

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
HUKUK (AB)**

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIKLA MÜCADELE:
2000/78 SAYILI DİREKTİF ÖZELİNDE BİR İNCELEME**

**Yüksek Lisans Tezi
Barış Özgür RAKICI**

**Tez Danışmanı
Prof.Dr. İlke GÖÇMEN**

Ankara, 2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ VE ULUSLARARASI EKONOMİK İLİŞKİLER
ANABİLİM DALI
HUKUK (AB)**

Barış Özgür RAKICI

**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIKLA MÜCADELE: 2000/78 SAYILI
DİREKTİF ÖZELİNDE BİR İNCELEME**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Prof.Dr. İlke GÖÇMEN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN

Prof. Dr. Sanem BAYKAL

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep İSPİR

Tez Savunma Tarihi: 20.09.2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN danışmanlığında hazırladığım “ *Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele: 2000/78 Sayılı direktif Özelinde Bir İnceleme (Ankara.2023)*” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim

02.10.2023

Barış Özgür RAKICI

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM: AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK MÜCADELE 3	3
I. AVRUPA BÜTÜNLEŞMESİNDE AYRIMCILIKLA MÜCADELENİN TARİHSEL GELİŞİMİ	3
1- ROMA ANTLAŞMASINDAN AMSTERDAM ANTLAŞMASINA KADAR YAŞANAN GELİŞMELER.....	4
2- AMSTERDAM ANTLAŞMASINDAN LİZBON ANTLAŞMASINA KADAR OLAN SÜREÇ.....	7
3- LİZBON ANTLAŞMASI VE SONRASINDAKİ DÖNEM	13
II. AYRIMCILIKLA MÜCADELE KONUSUNDA AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KAYNAKLARI.....	14
1- BİRİNCİL HUKUK KAYNAKLARI.....	14
A. KURUCU ANTLAŞMALAR	15
B. AVRUPA TEMEL HAKLAR ŞARTI	18
C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ.....	21
2-AVRUPA BİRLİĞİNİN ULUSLARARASI ANLAŞMALARI	25
A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	25
B. AYRIMCILIKLA MÜCADELE İLE BAĞLANTILI DİĞER ANLAŞMALAR	27
3- İKİNCİL HUKUK KAYNAKLARI	29
A. AYRIMCILIKLA MÜCADELE BAKIMINDAN CİNSİYET TEMELLİ İKİNCİL HUKUK KAYNAKLARI	31
B. 2000 YILI EŞİTLİK DİREKTİFLERİ	33
İKİNCİ BÖLÜM: AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AYRIMCILIKLA MÜCADELE ÖRNEĞİ OLARAK 2000/78 SAYILI DİREKTİF.....	36
I. AMAÇ VE KAPSAM.....	36
1- DİREKTİFİN AMACI	36
2- EŞİT MUAMELE İLKESİNİN KORUNMASI İÇİN ASGARİ GEREKLİLİKLER.....	37
3- DİREKTİFİN KAPSAMI	39
A. DİREKTİFİN UYGULAMA ALANI.....	40
a. İstihdama Erişim	40
b. Mesleki Eğitim ve Rehberlik	42
c. İşten Çıkarma	43
d. Çalışma Koşulları.....	44
e. Ücret.....	44
f. Mesleki Kuruluşlarda Yer Alma	45
B. DİREKTİFTE ÖNGÖRÜLEN İSTİSNALAR	46
a. Uyrak Temelli İstisna.....	47
b. Sosyal Güvenlik Hakları Ve Ödemeleri	47
c. Silahlı Kuvvetler	48
II. AYRIMCILIK YASAĞI VE DEROGASYONLAR	50
1- AYRIMCILIK YASAĞI.....	50
A. DOĞRUDAN AYRIMCILIK.....	51
B. DOLAYLI AYRIMCILIK.....	53
C. TACİZ VE TALİMAT.....	56
2- MESLEKİ GEREKLİLİK SEBEBİYLE AYRIMCILIK	57
3- ENGELLİLERİN İSTİHDAMA ERİŞİMİ AMACIYLA UYUMLAŞTIRMA	65
4- POZİTİF EYLEM (POZİTİF AYRIMCILIK)	71
III. HAK ARAMA YOLLARI VE UYGULAMA	78
1- HAKLARIN KORUNMASI	78
2- İSPAT YÜKÜ.....	83
3- MAĞDURLAŞTIRMA	88
SONUÇ	91

KAYNAKÇA.....	93
ÖZET	104
ABSTRACT	105



KISALTMA LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma
ABTHş	: Avrupa Birliği Temel Haklar şartı
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ATA	: Avrupa Topluluğu Antlaşması
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Ayrımcılık bir grup içerisindeki bireylere kişisel özellikler dikkate alınmaksızın sırf o gruba dahil olması nedeniyle başka bir gruptaki insanlara kıyasla farklı muamelede bulunulmamasına yönelik yapılan fiiller olarak tanımlanabilmektedir. Ayrımcılığa yönelik mücadele ise ilk yıllarında Avrupa Birliği'nin (AB) temel amaçlarından ve politikalarından biri olmamıştır.¹ Zira bu yıllarda AB, temel olarak ekonomik temeller üzerine kurulu olup² sosyal konulara ilişkin düzenlemeler bakımından üye devletlere müdahale etme amacı bulunmamıştır. Bu yıllarda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından verilen kararlarda ise özellikle hukukun genel ilkeleri kavramına yer verilerek ayrımcılıkla mücadele alanında sosyal temeller gözetilmiştir.³

Yirminci yüzyılın sonlarına gelinmesi ile birlikte ise AB'nin yegane ekonomik amacı değişmiştir. Bu kapsamda AB'nin AİHS ve hukukun genel ilkelerinde tanımlanan temel haklara saygılı ve bu haklar üzerine kurulu olduğu kurucu antlaşmalarda yer edinmiştir.⁴ Amsterdam Antlaşması ile ilk kez açık bir şekilde AB'nin ayrımcılıkla mücadele edeceği düzenlenmiştir.⁵

AB'nin kuruluşunda bulunan ekonomik amacın yanına ayrıca sosyal amacı da eklemesinin temel bazı nedenleri bulunmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, AB'nin süreç içerisinde gelişmesinden bahsedilebilir. Nitekim kurulduğu tarihten itibaren sürekli gelişen AB'nin entegrasyon sınırı ekonomik alan yanında siyasi alanı da içine alacak şekilde genişlemeye başlamış, bunun sonucunda da AB'nin temel hakları koruma altına alması bir zorunluluk halini almıştır.⁶ Bunun yanında yirminci yüzyılın sonlarında Doğu Bloğunun dağılması ve Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin AB'ye katılma ihtimalinin doğması ile özellikle temel ve sosyal haklar konusunda bu ülkelerde bulunan eksikliklerin yaşatabileceği tehlikeler

¹ BAYKAL Sanem (2013), Avrupa Birliğinde Ombudsman Kurumu: Siyasi Bütünleşme ve Genişleme Çerçevesinde Bir İnceleme, Siyasal Kitabevi, Baskı: 1, s. 61.

² GÜL İdil & KARAN Ulaş (2011), Ayrımcılık Yasası, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, (Editörler: Burcu Yeşiladalı - Gökçeçim Ayata) İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, Baskı: 1, s. 72.

³ Örnek kararlar için bkz. Case C-29-69, Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, para. 7, ECLI:EU:C:1959:57; Case C-43/75 Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECLI:EU:C:1976:56.

⁴ Avrupa Tek Senedi, OJ L169, Volume 30, 29.06.1987; Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma m. F(2) OJ C191, 29.7.1992; Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması, m. 6. OJ C340, 10.11.1997

⁵ Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması, m. 13.

⁶ BAYKAL, s. 62.

de AB'nin yeni bir adım atma ihtiyacını doğurmuştur.⁷ Bu süreçler sonrasında ayrımcılıkla mücadele konusunda pek çok düzenleme yürürlüğe girerek sosyal alanda ve istihdam alanında ayrımcılık fiillerinin sona erdirilebilmesi amaçlanmıştır.

Bu tezin amacı AB hukukunda ayrımcılıkla mücadeleyi, 2000/78 sayılı Direktif özelinde örneklendirerek, incelemektir. Dolayısıyla, bu tezle ulaşılmak istenen hedeflerden ilki AB'de ayrımcılıkla mücadele alanının tarihsel olarak nereden nereye geldiğini görmek, ABAD kararlarının bu konudaki gelişime nasıl etki ettiğini ve bu kapsamda yürürlükte olan düzenlemeleri genel hatlarıyla incelemektir. İkinci hedef ise ayrımcılıkla mücadeleyi iş ve istihdam alanıyla sınırlı tutan 2000/78 sayılı direktifi⁸ ABAD kararları ile birlikte incelemektir. Dolayısıyla bu çalışma, ABAD kararlarının iş ve istihdam alanında ayrımcılıkla mücadele bakımından AB hukukunu nasıl şekillendirdiğinin anlaşılması konusunda da bir fırsat sunacaktır. Bu kapsamda da bu çalışmada AB hukukunda bulunan ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin kuralların incelenmesi istihdam alanıyla sınırlı tutularak bu konuda nispeten daha detaylı bilgiler sunması amaçlanmaktadır.

Bu hedefler uyarınca tezin ilk kısmında AB hukukunda ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin kuralların nasıl geliştiği, ABAD kararlarının bu süreçte nasıl bir etkiye sahip olduğu, birincil ve ikincil hukuk kaynaklarında hangi düzenlemelerin yapıldığı ve 2000 yılı direktiflerinin öneminin ne olduğu anlatılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın ikinci kısmında ise iş ve istihdam alanında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin yasakları, yükümlülükleri ve bu tür fiillere maruz kalan kişilerin başvurabilecekleri hak arama yollarını düzenleyen 2000/78 sayılı Direktif ABAD kararları ışığında incelenmiştir.

⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. BAYKAL Sanem & GÖÇMEN İlke; Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Kasım 2016, Seçkin Yayıncılık, Baskı: 1, s. 116.

⁸ 2000/78 sayılı İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren Direktif, OJ L 303, 2.12.2000 (Türkçe Metin: İnsan Hakları Kurullarının Desteklenmesi ve Kadın Hakları Projesi; Temel Haklar Şartı, Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği direktifleri, TİHEK, (Erişim Linki: https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf).

BİRİNCİ BÖLÜM: AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA AYRIMCILIK MÜCADELE

Ayrımcılık, bir grup içerisindeki bireylere kişisel özellikler dikkate alınmaksızın sırf o gruba dahil olması nedeniyle başka bir gruptaki insanlara kıyasla farklı muamelede bulunulmasıdır.⁹ Bir ayrımcılık fiili bir toplulukta bulunan pek çok kişiyi etkileyebileceği gibi aynı zamanda tekil olarak bireylerin etkilenmesine de sebep olabilir. Bu bakımdan bir fiilin ayrımcı nitelikte kabul edilebilmesi için aynı anda pek çok kişiyi etkilemesi şart olmamakta, tek bir kişiyi etkilemesi ayrımcılık bakımından yeterli görülmektedir.

Gelişmiş hukuk sistemlerinde ise ayrımcılık içeren fiillerle ve durumlarla mücadele edilmesi gerektiği kural altına alınmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele ise bir kişi veya gruba yönelik ayrımcılık içeren durumların önlenmesi ve ayrımcılık mağdurlarının korunması için yapılanlar ve buna yönelik yasaklar olarak tanımlanabilmektedir. AB hukukunda da bu konuda bazı düzenlemelere yer verilerek ayrımcılık, mücadele edilmesi gereken bir alan olarak kabul edilmiş ve bu tip fiiler yasaklanmıştır.

Ayrımcılıkla mücadele alanında AB hukuku özelinde çalışmamızın birinci bölümünde bahsedilecek iki temel başlık ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki tarihsel gelişim olup ayrımcılıkla mücadeleye yönelik AB hukuku bünyesindeki kuralların gelişim süreci ve bugünkü haline nasıl geldiği bu kapsamda değerlendirilecektir. İkincisi ise hukuki kaynaklara ilişkindir. AB hukukunun kaynaklarında ayrımcılıkla mücadele kapsamında ne tip düzenlemelerin bulunduğu ve ne tür kurallara yer verildiği hukuki kaynaklar başlığı altında incelenecektir.

I. AVRUPA BÜTÜNLEŞMESİNDE AYRIMCILIKLA MÜCADELENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Avrupa devletlerinin uzun yıllar boyunca zarar görmesine sebep olan savaşlar sonrasında Avrupa’da bir barış ortamı tahsis etmek için başlayan çalışmalar neticesinde somut sonuçlar elde edilmeye başlanmıştır. İlk olarak 1952 yılında Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu adı altında altı ülkenin (Fransa, Federal Almanya, Hollanda, İtalya, Lüksemburg) katılımı ile

⁹ METİN Banu (2018), İşgücü Piyasasında Yaşa Dayalı Ayrımcılık Sorunu ve Yaşa Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele: ABD ve AB Uygulamaları Çerçevesinde Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 18, ss. 72-89. s. 72.

başlayan¹⁰ süreç, 2007 yılında imzalanan Lizbon Antlaşması sonucunda bugünkü haline evrilmiştir. Bu süreç içerisinde, 1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması ise AB hukukunda sosyal hakların gelişimi bakımından önemli bir dönüm noktası olmuştur. Çalışmamızı ilgilendirdiği şekilde AB'nin ayrımcılıkla mücadele alanındaki tarihsel gelişimini üçe ayırabilmemiz mümkündür. Bu temelde ilk olarak AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele süreçlerinde ne gibi gelişmelerin yaşandığı incelenecektir.

1- ROMA ANTLAŞMASINDAN AMSTERDAM ANTLAŞMASINA KADAR YAŞANAN GELİŞMELER

1957 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması (AETA) sonrasında kurulan AET ile üye devletler arasında ortak pazarın kurulması ve ekonomik politikaların yakınlaştırılması amaçlanmıştır.¹¹ Bu kapsamda AET'nin asıl ve tek amacının adından da anlaşılacağı üzere ekonomik olduğundan bahsedilebilecektir. Nitekim AETA incelendiğinde sosyal amaçlarla bir düzenleme yapılmadığı görülebilecektir.¹² AETA'da ayrımcılıkla mücadele kapsamında değerlendirilebilecek tek düzenleme 119. maddedir.

“Her üye devlet ilk aşamada, aynı iş için kadın ve erkek işçilere eşit ücret ödenmesi ilkesinin uygulanmasını temin eder ve daha sonra bu uygulamayı sürdürür.

İşbu maddenin amaçları doğrultusunda ücret, işçinin yaptığı iş karşılığında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ve ister nakdi ister ayni olsun işvereninden aldığı temel veya asgari ücret ya da maaş ve herhangi bir başka bedel anlamına gelir.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık olmaksızın eşit ücret şu anlama gelir:

a) Aynı iş için parça başı ücretin aynı ölçü birimine göre hesaplanması ve

b) Aynı iş için harcanan mesaiye göre ücretin aynı olması”

¹⁰ Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:EN:PDF> Erişim Tarihi: 26.07.2023.

¹¹ Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma m. 2, 3.

¹² AKSAÇ Gizem Tanay & ŞENYURT AKDAĞ Arzu (2015), Ayrımcılık ve Engelli Hakları, Engelli Kadın Derneği, s. 8.

Buna göre söz konusu madde her ne kadar bakıldığında gerçekten de kadın erkek arasındaki eşitsizliğin önlenmesine ilişkin bir düzenleme içermekte ise de AB'nin buradaki amacı adil rekabetin sağlanması olduğundan temelinde ekonomiktir.¹³ Nitekim işçilerin ücretleri bakımından cinsiyet temelinde ayrımcılık yapmayan bir üye devletin üretim maliyetleri ayrımcılık yapan bir üye devlete kıyasla daha yüksek olacaktır. Bu nedenle de üye devletlerin bu konuda aynı şekilde hareket etmesi üretim maliyetleri konusundaki eşitliğin sağlanması bakımından önem arz edecektir.

Lakin bu süreç içerisinde her ne kadar yürürlükte bulunan düzenlemelerde ayrımcılıkla mücadeleyle yönelik hükümler ekonomik bir amaç taşımış olsa da ABAD'ın vermiş olduğu kararlarda bu durum farklıdır. Nitekim ABAD ayrımcılıkla mücadele edilmesine yönelik kuralları sadece ekonomik değil, sosyal bir anlam ifade edecek şekilde yorumlamıştır.¹⁴ Bu kapsamda ABAD tarafından ayrımcılıkla mücadele konusunda verilen kararların “*ad hoc*”¹⁵ olarak geliştiği söylenebilmektedir.¹⁶ ABAD'ın sosyal bir yorum yaparak vermiş olduğu ilk karar ise *Stauder* kararıdır¹⁷. ABAD bu kararında önüne gelen bir konu ile ilgili yapılacak yorumların temel insan haklarına hâlel getirecek bir unsur içermeyeceğini belirtmiştir.¹⁸

Stauder kararından başka ABAD'ın 1976 tarihli *Defrenne* kararı¹⁹ da eşitlik ilkesi ile hukukun genel ilkeleri kavramlarını ilişkilendirdiği için önem arz etmektedir. Bu kapsamda söz konusu kararda ABAD eşit ücreti düzenleyen AETA'nın 119. maddesinin çift amacının bulunduğu;²⁰ buna göre hükmün ilk amacının üye devletler arasındaki rekabeti korumak,²¹ ikinci amacının ise AB'nin sosyal hedeflerine ulaşmak olduğuna kanaat getirmiştir.²² Bu nedenle de ABAD eşit ücret ilkesinin AB'nin temel bir ilkesi olduğunu belirtmiş²³ ve bu ilkenin kişiler arasındaki iç ilişkiler için de geçerli olduğuna hükmetmiştir.²⁴ Bakıldığı zaman ABAD'ın bu kararı ile ekonomik amaçlarla konulmuş bir hükmü sosyal amaçla yorumlayarak

¹³ GÜL & KARAN, s. 72.

¹⁴ Bu konuda bir istisna olarak bkz. Case C-1/58 Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community. para. 27, ECLI:EU:C:1959:4.

¹⁵ Ad Hoc: Amaca Özel, Niyete Mahsus.

¹⁶ ATA Funda Keskin (2013), Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Siyasal Kitabevi, s. 18.

¹⁷ Case C-29-69, Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, ECLI:EU:C:1959:57.

¹⁸ *Stauder*, para. 7.

¹⁹ Case C-43/75 Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECLI:EU:C:1976:56.

²⁰ *Defrenne*, para. 8.

²¹ *Defrenne*, para. 9.

²² *Defrenne*, para. 10.

²³ *Defrenne*, para. 12.

²⁴ *Defrenne*, para. 39.

hukuken tüm ilişkilerde bu amaç gözetilerek hareket edilmesi gerektiğini belirtmesi önem arz etmektedir. Zira bu karar ayrımcılıkla mücadele bakımından sosyal bir amaç izlenmesi gerektiğine yönelik ilk ABAD kararı olup AB'nin bu alandaki gelişimine öncü olmuştur. Bunun yanında ABAD tarafından bu konuda yirmi birinci yüzyılda verilen *Schröder* ve *Mangold* kararlarından çalışmamızın ilerleyen aşamalarında bahsedilecektir.

ABAD'ın AB'nin sosyal bir amaç gütmeye bu dönemdeki sosyal temelli kararlarında dayanak olarak hukukun genel ilkelerini gösterdiği anlaşılabilmektedir. Nitekim ABAD hukukun genel ilkelerini, bir bakıma AB'nin anayasası olarak görmüş ve birincil düzeydeki kaynaklarla bu ilkelerin eşit derecede önemli olduğunu kabul etmiştir.²⁵ Bu sayede de ABAD, AB hukukunun uygulanması ve çıkartılan normların özüne uygun bir şekilde yürürlüğe geçirilebilmesi için hukukun genel ilkelerini aktif bir şekilde kullanmıştır. ABAD'a göre hukukun genel ilkelerine aykırı şekilde yapılan düzenlemeler kabul edilemez niteliktedir.²⁶ Hukukun genel ilkelerinin kaynağı ise üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ve üye devletlerce taraf olunan uluslararası antlaşmalarda kabul edilen kurallardan gelmektedir. Bunun yanında farklı ulusal hukuk sistemleri arasında bir konudaki yaklaşma ne kadar fazla olursa genel bir hukuk ilkesinin kabul edilme olasılığı daha da artmaktadır.²⁷

Özellikle Amsterdam Antlaşmasına kadar olan süreçte sosyal hakların korunmasına yönelik temel mekanizmanın ABAD kararları olduğu görülse de bu dönem içerisinde sosyal haklar konusunda başka bazı gelişmeler de yaşanmıştır. Nitekim bu kapsamda ilk olarak 1987 yılında imzalanan ATS ile sosyal anlamda gelişmelerin başlamasına yönelik açık bir düzenleme eklenmiştir. Buna göre antlaşmanın giriş kısmında uluslararası anlamda kabul edilen özellikle eşitlik, toplumsal adalet ve özgürlükler anlamında temel insan haklarının geliştirilmesine çaba sarfedileceği hüküm altına alınmıştır.²⁸

1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşmasıyla ise sosyal anlamda bazı alanlarda düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre sosyal politikalar bakımından hassas olan konulara yönelik alınması gereken kararların oybirliği ile alınmasına ilişkin bir prosedür değişikliği

²⁵ ELLIS Evelyn&WATSON Philippa (2012), EU Anti-Discrimination Law, Oxford EU Law Library, Second Editions, s. 99.

²⁶ Case C-44/79, Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz. para.15, ECLI:EU:C:1979:290; Case C-5/88, Wachauf v Germany, para. 17, ECLI:EU:C:1989:321.

²⁷ KOEN Lenaerts (2003), Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, Cambridge University Press, Cilt: 52, Sayı: 4, ss. 873-906, s. 886.

²⁸ Avrupa Tek Senedi, OJ L169, Volume 30, 29.06.1987.

yaşanmıştır.²⁹ Yine Maastricht Antlaşması ile temel haklar konusunda bulunan kurallara ekleme yapılarak temel hakların gelişmesi sağlanmıştır. Bu bakımdan AB'nin AİHS'in belirtmiş olduğu ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara saygılı olacağı da düzenlenmiştir.³⁰

Bu doğrultuda Maastricht Antlaşması sonrası AİHS'e katılmak için harekete geçen AB, mevcut haliyle katılıp katılamayacağı konusunda ABAD'dan görüş alma yoluna gitmiştir. ABAD ise 1994 yılında hazırlamış olduğu görüşü ile AB'nin sınırlı bir yetkisinin bulunduğunu ve yetki çerçevesinde AİHS'e katılma yönelik kurucu antlaşmalarda bir yetki olmadığını, bu nedenle de AİHS'e kurucu antlaşma değişikliği yapılmaksızın katılamayacağını belirtmiştir.³¹ ABAD'ın kararı sonrası uzunca bir süre AİHS'e katılma yetkisi bulunmayan AB'nin, bu sorunu çözmek için Lizbon Antlaşmasını beklemesi gerekmiştir.

Dolayısıyla da sonuç olarak ilk kurulduğu yıllarda sosyal hakları koruma konusunda bir amacı bulunmayan AB'nin sosyal hakların korunmasını ABAD'ın kararları ile sağladığı ancak bu durumun imzalanan ATS ve Maastricht Antlaşması ile yavaş yavaş değişmeye başladığı söylenebilecektir. Her ne kadar anılan antlaşmalarda sosyal haklar bakımından temel düzeyde hükümler yer alsa da bu konuda en büyük adım Amsterdam Antlaşması ile atılmıştır.

2- AMSTERDAM ANTLAŞMASINDAN LİZBON ANTLAŞMASINA KADAR OLAN SÜREÇ

Kurulduğu tarihten itibaren sürekli gelişen AB'nin entegrasyon sınırı ekonomik alan yanında siyasi alanı da içine alacak şekilde genişlemeye başlamış, bunun sonucunda da AB'nin temel hakları koruma altına alması bir zorunluluk halini almıştır.³² Yine aynı şekilde Doğu Bloğunun dağılması ve Doğu Avrupa ülkelerinin AB'ye katılma ihtimalinin doğması ile özellikle temel ve sosyal haklar konusunda bu ülkelerde bulunan eksikliklerin yaşatabileceği tehlikeler AB'ye yeni bir adım atma ihtiyacını doğurmuştur.³³ Bu bakımdan da yirminci

²⁹ Avrupa Birliği Kuran Antlaşma m. 126.

³⁰ Avrupa Birliği Kuran Antlaşma m. F(2).

³¹ Opinion 2/94, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ga/TXT/?uri=CELEX:61994CV0002>) (Erişim Tarihi:31.07.2023).

³² BAYKAL Sanem, Avrupa Birliğinde Ombudsman Kurumu: Siyasi Bütünleşme Ve Genişleme Çerçevesinde Bir İnceleme, s. 62.

³³ BAYKAL Sanem & GÖÇMEN İlke; Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Kasım 2016, Seçkin Yayıncılık, Baskı: 1; s. 116.

yüzyılın sonlarında ATS ile AB’de başlayan bu süreç Amsterdam Antlaşması ile birlikte önemli bir duruma evrilmiştir.

Her ne kadar Amsterdam Antlaşmasının imzalandığı tarihe kadar ABAD kararları ile AB bünyesinde ayrımcılık yasağının da dahil olduğu sosyal haklar koruma altına alınmaya çalışılmışsa da bu konuda AB hukukunda bir kodifikasyon olmaması büyük bir sorun olarak görülmüştür.³⁴ Zira ABAD sürekli olarak temel haklar konusunda kararlar verse de, ABAD’ın bu olaylarda hangi kaynaklara dayandığı belli değildir.³⁵ Bu bakımdan tüm AB bünyesinde asgari standartların sağlanabilmesi adına içerisinde ayrımcılıkla mücadele hususlarının da bulunduğu temel haklar bakımından bazı düzenlemeler yapılmaya başlanılmıştır.

1997 yılından imzalanan Amsterdam Antlaşması ile pek çok kurumsal ve esaslı düzenlemenin yanında insan hakları konusunda da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda AB’nin AİHS ve hukukun genel ilkelerinde tanımlanan temel haklara saygılı ve bu haklar üzerine kurulu olduğunu belirtilmiştir.

“Birlik, üye devletlerin ortak ilkeleri olan hürriyet, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kurulmuştur.

*Birlik 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Konvansiyonu ile garanti altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklara Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak saygı gösterir.”*³⁶

İşbu çalışmayı ilgilendirdiği şekilde ayrımcılıkla mücadele konusunda asıl önemli düzenleme yine antlaşma kapsamında detaylı bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

“Konsey, bu Antlaşmanın diğer hükümlerine zarar vermeksizin ve Topluluğa antlaşma tarafından tanınan yetkilerin içinde kalarak, Avrupa Komisyonunun önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosuna danıştıktan sonra oybirliğiyle hareket ederek, cinsiyet, ırk ve etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel

³⁴ METİN Yüksel (2002), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, ss. 35-63, s. 40.

³⁵ METİN Yüksel, s. 40.

³⁶ Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması, m. 6.

konuma dayanan ayrımcılıkla mücadele etmek için uygun girişimlerde bulunabilir.”³⁷

Düzenlenen bu hükümle mücadele edilmesi gereken ayrımcılık türlerinin AB’nin ilk yıllarında kabul edilen şekilde sadece cinsiyet temelinden çıkartılması sağlanmıştır. Yaş, din, etnik köken, ırk, cinsel yönelim ve engellilik de bu kapsamda mücadele edilmesi gereken ayrımcılık alanları olarak kabul edilmiştir. Bu sayede AB’ye ayrımcılıkla mücadele için yeni yetkiler verilirken korunan ayrımcılık temelleri çoğaltılmıştır. Bu bağlamda, AB’nin ayrımcılıkla mücadelesi, AB’de daha kapsayıcı bir hal almış, yalnızca üye devletlerin vatandaşları arasında yatay olarak değil, aynı zamanda üye devletlerde bulunan farklı vatandaş grupları arasında dikey olarak da uygulanacak bir kural haline gelmiştir.³⁸

Bunun yanında AETA’da da düzenlendiği üzere iş hayatında cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine ilişkin kurallar da Amsterdam Antlaşmasında açıkça yer almıştır. Lakin işbu antlaşmada cinsiyet temelli ayrımcılık sadece ücret konusu ile sınırlandırılmamış, oluşabilecek her türlü cinsiyet ayrımcılığı 141. madde kapsamında yasaklanmıştır. Nitekim

“Her Üye Devlet, kadın ve erkek işçilere aynı iş ve aynı değere sahip iş için ücret eşitliği ilkesinin uygulanmasını sağlar.”

hükmü aynı AETA’nın 119. maddesinde düzenlenen şekilde eşit ücret konusunda bir düzenleme yapmışsa da Antlaşmanın 3. maddesinde düzenlenen

“Bu maddede belirtilen tüm faaliyetlerde, Topluluk, erkekler ve kadınlar arasında eşitsizliği gidermeyi ve eşitliği geliştirmeyi amaçlar.”

hükmü ve yine 141. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında bulunan

“Konsey, 251. maddede belirtilen usul uyarınca hareket ederek ve Ekonomik ve Sosyal Komiteye danıştıktan sonra, aynı iş veya aynı değere sahip iş için aynı ücret

³⁷ Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması, m.13.

³⁸ BELAVUSAUK Uladzislau & HENRARD Kristin (2019), A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives, German Law, Cilt: 20, Baskı: 5, ss. 614-636, s. 620.

ilkesi dahil olmak üzere, istihdam ve meslek konularında erkekler ve kadınlara eşit fırsatlar ve eşit muamele ilkelerinin uygulandığını temin eden önlemleri alır.

Çalışma hayatında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak için eşit muamele ilkesi, üye devletlerin az sayıda temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesi veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli avantajlar sağlayan önlemleri muhafaza veya kabul etmelerini engellemez.”

hükümleri cinsiyet anlamındaki eşitliğin istihdam ve meslek alanındaki tüm konular açısından geçerli olduğunu ve üye devletlerin bu konuda pozitif eylemler de dahil olmak üzere hareket edebileceklerini hüküm altına almıştır.

Amsterdam Antlaşması ile ayrımcılık yasağı konusunda bu denli açık ve emredici hükümlerin bulunması sonuç olarak içerisinde bu çalışmamıza konu olan 2000/78 sayılı direktifin de dahil olduğu ikincil hukuk kaynaklarında yeni düzenlemeler yapılmasını sağlamıştır.³⁹ Ayrıca Amsterdam Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte AB tarafından bazı hedefler de belirlenmiştir. Buna göre;

- Ayrımcılık türlerini ve yoğunluğunu anlamak, ayrımcılıkla mücadele için alınan önlemlerin etkinliğini değerlendirmek ve analiz etmek,
- Üye devletlerde ve AB düzeyinde ayrımcılıkla mücadele etme konusunda bulunan unsurların etkinliğini arttırmak,
- Ayrımcılıkla mücadele konusunda uygulamayı arttırmak, bu konuda mücadele edenlere destek vermek,

AB'nin ayrımcılıkla mücadele konusunda temel hedefleri olmuştur.⁴⁰

AB'nin Amsterdam Antlaşması ile birlikte değişen ve gelişen sosyal hukuk anlayışı bu yıllarda imzalanan bir metinde daha kendisini net bir şekilde göstermiştir. Zira 1999 yılında AB üyeleri temel haklar konusunda detaylı bir metnin hazırlanmasını kararlaştırmış ve bu süreç sonunda birincil kaynaklar içerisinde sayılacak insan hakları konusundaki önemli kaynaklardan

³⁹ İlgili düzenlemeler için bkz 2000/78 sayılı direktif; 2000/43 sayılı Irk veya Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif, OJ L 180, 19.07.2000.

⁴⁰ 2000/750/EC: Council Decision of 27 November 2000 establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006) - OJ L 303, 02/12/2000; GÜL&KARAN, s. 74.

biri olan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı olarak adlandırılan metin 2000 yılında ilan edilmiştir. Ancak bu metnin bağlayıcı etki kazanması hemen mümkün olmamış, metin ilan edildikten 9 yıl sonra Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesi ile AB için bağlayıcı bir hal almıştır.

ABTHŞ'nin AB açısından önemi ise oldukça fazladır. Nitekim Avrupa Komisyonu COM/2000/0559 sayılı⁴¹ tebliğinde Temel Haklar Şartının, AB'nin artık özgürlük, güvenlik ve adalet alanına dönüşen siyasi bir güç olmasından dolayı önemli bir kilometre taşı, AB vatandaşları için hem de ekonomik ve sosyal anlamda vazgeçilmez bir siyasi ve ahlaki meşruiyet aracı ve demokratik toplumlar açısından vazgeçilmez olduğundan bahsederek ABTHŞ'nin önemini vurgulamıştır.⁴²

AB'nin temel haklar konusunda bu şekilde bir metin hazırlaması ise belirli gerekçeler çerçevesinde olmuştur. Nitekim ABAD'ın insan hakları konusundaki kararlarında dayanmış olduğu hukukun genel ilkelerini tedvin ederek somut bir temele dökme isteği ABTHŞ'nin çıkartılmasındaki temel bir gerekçe olarak gösterilebilmektedir.⁴³ Aynı zamanda o dönem tüm üye devletler tarafından imzalanan AİHS'e AB'nin kurumsal olarak taraf olamaması da ABTHŞ'nin çıkartılması bakımından önemli bir nedendir.⁴⁴

Genel olarak bu gerekçelerle hazırlanan ABTHŞ'de, AİHS'te düzenlenen medeni ve siyasal hakların yanında ayrıca ekonomik ve sosyal haklar konusunda da eklemeler yapılmıştır. Ayrımcılık konusunda ise ABTHŞ, Amsterdam Antlaşmasında da olduğu gibi eşitlik ilkesi kapsamında tek olarak bahsedilen cinsiyet eşitliğinin yanına başka pek çok alanda düzenleme getirerek ayrımcılık yasağını istihdam ve cinsiyet temelinden çıkartarak daha geniş bir çerçeveye büründürmüştür.⁴⁵ Bu kapsamda detaylı inceleme çalışmamızın devamında yapılacaktır.

Amsterdam Antlaşması sonrasında 2001 yılında imzalanan Nice Antlaşmasıyla ise AB'nin kurumsal yapısında bazı değişiklikler yapılmıştır. Sosyal anlamda ise Nice Antlaşması

⁴¹ Commission Communication on the Charter of Fundamental Rights of the European Union COM/2000/0559 (Eişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52000DC0559r>)

⁴² para. 8.

⁴³ METİN, s. 40.

⁴⁴ ATA, s. 38.

