

# AVRUPA BİRLİĞİNDE CİNSİYETE DAYALI AYIRIMCILIĞIN ENGELLENMESİ<sup>1</sup>

**Dr. Mahmut YAVAŞI**  
Kırıkkale Üniversitesi  
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## 0. Giriş

Farklı cinsiyettekilerin, cinsiyet ayırımı yapılmaksızın iş piyasalarında oluşan ücreti alması gerektiği ve eşit muameleye<sup>2</sup> tabi tutulması gerektiği prensipleri AB Hukukunun esaslı prensipleri arasındadır. Bu prensiplerin AB Hukuku doktrininde yer almasının nedeni, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2(1). maddesindeki gibi herkesin, ırk, renk, **cinsiyet**, dil, din, siyasal ya da başka herhangi bir düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, servet, doğuş veya başka herhangi bakımdan ayırım gözetilmeksizin bildiride ilan olunan tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabilmesini<sup>3</sup> amaçlamamaktadır.

AB Hukukunun doktrin ve yargı içtihatlarıyla bu Evrensel Bildirgenin kapsamı karşılaştırılırsa, AB Hukukunun kapsamının ekonomik ve kısmen sosyal değerlerle sınırlandırıldığı, bununla birlikte Bildirgeye oranla daha bağlayıcı olduğu görülür. Bildirge cinsiyete dayalı ayırımın engellenmesini hak ve özgürlükler açısından ele alırken, AB Hukuku farklı cinslere eşit muamele edilmesini önceleri yalnızca ekonomik açıdan ele almaktayken, daha sonraları sosyal amaçların gerçekleşmesini sağlayabilmek için de göz önüne almaya başlamıştır. Süreç içerisinde sosyal amacın ekonomik amaca oranla daha ön plana çıktığını söylemek mümkündür.

Türk İş Hukukunda eşit davranma ilkesinin varlığına delil olabilecek

<sup>1</sup> Bu çalışma, yazarın Avrupa Birliği Hukuku konusunda hazırlamakta olduğu kitabın 'Cinsiyet Ayırımı' başlıklı bölümünün makale haline getirilmiş şeklidir. Yayıncı bu çalışmayı yayınlamakla, makalenin yazar tarafından belirtilen kitapta kullanılmasına izin vermiş bulunmaktadır.

<sup>2</sup> Türkçe literatürde eşit davranma, eşit muamele vb. gibi terimlerin ne anlama geldiği konusunda bkz. Tuncay A.C., 1982, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, ss. 6-11, İstanbul: Fakülteler Matbaası [bundan sonra Tuncay A.C., 1982 olarak belirtilecektir]; Onaran Yüksel M., 2000, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, ss. 28-40., Beta [bundan sonra Onaran Yüksel M., 2000 olarak belirtilecektir]. Bu çalışmamızda bu ve benzer diğer kavramlar hilafı belirtilmediği sürece bir ayırım gözetilmeksizin birbirlerinin yerine kullanılmaktadır.

<sup>3</sup> Vurgu tarafımdan eklenmiştir. 1982 Anayasamızın 10. maddesi benzer hükümler içermektedir. Mevcut anayasamızın 10. maddesindeki hükme benzer bir hüküm 1876 Kanun-i Esasi'nin 19. maddesinde şu şekilde yer verilmişti. "Devlet memuriyetinde umum tebaa ehliyet ve kabiliyetlerine göre münasip olan memuriyetlere kabul olunurlar."

herhangi açık bir hüküm bulunmamakla beraber, gerek Anayasamızın 10, 12, 17, 41 ve 50. maddeleri ile 1475 sayılı İş Kanunumuzun 26(4). Maddesi, gerekse Ülkemizin taraf olduğu ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen uluslararası sözleşmeler benzer hükümler içermektedir.<sup>4</sup>

Tarihte ilk defa kadınların devlet başkanlığı yaptığı bir milletin<sup>5</sup> mensupları olan modern Cumhuriyetimizdeki demokrasi sürecinde de,<sup>6</sup> cinsiyete dayalı ayrımcılık yapma sorunu bizden çok

daha önce demokrasiyle tanışan, daha çağdaş ve medeni olduğu ileri sürülen Batı<sup>7</sup> Dünyasına<sup>8</sup> oranla üstünden gelinemez bir sorun haline çeşitli nedenlerle henüz gelmemiştir.<sup>9</sup>

Hemen başlangıçta değinilmesi gereken bir unsur, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ayrımcılığın iki kategoriye ayrılıp inceleneceğidir. Bu bağlamda, "doğrudan ayrımcılığı", aynı şartlara sahip olanlara farklı farklı davranma veya şartları farklı olmasına rağmen her iki cinse de aynı davranış biçimini

<sup>4</sup> Ülkemizin taraf olduğu çalışma yaşamını düzenleyen uluslararası sözleşmelerin kısa bir analizi için bkz. Onaran Yüksel M., 2000, ss. 42-68, 81-94.

<sup>5</sup> Tarihte ilk defa Türk kadınları devlet başkanlığı yapmıştır. Bu konuda bkz. Odyakmaz Z., 1998, Kamu Hizmetinde Türk Kadını içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, ss. 143-151, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86 [bundan sonra Odyakmaz Z., 1998 olarak belirtilecektir].

<sup>6</sup> Bu demokrasi sürecinde, özellikle Atatürk döneminde, Ülkemiz kadınlara erkekler gibi seçme, seçilme ve temel hak ve özgürlüklerden kadınların da erkekler gibi yararlanmasında öncü bir ülke olmuştur. Atatürk döneminde kadınlara tanınmaya başlanan seçme ve seçilme hakkı 3 Nisan 1930 tarihli Belediye Yasasının 23. ve 24. maddeleriyle, 1933 yılında Köy Kanununda yapılan değişiklikle ve 1934 yılında kadınlara milletvekili seçilme hakkının verilmesiyle başlamıştır. Ülkemizde kadın-erkek eşitliği prensibinin gelişimi için bkz. Onaran Yüksel M., 2000, ss. 24-28; Odyakmaz Z., 1998.

<sup>7</sup> Burada Batı Dünyası geniş anlamda kullanılmış olup, Dülger'in yapmış olduğu "... geçmişte Greko-Romen, bugün Musevi-Hıristiyan kültüre mensup bölgelerin tamamını ve hatta Japonya'yı kapsamaktadır." şeklindeki tanımlama kastedilmektedir. Bkz. Dülger I., 1991, Avrupa Topluğunda Sosyal Politika, Geçiş Dönemi Özellikleri ve 21. Yüzyılda Hedef Alınan Toplum, s. 6, DPT.

<sup>8</sup> Batı Dünyasında kadınlarla erkekler arasında ayrımcılık yapmak muhtemelen kültürlerinin bir göstergesidir. Örneğin Türkçe'mizde üçüncü şahıs zamiri cinsiyet ayrımı yapmaksızın "o" iken, İngilizce'de kadınlar için "she", erkekler için "he" ve cansızlar ve hayvanlar için "it" kullanılır. Almanca'da ise erkekler için "er", kadınlar için "sie" kullanılır. Örnekleri çoğaltmak mümkün. Konumuz dilbilimi olmadığından bu kadarla yetinilecek. Bu nevi ayrımcılık kimi zaman özellikle feministler tarafından eleştirilmektedir. Akademik yazılarda bile eleştiriye maruz kalmayı istemeyenler, üçüncü şahıs zamiri yerine her iki cinsi belirten üçüncü kişi zamirlerini "s/he" ve ya "she/he" şeklinde birlikte kullanıyorlar veya "The masculine pronoun has been used throughout this article. This stems from a desire to avoid ugly and cumbersome language, and no discrimination, prejudice or bias is intended." şeklinde bir açıklamayı başlangıçta yapıyorlar.

<sup>9</sup> Cinsiyete dayalı ayrımcılığın ülkemizde önemli bir sorun haline gelmemesinin arkasındaki sebeplerden biri ülkemizdeki kadınların Avrupa ülkelerindeki hemcinslerine oranla çok daha az oranda işgücüne katılıyor olması olabilir. Bu konuda bkz. Gürsel S. ve Ulusoy V., 1997, Türkiye'de İşsizlik ve İstihdam, ss. 40-42, Yapı Kredi Yayınları. 1997 yılında 140 ülkeyi kapsayan bir araştırmada Ülkemizde kadınların işgücüne katılma oranı %34 olup, bu orana tarımda ve aile hukuku çerçevesinde çalışan kadınlar dahil olup, bu oran ile kadınların işgücüne katılımı sıralamasında Ülkemiz sondan 39. sırada yer almaktadır. Bkz. Gürol A., 2000, Türkiye'de Kadın Girişimci ve Küçük İşletmesi: Fırsatlar, Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler, ss.214-216, Atılım Üniversitesi Yayını No: 2.

Her ne kadar bu nevi bir sorun en azından gündemlerde olmazsa dahi, bu sorundan daha önemli olduğuna inandığım partizanlık ve dini gruplara yakın olma gibi nedenlerle özellikle kamu kesiminde hemcinsler arasında dahi ayrımcılığın yapıldığına dair haberler medyada rutin başlıkları arasında yer almaya devam etmektedir. Son yıllardaki merkezi sınav sistemiyle bu durum engellenilmeye çalışılmakta ise de, üniversiteler gibi merkezi sınavla eleman alımı usulünün olmadığı kurumlarda ve uzmanlık gerektiren alanlara ağıktan atamalarda bu nevi ayrımcılığın devam etme olasılığı mevcuttur.

göstermek olarak tanımlanabilir.<sup>10</sup> AB'nin ayırmacılığın önlenmesine dair mevzuatına göre doğrudan ayırmacılık yapmak, herhangi bir istisna veya muafiyet yoksa her zaman için yasadışıdır. "Dolaylı ayırmacılık" ise, cinsiyetlerin birine diğerine oranla daha menfi tesir yapan nesnel bir ayırmacılık olup, bunun kesin sınırlarını çizmek her vakada zordur ve rasyonel ve objektif kriterlere göre AB'nin ayırmacılığın önlenmesi mevzuatına aykırı olmadığı ispat edilebilirse, bu nevi uygulamalar yasaldır.<sup>11</sup>

Her ne kadar yukarıda "demokratik hak ve özgürlükler" ifadesi kullanılmış ise de, çalışmamızın çerçevesi, kadınlar

ve erkekleri üretim faktörlerinden<sup>12</sup> biri olan "emek" unsuru olarak dikkate alarak sınırlandırılmıştır. Bir başka deyişle, çalışmamız insanı ekonomik açıdan ele alacak olup, sosyal amaçları ön plana çıkan farklı cinsiyetlere eşit ücret ödenmesi ve davranma prensipleri incelenecektir.<sup>13</sup> Ülkemizde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında değerlendirilmekte olan mevzu, elbette ki kültürel, siyasal, politik vb. temellere dayanmaktadır.<sup>14</sup> Bunlara detaylı olarak yer verilmeyecektir.

Çalışmamızda ulusal hukukumuza zaman zaman atıfta bulunulacak olmakla beraber, çalışmamız Türk Hukukunu incelemeyi

<sup>10</sup> Ayırmacılık konusunda genel olarak bkz. Dava No. 164/80, De Pascale v Commission [1982] ECR 909 paragraf 20; Dava No 283/83, Racke v Hauptzollamt mainz [1984] ECR 3791 paragraf 7; Dava No. C-217/217, Spain v Commission [1993] ECR paragraflar 36-39.

Anayasamızın 10. maddesinde yetersiz olarak ima edilen "cinsiyete dayalı ayırım yasağı", genel eşitlik ilkesi olan "yasa önünde eşitlik" normu ile birlikte düzenlenmektedir. Anılan norm benzer bir şekilde "ayrı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara, değişik hukuksal durumda olanların ise farklı kurallara bağlı tutulmasını öngörmektedir". Bknz. Gönen Z., 1988, Önsöz ve Açılış Konuşması içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, s. XV ve s. 5, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86; Kantarcıoğlu F., 1988, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, s. 55, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.

<sup>11</sup> Doğrudan ve dolaylı ayırmacılık kavramları Dava No. 43/75, Defrenne v Sabena (No 2) [1976] ECR 455 davasında ATAD tarafından yorumlanmıştır. Ayrıca aşağıda metin içerisinde değinilecek olan. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd Dava No. 96/80, [1981] ECR 911; [1986] 2 CMLR 24 davasına bakınız. Doğrudan ve dolaylı ayırmacılık kavramlarının değişik hukuk sistemlerindeki anlam ve kapsamı için bkz. Onaran Yüksel M., 2000, ss. 95-113.

Metin içerisinde dolaylı ayırmacılık konusunda ATAD kararlarına atıfta bulunarak yeterince örnek verilecek olmakla beraber, dolaylı ayırmacılığın mevzuattaki tanımına, yer verilecek olan karardaki hükümlere paralel olarak, ilk kez 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayırmacılıkta İspat Yüküne İlişkin Yönergenin [OJ L 14/6, 20/01/1998] 2(2). maddesinde yer verilmiştir. Metin içerisinde incelenecek olan kararlarda olduğu gibi, anılan madde "dolaylı ayırmacılığı" tarafsız bir düzenleme, kriter veya usul, önemli ölçüde belirli bir cinsiyet grubunu mağdur ediyorsa ve bu düzenlemenin, kriterin veya usulün uygun ve zorunlu olduğu ve cinsiyete dayalı haklı sebeplere dayandığı açıklanamıyorsa, cinsiyete dayalı şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>12</sup> Hatırlanabileceği üzere üretim faktörleri:- 1- Doğal kaynaklar, 2- İşgücü/emek, 3- Sermaye ve 4- Girişimci unsurlarından oluşmaktadır.

<sup>13</sup> Ekonomik ve sosyal amaçların kısa bir değerlendirmesi için bkz. Heper Altan, 1997, Avrupa İş Hukuku ve Türkiye, ss. 122-125, Avrupa – Türkiye Araştırmaları Enstitüsü Yayını, Beta.

<sup>14</sup> Doktrinde eşit davranma ilkesini açıklamaya çalışan görüşler için bkz. Tuncay A.C., 1982, ss. 32-119.

amaçlamamakta,<sup>15</sup> doktrin ve yargı içtihatlarıyla farklı cinslere ayrımcılık konusunu en geniş biçimde inceleyen hukuk sistemlerinden biri olan AB hukukunu incelemektedir.

### 1. Yasal Dayanak

Bilinebileceği üzere, AET liberal ekonomik sistem üzerine kurulmuştur. Bu bağlamda hizmet sözleşmeleri dikkate alındığında, diğer bütün sözleşmelerde olması gerektiği gibi "sözleşme serbestisi ilkesinin" esas olması gerektiği muhakkaktır.<sup>16</sup> Başka bir deyişle, bir işveren sözleşme serbestisi uyarınca bir işgöreni kendisinin belirlediği herhangi bir prensibe veya hiçbir kritere dayanmaksızın seçebilme imkanına sahip olmalıdır. Bununla birlikte, yasa

koyma erkine sahip olanlar liberal ekonomik bir sistemde dahi çeşitli nedenlerle sözleşme serbestisi ilkesini kısıtlayabilmektedir(ler).<sup>17</sup> AET Antlaşmasına taraf olan ülkeler bu serbestiyi Antlaşmanın 119.<sup>18</sup> maddesiyle kısıtlamış bulunmaktadır.

AET Antlaşmasının dibacesinde işgücünün çalışma ve yaşam şartlarının ilerleme yolunda uyumlaştırılmasının<sup>19</sup> gerekliliği vurgulanmaktadır ve Üye Devletlerin kadın ve erkek işgücüne eşit imkanlar ve haklar sağlanması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, AB Sosyal Politikası kapsamında, AB Hukukunun birincil kaynaklarından olan AET Antlaşmasının 119. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemeyi hedeflemektedir.<sup>20</sup> Bu birincil hukuki

<sup>15</sup> Bununla birlikte, hemen başta belirtilmelidir ki, Türkiye'nin Avrupa Birliğine girmesinden önce çalışma yaşamında yapması gereken yasal düzenlemeler ihtiyacı aşikar olarak ortaya çıkacaktır. Nitekim, Ekim 2002 ayında Avrupa Birliğince yayınlanan Türkiye'nin AB'ne üye olabilmesini değerlendiren "İlerleme Raporu" bu ihtiyacın henüz tatmin edilemediğine vurguda bulunmuştur. Bknz. 2002 Regular Report On Turkey's Progress Towards Accession, {COM(2002) 700 final}, Chapter 13.

Türk Hukukunda eşit ücret ve eşit muamele konusunda bilgi edinmek isteyen okuyucuların Tuncay A.C., 1982, ile Onaran Yüksel M., 2000 adlı eserleri okumaları tavsiye edilir. Ayrıca, Türk Anayasa Mahkemesinin farklı cinslerin eşitliği konusundaki kararlarının analizi için bknz. Kantarcıoğlu F., 1988, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği İçinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, ss. 53-63, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.

Kadına yönelik uluslararası sözleşme ve kararların Türkçe metinlere Devlet Bakanlığı, Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı, Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 1993, Kadına Yönelik Uluslararası Sözleşme ve Kararlar, Yayın No. 75 adlı kitapta yer verilmektedir.

<sup>16</sup> Sözleşme serbestisinin eşit davranma ilkesi karşısında bir değerlendirme için bknz. Tuncay A.C., 1982, ss. 140-145.

<sup>17</sup> Kapitalizmin merkezi olduğu ileri sürülen Amerika Birleşik Devletlerinde devletin ekonomiye müdahalesi için bknz. Schnitzer M.C., 1989, Contemporary Government and Business Relations, Houghton Mifflin, U.S.A.

<sup>18</sup> Madde numarası 141. olarak değiştirilmiştir. Bununla birlikte, eylemlerin meydana getirildiği tarihler göz önüne alınarak metin içinde maddenin eski numarası olan "119" rakamı kullanılacaktır.

<sup>19</sup> İşgörenlerin yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi konusunda Avrupa Topluluğu tarafından vucuda getirilen "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions" adlı vakfın geniş bir çalışma alanı bulunmaktadır. Son zamanlarda çalışmalarının bir kısmı Türkçe'ye de çevrilmeye başlanılan vakfın çalışmalarının bir kısmına "http://www.eurofound.eu.int" İnternet adresinden ulaşılabilir.

<sup>20</sup> 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin yukarıda tam metni verilen 2(1). maddesi ve 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1958 ve 1980 tarihli sözleşmeleri de işyerindeki bütün ayrımcılıkları önlemeyi hedeflemektedir. Uluslararası sözleşmelerin bağlayıcılığıyla AET mevzuatının Üye Devletleri bağlayıcılığı arasında kesin bir fark vardır. Bu nedenle, diğer uluslararası sözleşmelerden ziyade AET Antlaşmasının 119. maddesi ve bu maddeye istinaden çıkarılan yönergeler Avrupa Birliğinde eşit ücret ve eşit muamele gibi prensiplerin yerleşmesinde önemli rol oynamıştır. Aynı durum, kuşkusuz, Türkiye'nin AB'ne tam üye olması durumunda geçerli olacaktır.

kaynakta belirtilen amacın gerçekleştirilebilmesi için bir dizi ikincil kaynak da cinsiyete dayalı ayrımcılığı engellemeyi hedeflemektedir. Başlıca ikincil kaynaklar şunlardır:- 1975 tarihli Erkek ve Kadın için Eşit Ücret Yönergesi<sup>21</sup>, 1976 tarihli Erkek ve Kadına İşe Girmede, Mesleki Eğitimde ve Terfide ve Çalışma Koşullarında Eşit Davranma Yönergesi<sup>22</sup>, 1976 ve 1986 tarihli Erkeğe ve Kadına Eşit Davranma Prensibinin Sosyal Güvenlik Meselelerinde Adım Adım Uygulanması Yönergeleri<sup>23</sup>, Tarım Dahil Olmak Üzere Bağımsız Faaliyet Gösteren Erkek ve Kadına Eşit Davranma Prensibi ve Analığın Korunması Yönergesi<sup>24</sup> ve Hamile ve Yeni Doğum Yapmış İşgörenlerin İşyerinde Korunması Yönergesidir.<sup>25</sup>

Cinsiyete dayalı ayrımcılığı önlemeye yönelik yasal dayanakları belirttikten sonra, öncelikle AET Antlaşmasının 119. maddesinin ne olduğu ve ATAD tarafından nasıl yorumlandığı konusunu incelemek gerekir. Bu inceleme yapıldıktan sonra yukarıda bahsi geçen yönergelere kısaca değinilecektir. Hemen belirtilmesi icap eden bir başka husus yukarıda belirtilen yönergelerin AET Antlaşmasının 119, 100<sup>26</sup> ve 235.<sup>27</sup>

maddelerine dayanılarak çıkarılmış olduklarıdır. Bu itibarla, AET Antlaşmasının 100. ve 235. maddelerinin de bu kapsamda birincil yasal dayanak olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır. Kuşkusuz, AB Hukukunun ikincil kaynakları arasında yer alan ATAD kararları yol gösterici olacaktır.

Yasal dayanakları incelemeye başlamadan önce, bir üye devletin Roma Antlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki (1957'den önce) uluslararası bir antlaşmaya taraf olmasından kaynaklanan yükümlülüklerini, AET Antlaşmasının 234.<sup>28</sup> maddesi gereğince, AB Hukukuna aykırı olsa bile yerine getirmelidir.

#### 1.1 AET Antlaşmasının 119. Maddesi

Aşağıda metni verilen 119. maddede geçen eşit muamele yapma yükümlülüğü Topluluğun vazgeçilmez kurallarından biri olup, adeta iğneyi kendisine çuvaldızı başkasına batırır gibi, bir işveren olarak Topluluğun da kendi elemanlarına gerek ücrette olsun, gerekse işgörenlerine yaptığı uygulamalarda bu prensibi mutlaka göz önüne almak zorunda olduğunu belirtmiştir.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Yönerge No. 75/117/EEC, OJ L 45/75. Bilinebileceği üzere, AET Antlaşmasının 189. maddesi yönergeleri, sonuçları itibarıyla her muhatap Üye Devleti bağlar ancak şekil ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakır şeklinde tanımlamaktadır.

<sup>22</sup> Yönerge No. 76/207/EEC, OJ L 39/76. Türkçe literatürde kısaca eşit davranma yönergesi olarak adlandırılmaktadır.

<sup>23</sup> Yönerge No. 79/7/EEC, OJ L 6/24 ve Yönerge 86/378/EEC, OJ L 225/88.

<sup>24</sup> Yönerge No. 86/613/EEC, OJ L 359/56.

<sup>25</sup> Yönerge No. 92/85/EEC, OJ L348/1.

<sup>26</sup> Madde numarası 94 olarak değiştirilmiştir.

<sup>27</sup> Madde numarası 308 olarak değiştirilmiştir.

<sup>28</sup> Madde numarası 307 olarak değiştirilmiştir.

<sup>29</sup> Dava No. 20/71, *Sabbatini (née Bertoni) v Parlamenet* [1972] ECR 345; [1972] CMLR 945, Dava No. 21/74, *Airola v Commission* [1972] ECR 221.

AET Antlaşmasının 119. maddesi [yeni 141. madde] şu şekildedir:-

Her Üye Devlet ilk aşama boyunca, aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanmasını temin eder ve daha sonra bu uygulamayı sürdürür.

