T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Yüksek Lisans Tezi

ESRA MUZIR

İSTANBUL- 2020

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Yüksek Lisans Tezi

Danışman: DOÇ. DR. ERCÜMENT ÖZKARACA

İSTANBUL- 2020

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : ESRA MUZIR

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Doç. Dr. ERCÜMENT ÖZKARACA

Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans- 2020

ÖZET

Toplumsal hayatta sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri işverenin aynı veya benzeri işi yapmakta olan işçileri arasında haklı ve makul sebebe dayanmaksızın ayrımcı davranışta bulunmasıdır. İşçi işveren ilişkisinde meydana gelebilecek olan eşit davranma borcuna aykırı davranışların önlenmesi amacı ile eşit davranma borcuna aykırılık birtakım yasal düzenlemelerle yaptırım altına alınmıştır. Tezimizde işverenin eşit davranma borcunun amacı, kapsamı, şartları ve iş sözleşmesinin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamalarındaki görünüm şekilleri, aykırılığın ispatı ve eşit davranma borcuna aykırılık halinde işçinin başvurabileceği hukuki, idari ve cezai yaptırımlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eşit Davranma Borcu, Ayrımcı Davranış, Ayrımcılık Tazminatı, Yoksun Kalınan Haklar.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : ESRA MUZIR

Field : Private Law

Supervisor : Assoc. Prof. Dr. ERCÜMENT ÖZKARACA

Degree Awarded and Date : Master - 2020

ABSTRACT

One of the issues that is encountered frequently in social life is that the employer discriminates against one employee over another based on non-reasonable and justified reason who does same or similar work. In order to prevent acts contrary to the obligation of equal treatment that may occur in the employee-employer relationship, the breach of the obligation of equal treatment has been penalised through a set of legal adjustments. In this thesis, the purpose, scope, conditions of the obligation of equal treatment and the appearance of the employment contract at the stages of establishment, continuation and termination, proof of breach and in the event of breach the employee's rights under legal, administrative and criminal penalties are examined.

Key Words: Obligation of equal treatment, discriminatory conduct, compensation for discrimination, loss of income.

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

İÇİNDEKİLER

ÖZET……..i

ABSTRACT……...ii

İÇİNDEKİLER……iii

KISALTMALAR…….....vii

GİRİŞ……1

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCU KAVRAMI, ŞARTLARI

VE GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

I. GENEL OLARAK EŞİT DAVRANMA BORCU KAVRAMI……3

II. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU VE ŞARTLARI..4

A. İş Hukuku Kapsamında Eşit Davranma Borcu…….4

B. Eşit Davranma Borcunun Şartları…….7

1. Aynı İş Yerinde Aynı Veya Benzeri İşte Çalışan İşçilerin Bulunması……..7

2. İşyerinde Çalışan İşçi Topluluğunun Bulunması…….……10

3. Kolektif Nitelikte Uygulamanın Olması……..11

4. Zamanda Birlik Olması……12

5. İş Sözleşmesi ile Çalışıyor Olmak……12

III. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ……..13

A. Eşit Haklara Sahip Olmak …….....13

B. Eşit Fırsatlara Sahip Olmak……13

C. Eşit Uygulamalara Tabi Olmak……..14

D. Eşit Külfetlere Katlanmak……..15

IV. ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU……....16

A. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Durumunda Eşit Davranma Borcu……..16

B. Geçici İş İlişkisinde Eşit Davranma Borcu……18

V. AYRIMCILIK YASAĞI……19

A. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı……19

B. Mutlak Ayrım Yasakları-Nispi Ayrım Yasakları……...19
C. Ayrımcılık Nedenleri……..20
1. Cinsiyet……..20
2. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasal Düşünce…….24
3. Irk ve Etnik Köken…….25
4. Cinsel Tercih……..26
5. Psikolojik Taciz…….28
6. Yaş…….31
a. Genel Olarak Yaş Ayrımcılığı ……..…….31
(1) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Öncesi Durum…..32
(2) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrası Durum….34
7. Engellilik……35
8. Sendikal Faaliyetler……...36
9. Kıdem…….37

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDA, DEVAMINDA VE SONA ERMESİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. GENEL OLARAK EŞİT DAVRANMA BORCUNUN SÖZLEŞME AŞAMALARINDA GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ……38
II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDA EŞİT DAVRANMA BORCU……39
A. Genel Olarak……..39
B. Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Ayrımcılık…….42
C. Sendikal Sebeple Ayrımcılık……....46
III. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU……49
A. Genel Olarak……...49
B. Bazı İş Sözleşmesi Türlerinde Eşit Davranma Borcu…….51
1. Belirli Süreli İşçi- Belirsiz Süreli İşçi Arasında Eşit Davranma Borcu……51
2. Kısmi Süreli İşçi- Tam Süreli İşçi Arasında Eşit Davranma Borcu……..53
C. Ücrette Eşit Davranma Borcu…….……56
1. İşe Giriş Ücretinde Eşit Davranma Borcu…….……...56

2. İş Sözleşmesi Devamı Sürecinde Ücret ve Zam Uygulamasında Eşit Davranma Borcu……...59
3. Kadın ve Erkek İşçi Arasında Ücrette Eşit Davranma Borcu……...64
D. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Eşit Davranma Borcu……67
IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU…..71
A. Genel Olarak……..71
B. İş Sözleşmesinin Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu……73
1. Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu…….73
a. İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu……..73
b. İş Güvencesi Kapsamına Girmeyen İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu……..80
2. Süresiz (Haklı Nedenle) Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu……..82
C. Bazı Özellikli Fesih Hallerinde Eşit Davranma Borcu……...86
1. Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Fesihte Eşit Davranma Borcu…….86
2. Sendikal Nedenle Fesihte Eşit Davranma Borcu…….88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN İSPATI, YAPTIRIMLARI VE DİĞER TAZMİNAT TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

I. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK HALİNDE İSPAT SORUNSALI……...93
A. Genel Olarak……..93
B. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışlarında İspat Yükü…….....94
C. Sendikal Nedene Dayalı Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışlarında İspat Yükü…….98
II. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI……..102
A. Hukuki Yaptırımlar……...102
1. Genel Olarak……102
2. Ayrımcılık Tazminatı……...103
3. Yoksun Kalınan Haklar……107

4. Sendikal Tazminat……108
5. Tazminat Davası ……..109
a. Maddi Tazminat Davası……109
b. Manevi Tazminat Davası……..110
6. Haklı Nedenle Fesih…….112
7. İşi Yapmaktan Kaçınma……...113
B. Cezai Yaptırımlar……..113
C. İdari Yaptırımlar……...116
1. İş Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırım…… 116
2. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırım……...116
a. Genel Olarak…….116
b. Kurum'a Başvuru Prosedürü……117
c. Başvurunun İncelenme Aşaması……...118
d. İspat Yükü…….119
e. Yaptırım……119
III. AYRIMCILIK TAZMİNATININ DİĞER TAZMİNATLAR İLE İLİŞKİSİ……121
A. Genel Olarak……..121
B. İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Açısından……121
C. İş Güvencesine Tabi Olan İşçiler Açısından……..……123
D. Sendikal Sebeple Ayrımcılığa Uğrayan İşçiler Açısından……..126
SONUÇ.....129
KAYNAKÇA.....134

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜSBED	: Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
f.	: Fıkra
G.Ü.	: Galatasaray Üniversitesi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İşK.	: İş Kanunu
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Kurum	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
m.	: Madde
MAKÜ	: Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi
MESS	: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

İş ilişkisi işçi ve işveren arasında özgür irade sonucunda kurulan, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın ise iş görme edimine karşılık olmak üzere ücret ödediği bir ilişkidir. Ancak gerek ekonomik nedenler gerekse iş bulma konusundaki zorluklar nedeniyle her ne kadar serbest iradeyle kurulan tarafların eşit olarak görüldüğü bir ilişki oluştursa da her zaman iş ilişkisinde işçi tarafı korunmaya muhtaç durumda bulunmaktadır. Bu nedenle işverenin eşit davranma borcu işçinin ayrımcı muamelelere karşı korunması amacı ile hukuk düzenimizde yerini almıştır.

Eşit davranma borcu ile iş sözleşmesinin güçlü tarafını oluşturan işverenin yönetim hakkını sınırsız şekilde kullanarak işçileri arasında keyfi ayrımda bulunması önlenmek istenmiştir. İşverenin eşit davranma borcu gereği haklı ve makul sebebe dayalı olmadıkça aynı veya benzer işte çalışan işçileri arasında keyfi ayrımda bulunması İşK. m. 5 ve ilgili diğer kanunlarda yasaklanmıştır. İşK. m. 5 ile ırk, siyasal düşünce, cinsiyet gibi birçok ayrımcılık nedenleri yasaklanmıştır.

Bireysel iş ilişkilerini düzenleyen mevzuatımızda eşit davranma borcu özel olarak sadece İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda özel olarak düzenleme yer almamaktadır. Söz konusu kanunlar kapsamına giren iş ilişkileri açısından da ileride açıklanacağı üzere Anayasa m. 10'un yatay etkisi ile eşit davranma borcunun varlığı kabul edilecektir. Bu açıdan eşit davranma borcu bu kanunlar kapsamındaki işçilere de talep hakkı sağlayacaktır. Ancak söz konusu bu özel kanunlarda ayrıca uygulanacak bir yaptırım öngörülmemiştir. Tezimizde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinde eşit davranma borcu incelenecektir.

Tezimizin birinci bölümde genel olarak eşit davranma borcu kavramı, getirilme amacı, şartları ve birtakım görünüm şekilleri incelendikten sonra birinci bölümün son kısmında uygulamada sıklıkla karşılaşılan ayrımcılık nedenleri detaylı olarak incelenecektir.

Tezimizin ikinci bölümünde ise eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin kurulması sırasında bulunup bulunmadığı, iş sözleşmesinin kurulması sırasında hamilelik veya cinsiyet nedenlerine veyahut sendikal nedene dayalı olarak söz konusu olabilecek ayrımcılık halleri, iş sözleşmesinin kurulması sonrasında aykırılıkların hangi hallerde ortaya çıkabileceği ve iş sözleşmesinin sona ermesinde iş güvencesi kapsamında olan veya olmayan işçiler açısından

ayrımcılık hallerinin görünüm şekilleri detaylı olarak incelenecektir. İşverenin sendikal nedenle ayrımcılıkta bulunması durumunda ise, esasında ayrı bir tez konusu olabilecek boyutta geniş bir konu olması nedeniyle, her ilgili başlık altında sendikal nedenle ayrımcılık yapılması hallerine detaylandırılmaksızın değinilmekle yetinilecektir.

Tezimizin üçüncü bölümünde ise eşit davranma borcuna aykırı davranışın söz konusu olması halinde nasıl ispat edilebileceği, işçinin aykırı davranışla karşı karşıya kalması durumunda talep edebileceği haklar, işverenin aykırı davranışı durumunda karşılaşabileceği idari, hukuki ve cezai yaptırımlar incelenecektir. Bunun yanı sıra üçüncü bölümün sonunda eşit davranma borcunun en temel yaptırımı olan ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile ilişkisi ve birlikte talep edilebilip edilemeyeceği doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCU KAVRAMI, ŞARTLARI VE GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

I. GENEL OLARAK EŞİT DAVRANMA BORCU KAVRAMI

Eşit davranma borcunun anlamı eşit olanlar arasında eşit muamelede bulunulmasıdır. Diğer bir deyişle aynı konumda ve şartlar altında olan kişiler arasında haklı sebep olmaksızın ayrım yapılmamasıdır. Eşit davranma borcu haklı bir sebep olmaksızın aynı konumda ve şartlarda olan kişiler arasında ayrım yapılmasını engelleme amacına hizmet etmektedir. Bu kapsamda eşit davranma borcu işçi açısından eşit davranılmasını talep hakkı sağlarken işveren açısından bir yükümlülük getirmektedir. Bu açıdan eşit davranma borcun aykırılık sağladığı talep hakkı dikkate alındığında işveren açısından başka borçların doğmasına da kaynaklık etmektedir.

Her somut olayın şartları doğrultusunda eşit davranma borcuna aykırılık oluşup oluşmadığının, eşitsizliğin olduğu durumlarda haklı ve makul bir sebebe dayanılıp dayanılmadığının araştırılması ona göre hukuk düzeninin koruduğu kapsama dahil edilip edilmeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Hukuk düzenimiz makul ve haklı sebep olmaksızın aynı konumdaki kişilere eşit davranılması durumunda koruma imkânı sağlamaktadır. Aynı konum ve şartlar altında olmayan kimseler arasında eşitsiz bir uygulamanın varlığı eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

Türk hukukunda eşit davranma borcunun temelini 1982 tarihli Anayasa'nın 10. maddesi oluşturmaktadır. Anayasa m. 10'da yer alan *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* hükmünden de açıkça görüleceği

üzere bu madde ile genel olarak eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir[1]. Doktrinde Anayasa m. 10'daki eşitlik ilkesinin Anayasa m. 11 uyarınca sadece kamu hukuku ile ilgili olmayıp özel hukuk ilişkilerinde de geçerli bir ilke olduğu hukukun her alanında uygulanacağı isabetle belirtilmektedir[2]. Anayasa'nın ilgili düzenlemesine bakıldığı takdirde görüleceği üzere uygulama alanı daraltılmamıştır. Bu sebeple tez konumuz olan iş ilişkisi de dahil olmak üzere hukukun her alanında bu madde uygulanacaktır. Aynı zamanda eşitlik ilkesi 1982 Anayasası ile 1961 Anayasa'sından farklı olarak genel esaslar kısmında düzenlendiğinden dolayı bu ilkenin devletin kuruluş unsurları ve dayanaklarından biri olduğu açıktır[3]. Bu açıdan gerek düzenleme yeri gerekse düzenleniş şekli itibariyle eşitlik ilkesi büyük önem taşımaktadır.

Eşitlik ilkesi Anayasa'da düzenlenmesinin yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu'nda, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ve taraf olduğumuz pek çok uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Mevzuatımızda eşitlik ilkesi özel olarak düzenlenmeseydi dahi hukukun temel ilkesi olması sebebi ile dikkate alınması gerekirdi[4]. Bu sebeple eşit davranma ilkesi sadece kamu hukukunda değil özel hukuk ilişkilerinde de uygulanması gereken hukukun genel ilkesidir. Eşit davranma borcu özel hukukun her alanında uygulama olanağı bulmakla birlikte tezimizde sadece iş hukuku açısından detaylı olarak ele alınacaktır.

II. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU VE ŞARTLARI

A. İş Hukuku Kapsamında Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu iş hukuku kapsamında "iş ilişkisinde haklı ve makul sebep olmadıkça işverenin eşit davranma ve farklı muamele yapmama borcu" olarak ifade edilmektedir[5]. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat'a göre eşit davranma borcu "işyerinde çalışan

[1] Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul, 2019, 415; Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, 441; Caniklioğlu, Nurşen, 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Mart 2020, 53, www.yeniyuzyil.edu.tr (E.T.: 01.09.2020).

[2] Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İÜ Hukuk Fakültesi Yayını, 1. Basım, 1982, 24-25; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1 Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019, 193; Gülmez, Mesut, İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, 237; Sever, Rabia, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal İSGHD, Y. 2012, C. 9, S. 34, 38; Süzek, 442.

[3] Kaya, Pir Ali, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Ankara, 2014, 200.

[4] Süzek, 440.

[5] Kaya, Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, 2007, 5.

işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışanlara eşit çalışma koşullarını uygulamaya dayanan ve temelinde hakkaniyet esasına dayalı" bir borçtur[6]. Tanımından da görüleceği üzere işverenin eşit davranma borcu gereği aynı durum ve koşullar altındaki işçilerine karşı -makul nedenin söz konusu olmadığı durumlarda- eşit davranması gerekmektedir[7]. Eşit davranma borcu temelinde hakkaniyet ve adalet düşüncesine dayanmaktadır[8].

Eşit davranma borcunun bir yönü ile işverenin mülkiyet hakkına dayalı olarak hükümranlık hakkına sınır getirdiği de kabul edilmektedir[9]. Zira işveren haklı sebebe dayanmadıkça keyfi davranarak eşit işleri gören işçileri arasında bir kısmının durumunu diğerlerine nazaran daha iyi hale getiremeyecektir. Burada eşit davranma borcu ile amaç edilen bütün işçilerin aynı konuma getirilmesi olmayıp işçilerin haklı sebep olmaksızın farklı işleme tabi tutulmasını engellemektir. Eşit davranma borcu esasında iki açıdan işverene yükümlülük getirmektedir. Birincisi haklı bir sebep olmadıkça işçileri arasında ayrım yapmama borcudur ki bu olumsuz yönünü oluşturmaktadır. İkincisi ise haklı nedenlerin var olması durumunda farklı davranma yükümlülüğüdür. Bu ise borcun olumlu yönünü oluşturmaktadır[10]. Dolayısıyla eşit davranma borcunun esasında temelleri ve kapsamları farklı iki ayrı görünümü söz konusu olmaktadır[11].

İşverenin eşit davranma borcunun uygulama alanı bulabilmesi için doktrinde birtakım şartların aranacağı ifade edilmektedir. Bu şartların bir arada bulunması halinde eşit davranma borcuna aykırı davranılıp davranılmadığı somut olayın şartlarına göre haklı ve makul sebebin bulunup bulunmadığına bakılarak tespit edilecektir. Bu durumda eğer haklı ve makul sebebe dayanılarak eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı söylenebiliyorsa bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır. Yıldız'a göre işverenin haklı ve makul sebebe dayalı, gerekli ve orantılı şekilde uygulamada bulunduğunu ispat etmesi halinde eşit

[6] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 414.
[7] Senyen Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2019, 238; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, 2014, 323.
[8] Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, 2019, 169; Kaya, Pir Ali, Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukunda Yeri, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2005, Y. 10, S. 38, 151; Süzek,440.
[9] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, 147.
[10] Tuncay, 120-121; Kandemir, Murat/ Yardımcıoğlu, Didem, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 19, S. 30-31, 4, www.dergipark.org.tr (E.T.: 04.02.2020).
[11] Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasakları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 66-69.

davranma borcuna aykırı davranışın söz konusu olmadığı anlaşılacaktır[12]. İşK. m. 12 ve 13'te yer alan "ayrımı haklı kılacak bir neden olmadıkça" ibaresi yapılacak uygulamada orantılılık ilkesine de dikkat edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır[13].

İşverenin eşit davranma borcu kapsamında sözü edilen eşitlik mutlak bir eşitlik değildir, yukarıdaki tanımlarda da görüldüğü üzere eşit durum ve koşullardaki kişiler arasındaki eşitliktir[14]. Bu kapsamda işçinin yeteneği, eğitim durumu, becerisi, kıdemi, liyakati gibi sebepler ile ayrım yapılması durumunda eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir[15]. Örneğin kalifiye bir işçinin aynı işi yapsa dahi diğer işçilerden daha yüksek ücretle çalışması eşit davranma borcuna aykırı sayılmayacaktır.

Eşit davranma borcunun tespiti açısından gerekli şartları aynı işyerinde aynı veya benzeri işte çalışan işçilerin varlığı, işyerinde çalışan işçi topluluğunun olması, kolektif nitelikte bir uygulamanın olması, zamanda birlik ve iş sözleşmesi ile çalışıyor olmak olarak sıralayabiliriz[16]. Bu şartların var olması durumunda yukarıda da açıkladığımız üzere haklı ve makul sebep bulunmuyorsa eşit davranma borcuna aykırılık var demektir[17]. Eşit davranma borcunun koşullarını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında *"Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir."* şeklinde açıklamıştır[18].

Eşit davranma borcu baskın olarak işvereni ilgilendiriyor gibi görünse de bu borcun tek muhatabı işveren değildir. Toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaların da bu yasağı görmezden gelerek toplu iş sözleşmesine aykırı kurallar koyabilmeleri mümkün değildir[19]. Aksi halde toplu iş sözleşmesinde yer alan eşit davranma borcuna aykırı nitelikteki hüküm işveren tarafından uygulanamayacaktır.

---

[12] Yıldız, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, DEÜHFD, 2013 (Basım Yılı 2014), C. 15, Özel S., 689.
[13] Yıldız, Orantılılık İlkesi, 689.
[14] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 192; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara, 2019, 91; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik, 147.
[15] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 419; Narmanlıoğlu, 328; Korkmaz/Alp, 170; Erkanlı, Betül, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2015, 110-111.
[16] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 193-194; Süzek, 443; Tuncay, 148-152; Narmanlıoğlu, 326.
[17] Doğan Yenisey, Kübra, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, Y. 2005, S. 7, 997.
[18] Yarg. HGK. 2009/485 E. 2009/598 K. 23.12.2009 T. kararı, www.turkhukuksitesi.com (E.T.: 24.03.2020).
[19] Doğan Yenisey, Orantılılık İlkesi, 975.

B. Eşit Davranma Borcunun Şartları

1. Aynı İşyerinde Aynı veya Benzeri İşte Çalışan İşçilerin Bulunması

Eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için gerekli şartlardan birisi aynı işyerinde aynı veya benzeri işte çalışan işçilerin bulunmasıdır. İşK. m. 2'de işyeri açıkça tanımlanmıştır. Kanuni düzenlemeye göre işyeri, *"işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime"* denilmektedir. Maddenin devamında işyeri kavramının içerisine *"işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar"* da dahil edilmiştir. Bu kapsamda işveren, işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve yönetim yönünden kendi altında örgütlenen yerlerde çalışan işçileri arasında da haklı ve makul sebebe dayalı olmadıkça ayrım yapamayacaktır. Örneğin aynı işverene bağlı işyerlerinden birinde elbise dikim işlemlerinin diğerinde ise ütü ve paketleme işlemlerinin yapıldığı varsayımında aynı malın üretimi ile ilgili olmaları ve nitelik yönünden bağlılıklarının bulunması nedeni ile işverenin işyerleri arasında eşit davranma borcu söz konusu olacaktır.

İş hukuku açısından işletme kavramına bakıldığı takdirde ise İş Kanunu'nda açık bir tanımı bulunmadığından dolayı doktrinde tanımlanmaya çalışıldığı görülecektir. İşletme kavramı "iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşan bir bütün" olduğu kabul edilmektedir[20]. İşyeri ve işletme kavramlarının birbirine geçmesi nedeni ile aralarındaki ayrımın yapılması oldukça zordur, bu nedenle doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır[21]. Ancak işletme kavramını işyerinden ayıran en temel ölçüt işletmenin ekonomik veya ideal bir amaç elde etmek için özgülenmesi, işyerinin ise mal veya hizmet üretilmesi gibi teknik bir amaç elde etmek için özgülenmesidir[22]. Doğan Yenisey'e göre işletme, kâr amacı gütmeyen hastane işletmesi gibi ideal bir amaca hizmet etmek için de özgülenebilir[23]. Bir işverenin tek bir işyerinin olması durumunda işyeri ve işletme kavramları iç içe geçebileceği gibi, bir işverene ait birden çok işyerinin aynı amaca hizmet etmesi

[20] Senyen Kaplan, 76; Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme), İstanbul 2007, 66; Albayrak Zincirlioğlu, Candan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Önemi, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018, 434.
[21] Detaylı bilgi için bkz. Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 66-74; Albayrak Zincirlioğlu, 443-445.
[22] Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 35; Albayrak Zincirlioğlu, 426.
[23] Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 35.

durumunda işletme birden fazla işyerinden de oluşabilir[24]. Ancak işverenin birden fazla işyeri olmasına rağmen işyerleri farklı amaçlar için örgütlenmiş ise bu durumda işletmeden söz edilemeyecektir[25].

İşverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için aynı işyerinde veya işyerine bağlı yerlerde çalışan işçilerin olması gerekmektedir. Bu kapsamında işçi başka işyerinde çalışan işçinin durumunu gösterip eşit davranılmasını talep edemeyecektir[26]. Örneğin aynı işi yapmalarına rağmen farklı işyerlerinde çalışmakta olan işçilerden biri diğer işveren bünyesinde yol ücreti verildiğinden bahisle yol ücreti verilmesini talep edemeyecektir. Aksi görüşe göre ise işverenin bu borcu işyeri ile sınırlı olmayıp işletme düzeyinde geçerli bir borçtur, bu nedenle haklı nedenler söz konusu olmadıkça işveren farklı işyerleri arasında çalışan işçileri arasında ayrım yapamayacaktır[27].

Aynı işyerinde çalışma koşulunun tek istisnası ise yakın yerlerde benzer iş yapılması gibi organik bağın sıkı olduğu hallerdir. Aynı işverene bağlı birden çok yakın konumda yer alan iş yerlerinin olması durumunda doktrinde bazı yazarlara göre eşit davranılmasını talep etme hakkı söz konusudur[28]. Ancak kanaatimce aynı işverene bağlı işyeri arasında eşit davranma borcunun söz konusu olması için işyerleri arasındaki mesafenin yakın olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Aynı işverene bağlı işyerleri arasındaki mesafe uzak dahi olsa aralarında işyerine bağlı yer kavramına dahil edilebilecek şekilde işyeri arasında mal veya hizmet üretimi ile ilgili nitelik yönünden bağlılık olduğu ve yönetim hakkının aynı kişilerde olduğu tespit edildiğinde eşit davranma borcu söz konusu olacaktır. Örneğin aynı işverene bağlı işyerlerinin bir tanesinde yemek verilmesi durumunda diğer işyerinde çalışan ve aynı işle iştigal eden işçilerin de benzeri sosyal yardımı talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bunun için en önemli koşul aynı işverene bağlı olmasıdır. Farklı işverenlere bağlı çalışmakta olan işçilerden birinin diğerinde olan çalışma koşullarının aynısını talep etme hakkı bulunmamaktadır.

Eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için aynı işyerinde çalışmanın yanı sıra işçiler arasında gruplaşma yapması ihtimalinde farklı gruplar arasında uygulama farklılıkları eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Burada önemli olan gruplaşma yaparken

[24] Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 36; Albayrak Zincirlioğlu, 444.
[25] Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 3
[26] Sümer, 91.
[27] Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 105-106.
[28] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 222 vd.

işverenin keyfi davranmaması ve makul ve haklı sebep olmaksızın ayrım yapmamasıdır. Eğer işveren aynı işyeri içerisinde farklı esaslara göre çalışan birimler arasında farklı uygulamalara yer veriyor ise ve bu uygulama farklılığı objektif sebebe dayandırılabilmekte ise bu durumda aynı işyerine bağlı iki birim arasında dahi eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır[29].

Yargıtay 22. HD.'nin kararına konu işçilik alacağı davasında davacı işçi çalışma süresi boyunca taşeron işverenlerin temizlik personeli olarak gözükmekte ise de fiilen davalı üniversite bünyesinde farklı birimlerde otomasyon görevlisi olarak çalıştığını, çalışma süresi boyunca kendisi ile aynı işi yapan diğer çalışanlardan daha düşük ücret ile çalıştırıldığını iddia ederek ayrımcılık tazminatı ve diğer işçilik alacaklarını talep etmiştir, ilk derece mahkemesi tarafından davanın kabul edilmesi üzerine davalı vekili kararı temyiz kanun yoluna götürmüştür. Temyiz merci, verilen kararda davalı tarafından ismi bildirilen işçilerin davacıyla aynı işi yapıp yapmadıkları, sendikalı olup olmadıkları, toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanamadıkları noktasında yeterli açıklık bulunmadığından ve kıdemlerinin belirsiz olmasından dolayı yeterli araştırma yapılmadığından bahisle söz konusu kararı bozmuştur. Dosya yeniden önüne gelen ilk derece mahkemesi, davalı tarafından isimleri bildirilen işçilerin sendikalı oldukları ancak tüm yazışmalara rağmen davalı tarafından davacıyla aynı işi yapan ve sendikalı olan aynı kıdeme sahip işçi ücretinin bildirilmediğinden bahisle fark ücret alacağına hükmedilmiştir. Davalının yeniden kanun yoluna götürmesi üzerine Yüksek Mahkeme, davalı Kurum'un isimleri geçen çalışanlara ilişkin belgeleri dosyaya sunduğu ve bu kişilerin davacı ile aynı işi yapan çalışanlar olmadığı ve davacıyla emsal olabilecek işçinin davalı nezdinde bulunmadığı gerekçesi ile bu kalem açısından kararın bozulmasına karar vermiştir[30]. Karardan da açıkça görüleceği üzere eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için aynı veya benzer işte çalışan kıyas yapılabilir işçilerin bulunması gerekmektedir. Söz konusu kararda fark ücret alacaklarına ait taleplerinin reddedilmesinin sebebi davacı ile aynı durum ve şartlarda çalışan emsal işçinin söz konusu olmamasıdır. Bu sebeple verilen karar kanaatimce son derece yerinde bir karardır. Aynı zamanda karara konu olayda her ne kadar davacı işçi şeklen alt işverenin işçisi olarak görülmekte ise de üst mahkeme tarafından asıl işveren alt işveren ilişkisi kanuna aykırı kabul edilerek asıl işveren işçisi olarak işlem görmüştür. Bunun üzerine işçi lehine fark

[29] Sever, 43.
[30] Yarg. 22. HD. 2019/1040 E. 2019/3811 K. 20.2.2019 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 03.02.2020).

ücret alacağına hükmedilmiştir. Davacı işçi ile asıl işveren arasındaki ilişki, yüksek mahkeme tarafından kanuna aykırı asıl işveren alt işveren ilişkisi olarak kabul edilmeseydi davacı lehine eşit davranma borcu söz konusu olmayacağından fark ücret alacağına hükmedilemeyecekti.

Ancak kanunda aynı işyerinde çalışma şartının aranmadığı iki hal söz konusudur. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında eğer aynı işyerinde aynı veya benzer işi yapan belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi söz konusu değilse bu takdirde aynı işkolunda faaliyet gösteren başka işyerinde çalışan emsal işçi dikkate alınacaktır. Yine kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında aynı işyerinde aynı veya benzer işi yapan işçi söz konusu değilse bu durumda yine aynı işkolunda faaliyet gösteren başka işyerinde çalışan emsal işçi dikkate alınacaktır[31]. Bu iki halde aynı işyerinde çalışma koşulu aranmadığı kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için kural her ne kadar aynı işyerinde çalışıyor olmak ise de işyerinin özellikleri gereği farklı davranılmasını haklı kılan objektif neden bulunmamakta ise farklı işyerindeki emsal işçiler nazara alınarak işverenin eşit davranması gerekeceği söylenebilir[32].

2. İşyerinde Çalışan İşçi Topluluğunun Bulunması

İşverenin eşit davranma borcunun doğması için bir diğer koşul da işyerinde çalışan işçi topluluğunun bulunmasıdır. İşyerinde çalışan birden fazla kişinin bulunması kıyas yapılması başka deyişle eşit durumdaki işçilerin arasındaki uygulama farklılığının anlaşılması için gerekli olan işin doğasından kaynaklanan koşullardan biridir[33]. Bu sebeple mukayese edilebilir en az iki işçinin bulunması gerekmektedir. İşyerinde sadece bir işçinin çalışması durumunda kıyas yapılabilecek eşit durum ve koşullarda bir diğer işçinin bulunmaması sebebi ile eşit davranma borcu doğal olarak söz konusu olamayacaktır. Kıyas yapılabilir iki gruptan ayrımcılık yapılan grubun aleyhine diğer tarafın daha lehine davranış söz konusu ise ayrımcılık bulunduğu kabul edilmektedir[34].

[31]Caniklioğlu, Nurşen, İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Ankara 2016, 170; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 196; Reyhani Yüksel, Sera, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 39, 62; Erkanlı, 119-120.
[32] Kaya, Ferman, İşverenin Eşit Davranma Borcunun Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2016, C. 90, S. 6, 93.
[33] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 194.
[34] Doğan Yenisey, Orantılılık İlkesi, 982-983.

Aynı zamanda işyerinde çalışan bir işçi ile sözleşmeli personel veya memurların çalışma koşulları arasında karşılaştırma yapılarak işverenden eşit davranması talep edilemeyecektir[35]. Zira bu durumda aynı veya benzer durumda olan kolektif işçi topluluğu bu durumda söz konusu olmayacaktır.

3. Kolektif Nitelikte Uygulamanın Olması

Eşit davranma borcunun doğması için kolektif nitelikte bir uygulamanın bulunması bir diğer koşuldur[36]. İşyerinde başarı veyahut herhangi bir sebeple işçinin ödüllendirilmesi söz konusu olduğunda işçiye sağlanan imkanlar veya ek ödüller eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Bu sebeple diğer işçilerin bireysel ve sübjektif uygulanan bir hususta kendilerine de aynı koşulların sağlanmasını talep etme hakları yoktur[37].

Diğer bir deyişle işyerinde kolektif bir uygulama bulunmakta ise işverenin eşit davranma borcu gereği diğer işçilerini de aynı koşullardan yararlandırması gerekecektir. Örneğin işyerinde yemek ve yakacak yardımı yapılmakta ise bu durumda işverenin işçilerinden bir veya birkaçına sinirlenerek bu yardımı kaldırması veyahut yardımın kapsamına almaması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Ancak makul ve haklı bir sebebin bulunması durumunda işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Örneğin işverenin işyerinde çalışmakta olan maddi durumu yetersiz ailelerin çocuklarının eğitim giderlerini karşılaması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Ancak işverenin bu şekilde gruplandırma oluştururken keyfi davranmaması ve objektif nitelikleri kullanarak değerlendirme yapması gerekecektir[38]. Eğer işveren maddi durumunun iyi olmadığını bilmesine rağmen kasten bir işçisine bu imkânı sağlamıyorsa veyahut sadece sevdiği işçilere bu imkânı sağlıyorsa diğer deyişle ayrım yaparken keyfi davranıyorsa eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olacaktır.

İşverenin ayrımcı davranış teşkil eden eyleminin bireysel nitelikte bir veya birkaç işçisini içerecek nitelikte olması durumunda ise bakılması gereken husus işverenin keyfi davranışının bulunup bulunmadığıdır[39]. Örneğin işveren keyfi olarak bir işçisine karşı sadece

[35] Sever, 44; Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 186.
[36] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 194; Tuncay, 151.
[37]Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 194; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 225; Reyhani Yüksel, 64; Kaya, İşverenin Eşit Davranma Borcu, 94.
[38] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423.
[39] Kandemir/ Yardımcıoğlu, 12.

hemşehrisi veya aynı mezhepten olmasından dolayı farklı uygulamada bulunmakta ise bunun da eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edeceği söylenebilir. Bu sebeple eşit davranma borcuna aykırılığın varlığı tespit edilirken her somut olayın şartları doğrultusunda ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir.

