bununla beraber şu nokta da gözden uzak tutulmamalıdır ki toplumdaki erkek egemen kültürün etkisiyle hazırlanan normların bizzat kendisi dahi bir ayrımcılık kaynağı haline gelebilir. O halde hukuk normları düzeyinde yapılacak değişikliklerin cinsiyet ayrımcılığını kısa bir zaman diliminde ortadan kaldıracığını beklemek hayalcilik olsa da, normatif düzenlemeler uzun vadede toplumsal bozuklukların giderilmesinde bir motor işlevi görebilir.

Avrupa Birliği'nin tam üyelik sürecindeki Türkiye için açıklamış olduğu Katılım Ortaklığı Belgesi'nde orta vadedeki beklentiler arasında iş hukuku, kadın ve erkeklere eşit muamele alanlarındaki AB mevzuatının iç hukuka aktarılmasına da yer vermiştir. Bu çalışmada Avrupa Toplulukları Anlaşması ve yönergeler düzeyinde Türk İş Hukukunun AB mevzuatına uyumu açısından ne gibi yasal değişikliklerin gerekli olduğu incelenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla öncelikle AB hukukunda kadın-erkek eşitliği ilkesinin gelişim çizgisi ana hatlarıyla ele alınacak, daha sonra bu konuda kabul edilmiş yönerge hükümleri ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılacaktır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları ile belirtildiği üzere yönergeler kural olarak üye devlet hukuklarında doğrudan etkili bir hukuk kaynağı değildirler. Bu nedenle kural olarak yönerge hükümlerinin bireyler arası yatay ilişkilerde ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Ancak hükümleri açık, koşulsuz ve takdir yetkisine yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiş ve iç hukuka süresi içinde aktarılmamış veya bu aktarma işleminin eksik veya hatalı yapılmış olması halinde, yönergeler dikey ilişkilerde de, dolayısıyla işvereni devlet olan iş ilişkilerinde de uygulanabilecektir.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Bkz. ARAT, N., "Türkiye'de Kadınların Çalışma Yaşamında Karşılaştıkları Zorlukların Sosyo-Kültürel Nedenleri", Türkiye'de Kadın Olmak, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 43 vd. ; ONARAN-YÜKSEL, M., Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 11 vd.; Bu çerçevede AB üyesi ülkeler arasındaki ampirik bir çalışma için bkz. PLANTENGA, J./HANSEN, 1, "Analyse comparative de l'egalite des chances dans l'Union europeenne", RIT, vol. 138, 1999, no. 4, s. 387 vd.

<sup>4</sup> BERCUSSON, B., s. 178-179; Revue International de Travail, "Avant - Propos, Femmes, Genre et Travail, 2eme Partie", RIT, vol. 138, 1999, no. 4, s. 382, dipnot 3; ayrıca bkz. LANSKY, M., "Perspectives" "Gender, Women and All The Rest (part II)", ILR, Vol. 140, 2001, No. 1, s. 85 vd.

<sup>5</sup> Yönerge hükümlerinin doğrudan etkisi hakkında bkz. TEKİNAL, Ü./TEKİNALP, G./ODER, B.E., Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 132 vd. ; GÜNÜĞÜR, H., Avrupa Topluluğu Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2000, s. 61 vd.

## I. EŞİTLİK İLKESİNİN AB HUKUKUNDAKİ YANSIMALARI

### 1. Normatif gelişim

Kadın-erkek eşitliğine ilişkin AB hukukundaki ilk yasal düzenleme Roma Anlaşmasının 119. maddesidir. Roma Anlaşması sosyal politika alanında çok az hüküm içermesine rağmen, Fransız hükümetinin düşük ücretle çalışan Belçikalı kadın işçilerin tekstil sektöründe yaratabilecekleri olumsuz rekabet koşullarından duyduğu endişe üzerine "eşit işe eşit ücret ilkesi" Anlaşmanın sosyal politikaya ilişkin kısmına eklenmiştir<sup>6</sup>. Ortak pazarı gerçekleştirmeyi amaçlayan bu Anlaşmada cinsiyetler arası eşitliğin sosyal ve ahlaki temellerine yer verilmemiş olması aslında şaşırtıcı olmamalıdır<sup>7</sup>.

İlginçtir ki Amerikan hukukundan farklı olarak, AB hukukunda ne Roma Anlaşmasının hazırlık aşamasında, ne de ikincil mevzuatın hazırlanması sırasında eşitlik hukukunun sözleşme özgürlüğü ilkesiyle çeliştiği ve ekonomik refahı azaltıcı yönde sonuçlar doğurduğu biçimindeki tartışmalara rastlanmamıştır<sup>8</sup>. Bununla beraber fırsat eşitliği ilkesinin ancak tek pazarın işleyişiyle önemli ölçüde gelişmediği sürece kabul edilebilir bir ilke olduğuna dair liberal düşünceye Adalet Divanı kararlarında rastlanmaktadır. Dolaylı ayrımcılığın, piyasa temelli gerekçeler de dahil olmak üzere objektif nedenlerle meşrulaştırılabileceği bu liberal düşüncenin bir ürünü olarak kabul edilmelidir<sup>9</sup>.

Avrupa Birliği sosyal politikasının başlangıcı olarak nitelendirilebilecek Ekim 1972 Paris Zirvesinden sonra bu alanda üç önemli yönerge kabul edilmiştir<sup>10</sup> :

<sup>6</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU : A Balance Sheet", The EU and Human Rights, edited by P. ALSTON, Oxford University Press, 1999, s. 216-217; CAMPICHE, A., L'egalite de remuneration entre travailleurs masculins et feminins, Etude du droit des Communautés europeennes et du droit suisse, Lozan 1986, s. 17 vd.; BERCUSSON, B., s. 170; BLAINPAIN, R./JAVILLIER, J.-C, Droit du travail communautaire, 2. Bası, Paris 1995, no. 188; BLOMAYER, W., "Avrupa Topluluğu İş Hukuku", Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyumunu Semineri, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 307; TUNCAY, C, "AB Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları", Avrupa Birliği'nin Sosyal Politikası ve Türkiye Semineri, Ankara 1997, s. 102; TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği Ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Uygulamalar", 20. Yüzyılın Sonunda Kadınlar ve Gelecek Konferansı, Ankara 1998, s. 173.

<sup>7</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 216-127; BERCUSSON, B., s. ; HEIDE, I., "La lutte contre la discrimination selon la sexe au niveau supranational: l'egalite de remuneration et de traitement dans l'Union europeenne", RIT, vol. 138, 1999, no. 4, s. 424; BLAINPAIN, R./JAVILLIER, J.-C, no. 171.

<sup>8</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 218.

<sup>9</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 218.

<sup>10</sup> Kadın-erkek eşitliği konusunda Birlik Hukukunun gelişimi için bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 218 vd.; HEIDI, I., "La lutte contre la discrimination", s. 423 vd.; TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G./ATAMER, Y., s. 646 vd. ; ALTAN, Ö.Z., "Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma", AB'nin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Ankara 1997, s. 165 vd. ; BLOMAYER, W., "Avrupa Topluluğu İş Hukuku", s. 307 vd.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

"75/117 Sayılı Kadın ve Erkekler için Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik 10.2.1975 tarihli Yönerge"<sup>11</sup>, "76/207 sayılı İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin 9.2.1076 tarihli Yönerge"<sup>12</sup> ve "79/7 Sayılı Sosyal Güvenlik Alanında Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Aşamalı Hayata Geçirilmesine İlişkin 19.12.1978 tarihli Yönerge"<sup>13</sup>.

Kadın ve erkek eşitliğinin Topluluk politikalarında artan önemi Avrupa Toplulukları Adalet Divanının bu alandaki içtihadının başlangıç ve temel taşlarından birini oluşturan Defrenne kararında şu şekilde ifade edilmiştir : "... Temel insan haklarına saygı Topluluk hukukunun genel prensiplerinden birisidir... Hiç şüphesiz ki cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığın bertaraf edilmesi temel hakların bir parçasıdır"<sup>14</sup>. Yine aynı kararda ve daha sonraki kararlarında Divan 119. maddenin (yeni m. 141 ATA) iki temel amacı bulunduğunu belirtmiştir: Öncelikle bu maddeyle eşit işe eşit ücret ilkesini hayata geçirmiş üye devletlerin Topluluk içinde haksız rekabete karşı korunmaları amaçlanmıştır. İkinci olarak da ekonomik bir Topluluk olmakla kalmayıp, sosyal amaçları da olan Topluluk içinde sosyal gelişmenin sağlanabilmesi, yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilebilmesi için bu hükmün Topluluğun temellerinden birini oluşturduğu ifade edilmiştir. Hatta 2000 tarihli kararlarında Divan maddenin sosyal amacının ekonomik amacından önde geldiğini belirtmiştir<sup>15</sup>. Ancak şu nokta özenle belirtilmelidir ki, Topluluk hukukunun genel ilkelerinden biri olarak eşitlik ilkesini Divan yalnızca Topluluk kurumlarının kararlarına karşı uygulamakta olup, bu ilkenin ulusal mahkemeler önünde bireyler arasında yahut bireylerin üye devletlere karşı ileri sürebilecekleri nitelikte doğrudan etkili, tek başına uygulanabilir bir hukuki dayanak sunduğundan bahsetmek mümkün değildir<sup>16</sup>.

Bu dönem sonunda fırsat eşitliğini gerçekleştirmeyi hedef alan faaliyet programları hazırlanmış<sup>17</sup> ve 1980'li yıllarda eşitlik alanında iki yönerge daha kabul

<sup>11</sup> ATRG, 1975, L 45/19.

<sup>12</sup> ATRG, 1976, L 39/40.

<sup>13</sup> ATRG, 1979, L 6/24.

<sup>14</sup> ATAD, G. Defrenne / Sabena (No 3), C-149/77, 15.06.1978, ATKD, 1978, s. 1365; aynı doğrultuda C. Razzouk ve A. Beydoun /Komisyon, C-117/82, 20.03.1984, ATKD, 1984, s. 1509; P/S ve Cornvall Country Council, C-13/94, 30.04.1986, ATKD, 1986, s. 1-2143.

<sup>15</sup> ATAD, Deutsche Post AG / E. Sievers (C-270/97) ve B. Schrage (C-271/97), 11.02.2000, ATKD, 2000, s. 1-929.

<sup>16</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 232.

<sup>17</sup> Faaliyet programı, 1982-1985, ATRG, 1982, C-186/3, Bull. EC 5-1982, no. 2.1.48 ve Bull. EC 7/8-1982, no. 2.1.67; Faaliyet programı 1986-1990, Bull. EC Suppl.3/86 ve EC 6-1986, no. 2.1.116; Faaliyet Programı 1995-2000, COM (90) 449 final; Ayrımcılıkla Mücadele İçin Topluluk Faaliyet Programı (2001-2006) Oluşturulması Yönündeki 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/750/CE sayılı Konsey Kararı, ATRG, 2000, L 303/23.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

edilmiştir: "İşletmelerin Sunduğu Sosyal Güvenlik Sistemleri Bakımından Kadın ve Erkelere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin 24.7.1986 tarihli Yönerge<sup>18</sup>, bu Yönerge Barber kararı ışığında<sup>19</sup> 96/97/AT sayılı yönerge<sup>20</sup> ile değiştirilmiştir, ve "86/613 sayılı Tarım Sektöründe Çalışanlar da Dahil Olmak Üzere Serbest Çalışan Kadın ve Erkelere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine ve Serbest Çalışan Kadınların Hamilelik ve Analık Dönemlerinde Korunmasına İlişkin Yönerge"<sup>21</sup>.

1989 yılında Topluluk Sosyal Şartı kabul edilmiş ve 1989 yılı sosyal faaliyet programı ile 138. maddeye dayanılarak (eski 118a) "92/85 sayılı Gebe, Loğusa ve Emzikli Kadınların İşyerinde Güvenlik ve Sağlıklarını İyileştirmeye Yönelik Önlemlerin Hayata Geçirilmesine Dair 19.10.1992 tarihli Yönerge" kabul edilmiştir<sup>22</sup>. Maastricht Anlaşması iki yeni yönergeye ön ayak olmuştur : İlk defa sosyal taraflarca bağitlanan bir çerçeve anlaşmasının yönerge halinde kabulü usulü ile çıkartılan "96/34 sayılı İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge"<sup>23</sup> ve eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde önemli bir sorun olan ispat sorununu çözümlmek üzere "97/80 Sayılı Cinsiyet Ayrımcılığı Davalarında İspat Yüküne İlişkin Yönerge"<sup>24</sup>.

Amsterdam Anlaşmasıyla Topluluk Anlaşmasının 2. maddesinde kadın erkek eşitliğini sağlamak Topluluk hedeflerinden biri olarak kabul edilmiş ve bunun için gerekli faaliyetlerde bulunulacağı belirtilmiştir (m. 3). Yeni anlaşma 13. maddesi (eski m. 6/a) ile Konsey'e, Komisyon'un teklifi üzerine oybirliği ile cinsiyete dayalı ayrımcılık da dahil olmak üzere her çeşit ayrımcılığa karşı mücadele etme yetkisi vermiştir. Böylece vatandaşlık ve cinsiyet ayrımcılığı üzerinde odaklanan Topluluk sosyal politikası yatay olarak genişlemiştir ve diğer ayrımcılık nedenleri de Topluluk yetki alanına dahil edilmiştir<sup>25</sup>. Yine Amsterdam Anlaşması ile Roma Anlaşmasının 119. maddesi (yeni m.141 ATA) değiştirilmiş, "eşit işe eşit ücret" ilkesi, "eşit değerde işe eşit ücret" haline getirilmiştir. Anlaşmanın 141. maddesinin 3. fıkrası ile Konsey, 251. (eski 189b) maddede öngörülen birlikte karar mekanizmasına göre kadın ve erkek işçilere iş ve istihdam

<sup>18</sup> Yön. 86/378/AET, ATRG, 1986, L 225/40.

<sup>19</sup> ATAD, D.H. Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889.

<sup>20</sup> ATRG, 1997, L 46/20.

<sup>21</sup> ATRG, 1986, L 359/56.

<sup>22</sup> ATRG, 1992, L 348/1.

<sup>23</sup> ATRG, 1996, L 145/4.

<sup>24</sup> ATRG, 1998, L 14/6.

<sup>25</sup> BELL, M., "Article 13 EC: The European Commission's Anti-discrimination Proposals", IU, Vol. 29, s. 80-81; ATA m.13 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz . FLYNN, L., "The Implications of Article 13 EC- After Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination Be More Equal Than Others?", Common Market Law Review 36, 1999, s. 1127 vd.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

alanlarında eşit fırsatlar sunulması ve eşit davranılmasını sağlamaya yönelik tedbirler almaya, 4. fıkrası ile üye devletler, daha düşük oranda temsil edilen cinse ilişkin olumlu tedbirler ve teşvikler almaya yetkili kılınmıştır.

2000 yılında Topluluk ayrımcılık hukukunun cinsiyete dayalı ayrımcılıkla sınırlı kalmayıp, diğer alanlara da genişlemesine tanık olunmuştur. 2000 yılında çıkarılan ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık<sup>26</sup> ve iş ve istihdam alanında eşit işlem ilkesine ilişkin çerçeve Yönergesiyle<sup>27</sup> yaş, din, cinsel tercih ve engellilik nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı da Topluluğun yetki alanına dahil edilmiştir. Cinsiyet ayrımcılığı konusunda mevcut mevzuata önemli bir destek, kadın ve erkekler arasındaki fırsat eşitliği ilkesini Topluluk politika ve faaliyetlerinin bütününe dahil etmek anlamındaki "gender mainstreaming" politikalarının kabulüdür<sup>28</sup>. Böylece kadın erkek eşitliğinin her politik ve idari kararda dikkate alınması gereken bir konu olduğu kabul edilmiştir<sup>29</sup>.

Görüldüğü üzere Roma Anlaşmasında yer alan "eşit işe eşit ücret" ilkesi zaman içinde ayrımcılık yasağı hukuku biçimini almış, AB Hukukunda eşitlik ilkesi konu, kapsam ve kişi bakımından aşağıda ana hatları sunulan biçimde gelişmiştir :

1. Öncelikle Roma Anlaşmasının 119. maddesinde ifadesini bulan "eşit işe eşit ücret" ilkesinin kapsamı genişlemiş ve 1975 yılında bu alanda çıkartılan ilk Yönerge ile "eşit değerde işe eşit ücret" ilkesi haline dönüşmüştür. Daha sonra Amsterdam Anlaşması ile değişikliğe uğrayan Roma Anlaşmasının 119. maddesi (yeni 141) aynı ilkeyi temel Anlaşmalar düzeyinde benimsemiştir. Öte yandan, ücretle başlayan ayrımcılık yasağının kapsamı, bu yasağın uygulanacağı alanlar bakımından genişlemiş; ücrette eşitlik ilkesi, işe girme, çalışma koşulları, mesleki eğitim, hizmet akdine son verilmesi ve sosyal güvenlik alanlarında eşit işlem yükümlülüğü biçimini almış, böylece hizmet ilişkisinin çerçevesini aşarak sosyal güvenlik alanında da uygulanır hale gelmiştir.

2000 yılında kabul edilen 2000/78 sayılı yaş, din, cinsel tercih ve engellilik nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı öngören çerçeve yönergesinde iş ilişkisi, mesleki eğitim ve işçi işveren örgütlerine üyelikte eşitlik düzenlenip, sosyal güvenlik yönerge kapsamı dışında bırakılmışsa da, ırk ve etnik köken ayrımını yasaklayan 2000/43 sayılı yönerge ile iş ilişkisinin ötesinde sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerini

<sup>26</sup> 29.6.2000 tarihli ve 2000/43 sayılı Yönerge, ATRG, 2000, L 180/22.

<sup>27</sup> 27.11.2000 tarihli ve 2000/78 sayılı Yönerge, ATRG, 2000, L 303/16.

<sup>28</sup> COM (96) 67 final.

<sup>29</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation", s. 165.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

kapsamına alan sosyal koruma, sosyal menfaatler, eğitim, barınma da dahil olmak üzere kamuya açık mal ve hizmetlere erişim ve sunum alanlarında ayrımcılık yasaklanmıştır (Yön. 2000/43 m.3/1)<sup>30</sup>.

Bu gelişim sonucunda AB hukukunda bir yönergeler hiyerarşisi olduğundan bahsedilmektedir<sup>31</sup>: Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/43 sayılı yönerge, istihdam yanı sıra sosyal koruma, eğitim, barınma da dahil olmak üzere mal ve hizmetler sunma ve yararlanma alanlarını da içeren en geniş kapsamı haizdir. İkinci sırada iş ilişkisi ve sosyal güvenlik alanlarını kapsayan cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan yönergeler gelmektedir. En dar kapsamlı yönerge de yalnızca iş ilişkisinde yaş, din, cinsel tercih ve sakatlığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan yönergedir. Bu tip bir kapsam farklılığı somut olayda birden fazla ayrımcılık nedeninin birarada bulunduğu yahut kesiştiği hallerde oldukça önemli sorunlar doğuracak niteliktedir<sup>32</sup>.