İş bu Maddenin amaçları doğrultusunda "ücret", işçinin yaptığı karşılığında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ve ister nakdi ister aynı olsun işvereninden aldığı temel veya asgari ücret ya da maaş ve herhangi bir başka bedel anlamına gelir.

Cinsiyet fark gözetmeksizin eşit ücret ödenmesi:

(a) parça başına göre ücreti ödenen aynı iş için yapılacak ödemelerde aynı ölçü biriminin esas alınması,

(b) zaman esasına göre çalışmada aynı için yapılan ödemenin aynı olması hususlarını içerir.<sup>30</sup>

"Ücret" karşılığı çalışan kişiye işçi denildiği aşağıda görülecektir. Bu genel tanımdan yola çıkarak, hizmet sözleşmelerinin işverene yüklediği borçların başında "ücret" ödeme borcunun olduğu anlaşılacaktır. Avrupa'da kocanın "ekmek parasını"<sup>31</sup> kazanan kişi, kadının ise ekstra harcamalar<sup>32</sup> için çalışmış olduğu günler çoktan geride kalmıştır. Geçmişteki o günlerde kadınların ücretleriyle erkeklerin ücretleri arasında fark olması, kadının çalışmasının arkasındaki gerekçe ile erkeğin çalışmasının arkasındaki gerekçeye dayandırılmaktaydı ve cinsiyetler arasında ücret farkı olması doğal karşılanabilmekteydi.

<sup>30</sup> 1997 yılındaki Amsterdam Antlaşmasıyla 119. maddeye [yeni 141. madde] (c) ve (d) fıkraları eklenmiş olup, (c) fıkrası:- "Konsey, 251. maddede belirtilen (karar alma) prosedürüne göre, ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra, iş ve meslek alanlarında, eşit veya eşdeğerde işe eşit ücret ilkesi de dahil olmak üzere, kadın ve erkeklerin eşit muamele görmesi ve fırsat eşitliğine sahip olması ilkesinin hayata geçirilmesi için gerekli önlemleri alması gerektiğini ve (d) fıkrası ise:- Çalışma hayatında pratikte kadınların ve erkeklerin tamamen eşitliğini sağlayabilmek için, eşit muamele prensibi hiçbir Üye Devleti daha az temsil olunan cinsin daha kolay işe girmesi için mevcut tedbirleri muhafaza etmekten veya onların mesleki bir faaliyete katılmaları için özel ayrıcalıklar getirilmesini veya onların profesyonel kariyerlerinin muhafaza edilmesi için veya dezavantajlı durumda olan cinsteki kişilerin kayıplarını tazmin etmekten alıkoymaz hükümlerini getirmektedir.

<sup>31</sup> Avrupa'da "ekmek parasını kazanan - breadwinner" deyimi Avrupa'daki devletlerin hukuk sistemlerinden çoktan çıkmasına rağmen, İş Kanunumuzun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatına hak kazanma halleri arasında "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile hizmet akdini feshetmesi" hükmünün yer alması ülkemizde kocanın halen "ekmek parasını kazanan kişi" olarak görüldüğünün belirtisidir. Nitekim, ekmek parasını kazanan terimi AB Hukuku literatürüne yine bir Türk tarafından Dava No. 131/85, *Gül v Regierungsspäsident Düsseldorf* [1986] ECR 1573; [1987] 1 CMLR 501 davasında yer almıştır.

Bu bağlamda, ayrıca belirtilmesi gereken bir başka hususun yakın bir zamana kadar Medeni Kanunumuza göre ailenin reisinin "koca" olarak belirtilmiş olmasıdır. Bununla beraber, ülkemizde kadın nüfusun işgücüne katılma oranının Avrupa'ya oranla çok düşük olması, kanunen olmazsa dahi fiilen "kocanın" "ekmek parasını" kazanan kişi olmaya devam ettiği objektif bir göstergesi olabilir. Kadınların işgücüne katılması konusunda bkzn. Gürsel S. ve Ulusoy V., 1997, Türkiye'de İşsizlik ve İstihdam, ss. 40-42, Yapı Kredi Yayınları. Uygulamada kadın ve erkek işçilere farklı ücret ödenmesinin nedenleri konusunda bkzn. Tuncay A.C., 1982, İş ss. 177-183.

<sup>32</sup> Farklı ülkelerde cinsiyet ayrımcılığını hazırlayan sosyal, kültürel ve ekonomik nedenler ve yine farklı ülkelerde kadın - erkek eşitliği prensibinin gelişimi ve bu gelişimin ardındaki gerekçeler konularında genel olarak bkzn. Onaran Yüksel M., 2000, ss. 11-24.

### 1.1.1 AET Antlaşmasının 119. Maddesinin Doğrudan Bağlayıcılığı

**Defrenne v Belgium (Defrenne 1)**<sup>33</sup> davasında ATAD'daki Kanun Sözcüsü 119. maddenin bireyler için doğrudan sübjektif haklar doğurduğunu ve somut talepleri içerdiğini ve bu nedenle 119. maddenin bireylere bu maddeden doğrudan yararlanma hakkı<sup>34</sup> tanıdığını belirtti. Defrenne v Sabena (Defrenne 2)<sup>35</sup> davasında ise Kanun Sözcüsünün bu açıklaması ilamda teyit edildi. Şöyle ki:-

Bayan Defrenne Belçika havayollarında hostes olarak görev yapmaktaydı. Bayan Defrenne aynı işi yapmasına rağmen kendisine erkek meslektaşlarına oranla daha düşük bir ücret ödendiğini ve böylece kendisine

ayırımcılık yapıldığını ileri sürerek tazminat talebinde bulundu. Bayan Defrenne AET Antlaşmasının 119. maddesini iddiasına dayanak olarak göstermekteydi. Bu nedenle, AET Antlaşmasının 177. maddesi uyarınca ATAD'na "AET Antlaşmasının 119. maddesinin yerel mevzuattan ayrı olarak, yerel mahkemelerde dayanak olarak gösterilip gösterilemeyeceğini" sordu. Bunun üzerine ATAD, *inter alia*, aşağıdaki sonuçlara varmıştır:

1. 119. maddenin iki amacı olduğuna. Bunların: (a) ekonomik, eşit ücret prensibini uygulayan firmaların, bu prensibi uygulamayan firmalar karşısında rekabet açısından oluşabilecek dezavantajları gidermek ve (b) sosyal, topluluk içerisinde işçilerin yaşam ve çalışma koşullarının

<sup>33</sup> Dava No. 80/70, [1971] ECR 445; [1971] CMLR 494. Ülkemizde yaygın bir şekilde uygulanmakta olan bir yanlış, AB Hukuku hakkında yazarların, ATAD'nın kararlarındaki hükümleri sanki kendi fikirleriymiş gibi ortaya koymalarıdır. Daha da yanlış olanı, daha sonra benzer konuda araştırma yapanların da ilk kaynak olarak ATAD kararlarına değil de, yanlış ilk yapana atıfta bulunmasıdır. Örneğin, 2000 yılında kitap olarak basılan, özel hukuk alanında yapılan bir doktora tezinde, AET Antlaşmasının 119. maddesinin doğrudan bağlayıcı olduğunu vurgulamak için "bireyler için doğrudan uygulanabilir somut haklar doğuran, somut talepler içeren bir hüküm niteliği taşır." alıntısına ATAD'nın yukarıda metin içerisinde verilen kararına atıf yapmaktansa, tez danışmanının 1997 yılındaki bir çalışması referans olarak verilmektedir.

<sup>34</sup> Bir hükmün doğrudan bağlayıcılığı için bkz Dava No. 26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1; Alfons GmbH v Commission [1966] ECR 19, Dava No. 2/74, Reyners v Belgian State [1974] ECR 631; Dava No. 43/75, Defrenne v Sabena (No 2) [1976] ECR 455; Dava No. 93/71, Leonasio v Italian Ministry of Agriculture [1972] ECR 287; Dava No. 128/78, Commission v United Kingdom "Tacograph case" [1979] ECR 419; Dava No. 41/74, Van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337; Dava No. 152/84, Marshall v Southampton and South West Hampshire AHA (No 1) [1986] ECR 723; Kupferberg (1982). Ankara Antlaşması'nın ve Katma Protokolün kişilere doğrudan başvurma hakkı veren maddelerine örnekler için bkz. Dava No. 12/86 Demirel v Stadt [1987] ECR 3719.

Yukarıda verilen davaların birlikte değerlendirilmesi neticesinde, doğrudan bağlayıcı Avrupa Birliği hukukuna ait olan bir hükmün yerel mevzuatın aynı konu hakkında ne söylediğine bakılmaksızın, doğrudan dikey bağlayıcılık durumunda devleti ve onun organları ile vatandaşları, yatay doğrudan bağlayıcılık durumunda hem devleti ve onun organlarını hem de vatandaşları bağlayıcıdır. Bir başka deyişle, AB Hukukundaki bir hüküm ulusal mevzuatta olmazsa veyahut AB Hukukundaki bir hüküm açıkça ulusal hükümle çatışma halinde olsa bile, bireyler, AB Hukukunun verdiği haklardan yerel mahkemelere başvurarak yararlanma hakkına sahiptir.

Avrupa Birliği mevzuatının Üye Devletler tarafından doğrudan uygulanması konusunda genel olarak bkz. Arsava A.F., 1985, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, ss. 138-172, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.

<sup>35</sup> Dava No. 43/75, [1976] ECR 455; [1976] 2 CMLR 98.

iyileştirilmesi. Bu nedenle eşit ücret prensibi Topluluğun temel taşlarından biridir.

2. 119. madde doğrudan bağlayıcıdır ve kişilere bundan yararlanma hakkı verir. Ulusal mahkemeler 119. maddede belirtilen kriterlere göre bir ayırımın mevcut olup olmadığına karar vermelidir.

3. Davadaki olayların incelenmesi neticesinde kadın bir işçinin, ister kamu sektöründe olsun, isterse özel sektörde olsun aynı işi yapan erkek bir meslektaşından daha düşük ücret alması açıkça 119. maddeyi ihlaldir. Başka bir deyişle, 119. madde hem yatay, hem de dikey doğrudan bir etkiye sahiptir.

Anlaşılabacağı üzere, Bayan Defrenne'nin iddiaları ATAD tarafından yerinde bulundu. Aynı kararda ayrıca, yukarıdaki giriş kısmında tanımlanan "doğrudan ayırmacılık" halinde, 119. maddenin yatay ve dikey direk etkiye<sup>36</sup> sahip olduğu da belirtildi. Cinsiyetlerin eşitliği prensibinin "Topluluğun temel

taşlarından/haklarından biri" olarak nitelendirilmesi de hatırdaki tutulması gerekir.<sup>37</sup> Kararda bu prensibin ekonomik ve sosyal olmak üzere iki amacının varlığından bahsedilmektedir.

1957 yılında Roma Antlaşmasının (AET Antlaşması) 119. maddesinde ifade bulan "eşit işe eşit ücret" prensibinin arkasındaki neden, Profesör Pitt'in belirttiğine göre, insanların eşitliğini ve saygınlığını sağlamaktan çok, böyle bir hükmün olmaması halinde ucuz kadın işçiliği kullanan ülkelerin ekonomik bakımdan avantajlı bir duruma gelmesini önlemektir.<sup>38</sup> Bununla birlikte, 119. madde her ne kadar başlangıçta ekonomik unsurlar dikkate alınarak Roma Antlaşmasına konulmuş ise de, aşağıda görüleceği üzere,<sup>39</sup> günümüzde hem ekonomik hem de sosyal politika açısından ele alınmaktadır.

Aşağıda görüleceği üzere, bu prensip kesin olmayıp, mevzuatta bunun istisnalarına yer verilmiş ise, ve dolaylı ayırmacılık durumunda böyle bir ayırmacılık yapmanın işveren için zorunlu olduğu nesnel olarak ispat edilebilirse,

<sup>36</sup> Yatay direkt etki bir hükmün devletin organları arasında etkili ve bağlayıcı olması, dikey direkt etki ise bir hükmün devlet ve vatandaşları için hüküm ifade etmesi demektir. Bunları kamu hukuku ve özel hukukun uygulanmasına benzetmek mümkündür.

<sup>37</sup> Daha detaylı bilgi için bkz. Docksey C., 1991, The Principle of Equality between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law, *Industrial Law Journal*, Sayı 20, s. 258.

<sup>38</sup> Bknz. Pitt G., 1997, *Employment Law*, ss. 147-148, Sweet & Maxwell. AET Antlaşmasının dibacesinde (preablmle-giriş kısmında) ve 117. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, eşit ücret prensibini uygulayan Üye Ülkelerin, bu prensibi uygulamayan Üye Devletlere vis-à-vis (karşı) rekabet edebilme gücünü kaybetmemeleri için konulduğu ve sosyal amacın da "Üye Ülke vatandaşlarının yaşam ve çalışma koşullarını yükseltmek" olduğu anlaşılır. Bknz. Steiner J. ve Woods L., 1988, *Textbook on EC Law*, s. 333, Blackstone Press. Benzer şekilde, Kapteyn P.J.G. ve van Themaat P. V.'in vurguladığına göre Fransa'nın rekabet etme gücünü kaybetmemesini temin etmek için 119. madde AET Antlaşmasına konulmuştur. Bknz. Kapteyn P.J.G. ve van Themaat P. V., 1989, *Introduction to the Law of the European Communities*, s. 623, Kluwer.

<sup>39</sup> ATAD özellikle Dava No. 73/75, *Defrenne v Sabena (No. 2)* [1976] ECR 455; [1976] 2 CMLR 98 davasında 119. maddenin hem ekonomik, hem de sosyal amacı olduğunu vurgulamıştır.

yapılan fiili ayrımcılık AB Hukukuna göre cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olarak değerlendirilmeyebilir.

AET Antlaşmasının 119. maddenin doğrudan bağlayıcı olduğunu, amacını ve bunun istisnaları olabileceğini belirttikten sonra, şimdi maddede geçen başlıca kavramlara bir göz atalım.

### 1.1.2 İşçi/İşgören Kime Denir?

AET Antlaşmasının 119. maddesi her ne kadar "işçi" isminden bahsetmekte ise de, bunun bir tanımını yapmadığını belirttikten sonra, Türkçe'de ve Türk Hukukunda kime "işçi" denildiğini belirtelim.

Türk Dil Kurumu tarafından yayımlanan Türkçe Sözlük "İşçi" ismini "Başkasının yararına bedenini, kafa gücünü veya el uzluğunu kullanarak ücretle çalışan kimse." olarak tanımlamaktadır. İşçinin hukuki tanımı Türk Dil Kurumu'nun tanımına paralellik göstermektedir. Örneğin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin ilk fıkrasına göre "Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir." 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesine sigortalı sayılacak kişiler tanımlanırken, yukarıda belirtilen İş Kanunu'nun 1. maddesine benzer bir tanımlama yapılmaktadır. Benzer tanımlamalar Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesinde "gemi adamı" ve Basın İş Kanunu'nun yine 1. maddesinde "gazeteci" tanımı

yapılırken verilmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2./I, II maddesi ise "... bedenen çalışmayı konu alan ...çalışanların da, bu kanunun (2821 sayılı Sendikalar Kanununun) uygulanmasında işçi sayılmaları kabul edilmiş bulunmaktadır." demektedir.

Türkçe'de ve Türk Hukukunda işçinin tanımını yaptıktan sonra şimdide Avrupa Birliği açısından "işçi" isminin neyi ifade ettiğine bakalım. Daha önce belirtildiği üzere AET Antlaşmasının 119. madde de dahil pek çok yerinde "işçi" isminden bahsedilmekte ise de, bunun bir tanımını Antlaşmada yapılmamaktadır. Bununla birlikte, AB Hukukunun ikincil kaynaklarından ve ATAD kararlarından genel olarak "işçi" ismiyle bedenen veya fikren hizmet ifa ettiğine bakılmaksızın, çalışan bir kişinin ifade edildiği anlaşılmaktadır. Bu genel tanımlamadan sonra, ATAD kararları doğrultusunda ayrıntıya girmek gereklidir.

Avrupa Birliği hukukunda "işçi" isminin neyi ifade ettiği konusu, daha çok AET Antlaşmasının 48. maddesiyle öngörülen işçilerin serbest dolaşımı serbestisi kapsamında dava konusu olmuştur.

Levin v Staatssecretaries van Justitie<sup>40</sup> davasında ATAD "işçi" isminin ulusal hükümlere göre tanımlanamayacağını ve bunun bir Topluluk kavramı olduğunu belirterek,

<sup>40</sup> Dava No. 53/81, [1982] ECR 1035; [1982] 2 CMLR 454.

Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg<sup>41</sup> davasında işçiyi ‘birine, belirli bir süre için ve onun idaresinde belirli bir ücret karşılığı hizmet veren kişi olarak tanımlanmıştır. Bestur<sup>42</sup> davasında işçi kavramının yalnızca halen çalışmakta olan işçiyi kapsamadığı, işini kaybetmiş olmakla beraber, yeniden çalışabilme kapasitesinde olan işçiyi de kapsadığını belirtmiştir.<sup>43</sup> Yukarıda belirtilen Levin davasında karar verilmiştir. Anılan davada ATAD:-

... işçi kavramı, işin “gerçek” bir iş olması ve şeklen/görünüşte veya önemsiz bir iş olmaması kaydıyla, kısmi süreli hizmet akdiyle<sup>44</sup> çalışanları da kapsar. ...

diyerek kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların AB Hukukuna göre işçi sayılması gerektiğini belirtmiştir. Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan işçiler, yaşamlarını idame ettirebilmek için daha fazla paraya ihtiyaç duyabilirler. Bu durum, Kempf v Staatss ecr etarisvan Justitie<sup>45</sup> davasında değerlendirilmiştir.

Anılan davada:-

Bir Alman olan Bay Kempf 1981-1982 yıllarında Hollanda’da kısmi süreli hizmet akdi ile müzik öğretmeni olarak çalışmıştı. Bu süre zarfında Hollanda’dan hastalık ve genel mali destek almıştı. 1981 yılının Kasım ayında oturma izni almak için Hollanda makamlarına yaptığı müracaat, kendisinin “kayırlan bir AT vatandaşı” olmadığı, kazancının geçimini sağlamaya yetmediği gerekçesiyle reddedildi.

Bay Kempf, red gerekçesinin dayanaktan yoksun olduğunu Hollanda mahkemelerinde ileri sürdü. Hollanda Mahkemesi, Bay Kempf gibi kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan, kazancı geçimine yetmeyen ve geçimini sağlayabilmek için kendisinin yeterli kaynağı olmayan birinin Topluluk hukukuna göre işçi sayılıp sayılmadığını ATAD’na sordu.

ATAD, Bay Kempf’in Topluluk hukukuna göre işçi sayılması gerektiğini belirtti.

<sup>41</sup> Dava No. 66/85, [1987] 3 CMLR 389; [1986] ECR 2121.

<sup>42</sup> Dava No. 75/63, Hoekstra (née Unger) v Bestur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten [1964] ECR 177; [1964] CMLR 319.

<sup>43</sup> Bununla birlikte, gönüllü olarak işten ayrılan ve uzun bir süre başka bir iş bulamayan, ekonomik bir faaliyete katılmayan, bir kişi işçi olma sıfatını yitirebilir. Bu durum için Bknz. Williams v Dutch Secretary of State [1977] 1 CMLR 669.

<sup>44</sup> “Kısmi süreli çalışma” ifadesinin kısa bir analizi gerekir. İş Kanununun 61. maddesi haftalık çalışma saatinin en çok 45 saat olduğunu ve bu sürenin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağını belirtmektedir. Bu itibarla, İş Kanunumuz “kısmi süreli hizmet akdi ile çalışmaya” genel olarak imkan tanımamaktadır. Nitekim, İş Kanununun 14. maddesinde yer alan kıdem tazminatına ilişkin hükümler “kısmi süreli” çalışma “esasına göre” çalışanların kıdem tazminatlarını hesaplamada boşluklar taşımaktadır. Bknz. TİSK, 1999, Çalışma Hayatında Esneklik, Yayın No. 190. ss. 44-45.

İş Kanunumuzda açıkça kısmi süreli çalışmadan bahsedilmemekte, Yargıtay da konu hakkında çelişkili kararlar vermektedir. Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için bknz. Onaran Yüksel M., 2000, s. 55.

Bununla birlikte, 2547 sayılı YÖK Yasasının Çalışma Esasları başlıklı 36. maddesinde belirli şartları yerine getiren doçent ve profesörlerin kısmi süreli olarak çalışabileceklerini belirtmektedir.

<sup>45</sup> Dava No. 139/85, [1987] 1 CMLR 764; [1986] ECR 1741.

Levin davasında belirtilen “gerçek iş” kavramı Steymann Van Justice<sup>46</sup> davasında ATAD tarafından değerlendirilmiş ve dini bir grubun üyesi olarak davacının mesleği, onun “geçimini” sağlayacak kadar cep harçlığı almasına, fakat resmi maaş almamasına ortam sağlar yorumunda bulunmuş ve AB Hukukuna göre bu durumu gerçek bir iş saymış ve bu işi yapanı işçi olarak nitelendirmiştir.

Yapılan işin gerçek bir iş sayıldığı ilginç davalardan birisi de Betray v Staatssecretaris van Justice<sup>47</sup> davasıdır. Uyuşturucu ilaç bağımlılarının rehabilitasyonu programı çerçevesinde, ilaç bağımlılarına ülkenin sosyal güvenlik hukukuna göre ücretli iş yaptırılması ATAD tarafından gerçek bir iş olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla, bu gibiler yaptıkları iş karşılığında, sosyal güvenlik hukukuna göre bir bedel alsalar dahi, bunlar işçi olarak nitelendirilmemelidir.

119. madde kapsamında işçi kavramı yalnızca, ülkemizde olduğu gibi 1475 sayılı İş Kanununa tabi olarak çalışanları değil, Sabattini (née Bertoni) v Parlamento davasından anlaşılacağı üzere Ülkemizde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer personel kanunlarına göre çalışanları kapsamalıdır. Nitekim, aşağıda incelenecek olan Johnston v Cheif

Constable of the RUC<sup>48</sup> davasında bir polis memurunun işçi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirmeye dahi tabi tutmadan, 119. madde kapsamında hak aramasına olanak sağlanmıştır. 119. maddenin hem yatay hem de dikey doğrudan etkiye sahip olduğuna karar verilmiş olması, bu değerlendirmemizi doğrular niteliktedir.

Gerek hukuki tanım gerekse lügat manası işçiyi “iktisadi açıdan” ele alıp tanımlama yaparken, yapılan işin, bedenen ya da fikren, yahut bedenen ve fikren olması açısından bir ayırım yapmamaktadır. Görüleceği üzere; Avrupa Birliği mevzuatının işçi tanımı ile Türk Hukuku’nun işçi tanımı arasında pratikte nüans olmakla beraber, hemen hemen aynı olup, işçi kısaca ekonomik bir faaliyeti başkasının nam ve hesabına yapan kişi olarak tanımlanabilir. AB Hukuku kapsamında işçi sayılmak için işçi sıfatını taşıyan kişinin AB vatandaşı olması gerektiğinin hatırlanması gerekir. Bu bağlamda, Türk Hukukuna göre işçi sayılan bir kişinin AB Hukukuna göre işçi sayılması henüz mümkün değildir denilebilir.<sup>49</sup>

### 1.1.3 “Ödeme/Ücret” Nedir?

İşçi tanımlanırken “belirli bir ücret” kavramından bahsedildiği hatırlanacaktır. İşçinin yukarıda verilen

<sup>46</sup> Dava No. 196/87, [1988] ECR 6159; [1989] 1 CMLR 449.