4. Zamanda Birlik Olması

İşverenin eşit davranma borcunun söz konusu olması için bir diğer şart zamanda birlik olmasıdır[40]. Zamanda birlik demek eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı iddia edilen işçilerin aynı zamanda işveren nezdinde çalışıyor olmalarıdır[41]. Bu kural gereğince örneğin işçi kendinden önce çalışan işçilere giysi yardımı yapıldığından bahisle kendi döneminde de devam etmediği sürece giysi yardım talep edemeyecektir. Bunun bir diğer görünümü de iş sözleşmesi sona eren işçinin kendisinden sonraki uygulamalardan faydalanmayı talep edemeyeceği olarak da kendisini gösterir. Bu ikinci görünüm şekli aynı zamanda diğer bir şart olan iş sözleşmesi ile çalışıyor olmak koşulunun da bir yansımasıdır.

5. İş Sözleşmesi ile Çalışıyor Olmak

İşverenin iş ilişkisi kurmadığı kişilere veyahut iş sözleşmesi sona eren kişilere karşı eşit davranma borcu kural olarak söz konusu değildir[42]. Ancak kanundan kaynaklanan bazı durumlarda iş sözleşmesi kurulmadan önce de işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olduğu haller vardır. Bu haller cinsiyet veya hamilelik sebebi ile veyahut sendikal sebeplerle ayrım yapılamayacağı gibi hallerdir. Ancak bu durumda cinsiyet veya hamilelik sebebi ile ayrım yapılması biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerden kaynaklanıyorsa İşK. m. 5/3 uyarınca eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra ise tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri sona erdiğinden iş ilişkisinden doğan eşit davranma borcu da kural olarak sona erecektir. Bu durumda iş sözleşmesi sona erdirilen bir işçinin kendisinden sonra işyerinde uygulanmaya başlanan yakacak, giysi, yemek yardımı gibi uygulamalardan yararlanması söz konusu olmayacaktır. Örneğin işçinin Eylül 2018'de iş sözleşmesi sona erdi ise 2019 yılında uygulamaya başlanan sosyal yardımları talep edemeyecektir. Zamanda birlik ve iş sözleşmesi ile çalışıyor olmak koşulları uyarınca sadece kendi döneminde uygulanmakta olan sosyal

[40] Tuncay, 150; Kandemir/Yardımcıoğlu, 13.
[41] Karagöz, 62.
[42] Tuncay, 151; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 225; Reyhani Yüksel, 63; Karagöz, 62.

yardım ve haklardan makul ve haklı sebep olmaksızın işveren tarafından yararlandırılmadıysa yoksun kaldığı bu haklarını ve aynı zamanda eşit davranılmaması nedeni ile ayrımcılık tazminatını talep edebilecektir.

III.EŞİT DAVRANMA BORCUNUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

A. Eşit Haklara Sahip Olmak

Doktrinde kabul edildiği üzere eşit davranma borcunun birçok görünüm şekilleri vardır. Bunlar eşit haklara sahip olma, eşit fırsatlara sahip olma, eşit uygulamalara tabi olma ve eşit külfetlere katlanmak olarak genel hatları itibari ile dörde ayrılmaktadır[43].

Eşit davranma borcunun bir görünüm şekli işçiler açısından eşit haklara sahip olmaktır. Eşit haklara sahip olan işçiler başka bir deyişle aynı konumda ve şartlarda bulunan benzeri işleri yapan kişilerin kendilerine farklı muamele yapılması durumunda eşit davranılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Doktrinde ifade edildiği üzere eşit davranma borcu "aynı durumda olan bireyler arasında bireye diğer kişi ile aynı işlemi görmesi hususunda isteme hakkı" vermektedir[44].

Hakkın özünün hukuken korunmakta olan menfaat olması nedeni ile onunla doğru orantılı şekilde eşit davranma borcuna aykırı davranış söz konusu olduğunda talepte bulunma hakkı da söz konusu olmaktadır. Bu nedenle aynı konum ve şartlar altında bulunan işçilerin kendilerine karşı eşit davranma borcuna aykırı bir davranışın söz konusu olması durumunda işverenden kendilerine karşı eşit davranılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

B. Eşit Fırsatlara Sahip Olmak

Eşit davranma borcu kapsamında işverenin fırsat eşitliği yaratması da gerekmektedir[45]. Örneğin işçiler arasında üst kademeye ilerlemede veya prime hak kazanma koşullarında haklı ve makul sebebe dayalı olmaksızın ayrım yapılması durumunda eşit davranma borcuna aykırı nitelikte davranış söz konusu olacaktır. Bu kapsamda üst kademeye ilerlemede aynı konum ve şartlar altındaki işçilere aynı imkanlar dahilinde objektif kriterlere dayanılarak ilerleme fırsatı verilmelidir. Buna aykırı bir davranış söz konusu olduğunda eşit davranma borcuna da aykırı davranılmış olacaktır. Bu nedenle eşit davranmanın mevcut şartların yanı sıra ileriye yönelik

[43] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 94 vd.
[44] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 97.
[45] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 101.

muhtemel fırsatların yaratılması noktasında da dikkate alınması gerekmektedir[46]. Eşit davranma borcu bu yönü ile ileriye yönelik uygulamalar açısından da eşit davranılmasını sağlamaktadır.

C. Eşit Uygulamalara Tabi Olmak

İşverenin eşit davranma borcunun doğal bir sonucu olarak işçilerin kendilerine eşit uygulamada bulunulmasını talep etme hakkı ortaya çıkmaktadır[47]. Örneğin işyerinde işe girişlerde üst araması getirilecek ise bunun sadece bazı işçiler üzerinde uygulanması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır[48]. Aynı zamanda işveren tarafından e postalar incelenecek ise bazı işçilerin inceleme kapsamı dışında tutulmaması gerekmektedir[49]. Yine işverenin sadece bir işçisinden sürekli fazla mesai yapmasını istemesi de eşit davranma borcuna aykırı nitelikte kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle eşit uygulamalara tabi olma hakkı, işverenin yönetim hakkını kullanırken hakkaniyete uygun hareket etmesini öngörmektedir[50].

Sevimli'ye göre işyeri uygulamalarında özel olarak müdahale edilmesi gereken durum tüm işçileri ilgilendirmiyorsa, aynı durumdaki işçiler için uygulanmalı diğer işçilerin özel alanına müdahale edilmekten kaçınılmalıdır. Örneğin yazara göre taşımacılık yapan bir şirkette alkol testinin sadece şoförler üzerinde yapılması özel alana müdahale sayılmazken haklı nedene dayanmaksızın tüm işçiler üzerinde yapılması özel alana müdahale sayılacaktır[51].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında işyerinde mevcut prim uygulaması açısından da ayrımı haklı kılan sebepler olmadıkça işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olacağını, davalı işçiye prim uygulamasının ne şekilde gerçekleştirildiği ve miktarının hangi esasa göre belirleneceği tebliğ edilmediğinden prim koşullarının işçi açısından belirlenebilir nitelikte olmadığı, davalı işçinin satış ve pazarlama görevini icra etmesi nedeni ile kendisi için belirleyici olanın satış geliri olması ve davalı işçinin bu görevinde başarılı olması nedeni ile prim alacağına hak kazanacağına hükmedilmiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu karardan da

[46] Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 53.
[47] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 102.
[48] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423; Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, 88.
[49] Sevimli, 88.
[50] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 102.
[51] Sevimli, 88.

görüleceği üzere işyeri uygulaması niteliği taşıyan prim uygulamasında, prime hak kazanma koşullarında da işverenin eşit davranma borcu söz konusu olmaktadır[52].

D. Eşit Külfetlere Katlanmak

İşverenin eşit davranma borcu kapsamında eşit durumda olan işçilerin eşit külfetlere katlanması da yer almaktadır. Külfet, Türk Dil Kurumu Sözlüğüne bakıldığı takdirde "sıkıntı, zorluk" olarak tanımlandığı görülecektir[53]. İş hukukunda ise eşit külfetlere katlanma doktrinde "işyerinde uygulanacak disiplin hükümlerinin uygulanmasında, zor ve ağır işlerin icrasında, iş ilişkisinin sona ermesinde haklı objektif nedenler olmadıkça işçiler arasında ayrım yapılmaması" olarak tanımlanmaktadır[54]. Bir örnekle açıklamak gerekir ise işverence gece vardiyalarında çalışacak işçilerin seçiminde veya ağır ve zor işlerin icrasında sürekli aynı kişilerin seçilmemesi gerekmektedir. Aksi durumda sürekli aynı kişilerin gece vardiyasına çağrılması durumunda eşit davranma borcuna aykırı davranış gündeme gelecektir.

İş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma borcunun söz konusu olup olmadığı noktasında ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. İş ilişkisinin sona ermesinde bu borcun söz konusu olduğunu kabul eden yazarlara göre işveren iş ilişkisini sona erdirirken de eşit davranma borcuna uyması gerekecektir[55]. Örneğin işyerinde kavgaya karışan 3 işçiden sadece birinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi diğerleri açısından yaptırım uygulanmaması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple işveren iş ilişkisini sona erdirirken keyfi hareket edemeyecek olup haklı bir sebebe dayanmaksızın işçilere aynı yaptırımı uygulaması gerekecektir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında özetle; davacı işçi iş sözleşmesinin kavgaya karışması sebebi ile davalı işveren tarafından haksız şekilde feshedildiğini ancak kavgaya karışan diğer 3 işçinin ise iş sözleşmelerinin sona erdirilmediğini beyan ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti talep etmiştir, yerel mahkeme tarafından kavga sebebi ile iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davacının kanun yoluna götürmesi üzerine Yargıtay ilgili hukuk dairesi söz konusu olayda "… *işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım*

[52] Yarg. 22. HD. 2016/19779 E. 2019/18430 K. 8.10.2019 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 05.01.2020).
[53] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.: 05.01.2020)
[54] Tuncay, 160; Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 102.
[55] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420-421; Senyen Kaplan, 243; Korkmaz/Alp, 170-171.

yapılmasını yasaklamaktadır. Bu bağlamda, her ne kadar kavgayı başlatan ve kavganın tarafı olan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer üç işçinin iş akitlerinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir. Bu nedenle, iş akdi işveren tarafından haksız olarak feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar vermek gerekirken taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." gerekçesi ile kararın bozulmasına karar vermiştir[56]. Söz konusu olayda diğer işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmeyerek sadece davacının iş sözleşmesinin sona erdirilmesini Yargıtay ilgili hukuk dairesi hukuka aykırı bularak iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına işçinin hak kazanacağını kabul etmiştir. Karardan çıkarılacak başka bir sonuç da her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit davranma borcunun söz konusu olmayacağı belirtilse de üst mahkeme tarafından iş sözleşmesinin sona ermesinde de eşit davranma borcunun söz konusu olacağı kabul edilmektedir.

IV.ÜÇLÜ İŞ İLİŞKİLERİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

A. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Durumunda Eşit Davranma Borcu

Asıl işveren alt işveren ilişkisi iş hukukumuzda düzenleme altına alınan üçlü iş ilişkisi olarak kabul edilen ilişkilerden biridir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi İşK. m. 2/6'da özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Hükme göre *"bir işverenden işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi"* denmektedir. Bu ilişki çerçevesinde asıl işveren, alt işveren ilişkisi çerçevesinde çalıştırdığı işçinin İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde her ne kadar asıl işveren sayılan şirket İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden

[56]Yarg. 9. HD. 2011/5941 E. 2013/11521 K. 10.4.2013 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 05.01.2020).

sorumlu olsa da doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edildiği üzere alt işverenin işçilerine karşı işverenin eşit davranma borcu bulunmaz[57]. Bu sebeple asıl işverenin işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin asıl işverene bağlı çalışanlara sağlanan hakların kendilerine sağlanmadığından bahisle ayrımcılık tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bu husus gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir[58]. Ancak asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaanın bulunması durumunda İşK. m. 2/7 uyarınca işçinin en başından itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesi sebebi ile bu işçilerin kendilerine karşı eşit davranılmasını talep etme haklarının olduğu kabul edilmektedir[59]. Bu durumda muvazaalı olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulduğu durumlarda işçi emsal asıl işveren işçisinden düşük ücretle çalışması veya bazı sosyal haklardan yoksun kalması durumunda geriye dönük ücret farklarını ve mahrum kaldığı haklarını talep edebilecektir[60].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında *"Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir."* diyerek öncelikle muvazaalı alt işveren asıl işveren ilişkisinin mevcut olup olmadığını incelemiş, muvazaalı ilişkinin tespitinin yapılmasının akabinde ilk derece mahkemesinin kararının muvazaalı ilişkinin varlığını gerekçelendirmemesi ve miktar itibari ile ayrımcılık tazminatının belirlenmemiş olması sebebi ile bozulmasına karar vermiştir[61]. Bu da göstermektedir ki eğer asıl işveren alt işveren ilişkisinde muvazaa söz konusu ise bu durumda işçinin İşK. m. 2/7 uyarınca en başından itibaren asıl işveren işçisi kabul edilmesinden dolayı bu işçilerin de kendilerine karşı eşit davranılmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

---

[57] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 225; Karagöz, Veli, İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, EÜSBED 2012 [V] 1, 62-63; Doğan, Gülmelahat, Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), Ankara Barosu Dergisi 2014/1, 367, www.ankarabarosu.org.tr (E.T.: 28.10.2019).

[58] Yıldız, 193; Sever, 48; Yarg. 9. HD. 2010/23498 E. 2011/5236 K. sayılı 28.02.2011 T. kararı, www.as-hukuk.com (E.T.: 28.10.2019).

[59] Kandemir/Yardımcıoğlu, 27.

[60] Nazlı, Seçkin, İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2016, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 584.

[61] Yarg. 9. HD. 2010/23498 E. 2011/5236 K. sayılı 28.02.2011 T. kararı, www.as-hukuk.com (E.T.: 28.10.2019).

B. Geçici İş İlişkisinde Eşit Davranma Borcu

İş hukukunda üçlü ilişkiler kapsamında kabul edilen diğer bir iş ilişkisi ise geçici iş ilişkisidir. Geçici iş ilişkisi çerçevesinde işveren geçici bir süre için işçisinden iş görmesine ilişkin talep hakkını işçinin de onayını almak koşuluyla başka bir işverene devretmektedir[62].

Geçici iş ilişkisi iki türde karşımıza çıkmaktadır. Birincisi işverenin kendi işini yapmak üzere işe aldığı personelini işçinin de yazılı onayını almak sureti ile geçici bir süreyle başka bir işverene göndermesi diğer deyişle ödünç vermesidir. İkinci görünüm şekli ise geçici istihdam büroları tarafından başka işverenlere geçici olarak gönderilmek üzere işçilerin işe alınmasıdır[63].

Geçici iş ilişkisi içerisindeki işçi ile geçici işveren arasındaki ilişkide eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir[64]. Bu sebeple ödünç sözleşmesi uyarınca çalışan işçilerin geçici (devralan) işverene bağlı çalışanlara sağlanan hakların kendilerine sağlanmadığından bahisle geçici işverene karşı ayrımcılık tazminatı talep etme hakkı bulunmamaktadır[65].

Geçici iş ilişkisinde her ne kadar geçici işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı kabul edilmiş olsa da çalışma koşulları bakımından İşK. m. 7/10'da özel düzenleme bulunmaktadır. İş Kanunu m. 7/10'a göre geçici işçinin çalışma koşulları geçici işçinin çalıştırıldığı işyerindeki aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdam edilen emsal işçilerin altında olamayacaktır. Çalışma koşullarının içerisine ücret ve ikramiye gibi ücret eklerinin girdiği kabul edilmektedir[66]. Ayrıca geçici iş ilişkisi içerisinde temel çalışma koşullarında eşitlik ilkesini düzenleyen bu hükmün meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde de uygulanacağı kabul edilmektedir[67]. İş Kanunu m. 7/10'daki düzenlemede "aynı iş" kıstası yer almaktadır, belirli süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesine ait özel düzenlemelerdeki "emsal işçi" kavramı kullanılmamıştır. Ancak emsal işçi kavramına ilişkin bu maddedeki düzenlemeler yol gösterici olarak kabul edilebilir[68]. İşyerinde geçici işçi çalıştırılan dönemde sosyal hizmetler sağlanmakta ise bu durumda geçici iş ilişkisi içerisindeki işçilerin de bu hizmetlerden yararlandırılması gerekecektir. Bu durumda geçici işçiye karşı çalışma koşullarını sağlama

---

[62] Özkaraca, Ercüment, Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, G.Ü. İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 1. Basım, İstanbul 2018, 53.
[63] Özkaraca, Geçici İş İlişkisi, 55.
[64] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 225; Karagöz, 62-63; Doğan, 367.
[65] Yıldız, 193; Sever, 48.
[66] Özkaraca, Geçici İş İlişkisi, 85-86.
[67] Özkaraca, Geçici İş İlişkisi, 80.
[68] Dulay Yangın, Dilek, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 38, 118.

konusunda devralan işverene birtakım sorumluluklar getirilmiş olsa da kanunda açıkça yaptırımın kime uygulanması gerektiği belirtilmediğinden doktrinde bu husus tartışmalıdır. Bazı görüşlere göre işveren olan büronun sorumlu tutulması gerekmektedir[69].

Geçici işçinin ayrımcılığa uğraması halinde yoksun kaldığı hakların yanı sıra ayrımcılık tazminatı talep edebilip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlar İşK. m. 5'te yer alan haller dışında olması nedeni ile ayrımcılık tazminatının ödenmemesi gerektiğini kabul ederken[70], bazı yazarlar burada bir kanun boşluğunun söz konusu olduğunu ve genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğini kabul etmektedir[71].

İş Kanunu m. 7'in gerekçesine bakıldığı takdirde geçici iş ilişkisindeki yazılı koşulun eşit davranma ilkesinin hayata geçirilmesi ve bunun kontrolü açısından işlevsel olacağı yer almakta ise de Kanun'da bu işlevi yerine getirecek herhangi bir düzenleme yer almamaktadır[72].

V.AYRIMCILIK YASAĞI

A. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı

Eşit davranma borcu iki yönden önem teşkil etmektedir. Birincisi eşit durum ve koşullarda olan işçiler arasında haklı sebebe dayalı olmadıkça ayrım yapmama borcu iken ikincisi haklı nedenlerin bulunması durumunda ayrı durumda olan işçiler arasında ayrım yapma yükümlülüğü olarak kendini göstermekteydi. Diğer deyişle haklı nedenlerin mevcut olması durumunda ayrım yasağı söz konusu olmamaktadır.

Ayrım yasaklarının mutlak olarak uygulandığı ve nispi olarak her somut olaya göre haklı bir sebebin mevcut olup olmadığına ilişkin bakılarak uygulandığı haller bulunmaktadır. Bunları açıkladıktan sonra uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve Kanun'da da özellikle düzenleme altına alınmış olan cinsiyet, ırk, renk, dil, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve kanunda yer almasa dahi "ve benzeri" ifadesi kapsamında dahil edilen yaş, cinsel tercih gibi diğer ayrımcılık nedenleri incelenecektir.

B. Mutlak Ayrım Yasakları- Nispi Ayrım Yasakları

Mutlak ayrım yasaklarında işverenin mutlak olarak eşit davranma borcu bulunmakta olup bu konuda takdir yetkisi bulunmamaktadır[73]. Mutlak olmayan diğer deyişle nispi ayrım

[69] Dulay Yangın, 120; Özkaraca, Geçici İş İlişkisi, 81.
[70] Süzek, 512; Doğan Yenisey, Kübra, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2015, 118; Dulay Yangın, 120.
[71] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 243; Senyen Kaplan, 121; Baysal, Ulaş, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İSGHD, Y. 2010, S. 25, 76.
[72] Özkaraca, Geçici İş İlişkisi, 62.
[73] Karagöz, 60.

yasaklarında ise önceden işverenin davranışının ayrımcılık oluşturup oluşturmadığı kesin olarak belirlenebilir nitelikte değildir ve nispi ayrımcılık hallerinde özel olarak her somut olayda işverenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılması gerekmektedir[74]. Bu ayrım uyarınca işverenin ücretin belirlenmesinde, iş sözleşmesinin feshinde ve disiplin cezalarının uygulanmasında mutlak bir eşit davranma borcunun söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir[75]. Ancak sosyal yardımların verilmesinde, işverenin yönetim hakkına giren konularda ve greve katılmayan işçilerin işyerinde çalıştırılmasında mutlak eşit davranma borcunun bulunduğu kabul edilmektedir[76].

Anayasa m. 11 ve İşK. m. 5'te özel olarak düzenleme altına alınmış olan *"dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep"* sebepleri ile iş ilişkisi çerçevesinde herhangi bir ayrım yapılamayacaktır. Kanunda yer alan bu sebepler mutlak olan ayrım yasaklarından sayılmaktadır[77]. Kanun maddesinde yer alan "ve benzeri" ibaresi ile de sebeplerin sınırlı olmadığı kabul edilmektedir[78]. İş Kanunu m. 5/1'de açıkça sendikal sebeple yapılan ayrımcılık yazılmamış olsa da aynı maddede Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri saklı tutulmuş olduğundan ve ayrıca ilgili Kanun'da özel olarak düzenlemesi bulunduğundan sendikal sebeple de ayrımcılığın yapılmaması gerekir.

C. Ayrımcılık Nedenleri

1. Cinsiyet

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve özel olarak uluslararası sözleşmeler ile de koruma altına alınmaya çalışılan ayrımcılık nedeni cinsiyet sebebi ile yapılan ayrımcılıktır. Erkek çalışanlara oranla daha güçsüz durumda olan, aynı işi yapmasına karşılık daha az ücretle çalıştırılan, eşit fırsatlardan yararlanması daha zor olanın kadın olması sebebi ile uluslararası hukukta da ayrıca düzenlenme ihtiyacı hissedilmiştir.

Kadınlara yönelik ayrımcılık işe alınma aşamasından, cinsiyeti nedeni ile işin sona erdirilmesine dek ortaya çıkmaktadır. Çalışma yaşamında cinsiyet ve gebelik nedeni ile

[74] Karagöz, 60.
[75] Kandemir/Yardımcıoğlu, 21.
[76] Senyen Kaplan, E. Tuncay, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), 259; Kandemir/Yardımcıoğlu, 21; Karagöz, 67-68.
[77] Karagöz, 60.
[78] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 415.

ayrımcılık sık sık ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle de gerek Anayasamızda gerekse kanunlarımızda bu husus ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İş Kanunu m. 5'e göre *"iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde"* kısacası iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine dek her aşamasında biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet ve gebelik sebebi ile doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapılamaz[79]. Yine aynı maddenin devamında aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeni ile daha düşük ücretin kararlaştırılamayacağı da özel olarak düzenleme altına alınmıştır.

Kanun maddesinden de görüleceği üzere cinsiyet ve gebelik nedeni ile haklı bir sebep mevcut olmadıkça ne düşük ücret kararlaştırılabilir ne de farklı çalışma koşulları uygulanabilir. Ancak işin niteliğinden veya biyolojik gerekçeler ile farklı işlem yapılması zorunlu ise bu durumda ayrımcılık yapılması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

Bakırcı'ya göre ideal olan İstihdamda Kadın-Erkek Eşitliği Kanunu çıkarılmasıdır, ancak kanunlarda yer alan düzenlemeler tam anlamı ile kadın çalışanları korumaya yeterli olmadığından bu kanun çıkarılana dek mevcut düzenlemelerin kadınların istihdamını kolaylaştıracak ve artıracak şekilde değiştirilmesi gereklidir[80]. Yazara göre örneğin uzun vadede kadın istihdamını artırmak amacı ile eğitimlerin sağlanması, kısa vadede eğitim kurslarının açılması, mesleki eğitimlerin denetlenmesi, iş görüşmelerinde, iş duyurularında yapılacak ayrımcılık durumları için yaptırımın getirilmesi, aile yükümlülükleri nedeni ile işten ayrılan işçilerin yeniden iş yaşamına girmeden önce eğitilmeleri gibi düzenlemelerin öngörülmesi gerekmektedir[81]. Kanaatimce de söz konusu düzenlemelerin getirilmesi kadın istihdamını kolaylaştıracak olup ayrıca kadınların iş hayatına daha fazla katılım sağlayabilmelerine olanak sağlayacaktır.

Aynı zamanda bu başlık altında cinsiyet ayrımı yasağının ihlalini teşkil eden cinsel taciz kavramı da ele alınacaktır. Cinsel tacizin konumuz olan işverenin eşit davranma borcu ile ilişkisine değinmemiz gerekir ise cinsel tacizin kişilik hakkını ve çalışma özgürlüğünü ihlal etmesi ve bir cinsiyet grubunun diğerine kıyasla daha fazla ayrımcı muameleye maruz kalması

[79] Caniklioğlu, Kadın Hakları, 56.
[80] Bakırcı, Kadriye, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, S. 8, 23.
[81] Detaylı bilgi için bkz. Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik, 22-39.

nedeniyle cinsiyet ayrımcılığı kapsamında yasaklandığı kabul edilmektedir[82]. İşverenin bir işçisine karşı cinsel taciz teşkil eden eylemlerde bulunması, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi baskısı ile cinsel isteklerde bulunması, çalışma koşulları ile ilgili hususların cinsel isteğin kabulüne bağlı tutulması, terfi, ücret artışı, performans değerlendirmesi gibi konuların cinsel arzuların giderilmesi şartına bağlı tutulması gibi durumlarda esasında işçiler arasında ayrımcılık yaratacak olup eşit davranma borcunun da ihlalini teşkil edecektir.

Cinsel taciz mevzuatımızda yasaklanmasına, cezai yaptırıma tabi suç teşkil eden fiil olarak kabul edilmesine rağmen ve hukuki boyutu açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle sona ermesine sebebiyet verecek ağırlıkta olduğu kanunda yer almasına rağmen açık bir tanımı ne İşK. ne de TCK'da bulunmaktadır. Mevzuatımızda ilk kez 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile m. 2 ile genel olarak taciz kavramı tanımlanmıştır. İlgili kanuni düzenlemede taciz *"psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış"* olarak tanımlanmıştır. Kanaatimizce ilgili bu tanımdan cinsel tacizin insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran her türlü cinsel içerikli davranış olarak kabul edilebilmesi mümkündür.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından da cinsel tacizin tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Yuvalı tarafından genel olarak cinsel taciz rıza dışında sözle, gözle veyahut bedelsel birtakım eylemler ile bireyin/bireylerin cinsel dokunulmazlığına yönelik her türlü eylem olarak tanımlanmaktadır[83]. Bakırcı ise daha geniş bir tanımlamada bulunarak cinsel tacizi, mevzuat tarafından korunan kişilik haklarını ihlal edici veyahut belli bir kişiye yönelik olmamakla birlikte iş düzenini bozan, suç oluşturan veya ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı cinsel nitelikli cinsiyet veya cinsel tercih temeline dayalı davranışlar olarak tanımlamaktadır[84]. Özdemir bu tanımı son derece geniş bularak uluslararası hukuk düzenlerinde mevcut tanımlamaları dikkate alarak cinsel tacizin açıklanması gerektiğini düşünmektedir. Uluslararası hukuk düzenlerindeki normları da dikkate alan Özdemir, cinsel tacizin *"insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel*

[82] Manav Özdemir, A. Eda, Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, TİSK Akademi, 2016/1, 196.
[83] Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012, 107.
[84] Bakırcı, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, 101-102.

nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış" olarak tanımlanması gerektiğini ve öğreti ve yargı kararları ile bu tanımın içeriğinin doldurulacağını düşünmektedir[85].

Manav Özdemir ise cinsel tacizi *"cinsel anlam taşıyan ve cinselliğe dayanan, vücudun seksüel bölgesine yönelik yapılan ve istenmeyen davranışlar"* olarak tanımlamaktadır[86]. Cinsel tacizi bu şekilde tanımlamakla birlikte cinsel tacizin aynı zamanda cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğini, işverenin işçiyi koruma borcu gereği hem kendi fiili hem diğer çalışanlar veyahut üçüncü kişilerin fiilleri nedeniyle sorumlu olacağını da belirtmektedir[87]. Cinsel tacizin esas unsurlarını ise *(i)* cinsellik içeren davranışın olması, *(ii)* işletme ile ilgili davranışın olması, *(iii)* istenmeyen bir davranışın olması ve *(iiii)* onurun zedelenmesi olarak ayırmaktadır[88].

Bilgili'ye göre *"taciz anlamına gelen davranışa cinsel unsurun katılması halinde"* cinsel taciz gündeme gelecektir. Bu davranışlar rahatsız edici bakışlardan ırza geçmeye dek varan gözle, sözle veyahut fiziksel olarak gerçekleştirilebilen rahatsız edici davranışlardır[89]. Bilgili, söz konusu cinsel taciz nitelikli davranışlara maruz kalanların genellikle kadın olmaları sebebiyle bunun "cinsiyet nedeniyle ayrım" olarak kabul edilmesi gerektiğini ve ayrımcılık yapılması nedeniyle "ayrımcılık tazminatının" gündeme geleceğini belirtmektedir[90]. Ancak kanaatimizce her cinsel taciz teşkil eden eylem işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır, cinsel tacizin diğer ayrımcılık hallerinde olduğu gibi eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturması için İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık hallerinden birini oluşturması gerekmektedir.

İşverenin işçiyi gözetme borcu gereği işçinin maddi ve manevi yönden zarara uğramasını önleme, sadece kendi fiilleri kapsamında değil diğer çalışanlarından ve hatta müşterilerinden kaynaklanabilecek davranışlara karşı da işçisini koruma borcu bulunmaktadır[91]. İşverenin bu borcunu ihlal etmesi aynı zamanda haksız fiil olarak da kabul edilebilecek olup işçinin İş Kanunu'ndan doğan sözleşmesel sorumluluğa veyahut genel

[85] Özdemir, M. Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 2, 90-91.
[86] Manav Özdemir, A. Eda, İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, İstanbul 2017, 159.
[87] Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımına Karşı Korunması, 163.
[88] Detaylı bilgi için bkz. Manav Özdemir, İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, 202-205.
[89] Bilgili, Abbas, İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, 2010, 5.
[90] Bilgili, 59; aynı görüşte diğer yazar Manav Özdemir, İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, 211.
[91] Manav Özdemir, İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, 207.

hükümler uyarınca haksız fiil sorumluluğuna giderek zararının karşılanmasını talep etme hakkı doğacaktır[92].

Cinsel taciz yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hem işverenin işçiyi gözetme borcuna hem de eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle cinsel taciz nedeni ile ayrımcılığa uğrayan işçi de ayrımcılık tazminatı talep etmesinin yanı sıra genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat da talep edebilecektir[93]. Özdemir'e göre cinsel tacize ilişkin etkin korunmanın sağlanması amacı ile İşK. m. 5'e ek bir fıkra ile "ayrımcılık, cinsel taciz biçiminde gerçekleşir ise bu tazminat işçinin 6 aya kadar ücreti tutarında hükmedilir" şeklinde düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır[94].

Cinsel tacize uğradığını işçinin iddia etmesi durumunda da diğer ayrımcılık teşkil eden nedenlerde olduğu gibi işçinin cinsel tacizin varlığını güçlü şekilde gösteren deliller ışığında ispat etmesi gerekecektir. Ancak işverenin cinsel tacizde bulunan işçinin iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda ise bu sefer işverenin cinsel tacizin bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir.

Cinsel tacizin söz konusu olduğu hallerde işçinin ayrımcılık tazminatı talep etme hakkının yanı sıra iş sözleşmesini haklı nedenle derhal sona erdirme hakkı da doğmaktadır. İşK. m. 24'e göre işverenin işçisine karşı cinsel taciz içeren davranışta bulunması veya başka bir işçi/üçüncü kişiler tarafından cinsel tacize uğranıldığının işverene bildirilmesine rağmen işverence gerekli önlemlerin alınmaması durumlarında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirme hakkı mevcuttur. Bu durumda ister belirli süreli işçi olsun isterse belirsiz süreyle çalışan işçi olsun haklı nedenle (ihbar süresi veya sözleşme süresinin sona ermesi beklenilmeksizin) derhal iş sözleşmesi sona erdirilebilecektir.

2. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasal Düşünce

İş Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan diğer bir ayrımcılık halleri ise din, felsefi ve siyasal düşünce nedeni ile ayrımcılığa maruz kalma halidir. Ancak işin niteliği gereği belli bir işte çalışmak için belli bir dine mensup olmak gerekli ise bu durumda ayrım haklı nedene dayandığından dolayı eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Örneğin camiye

[92] Yuvalı, 110.
[93] Yuvalı, 111; Manav Özdemir, İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, 210.
[94] Özdemir, İşyerinde Cinsel Taciz, 93.

atanacak imamın Müslüman olması işin niteliğinden kaynaklandığı için Müslüman olmayan bir kimsenin işe alınmaması ayrımcılık oluşturmayacaktır[95].

Dinin yanı sıra felsefi ve siyasal görüşleri nedeni ile de bir kimsenin ayrımcı muameleye tabi tutulmaması gerekmektedir. Anayasa m. 25'te özel olarak düzenleme altına alındığı üzere herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir ve her ne sebeple olursa olsun kimse düşünce ve kanaatini açıklamak zorunda tutulamayacağı gibi açıkladığı düşünce ve kanaati sebebiyle kınanamayacak ve suçlanamayacaktır. Uygulamada siyasi görüş farklılığından kaynaklanan ayrımcı tutumlar sıklıkla görülmektedir.