2. Kapsam bakımından genişleme ayrımcılık yasağı hukukunun diğer alanlarındaki genişlemeyi de beraberinde getirmiş, cinsiyet ayrımcılığı, yaş, engellilik, etnik köken ve ırk nedeniyle ayrımcılık yasaklarının öncüsü olmuştur.
3. Kapsam bakımından genişlemeyle karşımıza çıkan bir diğer genişleme de kişi bakımından genişlemedir<sup>33</sup>. İşe girme, ücret, çalışma koşulları, işten çıkarma bakımından kadın ve erkek işçiler ve iş için başvuru yapanlar arasındaki eşitlik düzenlenmişken, sosyal güvenlik alanında da eşitlik ilkesinin benimsenmesi işçiler yanı sıra, bağımsız çalışanlar, emekliler, işsizler de kapsama dahil etmiştir. 1986 yılında çıkarılan bir Yönerge ile serbest mesleklerde çalışan kadın ve erkeklere, tarım sektörü de dahil olmak üzere, uygulanacak eşit işlem yükümlülüğü düzenlenmiştir. 2000 tarihli yönergelerle ayrımcılık yasağı ilkesinin kişi bakımından kapsamı iyice genişlemiştir.
4. Son olarak da eşitlik anlayışı bakımından bir genişleme gözlenmektedir. Başlangıçtaki doğrudan ve iradi ayrımcılık yasağı, zamanla dolaylı ayrımcılık yasağı, ayırım yapma yasağından eşitliğin sağlanması için alın-

<sup>30</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation?", s. 151; SKIDMORE, P., "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment : Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?", IU, Vol. 30, March 2001, s. 127 vd.; BELL, M., "Article 13 EC", s. 83.

<sup>31</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new Generation ?", s. 157 vd.;

<sup>32</sup> Bu konu hakkında bazı örnekler için bkz. BELL, M., "Article 13 EC", s. 83-84; SKIDMORE, P., "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment", s. 128.

<sup>33</sup> Yönergelerin kişi bakımından kapsamı hakkında bkz. TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 182-184.

kapsamına alan sosyal koruma, sosyal menfaatler, eğitim, barınma da dahil olmak üzere kamuya açık mal ve hizmetlere erişim ve sunum alanlarında ayrımcılık yasaklanmıştır (Yön. 2000/43 m.3/1)<sup>30</sup>.

Bu gelişim sonucunda AB hukukunda bir yönergeler hiyerarşisi olduğundan bahsedilmektedir<sup>31</sup>: Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığı yasaklayan 2000/43 sayılı yönerge, istihdam yanı sıra sosyal koruma, eğitim, barınma da dahil olmak üzere mal ve hizmetler sunma ve yararlanma alanlarını da içeren en geniş kapsamı haizdir. İkinci sırada iş ilişkisi ve sosyal güvenlik alanlarını kapsayan cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan yönergeler gelmektedir. En dar kapsamlı yönerge de yalnızca iş ilişkisinde yaş, din, cinsel tercih ve sakatlığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan yönergedir. Bu tip bir kapsam farklılığı somut olayda birden fazla ayrımcılık nedeninin birarada bulunduğu yahut kesiştiği hallerde oldukça önemli sorunlar doğuracak niteliktedir<sup>32</sup>.

2. Kapsam bakımından genişleme ayrımcılık yasağı hukukunun diğer alanlarındaki genişlemeyi de beraberinde getirmiş, cinsiyet ayrımcılığı, yaş, engellilik, etnik köken ve ırk nedeniyle ayrımcılık yasaklarının öncüsü olmuştur.
3. Kapsam bakımından genişlemeyle karşımıza çıkan bir diğer genişleme de kişi bakımından genişlemedir<sup>33</sup>. İşe girme, ücret, çalışma koşulları, işten çıkarma bakımından kadın ve erkek işçiler ve iş için başvuru yapanlar arasındaki eşitlik düzenlenmişken, sosyal güvenlik alanında da eşitlik ilkesinin benimsenmesi işçiler yanı sıra, bağımsız çalışanlar, emekliler, işsizler de kapsama dahil etmiştir. 1986 yılında çıkartılan bir Yönerge ile serbest mesleklerde çalışan kadın ve erkeklere, tarım sektörü de dahil olmak üzere, uygulanacak eşit işlem yükümlülüğü düzenlenmiştir. 2000 tarihli yönergelerle ayrımcılık yasağı ilkesinin kişi bakımından kapsamı iyice genişlemiştir.
4. Son olarak da eşitlik anlayışı bakımından bir genişleme gözlenmektedir. Başlangıçtaki doğrudan ve iradi ayrımcılık yasağı, zamanla dolaylı ayrımcılık yasağı, ayırım yapma yasağından eşitliğin sağlanması için alına-

<sup>30</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation?", s. 151; SKIDMORE, P., "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment : Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?", IU, Vol. 30, March 2001, s. 127 vd. ; BELL, M., "Article 13 EC", s. 83.

<sup>31</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new Generation ?", s. 157 vd.;

<sup>32</sup> Bu konu hakkında bazı örnekler için bkz. BELL, M., "Article 13 EC", s. 83-84; SKIDMORE, P., "EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment", s. 128.

<sup>33</sup> Yönergelerin kişi bakımından kapsamı hakkında bkz. TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 182-184.



daha doğru bir ifadeyle hangi tür ayrımcılıkların Topluluğun yetkisi içinde olduğunu belirlemede, kurucu anlaşmalar ve Topluluk organlarının kararları belirleyicidir. Topluluk Hukukunda ATA'nın 141. maddesi "cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık" biçiminde ifade edilmiştir. Diğer Topluluk Hukuku yönergelerinde ırk, etnik köken, din, engellilik nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı biçiminde ifadesini bulan eşitlik ilkesinin çeşitli yansımalarını görmekteyiz.

Şekli eşitlik anlayışı zaman içinde oldukça önemli eleştirilerle karşılaşmıştır: Devletin tarafsızlığı fikri aynı zamanda hakim kültürün sunduğu bir seri değerlerin önemine dayanmaktadır. Öte yandan bu anlayış bireysel değerlerin oluşumunda bireyin ait olduğu grubun etki ve önemini göz ardı etmekte, bu yolla güçlü bir konformist baskı yaratmaktadır. Böylece farklılığın değeri yadsınmaktadır. Ayrıca şekli anlamda eşitlik, daha üst seviyede hak sahibi olan gruplardan hakların geri alınması suretiyle sağlanacak bir eşitlik uygulamasına da cevaz vermektedir<sup>39</sup>. Öte yandan ayrımcılık yasağı niteliği gereği karşılaştırmada kullanılacak bir ölçüt gerektirmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı konusunda uzun yıllar bu ölçüt "erkek" olarak karşımıza çıkmıştır. Ancak bu karşılaştırma erkek stereotipine uymayan kadınlar açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır<sup>40</sup>.

Şekli eşitlik anlayışına yöneltilen çeşitli eleştiriler, bu anlayışta ve anlayışa esas alınan değerlerde değişikliğe yol açmıştır. Bu çerçevede günümüzün yasal düzenlemelerinde yer alan eşitlik ilkesinin en az dört alternatif temel değerle açıklanabilir<sup>41</sup>: Kişinin onurunun ve kişilik değerlerinin korunması pek çok anayasa-da ve 2000 Nice Bildirgesinin<sup>42</sup> ilke maddesini oluşturmaktadır. Onur, insan olmanın ayrılmaz bir parçası olduğuna göre, hiç kimse bunun kapsamı dışında tutulamaz. Bu kavram eşitlik üzerinde önemli bir vurgu yapmakta ve daha kötü koşullarda eşitlik gibi, esas alınan gruplardan birinin var olan haklarında gerilemeye yol açacak bir yaklaşıma cevaz vermemektedir<sup>43</sup>. Ayrıca bir yandan en alt sınır olarak şekli eşitlik anlayışı, kişinin Özerkliği ve kişisel seçim özgürlüğünü öne çıkarırken, öte yandan geniş bir yelpazede bireylerin eşit refahı ve kaynakların eşit paylaşımı

<sup>39</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 154-155.

<sup>40</sup> BARNARD, C., "Gender Equality in the EU", s. 224 vd.; BERCUSSON, B., s. 174; ayrımcılığın belirlenmesinde ayniyet/farklılık yeri advantage/disadvantage ölçütünün kullanılması hakkında ayrıca bkz. ÇELİKEL, A., "Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu", Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1995, s. 96-97.

<sup>41</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 155-156.

<sup>42</sup> Nice Bildirgesi'nin hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. HEPPLER, B., "The EU Charter of Fundamental Right", IU, vol. 30, No. 2, June 2001, s. 225 vd.

<sup>43</sup> Bu konuda Divan Defrenne II kararında (G. Defrenne / Soci ete anonyme belge de navigation aeriene (Defrenne II), 43-75, 8.04.1976, ATKD, 1976, s. 1-455) bu yaklaşımı kabul ederken, C.C.E. Smith ve diğerleri / Avdel Systems Ltd., (C-408/92, 28.9.1994, ATKD, 1994, s. 1-4435) kararında kadın işçilerin emeklilik yaşının eşitlik gereğiyle yükseltilmesini kabul etmiştir. Bu konuda bkz. BARNARD, C., "Gender Equality in the EU", s. 231-232.

cak tedbirleri de içine alan, yasaklayıcı olma yanı sıra, olumlu faaliyetleri bünyesinde barındıran olumlu faaliyet, hamilelik, loğusalık, emzikli dönemlerde ve cinsel tacize karşı korumayı içeren bir nitelik kazanmıştır<sup>34</sup>.

## 2. Eşitlik Kavramı

### a) Eşitlik kavramının dayandığı temel değerler

Gerek AB hukukunda gerekse diğer uluslararası belgelerde ve modern anayasaların her birinde eşitlik kavramı yer almakla beraber eşitliğin ne olduğu konusunda fikir birliği sağlanabilmiş değildir. Burada amaçlanan da eşitliğin ne olduğunu yahut ne olmadığını tartışmak değil, AB hukukunda bu kavramın anlaşılış biçimlerini ve dayandırıldığı temelleri belirlemektir.

Eşitlik ilkesi, niteliği gereği doğrudan uygulanabilir bir ilke olmayıp bir diğer temel sorunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir<sup>35</sup> : Kimler arasında eşitlik? Aristo bu soruyu "eşitlere veya benzerlere eşit davranılması" biçiminde yanıtlamıştır. Bu tip bir yanıt, şekli eşitlik anlayışı (formal equality) olarak adlandırılmakta ve kanun önünde eşitlik biçiminde hukuki metinlere yansımaktadır.

Şekli eşitlik ilkesi üç temel değer üzerinde yükselmektedir<sup>36</sup> : devletin tarafsızlığı, bireysellik ve özerklik amaçlarını sağlamak ve geliştirmek. Bu çerçevede, liberal devlet kendi tercihlerini bireylere dayatmaktan kaçınacak, devlet bireylerin ve grupların tercihleri karşısında tarafsızlığını koruyacak ve eşitlere eşit davranacaktır. Bireysellik, bu çerçevede liberal eşitlik anlayışının ikinci temel değeri olarak karşımıza çıkmaktadır. Herkese ait olduğu grup dışında, kendi bireysel özellikleri dikkate alınarak davranılacaktır. Özerklik ilkesi, bireyi grubun etki ve baskısından uzakta tutarak kendi tercihleri doğrultusunda karar vermekte serbest bırakmaktadır. Bireyin ait olduğu grup bir yana bırakılarak kendi niteliklerine saygı duyulması ve değer verilmesi, bireyin kendi tercihleri doğrultusunda karar verme serbestisinin ve bireyselliğin bir şartıdır. Bütün bu değerler kişiler arasında ırk, renk, cinsiyet, etnik köken ayrımını yasaklayan doğrudan ayrımcılık yasağı ve yasal eşitlik ile hukuki ifadesini bulmuştur.

Eşitlik ilkesinin içinin doldurulmasında ayrımcılık yasağı<sup>37</sup> yardımcı olmuş ve eşitlik ilkesi Topluluk Hukukunda ayrımcılık yasağı biçiminde normatif yapıya dahil edilmiştir<sup>38</sup>. Kimler arasında ve hangi açılardan ayrımcılığın yasak olduğunu,

<sup>34</sup> BERCUSSON, B., s. 169-170.

<sup>35</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 223 ve orada belirtilen yazarlar.

<sup>36</sup> FREDMAN, S., "Equality: A new generation?", s. 154.

<sup>37</sup> Ayrımcılık kavramı hakkında bkz. ONARAN YÜKSEL, M., s. 38 vd.

<sup>38</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 223.

daha doğru bir ifadeyle hangi tür ayrımcılıkların Topluluğun yetkisi içinde olduğunu belirlemede, kurucu anlaşmalar ve Topluluk organlarının kararları belirleyicidir. Topluluk Hukukunda ATA'nın 141. maddesi "cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık" biçiminde ifade edilmiştir. Diğer Topluluk Hukuku yönergelerinde ırk, etnik köken, din, engellilik nedenlerine dayalı ayrımcılık yasağı biçiminde ifadesini bulan eşitlik ilkesinin çeşitli yansımalarını görmekteyiz.

Şekli eşitlik anlayışı zaman içinde oldukça önemli eleştirilerle karşılaşmıştır: Devletin tarafsızlığı fikri aynı zamanda hakim kültürün sunduğu bir seri değerlerin önemine dayanmaktadır. Öte yandan bu anlayış bireysel değerlerin oluşumunda bireyin ait olduğu grubun etki ve önemini göz ardı etmekte, fay yolla güçlü bir konformist baskı yaratmaktadır. Böylece farklılığın değeri yadsınmaktadır. Ayrıca şekli anlamda eşitlik, daha üst seviyede hak sahibi olan gruplardan hakların geri alınması suretiyle sağlanacak bir eşitlik uygulamasına da cevaz vermektedir<sup>39</sup>. Öte yandan ayrımcılık yasağı niteliği gereği karşılaştırmada kullanılacak bir ölçüt gerektirmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı konusunda uzun yıllar bu ölçüt "erkek" olarak karşımıza çıkmıştır. Ancak bu karşılaştırma erkek stereotipine uymayan kadınlar açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır<sup>40</sup>.

Şekli eşitlik anlayışına yöneltilen çeşitli eleştiriler, bu anlayışta ve anlayışa esas alınan değerlerde değişikliğe yol açmıştır. Bu çerçevede günümüzün yasal düzenlemelerinde yer alan eşitlik ilkesinin en az dört alternatif temel değerle açıklanabilir<sup>41</sup>; Kişinin onurunun ve kişilik değerlerinin korunması pek çok anayasa-da ve 2000 Nice Bildirgesinin<sup>42</sup> ilke maddesini oluşturmaktadır. Onur, insan olmanın ayrılmaz bir parçası olduğuna göre, hiç kimse bunun kapsamı dışında tutulamaz. Bu kavram eşitlik üzerinde önemli bir vurgu yapmakta ve daha kötü koşullarda eşitlik gibi, esas alınan gruplardan birinin var olan haklarında gerilemeye yol açacak bir yaklaşıma cevaz vermemektedir<sup>43</sup>. Ayrıca bir yandan en alt sınır olarak şekli eşitlik anlayışı, kişinin özerkliği ve kişisel seçim özgürlüğünü öne çıkarırken, öte yandan geniş bir yelpazede bireylerin eşit refahı ve kaynakların eşit paylaşımı

<sup>39</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 154-155.

<sup>40</sup> BARNARD, C., "Gender Equality in the EU", s. 224 vd.; BERCUSSON, B., s. 174; ayrımcılığın belirlenmesinde ayniyet/farklılık yeribe advantage/disadvantage ölçütünün kullanılması hakkında ayrıca bkz. ÇELİKEL, A., "Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu", Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1995, s. 96-97.

<sup>41</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 155-156.

<sup>42</sup> Nice Bildirgesi'nin hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. HEPPLER, B., "The EU Charter of Fundamental Right", IU, vol. 30, No. 2, June 2001, s. 225 vd.

<sup>43</sup> Bu konuda Divan Defrenne II kararında (G. Defrenne / Soci ete anonyme belge de navigation aeriene (Defrenne II), 43-75, 8.04.1976, ATKD, 1976, s. 1-455) bu yaklaşımı kabul ederken, C.C.E. Smith ve diğerleri / Avdel Systems Ltd., (C-408/92, 28.9.1994, ATKD, 1994, s. 1-4435) kararında kadın işçilerin emeklilik yaşının eşitlik gerekçesiyle yükseltilmesini kabul etmiştir. Bu konuda bkz. BARNARD, C., "Gender Equality in the EU", s. 231-232.

politikalarını meşru kılmaktadır. 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde tacizin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi ve Komisyon'un 7 Haziran 2000'de 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesinde yaptığı değişiklik teklifinde<sup>44</sup> işyerinde cinsel tacizin cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilmesi şekli eşitlik anlayışının ötesine geçirilerek eşitlik ilkesinin insan onuruyla ilgilendirilmesinin bir ifadesi olarak değerlendirilmiştir<sup>45</sup>.

Eşitlik normlarının temelinde yatan diğer iki değer tazmin ve telafidir<sup>46</sup>. Ancak bu hedefler de hukuki olarak bir dizi farklı eşitlik anlayışına yol açabilmektedir; yelpazenin bir ucunda zarara uğrayan kişinin kusurlu karşı tarafça tazmini üzerine kurulu kişi merkezli bir yaklaşım yer alırken, diğer ucunda topluluk yahut grup merkezli bir yaklaşımla, kişisel tazmin bir yana bırakılarak ayrımcılık oluşturan engellerin grubun önünden kaldırılması politikaları önem kazanmaktadır. Bu aşamada yalnızca eski zararların telafisi değil, sosyal hedeflerde eşit bir dağılımın sağlanması gereği de karşımıza çıkmaktadır. Bu değer genellikle sonuç eşitliği yahut maddi eşitlik olarak adlandırılabilir eşitlik anlayışı ile bağdaştırılmaktadır<sup>47</sup>.

Bütün bu değerlerle ilgili olarak karşımıza çıkan dördüncü değer de katılımcı demokrasidir<sup>48</sup>. Irk ve etnik kökene dayalı olarak azınlıkların demokratik süreç dışında bırakılması bütün grupların katılımı ve demokratik sürece dahil edilmesi biçimindeki bir eşitlik anlayışı ile bağdaşmayacaktır.

## **b) Eşitlik anlayışları**

O halde eşitlik ele alındığı değerler çerçevesine anlamı ve kapsamı değişen bir kavramdır. Bir sonraki bölümde AB hukukunda eşitlik kavramının anlaşılabilir biçimlerine yer verilecektir.