<sup>47</sup> Dava No. 344/87, [1991] 1 CMLR 459.

<sup>48</sup> Dava No. 224/84, [1986] ECR 1651; [1986] 3 CMLR 240.

<sup>49</sup> Türk işçilerinin AB Hukukuna göre hakları için bir değerlendirme için bkz. Yavaş M., 1997, The Rights of Turkish Workers within the EU, Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye Dergisi, sayı 27, ss. 81-85; Aral B., 2000, The Case of Free Movement For Workers Between Turkey and the European Union, Turkish Yearbook of International Relations, sayı XXVII, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi.

tanımı göz önüne alınarak ve AET Antlaşmasının 119(2) maddesinden yola çıkarak ücret kavramını "işveren tarafından istihdam nedeniyle işçiye nakdi veya aynı doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ödenen meblağ veya asgari ya da net olağan aylıkla öteki tüm menfaatler" şeklinde tanımlamak mümkündür.<sup>50</sup> Bu tanıma ilave olarak benzer/tıpkı/aynı işler için gerek parça başına olsun gerekse zaman esasına göre olsun<sup>51</sup> cinsiyetler arasında bir ayırımı sebebiyet vermemek için birim ücretin farklı olmaması gerekir.<sup>52</sup>

Doğrudan yapılan ödemelerin ücret sayılması konusunda tereddüt olmamasına rağmen, AET Antlaşmasının 119(2). maddesinde geçen "dolaylı" olarak ödenen meblağ mevhumu ATAD kararlarında geniş olarak değerlendirilmiştir. Defrenne v Belgium (No 153) davasında bütün işçilere hiçbir ayırım yapılmaksızın, sosyal politika gereği olan ve işçi işveren

ilişkinin bir unsuru olmayan, tarafların oranını belirlemede hiçbir pazarlık gücüne sahip olmadığı, zorunlu sosyal güvenlik planları ve yardımları için zorunlu olarak ödenen sigorta primlerinin 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilemeyeceğine hükmedildi.

Bununla birlikte, çerçevesi yasayla belirlenen ve tarafların primin miktarı veya oranı konusunda pazarlık etme olasılığı olan özel sigorta primlerinin 119. madde kapsamında ücret sayılması gerektiğine Worringham and Humphreys v Lloyds Bank Limited<sup>54</sup> karar verilmiştir. Anılan davanın konusu Lloyds Bank'da çalışan ve 25 yaşının altında olan erkek işgörenlerin brüt ücretlerinin, aynı durumdaki kadın işgörelere oranla daha fazla olmasıydı. Bunun nedeni, işyeri emeklilik planının<sup>55</sup> 25 yaşının altında olan erkek işgörelere zorunlu, kadın işgörelere için ise isteğe bağlı olması ve erkek işgörelere ödemek zorunda oldukları sigorta primi kadar bir

<sup>50</sup> Benzer bir şekilde 1475 sayılı İş Kanunumuz 26(1). maddesi ücreti "bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve nakden ödenen meblağ" olarak tanımlanmaktadır.

<sup>51</sup> Ücretin ekonomik açıdan belirlenmesi ve ücretin belirlenmesindeki farklı yaklaşımlar için genel olarak bkz. Yıldırım K. ve Karaman D., 1999, Makroekonomi, Eğitim Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı Yayın No. 145. Yalnızca üretim faktörlerinden emeği incelemesi bakımından iktisat biliminden farklılaşan çalışma ekonomisi bilim dalı ücret konusuyla daha yoğun bir şekilde ilgilenmektedir. Çalışma ekonomisi açısından ücretin analizi için bkz. Lordoğlu K., Özkaplan N. Ve Törüner M., 1999, Çalışma İktisadı, ss. 137-180, Beta.

<sup>52</sup> 1475 sayılı İş Kanunumuzun 26. maddesi açıkça eşit verimle çalışan erkek ve kadın işçilere cinsiyet farklılığı nedeniyle farklı ücret verilemeyeceğini hükmetmektedir.

<sup>53</sup> Dava No. 80/70, [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.

<sup>54</sup> Dava No. 69/80, Dava No. 80/70, [1981] ECR 767; [1981] 2 CMLR 1. Anılan davada işverenin 25 yaşının altındaki erkek işçilerin işyeri emeklilik programına işçi adına katkıda bulunması "ücret" olarak değerlendirilmiştir. İşveren tarafından bayan işçilere bu nevi bir katkıda bulunmaması 119. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

<sup>55</sup> Aşağıda incelenecek olan 86/378 sayılı (İşyeri) Sosyal Güvenlik Planı Yönergesinin 2. maddesinde tanımlanan, İngilizce literatürde "occupational social security schemes" olarak geçen işyeri emeklilik planları, bunlara üyelik ister isteğe bağlı isterse zorunlu olsun, ekonominin bir sektöründe veya belirli bir işyerinde çalışan işgörelere veya kendi nam ve hesabına bağımsız olarak çalışanlara (zorunlu) sosyal güvenlik planını ilave olarak menfaat sağlamak veya onun yerini almak üzere oluşturulan sosyal güvenlik planlarıdır.

Bu çalışmada işyeri sosyal güvenlik planı, işyeri emeklilik planı, mesleki sosyal güvenlik planı gibi kavramlar yapılan tanımlamayı ifade etmek için kullanılmaktadır.

tutarın işveren tarafından brüt maaşlarına ilave edilmesinden kaynaklanmaktaydı. Bu nedenle, Liefthing<sup>56</sup> davasında da belirtildiği üzere, zorunlu sigorta kesintilerinin brüt ücrete etkisi olduğuna ve brüt ücret üzerinden yapılan yardımların 119. madde kapsamında ücret sayılması gerektiği belirtildi. Benzer şekilde, işçinin nakdi veya aynı olarak eline geçmeyen, fakat işveren tarafından işçi adına işyeri emeklilik programına yapılan katkıların 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtildi.<sup>57</sup>

Defrenne v Belgium (No 1)<sup>58</sup> davasının hükmüne istisna getiren ilk

dava biraz önce değinilen Liefthing<sup>59</sup> davasıdır. Anılan davada; zorunlu sigorta kesintilerinin brüt ücrete etkisi olduğuna ve brüt ücret üzerinden yapılan yardımların 119. madde kapsamında ücret sayılması gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>60</sup> Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group<sup>61</sup> davasında ise sözleşme serbestisi prensibi kapsamında akit edilen işyeri/mesleki emeklilik sigortasından doğan maaş ve diğer bütün emeklilik sigortası ödemelerinin ve ilamın 14. paragrafında belirtildiği üzere, iş akdinin (emeklilik gibi bir nedenle) sona ermesi nedeniyle ödenen tazminatların da, 119.

<sup>56</sup> Dava No. 23/83, Liefthing v Academisch Zeikenhuis bij Universiteit van Amsterdam [1984] ECR 5225; [1984] 3 CMLR 702. Ayrıca bkz. Dava No. 192/85, Newstead v Department of Transport [1988] 1 CMLR 219. Bu davada ATAD yukarıda metin içerisinde değinilen Worringham davasındaki gibi, "brüt ücrete etkisi olmadığı sürece, zorunlu olan işyeri emeklilik sigortası için yapılan ödemeler, zorunlu sigortanın kısmen bir parçası/tamamlayıcısı olduğundan zorunlu sigorta gibi değerlendirilmeli ve 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilmemelidir" hükmünü varmıştır.

<sup>57</sup> Dava No. 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607; [1986] 2 CMLR 701. Mesleki/işyeri sosyal güvenlik planlarının ATAD tarafından ilk kez değerlendirildiği dava olması açısından önem arz eden iş bu davaya ait ilamın ilgili kısımları aşağıda 79/7 ve 86/378 sayılı yönergelerin incelendiği bölümde bulunmaktadır.

Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların işyeri emeklilik programından emekli olabilmeleri için 20 yıl içinde en az 15 yıl Bilka şirketinde çalışması öngörülmekteydi. Erkekler için ise bir süre kısıtlaması bulunmamaktaydı. İşyeri emeklilik planı zorunlu değildi ve finansmanı tamamen işveren tarafından sağlanmakta ve zorunlu sosyal güvenlik sigortasını tamamlayıcı olarak işlev görmektedir. İşyerinde çalışanların büyük çoğunluğu bayandı. Bayan Weber bu durumu kadınlara karşı dolaylı ayrımcılık olduğunu iler sürdü ve iddiası ATAD tarafından yerinde görüldü.

Bu hükme varılmasındaki gerekçeler:- (1) işyeri emeklilik planının sözleşme serbestisi kapsamında olması, (2) emeklilik planının varlığının yasaya değil sözleşmeye dayanması ve (3) finansmanının kamu tarafından değil, işveren tarafından yapılmış olmasıdır.

Benzer bir karara Dava No. 73/75, Defrenne v Sabena (No. 2) [1976] ECR 455; [1976] 2 CMLR 98 davasında da varılmıştır. Sabena (No. 2) davasının konusu Belçika kanunlarına göre, kadın işçiler için ve erkek işçiler için işveren tarafından farklı oranda sigorta primi ödenmesinin öngörülmesidir. Kanundan doğan bu zorunluluk karşısında Bayan Defrenne'nin dolaylı ayrımcılık iddiası reddedildi.

<sup>58</sup> Dava No. 80/70, [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.

<sup>59</sup> Dava No. 23/83, Liefthing v Academisch Zeikenhuis bij Universiteit van Amsterdam [1984] ECR 5225; [1984] 3 CMLR 702.

<sup>60</sup> Anılan davada, yalnızca memur (beyaz yakalı) statüsünde çalışan işçiler için zorunlu olan emeklilik sigortası primlerinin 119. madde kapsamında ücret sayılması gerektiği belirtildi. Dolayısıyla, ücrete bağımlı olarak yapılan katkılar kadın ve erkek için aynı oranda değilse 119. maddenin ihlali söz konusudur. Ayrıca bkz. Dava No. C-7/93, Bestur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds v Beune [1994] ECR I-4471.

Dava No. 343/92, De Weerd v Bestur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen [1994] ECR I-571 davasında Üye Devletlerin kamu harcamalarını azaltabilmeleri için belirli gruptaki kişilere sağlanan yardımları, cinsiyet ayırımına dayanarak yapmamak şartıyla, yapmama kararı alabileceğini belirtti.

madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar verildi.<sup>62</sup> Bu kararla zorunlu emeklilik sigortası primlerinin de 119. madde kapsamında değerlendirilmesi Defrenne v Belgium (No 1)<sup>63</sup> davasındaki hükmün bir istisnası olup, Commission v Belgium<sup>64</sup> davasında bu teyit edilmiştir. Bu son kararda, emekli maaşı almaya hak kazanma yaşının cinsiyetler arasında kadınlarda 60 erkeklerde 65 olarak farklı olması yasadışı bulunmuştur ve zorunlu emeklilik sigortasında doğan emeklilik tazminatları da 119. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Temel prensip işçi-işveren ilişkisine dayanan bütün ödemelerin 119. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiridir.

Yukarıdaki paragrafta bahsi geçen

Barber davasındaki hükmün geriye dönük olarak işlemeyeceği Ten Oever<sup>65</sup> davasında vurgulanmış ve Avrupa Birliği Antlaşmasına eklenen bir protokol, Barber davasındaki hükmün davanın karara bağlanmasından sonraki dönemleri kapsadığı açıkça belirtilmiştir.<sup>66</sup> Bir başka deyişle, emeklilik sigortası ödemeleri Barber davasının karara bağlandığı 17 Mayıs 1990 tarihinden sonra 119. madde kapsamında ücret olarak mütalaa edilir.<sup>67</sup> Nitekim, Ten Oever davasındaki hüküm 1993 yılında karara bağlanan Neath v Hugh Steeper Ltd<sup>68</sup> davasında teyit edilmiş olup, 17 Mayıs 1990 tarihinden önceki emeklilik sigortası primlerinin 119. madde kapsamında davaya konu olamayacağına karar verilmiştir.

<sup>61</sup> Dava No. C-262/88, [1990] ECR I-1889; [1990] 2 CMLR 330.

<sup>62</sup> Aşağıda görüleceği üzere mesleki veya kurumsal olarak düzenlenen emeklilik programları 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren 86/378 sayılı Yönerge ile düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 1990 yılında karara bağlanan iş bu davada bu nevi ödemeler 119. kapsamında değerlendirilmiştir. AET Antlaşmasının 177. maddesi uyarınca ATAD'ın 119. maddeyi yorumlarken 86/378 sayılı Yönergenin hükümlerini gözardı etmesi konusundaki eleştiriler için bkz. Curtin D., 1990, Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and "Barber", Common Market Law Review, ss. 475-484.

<sup>63</sup> Dava No. 80/70, [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.

<sup>64</sup> Dava No. 173/91, [1993] 2 CMLR 165. Ayrıca bkz. Dava No. C-200/91, Coloroll Pension Trustees Ltd v Russel [1994] ECR I-4397, paragraf 32. Hemen belirtilmelidir ki, 79/7 sayılı Yönerge emekliliğe hak kazanmada cinsiyetler için farklı yaş belirleme imtiyazı üye devletlere tanınmıştır. Konuya aşağıda 79/7 sayılı Yönergenin incelendiği bölümde değinilmektedir.

<sup>65</sup> Dava No. C-109/91, Ten Oever v Stichting Bedrijfspensionenfondsvoor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf [1993] ECR I-4879; [1995] 2 CMLR 357.

<sup>66</sup> AET Antlaşmasının 239. maddesi hükmü uyarınca Avrupa Birliği Antlaşmasına eklenen Barber Protokolü, yasal açıdan AT Hukukunun birincil kaynaklarından olan Antlaşma hükmündedir. Yukarıda değinildiği üzere, Barber davasının hükümleri Üye Devletlerin ekonomilerini altüst edecek boyutta olabilir. ATAD'ın AET Antlaşmasının 119. maddesini yorumlamadaki sınırları daraltmak isteyen Üye Devletler Barber davası sırasında AB Antlaşmasına Barber Protokolünü ilave etmişlerdir. Bununla birlikte, ATAD Barber Protokolünün yürürlüğe girmesinden daha sonra Ten Oever davasında da Barber davasında olduğu gibi AET Antlaşmasının 119. maddesini geniş bir şekilde yorumlamıştır.

<sup>67</sup> Anılan tarihten önce açılan davalar bu kısıtlamadan müstesnadır. Anılan hükmün geriye işleyememesinin arkasındaki neden ekonomik olup, Birleşik Krallıklar hükümetinin şayet hüküm geriye doğru işlerse, bunun Birleşik Krallıklar ekonomisine 33 ila 45 milyon İngiliz Sterlini yük getireceğini ve bu yükün Birleşik Krallıklar ekonomisi için felaket anlamına geleceğini açıklamasıyla ilişkilendirilir. Barber kararının 44. ve 45. paragraflarında ATAD bu hususa yer vermiştir.

<sup>68</sup> Dava No. C-152/91, [1993] ECR I-6935.

Yapılan hizmet sözleşmesinde ödenmesi öngörülmemen fakat yapılan işle ilgili olarak işverenin tek yanlı olarak işçiye sağladığı sosyal yardımların da ücret olarak nitelendirilmesi gerektiğine Garland v British Rail Engineering Limited<sup>69</sup> davasında karar verilmiştir. Anılan davada:-

Demiryolları işletmesinde çalışan bütün işçiler ve onların aileleri hiçbir ayırım yapılmaksızın özel demiryolu indiriminden yararlanma imkanına sahipti. Bununla birlikte, emeklilik halinde özel indirimli ulaşım emekli kadın işçilere ve onların aile bireylerine sağlanmamıştı. ATAD bu nevi imkanların, hizmet süresi sona ermiş olsa dahi, bir hizmet ilişkisine dayanılmak şartıyla, 119. madde kapsamında olduğu hükmüne vardı. Ayrıca, (a) bu imkanın bir sözleşmeye dayanmış olup olmamasının ve (b) ayırmacılığın eskiden belirtilen işyerinde çalışan kadına değil onun aile bireylerine yapılmasının önemli olmadığı vurgulandı.

Yukarıda değinilen Defrenne v Belgium (No 1) davasında ATAD ilamın

6. paragrafında "... 119. maddenin ikinci paragrafındaki diğer ücret kavramı, ister nakdi olsun, isterse aynı, ister hemen ödensin isterse gelecekte ödensin, isterse işçiye dolaylı olarak verilsin, hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı sürece, ücret kavramı içinde değerlendirilir." demektedir. Hizmet sözleşmesinde öngörülmemen sosyal amaçlı ödemelerin de ücret olarak nitelendirildiği göz önüne alınırsa, Garland v British Rail Engineering Limited davasındaki davaya konu olan ödemenin ücret olarak nitelendirilmesi doğaldır. Benzer şekilde Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg<sup>70</sup> davasında fiilen çalışma süresi içerisinde verilmemiş olsa dahi, iş göremez<sup>71</sup> durumuna gelen bir işçiye daha sonra işiyle ilgili olarak yapılan ödemeler de ücret olarak nitelendirilmiştir.

İş kazası sonucunda ölen kişinin geçindirmekle yükümlü olduğu kimseye yapılan toplu ödemeler de Coloroll Pension Trustees Ltd v Russel<sup>72</sup> davasında verilen karar uyarınca 119. madde kapsamında ücret olarak değerlendirilir.

<sup>69</sup> Dava No. 12/81, [1982] ECR 359; [1982] 1 CMLR 696; [1983] 2 AC 751.

<sup>70</sup> Dava No. 33/89, [1990] ECR 2591.

<sup>71</sup> Türkçe literatürde "iş göremez" kavramı genel olarak kişinin sağlığı nedeniyle iş yapabilme kabiliyetini kaybetmesi anlamına gelmektedir. AB Hukuku açısından bu kavram oldukça geniş yorumlanmış olup, örneğin bir kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişinin sağlık nedenleri dolayısıyla bakıma muhtaç olması ve işgörenin bakmakla yükümlü olduğu kişinin bakımını yapabilmek için işinden ayrılması da "iş göremez" kavramı içerisinde değerlendirilir. Bknz. Dava No. 150/85, Drake v Chief Adjudication Officer [1986] ECR 1995; [1986] 3 CMLR 43.

<sup>72</sup> Dava No. C-200/91, [1994] ECR I-4397. ATAD daha önce görüşmüş olduğu, yukarıda yer verilen Defrenne (No 1), Barber ve Bilka davalarındaki sosyal politika kapsamındaki ödemeler ile 119. madde kapsamında ücret sayılması gereken çelişkiyi Coloroll davasında kısmen gidermiştir. ATAD ilamın 88. paragrafında, ister zorunlu olsun, isterse isteğe bağlı olsun, ister işgören katkıda bulunsun, isterse bulunmasın işyeri/mesleki sigorta planı kapsamında işgörene yapılan bütün ödemeler/yardımlar 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtti.

Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışma karşılığı her iki cinse aynı birim veya oran üzerinden ödeme yapıldığı sürece yapılan ödeme 119. madde kapsamında yasaldır. Örneğin Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd<sup>73</sup> davasında tam zamanlı çalışanlara yapılan ödemeler ile kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanlara yapılan ödemeler arasındaki farkın, saat başına kadın ve erkek işçilere yapılan ödemelerde farklılık olmadığı sürece ve saat başına ücretler arasında fark olmakla beraber, bu fark objektif kriterlerle<sup>74</sup> açıklanabilirse 119. madde kapsamında yasal olduğuna hükmedildi.<sup>75</sup> Bununla birlikte, Rinner-Kühn<sup>76</sup> davasında yasa gereği tam zamanlı hizmet akdi ve kısmi süreli hizmet akdi ile (Alman mevzuatına göre haftada 10 saat veya daha az çalışan işçi olarak tanımlanır) çalışan işçilere

hastalıkları süresince yapılan farklı oranlı ödemeleri dolaylı ayırıcılık olarak değerlendirip, yasadışı bulmuştur.

119. madde kapsamında değerlendirilmeyen, sosyal politika gereği yapılan ödemeler/yardımlar ile işyeri sigorta planına göre yapılan ödemeler, görüldüğü üzere, tam olarak berraklaştırılamamıştır. Hatta kamu kaynakları ile finanse edilen sosyal politika amaçlı ödemeler de 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilebilmektedir. Örneğin Beune<sup>77</sup> davasında kamu görevlilerinin emeklilikleri halindeki mali hakları dava konusu olmuştur. Anılan davada ATAD, sosyal politika amaçlı sosyal güvenlik planları uyarınca ödeme (1) tüm kamu görevlilerine değil, yalnızca onların bir kısmını kapsıyorsa, (2) ödeme miktarı hizmet süresiyle doğrudan ilişkiyse ve

<sup>73</sup> Dava No. 96/80, [1981] ECR 911; [1986] 2 CMLR 24.

<sup>74</sup> İngilizce literatürde "objective justification" olarak geçen, tarafımızdan objektif kriter olarak kullanılan bu deyim tam olarak neyi ifade ettiğini belirtmek mümkün olmayabilir. Çünkü her olayda farklı unsurlar objektif kriter olarak değerlendirilebilir. Jenkins davasında kriterin objektif olduğunu belirlemek görevinin Üye Devletlerin mahkemelerine ait olduğunun belirtilmiş olması, bir üye ülkede objektif olduğuna karar verilen bir kriterin diğer bir üye devlette objektif olmaması sonucunu doğurur. Başka bir deyişle, bir üye devletteki dolaylı ayırıcılık diğer bir ülkede dolaylı ayırıcılık olarak değerlendirilmeyebilir.

Sosyal alanlarda, Üye Devletlerin uygulamasında ulusal hukuklarında hiçbir eylem yapmadan bağlayıcı olan kanun niteliğindeki regulation -tüzük- çıkarmanın pratikteki imkansızlıkları, eşit ücret ve muamele prensiplerinin yönergelerle yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Edinilen sonuçlar itibarıyla önemli olan yönergelerin uygulanmasında farklı eylemlerin yapılabileceğinin kabulü, bir üye devletteki dolaylı bir ayırıcılığın diğer bir üye devlette dolaylı ayırıcılık olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun engellenebilmesi için, Komisyon bağlayıcı olmayan "Code of practice on the implementation of equal pay for work of equal value for women and men" başlıklı bir değerlendirme kodu yayınlamışsa da, bu alanda Yönergeler yardımıyla tam bir uyumun sağlanması olanaksız gibi görünmektedir. Bu farklılaşma uyumsuzlukların ATAD'nın önüne getirilmesine, ATAD'nın iş yükünün artmasına ve davaya taraf olanların yüklü yargı giderlerine katlanmalarına sebebiyet vermektedir.

<sup>75</sup> Bununla birlikte, Bayan Jenkins'in davasında kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanlardan yalnızca bir tanesi kadın değildi. Bu durumu ATAD şu şekilde yorumlamıştır. "... kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların tamamı veya tamamına yakınının kadın olması halinde kadın işçilere daha düşük ücret ödenmesi amacıyla kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanlara ödenen birim ücretle tam zamanlılara ödenen birim ücret olması dolaylı ayırıcılıktır." Ayrıca bkz Dava No. 170/84, Bilka-Kaufhaus [1986] ECR 1607; [1986] 2 CMLR 701; Dava No. 33/89 Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR 2591; Dava No. C-184/89 Nimz [1991] ECR I-297.