İşçinin işverenden ayrı siyasi partiye üye olması, bu partinin siyasi faaliyetlerine katılım sağlaması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilemeyecektir[96]. Yine işyerinde farklı siyasi partilere mensup işçiler tarafından bir işçinin siyasi görüşleri nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi talep edilse dahi işveren ayrımcı muameleye tabi tutamayacak ve bu kapsamda iş sözleşmesini sona erdiremeyecektir[97].

Siyasi nedenler ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda iş güvencesi kapsamında olan işçiler için geçersiz nedenle fesih durumu gündeme gelecektir. İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler açısından ise kötü niyetli fesih oluşacaktır[98].

3. Irk ve Etnik Köken

İş Kanunu m. 5'te ırka dayalı ayrımcılık yasağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak aynı maddede etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağına açıkça yer verilmemiştir. Her ne kadar etnik kökene dayalı ayrımcılığa kanun maddesinde yer verilmemiş olsa da ırka dayalı ayrımcılık kapsamında etnik kökenin de dahil edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[99].

Irk, TDK sözlüğüne göre *"kalıtımsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip insanlar topluluğu"* olarak tanımlanmaktadır[100]. Irkçılık ise *"insanların toplumsal bu özelliklerine dayalı olarak başka ırklardan üstün olduğunu öne süren öğreti"* olarak

[95] Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Basım, 2018, 235.
[96] Birben, Erhan, İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 1. Baskı, 2016, 164.
[97] Birben, 165.
[98] Çolakoğlu, Ebru, Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011, 25.
[99] Yuvalı, Ertuğrul, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5, 71-72.
[100] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.: 06.04.2020).

tanımlanmaktadır[101]. Etnik köken ise "belirli bir kavme mensubiyeti" ifade etmektedir[102]. Bu kavramlar birbiri ile iç içe geçen ve sıklıkla birbirleri yerine kullanılan kavramlardır. Ancak bu iki kavram tam olarak örtüşmemektedir, etnik kökende sosyal ve kültürel karakteristik özellikler ön planda iken ırkta biyolojik ve kalıtımsal özellikler ön plandadır[103].

Irk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık yasağı taraf olduğumuz pek çok uluslararası belgede de yer almaktadır[104]. Bunun yanı sıra Anayasa m. 10 ile ırk ayrımına gidilmeksizin kanun önünde herkesin eşit durumda olduğu ve yine TCK m. 122 ile ırka dayalı ayrımcılığın yasaklandığı ve suç olarak yaptırıma bağlandığı görülmektedir.

İş Kanunu m. 5'te işverenin iş ilişkisinin herhangi bir aşamasında ırka dayalı ayrımcı davranışı yasaklamaktadır. Etnik kökene dayalı ayrımcılık söz konusu maddede açıkça düzenlenmemiş olsa dahi "benzeri sebepler" kapsamına dahil edilerek yasak olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir[105]. Yuvalı'ya göre anadil farklılığının da etnik kökene dayalı ayrımcılık hallerinin bir görünüm şekli olması nedeniyle ana dil farklılığına dayanarak da ayrım yapılmaması gerekir[106]. Ayrıca yine yazara göre işin yürütümü açısından anadil bilinmesi büyük öneme sahipse veya işin yürütümü açısından ana dilin bilinmemesi olumsuzluklara sebebiyet veriyorsa bu durumda ana dilin bilinmemesi nedeniyle işe alınmaması veyahut sözleşmenin feshedilmesi ayrımcılık oluşturmayacaktır[107].

4. Cinsel Tercih

Cinsel tercih kişinin özel hayatı ile yakından ilgili olup kişinin cinsel özgürlüğü çerçevesinde özel hayata müdahale edilmemesi gerekmektedir. Cinsel tercihin ne olduğuna ilişkin de mevzuatımızda bir düzenleme mevcut değildir. Ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılan ayrımcılık nedenlerinden biri olması nedeniyle incelenmesi gerekmektedir.

Keser'e göre cinsel yönelim *"kişide cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekilmesi"*dir[108]. Kişi cinsel yönelim kapsamında karşı cinse yönelebileceği gibi,

[101] https://sozluk.gov.tr/ (E.T.: 06.04.2020).
[102]Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 72.
[103]Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 72.
[104] Detaylı bilgi için bkz. Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 73-78.
[105] Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 81.
[106] Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 81.
[107] Yuvalı, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, 81.
[108] Keser, Hakan, İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37, 13.

hemcinsine veya her iki cinsten kişilere karşı da duygu ve istek gösterebilir. Toplum nezdinde farklı cinse yönelik olmayan cinsel istekler hoş karşılanmaması nedeniyle, bu kişilere karşı baskı oluşturulabilmekte ve ayrımcı muameleye maruz kalabilmektedirler.

İş Kanunu m. 5'te ayrımcılık nedenleri arasında cinsel tercih açıkça yer almasa da doktrin ve Yargıtay kararlarında cinsel tercihin "ve benzeri sebeplerle" ibaresi kapsamında ayrımcılık nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir[109]. Bu nedenle işverenin cinsel tercihi sebebiyle işyerinde olumsuzluklara sebebiyet vermediği sürece işçisine karşı ayrım yapmaması gerekmektedir[110]. Sur'a göre cinsel tercih de mutlak ayrım yasakları kapsamında cevaz verilmeyen ayrımcılık nedenleri arasında sayılabilecektir[111].

İşveren cinsel tercihi sebebiyle ayrım yapamayacağı gibi cinsel tercihi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir. Zira İşK. m. 25'te işverenin haklı nedenle fesih sebepleri açıkça sınırlı sayıda olacak şekilde sayılmış olup cinsel tercihe yer verilmemiştir. Bu sebeple işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği açıktır. Aynı zamanda işçinin cinsel tercihine dayalı olarak iş sözleşmesi geçerli nedenle de feshedilemeyecektir[112]. Ancak işçinin cinsel eğilimi işyerinde mevcut iş akışını bozacak ve iş işleyişini olumsuz etkileyecek bir duruma sebebiyet vermesi halinde işverenin İşK. gerekçesine göre geçerli sebeple fesih hakkı doğacaktır[113]. Ancak Keser'e göre işçinin cinsel tercihi, işyerinde diğer çalışanların inançları, yaşayış tarzları ve eğitim durumları gibi sebeplerle -haksız olsalar dahi- olumsuz tepki göstermelerine neden oluyorsa ve bu durum işyerindeki iş akışını olumsuz yönde etkiliyorsa işverenin geçerli sebeple iş sözleşmesini sona erdirme hakkı olmalıdır[114].

---

[109] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 415; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 195; Özcan, Durmuş, İş Hukukunda İşçilik Alacakları, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016, 190; Sur, Melda, İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37, 40; Yuvalı, 131; Yarg. 22. HD. 2016/8370 E. 2019/6561 K. 26.03.2019 T. kararında: *"Bundan başka 4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın 5. maddesiyle 18. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.",*www.kazanci.com (E.T.: 19.03.2020).

[110] Keser, Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile Fesih, 28.

[111] Sur, 40.

[112] Birben, 152-153.

[113] Keser, Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile Fesih, 20.

[114] Keser, Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile Fesih, 28.

5. Psikolojik Taciz

Psikolojik tacizin İş Kanun'nda açık bir tanımı bulunmadığı gibi bu durumu açıkça ve doğrudan yaptırıma bağlayan bir hüküm de mevcut değildir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 417 ile her ne kadar işçinin psikolojik tacize, cinsel tacize uğramasının önlenmesi, zararın artmasının engellenmesi amacı ile işverene koruma yükümlülüğü getirilmiş olsa da bu maddede de açık bir tanım bulunmamaktadır. TBK m. 417 ile genel olarak işçinin kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır.

06.04.2016'da kabul edilen Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.2'de taciz *"psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış"* olarak tanımlanmış olup psikolojik ve cinsel boyutunun da bu kapsamda olduğu kabul edilmiştir. Ancak psikolojik taciz veya cinsel tacizin tanımı açıkça yapılmamıştır. Ancak bu Kanun uyarınca *"cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefî ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık"* yapılmadığı müddetçe söz konusu ayrımcılık psikolojik taciz niteliği taşımayacaktır[115].

Doktrin ve Yargıtay kararlarına bakıldığı takdirde ise psikolojik tacizin (mobbing) *"işyerinde çalışanlara üstleri, astları veya eşit durumda çalışanlar tarafından uygulanabilen kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi sistematik biçimde uygulanan ve düzenli olarak tekrar eden davranışlar bütünü"* olarak kabul edildiği görülmektedir[116]. Lokmanoğlu'na göre

---

[115] Arslan Ertürk, Arzu, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27, 50.

[116] Yarg. HGK. 2015/22-2274 E. 2018/1428 K. 04.10.2018 T. kararı: *"Psikolojik taciz (mobbing); işyerinde diğer çalışanlar veya işverenler tarafından tekrarlanan saldırılar şeklinde uygulanan bir çeşit psikolojik terördür. Kavram, çalışanlara üstleri, astları veya eşit düzeydeki çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları ifade eden anlamlar içermektedir. Mobbing olgusundan zarar gören kişilerde; uykusuzluk, iştahsızlık, depresyon, sıkıntı, endişe, hareketsizlik, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, ani öfkelenme, suskunluk, yaşama arzusunun kaybı, daha önceleri sevdiği şeylerden doyum almama gibi bir takım davranış ve düşünce değişiklikleri gözlenebilir (Tınaz, P.: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul Mart 2006, s.8). Anayasa Mahkemesine (AYM) göre psikolojik taciz olarak tabir edilen ve çalışanlara yönelik iş yerlerinde gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, dışlama, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan, mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine ve özellikle ruh sağlıklarına zarar veren, bireylerin yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşan, kasıtlı biçimdeki olumsuz tutum ve davranışlar bütünü olarak tanımlanan psikolojik taciz niteliğindeki eylem, işlem ya da ihmallerin Anayasa ve Sözleşme ile güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını zedeleyebileceği açıktır. Psikolojik taciz mahiyetindeki bu tür davranışların önlenmesi için tedbirler alınması ve gerçekleştirildiğine yönelik şikâyetlerin etkili şekilde incelenmesi anayasal bir gereklilik olduğu gibi yıldırıcı ve kasıtlı tutumlara maruz kalanların*

psikolojik taciz esas itibariyle işyeri, düşmanca ve ahlak dışı davranış, süreklilik ve kast unsurundan oluşmaktadır[117].

Ünal'a göre psikolojik tacizin üç ana unsuru bulunmaktadır ve bu unsurlar uyarınca gerek uluslararası hukuk gerekse doktrinde yer aldığı üzere tanımının yapılması gerekmektedir. Ünal'a göre olmazsa olmaz koşullar *(i)* psikolojik terör niteliğinde davranış, *(ii)* davranışın tekrarlanması ve sürekliliği ile *(iii)* davranışla bezdirme amacının güdülmesidir[118]. Bu şartların birlikte mevcut olması halinde psikolojik taciz ortaya çıkmaktadır. Tanımdan da görüleceği üzere fail veyahut mağdurunun kim olduğu önemli olmayıp psikolojik terör niteliğindeki davranışların sürekli tekrarlanması önemlidir. Bu davranışlar ast, üst veyahut eşit seviyedeki çalışanlar tarafından da gerçekleştirilebilir[119]. Ancak psikolojik taciz niteliğindeki eylemlerin sistematik olarak devam etmesi gerekmektedir. Süreklilik unsurunun oluşup oluşmadığının tespitinde ise her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Tek bir defa gerçekleşen olaya dayalı veya işverenin yönetim hakkından kaynaklanan ikazlar ya da ihtarlar psikolojik taciz teşkil etmeyecektir[120].

Mobbingi oluşturan sistematik bu davranışlar her birey üzerinde farklı şekilde tepkilere sebebiyet verir. Bazı kimseler bu davranışlar nedeniyle işten uzaklaşabilir. Tınaz'a göre eğer bir kimse bu davranışlardan rahatsız olduğunu veya zarar gördüğünü düşünürse söz konusu davranışlar problem haline gelmiş olacaktır ve mobbingi oluşturacaktır[121].

Psikolojik tacize karşı işverenin işçisini koruma ve gözetme borcu söz konusu olmaktadır[122]. İşverenin işçinin kişilik hakkını bu kapsamda işçinin onur ve saygınlığını da koruması ve gözetmesi gerekecektir. İşverenin bu kapsamında hem kendi fiillerinden kaynaklanan hem de diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilen fiillerden kaynaklanan hukuki

---

uğradıkları maddi ve manevi zararların giderilip sorumluların yasal çerçevede cezalandırılmaları da bu gerekliliğin bir devamını oluşturmaktadır (Fecir Ergün Turan, B. No: 2014/10590, 05.12.2017, para. 48).", www.kazanci.com (E.T.: 18.03.2020).

[117] Detaylı bilgi için bkz. Lokmanoğlu, Salim Yunus, İşyerinde Psikolojik Taciz, TAAD, Nisan 2017, Y. 7, S. 30, 385-387.

[118] Ünal, Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 37, 23.

[119] Ünal, Psikolojik Taciz, 23; Hüseyinli, Namık/Aslan Atabay, Hatice, Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 8, S. 2, 608.

[120] Savaş Kutsal, Burcu, Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing), İÜHFM, Y. 2016, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı (Özel Sayı), 623.

[121] Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 19.

[122] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 629.

sorumluluğu söz konusu olmaktadır[123]. İşverenin diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilen fiiller nedeniyle sorumlu olmasının nedeni işçiye karşı olan koruma ve gözetme borcundan kaynaklanmaktadır[124]. İşverenin davranışı nedeniyle psikolojik tacizin ortaya çıkması durumunda işveren haksız fiil sorumluluğu veyahut sözleşmeye aykırılığa dayalı olarak sorumlu tutulabilecektir[125]. Ancak söz konusu davranışlar başka bir işçinin davranışından kaynaklanmakta ise işveren bu sefer sözleşmesel özen yükümlülüğüne aykırı davranışından sorumlu tutulabilecektir[126]. Ancak işverenin diğer çalışanların eylemlerinden sorumlu tutulabilmesi için olayın kendisine yansıyıp yansımadığının, yansıması durumunda gerekli önlemleri alıp almadığının araştırılarak her somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekecektir[127]. İşveren gerekli önlemleri aldığını veya söz konusu fiillere mâni olamayacağını ispat ederse sorumluluğu doğmayacaktır[128].

Psikolojik taciz niteliğindeki eylemlerle birlikte işveren, işçinin çalışma ortamını katlanılmaz bir hale getirmekte, kişilik hakkını ihlal etmekte ve diğer çalışanlarla arasında ayrımcılık yapması nedeniyle de eşit davranma borcunu ihlal etmiş olmaktadır[129]. Ancak Ünal'a göre psikolojik taciz İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık sebeplerine girmediğinden dolayı her halde ayrımcılık oluşturduğu kabul edilemeyecektir. İşveren ayrımcılık maksatlı değil de keyfi olacak şekilde davranışlar sergilemekte ise Ünal'a göre eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olmayacaktır, ancak İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık sebeplerine dayalı olarak ayrımcılık yapılması halinde eşit davranma borcuna aykırılık oluşturabilecektir[130]. Savaş Kutsal da söz konusu görüşe katılarak ayrımcılık yapma amacı ile psikolojik tacizin araç olarak kullanılması durumunda eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olacağını, eğer ayrımcılık yapılması amacı söz konusu değil ise bu durumda eşit davranma borcuna aykırılığın gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır[131]. Yazara göre ayrımcılık yapma saiki ile psikolojik tacizin uygulanması ve eşit davranma borcunun ihlal edilmesi durumunda işçi dört aya kadar

[123] Lokmanoğlu, 394.
[124] Hüseyinli/Aslan Atabay, 608.
[125] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 632.
[126] Lokmanoğlu, 393-394.
[127] Hüseyinli/Aslan Atabay, 608-609.
[128] Hüseyinli/Aslan Atabay, 609.
[129] Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008, 116.
[130] Ünal, Psikolojik Taciz, 61.
[131] Savaş Kutsal, F. Burcu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, İstanbul 2017, 266-267.

ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ve bunun yanı sıra yoksun kalınan haklarını talep edilebilecektir[132].

Cinsel tacizde olduğu gibi psikolojik tacizde de ayrımcılığa uğrayan işçi ayrımcılık tazminatı talep etmesinin yanı sıra genel hükümler uyarınca söz konusu psikolojik tacize yönelik eylemlerin sona erdirilmesini ve psikolojik tacizden kaynaklanan maddi ve manevi zararlarının tazminini de talep edebilecektir[133]. Ünal ise her durumda psikolojik tacize maruz kalan işçinin ayrımcılık tazminatı talep etme hakkının olmadığını ancak İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık nedenlerine dayalı olarak tacizde bulunulması hallerinde ayrımcılık tazminatının gündeme gelebileceğini ifade etmektedir[134].

Aynı zamanda psikolojik tacize uğrayan işçiler bakımından da iş sözleşmeleri ayrımcılık nedeniyle feshedilmediği sürece diğer deyişle iş ilişkisi devam ettiği sürece iş sözleşmesini haklı nedenle derhal sona erdirme hakkı da mevcuttur[135].

6. Yaş

a. Genel Olarak Yaş Ayrımcılığı

Yaş ayrımcılığa da cinsiyet ve diğer ayrımcılık nedenlerinde olduğu gibi iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine dek varan her aşamada ortaya çıkabilmektedir. Ancak sıklıkla işe alım sürecinde yaş ayrımcılığı yapıldığı görülmektedir. İş ilanlarında belirli yaş altındaki kişilerin işe alınacağının belirtilmesi doğrudan yapılan ayrımcılık şekli iken, dolaylı olarak da ayrımın yapılması mümkündür.

Financial Times'da yer verilen araştırmaya göre 49 yaşında bilgisayar uzmanı olan bir kişinin bir yıl boyunca iş görüşmesi amacıyla tek bir telefon dahi almadığı ancak yaşını 30 olarak belirterek iş başvuruları yaptığında üç gün içerisinde 5 kez arandığı açığa çıkmıştır[136]. Bu da göstermektedir ki yaşlı insanların yaşları nedeniyle ayrımcılığa uğraması daha çok karşılaşılan bir durumdur[137].

---

[132] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 635.
[133] Arslan Ertürk, Psikolojik Taciz, 50; Hüseyinli/Aslan Atabay, 622.
[134] Ünal, Psikolojik Taciz, 62.
[135] Tınaz/Bayram/Ergin, 118.
[136] Baybora, Dilek, Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, 40.
[137] Baybora, 34.

Yaşlı ayrımcılığı yapılmasının gerekçesini yaşlı kimselere karşı duyulan önyargı, daha az verimli ve daha masraflı olmaları oluşturmaktadır[138]. Baybora'ya göre yaş ayrımcılığının azaltılması için kanuni düzenlemelerle engel olunmasının yanı sıra işverenlere yaşlı işçilere yönelik önyargılarını azaltıcı politikalar izlenmesi ve yaşam boyu eğitime önem verilmesi de etkili olacaktır[139].

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'na dek yaşlı ayrımcılığını açıkça yasaklayan bir hüküm yasal mevzuatımızda mevcut değildi. Ancak İşK. m. 5'te sınırlı olarak sayılmamış olması nedeniyle benzer sebepler ibaresi kapsamına yaş ayrımcılığının girdiği kabul edilmekteydi[140]. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3 kapsamında kalan ayrımcılık nedenlerinde yaş temeline dayalı ayrımcılığın yasak olduğu açıkça düzenleme altına alınmıştır. Aynı Kanun'un 7. maddesinde ayrımcılık olarak sayılamayacak hallere yer verilmiştir. Bu düzenlenmeye göre yaş sınırlaması eğer hizmetin zorunluluklarından kaynaklanmakta ise ve gerekli ve amaçla orantılı ise ayrımcılık teşkil etmeyecektir. Konu Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu öncesi ve sonrası dönem olmak üzere iki ana başlık altında incelenecektir.

b. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Öncesi Durum

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu öncesinde İşK. m. 5'te yaşın ayrımcılık nedeni ile gösterilmemiş olması nedeni ile eşit davranma borcu kapsamında yaşın ele alınıp alınamayacağı hususunda görüş birliği mevcut değildi. Ancak bu dönemde de işverenler tarafından belirli bir yaşa gelen işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi sorun teşkil etmekteydi.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu öncesinde mevzuatımızda yaşa dayalı ayrımcılık yasağı açıkça yer almasa bile bu dönemde de işveren doğrudan yaş sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiremeyecektir. Zira doktrin ve Yargıtay kararlarında yaşlılık tek başına iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi gerekçesi olarak kabul edilmemektedir[141]. Belli bir yaş

---

[138] Sarıbay Öztürk, Gizem, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37, 117.
[139] Baybora, 54.
[140] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 415; Sarıbay Öztürk, 122.
[141] Kocabıyık, Selçuk, Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2019, Y. 4, S. 13, 232; Yarg. 9. HD. 2016/34229 E. 2018/450 K. 17.1.2018 T. kararı: *"Mahkemece belirli bir yaşa gelmiş olma iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmadığı gibi tek başına emekli aylığına hak kazanmış olma da iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden*

sınırı veya emeklilik ancak işletmesel gerekçelerle fesihte sosyal seçim ölçütü olarak kabul edilebilmektedir[142]. Bu nedenle işverenler doğrudan iş sözleşmesini feshetmekten ziyade genellikle personel yönetmelikleri ile veya toplu iş sözleşmesi ile belirli bir yaş sınırı getirerek iş sözleşmesinin feshedileceğini ya da kendiliğinden sona ereceğini düzenleme yolunu tercih etmektedir. Ancak bu düzenlemelerin geçerliliği konusunda doktrinde görüş birliği sağlanamamaktadır.

Yuvalı'ya göre bu tarz düzenlemeler genel ve objektif olarak uygulanması, asgari emeklilik yaşı ile uyumlu olması ve işçinin rızasının olması şartıyla geçerli kabul edilmelidir. Ancak yazara göre asgari emeklilik yaşı ile ilgili olmayan şartlar ancak objektif nedenlere dayanmakta ise geçerli kabul edilmelidir[143].

Aksi görüşteki yazarlara göre ise taraflar anlaşarak toplu iş sözleşmesi, sözleşme eki niteliğindeki belgeler veya işyeri yönetmelikleri ile emekliliği ya da belli bir yaşa gelmeyi fesih nedeni olarak kararlaştıramazlar[144]. Bunun en temel nedeni İş Kanunu'nda yazılı olan geçerli sebeple fesih nedenlerinin sınırlı sayıda olması ve emredici hüküm olmaları nedeniyle özel düzenlemelerle aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmamasıdır[145].

Yargıtay'ın bu dönemde vermiş olduğu kararlarında salt emeklilik veya yaş sebebiyle geçerli nedenle feshe gidilemeyeceği ancak toplu iş sözleşmesinde veya personel

---

teşkil etmediği, işçinin iş sözleşmesinin bu sebeple feshi için artık hizmetin devamında fayda görülmediği veya işçinin davranışlarından ya da yetersizliğinden kaynaklanan bir sebebin olduğu iddia edilmediği gibi ispatta edilemediği, davacı tanığı başka kurumdan emekli olup davalı kurumda halen çalışmaya devam eden kişilerin olduğunu bildiğini beyan ettiği, bu bağlamda salt davacıya ikale anlaşması sunulması ve davacının ikale talebini kabul etmemesinin iş akdi feshine gerekçe olarak gösterilmesinin ölçülü olmadığı, davacı işçinin dosyaya sunulan belgelerin davacının iş sözleşme feshini zorunlu kılmadığı, işçinin emekli olarak çalışmaya devam etmesi sebebiyle herhangi bir verimlilik kaybına uğramamış olduğu, işçinin verimliliğinin ve performansının davaya konu fesihte davalı şirketçe dikkate alınmamış olduğu, feshe gerekçe olarak gösterilen yönetim kurulu kararlarının aynı durumdaki her işçi için objektif ve tutarlı bir şekilde uygulandığının davalı yanca somut olarak ortaya konulamadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili süresinde temyiz etmiştir. Gerekçe: 1-)Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. 2-) Davalı ...'nin 1606 Sayılı kanunu değiştiren 3685 Sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca harçtan muaf olduğu gözetilmeksizin davalı aleyhine harca hükmedilmesi hatalı olup, bozma sebebi ise de, bu yanlışlıkların giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün 6100 Sayılı HMK.nun geçici 3/1. maddesi yollaması ile 1086 Sayılı HUMK.nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.", www.kazanci.com (E.T.:30.08.2020).

[142] Sarıbay Öztürk, 125; Kocabıyık, 233.

[143] Yuvalı, 156-157.

[144] Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi,Y. 2006, S. 4, 93; Baysal, Ulaş, Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 28, 159.

[145] Sarıbay Öztürk, 126.

yönetmeliğinde emekliliğin fesih nedeni olarak gösterilmesi durumunda objektif ve genel bir uygulama söz konusu olması halinde fesih nedeni olarak kabul edilebileceği görüşünün hâkim şekilde uygulandığı görülmektedir[146]. Ancak üst düzey yönetici konumundaki personellerin iş sözleşmesinin yaş sınırı olmasına rağmen feshedilmemesi durumu objektif ve genel bir uygulamanın ortadan kalkmasına sebep olmayacaktır[147].

c. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrası Durum

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3 ile mevzuatımızda ilk defa yaş nedeniyle ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir. Ancak ilgili Kanun'un 7. maddesi ile ayrımcılık sayılmayacak haller detaylı olarak düzenlenmiş olup m. 7/1/c bendi ile *"işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamelenin"* ayrımcılık teşkil etmediği düzenlenmiştir[148].

Yaş nedeniyle ayrımcılığın söz konusu olmaması için *(i)* hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, *(ii)* gerekliliğin olması ve *(iii)* amaçla orantılı şekilde farklı muamelenin yapılması gerekmektedir. Bu şartların birlikte mevcut olması halinde ayrımcılık teşkil etmeyecektir.

Toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği ile emeklilik aylığına hak kazanan veya belli yaşa gelen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin hükmün geçerli olarak kabul edilebilmesi için artık Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1/c bendindeki şartların da mevcut olması aranacaktır[149]. Sarıbay Öztürk'e göre iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğine konulacak yaşla ilgili sınırlama ile geçerli nedenle sona erdirme imkânı sağlayan hükümlerin işçi aleyhine olması sebebiyle geçerli olmaması gerekir[150]. Ünal'a göre de yaş veya emeklilik nedeniyle fesih

---

[146] Yarg. 7. HD. 2015/44311 E. 2016/6553 K. 17.3.2016 T. kararı: *"Kişinin emeklilik yaşına gelmesi ve emekliliği hak etmesi, aslında belirli yaş olgusu nedeni ile fiziki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Salt emekliliğe hak kazanma fesih nedeni yapılamaz. Kanun'un gerekçesinde işletme, işyeri ve işin gerekleri ile birlikte emekliliğin geçerli neden olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır. Ancak Dairemizin kararlılık kazanan uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine dair düzenlemeler objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerlidir. Başka bir anlatımla emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedileceğine dair önceden belirlenen kural, objektif ve genel olarak uygulandığı takdirde, salt bu sebeple iş sözleşmesinin feshi geçerli neden olarak kabul edilmelidir."*, www.kazanci.com (E.T.: 20.03.2020), benzeri yönde Yarg. 22. HD. 2013/35129 E. 2013/29245 K. 13.12.2013 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 20.03.2020).

[147] Kocabıyık, 232.

[148] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 424-425.

[149] Sarıbay Öztürk, 127-128.

[150] Sarıbay Öztürk, 128.

iş güvencesi sisteminin emredici niteliği kapsamında geçerli neden olarak kabul edilemeyeceğinden bu tür düzenlemeler geçersizdir[151]. Ancak hukukumuzda ayrımcılık oluşturmadığı ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1/c bendindeki şartları taşıdığı sürece toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliğinde yer alan bu tarz düzenlemelerin sosyal seçim ölçütü olarak kabul edilebileceği ve bu ölçütlere uyulmadığı takdirde feshin geçersiz olacağı kabul edilmektedir[152].

Toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği ile belli yaşa gelen işçilerin iş sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin düzenlemelerin ise kanunda kendiliğinden sona erme sebeplerinin sayılı olması ve zorunlu emeklilik yaşının kendiliğinden sona erme sebebi olarak sayılmaması nedeniyle bu hükümlerin geçerliliği olmayacaktır[153]. Ancak yazara göre ikaleye ilişkin koşullar mevcutsa ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1/c bendindeki şartlar da bulunmaktaysa söz konusu düzenleme ikale olarak kabul edilebilecektir[154].

Yargıtay'ın Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu sonrasında vermiş olduğu yaş ayrımcılığına ilişkin kararı henüz bulunmadığından bu konudaki görüşlerinin değişip değişmediği henüz tespit edilememiştir.

7. Engellilik

Engelli kavramı 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde *"fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey"* olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da görüleceği üzere engelli bireylerin toplumdaki diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılım sağlamalarının zorluk içermesi nedeniyle özel olarak korunmaya muhtaç bireylerdir.

Engelliler Hakkında Kanun m. 14'te engelli bireylerin işe alımda ve iş ilişkisi devamında ayrımcı muameleye tabi tutulmaları yasaklanmıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca:

[151] Ünal, Canan, Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, 359.
[152] Ünal, Yaş Ayrımcılığı, 363.
[153] Sarıbay Öztürk, 129; Ünal, Yaş Ayrımcılığı, 345.
[154] Sarıbay Öztürk, 129.

"İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.".

İlgili düzenleme ile engelli bireylere karşı gerek işe alımda gerekse iş ilişkisi sürecinde diğer kişilerden farklı muamelede bulunulması yasaklanmış olsa da aykırı davranış olması halinde yaptırım düzenlenmemiştir. Bilindiği üzere yaptırım söz konusu olmadığında caydırıcılık da söz konusu olmadığından düzenleme esas amacını gerçekleştirmekten uzaklaşmaktadır. Doktrinde İşK. m. 5'te yer alan "ve benzeri sebepler" ibaresine engellilik nedeniyle ayrımcılığın da dahil olduğu kabul edilmektedir[155]. Bu nedenle engellilik nedeniyle haksız ayrımcılığın yapılması durumunda işveren İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık tazminatından ve yoksun kalınan haklardan sorumlu olduğu gibi genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminatla da karşı karşıya kalabilir[156]. Aynı zamanda TCK m. 122 ile de engellilik nedeniyle ayrımcı muamele yapılması, altı aydan bir yıla kadar hapis veyahut adli para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır.

İş Kanunu m. 30 uyarınca engelli çalıştırmakla yükümlü olan işverenlerin engelli işçilerin durumlarını dikkate alarak olumlu anlamda farklı davranış sergilemeleri diğer işçilere karşı eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır[157].

8. Sendikal Faaliyetler

Sıklıkla görülen diğer bir ayrımcılık nedeni ise sendikal nedene dayalı ayrımcılıktır. İşverenin gerek işe alımda gerek iş sözleşmesinin devamında gerekse sona ermesinde sendikal nedene dayalı ayrımcı muamelede bulunması kanunlar ile yasaklanmış ve sendikal tazminata bağlanmıştır.

Sendikal ayrımcılık yasağının temeli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 ve Anayasa'ya dayanmaktadır. STİSK m. 25'te işçilerin işe alınmasının belli bir sendikaya üye olmasına veya olmamasına, üyelikten çekilmeye ya da üyeliğin devamına bağlı

[155] Yuvalı, 146; Yıldız, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S. 10, 81.
[156] Yıldız, Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık, 86.
[157] Yuvalı, 147; Yıldız, Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık, 82.

tutulamayacağı, çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sendikal nedenle ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Aksi halde sendikal nedene dayalı olarak eşit davranma borcu ihlal edilmiş sayılacaktır ve STİSK m. 25'te yer alan özel yaptırım uygulanacaktır.

İlerleyen bölümlerde sendikal nedene dayalı ayrımcılık halleri, sendikal tazminat yaptırımı, ispat sorunu ve diğer tazminatlarla arasındaki ilişki detaylı olarak açıklanacaktır.

9. Kıdem

Uygulamada kıdemli işçilerin yeni başlayan veya daha az kıdemli olan işçilere nazaran daha olumlu yönde muameleye tabi tutuldukları görülmektedir. Bu da diğer çalışanlara karşı eşit davranma borcunun ihlal edilmesine sebebiyet verebilmektedir. En sıklıkla aynı veya benzer işi yapan işçiler arasında ücret noktasında kıdem nedeniyle eşit davranılmadığı görülmektedir, ancak her ne kadar ayrımcılık yapıldığı çalışanlar arasında varsayılsa da ücretin tespitinde pek çok kriterin olması ve işverenin zam oranındaki takdiri nedeniyle esasında eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmamaktadır.

Diğer bir görünüm şekli ise gerek doğum izni gerek doğum nedeniyle ücretsiz izin gibi sebeplerle çalışma hayatından bir dönem soyutlanan kadın işçiler açısından ortaya çıkan ayrımcılıktır. Bu durum söz konusu olduğunda gerek kadın gerekse erkek çalışanlar açısından objektif koşul olarak görülen kıdem kriteri dolaylı ayrımcılığa sebep olabilmektedir[158]. Kadın erkek çalışanlar arasında ücretsiz izin gibi çalışılmayan dönemlerin kıdem süresine etkisi nedeniyle ortaya çıkabilecek ayrımcılık hallerinde eşit davranma borcu ihlali gündeme gelebilecektir. Kanaatimizce bu durumda hem cinsiyete dayalı hem de kıdem süresine dayalı eşit davranma borcuna aykırılık ortaya çıkmaktadır.

[158] Onaran Yüksel, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 147-149.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDA, DEVAMINDA VE SONA ERMESİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

I. GENEL OLARAK EŞİT DAVRANMA BORCUNUN SÖZLEŞME AŞAMALARINDA GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

İş hukukunda kabul edildiği üzere işverenin eşit davranma borcu ilkesi aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmadan, işverenin iş ilişkisinin kurulmasında, sevk ve yönetiminde ve sona ermesinde, işçiler arasında gerek objektif gerekse sübjektif niteliklerini dikkate alarak eşit davranması olarak tanımlanmaktadır[159]. Bu tanımdan çıkarıldığı üzere eşit davranma borcu genel olarak sözleşmenin her aşamasında başka bir deyişle iş sözleşmesinin kurulması sırasında, iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki devamı aşamasında ve iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında ortaya çıkmaktadır. Ancak aşamalar arasındaki en temel fark eşit davranma borcuna aykırı davranışlarının sonuçları arasındaki farklılıklardır.