⁴⁵ Handbook On European Non-Discrimination Law (2018), Edition, Luxembourg: Publications Office Of The European Union, s. 21.

ile iş hayatından dışlanmış kişilerin entegrasyonu ve cinsiyet eşitliğinin sağlanacağı⁴⁶ ve Konsey'in "Sosyal Koruma Komitesi" kuracağı⁴⁷ düzenlemiştir. Ayrıca Nice Antlaşmasına ilişkin yapılan müzakerelerde ABTHŞ'nin kabul edilmesi noktasında tartışmalar yaşanmışsa da bu konuda net bir sonuca varılamamıştır.⁴⁸

Bunun yanında Nice Antlaşmasıyla, "Avrupa Birliği Anayasal Antlaşmasına" yönelik adımlar atılmaya başlanılmıştır. Bunun sonucunda 2004 yılında üye 25 devlet tarafından Avrupa Anayasal Antlaşması imzalanmıştır. İmzalanan Antlaşma metni dört temel başlıktan oluşmakta olup bu temel başlıktan birisi temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkindir. İlgili metinde AB'nin insan onuruna, eşitliğe, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına saygı üzerine kurulu olduğu ve AİHS'e katılacağı belirtilmiş;⁴⁹ AİHS'te ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakların hukukun genel ilkelerinden olduğu kabul edilmiştir.⁵⁰ Bunun yanında Anayasa metninde ayrımcılıkla mücadele bakımından da belli temel düzenlemeler getirilmiştir. Bu konuda AB'nin ayrımcılıkla mücadele edeceği ve kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını teşvik edeceği belirtilmiş,⁵¹ II-81. maddesinde:

"Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer herhangi bir görüş, ulusal bir azınlığa mensubiyet, mülkiyet, doğum, engellilik, yaş veya cinsel yönelime ilişkin ayrımcılık yasaktır.

Anayasa'nın uygulanması kapsamında ve özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla, vatandaşlığa dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır."

şeklinde düzenleme yapılarak AB vatandaşlarının ayrımcılığa maruz kalmamalarına yönelik temel hakları açık bir şekilde koruma altına almıştır.

Bunun yanında mücadele edilmesi öngörülen ayrımcılık fiillerine karşı AB'ye bazı yetkiler de verilmiştir. Buna göre ayrımcılıkla mücadele konusunda AB'nin hukuk

⁴⁶ Nice Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 137, OJ C 080, 10.03.2001.

⁴⁷ Nice Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 144, OJ C 080, 10.03.2001.

⁴⁸ OĞUZLAR Özlem (2006), Avrupa Anayasası, TBB Dergisi, Sayı: 65, ss. 173-188, s. 181, 182.

⁴⁹ Avrupa Anayasal Antlaşması m. I-2; OJ C 310, 16.12.2004.

⁵⁰ Avrupa Anayasal Antlaşması m. I-9.

⁵¹ Avrupa Anayasal Antlaşması m. I-3.

düzenlemeleri oluşturulabileceği, önleyici tedbirler alabileceği ve eşitlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için teşvik edici fiillerde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır.⁵²

Yukarıda bahsedilen temeller ölçüsünde temel haklar ve ayrımcılıkla mücadele bakımından geniş ve kapsamlı düzenlemeler içeren Avrupa Anayasal Antlaşması, üye devletlerden bazılarında yapılan referandum neticesinde Fransa ve Hollanda tarafından kabul edilmemiş,⁵³ temel haklar ve ayrımcılıkla mücadele bakımından geniş ve kapsayıcı olan bu Antlaşma yürürlüğe girememiştir. Lakin Antlaşma metninde bulunan federatif devlete doğru dönüşme algısını doğurabilecek düzenlemeler hariç diğer düzenlemeler, temel haklar ve ayrımcılıkla mücadele ile ilgili olanlar dahil, 2007 yılında imzalanacak Lizbon Antlaşmasına aktarılmıştır.⁵⁴

3- LİZBON ANTLAŞMASI VE SONRASINDAKİ DÖNEM

Avrupa Anayasal Antlaşmasının yürürlüğe girememesi sonucunda ortaya çıkan belirsizliğin çözümüne yönelik 2007 yılında Lizbon Antlaşması imzalanmıştır. Lizbon Antlaşması ile kurumsal ve sosyal anlamda birtakım değişiklikler yapılmıştır. Temel haklar ve ayrımcılıkla mücadele bakımından ABTHŞ'nin kabul edilmesi,⁵⁵ AB'nin AİHS'e katılmakta yetki ve görev üstlenmesi⁵⁶ ve pek çok diğer detaylı düzenleme Lizbon Antlaşması ile hüküm altına alınmıştır. Bu konudaki detaylı inceleme çalışmamızın devamında yapılacaktır.

Lizbon Antlaşması sonrasındaki süreçte ise Lizbon Strateji hedeflerine uygun şekilde 2007 ile 2013 yılları arasında uygulanan “İlerleme” sürecine geçilmiştir.⁵⁷ Söz konusu süreç ile istihdam, sosyal politika, çalışma koşulları ve ayrımcılıkla mücadele konularında düzenlemeler getirilerek sosyal ve istihdam alanında gelişmeler sağlamak amacıyla içinde mali destek de olan pek çok tedbirin alınması kararlaştırılmıştır. Şu aşamada ise AB'nin ayrımcılıkla aktif bir

⁵² Avrupa Anayasal Antlaşması m.III-123, III-124.

⁵³ BAYKAL& GÖÇMEN, s. 125.

⁵⁴ AYZ Erhan (2018), Avrupa Birliği Anayasalaşma Süreci ve Lizbon Antlaşması'nın Demokrasi Açığı Sorunu Açısından Değerlendirilmesi, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 55, s. 220, 221.

⁵⁵ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 6; OJ C 326, 26.10.2012.

⁵⁶ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşması m.6.

⁵⁷ Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/community-programme-for-employment-and-solidarity-progress-2007-2013.html>

mücadele içinde olduğu söylenebilmektedir. Nitekim AB; cinsiyet,⁵⁸ cinsel yönelim,⁵⁹ ırk⁶⁰ ve engellilik temelinde⁶¹ ayrımcılığın önlenmesine yönelik strateji belgeleri düzenleyerek aktif olarak AB sınırları içerisinde yaşanan ayrımcılık içerir fiiller ile mücadele içinde bulunacağını açıkça göstermiştir.

II. AYRIMCILIKLA MÜCADELE KONUSUNDA AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KAYNAKLARI

Üye devletlerin egemenlik haklarından bazılarını devretmeleri sonucu kurulan AB’de hem AB’nin hem de üye devletlerin ortak düzenleme yapabileceği alanlardan biri ayrımcılıkla mücadele alanıdır. Bu kapsamda da AB kendi içerisinde ve üye devletlerde ayrımcılıkla mücadele edilebilmesi için uygulanması ve gözetilmesi gereken kuralları belirleyerek uyulması gereken davranışları garanti etmeye çalışmaktadır. Zira AB müktesabatında özellikle yirminci yüzyılın sonları ve yirmi birinci yüzyılın başlarında ayrımcılıkla mücadele konusunda pek çok düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemelerle ayrımcılığın pek çok çeşidi yasaklanarak temel haklar konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır.

Bu başlık altında ayrımcılıkla mücadeleye ilişkin AB müktesabatı içerisindeki birincil hukuk kaynaklarının ne olduğundan bahsedilerek şu aşamada ne tür hükümler içerdiği açıklanacaktır. Sonrasında birincil veya ikincil hukuk kaynağı olarak sınıflandırılmayacak ancak AB açısından önem arz eden uluslararası antlaşmalara yer verilecektir. Son olarak ise yürürlükte bulunan ikincil hukuk kaynakları olan ve 2000 yılı eşitlik direktifleri olarak anabileceğimiz ayrımcılıkla mücadele direktiflerine yer verilerek bu direktiflerin AB açısından öneminden bahsedilecektir.

1- BİRİNCİL HUKUK KAYNAKLARI

AB’nin kurucu antlaşmaları, kurucu antlaşmaları değiştiren antlaşmaları, katılım antlaşmaları ve antlaşmalara ekli protokolleri AB’nin “birincil” olarak adlandırılan temel hukuk kaynaklarını oluşturmaktadır.⁶² Bunun yanında Lizbon Antlaşması ile bir düzenleme

⁵⁸ Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

⁵⁹ Erişim Linki: https://commission.europa.eu/system/files/2020-11/lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf

⁶⁰ Erişim Linki: https://commission.europa.eu/system/files/2020-09/a_union_of_equality_eu_action_plan_against_racism_2020-2025_en.pdf

⁶¹ Erişim Linki: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes>

⁶² BAYKAL& GÖÇMEN, s. 361.

yapılarak ABTHŞ'nin de kurucu antlaşmalarla aynı hukuki değere sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.⁶³ Yine aynı şekilde hukukun genel ilkeleri de antlaşma hükümleri ve ABAD'ın istikrar kazanmış kararları⁶⁴ uyarınca birincil hukuk kaynakları içerisinde yerini almıştır. Birincil hukuk kaynaklarının en önemli özelliği ise AB müktesebatında normlar hiyerarşisi bakımından en üst kaynak olarak kabul edilmeleridir.⁶⁵

A. KURUCU ANTLAŞMALAR

Birinci başlıkta da belirtilmiş olduğu üzere Amsterdam Antlaşmasından sonra AB'nin insan hakları ve sosyal haklar konusunda bakış açısı değişime uğramıştır. Bu kapsamda AB hukukunda asıl konumuzu ilgilendirdiği şekilde ayrımcılıkla mücadele konusunda yeni düzenlemeler yapılmaya başlanılmıştır.

AB'nin günümüzdeki durumuna büyük ölçüde evrilmesini sağlayan Lizbon Antlaşması ile "Avrupa Bütünleşmesine" bazı yenilikler getirilmiştir. Kurumsal anlamda yapılan belki de en önemli değişiklik ise Avrupa Birliği'nin ve Avrupa Topluluğunun o zamana kadar sahip olduğu ayrı tüzel kişiliklerin birleştirilmesi ve AB'nin Topluluğun yerine geçmesidir.⁶⁶

Temel haklar çizgisinde ise Lizbon Antlaşması ile AB'nin insan haklarına saygılı olduğu ve sosyal bir temele dayanmış olduğu hüküm altına alınmıştır.

*"Birlik, insan onuruna saygı, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dahil olmak üzere insan haklarına saygı değerleri üzerine kuruludur. Bu değerler, çoğulculuk, ayrımcılık yapmama, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliğinin hakim olduğu bir toplumda üye devletler için ortaktır."*⁶⁷

Bu doğrultuda eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkeleri de aynı şekilde Lizbon Antlaşması ile daha da güçlü bir konuma gelerek bu konudaki kurallar gelişmiştir. Nitekim Lizbon

⁶³ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m.6; OJ C 202/1, 07.06.2016.

⁶⁴Bu konudaki kararlar için bkz. Case C-149/10 Zoi Chatzi v Ypourgos Oikonomikon, para.43, ECLI:EU:C:2010:534; Case C-181/84 E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP), para. 20, ECLI:EU:C:1985:359.

⁶⁵ BAYKAL& GÖÇMEN, s. 361.

⁶⁶ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 1, OJ C202, 7.06.2016.

⁶⁷ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 2.

Antlaşmasında açıkça AB bünyesinde eşit muamelenin yaygınlaştırılmasına yönelik mücadelede bulunulması gerektiği ve AB'nin ayrımcılıkla mücadele edeceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

“Birlik, politikalarının ve tedbirlerinin belirlenmesinde ve uygulanmasında, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele için çaba gösterir.”⁶⁸

“Birlik, sosyal dışlanma ve ayrımcılık ile mücadele eder ve sosyal adaleti, sosyal korumayı, kadın-erkek eşitliğini, nesiller arası dayanışmayı ve çocuk haklarının korunmasını destekler.”⁶⁹

Aynı zamanda AETA'da bulunan ücret temelinde cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik düzenlemeler genişletilmiş istihdam alanı da dahil olmak üzere tüm konular bakımından eşitsizliğin önleneceği birincil hukuk kaynaklarında hüküm altına alınmıştır.

“Birlik tüm faaliyetlerinde, erkekler ile kadınlar arasındaki eşitsizliği gidermek ve eşitliği desteklemek için çaba gösterir.”⁷⁰

“Birlik, 151. maddede yer alan amaçları gerçekleştirmek için, üye devletlerin aşağıdaki alanlardaki faaliyetlerini destekler ve tamamlar:

...

İşgücü piyasasındaki fırsatlar ve işyerindeki muamele bakımından kadın ve erkek arasında eşitlik, ...”⁷¹

“Her üye devlet, kadın ve erkek işçilere, aynı veya eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmasını sağlar.”⁷²

⁶⁸ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.10.

⁶⁹ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 3/3.

⁷⁰ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 8.

⁷¹ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 153.

⁷² Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 157.

Aynı zamanda ayrımcılıkla mücadele konusunda ABİHA'nın 19. maddesinde AB'nin ayrımcılıkla mücadele edebilmesi için alabileceği tedbirlere ilişkin usuller de belirlenmiştir. Buna göre AB'nin ayrımcılıkla mücadelenin etkin biçimde yürütülebilmesi için gerekli gördüğü tedbirleri alabileceği Lizbon Antlaşması ile hüküm altına alınmıştır. Bakıldığı zaman ilk olarak Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 13. maddesinde düzenlenen bu konu hakkında, Lizbon Antlaşması ile bazı değişiklikler yapıldığı anlaşılabilecektir. Buna göre Amsterdam Antlaşması döneminde ayrımcılıkla mücadele alanında Konsey gerekli tedbirleri almak için Avrupa Parlamentosuna danışması gerekirken Lizbon Antlaşması sonrası Konsey'in harekete geçebilmesi için Avrupa Parlamentosunun muvafakati gerekmiştir.

“Antlaşmalar’ın diğer hükümlerine hâlel gelmeksizin ve Birliğe Antlaşmalar’da verilen yetkilerin sınırları dahilinde, Konsey, Avrupa Parlamentosu’nun muvafakatini aldıktan sonra, özel yasama usulü uyarınca hareket ederek, oybirliğiyle, cinsiyet, ırk ve etnik köken, dini inanç veya kanaat, engellilik, yaş veya cinsel tercih temelinde yapılan ayrımcılıkla mücadele amacıyla gerekli tedbirleri alabilir.

Birinci paragrafa istisna olarak, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, üye devletlerin kanun ve ikincil düzenlemelerinin uyumlaştırılması hariç olmak üzere, birinci paragrafta belirtilen hedeflere ulaşmaya katkı sağlamak amacıyla üye devletler tarafından girilen eylemleri desteklemek için, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, Birliğin teşvik tedbirlerine ilişkin temel ilkeleri kabul edebilir.”⁷³

Ayrımcılıkla mücadele konusunda yukarıda incelenen maddeler yanında Lizbon Antlaşması ile temel haklar konusunda getirilen diğer önemli bir düzenleme ise ABTHŞ'nin bağlayıcı olarak kabul edilmesi ve AİHS'e katılımın önünün açılmasıdır. ABTHŞ ve AİHS'e ilişkin detaylı bilgiler sonraki başlıklarda detaylı olarak incelenecektir.

“Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg’da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar’la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır.

⁷³ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 19.

...

*Birlik, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne katılır. Bu katılım, Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerinde değişikliğe yol açmaz.*⁷⁴

Dolayısıyla Lizbon Antlaşmasıyla kurumsal yapının yanında içinde ayrımcılıkla mücadelenin de bulunduğu pek çok alan bakımından AETA'dan farklılaştığı söylenebilecektir. Bu süreç içerisinde AB'nin ekonomik amacının yanında sosyal amaç tam olarak kabul edilmiş, AB vatandaşlarının sosyal haklarının korunması AB açısından temel bir vazife olmuştur.

B. AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI

2000 yılında hazırlanan ve 2009 yılında Lizbon Antlaşması ile bağlayıcılık kazanan ABTHŞ yine aynı antlaşma ile kurucu antlaşmalarla aynı seviyede kabul edilerek birincil hukuk seviyesinde bir kaynak olarak AB müktesebatında yerini almıştır.⁷⁵ ABAD da ABTHŞ'nin Lizbon Antlaşması ile bağlayıcı hale gelmesi ile birlikte ABTHŞ'yi kararlarında temel kaynak olarak kullanmaya başlamıştır.

ABTHŞ'nin⁷⁶ hangi alanlarda uygulanacağı ise metinde açık bir şekilde düzenlenmektedir. Nitekim buna göre ABTHŞ hükümleri, sadece AB kurumları, organları, ofisleri, ajansları ve AB hukununun uygulandığı durumlarla sınırlı olmak şartıyla üye devletler açısından geçerlidir. Ancak üye devletler açısından ABTHŞ'nin sadece AB hukuku ile sınırlı tutulması belli bazı tartışmalar yaşatmıştır.⁷⁷ Nitekim üye devletlerin bir fiilinin AB hukuku çerçevesinde yapıp yapılmadığını anlamak her zaman net bir şekilde mümkün olamamaktadır.⁷⁸ Bu bakımdan da her ne kadar bu konuda bazı eleştiriler mevcut olsa da ABTHŞ'de yer alan net hüküm ve ABAD'ın ABTHŞ'nin AB'ye kurucu antlaşmalarda verilen

⁷⁴ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6.

⁷⁵ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6.

⁷⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Dibase, OJ C 326, 26.10.2012; Ayrıca bu konuda bkz. BAYKAL & GÖÇMEN, s. 647.

⁷⁷ BAYKAL & GÖÇMEN, s. 651.

⁷⁸ CRAIG Paul & DE BÚRCA Gráinne (1999); The Evolution of EU Law, Oxford University Press, s. 381.

yetkilerinin ve görevlerinin ötesinde genişletemeyeceğini belirten kararları⁷⁹ dikkate alınırsa bu konunun tartışmaya açık olmadığı görülebilecektir.

Bu Şartın hükümleri, yetki devri ilkesi dikkate alınarak AB kurum, organ, ofis ve ajanslarına ve AB hukukunu uygularken üye devletlerini bağlar. Bunlar, Şartta belirtilen haklara saygı gösterecek, ilkelere uyacak; AB Antlaşmalarında kendisine verilen yetkilerin sınırlarına saygılı bir şekilde ilkelerin uygulanmasını sağlayacaktır.

Bu Şart, AB için yeni yetkiler vermediği gibi Antlaşmaların belirledikleri yetki ve görevlerde değişiklik yapmamaktadır.”⁸⁰

Ayrıca belirtilmelidir ki ABTHŞ’de düzenlenen hakların belli durumlarda sınırlandırılması da mümkündür. Bu hakların hangi durumlarda kısıtlanabileceği metinde tartışmaya yer vermeyecek şekilde hüküm altına alınmıştır.

“Şartta kabul edilen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlandırma, yasada öngörülmeli ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir. Orantılı olma ilkesine tabi olarak sınırlandırmalar sadece gerekli olmaları ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gereksinimine gerçekten hizmet etmeleri koşulu ile uygulanabilir.”⁸¹

Bunun haricinde ABTHŞ’de düzenlenmiş olan haklar kısıtlayıcı veya daraltıcı bir etkiye sahip değildir. Nitekim üye devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda ve anayasalarındaki insan hakları konusundaki düzenlemelerin ABTHŞ’de koruma altına alınan haklardan daha kapsayıcı olması durumunda bu hakların daraltılması söz konusu olmayacaktır.

“Şartta yer alan hiçbir şey, Birlik hukuku ve uluslararası hukuk ve Birlik, Topluluk veya Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi dahil

⁷⁹ Case C- 40/11 Yoshikazu Iida v Stadt Ulm, ECLI:EU:C:2012:69; Case C-617/10 Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson. para. 23, ECLI:EU:C:2013:105.

⁸⁰ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 51.

⁸¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 53.

olmak üzere üye devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla ve üye devletlerin anayasaları ile kendi uygulama alanlarında tanınmış olan insan hakları veya temel özgürlükleri kısıtladığı veya olumsuz şekilde etkilediği şeklinde yorumlanamaz.”⁸²

Bu kapsamda düzenlenen ve temel haklar konusunda AB bünyesinde önemli haklar içeren ve beş temel başlıktan oluşan ABTHŞ’de çalışmamıza konu olan ayrımcılıkla mücadeleyle ilişkin hükümleri Eşitlik başlığını taşıyan III. bölümde düzenlenmektedir. Bu başlık altında düzenlenen hükümler incelendiğinde ise eşitlik ve ayrımcılıkla mücadele ile ilgili kapsayıcı hükümlerin bulunduğu görülebilecektir.

Eşitlik başlığı altında düzenlenen ilk hüküm ise her bireyin yasalar önünde eşit olduğuna yönelik olan genel bir hükümdür. Bu düzenlemenin ardından gelen diğer düzenlemelerde ise eşitlik kavramının geniş bir şekilde ele alındığı görülebilecektir. Zira söz konusu düzenlemeler ile pek çok ayrımcılık türünün açıkça yasaklamasının yanında ayrıca yasaklanan ayrımcılık türlerinin sadece maddede düzenlenen ayrımcılık türleri ile sınırlı olunmadığının ifade edilmesi önem arz etmektedir.

“Yasalar karşısında herkes eşittir.”⁸³

“Cinsiyet, ırk, renk, etnik veya toplumsal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka konulardaki görüşler, ulusal bir azınlığın üyesi olmak, mal, doğum, engellilik/özürlülük, yaş, cinsel eğilimler gibi hususlara dayanılarak ayrımcılık yapılamaz.”⁸⁴

Antlaşmaların uygulanması kapsamında antlaşma hükümlerinden herhangi birine halel getirmeksizin, uyruğa dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.”⁸⁵

“Kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik, istihdam, iş ve ücret konuları da dahil olmak üzere her alanda sağlanmalıdır.”⁸⁶

⁸² Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 53.

⁸³ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 20.

⁸⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 21/1.

⁸⁵ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 21/2.

⁸⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 23/1.

Eşitlik ile ilgili bu ilke, daha düşük düzeyde temsil edilen cinsiyet için özel avantajlar sağlayacak önlemlerin kabul edilip sürdürülmelerini engellemeyecektir.”⁸⁷

Bu düzenlemeler ışığında 2000 yılının AB hukukunda eşitlik ve ayrımcılıkla mücadele ilkelerinin gelişimi açısından önemli bir sene olduğu kabul edilebilecektir. Zira bu yıl içerisinde ABTHŞ’nin yanında ayrıca çalışmamızın devamında bahsedilecek olan eşitlik direktifleri de⁸⁸ hazırlanmıştır. ABTHŞ’de eşitlik ilkesi çerçevesinde düzenlenen hükümler ile ilgili direktiflerde düzenlenen hükümlerin birbirleri ile benzer hükümler içerdikleri, bu direktiflerin ABTHŞ’de düzenlenen bahse konu hükümlerin detaylı hale getirilmesinden kaynaklandığı ise fark edilebilecektir. Nitekim ABAD bu konuda verilen pek çok kararında ABTHŞ’ye ve 2000 yılı eşitlik direktiflerine birlikte temas etmekte, kararlarını bu metinlerdeki hükümlere dayandırmaktadır. Nitekim ABAD bu konuda güncel sayılabilecek bir kararında hem ABTHŞ’nin 20. ve 21. maddesine atıf yaparak cinsiyet ve yaş temelli ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiş, hemen sonrasında ise bu kurala ilişkin 2000/78 sayılı direktifte de bu konuda düzenlemeler yapıldığını ifade ederek cinsiyet ve yaş temelli ayrımcılık yasağına ilişkin hükmünün temelini pekiştirmiştir.⁸⁹

Dolayısıyla da yukarıda bahsedilen açıklamalar dikkate alındığında ABTHŞ’nin AB hukuku kapsamında içerisinde eşitlik ve ayrımcılıkla mücadele ilkelerinin de bulunduğu temel haklar açısından oldukça önem arz ettiği söylenebilecektir. Aynı zamanda ABTHŞ’nin kapsama alanı konusunda belirli sınırlamalar bulunmakta ise de ABAD’ın ABTHŞ’ye kararlarında sıkça dayandığı da görülebilecektir.

C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ

Hukukun genel ilkeleri, üye devletlerin anayasalarından ve imzalamış oldukları uluslararası belgelerden kaynaklanmakta olan fikirlerin, ilkelerin ve üye devletlerin yasal sistemlerini oluşturan değerlerin bir bütünü olarak nitelendirilmektedir.⁹⁰ ABAD bir ilkenin hukukun genel ilkesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda farklı

⁸⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 23/2.

⁸⁸ 2000/43 sayılı direktif; 2000/78 sayılı direktif.

⁸⁹ Case C-223/19 YS v NK, paras. 82, 83, ECLI:EU:C:2020:753; Bu konudaki benzer kararlar için bkz. Case C-580/12 Guardian Industries Corp. and Guardian Europe Sàrl v European Commission, para. 51 ECLI:EU:C:2014:272; Case T-547/18 Raivo Teeäär v European Central Bank, para. 37 ECLI:EU:T:2020:119.

⁹⁰ ELLIS & WATSON, s. 101.

ulusal hukuk sistemleri arasındaki belirli bir konu arasındaki yakınlaşma derecesini dikkate almaktadır.⁹¹ Nitekim ABAD 1998 yılında vermiş olduğu bir kararında eşcinsel birliktelikler konusunda tüm üye devletler tarafından kabul edilen bir genel kabul olmadığından bahisle bu tür birlikteliklerin hukukun genel ilkeleri gereğince koruma altına alınamayacağına karar vermiştir.⁹²

Çalışmamızın ilk başında da bahsedildiği üzere “hukukun genel ilkeleri” ABAD’ın insan hakları konusunda Lizbon Antlaşmasına kadar vermiş olduğu kararlarında temel olarak dayandığı hukuk kaynağıdır. Nitekim ABAD *Nold* kararında⁹³ temel hakların hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirterek, temel hakların korunması için hukukun genel ilkelerini dikkate alacağını hüküm altına almıştır.

“Divanın daha önce belirttiği gibi temel haklar, uyulmasını sağladığı hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturur.

Divan, bu hakları korumak için üye devletlerde ortak anayasa geleneklerinden ilham almak zorundadır ve bu devletlerin anayasası tarafından kabul edilen ve korunan temel haklarla uyumsuz olan önlemleri kabul edemez.”⁹⁴

ABAD’ın AB’nin ilk zamanlarında dayanmış olduğu hukukun genel ilkeleri kavramı bakıldığı zaman AETA’da açıkça birincil hukuk kaynaklarından sayılmamışsa da bu durum ilk kez Maastricht Antlaşması ile değişmiştir. Nitekim Maastricht Antlaşması ile hukukun genel ilkeleri kavramına ilk kez yer verilerek bu kapsamda temel haklara saygı gösterileceği hüküm altına alınmıştır.⁹⁵

Lakin önemle belirtilmesi gerekir ki AB hukukunun birincil kaynaklarından olan hukukun genel ilkelerine ilişkin kurallar -diğer tüm kaynaklar için de geçerli olduğu üzere- üye devletlerin her eylemi veya eylemsizliği için uygulanamayacaktır. Nitekim ABAD da *Wereld*

⁹¹ ELLIS & WATSON, s. 102.

⁹² Case C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd., paras. 45-47 ECLI:EU:C:1998:63.

⁹³ Case C-4/73 J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1974:51.

⁹⁴ *Nold*, para. 13

⁹⁵ Avrupa Birliği Antlaşması m. F.

kararında⁹⁶ açıkça bu durumdan bahsederek sadece AB hukukunun uygulandığı durumlarda hukukun genel ilkelerinin bağlayıcı etkisinin olduğunu belirtmiştir.

“... Buna göre kurumlar, tıpkı Birlik hukukunu uygularken üye devletlerde için de geçerli olduğu üzere, eylemlerinin Antlaşmalara ve genel hukuk ilkelerine uygunluğunun incelemesine tabidir.”⁹⁷

ABAD tarafından çalışmamıza da konu olduğu üzere hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen ilkelerden biri eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkesidir. Bu ilke uyarınca ABAD, AB kurumlarının ve AB hukukunun uygulandığı durumlarda üye devletlerin fiillerini denetleyebilmektedir. Bu konuda ABAD tarafından verilen en önemli kararlardan biri ise *Mangold* kararıdır.⁹⁸

Davaya konu somut olayda Bay Mangold 56 yaşında bir kişidir ve bir işyeri ile (Bay Helm) belirli süreli bir iş akdi yapmıştır.⁹⁹ Alman iç hukukunda her ne kadar belirli süreli iş akdinin yapılabilmesi için nesnel bir gerekçe aranmakta ise de bu kural belirli bir yaşın üstündeki işçiler için geçerli değildir.¹⁰⁰ Söz konusu bu kuralın gerekçesi ise Alman hukukunda işverenlerin ileri yaştaki işçileri işe almaları için teşvikte bulunması olarak öngörülmüştür.¹⁰¹ Bakıldığı zaman Bay Mangold 2003 yılında işe girmiş olup iş akdinin 2004 yılında sona ereceği iş akinde hüküm altına alınmıştır.¹⁰² Bay Mangold ise bu durumun 2000/78 sayılı direktifte düzenlendiği şekilde yaş temelli ayrımcılık içerdiğini ileri sürerek hukuki yollara başvurmuştur.¹⁰³ Lakin üye devlet Almanya’nın direktifi iç hukukuna aktarabilmek için henüz süresi bulunmaktadır.¹⁰⁴

ABAD yapmış olduğu incelemede üye devlet tarafından ileri sürülen bu gerekçenin hukuken meşru bir gerekçe olduğunu belirtmişse de¹⁰⁵ bu amacın somut açıdan uygun olmadığına kanaat getirmiştir.¹⁰⁶ Nitekim ABAD’a göre bu amaca erişebilmek için yapılacak

⁹⁶ Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261.

⁹⁷ *Wereld*, para. 45.

⁹⁸ Case C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:2005:709.

⁹⁹ *Mangold*, para. 20.

¹⁰⁰ *Mangold*, paras. 18, 19.

¹⁰¹ *Mangold*, paras. 24, 59.

¹⁰² *Mangold*, para. 21.

¹⁰³ *Mangold*, para. 22.

¹⁰⁴ *Mangold*, para. 13.

¹⁰⁵ *Mangold*, para. 60.

¹⁰⁶ *Mangold*, para. 64.

düzenlemenin orantılı, etkin ve uygun olması gerekmektedir.¹⁰⁷ Ancak bu şekildeki bir düzenleme ileri yaştaki işçilerin düzenli bir gelire sahip olmasının önüne geçmekle kalmayacak aynı zamanda işverenlerin bu durumu kötüye kullanmalarına da sebep olacaktır.¹⁰⁸ Bu kapsamda da 2000/78 sayılı direktif gereğince bu durum bir ayrımcılık oluşturacaktır.¹⁰⁹ Her ne kadar bu bağlamda direktifin iç hukuka aktarılmasına yönelik süre henüz dolmasa da bu durum inceleme yapılmasına engel olmayacaktır.¹¹⁰ Zira bu sürenin beklenmesi halinde direktife aykırı düzenlemelerin yürürlükte olması direktifin öngörmüş olduğu koruma düzeyine erişilmesini ciddi anlamda engelleyecektir.¹¹¹ Bu bakımdan da ABAD yaş temelli ayrımcılık bakımından bir düzenleme olmasa dahi bu durumu hukukun genel bir ilkesi olarak kabul etmiş ve somut uyuşmazlıkta ihtilaflı önlemi bu ilkeye aykırı bulmuştur.¹¹²

Söz konusu bu karar ABAD'ın açıkça yaş temelli ayrımcılıkla mücadeleyi hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiği ilk karar olmasından dolayı AB hukuku ve çalışmamız bakımından çok önemlidir. Her ne kadar bir ilkenin hukukun genel ilkesi olarak kabul edilebilmesi için kural olarak üye devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve anayasal geleneklerinin dikkate alınması gerekmekte ise de verilen bu kararda bu durumun gözetilmediği görülebilecektir. Zira Finlandiya hariç diğer üye devletlerin anayasalarında veya taraf oldukları uluslararası anlaşmalarda yaş temelli ayrımcılık bakımından bir düzenleme bulunmasa dahi yaş temelinde ayrımcılık yasağı ABAD tarafından hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir.¹¹³ O halde ABAD'ın yaş temelli ayrımcılık noktasında müktesebatta ve üye devletlerin anayasal geleneklerinde aktif bir düzenleme bulunmasa dahi ayrımcılık kararı vermesi ABAD'ın bu konu hakkında verdiği önemi göstermektedir. ABAD'ın vermiş olduğu bu karar gözetildiğinde birincil ve ikincil hukuk kaynaklarında açıkça düzenlenmeyen ayrımcılık türlerinin hukukun genel ilkelerinin geniş yorumlanması sonucu koruma altına alınabilmesi söz konusu olabilecektir.¹¹⁴

¹⁰⁷ *Mangold*, para. 58.

¹⁰⁸ *Mangold*, para. 64.

¹⁰⁹ *Mangold*, para. 65.

¹¹⁰ *Mangold*, para. 68.

¹¹¹ *Mangold*, para. 72.

¹¹² *Mangold*, paras. 75-78.

¹¹³ SCHMIDT Marlene (2006), The Principle Of Non-Discrimination In Respect Of Age: Dimensions Of The ECJ's Mangold Judgment, German Law Journal, Cilt: 7, Sayı: 5, ss. 505-524, s. 519.

¹¹⁴ BELL Mark (2021), EU Anti-Discrimination Law: Navigating Sameness and Difference, The Evolution of EU Law Edited by Paul Craig, Gráinne De Búrca, Oxford University Press, Baskı: 3, ss. 651-677, s. 666.

Sonuç olarak AB'nin ilk kurulduğu dönemlerinde dahi ABAD'ın pek çok kez dayanmış olduğu hukukun genel ilkeleri kavramının AB hukuku açısından önemli olduğunun ortada olduğu söylenebilecektir. Birincil hukuk kaynağı olarak değerlendirilen bu ilkelere uymaksızın yapılan fiil ve düzenlemelerin ise hukuka uygun olduğundan bahsedilemeyeceğinden AB kurumlarının her türlü eylemlerinde; üye devletlerin ise AB hukukunu uyguladıkları durumlarda bu ilkelere uygun hareket etmesi gerekmektedir.

2-AVRUPA BİRLİĞİNİN ULUSLARARASI ANLAŞMALARI

Uluslararası anlaşmalar AB hukukunda birincil veya ikincil hukuk kaynakları arasında değerlendirilmesi mümkün olmayan hukuk kaynaklarıdır. AB'nin uluslararası anlaşmaları ABAD kararları uyarınca AB hukukunun bir parçasını oluşturmakta ve bağlayıcı etkilere sahip olmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele alanında ise AB'yi ilgilendiren temel olarak üç adet anlaşma bulunmaktadır. Bunlardan ilki taraf olma konusunda uzun yıllardır sıkıntı yaşanan AİHS, diğerleri ise Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ve Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesidir. Bu başlık altında da ayrımcılıkla mücadele anlamında AB açısından önem arz eden bu anlaşmalar incelenecektir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Başta ekonomik amaçlarla kurulan, sonrasında yaşanan gelişmelerle sosyal ve temel insan haklarının önem kazandığı AB'de ATS ile birlikte kurucu antlaşmalar çapında ilk kez AİHS'in adı geçmiştir.¹¹⁵ Bu kapsamda AB'nin AİHS'te korunan hakları tanıyacağı belirtilmiş olup buna benzer bir düzenleme Maastricht Antlaşması ile tekrar edilmiştir.¹¹⁶ Son olarak Lizbon Antlaşması ile AB'nin AİHS'e taraf olacağı konusunda net bir düzenlemeye yer verilmişse¹¹⁷ de bu durum şu aşamada henüz mümkün olmamıştır.

Nitekim AİHS'e katılma konusunda Lizbon Antlaşması sonrası AB ile Avrupa Konseyi arasında başlayan müzakere sürecinde AB'nin AİHS'e katılabilmesi için 2013 yılında bir taslak anlaşma metni hazırlamıştır. Hazırlanan metnin AB hukukuna uygunluğunun kontrolü ve bu

¹¹⁵ Avrupa Tek Senedi, Volume 30.