<sup>76</sup> Dava No. C-171/88, Rinner-Kühn v FWW Special – Gebäudereinigung GmbH and Co [1989] ECR 2743.

<sup>77</sup> Dava No. C-7/93, Bestur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds v Beune [1994] ECR I-4471.

(3) yapılan ödeme kamu görevlisinin en son maaşına dayanılarak yapılıyorsa, bu nevi ödemelerin kamu tüzel kişiliğine sahip olmayanların yaptıkları ödemelerle karşılaştırılabileceğini ve bu ödemelerin 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtti.

Ücret denince, pek çok kişinin aklına muhtemelen yukarıda ücretle ilgili yapılan değerlendirmelerin pek çoğu gelmeyebilir. Görüleceği üzere AET Antlaşmasının 119. maddesinde belirtilen ücret sadece, her ne şekilde belirlenirse belirlensin, taban ücreti kapsamayabilmekte, emeklilik halinde sağlanan ulaşım indirimlerini, mesleki emeklilik sigortası ödemelerini, hastalık halindeki ödemeleri, emeklilik yaşına hak kazanmayı, emeklilik ikramiyeleri ve sair ödemeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bununla birlikte, bir ödemenin sosyal politika<sup>78</sup> kapsamında yapılan bir ödeme mi, yoksa 119. madde kapsamında değerlendirilmesi gereken bir ödeme mi olduğu konusu halen kesin hatlarıyla belirlenmemiş olduğundan, konu hakkında ATAD'na müracaatlar yapılmaya devam etmektedir.

#### 1.1.4 "Eşdeğerdeki İş" Ne Demektir?

AET Antlaşmasının 119. maddesinde bahsi geçen ve aşağıda

75/117 sayılı Yönerge incelenirken görüleceği üzere, eşdeğerdeki iş kavramından adları farklı olan, ancak işin yapılması sırasında çok küçük farklılıkları olan hemen hemen aynı işleve sahip işler aynı değerde iştir<sup>79</sup> diye kabaca bir tanımlama yapılabilir. Objektif kriterlere göre yapılan iş değerlendirmesi neticesinde, eşdeğerde olduğu kabul edilen işler için kadın ve erkek ayırımı yapılmaksızın eşit ödeme yapılması gereklidir.

AET Antlaşmasının 100. maddesine dayanılarak eşit işe eşit ücret prensibinin Üye Devletlerde yasal olarak uyumlaştırılmasını amaçlayan 75/117 sayılı "Eşit Ücret Yönergesinin 1. maddesi:-

Antlaşmada çerçevesi 119. madde ile çizilen erkek ve kadına eşit ücret prensibi, bundan sonra "eşit ücret prensibi" olarak adlandırılacak, aynı iş için çalışmak veya aynı değerdeki iş için çalışma durumunda cinsiyete dayalı bütün ayırmacılığın bütün yönleriyle ve şartlarıyla ortadan kaldırılması anlamına gelir.

Özellikle, ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sistemi kullanılması halinde, kullanılan

<sup>78</sup> Zorunlu sosyal güvenlik programına dayanılarak hazırlanan, sözleşme serbestisi kapsamında olmayan bir işyeri sigorta planından işgörenlere yapılan ödemeler Bilka davasında belirtildiği gibi 119. madde kapsamında ücret olarak nitelendirilirken, işgörenin ücretinden kesinti yapılarak sözleşme serbestisi kapsamında olan bir işyeri emeklilik planına yapılan kesintiler genel sosyal politika çerçevesinde ele alınıp, Newstead davasında ücret olarak nitelendirilmemiştir. Bu çelişki için ayrıca bkz Dava No. 80/70, Defrenne v Belgium (No 1) [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494 ve Dava No. 80/70, Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.

<sup>79</sup> Aynı değerde iş kavramı için genel olarak bkz. Atay İ.D., 1985, İşdeğerleme ve Başarı Değerleme Yöntemleri, ss. 1-16, İstanbul Üniversitesi Yayını.

sistemdeki kriterler erkek ve kadın için aynı olmalıdır ve cinsiyete dayalı ayırım yapmayı içermeyecek şekilde düzenlenmelidir.

Bu madde ile her ne kadar, "eşit değerdeki iş" kavramını Topluluk hukukuna katıyor gibi görünse de, ATAD anılan maddenin 119. maddede belirtilen eşit ücret kavramını tekrarlamakta olduğuna yukarıda belirtilen Jenkins kararında yer verilmiştir.

Konuyu daha da belirginleştirebilmek için ATAD'ın kararlarına yer vermek yerinde olacaktır. Genel prensip olan "iş değerlendirme kriterleri objektif olmalıdır" prensibiyle çelişkili olarak, ATAD, Rummler v Dato-Druck GmbH<sup>80</sup> davasında "kriterlerin objektif olması prensibinin, bir cinsiyetin lehine olan (dayanıklılık gibi) faktörlerin dikkate alınamayacağı anlamına gelmez." demiştir. Anılan davada:-

Bayan Rummler, Almanya'daki baskı (matbaacılık) sanayiinde uygulanmakta olan ücret oranları sınıflandırmalarını dava konusu etti. Bayan Rummler ambalajları paketleme olan işinin bu ücret sınıflandırmasında daha üst bir seviyeye konulmasını, çünkü, 20 kilogramdan daha ağır olan paketleri kaldırıp indirdiğini ve bunun bir

bayan için ağır iş olduğunu iddia etti.

Konu hakkında ATAD'na başvurulması üzerine, ATAD, dayanıklılık ve fiziksel çaba dikkate alınarak işlerin sınıflandırılmasının aşağıdaki şartlarda 75/117 sayılı Yönergeye aykırı olmadığını belirtti. Bu şartlar:-

a) sistem bir bütün olarak cinsiyet ayırımı engellemelidir, ve

b) kullanılan kriter objektif olmalıdır, yani:

(i) yapılan işle mütenasip olmalıdır, ve

(ii) firmanın gerçek ihtiyacını karşılamalıdır.

ATAD ayrıca, uygulamada olan sistemin kriterinin her cinsiyetin sahip olduğu yeteneklerini göz önüne almak zorunda olduğunu ve kriterin yalnızca tek bir cinsiyetin yeteneklerine (mukavemetine/kabiliyetine) dayandırılmasının kabul edilebilir olmakla beraber, "ayırımcılık yapma riski" ihtimali taşıdığını belirtti.<sup>81</sup>

Bir işin değerinin diğer bir işin değerine eşit sayılabilmesi için, yapılan işlerin aynı işyerinde ve aynı zamanda yapılması zorunlu değildir. Macarthys Ltd v Smith<sup>82</sup> davasında farklı

<sup>80</sup> Dava No. 237/85, [1987] 3 CMLR. 127.

<sup>81</sup> Kas gücüne dayanan sınıflandırmanın ATAD tarafından "objektif" olarak kabul edilmesinin eleştirisi için bkz. Fredman G., 1993, "Equal Treatment of the Sexes": What Does "Equal" Mean?, Feminist Legal Studies, Sayı 1, s. 123.

<sup>82</sup> Dava No. 129/79, [1980] ECR 1275; [1980] 2 CMLR 205. Bununla birlikte, bir iş diğerine oranla daha düşük seviyedeki bir grupta yer alıyorsa, fakat bu alt gruptaki iş karşılığında ödenen ücret üst gruptaki iş karşılığında verilen ücretten daha yüksekse, düşük ücretli iş yüksek ücretli işle karşılaştırılabilir. Bknz. Dava No. 157/86, Murphy v An Board Telekom Eireann [1987] 1 CMLR 559.

zamanlarda yapılan işlerin değerlerinin de karşılaştırılabileceği değerlendirilmiştir. Depo müdürü<sup>83</sup> olarak görev yapan Bayan Smith, kendisine selefi olan ve dört ay önce işten ayrılan bay depo müdürüne ödenen ücretten haftada 10 Sterlin daha az ödenmesi üzerine açtığı davayla ilgili olarak ATAD'dan AET Antlaşmasının 119. maddesinin yorumlanması istenilmiştir. Bunun üzerine ATAD:-

... Bu gibi bir durumda karar vermek için gereken kesin sonuç, 119. madde kapsamında aynı işi yapan bir erkeğe yapılan uygulama ile bir kadına yapılan uygulama arasında bir farkın olup olmadığını belirlemektir. ... Bir farkın var olup olmadığını belirlerken, yapılan muamelenin aynı zaman diliminde yapılıp yapılmadığını tespit etmek gibi bir kısıtlama getirilemez.

... Bununla birlikte, aynı işi farklı zamanlarda yapan iki kişinin ücretlerinin birbirinden cinsiyet ayırımına dayanmayan diğer faktörler nedeniyle farklı olabilir. Bu farklılığın sebebini belirlemek ulusal mahkemenin görevidir.

... Bu nedenle sorunun cevabı, AET Antlaşmasının 119. maddesinde belirtilen, kadınlar ve erkekler eşit iş için eşit ücret almalıdır prensibi, sadece kadın ve erkeğin aynı işveren için, aynı işi aynı zamanda yaptığı durumları kapsamaz, olmalıdır.

Şayet bir önceki depo müdürü de bayan olsaydı sorun olmayacaktı. Cinsiyetlerin farklı olması durumunda, kararda geçen "cinsiyet ayırımına dayanmayan diğer faktörler" değerlendirilmeli, ücretlerin farklı olmasını gerektirecek haklı bir neden bulunamazsa, zaman unsuru dikkate alınmadan, eşit ücret alınması gerekir. Aksi durumda cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yapılmış olur.<sup>84</sup> Böylelikle, Defrenne (No 2) davasında yorumlanan doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının kapsamı Macarths Ltd v Smith davasında teyit edilmiş bulunmaktadır.

### 1.1.5 Farklı Ücret Ödemede Cinsiyete Bağlı Olmayan Faktörler

#### 1.1.5.1 Ekonomik Faktörler

Çalışmanın başlangıcında, "doğrudan ayrımcılık" aynı şartlara sahip olanlara farklı farklı davranma veya şartları farklı olmasına rağmen her iki cinse de aynı davranış biçimini göstermek olarak tanımlandı. AB'nin ayrımcılığın önlenmesine dair mevzuatına göre doğrudan ayrımcılık yapmak, herhangi bir istisna veya muafiyet yoksa her zaman için yasadışıdır. "Dolaylı ayrımcılık" ise cinsiyetlerin birine diğerine oranla daha menfi tesir yapan nesnel bir ayrımcılık

<sup>83</sup> Cinsiyet belirten Arapça kökenli bayan müdür anlamına gelen "müdire" isminin kullanılmasından, çalışmanın konusu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, okuyucudan "bu ne perhiz bu ne lahana turşusu" tarzında bir eleştiri almamak için özellikle kaçınılmıştır.

<sup>84</sup> Kararda dikkat edilmesi gereken ifadelerden bir tanesi de, "cinsiyet ayırımına dayanmayan diğer faktörler" ifadesidir. Bir sonraki başlık altında bu faktörlerin neler olabileceğini dikkatlerinize sunulacaktır.

olup, bunun kesin sınırlarını çizmek her vakada zordur ve rasyonel ve objektif kriterlere göre AB'nin ayrımcılığın önlenmesi mevzuatına aykırı olmadığı ispat edilebilirse, bu nevi uygulamalar yasaldır.", denilmişti. Buraya kadar olan bölümde de doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ele alındığı bir çok ATAD kararına yer verilerek, bu kavramların nasıl yorumladığı gösterilmiş bulunmaktadır.

Bununla birlikte, ücret ödeme borcu olan işveren, her iki cinsiyetten birine, diğerine oranla yaptıkları aynı değerdeki iş için farklı ücret ödemesi durumunda, bu farklılığın nedeninin işgörenlerin cinsiyetine dayalı olmadığını, fakat diğer maddi unsurlara bağlı olduğunu ileri sürüp, ispatlayabilirse eşit işe eşit ücret prensibini ihlal etmemiş olacaktır. Bu konuya açıklık getirilebilmesi için ekonomik faktörlerin değerlendirildiği, yukarıda değinilen, Bilka-Kaufhaus v Weber von Hartz<sup>85</sup> davasına burada da yer verilmelidir. Anılan davada; Bayan Weber, Bilka-Kaufhaus firmasında kısmi süreli hizmet akdi ile çalışmaktaydı. İşyerinde kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların çoğu bayandı. İşyerinin emeklilik programı, işyeri yaşlılık maaşına hak kazanabilmek için kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların tam zamanlı çalışanlara göre daha uzun süre çalışmasını öngörmekteydi. Bayan Weber bunun dolaylı bir ayrımcılık

olduğunu ileri sürdü. Toplam işçilerin %28'i erkekti ve bunların sadece %2.8'i kısmi süreli hizmet akdi ile çalışmaktaydı. AET Antlaşmasının 177. maddesine göre uyuşmazlık ATAD önüne getirilerek, bu durumun 119. maddeyi ihlal edip etmediği soruldu. ATAD yukarıda belirtilen yine kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan bir bayanın taraf olduğu Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd<sup>86</sup> davasına atıfta bulunarak:-

... Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan erkeklerin oranı ile kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan kadınların oranı arasında önemli bir fark varsa ve farklı muamele yapmanın gerekçesi cinsiyet dışındaki bir faktörle açıklanamıyor ise, kısmi süreli hizmet akdi ile çalışan kadınların işyeri yaşlılık maaşı alabilmeleri için daha uzun süre çalışmaları AET Antlaşmasının 119. maddesini ihlal edebilir.

Bununla beraber, işveren farklı muamele yapmasının nedenini objektif faktörlere dayandırarak açıklayabilirse, farklı muamele yapmaya izin verilebilir. İşverenin farklı muamele yapabilmesi için:- (a) 'böyle bir ayırım yapmanın firma için gerçekten gerekli olduğunu', (b) 'ayrımcılık yapmaktaki amacın işletmenin gerçekleştirmek istediği amaca uygun olduğunu', ve (c) 'amaca ulaşmak için ayrımcılık yapmanın

<sup>85</sup> Dava No. 170/84, [1986] ECR 1607; [1986] 2 CMLR 701

<sup>86</sup> Dava No. 96/80, [1981] ECR 911; [1986] 2 CMLR 24.

gerekli - ölçülü - olduğunu' ispatlamak zorundadır hükmüne varmıştır.<sup>87</sup>

Bu davada işverenin, "kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların daha az verimli olduğu, gece ve Cumartesi vardiyalarında çalışmak istemedikleri ve onları tam zamanlı olarak çalışmaya yönlendirmek için böyle bir ayırmacılık yapmanın gerekli olduğu açıklaması," yukarıda belirtilen üç şartın yerine getirilmiş olması olarak değerlendirildi ve Bayan Weber'ın iddiası reddedildi. Açıkça görüleceği üzere, yukarıda değinilen Defrenne v Sabena (Defrenne 2) davasında ATAD 119. maddenin ekonomik ve sosyal olarak iki amacı olduğunu belirtmesine rağmen, Jenkins kararında daha çok 119. maddenin ekonomik amacını göz önüne almıştır.

Defrenne (2) davasında ATAD, 119. maddenin yalnızca mevzuat hükümlerini kapsamadığını, toplu sözleşmelerdeki ayırmacılığa neden olabilecek sözleşme şartlarını da kapsadığını belirtmiştir. Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg<sup>88</sup> davasında bireysel sözleşmelerin de 119. madde kapsamına girdiği belirtilmiştir. Bu

bağlamda, bir meslek grubunda aynı değerdeki işi yapanların birbirinden farklı toplu sözleşmeye taraf olmaları nedeniyle, ücretlerin farklı olamayacağına Enderby v Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health<sup>89</sup> davasında karar verilmiştir.

Cinsiyete doğrudan bağlı olmamakla beraber, performansa dayalı olarak veya ödüllendirme amaçlı fazladan yapılan sosyal amaçlı edimler (ödemeler), birtakım sübjektif kriterlere dayandırılıyor ise, kime ne zaman niçin bu gibi fazla ödemelerin yapılacağı açıkça belli değilse, cinsiyet ayırımına sebebiyet verebilir. Danfoss<sup>90</sup> davasında bu durum değerlendirilmiştir. Anılan davada, kadın ve erkek ayırımı yapılmadan aynı toplu sözleşmeye taraf olan her iş grubu için asgari olarak ödenecek miktar belirlenmişti. Bununla beraber, gösterilen performansa veya verimliliğe göre fazladan ödeme yapmak mümkündü. Ücretler arasında farklılaştırmaya neden olan bu sistem nedeniyle, aynı toplu sözleşmeye taraf olan ve erkeklere oranla %7'daha az ücret alan bir grup

<sup>87</sup> Avrupa Birliği hukukuna aşına olanlar bu kıstasların daha çok AET Antlaşmasınının 30 ila 34. maddeleri arasında düzenlenen, malların serbest dolaşımındaki miktar kısıtlamaları ve eş etkili tedbirler konusundaki hükümlere benzediğini ve meşhur Dava No. 120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649; [1979] 3 CMLR 630 davasındaki kıstaslarla paralel olduğunu görmüş olmalıdır. Bknz. Yavaş M., Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Türkiye, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 4, ss. 25-52.

<sup>88</sup> Dava No. 33/89, [1990] ECR 2591.

<sup>89</sup> Dava No. C-127/92, [1994] 1 CMLR 8. Aynı toplu sözleşmeye taraf olanlara dolaylı ayırmacılığa sebebiyet verebilecek farklı ödeme yapılması konusunda bknz. Dava No. 33/89 Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR 2591 ve Dava No. C-381/99, Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG, 26 Haziran 2001, henüz yayınlanmadı.

<sup>90</sup> Dava No. 109/88, Handels-OG Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss) [1989] 3199; [1991] 1 CMLR 8. Ayrıca bknz. Dava No. 400/93, Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri (Royal Copenhagen Davası) [1991] 1 CMLR 515.

kadın işgören adına sendika dava açtı. Her ne kadar, taban aylığı herkes için aynı olsa da, işveren bu taban aylığına ek olarak çalışılan vardiyanın esnek olması, yani herhangi bir vardiyada çalışana diğerinden fazla ödeme yapma, mesleki eğitim ve kıdem gibi hususları dikkate alarak fazladan ödeme yapmaktaydı. Her iş grubu dikkate alındığında, bu gruplardaki kadınlar erkeklerle oranla daha az ücret alabilmekteydi. İşveren tarafından yapılan fazladan ödemelerin kime, neden ve hangi kriterlere göre verileceği belirgin değildi. Bu durumu değerlendiren ATAD:-

... Sonuçta, ücretler arasında fark oluşmasına neden olan kriterler şeffaf olmaktan uzaktır ve (İşgörenler kriterin ne olduğunu ve ne zaman dikkate alındığından habersizdir.) bu durum potansiyel olarak Eşit Ücret Yönergesini ihlal edebilir. Bu durumda, işveren ücretlerdeki farklılaşmanın cinsiyet ayırımından kaynaklanmadığını ispatlamak zorundadır.<sup>91</sup>

ATAD ayrıca hizmetteki kıdem yılının kabul edilebilir bir kriter olabileceğini, fakat çalışma saatlerindeki ve çalışma

yerlerindeki esneklik kriteri ile mesleki eğitim kriterlerinin yapılan iş için zorunlu birer kriter olduklarını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. Çünkü, bu kriterler kadınların erkeklerle eşit ücreti alabilmesine engel olabilir.

Hatırlanabileceği üzere Sabena (No. 2) davasında Belçika kanunlarına göre, kadın işçiler için ve erkek işçiler için işveren tarafından farklı oranda sigorta primi ödenmesinin cinsiyet ayırımı yapmama prensibine aykırı olmadığına karar verilmiştir. Birds Eye Walls Ltd v Roberts<sup>92</sup> davasında ise farklı prim ödenmesi nedeniyle, kadın işçilerin erkek işçilere göre daha az emeklilik ikramiyesi almasının doğal bir sonuç olduğu ve 119. maddeye aykırı olmadığına karar verilmiştir.<sup>93</sup>

Kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların fazla mesai ücreti alabilmeleri için, tam zamanlı çalışanların fazla mesai ücreti alabilmeleri için gereken minimum süreden daha fazla çalışmaları gerekir. Aksi durumda, kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların çoğunlukla kadın işçiler olması gerçeği karşısında, fazla mesai

<sup>91</sup> İspat konusundaki genel prensip iddiacının iddiasını ispatlamasıdır. Bu prensibin istisnalarından bir tanesi cinsiyet ayırımı yapıldığı iddialarının dayanaktan yoksun olduğunu davalı durumda olan işverenin ispatlaması yükümlülüğünün AB Hukukunda yer almış olmasıdır. Cinsiyet ayırımı yapıldığı iddiasının davalı tarafından ispatı konusunda bkz. Jo Shaw'ın Shaw J., 1990, The Burden of Proof and the Legality of Supplementary Payments in Equal Pay Cases, European Law Review, sayı 15, ss. 260-264. Doktoramı yaptığım Leeds Üniversitesi, Hukuk Fakültesinde Avrupa Birliği Hukuku Profesörü olan Jo Shaw, bir süre doktora danışmanlarımdan biri olarak görev yapmış olup, doktora jürimde bulunmuştu. Kendisini saygıyla anıyorum.

<sup>92</sup> Dava No. C-132/92, [1993] 3 CMLR 822.

<sup>93</sup> Birds Eye davasında hastalığı nedeniyle malulen emekli edilen bir kişinin işyeri emeklilik planına göre alacağı tazminat, zorunlu emeklilik sigortasından emekli olabileceği yaşta alabileceği ikramiye dikkate alınarak hesaplama yapılmıştır. Bu hesaplama göre kadın işçiler erkek işçilere göre daha az ikramiye alabilme imkanına sahipti.

ücreti alabilme konusunda dolaylı ayırimcılık yapıldığı iddiası sonuçsuz kalacaktır.<sup>94</sup>

Bir ülkenin mevzuatının dolaylı ayırimcılığa sebep olabileceğinin en iyi örneklerinden bir tanesi Birleşik Krallıkların Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (1978 tarihli İş Güvencesi (Birleştirme) Kanunu)dur. R v Secretary of State ex parte Equal Opportunities Commission<sup>95</sup> davasında Lordlar Kamarası anılan Kanunun kısmi süreli hizmet akdi ile çalışanların işten çıkarılması durumunda kıdem ve ihbar tazminatı talep etmelerini ve haksız yere işten çıkarılması durumunda tazminat almalarının kanunen mümkün olmamasını objektif kriterlere göre düzenlenmemiş olmaması gerekçesiyle yasa dışı bulmuştur.

#### 1.1.5.2 İşletme Büyüklüğü

Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal<sup>96</sup> davasında Alman mevzuatına göre beş kişiden daha az işçinin çalıştığı küçük ölçekli ve haftada 10 saat veya ayda 45

saatten daha az süre ile çalışan işçilerin çalıştığı işyerlerini iş güvencesi kapsamına almaktan istisna etmesi, cinsiyet ayırımı yapmama prensibine aykırı olsa dahi, işyerinin yönetim, mali ve hukuki külfetini azalttığından cinsiyet ayırımı yapmama prensibine aykırı bulunmamıştır.