İleride daha detaylı olarak açıklanacağı üzere örneğin iş sözleşmesinin kurulmasından önceki görüşme safhasında yapılan ayrımcılık hallerinden bir kısmının sonucu İşK. m. 5'te yer alan eşit davranmama nedeni ile dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat ve yoksun bırakıldığı haklar olmayıp borçlar genel hukukundan doğan sözleşme öncesi tarafların birbirlerine karşı kusurlu davranışına dayanan "culpa in contrahendo" sorumluluğu söz konusu olacaktır[160]. Bu sorumluluğun hangi esasa dayalı olduğuna ilişkin doktrinde görüş birliği söz konusu değildir. Bazı yazarlara göre haksız fiil sorumluluğuna dayanmakta iken bazı yazarlara göre kıyasen sözleşme ilişkisine dayanmakta başka bir görüşe göre ise kendine özgü bir borç ilişkisine dayanmaktadır[161]. Yürekli'ye göre sözleşme görüşmelerine katılan kimseler arasında güven ilişkisi gereği dürüstlük kuralına dayalı yükümlülükler ortaya çıkması nedeniyle sözleşme ilişkisi hükümlerine dayalı borç ilişkisinin olduğu görüşü kabul edilmelidir[162]. Zira

[159] Kaya, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 95.
[160] Süzek, 445; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, 163; Sur, 41;Yürekli, 546.
[161] Detaylı bilgi için bkz. Yürekli, Sabahattin, İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, İÜHFM, Y. 2014, C. LXXII , S. 2, 544-548.
[162] Yürekli, 546.

sözleşme görüşmeleri öncesindeki süreçte tarafların birbirlerine karşı dürüstlük kuralından kaynaklanan kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme borcu bulunmaktadır[163].

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI SIRASINDA EŞİT DAVRANMA BORCU

I.Genel Olarak

İş sözleşmesi tarafların işçi ve işveren olduğu, konusunun ücret karşılığında iş görmenin yerine getirilmesi olduğu sözleşmedir. İş sözleşmesi de diğer özel hukuk sözleşmeleri gibi TBK m. 26 uyarınca sözleşme serbestisi ilkesine tabidir. Bu ilke uyarınca iş sözleşmesi de tarafların özgür iradesi ile kurulmakta olup sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca taraflar karşı tarafı özgürce seçebilme, iş sözleşmesinin tarafının seçilmesinin ardından karşılıklı olarak sözleşmenin içeriğini belirleme ve sözleşmeyi istenildiği takdirde sona erdirme hakkına sahiptir. Bu genel ilke uyarınca, hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda tutulamayacağı gibi yine herkes istediği kişi ile sözleşme yapma hakkına da sahip bulunmaktadır[164].

Sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak sözleşme kurulduğunda dahi esasında taraflar kendi seçimleri sonucunda kabul ettikleri birtakım sonuçlarla kendilerini bağlamış olmaktadır. Ancak sözleşme bağlılığı ile esasında kişi özgürlüğünü kaybetmemekte; sözleşme yapıp yapmamak noktasında hem kendi özgür seçim hakkını kullanmakta hem de içeriğini özgürce belirleyerek kendi belirlediği sınırlar dahilinde taahhüt altına girmektedir[165].

İş sözleşmesinde de genel hukuk ilkesi olan TBK'ndan kaynaklanan sözleşme serbestisi ilkesi geçerli olmaktadır. Bu ilke uyarınca işveren yanında çalıştırmak istediği işçisini serbestçe ve özgürce seçebileceği gibi işçi de beraber çalışmak istediği işverenini seçme imkanına sahiptir. Hukukumuzda Anayasa m. 18'de düzenlenmekte olan zorla çalıştırma yasağı kapsamında kimse zorla çalıştırılamayacağı gibi çalışma koşullarını kabul edip etmemekte ve iş ilişkisi devamında görev tanımlaması haricinde birtakım işleri yapıp yapmama hususunda kendi seçim imkânı mevcuttur. Zorla çalıştırmayı yasaklayan bu madde uyarınca "zorla çalıştırma" dan ne kastedildiği hangi durumlarda yasak kapsamında kabul edileceği Anayasa maddesinde açıkça yer almamaktadır. Genel olarak zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kişinin

[163] Yürekli, Sabahattin, İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, 549.
[164] Şenol, Kübra Ercoşkun, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, 2016, 717; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, 2019, 19; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, 2019, 8; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 2019, 7.
[165] Ateş, Derya, Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, 2007, S. 72, 77-78.

rızası olmaksızın maddi ve/veya manevi baskılar sonucunda çalıştırılması olarak tanımlanmaktadır[166]. Hukuk düzenimiz Anayasa m. 18'de yer alan birtakım zorunlu ve istisnai haller haricinde zorla çalıştırılmayı yasakladığından kişilerin esasında mutlak bir çalışma özgürlüğü bulunmaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere iş sözleşmesi dahil olmak üzere tüm sözleşmelerde genel hukuk kaidesi olan sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme imkânı bulunmaktadır. Ancak iş sözleşmesi uyarınca işverenin de iş sözleşmesinin karşı tarafını serbestçe belirleyebileceği kabul edildiğinde eşit davranma borcunun uygulanıp uygulanamayacağı noktasında birtakım tartışmalar ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar iş sözleşmesinin kurulması aşaması da dahil olmak üzere her aşamasında işçi lehine yorum ilkesi uyarınca eşit davranma borcunun söz konusu olacağını kabul etmektedir[167]. Doktrindeki diğer bazı yazarlara göre ise iş sözleşmesinin kurulmasından önce veya sona ermesinden sonra taraflar arasında iş ilişkisi söz konusu olmadığından dolayı eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır. Bu görüş eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için kurulmuş ve hali hazırda devam etmekte olan iş sözleşmesinin var olması gerektiğine dayanmaktadır[168]. İş sözleşmesi kurulmasından önce eşit davranma borcunun söz konusu olamayacağını kabul eden bazı yazarlar ise tarafların sözleşme serbestisi ilkesi gereği sözleşmenin karşı tarafını özgürce seçme hakkına sahip olması nedeni ile mümkün olamayacağına dayanmaktadır[169].

Kanunda açıkça "iş ilişkisi ve iş ilişkisinin sona ermesinde" ibaresinin yer alması nedeni ile iş sözleşmesinin henüz kurulmadığı bu aşamada işverenin ayrım yapması halinde ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecektir[170].

Ancak İş Kanunu m. 5/3'te açıkça işe alımda cinsiyet ve gebelik ve sendikal sebepler ile ayrım yapılamayacağının düzenlenmiş olması nedeni ile bu hallerde iş sözleşmesi kurulmasından önce de olsa işverenin eşit davranma borcu söz konusu olacaktır. Bu hususta örneğin işe alım esnasında kadın olması sebebi ile işe alım gerçekleştirilmediğinde eğer

[166] Karan, Ulaş, Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67 (2) 2018, 420.
[167] Gülmez, 247-248.
[168] Senyen Kaplan, 240.
[169] Karademir, Artür/ Ekinci, Hakan, İşçilik Alacakları, 1. Basım, 2017, 234; Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş, Devrim, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, 170.
[170]Kandemir/Yardımcıoğlu, 35-36; Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 239.

biyolojik veya işin niteliği gereği haklı sebepler söz konusu değil ise cinsiyet ayrımcılığı sebebi ile eşit davranma borcu ihlal edilmiş olmaktadır. Sendikal sebeplerle ayrım yapılamayacağı ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi" başlığı altında yer alan 25. maddede yer almaktadır.

Kanuni düzenlemelerden de görüleceği üzere cinsiyet ve gebelik veya sendikal sebeplerle işe alım sırasında ayrım yapılamayacağı açıktır. Ancak cinsiyet ve gebelik veya sendikal nedenle ayrımcılık yapılması durumunda ihlalin sonucu açısından da doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Zira bazı yazarlar bu iki durum dahil olmak üzere sözleşme görüşmelerinde ayrımcılık sayılabilecek her durumda hukuki yaptırımın İşK.'nda açıkça düzenlenmemesi sebebi ile Borçlar Hukuku'ndan doğan sözleşme öncesi kusurlu davranış kurallarına diğer deyişle "culpa in contrahendo" sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini kabul etmektedir[171]. Doktrinde bazı yazarlar ise özel olarak kanunda düzenlenen cinsiyet ve gebelik veya sendikal sebeplerde özel düzenlemelerin uygulanması gerektiğini, bunların haricinde yer alan ayrımcılık hallerinde ise sözleşme öncesi kusurlu davranış kurallarına diğer deyişle "culpa in contrahendo" sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini kabul etmektedir[172].

Sözleşme görüşmelerinde genel hükümlere dayalı olarak culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle sözleşme görüşmelerinden doğan yükümlülüklere aykırı davranılmış olması, bu aykırı davranış nedeniyle sözleşmenin karşı tarafının zarara uğramış olması, zarar verenin aykırı davranışta kusurunun bulunması ve yükümlülüğe aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir[173]. Tüm bu şartların yanı sıra culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilebilmesi için taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamış olması gerekmektedir[174]. Sözleşme görüşmelerinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğu dürüstlük kuralına dayanmakta olup temelinde güven ilişkisi içerisinde olan tarafların birbirlerini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır[175]. Borçlar genel hukukundan kaynaklanan culpa in contrahendo sorumluluğu

[171] Süzek, 445; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, 163; Sur, 41.
[172] Korkmaz/ Alp, 171.
[173]Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14. Bası, İstanbul 2018, 262-275; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, 891-892; Yürekli, 548-557.
[174]Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul 2018,413; Yürekli, 560.
[175] Nomer, 415.

çerçevesinde bu şartların birlikte söz konusu olması durumunda zarara uğrayan taraf diğer taraftan maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir.

Kanaatimizce iş sözleşmesinin kurulması sırasında eşit davranma borcunun söz konusu olduğu kanunda açıkça düzenlenen "cinsiyet ve gebelik" ve "sendikal sebeple" ayrımcılık dışındaki hallerde işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olmaması gerekir. Zira iş sözleşmesinde de geçerli olan sözleşme serbestisi uyarınca işveren karşı tarafı özgürce seçebilmeli, kiminle sözleşme yapacağına karar verebilmelidir. Sözleşme serbestisi ilkesinin kural olması ve ancak istisnai hallerde bu temel hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi sebebi ile diğer ayrımcılık oluşturabilecek ırk, dil, din gibi durumlarda işverenin ve aynı zamanda işçinin çalışacağı kişiyi seçme hürriyetine sahip olması gerekir. Zira eşit davranma yükümü objektif farklılıkları görmezden gelemeyecektir.

İşe alma sırasında ayrımcılığı önlemek amacı ile getirilen bir diğer düzenleme de 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 14. maddesinde yer almaktadır[176]. Bu düzenleme ile istihdamda engellilik sebebi ile ayrım yapılmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

II.Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Ayrımcılık

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan işe alım sırasında yapılan ayrımcılıklardan biri cinsiyet sebebi ile ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu İşK. m. 5'in 3. fıkrasında bu hususu özellikle düzenleme ihtiyacı içerisine girmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda sadece m. 26'da ücret hususunda aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemeyeceği hususu düzenlenmişti[177]. İş sözleşmesinin devamı

[176] Engelliler Hakkında Kanun m. 14: *"Engellilerin iş gücü piyasası ve çalışma ortamında sürdürülebilir istihdamı için kendi işini kurmaya rehberlik ve mesleki danışmanlık hizmetlerinin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere gerekli tedbirler alınır. İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz. Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur. Engellilik durumları sebebiyle iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engellilerin istihdam edildiği korumalı işyerlerinin statüsü ve bu işyerleriyle ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca müştereken çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."* (R.G.: 07.07.2005/ 25868).

[177] 1475 sayılı İşK. m. 26/4: *"Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz."* (R.G.: 01.09.1971/13943).

sırasındaki ayrımcılık çeşitlerinden biri olan ücret haricinde, işe alım sırasında yapılan cinsiyet ve gebelik sebebi ile ayrımcılık hususu ise düzenlenmemişti.

Hukuk düzenimizde işe alım sırasında cinsiyet sebebi ile yapılan ayrımcılık durumu ilk kez 22.05.2003 tarihinde kabul edilen 10.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiştir[178]. İlgili düzenleme İş Kanunu'nun ilk halinde mevcut olup 2003 yılında hukuk düzenimize girmiştir. 4857 sayılı Kanun'un gerekçesinden de görüleceği üzere çalışma hayatının en önemli sorunlarından biri olan cinsiyet ayrımcılığının önüne geçilebilmesi amacı ile işverene eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir[179]. Tüm ülkelerin sorunu haline gelen cinsiyet ayrımcılığını önlemek amacı ile uluslararası kaynaklarda da kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu minvalde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak Uluslararası Çalışma Örgütünün "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi" ve yine "İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkında 111 Sayılı Sözleşmesi" ülkemizin de aralarında bulunduğu birçok ülke tarafından imzalanarak kabul edilmiştir. Yine Kanun'un

---

[178] İşK. m. 5/3: *"İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz."* (R.G.: 10.06.2003 / 25134).

[179] İşK. m. 5 gerekçesi: *"İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslarüstü hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır. İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Ülkemizde çalışma şartları yönünden cinsiyet ayrımına gidilmemesi çok eskiye giden geleneklerimizden biridir. Bununla beraber, hukukî çerçevenin belirlenmesi de gereklidir. Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütünün "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi"ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanununa düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne uyum Kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır. Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında doğrudan ve dolaylı ayırım için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanının çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergeler (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda 85 kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanununa alınması gerekli olmuştur. Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmî süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir. Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşmelerinde eşit davranılmasına, arkadan cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukukî yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir. Maddenin altıncı fıkrasında hukukî yaptırım olarak öngörülen işçinin "dört aya kadar ücreti tutarındaki" tazminat için esas olacak ücret "asıl ücret" olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir."* (Hükümet Gerekçesi).

gerekçesinde belirtildiği üzere eşit davranma borcunun dayanağı Anayasa m. 10'a dayanmaktadır. Anayasa m. 10'da kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu belirtilmesinin yanı sıra devlet de bu eşitliği yaşama geçirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu eşitliğin yaşama geçirilmesi amacı ile alınacak tedbirlerin eşitliğe aykırı olamayacağı da aynı maddede belirtilmiş olup bu minvalde kadınlar ve maddede sayılan diğer korunmaya muhtaç kişiler açısından alınacak tedbirler eşitliğe aykırı sayılamayacaktır.

İş sözleşmesinin kurulması sırasında işveren tarafından eşit davranılması gerektiği, cinsiyet ve gebelik sebebi ile ayrımcılık yapılamayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir ancak objektif ve haklı sebepler var ise işveren bu konuda da ayrıma gidebilir. İşK. m. 5'te bu husus biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler ile sınırlı tutulmuş olup işveren sadece biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler mevcut ise ayrım yapabilecektir. İşin icrasında cinsiyetin önem arz ettiği durumlarda ve belirli bir mesleği belirli bir cinsiyetin yapabileceği tüm toplum tarafından makul olarak karşılandığı durumlarda ayrım yapılabilecektir[180]. Örneğin kadınlar tuvaletinin temizlenmesi işi için kadın işçi aranması ayrımcılık oluşturmayacaktır. Ancak bazı durumlarda işverenler tarafından aranan fiziksel güç veya boy uzunluğu gibi nitelikler ayrımcılık oluşmasına sebebiyet verebilmektedir. Örneğin işin niteliği ile bağdaşmamasına rağmen işe alınacak kişilerde 1.75 metre boy uzunluğu şartı getirilmesi kadınlar aleyhine dolaylı ayrımcılığın ortaya çıkmasına sebep olacaktır[181].

Kadın işçilere yönelik eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olup olmadığına ilişkin her ne kadar karşılaştırılabilir durumda kişilerin varlığı gerekse de mutlaka karşılaştırılabilir grupların varlığı şart değildir. Yuvalı'ya göre işe başvuru yapan tek bir kadın adayın söz konusu olduğu halde dahi eğer işveren tarafından kadın çalışanların işe alınmayacağı belirtilmiş ise bu durumda gerçek bir erkek aday söz konusu olmasa da farazi bir erkek adayın varlığı kabul edilerek eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olduğu kabul edilmelidir[182].

Günümüzde yapılan araştırmalar göstermektedir ki kadınların işe alımda zorluk çekmesinin esasında iki temel sebebi bulunmaktadır. Birincisi fiziksel güç gerektiren birtakım işlerin olması iken ikincisi doğum izni ve doğum ödeneklerinin sağlanmasıdır[183]. Bunun önüne

[180] Yuvalı, 194-195.
[181] Doğan Yenisey, Orantılılık İlkesi, 1002; Kandemir/ Yardımcıoğlu, 15.
[182] Yuvalı, 102.
[183] Alparslan, Ali Murat/Çetinkaya Bozkurt, Özlem/Özgöz, Ayşe, İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın Çalışanların Sorunları, MAKÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2015, Y. 2, C. 2, S. 3, 70 vd.

geçilmesi amacı ile işe alımda işverene eşit davranma borcu getirilmiştir. Bu sebeple artık işverenin işe alırken işçiye hamile olup olmadığını sorması cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil edecek olup eşit davranma borcuna aykırı davranmasına sebebiyet verecektir[184]. Ancak işin niteliği gereği örneğin sporculuk, mankenlik gibi mesleklerde işçi alımda iş görme ediminin ifasını doğrudan etkilemesi nedeni ile bu durumlarda kadın işçiye hamile olup olmadığının sorulması ayrımcılık oluşturmayacaktır[185]. İşin niteliğinin yanı sıra "işyerinin özelliği "gereği işçiye hamile olup olmadığının sorulması da ayrımcılık oluşturmayacaktır[186]. Ayrıca işe girişte uygulanan testler söz konusu olduğunda bu ölçümlerin de objektif ve ayrımcı nitelikte olmaması gerekmektedir[187]. Bu sebeple işverenin belirlenen niteliklerde ve işçilerde aranan kriterlerde özellikle kadın adaylara yönelik ayrımcılık oluşturmaktan kaçınması gerekmektedir. İş görüşmeleri esnasında işçinin de kendisine sorulan hukuka uygun soruları doğru yanıtlaması gerekmektedir[188]. İşin niteliği veya işyerinin özelliği gereği kişinin hamile olup olmadığı önemli bir husus değil ise bu durumda hamileliğe ilişkin yöneltilen soru hukuka uygun olmayacağından işçinin doğru cevap verme yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır.

Her ne kadar işe alım sırasında cinsiyet ve gebelik sebebi ile ayrım yapılması eşit davranma borcuna aykırı kabul edilip belirli yaptırımlara bağlanmış olsa da iş görüşmelerinin kapalı kapılar ardında yapılması, işçinin ayrımcı davranışın varlığını ispat etmesinin zorluğu gibi sebeplerle işveren buna aykırı davransa bile yaptırımın uygulanabilirliği noktasında problemler yaşanmaktadır. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ispat etmekle yükümlü olan taraf genel hukuk kaidesi olan ispat ettiğinde bundan menfaat elde edecek olan işçinin kendisidir. Ancak ispat noktasında tam ispat değil, işçinin ayrımcılığa uğradığını yaklaşık olarak ispat etmesi yeterli olacaktır.

İşe almak amacı ile verilen ilanlarda da özellikle erkeklerin alınacağı veya belli bir cinsiyetin alınacağı izlenimi yaratılması da açıkça ayrımcı davranış teşkil edecek nitelikte olup bu nedenle işverenin iş ilanı verirken dikkatli davranması gerekmektedir[189]. Yine çok sayıda

[184] Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi 2018, S. 134, 573.
[185] Arslan Ertürk, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHF – HAD, C. 23, S. 1, 358; Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 246.
[186] Köseoğlu, Ali Cengiz/Kaya, Ayça, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Legal İSGHD, Y. 2011, S. 29, 67.
[187]Moralıoğlu, Nermin Ezgi, İnsan Kaynakları Yönetiminde Eşit Davranma İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014, 79.
[188] Yürekli, 551.
[189] Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 244.

işçi alımı yapılacak bir işyerinde aranılan niteliklere sahip kadın adaylar olmasına rağmen sadece erkek başvuranlar arasından işe alım yapıldı ise bu durumda da cinsiyete dayalı ayrımcılık mevcut demektir[190].

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 6 ve devamında iş sözleşmesinin gerek yapılması gerekse yapılma şartları, aranan kriterler, sona ermesi dahil olmak üzere iş sözleşmesinin her aşamasında ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca işverenin kendisine yapılan iş başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleri ile reddedemeyeceği de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Getirilen düzenleme uyarınca İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamına dahil edilmiştir. Aynı maddede yer alan diğer bir düzenlemeyle ise kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan istihdamda da ayrımcılık yasağının söz konusu olacağı düzenlenmiştir.

İşe alma sırasında işveren tarafından gebelik ve cinsiyet sebebi ile ayrım yapılması durumunda İşK. m. 5'de "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ibaresinin yer almasından dolayı ayrımcılık tazminatının söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir[191]. Ancak bu durumda genel hükümlere gidilebilecektir[192]. Yuvalı'ya göre ise işe alma sırasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrım yapılması durumunda kanuni düzenlemesinde yaptırımın düzenlenmemiş olması nedeniyle söz konusu düzenleme kâğıt üzerinde kalmaktadır, bu nedenle öncelikle kanuni düzenlemenin işe alım sırasında yapılacak ayrımcılığı da kapsar şekilde düzenlenmesi gerekmektedir[193]. Kanaatimizce söz konusu kanuni düzenleme işe alım sırasında yapılacak ayrımcılığı kapsamaması nedeniyle yetersiz kalmaktadır, bu nedenle işe alım sırasında ortaya çıkabilecek ayrımcılık hallerinin de dikkate alınarak kanuni düzenlemenin değiştirilmesi yerinde olacaktır.

III.Sendikal Sebeple Ayrımcılık

İşe alım sırasında sıklıkla ayrımcılık yapılmasına sebep olan ve kanunda ayrıca düzenlenme ihtiyacı hissedilen diğer bir husus ise sendikal sebeple yapılan ayrımcılık halleridir. Sendikalı ve sendikasız işçi arasında ayrım yasağının en temel dayanağı Anayasa m. 51'de yer

[190] Arslan Ertürk, 354, Oğuz, 572.
[191] Süzek, 445; Erkanlı, 126; Oğuz, 574.
[192] Süzek, 445; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, 163; Sur, 41.
[193] Yuvalı, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi 2013, S. 106, 96.

almaktadır[194]. Bu madde uyarınca hiç kimse bir sendikaya üye olmaya veya üyelikten çekilmeye zorlanamayacaktır. Buna benzer ancak ayrıntılı bir diğer düzenleme ise STİSK m. 25'te yer almaktadır[195]. Özel olarak düzenlenen bu maddeyle de işçilerin işe alımlarının belli bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya ya da belli bir sendikanın üyeliğinden çekilmeye veya üyelikte devam etmeye bağlı tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile olumlu ya da olumsuz sendika özgürlüğü yanında sendika seçme özgürlüğü de korunmak istenmiştir.

Ayrım yasağına aykırı uygulamalar uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere işverenlerin kara listeye alması olarak görülmektedir. Bu durumda işveren kara listeye aldıkları sendika yöneticileri veya sendika üyelerinin listesini yayınlamakta veya belirli sendikaya üye olan işçilerin işe alınmalarını önlemektedir. İşverenin sebebi ne olursa olsun kara liste uygulamasının haklılığı söz konusu olamaz. Kara liste uygulaması aynı zamanda kişilik

---

[194] Anayasa m. 51: *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. (Mülga dördüncü fıkra: 7/5/2010-5982/5 md.) İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir. Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz."*.

[195] STİSK m. 25: "*(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. 11705 (2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. (3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz. (4) İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. (5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. (6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. (7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur. (8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. (9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır*." (R.G.: 07.11.2012/ 28460).

hakkına tecavüz teşkil etmektedir[196]. Bu sebeple söz konusu hukuka aykırılığın önlenmesi ve oluşan zararların önlenmesi amacı ile TMK m. 24 ve 25, TBK m. 58 hükümlerine gidilerek tecavüzün önlenmesi talep edilebileceği gibi yayının durdurulması veya tecavüz sonucunda maddi ve manevi tazminat da talep edilebilecektir[197]. Ayrımcılık ortaya çıkaran diğer bir hal ise işçi sendikalarından kaynaklanabilir. Belirli bir sendika üyesi işçi, sendika üyeliğini sona erdiğinde işçi sendikası tarafından işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için baskı oluşturduğu görülebilmektedir[198]. Bu durum da eşit davranma borcuna aykırılığa sebebiyet verebilecektir.

İşveren iş görüşmesi sırasında işçi adayına sendika üyeliği olup olmadığını, hangi sendikaya üye olduğunu veya üye olmayı düşündüğünü, sendikal faaliyetlere katılım sağlayıp sağlamadığı gibi soruları sorma hakkı yoktur. İşverenin bu soruları sorması halinde ise aday işçinin cevap verme zorunluluğu olmamasının yanı sıra hukuka aykırı nitelikteki bu soruları doğru cevaplandırma zarureti de söz konusu değildir[199]. İşçinin bu sorulara doğru yanıt vermemesi işverene iş sözleşmesini haklı sebeple veya geçerli sebeple sona erdirme hakkı da vermeyecektir[200].

İşe alımda sendikalı sendikasız işçi ayrımı yapıldığında bunun yaptırımı STİSK m. 25'in 4. fıkrasında belirtildiği üzere işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata hükmedilmesidir. Bu durumda İşK. m. 5' te yer alan yaptırım değil özel olarak düzenleme söz konusu olduğundan STİSK m. 25/4 uygulama alanı bulacaktır[201]. Zira İşK. m. 5/6'da sendikal nedenle ayrımcılık hususunda 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 31'e atıf yapılarak bu madde hükmü saklı tutulmuştur. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile ilga edilerek benzeri düzenlemeye m. 25'te yer verilmiştir. Önceki kanundan farklı olarak 6356 sayılı Kanun'da işe alım sırasında sendikal nedenle ayrımcılık yapılması durumunda m. 25/4'te yer alan en az bir yıllık ücret tutarında tazminatın uygulanacağı açıkça belirlenmiştir. Ancak bu durumda da henüz işe alınmamış olan işçinin

[196] Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Baskı, 2017, 226; Özveri, Murat, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal ISGHD, Y. 2005, S. 8, 1530-1531.
[197] Şahlanan, Fevzi, Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 37, 4.
[198] Şahlanan, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, 4-5.
[199] Şahlanan, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, 4.
[200] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 226.
[201] Şahlanan, Sendika Üyeliğinin Güvencesi, 7.

ücreti belirsiz olduğundan işe alım sırasında ayrımcılık söz konusu olduğunda kanundaki tazminat miktarı belirlenirken ücretin nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda sendikal tazminatının miktarı belirlenirken emsal işçi ücretinin esas alınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir[202].

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU

A. Genel Olarak

İş sözleşmesi genel olarak bir tarafın işçi diğer tarafın ise işveren olduğu, işçinin işverenin emir ve talimatları ile bağlı olarak iş gördüğü, işverenin ise bunun karşılığında ücret ödediği sözleşme olarak tanımlanmaktadır[203]. İşverenin ücret ödeme borcu haricinde diğer bazı borçlarının arasında eşit davranma borcu da bulunmaktadır. Eşit davranma borcu tezimizin birinci bölümünde incelendiği üzere işverene bazı yükümlülükler getirmekte olup haklı ve makul sebepler söz konusu olmadıkça işverenin keyfi hareketlerde bulunmasını önleme amacı gütmektedir. Uygulamada en çok karşılaşılan ve diğer aşamalara göre ispat noktasında daha kolay imkân sağlayan aşama iş sözleşmesinin devamı sırasında ayrımcılık yapılmasıdır. Bu sebeple Kanun'da detaylı olarak düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık halleri iş sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamalardır.

İş Kanunu m. 5 ile işverenin eşit davranma borcunun sıklıkla karşılaşıldığı durumlar ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir[204]. Bunlardan bazıları maddede de sayıldığı gibi dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhebe dayalı olarak yapılan ayrımcılık halleridir. Ancak maddede ayrımcılık hallerine sayma sureti ile yer verilirken sınırlandırma yapılmamış "ve benzeri sebeplere" ibaresinden de açıkça anlaşıldığı gibi diğer bazı ayrımcılık

---

[202] Özkaraca, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, 201; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 227.

[203] Sümer, 37; Senyen Kaplan, 83.

[204] İşK. m. 5: *"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."* (R.G.: 10.06.2003 / 25134).

sebeplerinin de olabileceği düşüncesi ile madde kaleme alınmıştır. Bu sebeple doktrinde isabetle belirtildiği üzere maddede sayılanlar haricindeki haller nedeniyle de eşit davranma borcuna aykırılık ortaya çıkabilir[205]. Yargıtay da pek çok kararında isabetle İşK. m. 5'te ayrımcılık hallerinin sayma sureti ile tüketilmediğini, cinsel tercih, yaş gibi başka bazı haller sebebiyle de eşit davranma borcuna aykırılık hallerinin ortaya çıkacağını kabul etmiştir[206].

Yine aynı şekilde İşK. m. 5 ile belirli bazı iş sözleşmesi türleri ile çalışan işçilerin diğer işçilere oranla mağdur olmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu minvalde belirli süreli işçi ile belirsiz süreli işçi arasında; kısmi süreli çalışan işçi ile tam zamanlı çalışan işçi arasında haklı sebepler bulunmadıkça işveren tarafından ayrım yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında detaylı olarak açıkladığımız üzere iş sözleşmesinin uygulanması ve şartların oluşturulmasında biyolojik ve işin niteliğinden kaynaklı haklı sebepler bulunmadıkça cinsiyet ve gebelik sebebi ile ayrımcılık yapılamayacaktır. Bunun yanı sıra yine düzenleme ihtiyacı hissedilen diğer bir konu ise cinsiyet sebebi ile eşit veya eşit değerde iş için farklı ücret kararlaştırılması sureti ile ayrımcılık yapılmasının yasak olmasıdır.

İş sözleşmesi devamında işveren tarafından yapılan bazı uygulamaların da eşit davranma borcuna aykırı nitelikte olmaması gerekmektedir. Örneğin sadece bazı işçilerin fazla mesai yapmasının istenmesi[207], işe girişte sadece bazı işçilerin üstlerinin aranması[208] veya bir ya da birkaç kişiye özel bilgisayar kontrollerinin yapılması, haklı bir sebep olmaksızın genele yapılan zam uygulamasından bazı kişi ya da kişilerin yararlandırılmaması da eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacak diğer bazı davranışlar arasında yer almaktadır.

---

[205] Sümer, 91; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 415; Doğan Yenisey, Orantılılık İlkesi, 978.

[206] Yarg. 9. HD. 2009/17321 E. 2011/19795 K. 30.06.2011 T. Kararında: *"4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. ... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/III. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin iş yerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır."*, www.kazanci.com (E.T.: 19.01.2020); Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 7. HD E. 2015/3255 K. 2015/3200 T. 3.3.2015, Yarg. 9. HD E. 2014/12590 K. 2015/26625 T. 29.9.2015 (www.kazanci.com).

[207] Kandemir/Yardımcıoğlu, 21.

[208] Süzek, 448.

B. Bazı İş Sözleşmesi Türlerinde Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu'nda çeşitli iş sözleşmesi türleri detaylı olarak düzenlenmiştir. Ancak bazı iş sözleşmesi türleri kapsamında çalışan işçilerin daha çok ayrımcılığa uğraması tehlikesinin söz konusu olması nedeni ile Kanun'da özel olarak bu sözleşmeler kapsamında çalışan işçilere karşı ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. İşK. m. 5'te açıkça yer verildiği üzere belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler karşısında; kısmi süreli çalışan işçiler ise tam süreli çalışan işçiler karşısında hak kaybına uğramaması ve mağdur edilmemesi adına bazı özel düzenlemeler getirmiştir.

1. Belirli Süreli İşçi- Belirsiz Süreli İşçi Arasında Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu'nda da açıkça yer verildiği üzere iş sözleşmesi tarafların istek ve arzusuna göre belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabilmektedir[209]. Tarafların sözleşmeyi belirli bir süreye bağlamadığı hallerde belirsiz süreli iş sözleşmesi yapıldığı kabul edilir. Ancak belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesinin bazı yasal şartları bulunmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesi belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanmasında ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif sebeplerle ve ancak yazılı şekilde yapılabilir[210]. Objektif koşulların mevcut olmaması veya geçerlilik şekli olan yazılı şekil kuralına uyulmaması sözleşmenin belirli süreli sözleşme olarak kabul edilmesini engelleyecektir. Belirli süreli iş sözleşmesinde yer alan yazılı şekil şartının ispat şartı olduğunu kabul eden aksi görüş de bulunmaktadır[211]. Belirli süreli sözleşme için belirlenen süre sonunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir[212].

Belirli süreli sözleşme yapılabilmesi için objektif koşulun bulunması halinde dahi tarafların belirli süreli sözleşme yapması zorunlu değildir, taraflar bu durumda bile sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca belirsiz süreli sözleşme yapabileceklerdir[213]. Örneğin işveren sadece belirli bir inşaatın bitimi işi için işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceği gibi isterse belirsiz süreli iş sözleşmesi de yapabilecektir.

---

[209] İşK. m. 9/2: *"İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmî süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir."* (R.G.: 10.06.2003 / 25134).
[210] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri,163-167.
[211] Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 22.
[212] Alpagut, Belirli Süreli Sözleşme, 160.
[213] Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, 14-15; Yorulmaz, Çiğdem, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, 204; Süzek, 250.