### **aa) Şekli eşitlik - maddi eşitlik / Fırsat eşitliği**

Yelpazenin bir ucunda herkesin kendi yetenekleri çerçevesinde eşit rekabet edebilmesini güvence altına alan şekli eşitlik anlayışı, diğer ucunda da eşit davranış yerine eşit paylarla ilgilenen, oyunun kurallarından ziyade sonuç çizgisini esas alan maddi eşitlik anlayışı bulunduğu düşünülürse, Avrupa Birliği'nin fırsat eşitliği modeli ikisi arasında bir noktada bulunmaktadır<sup>49</sup>. Fırsat eşitliği deyimi her

<sup>44</sup> COM (2000), 334 final.

<sup>45</sup> Bkz. FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 160-161.

<sup>46</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 160-161.

<sup>47</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 156.

<sup>48</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 157.

<sup>49</sup> Adalet divanı içtihatlarındaki yansımaları için bkz. BARNARD,C, "Gender Equality in the EU", s 226 vd.

ne kadar şekli eşitlik anlayışının bir ifadesi olarak görünse de, AB hukukunda sonuç eşitliğini de içine alan daha geniş bir kapsama sahiptir<sup>50</sup>. Gelişim çizgisine bakıldığında Roma Anlaşmasının 119. maddesi ve ilk yönergelerde şekli eşitlik anlayışı hakimken, dolaylı ayrımcılık yasağının kabulü ve Amsterdam Anlaşması ile doruğa ulaşan süreçte maddi eşitlik anlayışının normatif olarak önem kazandığı görülmektedir.

İster doğrudan ister dolaylı olsun ayrımcılığın yasaklanması bakışlı bir anlayışın yetersizlikleri ve sınırları görüldükten sonra devlete fiili eşitliğin sağlanması için olumlu bir takım ödevlerin yüklendiği bir yaklaşım benimsenmiştir. Dördüncü Kuşak ödevler olarak da adlandırılan ödevlerin kabulü ile zarar gören bireyin zararının kusurlu tarafça tazmini anlayışından, sosyal ayrımcılıklar karşısında devletin aktif tedbirler alma yetki ve ödevi ile sorumlu kılındığı bir anlayışa yaklaşılmıştır. Bu yaklaşımın önemi özellikle karar alma sürecine etnik, kültürel veya dinsel azınlıkların katılmasında, bir başka deyişle katılım haklarının önem kazanmasında kendini göstermektedir<sup>51</sup>. Bu aşamada toplu iş sözleşmelerinin fırsat eşitliğini sağlanmadaki önemi gözden uzak tutulmamalıdır<sup>52</sup>.

### **c) Doğrudan - dolaylı ayrımcılık**

Sırf cinsiyeti nedeniyle bir işçinin aleyhinde veya diğer cinslere göre farklı davranılması cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılıktır<sup>53</sup>. Bu konudaki saik ve niyet önemli değildir. Doğrudan ayrımcılık halleri iki şekilde belirlemektedir: Bazı hallerde yasal, yönetsel ya da akdi normun bizzat kendisi cinsiyete dayalı bir ayrımcılık içermektedir. Diğer hallerde ise bir kamu idaresi veya işveren kararının özünde yasaklanmış bir ölçüt (cinsiyet gibi) yer almaktadır<sup>54</sup>.

Dolaylı ayrımcılık bu yaklaşımın ötesine geçerek, tarafsız ölçütler ardında yatan ayrımcı olguları kavramaya çalışmaktadır<sup>55</sup>. AB Adalet Divanı 1970'li yıllarda göçmen işçiler hakkında geliştirilen doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasağını

<sup>50</sup> PLATENGA, J./HANSEN, J., "Analyse comparative de l'egalite des chances dans l'Union europeenne", RTT, Vol. 138,1999, no. 4, s. 389.

<sup>51</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 163 vd.

<sup>52</sup> BERCUSSON, B., s. 181 vd.

<sup>53</sup> Bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 237; BLAINPAIN, R./JAVILLIER, J.-C, no. 173; RODIERE, P., Droit Social de l'Union Europeenne, Paris 1998, no. 31; ONARAN YÜKSEL, M., s.95 vd.

<sup>54</sup> LANQUETIN, M.-T., "La discrimination a rasion du sexe en droit international et communautaire", DS 1988, s. 812.

<sup>55</sup> Bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 237 vd; BLAINPAIN, R./JAVILUER, J.-C, no. 173; RODIERE, P., no. 317-318; LANQUEN, M.-T., "La discrimination a raison du sexe", s. 812 vd.; HEIDE, I., "La lutte contre la discrimination", s.437 vd.; TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 189 vd. ; ALTAN, Ö.Z., "Cinsiyetler Arasında Eşit Davranma", s. 173 vd.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

cinsiyetler arası ayrımcılık hallerine ilk defa Jenkins<sup>56</sup> kararı ile uyguladı. Bu alandaki temel karar olarak kabul edilen Bilka<sup>57</sup> kararı ile dolaylı ayrımcılık kavramı belirginleşmiş ve bu ayırım İspat Yüküne İlişkin Yönerge ve 2000 yılında kabul edilen diğer yönergelerde de korunmuştur<sup>58</sup>. Adalet Divanı'nın ayrımcılık hukukuna en önemli katkılarından biri maddi eşitlik anlayışının bir göstergesi olarak değerlendirilen<sup>59</sup> dolaylı ayrımcılık kavramında yatmaktadır<sup>60</sup>.

Görünüşte eşit bir davranışın ayrımcı sonuçlar doğurması anlamında dolaylı ayrımcılık maddi eşitlik anlayışının bir yansıması olup, davranışın sonuçları üzerinde yoğunlaşan bu anlayışta amaç, mutlaka sonuçta eşitliğin sağlanması değildir. Dolaylı ayrımcılık konusu ölçütler a priori meşrudur. Tarafların sübjektif niyeti önemli değildir. O halde, dolaylı ayrımcılığın mevcut olabilmesi için iki aşamalı bir inceleme yapılacaktır: İlk aşamada davacı işçi görünüşte tarafsız bir ölçütün yahut önlemin ağırlıklı olarak bir cinse mensup olanları etkilediğini ispatlayacak, daha sonra işverenin işletmenin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik objektif nedenlerle bu ölçütleri haklılaştırabilip haklılaştıramadığı araştırılacaktır. Doğrudan ayrımcılık hallerinden farklı olarak bu halde ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilen ölçüt objektif nedenlerle haklılaştırılabilir<sup>61</sup>.

Dolaylı ayrımcılığın belirlenmesinde konunun ele alındığı bakış açısı belirleyicidir<sup>62</sup>: birey merkezli bir bakış açısıyla dolaylı ayrımcılık belirlenirken, görünüşte tarafsız bir tutum veya davranışın cinsiyeti veya ırkı nedeniyle birey üzerinde ayrımcı etkiler doğurup doğurmadığı sorgulanır. Bu yaklaşımda davranışın grubun tamamı üzerindeki olumsuz etkisi değil, birey üzerindeki etkilerinin tespit edilmesi yeterlidir. Farklı yahut ayrımcı davranış üzerinde yoğunlaşan ikinci yaklaşım daha grup merkezli bir yaklaşım olmakla beraber buradaki amaç da maddi eşitliği sağlamak değil, dolaylı ayrımcılığı tespit etmektir. Cinsiyet, din, ırk veya etnik köken gibi nedenlerle bir grubun diğerine göre daha düşük oranda temsili prima facie bir ayrımcılık göstergesi teşkil eder. Ancak bu ayrımcılık nedeni işletme veya meslek gerekleri ile haklılaştırılabiliriyorsa bu takdirde dahi ayrımcılık yoktur. Farklı yahut aleyhte davranış üzerinde yoğunlaşan bu anlayışın Topluluk hukukunun

<sup>56</sup> ATAD, İP. Jenkins/Kingsgate Ltd., 96/80, 31.3.1981, ATKD, 1981, s. 911.

<sup>57</sup> ATAD, Bilka-Kaufhaus GmbH / K. VVeber von Hartz, C-84/170, 13.05.1986, ATKD, 1986, s. 1607.

<sup>58</sup> LANQUETIIM, M.-T., s. 809; BLAINPAIN, R./JAVILUER, J.-C, no. 174.

<sup>59</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation", s. 161.

<sup>60</sup> LANCJUETIN, M.-T., "La discrimination a rasion du sexe", s. 812.

<sup>61</sup> Bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 241 vd. ; BLAINPAIN, R./JAVILUER, J.-C, no. 175-176; LANQUETIN, M.-T, "Le principe de non-discrimination", Droit Ouvrier, Mai 2001, s. 192-193; LEROY, Y., "Les elemente d'appréciation de la discrimination indirecte en matiere d'egalite entre hommes et femmes", Droit ouvrier, Mai 2001, s. 233 vd.

<sup>62</sup> Bkz. FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 161-162.

dolaylı ayrımcılık anlayışı olduğu söylenebilir<sup>63</sup>. Dolaylı ayrımcılığın üçüncü anlaşılış biçimi sonuç üzerinde yoğunlaşmakta ve sonuçların eşit olması veya orantılı bir şekilde dağıtılması anlamına gelmektedir.

Divan'ın eşitlik anlayışı daha çok ikinci bakış açısıyla açıklanabilir. Özellikle bazı kararlarda Divan'ın bir grubun diğerine oranla istatistiksel olarak daha düşük bir oranda temsil edilip edilmediğini incelemesi ikinci yaklaşımın etkin olduğu izlenimini vermektedir. Ancak son dönemde davranışın grubun tümü üzerindeki etkilerini saptamakta karşılaşılan istatistiksel güçlükler Divan'ı ve Komisyonu istatistiklere dayanmayan bir dolaylı ayrımcılık anlayışına itmiştir<sup>64</sup>. 2000 yılında kabul edilen 2000/43 ve 2000/78 sayılı yönergelerde, uygulama veya ölçütün bir cinse mensuplardan oluşan grubun önemli ölçüde yüksek oranda etkilemesi ölçütü ve dolayısıyla istatistik yöntemi bir kenara bırakılmıştır<sup>65</sup>. Artık dolaylı ayrımcılığın tespit edilebilmesi için tarafsız olarak görünen bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın diğer kişilere nazaran belirli bir dine veya inanca mensup, belirli bir sakatlığı bulunan, belirli bir yaş veya cinsel tercihe sahip olan kişiler açısından özel bir aleyhte durum yaratabilecek nitelikte olması (susceptible d'entraîner un desavantage particulier) yeterlidir<sup>66</sup>. Bu yalnızca metodolojik bir değişim olmayıp, bir anlayış değişikliğini, dolaylı ayrımcılık yasağının bireyselleştirildiğini düşündürmektedir<sup>67</sup>.

#### d) Olumlu ayrımcılık

Yasaklayıcı bir tutumun izlendiği doğrudan ve dolaylı ayrımcılık anlayışlarının kavramsal sınırlarının anlaşılması eşitliğin sağlanması için pozitif, olumlu yükümlülükler doğuran bir anlayışın gelişmesine yol açmıştır<sup>68</sup>. Dördüncü Kuşak yükümlülükler de denilen bu yaklaşım gerek sorumluluğun tipi, gerek sorumlular ve yapılması gerekenler bakımından kapsamlı bir değişimin habercisidir. Bu anlayış doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yasağında olduğu gibi negatif bir yasaklama ve yasak konusu fiil işlendikten sonra zarara uğrayan mağdurun bireysel zararının

<sup>63</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 238 , bu konuya ilişkin Divan kararlarından örnekler için bkz. HEIDI, I., "La lutte contre la discrimination", s. 437 vd. ; ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice", s. 1406 vd.

<sup>64</sup> ATAD, Regina /Secretary of State for Employment, C-167/97, 9.2.1999, ATKD, s. 1-623; J. Schnorbus/Land Hessen, C-79/99, 7.12.2000, ATKD, s. 1-10997.

<sup>65</sup> Bu ölçütün uygulanmasına ilişkin olarak bkz. LEROY, Y., "Les elemente d'appréciation de la discrimination directe", s. 230 vd.

<sup>66</sup> 2000/43 sayılı Yön. m. 2/2 (b) ve 2000/78 sayılı Yön. m. 2/2 (b). Bu konuda ayrıca bkz. LANCJETT, M.-T., "Le principe de non-discrimination", s. 189 vd.

<sup>67</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 162-163 ve s. 163 dipnot 53'de belirtilen yazarlar; ayrıca BELL, M., "Article 13 EC", s. 82.

<sup>68</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 163.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

karşlanması temeline dayanmamaktadır. Zararın doğmasından önce ve önlenmesine yönelik olarak alınan tedbirler önem kazanmakta, bireysel zararın ortaya çıkmasına gerek olmaksızın, esas alınan ölçüt bakımından daha az temsil edilen bir grubun varlığı, harekete geçilmesi için yeterli sayılmaktadır. Dolayısıyla eşitliğin sağlanması için alınacak önlemler ve bu önlemleri almakla görevli organlar, özellikle kamu organlarına önemli görevler düşmektedir. Bu tip yükümlülüklerin, hukuki sorumluluğun kusurlu birey üzerinde mağdurun zararının tazmin edilmesi anlayışının bir kenara bırakılarak, bireysel davranışlarının sınırlarını aşan sosyal bir ayrımcılığa karşı önlemlerin alınmasını gerektirmekte, katılım özel bir önem kazanmaktadır<sup>69</sup>.

Olumlu ayrımcılık konusunda 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi m. 2/4'de kadın ve erkekler arasında eşit davranılması gereğinin kadın ve erkek işçiler arasında fırsat eşitliğini sağlamak ve iyileştirmek üzere alınacak önlemleri engellemeyeceği belirtilmiştir. Amsterdam Anlaşmasıyla değişen 119. maddeye göre (yeni 141/4), çalışma hayatında kadın ve erkekler arasında eşitliğin sağlanabilmesi için üye devletler daha az temsil edilen cinsin mesleki bir faaliyet gerçekleştirme veya mesleki kariyerlerinde ortaya çıkan olumsuzlukların önlenmesi veya telafisi için önlemler almakla yükümlü kılınmış ve bu önlemlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir<sup>70</sup>.

Divan kararlarına yansıyan olumlu önlemlerin başında kota uygulamaları gelmektedir. Özellikle kamu sektöründe uygulanan yasal kota düzenlemelerin ne ölçüde kadın-erkek eşitliği ilkesiyle bağdaştığı Divan'ın pek çok kararında tartışılmıştır. İlk olarak, Kalanke<sup>71</sup> davasında Divan, eşit niteliklere sahip adaylar arasında daha az temsil edilen cinsin mutlak ve koşulsuz bir öncelik tanınmasına dair ulusal önlemlerin, fırsat eşitliği sağlanmanın ötesine geçip, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4 hükmünde belirtilen istisnanın sınırlarını aşar nitelikte olduğunu belirtmiştir. Marschall<sup>72</sup> davasında kadın adaylarla aynı niteliklere sahip erkek adaylar için, adaylıklarının adaya ilişkin bütün ölçütlerin dikkate alınacağı objektif bir değerlendirmeye tabi tutulacağı ve bir veya birden fazla ölçüt<sup>73</sup> erkek aday

<sup>69</sup> FREDMAN, S., "Equality : A new generation ?", s. 163 vd.

<sup>70</sup> ATA m. 141/4'ün Topluluk hukukuna getirdiği yeniliklere ilişkin farklı görüşler hakkında bkz. BETTEN, L./SHRUBSALL, V., "The Concept of Positive sex Discrimination in Community Law - Before and After the Treaty of Amsterdam", Industrial Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14/1,1998, s. 76 vd.

<sup>71</sup> ATAD, E. Kalanke / Frei und Hansesstadt Bremen, C-450/93, 17.10.1995, ATKD, 1995, s. 1-3051; karar hakkında bkz. SENDEN, L, "Positive action in the EU Put to the Test. A Negative Score?", MJ 3 1996, s. 148 vd.

<sup>72</sup> ATAD, H. Marschall / Land Nordrhein Westfalen, C-409/95, 11.11.1997, ATKD, 1997, s. 1-6363; karar hakkında bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 228 vd.

<sup>73</sup> Bu ölçütlerin neler olabileceğine dair Mahkeme kararının bir eleştirisi için bkz. BETTEN, L./SHRUBSALL, V., "The Concept of Positive Sex Discrimination in Community Law - Before and After



lehine dengeyi değiştirdiğinde kadın işçinin önceliğinin kalkacağına dair bir güvence hükmüne yer verilen bir kota uygulamasını eşitlik ilkesiyle çelişir bulmamıştır. Yönerge'nin 2/4 hükmü görünüşte ayrımcı da olsa, sosyal hayatta mevcut eşitsizlikleri gidermek veya azaltmak için alınacak önlemleri mümkün kılmak için kabul edilmiş olup, kadınlara salt kadın olmalarından ötürü öncelik tanıyan önlemler m. 2/4 hükmünü aşar niteliktedir<sup>74</sup>.

Kalanke kararında Divan kadın işçinin karşılaştığı yapısal güçlükleri dikkate almamışken, Badeck<sup>75</sup> kararı ile bu yaklaşımını terk etmiş ve bu içtihadı daha sonuç eşitliği bakışlı bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir<sup>76</sup>. Kalanke ve Badeck kararlarında kota uygulamalarının geçerli olma şartlarını belirleyen Divan Abrahamsson<sup>77</sup> davasında adayların değerlendirilme yönteminin, özellikle niteliklerinin eşit olup olmadığı hususunun değerlendirilmesinde de dolaylı ayrımcılık yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Amsterdam Anlaşmasıyla eklenen 141/4 hükmünden, Divan pozitif ayrımcılık olarak nitelenen bazı uygulamalara daha hoşgörülü bakmış<sup>78</sup>, 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/4 hükmünün dar yorumlanması gerektiği yolundaki içtihadını terk etmiş görünmektedir<sup>79</sup>. Bu açıdan daha önce izin vermediği kota uygulamalarının bundan sonra nasıl değerlendireceği soru işaretidir<sup>80</sup>.

## **II. KADIN VE ERKEK İŞÇİLER ARASINDA FIRSAT EŞİTLİĞİNİN SAĞLANMASINA İLİŞKİN YÖNERGELER VE TÜRK İŞ HUKUKU**

### **1. İşverenin eşit işlem borcu ve kadın-erkek işçiler arasında eşitlik**

Türk hukuk sisteminde işverenin eşit işlem borcu hizmet akdinden kaynaklanan işveren borçlarından biridir<sup>81</sup>. Genel eşitlik ilkesinin işyerindeki uygulaması olan bu borç uyarınca işveren işçileri arasında kural olarak eşit davranmakla

the Treaty of Amsterdam", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 14/1, Spring 1998, s. 68-70.

<sup>74</sup> ATAD, E. Kalanke / Frei und Hansesstadt Bremen, C-450/93, 17.10.1995, ATKD, 1995, s. 1-3051;

H. Marschall / Land Nordrhein Westfalen, C-409/95, 11.11.1997, ATKD, 1997, s. 1-6363.

<sup>75</sup> ATAD, G. Badeck ve diğerleri, C-158/97, 28.3.2000, ATKD, 2000, s. 1-1875.