Defrenne (No. 2) davasının ilamının 15. paragrafında ATAD, eşit ücret prensibinin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için düşük olan ücretlerin yüksek olan ücretlere eşitlenmesi gerektiğini, çünkü 119. maddenin amaçlarından birinin çalışanların yaşam ve çalışma şartlarını yükseltmek olduğunu vurguladı. Bununla birlikte, her ne kadar cinsiyet ayırımı yapmama prensibinin kadın işçiler lehineymiş gibi görünse de, Smith v Advel Systems Ltd<sup>97</sup> davasında olduğu gibi, Üye Ülkeler eşitsizliği gidermek için emekliliğe hak kazanma yaşını kadın işçiler için de 65 yaşına yükseltebilir.<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Bknz. Dava Numaraları . 399, 409, ve 525/92, 34, 80 ve 78/93 Stadt Lengerich v Helming [1994] ECR I-5727.

<sup>95</sup> Dava No. 9/91, [1992] 3 CMLR 233; [1992] ECR I-4297.

<sup>96</sup> Dava No. 189/91, [1993] ECR I-6185. Küçük ölçekli işletmelerin eşit ücret ve eşit muamele prensiplerinden müstesna edilmesi konusundaki bir değerlendirme için bknz. Hervey T., 1994, Small Business Exclusion in German Dismissal Law, Industrial Law Journal, s. 267.

<sup>97</sup> Dava No. 408/92, [1994] ECR I-4435; [1994] 3 CMLR 543.

<sup>98</sup> Anılan davada ATAD cinsiyet ayırimcılığının var olduğunun tespit edilmesi halinde, yerel mevzuatta aksine hüküm bulunmazsa, dezavantajlı durumda olan grubun avantajlı durumda olan grupla aynı şartlara sahip olması gerektiğini belirtti. Benzer bir değerlendirme Birds Eye davasında da yapılmıştır.

## 2. Yönergeler

Belirli bir başlık altında toplanmamış olsa dahi, eşit ücret ve eşit muamele prensiplerinin uygulamasına yönelik olan yönergelere ATAD'ın değerlendirmeleri kapsamında yer verilmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, anılan yönergelerin ayrı ayrı başlıklar altında incelenmesi muhtemel olan eksiklikleri tamamlayabilmek amacıyla aşağıda incelenecektir. Bunu yaparken yukarıda metin içinde verilen davaların detayına yeniden girilmeyecek olup, sadece ilgili hükümlere atıfta bulunulacaktır.

Yukarıda yapılan incelemelerde, ister zorunlu olsun, isterse isteğe bağlı olsun sosyal güvenlik meselelerinin doğrudan 119. madde kapsamında değerlendirilmediği görülecektir. Eşitlik prensibi çerçevesinde, zorunlu ve isteğe bağlı olarak sosyal güvenlik alanında eşitlik öngören 79/7 sayılı ve 86/378 sayılı yönergeler incelenecektir.

AET Antlaşması bir nevi anayasa hükmündedir. Anayasa hükümlerinin kapsamının yasayla daraltılamayacağı bilinen bir hukuk kuralıdır. Bu itibarla, AET Antlaşmasının 119. maddesinin kapsamının aşağıda incelenecek yönergelerle daraltılamayacağına hatırlatılmasında yarar görülmektedir.

### 2.1 Eşit Ücret Yönergesi 75/117

AET Antlaşmasının, Üye Devletlerin hukuk sistemlerinin uyumlaştırılmasının

genel dayanağı olan, 100. maddesine dayanılarak çıkarılan 75/117 sayılı "Eşit Ücret Yönergesi, eşit işe eşit ücret prensibinin Üye Devletlerde yasal olarak uyumlaştırılmasını amaçlamaktadır. Yönergenin dibacesinde eşit ücretin ".. ortak pazarın işlemesinde ... gerekli ..." ifadesi, yukarıda belirtildiği üzere Defrenne (No 2) davasındaki ATAD'ın belirttiği gibi, eşit ücret prensibinin yalnızca ekonomik değil sosyal amacının da olduğunun göstergesidir. 75/117 sayılı Yönergesinin 1. maddesi şu şekildedir:-

#### Madde 1

Antlaşmada çerçevesi 119. madde ile çizilen erkek ve kadına eşit ücret prensibi, bundan sonra "eşit ücret prensibi" olarak adlandırılacak, aynı iş için çalışma veya aynı değerdeki iş için çalışma durumunda cinsiyete dayalı bütün ayırmacılığın, bütün yönleriyle ve şartlarıyla ortadan kaldırılması anlamına gelir.

Özellikle, ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sistemi kullanılması halinde, kullanılan sistemdeki kriterler erkek ve kadın için aynı olmalıdır ve cinsiyete dayalı ayırım yapmayı içermeyecek şekilde düzenlenmelidir.

Daha önce AET Antlaşmasının 119. maddesinin doğrudan bağlayıcı olduğu belirtilmişti. Bununla birlikte, şayet hukuka aykırılık 119. maddenin yanında

diğer yasal dayanakların varlığına da bağlıysa, Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd davasında belirtildiği üzere, yapılan “tamamen hukuki analiz-purely legal analysis” sonucunda 119. madde tek başına doğrudan bağlayıcı olacaktır. Diğer yasal dayanaktan kasıt, 75/117 sayılı Yönergenin 1(2). maddesinde bahsi geçen mesleki sınıflandırma gibi, yerel mevzuatta yer alan hükümler 119. madde çerçevesinde değerlendirildiğinde cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın varlığına kanaat getirilirse, ayrımcılık giderilebilir.

75/117 sayılı Yönergenin 1(2). maddesi ücreti belirlemede iş değerlendirmesi sisteminin kullanıldığı hallerde, erkek ve kadınlar için aynı kriterlerin kullanılması gerektiğini ve cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın yasak olduğunu belirtmektedir. 75/117 sayılı Yönergenin 3. maddesi ise Üye Devletlerin kanun, tüzük ve idari hükümlerden kaynaklanan ve ücret eşitliği prensibine aykırılık oluşturan ayrımcı düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasını öngörmektedir. Ayrımcılığın varlığında izlenecek yol ise Yönergenin 2. maddesinde belirtilmiştir:-

#### Madde 2

Üye Devletler kendi iç mevzuatlarına, eşit ücret prensibinin kendilerine uygulanmaması sebebiyle haksızlığa uğradıklarını ileri süren işçilerin, diğer yetkili makamlara

müracaat ettikten sonra, haklarını dava yoluyla aramalarını mümkün kılan tedbirleri yeteri miktarda sağlamalıdır.

Anlaşılabacağı üzere, anılan madde, yukarıda değinildiği üzere, mesleki sınıflandırma sisteminin kullanılmasını zorunlu kılmamaktadır. Bununla birlikte, bir işin diğer bir işle aynı değerde olduğunu objektif olarak belirleyebilmek için pratikte de bir sınıflandırma sisteminin yapılması gereklidir. Nitekim, “Eşit Ücret Yönergesinin” 6. maddesinde bu duruma atıfta bulunmaktadır. Anılan madde:-

#### Madde 6

Üye Devletler, kendi ulusal durumlarına ve yasal sistemlerine göre, eşit ücret prensibinin uygulanması için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Üye Devletler bu prensibin uygulanabilmesi için etkili yöntemlerin varlığını sağlamalıdırlar.

Şayet bu ortam sağlanamazsa, Yönergenin 2. maddesini dayanak olarak gösteren bir işçi yasal hakkını yargı yoluyla arayabilir.

Commission v UK (Re Equal Pay for Equal Work)<sup>100</sup>davasında Birleşik Krallıkların iş değerlendirme programına göre “eşit olarak nitelendirilen iş” için kadın ve erkeklere eşit ücret ödenmesi işverenin onayına dayanarak uygulanmaktaydı. Bu nedenle, ATAD Birleşik Krallıkların, Topluluk

<sup>100</sup> Dava No. 61/81, [1982] ECR 2601; [1982] 3 CMLR 284.

Hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirtti.

Eşit Ücret Yönergesinin 1. maddesindeki karşılaştırma yapmanın kapsamı Commission v Denmark (Re Equal Pay Concppts)<sup>101</sup> davasında aşağıdaki şekilde değerlendirilmiştir:-

Yönergenin 1. maddesinin ikinci cümlesinden anlaşıldığı kadarıyla, bir firmanın belirli bir işyerindeki işlerin karşılaştırılması veya tek bir firmadaki işlerin mukayese edilmesi her zaman için yeterli değildir. Belirli durumlarda eş değerdeki işi diğer firmalardaki işlerle karşılaştırmak gereklidir. Hatta geleneksel olarak kadın işçilerin çalışmış olduğu sektörü diğer sektörlerle karşılaştırmak da gerekli olabilir. Belirli durumlarda "aynı işyeri" kriteri eşdeğerdeki iş için 119. maddeyle getirilen eşit ücret prensibini kısıtlayabilir. Gerçek olan şudur ki, eşit ücret için ilave şart konulması ne 119. maddede ne de Yönergede öngörülmüştür. Herhangi ilave bir şartın konulması Antlaşmanın ihlali anlamını taşır.

Bunlara ilave olarak, 75/117 sayılı Yönergenin 4. maddesi Üye Devletleri, toplu iş sözleşmelerinde, ücret skalalarında, ücret sözleşmelerinde veya bireysel istihdam sözleşmelerinde eşit

ücret prensibine aykırı olan hükümlerin geçersiz ve yok sayılmasını veya değiştirilmesini sağlayacak tedbirleri almasını öngörmektedir. Üye Devletlerin, bu yönerge gereği uygulanması kabul edilen hükümlerin ve yürürlükte zaten var olan ilgili hükümlerin varlığından işçileri uygun olan bütün imkanları kullanarak haberdar etmesi, Yönergenin 7. maddesinde zikredilmiştir. Eşit Ücret Prensibinin uygulanmasını talep eden veya bu konuda dava açan kişilerin bu gerekçeyle işten çıkarılmalarını engelleyecek tedbirleri alma görevi Yönergenin 5. maddesiyle Üye Devletlere verilmiştir.

İş değerlendirme kriterlerinin nasıl olması gerektiği konusunda ATAD'nun Rummler v Dato-Druck GmbH<sup>102</sup> davasında belirttiği aşağıdaki şartlar yol gösterici olabilir. Bu şartlar:-

(a) sistem bir bütün olarak cinsiyet ayırımını engellemelidir, ve

(b) kullanılan kriter objektif olmalıdır, yani:

i. yapılan işle mütenasip olmalıdır, ve

ii. firmanın gerçek ihtiyacını karşılamalıdır.

Ücretler arasında herhangi bir farkın oluşmasına neden olan kriterler, objektif olarak düzenlenmemiş sayılabilir.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Dava No. 173/83, [1985] ECR 437; [1986] 1 CMLR 44. ATAD'ın aşağıda metni verilen değerlendirmesinden, 1475 sayılı İş Kanunumuzun 26. maddesiyle eşit ücreti aynı işyerindeki aynı değerdeki işi yapana verilen ücretle ilişkilendirmesinin ATAD'ın iş bu kararı uyarınca yorumlanması gerektiğinin belirtilmesinde yarar vardır.

<sup>102</sup> Dava No. 237/85, [1987] 3 CMLR. 127.

<sup>103</sup> Bknz. Dava No. 109/88, Handels-OG Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss [1989] 3199; [1991] 1 CMLR 8.

## 2.2 Eşit Davranma Yönergesi 76/207

Yukarıdaki incelemelerden anlaşılması olacağı üzere, AET Antlaşmasının 119. maddesi yalnızca "ücret" konusunda kadın ve erkek işçönlere eşit davranılmasını öngörmektedir. 119. maddenin cinsiyetler arasında yalnızca "ücret" konusunda eşitlik öngörmesini, bununla beraber farklı cinsiyetteki kişilere eşit muamele yapılması konusunda bir öngörümde bulunmamasını, 119. maddenin AET Antlaşmasına konuluş amacıyla açıklamak mümkündür. Tekrarlamakta yarar olabilir. 119. madde ile getirilen eşit ücret prensibinin önemli olan ekonomik amacı, Üye Ülkelerin ekonomik açıdan rekabet edebilme güçlerinin, işçilik maliyetleri nedeniyle, azalmasını önlemektir. Bununla birlikte, 119. maddenin başlangıçta tali bir amaç olarak görölen sosyal amacı, yukarıda özellikle değinilen Defrenne (No 2), Sabbattini ve Airola davalarında ATAD tarafından vurgulandığı üzere, gittikçe ön plana çıkmaya devam etmektedir.

Bu kapsamda, 1976 tarihli Erkek ve Kadına İşe Girmede, Mesleki Eğitimde ve Terfide ve Çalışma Koşullarında Eşit Davranma Yönergesi AET Antlaşmasının 235. maddesine dayandırılarak çıkarılmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yönerge AET Antlaşmasının 117. maddesindeki "Üye Devletler işçilerin, eşit şekilde gelişmelerine imkan vererek hayat ve çalışma şartlarının

iyileştirilmesini teşvik etmenin gerekliliği konusunda görüş birliği içindedirler." hükmü kapsamında göz önüne alınmalıdır.

76/207 sayılı Yönergenin 1(1). maddesinde Yönergenin amacının işe girme, terfi, mesleki eğitim, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe eşit muamele yapılmasını temin etmek olarak belirtmektedir. Yönergenin 1. maddesinde belirtilen sosyal güvenlik, yasal sosyal güvenliği ve işyeri sosyal güvenlik planlarını kapsamakta olup, hastalık, sakatlık, yaşlılık, iş kazası, meslek hastalıkları ve işsizlik gibi konular 1984 yılından itibaren hüküm ifade etmeye başlayan 79/7 sayılı Yönerge ile düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Aşağıda incelenecek olan, 79/7 sayılı Yönerge, yasal sosyal güvenlik konularını içermekte olup, mesleki veya kurumsal emeklilik sistemleri ise, yine aşağıda incelenecek olan, 1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren 86/378 sayılı Yönerge ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Eşit muamele prensibinin kapsamı, incelenmekte olan 76/207 sayılı Yönergenin 2(1). maddesinde "ister doğrudan olsun, isterse dolaylı olsun özellikle cinsiyete, medeni ya da aile durumuna dayalı olarak hiçbir durumda ayrımcılık yapılmamalıdır" şeklinde ifade edilmektedir.

Yönergenin 1(1). maddesinde belirtilen çalışma koşulları kavramı,

Yönergenin 5. maddesi göz önüne alındığında, emeklilik, işten çıkarılma ve ölüm gibi koşulları kapsadığı söylenebilir.

#### Madde 5

1. Eşit davranma prensibini çalışma koşullarına, işten çıkarmaları da kapsayacak şekilde uygulamak, cinsiyetler arasında hiçbir ayırım yapmaksızın kadın ve erkeğe aynı koşulların sağlanmasını garanti etmek manasına gelir.

2. Bunu gerçekleştirebilmek için, Üye Devletler aşağıdaki tedbirleri almalıdır:

a. eşit davranma prensibine aykırı olan bütün kanunlar, tüzükler ve idari hükümler yürürlükten kaldırılmalıdır;

b. toplu sözleşmelere, bireysel hizmet sözleşmelerine, firmaların dahili kurallarına veya bağımsız çalışmayı düzenleyen hükümlere dahil edilen eşit davranma ilkesine aykırı hükümler hükümsüz ve yok sayılmalıdır veya düzeltilmelidir.

Yönergenin 5. maddesinin işten çıkarmaları kapsamı özellikle emekli aylığına hak kazanma olaylarında göz önüne alınmalıdır. Marshall v Southamton and S.W. Hampshire Area Health Authority<sup>104</sup> davasında bu durum değerlendirilmiştir. Anılan dava:-

Bayan Marshall kadınlar için emekli maaşı almaya hak kazanma yaşının 60, erkekler için 65 olan Area Health Authority adlı kamu kurumunda diyetisyen olarak çalışmaktaydı. Bayan Marshall 62 yaşındayken emekliliğe hak kazanma yaşını geçtiği gerekçesiyle işten çıkarıldı. Çalışmaya devam etmek isteyen Bayan Marshall, Area Health Authority'nin bu erkekler ile kadınlar arasında farklı emekliliğe hak kazanma uygulamasının 76/207 sayılı Yönergeye aykırı olduğunu ileri sürdü.

Birleşik Krallıklar 76/207 sayılı Direktifi 1976 yılında kendi iç hukukuna uyarlamış olmakla beraber, Sex Discrimination Act 1975 (1975 tarihli Cinsiyet Ayırımı Kanunu), Yönergenin emeklilik konusunda cinsiyet ayırımı yapmaya cevaz verdiği düşüncesiyle değiştirmemişti. Sex Discrimination Act 1975'in 6(4). maddesi bir işvereni emeklilik konusunda cinsiyete dayalı olarak ayrımcılık yapmama yasağının dışında bırakmaktaydı.

İngiliz Temyiz Mahkemesi (the Court of Appeal) ATAD'na söz konusu işten çıkarmanın hukuk dışı bir ayrımcılık olup olmadığını sordu. Mahkemenin yanıtı olumluydu. Verilen cevapta ATAD:-

1. Farklı zorunlu emeklilik yaş uygulaması Eşit Davranma Yönetmeliğinin 5(1). maddesine göre cinsiyete dayalı ayrımcılıktır.

<sup>104</sup> Dava No. 152/84, [1986] ECR 723; [1986] 1 CMLR 688.

Hükmüne varmıştır.<sup>105</sup> Bununla birlikte, 79/7 sayılı Yönergenin sosyal güvenlik alanında eşit davranma konusundaki 7(1)(a) maddesi ise, Üye Devletleri (yasal zorunlu sigorta nedeniyle) yaşlılık ve emeklilik maaşı almaya hak kazanma yaşını belirlemede ve bunların sonucunda ortaya çıkacak muhtemel mali haklar açısından sosyal güvenlik konusunda eşit muamele yapmaktan müstesna eder. Benzer bir hüküme işyeri emeklilik planlarını düzenleyen 86/378 sayılı Yönergenin 9. maddesinde de yer verilmiştir.

İlk bakışta bu istisna hükümlerine dayanılarak kadınların ve erkeklerin farklı yaşlarda emekliliğe hak kazanabilecekleri söylenebilirse de, ATAD'nın Marshall davasındaki kararı yine ATAD tarafından daha sonraki davalarda zımnen geçersiz hale getirildi. Eşit Muamele Prensibinin yukarıdaki paragrafta belirtilen istisna hükümleri Burton v British Railways Board<sup>106</sup> davasında değerlendirildi:-

British Railways Board'un (BRB) işyeri emeklilik planına göre kadınlar gönüllü olarak erken emekli olabilmek için başvuruda bulunma ve bundan doğan emekli ikramiyesi ve emekli maaşı almaya 55 yaşında hak kazanırken, erkekler 60 yaşında hak kazanmaktaydı. 58 yaşında olan Bay Burton söz konusu emeklilik planının ayrımcılık yaptığını ileri sürdü. Bununla birlikte, Sex Discrimination Act 1975'in 6(4). maddesi yasal olarak hakkını aramasına engel teşkil etmekteydi. Bunun üzerine Bay Burton 76/207 sayılı Eşit Muamele Yönergesini dayanak gösterdi.

AET Antlaşmasının 177. maddesine göre ATAD'na 119. madde, 75/117 sayılı Yönerge ve 76/207 sayılı Yönergeyle ilgili olarak yorum yapmasının istenilmesi üzerine, ATAD:-

1. BRB'nin erken emeklilik planından yararlanmayı ilgilendiren iddia yalnızca 76/207 sayılı Yönergenin kapsamında olabileceğine.

<sup>105</sup> Bu davanın diğer önemli hükümlerinden biri de, anılan Yönergenin doğrudan bağlayıcı olduğuna karar verilmiş olması, fakat bu doğrudan bağlayıcılığın yatay doğrudan bağlayıcılık olmayıp, dikey doğrudan bağlayıcılık olmasıdır. Bir başka deyişle, Yönergenin icaplarını süresi içinde yerine getirmeyen Birleşik Krallıklar devletine karşı, devlet incelenmekte olan davada olduğu gibi ister işveren olsun isterse kamusal güçle donatılmış kişilik sıfatına sahip olsun, Yönerge bireylere devlete karşı kullanabilecekleri haklar verir. Gerçek veya tüzel olsun kişilere karşı kullanılabilecek bir hak vermez. Devlet ve devlet organı kavramlarının AB hukuku kapsamındaki anlamı için ayrıca bkz. Dava No. C-188/89, Foster v British Gas Plc [1990] ECR I-3313; [1990] 2 CMLR 833, Dava No. 224/84, Johnston v Chief Constable of the RUC [1986] ECR 1651; [1986] 3 CMLR 240. Anılan davalarda, devlet, işveren olarak rol aldığı durumda farklı hukuksal statüler kullanarak cinsiyet ayrımı yasağı çerçevesindeki yükümlülüklerini görmezlikten gelemez sonucuna varılmıştır.

ATAD'ın kararlarının ne kadar etkili olduğunun vurgulanabilmesi için, Birleşik Krallıklardaki Sex Discrimination Act 1975 kanununun 1986 yılında değiştirilmesine ve Sex Discrimination Act 1986 adlı kanunun çıkarılmasına yol açtığını belirtmek gerekir. Bu yeni kanunla emeklilik maaşına ve hakkına hak kazanma yaşları eşitlenmiş bulunmaktadır. 1986 tarihli yeni kanunun Dava No. 61/81, Commission v UK (Re Equal Pay for Equal Work) [1982] ECR 2601; [1982] 3 CMLR 284 davasında belirtilen aksaklıkları da giderdiğinin belirtilmesi gerekir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Pitt G, 1997, Employment Law, ss. 23-26, Sweet & Maxwell.

<sup>106</sup> Dava No. 19/81, [1982] ECR 555; [1982] 2 CMLR 136.

2. 5. maddede geçen “işten çıkarma” kelimesinin herhangi bir nedenle iş akdinin feshedilmesini ve gönüllü emeklilik programlarını kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olduğuna.

3. Bununla birlikte, emeklilik planında belirtilen yaşlarda emekli ikramiyesi ve maaşı almaya hak kazanmada cinsiyetler açısından farklı yaşların öngörülmesi ve belirtilen yaşların kanuni emeklilik yaşlarına bağlı olması ve ona göre hesaplanmış olması nedeniyle ve 79/7 sayılı Yönergenin 7. maddesinin Üye Devletlere açıkça minimum emeklilik yaşını belirlemede sosyal güvenlik açısından eşit muamelede bulunma zorunluluğu getirmediğinden 76/207 sayılı Yönergeye aykırı değildir.

Hükmüne varmıştır. Marshall ve Burton davalarının birlikte değerlendirilmesi halinde, işyeri emeklilik planlarından emekli olabilmeye yaşı şayet yasal olan emekli olma yaşından başka bir kritere dayandırılırsa, eşit muamele prensibinin işyeri emeklilik planlarına uygulanması gerektiği sonucuna varabiliriz.<sup>107</sup>

Buraya kadar yapılan incelemede cinsiyetleri hep kadın ve erkek olarak dikkate alıp, değerlendirme yaptık. Peki

cinsiyet değiştiren ve varlıkları fiili bir durum olan homoseksüel ve transseksüellerin durumu ne olacaktır? Genel olarak bakıldığında, erkek homoseksüel veya transseksüel işçiler ile kadın homoseksüel veya transseksüellere farklı muamele yapılmasının ayrımcılık olarak nitelendirilebileceği söylenebilir. 1996 yılında ATAD'da görülen P v S and Cornwall C.C.<sup>108</sup> davası bu konuda şimdilik de olsa yol göstericidir.