¹¹⁶ Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma, m. F(2).

¹¹⁷ Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 6.

konuda görüş alınabilmesi için ABAD'a başvurulmuştur. ABAD taslak anlaşma metnine yönelik 2014 yılında vermiş olduğu görüşü¹¹⁸ ile taslak anlaşma metninin;

1. Birliğin özel niteliklerini dikkate almadığı,
2. ABAD'ın münhasır yetkisinin göz önünde bulundurulmadığı,
3. AİHS ile ABTHŞ arasında koordinasyonunun sağlanamadığı ve bu nedenle üye devletlerin karşılıklı ilişkilerinin zarar görme riskinin önlenmediği,
4. AB hukukunun konu bakımından AİHM önüne getirilmesi kapsamında AİHS'in uygulanmasına ilişkin üye devletler ile Birlik arasında ihtilaf olma olasılığını engellemediği ve
5. Ortak dış ve güvenlik politikası konusunda Birliğin eylemlerinin yargısal denetimine ilişkin AB hukukunun belirli özelliklerini dikkate almadığı

gerekçeleri ile AB Antlaşmasının 6. maddesine uygun olmadığını dile getirmiştir.¹¹⁹ Bunun üzerine 2020 yılında müzakereler tekrar başlamış olup henüz sonuçlanamamıştır.¹²⁰

AB hukukunda her ne kadar AİHS birincil veya ikincil bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmese de AB'nin pek çok kaynağında AİHS'e açıkça atıf yapılmıştır. Buna göre kurucu antlaşmalarda AİHS'e saygılı davranılacağını belirtilen düzenlemeler, ABTHŞ'de korunan hakların AİHS'te koruma altına alınan haklardan daha az bir koruma içermeyeceğine yönelik düzenleme ve ABAD'ın geçmişten bu yana vermiş olduğu kararlarında AİHS'teki hükümlere açıkça dayanması AİHS'in AB açısından önemli bir dolaylı kaynak olduğunu göstermektedir.¹²¹

Tüm bunlar gözetildiğinde temel haklar konusunda AB'nin önem atfettiği bir metin olan AİHS'in çalışmamızın konusunu teşkil eden eşitlik ilkesi bağlamında bazı hükümleri bulunmaktadır. Buna göre eşitlik kapsamında belirtilmesi gereken ilk hüküm ana metinde düzenlenen 14. maddedir. Söz konusu bu hükümde her türlü ayrımcılığın yasaklanmasının yanında bazı ayrımcılık temelleri de açıkça belirtilmiştir. Lakin hüküm incelendiğinde anlaşılabilceği üzere yasaklanan ayrımcılık türlerinin AİHS'te tanımlanan haklarla sınırlı

¹¹⁸ Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014, Case Opinion 2/13. (Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62013CV0002>)

¹¹⁹ para. 258.

¹²⁰ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers>

¹²¹ BAYKAL & GÖÇMEN, s. 655.

tutulduğu anlaşılabilecektir. Nitekim AİHM *Carson*¹²² kararında da bu kapsamda bir karar vererek sosyal güvenlik alanının Sözleşme’de bir hak olarak tanımlanmadığını bu nedenle de eşitlik ilkesine ilişkin 14. maddenin somut olayda uygulanamayacağına karar vermiştir.¹²³

“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.”¹²⁴

Bunun haricinde ayrımcılık konusunda AİHS bünyesinde düzenlenen geniş anlamda atfedilebilecek düzenleme 2000 yılında AİHS’e ek olarak imzalanan 12 no.lu protokol ile getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile ayrımcılığın yasaklandığı haklar sadece AİHS ile sınırlandırılmamış, yasa ile kişilere verilen tüm haklar bakımdan geçerli olduğu kabul edilmiştir.

“1- Yasa ile öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasî veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2- Hiç kimse, hangisi olursa olsun hiçbir kamu makamı tarafından özellikle Birinci Fıkra da belirtilen gerekçelere dayalı bir ayrıma maruz bırakılamaz.”

Burada önemle bahsedilmesi gereken husus ise AB tarafından AİHS’e katılma ve AİHS’i doğrudan bir kaynak yapılması için çaba sarf edilmekte ise de bu çaba 12 no.lu protokole katılmaya yönelik değildir. AB bu kapsamda tüm üye devletler tarafından imzalanan ana metin, 1 no.lu ek protokol ve 6 no.lu ek protokole katılmaya çalışmaktadır.¹²⁵

B. AYRIMCILIKLA MÜCADELE İLE BAĞLANTILI DİĞER ANLAŞMALAR

¹²² AİHM *Carson and Others v England* (No. 42184/05), 16.03.2010.

¹²³ *Carson*, paras. 83-90.

¹²⁴ AİHS m. 14.

¹²⁵ BAYKAL & GÖÇMEN, s. 658.

Ayrımcılıkla mücadele ile bağlantılı olarak AB'nin taraf olduğu iki adet uluslararası anlaşmadan bahsedilebilir. Bunlardan ilki Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme¹²⁶, ikincisi ise Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesidir.¹²⁷ Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme AB'nin uluslararası anlamda taraf olduğu ilk insan hakları sözleşmesidir. İşbu sözleşme ile engelli kişilerin diğer kişiler ile olan eşitliğini sağlamak amaçlanmıştır.

Sözleşmede koruma altına alınan alanlardan birisi çalışma ve istihdam alanıdır.

*“Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder.”*¹²⁸

Bu bakımdan da çalışmamıza konu olan 2000/78 sayılı direktifte de engelli kişilere yönelik iş hayatındaki ayrımcılığın yasaklandığı gözetilirse bu konuda direktif ile anlaşmanın benzer hükümler içerdiği söylenebilecektir.

Ayrımcılıkla mücadele alanında AB'nin taraf olduğu ikinci sözleşme ise İstanbul Sözleşmesi olarak da bilinen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesidir. Avrupa Konseyi tarafından 2011 yılında hazırlanan ve AB tarafından 2017 yılında imzalanan bu sözleşme özellikle cinsiyet eşitsizliğinin giderilebilmesi için önem arz etmektedir. Sözleşmenin ilk maddesinde belirtildiği üzere sözleşmenin amaçlarından biri *“kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınların güçlendirilmesi yoluyla da dahil olmak üzere, kadın ve erkek arasındaki somut eşitliği teşvik etmek(tir.)”*¹²⁹ Bu kapsamda her ne kadar 2000/78 sayılı direktif ile cinsiyet temelli ayrımcılık yasaklanmamışsa da söz konusu bu anlaşmanın özellikle 2006/54 sayılı direktif bakımından öneminin fazla olduğu anlaşılabilmektedir.

¹²⁶ Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme. (Erişim Linki: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Ch_IV_15.pdf)

¹²⁷ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi. (Erişim Linki: <https://rm.coe.int/168008482e>)

¹²⁸ Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme m. 27.

¹²⁹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi m. 1.

3- İKİNCİL HUKUK KAYNAKLARI

AB'nin birincil hukuk kaynaklarını oluşturan yukarıda belirtilen araçlar haricinde başkaca hukuk kaynakları da bulunmaktadır. İkincil hukuk kaynakları olarak adlandırılan bu kaynaklar birincil hukuk kaynaklarında belirlenen ve ulaşılmak istenen amaçlara erişebilmek için detaylı düzenlemelerin yapıldığı kaynaklardır.¹³⁰ Bu düzenleme araçlarının ikincil olarak adlandırılma sebebi ise bu araçların oluşturulurken dayanağını birincil hukuk kaynaklarından alma zorunluluğundan doğmaktadır. Dolayısıyla da ikincil hukuk kaynaklarının normlar hiyerarşisi bakımından birincil hukuk kaynaklarının altında kaldığı söylenebilecektir.

AB'nin ikincil hukuk kaynaklarının ne olduğu ve bu düzenlemelerin temel özellikleri ABİHA'da açık bir şekilde düzenlenmiştir.¹³¹ Buna göre AB'nin ikincil kaynakları türleri itibari ile tüzük, direktif ve kararlardır. Bu kaynaklardan tüzükler bağlayıcı niteliğe sahip olup üye devletlerin iç hukuklarına doğrudan uygulanabilen hukuki araçlardır.¹³² Tüzükler bu bakımdan AB genelinde uygulanacak tek ve özdeş normlar yaratma sürecinde kullanılabilecek bir durumdadır.¹³³ Direktifler ise AB tarafından ulaştırılması gereken amaca özgü çıkartılan hukuki araçlardır. Buna göre direktiflerde amaçlanan hedefe erişebilmek için üye devletler direktife uygun düzenlemeyi iç hukuklarına seçtikleri bir ulusal hukuk aracı ile belirli bir süre içinde aktarmak zorundadırlar.¹³⁴ AB'nin ikincil hukuk kaynakları arasında özellikle ayrımcılıkla mücadele kurallarını koyma açısından en sık başvurduğu araç çalışmamızın ikinci başlığında da bir örneğini göreceğimiz direktiflerdir.¹³⁵ Zira AB bu konuda yapılması gereken asgari düzenlemeleri direktifler aracılığı belirleyerek ile iç hukuka aktarılma sürecini üye devletlere bırakmaktadır. İkincil hukuk kaynaklarından sonuncusu ise kararlardır. Bağlayıcılığı olan bu hukuki aracın sadece bir muhataba özgülenmesi halinde AB tarafından alınan karar sadece o muhattap için geçerlidir.¹³⁶ Bunun yanında ABİHA'nın aynı maddesinde düzenlenen tavsiye ve görüşler ise hukuken bir bağlayıcılığı olmayan AB tasarruflarıdır.¹³⁷

¹³⁰ BAYKAL & GÖÇMEN, s. 369.

¹³¹ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 288.

¹³² Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 288/1.

¹³³ ELLIS & WATSON, s. 19.

¹³⁴ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 288/2.

¹³⁵ ELLIS & WATSON, s. 20

¹³⁶ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 288/3.

¹³⁷ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 288/4.

Her ne kadar ikincil hukuk kaynakları türleri itibari ile yukarıdaki paragrafta belirtildiği şekilde tasnif edilebilse de aynı zamanda bu tasarrufların nitelikleri itibari ile yasama tasarrufu ve yasama dışı tasarruf olarak tasnif edilebilmesi de mümkündür. ABİHA’da yasama tasarruflarının tanımı net bir şekilde yapılmıştır. Buna göre;

*“Yasama usulü ile kabul edilen hukuki tasarruflar, yasama tasarruflarını oluşturur.”*¹³⁸

Yasama dışı tasarruflar ise kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Yasama tasarruflarının bazı asli olmayan eksik unsurlarının tamamlanabilmesi için Komsiyona yetki verdiği durumlarda çıkartılan tasarruflara “yetki devrine dayanan tasarrufu”¹³⁹, yasama tasarruflarının uygulanabilmesi için Komisyon tarafından çıkartılan tasarruflara “uygulama tasarrufu” denilmektedir.¹⁴⁰

Her ne kadar ikincil hukuk kaynaklarından olan tüzük, direktif ve kararlar kendi içinde hiyerarşik olarak sıralanamaz ise de sıralama yasama ve yasama dışı tasarrufların kendi içinde yapılabilir. Buna göre yasama tasarruflarının yasama dışı tasarruflardan; yetki devrine dayanan tasarrufların ise uygulama tasarruflarından normlar hiyerarşisi bakımından daha üstün olduğu söylenebilecektir.¹⁴¹

Türlerinden ve niteliklerinden bahsedilen ikincil hukuk kaynakları aynı zamanda ayrımcılıkla mücadele açısından AB tarafından kullanılmaktadır. AB tarafından ayrımcılıkla mücadele konusunda yapılan ikincil hukuk kapsamındaki düzenlemelerin ise kendi içinde cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele ve diğer tüm ayrımcılık temelli mücadele olarak gruplandırılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine ilişkin direktiflerden bahsedilecektir. Ardından bir tanesinin çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak inceleneceği 2000 yılı eşitlik direktiflerinden genel anlamda söz edilecektir.

¹³⁸ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 289.

¹³⁹ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 289/3.

¹⁴⁰ Lizbon Antlaşması ile Değişik ABİHA m. 290.

¹⁴¹ BAYKAL & GÖÇMEN, s. 372.

A. AYRIMCILIKLA MÜCADELE BAKIMINDAN CİNSİYET TEMELLİ İKİNCİL HUKUK KAYNAKLARI

Çalışmamızın üst bölümlerinde detaylı şekilde anlatıldığı üzere ekonomik amaçlarla kurulan AB’de özellikle Amsterdam Antlaşmasıyla birlikte sosyal bir oluşum olma yolunda önemli adımlar atmıştır. Her ne kadar Amsterdam Antlaşması öncesinde cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik pek çok direktif¹⁴² bulunsada ikincil hukuk kaynaklarının dayanaklarını birincil hukuk kaynaklarından alma zorunluluğundan dolayı bu direktiflerin ilk planda sosyal bir amaç gütmedikleri görülebilecektir. Amsterdam Antlaşması sonrasında müktesebata eklenen direktiflerin ise sosyal bir anlam kazanan cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik direktiflerde konuya sadece ekonomik olarak yaklaşmadığı, sosyal amaçlarının da bulunduğu görülebilecektir.¹⁴³

Ancak AB’nin geçmişinden bugüne ikincil hukuk kaynakları bağlamında pek çok düzenleme yapılmışsa da güncel olarak aktif şekilde yürürlükte bulunan kaynaklar ise;

- 79/7 sayılı sosyal güvenlik bakımından kadın ve erkek için eşit muamele ilkesini yürürlüğe koyan direktif,
- 2004/113 sayılı mal ve hizmetlere erişimde ve tedarikte kadın ve erkek arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif,
- 2006/54 sayılı istihdam ve meslek konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif,
- 2022/2381 sayılı borsaya kote şirketlerin yöneticiler arasındaki cinsiyet dengesinin iyileştirilmesine ilişkin direktif,

¹⁴² 75/117 sayılı kadın ve erkeğin eşit ücret almasına ilişkin üye devletlerin mevzuatını yakınlaştıran direktif, OJ L 45, 19.2.1975; 76/207 sayılı işe alınma, mesleki eğitim ve meslekte yükselmeye ilişkin kadın erkek eşitliğinin yürürlüğe konulması hakkında direktif, OJ L 39, 14.2.1976; 79/7 sayılı sosyal güvenlik bakımından kadın ve erkek için eşit muamele ilkesini yürürlüğe koyan direktif, OJ L 6, 10.1.1979; 86/378 sayılı özel sosyal güvenlik sistemleri bakımından kadın ve erkek için eşit işlem ilkesinin yürürlüğe konulmasına ilişkin direktif, OJ L 225, 12.8.1986; 86/613 sayılı tarım sektörü dahil serbest çalışan kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesine ve serbest çalışan kadınların hamilelik ve doğum sonrası korunmasına ilişkin direktif, OJ L 359, 19.12.1986.

¹⁴³ 2004/113 sayılı mal ve hizmetlere erişimde ve tedarikte kadın ve erkek arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif, OJ L 373, 21.12.2004; 2006/54 sayılı istihdam ve meslek konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif, OJ L 204, 26.7.2006; 2022/2381 sayılı borsaya kote şirketlerin yöneticiler arasındaki cinsiyet dengesinin iyileştirilmesine ilişkin direktif, OJ L 315, 7.12.2022; 2023/970 sayılı ücret şeffaflığı ve uygulama mekanizmaları aracılığıyla erkekler ve kadınlar arasında eşit işe eşit ücret veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktif, OJ L 132, 17.5.2023.

- 2023/970 sayılı ücret şeffaflığı ve uygulama mekanizmaları aracılığıyla erkekler ve kadınlar arasında eşit işe eşit ücret veya eşit değerde işe eşit ücret ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktiftir.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik yürürlükte bulunan belki de en önemli sayılabilecek direktif ise 2006/54 sayılı istihdam ve meslek konularında kadın ve erkeğe eşit muamele ve fırsat eşitliği ilkesinin uygulanmasına ilişkin direktiftir. Söz konusu bu direktif ile birlikte, yirminci yüzyılda cinsiyet eşitsizliğinin önlenmesine yönelik çıkartılan direktiflerin önemli bir bölümü yürürlükten kalkmış, bu süreç içerisinde cinsiyet temelli ayrımcılığın önlenmesine ilişkin direktifler 2006/54 sayılı direktifte birleştirilmiştir. Nitekim söz konusu direktifin giriş bölümünde de 76/207, 86/378, 86/613, 75/117 ve 97/80 sayılı direktiflerin tek metinde birleştirilmesi amacının güdüldüğü de açık şekilde belirtilmiştir.¹⁴⁴

2006/54 sayılı direktif hükümleri incelendiğinde direktifin tüm mesleki alanlarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacını güttüğü,¹⁴⁵ istihdam alanında cinsiyet temelli yapılabilecek her türlü doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel tacizin yasaklandığı anlaşılabilmektedir.¹⁴⁶ Bu kapsamda çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenecek olan 2000/78 sayılı direktifle 2006/54 sayılı direktifin benzer hükümler içerdiği görülebilecektir. Bunun yanında istihdam alanında oluşabilecek ayrımcılığı önleme amacı bulunan 2000/78 sayılı direktifte¹⁴⁷ cinsiyet temelli ayrımcılık açıkça yasaklanmamışken, bu tür ayrımcılık 2006/54 sayılı direktif ile yasaklanmıştır.

Geniş anlamda her iki direktifin de istihdam alanındaki ayrımcılığın önlenmesine yönelik hükümler içerdiği gözetilirse ABAD pek çok kararında 2006/54 sayılı direktif ile birlikte 2000/78 sayılı direktifi ve pek çok başka direktifi beraber incelemiştir.¹⁴⁸ O halde özellikle aktif olarak yürürlükte olan direktiflerin birbirleri ile belli hususlarda bağlantılı olduğu ortada olduğundan bu direktiflerin benzer olduğu ölçüde ABAD kararlarının kıyasen aktarılabilir olduğu söylenebilecektir.

¹⁴⁴ 2006/54 sayılı direktif, dibace, para. 1.

¹⁴⁵ 2006/54 sayılı direktif, m. 1.

¹⁴⁶ 2006/54 sayılı direktif, m. 2a.

¹⁴⁷ 2000/78 direktif, m. 1.

¹⁴⁸ Bkz. Case C-415/10 Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH., paras. 40, 42, 43, ECLI:EU:C:2012:217 Case C-223/19 YS v NK., paras. 31-39, ECLI:EU:C:2020:753.

Sonuç olarak AB'nin ilk kurulduğu tarihten bu yana cinsiyet temelli ayrımcılığın engellemesine yönelik düzenlemeler içerdiği ve bu düzenlemelerin önemli sayılabilecek bir kısmının cinsiyet ayrımcılığının önlenmesine yönelik direktifler olduğu görülebilecektir. Bu konuda elde bulunan pek çok direktif ise 2006/54 sayılı direktif bünyesinde birleştirilmiş ve AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele açısından önemli bir konsolide metnin oluşması sağlanmıştır.

B. 2000 YILI EŞİTLİK DİREKTİFLERİ

Amsterdam Antlaşması ile ATA'ya ayrımcılıkla mücadelenin de bulunduğu sosyal haklar bakımında eklemeler yapılmasının¹⁴⁹ ardından AB 2000 yılında iki önemli direktif hazırlamıştır. Bunlar 2000/43 sayılı Irk veya Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif ve 2000/78 sayılı İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren Direktiftir.

2000 yılı eşitlik direktifleri olarak anabileceğimiz bu direktifler çeşitli ortak hükümler içermekle birlikte, konu ve kapsam bakımından belirgin farklılıklar göstermektedir. Nitekim 2000/78 sayılı direktif uygulama alanı olarak istihdam faaliyetleri ile sınırlıyken,¹⁵⁰ 2000/43 sayılı direktif sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri, eğitim, barınma gibi kamuya açık mal ve hizmetlere erişim dahil olmak üzere pek çok sosyal koruma alanını kapsamaktadır.¹⁵¹

Her ne kadar söz konusu bu direktifler temel olarak sosyal amaçla çıkartılmışsalar da bu direktiflerin AB bütünleşmesinin temel unsurlarından biri olan ve bu süreçte bir “köşe taşı” olan¹⁵² “kişilerin ve hizmetlerin serbest dolaşımı” konularında da faydalı olduğu söylenebilir.¹⁵³ Zira bu sayede üye devletlerde serbest şekilde dolaşmak isteyen kişiler ve işçiler ayrımcılığa karşı korunacak, serbest dolaşımın önünde bulunabilecek sorunların çözümü kolaylaştırılacaktır. Bu nedenle de 2000 yılı eşitlik direktiflerinin sosyal bir faydanın yanında ekonomik faydaya da hizmet ettiği kabul edilebilecektir.

¹⁴⁹ Amsterdam Antlaşması ile Değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması m. 13.

¹⁵⁰ 2000/78 sayılı direktif, m. 3.

¹⁵¹ 2000/43 Sayılı direktif, m. 3.

¹⁵² SPAVENTA Eleanor (2015), The Free Movement of Workers in the Twenty-first Century, Edited by Damian Chalmers and Anthony Arnall, Oxford Handbooks Online, ss. 456-476, s. 458, 459.

¹⁵³ BARNARD Catherine (2004), s. 13-17; GÜMRÜKÇÜ Harun (2002), Türkiye ve Avrupa Birliği: İlişkinin Unutulan Yönleri, Dünü ve Bugünü, Beta Yayınları, Baskı: 1., s. 184-187; YÜKSEL Saadet (2007); Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Statüsü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 4.

AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele müktesebatında önemli yerlere sahip olan direktiflerden 2000/78 sayılı direktif çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak inceleneceğinden bu direktif bazında bu bölümde bir inceleme yapılmayacaktır. 2000/43 sayılı direktif bakımından ise genel bir inceleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

İsminden de anlaşılabilceği üzere ırk ve etnik köken ayrımcılığının yasaklanmasına yönelik çıkartılan bu direktifin giriş kısmında ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık fiilleri ile neden mücadele edilmesi gerektiği net bir şekilde açıklanmaktadır.

“Rak ve etnik kökene dayalı ayrımcılık, ATA'nın hedeflerinin gerçekleştirilmesini, özellikle de yüksek seviyede bir istihdam ve sosyal korumaya ulaşılmasını, yaşam standardı ve yaşam kalitesinin artırılmasını, ekonomik ve sosyal uyum ve dayanışmayı zayıflatabilir. Ayrıca AB'yi bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı haline getirme hedefini de zayıflatabilir.”¹⁵⁴

Bu nedenle de 2000/43 sayılı direktifin dibacesinden de anlaşılabilceği üzere ırk ve etnik temelli ayrımcılığın AB'nin ekonomik durumunu zayıflatmasının yanında sosyal anlamda da AB'ye zarar vereceğinden bu tür ayrımcılık fiilleri ile mücadele edilmesi gerekmektedir. Temel olarak bu gaye ile çıkartılan 2000/43 sayılı direktif ile ırk ve etnik kökenli her türlü ayrımcılık yasaklanmakta,¹⁵⁵ AB içerisinde bu kapsamda iyileşme sağlanabilmesi için pozitif eylemlere izin verilmekte,¹⁵⁶ ayrımcılığa maruz kalan kişilerin haklarını savunabilmeleri için gerekli koruma araçlarının oluşturulması sağlanmakta,¹⁵⁷ ayrımcılık iddialarına yönelik ispat usulünün nasıl olacağı belirlenmekte,¹⁵⁸ bu kişilerin haklarını ararken mağdurlaşmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁵⁹ Bu bağlamda çalışmanın ikinci bölümünde de görülebileceği üzere 2000/43 sayılı direktifle 2000/78 direktifin benzer koruma usulüne sahip olduğu anlaşılabilir. Direktiflerin benzer koruma usulüne sahip olması ABAD'ın bazı

¹⁵⁴ 2000/43 Sayılı direktif, dibace.

¹⁵⁵ 2000/43 Sayılı direktif m. 1, 3.

¹⁵⁶ 2000/43 Sayılı direktif m. 5.

¹⁵⁷ 2000/43 Sayılı direktif m. 7.

¹⁵⁸ 2000/43 Sayılı direktif m. 8.

¹⁵⁹ 2000/43 Sayılı direktif m. 9.

kararlarında bu iki direktifi beraber incelenmesine neden olmuştur.¹⁶⁰ Bu kapsamda da ABAD tarafından 2000/43 sayılı direktif temelinde verilen kararların 2000/78 sayılı direktifte düzenlenen hususlar bakımından da kıyasen aktarılabılır olduğu söylenebilecektir.

Dolayısıyla sonuç olarak 2000 yılı eşitlik direktifleri ve bir üst başlıkta incelenen 2006/54 sayılı direktifin, AB'nin sosyal amaçları doğrultusunda öneminin yüksek olduğu söylenebilecektir. Zira bu direktiflerle toplumsal anlamda ayrımcılığın birçok çeşidi açıkça yasaklanmış ve bu durum AB'ye nispeten yeni tarihte katılan devletler açısından temel hakların gelişimi noktasında önemli bir etken olmuştur.

¹⁶⁰ Bkz. Case C-310/10 Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești v Ștefan Agafitei and Others., para. 46, ECLI:EU:C:2011:467; Case C-415/10 Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH., paras. 40, 42, 43, ECLI:EU:C:2012:217.

İKİNCİ BÖLÜM: AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AYRIMCILIKLA MÜCADELE ÖRNEĞİ OLARAK 2000/78 SAYILI DİREKTİF

Çalışmamızın ikinci bölümünde AB hukukunda ayrımcılıkla mücadele alanında önemli bir düzenleme olan 2000/78 sayılı İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren Direktif incelenecektir. Bu kapsamda üç alt başlığa ayrılacak bu bölümün ilk başlığında direktifin amacı ve kapsamı incelenecektir. İkinci başlıkta direktifte ayrımcılığın giderilebilmesine yönelik ne gibi tedbirler ve teşvik edici önlemlerin düzenlendiğinden bahsedilecektir. Üçüncü başlıkta ise direktifin etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanabilmesi için düzenlenen hak arama yolları ve uygulamaları hakkında ne tür düzenlemelerin yapıldığına yer verilecektir.

I. AMAÇ VE KAPSAM

Ayrımcılıkla mücadele alanında düzenleme yapılan alanlardan biri istihdam alanıdır. Nitekim belirli sebeplerle bir işçinin işe alınırken, işte çalışırken veya işten çıkartılırken eşitliğe aykırı muamelelere maruz kalması oldukça yaygın bir durumdur. Bu bakımdan ayrımcılık içeren fiillerin temel bir insan hakkı sorunu ve yukarıda da belirtildiği üzere serbest dolaşım üzerindeki en önemli kısıtlayıcılardan biri olduğunu gözeten AB istihdam alanında ayrımcılıkla mücadele edilebilmesi için harekete geçmiştir. Bu kapsamda 2000/78 direktif çıkartılmış ve istihdam alanında fiilen var olan ve var olması muhtemel ayrımcılık fiillerinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

1- DİREKTİFİN AMACI

Çalışmamıza konu olan 2000/78 sayılı direktifin ilk maddesinde amacı belirtilmektedir.

“Bu direktifin amacı, üye devletlerde eşit muamele ilkesinin uygulanması amacıyla işe alınma ve mesleki açıdan din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve ortaya koymaktır.”¹⁶¹

¹⁶¹2000/78 sayılı direktif, m. 1.

Söz konusu madde ile direktifin amacının ne olduğu ve din, inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılıkla direktif uyarınca mücadele edileceği hüküm altına alınmıştır. Direktifin söz konusu bu ayrımcılık eylemleri ile mücadele etme gerekçesi ise direktifin dibacesinin birinci paragrafında belirtilmiştir. Buna göre istihdam alanında yapılan ayrımcılık fiilleri birlikte yaşayan insanların hayat standartlarını ve kalitesini düşürmekte, AB'nin ekonomik ve sosyal anlamda hedeflerine ulaşmasını engellemektedir. Bu kapsamda dibacenin on üçüncü paragrafında belirtilen sınırlarla bağlı kalmak kaydıyla temelleri din, inanç, engellilik, yaş ve cinsel yönelim olan istihdama erişmeye ve istihdamı sürdürmeye yönelik ayrımcılık eylemleri ile mücadele edilecektir.

Bu kapsamda ABAD pek çok kararında 2000/78 sayılı direktifin amacının ne olduğunu detaylı bir şekilde belirtmiştir. Örneğin ABAD *Ingeniørforeningen i Danmark* kararında¹⁶² direktifin belirli ayrımcılık temelleri ile sınırlı kalmak kaydıyla istihdam alanında ayrımcılıkla mücadele etme amacının olduğunu hüküm altına almıştır.

*“2000/78 sayılı direktifin hem başlığından hem önsözünden hem de içeriğinden yaş da dahil olmak üzere birinci maddede sayılan ayrımcılık çeşitlerine karşı etkin koruma sunarak, tüm herkese 'istihdam ve meslekte' eşit muameleyi garanti altına almak için genel bir çerçeve belirlemeye çalıştığı anlaşılmaktadır.”*¹⁶³

O halde istihdam alanında uygulanacak asgari kuralları belirleyen bu direktifin sosyal ve ekonomik amaçlarının bulunduğu söylenebilecektir. Bu nedenle de sosyal ve ekonomik amaçlara sahip bu direktifin AB hukuku açısından önem arz ettiği kabul edilebilecektir.

2- EŞİT MUAMELE İLKESİNİN KORUNMASI İÇİN ASGARİ GEREKLİLİKLER

2000/78 sayılı direktifin 8. maddesinde, direktifte düzenlenen hükümlerin asgari nitelikte koruma alanları içerdiği, bu hükümlerden daha üst bir koruma içeren ulusal düzenlemelere engel olmadığı veya halihazırda daha üst bir koruma içeren ulusal düzenlemelerin bu kapsamda gerilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁶² Case C-499/08 *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:600.

¹⁶³ *Ingeniørforeningen i Danmark*, para. 19.

“1- Üye devletler eşit muamele ilkesinin korunması için bu direktifte belirlenenlerden daha lehte hükümler getirebilir veya var olan hükümleri muhafaza edebilirler.

2- Bu direktifin uygulanması hiçbir koşul altında, üye devletlerin bu direktifin kapsadığı alanlarda ayrımcılığa karşı halihazırda sağladığı koruma düzeyinden bir gerilemeye dayanak oluşturamaz.”¹⁶⁴

ABAD da bu konuda vermiş olduğu *Bulicke* kararı ile bu konuda bir hüküm kurarak direktifin 8. maddesinin nasıl yorumlanacağını belirlemiştir.¹⁶⁵ Buna göre somut olayda Bayan *Bulicke* açılan bir iş ilanına başvurmuş, ancak işe girme talebi reddedilmiştir. Bu kapsamda söz konusu yere kendisi yerine daha genç kişilerin işe alındığını öğrenmiş ve bu nedenle de ayrımcılığa uğradığı iddiası ile dava açmıştır. Ancak davası ulusal hukukta öngörülen 2 aylık zamanaşımı süresi içerisinde açılmadığı için reddedilmiştir.

ABAD yapmış olduğu incelemede öncelikle 2000/78 sayılı direktifin kapsadığı alanlarda üye devletler tarafından halihazırda sağlanan ayrımcılığa karşı koruma seviyesinde bir azalmaya sebep olmayacağını belirtmiştir.¹⁶⁶ Ancak ABAD sonrasında somut durumda uygulanan zamanaşımı süresini ulusal mevzuatta benzer davalar için uygulanan zamanaşımı süresinden daha kısa olmadığı ve bu sürenin direktifin 9. maddesinde belirtilen hakların korunmasını pratik anlamda imkansız hale getireceğinden veya aşırı derecede zorlaştırılacağından bahsedilemeyeceğinden 8. maddeye aykırı bulmamıştır.¹⁶⁷

ABAD *Bulicke* kararı ile direktifin bu maddesine atıf yaparak direktifin özünden daha aleyhe bir hüküm kurulamayacağını belirtmiş olsa da ABAD’ın bu konuda üye devletlerin ulusal düzenlemelerine saygılı bir yaklaşım izleme amacı gütmekte olduğu söylenebilecektir. Zira halihazırda benzer konularda ulusal mevzuatta benzer konularda bir hüküm varken ayrımcılık özelinde olumsuz bir düzenlemenin yapılmadığına dikkat çeken ABAD, bu konuda ulusal mevzuatta belirlenen sürenin ne olması gerektiği konusunda bir beyanda bulunmamış ancak iki aylık zamanaşımı süresinin bu konuda yeterli olduğuna kanaat getirmiştir. Bu bağlamda ABAD, ulusal mevzuata ve dolayısıyla üye devletlerin takdir haklarına saygı göstererek direktifin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

¹⁶⁴ 2000/78 sayılı direktif, m. 5.

¹⁶⁵ Case C-246/09 *Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH*, ECLI:EU:C:2010:418

¹⁶⁶ *Bulicke*, para. 43.

¹⁶⁷ *Bulicke*, paras. 45-47.

Son olarak AB hukukunda direktiflerin tüm üye devletlerde tek tip bir hukuk yaratma amacı gütmeye başladığında 2000/78 sayılı direktifin bu kapsamda değerlendirilmesi ve üye devletlere 8. maddede öngörülen belirli sınırlar dahilinde bir takdir yetkisi vermesi olağandır. Bu kapsamda da ABAD'ın üye devletin ulusal mevzuatında takdir ettiği durumu tartışmaya açmaması bu kural çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

3- DİREKTİFİN KAPSAMI

İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren Direktif isminden de anlaşılacağı üzere istihdam alanındaki ayrımcılık fiillerinin sona erdirilebilmesi için çıkartılmış bir direktiftir. Direktifin kapsama alanının ne olduğu direktifin 3. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

“1. Bu direktif, Topluluğa verilen yetki sınırları dahilinde, aşağıdakilerle ilgili olarak, hem kamu sektörü hem de özel sektör bakımından, kamu kurumları dahil olmak üzere tüm kişiler için uygulanır:

a) Seçim kriterleri ve işe alım koşulları dahil olmak üzere her türlü iş kolunda ve yükselme dahil mesleki hiyerarşinin her seviyesinde, istihdama, serbest mesleğe ve mesleğe erişim koşulları;

b) Uygulamalı iş deneyimi de dahil olmak üzere her türde ve her seviyede mesleki rehberlik, mesleki eğitim, ileri mesleki eğitim ve yeniden eğitimin bütün türlerine ve her düzeyine erişim,

c) İşten çıkarma ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşulları,

d) Bu tür kuruluşlar tarafından sağlanan yardımlar dahil, işçi ve işveren kuruluşlarına veya üyeleri belirli bir mesleği icra eden herhangi bir mesleki kuruluşa üyelik veya bu kuruluşlarda yer alma.

2. Bu direktif, uyrukluk esasına dayalı muamele farklılıklarını kapsamaz ve üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansız kişilerin üye devletlerin topraklarına girişleri ve ikametleriyle ilgili hükümlere ve koşullara ve ilgili üçüncü ülke vatandaşları ve vatansız kişilerin yasal statüsünden kaynaklanan herhangi bir muameleye hakele getirmez.