<sup>76</sup> KÜCHHOLD, K., "Badeck-The Third German Reference on Positive Action", IU, vol. 30, No. 1, March 2001, s. 119.

<sup>77</sup> ATAD, K. Abrahamsson ve L. Anderson/E. Fogelqvist, C-407/98, 6.6.2000, ATKD, 2000, s. 1-5539; bkz. NUMHAUSEER-HENNING, A., "Svedish Sex Equality Law Before the European Court of Justice", IU, vol. 30, No. 1, March 2001, s. 121 vd.

<sup>78</sup> ATAD, G. Badeck ve diğerleri, C-158/97, 28.3.2000, ATKD, 2000, s. 1-1875; ELUS, E., "The Recent Jurisprudence of O", s. 1415-1416

<sup>79</sup> KÜCHHOLD, K., "Badeck-The Third German Reference on Positive Action", s. 120.

<sup>80</sup> ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of CJ", s. 1416.

<sup>81</sup> ÇELİK, N., İş Hukuku Dersleri, 15. Bası, İstanbul 2000, s. 146 vd. ; EKONOMİ, M., İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 156 vd. ; NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 247 vd.; TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999, s. 130 vd. Eşit davranma borcunun hukuki temellerine ilişkin görüşler için bkz. TUNCAY, C, s. 32 vd.

yükümlüdür. İşverenin eşit işlem borcu işyerinde bir işçi topluluğunun varlığı halinde işverenin yönetim hakkının bir sınırı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim tek bir işçisi bulunan işverenin eşit işlem borcunun varlığından, en azından bunun aktif olarak uygulanabilir olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak bir işçi topluluğunun, yani en az iki işçinin varlığı durumunda bu borç ortaya çıkacaktır. Giderek bireyselleşen Türk İş Hukukunda her ne kadar işçi ile bağitlanan bireysel hizmet akitleri temel öneme sahip görünse de hukuki anlamda birbirleriyle ilişkisi bulunmayan bu hizmet akitlerinde kararlaştırılacak hükümler ve işverenin tek taraflı uygulamalarının bir sınırı olarak işverenin eşit işlem borcu iş ilişkisinin her aşamasında uygulama alanı bulacaktır.

İşverenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmama borcu, Anayasa'da, yasalarda, Türkiye'nin onayladığı uluslararası belgelerde sayılan ırk, etnik köken, dil, renk, siyasi düşünce ve kanaat, din, düşünce, sendikal faaliyet gibi mutlak ayırım yasakları arasında yer almaktadır<sup>82</sup>. Somut olayda işverenin farklı veya aleyhte işlemi işçinin kadın olmasından kaynaklanabileceği gibi, kadın ve aynı zamanda kısmi süreli bir hizmet akdiyle çalışmasından veya cinsiyet unsurunun diğer nedenlerle birleşmesinden de kaynaklanabilir. Bu çalışmada işverenin eşit işlem borcu cinsiyete dayalı ayrımcılık yasakları bakımından ele alınacak olup, özenle belirtilmelidir ki, AB hukukunda kadın-erkek eşitliği işverenin eşit işlem borcunun sınırlarının ötesinde bir hukuki çerçeveye sahiptir.

İşverenin eşit işlem borcuna ilişkin AB hukukunda zaman içinde iki farklı rejim oluşmuştur<sup>83</sup> : Öncelikle ücret eşitliğini düzenleyen 119. madde (yeni 141) hükmü Anlaşmanın bir hükmü olarak yatay ve dikey doğrudan etkiye sahiptir. 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi ise, olması gerektiği biçimde iç hukuka aktarılmadığı takdirde, yalnızca dikey doğrudan etkiyi haizdir. İkinci olarak 119. (yeni 141) madde hiç bir açık istisna hükmüne yer vermemişken, 76/207 sayılı Yönerge işçinin cinsiyetin belirleyici olduğu meslek dalları (m. 2/2), özellikle hamilelik ve analık dönemlerinde kadın işçileri koruyucu nitelikli düzenlemeler (m. 2/3) ve kadın ve erkekler arasındaki fırsat eşitliğini sağlamak üzere kadınlar lehine getirilecek düzenlemeler (m. 2/4) olmak üzere üç açık istisna hükmüne yer vermiştir<sup>84</sup>. Son olarak da 119. madde cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamışken, 76/207 sayılı yönerge cinsiyet yanı sıra kişinin medeni ve ailevi durumu nedeniyle yapılan ayrımcılığı da yasaklamıştır.

## **2. Hizmet ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık**

76/207 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında sektörü veya faaliyet alanı ne olursa olsun her kademedeki işçiler bakımından işe alınmada kullanılan

<sup>82</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNCAY, A.C., s. 123 vd.

<sup>83</sup> BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 236-237.

<sup>84</sup> Ayrıca bkz. ATAMER, Y.M., "İşe Alınmada Kadın Erkek Eşitliği", s. 171-172.

## **Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

ölçütler de dahil olmak üzere işe alınma veya belirli bir göreve atanmada cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı her türlü ayrımcılık yapılması yasaklamıştır. Bu amaçla üye devletler mevzuatlarında yer alan bu ilkeye aykırı tüm yasal veya yönetsel normları yürürlükten kaldırmakla yükümlüdür. Toplu iş sözleşmelerinde, hizmet akitlerinde, iç yönetmeliklerde yer alan bu ilkeye aykırı hükümler butlanla malul sayılıp, dikkate alınmayabilir veya aksi yöndeki hükümlerle değiştirilebilirler (Yön. 76/207 m. 3/2).

Hizmet akdinin kurulması sırasında yapılacak ayrımcılık bazı meslek tiplerinin kadınlara yasaklanması veya işçinin kadın olması nedeniyle tercih edilmemesi biçimlerinde karşımıza çıkabilir.

### **a) Kadınlara yasak olan meslekler**

76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi ile üye devletlere işin niteliği veya çalışma koşulları itibarıyla cinsiyetin belirleyici bir unsur olduğu mesleki faaliyetler veya mesleki eğitim dallarını Yönerge'nin kapsamı dışında bırakma yetkisi tanıdığıdır (m. 2/2). Bu çerçevede Divan üye devletlerin kamu güvenliğini sağlamak üzere özellikle tehlikeli durumlarda ateşli silahlar taşıyan polis görevlerinin<sup>85</sup> veya Kraliyet Deniz Kuvvetlerindeki görevlerin<sup>86</sup> erkeklere özgülenebileceğini kabul etse de, tıbbi personel veya müzisyenlik dışında silahlı kuvvetlerde kadınlara getirilen çalışma yasağını istisna kapsamında kabul etmemiştir<sup>87</sup>. Yönergenin 2/2 hükmünde yer alan istisna hükmü de bütün istisnalar gibi ölçülülük ilkesi çerçevesinde dar yorumlanmalıdır<sup>88</sup>.

Hukukumuzda iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin eşit işlem borcuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp, Anayasa'nın 10 maddesi hükmü dışında 70. maddesinde kamu hizmetlerine girme bakımından kadın ve erkek eşitliği belirtilmiştir. Hizmet akdinin kurulması sırasında işverenin sözleşme serbestisine ağırlık veren klasik görüş (An. m.48/1) bugün pek çok ülkede terk edilmiş olsa da<sup>89</sup>, Türk uygulamasında bu konudaki tartışmaları ve yargı

85 ATAD, M. Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, 15.5.1986, ATKD, 1986, s. 1651.

86 ATAD, A.M. Sirdar/The Army Board et Secretary of State for Defence, C-273/97, 26.10.1999, ATKD, 1999, s. 1-7403; Bu içtihatların ölçülülük ilkesinin gereklerini aştığı yolundaki yorumlar için bkz. ELLIS, E., "Recent Jurisprudence of the EU", s. 1413 vd.

87 ATAD, T. Kreil / Bundesrepublik Deutschland, C-285/98, 11.01.2000, ATKD, 2000, s. 1-69; ayrıca bkz. TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 194-195.

88 ATAD, M. Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, 15.5.1986, ATKD, 1986, s. 1651; BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 242-243; BLAINPAIN, R./JAVILUER, J.-C, no. 197; ATAMER, Y.M., "İşe Alınmada Kadın Erkek Eşitliği", s. 173 vd.

89 Bu konudaki tartışmalar için bkz. TUNCAY, C, s. 141 vd.; YÜKSEL-ONARAN, M., s. 138 vd.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

uygulamasının bulunduğu bahsetmek güçtür. Ayrıca Türkiye'nin onayladığı ILO'nun 111 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11/b maddesi hükmüne göre de bu tip ayrımcılıklar yasaktır.

### **b) Ayrımcı iş duyuruları ve işe almada kullanılan ölçütler**

Ayrımcı iş duyuruları, işçi seçiminde kullanılacak ölçütler, yapılan testler ve kullanılan yöntemlerin de kadın işçiler aleyhine ayrımcılık içermesi olasıdır. Sadece erkeklerin işe alınacağını belirten veya bu imajı veren iş ilanları<sup>90</sup>, işe almada kullanılan, yaş, tecrübe gibi ölçütler<sup>91</sup>, iş görüşmesi sırasında sorulan sorular<sup>92</sup> doğrudan veya dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. 76/207 sayılı Yönerge ile ayrıca kişinin medeni hali ve aile durumu hakkında sorular sorulması yasaklanmıştır (m. 2/1). Bu nedenle kadın işçiye çocuklarının bulunup bulunmadığı, çalışma saatleri sırasında çocuklarla kimin ilgileneceği gibi sorular sorulamaz.

Bu çerçevede kabul edilmiş ayrımcı davranışlara baktığımızda hukuk sistemimizdeki boşluk daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Ayrımcı iş duyuruları bu alanda ilk akla gelen örneklerdir. İş piyasasında oluşmuş cinsiyete dayalı iş ve meslek paylaşımına göre yapılan duyurulara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu konudaki yerleşmiş uygulamanın açık bir yasal düzenleme olmaksızın önlenmesi kanımızca mümkün değildir. Birlik içindeki üye ülkelerde de bu yönde pozitif düzenlemelere yer verilmiştir<sup>93</sup>.

İş görüşmeleri sırasında sorulan soruların aday tarafından yanıtlanma zorunluluğu konunun diğer bir boyutunu oluşturmaktadır<sup>94</sup>. Özellikle hamilelik hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi nedeniyle işverenin İşK. m.17/11 (a)'da öngörülen yanıtma nedeniyle hizmet akdini feshedip edemeyeceği aşağıda tartışılmıştır<sup>95</sup>. Her ne kadar Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde işe alınmada, seçim ölçütlerinde ve yükseltmelerde ayrımcılık yasağı getirilmişse de, tam ve gerçek bir uygulama için yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır<sup>96</sup>. Bu alanda uyumsuzluk çıkmamış olması, bu alanda bir sorun olmadığını değil, bu tip uygulamalar olağan karşılandığı için hukuki bir uyumsuzluk konusu haline dahi getirilmediğini göstermektedir.

<sup>90</sup> Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 142 vd.

<sup>91</sup> Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 145 vd.

<sup>92</sup> Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 153 vd.

<sup>93</sup> Bu açıdan Alman hukukunun gelişiminden bir kesit için bkz. ATAMER, Y.M., "İşe Alınmada Akdin Erkek eşitliği", s. 172 vd.

<sup>94</sup> Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., S. 153 vd.

<sup>95</sup> Tartışmalar hakkında bkz. ONARAN-YÜKSEL M., s. 156 vd.

<sup>96</sup> EKONOMİ, M., "Türk İş Hukuku'nun Avrupa Topluluğu İş Hukuku İle Uyumu", Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyumu Semineri, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 340.

### 3. Çalışma koşulları ve işverenin eşit işlem borcu

#### a) Ücret eşitliği

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Roma Anlaşması'nın 119. maddesinde yer alan "eşit işe eşit ücret" ilkesi AB Eşitlik Hukukunun başlangıç noktasıdır. Defrenne II<sup>97</sup> kararında bu hükmün hem yatay hem de dikey doğrudan uygulanabilir bir hüküm olduğu kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle 119. maddeye dayanarak özellikle kaynağını yasalarda veya toplu iş sözleşmelerinde bulan doğrudan ayrımcı uygulamalara veya aynı işyerinde ve aynı işte çalışan kadın ve erkek işçilere farklı ücret ödenmesi halinde özel veya kamu kesimi işverenlerine yahut devlete karşı ulusal mahkemelerde dava açılabilir<sup>98</sup>. Konsey Roma Anlaşması'nın 119. maddesinde yer alan hükümleri açıklamak amacıyla 1975 tarihinde bu alandaki ilk yönergesi olan 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler İşçiler İçin Ücret Eşitliği Yönergesini çıkarmıştır<sup>99</sup>.

Bu hükümler çerçevesinde işveren eş değerdeki işlerde çalışan kadın ve erkek işçilere farklı ücret ödeyemez. Bu yasağın çiğnenmiş olabilmesi için iki unsur gereklidir: farklı ücret ödenmesi ve bu farklılığın cinsiyet farklılığından kaynaklanması.

#### aa) Ücret tanımı

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ücret kavramını geniş tanımlayarak, kadın işçilerin mümkün olduğu ölçüde geniş yelpazedeki menfaatlardan eşit olarak yararlanmasını sağlamaya çalışmıştır<sup>100</sup>. Daha sonra Divan'ın bu içtihadı 141. madde düzenlemesi ile Topluluk Anlaşması metnine de yansımıştır. Bu bağlamda yalnızca temel ücret değil, işçiye iş nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak para veya mal şeklinde sağlanan tüm ek ödemeler ücret kapsamında değerlendirilmiştir (ATA m.141/2). Ayrımcılık yapılmadan ücretin saptanması, aynı iş için parça başına ödenen ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması (m.141/2/II/a)<sup>101</sup>

<sup>97</sup> ATAD, G. Defrenne / Societe anonyme belge de navigation aeriene (Defrenne II), 43-75, 8.04.1976, ATKD, 1976, S. 1-455.

<sup>98</sup> ATAD, Defrenne II, 43-75, 8.04.1976, ATKD, 1976, S. 1-455.

<sup>99</sup> ATRG, 1975, L 54/20.

<sup>100</sup> Bkz. HEIDI, I., "La lutte contre la discrimination", s. 432 vd. ; VVATSON, P., "Equality of treatment.

A Variable Concept?", IU, Vol. 24, No. 1, March 1995, s. 34-35; genel olarak Divan içtihatları ışığında ücret tanımı hakkında bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 249-250; BLAINPAIN, R./JAVILLIER, J.-C, no. 192; RODIERE, P., no. 328 vd. ; TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 185 vd. ; TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G./ATAMER, Y., s. 643-644; TUNCAY, C, "AB Sosyal Politikasına İlişkin Düzenlemelerin Temel Yapıları", s. 103.

<sup>101</sup> Roma Anlaşması'nın 119. maddesinin ücretin parça başı belirlendiği hallerde de uygulanacağını Divan belirtmiştir. Buna göre parça başı ücretin uygulandığı bir işyerinde ücret eşitliği prensibi biri

zaman esasına göre ödenen ücretlerin ise eşit olması (m. 141/2/II/b) anlamına gelmektedir. Divan'a göre ücret işçiye işi nedeniyle işvereni tarafından derhal veya gelecekte sağlanan/sağlanacak nakdi veya aynı tüm menfaatlerdir<sup>102</sup>. Burada işçiye ödenen menfaatin hukuki niteliği önemli olmayıp, hizmet akdinden, yasal bir düzenlemeden<sup>103</sup> yahut işverenin tek taraflı yaptığı bir ödemeden<sup>104</sup> kaynaklanması farketmez. Divan çeşitli kararlarında hizmet akdi sona erdikten sonra işveren tarafından sağlanan menfaatleri<sup>105</sup> -ulaşım hizmetlerinde<sup>106</sup>, -kıdem ödencesini<sup>107</sup>, haksız fesih nedeniyle ödenen tazminatı<sup>108</sup>, kötüniyetli fesih halinde ödenen tazminatı<sup>109</sup> hastalık sırasında ödenen hastalık yardımlarını<sup>110</sup>, işyeri sosyal sigorta

asıl olarak kadınlardan diğeri de erkeklerden oluşmuş iki gruba aynı birim üzerinden ücret ödenmesini gerekli kılar. Aynı işi gören veya farklı olmasına rağmen aynı değer atfedilen iki işte çalışan iki farklı grup işçiye uygulanan ücreti belirleyici ölçüt aynı ise eşitlik ilkesine aykırı bir durum yoktur. 119. madde anlamındaki bir ücret eşitliği aynı veya eşit değerde işler gören gruplar arasında toplam ücret bakımından eşit değerde bir ücrete hak kazanmalarına uygunsu da, gruplardan birinin asıl olarak kadınlardan diğeri asıl olarak erkeklerden oluşması ve kadınlardan oluşan grubun ücret ortalamasının daha düşük çıkması ayrımcılık yapıldığı sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. Bununla beraber eğer ücret bir kısmı her işçinin çalışması sonucu belirlenen değişken ve işçinin dahil olduğu gruba göre belirlenen sabit bir kısımdan oluşuyorsa, ortalama ücretler karşılaştırılırken iki grubun her birinde yer alan işçilerin yapılan işin niteliği, mesleki eğitim şartları, iş koşulları gibi özellikleri bakımından karşılaştırılabilir kabul edilmeleri gerekir. Kadınların oluşturduğu gruba ait işçilerin daha az ücret aldığı ispatlandığında, bu farklılığın cinsiyet ayrımcılığından kaynaklanmadığını ispat yükü işverendedir. Ortalama ücretler karşılaştırılırken iki grubun her birinde yer alan işçilerin yapılan işin niteliği, mesleki eğitim şartları, iş koşulları gibi özellikleri bakımından karşılaştırılabilir kabul edilmeleri gerekir; ATAD, Specialarbejderforbundet I

Danmark / Dansk industri, C-400/93, 31.05.1995, ATKD, 1995, s. 1-1295

- 102 ATAD, G. Defrenne / Etat belge (Defrenne I), 80/70, 25.5.1971, ATKD, 1971, s. 445; E. Garland / British Rail Engineering Limited, 12/81, 9.2.1982, ATKD, 1982, s. 359; Regina / Secretary of State for Employment (Ex parte: N. Seymour-Smith ve L. Perez), C-167/97, 9.2.1999, ATKD, 1999, s. I-623.
- 103 ATAD, Defrenne II, 43-75, 8.04.1976, ATKD, s. 1-455; D.H. Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889.
- 104 ATAD, D.H. Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889; E. Garland / British Rail Engineering Limited, 12/81, 9.2.1982, ATKD, 1982, s. 359.
- 105 ATAD, D.H. Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889.
- 106 ATAD, E. Garland / British Rail Engineering Limited, 12/81, 9.2.1982, ATKD, 1982, s. 359.
- 107 ATAD, M. Kowalska / Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, 27.6.1990, ATKD, 1990, s. 1-2591; D.H. Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889.
- 108 ATAD, Regina / Secretary of State for Employment (Ex parte : N. Seymour-Smith ve L. Perez), C- 167/97, 9.2.1999, ATKD, 1999, s. 1-623.
- 109 ATAD, Regina / Secretary of State for Employment (Ex parte : N. Seymour-Smith ve L. Perez), C- 167/97, 9.2.1999, ATKD, 1999, s. 1-623.
- 110 ATAD, I. Rinner-Kühn / FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co, C-171/88, 13.7.1989, ATKD, 1989, s. 2743.

primlerinden ödenen sosyal sigorta yardımlarını<sup>111</sup>, işçi temsilcisinin işyeri komitesinde harcadığı süreler için ödenen tazminatı<sup>112</sup>, iş ilişkisi nedeniyle bu ilişki çerçevesinde yapılan bütün ödemeleri ücret kavramı kapsamında değerlendirmiştir<sup>113</sup>. Yasal sosyal güvenlik rejimi dışındaki sosyal güvenlik sistemlerine işveren tarafından yapılan ödemelerin ücret kavramı içine sokulup sokulamayacağı tartışılmış, Barber kararı ile Mahkeme ulusal zorunlu sosyal güvenlik rejimlerine ödenenler dışında, işyerinde işçilere sunulan özel bir sosyal güvenlik sistemine işveren tarafından ödenen primleri işveren tarafından işçiye işi nedeniyle yapılan ödemeler kapsamında değerlendirmiştir<sup>114</sup>. Yasal sosyal güvenlik sistemleri sosyal politikanın bir parçası olup, işverenin bu tip rejimlerin finansmanına katkısı doğrudan veya dolaylı bir ücret olarak değerlendirilemez<sup>115</sup>.