Belirli süreli iş sözleşmesinde önemli olan objektif olarak koşulların varlığı halinde sözleşmenin sona ereceği anın sözleşmenin yapıldığı sırada belirli olması veya taraflarca amaca bakılarak bu tarihin anlaşılması ya da önceden öngörülebilir olmasıdır[214]. Ancak haklı sebepler mevcut olmadıkça üst üste belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması durumunda sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edileceği İşK. m. 11/2'de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Zira sözleşmenin belirli süreli olarak kabul edilmesi durumunda işçi kıdem tazminatı, iş güvencesi gibi bazı yasal haklardan yararlanamayacak olup işçinin kötü niyetli yaklaşımlara karşı korunması gerekecektir[215]. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işverenin ayrımcı tutumlarına karşı korunması gayesi ile İşK. m. 12 ile özel düzenleme getirilmiştir. Ayrımcılık yasağının kapsamına çalışma koşullarında, parasal ve sosyal edimlerdeki farklı uygulamalar girmektedir[216].

İş Kanunu m. 5 ile sözleşme türleri arasındaki yapılabilecek ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır. İşK. m. 5'in gerekçesine bakıldığı takdirde görüleceği üzere Avrupa Birliği çalışma müktesebatı dikkate alınarak özel olarak bu hususun düzenlendiği görülmektedir. İş Kanunu m. 12'de de bu yönde hükümler getirilerek ayrımı haklı kılan sebepler mevcut olmadıkça belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler karşısında farklı işleme tabi tutulamayacakları düzenlenmiştir. Yine aynı maddede yer aldığı üzere ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler söz konusu olduğunda belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye çalıştığı süre ile orantılı olarak bu haklarının verilmesi gerekmektedir[217]. Bölünemeyen edimler söz konusu olduğunda ise orantı ilkesinin uygulanmasının mümkün olmaması sebebi ile genel ilke uyarınca ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça belirli süreli işçinin de bundan tam olarak yararlanabilmesi gerekir[218]. Madde ile getirilen düzenleme görüldüğü üzere esasında işverenin yönetim hakkını kullanmasına ve serbestçe sözleşme yapmasına sınır getirmektedir[219].

Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen belirli kıdem süresinin bulunması gerekmekte ise belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi için

[214]Alpagut, Belirli Süreli Sözleşme, 18; Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 162; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 15-16.
[215] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 160-161; Narmanlıoğlu, 225.
[216] Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 63.
[217] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 195; Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 172; Süzek, 250.
[218] Süzek, 251; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 7.
[219] Yorulmaz, 205; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 64.

de ayrımı haklı kılan neden olmadıkça emsal nitelikteki belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye uygulanan kıdem uygulanacaktır. Emsal işçi tespit edilirken öncelikle işçinin çalıştığı işyerindeki aynı veya benzer pozisyonda çalışan işçi dikkate alınacaktır ancak işyerinde emsal işçi niteliğinde işçi mevcut değil ise aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerinde çalışan aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin dikkate alınması gerekecektir[220]. Ancak İşK. m. 12'deki bu yasal zorunluluk, işverenin benzeri işyerlerindeki uygulamayı araştırıp kendi işyeri açısından uygulama zorunluluğu doğurması ve bunun yeterince zor olması nedeni ile eleştirilmektedir[221]. Caniklioğlu'na göre uygulama zorluğu nedeni ile söz konusu kanun maddesinde değişiklik yapılması ve belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin işyerinde emsal işçi bulunmuyorsa ve *"işçinin çalıştığı işkolunda aynı koşullara sahip işyerleri açısından belirsiz süreli çalışan emsal işçiler için yerleşik bir uygulama varsa"* buna göre farklı muamelenin yasaklanması gerekmektedir[222].

Türk hukukunda özel bir düzenleme yer almasa da doktrinde eğitim ve mesleki gelişim imkanlarından yararlandırma bakımından da işverenin belirli süreli çalışan işçiye karşı ayrımcı tutumda bulunmaması gerektiği kabul edilmektedir[223]. Ancak gerek çalışma şartları ve işyeri uygulamaları gerekse eğitim ve mesleki gelişim imkanları açısından bakıldığından eğer işçinin niteliğinden veya işin özelliğinden kaynaklı olarak ayrımı haklı kılan bir neden mevcut ise eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır.

2. Kısmi Süreli İşçi- Tam Süreli İşçi Arasında Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin yanı sıra kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi açısından da ayrımcılık yapılmasını önleyici düzenlemeler getirmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmesi İşK. m. 13'te *"çalışma saatlerinin tam süreli emsal işçiye göre önemli ölçüde az belirlendiği iş sözleşmesi"* olarak tanımlanmıştır. Ancak kanun maddesinde "önemli ölçüde az" kabul edilebilmesi için en az kaç saatlik çalışmanın söz konusu olması gerektiği hususunda açıklık getirilmemiştir. Bu konuda İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 6 ile emsal işçiye göre 2/3 oranına kadar yapılacak çalışmaların kısmi

[220] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 195; Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 170; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 196; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 106.
[221] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 170-171; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 73.
[222] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 171.
[223] Detayları için bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, 75-77.

süreli sayılması gerektiği ifade edilmiştir[224]. İş Kanunu'nun hükümet gerekçesinde de aylık 45 saatten 3 4 saat kadar az yapılan çalışmanın kısmi süreli olarak kabul edilemeyeceği, kısmi süreli iş sözleşmesi için tam süreli işçiye oranla en az 2/3 saate kadar çalışmanın söz konusu olması gerektiği ifade edilmiştir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için Kanun'da aranan tek kriter "haftalık çalışma süresi" olup bu çalışma süresinin haftanın hangi günlerine dağıtılacağı veya hangi günlerde kaç saat çalışılacağı, bir gün fazla diğer gün daha mı az çalışılacağı gibi hususlar bu tespitte önem taşımamaktadır[225]. Ancak işçinin hangi günlerde ve hangi sürelerle çalışması hususunda karar verme yetkisinin işverende olması doktrinde eleştirilmektedir ve kanunda kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkı tanınan hallerde çalışma aralığının tespitinde işçiden gelen talebin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir[226]. Ancak işçinin bu hakkını işverenin durumunu göz önünde bulundurarak dürüstlük kuralı uyarınca kullanması gerektiği kabul edilmektedir[227].

Kısmi süreli işçinin çalışma saatlerinin emsal tam süreli çalışan işçiye oranla az olması sebebi ile korunmaya muhtaç olduğu açıktır. Bu kapsamda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin ayrım yapılmasını gerektiren haklı sebepler bulunmadıkça emsal tam süreli işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı İşK. m. 13/2'de düzenleme altına alınmıştır[228]. Emsal işçinin tespitinde ise işyerinde aynı veya benzer işte çalışan tam süreli işçinin dikkate alınacağı eğer bu şekilde çalışan işçi mevcut değilse bu durumda aynı işkolunda şartlara uygun aynı veya benzer işte çalışan işçinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir[229].

Kanunda belirtilen hususlar belirli süreli iş sözleşmesinde yer aldığı gibi ücret ve paraya ilişkin bölünebilir edimleri kapsamaktadır. İş Kanunu m. 13/2'deki açık hüküm gereği ücret ve

---

[224] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 183; İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 6: *"İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır."* (R.G. 06.04.2004/ 25425).

[225] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 185; Karaman, Mehmet Halis, 4857 sayılı İş Kanunu m. 13. Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, 273; Caniklioğlu, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Ankara 2016, 130.

[226] Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışma, 130-131.

[227] Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışma, 131.

[228] İşK. m. 13: *"Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir."* (R.G.: 10.06.2003 / 25134); Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 202.

[229] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 202; Süzek, 261.

parasal edimler söz konusu olduğunda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi için de emsal tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye sağlanan haklar oransal olarak ödenmelidir[230]. Örneğin her yıl verilen giysi yardımı söz konusu ise bunun çalışılan süre nazara alınarak orantılı şekilde ödenmesi gerekmektedir. Yine parasal edim niteliğindeki kıdem tazminatı açısından Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların işyerinde bir yılı doldurması üzerine kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak tazminata esas ücret bakımından kısmi çalışma karşılığı verilen ücretin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir[231]. Aynı husus ihbar süresi bakımından da geçerlidir, bu durumda da yine işçinin iş sözleşmesinin kurulduğu tarihle sözleşmenin feshedilmek istendiği tarih arasındaki süreye bakılarak ihbar süresinin belirlenmesi ve kısmi çalışma karşılığı verilen ücretin dikkate alınarak karşılığının ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir[232].

Kısmi süreli iş sözleşmesinde taraflar özgürce ücretin miktarını belirleyebilirler ancak belirlenen ücretin tam süreli çalışma karşılığında verilecek ücrete oranlanması durumunda asgari ücretin altında olmaması gerekmektedir[233].

---

[230] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 199-200; Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışma, 132; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 202; Süzek, 261; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 196.

[231] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 198; Narmanlıoğlu, 235; Yarg. 22. HD. 2017/21402 E. 2019/6676 K. 26.03.2019 T. kararında: *"Kısmi çalışma Kanunda yer almasına rağmen kıdemin nasıl belirleneceği ihbar izin gibi haklardan nasıl yararlanacağı, bu haklarla ilgili hesap şekli yine normatif olarak düzenlenmiş değildir. Konu, Yargı kararlarıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Buna göre, kısmi çalışma ister haftanın bir veya bazı günleri çalışma şeklinde gerçekleşsin, ister her gün birkaç saat şeklinde olsun, işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıl geçince kıdem tazminatı hakkının doğabileceği ve izne hak kazanacağı Dairemizce kabul edilmiştir. Hesaplamada esas alınacak ücret ise işçinin kısmi çalışma karşılığı aldığı ücret olmalıdır. Somut olayda; davacı taraf apartman görevlisi olduğunu, çarşı işlerinin görülmesi, güvenliğin sağlanması, bahçenin düzenlenmesi, asansör bakımı gibi hizmetleri ifa ettiğini, davalı ise davacının çalışmadığını, eşinin ise başka bir işte çalışıp, ancak arta kalan zamanlarında vakit buldukça ufak tefek işleri yaptığını belirtmiştir. Dosya içeriğine göre, davaya konu apartmanın 5 katlı, 17 daireden oluştuğu karar gerekçesinde belirtilmiş olup, asansörlü ve kalorifersiz olduğu yönündeki tanık anlatımları da birlikte değerlendirildiğinde kapıcılık hizmetinin verildiği anlaşılmaktadır. Davacının eşi başka bir işte çalışmaktadır. Bu nedenle Mahkemece davacının, davalı apartmanda kapıcı olarak çalıştığının kabulü isabetlidir. Ancak gerek apartmandaki daire sayısı, gerekse tanık anlatımlarına göre yapılan işlerin mahiyeti gereği çalışmanın kısmi süreli olduğu kabul edilmelidir. Buna göre davacının davalı işyerinde günlük 2 saat çalıştığının kabulü ile, asgari ücretin bu süre karşılığı belirlenip, aylık ücret miktarı tespit edildikten sonra tüm hesaplamalar kısmi süreli çalışma esas alınarak bulunan bu ücret üzerinden yapılmalıdır. Bir başka ifade ile, davacının ücreti ile talep konusu diğer işçilik alacaklarının günlük 2 saatlik çalışmaya göre belirlenerek hüküm altına alınmalıdır. Bu maddi ve hukuki olgular göz ardı edilerek, yanılgılı değerlendirme ile tam süreli çalışmanın kabulü isabetli değildir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* www.kazanci.com (E.T.: 26.01.2020); Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD. 2015/24276 E. 2018/3224 K. 19.2.2018 T., Yarg. 22 HD. 2015/18446 E. 2017/22630 K. 23.10.2017 T., Yarg. 22. HD. 2014/29194 E. 2016/2949 K. 9.2.2016 T. (www.kazanci.com); Süzek, 261; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 204.

[232] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 195; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 204; Senyen Kaplan, 102.

[233] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 201; Koç, Muzaffer/Görücü, İbrahim, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, 155.

Bölünemeyen edimler söz konusu olduğunda ise işverenin ayrım yapmaması kısmi süreli çalışan işçiyi de tam süreli çalışan işçiye nazaran aynı imkanlardan yararlandırması gerekmektedir[234]. İşverenin günde 3 saat çalışmakta olan işçisine öğlen yemeği yardımında bulunmaması haklı nedene girebilecek bir durum iken, kısmi süreli işçinin haftanın sadece belirli günlerinde diğer işçilerle birlikte tam süre ile çalışması durumunda yemek verilmemesi haklı sebebe giremeyecek olup işverenin eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olacaktır.

Öğretide kısmi süreli işçi ile kastedilenin sadece İşK. m. 13 hükmünde düzenlenen iş sözleşmesi ile çalışanların değil çağrı üzerine çalışan veya yan işte çalışan işçileri de kapsadığı bu nedenle bu işçilerin de tam süreli işçiye nazaran haklı bir sebebe dayalı olmadıkça farklı işleme tabi tutulmamaları gerektiği kabul edilmektedir[235]. Nitelim İşK. m. 14'te çağrı üzerine çalışmanın kısmi süreli iş sözleşmesi olduğu belirtildiğinden kısmi süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi çağrı üzerine çalışan işçiler için de işverenin eşit davranma borcu söz konusu olacaktır. Ayrıca tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin kısmi süreli iş sözleşmesine geçmesi durumunda eşit davranma borcu bu işçiler için de uygulama alanı bulacaktır[236].

C. Ücrette Eşit Davranma Borcu

1. İşe Giriş Ücretinde Eşit Davranma Borcu

İşverenin ücretin belirlenmesi noktasında eşit davranma borcunun söz konusu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri olan ücretin taraflarca özgür irade sonucunda sözleşme ile belirlenmesi nedeni ile ücret hususunda eşit davranma borcunun uygulanması noktasında tereddütlere neden olmaktadır. Zira işe başvuran işçi görüşme esnasında kendisine yapılan ücret teklifine sıcak bakması üzerine taraflarca iş sözleşmesi kurulduktan sonra diğer bir deyişle belirlenen ücret ile çalışmayı açıkça kabul etmesi sonrasında bu sefer başka işçilerin kendisinden yüksek ücretle çalıştığını düşünerek ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia etmesi halinde ayrımcılığın söz konusu olup olamayacağı noktasında fikir ayrılığı bulunmaktadır.

Öğretide hâkim görüşe göre işe alım esnasında taraflar pazarlık ortamı içerisinde ücreti belirlemeleri sebebiyle bu yapılan belirlemeye müdahale edilmemesi gerekir. Bu nedenle de işe

---

[234] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 200; Koç/Görücü, 155; Narmanlıoğlu, 234; Süzek, 261.
[235] Kandemir/Yardımcıoğlu, 25; Yarg. HGK. 2012/9-271 E. 2012/297 K. 11.04.2012 T. kararı, www.iskanunu.com (E.T.: 10.08.2020).
[236] Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışma, 133.

alım esnasında ücret belirlenmesi noktasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı kabul edilmektedir[237]. Bu görüş sözleşme serbestisi uyarınca tarafların özgür irade ile ücreti belirleyebileceği kabulüne dayanmaktadır. Tuncay'a göre ise işe alım sırasında ücret hususunda eşit davranma borcunun söz konusu olmamasının sebebi henüz iş sözleşmesinin kurulmadığı bir dönemde eşit davranma borcunun söz konusu olamayacağı prensibine dayanmaktadır[238].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına konu olayda davacı davalıya ait işyerinde kıdem ve ihbar tazminatının ödenerek yeni iş sözleşmesi yapılmak sureti ile yeniden işe alındığını ve yeni yapılan iş sözleşmesi ile ücretinin düşürüldüğünü, ancak daha sonra 2004 yılında eğitim durumu ve görevi aynı olan yeni işçilerin daha yüksek ücretle işe başlatıldığını beyan ederek ayrımcılık tazminatı ile fark ücret, ikramiye, fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil ücret alacağı talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesince eşit davranma borcuna aykırı davranıldığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalının temyiz etmesi üzerine temyiz merci tarafından işverenin yeni işe alınan işçilerle mevcut çalışanları arasında özellikle ücret yönünden eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı, işverenin yeni alınan işçilerle sözleşme serbestliği kapsamında ücreti belirleme hakkına sahip olduğu gerekçesi ile kararın bozulmasına karar vermiştir[239]. Yargıtay'ın vermiş olduğu karara bakıldığı takdirde yeni işe alınan işçinin ücretinin belirlenmesi noktasında sözleşme serbestliği ilkesinin bulunması nedeni ile işverenin eşit davranma borcu söz konusu olmadığının kabul edildiği görülmektedir. Kanaatimizce söz konusu karar isabetlidir, zira sözleşme serbestisi uyarınca yeni işe alınan işçilerin ücretinin belirlenmesi noktasında tarafları kısıtlayıcı düzenleme söz konusu olmadığından taraflar ücreti kararlaştırma noktasında serbesttir.

İşe alım sırasındaki ücret belirlenmesi noktasındaki sözleşme serbestisinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25 ve m. 39'dan kaynaklanan sınırlaması söz konusudur. Bu STİSK m. 25 uyarınca toplu iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile toplu iş sözleşmesi ile çalışmayan işçiler arasında ücret, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım hususlarında ayrım yapılabilecektir[240]. Bu nedenle toplu iş sözleşmesi ile çalışan işçilere toplu iş sözleşmesine tabi olmaksızın çalışan işçilere nazaran parasal hususlarda örneğin aile yardımı, yakacak yardımı

[237] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 192; Tuncay, 169-170; Erkanlı, 127-128,
[238] Tuncay, 169.
[239] Yarg. 9. HD. 2011/14167 E. 2012/15810 K. 07.05.2012 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 01.02.2020).
[240] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 197; Süzek, 448; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 228-229.

gibi ödemelerde daha fazla ödemede bulunabilir ve bu yapılan fazla ödemeler eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.

Yine aynı Kanun'un 39. maddesinin 4. fıkrası uyarınca toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında "taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanlar" dayanışma aidatı ödemeleri durumunda toplu iş sözleşmelerinden yararlanabilecektir[241]. Bu durumda bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarında işçi sendikasının onay vermesi aranmayacaktır[242]. İşveren bu durumda dayanışma aidatı ödemek sureti ile toplu iş sözleşmesinde yer alan haklardan yararlanmak isteyenlerin taleplerini aldığı tarihten itibaren, toplu iş sözleşmesinde imzalanmadan önce talepte bulunanlara ise imza tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinde yer alan hakları sağlayacaktır, bu durum İşK. m. 5'te saklı tutulmuş olduğundan diğer işçilere karşı eşit davranma borcuna aykırılığa sebebiyet vermeyecektir. Zira taraf işçi sendikasına üye olanlar üyelik aidatı ödemekte, üye olmayan ancak aynı sözleşmeden yararlanmak isteyenler ise dayanışma aidatı ödemektedir. Buna karşılık toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri dışındaki hükümlerinin sözleşmeden yararlanma koşullarına sahip olsun ya da olmasın işyerinde çalışan tüm işçilere uygulanması gerekir[243]. Zira STİSK m. 25/2'de sendikaya üye olan ve olmayan işçiler arasında ayrım yapılabilecek sebepler "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlarla" sınırlı tutulmuş olup diğer hususlarda ayrım yapılması yasaklanmıştır[244].

2. İş Sözleşmesi Devamı Sürecinde Ücret ve Zam Uygulamalarında Eşit Davranma Borcu

İşveren işçi ücretlerinin belirlenmesinde mutlak olarak eşit davranmak zorunda değildir. İşveren işçinin uzmanlık durumu, yaşı, öğrenim derecesi, yetenekleri, meslekteki kıdemi gibi

[241] Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, 307; STİSK m. 39/4: *"Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur."* (R.G.: 07.11.2012/ 28460).
[242] Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 305.
[243] Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 295.
[244] Ekmekçi, Toplu İş Hukuku, 295.

sebepler ile farklı ücret belirleyebilecektir[245]. Örneğin aynı veya benzeri işte çalıştırılsa dahi öğrenim durumu daha yüksek olan kalifiyeli işçinin ücretinin daha yüksek belirlenmesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu durumda işçi kendisinden daha yüksek ücretle işe alınan işçi olduğundan bahisle ayrımcılık yapıldığını iddia ederek ayrımcılık tazminatı talep edemeyecektir. Ancak işverenin aynı işi yapan işçiler arasında ayrım yapabilmesi için haklı nedene dayanması gerekecektir, zira eşit işe eşit ücret ilkesi söz konusudur. Bu nedenle işverenin ücretler arasında ayrım yapabilmesi için haklı bir nedene dayanıyor olması şarttır.

İşveren işyeri bünyesinde zam oranını serbest şekilde gerek işyeri ekonomik koşulları, piyasa durumu gibi etmenleri gerekse işçinin kişisel özellikleri, eğitim durumu, becerisi gibi etmenleri de dikkate alarak belirleyebilecektir. Ancak her ne sebeple olursa olsun asgari ücretle çalışan bir işçinin maaşı asgari ücrete gelen zammın altında kalmaması gerekmektedir. Örneğin 2019 yılında asgari ücretle çalışan bir işçinin maaşının 2020 yılında net 2.324,70 TL'nin altında belirlenmesi mümkün değildir.

İşveren zam oranını yönetim hakkı kapsamında serbestçe belirleyebileceği gibi zam yapıp yapmama noktasında da serbestisi bulunmaktadır. Eğer iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ücret zammına ilişkin bir düzenleme söz konusu değilse işverenin zam yapılması hususunda yasal sorumluluğu bulunmamaktadır[246].

Yargıtay incelemesine konu olan bir olayda davacı işçi kendisi ile aynı konum ve şartlarda çalışan işçilere zam yapıldığı halde kendisine yapılmadığını bu nedenle iş

---

[245] Sümer, 92; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 419; Korkmaz/Alp, 170; Karagöz, 64; Reyhani Yüksel, 71; Özdemir, M. Erdem, Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme, Legal İSGHD, Y. 2005, S. 5, 260; Keser, Hakan, 4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Kamu-İş Dergisi, 2004, C. 7, S. 3, 27.

[246]Yarg. 9. HD. 2011/11084 E. 2013/19249 K. 24.6.2013 T. kararı: *"Dava işçinin fark ücreti alacağına ilişkindir. Ücret ve zamlarına dair bireysel veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin zorunluluk taşıması, mutlak, kesin ve uygulanır olması gerekir. Bu hükümlerin belirtilen unsurları taşımaması, örneğin belirli olguların gerçekleşmesi ve işverenin yönetim hakkına bırakılması halinde uygulanması olanağı yoktur. Somut olayda, İş sözleşmesinin 7/3 maddesi ve davalı genelgesi ücretlere zam yapılmasının zorunlu olduğuna dair emredici bir hüküm taşımamaktadır. Davalının 1. Tip sözleşme imzalayanların bir kısmına zam yapıp, bir kısmına zam yapmadığı da iddia ve ispat edilmiş değildir, böyle olunca eşit işlem borcuna aykırılık ta söz konusu değildir. Tis üyesi işçilere zam yapılması davacı için emsal olamaz, davacı ancak, kendi iş sözleşmesi ve tabi bulunduğu yönetmelik ya da skalada öngörülen zamları talep edebilir. Davacının talebi ise sadece hizmet akdi ve genelgeye göre, enflasyon ve şirketin karlılık oranına dayanan zam istemine dair olduğu gibi mahkemenin kabulü de aynı doğrultudadır. Ancak sözleşmedeki ve genelgedeki hüküm zorunluluk taşımadığı gibi emredici, mutlak, kesin ve uygulanır nitelikte değildir"*, www.lexpera.com (E.T.: 25.08.2020).

sözleşmesini haklı nedenle sona erdirdiğini beyan ederek kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacakları talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesince davacının iddiaları ve tanık beyanları nazara alınarak diğer çalışanlara zam yapılması ancak davacıya yapılmaması üzerine kıdem tazminatının kabulüne karar verilmiştir. Davalının temyiz kanun yoluna başvurması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay ilgili hukuk dairesi ise *"...davacı işçi ile aynı bölümde ve kıdemde çalışan işçilerin ücret bordrolarında yapılan inceleme neticesinde, 13 işçinin bulunduğu, bu işçilerden 4'ünün (ikisi başka birimde görevli) ücretine zam yapıldığı, davacı dahil diğerlerinin ise ücretlerine zam yapılmadığı anlaşılmıştır. İşverence sadece davacı yönünden farklı bir uygulamaya gidilmemiştir. Eşit davranma borcuna aykırılık bulunmamaktadır. Zira işveren tarafından salt zam yapılmaması hali de işçiye haklı fesih hakkı vermeyeceğinden (Yargıtay 9.HD. 19.03.2012 GÜN 2010/279 E, 2012/8969 K.) kıdem tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalıdır."* gerekçesi ile kararın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay'ın gerekçesinden de görüleceği üzere sadece davacı yönünden farklı bir muamele söz konusu olmaması nedeni ile ayrımcılığın söz konusu olmadığı, bu nedenle de davacıya zam yapılmamasının haklı nedenle fesih hakkı vermediği belirtilerek karar bozulmuştur[247]. Kanaatimizce de ücret artışının işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan bir konu olması nedeni ile ücret artışı yapılmaması işçiye haklı nedenle feshi hakkı vermeyecektir.

Yine Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı kendisiyle aynı konum ve şartlarda çalışan diğer işçilere daha yüksek oranda zam uygulandığını, kendisine daha düşük oranda zam yapıldığını, kendisinden sonra işe başlayan çalışanların dahi kendisinden yüksek ücretle işe başlatıldığını beyan ederek iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirdiğini beyan etmiştir. Somut uyuşmazlığın davalının temyiz istemi üzerine Yargıtay'ın önüne gelmesi üzerine dosya kapsamında davalı tarafından sunulan daha yüksek zam uygulanan işçilerden K4'un eğitimi durumunun ve performansının, K2'nin ise pozisyonunun ve performansının davacıdan daha yüksek olması nedeni ile *"İşveren eğitim durumu, kıdem ve performans gibi objektif nedenlere bağlı olarak yönetim hakkı çerçevesinde farklı oranlarda zam yapabilir ve buna bağlı olarak farklı miktarlarda ücret ödeyebilir. ... Mahkemece davalının savunmasından ve sunduğu sertifika, diploma ve sair belgelerden diğer çalışanlar lehine olan ücret farkının haklı gerekçesinin anlaşılamadığı gerekçesi ile kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmişse*

[247] Yarg. 9. HD. 2017/25328 E. 2017/15481 K. 11.10.2017 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 10.02.2020)

de davalı işveren tarafından işçilere farklı oranlarda zam yapılmasının ve farklı miktarlarda ücretler ödenmesinin objektif nedenlerini dosyaya sunduğu belgelerle ortaya koyduğundan davalının eşit davranma borcuna aykırı davrandığının söylenemeyeceği ve davacının iş akdinin feshinin haklı nedene dayanmadığının anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." gerekçesi ile davalının objektif kriterleri dikkate alarak farklı zam oranları uygulamasının eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığı gerekçesi ile davacının feshinin haklı sebebe dayanmadığını bu nedenle de kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerektiğinden bahisle kararın bozulmasına karar vermiştir[248]. Söz konusu kararın gerekçesinden de görüleceği üzere işveren işçilerin performans, eğitim, pozisyonları, yetenekleri gibi özelliklerini dikkate alarak yönetim hakkı çerçevesinde farklı zam oranı kararlaştırabilecek olup bu durum eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır.

Ancak işverenin aynı veya benzeri işte çalışan tüm personeline zam uygulayıp hiçbir haklı sebebe dayanmaksızın bazı işçileri bu zam uygulaması dışında tutması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Ancak işçilerin yaptıkları iş aynı olmakla birlikte genç işçilere daha fazla oranda zam uygulaması yapılır iken hiçbir haklı sebep olmaksızın emeklilik hakkını kazanmış ancak halen çalışmasını sürdüren işçilere karşı daha düşük zam oranının belirlenmesi eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır[249]. Ancak Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere aynı veya benzeri konumda çalışan işçiler arasındaki uygulama farklılıklarına her somut olaya göre bakılması gerekmektedir, eğer işçilerin yaptıkları iş birbirinden çok farklı ise bu durumda aralarında kıyas yapılamayacağından eşit davranma borcuna aykırılıktan da söz edilemeyecektir[250].

---

[248] Yarg. 9. HD. 2015/28698 E. 2018/22722 K. 10.12.2018 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 10.02.2020).
[249] Özdemir, Ücret Artışında Eşitlik, 252-253.
[250] Yarg. 9. HD. 2012/22794 E. 2014/22794 K. 30.6.2014 T. kararında: *"Somut uyuşmazlıkta davalı işveren emsal gösterilen iki işçi dışında tüm işçilere % 9 oranında, emsal gösterilen iki işçiye ise % 25 oranında zam uygulamıştır. Davacı ile % 25 zam uygulanan işçiler dosya içeriğine göre aynı konumda ve eşit değildirler. İki işçi dışında davacı dahil diğer işçilere bir hak sınırlandırılması getirilmemiştir. % 25 zam uygulanan işçiler farklı konumda olup, bu uygulama işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığından, davalının eşit işlem borcuna aykırı davrandığından söz edilemez. Mahkemece davanın reddi yerine hangi haklı ya da yasal gerekçe ile % 9 zam uygulandığı olgusunun açıklanamadığı ve objektif bir nedenin varlığı ispatlanamadığı gerekçesi ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."*, www.sgkrehberi.com (E.T.: 29.01.2020).

Ancak işveren işyerindeki işçilere seyyanen zam yaptıysa bu durumda haklı bir sebebe dayanmadıkça bazı işçileri bu zam uygulaması dışında bırakamaz[251]. Aksi takdirde işveren eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş sayılacaktır. Ancak genel nitelikte ücret artışı söz konusu değilse bireysel nitelikte ücret artışında sözleşme özgürlüğü gereği eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır[252]. Eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için kolektif nitelikte diğer deyişle genele yönelik işlemlerin olması gerektiği birinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştı.

Son zamanlarda tartışma konusu olan ve öğretide eleştirilen bir karardan bahsetmemiz gerekir ise Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında mavi yakalı işçi beyaz yakalı işçi ayrımının hukukumuzda olmaması sebebi ile işyerinde fazla mesai ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücretine uygulanacak farklı zam oranı uygulamasını hukuka aykırı bularak kararın İşK. m. 5'e aykırı olduğuna hükmedilmiştir[253]. Karar öğretide haklı olarak eleştirilmiştir. Özdemir'e göre hukukumuzda mavi yaka beyaz yaka ayrımı kanunda yer almasa da uygulamada yer almaktadır ve beyaz yakalı işçi için işin niteliği önem taşımaktayken mavi yakalı işçi için fiili çalışma süresi diğer deyişle işin niceliğinin önem taşıması, bunun yanı sıra beyaz yakalı işçi ile mavi yakalı işçi arasında motive edilebilme, işe bağlama ve devamlılığı yönetme noktasında farklılıklar bulunması nedeni ile aralarında fazla çalışma ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti noktasında farklı artırım oranlarının uygulanması haklı nedene dayanmakta ve eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmamaktadır[254]. Kanaatimizce de verilen bu karar hukuka aykırıdır, zira eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olabilmesi için birinci bölümde de ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere kıyaslanabilir en az iki işçinin bulunması ve aralarında ayrım yapılması noktasında haklı sebebin mevcut olmaması gerekmektedir. Söz konusu kararın ayrıntısı yayınlanan kısımda yer almamakta ancak beyaz yakalı işçi mavi yakalı işçi arasında ayrımın yasada yer almaması nedeni ile işverenin eşit davranma borcuna aykırılığa sebebiyet verdiği ifadesi yer almaktadır. Karar son derece hatalıdır. Zira aynı işyerinde çalışan yönetici ile sadece çalışma saatleri odaklı çalışan, başarı ve prim hedefi söz konusu olmayan işçi

[251]Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420; Özdemir, Ücret Artışında Eşitlik, 260; Süzek, 447; Reyhani Yüksel, 71-72; Karademir/Ekinci, 236.
[252] Tuncay, 171; Erkanlı, 131.
[253] Yarg. 9. HD. 2012/36446 E. 2014/27623 K. 23.09.2014 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 29.01.2020).
[254] Özdemir, M. Erdem, Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma İle Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 33, 49-55.

arasında haklı bir nedene dayalı olarak ayrım yapılması son derece olağandır. Ancak bu ayrımın muhakkak haklı bir nedene dayanması gerekmektedir. Örneğin yönetici vasfında çalışan işçiye araç tahsisi sağlanması diğer işçiler ile kıyaslanabilir bir durumda çalışmadığından ayrımcılık oluşturmayacaktır. Ancak bu işçiye araç tahsisi yapılmadıysa sadece yönetici veyahut iyi pozisyonda çalışan bir işçi olmasından bahisle diğer çalışanlardan daha fazla aylık akbil abonman ücreti verilmesi haklı bir nedene dayanmayacağından eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir.

Ancak doktrinde bazı işçilere tatil günlerindeki çalışmaları karşılığında yasal ücretin üzerinde farklı zam oranı uygulanırken işçilerin bazılarının uygulama dışında tutulmasını eşit davranma borcuna aykırı gören aksi görüş de bulunmaktadır[255]. Bu görüşe göre ise mavi yakalı veya beyaz yakalı ayrımı yapılmaksızın her işçiye aynı oranda fazla mesai ücreti ya da ulusal bayram ve genel tatil ücreti zamlarının verilmesi gerekecektir.

Yine işveren ücret noktasında işçileri objektif olarak haklı görülebilir şekilde gruplara ayırdıysa bu durumda aynı ücret grubunda yer alan işçilerden bazılarına haklı neden olmaksızın zam yapmaması veya diğer işçilere sağladığı sosyal ödemelerden yararlandırmaması eşit davranma borcuna aykırılığa sebebiyet verecektir[256]. Örneğin işverenin sadece çocuklu işçilere çocuk yardımında bulunması haklı bir sebebe dayandırılabildiği için eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır. Devamlı ve sürekli nitelikte olan bu sebeple de işyeri uygulaması haline gelen ikramiye gibi ödemelerin de haklı bir sebebe dayanmadıkça tüm çalışanlara eşit şekilde yapılması gerekmektedir[257].