3. Bu direktif, kamusal sosyal güvenlik veya sosyal koruma programları dahil olmak üzere, kamusal programlar veya benzer programlar tarafından gerçekleştirilen herhangi türdeki bir ödemeye uygulanmaz.

4. Üye devletler, engellilik ve yaşa bağlı ayrımcılıkla ilgili olduğu sürece, bu direktifin silahlı kuvvetlere uygulanmamasını sağlayabilirler.”¹⁶⁸

Bu kapsamda maddenin ilk fıkrasında geniş ve genel ifadelerle ayrımcılığın önlenmesi için hareket edilmesi gerektiği belirtilmiş olduğu görülebilecektir. Ancak bu düzenlemenin ardından gelen istisnai maddeler aracılığı ile direktifin kapsamı daraltılmış, bazı özel durumlarda direktif hükümlerinin geçerli olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda direktifin hangi durumlarda uygulanacağı ve hangi istisnai durumlarda direktifin uygulanmayacağını detaylı şekilde incelenmesi gerekecektir.

A. DİREKTİFİN UYGULAMA ALANI

İstihdam kavramı 2000/78 sayılı direktifin üçüncü maddesi uyarınca genel şekilde düzenlenmiş ve temel olarak istihdam alanındaki ayrımcılık fiilleri yasaklanmıştır. Ancak bir fiilin veya durumun istihdam sınırları içinde olup olmadığı konusu her zaman net şekilde anlaşılamamaktadır. Bu gibi durumlarda hangi tür fiillerin ve durumların istihdam alanı içerisinde değerlendirileceği noktasında ise konunun netliğe kavuşturulabilmesi için benzer olaylar için verilmiş emsal mahkeme kararları yol gösterici nitelikte olacaktır. Bu kapsamda çalışmanın devamında pek çok ABAD kararı paylaşılacaktır. İlgili kararlar incelendiğinde ise istihdam alanının geniş bir şekilde yorumlandığı, çalışma koşullarına ilişkin düzenlenen hükmün lafzından ziyade amacının ön planda tutulduğu ve bu şekilde de geniş bir koruma amacı gütmek istediği anlaşılabilecektir.¹⁶⁹ Söz konusu kararlardan bazıları her ne kadar 2000/78 sayılı direktif özelinde bir inceleme yapmamışsa da ABAD’ın bu konudaki yorumlarını yansıtacağı ve 2000/78 sayılı direktif özelinde de yorumlanabileceği için önem arz etmektedir.

a. İstihdama Erişim

¹⁶⁸ 2000/78 sayılı direktif m. 2.

¹⁶⁹ Örnek bir karar için bkz. Case C-587/20 Ligebehandlingsnævnet acting on behalf of A v HK/Danmark and HK/Privat, para. 5, ECLI:EU:C:2022:419.

Bir işçinin istihdam alanına dahil olabilmesi için yapılan tüm fiillerde eşitlik ilkesinin uygulanması 2000/78 sayılı direktifin bir gereğidir. Her ne kadar 2000/78 sayılı direktifte istihdama erişim bakımından net bir hüküm bulunmasa da ABAD bu konuda vermiş olduğu kararları ile istihdama erişim kavramının kapsama alanını çizmeye çalışmıştır.

Bu kapsamda ABAD'ın *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* kararı¹⁷⁰ iyi bir örnek olarak gösterilebilmektedir. Nitekim davaya konu olay incelendiğinde LGBTİ haklarını savunan bir dernek olan *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*,¹⁷¹ eşcinsel işçileri istihdam etmek istemediğini bir radyo programında belirten ve bir avukat olan NH'e doğrudan ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle bir dava açmıştır.¹⁷² Ancak NH beyanda bulunduğu süre içerisinde bir işe alım yapmamaktadır.¹⁷³ Bu bakımdan herhangi bir işçi alımı yapmayan bir kimsenin yapmış olduğu bir beyanın ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı konusunda ulusal yargı makamınca ABAD'a başvurulmuştur.

ABAD yapmış olduğu incelemede istihdama erişimin günlük dildeki olağan anlamında yorumlanması gerektiğini belirterek bu kavramın kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir.¹⁷⁴ NH tarafından her ne kadar aktif bir işe alım yapılmasa da kamuya yapılan açıklamaların da bu kapsamda direktif içerisinde değerlendirilebileceği ABAD tarafından ifade edilmiştir.¹⁷⁵ Zira potansiyel bir işverenin bu tür açıklamalarda bulunması istihdama erişim noktasında belirleyici bir etkiye sahiptir.¹⁷⁶ Aynı zamanda bu durumun ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmesi de söz konusu olmaz. Nitekim ABAD'a göre ifade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve AB tarafından hedeflenen amaçlara ulaşım noktasında engel teşkil ediyorsa kısıtlanabilir.¹⁷⁷ Bu nedenle de bir eğlence programında söylenen söz konusu beyanın da istihdama erişim alanında kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁰ Case C-507/18, NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford, ECLI:EU:C:2020:289.-

¹⁷¹ NH, para. 16.

¹⁷² NH, para. 18.

¹⁷³ NH, para. 21.

¹⁷⁴ NH, para. 32.

¹⁷⁵ NH, para. 42.

¹⁷⁶ NH, para. 44.

¹⁷⁷ NH, para. 49.

¹⁷⁸ NH, para. 54.

İstihdama erişim noktasında örnek olarak gösterilebilecek ABAD tarafından verilen bir diğer karar *J.K. v TP* kararıdır.¹⁷⁹ ABAD söz konusu kararında kısaca istihdama erişim kavramı bakımından direktifin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanamayacağını,¹⁸⁰ standart anlamda meslek olarak tanımlanamasa da istikrarla karakterize edilen yasal bir ilişkinin istihdam kavramı içinde sayılabileceğini¹⁸¹ ve bu nedenle de bu kavramın geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini hüküm altına almıştır.¹⁸²

O halde ABAD'ın söz konusu kararları gözetildiğinde istihdama erişim kavramından anlaşılması gerekenin sadece fiili olarak bir işe alım sürecinden ibaret olmadığı anlaşılabilecektir. Nitekim işe alınma sürecine kadar her türlü fiil veya beyanın da istihdama erişim kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira istihdama erişim kavramı olabildiğince geniş yorumlanmalıdır.¹⁸³

b. Mesleki Eğitim ve Rehberlik

2000/78 sayılı direktif kapsamında bir işçinin işe girmek için veya iş ilişkisi devam ederken alması gereken eğitimler sürecinde yapılan ayrımcılık fiillerinin yasaklanacağı düzenlenmektedir. Bu konuda özellikle işçilerin eğitim durumunun terfi ve ücret konusunda kazanılacak haklar bakımından önem arz ettiği hallerde eğitim faaliyetlerinin ayrımcılık fiilleri neticesinde kısıtlanması mücadele edilmesi gereken önemli bir alanı oluşturmaktadır.

Direktif kapsamında hangi tür eğitim faaliyetlerinin koruma altına alındığı noktasında ABAD'ın kararları önem arz etmektedir. ABAD'ın bu kapsamda örnek gösterilebilecek kararlarından biri *de Lange* kararıdır.¹⁸⁴ Buna göre somut olayda Bay Lange 32 yaşında ticari havayolu pilotu olmak için eğitim almaktadır. Ulusal mevzuata göre 30 yaş altındaki kişilerin mesleki eğitim ücretlerini vergiye tabi olan kazançlarından düşme hakları varken Bay Lange'ye bu hak verilmemektedir. Temel olarak bu durumun yaş temelli ayrımcılık oluşturduğu iddiasıyla açılan davada dosya ABAD'a intikal etmiştir. ABAD 2000/78 sayılı direktifin her

¹⁷⁹ Case C-356/21, *JK v TP SA Sąd Rejonowy dla m.st., ECLI:EU:C:2023:9*.

¹⁸⁰ *JKvTP*, para. 39.

¹⁸¹ *JKvTP*, para 45.

¹⁸² *JKvTP*, para 47.

¹⁸³ Bu konuda 76/207 sayılı direktifi ilgilendiren örnek bir karar için bkz. Case C-79/99 *Julia Schnorbus gegen Land Hessen*, ECLI:EU:C:2000:676, para. 28. Söz konusu kararda

¹⁸⁴ Case C-548/15 *J.J. de Lange v Staatssecretaris van Financiën*. ECLI:EU:C:2016:850; ABAD'ın bu konuda başka direktifler baz alarak vermiş olduğu kararlar için bkz. Case C-293/83 *Françoise Gravier v City of Liège*. paras.17-26,30, ECLI:EU:C:1985:69; Case C-595/12 *Loredana Napoli v Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, paras. 25, 30-32, 35, ECLI:EU:C:2014:128.

türlü mesleki eğitimi herkes için kapsadığını¹⁸⁵ bu nedenle de uçuş eğitimine ilişkin farklı yaştaki kişilere uygulanan farklı vergi politikasının direktif kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir.¹⁸⁶

ABAD'ın bahse konu kararı incelendiğinde mesleki eğitim kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği ve kişilere mesleki anlamda bilgi ve beceri katacak tüm eğitimlerin mesleki eğitim kapsamında sayılması gerektiği anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla da bu fiillere ilişkin yapılan farklı muamelelerin de direktif kapsamında sayılması gerekmektedir.

c. İşten Çıkarma

Gelişen modern hukuk sistemlerinde bir hizmet ilişkisinde ilişkinin güçsüz tarafı olan işçilerin, işlerini işverenlerin keyfi hareketleri neticesinde kaybetmemeleri için hukuki anlamda belirli sınırlamalar ve yaptırımlar getirilmektedir. Bu kapsamda AB hukukunun da dahil olduğu modern hukuk sistemlerinde işverenlerin ayrımcılık içeren bir fiil neticesinde bir işçiyi işten çıkartılması hem hizmet ilişkisinde işçinin korunması hem de eşitlik ilkeleri gereğince yasaklanmaktadır. İşten çıkartılma teriminin ise sadece işçinin işveren tarafından “kovulması” olarak sınırlandırılmaması gerekir. Nitekim ABAD kararlarından anlaşılabileceği üzere zorunlu şekilde emekli edilme gibi fiiller de işten çıkarma temelinde değerlendirilmektedir.¹⁸⁷

ABAD'ın emeklilik konusunda örnek olarak gösterilebilecek bir kararı *Felix Palacios de la Villa* kararıdır.¹⁸⁸ Buna göre somut olayda Bay Palacios de la Villa, işveren ile imzalanan toplu iş sözleşmesinde belirlenen zorunlu emeklilik yaşına gelmiş ve kendisinin iş akdi bu kapsamda emeklilik bakımından herhangi bir hak kaybı yaşamadan sona erdirilmiştir.¹⁸⁹ Yaş temelli bir ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla Bay Palacios da Villa tarafından dava açılmış ve ABAD'ın önüne gelmiştir.

ABAD ise yapmış olduğu inceleme neticesinde kişinin iş sözleşmesinde belirlenen zorunlu emekliliğin de bir işten çıkarma olduğunu belirterek işten çıkarma kavramını sadece kovulma ile sınırlı tutmamıştır. Nitekim ABAD'a göre bir işçinin iş ilişkisini sona erdiren her

¹⁸⁵ *de Lange*, para. 17.

¹⁸⁶ *de Lange*, paras. 20, 22.

¹⁸⁷ Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 66.

¹⁸⁸ Case C-411/05 Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA, ECLI:EU:C:2007:604; Bu konuda başka kararlar için ayrıca bkz. Case C-477/09 Reinhard Prigge and Others, ECLI:EU:C:2011:573; Case C-159/10 and C-160/10 Gerhard Fuchs and Peter Köhler v Land Hessen, ECLI:EU:C:2011:508.

¹⁸⁹ *Palacios*, para. 77.

türlü eylemin bu kapsamda değerlendirmesi ve direktif kapsamında koruma altına alınması gerekmektedir.¹⁹⁰ Bu bakımdan ABAD'ın direktifin amacına uygun ve diğer konularda olduğu gibi geniş bir yorumla hareket ettiği ve koruma alanını genişletmeyi hedeflediği söylenebilecektir.

d. Çalışma Koşulları

Bir iş ilişkisinden kaynaklı ilişkinin tarafları arasında bulunan koşulların tümü çalışma koşulları olarak tanımlanabilmektedir. Çalışma koşulları ise sadece iş sözleşmesinde belirtilen veya bir işçinin çalıştırılmasıyla ilgili olarak işveren tarafından ödenen ücretler veya çalışma süreleri gibi temel kavramlar ile sınırlı değildir. Bu kapsamda ücret ve çalışma süreleri hariç diğer unsurların da çalışma koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu konuda paragrafın devamında örnek gösterilecek ABAD kararları her ne kadar 2000/78 sayılı direktif özelinde bir inceleme içermese de çalışma koşulları kavramından nelerin anlaşılması gerektiğini gösterdiği için çalışmamız için önem arz etmektedir. Buna göre ABAD *Garland* kararı ile işçilere sağlanan ulaşım hizmetlerini,¹⁹¹ *Sabbatini* kararları ile ek ödeneklerini,¹⁹² *Lewen* kararları ile tatil ikramiyelerini,¹⁹³ *Meyers* kararı ile sosyal güvenlik kazanımlarını,¹⁹⁴ *Comission v French Republic* kararı ile gece vardiyasında çalışma sıklıklarını¹⁹⁵ çalışma koşulları arasında değerlendirmiştir. Dolayısıyla ABAD'ın kararları incelendiğinde iş ilişkisinden kaynaklı işçilere sağlanan hakların ve işçilere yüklenen tüm yükümlülüklerin çalışma koşulları kapsamında değerlendirildiği teyit edilebilecektir.

e. Ücret

Bir hizmet ilişkisinde ilişkinin tarafları olan işçi ve işverenin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre temel olarak işçinin yükümlülüğü kendisine verilen işi yapma borcu iken işverenin temel yükümlülüğü işçisine ücret ödemektir. Ücret temelli ayrımcılık yapma yasağı ise her ne kadar amaç ve kapsama alanı farklı olsa da AETA'dan bugüne AB hukukunda

¹⁹⁰ *Palacios*, para. 43-46.

¹⁹¹ Case C-12/81 Eileen Garland v British Rail Engineering Limited, ECLI:EU:C:2013:275.

¹⁹² Case C-20/71 Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament, ECLI:EU:C:1972:48.

¹⁹³ Case C-333/97 Susanne Lewen v Lothar Denda, ECLI:EU:C:1999:512.

¹⁹⁴ Case C-116/94 Jennifer Meyers v Adjudication Officer, ECLI:EU:C:1995:247.

¹⁹⁵ Case C-197/16 Commission of the European Communities v French Republic, ECLI:EU:C:1997:155.

yerini almaktadır. Çalışmamıza konu 2000/78 sayılı direktifte de din, engellilik, yaş ve cinsel yönelime dayalı ücret konusunda ayrımcılık yapmak yasaklanmıştır.

ABAD'ın ücret alanında emsal olarak gösterilebilecek kararlarından biri ise *Maruko* kararıdır.¹⁹⁶ Buna göre somut olayda Bay Maruko Almanya'da bir tiyatrodaki çalışan bir kostüm tasarımcısı ile hayat arkadaşı olmuştur.¹⁹⁷ Bu birliktelikleri ise eşcinsel bir birliktir. Bay Maruko'nun hayat arkadaşının vefat etmesi üzerine Bay Maruko tiyatro çalışanlarına sağlanan dul aylığını almak için resmi dairelere başvurduğunda, resmi daireler tarafından kendisine dul aylığının evlilik birliği içerisinde bulunan kişileri kapsadığını, eşcinsel birliktelikler neticesinde sağlanan hayat arkadaşlığının bu kapsama değerlendirilemeyeceğini bu nedenle dul aylığının kendisine verilemeyeceği bildirilmiştir.¹⁹⁸ Bay Maruko ise idarenin vermiş olduğu bu cevaba karşı davasını açmış ve dava ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD yapmış olduğu incelemede 2000/78 sayılı direktifin 3. maddesinde düzenlenen ücret kavramına iş akdi sonlandıktan sonra yapılacak ödemelerin de ücret kapsamına girdiğini¹⁹⁹ belirterek ödemenin iş ilişkisinden kaynaklandığını²⁰⁰ bu nedenle ölüm sebebiyle ödenecek ücretlerin direktif kapsamında değerlendirileceğine hükmetmiştir.²⁰¹

ABAD'ın söz konusu kararı incelendiğinde direktifin uygulanması noktasında dikkate alınacak ücret kavramının salt maaştan ziyade sağlanacak tüm maddi menfaat olarak kabul edilmesi gerekmekte olduğu anlaşılabilecektir.²⁰² Bunun yanında Bay Maruko'ya ödenmesine karar verilen ödemenin bir sosyal güvenlik ödemesi olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Zira sosyal güvenlik ödemelerine ilişkin hususlar çalışmamızın devamında da görüleceği üzere 2000/78 sayılı direktif kapsamında koruma altına alınmamışken işçinin iş akdi sona erdikten sonra kendisine ödenecek emekli aylığı gibi sosyal yardımlar hariç diğer ödemeler 2000/78 sayılı direktif kapsamında koruma altına alınmaktadır.

f. Mesleki Kuruluşlarda Yer Alma

¹⁹⁶ Case C-267/06 Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, ECLI:EU:C:2008:179.

¹⁹⁷ 19

¹⁹⁸ 22

¹⁹⁹ *Maruko*, para. 44.

²⁰⁰ *Maruko*, para. 56.

²⁰¹ *Maruko*, para. 60.

²⁰² ELLIS & WATSON, s. 182-183; Bu konuda geçmiş tarihli kararlar için bkz. Case C-360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v. Monika Bötzel, para. 20, ECLI:EU:C:1992:246; Case C-278/93 Edith Freers and Hannelore Speckmann v. Deutsche Bundespost, paras. 14-20, ECLI:EU:C:1996:83.

2000/78 sayılı direktif kapsamında değerlendirilen son hal işçilerin sendika veya dernek gibi meslek kuruluşlarında yer almaları sebebiyle ayrımcılıkla yüz yüze kalmalarıdır. Her ne kadar direktifin ilgili maddesinde üye olmak kavramına yer verilmişse de işçilerin meslek kuruluşları içindeki faaliyetlerinin²⁰³ ve bu faaliyetler sonucunda elde ettikleri menfaatlerin de direktif kapsamında değerlendirilmesi gerekir.²⁰⁴

Nitekim ABAD da *HK/Danmark and HK/Privat* davasında bu anlamda dikkate değer bir karar vermiştir.²⁰⁵ Buna göre somut olayda HK işçi örgütü temsilcisi olarak işe alınan işçi (A) bu görevini sonraki yıllarda örgüt başkanı olarak da devam ettirmiştir. Lakin bu süreç içerisinde işçinin 60 yaşını geçmesi nedeniyle yeni yapılacak başkanlık seçimine aday olması HK örgüt tüzüğü sebep gösterilerek engellenmiştir.²⁰⁶ Bu kapsamda kendisine yaş temelli ayrımcılık yapıldığını ileri süren işçi yasal yollara başvurmuştur.²⁰⁷ Devamında dosya ön karar yoluyla ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD, 2000/78 sayılı direktifin 3. maddesinde düzenlenen hususların dar bir şekilde yorumlanamayacağını belirttikten sonra²⁰⁸ mesleki kuruluşlarda yer alma kavramından anlaşılması gerekenin bir mesleki kuruluşa üye olmanın yanında aynı zamanda bu kuruluşun idaresini ve yönetim kadrolarına katılma eylemlerini de kapsadığını ifade etmiştir.²⁰⁹

O halde direktifin kapsama alanına yönelik ABAD'ın amaçsal yorumu açısından emsal oluşturacak bu kararın mesleki kuruluşlarda yer alma tanımını yönetime katılma düzeyine çıkararak bu konudaki koruma düzeyini arttırdığı anlaşılmaktadır. Aynı zamanda ABAD'ın 2000/78 sayılı direktifin 3. maddesinin geniş yorumlanması gerektiğini bir sınırlama yapmaksızın belirtmesi de direktifin koruma alanının genel anlamda geniş tutulabilmesini sağladığı için önem arz etmektedir.

B. DİREKTİFİN UYGULAMA ALANINA YÖNELİK İSTİSNALAR

²⁰³ FRIBERGH Erik & KJAERUM Morten (2010), Handbook on European Non-discrimination Law, Luxembourg: Publications Office Of The European Union, s. 68.

²⁰⁴ Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, COM/99/0566. (Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:51999PC0566>)

²⁰⁵ Case C-587/20 Ligebehandlingsnævnet acting on behalf of A v HK/Danmark and HK/Privat, ECLI:EU:C:2022:419.

²⁰⁶ *HK/Danmark*, para. 9.

²⁰⁷ *HK/Danmark*, para. 10.

²⁰⁸ *HK/Danmark*, para. 51.

²⁰⁹ *HK/Danmark*, para. 53.

2000/78 sayılı direktifin 3. maddesinde direktifin istihdam alanına ilişkin geniş bir kapsama alanına sahip olduğu düzenlenmişse de hükmün devamında direktifin uygulama alanına ilişkin bazı istisnalar da öngörülmüştür. Buna göre uyruğa, sosyal güvenlik haklarına ve ödemelerine ve silahlı kuvvetlere ilişkin durumlarda direktifin uygulanması mümkün olmayabilecektir.

a. Uyrak Temelli İstisna

2000/78 sayılı direktifin uygulanmayacağı belirtilen istisna olarak belirlenmiş durumlardan ilki uyruğa ilişkindir. Buna göre direktifin 3. maddesi uyarınca uyrak temelli ayrımcılık 2000/78 sayılı direktif kapsamında koruma altına alınmamaktadır. 2000/78 sayılı direktifte bu şekilde bir istisnanın getirilmesi ABİHA'nın 18. maddesinde bu temelde düzenlenen hükmün atlatılması çekincesi ile getirilmiştir.²¹⁰ Bu çekincenin temel sebebi üye devletlerin üçüncü ülke vatandaşlarından hangilerine çalışma ve oturma izni verecekleri konusundaki takdir haklarının ellerinden alınmasıdır.²¹¹ Her ne kadar direktifin görüşmelerinde göç ve iltica konularında kabul politikalarının 2000/78 sayılı direktifle etkilenmeyeceği Komisyonca belirtilse de üye devletler iç güvenliklerini ilgilendiren bir konu olan göç ve iltica konusunda Komisyon tarafından ikna edilememişlerdir.²¹²

Üye devletlerin bu konudaki korkuları nispeten yerinde olsa da bu konudaki istisnai maddenin bu denli geniş bir şekilde yorumlandığı görülebilmektedir. Bu nedenle de uyrak temelli ayrımcılıkların 2000/78 sayılı direktifin tamamen kapsamı dışında bırakılması doktrinde eleştirilerek, bu kuralın geniş yorumlanmasının olumsuz yönde sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir.²¹³

b. Sosyal Güvenlik Hakları ve Ödemeleri

2000/78 sayılı direktifin kapsamı haricinde bırakılan bir diğer alan sosyal güvenlik alanı olmuştur. Söz konusu direktifin dibacesinin on üçüncü paragrafı sosyal güvenlik haklarının ATA'nın 141. maddesine (ABİHA md. 157) uygun şekilde gelir olarak değerlendirilemeyeceğini, direktifin sosyal güvenlik, sosyal koruma ve devlet tarafından

²¹⁰ ELLIS & WATSON, s. 401.

²¹¹ HOWARD Erica (2005), Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts, European Law Journal, Cilt: 11, Sayı: 4, ss. 468-486, s. 479.

²¹² HOWARD, s. 479.

²¹³ HOWARD, s. 479.

yapılacak hiçbir türlü ödemeye uygulanamayacağını, yalnızca istihdama erişim sağlamayı ve istihdamı sürdürmeyi amaçladığını belirtmektedir.

Sosyal güvenlik alanında değerlendirilen önemli unsurlardan biri emekli aylıklarıdır. Bu kapsamda emekli aylıklarına yönelik ayrımcılık iddiaları pek çok kez ABAD'ın önüne gelmiştir. ABAD'ın ise bu temelde yerleşik birtakım kararları bulunmaktadır. ABAD'ın emekli aylıklarına yönelik örnek gösterilebilecek bir kararı *Bediensteter BVA* kararıdır.²¹⁴ Davaya konu olayda Bay EB polis teşkilatında çalışmakta iken eşcinsel fiilleri neticesinde ulusal mahkeme tarafından 1974 yılında cezaya çarptırılmıştır.²¹⁵ Bay EB'nin mahkeme tarafından ceza alması sonucunda polis teşkilatı tarafından kendisine ayrıca bir disiplin cezası verilerek emekli edilmiştir.²¹⁶ Bu süre içerisinde de kendisine alması gerekenden daha indirimli bir şekilde emekli maaşı ödenmiştir.²¹⁷ Bay EB cinsel yönelim sebebiyle ayrımcılığa uğradığını iddia ederek 2008 yılında bu işlemin iptali için dava açmış ve aynı zamanda ödenmeyen emekli aylıklarının iadesini talep etmiştir.²¹⁸

Ulusal mahkeme tarafından ABAD'a gönderilen dosyada ABAD ücret ile eş değerde olmayan²¹⁹ emekli maaşlarının sosyal güvenlik ödemeleri olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de emekli maaşına yönelik yapılan ödemelerin 2000/78 sayılı direktif kapsamında sayılamayacağına hükmetmiştir.²²⁰ Bu bakımdan da 2000/78 sayılı direktifin kapsamında koruma altına alınmayacağı açıkça belirtilen sosyal hak ve ödemelerin ABAD'ın bu konudaki kararları da gözetildiğinde istikrarlı ve katı bir şekilde 2000/78 sayılı direktif kapsamında dahil edilmediği söylenebilmektedir.

c. Silahlı Kuvvetler

²¹⁴ Case C-258/17 E.B. v Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA, ECLI:EU:C:2019:17; Bu konuda başka kararlar için bkz. Joined Cases C-124/11, C-125/11 and C-143/11, Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich and Robert Klink and Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik Deutschland. para. 31, ECLI:EU:C:2012:771, Case C-312/17 Surjit Singh Bedi v Bundesrepublik Deutschland and Bundesrepublik Deutschland in Prozessstandschaft für das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland para. 30, ECLI:EU:C:2019:17.

²¹⁵ *Bediensteter BVA*, para. 19.

²¹⁶ *Bediensteter BVA*, para. 22.

²¹⁷ *Bediensteter BVA*, para. 24.

²¹⁸ *Bediensteter BVA*, para. 25.

²¹⁹ Bkz. Case C-267/06 Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen; *dn.* 193.

²²⁰ *Bediensteter BVA*, para. 44.

2000/78 sayılı direktifte düzenlenen son istisnai hüküm ise silahlı kuvvetlere ilişkin düzenlemedir. Buna göre silahlı kuvvetler personelinin istihdamında engellilik ve yaş gözetilerek yapılacak tercihlerin ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyebileceği hüküm altına almıştır. Bu durum aynı direktifin dibacesinde de kendine yer bulmuştur. Nitekim direktifin dibacesinin on yedinci paragrafında, direktifin bir işin temel görevlerini yerine getirmek ve gerekli eğitimlerden geçmek için yetkin olmayan kişilerin işe alınmasını, terfisini ve istihdamının açısından uygulanmayabileceği; on sekizinci paragrafında silahlı kuvvetlerin, kolluk kuvvetlerinin, cezaevi veya acil müdahale ekiplerinin operasyonel kapasitelerinin korunabilmesi için gerekli yeteneklere sahip olmayan kişilerin istihdam edilmesinin gerekli olmadığı; on dokuzuncu paragrafında ise üye devletlerin silahlı kuvvetlerin muharebe gücünü koruyabilmek için direktifin engellilik ve yaşla ilgili hükümlerinin bir kısmını veya tamamını uygulamayabilecekleri düzenlenmiştir.

Silahlı kuvvetlere yönelik direktifte tanımlanan bu istisnanın somut olaylara nasıl uygulanacağı konusunda ABAD'ın *Cafaro* kararı incelenmeye değer bir karardır.²²¹ Buna göre somut olayda Bay Cafaro DQ isimli silahlı kuvvetlerle ilişkili bir şirkette uçak pilotu olarak çalışmaktadır. Ancak Bay Cafaro süreç içerisinde 60 yaşını doldurduğundan şirketten zorunlu şekilde emekli edilmiştir. Bu nedenle de yaş temelli ayrımcılığa uğradığını ileri süren Bay Cafaro ulusal mahkeme önünde davasını açmış; bu aşamada dosya ön karar prosedürü ile ABAD'ın önüne gitmiştir.

ABAD direktifin öncelikle ikinci maddesine atıf yaparak direktifin kamu güvenliği ile acil ve önemli atfedilebilecek bazı durumlara hâlel getiremeyeceğini,²²² demokratik bir toplum için güvenlik ve sağlık hizmetlerinin önemli olduğunu²²³ ancak bu istisnânın dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini²²⁴ belirtmiştir. Bu nedenle de ABAD'a göre fiziksel güç ve yetkinlik isteyen bu mesleklerde çalışacak kişilerin engelli veya yaşlı bireyler arasından seçilememesine izin verilmesi korunması amaçlanan menfaatin üstünlüğü gözetildiğinde haklı olarak kabul edilebilecektir.²²⁵

²²¹ Case C-396/18 Gennaro Cafaro v DQ, ECLI:EU:C:2019:929.

²²² *Cafaro*, para. 40; Ayrıca bu konuda bkz. Case C-193/17 Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi, para. 54, ECLI:EU:C:2019:43.

²²³ *Cafaro*, para. 41.

²²⁴ *Cafaro*, para. 42.

²²⁵ *Cafaro*, paras. 56, 57.

Nitekim gerçekten de kamu güvenliğini ilgilendiren silahlı kuvvetlere ilişkin görevler ifa edilirken gecikme gibi yaşanabilecek aksilikler karşısında insanların can sağlıkları gibi hayati unsurlar ciddi tehlikeye düşebilecektir. O halde üye devletlerin fiziksel olarak nispeten zorluk yaşayabilecek engelli ve yaşlı bireylere yönelik ayrımcı fiillerde bulunması kamu güvenliğinin etkin olarak sağlanabilmesi amacı gözetildiğinde haklı olarak kabul edilebilecektir.

II. AYRIMCILIK YASAĞI VE DEROGASYONLAR

2000/78 sayılı direktif ile istihdam alanında eşitliğin sağlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda da direktifte somut olayda ortaya çıkabilecek ayrımcılık fiilleri tanımlanarak söz konusu fiillerin yasaklanacağı kural altına alınmıştır. Bu temelde çalışmamızın bu kısmında ilk olarak 2000/78 sayılı direktifte düzenlendiği şekilde yasaklanan ayrımcılık fiillerinin neler olduğundan bahsedilecektir.

Bu kısmın devamında ise istihdam alanında eşitliği sağlamaya çalışan 2000/78 sayılı direktifte öngörülen bazı özel düzenlemelere yer verilecektir. Bu nedenle sırasıyla mesleki gereklilik sebebiyle ayrımcılık kavramı, engelli bireylerin iş hayatına katılabilmeleri için işverenlere yüklenen yükümlülükler ve genel anlamda eşitliğin sağlanabilmesine yönelik dezavantajlı grupların lehine yapılabilecek pozitif eylem kavramı incelenecektir.

1- AYRIMCILIK YASAĞI

2000/78 sayılı direktifte mücadele edilmesi gerektiği belirtilen ayrımcılık tiplerinin yanında ayrımcılık fiillerinin nelerden oluştuğu da açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre direktif özelinde doğrudan ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılığın, tacizin ve talimatın yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu ayrımcılık türleri bu başlık altında incelenecektir.

Ayrımcılık kavramının anlaşılabilmesi, tespit edilebilmesi ve tartışılabilmesi için ayrımcılık içeren fiiller kendi içinde belli şekillerde tasnif edilmektedir. Bu tasnif biçimlerinden en yoğun kullanılanı ve belki de en önemlisi ayrımcılığın yapılaş fiiline göre tasnif edildiği doğrudan-dolaylı ayrımcılık ayrımıdır. Bu tasnif biçimi 2000/78 sayılı direktifte de düzenlenmekte olup direktifin 1. maddesinde belirtilen amaçlara erişebilmek için doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın yasaklanacağı direktif kapsamında hüküm altına alınmıştır.²²⁶

²²⁶ 2000/78 sayılı direktif m. 2.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık konusunda belirli ölçüm yöntemleri ve belirli tanımlamalar yapılmıştır. Buna göre ayrımcılık içeren eylemi yapan kişinin bu konudaki açık niyetinin bulunması gerektiğine yönelik düşünceler gelişen hukuk anlayışı ile birlikte değişmiştir. Bu kapsamda da ayrımcılığa neden olan bir eylemi yapan kişinin bu konuda kastı olmasa da fiil bir kişi veya gruba zarar veriyorsa ayrımcılık olarak değerlendirilmeye başlanmıştır.²²⁷ Bir somut olayda bu ayrımı yapma görevi ise 2000/78 sayılı direktifin dibacesinin on beşinci paragrafında da bahsedildiği üzere ilgili ulusal makamlara aittir.²²⁸

Her ne kadar ayırım temel olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık kapsamında yapılsa da bu tür ayrımcılık fiillerinin çoğu zaman kesiştiği ve birbirinden ayırt etmenin kolay olmadığı gerekçesiyle bir anlam ifade etmeyeceğine yönelik düşünceler bulunmaktadır.²²⁹ Lakin direktif içeriğinde tasnif bu şekilde yapıldığından hangi fiillerin doğrudan, hangi fiillerin ise dolaylı bir ayrımcılığa sebep olduğu detaylı bir şekilde incelenecektir.

A. DOĞRUDAN AYRIMCILIK

2000/78 sayılı direktifin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında doğrudan ayrımcılığın tanımı yapılmıştır.

"Doğrudan ayrımcılık; bir kişinin, birinci maddede anılanlardan (din, inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim) herhangi birine dayanılarak, benzer durumdaki diğer bir kişiye göre daha az lehine olan muamele gördüğü, görmüş olduğu veya görme ihtimali bulunduğu zaman vuku bulmuş kabul edilir."

Buna göre doğrudan ayrımcılık bir kişiye dışarıdan yapılan bir müdahale sonucunda başka kişilerle aynı durumda bulunmasına rağmen, bu kişilere tanınan hakların, bu kişilerin kazandıkları durumların veya şeylerin tanınmaması ve/veya kazandırılmaması olarak tanımlanabilmektedir.²³⁰

²²⁷ YU Andy (2019); Direct Discrimination And Indirect Discrimination: A Distinction With A Difference, Western Journal of Legal Studies, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 1.

²²⁸ 2000/78 sayılı direktif, dibace, para. 15.

²²⁹ TARUNABH Khaitan (2015), A Theory of Discrimination Law, Oxford University Press, s. 159; SOPHIA Moreau (2010), What is Discrimination, Philosophy & Public Affairs, Cilt: 38, Sayı: 2, ss. 143-179, s. 175.

²³⁰ Bu konuda diğer direktif düzenlemelerine yönelik bkz. 2000/43 Sayılı direktif, m. 2/2-a; 2006/54 Sayılı direktif m. 2/1-a. "

Doğrudan ayrımcılık halinde kişinin aynı durumda bulunan diğer kişilere kıyasla farklı muameleye tabi tutulmasının temel sebebi ise kişinin dahil bulunduğu grubun müdahalede bulunanın istemediği veya arzulamadığı bir topluluk olmasıdır. Buna göre ayrımcılık uygulanan kişilerin belli bir etnik kökene sahip olması, cinsiyeti, yaşı, engelliliği, konuştuğu dili, cinsel yönelimi, inancı, siyasi görüşü ve benzeri pek çok özelliği dışardan kendisine bir müdahale yapılmasına sebep olabilmektedir.