Ücret karşılaştırması yaparken Mahkeme toptan paketin değil, ücreti oluşturan bütün unsurların teker teker karşılaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Gerçek bir şeffaflık ancak kadın ve erkek işçilere uygulanan ücretin her bir unsuru bakımından eşitlik ilkesi uygulanırsa güvence altına alınmış olacaktır<sup>116</sup>.

#### bb) Eşit değerde iş

Amsterdam Anlaşmasıyla değiştirilen 141. madde hükmüyle 75/117 sayılı Yönerge'nin 1. maddesinde ve Jenkins<sup>117</sup> kararında belirtilen doğrultuda eş

<sup>111</sup> ATAD, Bilka - Kaufhaus GmbH / K. Weber von Hartz, C-170/84, 13.05.1986, ATKD, 1986, s. 1607; D.H. Barber/ Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889.

<sup>112</sup> ATAD, E. Freers ve H. Speckmann / Deutsche Bundespost, C-278/93, 7.03.1996, ATKD, 1996, s. 1-1182.

<sup>113</sup> Ayrıca bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 249-250 ; TEZCAN, E., s. 15 17; RODIERE, P., no. 330 vd.

<sup>114</sup> ATAD, D.H. Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, 17.05.1990, ATKD, 1990, s. 1-1889. Bu konuya ilişkin diğer bazı kararlar : M. Moroni / Collo GmbH, C-110/91, 14.12.1993, ATKD, 1993, s. 1-6591; D.Neath / H. Steeper Ltd., C-152/91, 22.12.1993, ATKD, 1993, s. 1-6935; Coloroll Pension Trustees Ltd / J.R. Russell ve diğerleri, C-200/91, 28.9.1994, ATKD, 1994, s. 1-4389; Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) / E. Evrenopoulos, C-147/95, 17.4.1997, ATKD, 1997, s. 1-2057.

<sup>115</sup> RODIERE, P., no. 330: Yasal emeklilik rejimleri 119. maddenin kapsamı dışında kalsa da özel rejimlere bakıldığında pek çok olasılık akla gelebilir. Eğer yaşlılık aylığı doğrudan işveren tarafından ödeniyorsa bu takdirde açıktır ki bu miktar ücretin bir parçasıdır. Eğer mevcut yasal sistem dışında, tamamen bağımsız ek bir güvence sistemi söz konusu ise yasal rejim dışında belirli işyerlerinde veya işveren tarafından yapılan katkı nedeniyle dolaylı ücret olarak değerlendirilmektedir. RODIERE, P., no. 331.

<sup>116</sup> ATAD, Barber / Guardian Royal Exchange Assurance Group, C-262/88, ATKD, 1990, s. 1-1889; Jämställhetsombudsmannen / Örebro länslandsting, C-236/98, 30.03.2000, ATKD, 2000, s. I-2189; bkz. ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality", CMLR 37, s. 1405-1406.

<sup>117</sup> ATAD, Jenkins/Kingsgate, 96/80, 31.03.1981, ATKD, 1981, s. 911, karar hakkında bkz. CAMPICHE, A., s. 68 vd.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

değerde işe eşit ücret ilkesi yasal mevzuata girmiştir. Eşit değerde iş kavramının eşit iş kavramının yerini alması, kavramın kapsamının genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Böylece salt aynı tür veya aynı sayılabilecek işler dışında iş değerlemesi sonucunda aynı çalışma koşulları altında yapıldığı ve aynı ölçüde beceri, çaba ve sorumluluk gerektirdiği saptanan işleri de kapsar hale gelmiştir.

Hangi işlerin eşit değerde iş olduğunun belirlenmesi, aslında mecburi olmamakla beraber, yapılacak iş değerlemesi<sup>118</sup> veya meslek sınıflandırmasının sonucuna bağlıdır<sup>119</sup>. Rummler<sup>120</sup> kararında Divan iş değerlemesi sırasında ilk önce işin yürütümü için gerekli tekniklerin, becerilerin ve şartların belirlenmesi ve belirlenen şartlara ve niteliklere bir değer biçilmesi, iş değerlemesi sırasında özellikle ve sadece bir cinsin ağırlıklı olarak sahip olduğu kas gücü ve fiziksel dayanıklılık gibi faktörlere değil, işçilerin ruhsal ve sinirsel sistemlerini etkileyecek dikkat, çabukluk, monotonluk, seri iş gibi ölçütlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. O halde yapılan bir gruplamada işin bedeni bir çalışmayı, aşırı yüklenmeyi gerektirmesi ya da ağır bir iş olması nedeniyle daha değerli kabul edilmesi, işçilerin ortalama güçleri dikkate alındığında salt bir cinse uygun olan ölçütlerden hareket edilmesi anlamına geleceğinden, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder. Ücret farklılığının tarafları aynı iki farklı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanması da meşru bir neden değildir<sup>121</sup>.

Ancak bu hususta Divan'ın 1999 tarihli bir kararı şüphe uyandıracak niteliktedir<sup>122</sup>: Mahkeme doktorlar ve psikologların "görünüşte aynı faaliyette" bulunsalar da farklı disiplinlerde kazanılmış farklı bilgi ve becerileri kullandıklarını, aynı görünen işlerin gerçekte aynı olmayabileceğini belirtmiştir. Bu gerekçeyle uzunca bir süredir aynı faaliyetlerde bulunan ancak mesleki formasyonlarının temelleri farklı olan kişilere eşit işe eşit ücret ilkesinin uygulanmayacağını kabul etmiştir<sup>123</sup>.

Türk hukukunda Anayasa'nın 10. maddesindeki genel eşitlik ve 55. maddesindeki adaletli ücret hakkı dışında İş Kanunu 26.maddesinde bir işyerinde

118 İş değerlemesi, işlerin görelî önemini ölçmede kullanılan ve tanımlarını yaparak aralarındaki farklılıkları kolaylık veya zorluk esasına göre objektif bir biçimde ortaya koyan sistematik bir tekniktir; BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 250; ONARAN-YÜKSEL, M, s. 197 vd.

119 BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 250-251.

120 ATAD, G. Rummler/ Dato-Druck GmbH, C-237/85, 1.7.1986, ATKD, 1986, s. 2101.

121 ATAD, P.M. Enderby / Frechay Health Authority, Secretary of State for health, C-127/92, 27.10.1993, ATKD, 1993, s. 1-5535, ayrıca bkz. TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 191-192.

122 ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of the Court of Justice ", s. 1404-1405

123 ATAD, Angestelltenbetriebsrat der VViener Gebietskrankenkasse / VViener Gebietskrankenkasse, C- 309/97, 11.05.1999, ATKD, 1999, s. 1-2865.



## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

aynı nitelikteki işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle farklı ücret verilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca 1951 tarihli ve 100 sayılı Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Sözleşmesi'nde ve Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Dair Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde benzer hükümler mevcuttur<sup>124</sup>. Asgari Ücret Yönetmeliği'nin 2. maddesinde asgari ücretin saptanmasında cinsiyet ayrımcılığı gözetilemeyeceği belirtilmiştir. Toplu sözleşmelere veya hizmet akitlerine aksi yönde konulan hükümler geçersizdir. Kanunda yer alan "aynı nitelikte" işler ibaresinin eşit değerde işler olarak yorumlanması mümkündür. Ancak bu eşitlik daha verimli çalışan, daha iyi performans gösteren işçiye bu özellikleri dikkate alınarak daha fazla ücret ödenmesini engellemez<sup>125</sup>.

Kanundaki ücret kavramının ücret eklerini kapsadığına dair bir açıklık bulunmamaktadır<sup>126</sup>. Ayrıca Deniz-İş, Basın-İş ve Borçlar Kanunları bakımından ayırım yapılmayacağına ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir<sup>127</sup>. Unutulmamalıdır ki ulusal hukuk tarafından yapılan hukuki nitelendirmeler ve kullanılan kavramlar Topluluk hukukunun yorumunu ve bağlayıcılığını etkilemez<sup>128</sup>. Hukukumuzda onaylanan 100 sayılı Sözleşme tüm işçiler bakımından, bu ilkeyi zorunlu kılsa da<sup>129</sup>, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Borçlar Kanunu bakımından böyle bir eşitlik hükmü de bulunmamaktadır. Ancak İşK. m.26 kapsamı bakımından mevcut olan bu tartışmalar, işverenin genel eşit işlem borcunun varlığı ve ikramiye, prim ve diğer ücret ekleri işverenin eşit işlem borcu kapsamına dahil olması<sup>130</sup> nedeniyle yargı kararlarında aşılmış görünmektedir<sup>131</sup>.

Kısmi süreli yahut belirli süreli çalışan işçilere daha az ücret verilmesi yahut bunların belirli sosyal haklardan yararlandırılmaması hallerinde bu ayrımcılığın cinsiyet temelli olması tehlikesine ilişkin hukukumuzda şimdye kadar

124 Bkz. SÜRAL, N.; "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2000, s. 1306 vd.

125 ULUCAN, D., "Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 195 vd. ; EKONOMİ, M., "Türk İş Hukuku'nun Avrupa Topluluğu İş Hukuku İle Uyumu", s. 339; ÇELİK, N., s. 147-148; EKONOMİ, M., s. 157; NARMANLIOĞLU, Ü., s. 248 ; TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., s. 169; Yarg. 9. HD., E. 1985/2546, K. 1985/5437, T. 20.5.1985, İşveren Der., Temmuz 1985, s. 17-19; 3.4.2000, E. 2000/1034, K. 2000/4713, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s. 53-54.

126 Ücretin geniş anlamda anlaşılması gerektiği yolunda bkz. TUNCAY, C, s. 198-199; CENTEL, T., İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1986, s. 152; ONARAN-YÜKSEL, M., s. 219-220.

127 EKONOMİ, M., "Türk İş Hukuku'nun Avrupa Topluluğu İş Hukuku İle Uyumu", s. 339.

128 ATAD, Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V./ Johanna Levvark, C-457/93, 6.02.1996, ATKD, 1996, 1-243; E. Freers ve H. Speckmann / Deutsche Bundespost, C-278/93, 7.03.1996, ATKD, 1996, s. 1-1165.

129 EKONOMİ, M., "Türk İş Hukuku'nun Avrupa Topluluğu İş Hukuku İle Uyumu", s. 339.

130 ÇELİK, N., s. 148; EKONOMİ, M., s. 157; TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., s. 131-132.

131 Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 220, dn.265'de atf yapılan kararlar.

yargıya intikal eden bir uyuşmazlık bildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır. Bu çerçevede çoğunluğunu kadın işçilerin oluşturduğu kısmi süreli çalışan işçilere daha az ücret ödenmesi, belirli süreli hizmet akdiyle çalışanların işyerindeki bazı sosyal haklardan yararlandırılmamaları dolaylı ayrımcılık olarak nitelendirilebilecektir. Dolaylı ayrımcılık kavramına hukuk sistemimizin yabancı olması bu konuya ilişkin hukuki düzenlemelerin varlığını gerekli kılmaktadır.

### **b) Gece çalışma yasağı**

25 Temmuz 1991 tarihli Stoeckel<sup>132</sup> kararında kadın işçilere gece çalışmanın yasaklanması erkek işçilere yönelik böyle bir yasak olmadıkça 76/207 sayılı Yönerge'nin 5. maddesinde hükme bağlanan çalışma koşullarında ve işten çıkarmada cinsiyet ayrımcılığı yasağına aykırı kabul edilmiştir. Öte yandan Adalet Divanı 76/207 sayılı Yönerge'nin yeterli ölçüde açık ve uygulanması koşula bağlı olmayan bu hükmünün ulusal mahkemeler önünde doğrudan uygulanabilir niteliği haiz olduğunu kabul etmiştir<sup>133</sup>.

Minne davasında<sup>134</sup> ise kadın ve erkek işçilerin her ikisine de gece çalışma yasağı getirilmiştir. Ancak sorun bu rejime getirilen istisnalardan kaynaklanmaktadır. Acaba nitelik ve nicelik yahut uygulanma biçimi ve şartları bakımından kadın işçilerle erkek işçiler arasında farklılıklar gözetilen bir istisna rejimi Yönerge m. 2/3'de belirtilen kadınları koruyucu nitelikteki hükümlerin ayrımcılık yasağı teşkil etmeyeceği çerçevesinde nasıl değerlendirilmelidir. Şunu belirtmek gerekir ki Divan Johnston<sup>135</sup> kararında, kadın ve erkek işçiler arasındaki farklı uygulamaların kadının biyolojik yapısını koruma amacıyla söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Minne kararında Divan istisna rejimleri arasındaki farkların yapısı itibarıyla kadının biyolojik özelliklerini veya anne ile çocuğu arasındaki ilişkinin korumak gibi bir amaç taşımadığını, dolayısıyla bu istisnaların

132 ATAD, A. Stoeckel, C-345/89, 25.8.1991, ATKD, 1991, s. 1-4047.

133 ATAD, A. Stoeckel, C-345/89, 25.8.1991, ATKD, 1991, s. 1-4047; M. H. Marshall / Southampton and South-VVest Hampshire Area Health Authority, 152/84, 26.2.1986, ATKD, 1986, s. 723; Bu çerçevede Fransız devletinin yönerge hükümlerini iç hukuka aktarmamaktan kaynaklanan sorumluluğu ve ulusal hakim Topluluk normları ile bağlılığına ilişkin olarak bkz: ATAD, Commission des Communautés européennes / République française, C-197/96, 13.3.1997, ATKD, 1997, s. 1-1489; aynı yönde İtalya hakkında bir karar ; Commission des Communautés européennes / République italienne, C-207/96, 4.12.1997, ATKD, 1997, s. 1-6869; SAVATIER, J., "Travail de nuit des femmes et droit communautaire", DS 1990, s. 466 vd. ; MASSE-DESSEN, H./MOREAU, M.,A., "A propos du travail de nuit des femmes : nouvelle contribution sur l'application des directives européennes", DS 1999, s. 391 vd. Topluluk yönergelerinin doğrudan etkisi hakkında bkz. TEKİNALP, Ü./TEKİNALP, G., s. 132 vd.

134 ATAD, Offica National de l'emploi (Önem) / M. Minne, C-13/93, 3.2.1994, ATKD, 1994, s. 1-371.

135 ATAD, M. Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Company, C-222/84, 15.5.1986, ATKD, 1986, s. 1651.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Yönerge'nin m.2/3 hükmü çerçevesinde haklılaştırılmayacağını belirtmiştir. Ayrıca Divan bu sözleşme hükümlerini iç hukuka yansıtılmaktan kaçınan Fransa ve İtalya devletleri hakkında ATA m.228 hükmünü uygulamıştır<sup>136</sup>.

Türkiye'nin imzaladığı 89 sayılı ILO sözleşmesinde yer alan her yaşta kadın işçilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılmaları yasağına ilişkin normun iç hukuka yansıtılması İş Kanunu'nun 69. maddesidir<sup>137</sup>. Buna göre sanayiye ait işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaşta kadınların gece çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Şu kadar ki, işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde gece çalışmasına ilişkin özel bir tüzük bulunmaktadır<sup>138</sup>. Onaylanan 111 sayılı ILO Sözleşmesiyle de cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın önlenmesi amaçlanmakla beraber, kadınlara ilişkin gece çalışma yasağı ayrımcılık teşkil eden bir hüküm değil, bir koruma hükmü olarak nitelendirildiğinden 111 sayılı Sözleşme çerçevesinde bir ayrımcılık uygulaması olarak değerlendirilmemektedir<sup>139</sup>. Ancak görüldüğü gibi AB mevzuatı ile açık bir uyumsuzluk mevcuttur.

### c) Kısmi süreli çalışma

Topluluk hukukunda dolaylı ayrımcılık yasağı uygulamalarının önemli bir bölümü kısmi süreli çalışma nedeniyle kendini göstermektedir. Eşit İşlem Yönergesi bireyler arasında doğrudan uygulanır olmamakla beraber işvereni devlet olan iş ilişkilerinde doğrudan uygulanır kabul edildiğinden<sup>140</sup> bu alanda pek çok karar verilmiştir. Özellikle bazı meslek dallarına kabulde kıdem arandığı hallerde veya kıdem hesaplanmasında kısmi süreli çalışanların daha dezavantajlı bir konumda bulunmaları sebebiyle açılan davalarda<sup>141</sup> her ne kadar ayrımcılık teşkil eden kıdeme ilişkin uygulamalar işçilerin mesleki yetenekleri ile meşrulaştırılmaya çalışılmışsa da bu uygulamadan %90'dan fazla bir oranda kadın işçilerin etkilenmesi nedeniyle Mahkeme gösterilen haklılık nedenlerini kabul etmemiş ve 76/207 sayılı Yönerge'ye aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Dolaylı ayrımcılık hukukumuzda tamamen yabancı bir sorun olarak görünmektedir. Kısmi süreli çalışanlarla tam süreli çalışanlar arasında işverenin eşit işlem borcu bulunduğu söylenebilir. Ancak dolaylı ayrımcılık ve özellikle kısmi süreli hizmet akitleri ile çalışanlar açısından mevcut boşluğu dolduracak nitelikte değildir.

136 Ayrıca bkz. HEIDE, I., "La lutte contre la discrimination", s. 452-453.

137 Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜRAL, N., "Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeler", s. 1318 vd.

138 Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük, RG 22 Ağustos 1973, No. 14633.