Olayda, erkek davacının cinsiyet değiştirip kadın olarak yaşamaya devam etmesi üzerine işine son verildi. Bu durumun cinsiyet ayrımcılığı olduğunu ileri sürerek dava açtı. Konu hakkında ATAD'dan Eşit Muamele Yönergesinin 5. maddesinin, bu olayı dikkate alarak değerlendirilmesinin istenilmesi üzerine ATAD:-

Dava konusu olay iki nedenle ayrımcılıktır. Birincisi, Mahkeme; Eşit Muamele Yönergesini Topluluğun temel taşlarından biri olarak nitelendirmiş ve eşitliği vurgulamıştır. ... Bu prensip, herkesin cinsiyet ayırımı gözetilmeksizin tüm haklardan ve özgürlüklerden yararlanabileceği ilkesine dayanmaktadır. ... İkinci olarak, davacının bir önceki cinsiyetine nazaran daha kötü muameleyle tabi tutulmuş

<sup>107</sup> Bknz. Steiner J. ve Woods L., 1988, Textbook on EC Law, s. 350, Blackstone Press. Ayrıca bknz. Dava No. 151/84, Roberts v Tate & Lyle Industries Ltd [1986] ECR 703, [1986] 1 CMLR 714 ve Dava No. 262/84, Beets-Proper v F. van Landschot Bankiers NV [1986] 773, [1984] 2 CMLR 616 davalarını dikkate alarak 79/7 sayılı Yönergenin 7. maddesiyle Üye Devletlere tanınan eşit muamele uygulamama istisnasının kapsamının daraltıldığını belirtmektedirler.

<sup>108</sup> Dava No. 13/94, [1996] All ER (EC) 397; [1996] ICR 795; [1996] IRLR 347.

olması ayrımcılığın cinsiyete dayalı olduğunu gösterir.

Hükümünü vermiştir. Hiç kuşkusuz Ülkemiz bir gün AB'nin üyesi olursa, ulusal mahkemelerimiz de AB Hukukunun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde bu kararı da diğer kararlarda olması gerektiği gibi göz önüne almalıdır.

### 2.2.1 Eşit Davranma Yönergesindeki İstisnaları

76/207 sayılı Yönergenin 2(2). maddesi yapılan işte cinsiyetin öne çıktığı bazı meslek gruplarını eşit uygulama yapma prensibinden istisna eder. Başka bir deyişle, bazı meslekler eşit uygulama ilkesinin dışında tutulmuş, cinsiyetin, yapılan işin doğası ve yapılış koşulları sonucu belirleyici olduğu bazı meslekleri eşit uygulama ilkesinin dışında tutabilme seçeneğini tanımıştır. Hemen belirtilmelidir ki; bazı meslek gruplarının belirli bir cinsle özgü sayılması zorunlu olmayıp, dileyen karşı cins de söz konusu olabilecek mesleği icra edebilmelidir. Yönergenin 2(3). maddesiyle gebelik sırasında ve doğum sonrasında kadınların korunmasına yönelik ayrımcılık pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilebilir. Nitekim, Yönergenin 2(4). maddesi kadınların aleyhine olan mevcut eşitsizlikleri gidermede pozitif ayrımcılık yapılabileceği açıkça vurgulanmaktadır.

Yönergenin kadınlara doğrudan

ayrımcılık yapılabileceğini vurguladıktan sonra, şimdi de uygulamanın nasıl yapıldığı ve bu hükümlerin nasıl yorumlandığına bakalım. Commission v UK (Re Equal Treatment for Men and Women)<sup>109</sup> davasında Birleşik Krallıklarda, bir erkek işgörenin ebe olabilmek için gerekli eğitimi alma talebinin Sex Discrimination Act 1975'in 41. maddesine dayanarak reddedilmesini ATAD 76/207 sayılı Yönergenin 2(2). maddesi kapsamında değerlendirmiş olup, yasadışı bulmamıştır. ATAD'nın kararı "hastanın duyarlılığının özellikle önemli olması" gerekçesine dayanmıştır. Bununla beraber, Birleşik Krallıklarda jinekoloji uzmanı olmak için öngörülen eğitimin alınmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber, gebelik sırasında zorunlu olmamasına rağmen hastahaneler hastaya doktorunun cinsiyeti konusunda bir tercihi olup olmadığını sormakta, şayet mümkünse hastanın tercih ettiği cinsiyetteki doktorlar hasta ile ilgilenmektedir.

76/207 sayılı Yönergenin 2(2). maddesinde belirtilen bazı mesleklerin yalnızca bir cinsiyet tarafından icra edilebileceği yönündeki cinsiyet ayrımcılığına getirilen istisna ve hangi mesleklerin bu kapsamda olacağını belirlenmesinde Üye Devletler yetkilidir. Nitekim; Commission v Germany (Re Sex Discrimination Laws)<sup>110</sup> davasında

<sup>109</sup> Dava No. 165/82, [1983] ECR 3431; [1984] 1 CMLR 44.

<sup>110</sup> Dava No. 248/83, [1986] 2 CMLR 588.

## ATAD:-

... hangi mesleklerin ve faaliyetlerin eşit davranma prensibinden istisna edilmesi gerektiğine dair listeyi hazırlayıp, Komisyona sunma görevi Üye Devletlere aittir.

Hükmünü vermiş bulunmaktadır. Bu bağlamda kadın polislerin durumu Johnston v Chief Constable of the RUC<sup>111</sup> davasında değerlendirilmiştir. Anılan davada:-

Kuzey İrlanda'daki istisna durumları dikkate alınarak, Emniyet Müdürlüğü (the Chief Constable) (i) emniyet müdürlüğü (RUC-Royal Ulster Constable) )emrinde çalışan erkek polis memurlarının normal görevleri sırasında silah taşıyabileceklerine, (ii) kadın polislerin silah taşıyamayacağına ve silah kullanmak için gerekli eğitimi alamayacağına, (iii) kadın polis memurlarından artık silah kullanılmasını gerektiren genel polis vazifelerini yerine getirmesinin istenemeyebileceğine ve (iv) ... karar verdi.

Yıllardan beri silah taşımadan genel polis vazifelerini yerine getirmekte olan Bayan Johnston'ın sözleşmesi 1980 yılında bittiğinde Emniyet Müdürü, kadın polisler için verilen kararları dayanak göstererek, sözleşmesini yenilemedi.

Bayan Johnston sözleşmesinin yenilenmemesine ve kendisinin silah kullanma eğitimine tabi tutulamamasını cinsiyet ayırımına dayandığını ve

yasadışı olduğunu ileri sürdü.

Devlet Bakanlığı tarafından Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976 (1976 tarihli Cinsiyet Ayırımı (Kuzey İrlanda) Kanunu) adlı kanunun 53. maddesine dayanılarak hazırlanan bir belgede sözleşmenin yenilenmemesinin gerekçesi olarak ulusal güvenliği sağlamak veya kamu güvenliğini veya düzenini korumak olarak belirtilmekteydi. Bu belge kesin delil niteliğindedir. Bunun üzerine Bayan Johnston 76/207 sayılı Yönergeye iddiasını dayandırdı. Konunun ATAD'na sorulması üzerine ATAD aşağıdaki hükümleri vermiştir:-

1. 76/207 sayılı Yönergenin 6. maddesiyle Üye Devlete yüklenen görevin cinsiyet ayırımı yapıldığı iddialarının, ulusal yargı yollarıyla çözümlenmesine olanak verecek imkanların oluşturulması olduğu. 1976 tarihli Cinsiyet Ayırımı (Kuzey İrlanda) Kanununun 53. maddesinin Yönergenin 6. maddesinde öngörülen görevin yerine getirilmesine aykırı olduğu. Çünkü, anılan madde Yönergenin öngördüğü yargı yoluyla hak arama imkanını (yargısal kontrolü) kısıtlamaktadır. Üye Devletler Yönerge ile sağlanan hakların ilgilileri tarafından yerel mahkemelerde kullanılabilirdiğini teminat altına almalıdır.

2. AET Antlaşmasının 36, 48, 56, 66, 223 ve 224. maddelerinde sözü edilen ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya kamu düzeni istisnaları yalnızca

<sup>111</sup> Dava No. 224/84, [1986] ECR 1651; [1986] 3 CMLR 240.

'istisnai ve açıkça tarif edilen' davalar için geçerlidir. Eşit muamele prensibinin istisnaları Yönergedeki hükümler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

3. Yönergenin 2(2). maddesinde "mesleki faaliyetler" ve "mesleki eğitimde" izin verilen istisna açısından önemli olan soru, Kuzey İrlanda'da polislik mesleğinin icra edildiği ortam dikkate alındığında, polis memurlarının cinsiyetinin "belirleyici bir faktör kazanıp kazanmadığıdır".

ATAD, Emniyet Müdürlüğü'nün uygulamada değişiklik yapan kararlarını gözden geçirdi ve bu değişiklikleri yapmaktaki nedenlerin 76/207 sayılı Yönergenin 2(2). maddesiyle güdülen amaca uygun olup olmadığını değerlendirdi ve istisna hükümlerinin titizlikle uygulanması gerektiğini vurguladı. Bununla birlikte:-

"ciddi kargaşaların olduğu bir yerde kadın polislerin ateşli silah taşımalarının, onlara karşı düzenlenen suikast girişimlerinde bir artışa sebebiyet verebileceği ve bu nedenle kamu güvenliği prensibine aykırı olabileceği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini kabul etti.

Bu durumlarda, belirli bazı polis vazifelerini yerine getirmekte cinsiyet

belirleyici bir faktör olabilir. Şayet durum böyle ise, Üye Devletler erkeklerin yaptığı bir işi kadınların yapmasına izin vermeyebilir ve bu işlerle ilgili eğitimleri kadınların almasını engelleyebilir."

değerlendirmesini yaptı. 76/207 sayılı Yönergenin 2(3). maddesi yalnızca kadının biyolojik yapısına ve kadının doğumu izleyen dönemde kadınlara çocuk arasındaki ilişkiye ilişkin düzenlemeleri içerdiği için, anılan maddeye dayanılarak yapılan başvuruyu konuyla ilgisiz olduğu gerekçesiyle reddetti. Bu reddediş, anılan maddede belirtilen kadının özel durumuna ilişkin eylemler müstesna olmak üzere, sırf daha fazla riske maruz kalabileceği gerekçesiyle tesis edilen bir işlemin yasadışı olduğu sonucunu doğurur.

ATAD, 76/207 sayılı Yönergenin 6. maddesinin yargı yoluna başvurma konusunda doğrudan bağlayıcı olduğuna karar verdi ve dava bu meslekteki risklerin yalnızca kadın polisler için özgü olmadığı gerekçesiyle yanlış buldu ve dava Bayan Johnston lehine sonuçlandı.<sup>112</sup>

Kadınların korumasını sağlamak için gece vardiyalarında çalışmalarını yasaklayan Alman yasalarındaki hüküm Stoeckel<sup>113</sup> davasında ATAD tarafından

<sup>112</sup> Bazı mesleklerde eşit muamele prensibinin göz önüne alınmayabileceğinin bir örneği de Dava No. 318/86, Commission v France (Re Sex Discrimination in Civil Service) [1989] 3 CMLR 663 davasıdır. Bu davada ATAD, erkekler hapisanesinde kadınların gardiyan, baş gardiyan, hapisane müdürü yapılmamasını Yönergenin 2(2) kapsamında olabileceğini, kadınlara ayrımcılık yapılabileceğini belirlemiştir.

<sup>113</sup> Dava No. 345/89, Ministère Public v Stoeckel [1993] 3 CMLR 673.

76207 sayılı Yönergenin 2(2). maddesine aykırı bulunmuştur.<sup>114</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere, 76/207 sayılı Yönergenin 2(3). maddesi ise kadın çalışanların gebelik ve doğum öncesi ve sonrası dönemlerine ilişkin olarak korunması için alınacak önlemlerin eşit uygulama ilkesini bozmayacağı açıkça belirtilmiştir. ATAD bu hükmü Hofmann v Barmer Ersatzkasse<sup>115</sup> davasında değerlendirmiştir. Anılan davada:-

Çocuğunun doğumundan sonra işine yeniden başlayan annenin yokluğunda çocuğuna bakmak isteyen baba altı ay izin istemiş, fakat Alman kanunlarına göre anneye verilen altı aylık izin babaya verilmemiştir. İzin verilmemesi işleminin dava konusu edilmesi üzerine ATAD kadınlara ayrımcılığın gerekçesini bir yandan (1) kadının biyolojik yapısına, (2) bir yandan da doğumu izleyen dönemde kadınlara

çocuk arasındaki ilişkiye bağlamıştır.

Doğum yapan kadına sağlanan bu imtiyaz, doğumun sebebiyet verdiği sağlık sorunlarını gidermek için kadına sağlanmamaktadır. Örneğin, doğuma bağlı sağlık sorunları nedeniyle, doğum izninin sonunda<sup>116</sup> işe başlayamayan bir kadının sağlık sorunları herhangi bir erkeğin de karşılaşılabileceği sağlık sorunlarına benzetilmiş ve doğum izni sonunda işe başlamadığı gerekçesiyle işe son verilen kadının talebi Yönergenin 2(3). Maddesi kapsamında değerlendirilmemiştir.<sup>117</sup>

Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd<sup>118</sup> davasında 16 kişinin çalıştığı küçük bir hava taşımacılığı firmasında doğum iznine ayrılan Bayan S'nin yerine geçici olarak çalışan Bayan Webb'in de, iki hafta sonra hamile olduğunun anlaşılması üzerine iş akdine son verildi. Bu işlem, doğrudan cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle,

<sup>114</sup> Bu demek değildir ki, bir üye devlet Roma Antlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten önceki (1957'den önce) uluslararası bir antlaşmaya taraf olmasından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyecektir. Örneğin Fransa'da kadınların geceleri sanayi sektöründe çalışmasını kısıtlayan ve bu kısıtlamanın dayanağının Fransa'nın taraf olduğu 89 numaralı ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) sözleşmesinden kaynaklanır olması karşısında ATAD Dava No. 158/91, Ministère Public v Levy [1984] ECR I-4287 davasında uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin, AB Hukukuna aykırı olsa bile yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bknz. Steiner J. ve Woods L., 1988, Textbook on EC Law, s. 352, Blackstone Press.

Ülkemizde de benzer bir duruma rastlanılmaktadır. 22/8/1973 tarih ve 14633 sayılı Kadın İşçilerin Sanayide Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkındaki tüzüğe göre, her yaştaki kadınların gece postalarında çalıştırılmaları esas itibarıyla yasaklanmıştır.

Bilinebileceği üzere, AET Antlaşmasının Genel ve Nihai Hükümler başlıklı Altıncı Kısımında yer alan 234. madde:- "İş bu Antlaşma hükümleri, yürürlüğe girme tarihinden önce, gerek bir veya daha fazla Üye Devlet gerek bir veya daha fazla üçüncü ülke arasında yapılmış sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülükleri etkilemez.." hükmünü içermektedir. Bu bağlamda ATAD'nın bu maddeyi yorumlaması konusunda Levy davasına ek olarak ayrıca bknz. Dava No. 13/93, Office Nationale de l'Emploi v Minne [1994] ECR I-371.

<sup>115</sup> Dava No. 184/83, [1984] ECR 3042; [1986] 1 CMLR 242.

<sup>116</sup> 1992'de çıkarılan bir yönerge ile gebe işçilerin kesintisiz olarak en az 14 haftalık doğum izninden yararlanabilmeleri için Üye Ülkelerin gerekli önlemleri almaları zorunluluğu getirilmiştir.

<sup>117</sup> Bknz. Dava No. 179/88, Handels-OG Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz) [1990] I-3979. Anayasamızın 43(2). maddesi benzer gerekçeyle kadını koruma ihtiyacını vazedmektedir.

<sup>118</sup> Dava No. 32/93, [1994] ECR I-3567.

hukuka aykırı bulunmuştur. Benzer şekilde, henüz fiilen işe başlanamamakla beraber, mülakat sırasında yapılan değerlendirme sonunda işe en uygun olduğu saptanan bir kadının, sırf hamile olduğu gerekçesiyle işe alınmaması da, doğrudan cinsiyet ayırımı yapıldığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur.<sup>119</sup>

ATAD, İtalyan kanunlarına göre, altı yaşından daha küçük bir çocuğun evlat edinilmesi halinde, çocuğun yeni ailesine alışması için yalnızca anneye özgü olmak üzere üç aylık izni *Commission v Italy*<sup>120</sup> davasında ilginç ve akıllara soru işaretleri getirecek bir şekilde eşit muamele ilkesine aykırı bulunmamıştır. 76/207 sayılı Yönergenin 2(3). maddesi kadınları gebelik ve loğusalık dönemlerinde, biyolojik yapılarını dikkate alarak, korumayı amaçlarken, evlat edinmede cinsiyetlere farklı muamele yapması isabetli midir? Hemcinslerin evlenmelerine ve evlat edinmelerine izin verilen Üye Devletlerde bu mahiyetteki muhtemel bir sorunun nasıl çözüleceği merak konusudur.

Yukarıda belirtildiği üzere, Yönergenin 2(4). maddesi kadınların aleyhine olan mevcut eşitsizlikleri

gidermede pozitif ayırıcılık yapılabileceğini açıkça vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, ATAD işe girmede diğer bütün şartların eşit olması durumunda ve işe alınacak kadrodaki kadınların oranı erkeklerin oranından daha az olması halinde, diğer başka bir kritere bağlamadan kadınların ilan edilen kadroya atanmasını Yönergenin 2(4). maddesine aykırı bulmuştur.<sup>121</sup>

Eşit Ücret Yönergesinin aksine, Eşit Muamele Yönergesi cinsiyetler arasında (pozitif) ayırıcılık yapılmasına cevaz vermektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, bu nevi yasal ayırıcılığın kapsamı genişleme eğiliminde olacaktır. Nitekim, tam olarak neleri kapsayabileceği konusunda tam bir açıklık olmayan, Avrupa Birliği Antlaşmasına eklenen Sosyal Politika Antlaşması'nın 6(3). maddesi bu genişleme eğiliminin bir belirtisi olabilir.<sup>122</sup>

### 2.3 (Zorunlu) Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Davranma Yönergesi 79/7

AET Antlaşmasının 235. maddesine dayanılarak çıkarılan 79/7 sayılı Yönerge, Yönergenin 3(1). maddesinde belirtildiği üzere zorunlu/yasal sosyal güvenlik kapsamında çalışanların hastalık, iş göremezlik, yaşlılık, iş kazası,

<sup>119</sup> Dava No. 177/88, *Dekker v Striching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] I-3941.

<sup>120</sup> Dava No. 163/82, [1984] 3 CMLR 169.

<sup>121</sup> Dava No. 450/93, *Kalancke Freie Hansestadt Bremen* [1990] 1 CMLR 175. Ayrıca bknz. Dava No. 409/95, *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, henüz yayınlanmadı, karara <http://europa.eu.int/eur-lex/index.html> adresinden davanın taraflarının adını yazarak yapılan araştırmayla erişilebilir.

<sup>122</sup> Anılan madde, Üye Devletlere kadınların mesleki faaliyetlere katılımı konusundaki mevcut ayrıcalıkları muhafaza etmede, onların bir meslekle iştigal etmelerini teşvik edici yeni önlemler almada ve onların mesleki kariyerlerinin gelişmesinde var olan dezavantajları gidermede ve kolaylaştırmada kısıtlama getirmemektedir.

meslek hastalığı, işsizlik risklerine karşı koruma sağlayan sosyal güvenlik düzenlemelerinde adım adım eşitlik sağlanmasını amaçlamaktadır. Yönergenin 3(2). maddesi ise işgörenin ardında kalanlara yapılan yardımları veya aile yardımlarını kapsamadığını belirtmektedir. Şu kadar ki, Yönergenin 3(1). maddesinde belirtilen riskler dolayısıyla oluşan aile yardımları Yönerge kapsamındadır. İşyeri emeklilik planlarınının 79/7 sayılı Yönergeye dahil edilmemiş olduğu da Yönergenin 3(3). maddesinde açıkça belirtilmiştir.

79/7 sayılı Sosyal Güvenlik Yönergesinin 2. maddesinde kimlerin 79/7 sayılı Yönergenin kapsamında olduğu belirtilmektedir. Çalışan nüfusu üç gruba ayırarak kapsama alan 2. maddeye göre, (a) bağımlı veya bağımsız çalışanlar (b) bir önceki (a) grubundakilerden sağlık, iş kazası, geçici işsizlik gibi nedenlerle işine ara verilenler ve (c) iş aramasına rağmen bulamayanlar Yönergenin kapsamındadırlar.

Yönergenin 2. maddesinde belirtilen çalışan nüfus kapsamı görünüşte tereddüde yer vermeyecek kadar açıkmiş gibi görünmekte ise de, Drake v Cheif Adjudication Officer<sup>123</sup> davasında evli bir erkeğe bakmakla yükümlü olduğu kişinin, sağlık nedenleriyle

bakıma muhtaç olması nedeniyle işten ayrılıp, onun bakımını yapması halinde ödenmekte olan yardımın aynı durumdaki kadın bir işgörene yapılmaması Yönergenin 4(1). maddesine aykırı bulunmuştur. Başka bir deyişle, Yönergenin 3. maddesinde belirtilen riske maruz kalan işgören, mevcut davada iş göremezlik, fiilen iş göremez olarak nitelendirilemezse de, fiilen iş göremez durumunda olan bir kişinin bakımını yapması, onu çalışan nüfus kapsamına almak için yeterlidir. Bununla birlikte, Yönergede sayılan riskler dışında bir nedenle, örneğin sağlıklı olan çocuğuna bakmak için, işten ayrılan işgörenler işgücü kapsamında değildirler.<sup>124</sup>

Yönergenin 4(1). maddelerine göre, ister doğrudan olsun, isterse dolaylı olsun özellikle cinsiyete, medeni ya da aile durumuna dayalı olarak hiçbir durumda ayırimcılık yapılmamalıdır. Özellikle, (1) sosyal güvenlik programları ve bu programlara dahil olmak için öngörülen şartlarda, (2) primlerin hesaplanmasında ve ödenmesinde, (3) eş ve bakmakla yükümlü olunanlar için yapılacak yardımlarda ve (4) yardımlara hak kazanmak için öngörülen süre ve hak kazanma koşullarında cinsiyete dayalı ayırimcılık yapılmamalıdır.<sup>125</sup> Yönergenin 4(2). maddesi gebe

<sup>123</sup> Dava No. 150/85, [1986] ECR 1995; [1986] 3 CMLR 43.

<sup>124</sup> Bknz. Dava Numaraları 48, 106 ve 107/78, Achterberg-te Riele v Sociale Versekeringsbank, Amsterdam [1990] 3 CMLR 323.