2000/78 sayılı direktif özelinde doğrudan ayrımcılık fiilinden bahsedilebilmesi için üç temel özelliğin bulunması gerekmektedir. Bunlar;

- Kıyaslanacak kişilerin aynı veya benzer durumda olması,
- Bu durumdaki kişilerin dışarıdan yapılan bir müdahale sonucunda aynı hakka ve/veya duruma ulaşamamaları ve
- Yapılan bu müdahalenin mesleki gereklilik, yaşa bağlı haklı muamele ve pozitif eylem içerisinde değerlendirilmemesidir.

ABAD ise vermiş olduğu kararlarında doğrudan ayrımcılık kavramının ne olduğunun tanımını yaparken pek çok farklı metot kullanmış, bazı kararlarında ise dolaylı ayrımcılık kavramı ile bir kıyas yaparak doğrudan ayrımcılık kavramını tanımlamaya çalışmıştır.

ABAD'ın doğrudan ayrımcılık noktasında vermiş olduğu en önemli kararlardan biri *Coleman* kararıdır.²³¹ Karara konu somut olaya bakıldığında Bayan Coleman'ın engelli bir oğlu bulunmakta olup kendisi de Londra'da bir hukuk ofisinde sekreter olarak çalışmaktadır.²³² Bayan Coleman, oğlunun engelini ileri sürerek mesai saatlerini manüpile ettiği gerekçesiyle işvereni tarafından işten çıkartılmıştır.²³³ Haksız bir şekilde işten çıkartıldığını ileri süren Bayan Coleman aynı zamanda engelli bireylere karşı ayrımcılığın yapıldığını iddia etmiştir.²³⁴

²³¹ Case C-303/06, S. Coleman v Attridge Law and Steve Law, ECLI:EU:C:2008:415

²³² *Coleman*, para. 19.

²³³ *Coleman*, para. 22.

²³⁴ *Coleman*, para. 24.

Bu konuda öncelikle hukuk sözcüsü Maduro'nun önüne gelen dosyada sözcünün görüşü önem arz etmektedir.²³⁵ Nitekim hukuk sözcüsü görüşünde ayrımcılık yapmanın tek yolunun belli bir özelliği olan bir kişiyi doğrudan hedef almak şeklinde olmayacağını, ayrıca bu kişilerin yakınında bulunan ve kendi gruplarında olmayan kişilere de bu tür fiillerin yapılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle de ayrımcılıkla tamamen mücadele eden sağlam bir eşitlik anlayışının daha derin şekilde korunması gerektiğini ifade etmiştir.

ABAD da hukuk sözcüsünün görüşüne benzer bir şekilde kararında Bayan Coleman'ın bu durumda haklı olduğuna karar vermiştir. Nitekim ABAD'a göre işverenler engelli kişilerin bu kişilerin istihdam alanından kopmamaları için gerekeni yapmalıdır.²³⁶ Bu nedenle de direktifle koruma altına alınan engellilik temelinde ayrımcılık yasağı sadece kişinin engelli olması durumunda söz konusu değildir.²³⁷ Bayan Coleman'a yapılan ve onu diğer çalışanlara kıyasla daha dezavantajlı duruma düşüren fiilin sebebinin engellilik temelli olduğu söylenebilecektir. O halde işverenin fiilin engellilik temelinde bir ayrımcılık yaptığı kabul edilmelidir.²³⁸ Bu nedenle de bir çalışanın engellilik nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığı tespit edildiğinde, 2000/78 sayılı direktifin sadece engelli kişilere uygulanabileceğini sınırlayan bir yorum 2000/78 sayılı direktifin amacıyla ters düşmektedir.²³⁹ Dolayısıyla da bir çalışana yapılan daha aleyhe bir davranışın sebebi çalışanın engelli çocuğuna yönelik yapılan bir davranışa ilişkinse ayrımcılık olgusunun varlığı kabul edilmelidir.²⁴⁰ Bu bakımdan da ABAD direktifin amacının engellilik sebebiyle uğranılan tüm ayrımcılıklar olduğundan bu şekilde yapılan bir ayrımcılığın da doğrudan bir ayrımcılık türü olduğunu belirtmiştir.²⁴¹

Bu halde direktifin yorumu konusunda amaçsal ve geniş bir yorum yaparak önemli bir karar veren ABAD, istihdam alanında her türlü olumsuz davranışın, kişi bizzat o grupta olmasa dahi ayrımcılık içerisinde değerlendirilmesi ve 2000/78 sayılı direktifin kapsama alanına girdiğini belirtmesi önem arz etmektedir.²⁴² Zira ayrımcılığı sadece engellilerle sınırlayan bir yorum 2000/78 sayılı direktifin amacıyla ters düşmektedir.

²³⁵ Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro, paras. 15-18 ECLI:EU:C:2008:61.

²³⁶ Coleman, para. 39.

²³⁷ Coleman, paras. 38, 50.

²³⁸ Coleman, para. 50.

²³⁹ Coleman, para. 53.

²⁴⁰ Coleman, para. 56.

²⁴¹ Coleman, para. 56.

²⁴² Coleman, para. 51.

B. DOLAYLI AYRIMCILIK

Tıpkı doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi dolaylı ayrımcılığın tanımı da 2000/78 sayılı direktifte yapılmıştır.

“Aşağıdakiler söz konusu olmadığı sürece, görünüşte tarafsız bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın belirli bir dine veya inanca, belirli bir engelliliğe, belirli bir yaşa veya belirli bir cinsel yönelime sahip kişileri sahip kişileri, diğer kişilere kıyasla dezavantajlı bir konumda bıraktığı zaman vuku bulmuş kabul edilir:

i Söz konusu hüküm, ölçüt veya uygulama meşru bir amaçla nesnel olarak haklı gerekçelere dayandırılıyorsa ve bu amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan araçlar orantılı ve gerekli ise ya da

ii. Belirli bir engellik durumu bulunan kişiler bakımından, işverenin veya bu direktifin uygulandığı herhangi bir kişi veya kuruluş ulusal mevzuat kapsamında, bu tür bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın gerektirdiği dezavantajları ortadan kaldırmak amacıyla, beşinci maddede yer verilen ilkeler doğrultusunda uygun önlemler almakla yükümlü kılınıyorsa.”²⁴³

Buna göre ayrımcılık içeriyor gibi gözükmeseler de aslında belirli bir kişiye veya gruba yönelik eşitsiz bir duruma sebebiyet veren durumlar dolaylı ayrımcılık olarak tanımlanabilmektedir.²⁴⁴ Bu kapsamda ilk başta hukuka aykırı olarak görülmeyen ancak sonuçları incelendiğinde fiili olarak bir grubun başka bir gruba kıyasla daha dezavantajlı bir durum içine girmiş olduğu davranışlar dolaylı ayrımcılık (*de facto* ayrımcılık) olarak ifade edilebilir.²⁴⁵ Gerçekten de bakıldığı zaman dolaylı ayrımcılık durumunda her ne kadar yapılan fiil açık olarak ayrımcılık içeren bir şekilde gözükme de yapılan bu fiil ile bir grubun tamamı veya büyük bir çoğunluğu etkilenmekte ve bu gruba mensup kişilerin belirli bir haktan veya durumdan faydalanmasına engel olunmaktadır.

²⁴³ 2000/78 sayılı direktif, m. 2/2.

²⁴⁴ Bu konuda diğer direktif düzenlemelerine yönelik bkz. 2006/54 Sayılı direktif, m. 2/1-a; 2000/43 sayılı direktif m.2; 2004/113 sayılı direktif, m. 2.

²⁴⁵ ELLIS & WATSON, s.149.

Dolaylı ayrımcılığa ilişkin olarak ise çokça verilen ve belki de verilebilecek en iyi örnek boy şartıdır. Buna göre herhangi bir objektif ve makul gerekçe olmadan bir işverenin işe alım ilanında sadece 185 cm üstü kişilerin işe başvuru yapabileceğini belirtmesi dolaylı ayrımcılığın tipik bir yansımasını oluşturmaktadır. Nitekim bir işe alım ilanında boy şartı öngörülüp her ne kadar sadece erkeklerin başvurabileceği belirtilmemiş ve bu konuda bir cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı görülme de söz konusu fiziksel şartı genel olarak erkeklerin karşılayabildiği düşünülürse kadınların bu şart neticesinde dolaylı bir ayrımcılığa uğradığı söylenebilecektir.

ABAD tarafından verilmiş olan ve çalışmamızın devamında daha detaylı bir şekilde incelencek *Bougnaoui* kararı dolaylı ayrımcılığın tanımı konusunda net bir ayırım yapmıştır.²⁴⁶ Buna göre somut olayda Bayan Bougnaoui taktığı başörtüsü sebebiyle işten çıkartılmıştır. İşveren Bayan Bougnaoui'yi işten çıkarma gerekçesi olarak ise müşterilerine karşı tarafsız kalma isteklerini ve müşterilerin özellikle baş örtüsü bulunmayan bir çalışanla çalışmak istemediklerini belirtmiştir.²⁴⁷ Bu kapsamda işverene göre Bayan Bougnaoui'nin işten çıkartılma gerekçesi tamamen objektif bir nitelik taşımakta olup müşterilerin bu konudaki tavırları neticesinde şekillenmiştir.²⁴⁸

İşten çıkartılmasının ardından Bayan Bougnaoui tarafından yerel mahkemede açılan ve ABAD'ın önüne gelen dosyada ABAD dolaylı ayrımcılık fiilleri noktasında net bir karar vermiştir. ABAD'a göre görünüşte tarafsız olan bir kural sebebiyle Bayan Bougnaoui gibi belirli bir dine veya inanca bağlı olan kişilerin özel bir dezavantajla karşılaşacağı açıktır.²⁴⁹ İşverenin belirtmiş olduğu tarafsızlık ise nesnel bir gerekçe olmamaktadır.²⁵⁰ Bu nedenle de işverenin Bayan Bougnaoui'nin baş örtüsü takması dolayısıyla iş akdine son vermesi -Hukuk Sözcüsü Sharpston tarafından farklı düşünülse de-²⁵¹ 2000/78 sayılı direktifte belirtilen şekilde dolaylı olarak dini veya inanca dayalı bir ayrımcılıktır.²⁵²

O halde ayrımcı bir fiil failinin ayrımcılık içeren bir fiili nesnel ve tarafsız bir sebeple yaptığını iddia etmesinin tek başına yetmeyeceği ABAD'ın bu kararı ile net bir şekilde

²⁴⁶ Case C-188/15 Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA, ECLI:EU:C:2017:204.

²⁴⁷ *Bougnaoui*, para. 14.

²⁴⁸ *Bougnaoui*, para. 14.

²⁴⁹ *Bougnaoui*, para. 32.

²⁵⁰ *Bougnaoui*, para. 40.

²⁵¹ Bu konuda çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı bir inceleme yapılacaktır. Bkz. *Dn.* 279.

²⁵² *Bougnaoui*, para. 41

belirtilmiştir. Buna göre somut olayda eğer kişi dezavantajlı durumu sebebiyle zarara uğruyorsa ve bu fiilin neden yapıldığı noktasında nesnel ve haklı bir gerekçe yoksa kişi aleyhine dolaylı bir ayrımcılığın olduğu kabul edilmektedir.

C. TACİZ VE TALİMAT

2000/78 sayılı direktifte taciz ve talimat kavramı açıkça tanımlanmış ve tanıma giren fiillerin ayrımcılık kapsamında yasaklandığı hüküm altına alınmıştır.

“Taciz, bir kişinin onurunun kırılması veya korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, küçük düşürücü veya incitici bir ortam yaratılması amacıyla veya bu durumlara neden olacak şekilde, birinci paragraf çerçevesinde bir ayrımcılık türü olarak kabul edilir. Bu bağlamda, taciz kavramı, üye devletlerin ulusal mevzuatlarına ve uygulamalarına uygun olarak tanımlanabilir.”²⁵³

Birinci maddede belirtilen herhangi bir nedenle kişilere karşı ayrımcılık yapılması talimatı, anlamında ayrımcılık olarak kabul edilecektir.”²⁵⁴

Hüküm incelendiğinde ise yapılan taciz tanımında açıkça cinsel hareketlerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik bir hüküm bulunmasa da doktrinde direktifin cinsel amaçlı fiilleri de kapsadığı belirtilmektedir.²⁵⁵ Bu kapsamda direktif çerçevesinde yasaklanan taciz veya talimat olayı doğrudan bir kimseye karşı olabileceği gibi, dolaylı şekilde de bir ortamın yaratılması gibi olabilmesi mümkündür. İşyerinde taciz olarak kabul edilebilecek eylemlere şunlar örnek olarak gösterilebilir:

- Caydırıcı ve/veya aşağılayıcı yorum(lar) veya davranış(lar),
- Tekrarlanan, düşmanca veya istenmeyen davranış biçiminde rahatsız edici davranış.
- Bir kişinin onurunu veya psikolojik veya fiziksel bütünlüğünü etkileyen davranışlar.²⁵⁶

²⁵³ 2000/78 sayılı direktif, m. 2/3.

²⁵⁴ 2000/78 sayılı direktif, m. 2/4.

²⁵⁵ GÜLMEZ Mesut (2010), İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 2, ss. 217-266, s. 227.

²⁵⁶ ESHRE (2022), Anti-discrimination and anti-harassment policy, s. 2, 3.

Bu kapsamda da bir işyeri ortamında çalışan işçileri bezdiren ve fiziksel veya psikolojik olarak yıldıran fiiller taciz olarak nitelendirilebilecektir.

ABAD'ın taciz konusunda vermiş olduğu önemli kararlardan biri doğrudan ayrımcılık başlığı altında da incelenen *Coleman* kararıdır.²⁵⁷ Engelli bir çocuğu olan Bayan Coleman'a karşı yapılan bir davranışın engellilik temelinde doğrudan ayrımcılık olduğuna hükmeden ABAD, aynı zamanda bu kararında Bayan Coleman'ın engelli olmadığını vurgulayarak maruz kaldığı fiillerin taciz niteliğinde olduğunu ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁵⁸ ABAD, ayrıca, bir taciz iddiası bulunduğu taciz fiilinin olmadığını işverenin ispatlaması gerektiğini belirterek²⁵⁹ taciz fiillerine klasik ayrımcılık fiillerine vermiş olduğu değeri vermiştir.

Bu kapsamda ABAD çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de görülebileceği üzere ispat açısından ayrımcılığa ilişkin kuralları yorumlamıştır. Aynı zamanda ABAD taciz kavramının sadece dezavantajlı gruba dahil olan kişiler için sınırlı olmadığını ve fiilden etkilenen herkesin taciz kapsamına dahil olduğunu belirterek taciz kavramının yorumunu da direktifin amacını gözeterek geniş bir şekilde yapmıştır.

2- MESLEKİ GEREKLİLİK SEBEBİYLE AYRIMCILIK

Mesleki gereklilik kavramı, 2000/78 sayılı direktifin 4. maddesi ile düzenlenen ve genel ayrımcılık yasağına getirilen bir istisnai durumdur. Buna göre bir işin layığıyla yapılabilmesi için belirli standartların gerektiği mesleklerde kişilerin din, inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelimlerinden dolayı standartları sağlamaması durumunda bu konuda işveren tarafından yapılabilecek tercihler ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

“İkinci maddenin birinci ve ikinci paragrafına bakılmaksızın, üye devletler, ilgili belirli mesleki faaliyetlerin niteliği ve gerçekleştirildikleri ortam gereği, bu tür bir özelliğin gerçek ve belirleyici bir mesleki gerek oluşturduğu durumlarda, amacın meşru ve gereğin orantılı olması koşuluyla, bu özelliğe dayalı muamele farkının ayrımcılık oluşturmayacağını öngörebilirler.”

²⁵⁷ dn. 239.

²⁵⁸ *Coleman*, para. 63.

²⁵⁹ *Coleman*, paras. 61, 62.

Benzer şekilde mesleki gerekçelerle ve çok sınırlı durumlarda mücadele edileceği öngörülen ayrımcı fiillerin hukuka aykırı olarak kabul edilmeyeceği direktifin dibacesinde yerini almıştır.

“Din, inanç, engellilik, yaş veya cinsel yönelim ile ilgili bir özelliğin belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturduğu sınırlı koşul ve durumlarda, orantılı hareket etmek şartıyla farklı muamele haklı gösterilebilir.”²⁶⁰

Bu bakımdan da 2000/78 sayılı direktifte düzenlenen ilgili hükümler dikkate alındığında mesleki gereklilik şartı ileri sürülerek yapılacak bir farklı muamelenin geçerli olarak kabul edilebilmesi imkan dahilinde olabilmektedir. Ancak mesleki gereklilik kapsamında hangi hususların değerlendirilebileceği ve hangi tür fiillerin mesleki gereklilik olarak sayılabileceği olgusu sabit bir ölçüte sahip değildir. Dolayısıyla da ABAD kararları mesleki gereklilik kavramının aydınlatılabilmesine yönelik önem arz etmektedir. Bu kapsamda bu başlık altında ABAD kararlarından birkaçına yer verilmiştir. Bu kararlardan *Wolf* kararı mesleki gereklilik kuralının hangi durumlarda uygulanabileceğine; *Prigge ve Perez* kararları mesleki gereklilik kavramının nasıl yorumlanması gerektiğine ve *JQ* kararı bu konuda din temelli istisnaya ilişkin detaylı bir inceleme yaptığından çalışmamızın kapsamında incelenecektir.

Mesleki gerekliliğin kavramının hangi şartlarda uygulanabileceğine yönelik ABAD tarafından verilen ve emsal olarak gösterilebilecek en önemli kararlardan biri *Wolf* kararıdır.²⁶¹ Uyuşmazlığa ilişkin söz konusu olayda Frankfurt am Main İtfaiye Müdürlüğünde iş başvurusu yapan Bay Wolf 30 yaşını doldurmuş olduğu için işe alınmamıştır.²⁶² Alman Hükümeti ise gerekçe olarak itfaiyeciliğin sadece genç kişiler tarafından karşılanabilecek, istisnai derecede yüksek fiziksel güç gerektirmekte olan bir iş olduğunu belirtmiş, sunmuş olduğu bilimsel verilerle 45-50 yaşlarını geçmiş olan kişilerin itfaiyecilik mesleğinin gerektirdiği fiziksel güce sahip olamayacağını ifade etmiştir.²⁶³ Aynı zamanda Alman Hükümeti mesleğe alım yaşını 30 ile sınırlı tutarak itfaiye teşkilatında çalışanların kariyerlerinde nispeten daha uzun bir dönemi boyunca fiziksel gereksinimler arz eden görevleri sürdürmelerini, itfaiye teşkilatının

²⁶⁰ 2000/78 sayılı direktif, dibace, para. 23.

²⁶¹ Case C-229/08 Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main, ECLI:EU:C:2010:3.

²⁶² *Wolf*, paras. 17-19.

²⁶³ *Wolf*, paras. 33-35, 41.

operasyonel kapasitesini ve düzgün işleyişini amaçladığını da mahkemeye cevaben iletmiştir.²⁶⁴

ABAD yaptığı yargılama neticesinde 2000/78 sayılı direktifin 3. ve 4. maddesi uyarınca Alman Hükümetinin hedefini meşru olarak nitelendirmiştir.²⁶⁵ Zira ABAD’a göre sunulmuş olan bilimsel veriler kabul edilerek, 30 yaşında itfaiye olarak işe alınacak bir kişinin görevini 15-20 yıl sürdürebilirken 40 yaşında itfaiye olarak alınan kişinin görevini maksimum 5-10 yıl sürdürebileceği, bu durumun da itfaiyenin organizasyon yapısını kötü şekilde etkileyecektir.²⁶⁶

Bu halde ABAD’ın bu kararı da göz önüne alındığında yaş temelli farklı muamele hallerinde dikkat edilmesi ve gerçek bir mesleki gereklilik olarak kabul edilmesi gereken asıl önemli hususun fiziksel kapasite olduğu anlaşılabilecektir. ABAD burada Alman Hükümetinin ortaya koymuş olduğu bilimsel verileri dikkate alarak yaşın fiziksel kapasiteye doğrudan etki yapacağını kabul etmiş ve asıl incelemesini de ona göre yapmıştır. Ancak verilen bu karar sadece soyut açıdan incelendiği ve Bay Wolf’un durumu ile ilgili herhangi bir inceleme yapılmadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir.²⁶⁷

Her ne kadar *Wolf* kararından da anlaşılabileceği üzere mesleki gereklilik kavramı ileri sürülerek farklı muameleler hukuka uygun olarak kabul edilebilse de mesleki gereklilik kavramından söz edebilmek için somut olayda belli bazı objektif şartların bulunması ve bu kapsamda yapılan fiil ile amaçlanan hedefin orantılı olması gerekmektedir. Nitekim ABAD da vermiş olduğu kararlarında mesleki gereklilik kavramını oldukça dar ve katı bir şekilde yorumlamıştır.

ABAD’ın *Prigge* kararı²⁶⁸ bu konuda emsal oluşturmaktadır. Buna göre yargılamaya konu olayda bir havayolu şirketi 60 yaşında olan pilotlarının iş akitlerini fiziki kapasiteleri düştüğü gerekçesiyle feshetmiş;²⁶⁹ bu durumun istihdam alanında bir ayrımcılık içerip içermediği konusunda dosya ön karar usulü ile ABAD’ın önüne gelmiştir. ABAD yaptığı incelemede öncelikle havayolu pilotlarının fiziksel kusurlarının bulunması durumunda

²⁶⁴ *Wolf*, paras. 43.

²⁶⁵ *Wolf*, para. 39.

²⁶⁶ *Wolf*, paras. 33-46.

²⁶⁷ BARNARD Catharine (2012), EU Employment Law, Oxford University Press, 4. Baskı, s. 370.

²⁶⁸ Case C-447/09, Reinhard Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG, ECLI:EU:C:2011:573.

²⁶⁹ *Wolf*, paras. 22-24.

istenmeyen sonuçların doğabileceğini ve fiziksel kusurların yaşla birlikte arttığının ortada olduğunu kabul etmiştir.²⁷⁰ Ancak sonrasında mesleki gereklilik kavramının katı bir şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.²⁷¹ Bu kapsamda iş akdi feshedilen işçilerin fiziksel kapasitelerinin düştüğünü gösteren bir emarenin bulunmadığını²⁷² ve bu konuda ulusal mevzuatta pilotlar için zorunlu emeklilik yaşı 65 iken havayolu şirketinin bu yaşı 60'a çekmesinin bir orantısızlık doğurduğunu belirterek²⁷³ söz konusu işlemin AB hukukuna aykırı olduğuna hükmetmiştir.²⁷⁴

Yine aynı şekilde ABAD *Perez* davasında²⁷⁵ da benzer bir karar vermiştir. Buna göre Bay Perez 30 yaşını doldurmuş olup polislik mesleğine girmek istemektedir. Ancak polis olmak isteyen kişilerin 30 yaşını doldurmamış olması gerektiği ulusal hukukta kural altına alınmıştır. Bu kapsamda Bay Perez tarafından yaş temelinde ayrımcılığa uğradığı ileri sürülerek dava açılmış ve ulusal mahkeme tarafından dosya ön karar prosedürü ile ABAD'a gönderilmiştir. ABAD ise yapmış olduğu incelemede ileri yaştan gerçekten de fiziksel kapasiteyi düşürdüğünü kabul etmiş,²⁷⁶ polislik mesleğinin temel olarak fiziksel güç gerektirdiğini belirtmiş²⁷⁷ ve genel anlamda somut olaydan bağımsız şekilde mesleki gereklilik kavramının polislik mesleğine uygulanabileceğini ifade etmiştir.²⁷⁸ Ancak ABAD sonrasında mesleki gereklilik kavramının katı ve dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini de kararında belirtmiştir.²⁷⁹ Ardından ABAD polisliğe alımda fiziksel testlerin mevcut olup somut olayda işe alımın yerel bir polis teşkilatı tarafından yapıldığını ve yerel polis teşkilatlarında yüksek fiziki kapasite kullanılmadığını belirterek²⁸⁰ durumu hukuka aykırı kabul etmiştir.²⁸¹

Bu bakımdan da ABAD'ın *Wolf* kararından farklı olarak verdiği bu kararları incelendiğinde mesleki gereklilik temelli istisnai fiillerin genelleştirilemeyeceği ve katı bir biçimde yorumlanması gerektiği anlaşılabilecektir. Buna göre gerçekten de kişilerin yaptıkları veya yapacakları işlerin belirli fiziki şartlara sahip olması gerekmekte ise de somut duruma

²⁷⁰ *Prigge*, para. 67.

²⁷¹ *Prigge*, para. 72.

²⁷² *Prigge*, para. 74.

²⁷³ *Prigge*, para. 75.

²⁷⁴ *Prigge*, para. 83.

²⁷⁵ Case C-416/13 Mario Vital Pérez - Ayuntamiento de Oviedo, paras. 26-58, ECLI:EU:C:2011:573.

²⁷⁶ *Pérez*, para. 37.

²⁷⁷ *Pérez*, paras. 39, 40.

²⁷⁸ *Pérez*, para. 41.

²⁷⁹ *Pérez*, para. 47.

²⁸⁰ *Pérez*, para. 54.

²⁸¹ *Pérez*, paras. 56, 57.

bakılmaksızın var olan bir durumu genelleştirerek mesleki gereklilik kavramına dahil etmek ABAD kararları uyarınca AB hukukuna aykırıdır.

Mesleki gereklilik kavramının dar yorumlanarak her bir somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gereğinin yanı sıra mesleki gereklilik olarak gösterilen gerekçenin aynı zamanda şeffaf olması, gerektiğinde ise kişilerin ve mahkemelerin denetimine imkân sağlaması da gerekmektedir. Zira nesnel, makul ve ölçülü olması gereken mesleki gereklilik sebebinin hangi sebeple var olduğu, bu durumun çalışan veya işe alınacak olan işçilere yönelik yapılacak bir farklı muameleyi hangi gerekçelerle haklı çıkaracağı hususlarının denetlenmesine izin vermemek, sebep hukuka uygun olsa da başlı başına ayrımcılığa ilişkin AB düzenlemelerinin ihlal edildiği anlamına gelecektir.²⁸²

Genel anlamda mesleki ayrımcılık kavramının yanı sıra aynı zamanda 2000/78 sayılı direktifte din ve inanç temelinde farklı muamelede bulunulabileceğini öngören farklı ve özel bir düzenleme de getirilmiştir.

“Üye devletler, kiliseler ve değerler sistemi din veya inanca dayalı diğer kamu kurumları veya özel kuruluşlar bünyesinde gerçekleştirilen mesleki faaliyetler söz konusu olduğunda, bu kurum ve kuruluşların değerler sistemini göz önünde tutarak, bu faaliyetlerin niteliği veya gerçekleştirildikleri ortam gereği bir kişinin din veya inancının gerçek, meşru ve haklı gerekçelere dayanan bir mesleki gerek oluşturduğu durumlarda, bir kişinin din veya inancına dayalı bir muamele farkının ayrımcılık oluşturmayacağını belirten, bu direktifin kabul ediliş tarihinde yürürlükte olan, ulusal mevzuatını muhafaza edebilirler veya bu yönde hükümleri, gelecekteki mevzuatlarında öngörebilirler. Bu muamele farklılığı, Topluluk hukukunun genel ilkelerinin yanı sıra üye devletlerin anayasal hükümleri ve ilkeleri dikkate alınarak uygulanır ve başka bir temelde ayrımcılığı haklı göstermez.

Bu direktif, hükümlerine başka durumlarda uyulması koşuluyla ulusal anayasalar ve kurallara uygun olarak hareket eden kiliseler ve değerler sistemi din veya inanca dayanan diğer kamu kurumları veya özel kuruluşların, kendileri için çalışan

²⁸² AYDINÖZ Gonca (2009), Avrupa Birliği direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 22, ss. 163-192, s. 181.

bireylerden iyi niyetli ve kuruluşun değerlerine sadık bir biçimde hareket etmelerini isteme hakkına hanel getirmez.”²⁸³

Söz konusu düzenlemeye göre dini temelli çalışan bir kurumun çalıştıracağı işçiler açısından dini faktörlerin gözetilebileceği, işçilere dini kaynaklı farklı muamelelerde bulunabilecekleri ve bu durumun ayrımcılık içermeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dini okula alınacak öğretmenin o dine mensup bir kişi olmasına ilişkin bir kural veya dini hizmet veren bir din görevlisinin tanrı tanımaz olması durumunda işine son verilmesi bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

Bu konuda ABAD’ın vermiş olduğu JQ kararı din temelli mesleki gereklilik kavramının dar yorumuna ilişkin örnek olarak gösterilebilecektir.²⁸⁴ Buna göre katolik bir birey olan JQ, Köln Başpiskoposluğunun denetimine tabi olarak kurulmuş bir şirket olan IR’nin işlettiği bir hastanede doktor olarak çalışmaktadır.²⁸⁵ Katolik inancında evlilik birliğinin sona erdirilebilmesi için sadece mahkeme kararı yetmemektedir. Bunun yanında evliliğin kilise tarafından da iptal edilmesi gerekmektedir. JQ, IR bünyesinde çalışmakta iken eşinden mahkeme aracılığı ile boşanmışlarsa da evlilikleri kilise tarafından iptal edilmemiştir. JQ buna rağmen evliliği kilise tarafından iptal edilmeden resmi törenle yeni bir evlilik yapmış;²⁸⁶ JQ’nin yeni evliliğini öğrenen IR, JQ’nin iş akdini ulusal mevzuatta yürürlükte olan “Kilise Hizmetindeki İstihdam İlişkin Temel Düzenlemeleri” uyarınca feshetmiştir.²⁸⁷

JQ yeniden evlenmesinin işten çıkartılmasının hukuka aykırı olduğu iddiası ile açmış olduğu dava ABAD’ın önüne gelmiştir. ABAD vermiş olduğu karar ile katolik bir doktorun katolik kilisesinin kutsal ve bozulmaz evlilik kavramına saygı duyması gerekliliğinin, gerçek, meşru ve haklı bir mesleki gereklilik olarak kabul edilemeyeceğini ve davacının işten çıkartılmasının ayrımcı bir fiil olduğuna hükmetmiştir.²⁸⁸ Zira JQ’nin bir doktor olarak görevi hasta tedavi etmek ve dahiliye departmanını yönetmektir. Bu halde JQ’nin mesleği göz önüne alındığında katolik evlilik inancına aykırı bir şekilde hareket etmesi her ne kadar IR katolik temelli kurulan bir organizasyon olsa da 2000/78 sayılı direktifin 4. maddesinin koruma

²⁸³ 2000/78 sayılı direktif, m. 4/2.

²⁸⁴ Case C-68/17 IR v JQ, ECLI:EU:C:2018:696.

²⁸⁵ JQ, para. 24.

²⁸⁶ JQ, para. 25.

²⁸⁷ JQ, para. 26.

²⁸⁸ JQ, para. 58.

amacıyla ters düşmemektedir. Bu nedenle de mesleki gereklilik unsuru olarak görülmemektedir.²⁸⁹

Bu bakımından ABAD'ın *JQ* kararı incelendiğinde davacı her ne kadar bir dini kurumda çalışsa ve gerçekten de dini kurumun bağlı olduğu inanç sistemine aykırı bir işlem yapmış olsa da içinde bulunduğu durumun yaptığı işi ile bir alakası olmadığından objektif bir gereklilik olarak kabul edilebilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira istisnai bir düzenleme olan bir konuda geniş yorum yapılması söz konusu olamayacağından bir dini kurum tarafından dini temel bahane gösterilek yapılan fiillerin hukuka uygun şekilde kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Aksine bu özel hükmün aynı mesleki gerekliliğe ilişkin genel hüküm gibi dar yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle de somut olay incelendiğinde yerel hukukta bu konuda bir hüküm bulunmasına rağmen ABAD'ın bu durumu direktifteki istisnai maddeye dayanarak üye devletin takdir yetkisine bırakmaması mesleki gereklilik ilkelerinin yorumu açısından emsal teşkil eden önemli bir karar olmuştur.

Bunun yanında yukarıda bahsedilen istisnai madde haricinde dini temelli ayrımcılığın mesleki olarak gereklilik sayılıp sayılmayacağı da bir muammadır. Zira kişinin kendi iç dünyasında yaşadığı manevi bir duygu olan dinin, herhangi bir işin makul bir şekilde yapılmasına nasıl etki edeceği cevaplanması zor bir sorudur. Lakin bu konuda ABAD hukuk sözcüsü Sharpston tarafından ileri sürülen bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre koruyucu kask takması gereken bir görevde dini nedenlerle kafasına taktığı başlığı çıkarmak istemediği için kask takmayan bir sih işçiyi çalışmaktan dışlamak mümkün olacaktır. Yine aynı şekilde belirli kıyafetler giymesi fabrikada çalışan makineler açısından tehlike yaratacak bir kadın işçinin de uyarılmasına rağmen bu hareketinde ısrar etmesi veya çıkartmayacağını belirtmesi işçinin işten çıkartılması veya işe alınmaması için haklı bir sebep olabilecektir.²⁹⁰

Gerçekten de özellikle giyilen dini temelli kıyafetler bakımından kişilerin iş sağlığını tehlikeye düşürmelerinin söz konusu olduğu bir durumda dini bakımından mesleki gereklilik kavramından bahsedilmek söz konusu olabilecekse de bu konuda müşteri isteklerinin veya ekonomik nedenlerin mesleki gereklilik olarak kabul edilemesi mümkün olmayacaktır. ABAD

²⁸⁹ *JQ*, paras. 59-61.

²⁹⁰ Opinion of Advocate General J. Sharpston, Case C-188/15 Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADHD) v Micropole SA, ECLI:EU:C:2016:553, para. 99.

da *Bougnaoui*²⁹¹ kararında bu konuda açıkça bir hüküm kurmuştur. İlgili karara konu olaya bakıldığında Bayan Bougnaoui işyerinde ilk başlarda bandana takarak çalışmaya başlamıştır. Ancak bu şekilde çalışmaya başladıktan Bayan Bougnaoui bandana yerine başörtüsü takmaya başlamış ve bu şekilde şirket müşterileri ile temaslarda bulunmuştur.²⁹² Şirket müşterilerinin başörtülü bir kişi ile çalışmak istemediklerini şirkete bildirmeleri üzerine işveren şirket müşterilerinin kaygılarını göz önüne alarak Bayan Bougnaoui'nin iş sözleşmesine son vermiştir.²⁹³

Bu kapsamda Bayan Bougnaoui tarafından açılan ve ön karar usulüyle ABAD'ın önüne giden dosyada ABAD, 2000/78 sayılı direktif ile koruma altına alınan din özgürlüğünün *forum internum*²⁹⁴ değil *forum externum*²⁹⁵ olduğunu belirtmiştir. Buna göre mesleki gereklilik kavramından ancak mesleğin işleyişi hakkında gerçek ve belirleyici durumlarda bahsedilebileceğini,²⁹⁶ dini düşünceye ilişkin bir durumun ise gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturabilmesinin çok sınırlı durumlarda mümkün olabileceğini belirtmiştir.²⁹⁷ Bu bakımdan ABAD dini düşünce açısından müşteri isteklerinin nesnel olarak gerçek ve belirleyici sayılmayacağına hükmetmiştir.²⁹⁸

ABAD tarafından bu konuda her ne kadar müşterilerin taleplerinin mesleki gereklilik olarak nitelendirilemeyeceği katı olarak belirtilmişse de hukuk sözcüsü Kokott'un bu konudaki görüşü ABAD kararından farklılaşmaktadır. Zira hukuk sözcüsüne göre²⁹⁹ müşteri taleplerinin mesleki gereklilik olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin katı bir yorumun yapılmaması, ekonomik ve ticari gerekçelerin dikkate alınarak işverene bu konuda bir takdir yetkisi verilmesi gerekmektedir.³⁰⁰ Bu yönden, bir işverenin işçisinin nasıl giyineceği, müşterilerinin kendilerine hizmet sunacakları kişilerin kimler olması gerektiği konusundaki fikirlerini önemsemesi gibi

²⁹¹ Case C-188/15 Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA, ECLI:EU:C:2017:204; Bu konuda benzer başka bir karar için Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn, *Feryn* paras. 25, 28, ECLI:EU:C:2008:397.