Ücret ödemede gecikme yapılması durumunda işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için de haklı bir nedene dayanmaksızın işverenin diğer işçilerin ücretini öderken bazı işçilerin ücretini ödemeyi geciktirmesi gerekmektedir. Zira bu durumda da işveren aynı veya benzer işleri yapan işçiler arasında keyfi ayrım yaparak bazı işçilerin ödemesini geciktirmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık ortaya çıkacaktır. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına konu olayda davacı işçi, ücretinin tahsili amacı ile davalıya karşı icra takibi yaptığını ancak işverence kasıtlı olarak ücretinin yatırılmadığını beyan ederek ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuştur. Davacının talebi ilk derece mahkemesince kısmen

[255] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420.
[256] Süzek, 447-448; Reyhani Yüksel, 72; Karademir/Ekinci, 235.
[257] Süzek, 447; Erkanlı, 132.

kabul edilmiş ancak davalının temyiz yoluna başvurması üzerine yapılan incelemeler sonucunda işverenin ekonomik sıkıntıları sebebi ile bazı işçilerin ödemelerini geciktirmesi durumunda, bu durumun İşK. m. 5'te tahdidi olarak sayılan ve "ve benzeri ibaresi" ile kapsamı genişletilen ayrımcılık hallerine dahil edilemeyeceği kabul edilerek davanın reddi gerektiğinden bahisle kararın bozulmasına karar verilmiştir. Kararın karşı oy yazısında isabetle belirtildiği üzere olayda ücretin tahsili amacı ile icra takibine geçmeyen 20 kadar işçiye ücretlerinin ödenmesi ancak icra takibi başlatan işçilerin ödemelerinin yapılmaması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu, bu nedenle de nispi ayrımcılık yasaklarının da yaptırımının İşK. m. 5'te yer almasından dolayı ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği görüşü yer almaktadır[258]. Kanaatimizce de söz konusu Yargıtay'ın vermiş olduğu kararına katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu olayda davalı işveren keyfi ayrımda bulunarak sadece icra takibine geçmeyen işçilerin geciken ücretlerini ödeyerek diğer icra takibinde bulunan işçilere karşı eşit davranmamıştır. İşçilerin ücretlerinin ödenmemesi sebebi ile icra takibinde bulunmaları kanundan doğan yasal hakkın kullanılması niteliğinde olup sırf bu haklarını kullandıklarından bahisle ücret ödemelerinin yapılmaması keyfi ayrıma dayanmakta olup hakkaniyete açıkça aykırıdır. Bu sebeple ayrımcılık tazminatının bu durum dikkate alınmaksızın reddedilmesi isabetli olmamıştır. Ancak işverenin ücret ödememesi muhasebe sistemindeki hatadan kaynaklanmakta ise bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacağından ayrımcılık tazminatı gündeme gelmeyecektir[259].

3. Kadın ve Erkek İşçi Arasında Ücret Hususunda Eşit Davranma Borcu

Kadın çalışanların erkek çalışanlara oranla toplumsal hayatta daha fazla sorunla karşılaşmaları söz konusudur. Bunlardan bazıları ücrette ayrımcılık, terfi etmede zorluk veya işe alınmama gibi kendisini göstermektedir. Kanun koyucu da uygulamada yaşanan sorunların farkına vararak haklı bir sebebe dayanmaksızın sırf cinsiyete dayalı ücrette ayrımcılık yapılamayacağını özel olarak düzenlemiştir.

Kadın çalışanların ayrımcılığa uğramasının altında toplumsal cinsiyet algısı, fiziksel güç düşüklüğü ve çocuk doğurma gibi sebepler bulunmaktadır[260]. Yapılan araştırmalara göre kadın

[258]Yarg. 7. HD. 2015/3255 E. 2015/3200 K. 03.03.2015 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 01.02.2020).
[259] Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 2020, 281.
[260] Sayar Özkan, Gökçen/Özkan, Bülent, Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, 96.

işçilerin ücretinin belirlenmesinde halen cinsiyet önemli bir faktör olarak ilk sırada yer almaktadır[261]. Kadın istihdamının sınırlı olmasının en temel sebebi de esasında hamilelik ve çocuk bakımı olmaktadır. Yapılan araştırma sonuçlarına göre kadınların çalışmaları halinde ücretlerinin çoğunun çocuk bakımına ve ev hizmetlisine gidecek olması sebebi ile çalışmayı tercih etmedikleri görülmektedir[262]. Bu durum da çalışma yaşamında kadın istihdamının oldukça düşmesine ve çalışma yaşamında oransal olarak daha az bulunan kadınların ayrımcılığa uğramasına sebep olmaktadır. Bu sebeple kadınların çalışma yaşamında haksızlıklara uğramaması, cinsiyetleri sebebi ile mağduriyet yaşamamaları adına özel düzenlemeler getirilmiştir.

Kanun koyucu cinsiyet temelli yapılan ayrımcılığın farkında olarak buna engel olmak amacı ile 1475 sayılı İş Kanunu yanı sıra 4857 sayılı İş Kanunu ile de ayrıntılı olarak bu hususu düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. İşK. m. 5'te de açıkça yer verildiği üzere aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeni ile farklı ücret kararlaştırılamayacaktır. Aksi takdirde işveren eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olacaktır. Kanundaki eşit değerde iş kavramının birebir aynı iş olarak değil birbirine yakın çaba ve sorumluluk gerektiren işler olarak anlaşılması gerekmektedir[263].

Kanunda yer alan eşit işe eşit ücret ödenmesini öngören düzenleme mutlak olarak anlaşılmamalıdır, zira birtakım objektif ve sübjektif kriterlere bağlı olarak (örneğin kıdem, beceriklilik, verimlilik gibi) bu düzenleme esneyebilmektedir[264]. Aynı zamanda Kanun'da yer alan ücret ifadesinin de ücret eki niteliğinde işçiye sağlanan tüm menfaatleri kapsadığı kabul edilmektedir[265].

Yine Kanun'da açıkça yer verildiği üzere cinsiyet sebebi ile bazı özel koruyucu hükümlerin uygulanması durumunda bu durum daha düşük ücretin ödenmesinin haklı gerekçesi olamayacaktır[266]. Örneğin hamilelik sebebi ile işçinin daha hafif işlerde çalıştırılması durumunda veya işçinin süt izni kullanması durumunda kadın işçiye bu nedenlere dayalı olarak

[261] Detaylar için bkz. Sayar Özkan/Özkan, 91-101.
[262] Detaylı bilgi için bkz. Süral, Nurhan, İstihdamda Cinsiyet Eşitliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 10, Y. 5, S. 20, 23-25.
[263] Caniklioğlu, Kadın Hakları, 57.
[264] Caniklioğlu, Kadın Hakları, 57.
[265] Caniklioğlu, Kadın Hakları, 58; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 196; Çolakoğlu, 22.
[266] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 416; Süzek, 449.

daha düşük ücret verilemeyecektir[267]. İş sözleşmelerinde özel koruyucu düzenlemelere aykırı hükümler yer alsa dahi kanuni düzenlemelerin emredici hüküm mahiyetinde olması sebebiyle aksine düzenlemeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır[268].

Ancak kadın erkek arasında ücret eşitliğinin uygulanabilmesi için kıyaslanabilir aynı veya eşit değerde işte çalışan kadın ve erkek işçilerin bulunması, işçilerin aynı işyerinde çalışması, zaman bakımından aralarında birliğin olması ve Kanun'da açıkça yer verildiği üzere işçilerin aynı veya eşit değerde işte çalıştırılıyor olması gerekmektedir[269]. Ancak Kanun'da *"aynı veyahut eşit değerde"* iş olması gerektiği ifade edilirken eşit değerde iş ile neyin kastedildiği ve bunun tespitinin nasıl yapılması gerektiği hususlarında açıklık getirilmemiştir. Somut olay bakımından kadın erkek arasındaki ücret eşitsizliği iddiası ile karşılaşan hâkimin uzman bilirkişi marifeti ile eşit değerde iş olup olmadığı hususunda açıklık sağlaması gerekecektir. Bu şartların hepsinin aynı anda ve birlikte bulunması durumunda işveren aynı veyahut benzer işte çalışan kadın işçi için ücreti cinsiyeti sebebi ile daha düşük belirleyemeyecektir. Sadece temel ücret değil, ek ödemeler ve doğrudan veya dolaylı olarak parayla sağlanan ödemelerin de bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir[270].

Bazı hallerde yukarıdaki şartların mevcut olmasına rağmen objektif açıdan haklı görülebilir nedenler söz konusu olduğunda kadın ve erkek çalışanların ücreti farklı kararlaştırılabildiği kabul edilmektedir[271]. Bunlardan birincisi sözleşme konusunun sadece erkek işçi tarafından yapılabilen ve cinsiyetin vazgeçilmez bir unsur olarak arandığı işlerde kadın ve erkek işçi arasında farklı ücret kararlaştırılabilir. İkincisi işin kadın işçi tarafından yapılamayacağına ilişkin objektif sebeplerin bulunduğu hallerde kadın ve erkek işçi arasında farklı ücret kararlaştırılabilir. Son olarak üçüncüsü ise yapılan işte objektif olarak cinsiyet ayrımı yapıldığını gösterir nedenlerin bulunmadığı hallerde kadın ve erkek işçi arasında farklı ücret kararlaştırılabilecektir[272]. Bu üç durumda aynı veya eşit değerde iş için farklı ücret kararlaştırması eşit davranma borcuna aykırı sayılmayacaktır[273].

---

[267] Ekmekçi/Yiğit, 277.
[268] Keser, 30.
[269]Senyen Kaplan, 241.
[270]Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 250.
[271]Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 251
[272]Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 251.
[273]Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 251; Kurşun, Özgü, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, 88.

Aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeni ile farklı ücret kararlaştırmama yasağı İş Kanunu yanı sıra tarafımızca da imza altına alınmış olan ILO'nun Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m. 23), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 7) gibi pek çok uluslararası sözleşme ile de kabul edilmiştir[274]. Tarafımızca imza altına alınmış olan Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi'nde de eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle düşük ücret kararlaştırılamayacağı ve ücretin içeriğine asli ücret ve eklerinin dahil olduğu, üye devletlerin çalışanların ayrımcılığa uğramasını engellemek amacı ile gerekli önlemleri alacağı ve işçilerin işten çıkarılmaya karşı korunacağı da düzenlenmiştir[275].

D. Yönetim Hakkının Kullanılmasında Eşit Davranma Borcu

İşverenin yönetim hakkı, işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yürütüleceğine veya işyeri düzenine ve güvenliğine ilişkin noktalarda tek taraflı kural koyabilme ve düzenlemeler getirebilme yetkisini ifade etmektedir[276]. Aynı zamanda işveren yönetim hakkı gereği kural koymanın yanında koyduğu kurallara ve verdiği talimatlara uygun davranılıp davranılmadığını işçinin özel yaşamına müdahale oluşturmayacak şekilde denetleme ve kontrol etme hakkına da sahiptir[277].

İşveren yönetim hakkı kapsamında günlük çalışma saatlerini, çalışma saatlerinin başlangıç ve bitiş zamanlarını, ara dinlenme sürelerini, fazla çalışma yapılıp yapılmayacağı yapılacak ise bunun sürelerini ve zamanlarını, yıllık iznin kullandırılacağı zaman dilimini ve işçinin davranışlarını etkileyen yemek saatleri, yemekhane, tuvalet, otopark vs. gibi alanların kullanımlarını ve doğal afet gibi durumlarda takip edilecek yöntemleri düzenleme hakkına sahiptir[278]. Ancak işveren yönetim hakkını kendisinden üst norm olan Anayasa, kanun, yönetmelik, işyeri iç yönetmeliği veya işyeri uygulaması söz konusu olmadığı alanlarda kullanabilecektir. Eğer bu tür düzenlemelerde kural var ise bu durumda bu normlara aykırı kural

[274]Detaylı bilgi için bkz. Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2014/1, 29-48; Erkanlı, 134.
[275] Yuvalı, İş Kanunu ve Kadın İşçiler, 101-102.
[276] Adınır, Kaptan Merter, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 2019, 11; Erdemir, Makbule Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2014, 173.
[277] Erdemir, 173.
[278] Detaylı bilgi için bkz. Adınır, 49-56.

koyamayacağı gibi bu normlara aykırı emir ve talimat da veremeyecektir[279]. İşverenin yönetim hakkını kullanırken emredici hükümlerin yanı sıra, sözleşmede ve toplu iş sözleşmesinde yer alan düzenlemelere uymak, işçiyi gözetmekle beraber işçinin kişiliğinin ve kişilik hakkının korunmasını da sağlamak zorundadır[280].

Eşit davranma borcunun var olması için, yukarıda detaylı olarak açıkladığımız üzere, aynı konum ve şartlar altında çalışan aynı veya benzeri işte görevlendirilen işçilerin mevcut olması gerekmektedir. Yargıtay içtihatları uyarınca işverenin farklı davranma hususundaki serbestisi işçilerin farklı konumlarda olması halinde ortaya çıkmaktadır[281]. Ancak haklı nedenlerin bulunması durumunda işveren yönetim hakkına dayanarak aynı konum ve şartlardaki işçilere farklı uygulama kararlaştırabilecektir. İşveren yönetim hakkını kullanırken, doktrin ve Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere eşit davranma borcunun sınırlamasıyla karşı karşıya kalmaktadır[282]. Bu sebeple işverenin yönetim hakkını her ne kadar serbest şekilde kullanmaya hakkı olsa da eşit davranma borcu gereği bu hakkını keyfi olarak ve kötü niyete dönüşmeden kullanması gerekmektedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan diğer bir konu ise çalışanı terfi ettirip ettirmeme noktasındaki serbestisidir. İşverenin kural olarak iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde, işyeri yönetmeliğinde veya işyeri uygulamasında terfiye ilişkin bir kural bulunmadığı takdirde işçisini terfi ettirmek zorunluluğu söz konusu değildir. Bu durumda işçi terfi ettirilmemesi nedeni ile iş sözleşmesini haklı sebeple feshedemeyecektir. Ancak aynı konum ve şartlar altında çalışan işçilerden bazılarının terfi ettirilmesi bir kısmının ise terfi dışında tutulması haklı ve objektif gerekçeye dayandırılamıyor ise bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır[283]. İşveren bu durumda terfi ettirilen işçilerin gerek

[279]Adınır, 11; Moralıoğlu, 103; Balkır, Z. Gönül, İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, Y 2008, S. 13, 75.
[280] Balkır, 74.
[281] Nazlı, 577.
[282] Tuncay, 158; Erkanlı, 135; Yarg. 22. HD. 2017/11694 E. 2018/7055 K. 19.03.2018 T. kararında: *"Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir."*, www.lexpera.com (E.T.:09.02.2020).
[283] Moralıoğlu, 95.

performansı, eğitim durumu, yetenekleri gibi objektif gerekçelere dayalı olarak diğerlerine nazaran terfi ettirildiklerinin gerekçesini kanıtlaması gerekecektir.

Genel olarak işverenin yönetim hakkı ve serbest piyasa içerisinde ücretin taraflarca belirlenmesinin mümkün olması nedeni ile ücrette haklı bir sebebe dayalı olduğu sürece farklılaştırma yapılabileceği yukarıda incelenmişti. Yine işveren yönetim hakkına dayanarak keyfiyete dayanmadığı sürece işyerinde farklı zam oranları kararlaştırabilecektir. Bu hususta aynı konum ve şartlar altında çalışan işçileri kendi aralarında gruplara ayırıp, gruplar arası farklı ücret zammı veya farklı sosyal imkanlar sağlayabilecektir[284]. Ancak buradaki en temel koşul gruplara ayırırken ve gruplar arasında farklı uygulamalarda bulunurken haklı ve objektif nedenlere dayalı olarak keyfi ayrımdan kaçınmaktır. Aksi takdirde işveren yönetim hakkını kötüye kullanarak eşit davranma borcunu ihlal etmiş sayılır. Örneğin işverenin çocuğu eğitim görmekte olan işçileri tespit edip eğitim yardımında bulunması çocuksuz işçilere karşı eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır, zira işveren haklı bir sebebe dayalı olarak işçileri arasında sosyal yardım hususunda grup belirlemiştir ve bu gruptaki işçiler arasında ayrım yapmaksızın yardımda bulunmuştur.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri kadın işçinin doğum izninde olduğu dönemde işyerinde zam yapılması ancak kadın işçinin izin dönüşünde bu zamdan yararlandırılmamasıdır. İş K. m. 5'te açıkça düzenlendiği üzere aynı veya eşit değerde bir iş için farklı ücret kararlaştırılamayacağından bu ve buna benzer ayrımcılık durumları eşit davranma ilkesine aykırılığa sebebiyet verecektir[285].

İşveren yönetim hakkını kullanırken ve disiplin hükümlerini uygularken haklı bir sebebe dayanmadıkça eşit davranma borcuna uygun hareket etmelidir. Örneğin işyerine girerken denetim yapılacak ise bu durumda haklı sebep olmadıkça işçileri arasında ayrım yapmaması gerekir[286].

İşveren yönetim hakkı çerçevesinde işyerinde uygulanacak çalışma saatlerinin belirlenmesine yönelik çeşitli gruplandırmalar yapabilecektir. Bu çerçevede fazla mesaiye kalacak işçileri veya gece çalışmasına kalacak işçileri belirleme hakkına sahiptir ancak bu

[284] Süzek, 447; Reyhani Yüksel, 72; Karademir/Ekinci, 235.
[285] Moralıoğlu, 100.
[286] Süzek, 448.

durumda da işverenin keyfi davranmaması gerekmemektedir[287]. Örneğin sürekli aynı kişilerden fazla mesai yapmasının istenmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olacaktır.

İşveren yönetim hakkı kapsamında işyerinde mevcut iletişim araçlarının kullanılması yönünden sınırlama getirebilecektir ancak bu sınırlandırmaların da tüm işçilere karşı aynı şekilde eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacak şekilde uygulanması gerekmektedir. Türk hukukunda kabul edildiği üzere işçi, işveren yasaklamadığı sürece iş telefonunu iş akışını bozmayacak şekilde ve düşük düzeyde kullanabilecektir ancak işveren iş telefonunun kişisel kullanım için kullanılmasını yasaklamış ise işçinin şahsi işler nedeniyle kullanmaması gerekecektir. Ancak işveren iş telefonunun kişisel işler nedeni ile kullanılmasını yasaklamış olsa dahi doktrinde acil durumda ya da işçinin aile üyesinin hastalanması durumunda kullanım izninin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir[288]. Aynı zamanda acil durumların söz konusu olması halinde işyerinde mevcut telefon, bilgisayar ve internetin dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılabilmesi mümkündür[289]. Ayrıca işveren bahsi geçen bağlantıların kullanılmasını yasaklama hakkına sahip olmakla birlikte işçilerin Anayasa'da güvence altına alınmış olan haklarını sınırlandırmaması gerekmektedir[290].

Yine işveren işçinin kişilik haklarını ihlal etmemek ve eşit davranma borcuna aykırı davranmamak kaydı ile işçinin giyim ve kuşamına ilişkin emir ve talimatta bulunabilecektir[291].

İşveren kanun gereği greve katılmayan işçileri işyerinde grev süresince çalıştırıp çalıştırmamak hususunda Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca takdir hakkına sahiptir bu nedenle işveren isterse işçilerden bazılarını bu sürede çalıştırır istemez ise çalıştırmaz[292]. Ancak yasal bir sınırlaması kanunda yer almasa bile doktrinde bu düzenlemenin mutlak olmadığı, bu sebeple de işverenin eşit davranma borcu gereği haklı bir nedene dayanarak bazı işçileri çalıştırmasının veya çalıştırmamasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir[293]. Ancak bu durumda da işverenin mutlak borcu olduğunu ve bu nedenle her işçi ayrı şekilde değil

[287] Kandemir/Yardımcıoğlu, 21.
[288] Erdemir, 188.
[289] Erdoğan, Canan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, 2017, 104.
[290] Erdoğan, 106.
[291] Erdemir, 196.
[292] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423.
[293] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423; Reyhani Yüksel, 75.

işçilerin tamamını esas alarak bu hakkını kullanabileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır[294].

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı veya ayrımcılık teşkil eden talimatı söz konusu olduğunda işçinin bu talimatı yerine getirmekle yükümlü olmadığı kabul edilmektedir[295]. İşçinin eşit davranma borcuna açıkça aykırı bir talimata maruz kalması durumunda hangi haklardan yararlanabileceği çeşitli ihtimallere göre farklılık arz etmektedir. Eğer işverenin iş ilişkisi içerisindeki vermiş olduğu emir ve talimatları İşK. m. 5/1 ve 2. fıkralarına aykırı nitelikte ise bu durumda işçi 4 aya kadar ücreti tutarında tazminat ve yoksun kaldığı haklarını talep edebilecektir.

Aynı zamanda işverenin eşitlik ilkesine aykırı talimatına işçinin uymaması durumunda işçi aleyhine bir yaptırımın uygulanmaması gerekir[296]. Bu durumda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği gibi geçerli sebeple de feshedemeyecektir. Buna rağmen işveren iş sözleşmesini sona erdirir ise bu durumda söz konusu fesih iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçersiz feshe, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için ise kötü niyetli feshe sebebiyet verecektir.

IV. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

A. Genel Olarak

Eşit davranma borcunun mutlak ve mutlak olmayan görünüm şekilleri bulunmaktadır. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcunun mutlak olmadığı doktrinde kabul edilmektedir[297]. İşverenin iş sözleşmesinin feshinde mutlak olarak eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı gibi işverenin bir işçiyi işten çıkarması diğer işçileri de işten çıkarmasını gerektirmemelidir zira iş sözleşmesinin sona ermesinde de kurulmasında olduğu gibi işçinin kişisel özellikleri ve kişisel durumu etkili olmaktadır[298]. Bu nedenle her somut olayın koşullarına göre eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

[294] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 423; Kandemir/Yardımcıoğlu, 21-22; Balkır, 75 Korkmaz/Alp, 171; Senyen Kaplan, Cinsiyet Ayrımcılığı, 259; Karagöz, 67-68.
[295] Adınır, 107.
[296] Karademir, Artür/Ekinci, Hakan, İşçilik Alacakları, 1. Baskı, Mart 2017, 235.
[297] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420-421; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 192; Uşan, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal ISGHD, Y. 2005, C. 2, S. 8, 1621.
[298] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420; Sümer, 93.

İş sözleşmesinin feshi hususunda işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olup olmadığı noktasında doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar sözleşme serbestisinin eşit işlem yapma borcuna baskın olması nedeni ile fesihte eşit davranma borcunun söz konusu olamayacağını kabul etmektedir. Uşan'a göre, sözleşme özgürlüğü uyarınca iş ilişkisi kurma hakkına sahip olan işverenin yine bu hakkı gereği kurmuş olduğu iş sözleşmesini sona erdirebilme hakkına da sahip olması nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde de -emredici düzenlemeler ve sözleşmesel kararlaştırmalar saklı kalmak kaydı ile- kötü niyetle hareket etmediği sürece eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır[299]. Yine aynı yazara göre aksinin kabul edilmesi durumunda işveren kavgaya karışan işçilerin tümünün iş sözleşmesini sona erdirmesinin ardından yeniden istediği işçileri işe geri alma hakkını kullanarak bu yasağı kolaylıkla aşabilecektir[300]. Senyen Kaplan'a göre de işveren fesih hakkını kötüye kullanmadığı sürece iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu altında değildir[301]. İşverenin bu hakkının mevcudiyeti nedeni ile iş sözleşmesini sona erdirme hususunda kötü niyetle hareket etmediği sürece serbest olması gerekir.

Bazı yazarlar ise eşit davranma borcunun fesihte uygulama alanının son derece sınırlı olduğunu ancak işverenin haklı bir sebebe dayanmayan keyfi ve kötü niyetli yaklaşımı söz konusu olduğunda eşit davranma borcunun gündeme geleceğini kabul etmektedir[302]. Ancak bu durumda işveren iş sözleşmesinin feshinde mutlak olarak eşit davranmak zorunda olmayıp hakkını kötüye kullanmadığı sürece geçerli sebeple fesihte de haklı sebeple fesihte de istediği işçinin iş sözleşmesini feshedebilir ancak İşK. m. 5'te yer alan özel düzenlemedeki haller saklıdır[303]. İş Kanunu m. 5'te yer alan sınırlamalarının yanı sıra işverenin sendika üyesi olan işçiler ile sendika üyesi olmayan veya farklı bir sendikaya üye olan işçiler arasında da iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda ayrım yapılmaması gerekmektedir[304]. İşveren toplu işçi çıkarmalarda dahi seçim hakkını kötü niyetle kullanmadığını sadece işçinin performansı, eğitimi gibi kişisel durumları ile sınırlı olmayıp işletmesel gerekçelerle üretim ihtiyacını, üretim durumunu vs. de dikkate alarak temellendirebilmelidir[305].

[299] Aksi görüşte olan Yargıtay kararı eleştirisi için bkz. Uşan, 1623-1632.
[300] Uşan,1630.
[301] Senyen Kaplan, 243.
[302] Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, 69; Moralıoğlu, 105; Senyen Kaplan, 243; Karacan, Esin, İş Hukuku, Ekim 2011, 2. Basım, 89; Sur, 49.
[303] Korkmaz/Alp, 170-171; Senyen Kaplan, 243; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 192-193.
[304] Sümer, 93.
[305] Sur, 49.

Doktrinde bazı yazarlara göre ise işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma borcu söz konusudur. Zira bu yazara göre iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun söz konusu olmadığını kabul eden yazarlar dahi İşK. m. 5/1 gibi belli başlı hallerde bu borcun söz konusu olduğunu kabul ederek kendi içlerinde çelişkiye düşmektedir, bu nedenle iş sözleşmesinin her aşamasında uygulama alanı bulan bu ilkenin fesihte kapsam dışı bırakılmaması gerekmektedir[306].

İş sözleşmesinin sona ermesinde ayrımcılık yasağı aynı zamanda işverenin seçim hakkını da sınırlamaktadır[307]. İşK. m. 5'te yer alan cinsiyet, gebelik, ırk, renk, siyasi görüş ve ayrımcılık teşkil edecek diğer nedenler söz konusu olduğunda iş sözleşmesinin feshi geçersiz hale gelecektir. Bu nedenle esasında işverenin eşit davranma borcu sözleşme özgürlüğü kapsamında kalan sözleşmeye son verebilme diğer deyişle sürekli nitelikli sözleşme olması nedeni ile fesih hakkının kullanılabilme noktasında geniş şekilde seçim serbestisini sınırlamaktadır.

İş sözleşmesinin feshinde süreli fesih yönünden iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından fesih ve iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler bakımından fesih ile haklı nedenle fesih durumu bakımından ayrı ayrı inceleme yapılacaktır. Ancak bu fesih hallerinin hepsi için ortak olarak aranan koşul kolektif nitelikli bir fesih işleminin bulunması gerektiğidir[308]. Bireysel ilişki nedeni ile tek bir işçi ile ilgili sorun ortaya çıkması üzerine sadece bu işçinin iş sözleşmesi sona erdirildi ise bu durumda eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır[309].

B. İş Sözleşmesinin Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu

1. Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu

a. İş Güvencesi Kapsamına Giren İşçiler Bakımından

İş Kanunu m. 18 kapsamına giren işçiler açısından hukukumuzda iş güvencesi sistemi kabul edilmiştir. Bu iş güvencesi sistemi nedeni ile bu kapsama giren işçilerin iş sözleşmeleri

[306] Şener, Battal, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, 155-156.
[307] Süzek, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S. 23, 33.
[308] Çelik, Nuri, İşletmenin, İşyerini ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S 4, 5-6; Doğan Yenisey, Kübra, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 2, 62; Şener, 135.
[309] Baysal, Ulaş, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İSGHD, Y. 2010, S. 25, 78.

ancak davranışları, yetersizlikleri veya işletme, iş ya da işyeri gereklilikleri nedeni ile geçerli sebeple sona erdirilebilecektir. Ancak bu üç durumda da objektif koşullar dikkate alınacak olup iş ilişkisinin devamının ciddi biçimde olumsuz yönde etkilenip etkilenmediğine bakılacaktır. Alp'e göre kanunda yer alan geçerli sebepler ancak iş ilişkisinin devamı sürecine engel teşkil edecek boyuta varan objektif nedenler olabilecektir[310]. Ancak iş güvencesi kapsamında kalan işçilere karşı yapılacak fesih bildiriminde eğer sebep belirtilmediyse veya fesih bildiriminde geçerli bir sebebe dayanılmadıysa bu durumda iş güvencesi sistemi kapsamında işe iade talebinde bulunabileceklerdir.

İş Kanunu m. 18 uyarınca işveren "ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler" ve "sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak" ve kanunda yer alan sınırlandırılmaksızın sayılan diğer nedenlere dayalı olarak işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle sona erdiremeyecektir. Örneğin işveren aynı durum ve koşullar altında çalışmakta olan işçilerden aynı kusurlu davranışı sergilemelerine rağmen sadece kadın işçilerin veya sadece sendikal faaliyette bulunan işçilerin iş sözleşmesine son vermesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olacaktır[311]. Ancak işveren aynı sebebe dayalı olarak bir kısım işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmesini haklı sebebe dayandırmakta ise bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır. Baysal'a göre aynı sebebe dayanan davranışı bir kısım işçilerin daha fazla tekrar etmiş olması haklı sebep teşkil ettiğinden bu durumda sadece bu işçilerin işten çıkarılmaları eşit davranma borcuna aykırı sayılmayacaktır[312].

İş güvencesi sisteminde işçinin şahsından kaynaklanan davranışı veya yetersizliği sebebi ile fesihten başka işin, işyerinin veya işletmesel gerekçeler ile iş sözleşmesinin feshinde de işverenin iş sözleşmesini sona erdireceği çalışanları yönünden keyfi hareket etmemesi gerekmektedir. Türk hukukunda genel olarak işverenin yönetim hakkı kapsamında kalması nedeni ile işletmesel gerekçeler ile iş sözleşmesini sona erdireceği işçileri seçerken fesih hakkının kötüye kullanılması veya keyfi davranılması durumları dışında herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadığı kabul edilmektedir[313]. İş sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye

[310] Alp, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, Y. 2003, C. 5, S. 1, 14.
[311] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 79.
[312] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 79.
[313] Çelik, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 7.

kullanılıp kullanılmadığının tespitinde TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının (objektif iyi niyet) esas alınması gerektiği ve işverenin dürüst, makul ve namuslu bir işverenden beklenen davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin araştırılması gerekmektedir[314].

İşletmesel sebepler doğrultusunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda feshin son çare olması ilkesi uyarınca feshin zorunlu olması gerekmektedir. İşyerinde çalışma saatlerinin azaltılması, işçinin ücretsiz izne çıkarılması, kısmi süreli çalışmaya geçilmesi gibi alternatif durumlar ile fesih önlenebilir ise bu durumda yapılan fesih geçersiz hale gelecektir[315]. İşveren işletmesel karara dayanarak işçi çıkardığını beyan etmesine rağmen fesih sonrası yeni işe alımlarda bulundu ise bu durumda işletmesel kararın tutarlı olarak uygulanmadığı kabul edilerek işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekecektir. Yargıtay kararlarına bakıldığında işletmesel gerekçelere dayalı fesihlerde fesih tarihinden önceki 6 ay ile sonraki 6 ay arasındaki işten çıkarmalara ve yeni işe alımlara bakılması gerektiği, buna göre işverenin almış olduğu işletmesel kararın tutarlı şekilde uygulanıp uygulanmadığına bakılması gerektiği kabul edilmektedir[316]. Fesihten önceki 6 ay gibi belirli bir süre ile sınırlı olarak inceleme yapılması yerine her somut olaya göre fesihten önce makul bir süre nazara alınarak inceleme yapılmasının daha uygun olacağını beyan eden görüşler de bulunmaktadır[317].

Yargıtay geçmiş yıllarda vermiş olduğu kararlarda "sosyal seçim kriterleri" ve "objektif kriterlere" dayalı olarak işverenin iş sözleşmesi sona erdirilecek işçileri seçmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay kararlarına göre sosyal seçim kriteri uygulanırken işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde öncelikle işyerinde aynı işi gören işçiler arasında karşılaştırma yapılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu ifa ederken

---

[314] Alp, 13.

[315] Demir, Aylin, Eşit Davranma İlkesi ve Fesihte Eşit Davranma İlkesine Uyulmamasının Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2019, C. 93, S. 6, 52.

[316] Yarg. 7 HD. 2015/35555 E. 2016/1692 K. 28.01.2016 T. kararında: *"Davalı şirketin 30.01.2015 tarihli yönetim kurulu kararında Hazinenin mülkiyetinde olduğu iddia edilen arazilerin iadesi sebebiyle Barbun, Karanfil, Sarmaşık, Havuç, İlkay, Manolya, Defne isimli kafelerin kapatılmasına karar verilmiştir. Davalı şirket, iş akdinin davacının çalıştığı kafenin kapanması ve davacıyı çalıştırabileceği başka bir işyerinin bulunmaması sebebiyle sonlandırıldığını savunmaktadır. Fesih bildiriminde de açıkça işyeri kapanması sebebiyle davacının iş akdine son verildiği belirtilmiştir. Öncelikle, davacının en son çalıştığı işyerinin kapanmasına karar verilen kafelerden biri olup olmadığı, işyerinin kapanıp kapanmadığı, kapanmış ise tüm işçilerin iş akitlerine son verilip verilmediği açıklığa kavuşturulmalı, bundan sonra fesih öncesi ve sonrası 6 aya ait SGK kayıtları getirtilerek işçi alımı yapılıp yapılmadığı araştırılmalı, yapılmış ise işe alınan işçilere ait iş sözleşmesi ve görev tanımları temin edilerek işçi alımının davacının çalıştığı yada çalışabileceği bir işe ait olup olmadığı netleştirilmeli bu şekilde feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı tespit edilmelidir."*, www.kazanci.com (E.T.: 09.06.2020).

[317] Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri İle Fesih, İSGHD, Y.2017, C. 14, S. 54, 683.

özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın dikkate alınması gerektiği kabul edilmekteydi. Yargıtay'ın sosyal seçim kriterlerine yönelik kararları yasal dayanağı bulunmaması ve hangi sıra dikkate alınarak sosyal seçimin yapılması gerektiğinin açık olmaması gibi pek çok nedenle eleştirilmekteydi[318]. Aynı zamanda sosyal seçim kriterleri sadece içerik itibari ile değil ispat hususunda da eleştirilmekteydi[319].

Yargıtay'ın doktrinde eleştirilen eski tarihli kararına konu bir olayda ilk derece mahkemesi tarafından işverenin fesihte özgür olduğuna ve keyfi davrandığının ispatlanmadığı sürece işletmesel nedenle geçerli fesih yapılmış sayılacağına ilişkin kararı Yargıtay tarafından sosyal seçim ölçütü ile fesihte son çare olması ilkesini bertaraf edici nitelikte ve eksik incelemeye dayalı karar verilmesi sebebi ile bozmuştur[320]. Aynı kararda Yargıtay işletmesel sebeple yapılacak fesihte sosyal seçim ölçütünün nasıl ve ne şekilde sıra ile dikkate alınacağını şu şekilde açıklamıştır: *"İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır."* Yargıtay'ın söz konusu kararında görüldüğü üzere sosyal seçim ölçütü gereği fesihte belirli bir sıranın gözetilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Aynı zamanda Yargıtay aynı kararda ilk derece mahkemesi tarafından işverenin fesihte keyfi davranmadığı sürece serbest olduğuna ilişkin gerekçesinin sosyal seçim ölçütüne ve fesihte son çare ilkesine aykırı olması sebebi ile kabul edilemeyeceğini de açıklamıştır. Doktrinde de isabetle eleştirildiği üzere kanunda yer almayan ve sınırlarının çizilmesinin çok güç olduğu böyle bir yükümlülüğün yargı kararlarıyla işverene yükletilmesi isabetli değildir[321]. Bozkurt Gümrükçüoğlu'na göre Alman hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da sosyal seçim ölçütlerinin düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır, ancak hali hazırda mevzuatımızda sosyal seçim kriterlerinin düzenlenmemiş olmasından dolayı

[318]Eleştiriler için bkz. Gürkaynak, Gönenç/Karaoğlan, Ceyda/ Uluay, Tolga, Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2014, S. 32, 176-177.
[319]Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. Çelik, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 5-13.
[320]Yarg. 9. HD. 2006/4878 E. 2006/8253 K. sayılı 03.04.2006 T. kararı, www.calismatoplum.org(E.T.: 17.02.2020).
[321] Alpagut, 104; Birben, 19.

uygulanabilirliği noktasında tartışmalar bulunmaktadır[322]. Zira ne kanunda ne de uluslararası yönergelerde ve tavsiye kararlarda buna ilişkin düzenleme bulunduğundan Yargıtay'ın bu içtihadının sağlam bir hukuki temele dayandırılması zordur[323]. Kanaatimizce de yasal dayanağı olmayan bir hususta işvereni sınırlandırmak ve fesih hususunda sosyal seçim kriterlerini uygulamasını beklemek adalete uygun bir çözüm olmayacaktır.

İşverene yönelik sosyal seçim yükümlülüğü kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle veyahut iş sözleşmesinin eki mahiyetinde olan iç yönetmelik ya da işyeri uygulaması ile sosyal seçim kuralları kabul edilmiş ise bu durumda işverenin işletmesel gerekçelerle iş sözleşmesini sona erdirirken sosyal seçim kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir[324]. Sorun yasal veya sözleşmesel bir düzenleme bulunmamasına rağmen sosyal seçim ilkesinin uygulanması noktasında ortaya çıkmaktadır.

Daha sonradan Yargıtay tarafından "objektif kritere dayalı seçim ilkesi" kabul edilmiştir. Doktrinde Yargıtay tarafından benimsenen fesihte eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediği noktasında esas alınan "objektif kriter" kavramının, işverence çıkarılacak işçilerin seçiminde haklı ve objektif nedenlere dayalı olarak eşitlik ilkesine uygun ve tutarlı davranmak olarak anlamak gerektiği kabul edilmektedir[325]. Eski tarihli Yargıtay kararlarında örneğin işveren tarafından öncelikle emeklilik yaşı gelenlerin veya belli bir yaşın üstündeki işçilerin çıkarılması gibi getirilen kriterler, işverenin keyfi seçimini kaldırması ve objektif olarak haklı ve makul sebebe dayanması ve tutarlı olarak uygulanması açısından yeterli olarak görülmekteydi.

Yargıtay'ın son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda ise eski tarihli kararlarının aksine sosyal seçim kriteri ve objektif seçim kriterinden vazgeçilerek işletmesel gerekçelere dayalı olarak işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işverenin keyfi davranmadığı sürece seçim serbestisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay kararları ile kabul edildiği üzere işveren gerçekleştirmiş olduğu feshin belirli kriterlere dayalı olduğunu iddia etmekteyse -her ne kadar sosyal seçim ölçütü görüşünden vazgeçilmiş olsa da- mahkemenin işverenin dayandığını belirttiği seçim kriterlerini tutarlı olarak uygulayıp uygulamadığını incelemesi

[322] Bozkurt Gümrükçüoğlu, İşletmesel Gerekler ile Fesih, 691.
[323] Birben, Erhan, İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 8, S. 2, 17-18.
[324] Gürkaynak/Karaoğlan/ Uluay, 172.
[325] Süzek, İşverenin Eşit Davranma Borcu, 33; Gürkaynak/Karaoğlan/ Uluay, 178.

gerekmektedir[326]. Ancak bazı yazarlara göre işverenin seçim kriterlerine uyduğunu belirttiği her somut olayda bunun denetlenmesi mümkün olmamalıdır[327]. Bozkurt Gümrükçüoğlu'na göre toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmelik gereği işverenin seçim kriterine uygun davranmasının gerektiği hallerde denetlenebilmesi mümkün iken işverenin seçim kriteri uygulaması zorunlu olmamasına rağmen uygulaması durumunda bunun denetlenmesi mümkün olmamalıdır[328].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına konu olayda davacı insan kaynakları grup lideri olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin davalı tarafından geçerli sebebe dayanmaksızın sonra erdirildiğini iddia ederken davalı vekili işletmesel gerekçeler ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğini savunmuştur. İlk derece mahkemesi tarafından iş sözleşmesinin feshine son çare olarak başvurulduğu yönünde herhangi bir bilgi ve belgenin davalı tarafından sunulmamış olduğu nedeni ile yapılan feshin geçersizliğine işçinin işe iadesine karar verilmiştir. Davalı tarafından yapılan istinaf başvurusunun da esastan reddedilmesi üzerine davalı vekili tarafından temyiz kanun yoluna gidilmiştir. Yargıtay ilgili hukuk dairesi ise *"Somut olayda, davacının iş sözleşmesi, davalı şirket yönetiminin aldığı karar doğrultusunda organizasyonel yeniden yapılandırma çalışmaları başlatılması, bu çalışma kapsamında insan kaynakları görevinin merkezden yürütülmesine karar verilmesi, oluşan kadro fazlalığı ve kendisine önerilecek niteliklerine uygun bir görevin de bulunamaması sebebiyle feshedilmiştir. İşveren ayrımcılık yasağını ihlal eden bir durum yoksa yönetim hakkı kapsamında işçiyi işten çıkarabilir. Burada işvereni bağlayan bir seçim kriteri yoktur. Davacının değerlendirilebileceği bir iş veya işyeri olduğu davacı tarafından iddia ve ispat edilmemiştir. Bu sebeple feshin son çare olması ilkesinin yerine getirilmediği soyut biçimde kabul edilemez. Bu hususlar dikkate alındığında, işverence yapılan fesih geçerli bir fesih olup talebin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır."* şeklinde gerekçe ile kesin olarak davanın reddine karar vermiştir[329]. Yargıtay söz

[326] Yarg. 7 HD. 2015/32128 E. 2016/626 K. 21.01.2016 T. kararında: *"Türk iş hukukunda 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 Sayılı Sendikalar Kanununun 30 vd. maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir."*, www.kazanci.com (E.T.: 09.06.2020).
[327] Bozkurt Gümrükçüoğlu, İşletmesel Gerekler ile Fesih, 696.
[328] Bozkurt Gümrükçüoğlu, İşletmesel Gerekler ile Fesih, 696.
[329]Yarg. 22. HD. 2018/2547 E. 2018/10492 K. 03.05.2018 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 17.02.2020).

konusu kararında açıkça ayrımcılık yasağını ihlal eden bir durum söz konusu olmadığında davalı işvereni bağlayan seçim kriterinin söz konusu olmadığını kabul etmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararına konu olayda davacı sendikaya üye olması nedeni ile işten çıkarıldığını, davalı tarafından her ne kadar işletmesel gerekçelerle işten çıkarıldığı söylense de iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin ardından kendisinden çok daha yüksek ücretle işçi alımlarının yapıldığını iddia ederek işe iadesini talep etmiştir. Davanın ilk derece mahkemesince kabul edilmesi üzerine davalı vekili tarafından istinaf kanun yoluna gidilmiş olup Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesi tarafından davalı işyerinin ekonomik olarak kötü durumda iken Hintli bir firma tarafından satın alınarak ödenmeyen işçi ücretlerinin ödendiği, bunun üzerine ekonomik olarak davalı şirketin daha iyi duruma geldiği, her ne kadar işletmesel karar gereği davacının iş sözleşmesini sona erdirdiğini savunsa da davacının işten çıkarılmasının ardından aynı bölüme yeni işçilerin alındığı ve davacının da içerisinde bulunduğu işçi grubunun sendikaya üye olması ve sendikanın işyerinde yetki tespit kararı alması üzerine sendikaya üye olan bu işçilerin tespit edilerek işten çıkarıldığı, bu nedenle ilk derece mahkemesinin "keyfilik ve tutarlılık ilkesine uyulmadığı yönündeki kabulünün yerinde olduğu" gerekçesi ile davalının istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verilmiştir[330]. Karardan da açıkça görüleceği üzere işverenin keyfi davranması ve tutarlılık ilkesine uygun davranmaması nedeni ile istinaf başvurusu reddedilerek sendikal tazminatın uygun olduğuna hükmedilmiştir.

Doktrinde baskın görüşe göre işletme, işyeri veya işin gereklerine dayalı fesihlerde fesih hakkı kötüye kullanılmadığı sürece işverenin yönetim hakkı çerçevesinde iş sözleşmesi sona erdirilecek işçileri özgürce seçebilme hakkı bulunmaktadır[331]. Zira kanunla iş sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin seçiminde bir sınırlandırmanın getirilmemiş olması ve kanunda yer almayan bir sınırlandırmanın yargı kararı ile getirilmesinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaması nedeni ile iş sözleşmesinin feshinde işveren keyfi davranmadığı sürece iş sözleşmesi sona erdirilecek işçileri özgürce seçebilmesi gerekmektedir[332]. Kanaatimizce de işverenin fesihte keyfi davranmadığı ve fesih hakkını kötüye kullanmadığı sürece hangi işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirileceğini serbestçe belirleyebilmesi gerekir. Zira aynı

[330] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. HD. 2018/4238 E. 2019/874 K. 3.4.2019 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 17.02.2020).
[331] Aykaç, 111.
[332] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 82-83.

konum ve şartlar altında çalışan işçilerden bazıları daha tecrübeli, çalışkan, hızlı, becerikli olabilir bunun gibi işverenin seçimlerini etkileyen sübjektif pek çok etken bulunmaktadır ve bu etkenlerin denetlenebilmesi oldukça zordur.

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin eşit davranma borcuna aykırı şekilde feshedilmesi durumunda yapılan fesih geçerli nedene dayalı olmayacaktır[333]. Bu nedenle iş sözleşmesi eşit davranma borcuna aykırı olarak feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi işe iade davası açabilecektir ve işe iadenin yanı sıra İşK. m. 5 uyarınca 4 aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir. Ancak doktrinde iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda talep edilebilip edilemeyeceği noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından ise aynı sebebe dayalı iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmektedir.

İşçinin davranışı veya yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde ise eşit davranma borcuna aykırılık doğrudan feshin geçersizliğine sebebiyet vermeyecek olup sadece geçerli nedenin tespitinde dolaylı olarak etkisi olacaktır. İşverenin bu durumda ayrımcı davranışını haklı ve makul bir sebebe dayandırması gerekecektir[334]. Eğer işveren haklı ve makul bir sebebe dayalı olarak ayrımcılık yapıldığını ispat edebilirse bu durumda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin işverenin sık sık rapor almakta olan veya diğer çalışanlardan sık sık borç isteyen iki işçisi var ise çalışanların iş sözleşmelerini sona erdirmek istediğinde eğer işçilerden sadece birinin iş sözleşmesini sona erdirecek ise bunun haklı ve makul bir sebebe dayanması ve keyfi hareket etmemesi gerekecektir.

b. İş Güvencesi Kapsamına Girmeyen İşçiler Bakımından

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmesinin kötü niyetle sona erdirilmesi durumunda ise işverenin İşK. m. 17 uyarınca kötü niyet tazminatı gündeme gelecektir. Kötü niyet tazminatı, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından kötü niyetle feshedilmesinin yaptırımı olarak İşK. m. 17'de düzenlenmiştir. Ancak bu tazminatın gündeme gelebilmesinin en önemli şartları işçinin iş güvencesi kapsamı dışında kalması, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve işveren tarafından kötü niyetle iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Eğer işçi iş güvencesi kapsamında kalmakta ise bu durumda

[333] Bozkurt Gümrükçüoğlu, İşletmesel Gerekler ile Fesih, 699.
[334] Aykaç, Hande Bahar, Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 1. Baskı, 2016, 107.

kötü niyet tazminatı taleplerinin reddedilmesi gerekecektir[335]. Bu şartların birlikte mevcut olması durumunda kötü niyet tazminatı olarak adlandırılan bildirim süresinin 3 katı tutarında tazminat ödenmesi gerekecektir. Bu durumda iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bağlı oldukları mevzuat hükümlerine göre dava açabileceklerdir[336].

İş güvencesi sistemi dışındaki işçilerin iş sözleşmelerinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedeni ile feshedilmesi durumunda da işçi sendikal tazminat talep edebilecektir. Bu durumda da işverenin fesih sebebinin sendikal sebebe dayanmadığını ispat etmesi gerekecektir. Ancak sendikal tazminata hükmedilmesi durumunda işçi lehine aynı zamanda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir.

Doktrinde tartışmalı olan husus ise iş güvencesi kapsamında dışında kalan işçinin kötü niyet tazminatı yanı sıra ayrımcılık tazminatı talep edebilip edemeyeceğidir. Doktrinde bazı yazarlar kötü niyetli davranışın aynı zamanda ayrımcılık da içermesi nedeni ile aynı nedene dayalı iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir[337]. Bazı yazarlar ise kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebileceğini kabul etmektedir[338].

Yargıtay ise ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının aynı sebebe dayalı olması nedeniyle birlikte talep edilemeyeceğini kabul etmektedir. Yargıtay bir kararında davacının iş sözleşmesinin işveren tarafından hamile olduğunun öğrenilmesi nedeniyle feshedilmesi üzerine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini uygun bulmakta iken aynı sebebe dayalı olarak kötü

---

[335] Yarg. 9. HD. 2015/27110 E. 2018/22088 K. 13.12.2018 T. kararında: *"...Somut uyuşmazlıkta, iş akdinin davalı işveren tarafından fazla mesai çalışmalarının karşılığının ödenmediğine ilişkin davacı işçinin bölge çalışma müdürlüğüne yaptığı şikâyet nedeniyle feshedildiği ve bu feshin kötüniyetli fesih olarak kabulü gerektiği dosyadaki bilgi ve belgelerle sabittir. Ancak kötüniyetli fesih için tazminat talep edilebilmesi, davacı işçinin iş güvencesinden yararlanmaması ön koşuluna bağlı olup mahkemece bu husus üzerinden durulmamıştır. Mahkeme tarafından yapılacak iş, iş akdinin feshi tarihinde davalı iş yerinde aynı iş kolunda en az 30 işçinin çalışıp çalışmadığını araştırarak davacının iş güvencesine haiz işçilerden olup olmadığı tespit edilip, davacı iş güvencesi kapsamında çalışan işçilerden ise şimdi olduğu gibi kötüniyet tazminatı talebinin reddine, aksi halde ise kabulüne karar verilmelidir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile kötüniyet tazminatının reddi yerinde değildir.*", İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2019, C. 93, S. 4, 358.

[336] Bakırcı, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 2, 118.

[337] Çelik, Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, Y. 2007, S. 14, 489; Odaman, Serkan, Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İSGHD, Y. 2010, C. 7, S. 25, 36; Bakırcı, 119.

[338] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 84; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, 164; Köseoğlu/Kaya, 73; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 199.

niyet tazminatına hükmedilemeyeceğinden bahisle kararın kötü niyet tazminatı yönünden bozulmasına karar vermiştir[339].

İşveren tarafından kötü niyetli fesih yapılması durumunda söz konusu fiil aynı zamanda eşit davranma borcunun ihlali niteliği taşımaktaysa ve işçi kötü niyet tazminatı talebinde bulunmayıp sadece ayrımcılık tazminatı talep etmişse bu durumda işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekecektir. Doktrinde tartışmalı olan husus her iki tazminatın da aynı anda talep edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Diğer deyişle kötü niyet tazminatı veya ayrımcılık tazminatı taleplerinden yalnızca birinin talep edilmesi durumunda talep edilen tazminata -şartlarının mevcut olması durumunda- karar verilmesi gerekecektir.

2. Süresiz (Haklı Nedenle) Fesih Bildirimi ile Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu

Haklı nedenle (süresiz) fesihte işveren kanunda yazılı olan sayılı hallere dayalı olarak ihbar öneli tanımaksızın iş sözleşmesini derhal sona erdirebilmektedir. Haklı nedenle fesih iş ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiği, geçerli sebeple feshe göre daha ağır nitelikte sebeplere dayalı iş sözleşmesinin sona erme halidir.

Haklı sebeple feshe sebebiyet verecek birden çok işçiyi ilgilendiren durumlarda örneğin işyerinde meydana gelen hırsızlık olayı söz konusu olduğunda işveren işçilerin iş sözleşmesini sona erdirirken eşit davranma borcu altında mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun yanıtı da diğer sona erme sebeplerinde olduğu gibi tartışmalıdır. Doktrinde genel olarak iş sözleşmesinin feshi noktasında işverenin serbest iradesinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir[340]. Zira iş sözleşmesi karşılıklı irade beyanı ile kurulan ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde özgür irade ile sona erdirilebilen özel hukuka tabi sözleşmedir[341]. Ancak işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanırken eşit davranma borcuna aykırı davranmaması gerekmektedir[342].

Uşan'a göre işverenin iş sözleşmesinin feshinde emredici düzenlemeler ve sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydı ile eşit davranma yükümlülüğü söz konusu değildir. Zira örneğin işveren aynı kavgaya karışan işçilerin hepsinin iş sözleşmesine son vermesinin ardından istediği

---

[339] Yarg. 9. HD. 2012/39721 E. 2014/32640 K. 05.11.2014 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 22.02.2020).
[340] Senyen Kaplan, 243; Karademir/Ekinci, 242; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 420-421; Süzek, 451; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 193.
[341] Uşan, 1630.
[342] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 85-86.

işçiler ile yeniden iş ilişkisi kurarak bu yasağı aşabilecektir[343]. Ancak Baysal'a göre bu durumun kanuna karşı hile teşkil etmesi nedeni ile ayrımcılığa uğrayan işçinin bunu ispatlaması halinde haksız fesihten doğan haklarını talep edebilecektir[344].

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçi yasaya aykırı ücret artışı talebinde bulunarak topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Bunun üzerine davacının iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. İlk derece mahkemesince işverenin aynı olay nedeni ile 6 işçiyi işe alması nedeni ile davacı yönünden iş sözleşmesinin feshinin haklı kabul edilemeyeceğinden bahisle kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmiştir. Davalının temyiz istemi üzerine Yargıtay tarafından eyleme katılan bir kısım işçilerin işe geri alınmasının davacının iş sözleşmesinin feshini haksız hale getirmeyeceği ve aynı olaya karışan işçilerin bir kısmının yeniden işe alınmasının eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerektiğinden bahisle kararın bozulmasına karar vermiştir[345]. Yargıtay'ın benzeri kararlarında da aynı şekilde haklı sebeple feshe konu olay nedeni ile işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinin ardından yeniden bir kısmının işe alınmasında eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olmadığı, işe almada eşit davranma borcuna aykırılığın ortaya çıkması için cinsiyet veya gebelik sebebi ile ayrımcılığın yapılmış olması gerektiği kabul edilmektedir[346]. Esasında görüleceği üzere Yargıtay kararları da bu yönü ile Uşan'ın görüşü ile aynı doğrultudadır. Ancak Yargıtay iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinden sonra yeniden bir kısım işçilerin işe alınmasında ayrımcılığın söz konusu olmadığını kabul ederken, Uşan yeniden işe alınması hususu dahil iş sözleşmeleri feshedilecek işçilerin seçimi hususunda işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olmadığını kabul etmektedir.

Haklı sebeple feshe konu olayın birden fazla işçiyi ilgilendirmesi durumunda ise Yargıtay iş sözleşmeleri sona erdirilecek işçilerin seçiminde eşit davranma borcunun söz konusu olacağını kabul etmektedir. Bu durumda işverenin haklı sebeple feshe giderken işçileri arasında keyfi ayrım yapmaması gerekmektedir, aksi takdirde eşit davranma borcuna aykırı davranış gündeme gelecektir ve haklı nedenle fesih ortadan kalkacaktır. Doktrinde bazı yazarlar

[343] Uşan, 1630.
[344] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 86.
[345] Yarg. 9. HD. 2007/38590 E. 2009/7042 K. 17.03.2009 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).
[346] Benzeri yönde diğer Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD. 2008/32183 E. 2009/7045 K. 17.3.2009 T. kararı, Yarg. 9. HD. 2007/38591 E. 2009/7043 K. 17.03.2009 T. kararı, Yarg. HGK 2009/485 E. 2009/598 K. 23.12.2009 T. kararı www.lexpera.com(E.T.: 23.02.2020).

tarafından haklı nedenle fesihte eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda feshin haksız hale geleceği bu nedenle geçerli fesih olarak sonuç doğurması gerektiği kabul edilmektedir[347]. Örneğin bu görüş uyarınca eğer kavga eden iki kişinden sadece biri işten çıkarıldı ise haklı neden ortadan kalkacaktır ve feshin geçerli nedene dayandığı kabul edileceğinden kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerekecektir[348].

Aykaç'a göre ise haklı nedenle fesih hakkının kullanılmasında eşit davranma borcuna aykırı davranış söz konusu olduğunda fesih haksız hale gelmemelidir. Bu durumda işçi, eğer eşit davranma borcuna aykırı davranış söz konusuysa genel hükümler uyarınca sözleşmeye aykırılığa dayalı uğramış olduğu maddi zararı ispat etmek koşulu ile talep edebilecektir[349]. Ancak yazara göre İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık yasaklarından birine dayalı fesih söz konusu olduğunda da ayrımcılık tazminatı ve yoksun kalınan kâr talep edilebilecektir, bunun yanı sıra eğer işçi iş güvencesine tabi ise feshin geçersizliğine sebebiyet verecektir[350].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına konu olan olayda davacı sendikal nedenle iş sözleşmesinin sona erdirildiğini bu nedenle işe iadesine ve sendikal tazminata karar verilmesini talep etmiştir. Davalı ise davacının iş sözleşmesinin haklı nedene dayalı olarak feshedildiğini savunmuştur. Yapılan incelemeler neticesinde Yargıtay ilgili dairesi tarafından davacının diğer davalı çalışanına hakaret ettiği, ancak hakaretin karşılıklı olması nedeni ile ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği, karşılıklı hakaret olayına karışan diğer işçinin işten çıkarılmamasının eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu ve bu durum nedeni ile feshin geçersizleştiği kabul edilerek davacının işe iadesine karar verilmiştir. Davacının sendikal tazminat talebine ilişkin ise işverenin hakaret eylemi nedeni ile davacının işten çıkarıldığını ispatlaması bunun üzerine davacının feshin sendikal nedene dayalı olduğunu ispat edememesi nedeni ile sendikal tazminat yönünden kararın kaldırılmasına kesin olarak karar verilmiştir[351].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise iki işçi arasında geçen karşılıklı hakaretin ve tartışmanın kim tarafından başlatıldığının tespit edilememesi ve tartışmaya karışan işçilerden birinin iş sözleşmesinin sona erdirilirken diğerinin sona erdirilmemesinin eşit

[347] Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap, Çalışanların Hakları ve Sorunları, 5. Baskı, 2018, 156.
[348] Başbuğ/Yücel Bodur, 156.
[349] Aykaç, 103.
[350] Aykaç, 103-104.
[351] Yarg. 22. HD. 2015/19755 E. 2015/25331 K. 17.9.2015 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).

davranma borcuna aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerektiği kabul edilmiştir[352].

Yargıtay 22. HD.'nin kararına konu bir olayda davacının hatalı beton dökümü nedeni ile işvereni 30 günlük ücreti tutarından fazla olacak şekilde zarara uğratması nedeni ile her ne kadar işveren açısından haklı nedenle fesih hakkı doğmuş olsa da davacının hatalı betonu geri çekmek amacı ile talimatını geri alması için şantiye şefini araması ancak şantiye şefinin bu teklifi kabul etmemesi üzerine hazır olmayan betonun inşaat alanına götürülmesi olayında şantiye şefinin daha fazla kusurunun bulunması ve şantiye şefinin iş sözleşmesinin sona erdirilmeyerek davacının iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğundan davacının iş sözleşmesinin haksız feshedildiği kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatlarının reddinin hatalı olduğu gerekçesi ile kararın bozulmasına karar verilmiştir[353].

Yargıtay 9. HD.'nin kararına konu olan bir olayda davacı ve operatör olarak çalışan K2'nin birlikte imalat işinde çalıştıkları sırada davacının işverence yasaklanan aparatı gizlice ve ısrarla kullandığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin sona erdirilirken, buna göz yuman ve amirlerine durumu iletmeyen K2'nin ihtar ve iki yevmiye kesim cezası ile cezalandırılmasını eşit davranma borcuna aykırı davranış olarak kabul ederek davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabul edilmesine karar verilmiştir[354].

Yargıtay 9. HD.'nin kararına konu bir olayda Kasım ayı toplantısında yapılan konuşmalar sırasında davacının şirketin işleri ile uğraşamayacağını beyan etmesi üzerine iş sözleşmesinin davalı tarafından feshedilmesine karşın, diğer işçi hakkında aynı nedenle fesih işleminin yapılmaması nedeni ile eşit davranma borcuna aykırılığın söz konusu olduğu ve yapılan feshin bu nedenle haklı sebep teşkil etmeyeceği ancak davacının sözleri nedeni ile iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceğinin kabulü ile iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedildiği kabul edilerek işe iade davasının reddine karar verilmiştir[355].

Yukarıdaki Yargıtay kararlarından da açıkça görüleceği üzere haklı nedenle fesih söz konusu olduğunda da işverenin eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekecektir. İşverenin makul ve haklı gerekçeler söz konusu olmaksızın bazı işçilerin iş sözleşmesini feshederken bazı işçiler ile çalışmaya devam etmesi eşit davranma borcuna aykırılık

[352] Yarg. 9. HD. 2010/40480 E. 2013/3720 K. 31.1.2013 T., www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020), benzeri yönde Yargıtay 9. HD. 2008/20714 E. 2010/3912 K. 18.02.2010 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).
[353] Yarg. 22. HD. 2015/35120 E. 2018/19675 K. 24.09.2018 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).
[354] Yarg. 9. HD. 2008/34788 E. 2010/25328 K. 23.09.2010 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).
[355] Yarg. 9. HD. 2016/2979 E. 2017/506 K. 23.1.2017 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).

oluşturacak olup iş sözleşmesi feshedilen işçiler açısından yapılan fesih haklı sebebe dayalı olmaktan çıkacaktır. Yargıtay tarafından bu durumda işveren tarafından yapılan feshin haksız hale geldiği ve bu nedenle geçerli sebeple fesih yapıldığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatlarının kabulüne karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

C. Bazı Özellikli Fesih Hallerinde Eşit Davranma Borcu

1. Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Fesihte Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu'muzda özel olarak düzenleme ihtiyacı hissedilen diğer bir husus da işverenin cinsiyet ve gebelik sebebi ile biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça iş sözleşmesinin kurulmasında ve uygulanmasında olduğu gibi sona ermesinde de ayrımcılık yapamayacağıdır. Bu nedenle işveren haklı ve objektif sebepler söz konusu olmadıkça cinsiyet ve gebelik sebebi ile iş sözleşmesini sona erdiremeyecektir. Yargıtay tarafından da örnek mahiyetinde yer verdiğimiz kararlardan görüleceği üzere bu hususta ayrımcılığa uğranıldığının yaklaşık olarak ispat edilmesi yeterli sayılmakta, eşit davranma borcunun ihlal edilmediğinin işveren tarafından somut ve inandırıcı deliller ile ispat edilemediği durumlarda ayrımcılık tazminatının kabulüne karar verilmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. HD.'nin bir kararında davacının iş sözleşmesinin işletmesel gerekçeler ile sona erdirildiğine ilişkin bilgi ve belgelerin sunulmamış olması, ekonomik gerekçeler ile küçülmeye gidildiğinin davalı tarafından ispatlanamaması ve davacının hamileliğinin 31. haftasında, yasal doğum iznine hak kazanacağı tarihin ise 1 hafta öncesinde sona erdirildiği olayda davacının hamileliği nedeni ile iş sözleşmesinin sona erdirilmiş olduğu kabul edilerek davalının ayrımcılık tazminatı açısından istinaf talebinin reddine karar verilmiştir[356].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında davacı işçi asılsız gerekçeler ile işten çıkarıldığını, işten çıkarılmasının asıl sebebinin hamileliği olduğunu iddia ederek ayrımcılık tazminatı ve fazla mesai ücreti talebinde bulunmuştur. Davalı ise davacının diğer çalışma arkadaşları ile iletişim sorunu yaşadığını ve bu nedenle sürekli sözlü olarak uyarıldığını, yöneticisine karşı saygı çerçevesi dışında konuşmalar yaptığını ve görevlerini tamamlamadığı gerekçesi ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğini savunmuştur. İlk derece mahkemesi tarafından davacı tanıklarının duyuma dayalı olması sebebi ile ayrımcılık yapıldığını ispatlayamadığı ve davalı tanıklarının işyerinde çalışan personellerin çoğunun kadın olduğu hatta aralarında doğum

[356] İstanbul BAM 29. HD. 2018/397 E. 2019/802 K. 12.3.2019 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 23.02.2020).

yapanların da bulunduğu beyanları karşısında davacının eşit davranma borcuna aykırı davranıldığını ispat edemediğinden ayrımcılık tazminatının reddine karar verilmiştir. Davacının ilgili kararı kanun yoluna götürmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından davacının işyerinde olumsuzluklara sebebiyet verecek bir çalışmasının bulunmadığı, aksine çalışmasının yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının hamileliğini 04.07.2014 tarihli yazı ile bildirmesi üzerine davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne 05.07.2014 tarihli yazı ile davacıdan verim alınamadığının ve kendisi ile çalışılmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği görüldüğünden hamilelik sebebi ile iş sözleşmesinin sona erdirildiği ve ayrımcılık tazminatı koşullarının oluştuğu ve ayrımcılığın yapılmadığının davalı tarafından ispatlanamadığı gerekçesi ile ayrımcılık tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesinin hatalı olması nedeni ile kararın bozulmasına karar verilmiştir[357].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında, davacı işçi davalı işyerinde çalışmaya başladıktan sonra hamile kalması üzerine davalı şirketin verimsiz olacağını düşünerek işten çıkmaya zorladığını, sürekli yetersizliği dile getirilerek psikolojik baskı uyguladığını, fazla mesai yaptırılmasına rağmen ücretinin ödenmediğini, işsiz kalmamak için doğum iznine dek bu koşullar altında çalışmaya devam ettiğini ancak doğum nedeni ile ücretsiz izinde iken iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddia ederek ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuştur. Davalı işveren ise davacının doğum izni dönüş tarihinde şirketin yüklenimi altındaki işlerin alt yüklenici firma tarafından yapılması sebebi ile mimar ihtiyacı kalmaması nedeni ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğini savunmuştur. Yerel mahkeme tarafından ayrımcılığın ispat edilemediği gerekçesi ile ayrımcılık tazminatının reddine karar verilmiştir. Davacının kanun yoluna gitmesi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından davalının belirttiği alt yüklenici ile aynı adreste kurulması, davalı şirket ortağının anılan şirkette mimar olarak yönetici pozisyonunda bulunması nedeni ile şirketler arasında organik bağın bulunduğu, her iki şirketin toplam çalışan sayısı incelendiğinde ihtiyacın kalmadığı şeklindeki fesih gerekçesinin gerçeği yansıtmadığının anlaşıldığı, davacının kendisine ayrımcılık yapıldığını doktor raporu ve tanık anlatımları ile ispatlamasına rağmen davalının iş hacminde meydana gelen düşüşü ve ihtiyacın kalmadığı gerekçesini somut ve inandırıcı deliller ile ispatlayamadığı gerekçesi ile ayrımcılığın

[357] Yarg. 9. HD. 2016/1423 E. 2019/11167 K. 15.05.2019 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 10.02.2020).

söz konusu olduğuna karar vererek ayrımcılık tazminatının kabulü gerekir iken reddine karar verilmesini hukuka aykırı bularak kararın bozulmasına karar vermiştir[358].

Yukarıdaki Yargıtay kararlarından da görüleceği üzere cinsiyet ve gebelik sebebi ile ayrımcılığa uğranıldığının yaklaşık olarak ispat edilmesi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin başka sebebe dayalı olduğunun ispat edilememesi durumunda eşit davranma borcuna aykırı davranıldığından bahisle işçi ayrımcılık tazminatına hak kazanacaktır.