<sup>125</sup> Bununla birlikte yukarıda AET Antlaşmasınının 119. maddesini incelerken gösterilmeye çalışıldığı üzere, objektif kriterlerle ayırimcılık yapılmasının gerekli olduğu ispatlanabilirse, sosyal güvenlik alanında da tıpkı 119. madde kapsamında "ücret" konusunda yapıldığı gibi cinsiyete dayalı ayırimcılık yapılabilir. 79/7 sayılı Yönerge kapsamında yapılabilecek dolaylı ayırimcılıkla ilgili olarak bknz. Dava No. 30/85, Teuling v Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497; [1988] 3 CMLR 789; Dava No. 343/92, De Weerd v Bestur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen [1994] ECR I-571.

işgörenleri korumak amacıyla, ayrımcılık yapmama prensibinden müstesna edilmiştir.

Yukarıda defalarca tekrarlandığı üzere; dolaylı ayrımcılığın varlığının tespit edilmesi halinde, objektif kriterlerle aksi ispatlanabilirse, hukuka uygun olabilir. Nitekim, bu nevi bir olay 79/7 sayılı Yönerge kapsamında değerlendirilmiş olup, dolaylı ayrımcılık olduğu tespit edilmesine rağmen, hukuka uygun bulunmuştur.<sup>126</sup>

Yönergenin 6. ve 7. maddesine göre, Üye Devletler, daha önce incelediğimiz eşitlik prensibini getiren yönergelerde olduğu gibi, mevcut olan eşitsizlikleri giderme ve kendisine ayrımcılık yapıldığını ileri sürenlerin haklarını yargı organlarında arayabilmesi için gereken önlemleri almakla görevlendirilmiştir.

Yönergelerin doğrudan bağlayıcılığı, genel prensip olarak diğer yasa unsurlarında olduğu gibi, onların tereddüde yer vermeyecek kadar açık hükümler içermesi ve uygulanmasında ayrıca bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olmaması prensibine dayalıdır.<sup>127</sup> Bu bağlamda, her ne kadar 79/7 sayılı Yönergenin 5. maddesi uyarınca Üye

Devletler iç hukuklarında mevcut olan Yönergenin amacıyla çelişen hükümleri mevzuatlarından çıkarmalarını gerektirir gibi şartlı bir hüküm içermekte ise de, Netherlands v Federatie Nedherlandse Vakkeweging<sup>128</sup> davasında Yönergenin 4(1). Maddesinin doğrudan bağlayıcı olduğuna hükmedildi.

75/117 sayılı Eşit Ücret Yönergesi hiçbir istisnaya yer vermezken, 79/7 sayılı Yönergenin 7(1). maddesi istisnalara yer vermektedir. Bu istisnalara yer verilmesinin sebebi, sosyal güvenlik alanında ayırım yapılmasının adım adım engellenmesinin hedeflenmiş olmasından kaynaklanır. Anılan maddeye göre:-

(a) yaşlılık aylığına hak kazanabilme yaşını ve emekli maaşını ve bu nedenle ortaya çıkabilecek diğer yardımları belirlerken;

(b) yaşlılık aylığı almaya hak kazanacaklardan, çocuklarını yetiştirebilmek için işlerine ara verenlerin yaşlılık aylılığını belirlerken;

(c) eşin (kadın) yaşlılık veya iş göremezlik ödeneklerini belirlerken;

(d) bakmakla yükümlü olunan eşler (kadın) için uzun süreli iş göremezlik,

<sup>126</sup> Bknz. Dava No. 30/85, Teuling v Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497; [1988] 3 CMLR 789.

<sup>127</sup> Avrupa Birliği mevzuatının Üye Devletler tarafından uygulanması konusunda genel olarak bknz. Arsava A.F., 1985, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, ss. 138-172, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını. Ayrıca yukarıda 119. maddenin bağlayıcılığı konusu incelenirken dipnotlarda değinilen davalara bakınız.

<sup>128</sup> Dava No. 71/85, [1986] ECR 3855; [1987] 3 CMLR 767. Anılan davada ATAD'na 79/7 sayılı Yönergeyi uygulamayan veya zamanında uygulamayan veya kısmen uygulayan bir Üye Devlete karşı anılan Yönergenin 4(1) maddesinin vermiş olduğu haklardan yararlanılıp yararlanılamayacağı sorulmuştu. ATAD, 23 Aralık 1984 tarihinde yürürlüğe girmesi gereken 79/7 sayılı Yönergenin 4(1). maddesini uygulamayan bir Üye Devlete karşı, 23 Aralık 1984 tarihinden önce bile dava açılabileceğini belirtmiştir.

yaşlılık, iş kazası ve mesleki hastalıklar için yapılan ödemelerin artırılmasını belirlerken,

Üye Devletler ayrımcılık yapabilir. Yukarıda 76/207 sayılı Yönerge incelenirken ATAD'nın istisnalar konusunda yapmış olduğu değerlendirmelere paralel değerlendirmeler 79/7 sayılı Yönergenin 7(1). maddesi için de yapılmıştır.<sup>129</sup>

Emeklilik aylığına hak kazanma yaşını belirlemede ve emeklilik maaşına hak kazanmayla ilgili meselelerdeki cinsiyete dayalı ayrımcılıklar ATAD tarafından müteaddit kere değerlendirilmiş bulunmaktadır. Yukarıda birkaç kez atıfta bulunulan R v Secretary of State ex parte Equal Opportunities Commission<sup>130</sup> davasına 79/7 sayılı Yönergenin 7(1). maddesi dikkate alınarak bir kez daha müracaat etmek yerinde olacaktır. Hatırlanacağı üzere; Birleşik Krallıklarda erkek işgörenlerin emeklilik maaşına hak kazanma yaşının 65, kadın işgörenlerde ise 60 olması, erkeklerin 44 yıl, kadınların ise 39 yıl prim ödenmesine yol açmaktaydı. Erkek işgörenler 60-64 yaşları arasında sosyal güvenlik kurumuna prim öderken, aynı yaştaki kadın işgörenler için prim ödenmesi gerekmiyordu. Birleşik Krallıkların bu ayrımcılığın 79/7 sayılı Yönergenin 7(1)(a). maddesine dayandırması

konunun nihayetinde ATAD'na intikal etmesine sebep olmuştu. ATAD'ın yorumu ise, 79/7 sayılı Yönergenin 7(1)(a). maddesinin emeklilik maaşını belirlemede Üye Devletlere ayrımcılık yapabilme olanağı verdiği yönündedir. Hükmün 15. paragrafında ATAD:-

Her ne kadar Yönergenin dibacesinde istisnanın gerekçesi belirtilmekte ise de, Yönergenin 7(1). maddesinde belirtilen istisnalar dikkate alınırca, Topluluk yasama organının Üye Devletlerde kadınlar lehine olan emeklilik avantajlarının geçici bir süre için devam etmesini arzu ettiklerini, bunun nedeninin ise emeklilik sistemlerinin mevcut karmaşık finansal dengesini bozmamaktır....

şeklinde ifade etmiştir. Yukarıda değinilen Burton v British Railways Board ve Roberts v Tate & Lyle Industries Ltd davalarında ise 79/7 sayılı Yönergenin 7(1)(a). maddesindeki istisnanın yalnızca cinsiyetler için emeklilik farklı emeklilik yaşlarını kapsamadığını, aynı zamanda emeklilikten doğan diğer mali hakları da içerdiği belirtilmiştir.

79/7 sayılı Yönergenin 7. maddesi bir takım istisnalar vazetmekte ise de, bu istisnalara rağmen iç hukukunda eşit muamele prensibini Üye Ülkeler benimseyebilirler. Şayet bir Üye Devlet bu yönde bir hukuk kuralı koyarsa

<sup>129</sup> Metin içinde verilen ATAD kararlarına ilave olarak bkz. Dava No. 328/91, Secretary of State for Employment v Thomas [1993] 3 CMLR 880, Dava No. 92/94, Secretary of State for Social Security v Graham [1989] 3 CMLR 169.

<sup>130</sup> Dava No. 9/91, [1992] 3 CMLR 233; [1992] ECR I-4297.

bundan vazgeçmeleri mümkün değildir.<sup>131</sup>

#### **2.4 (İşyeri) Sosyal Güvenlik Alanında Eşit Davranma Yönergesi 86/378**

31 Temmuz 1989 tarihinde yürürlüğe giren, 79/7 sayılı (Zorunlu) Sosyal Güvenlik Yönergesine paralel hükümler ihtiva eden, 86/378 sayılı İşyeri Sosyal Güvenlik Yönergesi AET Antlaşmasının 100. ve 235. maddelerine dayanılarak çıkarılmış olup, işyeri emeklilik planlarına düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

Yukarıda dipnotta tanımlandığı üzere, 86/378 sayılı Yönergenin 2. maddesi işyeri emeklilik planlarını "bunlara üyelik ister isteğe bağlı isterse zorunlu olsun, ekonominin bir sektöründe veya belirli bir işyerinde çalışan işgörenlere veya kendi nam ve hesabına bağımsız olarak çalışanlara (zorunlu) sosyal güvenlik planını ilave olarak menfaat sağlamak veya onun yerini almak üzere oluşturulan sosyal güvenlik planlarıdır." şeklinde tanımlanmaktadır. Bireysel olarak akdedilen emeklilik planları, işverenin taraf olmadığı sigortalar ve ilave yardım seçenekleri Yönergenin 2. maddesi uyarınca 86/378 sayılı Yönergenin kapsamı dışındadır. 79/7 sayılı Yönergede olduğu gibi 86/378 sayılı Yönergenin 3. ve 4. maddeleri de, çalışanların hastalık, iş göremezlik, yaşlılık, iş kazası, meslek hastalığı, işsizlik gibi risklere karşı koruma

sağlayan sosyal güvenlik düzenlemelerinde eşitlik sağlanmasını amaçlamaktadır.

86/378 sayılı Yönergenin kapsamına dahil olan kişiler, 79/7 sayılı Yönergenin 2. maddesinde belirtildiği gibi işgücüne dahil olan kişiler olarak belirtilmekte olup, hastalık, kaza, irade dışı nedenlere bağlı olan işsizlik ve gebelik gibi çalışmaya ara verilen durumlar da 79/7 sayılı Yönergeden farklı olarak, 86/378 sayılı Yönergenin kapsamına dahildir. 86/378 sayılı Yönergenin 4. maddesi hastalık, iş görememezlik, erken emeklilik dahil yaşlılık, iş kazası, mesleki hastalık ve işsizlik risklerinin Yönerge kapsamında olduğunu belirtmektedir. Yapılan işle mütenasip olmak üzere, mesleki emeklilik planları kapsamına dahil edilen aile yardımı ve sigortalının geride bıraktığı kişilere yapılan yardımlar da Yönergenin 4(b). maddesi hükmü gereği Yönergenin kapsamına dahil edilebilir. 79/7 sayılı Yönergenin 4. maddesinde belirtilen eşit muamele prensibine tıpatıp benzer bir hüküm, 86/378 sayılı Yönergenin 5. maddesinde yer verilmiştir.

86/378 sayılı Yönergenin 6. maddesi eşit muamele prensibine aykırı olabilecek uygulamalara örnekler vermektedir. Kadın işçiler ile erkek işçiler için farklı farklı emeklilik yaşının belirlenmesi, yapılan prim ödemelerinin toplamının aynı miktarda olması halinde, kazanılacak mali hakların birbirine eşit olması gerektiği gibi eylemler eşit

<sup>131</sup> Bknz. Dava No. C-152/92, Van Cant v Rijksdienst voor Pensionen [1993] ECR I-3811.

muamele prensibine aykırı eylemler olarak belirtilmektedir.

Hatırlanabileceği üzere, işyeri sosyal güvenlik (emeklilik) planları 86/378 sayılı Yönergenin çıkarıldığı 1986 yılında karara bağlanan, yukarıda metin içerisinde ve dipnotlarda değinilen, Bilka-Kaufhaus v Weber von Hartz davasında ATAD tarafından ilk kez değerlendirilmiştir. Bilka davasında değerlendirildiği üzere, işyeri sosyal güvenlik planları için yapılan ödemeler 119. madde kapsamındadır. Benzer bir hükme Barber davasında varıldığı için hatırlanmasında yarar vardır.

86/378 sayılı Yönergenin 9. maddesi yukarıda metni verilen 79/7 sayılı Yönergenin 7. maddesinde olduğu gibi, yaşlılık aylığına hak kazanabilme yaşını ve emekli maaşını ve bu nedenle ortaya çıkabilecek diğer yardımları belirlerken Üye Devletlerin eşit muamele yapma prensibini göz önüne almama ayrımcılığını vazetmektedir.

### **2.5 Bağımsız Çalışanların Sosyal Güvenliğinde Eşit Davranma Yönergesi 86/613**

76/207 sayılı Yönerge eşit muamele yapma prensibinin genel çerçevesini belirlerken, 79/7 sayılı Yönerge zorunlu sosyal güvenlik alanında bağımlı çalışanlar arasında ayrımcılık yapılmasını engellemeyi hedeflemektedir. İncelemeye çalıştığımız 86/613 sayılı Yönerge ise 76/207 sayılı

Yönerge çerçevesinde ele alınan 79/7 sayılı Yönergenin kapsamında olmayan, zorunlu sosyal güvenlik uygulamasına tabi olan, kendi nam ve hesabına veya kendi nam ve hesabına çalışanların yaptıkları işin gerçekleşmesine Aile Hukuku ilişkileri çerçevesinde katkı sağlayan, işçi veya ortak sıfatına haiz olmayan eş ve çocuk gibi kişilerin sosyal güvenliğinde eşit muamele yapılmasını temine yöneliktir.<sup>132</sup>

86/613 sayılı Bağımsız Çalışanların Sosyal Güvenliğinde Eşit Davranma Yönergesinin hükümleri ile 76/207 sayılı Yönergenin hükümlerinin güttüğü amaçlar neredeyse birebir benzerdir. Şu kadar ki, 86/613 sayılı Yönergenin 4-8. maddeleri işe başlamada, şirket kurmada, sosyal güvenlik hakkında yararlanma ve Aile Hukuku çerçevesinde çalışan aile bireylerine sosyal güvenlik sağlama gibi konularda Üye Devletlerin cinsiyete dayalı ayrımcılıkları kaldırmasını öngörmektedir. 76/207 sayılı Yönerge ile 86/613 sayılı Yönergenin hükümleri görüleceği üzere birbirlerine paraleldir. Bu nedenle, konuyu daha detaylı inceleyerek okuyucunun zamanını almamak ve sıkıcı bir atmosfer oluşturmamak için, isteyen okuyucunun yukarıda yapılan incelemelerde geçen "çalışan" ibaresinin yerine "bağımsız çalışan" ibaresini koyarak yeniden okuması tavsiye edilmektedir.

<sup>132</sup> Bknz. 86/613 sayılı Yönergenin 1., 2. ve 3. maddesi. Çiftçiler ve serbest meslek erbabı ve onların yanında geleneksel olarak çalışan, belirli bir ücret almayan kişiler bu kapsamdadır.

## 2.6 Gebe İşçiler Yönergesi 92/85

AET Antlaşmasının 118a. maddesi:-  
“Üye Devletler, özellikle işçi sağlığı ve güvenliği bakımından çalışma ortamında yapılacak iyileştirmelerin teşvikine önem verir ve sağlanan iyileştirmelerin korunmasının yanı sıra bu alandaki koşulların uyumlaştırılmasını kendilerine hedef edinirler.” hükümlerine yer verir. Bu hükme dayanılarak çıkarılan, 92/85 sayılı Yönerge, 76/207 sayılı Eşit Muamele Yönergesinin 2(3). maddesindeki istisnayı daha da güçlendirmektedir.<sup>133</sup>

92/85 sayılı Yönerge, hamile kadın işçilere, loğusalara ve çocuğuna anne sütü emziren kadınlara, eşit muamele prensibine aykırı olsa da, bazı koruyucu imtiyazlar vermektedir.<sup>134</sup> Bu imtiyazlar veya istisnalar, Üye Devletlerde bu nevi işçilere zaten daha önce tanınmış olan istisnaları kısıtlayamaz.

92/85 sayılı Yönergenin 7. maddesi, gebe kadın işçilerin ulusal mevzuatta belirlenecek süre ile gebelikleri süresince gece vardiyalarında çalışmaya

zorlanamayacağını, bu gibilere gündüz vardiyalarında çalışmalarına olanak verecek düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir.<sup>135</sup> Yönergenin 6. maddesi ise gebe ve emziren kadın işçilerin patlama riski olan maddelerle çalışmasını kısıtlamaktadır. 92/85 sayılı Yönergenin 8. maddesi gebe kadın işçilerin doğumun gerçekleşmesinden önce ve doğumdan sonra en az iki hafta olmak üzere, kesintisiz olarak en az 14 haftalık doğum izninden yararlanabilmeleri için Üye Ülkelerin gerekli önlemleri almaları zorunluluğu getirilmiştir.<sup>136</sup> Yönergenin 9. maddesi kadın işgörenin doğum sonrası muayeneleri eğer iş süresi içinde olması gerekiyorsa söz konusu kadın işçilere herhangi bir ücret kaybına uğramaksızın gerekli iznin verilmesini öngörür.

Yönergenin 10. maddesi kadın işgörenlerin doğum iznini kullandıkları sırada, doğumla ilgisi olmayan bir başka neden dışında, kadın işgörenlerin işten çıkarılmasını yasaklamıştır. Gillespie v Northern Health and Social Services<sup>137</sup> davasından anlaşılacağı üzere, doğum

<sup>133</sup> 92/85 sayılı Yönerge hakkındaki eleştirel bir değerlendirme için bkz. Cromack V., 1993, The EC Pregnancy Directive: Principle or Pragmatism?, Journal of Social Welfare and Family Law, s. 261.

<sup>134</sup> Bu hükümlere benzer hükümlere aşağıda dipnotta belirtilen Gebe ve Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğünde yer verilmektedir.

<sup>135</sup> Eşit Muamele Yönergesinin 2(3). maddesini daha da belirginleştiren 92/85 sayılı Yönergenin 7. maddesinin öngördüğü bir durum Eşit Muamele Yönergesi kapsamında ATAD tarafından Dava No. 421/92, Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband [1994] 2 CMLR 681; 1994] ECR I-1657 davasında ele alınmış olup, kadın işgörenlerin gece vardiyasında çalışmasının yasaklanmasının Eşit Muamele Yönergesinin 2(3). maddesiyle güdülen amaca uygun bulunmuş olup, gece çalışması kısıtlanan kadının iş akdinin tek taraflı olarak feshedilmesi ise Eşit Ücret Yönergesinin 2(3). maddesiyle güdülen amaca uygun bulunmamıştır.

<sup>136</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 104. maddesi kadın memura doğumdan önce 3 hafta ve doğum yaptığı tarihten itibaren 6 hafta olmak üzere toplam 9 hafta ücretli izin verilebileceği belirtilmektedir. 1475 sayılı İş Kanununun 81. maddesine dayanılarak çıkarılan 11/8/1973 gün ve 14622 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Gebe ve Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğü'nün 2. maddesi ise doğumdan önce 6 hafta, doğumdan sonra 12 hafta olmak üzere toplam 18 hafta kadın işçilerin çalıştırılması yasaklanmaktadır. Bu 9 ve 12 haftalık ücretli izinler AB'ne üye olmamız halinde 14 haftaya çıkarılmalıdır.

<sup>137</sup> Dava No. 342/93, [1996] All ER (EC) 284.

izni süresince maaşın belirli bir miktarı, Yönergenin 11. maddesinde de belirtildiği üzere, kadın işçörene ödenmelidir. Bu miktar, hastalık halinde ödenmekte olan miktardan daha az olamaz.

Bu haklardan, hizmet sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren yararlanılır. Örneğin 7 aylık gebe bir kadın hizmet sözleşmesini imzalamanın verdiği heyecanla erken doğum yapsa bile, imzasını atmışsa bu haklardan yararlanmalıdır.<sup>138</sup> Bu kapsamda, yukarıda değinilen Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd<sup>139</sup> davası yol göstericidir. Bununla birlikte, objektif kriterlere göre yapılan değeriendirme neticesinde, kadın gebeliğın vermiş olduğu haklardan yararlanmakta olsa bile işine son verilebilir.

### 3. Sosyal Politika Protokolü

Avrupa Birliğı Antlaşmasına eklenen Sosyal Politika Protokolünün 2. maddesi Topluluğun inter alia kadın ve erkeğın iş piyasalarına dahil olunması ve işyerinde eşit muameleye tabi olmasını sağlamak için çaba sarf etmesi gerektiğini ve Üye Devletlerdeki bu nevi faaliyetlerin Topluluk tarafından desteklenmesini öngörmektedir.

Sosyal Politika Protokolünün 6(1) ve (2) maddeleri AET Antlaşmasının 119. maddesine tıpatıp benzer hükümler içerirken, 6(3). madde yukarıda incelenen Eşit Muamele Yönergesinin 2(4). maddesine paralel olarak kadınlar lehine pozitif ayırimcılığın yapılabileceğini hükmetmektedir.

### 4. Barber Protokolü

AET Antlaşmasının 239. maddesi hükmü uyarınca Avrupa Birliğı Antlaşmasına eklenen Barber Protokolü, yasal açıdan AT Hukukunun birincil kaynaklarından olan Antlaşma hükmündedir.

Yukarıda değinildiğı üzere, Barber davasının hükümleri Üye Devletlerin ekonomilerini altüst edecek boyutta olabilir. ATAD'ın AET Antlaşmasının 119. maddesini yorumlamadaki sınırları daraltmak isteyen Üye Devletler Barber davası sırasında AB Antlaşmasına Barber Protokolünü ilave etmişlerdir. Bununla birlikte, ATAD Barber Protokolünün yürürlüğe girmesinden daha sonra Ten Oever davasında da Barber davasında olduğu gibi AET Antlaşmasının 119. maddesini geniş bir şekilde yorumlamıştır.

Daha önce de belirtildiğı üzere, Barber Protokolü 17 Mayıs 1990

<sup>138</sup> 1475 sayılı İş Yasasına göre, kadına doğum öncesi ve doğum sonrası çalıştırmadığı süreler için işveren tarafından ücret ödenmesi işverenin isteğine bağlıdır. Bununla beraber, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 48. maddesine göre doğumdan bir önceki yıl içinde en az 90 ila 120 gün prim ödeyen kadın sigortalı dönem içinde analık sigortası ile korunmaktadır. Başka bir deyişle, Sosyal Sigortalar Kurumu öngörülen şartların yerine getirilmesi halinde doğum yapan kadına geçici iş göremezlik ödeneğı yapar. AB'ne üye olmamız halinde bu hükmün değıştirilmesi gerektiğı açıktır.

<sup>139</sup> Dava No. 32/93, [1994] ECR I-3567. Ayrıca bknz. Dava No. 177/88, Dekker v Stricthing Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941.

tarihinden önceki işyeri sosyal güvenlik planlarına kısıtlama getirmektedir.

### 5. İhlalin Giderilmesi ve Tazmini

Her ne kadar bu başlıktan Yönergelerin icaplarının işyeri bazında yerine getirilmemesi gibi bir kanı oluşmakta ise de, bir Üye Devletin incelenen Yönergelerin gereğini iç hukuklarında yerine getirmemesi veya öngörülen zamanda yerine getirmemesi veya kısmen yerine getirmesi nedeniyle mağdur olanların, AB mevzuatının doğrudan bağlayıcılığı konusundaki genel prensip çerçevesinde yargı önünde hakkını arayabilmeli ve uğramakta olduğu kaybın telafi edilmesi gerektiğinin hatırlanması gerekir.