²⁹² *Bougnaoui*, para. 13.

²⁹³ *Bougnaoui*, para. 14.

²⁹⁴ *forum internum*: inanç özgürlüğünün iç boyutu, kişinin inancını iç dünyasında yaşama özgürlüğü.

²⁹⁵ *forum externum*: inanç özgürlüğünün dış boyutu, kişinin inancı dışı vurabilme özgürlüğü.

²⁹⁶ *Bougnaoui*, para. 40.

²⁹⁷ *Bougnaoui*, para. 39.

²⁹⁸ *Bougnaoui*, para. 41.

²⁹⁹ Opinion Of Advocate General Kokott, Case C-157/15, Samira Achbita and Centrum Voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding, para. 79, ECLI:EU:C:2016:382.

³⁰⁰ *Kokott*, paras. 77-84.

belli hallerde “orantılı” olmak üzere takdir yetkisinin bulunması mesleki açıdan meşru bir anlam ifade etmektedir.³⁰¹

İşverene her ne kadar bu konuda bir yetki vermek işverenin ekonomik faaliyetini sürdürebilmesi açısından önemli olsa da bu durumun işverene ucu açık bir şekilde takdir yetkisi verdiği söylenebilecektir. ABAD *Bouagnaoui* kararında her ne kadar bu konulara değinmeyip takdir yetkisinin objektif bir ispat ölçüsünün de bulunmadığı göz önüne alınırsa takdirin suiistimale oldukça elverişli olacağı düşünülebilecektir. Zira işverenler ekonomik nedenleri bahane göstererek farklı muameleleri mesleki gereklilik olarak ileri sürebilecektir. Kaldı ki bir işyerinde iş güvenliği gibi belirli sebepler haricinde ekonomik sebeplerle belirli bir dine mensup kişilerin çalıştırılmaması toplumun bu kişiler hakkındaki önyargılarını da pekiştirecek, bu kişilerin sosyal ve ekonomik hayattan dışlanmalarına sebep olabilecektir.

Sonuç olarak özetlemek gerekirse 2000/78 sayılı direktifte düzenlenen mesleki gereklilik kavramının, ABAD kararlarından da anlaşılabilceği üzere dar bir şekilde yorumlanması, şeffaf olması ve bu durumunun işverenler açısından bir zorunluluk değil, bir izin mekanizması olduğunun göz önüne alınması gerekmektedir. Nitekim mesleki gereklilik kavramından bahsedebilmek için meslek faaliyetlerinin doğasının veya konusunun buna uygun olması gerekmekte olduğundan her meslek ve durum için bu istisnai düzenlemenin uygulanabilmesi mümkün olmamaktadır. Kaldı ki söz konusu muamele farklılığı, korunan menfaate ilişkin bir özelliğe dayansa ve gerçek bir mesleki gereklilik oluştursa bile meşru bir amaç gütmeli ve ölçülü olmalıdır.

3- ENGELLİLERİN İSTİHDAMA ERİŞİMİ AMACIYLA UYUMLAŞTIRMA

Engelli kişilerin istihdam alanında yer almalarına yönelik en önemli engellerden biri çalışma koşullarının engelli kişilerin çalışmalarına imkan sağlayacak yapıda ve imkanda olmamasıdır. Bu sebeple engellilerin istihdam alanında daha fazla yer alması için 2000/78 sayılı direktifin 5. maddesinde ve dibacenin yirmi altıncı paragrafında bu konuda düzenleme getirilmiştir. Bu kapsamda işverenlere çalışma koşullarının engelli kişiler için uyumlu hale getirilebilmesi için bazı sorumluluklar yüklenmiştir.

³⁰¹ Kokott, paras. 85,86.

“Engelliler bakımından eşit muamele ilkesine uyumun güvence altına alınabilmesi amacıyla, makul uyumlaştırma temin edilir. Bu, alınacak önlemler işveren için orantısız bir yük getirmedikçe, işverenlerin, belirli bir durumda gerekli görülmesi halinde, engelli bir kişinin istihdama erişimi, katılımı veya yükselmesini kolaylaştırmak veya eğitim almasını sağlamak için uygun önlemleri alacağı anlamına gelir. Söz konusu yük, ilgili üye devletin engellilere yönelik politikası çerçevesinde mevcut önlemlerle yeterli derecede karşılandığında orantısız olamaz.”³⁰²

Bunun yanında AB’nin taraf olduğu ve AB hukuku kaynaklarından biri olan Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 5. maddesinde de uyumlaştırma kavramına yer verilmiştir.

“... 3) Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar. 4) Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.”³⁰³

Bu kapsamda da makul uyumlaştırma kavramının engelli kişilerin işe alım süreçlerine daha aktif ve kolay bir şekilde başvurabilmesi, istihdamının kolaylaştırılması ve mesleki ilerlemesinin sağlanabilmesi için bir işte veya çalışma ortamında işverenler tarafından yapılması zorunlu olan değişiklikler olarak tanımlanması mümkündür.³⁰⁴ Bu başlık altında incelenecek ABAD kararları ise uyumlaştırma kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için faydalı olacaktır. Bu kapsamda *TC and UB* kararı makul uyumlaştırma durumlarında ABAD’ın yorumlamasının genişliğini gösterdiği için önem arz etmektedir. *Ring and Skouboe* ve *HR Rail SA* kararları ise uyumlaştırma için gereken şartların neler olduğu ve ne tür tedbirlerin uyumlaştırma içerisinde değerlendirilebileceğine yönelik açıklamalarda bulunduğundan bu kararlara çalışmamızda yer verilmiştir.

³⁰² 2000/78 sayılı direktif, m.5

³⁰³ BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme m. 5. (Erişim Linki: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020100834bm_48.pdf)

³⁰⁴ How to Put Reasonable Accommodation Into Practice(2020); Luxembourg Publications Office of the European Union, s. 12.

O halde bahsedilecek ilk karar uyumlaştırmaya yönelik gerekli tedbirleri almayan işverenleri kusurlu olarak atfeden *TC and UB* kararıdır.³⁰⁵ Somut olayda VA hukuk fakültesinden mezun biridir ve görme engeli bulunmaktadır.³⁰⁶ 2014 yılında hakim olan VA, 2015 yılında Sofya Şehir Mahkemesinde görevlendirilmiştir.³⁰⁷ VA göreve atandıktan sonra kendisine sözlü yargılamalara katılma görevi verilmediğinden hem mahkeme başkanı TC, hem de atanmış olduğu 6. Ceza Dairesinin Başkanı UB hakkında ayrımcılık fiilleri işlediklerinden dolayı şikayette bulunmuştur.³⁰⁸ Bu kapsamda dosya ön karar usulü ile ABAD'ın önüne gelmiştir.

ABAD yapmış olduğu incelemede öncelikle mahkemelerdeki jüri üyeliği görevinin doğası gereği görsel kanıtların incelenmesi ve değerlendirilmesi gibi bazı durumlarda görme engellinin jüri görevi için engel olduğunu belirtmiştir.³⁰⁹ Lakin ABAD sonrasında VA'nın sözlü duruşmalara katılmasına izin verilmemesini bir ayrımcılık içeren bir fiil olarak nitelendirmiştir.³¹⁰ Zira ABAD'a göre işverenlerin 2008/78 sayılı direktifin 5. maddesi gereğince makul uyumlaştırma tedbirleri almaları gerekmektedir.³¹¹ İşverenlere yüklenen bu yükümlülük engelli kişilerin bağımsızlıklarını, sosyal ve mesleki anlamda bütünleşmelerine yönelik önemli bir adımdır.³¹² Bu bakımdan da gerekli uyumlaştırma tedbirleri alınmaksızın görme engeli yüzünden VA'nın yargılamalara katılmasına izni verilmemesi 2000/78 sayılı direktifin ihlal edildiği anlamına gelmektedir.³¹³

ABAD'ın bu kararı uyumlaştırma bakımından emsal sayılabilecek tanımlamalar içermesinin yanında ayrıca bir nebze de olsa çatışan mesleki gereklilik ve uyumlaştırma kavramlarının somut olayda nasıl yorumlanacağını anlaşılabilmesi için de önemlidir. Nitekim mesleki gereklilik kavramı uyarınca işverenlerin engelli bireyleri çalıştırmama konusundaki fiillerinin meşru bir temeli olsa da engelli kişilerin istihdam edilmesi önem arz etmektedir. Zira

³⁰⁵ Case C-824/19 *TC and UB v Komisija za zashtita ot diskriminatsia and VA*, ECLI:EU:C:2021:862.

³⁰⁶ *TC and UB*, para. 22.

³⁰⁷ *TC and UB*, para. 23.

³⁰⁸ *TC and UB*, para. 25.

³⁰⁹ *TC and UB*, para. 52.

³¹⁰ *TC and UB*, para. 42.

³¹¹ *TC and UB*, paras. 54, 57.

³¹² *TC and UB*, para. 58.

³¹³ *TC and UB*, para. 64.

istihdam hayatına aktif katılan engelli bireylerin yaşam kaliteleri, psikolojik sağlıkları, kişisel gelişimleri ve hayata bağlılıklarının arttığı göz önüne alındığında³¹⁴ engelli bireylerin çalışması için gereken özenin gösterilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla da engelli kişilerin hayata katılmaları hem toplum hem de bireysel anlamda önemli olduğundan uyumlaştırma tedbirlerinin alınması durumunda mesleki faaliyet layıkıyla yapılabilmekte ise mesleki gereklilik kavramının artık ikinci planda kalacağı söylenebilmektedir.

Bununla birlikte bir somut olayda uyumlaştırma tedbirlerinin uygulanabilmesi için üç temel şarttan bahsedilebilecektir:

1. Engelli bireyin istihdama erişimine, katılımına veya yükselmesine ilişkin mevcut bir sorunun bulunması gerekmektedir. İşyerinde veya işte engelli bireylerin istihdam alanına yaşadığı bir zorluk yoksa uyumlaştırmadan bahsedilemeyecektir.
2. Yapılacak uyumlaştırmalar “makul” olmalıdır. Buna göre işverenden kendisi için ciddi yük getirecek bir uyumlaştırmamanın işveren tarafından yapılması beklenmemektedir.³¹⁵
3. Uyumlaştırma fiilleri engelli bireylerin istihdamda yaşadıkları zorlukların giderilebilmesi için yapılmalıdır. Engelli bir bireyin işyerinde veya işte yaşadığı bir zorluğu gidermeyecek lakin engelliler adına yapılan diğer bazı fiillerin uyumlaştırma olarak kabulü mümkün değildir.³¹⁶

Söz konusu bu üç şarttan biri olan “makul” kavramı, uyumlaştırmamanın doğuracağı mali yük; kuruluşun ölçeği, mali kaynakları, finansman sağlama olasılıkları gibi özelliklerin kapsaması nedeniyle subjektif temelli bir kavramdır.³¹⁷ Nitekim makul olma ölçütü her somut olay için farklılık göstereceğinden bir uyumlaştırmamanın makul olarak kabul edilip edilmeyeceğine yönelik uygulanacak bir formül bulunmamaktadır. Ancak ABAD’ın bu konudaki kararları makul kavramını somut olaylar için yorumlarken önemli bir yol göstericidir.

³¹⁴ AYCAN, s.15; EREN Asım (2010), Engellilerin İş Yerlerinde Çalıştırılması İçin Yapılabilecekler Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı Endüstri Psikolojisi, s. 42.

³¹⁵ QUINLIVAN Shivaun (2019), Reasonable Accommodation: an Integral Part of the Right to Education for Persons with Disabilities, The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law, Edited by Gauthier de Beco, Cambridge University Press, Baskı: 1, s. 174; ERSÖZ Enes (2020), Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı: 2, ss. 149-163, s. 160.

³¹⁶ ERSÖZ, s. 160.

³¹⁷ ELLIS & WATSON, s. 406.

Nitekim *ABAD Ring* ve *Skouboe* kararında bu kapsamda bir değerlendirme yapmıştır.³¹⁸ Somut olayda Bayan Ring tedavi edilemeyen bel ağrısından muzdaripken Bayan Skouboe geçirmiş olduğu trafik kazası nedeniyle %65 iş göremez duruma gelmiştir. Bu nedenle iş akitleri fesh edilen iki işçi adına sendikaları tarafından ayrımcılığa uğradıkları nedeniyle dava açılmıştır.

ABAD kararında uyumlaştırma tedbirleri kapsamında makul terimi değerlendirilirken alınacak tedbirin mali yükünün, işverenin büyüklüğünün, mali kaynaklarının ve finansman elde etme olasılığının dikkate alınması gerektiğini³¹⁹ ve bunun yanında yapılacak iş için yetkin veya yeterli kalitede olmayan bir kişinin işe alınmasının, terfi ettirilmesinin veya iş sözleşmesinin devam ettirilmesinin beklenemeyeceğini belirttikten³²⁰ sonra alınabilecek tedbirlerin sabit ve sayılı olmadığını ifade etmiştir. Bu kapsamda ABAD çalışma saatlerinin azaltılmasının genel anlamda bir uyumlaştırma tedbiri olabileceğini³²¹ ve bu temelde alınacak bir önlemin makul olup olmadığına yönelik değerlendirmeyi ulusal mahkemenin yapması gerektiğini hüküm altına almıştır.³²²

Bunun yanında ABAD'ın *HR Rail SA* kararı da bu kapsamda benzer özelliktedir.³²³ Buna göre başvuru, demiryolu işleticisi olan HR Rail şirketinde stajyer olarak işe başlamış, stajı devam ederken kalp pili takmak zorunda kalmıştır. İşveren HR Rail başvuranın raylara yakın çalışması ve kalp pilinin buradan gelebilecek elektromanyetik dalgalardan etkileneceğini öğrenmesi sonucu başvurucuyu işten çıkartmıştır.

ABAD ön karar yolu ile önüne gelen dosyada başvuran stajyer olsa da 2000/78 sayılı direktifin kendisi için de uygulanacağını³²⁴ belirttikten sonra incelemeye geçmiştir. Buna göre ABAD makul uyumlaştırma tedbirleri bakımından işverenin mali yükünün, büyüklüğünün, mali kaynaklarının ve finansman elde etme olasılığının dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve koşullar sağlanıyorsa işverenin bu konudaki zorunlu olduğunu hatırlatmıştır.³²⁵ Buna göre ABAD'a göre işçilerin çalışma saatlerini ve görev dağılımlarını ayarlamak veya işçilere eğitim

³¹⁸ Case C-335/11 and C-337/11 HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, ECLI:EU:C:2013:222.

³¹⁹ *Ring and Skouboe*, para. 60.

³²⁰ *Ring and Skouboe*, para. 57.

³²¹ *Ring and Skouboe*, para. 56.

³²² *Ring and Skouboe*, para. 64.

³²³ Case C-485/20 XXXX v HR Rail SA, ECLI:EU:C:2022:85.

³²⁴ *HR Rail SA*, para. 32.

³²⁵ *HR Rail SA*, paras. 39, 45.

vermek etkili ve pratik önlemler olarak uyumlaştırma tedbirlerinden sayılabilecektir.³²⁶ Somut olayda ise boş kadro olması durumunda başvuranın başka bir kadroya atanması uyumlaştırma tedbiri olarak uygulanmalıdır.³²⁷

Bu bakımdan da ABAD'ın söz konusu kararları incelendiğinde uyumlaştırmanın makul olması konusunda mali anlamda belli rakamlara bakılması ve işverenin bu yükün altında kalkabileceğinin anlaşılmasının birincil şart olduğu anlaşılabilecektir. Buna göre eğer işveren uyumlaştırmanın getirdiği yükü kaldırabiliyorsa somut olaya göre gerekli uyumlaştırma tedbirini alma kuralı kendisi için bir zorunluluktur. Bunun yanında işverenler uyumlaştırma tedbirleri aracılığı ile engellilerin istihdamını sağlasa da bu istihdam faaliyetinin sosyal bir proje olarak görülmemesi de önemlidir. Zira ABAD tarafından sıkça belirtildiği üzere lehine uyumlaştırma yapılacak işçinin söz konusu işi yapabilme kapasitesi ve yetkinliğinin bulunması bir şarttır. Buna göre engelli işçi uyumlaştırma sonucunda dahi gereken işi yapabilecek kapasiteye sahip değilse bu durumda işverene uyumlaştırma yapma sorumluluğu yüklenemeyecektir.

Bu bakımdan uyumlaştırma tedbirleri konusunda somut olayların incelenmesi bu konuda alınabilecek tedbirlerin anlaşılabilmesi için faydalı olacaktır. İncelenecek ilk örnek Brüksel Çevre Ajansına aittir. Buna göre Ajans uyumlaştırma fiillerinde engelli personellerin iş hayatında daha fazla bulunabilmesini amaçlamıştır. Bu kapsamda işe alım sürecinde işaret dili bilen kişilerin tercüman olarak bulunması sağlanmıştır. Ayrıca ajans engelli kişilerin istihdam alanında yeterli şekilde temsil edilmedikleri gerekçesiyle derneklerle iletişime geçmiş, diğer personellerini engelli bireylere karşı sahip oldukları veya olabilecekleri basmakalıp hatalı düşünceler konusunda bilinçlendirmiştir. Ajansın yapmış olduğu tüm bu fiillerin ise bir sosyal yardım projesi kapsamında yapılmadığı, kuruma gerçek bir katma değer getirdiği ise özellikle belirtilmelidir.³²⁸

Yine İspanyanın Biskay belediyesi ise zihinsel engelli kişilerin devlet kadrolarında daha aktif rol alabilmesi için işe alım mülakatını yapacak insan kaynakları personellerini bilinçlendirme eğitimine sokmuş ve engelli kişiler için okuması ve anlaşılması daha kolay bir

³²⁶ *HR Rail SA*, paras. 37, 40.

³²⁷ *HR Rail SA*, paras. 43, 48, 49.

³²⁸ *How to Put Reasonable Accommodation Into Practice*(2020); Luxembourg Publications Office of the European Union, s. 14-15.

dokümanasyon hazırlamıştır. Ayrıca işveren belediye zihinsel engelli kişilerin mülakatlarının yapılacağı yerleri sakın, iyi bir şekilde aydınlatılmış ve toplu taşıma ile kolay erişilebilen yerler arasından seçmiştir. Bunun yanında zihinsel engelli bireylerin işyeri ortamında rahat edip etmeyeceklerinin anlaşılabilmesi için aileleri ve bakıcıları ile işyerini ziyaret etmelerine de fırsat tanınmıştır.³²⁹

Macaristan Ulusal Yargı Dairesi ise engelli kişilere yönelik uyumlaştırmanın sağlanabilmesi için işin uzmanından yardım almak istemiş ve bu konuda uzman bir STK ile çalışmıştır. Buna göre Yargı Dairesinde dosyalama, arşivleme, belge yönetimi, dijitalleştirme ve şirket içi teslimat hizmetlerinde çalışması için istihdam edilmesi planlanan otizmli bireylerin işe alımlarında ve çalışma esnasında STK personellerinin yardımına başvurulmuş, engelli bireylerin iş hayatına elverişli bir duruma getirilebilmesi için STK personellerin engelli bireylerle çalışmalarına izin verilmiştir. Bu sayede de otizmli bireyler kalıcı personel hale gelmişlerdir.³³⁰

Makul uyumlaştırma konusunda yukarıda verilen örneklerden tümü kamu sektörüne ilişkin örnekler olsa da sadece kamu sektörüne ait bir kural olduğuna yönelik bir düşünceye kapılmamak gerekir. Zira 2000/78 sayılı direktifte yer alan her düzenlemede olduğu gibi bu konudaki düzenlemelerin özel hukuk kişilerini etkilediği ve makul olduğu sürece uyumlaştırma fiillerinin özel sektör tarafından da yapılması gerektiği söylenebilir.

4- POZİTİF EYLEM (POZİTİF AYRIMCILIK)

Geçmişte ve halihazırda yapılan ayrımcılık fiilleri sonucunda dezavantajlı durumda bulunan bir gruba mensup kişilerin aleyhine doğmuş olan eşitsiz bir durumu eşit hale getirmek için yapılan tüm önlemlere pozitif eylemler denilmektedir.³³¹ 2000/78 sayılı direktifin 7. maddesi ile direktifin dibacesinin yirmi üçüncü paragrafında bu konuda düzenleme getirilerek dezavantajlı gruplarla avantajlı gruplar arasında genel anlamda eşitliği sağlamak için alınacak özel önlemlerin hukuka aykırı olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

³²⁹ How to Put Reasonable Accommodation Into Practice(2020); Luxembourg Publications Office of the European Union, s. 16, 27.

³³⁰ How to Put Reasonable Accommodation Into Practice(2020); Luxembourg Publications Office of the European Union, s. 18, 19.

³³¹ SOWELL Thomas (1989), Affirmative Action A Worldwide Disaster, Commentary, Cilt: 88 Sayı: 6, s. 21; AKDEMİR ŞAHYAR Duru (2014), Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve “Pozitif Ayrımcılık” İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 4, ss. 890-908, s. 895.

“Uygulamada tam eşitliğin sağlanması amacıyla, eşit muamele ilkesi, hiç bir üye devleti, birinci maddede anılanlardan herhangi biriyle bağlantılı dezavantajların önlenmesi veya tazmin edilmesi amacıyla alınan özel önlemleri muhafaza etmesini veya kabul etmesini engellemez.”

Bakıldığı zaman içerisinde AB’nin de bulunduğu modern hukuk sistemleri bakımından kabul edilen eşitlik anlayışına göre eşitlik; grupların özelliklerine, dezavantajlarına, avantajlarına, grup etkisine, gerçek sonuçlara, maddi eşitliğe ve istenilen sonuca odaklanır.³³² Zira aksi halde mutlak eşitlikçi bir anlayış dezavantajlı grubun sürekli dezavantajlı bir durumda kalmasına sebep olacak, eşitlik aslında geniş anlamda bir eşitsizlik doğuracaktır. ABAD da yarım asrı aşkın bir süredir vermiş olduğu kararlar ile bu konuda net bir çizgi çizerek eşitlik kavramından anlaşılması gerekenin mutlak eşitlik olmadığını ve farklı özellikler taşıyan durumlarda veya olaylarda farklı kararların uygulanması gerektiğini belirtmektedir.³³³

Dar anlamda yorumlandığı zaman pozitif eylemin eşitlik ilkesini ihlal edecek bir kural olarak atfedilebilmesi mümkündür. Ancak ABAD bu hüküm hakkında vermiş olduğu pek çok kararında³³⁴ bu durumun aksini belirtmiştir. Nitekim *Achatzi* kararında bu konuda net bir hüküm kurarak 2000/78 sayılı direktifte düzenlenen pozitif eylemlerin görünüşte ayrımcı olsa da genel anlamda toplumda var olan gerçek eşitsizlikle mücadele için tasarlandığını belirtmiştir.³³⁵

Pozitif eylemler pek çok şekilde uygulanabilen, belli bir sayıya ve sabit şekle tabi olmayan bir kavramdır. Dolayısıyla da hedeflenen amacın gerçekleştirilebilmesi için pek çok farklı hareket bu kapsamda uygulanabilecektir. Bu kapsamda ne tür eylemlerin pozitif eylemler kapsamında sayılabileceği noktasında ABAD tarafından verilen kararlar önemli

³³² DE VOS Marc (2007), Beyond Formal Equality Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, Luxembourg: Publications Office Of The European Union, s. 10.

³³³ Örnek için bkz. Case C-13/63 Italian Republic v Commission of the European Economic Community, paras. 4A, 4B, ECLI:EU:C:1963:20. Söz konusu bu kararda ABAD aynı durumda bulunmayan iki gruba farklı muamelelerde bulunulmasının mutlaka ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş ve ayrımcılıktan bahsedebilmek için ya benzer durumlarda olanlara farklı şekilde, ya da farklı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulması gerektiğini ifade etmiştir.

³³⁴ Case C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, paras. 12-24, ECLI:EU:C:1995:322; Case C-312/86 Commission of the European Communities v French Republic, para. 15, ECLI:EU:C:1988:485; Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, paras. 44-56, ECLI:EU:C:2000:367.

³³⁵ Case C-193/17 Cresco Investigation GmbH - Markus Achatzi, para. 64, ECLI:EU:C:2019:43.

sayılabilmektedir. Ancak güncel olarak 2000/78 sayılı direktif ile sınırlı olacak şekilde pozitif eylemler konusunda ABAD tarafından verilen kararların nitelik ve nicelik anlamında kapsamlı olmadığı görülebilmektedir. Bu nedenle de bu başlık altında başka mevzuat hükümlerine ilişkin ABAD kararları pozitif eylemlerin daha iyi anlaşılabilmesi ve bu konudaki soruların cevaplanabilmesi için incelenecektir.

Bu bakımdan ABAD'ın *Badeck* kararı³³⁶ pozitif eylem bakımından önem arz eden ve bu konuda yapılabilecek eylemlerin neler olabileceğine ilişkin birtakım örnekler gösteren bir karardır. ABAD tarafından verilen bu karar 76/207 sayılı direktif özelinde bir inceleme yapmışsa da belirtmiş olduğu kuralların aynı şekilde 2000/78 sayılı direktifte mücadele edileceği öngörülen diğer ayrımcılık temelleri için de uygulanabileceği açıktır.

Buna göre söz konusu karara konu olayda kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması ve kamu yönetiminde kadınlara karşı ayrımcılığın kaldırılmasına ilişkin Almanya'nın Hessen Eyaletinde yürürlükte bulunan bir kanunun Alman Anayasasında ve AB hukukunda düzenlenen eşit işlem kurallarına aykırı olup olmadığı sorunu ile ABAD'a başvurulmuştur. ABAD ise vermiş olduğu kararında kadınların da aralarında bulunduğu dezavantajlı gruplar için belli bazı kolaylaştırıcı hakların tanımlanmasını hukuka uygun bulmuş ve pozitif eylem olarak yapılabilecek fiiller bakımından bazı örnekler vermiştir. Buna göre;

1. Kadınların yeterince temsil edilmediği kamu sektöründe, kadın ve erkek adayların eşit niteliklere sahip olduğu durumlarda, daha önemli yasal gerekçeler bulunmadıkça, işe alımlarda nesnel bir değerlendirme yapmak koşuluyla kadın adaylara öncelik verilebilir.³³⁷
2. Akademik hizmetlerdeki görevler için asgari bir kadın yüzdesi öngörülebilir.³³⁸
3. Yapılacak eğitim faaliyetlerinde eğitim alacak kişi sayısının en az yarısı kadınlara tahsis edilebilir.³³⁹
4. İşe alımlarda gerekli ve aranan koşulları sağlayan nitelikli kadınların mülakatlara çağırılması için çaba sarf edilebilir.³⁴⁰

³³⁶ Case C-158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, ECLI:EU:C:2000:163.

³³⁷ *Badeck*, para. 38.

³³⁸ *Badeck*, para. 44.

³³⁹ *Badeck*, para. 55.

³⁴⁰ *Badeck*, para. 63.

5. İdari ve denetleyici organlarda ve çalışanlar tarafından oluşturulan topluluklarda çalışacak kadın sayısının en az yarısının kadın olması öngörülebilir.³⁴¹

Ancak ABAD'ın *Badeck* kararı uyarınca kadınlara iş hayatında ve akademilerde uygulanacak belli pozitif eylemlerin eşitliğe aykırı bir şekilde yorumlanamayacağı hüküm altına alınmışsa da bu konuda yapılan her fiilin pozitif eylem adı altında hukuka uygun kabul edilemeyeceği de bir gerçektir. Bu konuda ABAD'ın *Abrahamsson* kararı³⁴² pozitif eylemlerin nesnel bir amaç taşıması gerektiğine yönelik kuralı açıkça belirtmesi bakımından önemlidir.

Buna göre 1999 yılında İsveç hükümeti tarafından çıkartılan bir hukuk düzenlemesinde öğretim personellerinin alımlarında kadın adaylara öncelik verilebileceği bu durumun eşitliğe aykırı bir durum oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır.³⁴³ İsveç hükümetine göre öğretim görevlileri arasında cinsiyet eşitliği olması gerekenden yavaş ilerlemekte, bu nedenle olağanüstü bir çabaya ihtiyaç duyulmaktadır.³⁴⁴ Somut olayda Göteborg Üniversitesinde açılan profesörlük kadrosu için içlerinde Bay Anderson, Bayan Abrahamsson, Bayan Destouni ve Bayan Fogelqvist'in de dahil toplam sekiz aday başvuruda bulunmuştur.³⁴⁵ Yapılan değerlendirmede Bayan Destouni birinci, Bay Anderson ikinci, Bayan Fogelqvist üçüncü olarak seçilmiştir.³⁴⁶ Bayan Destouni'nin adaylıktan çekilmesi sonucunda ise kadro teklifi Bay Anderson yerine Bayan Fogelqvist'e yapılmıştır.³⁴⁷ Davacı Bayan Abrahamsson kendisinin ve Bay Anderson'un Bayan Fogelqvist'ten daha kalifiye olduğunu iddia ederek yapılan alımın hatalı olduğunu savunmuştur.³⁴⁸

ABAD yaptığı incelemede üniversitenin işe alımının eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Nitekim söz konusu alım, adayların niteliklerini ve değerlerinin ölçümünü geçersiz kılmaktadır.³⁴⁹ Zira pozitif eylem neticesinde doğacak bir ayrımcılığın haklı kılınabilmesi için iki adayın eşit niteliklere sahip olmasına rağmen yapılacak seçimde dezavantajlı gruba mensup adayın tercih edilmesi gerekmektedir.³⁵⁰

³⁴¹ *Badeck*, para. 66.

³⁴² Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, ECLI:EU:C:2000:367.

³⁴³ *Abrahamsson*, paras. 7, 8.

³⁴⁴ *Abrahamsson*, para. 13.

³⁴⁵ *Abrahamsson*, para. 17.

³⁴⁶ *Abrahamsson*, para. 18.

³⁴⁷ *Abrahamsson*, paras. 18, 19.

³⁴⁸ *Abrahamsson*, para. 21.

³⁴⁹ *Abrahamsson*, para. 53.

³⁵⁰ *Abrahamsson*, para. 62.

Bu halde her ne kadar *Baddeck* kararında kadınlar için akademilerde ek haklar tanınabileceği öngörülmüşse de hemen hemen aynı tarihte yayımlanmış *Abrahamsson* kararında liyakat ilkesinin göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan özellikle işe alım süreçlerinde nitelik ve liyakat olarak diğer adayların gerisinde bulunan bir adayın sadece dezavantajlı bir gruba tabi olması nedeniyle işe alınması hukuka aykırı olacaktır. Zira böyle bir durumda eşitlik ilkesi liyakat ilkesine tercih edilmiş olacağından bu durum pozitif eylem olarak nitelendirilemeyecektir.

Pozitif eylem her ne kadar maddi anlamda eşitliği sağlamaya yönelik üstün bir amaç uğruna yapılıyor olsa da sonuç olarak dar anlamda bakıldığında ayrımcılık içeren bir fiildir. Bu nedenle de fiilin neden yapıldığı konusunda detaylı bir gerekçelendirme ihtiyacı bulunmaktadır. AB hukuku uyarınca da bir gruba uygulanan ayrımcılık içeren bir fiilin pozitif eylem olarak değerlendirilebilmesi için fiilin hangi dezavantajlı gruba hangi dezavantajın giderilebilmesi için yapıldığının belirtilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan da grubun dezavantajlı olduğunu gösterir karşılaştırılacak bir örneğin bulunması gerekmektedir.³⁵¹

Bunun yanında pozitif eylemler konusunda bahsedilmesi gereken önemli bir husus bu eylemlerin emredici bir nitelik taşımamasıdır. Zira gerçekten de 2000/78 sayılı direktifte pozitif eylemlerde bulunulmasına izin verilmişse de pozitif eylemlerde bulunulması ilgilisi bakımından zorunlu tutulmamıştır. 2000/78 sayılı direktif ile ilgili olmasa da bu konuda ABAD'ın vermiş olduğu *Bilka* kararı genel olarak pozitif eylemlerin emredici özelliklerinin bulunmadığına ve dezavantajlı grup üyelerinin kendi lehlerine pozitif eylem uygulanmasına yönelik talepte bulunamayacağını açıkça ifade ettiği için önemli bir karardır.³⁵²

Gerçekten de ABAD'ın 1986 tarihinde verdiği nispeten eski bir kararı olan *Bilka*³⁵³ kararında pozitif eylemlerin emredici niteliği net bir şekilde vurgulanmıştır. Nitekim *Bilka-Kaufhaus* adlı işyerinde çalışan kısmi süreli işçilerin çoğu kadındır ve kısmi süreli çalışan işçiler tam süreli çalışan işçilere kıyasla emeklilik hakkı kapsamında oldukça dezavantajlı bir

³⁵¹ FREDMAN Sandra (2002), *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2. Baskı, s. 95; Bu konuda 76/207 sayılı direktif temelinde bir inceleme için bkz. Case C-366/99 Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation. paras. 39-67, ECLI:EU:C:2001:648. ABAD yapmış olduğu incelemede kadınlara yönelik pozitif eylemlerin belli dezavantajların giderilebilmesi için yapılması gerektiğini belirtmiş ve dava konusu olayın bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini belirterek düzenlemenin erkek aleyhine bir ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir.

³⁵² FREDMAN, s. 167; De Vos; s. 28.