139 SAVATIER, 1, "Travail de nuit des femmes et droit communautaire", DS 1990, s. 469-470.

140 ATAD, Marshall / Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, C-152/84, 26.2.1986, ATKD, 1986, s. 477.

141 ATAD, B. Kording / Senatör Für Finanzen Bremen, C-100/95, 2.10.1997, ATKD, 1997, s. 1-5289; H. Gerster / Freistaat Bayern, C-1/95, 2.10.1997, ATKD, 1997, s. 1-5253.

#### **d) Cinsel taciz**

İş ilişkisinde cinsel taciz giderek önemi artan konulardan birini oluşturmaktadır. Cinsel taciz AB hukukunda cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olarak nitelendirilmiş, Topluluk bu konuya ilişkin ikincil hukukda pek çok düzenleme yapmıştır<sup>142</sup>. Son olarak Komisyon'un 7 Haziran 2000'de 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesinde yaptığı değişiklik teklifinde<sup>143</sup> işyerinde cinsel taciz, cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir biçimi olarak kabul edilmiştir. Hukukumuzda işverenin işçiyi gözetme borcu çerçevesinde ele alınan cinsel tacizden ötürü sorumluluk konusunda yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıktır<sup>144</sup>.

#### **4. Hizmet akdine son verme bakımından eşit işlem borcu**

76/207 sayılı Yönerge'nin 5. maddesi ile hizmet akdine son verilmesi bakımından cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. İşverenin sırf kadın oldukları için yahut önemli oranda kadın işçileri etkileyen ölçütler nedeniyle kadın işçileri işten çıkartması ayrımcılık teşkil eder. Ayrımcılık akdin sona erdirilmesinde veya sona erdikten sonra işçiyi sağlanan haklar bakımından karşımıza çıkabilir. Bu çerçevede özellikle hamilelik nedeniyle yapılan ayrımcılıklar konunun özelliği nedeniyle ayrı bir başlık altında incelenecektir.

İşçinin cinsiyet değiştirmesinin yahut farklı cinsel tercihleri nedeniyle işten çıkartılmasının cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği Divan tarafından çeşitli kararlarında sorgulanmıştır. Bu konudaki ilk kararında her ne kadar işçinin cinsiyet değiştirmesi nedeniyle işten çıkartılması cinsiyet merkezli bir tutum olarak değerlendirilmiş ve bu nedenle işçinin işten çıkartılması 76/207 sayılı Yönerge madde 5/1'e aykırı kabul edilmişse de<sup>145</sup>, daha sonra Grant<sup>146</sup> davası ile bu yaklaşımdan vazgeçilmiş görülmektedir. Önemle belirtilmelidir ki burada tartışılan, cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığı değil, cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil edip etmediği ve dolayısıyla 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Divan işe son verme halinde hak kazanılacak tazminatları Anlaşmanın 141. maddesi çerçevesinde ücret kapsamında değerlendiril-

142 Topluluk hukukunda konunun gelişimi için bkz. BAKIRCI, K., İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, s. 57 vd.

143 COM (2000), 334 final.

144 Türk hukukunda cinsel tacize karşı sorumluluğun hukuki dayanakları ve işverenin sorumluluğu hakkında bkz. OKUR, A.R., "İşyerinde Cinsel Taciz", ARGUMENTUM, Y. 4, S. 42, s. 1 vd.; BAKIRCI, K., s. 154 vd. ; ONARAN-YÜKSEL, M., s. 273 vd. ; SENYEN-KAPLAN, E.T., Türk İş Hukuku ile Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, s. 191 vd.

145 ATAD, P. / S. ve Cornvull County Council, C-13/94, 30.04.1996, ATKD, 1996, s. 1-2143.

146 ATAD, L.J. Grant/ South-VvestTrains Ltd., C-249/96, 17.2.1998, ATKD, 1998, s. 621.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

dirirken, bu tazminatlara hak kazanma şartları 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Avusturya mevzuatına ilişkin bir karar Türk hukuku bakımından da sorgulanabilecek niteliktedir: Hizmet akdi sona eren işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için en az üç yıllık bir kıdemi bulunmalı ve hizmet akdi kanunda belirtilen hallerden biri nedeniyle sona ermelidir. Kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında işçinin akdi haklı bir neden olmaksızın bildirimli feshi yer almamaktadır. Haklı nedenler arasında da çocuk bakımı sayılmamıştır. Yeterli bir şekilde çocuk bakım hizmeti elde edemediği için kadın işçilerden biri hizmet akdine son vermiş ve bu durumda kıdem tazminatı ödenmemesini dolaylı bir ayrımcılık olduğu iddiasıyla dava açmıştır. Kıdem tazminatı ödemesinin ATA m. 141'deki ücret kapsamına dahil olduğu açıktır. Ancak, Mahkeme yasada örnek mahiyetinde belirtilen bütün haklı nedenlerin işe devamı beklenilmez kılan, çalışma şartlarından veya işverenin davranışlarından kaynaklanan nedenler olduğunu belirterek, bu nedenlerin "özünde ve kaynağında" işçinkilerden farklı olduğu gerekçesiyle ayrımcılık iddiasını reddetmiştir<sup>147</sup>.

Türk hukukunda özellikle işten çıkarmalar bakımından, sendikalı işçiler dışında (SK m.31) kadın işçilere karşı ayrımcılık yapma yasağı getiren bir hüküm bulunmamaktadır. İşverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünün fesih hallerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır<sup>148</sup>. İşçinin sırf kadın olduğu için yahut cinsine özgü nitelikleri nedeniyle işten çıkartılması bir kötüniyetli fesih örneği teşkil eder<sup>149</sup>. Bu takdirde de işçi ihbar tazminatının üç katı tutarında kötüniyet tazminatına hak kazanacaktır (İŞK. m.13/A). Böyle bir tazminata hükmedilebilmesi için işverenin kötüniyetini ispat yükü işçidedir. Bu halde gerek tazminat tutarı, gerek ispat yükü bakımından mevcut düzenleme aşağıda inceleneceği gibi Yönerge hükümleri ile bağdaşmamaktadır. Yine, İŞK. m.14'de yalnızca kadın işçilerin evlendikten itibaren bir yıl içinde hizmet akitlerini feshi halinde kıdem tazminatına hak kazanması açık bir ayrımcılık teşkil edecektir.

### 5. Hamile, loğusa veya emzikli kadınlar ve işverenin eşit işlem borcu

Kadın işçilerin hamilelik sırasında veya takip eden dönemde maruz kaldıkları ayrımcı uygulamalar farklı düzenlemelere konu olmuştur. Bu dönemde ücret bakımından yapılan ayrımcı uygulamalar 75/117 sayılı Yönerge ve ATA m. 141 çerçevesinde değerlendirilirken, diğer çalışma koşullarının belirlenmesi ve hizmet akdinin sona erdirilmesinde ayrımcı tutum ve davranışlarda bulunulması

147 ATAD, G. Gruber / Silhouette International Schmied GmbH&Co. KG, C-249/97, 14.9.1999, ATKD, 1999, s. 1-5295; Eleştiriler için bkz. ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of Court of Justice", s. 1411-1412.

148 Eşit işlem borcunun uygulanamayacağı yönünde ÇELİK, N., s. 148; TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., s.132 ; aksi görüş EKONOMİ, M., s.157 ;TUNCAY, C, s. 213 vd. ;ONARAN-YÜKSEL, M., s.222 vd.

149 ONARAN-YÜKSEL, M., s. 224.

76/207 sayılı Yönerge çerçevesinde incelenmiştir. Son dönemde kadın işçilere tanınması gereken asgari haklar 92/85 sayılı "Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadınların İşyerinde İş Güvenliğinin ve Sağlığının Korunması Hakkında Yönerge"<sup>150</sup> ile ayrıca düzenlenmiştir. 76/207 sayılı Yönerge, kadın işçileri koruyucu uygulamalara engel olmasa da (Yön.76/207 m. 2/3) esas olarak negatif, yasaklayıcı nitelikteki hükümlerden oluşmaktadır. Oysa 92/85 sayılı Yönerge'de hem kamu hukuku nitelikli kurullarla alınması gereken asgari önlemler belirlenmiş, hem de çalışma koşulları ve iş güvenmesine ilişkin sağlanması gerekli güvencelerin asgari düzeyleri belirtilmiştir. Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler dışında 1983 yılında çıkartılan "Aile İzni ve Ailevi Sebeplerden İzne Ayrılmaya İlişkin Yönerge"de de bu konuya ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Biz bu çalışmamızda 92/85 ve 76/207 sayılı Yönergeler çerçevesinde konuyu incelemeye çalışacağız.

Divan kararları incelendiğinde hamilelik ve loğusaliğe ilişkin kararların önemli bir bölümünde Divan'ın hamile kadının durumunun kiminle kıyaslanacağı problemini sorguladığını görmekteyiz<sup>151</sup>. 76/207 sayılı Yönerge çerçevesinde Dekker<sup>152</sup> davasında hamile kadının durumunu kadınlara özgü özel bir hal olarak değerlendiren Divan, bu yaklaşımından her ne kadar Hertz<sup>153</sup> kararında vazgeçmiş gibi görülsa de daha sonra Webb<sup>154</sup> kararında ve diğer davalarda da aynı ilkeyi tekrar etmiştir : Hamilelik nedeniyle işgöremeyen kadının durumu hiç bir şekilde tıbbi veya diğer bir nedenle işgöremeyen bir erkekle karşılaştırılmaz. Hamilelik hiç bir biçimde bir kadının işten çıkartılabilmesine imkan veren patolojik bir durum veya tıbbi nedenlerden kaynaklanan bir devamsızlık haline indirgenemez. Bu nedenle olumsuz veya aleyhte tutumun hamilelik veya buna bağlı bir nedenden kaynaklandığı tespit edildiği takdirde başka herhangi bir kıyasa gerek kalmaksızın ayrımcılık yapıldığı sonucuna varılacaktır. Hatta somut olayda olduğu gibi başka bir işçinin analık izni süresince yerine bakmak üzere işe alınan, işe alındıktan kısa bir süre sonra hamile kalan ve bu görevini yerine getiremeyecek olan kadın işçinin işten çıkartılması dahi 76/207 sayılı Yönerge'nin 2/1 ve 5/1 hükümlerine aykırıdır.

Aşağıda görüleceği üzere özellikle hamileliğin başından loğusaliğin sonuna kadar devam eden kadın işçinin korunduğu dönem boyunca ortaya çıkan

150 ATRG, 1992, L 348.

151 Bkz LEVVIS, P., "Pregnant VWorkers and Sex Discrimination : the Limits of Purposive Non-comparative Methodology", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 16/1, 2000, s. 55 vd.

152 ATAD, E.J.P.Dekker / Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, 8.11.1990, C-177/88, ATKD, 1990, s. 1-3941.

153 ATAD, B.V. Hertz / Aidi Marked K/S (Hertz), C-179/88, 8.11.1990, ATKD, 1990, s. 1-3979; LEVVIS, P., "Pregnant VWorkers and Sex Discrimination", s.64, 67-68.

154 ATAD, C.L.Webb / EMO (Air Cargo) Ltd., C-32/93, 14.7.1994, ATKD, 1994, s. 1-3567; M. Boyle/Equal Opportunities Commission, 27.10.1998, C-411-96, ATKD, 1998, s. 1-6401.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

uyuşmazlıklarda genellikle amaçsal yorum ve kıyasa başvurmayan bir metodoloji (purposive, non-comparative methodology) benimsemekte, kadın işçinin hamileliği nedeniyle işten çıkartılması ayrımcılık yapıldığının kabulü için yeterli sayılmaktadır. Oysa bu dönem dışında çıkan uyuşmazlıklar hamilelikle ilgili olsa da kıyas yöntemine başvurduğu gözlenmektedir<sup>155</sup>.

### a) Hamilelik nedeniyle işe alınmama

1991 yılında Dekker<sup>156</sup> kararında Divan, hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Hizmet akdi bağitlanırken karşılaşılan ayrımcı uygulamalar genellikle işverenin hamilelikle ilgili sorduğu soruları yanıtlayma veya soru sorulmaksızın açıklamada bulunma yükümlülükleri bakımından önem kazanmaktadır. Divan'a göre, kadın işçi iş görüşmesi sırasında işverene hamile olduğunu söylemek zorunda değildir, çünkü işverenin kadın işçinin bu durumunu dikkate alma hakkı yoktur. Eğer işvereni haberdar etme yükümlülüğü kabul edilecek olursa 92/85 sayılı Yönerge'nin 10. maddesi ile getirilen işten çıkarma yasağına ilişkin güvencenin de bir anlamı kalmayacaktır<sup>157</sup>.

Türk öğretisinde, kadın işçinin ilke olarak işyeri ve görülen işle ilgisi bulunmayan soruları cevaplandırmakla yükümlü olmadığı, ancak hamileliği nedeniyle üstlendiği işi yerine getirmeyecekse yahut söz konusu işin niteliği hamilelikle bağdaşmıyorsa bu tip soruları cevaplamak zorunda olduğu kabul edilmiştir<sup>158</sup>. Bu hallerde hamilelik durumunun gizlenmesi İşK. m. 17/11 (a) bendi çerçevesinde değerlendirilebilir kabul edilmektedir.

### b) Hamilelik nedeniyle çalışma koşullarında ayrımcılık

Hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin özel risk tehdidi altında bir grup olarak değerlendirilmesiyle, bu işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması için asgari önlemlerin alınmasına ilişkin 89/391 sayılı çerçeve yönergesinin hayata

155 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. LEVVIS, ?, "Pregnant Vvorkers and Sex Discrimination", s. 55 vd.; hamileliğin cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir parçası değil, başlı başına bir ayrımcılık tip olduğu yönündeki görüşler için bkz. WINTEMUTE, R., "When a Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?", IU, vol. 27, No. 1, s. 23 vd.; HONEYBALL, S., "Pregnancy and Sex Discrimination", IU, vol. 29, No. 1, s. 43 vd.

156 ATAD, E.J.P. Dekker / Stichting Vormingscentrum voor Jong Volvwassenen (VJV-Centrum) Plus, C- 177/88, 8.11.1990, ATKD, 1990, s. 1-3941.

157 ATAD, Tele Danmark A/S / Handels- og Kontorfunktionaeremes Forbund I Danmark, C-109/00, 4 Ekim 2001, [www.euroDa.eu.int/eur-lex](http://www.euroDa.eu.int/eur-lex).

158 TAŞKENT, S., "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", Ü. Doğanay'ın Anısına Armağan 2, İstanbul 1982, S. 179-180; EYRENCİ, Ö., "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 253-255; ONARAN- YÜKSEL M., s.158-159; ÇELİK, N., s.194; karşı. SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", Adalet Dergisi, Yıl 73, Kasım-Aralık 1982, S. 6, s. 1050-1052; AKYIĞIT, E., Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s. 44.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

geçirilmesine dair 92/85 sayılı "İşyerinde Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadınların Sağlık ve Güvenlik Koşullarının İyileştirilmesine İlişkin Önlemlerin Yürürlüğe Konulmasına Dair Yönerge" 19 Ekim 1992'de kabul edilmiştir<sup>159</sup>. Bu Yönerge ile bir yandan hamile ve loğusa kadınlar için alınacak işçi sağlığı iş güvenliği önlemleri belirlenirken, diğer yandan bireysel iş ilişkilerinde uyulması gerekli kurallara yer verilmiştir.

Yönerge ile işverene getirilen ilk yükümlülük gebe, loğusa ve emzikli kadın işçilerin işyerinde maruz kalacakları riskler ve bu konuda alınacak önlemler konusunda bilgilendirilmesidir. Bu hususta Komisyon kimyasal, fiziksel ve biyolojik araçları, endüstride kullanılan yöntemleri, duruş ve hareketleri, zihinsel ve fiziki yorgunluk ve diğer fiziki ve zihinsel yükleri hamile işçilerin sağlık ve güvenlikleri açısından yarattıkları tehlikeler bakımından değerlendirir. Bir risk yaratmaya elverişli her türlü faaliyet, kadın işçinin maruz kalacağı riskin cinsi, derecesi ve süresi işveren veya ilgili kurum tarafından belirlenmeli ve bu değerlendirmelerin sonucu işçi sağlığı iş güvenliğini sağlamaya yönelik her türlü önlem kadın işçilere bildirilmelidir (Yön. 92/85 m.4). Hiç bir biçimde hamile kadın işçiler Yönerge'ye ek Liste II bölüm A'daki işlerde, emzikli kadınlarda liste II bölüm B'deki işlerde çalıştırılmaz (Yön. 92/85 m. 6). Ayrıca 7. madde ile üye devletlere hamile ve loğusa kadın işçilerin gece çalışmasına kalmamaları için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Hukumumuzda bu genişlikte kadın işçinin hamileliği sırasında kendisinin ve ceninin sağlığının korunması amacıyla alması gereken önlemlere ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Ülkemizde 1987 yılında çıkartılan Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğü'nün 3. maddesindeki 12 haftalık çalışma yasağı dışında, 5. maddesinde emzikli işçilerin Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü'nde belirtilmiş işlerde çalıştırılabilmeleri için hekim raporu aranmıştır. Ağırlığı ne olursa olsun hamilelik ve emzilikle bağdaşmadığı doktor raporu ile saptanan her işte kadın işçilerin sakıncalı görüldüğü sürece çalışamayacağına dair özel çalışma yasağının varlığına dikkat çekilmiştir<sup>160</sup>. Şu kadar ki hamile ve emzikli kadın işçilerin gerek kendi sağlığı, gerekse ceninin sağlığı bakımından çalışması yasak olan işlerin açıkça belirlenmesi ihtiyacı açıktır<sup>161</sup>.

Özel hukuk nitelikli Yönerge hükümleri üç sütun üzerinde yükselmektedir<sup>162</sup>: doğum öncesi kontroller için verilmesi gerekli izinler ve işin değiştirilmesi, doğum izni ve fesih yasağı.

159 ATRG, 1992, L 348.

160 SÖZER, A. N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1055.

161 Bkz. SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 154 vd.

162 BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 264 vd.



## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Öncelikle hamile işçilere doğum öncesi kontroller için, eğer bu kontrollerin çalışma saatleri içinde yapılması gerekiyorsa, ücret kaybı olmaksızın izin verilmelidir (Yön. 92/85 m. 9). Ayrıca hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin çalışma şartları ve çalışma saatleri yukarıda belirtilen riskleri önleyecek şekilde yeniden düzenlenmeli, bu tip bir yeniden düzenleme teknik veya objektif nedenlerle imkansızsa işçinin işi değiştirilmelidir. Eğer bu işçilerin işyerinde farklı bir faaliyette görevlendirilmeleri mümkün değilse kadın işçiler kendi güvenliklerinin ve sağlıklarının korunması için gereken süre boyunca çalışmaktan muaf tutulur (Yön. 82/85 m. 5). Pedersen kararında Divan işverene, aslında çalışabilecek durumda olsa da, o işte istihdam edemeyeceği kanısında olduğu hamile kadın işçiye ücretinin tamamını ödemeksizin izin verebilme imkanı veren Danimarka mevzuatını değerlendirmiştir. Topluluk hukuku uyarınca işverenin önce çalışma koşullarını yeniden düzenleme yollarını araması gerektiğini ve ancak bu mümkün olmadığı takdirde kadın işçiye izin verilebileceğini, bu açıdan Danimarka mevzuatının 92/85 sayılı Yönerge hükümleri ile çeliştiği kanaatine varmıştır<sup>163</sup>.