76/207 sayılı, 75/117 ve 92/85 sayılı Yönergeler, Üye Devletlere cinsiyet ayrımı yapıldığı iddialarının, ulusal yargı yollarıyla çözümlenmesine olanak verecek imkanların oluşturulması görevini yüklemektedir. Ayırmacılık yapıldığı tereddütte yer verilmeyecek şekilde ispatlanabilirse,<sup>140</sup> açılacak eda davası ile ayırmacılık yapan işveren, işçinin ayırmacılık yapılmaması halinde

bulunacağı duruma getirilmesine mahkum edilir. Ayrıca, davacının talebi üzerine, mahkeme maddi ve manevi tazminata karar verebilir. Üye Devletler mağdur olan kişilerin alabileceği tazminat miktarını sınırlandıramazlar.<sup>141</sup>

### 6. Sonuç

Farklı cinslerin eşit haklara sahip olmasının gerçek amacı, adaleti gerçekleştirmekten çok kadına kendini özgür bir kişi olarak gerçekleştirebilmek olanağını vermektir.<sup>142</sup> Bu bağlamda, AET Antlaşmasının 119. maddesiyle güdülen eşit ücret prensibi ve incelenen Yönergelerdeki eşit muamele prensipleri, teorik olarak çalışma yaşamında emeği bir ekonomik unsur olarak ele almakta ve cinsiyeti ne olursa olsun üretim faktörlerinden biri olan insana eşit davranılmasını tedarik etmeye çalışmaktadır. Eşitlik prensibi başlangıçta ekonomik nedenlere dayandırılmış ise de, onun sosyal yönü gittikçe daha ağır basmaya başlamıştır ve kadınların biyolojik yapıları nedeniyle korunması gerektiği ön plana çıkmaktadır.

<sup>140</sup> Daha önce de belirtildiği üzere ispat konusundaki genel prensip iddiacının iddiasını ispatlamasıdır. Bu prensibin istisnalarından bir tanesi cinsiyet ayrımı yapıldığı iddialarının dayanaktan yoksun olduğunu davalı durumda olan işverenin ispatlaması yükümlülüğünün AB Hukukunda yer almış olmasıdır. Bknz. Dava No. 170/84, Bilka-Kaufhaus [1986] ECR 1607; [1986] 2 CMLR 701, paragraf 31; Dava No. 33/89 Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR 2591, paragraf 16; Dava No. C-184/89 Nimz [1991] ECR 1-297, paragraf 15; Dava No. 109/88, Handels-OG Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss [1989] 3199; [1991] 1 CMLR 8, paragraf 16. Cinsiyet ayrımı yapıldığı iddiasının davalı tarafından ispatı konusunda ayrıca bknz. Jo Shaw'in Shaw J., 1990, The Burden of Proof and the Legality of Supplementary Payments in Equal Pay Cases, European Law Review, sayı 15, ss. 260-264

<sup>141</sup> Bknz. Dava No. 271/91, Marshall v Southampton and South West Hampshire Health Authority (Teaching) (No. 2) [1993] 3 CMLR 293.

<sup>142</sup> Gönen Z., 1988, Açılış Konuşması içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, s. 7, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.

Mevcut olan eşitsizliklerin giderilmesinde yapılan farklı uygulamalar genel olarak kabul edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi Üyesi Fulya Kantarcıoğlu, "Anayasanın 41. maddesi kadını cinsiyetten ötürü kayırmayı değil biyolojik farklılık sonucu anne olması nedeniyle korumayı amaçladığından, eşit haklara sahip olma ilkesi ile bağdaşmayan bir düzenleme olarak düşünülemez.... Kişilerin gerçek objektif kabul edilebilir farklılıklara dayalı olarak değişik hukuksal düzenlemelere bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık değil, tersine geçerlilik kazandıracığından bu maddenin de eşit haklara sahip olma ilkesi ile çeliştiği ileri sürülemez."<sup>143</sup> değerlendirmesini yapmaktadır. Bu bağlamda, emeklilik yaşının kadın ve erkek işgören için farklı belirlenmesi Sosyal Devlet İlkesi kapsamında kadını korumaya yönelik bir düzenleme olmasının yanında, aynı zamanda potansiyel kadın işgücünü iş piyasasına çekme amacını gütmektedir.

Çalışma yaşantımızı düzenleyen mevzuatta eşit muamele prensibini tereddüde yer vermeyecek şekilde temin edecek açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde bunu temin edecek hükümlere yer

verilmektedir. AB üye olduğumuzda ise mevcut olan yasal boşluk AB Hukukunun üstünlüğü prensibi çerçevesinde doldurulmak zorunda kalacaktır.

Anayasamızın 70. maddesinde öngörülen kadın ve erkeğin ayrımı yapılmadan herkesin eşit şartlar altında<sup>144</sup> işe girmesi, kadın ve erkek arasında bir ayırım yapılmaması güvencesine paralel olarak, İş Kanununun 26(3). maddesi AET Antlaşmasının 119. maddesine paralel olarak "Bir işyerinde aynı nitelikteki işlerde eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilmez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz." hükmüne yer vermektedir. Sosyal güvenlik konusunda ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Yasası ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Yasasında emeklilik, işsizlik, hastalık, analık, iş kazası, meslek hastalığı, sakatlık ve diğer çalışmama hallerinde kısıtlı sosyal güvenlik hakkı tanınmaktadır. Anılan yasalarda belirtilen sosyal güvenliklerden yararlanmada, primlerin belirlenmesinde, emekliliğe hak kazanmada AB mevzuatına paralel

<sup>143</sup> Kantarcıoğlu F., 1988, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, s. 55, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.

<sup>144</sup> Daha önce belirtildiği üzere, Ülkemizde çalışma hayatıyla ilgili cinsiyete dayalı problemlerden daha önemlisi hemcinsler arasında dahi kimi zaman pratikte eşit davranılmamasıdır. Kimi zaman siyasi, kimi zaman ideolojik kimi zamanda dini bağlantılar nedeniyle özellikle kamu sektöründeki işe almalarda, terfilerde ve işgören değerlendirmelerinde ayrımcılık yapıldığı basın ve yayın organlarında yer almaktadır.

hükümler ve istisnalar bulunmaktadır. Teorik olarak sosyal güvenlik alanında da Ülkemizde cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmadığı söylenebilir.

Otuz yıldan uzun bir süredir Avrupa Birliğine üye olma yolunda çaba sarf eden Ülkemizin mevzuatının kısmen başta Anayasa ve uluslararası sözleşmeleri iç hukukumuzun bir parçası haline getiren yasalar da dahil olmak üzere yasalarla AB Hukukuyla uyumlu hale getirilmiş olmasına rağmen, cinsiyete dayalı ayrımcılık konusunda yasal olarak tam bir uyum henüz sağlanamamıştır.<sup>145</sup> Ülkemiz mevzuatının AB'nin cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi mevzuatı ile tam bir uyum sağlaması halinde, fiili uygulamanın izlenmesi için hükümet dışı organizasyonların önemli roller üstlenmesi gerektiğine inanılmaktadır.

Kadının çalışmasını yaklaşık on yıl kadar öncesine kadar kocanın iznine bağlayan<sup>146</sup> Ülkemizde, kadınların işgücüne katılma oranları Avrupa'daki

hemcinslerine oranla daha düşük olsa da, kadınlar teorik olarak işgücünün vazgeçilemez bireyleri arasındadır. Bu potansiyele, yalnızca çalışma yaşamında değil, sosyal yaşamda da ayrımcılık yapıldığı bir gerçek olup, gerek emeğini sunması itibariyle ekonomik olsun, gerekse sosyal yaşamda olsun kadınlara halen ayrımcılık yapılmaya devam edildiği de bir gerçektir.<sup>147</sup>

Farklı gerekçelere dayanılarak kadınların belirli işleri yapabilmek için gerekli eğitimi alması, yasal bir engel olmamasına rağmen yakın bir zamana kadar Ülkemizde kadınlara "valilik", "kaymakamlık" gibi mülki idarede gelenek ve teamül nedeni ile görev verilmemesi<sup>148</sup> gibi belirli işlere girmesi, işinde yüksek kariyere sahip olmasını kısıtlayan yasal hükümlerin yanında, toplumsal normlar ve liberal ekonomilerin vazgeçilmez unsuru olan rekabet ve haksız rekabet, işgücü piyasalarına erkeklerin baskın duruma

<sup>145</sup> Bununla birlikte eşit muamele prensibine istisna getiren, kadınlar lehine olan analık gibi konularda Ülkemiz mevzuatının istenilen düzeyde olduğu söylenebilir.

<sup>146</sup> Bilinebileceği üzere (eski) Medeni Kanunumuzun 159. maddesi karının çalışmasını kocanın iznine bağlamaktaydı. Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 29/11/1990 tarihinde iptal edilmiş olup, iptal kararı 2 Temmuz 1992 tarih ve 21272 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Anılan tarihe kadar Türk Ticaret Kanununun 16. maddesine göre (Medeni Kanuna göre evli olan) kadınlar kocanın açık veya zımni izni ile kendi adına ticarethane açabilmekteydi

<sup>147</sup> Ülkemizdeki kadın politikaları, kadının özel ve kamusal alanlardaki somut durumu ve çalışma hayatında kadınları sosyolojik ve ekonomik durumları hakkında detaylı bilgi edinmek için genel olarak bkz. Hacimirzaoğlu A.B (der.), 1998, 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları ve Tarih Vakfı Ortak Yayını. Kadın işgörenlere karşı yapılan ön kabulleri sosyolojik açıdan inceleyen bir araştırma için bkz. Ecevit Y., 1988, Türkiye'de Ücretli Kadın Emeğinin Toplumsal Cinsiyet Temelinde Analizi içinde Hacimirzaoğlu A.B (der.), 1998, 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, ss. 267-284, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları ve Tarih Vakfı Ortak Yayını

<sup>148</sup> İlginç olan bir nokta 20 Ekim 1991 tarihinde yapılan genel seçimde iki kadın milletvekilinin bakanlık görevine atanmasına ve bunlardan birinin daha sonra başbakan olmasına rağmen, valilik ve kaymakamlık gibi daha alt bir göreve yine aynı dönemlerde atanmış olmasıdır. Kanaatimce Ülkemizde eşitlik denilince daha çok siyasi açıdan eşitlik anlaşılmakta, çalışma yaşamında eşitlik ikinci planda tutulmaktadır. Bu kanımızı destekleyen bir husus, Türkiye'nin AB'ne üye olabilmesi için kamuoyunda daha çok siyasi kriterlerin tartışılır olması, hukuki kriterlerin ise daha çok kapalı kapılar ardında tartışılıyor olmasıdır.

gelmelerine ve kimi zaman bu baskın durumlarını kötüye kullanmalara neden olabilmektedir.

Ülkemizde çeşitli nedenlerle kadınların önemli miktarda bir çoğunluğunun işgücüne fiilen dahil olmaması, AB kapsamında geniş yer tutan cinsiyetler arasında eşitlik prensiplerinin Ülkemizde henüz önemli boyutta sorun haline gelmesine engel olmaktadır. Bununla beraber, Ülkemizin cinsiyetler arasında eşitlik prensibinin ötesinde, işgücü piyasasında hemcinsler arasında eşitlik sağlayamama gibi kanımızca daha önemli olan bir problemi bulunmaktadır.

Unutmamak gerekir ki; kanunlar neyi vazederse etsin, önemli olan onu uygulayanların tutum, davranış ve duyarlılıklarıdır. Dolayısıyla, önemli olan kanunları uygulayanların eşitlik bilincine sahip olmalarını sağlamak olmalıdır. Bunu sağlamada kadınların oluşturduğu sivil toplum örgütlerine önemli görevler düşmektedir. Ülkemizde eşit ücret ve eşit muamele prensibine uymamak ayrıntıda değil, esasta var gibi görülmektedir.

## 7.0 Yararlanılan Kaynaklar

- 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
- 14622 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Gebe ve Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğü.
- 1475 sayılı İş Kanunu.
- 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.
- 1982 Anayasası.
- 2002 Regular Report On Turkey's Progress Towards Accession, {COM(2002) 700 final}, Chapter 13.
- 657 sayılı Devlet Memurları Yasası
- Aral B., 2000, The Case of Free Movement For Workers Between Turkey and the European Union, Turkish Yearbook of International Relations, sayı XXVII, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi.
- Arsava A.F., 1985, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, ss. 138-172, A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.
- Ataay İ.D., 1985, İşdeğerleme ve Başarı Değerleme Yöntemleri, İstanbul Üniversitesi Yayını.
- Cromack V., 1993, The EC Pregnancy Directive: Principle or Pragmatism?, Journal of Social Welfare and Family Law, s. 261.
- Curtin D., 1990, Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and "Barber", Common Market Law Review, ss. 475-484.
- Dava No 283/83, Racke v Hauptzollamt mainz [1984] ECR 3791. Dava No. C-217/217, Spain v Commission [1993] ECR paragraflar 36-39.
- Dava No. 109/88, Handels-OG

- Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss [1989] 3199; [1991] 1 CMLR 8.
- Dava No. 12/81, Garland v British Rail Engineering [1982] ECR 359; [1982] 1 CMLR 696; [1983] 2 AC 751.
- Dava No. 12/86 Demirel v Stadt Schwesheim 228 If "Times New Roman" vs 9bisch Gmsymbol 252 If "Times New Roman" vs 9nd [1987] ECR 3719.
- Dava No. 120/78, Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649; [1979] 3 CMLR 630.
- Dava No. 128/78, Commission v United Kingdom "Tacograph case" [1979] ECR 419.
- Dava No. 129/79, Macarthys Ltd v Smith [1980] ECR 1275; [1980] 2 CMLR 205.
- Dava No. 13/93, Office Nationale de l'Emploi v Minne [1994] ECR I-371.
- Dava No. 13/94, P v S [1996] All ER (EC) 397; [1996] ICR 795; [1996] IRLR 347.
- Dava No. 131/85, Gül v Regierungsspräsident Düsseldorf [1986] ECR 1573; [1987] 1 CMLR 501.
- Dava No. 139/85, Kempf v Staatssecretaris van Justitie [1987] 1 CMLR 764; [1986] ECR 1741.
- Dava No. 150/85, Drake v Chief Adjudication Officer [1986] ECR 1995; [1986] 3 CMLR 43.
- Dava No. 151/84, Roberts v Tate & Lyle Industries Ltd [1986] ECR 703, [1986] 1 CMLR 714.
- Dava No. 152/84, Marshall v Southampton and South West Hampshire AHA (No 1) [1986] ECR 723.
- Dava No. 157/86, Murphy v An Board Telecom Eireann [1987] 1 CMLR 559.
- Dava No. 158/91, Ministère Public v Levy [1984] ECR I-4287.
- Dava No. 164/80, De Pascale v Commission [1982] ECR 909.
- Dava No. 165/82, Commission ve United Kingdom (Re Equal Treatment for Men and Women) [1983] ECR 3431.
- Dava No. 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607; [1986] 2 CMLR 701.
- Dava No. 177/88, Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] I-3941.
- Dava No. 179/88, Handels-OG Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening (Hertz) [1990] I-3979.
- Dava No. 192/85, Newstead v Department of Transport [1988] 1 CMLR 219.
- Dava No. 2/74, Reyners v Belgian State [1974] ECR 631.
- Dava No. 20/71, Sabattini (née Bertoni) v Parlement [1972] ECR 345; [1972] CMLR 945.
- Dava No. 21/74, Airola v Commission [1972] ECR 221.
- Dava No. 224/84, Johnston v Chief Constable of the RUC [1986] ECR 1651; [1986] 3 CMLR 240.
- Dava No. 23/83, Liefding v Academisch Ziekenhuis bij Universiteit van Amsterdam [1984] ECR 5225; [1984] 3 CMLR 702.
- Dava No. 26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.
- Dava No. 262/84, Beets-Proper v F. van Landschot Bankiers NV [1986] 773, [1984] 2 CMLR 616.
- Dava No. 271/91, Marshall v Southampton and South West Hampshire Health Authority (Teaching) (No. 2) [1993] 3 CMLR 293.
- Dava No. 30/85, Teuling v Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie [1987] ECR 2497; [1988] 3 CMLR 789.

- Dava No. 318/86, Commission v France (Re Sex Discrimination in Civil Service) [1989] 3 CMLR 663.
- Dava No. 177/88, Dekker v Striching Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941.
- Dava No. 328/91, Secretary of State for Employment v Thomas [1993] 3 CMLR 880.
- Dava No. 33/89 Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg [1990] ECR 2591.
- Dava No. C-381/99, Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG, 26 Haziran 2001, henüz yayınlanmadı.
- Dava No. 343/92, De Weerd v Bestur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen [1994] ECR I-571.
- Dava No. 345/89, Ministère Public v Stoeckel [1993] 3 CMLR 673.
- Dava No. 400/93, Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri (Royal Copenhagen Davası) [1991] 1 CMLR 515.
- Dava No. 409/95, Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen, henüz yayınlanmadı.
- Dava No. 41/74, Van Duyn v Home Office [1974] ECR 1337.
- Dava No. 421/92, Habermann-Beltermann v Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband [1994] 2 CMLR 681; [1994] ECR I-1657.
- Dava No. 43/75, Defrenne v Sabena (No 2) [1976] ECR 455.
- Dava No. 450/93, Kalancke Freie Hansestadt Bremen [1990] 1 CMLR 175.
- Dava No. 61/81, Commission v UK (Re Equal Pay for Equal Work) [1982] ECR 2601; [1982] 3 CMLR 284.
- Dava No. 75/63, Hoekstra (née Unger) v Bestur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten [1964] ECR 177; [1964] CMLR 319.
- Dava No. 80/70, Barber v Guardian Royal Exchange Assurance Group [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.
- Dava No. 80/70, Defrenne v Belgium (No 1) [1971] ECR 445; [1974] 1 CMLR 494.
- Dava No. 92/94, Secretary of State for Social Security v Graham [1989] 3 CMLR 169.
- Dava No. 93/71, Leonasio v Italian Ministry of Agriculture [1972] ECR 287.
- Dava No. 96/80, Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd [1981] ECR 911; [1986] 2 CMLR 24.
- Dava No. C-109/91, Ten Oever v Stichting Bedrijfspensionenfondsvoor het Glazenwassers-en Schoonmaakbedrijf [1993] ECR I-4879; [1995] 2 CMLR 357.
- Dava No. C-152/92, Van Cant v Rijksdienst voor Pensionen [1993] ECR I-3811.
- Dava No. C-171/88, Rinner-Kühn v FWW Special – Gebäudereinigung GmbH and Co [1989] ECR 2743.
- Dava No. C-184/89 Nimz [1991] ECR 1-297.
- Dava No. C-188/89, Foster v British Gas Plc [1990] ECR I-3313; [1990] 2 CMLR 833.
- Dava No. C-200/91, Coloroll Pension Trustees Ltd v Russel [1994] ECR I-4397.
- Dava No. C-7/93, Bestur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfondsv Beune [1994] ECR I-4471.
- Dava Numaraları . 399, 409, ve 525/92, 34, 80 ve 78/93 Stadt Lengerich v Helming [1994] ECR I-5727.
- Dava Numaraları 48, 106 ve 107/78, Achterberg-te Riele v Sociale Verzekeringsbank, Amsterdam [1990] 3 CMLR 323.
- Davca No. 48/65, Alfons Lsymbol 252 hf “Times New Roman” \s 9tticke GmbH v Commission [1966] ECR 19.
- Devlet Bakanlığı, Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı, Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 1993, Kadına Yönelik

- Uluslararası Sözleşme ve Kararlar, Yayın No. 75.
- Docksey C., 1991, The Principle of Equality between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law, *Industrial Law Journal*, Sayı 20, s. 258.
- Dülger İ., 1991, Avrupa Topluluğunda Sosyal Politika, Geçiş Dönemi Özellikleri ve 21. Yüzyılda Hedef Alınan Toplum, DPT.
- Ecevit Y., 1988, Türkiye'de Ücretli Kadın Emeginin Toplumsal Cinsiyet Temelinde Analizi içinde Hacimirzaoğlu A.B (der.), 1998, 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, ss. 267-284, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları ve Tarih Vakfı Ortak Yayını.
- Fredman G., 1993, "Equal Treatment of the Sexes": What Does "Equal" Mean?, *Feminist Legal Studies*, Sayı 1, s. 123.
- Gönen Z., 1988, Açılış Konuşması içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, , DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.
- Gürol A., 2000, Türkiye'de Kadın Girişimci ve Küçük İşletmesi: Fırsatlar, Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler, Atılım Üniversitesi Yayını No: 2.
- Gürsel S. ve Ulusoy V., 1997, Türkiye'de İşsizlik ve İstihdam, Yapı Kredi Yayınları.
- Hacimirzaoğlu A.B (der.), 1998, 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları ve Tarih Vakfı Ortak Yayını.
- Hervey T., 1994, Small Business Exclusion in German Dismissal Law, *Industrial Law Journal*, s. 267.
- Kantarcioglu F., 1988, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Farklı Cinslerin Eşitliği içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.
- Kapteyn P.J.G. ve van Themaat P. V., 1989, Introduction to the Law of the European Communities, Kluwer.
- Lordoğlu K., Özkaplan N. Ve Törüner M., 1999, Çalışma İktisadi, Beta.
- Odyakmaz Z., 1998, Kamu Hizmetinde Türk Kadını içinde Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, ss. 143-151, DEÜ Hukuk Fakültesi, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 86.
- Onaran Yüksel M., 2000, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, Beta .
- Pitt G, 1997, Employment Law, Sweet & Maxwell.
- Schnitzer M.C., 1989, Contemporary Government and Business Relations, Houghton Mifflin, US.A.
- Sex Discrimination Act of 1975 (İngiltere).
- Sex Discrimination Act of 1986 (İngiltere).
- Shaw J., 1990, The Burden of Proof and the Legality of Supplementary Payments in Equal Pay Cases, *European Law Review*, sayı 15, ss. 260-264.
- Steiner J. ve Woods L., 1988, Textbook on EC Law, Blackstone Press.
- TİSK, 1999, Çalışma Hayatında Esneklik, Yayın No. 190.
- Türk Ticaret Kanunu
- Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1958 ve 1980 tarihli Sözleşmeleri

Yavaş M., 1997, The Rights of Turkish Workers within the EU, Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye Dergisi, sayı 27, ss. 81-85.

Yavaş M., 2002 Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Türkiye, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 4, ss. 25-52.

Yıldırım K. ve Karaman D., 1999, Makroekonomi, Eğitim Sağlık ve Bilimsel Araştırma Çalışmaları Vakfı Yayın No. 145.

Yönerge No. 75/117/EEC, OJ L 45/75.

Yönerge No. 76/207/EEC, OJ L 39/76.

Yönerge No. 79/7/EEC, OJ L 6/24.

Yönerge No. 86/378/EEC, OJ L 225/88.

Yönerge No. 86/613/EEC, OJ L 359/56.

Yönerge No. 92/85/EEC, OJ L348/1.

Yönerge No. 97/80/EEC, OJ L 14/6.