³⁵³ Case C-170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204.

durumdadırlar.³⁵⁴ Bu kapsamda açılan davada Bilka-Kaufhas'un daha çok kadın işçilerin kısmi süreli olarak çalıştıklarının göz önünde bulundurulması ve cinsiyet eşitliğinin önlenmesine ilişkin her ne kadar ulusal mevzuatta bu şekilde bir düzenleme olmasa da kadınlara ek haklar tanınması gerektiği iddia edilmektedir.³⁵⁵

ABAD söz konusu iddiaya dayalı yapmış olduğu incelemede iddia edilen şekilde işverene bir yükümlülük yüklemenin cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan AET'nin 119. maddesine uygun olmayacağını belirtmiştir. Zira ilgili maddede düzenlendiği şekilde pozitif eylem ilgilisi için bir yükümlülük oluşturmamaktadır. Sadece bu tür eylemlerin hukuka aykırı olarak kabul edilemeyeceğini düzenlemiştir. O halde bir işvereni pozitif eylemde bulunması için dava etmek doğru değildir.³⁵⁶

Pozitif eylemler konusunda genel kuralın yanında aynı zamanda 2000/78 sayılı direktifin pozitif eylemleri düzenleyen 7. maddesinin 2. fıkrası engelli kişilere yönelik ayrıca bir düzenleme yapmıştır. Buna göre söz konusu düzenlemeye göre engelli kişilerle ilgili olarak iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin hükümler sürdürülebilecek ve bu konuda yeni düzenlemeler çıkartılabilecektir.

“Engelliler açısından, eşit muamele ilkesi, üye devletlerin, iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin hükümleri muhafaza etme veya yeni düzenlemeler getirme ya da çalışma ortamı ile bütünleşmelerini koruyucu veya teşvik edici hükümler veya araçlar getirme veya muhafaza etme haklarına halel getirmez.”³⁵⁷

Doktrinde bu fıkranın üye devletlerin sağlık ve güvenlik mevzuatlarını kabul ederken engelli kişileri dikkate almaya teşvik etmek için düzenlendiği belirtilmektedir.³⁵⁸ Ayrıca söz konusu fıkradan engelli kişilerin çalışma ortamına entegrasyonunu korumak ve engelli kişiler lehine yapılacak pozitif eylemlerde farklı bir inceleme ve ayrı bir ilgi düzeyi benimsemeye zorlamak için tasarlandığı da ileri sürülmektedir.³⁵⁹

³⁵⁴ Bilka, para. 5.

³⁵⁵ Bilka, para. 6.

³⁵⁶ Bilka, paras. 41-43.

³⁵⁷ 2000/78 sayılı direktif, m. 7/2.

³⁵⁸ WADDINGTON Lisa & BELL Mark (2001), More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directive, Common Market Law Review, Cilt: 38, Sayı: 3, ss. 587-611, s. 603.

³⁵⁹ WHITTLE Richard (2002); The Framework Directive For Equal Treatment In Employment And Occupation: An Analysis From A Disability Rights Perspective, European Law Review, Cilt: 27, Sayı: 3, ss. 303-326, s. 319.

Bu konuda ABAD, *Milkova* kararında 2000/78 sayılı direktifte engellilere yönelik pozitif eylemleri düzenleyen hükümlerin maddi anlamda eşitliği amaçlayarak sosyal ve özellikle mesleki hayatlarında engelli insanları etkileyen eşitsizlikleri kaldırmayı veya azaltmayı amaçladığını belirtmiştir.³⁶⁰ *Coleman* kararı ile de ABAD, 2000/78 sayılı direktifin söz konusu düzenlemesi ile engelli bireylere yönelik kararlaştırılan pozitif eylemlerin engellilerin çalışma ortamına entegrasyonunu teşvik edeceğini ve bu durumun da direktifin 1. maddesinde belirtilen amaçlarından olan engelliliğe dayalı ayrımcılıkla mücadele konusunda katkıda bulunacağını ifade ederek³⁶¹ pozitif ayrımcılığın engellilerin istihdam alanına katılabilmesi açısından önemi vurgulamıştır.

Bunun yanında her ne kadar pozitif eylem başlığı altında engelliler açısından ek bir düzenleme verilmiş ve ABAD'ın kararlarında bu tür eylemlerin engellilerin istihdam alanına katılmasını teşvik edeceği vurgulanmışsa da engellilere yönelik pozitif eylemlerin “engelliler için makul uyumlaştırmayı” sağlayan hükümlerle karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim makul uyumlaştırma, engellilerin iş hayatında aktif şekilde katılımlarının sağlanması için işyerindeki fiziki zorlukların giderilmesi için yapılan fiillerdir. Bu bakımdan makul uyumlaştırma fiillerinin, engelli kişileri engeli olmayanlara göre kayırmak üzere tasarlanmadığı anlaşılabilecektir. Bu fiillerde amaç engelli insanlara yönelik özel haklar vermek değildir.³⁶² Nitekim bu kapsamda makul uyumlaştırma fiillerinin amacı engelli bireylerin işyerinde çalışmalarını kolaylaştıracak tedbirlerin alınmasını sağlamak iken pozitif eylemlerde amaç özel olarak engelliler lehine yapılacak hareketlerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktır.

Bu kavramlar arasındaki en önemli ikinci fark ise zorunluluk unsurudur. Bu bakımdan pozitif eylemler yapılması zorunlu olmayan, işverenin inisiyatifinde olan işlemlerdir. Makul uyumlaştırma fiilleri ise yapılıp yapılmama konusunda işverene takdir yetkisi vermeyen, işverenin yapmak zorunda olduğu işlemlerdir. Dolayısıyla da her ne kadar iki fiil de temelde engellilerin içinde bulundukları dezavantajlı durumdan çıkartılabilmesi gayesiyle yapılsa da aralarında belirli farklar bulunmaktadır.³⁶³

³⁶⁰ Case C-406/15 Petya Milkova v Izpalnitelen direktor na Agensiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol. para. 47, ECLI:EU:C:2017:198.

³⁶¹ Case C-303/06. S. Coleman v Attridge Law and Steve Law. para. 40, ECLI:EU:C:2008:415; bkz. dn.139

³⁶² De VOS, s. 33.

³⁶³ WHITTLE; s. 311-315.

Sonuç olarak pozitif eylemleri geniş anlamda maddi eşitliği sağlamak için ve üstün bir amaç uğruna yapılan fiiller olarak tanımlamak mümkündür. Bu kapsamda yapılan eylemler her ne kadar belli bir grup lehine ayrımcılık içerse de bu fiiller yapılma amacının objektif ve haklı bir gerekçeye dayanması halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Lakin pozitif ayrımcılık içeren fiiller dezavantajlı bir grup lehine yapılmış olsa da bu fiillerin liyakat gibi belli temel ilkelere öncelikli tutulması veya haklı ve nesnel bir gerekçe bulunmadan yapılması fiillerin hukuka uygunluğunu yitirmelerine sebep olacaktır.

III. HAK ARAMA YOLLARI VE UYGULAMA

Toplum hayatının sürdürülebilmesi için gerekli olan düzeni sağlayan kurallardan biri hukuk kurallarıdır. Hukuk kuralları, hukuk koymaya yetkili merci tarafından konulan ve toplumda yaşayan kişilerin hareketlerini düzenleyen davranış kurallarıdır. Kural koymaya yetkili merci tarafından konulan bir hukuk kuralının ihlali durumunda, ihlali yapan kişiye karşı verilecek tepki ise yaptırım olarak anılmaktadır.³⁶⁴ Yaptırımın ne ve nasıl olacağı konusunda karar alacak organ yine ilgili hukuk kuralını düzenleyen organdır.

2000/78 sayılı direktifin ikinci bölümünde, direktif hükümlerinin uygulanmaması durumunda ayrımcılığa maruz kaldığını düşünen kişilerin başvurabilecekleri hak arama yollarının neler olabileceğini düzenlenmiştir. Bu kapsamda da 2000/78 sayılı direktif uyarınca hakların korunabilmesi için öngörülen başvuru yollarının neler olduğu, hangi tür müeyyidelerin uygulanabileceği, ayrımcılık konusunda ispat yükünün kimde olduğu ve mağdurlaştırma yasağının ne olduğu bu başlık altına incelenecektir.

1- HAKLARIN KORUNMASI

2000/78 sayılı direktifte ayrımcılık mağdurlarının mağduriyetleri sonucunda haklarını arayabilmeleri için başvurulacak hukuki yolların temin edilebilmesi konusunda üye devletlere bir sorumluluk yüklenmiştir.

“Üye devletler, ayrımcılığın gerçekleştiği iddia edilen ilişki bitmiş olsa dahi, eşit muamele ilkesinin uygulanmaması nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen tüm

³⁶⁴ GÖZLER Kemal (2000), Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Basım Yayım Dağıtım, s. 18.

kişiler için, bu direktif altındaki yükümlülüklerin uygulanması amacıyla, uygun gördükleri durumlarda uzlaştırma usulleri de dahil olmak üzere, adli ve/veya idari usullerin mevcut olmasını sağlarlar.

Üye devletler; ulusal mevzuatları tarafından belirlenen ölçütlere uygun olarak, bu direktifin hükümlerinin uygulanmasının temin edilmesinde meşru bir çıkarı olan dernekler, örgütler veya diğer tüzel kişilerin, şikâyetinde bulunan kişinin onayı ile, bu kişi adına veya yararına, bu direktif altındaki yükümlülüklerin uygulanması için öngörülen her türlü adli ve/veya idari usulde yer alabilmelerini sağlarlar.

Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, eşit muamele ilkesiyle ilgili açılacak davalar için uygulanan zaman sınırlamalarına ilişkin ulusal yasa hükümlerine halel getirmez.”³⁶⁵

Söz konusu hükmün içeriğine bakıldığında ise sağlanması gereken mekanizma ve araçların neler olacağı konusunda detaylı bir düzenleme yapılmadığı görülebilmektedir. O halde söz konusu maddenin kapsamlı bir şekilde düşünülmesi ve başvurulabilecek mercilerin sadece mahkemelerle; uygulanacak yaptırımların da sadece tazminat ile sınırlanmaması gerekmektedir.

Bakıldığı zaman bir üye devlette karar mercilerini ve bu konuda uygulanacak tedbirleri belirleme yetkisi üye devletin egemenlik hakkı kapsamında bizzat üye devletin kendisine aittir. Nitekim ABAD’ın pek çok kararında da belirtmiş olduğu üzere AB hukukunun belirlemediği istisnai durumlar hariç yargı yetkisine sahip mercileri tayin etmek, bireylerin AB hukukundan kaynaklanan haklarını koruyacak tedbirleri almak, bunlara ilişkin ayrıntılı usul kurallarını belirlemek üye devletlerin kendi yetki ve sorumluluğundadır.³⁶⁶ Bu durum 2000/78 sayılı direktifte de genel kurala uygun şekilde düzenlenmiştir. Buna göre 2000/78 sayılı direktifin 9. maddesi kapsamında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın çözümü ve zararın giderilebilmesi noktasında arabuluculuk görüşmelerini başlatmak,³⁶⁷ iş teftiş kurullarına işvereni şikayet

³⁶⁵ 2000/78 sayılı direktif, m. 7.

³⁶⁶ İlgili konuda örnek bir karar için bkz. Case C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland, para. 5, ECLI:EU:C:1976:188.

³⁶⁷ Fransa, İtalya, Portekiz, İspanya ve İsveç gibi ülkelerde iş hukukundan kaynaklı olarak açılacak davalardan önce arabulucuya başvurmak zorunludur.

etmek,³⁶⁸ Avusturya’da ombudsmanlık kurumuna, Macaristan’da Eşit Muamele Kurumuna, Romanya’da Ayrımcılıkla Mücadele Ulusal Konseyine ve bunun gibi ülkelerin kendilerine has kurumlarına başvurmak hukuken kabul edilebilecektir.³⁶⁹ Sorunun çözümü olarak ise tazminatın yanı sıra ayrımcılık mağduru kişiler lehine pozitif eylemlerde bulunmak, vergi mahrumiyetlerinden faydalanmak ve bazı başka eylemler de çözüm olarak kabul edilebilecektir.³⁷⁰

2000/78 sayılı direktif kapsamında her ne kadar başvurulacak hukuki yollar ve uygulanacak yaptırımlar konusunda üye devletlere takdir yetkisi verilmişse de üye devletlerce bu konuda gözetilmesi gereken bazı kurallar bulunmaktadır. Buna göre üye devletlerin ayrımcılık yasağına ilişkin kuralların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla ayrımcılık mağdurlarının adalete erişiminin sağlanması ve ayrımcılık fiillerini uygulayanlara karşı etkili, orantılı ve caydırıcı mekanizmaların mevcut bulunması gerekmektedir³⁷¹. Bu bakımdan bir hukuk kuralının;

- a) Etkili olması için üye devlet tarafından uygulanacak yaptırımların istenilen sonuca ulaşması,
- b) Orantılı olması için mağdurun zararını ve fiilin ciddiyetini yansıtması,
- c) Caydırıcı olması için ise yaptırımların gelecekteki ayrımcılık fiillerini engelleyebilmesi, ayrımcı hareketlerde bulunanların bu fiilleri neticesinde ağır şekilde cezalandırılacaklarını bilmesi gerekmektedir.

Nitekim bu konuda ABAD tarafından verilen *Braathens*³⁷² ve *Feryn*³⁷³ kararları gözetilmesi gereken hususların neler olduğu noktasında önem arz etmektedir. Her ne kadar söz

³⁶⁸ Çekya, Finlandiya, Letonya, Fransa, Polonya, Portekiz, Slovakya ve İspanya’da İş Teftiş kurulları eşit muamele hükümleri de dahil olmak üzere iş hukukuna uyulup uyulmadığı gözetme yetkisine sahiptir. Bkz. A Comparative Analysis Of Non-Discrimination Law In Europe, Directorate-General for Justice and Consumers, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, s. 84; DEBRECENŐVÁ Janka (2013) ‘Ex officio investigations into violations of the principle of equal treatment: the role of labour inspectorates and other bodies’, European Anti-discrimination Law Review, s. 23.

³⁶⁹ A Comparative Analysis Of Non-Discrimination Law In Europe (2017), s. 85-86.

³⁷⁰ COHEN Barbara (2004), Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life Under the EC Anti-Discrimination Directives, Discrimination in Working Life Remedies and Enforcement Edited By Janet Cormack, Report Of The Fourth Experts' Meeting, Hosted By The Swedish Ombudsman Against Ethnic Discrimination, 14-15.10.2003, ss. 17-26, s. 20-21.

³⁷¹ COHEN, s. 19

³⁷² Case C-30/19 Diskrimineringsombudsmannen v Braathens Regional Aviation AB, ECLI:EU:C:2021:269; Bu konudaki geçmiş tarihli başka ABAD kararları için bkz. Case C-222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others, ECLI:EU:C:1987:442; Case C-68/88 Commission of the European Communities v Hellenic Republic, ECLI:EU:C:1989:339.

³⁷³ Case C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV, ECLI:EU:C:2008:397.

konusu kararlar 2000/43 sayılı direktif özelinde bir inceleme yapmış olsalar da 2000/43 sayılı direktif ile 2000/78 sayılı direktif hak arama yolları kapsamında büyük benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla bu kararlar 2000/78 sayılı direktifte ayrımcılıkla mücadele alanında uygulanacak yaptırımın seçilmesi konusunda dikkat edilmesi gereken hususları detaylı bir şekilde açıkladığından çalışmamız kapsamında incelenecektir.

Buna göre ilk olarak *Braathens* kararına bakılacak olunursa; somut olayda Braathens isimli havayolu şirketi bir müşterisini farklı bir etnik kökene sahip olması nedeniyle ek güvenlik önlemlerinden geçirmiş, bu kapsamda da diğer yolculara kıyasla bu müşterisini dezavantajlı bir duruma düşürmüştür.³⁷⁴ Eşitlik ombudsmanı tarafından bu fiiller sebebiyle yolcuya tazminat ödenmesi istemiyle ulusal mercilere başvuru yapılmış,³⁷⁵ Braathens şirketi bunun üzerine ayrımcılık iddialarını reddetmişse de istenilen tazminatı ödemiştir.³⁷⁶ Bu kapsamda ulusal merciin ayrımcılık fiilinin tespiti kapsamında inceleme yapması gerekip gerekmediğine yönelik soru ABAD'ın önüne gelmiştir.

ABAD vermiş olduğu kararında üye devletlerin ayrımcılığa uğradığını düşünen kişilerin başvurabileceği ulaşılabilir mercilerinin bulunmasını sağlayacağını,³⁷⁷ ayrımcılık faillerine uygulanacak etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırım fiillerinin öngörülmesini³⁷⁸ ve bu konuda takdir yetkisinin üye devletlerde olduğunu belirtmiştir.³⁷⁹ ABAD'a göre bu kapsamda uygulanacak yaptırım olarak tazminat seçilmişse tazminat tutarının uğranılan kayıp ve zararın tamamen tazmin edilmesini sağlayacak ölçüde olması gerekmektedir.³⁸⁰ Somut olayda ise ulusal merci tarafından rıza temelinde tazminata hükmedilmişse de bu durum ayrımcılığın varlığına yönelik bir sonuç çıkamamaktadır.³⁸¹ Bu konuda yapılması gereken öncelikle somut olayda ayrımcılık fiilinin hukuka aykırılığının belirlenmesi ve bu hukuka aykırılık sonucunda bir tazminata hükmedilmesidir. Fiilin hukuka aykırılığı belirlenmeden tazminata hükmedilmesi caydırıcı bir hak arama yolunun bulunmadığı anlamına gelecektir.³⁸²

Feryn kararına konu olayda ise; bir kapı montaj şirketi olan *Feryn*, müşterilerinin evlerine göçmen kişilerin girmesini istemediğinden, istihdam edeceği işçileri göçmen

³⁷⁴ *Braathens*, para. 18.

³⁷⁵ *Braathens*, para. 19.

³⁷⁶ *Braathens*, para. 21.

³⁷⁷ *Braathens*, para. 33.

³⁷⁸ *Braathens*, para. 36.

³⁷⁹ *Braathens*, para. 37.

³⁸⁰ *Braathens*, para. 39.

³⁸¹ *Braathens*, para. 41.

³⁸² *Braathens*, paras. 42, 45, 59.

kişilerden almama kararı vermiştir. Bu kararın açık ayrımcılık içerdiğini belirten Belçika merkezli bir organizasyon da bu konuda ulusal makamlara başvuru yapmıştır. Bu kapsamda ulusal makam tarafından yapılan yargılama kapsamında dosya ön karar prosedürü ile ABAD'ın önüne gelmiştir.

ABAD öncelikle hak arama yollarını açma konusunda düzenlenen hükümlerin sadece temel ve asgari gerekleri düzenlediğini, bu konuda üye devletlerin arzu ederlerse hak arama yolları konusunda daha etkin bir başvuru prosedürü öngerebileceklerini,³⁸³ bu prosedür sonucunda da ayrımcılık faillerine etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırım uygulanması gerektiğini belirtmiştir.³⁸⁴ Sonrasında ise ABAD, uygulanacak yaptırım konusunda da seçim yapma yetkisinin üye devletlerde olduğunu belirterek³⁸⁵ bu yaptırımın tazminat,³⁸⁶ ayrımcı fiilin yapılmasını engelleme veya para cezası gibi yaptırımları içerebileceğini hüküm altına almıştır. Ancak yaptırım türü ne olursa olsun yapılacak inceleme neticesinde yaptırımı gerektirecek ayrımcılık tespiti mutlaka yapılmalı ve bu belirtilmelidir.³⁸⁷

ABAD bu kararları ile ayrımcılığa karşı hak arama yolu ve bu kapsamda uygulanacak yaptırım konusunda üye devletlerin takdir yetkisi olduğunu belirtmişse de³⁸⁸ takdir edilen hukuk yollarının ulaşılabilir ve uygulanacak yaptırımların ise etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiğini açıkça hüküm altına almıştır.³⁸⁹ Bu kapsamda faile işlediği fiil nedeniyle bir

³⁸³ *Feryn*, para. 26.

³⁸⁴ *Feryn*, para. 36.

³⁸⁵ *Feryn*, para. 37.

³⁸⁶ Merci tarafından ayrımcılık fiiline ilişkin bir tazminat ödeme zorunluluğu verilecekse bu yaptırımın etkili ve caydırıcı bir etkiye sahip olması ve bu bakımdan uğranılan kayıp ve zararın tamamen karşılaması gerekmektedir. Ödenecek tazminat miktarının hesabı konusunda ABAD tarafından verilen bazı emsal kararlar vardır. ABAD Factortame kararında belirlenen tazminatın ortaya çıkan tüm zararın sonuçlarını giderecek şekilde uygulanmasını aynı şekilde zararın tazminine ilişkin koşulların iç hukuktaki koşullardan daha az elverişli olmamasını, tazminat almayı aşırı derece zorlaştırmaması ve kar kaybı gibi kalemlerin de tazminatın hesabında dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Case C-46/93 and C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others. paras. 82, 90, ECLI:EU:C:1996:79, Yine ABAD Marshall kararında ve Draehmpael kararında ayrımcılık mağduruna verilecek tazminat miktarının belirlenmesi bakımından üye devletler tarafından bir üst sınır belirlenemeyeceğini ifade etmiştir. Case C-271/91 M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, paras. 30-32, ECLI:EU:C:1993:335; Case C-180/95 Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG. para. 37, ECLI:EU:C:1997:208

³⁸⁷ *Feryn*, para. 39.

³⁸⁸ ABAD bu konuda geçmiş tarihli 76/207 sayılı direktifi ilgilendiren bir kararında uygulanacak yaptırım türlerinin neler olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir. Buna göre bir işçinin ayrımcılık içeren bir fiil neticesinde işten çıkartılması durumunda işçinin ya eski işine iadesi ya da kendisine tazminat verilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Aynı zamanda ABAD ayrıca üye devletlerin, ortaya çıkabilecek durumlarda ulusal makamların bu önlemler dışında başka bir tedbir uygulamayacağı da belirtmiştir. Case C-271/91 M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, paras. 25, 36, ECLI:EU:C:1993:335.

³⁸⁹ Bu konuda emsal ABAD tarafından verilmiş başka bir karar için bkz. Case C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen, paras. 8, 15, 18, 23, 26, ECLI:EU:C:1984:153.

yaptırım uygulansa da yaptırım kararında failin fiilinde kusurlu olduğunun ve açıkça bu fiilin hukuka aykırı olduğunun belirtilmemesi failin yaptığı fiilin bir nebze yanında kalmasına sebep olacaktır. Aksi halde fail sadece tazminat gibi bir yaptırımı ödeyerek fiilinin tüm sonuçlarından kurtulacaktır. Bu nedenle ayrımcılık mağdurlarının bir ayrımcılığa maruz kaldıklarında haklarını savunabilecekleri ve bu fiiller neticesinde uğradıkları zararları tazmin edebilecekleri; ayrımcılık faillerinin de aynı şekilde yapmış oldukları ayrımcılık fiilleri neticesinde maddi ve manevi anlamda ciddi zarara maruz kalabileceklerini düşünmelerinin sağlanması gerekmektedir.³⁹⁰

Sonuç olarak 2000/78 sayılı direktifin fiili olarak uygulanabilmesi için ayrımcılık mağduru olan kişilere ayrımcılık fiilini yapan kişi aleyhine bir makama başvuru yapma olanağının sağlanması gerekmektedir. Bu konuda oluşturulan ilgili makamın vereceği karar ve uygulayacağı yaptırımın etkili bir sonuca ulaşması, ayrımcılık fiillerini işleyenlere karşı caydırıcı ve yapılan fiil ile uygulanacak yaptırımın orantılı olması gerekmektedir. Başvurulacak makamın türü ve makam tarafından uygulanacak yaptırımın çeşidi konusunda ise tek tip bir uygulamadan bahsedebilmek mümkün değildir. Zira üye devletlerin bu konuda karar verecek olan organları farklılık ve çeşitlilik göstermektedir.

2- İSPAT YÜKÜ

2000/78 sayılı direktifin 10. maddesinde, işyerinde uygulanacak ayrımcılık fiillerine karşı ayrımcılık mağduru tarafından başvurulacak hukuki yollarda ispat yükünün kime ait olduğu konusunda düzenleme yapılmıştır.

“1-Üye devletler; ulusal yargı sistemlerine uygun olarak, eşit muamele ilkesinin kendilerine uygulanmaması nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen kişilerin, mahkemeye veya diğer yetkili bir makama doğrudan veya dolaylı ayrımcılık olduğu gösterilebilecek olguları sunmaları halinde, eşit muamele ilkesinin ihlal

³⁹⁰ TOBLER Christa (2005), Remedies And Sanctions In EC Non-Discrimination Law, European Commission Directorate-General for Employment, Luxembourg: Publications Office Of The European Union, s. 11; Etkin caydırıcı mekanizma olarak cezai bir müeyyide konulup konulamayacağı ise tartışmalı bir husustur Bu konuda Birleşmiş Milletler tarafından çıkartılan “Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” ırk ayrımcılığına ilişkin yapılan fiillerin cezalandırılmasına ilişkin 4. maddede belirtilen hükümler uyarınca üye devletler tarafından alınması gereken tedbirlerin cezai müeyyidesinin bulunması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. (O’DEMPSEY Declan(2007), Remedies, and Enforcement of the Obligations under the Framework Directive and Race Directives, s.2 (Erişim Linki: <http://www.era-comm.eu/oldoku/remedies.htm>) Lakin her ne kadar cezai bir müeyyide caydırıcılık açısından oldukça önemli olsa da ayrımcılık mağdurunun uğrayacağı bir zararı karşılamaya yetmeyeceği ortadadır. Bu halde hukuki yaptırım kaldırılarak sadece cezai yaptırımın uygulanması direktifin amacına aykırı olacak ve mağdurun bu fiil nedeniyle uğradığı zararın karşılanmasına engel olacaktır. (TOBLER, s. 34)

edilmediğinin davalı tarafından kanıtlanmasını sağlayacak gerekli önlemleri alırlar.

2. Birinci paragraf, üye devletlerin, davacıların daha lehine delil kuralları getirmelerini engellemez.

3. Birinci paragraf, ceza yargılaması için uygulanmaz.

4. Birinci, ikinci. ve üçüncü paragraflar, dokuzuncu maddenin ikinci paragrafı uyarınca başlatılan yasal süreçleri için de uygulanır.

5. Üye devletler, birinci paragrafı, davanın olgularının mahkeme veya yetkili makam tarafından soruşturulması gereken davalara uygulamazlar.”

Sahip olunan bir iddiayı ispat etmek ve ispata elverişli delilleri ilgili makamlara sunma hakkı olarak adlandırılan ispat faaliyetinde bulunabilme hakkı AİHS'in 6. maddesinde de düzenlendiği şekilde adil yargılanma hakkı bünyesinde değerlendirilmekte AB³⁹¹ ve üye devletlerin hepsi tarafından kabul edilmektedir. İspat kural olarak bir iddiası olan veya vakıayı ileri süren kişi tarafından yapılmalıdır. Lakin bazı durumlarda bir iddianın ispatının iddiayı ileri süren kişi tarafından yapılması zor hatta imkansıza yakın; karşı tarafın ise ileri sürülen iddianın aksini ispatlaması kolay olabilmektedir. O halde bu gibi durumlarda ispat yükü iddia eden tarafa değil, iddianın aksini savunan tarafa geçmektedir. İspat yükü olarak tanımlanan bu kavram uyarınca yargılama esnasında ispat yükü kimin üzerinde ise ilgili olgu kişi tarafından somut delillerle ileri sürülmelidir. İspat yükü üstünde bulunan kişi ispata yarar somut delilleri sunmaz veya sunamaz ise bu durum kişinin aleyhine kabul edilerek³⁹² bir iddiası bulunan taraf iddiasını ispat etmiş sayılmaktadır. Bu halde karar verici merci durumu iddianın muhatabı aleyhine kabul etmekte ve duruma göre kişinin aleyhine karar verebilmektedir.

İspat yükü konusunda ABAD'ın *Meister* kararı emsal olarak gösterilebilir.³⁹³ Buna göre Bayan Meister bir Rus vatandaşı olup Almanya tarafından da denkliği kabul edilen bir okuldan alınmış mühendislik diplomasına sahiptir.³⁹⁴ Bu kapsamda Almanya'da faaliyet gösteren bir şirket tarafından açılan iş ilanına başvuru yapan Bayan Meister'ın iş başvuruları farklı

³⁹¹ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, m. 47-50.

³⁹² KAYNAK, s.1032.

³⁹³ Case C-415/10 Galina Meister - Speech Design Carrier Systems GmbH, ECLI:EU:C:2012:217.

³⁹⁴ *Meister*, para. 26.

zamanlarda iki kez gerekçe gösterilmeden reddedilmiştir.³⁹⁵ Bunun üzerine Bayan Meister cinsiyeti, yaşı ve etnik kökeni sebebiyle işe alınırken ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüş ve kendisi yerine işe alınan kişinin bilgilerinin paylaşılmasını talep ederek ulusal merci önünde bir dava açmıştır.³⁹⁶

Ön karar prosedürü ile ABAD önüne gelen dosyada ABAD önce ayrımcılığa uğradığını iddia eden bir kişinin zarara uğramış olduğuna yönelik iddiasını ispat etmesi, ayrımcılık yapmadığını ileri süren işverenin ise ayrımcılık yapmadığını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir.³⁹⁷ Nitekim ABAD’a göre bu kural ayrımcılık mağdurlarına daha etkili bir koruma sağlamak için getirilmiştir.³⁹⁸ Somut olay bakımından ise işverenin işe alınmayan Bayan Meister’e kimin işe alındığı noktasında herhangi bir bilgi verme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁹⁹ Lakin her ne kadar bir zorunluluk olmasa da bir işverenin bilgi vermek istememesi ayrımcılık fiili işlediğine ilişkin bir varsayım oluşturabilecektir.⁴⁰⁰

ABAD’ın bu kararı ispat yükü konusunda bazı kuralların somut olaya uygulanması bakımından önemlidir. Buna göre ABAD’ın da belirtmiş olduğu üzere 2000/78 sayılı direktifin etkililiğini arttırabilmek için ispat yükünün karşı tarafa yüklenmesi önemli bir unsurdur. Zira bir hukuk kuralın etkililiği bu kuralın korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin ve aykırılık durumunda müeyyidelerin caydırıcılığına bağlıdır. O halde direktifte belirtilen kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve ihlali durumunda yaptırım uygulanması için bu konudaki ispatın ayrımcılık mağduru üzerinde bırakılması direktifin etkililiğini azaltacak, işverenleri ayrımcılık içeren fiiller yapması konusunda cesaretlendirecektir.⁴⁰¹ Öte yandan işverenin Bayan Meister yerine aldığı işçinin bilgilerini ve özelliklerini açıklamaması da kafalarda soru işareti oluşturmaktadır. Zira somut olayda işveren Bayan Meister yerine işe aldığı kişinin daha kalifiye olduğunu düşünüyorsa bu kişinin bilgilerini paylaşması ve durumun iddia edildiği gibi olmadığını ispatlaması daha hakkaniyetli olacaktır.⁴⁰² ABAD da bu nedenle işverenin işe alınan işçinin bilgilerinin paylaşılmamasını işveren aleyhine olumsuz bir varsayıma sebep olacağına karar vermiştir.

³⁹⁵ Meister, para. 27.

³⁹⁶ Meister, para. 29.

³⁹⁷ Meister, para. 34.

³⁹⁸ Meister, para. 38.

³⁹⁹ Meister, para. 39.

⁴⁰⁰ Meister, para. 47.

⁴⁰¹ FARKAS Lilla & O’FARRELL Oragh (2015), Reversing The Burden Of Proof: Practical Dilemmas At The European And National Level, Luxembourg: Publications Office Of The European Union, s. 14.

⁴⁰² ELLIS & WATSON, s. 155, 156.

O halde işverenlere yüklenen ispat yükü gereğince işverenlerin somut olayda ayrımcılık yapmadıklarını ispat etmeleri gerekmektedir. Bunun yanında her ne kadar işveren tarafından kötü niyetle yapılmasa da ayrımcılık içerdiği ileri sürülen bir fiilin ayrımcılık içermediği işveren tarafından ancak fiilin nesnel amaçlarla yapıldığı ispatlanabilirse hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.⁴⁰³ Ancak ayrımcılık içerdiği ileri sürülen bir eylem her ne kadar nesnel gerekçelerle yapılmışsa da nesnel gerekçe ile yapılan eylemin uygun, gerekli ve orantılı olması da gerekmektedir. Zira nesnel amaca ulaşabilmek için başka yöntemler mevcutken kişilerin ayrımcılığa uğramasına ve bu nedenle de zarar görmesine sebep olan bir eylemin haklı olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.⁴⁰⁴

Her ne kadar kural bu bakımdan ispat yükünün yer değiştirmesi olsa da bu konuda bir istisna bulunmaktadır. Nitekim buna göre ceza yargılamalarında ispat yükünün tersine dönmesine yönelik ispat kuralı uygulanamayacaktır. Nitekim burada AB'nin ceza muhakemesinde bulunan masumiyet karinesinin korunmasına ilişkin üstün amaçla ayrımcılık konusunda hedeflenen amaç arasında bir tercih yapması gerekmiştir. Yapılan tercihte hukuk ilkeleri ve uluslararası insan hakları metinlerine uygun bir şekilde kişilerin özgürlüğü ile ilgili olduğu için doğal olarak ceza muhakemesinde bulunan amaçlar üstün görülmüş ve ayrımcılık fiilinin bir ceza yargılamasına konu olması durumunda masumiyete ilişkin ispat yükünün fail üzerinde bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Gerçekten de bakıldığı zaman bir kişiyi kanunda belirtilen bir fiili işlemesi nedeniyle cezalandırma yetkisi münhasıran devlete ait bir yetki olup devletin sahip olduğu güce ve yetkiye

⁴⁰³ İşverenin ispatını nesnel olarak yapması gereğine ilişkin geçmiş tarihli ABAD kararları için bkz. Case C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, para. 14, ECLI:EU:C:1993:859; Case C-170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz, para. 31, ECLI:EU:C:1986:204; Case C-33/89 Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg, para. 16, ECLI:EU:C:1990:265; Case C-109/88 Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss, paras. 17-26, ECLI:EU:C:1989:383. (*Danfoss* kararı: Bir işyerinde bazı çalışanlara ek ücret ödeniyorsa ödenecek kişilerin tespiti nesnel temelde yapılmalıdır buna göre değişkenliğe uyum konusunda kadınların aile görevleri dolayısıyla erkeklere kıyasla daha dezavantajlı bir durumda olduğu açıktır. Bu halde ek ücret esnek çalışmadan kaynaklanıyorsa esnek çalışmanın nesnel bir neden olabilmesi için değişken saat ve işyerlerinde çalışma işin vasfından kaynaklanmalı ve bu nedenle işin kalitesi artmalıdır. Ek ücret alınan eğitimlerden kaynaklanıyorsa; aile görevleri bulunan kadınların mesai çıkışlarında eğitim almaları erkeklere kıyasla daha zor olduğundan, eğitimlerin nesnel bir neden olarak kabul edilebilmesi için işçinin ancak bu eğitim neticesinde özel görevleri yerine getirebilmesi gerekir.)