Gebe ve Emzikli Kadınlara İlişkin Tüzüğün 4. maddesi uyarınca hamile kadın işçiler gebeliğin ilk üç ayında işyeri, işçi sağlığı dispanserleri ve bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu tesisleri, sağlık ocakları, hükümet ve belediye hekimlerince muayene ve tedavi edilirler. Daha sonraki aylarda da en az bir defa tıbbi muayeneye gitmelerine izin verilir. Ancak bu muayene süreleri içinde ücretin korunacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Türk öğretisinde çocuk bir yaşına ulaşınca kadar kadın işçiye verilen emzirme izni ve BK. m. 328 hükmü dikkate alınarak muayene izinlerinin de ücretli olması gerektiği belirtilmiştir<sup>164</sup>. Ancak bu konuda yargının da kabul ettiği genel bir fikir birliğinden bahsetmek mümkün değildir. İşçiyi maruz kaldığı riskler hakkında bilgilendirme ve hamilelik ve loğusalık dönemlerinde daha hafif bir işe nakil zorunluluğu bakımından ise doğumdan sonraki dönemde muayene sonunda ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasında mahzur bulunduğu hekim raporuyla belirlenen emzikli kadın işçilerin doğumdan sonra ilk altı ay içinde bu işlerde çalıştırılmayacaklarına dair hükümden (Ge.Em.KÇŞHT m.5/2) de yola çıkarak bu durumlarda emzikli kadın işçinin hafif bir işte çalıştırılmayı talep hakkı belirtilmiştir<sup>165</sup>. Hamilelik

163 ATAD, B.H. Pedersen / Faellensforeningen for Danmarks Brugsforeningen, C-66/96, 19.11.1998, ATKD, 1998, s. 1-7327, karar hakkında bkz. BERTHOU, K./MASSELOT, A., "Egalite de Traitement

et maternite", (Jurisprudence recente de la CJCE), DS 1999, s. 943 vd.; ayrıca ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of CJ", s. 1419-1420.

164 SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1063; Senyen-Kaplan, muayene izinlerinin İşK. m. 41/c de belirtilen hafta tatili ücreti bakımından çalışılmış gibi sayılan haller arasında yer almasından yola çıkarak bu saatlerde işçiye ücret ödeneceğini kabul etmektedir; SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 104.

165 TUNÇOMAĞ, K., "Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadının Durumu", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 121; SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 106.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

devamınca bu tip bir yer değiştirme koruma ve gözetme borcu çerçevesinde işveren den beklenebilir<sup>166</sup>.

İşverene Yönerge ile getirilen ikinci önemli yükümlülük doğum iznidir. Yönergenin 8. maddesi uyarınca üye devletler hamile işçilerin doğumdan önce ve sonra olmak üzere en az 14 hafta devamlı doğum izni verilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu iznin en az iki haftalık kısmının mutlaka doğumdan önce ve/veya sonra kullanılması zorunludur (Yön. 92/85 m. 8/2). Ülkemizde İş Kanununa tabi kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra altışar hafta çalıştırılmaları yasaktır. Bu 12 haftalık süre çalıştırma yasağı olup, kullanılması zorunludur. İsteği halinde kadın işçiye 6 aya kadar ücretsiz izin verilir (İşK. m.70). Bu süreler işçinin sağlık durumuna göre ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra hekim raporuyla artırılabilir<sup>167</sup>. Basın İş Kanunu'na tabi kadın işçiler hamileliğin 7. ayından itibaren doğumun 2. ayı sonuna kadar (Basın-İşK. m. 16/7) izinli kabul edilmiştir. İş ve Basın-İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler bakımından ise Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 155. maddesi uyarınca "Kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar husule getirmeyeceği bir tabip tarafından tahriren tasdik edilmedikçe kadınların doğumlarından mukaddem üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması memnudur". Bu sayılan yerler dışında kadın işçilere yönelik bir çalışma yasağı getirilmediği gibi, bu yerlerde de doktor raporu ile çalıştırılmaları mümkün kılınmıştır. Basın-İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler için doğum izni ve çalışma yasaklarının Topluluk mevzuatı ile uyumlu hale getirilme gereği açıktır.

Topluluk hukukuna göre bu süre boyunca hamile işçinin hizmet akdinden doğan ücret dışındaki bütün hakları devam etmelidir. Aslında 92/85 sayılı Yönerge'deki açık düzenlemeden önce de Divan 76/207 sayılı Yönerge çerçevesinde hamileliği nedeniyle kadın işçinin bir takım haklardan yararlandırılmaması ayrımcılık olarak değerlendirilmişti. Thibault<sup>168</sup> davasında kadın işçi hamilelik sırasında işten uzak kaldığı dönemin verimlilik değerlemesinde dikkate alınmadığını, çünkü doğum izni süresinin devamsızlık olarak nitelendirildiğini ve bu durumun ayrımcılık teşkil ettiğini iddia etmiştir. Kadın işçinin hamilelik durumunun başka biriyle kıyaslanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle Divan bu kararında kıyasa başvurmaksızın<sup>169</sup>, ayrımcılık yasağı ilkesi gereği,

166 SÖZER, A. N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1055, 1056-1057.

167 Doğum izni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1055 vd.; TULLUKÇU, B., "Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2000, s. 1352 vd.; SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 95 vd.

168 ATAD, CNVATS / E. Thibault, C-136/95, 30.4.1998, ATKD, 1998, s. 1-2011, bu ve Divan'ın diğer kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ELLIS, E., "The Recent Jurisprudence of CJ", s. 1416 vd.

169 LEVVIS, P., "Pregnant VWorkers and Sex Discrimination", s. 61.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

doğum izni sırasında hizmet akdi devam eden kadın işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan ve her iki cinse de uygulanan çalışma şartlarından yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda kadın işçi eğer hamile olmasaydı ve doğum iznine çıkmasaydı bu verimlilik değerlendirmesinden yararlanacaktı. Aksi tutum işçinin hamile olmasından kaynaklanıp, Eşit İşlem Yönergesine aykırılık teşkil eder.

Bu açıdan hukukumuzda İş Kanunu 51. maddesinde doğum izni sırasında geçen sürelerin yıllık izne hak kazanmada bir yıllık sürenin hesabında çalışılmış gibi sayılan sürelerden sayılacağını belirtmiştir<sup>170</sup>. Oysa kıdem tazminatını için kıdem hesabında doktrindeki eleştirilere rağmen Yargıtay hizmet akdinin askıda olduğu bu süreleri kıdem hesabında dikkate almamaktadır<sup>171</sup>.

Doğum izni sırasında ücret hakkı ise farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Ücretin doğum izni sırasında devamı şart koşulmamışsa da bu dönemde işçiye gelir güvencesi sağlayacak yeterli sosyal yardımlar yapılmalıdır (Yön. 92/85 m.11). Divan Gillespie kararında doğum izni sırasında kadın işçinin diğer meslektaşlarına göre düşük ücret almasının AB Hukukuyla çelişmediğini belirtmiştir<sup>172</sup>. Doğum izni sırasında ücret veya diğer sosyal sigorta yardımları yoluyla işçiye sağlanan gelir, hasta olduğu takdirde işçinin alacağı gelire denkse yeterli kabul edilmiştir. Bu ücret veya diğer sosyal yardımlara hak kazanma bir takım ön şartlara tabi tutulabilir. Bu şartlar hiç bir şekilde doğumun beklenen tarihinden önce 12 aydan daha uzun bir çalışma süresinin varlığına bağlanamaz (Yön. 92/85 m. 11).

Hukukumuzda maktu aylıklı işçiler bakımından hamileliğin kadın işçinin ücretini etkilemeyeceği söylenebilir (İşK. m.45)<sup>173</sup>. Maktu aylıklı işçiler dışında İş Kanunu'na tabi işçiler İşK. m. 17/1 son cümle uyarınca bu süreler boyunca ücrete hak kazanmazlar<sup>174</sup>. Ancak bu işçiler SSK m.49 ve devamında düzenlenen analık sigortası yardımlarından yararlanabileceklerdir. Borçlar Kanunu'na tabi kadın işçiler bakımından da BK. m.328 hükmünün uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir<sup>175</sup>. Basın İş Kanunu'nda da gazeteci kadın işçi için koruma süresi boyunca işveren tarafından son aldığı ücretin yarısının ödeneceği hükmüne yer verilmiştir (Basın-İşK. m. 16/7). Deniz-İş Kanunu'ndaki işçilere ilişkin ise özel bir düzenleme bulun-

170 Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 247-248.

171 Bu konuya ilişkin öğreti görüşleri ve yargı kararları için bkz. ÇELİK, N., s. 223-224; ONARAN-YÜKSEL, M., s. 245 vd.

172 ATAD, J. Gillespie / Northern Health & Social Services Board, 13.02.1996, C-342/93, ATKD, 1996, s. 1-475.

173 SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1061; TULLUKÇU, B., "İşverenin Doğum İzni Verme Yükümlülüğü", s. 1359-1360.

174 Aksi görüş; SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1062.

175 SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları", s. 1061; TULLUKÇU, B., "İşverenin Doğum İzni Verme Yükümlülüğü", s. 1356 vd.

## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

Mamaktadır<sup>176</sup>. SSK uyarınca geçici iş göremezlik ödeneğine hak kazanılması için doğumdan önceki bir yıllık süre içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olması şartı yukarıda belirttiğimiz gibi Topluluk hukukuna aykırı bir yön içermektedir (SSK m.49)<sup>177</sup>.

### b) Hamilelik nedeniyle hizmet akdinin feshi

Hamilelik nedeniyle ayrımcılık yasağının ve 92/85 sayılı Yönerge'nin üçüncü önemli ayağı hamilelik nedeniyle işten çıkarmaya ilişkindir. Hamilelik döneminin başından analık izninin sonuna kadar kadın işçiler istisnai haller dışında işten çıkartılamaz. Bu dönemde gerçekleşecek kadın işçinin hamileliğine bağlı olmayan nedenlerden kaynaklanan istisnai feshlerde işveren haklı nedenleri yazılı olarak kadın işçiye bildirmelidir. Üye devletler hukuka aykırı bir işten çıkarmaya karşı kadın işçileri koruyucu önlemler almalıdır (Yön.92/85 m.10). Üye devlet tarafından Yönerge hükmünün belirlenen süre sonuna kadar ulusal mevzuata aktarılmaması durumunda, Divan kamu otoritelerinin işveren olduğu davalarda üye devletlere karşı bu hükümlerin ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebileceğini kabul etmiştir<sup>178</sup>. Aynı davada Mahkeme 10. maddenin belirsiz süreli hizmet akitleri kadar belirli süreli hizmet akitlerini de kapsamaktadır<sup>179</sup>. Ancak dava konusu olayda görüldüğü üzere işverenin süresi dolan bir hizmet akdini kadın işçinin hamile olması nedeniyle yenilemediği iddia ediliyorsa, süresi dolan bir hizmet akdinin yenilenmemesi 10. madde anlamında yasaklanan bir fesih hali oluşturmaz. Ancak bu durumda Eşit İşlem Yönergesi anlamında işe alınmada kadın işçinin hamile olduğu için işe alınmaması söz konusu olabilecektir ki bu 76/207 sayılı Yönerge m.2/1,3'e aykırıdır<sup>180</sup>.

Pek çok davada işverenler feshin belirleyici sebebinin hamilelik olmadığını, belirli süreli veya geçici olarak işe alınan işçinin hamile kalması durumunda kadın

176 Sözer, Deniz-İş Kanununa tabi kadın işçilerin hamilelik dönemlerinde en lehe olan Basın-İş K. m. 16/7'den yararlanacakları düşüncesindedir; SÖZER, A.N., "Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçlar", s. 1063; aynı görüşte TULLUKÇU, B., "İşverenin Doğum İzni Verme Yükümlülüğü", s. 1362; Deniz İş Kanunu tabi hizmet akdiyle çalışan kadın işçilerin de SSK'dan işgöremezlik ödeneği alacakları görüşü için bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 249.

177 Analık sigortası hakkında bkz. GÜZEL, A./OKUR, A.R., Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1999, s. 251 vd.; TUNCAY, C, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 2000, s. 252 vd.; SENYEN-KAPLAN, E.T., 98 vd.

178 ATAD, M.LJ. Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, 4 Ekim 2001, [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).

179 ATAD, M.LJ. Melgar / Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, 4 Ekim 2001; Tele Danmark A/S v.Handels- og Kontorfunktionaernes Forbund I Danmark, C-109/00, 4 Ekim 2001; [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).

180 ATAD, M.LJ. Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, 4 Ekim 2001, [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).

işçinin akdin esaslı bir kısmını ifa edemeyecek, sürenin önemli bir bölümünde iş göremeyecek duruma düşmesinin feshin asıl nedeni olduğunu ileri sürmektedir. Aynı doğrultuda kadın işçinin hamileliği nedeniyle hizmet akdinden doğan borçlarını esaslı sayılacak bir dönem boyunca ifa edemeyeceğini bilmesine rağmen bu durumundan işverenini haberdar etmemesini sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği iddia edilmektedir. Divan çeşitli kararlarında işverenin uğrayacağı maddi zararın veya işletme gereklerinin hamile kadın işçinin işten çıkartılması bakımından haklı neden olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü işverenin kadın işçinin hamileliğinin ekonomik ve organizasyonel risklerini üstlendiğini belirtmiştir<sup>181</sup>. Bu nedenlerle akdin sona erdirilmesi halinde hizmet akdi işçinin hamileliği nedeniyle sona erdirilmiş olup, bu 76/207 sayılı Yönerge'nin 5/1 hükmüne<sup>182</sup> ve 92/85 sayılı Yönerge'nin 10. maddesi hükmüne aykırıdır<sup>183</sup>.

Türk hukuku bakımından konu ele alındığında hukukumuzda hamilelik nedeniyle hizmet akdinin feshinin yasak olduğuna ilişkin açık bir kanuni hüküm bulunmamakla beraber, 158 sayılı ILO Sözleşmesinin 5/e maddesinde doğum izni sırasında işe gelmemenin akdin feshi için geçerli nedenler arasında kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. İş Kanunu'na göre gebelik ve doğum gibi hallerde işverenin devamsızlık nedeniyle işçilerin hizmet akitlerinin feshi için 70. maddedeki sürenin sona ermesinden sonra bildirim sürelerinin altı hafta aşılması gerekir<sup>184</sup>. Bu süre askı süresi olup, bu süre içinde belirsiz süreli hizmet akitleri bildirim sürelerine uyularak sona erdirilirse bildirim süreleri işlemez. Ancak belirli süreli hizmet akitlerinde askıda kalma süresi sözleşmenin süresinin işlemesine engel olmaz<sup>185</sup>.

O halde hukukumuzda yalnızca çalışma yasakları ve devam eden hastalık hallerinde hizmet akdinin askıda kalmasından kaynaklanan bir iş güvencesi mevcut

181 ATAD, C.L. Webb / EMO (Air Cargo) Ltd. (Webb), 14.7.1994, C-32/93, ATAD, 1994, s. 11-1015 ; Tele Danmark A/S /Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark, C-109/00, 4 Ekim 2001.

182 ATAD, C.L. Webb / EMO (Air Cargo) Ltd. (Webb), 14.7.1994, C-32/93, ATAD, 1994, s. 11-1015 ; G. Habermann-Beltermann / Arbeiterwohlfaht, Bezirksverband Ndb./Opf. e.V., 5.5.1994, C-421/92, ATAD, 1994, s. 1-1657; B.V. Hertz / Aidi Marked K/S (Hertz), C-179/88, 8.11.1990, ATAD, 1990, s. 1-3979.

183 ATAD, Tele Danmark A/S /Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark, C-109/00, 4 Ekim 2001, [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex).

184 EKONOMİ, M., s. 204; ÇELİK, N., s. 193; NARMANLIOĞLU, Ü., s. 354; SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 210; SÜMER, H.H., s. 97; ONARAN-YÜKSEL, M., s. 240-241; karşı. TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., s. 197; SÖZER, A.N., s. 1066-1067 ; ÇENBERCİ, M., İş Kanunu Şerhi, İstanbul 1986, s. 559.

185 EKONOMİ, M., s. 222; TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., s. 181-182; SENYEN-KAPLAN, E.T., s. 210- 211; aynı yazar; "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, CII, İstanbul 2000, s. 1236; NARMANLIOĞLU, Ü., s. 354. Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, S., İş Akdinin Askıya Alınması, Ankara 1989, s. 90 vd.

olup, hamilelikten kaynaklanan devamsızlık hallerinde işveren belirli bir süre bekledikten sonra hizmet akdini sona erdirilebilir. Yine doğumdan önce ve sonraki dönem dışında kadın işçinin hamile olduğunun öğrenilmesiyle İşK. m. 13 uyarınca işverence akdin feshi tehlikesi mevcuttur. 1987 yılında Yargıtay hamilelik nedeniyle feshin, işin verimliliği noktasında işverenin takdirine dayanan ve 13. maddenin işverene fesih hakkı tanıyan hükümlerine girdiğini kabul etmiştir<sup>186</sup>. Yüksek Mahkeme bu kararında hamileliğin işçinin verimini etkilemesi durumundaki bir feshi kötüniyetli kabul etmeyerek hamilelik durumunda yapılacak fesihlerde verimi meşru bir mazeret olarak kabul etmiş görünmektedir. Bu tip bir yaklaşım bu durumdaki işçilere sağlanması gereken korumayı anlamsız kılacak niteliktedir<sup>187</sup>. Ancak 1997 yılında verdiği başka bir kararda Yüksek Mahkeme: "Bir bayan işçinin yaşı itibariyle hamile kalması ve raporlar alması kadar doğal bir şey olamaz. Anayasamıza göre herkesin sağlık hakkı güvence altına alınıp, aile de toplumun temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan olayda hamile kadını çalıştırmam şeklinde bir beyanla hizmet sözleşmesinin feshinin kötüniyete dayandığının kabulü gerekir"<sup>188</sup> biçiminde karar vererek haklı olarak ilk içtihadını değiştirmiş görünmektedir. Bu kararda her ne kadar hamilelik nedeniyle verimlilikte ortaya çıkan bir düşmenin meşru görülüp görülemeyeceğine dair bir açıklık bulunmasa da konunun anayasal boyutu dikkate alındığında verim düşüşünün meşru bir mazeret olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki hamilelik nedeniyle yapılan tüm fesihler kötüniyetli kabul edilse dahi AB yönergeleri çerçevesinde sağlanan bir iş güvencesinin varlığından bahsetmek mümkün değildir. İş Kanunu kapsamına dahil işçiler bakımından saydığımız bu problemler özellikle Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alındığında başlı başına bir düzenlemenin gerekliliğini karşımıza çıkarmaktadır.