⁴⁰⁴ Eylemin uygun, gerekli ve etkili bir şekilde yapılması gerektiğine yönelik geçmiş tarihli ABAD kararı için bkz. Case C-167/97 Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, paras. 71, 76, 77, ECLI:EU:C:1999:60. ABAD'a göre istihdamı teşviğin geçerli bir neden olarak belirtilmesi mümkündür. Ancak ABAD alınan tedbirin ve seçilen aracın hedeflenen amaca ulaşmak için yetersizdir. Bu nedenle somut olayda dolaylı ayrımcılık mevcuttur.

karşı failin korunması gerekmektedir.⁴⁰⁵ Bu amaçla ortaya çıkan masumiyet karinesi uyarınca bir kişinin suçluluğu kesin bir mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kişinin masum kabul edilecektir. Masumiyet karinesinin bir diğer özelliği ise kişinin kendi masumiyetini ispat etme zorunluluğu içerisinde bulunmamasıdır. Zira ceza yargılamasında şüpheliye/sanığa ispat yükümlülüğünü yüklemek şüphelinin/sanığın suçlu olduğuna dair bir önyargı ile hareket edildiğinin göstergesi olmakta⁴⁰⁶ bu durum masumiyet karinesinin amacı ile ters düşmektedir. Dolayısıyla da AB'nin ayrımcılık konusunda ispat yüküne ilişkin sahip olduğu temel ilkenin modern ceza hukuku sistemlerinin vazgeçilmez bir parçası olan masumiyet karinesi yerine tercih edilmesi beklenemeyeceğinden 2000/78 sayılı direktifte de bu şekilde bir düzenleme yapılmış ve ispat yükünün ceza yargılanmaları için uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

2000/78 sayılı direktifte ispat yüküne ilişkin bahsedilmesi gereken son düzenleme zamanaşımına kurallarının saklı olduğuna yönelik 10. maddesinin son fıkrasıdır. Buna göre saklı olduğu belirtilen söz konusu hüküm uyarınca ayrımcılığa maruz kalan kişilerin haklarını korumak için başvuracağı hukuki yolların ulusal hükümlerde düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabi olacağı belirtilmiştir. Bu bakımdan AB, bir ayrımcılık mağdurunun mağduriyeti konusunda hak arama yollarına müracaat ettiğinde ileri sürmüş olduğu iddianın zamanaşımına uğraması durumunda ispat yüküne ilişkin genel kuralın uygulanamayacağını kabul etmiştir. Dolayısıyla da AB her üye devletin kendi iç hukukunda bu konudaki iç düzenlemelerine atıf yaparak zamanaşımı mefhumu ve süresini belirleme konusunda üye devletlere yetki vermiştir.

Sonuç olarak etkililik ve hakkaniyet ilkesi gereğince ayrımcılık temelli açılan bir davada davacı işçinin ayrımcılığa nasıl ve hangi şekilde uğradığını ispat etmesi yerine, davalı işverenin davacı işçiye ayrımcılık yapmadığını ispatlaması AB'nin bu konudaki amacı da göz önüne alındığında doğru bir yaklaşımdır. Nitekim ayrımcılıkla mücadele konusunda katı bir tavır alan AB'nin bu konuda ispat yükünü ayrımcılık mağduru işçi üzerinde bırakması 2000/78 sayılı direktifin amacı ve işleyişi açısından önemli ölçüde sorunlara yol açacak, direktifte amaçlanan koruma tam anlamıyla uygulanamayacaktır. Ayrıca ayrımcılığa uğrayan bir kişinin ayrımcılığa uğradığını ispat etmesi de oldukça zor bir durumdur. Zira bu konuda bir iddia ile karşılaşan

⁴⁰⁵ ÇAYAN Gökhan (2020), Masumiyet Karinesi Doktrini, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, ss. 49-88, s. 66.

⁴⁰⁶ AYDIN Semih Oğuz (2022), İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi, Adalet Dergisi, Cilt:2, Sayı:69, ss. 321-350, s. 328.

işverenin olayların iddia edilen şekilde olmadığını belirten bir hikaye anlatması doğabilecek sorumluluklardan kurtulabilmesi açısından yeterli olacaktır.⁴⁰⁷

3- MAĞDURLAŞTIRMA

2000/78 sayılı direktifin 11. maddesinde, mağdurlaştırma fiillerinin yasaklanması için gereken önlemlerin üye devletler tarafından alınacağı düzenlenmiştir.

“İşletme içinde yapılan bir şikayete veya eşit muamele ilkesine uyulmasını sağlamayı amaçlayan herhangi bir yasal işleme tepki olarak işveren tarafından işten çıkarılma veya olumsuz bir diğer muameleye karşı çalışanları korumak için üye devletler, ulusal hukuk sistemlerine gerekli önlemleri getirirler.”

Bakıldığı zaman mağdurlaştırma ayrımcılık mağduru bir kişinin yaşadığı ayrımcılık fiilin sona erdirilebilmesi, uğradığı zararların karşılanabilmesi veya bu fiillerin cezalandırılabilmesi için hukuki yollara başvurduğu durumlar neticesinde maruz kaldığı her türlü olumsuz, haksız ve sert davranışlar bütününe denilmektedir.⁴⁰⁸ Mağdurlaştırma fiillerine yönelik bu şekilde açık düzenlemenin yapılması ise hukuki araçların uygulanabilirliğinin arttırılması, direktifin etkinliğinin istenilen seviyeye getirilebilmesi açısından önemlidir. Nitekim işyerinde ayrımcılık fiiline maruz kalan bir işçinin uğramış olduğu fiile karşı hukuki yollara başvurduğunda başına olumsuz bir iş gelip gelmeyeceği, bu sebeple işten çıkartılıp çıkartılmayacağı kaygısı işçinin hukuki yollara başvurmasının önüne geçebilecektir. İşçinin böyle bir kaygı yaşamaması, haksızlığa uğradığında hakkını savunabilmesi; işverenin ise yapmış olduğu ayrımcılık fiilinin sonuçları ile yüzleşebilmesi için mağdurlaştırma fiilleri ile mücadele edilmesi gerekmektedir. Nitekim bu durum 2000/78 sayılı direktifin oluşturulması sürecinde Komisyon tarafından da açıkça dile getirilmiştir.⁴⁰⁹

Mağdurlaştırma fiillerinin önüne geçilebilmesi için gereken önlemleri belirleme ve gereken önlemleri yasal mevzuata aktarma ise tıpkı hak arama yollarını tayin etme sisteminde

⁴⁰⁷ ELLIS & WATSON; s. 155.

⁴⁰⁸ GÜL & KARAN; s. 14; MANAV Eda (2013), 2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Ve Türkiye’deki Uygulamalar, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, ss.731-779, s. 770.

⁴⁰⁹ Proposal for a Council Directive Establishing A General Framework For Equal Treatment In Employment And Occupation, COM/99/0565 final, OJ C 177E, 27.6.2000 (Erişim Linki: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A51999PC0565>) Bkz. md.10: Etkili yasal koruma, mağdurlaştırmaya karşı korumayı da içermelidir. Mağdurlaşma riski nedeniyle kişiler haklarını kullanmaktan caydırılabilir. İşten çıkarılma korkusu genellikle bu konudaki en büyük engellerden biri olduğu için, bu tür bir eylemden dolayı kişileri işten çıkarmaya veya diğer olumsuz muameleye (örneğin, not düşürme veya diğer herhangi bir zorlayıcı önlem) karşı korumak gerekir.

olduğu gibi üye devletlerin sorumluluğundadır. Mağdurlaştırma fiilleri pek çok şekilde ortaya çıkabilmektedir. Mağdurlaştırma kapsamında sayılabilecek fiillere örnek olarak işten çıkarma, terfi ettirmeme, hakkında kötü değerlendirme raporu hazırlama, daha az arzu edilen bir işte veya bölümde çalıştırma gösterilebilir. Lakin mağdurlaştırma fiillerinin yalnızca bu fiillerle sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Zira işveren tarafından yapılan fiiller hukuka uygun ve normal gibi görülseler de somut olayın özelliklerine göre fiillerin mağdurlaştırma olarak kabul edilmesi mümkündür.

Mağdurlaştırma konusundaki örneklerin bir sınırlamaya tabi olmamasından dolayı yargı kararları mağdurlaştırma fiillerinin ne olduğu konusunda yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Bu bakımdan ABAD'ın *Coote* kararı⁴¹⁰ her ne kadar 76/207 sayılı direktif özelinde bir inceleme içerse de mağdurlaştırma kavramının genel bir nitelik taşımasından dolayı çalışmamıza konu 2000/78 sayılı direktif bakımından da anlam taşıyacaktır.

Buna göre somut olayda Bayan Coote, hamile olması sebebiyle işten çıkartılmış ve bu sebeple işverenine dava açmıştır. Açmış olduğu davaların sona ermesi akabinde Bayan Coote davalı işverenine başvurarak kendisi hakkında referans olmasını istemiştir. Referans isteği işveren tarafından reddedilen Bayan Coote bu kez de mağdurlaştırıldığı için dava açmıştır. Ulusal mahkemenin bu olayda tereddüt ettiği olay ise mağdurlaştırma fiillerine ilişkin yasağın eski çalışanlar açısından da bir anlam ifade edip etmemesidir.

Bu kapsamda ABAD'ın önüne gelen dosyada ABAD yapmış olduğu incelemede ayrımcılık yasağı kapsamında üye devletlerin etkili bir hukuki prosedür mevcudiyetini sağlama görevinin bulunduğunu,⁴¹¹ bu kapsamda mağdurlaştırma eylemleri önlenmediği sürece etkili bir hukuki korumadan bahsedilemeyeceği belirtmiştir.⁴¹² Dolayısıyla ABAD'a göre misilleme olarak yapılan ve işçiyi yargısal koruma alanlarından uzaklaştıran her türlü eylemin mağdurlaştırma kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹³ Bu nedenle de Bayan Coote'nin referans isteğinin reddedilmesi eylemi bir mağdurlaştırma eylemidir.⁴¹⁴

ABAD bu kararında sadece önüne gelen anlamda mağdurlaştırma kavramının bir tanımını yapmıştır. Bu kapsamda ABAD'ın mağdurlaştırma kavramını geniş olarak kabul

⁴¹⁰ Case C-185/97 *Belinda Jane Coote v Granada Hospitality Ltd*, ECLI:EU:C:1999:60.

⁴¹¹ *Coote*, para. 19.

⁴¹² *Coote*, para. 24.

⁴¹³ *Coote*, para. 27.

⁴¹⁴ *Coote*, para. 27.

ederek ayrımcılığa uğradığını düşünen kişilerin hukuki haklarını kullanmaktan caydırabilecek herhangi bir fiil mağdurlaştırma olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla da mağdurlaştırma fiilinin ne zaman olduğundan bağımsız işçiyi nasıl etkilediği daha önem arz etmektedir. O halde ABAD'ın hakların korunmasına yönelik önemli bir caydırıcı olan mağdurlaştırma kavramı bakımından koruma düzeyini geniş tutmasının direktifin amacına uygun olduğu söylenebilecektir.

Öte yandan 2000/78 sayılı direktifte mağdurlaştırma konusunda yapılan tanımlamanın dar kaldığı doktrinde eleştirilmiştir.⁴¹⁵ Zira hükmün lafzından da anlaşılabileceği üzere yasaklanan mağdurlaştırma eylemleri sadece işverenler tarafından yapılabilecek eylemlerle sınırlıdır. Bunun yanında iş ilişkisinden kaynaklanan bir eylem nedeniyle işveren harici üçüncü bir kişi tarafından yapılan mağdurlaştırma eylemleri direktif kapsamında yasaklanmamıştır. Ancak bu konuda amaçsal bir yorum yapılarak kimden gelirse gelsin bütün mağdurlaştırma eylemlerin yasaklanması gerektiği yine doktrinde ifade edilmektedir.⁴¹⁶

Sonuç olarak kime uygulanacağı konusunda tartışmalar bulunsa da mağdurlaştırma 2000/78 sayılı direktifin etkili şekilde uygulanması açısından mağdurlaştırma yasağının gerekliliği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Zira ayrımcılığa maruz kalan bir kişinin hakkını savunabileceğini, ayrımcı fiil faili kişinin ise bu fiilinin cezasız kalmayacağını bilmesi ve buna inanması vazgeçilemez ve mutlaka bulunması gereken bir düzenlemedir.

⁴¹⁵ CONNOLLY Michael (2009), Rethinking Victimisation, Industrial Law Journal, Cilt: 38, Sayı: 2, ss. 149-179, s. 826.

⁴¹⁶ CONNOLLY, s. 826; Burada amaçsal yorum uygulanması gerektiğine görüşün dayandığı en temel husus ABAD'ın Coleman kararıdır. (Bkz. Case C-303/06. Coleman v Attridge Law and Steve Law. paras. 50, 56, 58, 63) Bu kararında ABAD amaçsal bir yorum yaparak direktifte bu konuda açık bir hüküm olmasa da yapılan fiili doğrudan ayrımcılık ve taciz olarak değerlendirmiştir. Nitekim somut olayda engelli bir çocuğu olan Bayan Coleman'a karşı yapılan muamele her ne kadar Bayan Coleman engelli olmasa da bu kapsamda nitelendirmiştir. Zira ABAD'a göre bunun aksine yapılacak bir yorum direktifin amacı ile ters düşecektir. Dolayısıyla da ABAD'ın direktifte açık şekilde yer almayan bir husus hakkında amaçsal bir yorum yapması direktifin lafzı ile bağlı olunmayacağına yönelik fikirler açısından önemlidir. Bkz. dn. 139

SONUÇ

Yirminci yüzyılın ilerleyen dönemlerine gelindiğinde, AB içerisinde ayrımcılıkla mücadelenin de bulunduğu sosyal alanlarda önemli düzenlemelerin yapılması süreci hız kazanmaya başlamıştır. Özellikle Amsterdam Antlaşması'nın imzalanmasının ardından, AB'de ayrımcılıkla mücadele edilebilmesine yönelik düzenlemeler yapılmaya başlamıştır. AB tarafından temel olarak ekonomik bir örgütten siyasi bir örgüte dönüşme aşamasında yapılan bu düzenlemelerin AB içerisinde insan haklarına saygının, eşitliğin ve toplumsal adaletin gelişmesine önemli katkılar sağladığı görülebilmektedir.

AB'nin ayrımcılıkla mücadelenin de dahil olduğu sosyal haklar konusunda yapmış olduğu bu tür düzenlemelerin gelişiminde ABAD'ın vermiş olduğu kararların önemli derecede etki ettiği konusunda ise bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira ABAD'ın ortaya koyduğu ilkelere dayalı olarak, AB, sadece ekonomik bir birlik olmanın ötesine geçerek, insan hakları ve toplumsal eşitlik ilkeleri üzerine kurulan bir değerler topluluğu haline gelmiştir. Zira özellikle 1976 yılında ABAD tarafından verilen *Defrenne* kararının bu kapsamda önemli bir yere sahip olduğu görülebilecektir.⁴¹⁷ ABAD bu kararında, AB'nin henüz sosyal bir amacının olmadığı bir dönemde eşit ücreti ilkesinin AB'nin temel bir ilkesi olduğunu belirterek⁴¹⁸ bu ilkenin kişiler arasındaki iç ilişkiler için de geçerli olduğuna hükmetmiştir.⁴¹⁹ Bakıldığı zaman ABAD bu kararı ile ekonomik amaçlarla konulmuş bir hükmü sosyal amaçla yorumlayarak hukuken tüm ilişkilerde bu amaç gözetilerek hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karar ABAD'ın, hukukun genel ilkelerine aykırı düzenlemelere karşı tutumunu net bir şekilde göstermektedir. Bu tutum sonrasında ABTHŞ gibi belgelerde de görülmektedir.

Gerçekten de ABAD uzunca bir süre AB hukukunda sosyal haklar konusunda tek merci iken bu durum AB'nin entegrasyonun gelişmesi ile birlikte değişmiştir. Bu kapsamda ayrımcılıkla mücadelenin de olduğu pek çok sosyal alanda düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Ayrımcılıkla mücadele alanında düzenlemenin yapıldığı alanlardan biri iş ve

⁴¹⁷ Case C-43/75 Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, ECLI:EU:C:1976:56.

⁴¹⁸ *Defrenne*, para. 12.

⁴¹⁹ *Defrenne*, para. 39.

istihdam alanı olmuştur. Bu nedenle, 2000/78 sayılı İş ve İstihdam Alanında Ayrımcılığın Önlenmesine Yönelik Direktif, AB'nin ayrımcılıkla mücadelesinde önemli bir noktayı temsil etmektedir. Çalışmamızda da özellikle AB'de ayrımcılıkla mücadele sürecinin nasıl geliştiği ve bu alanda çıkartılan en önemli direktiflerden biri olan 2000/78 sayılı direktif üzerinde durulmuştur.

Bu direktif sadece işverenlerin ayırım yapmama yükümlülüğünü vurgulamakla kalmamış, aynı zamanda ayrımcılığın kökünü kazımak ve geniş anlamda toplumsal eşitsizlikleri gidermek amacıyla pozitif eylemlerin yapılmasına izin vermiştir. Bu sayede de eşit durumda olmayan grupların toplumda avantajlı diğer gruplara erişmesine olanak sağlamayı teşvik etmiştir. Bunun yanında direktif ve uyumlaştırma tedbirleri gibi aktif yöntemleri de destekleyerek dezavantajlı gruplara mensup bireylerin iş dünyasına daha etkin bir şekilde katılımını sağlamayı amaçlamıştır. Son olarak direktif işverenleri de düşünerek mesleki gereklilik sebebiyle işin gereğine uygun personel seçimlerine izin vererek işverenlerin işin gereğine uygun olmayan personelleri çalıştırma zorunluluğuna sahip olmadığını hüküm altına almıştır.

Ne var ki, 2000/78 sayılı direktif sadece işverenlerin ayırım yapmama yükümlülüklerini düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda üye devletlerin de çeşitli sorumluluklarını vurgulamıştır. Bu kapsamda ayrımcılıkla mücadele için gerekli tedbirleri alma, hak arama yollarını oluşturma ve etkin bir müeyyide mekanizmasının kurulması, bizzat üye devletlerin sorumluluğu altındadır. Üye devletler bu sorumluluklarını direktiflerin amacına uygun ve ABAD kararları gözeterek etkin ve caydırıcı bir şekilde yerine getirilmek zorundadır. Bu sayede de ayrımcılık failleri bir ayrımcılık fiili işlediklerinde zarar göreceklarini, ayrımcılık mağdurları da böyle bir fiile maruz kaldıklarında işlenilen fiilin failin yanına kar kalmayacaklarını düşünmeleri sağlanmalıdır.

Sonuç olarak AB'nin iş ve istihdam alanının da dahil olduğu ayrımcılıkla mücadele alanındaki düzenlemelerinin sadece hukuki bir taahhüdü değil, aynı zamanda dönüşmüş olduğu siyasi yapıya uygun, toplumsal adaletin ve eşitliğin sağlanması yönelik bir misyonu yansıtmakta olduğu görülebilmektedir. Günümüz itibariyle ayrımcılıkla mücadele noktasında etkin ve korumacı olan AB'nin, bireyler arasındaki çeşitliliğini korumayı sağlamanın yanı sıra; insan hakları ve eşitlik noktasında da üye devletlere yol gösterici bir çizgiye büründüğü net bir şekilde söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

Makale ve Kitap Bölümü

AKDEMİR ŞAHYAR Duru (2014), Ayrımcılığın İnsan Hakları Boyutu ve “Pozitif Ayrımcılık”, İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 4, ss. 890-908.

AKSAÇ Gizem Tanay & ŞENYURT AKDAĞ Arzu (2015), Ayrımcılık ve Engelli Hakları, Engelli Kadınların Hak Temelli Mücadele Adımları Projesi, Engelli Kadın Derneği.

ATA Funda Keskin (2013), Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Siyasal Kitabevi.

AYDIN Semih Oğuz (2022), İspat Yükünü Tersine Çeviren Kanuni Karinelerin Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi, Adalet Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 69, ss. 321-350.

AYDINÖZ Gonca (2009), Avrupa Birliği direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 22, ss. 163-192.

BARNARD Catharine (2012), EU Employment Law, Oxford University Press, Baskı: 4.

BARNARD Catherine (2004), The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, Oxford University Press, Baskı: 4.

BAYKAL Sanem (2013), Avrupa Birliğinde Ombudsman Kurumu: Siyasi Bütünleşme ve Genişleme Çerçevesinde Bir İnceleme, Siyasal Kitabevi, Baskı: 1

BAYKAL Sanem & GÖÇMEN İlke (2016), Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Baskı: 1.

BELAVUSAUK Uladzislau & HENRARD Kristin (2019), A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives, German Law, Cilt: 20, Sayı: 5, ss. 614-636

- BELL Mark (2021), EU Anti-Discrimination Law: Navigating Sameness and Difference, The Evolution of EU Law Edited by Paul Craig, Gráinne De Búrca, Oxford University Press, Baskı: 3, ss. 651-677
- COHEN Barbara (2004), Remedies and Sanctions for Discrimination in Working Life Under the EC Anti-Discrimination Directives, Discrimination in Working Life Remedies and Enforcement Edited By Janet Cormack, Report Of The Fourth Experts' Meeting, Hosted By The Swedish Ombudsman Against Ethnic Discrimination, 14-15.10.2003, ss. 17-26.
- CONNOLLY Michael (2009), Rethinking Victimisation, Industrial Law Journal, Cilt: 38, Sayı: 2, ss. 149-179.
- ÇAYAN Gökhan (2020), Masumiyet Karinesi Doktrini, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, ss. 49-88.
- DE VOS Marc (2007), Beyond Formal Equality Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2, Luxembourg: Publications Office Of The European Union.
- ELLIS Evelyn & WATSON Philippa (2012), EU Anti-Discrimination Law, Oxford EU Law Library, Baskı: 2.
- EREN Asım (2010), Engellilerin İş Yerlerinde Çalıştırılması İçin Yapılabilecekler Üzerine Bir Araştırma, Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Psikoloji Anabilim Dalı Endüstri Psikolojisi.
- ERSÖZ Enes (2020), Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Makul Uyumlaştırma Kavramı, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı: 2, ss. 149-163.
- ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology) (2022), Anti-Discrimination and Anti-Harassment Policy.

FARKAS Lilla & O'FARRELL Orlagh (2015), Reversing The Burden Of Proof: Practical Dilemmas At The European And National Level, Luxembourg: Publications Office of The European Union.

FREDMAN Sandra (2002), Discrimination Law, Oxford University Press, Baskı: 3.

FRIBERGH Erik & KJAERUM Morten (2010), Handbook on European Non-discrimination Law, Luxembourg: Publications Office Of The European Union

GÖZLER Kemal (2020), Genel Hukuk Bilgisi, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Baskı: 20.

GÜL İdil & KARAN Ulaş (2011), Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme (Editörler: Burcu Yeşiladalı - Gökçeçiçek Ayata), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 351, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları 13, Baskı: 1.

GÜLMEZ Mesut (2010), İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 2, ss. 217-266.

GÜMRÜKÇÜ Harun (2002), Türkiye ve Avrupa Birliği: İlişkinin Unutulan Yönleri, Dünü ve Bugünü, Beta Yayınları, Baskı: 1.

GÜNEŞ Ahmet M. (2009), Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 58, Sayı: 2, ss. 281-318.

How to Put Reasonable Accommodation Into Practice (2020), Luxembourg Publications Office of the European Union.

HOWARD Erica (2005), Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts, European Law Journal, Cilt: 11, Sayı: 4, ss. 468-486.

KOEN Lenaerts (2003), Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law, Cambridge University Press, Cilt: 52, Sayı: 4, ss. 873-906

MANAV Eda (2013), 2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele Ve Türkiye’deki Uygulamalar, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, ss.731-779.

METİN Banu (2018), İşgücü Piyasasında Yaşa Dayalı Ayrımcılık Sorunu ve Yaşa Dayalı Ayrımcılıkla Mücadele: ABD ve AB Uygulamaları Çerçevesinde Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 18, ss. 72-89.

METİN Yüksel (2002), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 4, ss. 35-63.

OĞUZLAR Özlem (2006), Avrupa Anayasası, TBB Dergisi, Sayı: 65, ss. 173-188.

QUINLIVAN Shivaun (2019), Reasonable Accommodation: an Integral Part of the Right to Education for Persons with Disabilities, The Right to Inclusive Education in International Human Rights Law, Edited by Gauthier de Beco, Cambridge University Press, Baskı: 1.

SCHMIDT Marlene (2006), The Principle Of Non-Discrimination In Respect Of Age: Dimensions Of The ECJ’s Mangold Judgment, German Law Journal, Cilt: 7, Sayı: 5, ss. 505-524.

SOWELL Thomas (1989), Affirmative Action A Worldwide Disaster, Commentary, Cilt: 88 Sayı: 6.

SPAVENTA Eleanor (2015), The Free Movement of Workers in the Twenty-first Century, Edited by Damian Chalmers and Anthony Arnall, Oxford Handbooks Online, ss. 456-476.

TARUNABH Khaitan (2015), A Theory of Discrimination Law, Oxford University Press, Baskı: 1.

SOPHIA Moreau (2010), What is Discrimination, Philosophy & Public Affairs, Cilt: 38, Sayı: 2, ss. 143-179.

TOBLER Christa (2005), Remedies And Sanctions In EC Non-Discrimination Law, European Commission Directorate-General for Employment, Luxembourg: Publications Office Of The European Union.

WADDINGTON Lisa & BELL Mark (2001), More equal than others: Distinguishing European Union Equality Directive, Common Market Law Review, Cilt: 38, Sayı: 3, ss. 587-611.

WHITTLE Richard (2002); The Framework Directive For Equal Treatment In Employment And Occupation: An Analysis From A Disability Rights Perspective, European Law Review, Cilt: 27, Sayı: 3, ss. 303-326.

YU Andy (2019); Direct Discrimination and Indirect Discrimination: A Distinction With A Difference, Western Journal of Legal Studies, Cilt: 9, Sayı: 2

YÜKSEL Saadet (2007); Avrupa Birliği'nde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerin Statüsü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi

ABAD Kararları

Case C-1/58 Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community, ECLI:EU:C:1959:4.

Case C-4/73 J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1974:51.

Case C-5/88 Wachauf v Germany, ECLI:EU:C:1989:321.

Case C-6/64 Flaminio Costa, ENEL ECLI:EU:C:1964:66.

Case C-12/81 Eileen Garland v British Rail Engineering Limited, ECLI:EU:C:2013:275.

Case C-13/63 Italian Republic v Commission of the European Economic Community,
ECLI:EU:C:1963:20.

Case C-13/94 96 P v S and Cornwall County Council, ECLI:EU:C:1996:170.

Case C-14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen,
ECLI:EU:C:1984:153.

Case C-20/71 Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament, ECLI:EU:C:1972:48.

Case C-29-69 Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt, ECLI:EU:C:1959:57.

Case C-30/19 Diskrimineringsombudsmannen v Braathens Regional Aviation AB,
ECLI:EU:C:2021:269.

Case C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das
Saarland, ECLI:EU:C:1976:188.

Case C-33/89 Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg, ECLI:EU:C:1990:265.

Case C- 40/11 Yoshikazu Iida v Stadt Ulm, ECLI:EU:C:2012:69.

Case C-43/75 Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena,
ECLI:EU:C:1976:56.

Case C-44/79 Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz, ECLI:EU:C:1979:290.

Joined Cases C-46/87 and C-227/88 Hoechst AG v Commission of the European Communities,
ECLI:EU:C:1989:337.

Case C-46/93 and C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland and The
Queen v Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others,
ECLI:EU:C:1996:79.

Case C-50/96 Deutsche Telekom v Schröder, ECLI:EU:C:2000:72.

Case C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV., ECLI:EU:C:2008:397.

Case C-68/17 IR v JQ, ECLI:EU:C:2018:696.

Case C-68/88 Commission of the European Communities v Hellenic Republic. ECLI:EU:C:1989:339.

Case C-79/99 Julia Schnorbus gegen Land Hessen, ECLI:EU:C:2000:676.

Case C-109/88 Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Danfoss, ECLI:EU:C:1989:383.

Case C-116/94 Jennifer Meyers v Adjudication Officer, ECLI:EU:C:1995:247.

Joined Cases C-124/11, C-125/11 and C-143/11, Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich and Robert Klinke and Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2012:771.

Case C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:1993:859.

Case C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm, ECLI:EU:C:2005:709.

Case C-149/10 Zoi Chatzi v Ypourgos Oikonomikon, ECLI:EU:C:2010:534.

Case C-158/97 Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, ECLI:EU:C:2000:163.

Case C-159/10 and C-160/10 Gerhard Fuchs and Peter Köhler v Land Hessen, ECLI:EU:C:2011:508.

Case C-167/97 Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, ECLI:EU:C:1999:60.

Case C-170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz, ECLI:EU:C:1986:204.

Case C-180/95 Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG, ECLI:EU:C:1997:208.

Case C-181/84 E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP), ECLI:EU:C:1985:359.

Case C-188/15 Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA., ECLI:EU:C:2017:204.

Case C-193/17 Cresco Investigation GmbH - Markus Achatzi, ECLI:EU:C:2019:43.

Case C-197/16 Commission of the European Communities v French Republic, ECLI:EU:C:1997:155.

Case C-222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v Georges Heylens and others, ECLI:EU:C:1987:442.

Case C-223/19 YS v NK, ECLI:EU:C:2020:753.

Case C-229/08 Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main, ECLI:EU:C:2010:3.

Case C-246/09 Susanne Bulicke v Deutsche Büro Service GmbH, ECLI:EU:C:2010:418.

Case C-249/96 Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd., ECLI:EU:C:1998:63.

Case C-258/17 E.B. v Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA, ECLI:EU:C:2019:17.

Case C-267/06 Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, ECLI:EU:C:2008:179.

Case C-271/91 M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, ECLI:EU:C:1993:335.

Case C-278/93 Edith Freers and Hannelore Speckmann v Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1996:83.

Case C-293/83 Françoise Gravier v City of Liège, ECLI:EU:C:1985:69.

Case C-303/05 Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad, ECLI:EU:C:2007:261.

Case C-303/06 S. Coleman v Attridge Law and Steve Law, ECLI:EU:C:2008:415.

Case C-310/10 Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești v Ștefan Agafiței and Others, ECLI:EU:C:2011:467.

Case C-312/86 Commission of the European Communities v French Republic, ECLI:EU:C:1988:485.

Case C-333/97 Susanne Lewen v Lothar Denda, ECLI:EU:C:1999:512.

Case C-335/11 and C-337/11 K Danmark, acting on behalf of Jette Ring v Dansk almennyttigt and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v Dansk Arbejdsgiverforening, ECLI:EU:C:2013:222.

Case C-356/21 JK v TP SA Sąd Rejonowy dla m.st., ECLI:EU:C:2023:9.

Case C-360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v Monika Bötzel, ECLI:EU:C:1992:246.

Case C-366/99 Joseph Griesmar v Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, ECLI:EU:C:2001:648.

Case C-396/18 Gennaro Cafaro v DQ, ECLI:EU:C:2019:929.

Case C-403/09 Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia, ECLI:EU:C:2009:810.

Case C-406/15 Petya Milkova v Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, ECLI:EU:C:2017:198.

Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, ECLI:EU:C:2000:367.

Case C-411/05 Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA., ECLI:EU:C:2007:604.

Case C-415/10 Galina Meister - Speech Design Carrier Systems GmbH, ECLI:EU:C:2012:217.

Case C-416/13, Mario Vital Pérez - Ayuntamiento de Oviedo, ECLI:EU:C:2011:573.

Case C-450/93 Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, ECLI:EU:C:1995:322.

Case C-485/20 XXXX v HR Rail SA, ECLI:EU:C:2022:85.

Case C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark, ECLI:EU:C:2010:600.

Case T-547/18 Raivo Teeäär v European Central Bank, ECLI:EU:T:2020:119.

Case C-548/15 J.J. de Lange v Staatssecretaris van Financiën, ECLI:EU:C:2016:850.

Case C-580/12 Guardian Industries Corp. and Guardian Europe Sàrl v European Commission, ECLI:EU:C:2014:272

Case C-587/20 Ligebehandlingsnævnet acting on behalf of A v HK/Danmark and HK/Privat, ECLI:EU:C:2022:419.

Case C-595/12 Loredana Napoli v Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, ECLI:EU:C:2014:128.

Case C-617/10 Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:105.

Case C-824/19 TC and UB v Komisia za zashtita ot diskriminatsia and VA.,
ECLI:EU:C:2021:862.



ÖZET

Avrupa Birliğinde ayrımcılıkla mücadele konusu geçmişi eskiye dayanmış olsa da açıkça AB müktesebatında yer alması Amsterdam Antlaşması sonrasında mümkün olabilmektedir. Bu tarihten sonra ise AB Temel Haklar Şartının da dahil olduğu birincil hukuk kaynakları ve 2000/78 sayılı direktifin olduğu ikincil hukuk kaynakları AB müktesebatında yerini almaya başlamıştır. Bu çalışmanın ilk bölümünde bu kapsamda ayrımcılık yasağının AB hukukundaki gelişim süreci, bu konudaki birincil, ikincil hukuk kaynakları ve uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Birliğin ikincil hukuk kaynaklarından olan 2000/78 sayılı İş ve Mesleki Alanda Eşit Muamelenin Gerçekleştirilmesine Yönelik Genel Bir Çerçeve Getiren direktif incelenmektedir. Bu kapsamda ilk olarak direktifin kapsama alanı, hangi amaçla çıkartıldığı ve genel özelliklerinden bahsedilmektedir. Akabinde direktifte yer alan mesleki gereklilik, pozitif eylemi uyumlaştırma tedbillerinin neler olduğu incelenmektedir. En son olarak ise direktifin etkinliğinin arttırılabilmesi için getirilen hak arama yolları, ispat kuralları ve mağdurlaştırma terimin neler olduğu ele alınmaktadır.

Bu konuda ABAD tarafından verilen kararlarda ise direktifin hukukun genel ilkeleri de gözetilerek geniş ve amaçsal olarak yorumlandığı ve bu şekilde direktifin kapsama alanının arttırıldığı anlaşılmaktadır. Lakin ABAD bu şekilde hareket ederken üye devletlerin takdir yetkilerine karışmamak istediği de anlaşılabilmektedir. Tüm bu anlatılanlar ışığında uzunca bir süredir farklı şekilde gelişen ayrımcılıkla mücadele hukukunun gelişmesinde ABAD'ın temel bir etken olduğu, bu kapsamda Birliğe ve üye devletlere yol gösterdiği söylenebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa Birliğinde Ayrımcılıkla Mücadele, 2000/78 sayılı direktif

ABSTRACT

The issue of fighting discrimination inside the European Union has a long history however it was explicitly included in the Union's *acquis* following the Amsterdam Treaty. Since that date, primary legal sources including the EU Charter of Fundamental Rights and secondary legal sources such as Directive 2000/78 have become part of the Union's *acquis*. This first section of the study examines the development process of the prohibition of discrimination in Union law and focusing on primary and secondary legal sources and international agreements.

The second section of the study examines Directive 2000/78, which is one of the secondary legal sources of the Union, and provides a general framework for equal treatment in employment and occupation. Firstly, the scope of the directive, the purpose for its enactment, and its general characteristics are discussed. Eventually, the professional requirements and the measures for accommodating positive action included in the directive are examined. In the end, the study addresses the means of seeking remedies, rules of proof, and the concept of victimization introduced to enhance the effectiveness of the directive.

In these decisions, the Court of Justice has taken into consideration the general principles of law and interpreted the directive extensively and purposively, resulting in an expansion of its scope. However, it is apparent that the Court of Justice is careful not to encroach upon the discretionary powers of the Member States while adopting this approach. Considering all of these factors, it can be said that the Court of Justice has been a crucial factor in the development of anti-discrimination law, guiding both the Union and the Member States.

Key Words: European Union law, Anti-discrimination of the European Union, Directive No: 2000/78