### **III. İSPAT YÜKÜ**

Ayrımcılık yasaklarını etkin uygulanabilmesinin en önemli koşullarından biri de ispat yükünün düzenlenmesidir. İddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması biçiminde ifade edilen genel kural ayrımcılık davalarında özellikle dolaylı ayrımcılık davalarında önemli ispat güçlükleri ile karşılaşılmasına sebep oluyordu. Ayrımcılık iddiasının ispatında işçinin karşılaştığı güçlükleri dikkate alarak Divan, açık bir ayrımcılığın mağduru olan işçileri ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlayacak tüm araçlardan mahrum etmemek için gerekiyorsa ispat yükünün hafifleyeceğini kabul etmiştir<sup>189</sup>. Örneğin işçilerin çalışma saatlerine dayalı bir ölçüt bir cinsin

186 9. HD., E. 1987/7104, K. 1987/7858, T. 15. 9.1987, Çimento İşveren, Kasım 1987, s. 24-25.

187 Karara yönelik haklı eleştiriler için bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 252-254.

188 9. HD., 27.3.1997, E: 1996/22900, K.1997/6115, GÜNAY, C. İ., Şerhli İş Kanunu, C.I, Ankara 1998, s. 362, dn. 106.

189 Bkz. BARNARD, C, "Gençler Equality in the EU", s. 255-256; BLAINPAIN,R./ JAVILLIER, J.-C, no. 181; RODIERE, P., no. 342.

mensuplarını diğer cinse göre çok önemli bir oranda etkiliyorsa, bu durum, işveren tarafından objektif ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığa yabancı faktörlerle haklılaştırılmadığı sürece Topluluk Anlaşması'nın 119. (yeni ATA m.141) maddesiyle güdülen amaca aykırı olarak değerlendirilmelidir<sup>190</sup>. Yine, tam anlamıyla şeffaflıktan yoksun bir ücret sisteminde getirilen ölçütler bir cinse mensup olanları diğer cinse göre çok daha önemli bir oranda etkiliyorsa ücret uygulamasının ayrımcı olmadığını ispat yükü işverene düşer<sup>191</sup>. Kısaca ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden kadın işçiler prima facie ayrımcılık teşkil eden bir uygulama yahut ölçüt bulunduğunu somut bir olaya yahut istatistiklere dayanarak gösterdiğinde, burada işverenin cinsler arasında ayrımcılık yapma iradesinin ispatlanmasına gerek yoktur, davalı işverenin bu ayrımcılık karinesini çürütmesi gerekmektedir.

Divan'ın bu içtihadı daha sonra 15 aralık 1997'de "Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Halinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin 97/80 sayılı Yönerge"<sup>192</sup>ye konu olmuştur. Bu yönerge 13 Temmuz 1998'de 98/52/CE<sup>193</sup> sayılı Yönergeyle değiştirilmiştir. Yönerge'nin 4. maddesi uyarınca üye devletler ulusal usul hukuku sistemlerine göre, ayrımcılığa uğradığını düşünen bir işçinin, mahkemede veya diğer yetkili bir merci önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın varolduğu kanaatini uyandıracak vakıaları sunması halinde, cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın olmadığını iddia eden tarafın iddiasını ispatlaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Hukumumuzda bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp, ayrımcılık iddiasında bulunan işçi genel ispat kuralları uyarınca iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu açıdan hukuk sistemimizde özel düzenlemeye ihtiyaç olduğu açıktır.

#### **IV. YAPTIRIMLAR**

Eşitliğin sağlanabilmesi ve Yönerge hükümlerinin etkin olarak uygulanabilmesi için ayrımcılık yapan işverenlerin sorumluluğu ve uygulanacak yaptırımların

190 ATAD, Bilka - Kaufhaus GmbH / Hartz (Bilka), C-170/84, 13.05.1986, ATKD, 1986, s. 1-1607; M. Kovvalska / Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, 27.06.1990, ATKD, 1990, s. 1-2591; H. Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, 7.02.1991, ATKD, 1991, s. 1-297; P.M.Enderby / Frenchay Health Authority, Secretary of State for Health, C-127/92, 27.10.1993, ATKD, 1993, s. 1-5535; Specialarbejderforbundet i Danmark / Dansk Industri, C-400/93, 31.05.1995, ATKD, 1995, s. 1-1275.

191 ATAD, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark/ Danfoss, C-109/88, 17.10.1989, ATKD, 1989, s. 1-3199; P.M.Enderby / Frenchay Health Authority, Secretary of State for Health, C-127/92, 27.10.1993, ATKD, 1993, s. 1-5535; Angestelltenbetriebsrat der VViener Gebietskrankenkasse / VViener Gebietskrankenkasse, C-309/97, 11.05.1999, ATKD, 1989, s.1-2865; bu konudaki diğer önemli kararlar için bkz.HEIDI, I., "La lutte contre la discrimination", s. 443 vd.

192 ATRG, 1998, L 14/6.

193 ATRG, 1998, L205/66.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

etkinliğinin sağlanması gerekir<sup>194</sup>. Eşit İşlem Yönergesi 6.maddesiyle üye devletleri ayrımcılığa maruz kalmış kişilerin haklarını yargı yoluyla arayabilmeleri için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü kılmıştır. Bu çerçevede üye devletler ayrımcılık oluşturan davranışa uygulanacak yaptırımı belirlemekte serbesttir<sup>195</sup>. Ancak getirilen yaptırım gerçek ve etkin bir hukuki koruma sağlamalı, ayrımcılık yapan işveren üzerinde caydırıcı etki göstermeli, uğranılan zararlarla orantılı olmalıdır<sup>196</sup>.

Öncelikle yaptırım olarak bir özel hukuk yaptırımı öngörüldüğü bir halde ayrımcılık nedeniyle uğranılan zararın kusur sorumluluğu çerçevesinde mi karşılanacağı tartışılmıştır. Divan'a göre ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin sorumluluğu kusura bağlanamaz. Eğer ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverene uygulanacak yaptırım tazminat olarak seçilmişse, yasağına aykırı davranılması sorumluluğun doğması için yeterli sayılmalıdır. Yönerge bu sorumluluktan hiç bir şekilde muafiyet öngörmemiş ve sorumluluğu kusurun varlığı veya ispatlanması şartına bağlamamıştır<sup>197</sup>.

Eğer üye devletlerden biri ayrımcılık yasağına aykırı davranışı tazminatla cezalandırmışsa bu tazminat etkin ve yeterli bir hukuki korumayı sağlamalı, işvereni caydırıcı bir nitelik taşımalı ve her halde uğranılan zararı tamamiyle karşılamalıdır. Tamamen sembolik bir tazminat Yönerge'nin etkin bir biçimde iç hukuka aktarılmasının örneği olamaz. Eğer işveren işe alınan adayın üstün niteliklerinden ötürü ayrımcılık yapılmıştı dahi davacı adayın işe alınma şansı olmadığını ispatlarsa, ayrımcılık yapan işverene karşı tutarı a priori, somut olayda üç aylık ücretle, sınırlanmış bir tazminat 76/207 sayılı Yönerge'ye aykırı değildir. Ancak eğer aday ayrımcılık yapılmıştı işe alınacak idiyse, bu takdirde yapılan ayrımcılığın yaptırımı olarak a priori bir tavan öngörmek Yönerge hükümleriyle bağdaşmaz<sup>198</sup>. O halde, ayrımcılık yapılmıştı yine de nitelikleri yeterli olmayan bazı adaylar seçilemeyecektiye, yalnızca işe alınma sürecinden dışlanmalarından ötürü bir zarara uğramış olan bu adayların hak edecekleri tazminat tutarı açıktır ki ayrımcılık yapılmıştı işe alınacak adayları kadar kapsamlı olmayacaktır. İlk

194 Bkz. BARNARD, C, "Gender Equality in the EU", s. 256 vd. ; BLAINPAIN, R./ JAVILUER, J.-C, no. 183; RODIERE, P., no. 347; TEZCAN, E., "Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliği ve Avrupa Birliği", s. 195-196.

195 Bkz. HEIDI, I., "La lutte contre la discrimination", s. 453 vd.

196 ATAD, S. von Colson, E. Kamann / Land Nordrhein-VVestfalen, C-14/83, 10.04.1984, ATKD, 1984, s. 1-1891.

197 ATAD, E.J. P. Dekker / Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (Dekker), C-177/88, 8.11.1990, ATKD, 1990, s. 1-3941; N. Draehmpaehl / Urania Immobilienservice OHG, C-180/95, 22 Nisan 1997, ATKD, 1997, s. 1-2195.

198 ATAD, M.H. Marschall / Southampton and south West HampshireArea Health Authority, C-271/91, 2.8.1993, ATKD, 1993, s. 1-4367; N. Draehmpaehl / Urania Immobilienservice OHG, C-180/95, 22 Nisan 1997, ATKD, 1997, s. 1-2195.



## Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002

haldeki bir aday yalnızca kendi adaylığının dikkate alınmamasından dolayı bir zarara uğramıştır, öte taraftan diğer aday işe alınmamıştır. Etkin bir tazminattan bahsedilebilmesi için ayrıca tazminat miktarına ayırıcı işten çıkarma uygulaması ile ödeme tarihin arasındaki dönem boyunca faiz uygulanmalıdır<sup>199</sup>.

Hukukumuzda işe alınma sırasında ayırıcılık yapıldığı takdirde mevcut düzenlemeler çerçevesinde işverenin genel hükümler uyarınca sözleşme görüşmelerinden doğan bir culpa in contrahendo sorumluluğu olduğu düşünülebilir<sup>200</sup>. Bu halde işçi işverenin kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan maddi zararını - ki bu çerçevede aday tanışma masraflarını, posta, telefon ve yolculuk giderlerini, yeni işe başvurmama nedeniyle uğranılan ücret kaybı, daha elverişli sözleşme fırsatlarının kaçırılmasından veya eski işin yitirilmesinden doğan zararları ispatladığı takdirde talep edebilecektir. Ancak ayırıcı iş ilanının mevcut olduğu hallerde bu konuda güvenin sarsıldığı iddia edilemeyeceği için bu çerçevede tazminat talebi de mümkün olmayacaktır. Şu nokta gözden uzak tutulmamalıdır ki Alman hukukundaki ayırıcılık halinde hükmedilen menfi tazminat, Divan tarafından etkili bir koruma ve zararın tam tazminini sağlamadığı gerekçeleriyle sembolik ve Yönerge'nin 6. maddesi gereklerini karşılamaktan uzak bulunmuştur<sup>201</sup>. Bunun dışında işçinin kişiliğini rencide edecek biçimde, kişilik hakları ihlal edilerek ayırıcı biçimde davranıldığı takdirde işçinin manevi tazminat isteyebileceği düşünülebilir<sup>202</sup>.

Önemle ifade edilmelidir ki bu tip hukuki çözüm yolları teorik olarak mümkün görülse bile sendikal nedenli işe almama halindeki manevi tazminat hükümleri dışında Yargıtay'ın bu yönde bir kararı bildiğimiz kadarıyla bulunmamaktadır. Yönerge hükümleriyle uyum sağlanabilmesi için işe almada ayırıcılık oluşturan davranışların neler olduğu, ayırıcı davranış halinde işçinin hangi yollara başvurabileceği ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin açık yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.

## V. SONUÇ

AB hukuku sosyal politikasının temellerinden birini oluşturan kadın ve erkek işçiler arasında fırsat eşitliği işverenin eşit işlem yükümlülüğünün sınırları

199 ATAD, M.H.Marschall / Southampton and south West HampshireArea Health Authority, C-271/91, 2.8.1993, ATKD, 1993, s. 1-4367.

200 Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 334 vd.

201 ATAD, S. von Colson, E. Kamann / Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, 10.04.1984, ATKD, 1984, s. 1-1891; D. Harz / Deutsche Tradax GmbH, C-79/83, 10.4.1984, ATKD, 1984, s.1921; Alman hukukunda yaptırım bakımından Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları için bkz. ATAMER, Y.M., "İşe Alınmada Akdın Erkek Eşitliği", s. 175 vd.

202 Bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 338-339.

**Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

ötesinde çok daha geniş bir alana yayılmış ve anlam kazanmıştır. Bu çalışmada ise bu ilkenin hizmet ilişkisine ilişkin kesitine ağırlık verilmiştir.

AB yönergeleri çerçevesinde Türk İş Hukuku bütünsel olarak ele alındığında göze çarpan ilk özellik başta Anayasa olmak üzere, uluslararası anlaşmalar ve diğer kayalarda kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelere yer verildiğidir. Öncelikle Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi yatay ilişkilerde de doğrudan uygulanabilir nitelikte bir hükümdür (An. m.11). Ayrıca Türkiye'nin onayladığı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi<sup>203</sup>, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>204</sup>, Avrupa Sosyal Şartı<sup>205</sup>, Birleşmiş Milletler Kadınlar Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>206</sup>nde genel anlamda kadın-erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar dışında özellikle hizmet ilişkisi çerçevesinde konuyu düzenleyen Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1951 tarihli Eşdeğerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşmesi<sup>207</sup>, 1958 tarihli 111 sayılı Çalışma (İş) ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında Sözleşmesi<sup>208</sup>, 1982 tarihli 158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme<sup>209</sup>leri ile Türkiye çeşitli taahhütler altına girmiştir<sup>210</sup>.

Konuya ilişkin hukuki temeller bulunsa da AB hukuku ile karşılaştırıldığında somut olarak yeterli yasal, yönetsel hükümlerin veya yargısal kararların bulunduğundan bahsetmek mümkün değildir. İşverenin eşit işlem borcu sendikali sendikasız işçiler arasında ayırım yasağı (SK. m. 30) ve kadın ve erkek işçilere eşit değerde işe eşit ücret verilmesi (İŞK. m. 26) bakımlarından yasal düzenlemeye konu olmuştur. Sendikali işçilere karşı yapılan ayrımcılık geniş bir içtihatın konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kadın sendikali işçiler de korunacaktır. Ancak bu koruma salt kadın olmalarından ötürü maruz kaldıkları ayrımcılıkları önlemede yeterli görünmemektedir.

Eşit değerde işe eşit ücret ilkesine ilişkin çok fazla yargı kararı bulunmayıp, İŞK. m. 26'da geçen "ücret" kavramı AB hukukuna göre daha dardır.

203 TC tarafından 6 Nisan 1949 tarihinde onaylanmıştır.

204 TC tarafından 1954 yılında onaylanmıştır: RG. 19.3.1954, No. 8664.

205 TC devleti tarafından 1989 yılında onaylanmıştır: RG. 14.10.1989, No. 20312.

206 TC devleti tarafından 24.7.1985 tarihinde onaylanmıştır RG. 14.10.1985, No. 18898. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. ÇELİKEL, A., "Farklı Cinslerin Eşit Haklardan Yararlanması ve Eşitlik İlkesinin Yorumu", Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1995, s. 92 vd

207 TC tarafından 1967'de 810 sayılı yasa ile onaylanmıştır: RG 13.6. 1967, No. 12620

208 TC Devleti tarafında 811 sayılı yasa ile onaylanmıştır: RG. 22.5.1967, No. 12602.

209 TC devleti tarafında 1994 tarihide 3999 sayılı yasayla onaylanmıştır: RG. 18.6.1994, No. 21964.

210 Bu anlaşmalar hakkında kısa bilgi için bkz. ONARAN-YÜKSEL, M., s. 41 vd. ; SÜRAL, N., "Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeler", s. 1306 vd.

### **Kamu-İş; C: 6, S: 4/2002**

Ücret dışındaki çalışma koşullarında ayrımcılık yasağı işverenin eşit işlem borcu çerçevesinde ele alınmaktadır. Her ne kadar işverenin hizmet akdinden kaynaklanan borçları arasında eşit işlem borcu bulunuyorsa da varlığı bugün tartışmasız olarak kabul edilen bu borcun hukuki dayanaklarının ne olması gerektiği, hangi hallerde ne şekilde uygulanacağına ilişkin hazırlanan ilk kapsamlı çalışmadan sonra dahi çok fazla ilerleme kaydedildiğinden bahsetmek mümkün değildir<sup>211</sup>. İşe alma ve işten çıkarmada işverenin eşit işlem borcu bulunup bulunmadığı konusunda ise öğretide dahi bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu gibi ayrımcılık hallerinde başvurulacak yollara ilişkin teorik çözümler üretmek mümkün olsa bile bunların pek çoğu henüz yargı tarafından kabul edilmemiştir. Doğrudan ayrımcılık bakımından karşılaşılan bu sorunlar, hukuk sistemimizin tamamen yabancı olduğu dolaylı ayrımcılık kavramı bakımından daha belirgin bir hal almaktadır.

AB hukukundaki düzenlemeler yalnızca bireysel iş ilişkisini ilgilendirmeyip, bunun ötesinde kamu hukuku nitelikli bir takım düzenlemelere de yer verilmiştir. Hamile ve loğusa kadın işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında bu durum daha açık bir biçimde karşımıza çıkmaktadır. Hamilelik nedeniyle işten çıkarılma ve bu nedenle işçinin işe alınmaması haline ilişkin yargının etkin bir içtihat geliştirdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca bu dönemde alınması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin önlemler bakımından hukukumuzda ciddi bir boşluk bulunduğu ortadır.

Ayrıca ayrımcılık hallerinde gerek ispat yükü, gerekse uygulanacak tazminatlar bakımından etkin bir yaptırım mekanizmasının bulunduğu bahsetmek mümkün değildir.

Öte yandan, kadın ve erkeklerle eşit fırsat sağlanması AB hukukunda yalnızca negatif yasaklarla ifade edilen bir hukuki ilke değil, olumlu eylem programları çerçevesinde alınacak, somut önlemlerle hayata geçirilmesi gereken sosyal programın bir parçasıdır. Bu nedenle son dönemde bazı meslek alanlarında kadın istihdamının artırılması amacıyla çıkarılan kota yasalarının eşitlik ilkesi bakımından hukuka uygunluğunun denetimi Divan içtihatlarında önemli bir yer tutmaktadır. Ülkemizde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik çeşitli çabalar olsa da özellikle kadınların az temsil edildiği meslek dallarında kadın istihdamının artırılmasına ilişkin yeterli istatistiksel verilerin bulunduğu dahi bahsetmek mümkün değildir. Kadın-erkek eşitliği AB hukukunda Topluluk faaliyet ve politikalarının bütününe dahil edilerek, yasalarımızdaki düzenlemelerin çok ötesinde bir anlam ve içerik kazanmıştır.

Bu hukuki görünümün AB mevzuatına uyum bakımından ciddi boşluklar içerdiği açıktır. Hatta mevcut uygulamanın Türkiye'nin onaylamış olduğu uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini karşılamaya dahi yeterli olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

211 TUNCAY, A. C, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982; son dönemde konuya ilişkin diğer bir çalışma bkz. ONARAN YÜKSEL, M., Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.