Yuvalı'ya göre işçinin iş sözleşmesi belirli süreli ise süre sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi nedeniyle -hamilelik veya analık durumu söz konusu olsa bile- eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır[359]. Ancak kanaatimizce işçinin iş sözleşmesi belirli süreli de olsa eğer işveren tarafından iş sözleşmesi süresinden önce işçinin hamileliği nedeni ile sona erdirildiyse eşit davranma borcu ihlal edilmiş sayılmalıdır.

2. Sendikal Nedenle Fesihte Eşit Davranma Borcu

Sendikal feshe karşı işçinin korunması iş sözleşmesinin işverence feshedildiği durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. İşçinin kendi iradesi ile iş sözleşmesini feshetmesi durumunda bu koruma alanı uygulanmayacaktır[360]. Ancak işveren tarafından sendikal sebeple baskı uygulanması ve bu baskı sonucunda iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda yine STİSK m. 25'e gidilebilecektir[361]. Aksi görüşteki yazarlara göre ise feshin kim tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın sendikal özgürlüğün korunması amacı doğrultusunda işçinin her halükârda sendikal tazminata hak kazanabilmesi gerekir[362]. Yargıtay kararlarında ise işçinin işveren tarafından yapılan baskılara dayanamayıp istifa etmesi durumunda feshin işçi tarafından değil işveren tarafından yapıldığı kabul edilmektedir[363].

İş sözleşmesinin belirli süreli olması durumunda ise işverenin sözleşmeyi yenilememe hakkının kullanması durumunda iş sözleşmesinin belirli süre sonunda kendiliğinden sona ermesi halinde sendikal sebeple feshin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir[364].

---

[358] Yarg. 22. HD. 2015/15750 E. 2015/20058 K. 09.06.2015 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 10.02.2020).
[359] Yuvalı, İş Kanunu ve Kadın İşçiler, 111.
[360] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 231.
[361] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 231.
[362] Akyiğit, Ercan, Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, 396; Çil, Şahin, Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İSGHD, Y. 2005, C. 2, S. 6, 670-671.
[363] Yarg. 22. HD. 2016/25614 E. 2019/23988 K. 23.12.2019 T. kararında: *"İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverence tazminatların derhal ödenmesi ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir."*,www.kazanci.com (E.T.:12.08.2020).
[364] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 232.

STİSK m. 25/2 ve 25/3 ile işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetleri nedeni ile iş sözleşmesinin haksız olarak sona erdirilmesi önlenmek istemiştir. Bu düzenlemelere göre;

"(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz."

Düzenlemede sendika üyesi olan ve sendikaya üye olmayan işçiler arasında çalışma şartları açısından ayrım yapılamayacağının yanı sıra iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından da ayrım yapılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Devamı fıkrasında ise işçilerin sendika üyesi olması veya sendikaya üye olmaması, iş saatleri dışında veya işverenin onayı ile iş saatleri içerisinde işçi kuruluşlarının sendikal faaliyetlerine katılması veya sendikal faaliyette bulunmaları nedeni ile farklı işleme tabi tutulamayacağı ve iş sözleşmesinin sona erdirilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Burada esas amaç kolektif anlamda sendika özgürlüğünün korunması ve bireysel anlamda sendikal nedenle feshe karşı işçilerin korunmasıdır.

Kanundaki ifadeden de açıkça görüleceği üzere sadece iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde değil çalışma şartları devamında da işçinin sendikal ayrımcılığa uğraması önlenmek istenmiştir. Sendikal faaliyetleri sebebiyle çalışma şartları açısından da işçiler arasında haksız ayrım yapılması yasaklanmıştır. Aynı zamanda kanuni düzenlemede "işçiler" ibaresinin kullanılmış olması nedeniyle sendikal faaliyet sebebiyle ayrım yapılmaması yasağı sadece sendikalı işçiler için değil sendikalı olmayan işçileri de kapsamaktadır[365].

Sendikal tazminat talep edebilmek için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmese de uygulamada iş sözleşmesi devam ederken açılan sendikal tazminat talepli davalara

[365] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 229; Ören, Nisa, İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, 68.

rastlanmamaktadır[366]. İşten çıkarılma korkusu ile işçilerin genellikle sözleşmelerinin feshedildiği aşamada dava açtıkları görülmektedir.

Sendikal nedenle fesih noktasında geçerli nedenle feshe değinmemiz gerekirse, bu durumu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından öncesi ve sonrası olmak üzere 2 dönem halinde incelemek uygun olacaktır. STİSK m. 25/4'te yer alan "fesih dışında" ve STİSK m. 25/5'te yer alan "18" ibaresinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden önceki dönemde iş güvencesine tabi olmayan işçiler açısından sendikal tazminat talep etme hakkı bulunup bulunmadığı hususunda tartışmalar söz konusu olmaktaydı. Özkaraca'ya göre kanun maddesinin düzenlenişinde hata bulunmakta olup, AB normları, ILO sözleşmeleri ve Anayasa'da yer alan mevcut eşitlik ilkesi uyarınca iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin de sendikal tazminat talep etme hakkını kullanabilmesi gerekir[367]. Yine yazara göre 6356 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesine bakıldığı takdirde sendikal tazminat hakkından yararlanmak bakımından "tüm işçilerin bu madde kapsamına alınmış olduğunun ve iş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler açısından da işverenin fesih nedenini ispatla yükümlü olduğunun" ifade edilmesi karşısında iş güvencesine tabi olmayan işçilerin de bu haktan yararlandırılması gerektiği şeklinde yorum yapılması gerekir[368]. Aksi takdirde sendikalı olan işçileri sendikal ayrımcılığa uğramamaları amacı ile getirilen düzenlemenin iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçilere göre ayrı uygulanması Anayasa m. 10'da yer alan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacaktır[369]. Öztürk'e göre de kanundaki düzenleniş şeklinden bağımsız olarak hukukun üstünlüğü, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi ve taraf olduğumuz üst norm olarak kabul edilen uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınarak madde yorumlandığında -kanunda açıkça iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sendikal tazminat talep edemeyeceklerine ilişkin hüküm de bulunmadığından- bu işçilerin de iş güvencesi hükümlerinden yararlandırılması gerekir[370].

Anayasa Mahkemesi tarafından 22/10/2014 tarihli ve 2013/1 E. 2014/161 K. sayılı kararı ile maddede yer alan "18" ibaresinin kaldırılmasıyla birlikte artık iş sözleşmesinin sendikal sebeple sona erdirilmesi durumunda işçiler arasında iş güvencesi kapsamında olan ve

[366] Özveri, 1531.
[367] Özkaraca, Sendikal Güvenceler, 204-205.
[368] Özkaraca, Sendikal Güvenceler, 206-207.
[369] Özkaraca, Ercüment, Sendikal Tazminatlar, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Ankara, 2016, 245.
[370] Öztürk, Mehmet Onat, İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, 227-229.

olmayanlar şeklinde ayrım yapılması durumu da ortadan kaldırılmış bulunmaktadır[371]. Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta gerekçeli kararına bakıldığında görüleceği üzere iş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin sendikal tazminat talep etme hakkından mahrum bırakılmalarının hakkın özüne dokunduğu, Anayasa m. 10'da yer alan eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkelerine açıkça aykırı olduğu gerekçesi ile maddede yer alan 18 ibaresini kaldırdığı görülmektedir[372]. Madde değişikliğiyle beraber artık tartışmalar da sona ermiş olup iş güvencesi koşullarını taşımayan bir işçinin dahi sendikal tazminat talep edebileceği ve işe iade davası açabileceği kabul edilmektedir[373]. Bu iptal kararı ile iş güvencesi sistemine bağlı olmayan işçiler için de işe iade davası açabilme imkânı tanınması belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için de bu hakkın tanınıp tanınmadığı noktasında tartışmalara yol açmaktadır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra "18" ibaresinin kaldırılmasıyla birlikte altı ay kıdem koşulunun ve en az otuz işçi çalışması koşulunun yanı sıra belirsiz süreli sözleşme ile çalışıyor olunması koşulu da kaldırılmıştır bu nedenle sendikal nedenle fesih hususunda belirli süreli sözleşme ile çalışan işçiler de işe iade davası açabilecektir[374]. Yine doktrinde bir görüşe göre işçinin bireysel yararının yanı sıra sendikanın kolektif menfaatinin de gözetilerek belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere de bu hakkın verilmesi gerektiği kabul edilmektedir[375]. Ancak doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre belirli süreli sözleşmenin niteliği gereği bu tür sözleşme ile çalışanların sendikal feshe karşı işe iade davası açamaması gerekir[376]. Kanaatimizce belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar açısından bu hakkın tanınması belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının amacını ortadan kaldıracağından belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara işe iade davası açma hakkının tanınmaması gerekir.

Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda eğer fesih bildiriminde herhangi bir sebep gösterilmediyse veya fesih geçerli bir nedene dayanmamakta ise bu durumda işçi işe iade davası açabilecektir. Ancak işe iade davası sonucunda işçinin işe başlatılması veya başlatılmamasına bağlı olmaksızın her koşulda sendikal tazminatın ödenmesi gerekmektedir. İşverenin işe başlatmaması ihtimalinde ise sendikal tazminatla birlikte iş

[371] Özkaraca, Sendikal Tazminatlar, 247.
[372] Anayasa Mahkemesi 2013/1 E. 2014/161 K. 22/10/2014 T. kararı, www.resmigazete.gov.tr (E.T.: 07.03.2020).
[373] Özkaraca, Sendikal Tazminatlar, 252; Kandemir/Yardımcıoğlu, 33; Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 236-237.
[374] Ekmekçi, Ömer, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Y. 2016, C. 30, S. 2, 20.
[375] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 237.
[376] Özkaraca, Sendikal Tazminatlar, 254.

güvencesi tazminatına hükmedilemeyecektir, bu durumda boşta geçen süre ücretinin yanında işverenin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminatı ödemesi yeterli olacaktır. Ancak iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminatın amaçlarının birbirinden farklı olması nedeni ile her iki tazminata birlikte hükmedilmesini uygun gören görüş de bulunmaktadır[377]. Ancak STİSK m. 25/5 uyarınca her iki tazminata birlikte hükmedilmesi mümkün değildir.

Sendikal nedenle iş sözleşmesi sona erdirilen işçi, işe iade davasını kazanmasının ardından işveren tarafından işe başlatılma talebi kabul edilsin veya edilmesin sendikal tazminata hak kazanması nedeni ile hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 iş günlük yasal süre içerisinde işçi işe iade başvurusu yapmasa dahi sendikal tazminata hak kazanacaktır[378]. Ancak hukukumuzda işçinin doğrudan sendikal fesih dışında açmış olduğu işe iade davasında tazminata hükmedilmesi veya mahkemenin işe iade yerine doğrudan tazminata karar vermesi kabul edilmemiştir[379]. Zira usul hukukunda kabul edilen "taleple bağlılık" ilkesi uyarınca hâkimin talepten fazlasına veya talepten başka bir hususa karar verebilmesi mümkün değildir.

İş güvencesi sistemine tabi olmayan ve sendikal sebepten ötürü iş sözleşmesi sona erdirilen işçi açısından ise STİSK m. 25/5 uyarınca ayrımcılık tazminatının değil sendikal tazminatın uygulanması gerekecektir. Zira aynı amaca hizmet eden iki ayrı tazminata birlikte hükmedilememesi gerekir[380].

[377] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 239-240.
[378] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 241.
[379] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 241.
[380] Çelik, Tazminat Sorunları, 490.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN İSPATI, YAPTIRIMLARI VE DİĞER TAZMİNAT TÜRLERİ İLE İLİŞKİSİ

I. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIK HALİNDE İSPAT SORUNSALI

A. Genel Olarak

İş Hukukunda işverenin eşit davranma borcunun yaptırımının özel olarak düzenlenmesinin yanında ispatın hangi taraf üzerinde olduğu hususu da özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. İspatın kanunda özel olarak düzenlenmesinin nedeni İş Kanunu gerekçesinde de yer verildiği üzere Avrupa Birliği Adalet Birliği mevzuatına uyum sağlanması gerektiği düşüncesidir[381]. Avrupa Birliği Adalet Divanı özellikle dolaylı ayrımcılık noktasında ispatın zorluğunu dikkate alarak ispat yükünde hafiflemenin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir[382]. İç hukukumuzda da buna uygun düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuştur ve AB birliği mevzuatı ile uyum sağlanması amacı ile benzeri düzenlemeler getirilmiştir.

İş hukukumuzda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı söz konusu olduğunda ispat yükünün hangi taraf üzerinde olacağı İşK. m. 5/7'de düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye göre işçinin, işveren tarafından eşit davranma borcuna aykırı davranıldığını güçlü biçimde gösteren deliller ile ortaya koyması gerekmektedir. İşçinin işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranış sergilediğini komşu vakıaların ispatı yolu ile hâkim tarafından yeterli kanaat oluşturacak şekilde ispat etmesinin ardından ispat yükü yer değiştirecektir ve artık işverenin eşit davranma borcuna aykırı durumun söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekecektir[383]. Ancak sendikal nedenle fesih hususu ayrıca STİSK'te düzenlenmiş olup sendikal sebeple fesihte ispat yükü ayrıca ele alınacaktır.

Eşit davranma borcuna aykırılık durumunda ispat yükü işverenin eşit davranma borcuna aykırı durumlarda ispat yükü ve sendikal nedene dayalı ayrımcılık iddialarında ispat yükü olarak iki başlık altında incelenecektir.

---

[381] Özdemir, M. Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 1. Bası, 2006, 218.
[382] Detaylı bilgi için bkz. Özdemir, İspat Yükü, 218-227; Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul, İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y. 2012, C. 9, S. 34, 84-87.
[383] Albayrak/Yuvalı, 83.

B. İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışlarında İspat Yükü

İş Kanunu m. 5/7 hükmüne göre "*20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."* Kanun maddesindeki ifadeden de görüldüğü gibi ilk önce işçinin "ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu" ortaya koyması gerekmektedir. Ancak işçinin "ihlalin varlığı ihtimalini güçlü şekilde ortaya koyması" olarak düzenlenen ispat yükünü nasıl ve ne şekilde yerine getireceği ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple kanun maddesinde bir eksiklik bulunmaktadır.

Doktrinde eşit davranma borcunun ihlali ihtimalini güçlü şekilde ispat etmenin ne anlam ifade edeceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Mollamahmutoğlu'na göre bu ifadeden işçinin hâkimde kanaat oluşabilmesi adına somut ve objektif vakıaları ortaya koyması şeklinde anlaşılmaktadır[384]. Okur ise ayrımcılığa uğradığını iddia eden işçinin aynı işyerinde emsal işçiye göre kendisine farklı muamelede bulunulduğunu iddia etmesi ilk bakışta ayrımcılık kanaatini oluşturmak için yeterlidir[385]. Albayrak/Yuvalı'ya göre ise tam ispata varan ancak ispat kolaylığı çerçevesinde dolaylı yoldan da olsa aykırılığın olduğuna ilişkin ağır basan ihtimale dayalı olarak hâkimi ikna edici ispat yükünün yerine getirilmesi olarak kabul edilmelidir[386]. Baysal'a göre ise bazı ispatı kolay ve genel hayat tecrübeleri uyarınca ayrımcılığın varlığını muhtemel gösteren delillerin ortaya konulması olarak anlaşılması gerekmektedir[387]. Kanaatimizce de bazı ispatı kolay ve genel hayat tecrübeleri uyarınca eşit davranma borcuna aykırı davranışın varlığı muhtemel deliller ile ortaya konulabilmekte ise bu durumda ihlalin varlığının güçlü şekilde ortaya konulduğu kabul edilmelidir.

İşçi ihlalin varlığını hafifletilmiş ispat ölçüsünde yerine getirdiğinde böyle bir ihlalin söz konusu olmadığını işverenin ispat etmesi gerekecektir. Örneğin işçi herkese zam yapıldığını ancak kendisinin Müslüman olmaması nedeni ile zam uygulamasından yararlandırılmadığını iddia etmesi durumunda ve zam yapılmayan tek kişinin kendisi olduğunun anlaşılması durumunda üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmiş sayılacaktır ve artık işverenin zam yapılmamasının sebebinin dini ile ilgili olmadığını objektif ve haklı gerekçelere dayalı olarak

[384] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 199.
[385] Okur, Zeki, İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı, İÜHFM-LXXIV Özel Sayı, C. 1, 591.
[386] Albayrak/Yuvalı, 90.
[387] Baysal, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 94.

ispat etmesi gerekecektir. Aksi durumda işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmış olduğu ispat edilmiş olacaktır. Böylece işçinin ispat yükünü yerine getirmesi üzerine ispat yükünün yer değiştirdiği ve artık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışının söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekeceği kabul edilmektedir. Ancak Okur'a göre burada teknik anlamda ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olmayıp maddi hukuk kurallarına göre karşı ispat ortaya çıkmaktadır ve aksi durumun söz konusu olmadığını işverenin karşı ispat kurallarına uygun şekilde ispat etmesi gerekecektir[388].

Eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediği hususunda Yargıtay tarafından işçinin güçlü biçimde ayrımcılık iddiasını ortaya koyması aranmakta olup güçlü delillerle desteklenmeyen soyut iddialara dayalı ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddedildiği görülmektedir[389].

Genel olarak ayrımcılık hallerinden biri olarak kabul edilen psikolojik taciz hususunda ise işçinin psikolojik tacizi ispatlamasındaki zorlukların dikkate alınarak işçi lehine ispat kolaylığının aranmasının gerektiği kabul edilmektedir[390]. Taşkın'a göre psikolojik tacizin gizlice yürütülmesi ve çoğunlukla failin işveren veya işveren vekili olması bu nedenle de tanık bulunmasının neredeyse imkânsız olması ve işyeri kayıtlarının işveren nezdinde tutulması gibi birçok sebeple psikolojik tacizin ispatı oldukça zordur ve hakkaniyet gereği ispat kolaylığının getirilmesi zaruridir[391]. Bu sebeple yazara göre psikolojik tacizin ispatındaki zorluklar nedeniyle adalete uygun karar verilebilmesi için emare ispatı, fiili karineler, ilk görünüş ispatı ve ispat kolaylığı kurumlarının birlikte değerlendirilmesi ve kullanılması gerekmektedir[392]. Yargıtay kararlarına bakıldığı takdirde de aynı görüş dikkate alınarak psikolojik tacizin ispatı

[388] Okur, 592.
[389] Yarg. 9. HD. 2015/21084 E. 2018/14846 K. 5.7.2018 T. kararında: *"Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta davacının yukarıdaki ilke kararında belirtilen yasal düzenlemeler ve ilkelerdeki hangi davranış sebebiyle eşit davranılmadığı (hangi gerekçeyle ayrımcılık yapıldığı) anlaşılamamıştır. Bu sebeple somut olarak ispatlanamayan eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."*, www.kazanci.com (E.T.: 03.04.2020).
[390] Okur, 596.
[391] Taşkın, Ahmet, Mobbing Davalarında İspat Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 20, S. 2, 413.
[392] Detaylı bilgi için bkz. Taşkın, 410-429.

hususunda olayların sistematik olarak tekrarlanmasının ve kuvvetli bir emarenin bulunmasının yeterli olduğunun kabul edildiği görülmektedir[393].

Doktrinde cinsiyet ayrımı içerisinde ayrımcılık hallerinden biri olarak kabul edilen cinsel taciz hususunda ise genellikle cinsel tacizin kapalı kapılar arasında yapılması, tanıklık edebilecek kimselerin bulunmasının güçlüğü ve tanık bulunabilse dahi işveren baskısı nedeniyle işten çıkarılma korkusu ile tanıklık yapılmasının zor olacağı kabulü ile Yargıtay karalarında da görüleceği üzere işçi lehine ispat kolaylığının sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Tüm bu nedenlerle psikolojik taciz de olduğu gibi cinsel taciz hususunda da işçi lehine ispat kolaylığının sağlanması gerektiği kabul edilmektedir[394]. Yargıtay bu hususta tanık beyanlarını ve şikâyet dilekçelerini cinsel tacizin bulunduğu hususunda yeterli görmekte ve genel hayat tecrübelerini dikkate alarak cinsel tacizin varlığına veya yokluğuna karar verilebileceğini kabul etmektedir[395]. Aynı zamanda cinsel tacizle ilgili durumlarda taciz

---

[393] Yarg. HGK. 2017/7-3017 E. 2018/99 K. 24.1.2018 T. kararında: *"... Görüldüğü üzere, bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır. Son olarak psikolojik taciz ile ilgili ispat sorununa değinmek gerekmektedir. Her ne kadar psikolojik tacize uğradığını iddia eden mağdur, bu iddiasını ispatlamakla yükümlü ise de; psikolojik tacizin genellikle tacizi uygulayan ile tacize maruz kalan arasında gerçekleşen bir olgu olması karşısında olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alınarak sonuca gidilmesinde yarar bulunmaktadır. Yaklaşık ispat olarak adlandırılan bu yaklaşım tarzı işin doğasına da uygundur. İş Hukukunda ispat kurallarının esnekleştirildiği bazı düzenlemeler de bulunmaktadır. Nitekim 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere işçi, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin yedinci fıkrasında fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlü olduğu, ancak işçinin sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması hâlinde işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacağı açıkça düzenlenmiştir. ... Dosyaya ibraz edilen yukarda ayrıntısı verilen bilgi ve belgeler ile diğer tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde; işyerinde uygulanmakta olan Personel Yönetmeliği uyarınca çekmecelerinin aranmaması noktasında davacı işçinin haklı bir beklentisinin söz konusu olmayacağı ancak düşük performansla çalıştığının ispatlanamaması, e-mail içerikleri, davanın açıldığı tarihten yaklaşık iki yıl sonra E.Ü. Tıp Fakültesi öğretim üyelerince tanzim edilen heyet raporu içeriği, davacının yönetmen olmasına rağmen kendisine bu yönde bir muamele yapılmayıp, bağrılıp azarlandığı yönündeki tanık ...'ün anlatımları ve tüm dosya içeriği dikkate alındığında davacı işçinin hedef alınarak uzun bir süreye yayılan ve sistematik hâl alan psikolojik taciz niteliğindeki davranışlara maruz kaldığı sonucuna varılmıştır. Davacı işçiye yönelik bu baskıların varlığına dair güçlü olgular karşısında, davalı işveren ise davacıya psikolojik baskı uygulanmadığını ispat edememiştir. Hâl böyle olunca, mahkemece, davacıya yönelik davranışların psikolojik taciz olduğu belirtilerek verilen direnme kararı isabetlidir. O hâlde direnme kararı onanmalıdır."*, www.kazanci.com (E.T.: 03.04.2020); Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 639.

[394] Okur, 597.

[395] Yarg. 9. HD. 2008/37500 E. 2010/31544 K. 4.11.2010 T. kararında: *"Cinsel tacizin ispatlanması sorunun çözümü noktasında işin en zor yanıdır. Olay çoğu zaman fail ve mağdur arasında yaşanan bir eylem niteliğindedir. Dolayısıyla sadece mağdur tarafından yaşanan bir olayın inandırıcı biçimde ortaya konulması büyük bir güçlük arz etmektedir. Nitekim Dairemizin 19.2.1998 gün 21644-2236 esas ve karar sayılı içtihadında '...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıkları ile ispatı mümkün olmayan olaylardır'*

eyleminde bulunan kişinin delil yetersizliğinden dolayı ceza davasında beraat kararı almış olmasının hukuk hakimini bağlamayacağı, cinsel tacizin mevcut olup olmadığının deliller toplanmak suretiyle ceza davasından bağımsız olarak yeniden değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[396].

Eşit davranma borcunun ayrıca düzenlenmiş olduğu Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'na bakıldığında ilgili bu kanunda yer verilen ayrımcılık nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde ayrı ispat hükmü getirildiği görülecektir. İlgili Kanun'un 21. maddesinde "İspat yükü" başlığı altında yer alan düzenlemeye göre ilgili Kanun'da yer alan ayrımcılık nedenlerine dayalı olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na yapılacak başvurularda, *"başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde"* ayrımcılığı gerçekleştiren karşı tarafın ihlalin söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekecektir[397].

---

biçiminde ifade edilmiştir. Fransa'da Toulouse istinaf Mahkemesi de bir kararında; "... cinsel taciz vakalarında diğer kimselerin olayı görmeleri, görseler dahi tanıklık yapmayı kabul etmeleri istisnaidir..." denilmiştir. Somut olayımızda davacı işyerinde genel müdür asistanı olarak çalışmıştır. Davacı, amiri tarafından cinsel ilişki teklif edildiğini, kabul edilmeyince performans notunun düşürüldüğünü işyerinde olayın duyulması neticesinde bunalıma girerek çalışamaz hale gelmesi nedeniyle iş akdini sonlandırmak zorunda kaldığını iddia etmiştir. Cinsel tacizin öncelikle işyeri dışında gerçekleştiğinin ve işveren vekili konumundaki genel müdür tarafından yapıldığının iddia edilmesi karşısında gerçekliğinin ve ispatının güçlüğü ortadadır. Davacının taciz olayını insan kaynaklarını bildirerek amiri konumundaki genel müdürden şikâyetçi olarak gerekli tedbirlerin alınmasını istemesi, arkadaşlarına olayın ayrıntılarını ve gizli yönlerini anlatması, yaşamış olduğu psikolojik bunalım ve depresyon teşhisi nedeniyle alınan doktor raporları, olayın yaratmış olduğu netice ile performans notunun düşük gösterilmesi davacının iddialarının ciddi ve olayın gerçekliği konusunda kanaat oluşturmaktadır. …", www.kazanci.com (E.T.: 03.04.2020).

[396] Yarg. 9. HD. 2015/35803 E. 2019/6594 K. 25.3.2019 T. kararında*: "Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinde bulunmuş, davalılar davacının, iş yerinde diğer bir kadın çalışana cinsel tacizde bulunduğunu ileri sürerek iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih edildiğini savunmuştur. Mahkemece işveren tarafından taciz olayının ispatlanamadığı ve açılan davada delil yetersizliğinden beraat kararı verildiği gerekçesi ile isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Cinsel taciz eyleminin yapısı gereği ardında delil bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Mağdurun yada mağdurenin tek başına olduğu yerlerde bu tür eylemlere maruz kaldığı ve tacize uğrayanın çok azının çeşitli nedenlerle bu tür olayları işverene yansıtabildiği dikkate alındığında ispat noktasında tacize uğrayan lehine değerlendirmeye gidilmelidir. Ceza davasında delil yetersizliği nedeni ile beraat kararı verilmiş olması hukuk hakimini bağlamayacağından mevcut delil durumuna göre karar verilmelidir. Dosya içinde yer alan taciz olayına dair görüntü kayıtlarında davacının diğer çalışan kadın işçinin yalnız olduğu bir aşamada ve gece saatlerinde masasına geldiği, kısa süreli bir konuşmadan sonra diğer işçinin masadan kalkması üzerine asansörün önüne geldikleri , asansörün önünde elleri ile müdahale ederek diğer işçiyi asansör içine sokmaya zorladığı kadın işçinin elleri ile davacıyı itmek suretiyle zorlukla uzaklaşabildiği anlaşılmaktadır. Dosyada mevcut delil durumuna göre davacının iş yerinde çalışan personele gece saatlerinde tacizde bulunduğu ve bu durumun 4857 Sayılı İş Kanununun 25/II-e maddesi uyarınca haklı fesih nedeni olduğu ve fesih hakkının yasal sürede kullanıldığı anlaşılmakla, davacının ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır."*, www.kazanci.com (E.T.: 03.04.2020).

[397] Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 21: *"Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan*

C. Sendikal Nedene Dayalı Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışlarında İspat Yükü

Sendikal nedenle ayrımcılık uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir ayrımcılık şekli olup ispat noktası da ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Ancak sendikal nedenle ayrımcılık iddiaları genellikle iş sözleşmesinin feshi hususunda yapılan ayrımcılık nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Bunun en temel sebepleri işçilerin işlerini kaybetme korkusu ile işverene karşı duramaması ve çalışma ilişkisi devam ederken haklarının kapsamını tam olarak bilemedikleri için uygulamaya karşı gelememeleridir[398].

STİSK m. 25/6 ve 25/7'de sendikal nedenle ayrımcılık durumunda ispatın kimin üzerinde olacağı ve ispat ölçüsünün nasıl ve ne şekilde olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır:

"(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur."

Kanun maddesinden de açıkça görüleceği üzere fesih ve fesih niteliğinde olmayan sendikal ayrımcılık sebeplerine dayalı ayrımcılık iddialarında ispat yükü birbirinden ayrı olarak düzenlenmiştir.

Sendikal nedenle ayrımcılık hususunda incelenmesi gereken ilk hal sendikal nedenle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde ispat yükünün kimin üzerinde olacağı hususudur. İşverenin fesih sebebini başka bir sebebe dayandırması durumunda işçinin feshin sendikal nedene dayalı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak şunun da unutulmaması gerekir ki iş sözleşmesinin güçlü ve daha fazla baskın konumunda olan işverenin feshin başka bir sebebe dayalı olarak yapıldığını göstermesi oldukça kolaydır. Bu nedenle Kanun maddesinde her kadar ispat yükünün işveren üzerine bırakıldığı şeklinde görülse de esasında ispat yükü işçinin üzerinde kalmaktadır[399]. İşveren herhangi bir sebeple feshin yapıldığını ortaya koyması halinde sendikal nedene dayalı olarak yapıldığını işçinin ispat etmesi gerekmesi

olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir." (R.G.: 20.04.2016/ 29690).

[398] Albayrak/Yuvalı, 95.

[399] Doğan, 381.

oldukça zor olacaktır. Bu nedenle öğretide işçi üzerine bırakılan ispat yükü oldukça eleştirilmektedir[400]. Zira işten sendikal gerekçeler ile çıkarılan işçinin bunu ispatlaması, bu konuda dinletecek tanık bulması dahi son derece zorluk içermektedir. Bu nedenle Öztürk sendikal feshe dayalı davalarda mahkemelerin resen araştırma yaparak feshin gerçek sebebini ortaya çıkarmaları gerektiğini düşünmektedir[401]. Ancak kanaatimizce medeni hukuk yargılamasında asıl olanın taraflarca getirilme ilkesi olması ve kanunda bu konuda resen araştırma ilkesinin uygulanacağına ilişkin hükmün bulunmaması nedenleri ile mahkeme tarafından resen araştırmanın yapılamayacağı açıktır. Bu nedenle bu konuda ancak yapılacak kanun değişikliği ile işçi lehine ispat kolaylığı sağlanabilecektir.

Doktrinde sendikal sebeple fesih söz konusu olduğunda ispat yükünün işçi üzerine bırakılmasını yerinde gören bir görüş de bulunmaktadır[402]. Bu görüşe göre sendikal nedenle feshin bir açıdan kötü niyetli ve TMK'da yer alan iyi niyet ve dürüstlük kuralına aykırı nitelik taşıması taşımakta olup bu nedenle kötü niyetin varlığını iddia edenin ispat etmesi gerekecektir[403]. Ancak bu görüşteki Özdemir'e göre kural olarak ispat yükü işçinin üzerinde olmakla birlikte işçinin böyle bir ihlalin varlığını güçlü şekilde ortaya koyması sendikal tazminata hak kazanabilmek için yeterli olmalıdır[404]. İşçi sendikal nedenle feshi güçlü şekilde ortaya koyan durumları ortaya koyduğunda işverenin sendikal sebebe dayalı ihlalin söz konusu olmadığını ispatlaması gerekecektir.

Sendikal sebeple fesih hususunu iş güvencesi kapsamında kalan işçiler ile iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için ikiye ayırarak incelenecektir. İş güvencesi kapsamında olan işçi bakımından baktığımızda eğer işveren iş sözleşmesini geçerli bir sebeple feshettiğini ispat ederse artık işçinin sendikal nedenler ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğini ispat etmesi gerekecektir. Ancak Öztürk'e göre bu durumda işçiden kesin şekilde ispat etmesi beklenmemeli, sendikal nedeni gösteren güçlü durumları ortaya koyduğunda sendikal tazminata hükmedilmelidir[405].

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ise bilindiği üzere işverenin geçerli bir sebebe dayalı olarak iş sözleşmesini sona erdirme zorunluluğu söz konusu değildir.

[400] Öztürk, 235.
[401] Öztürk, 235.
[402] Özdemir, İspat Yükü, 349.
[403] Özdemir, İspat Yükü, 349.
[404] Özdemir, İspat Yükü, 349.
[405] Öztürk, 236-237.

Ancak işverenin hakkını kötüye kullanmaması gerekmektedir. İş güvencesi kapsamında olmayan bu işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sendikal sebeple sona erdirilmesi durumunda işçinin feshin sendikal sebebe dayalı olarak yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir. Özdemir'e göre iş güvencesine tabi olan ve olmayan işçiler bakımından ispat hususundaki bu ayrım hiçbir haklı sebebe dayanmamaktadır[406].

Doktrinde genel ayrımcılık yasaklarında olduğu gibi sendikal nedenle fesih yapılması durumunda da işçi lehine ispat kolaylığının getirilmesini ve işçinin ayrımcılık ihlalini güçlü şekilde ortaya koyan emarelere dayalı olarak ispat etmesinin yeterli olacağını savunan görüş de bulunmaktadır[407]. Yargıtay uygulamasına bakıldığı takdirde ise sendikal nedenle fesih iddiasının tek başına tanık deliline dayalı olarak ispat edilemeyeceği, ancak başka delillerle desteklenmesi halinde sendikal feshin kabul edilebileceği görülmektedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara bakıldığında görüleceği üzere genel olarak bir grup işçinin sendikaya üye olmalarının akabinde işten çıkarılmaları, toplu işten çıkarmalarda büyük çoğunluğun sendika üyesi işçilerden oluşması, sendika üyeliğinden istifa etmeleri hususunda işçilere baskı yapılması gibi hususların sendikal nedene dayalı feshin varlığına karine teşkil ettiği kabul edilmektedir[408]. Bu kapsamda işçinin sendikaya üye olduğu tarih veya işveren tarafından

---

[406] Özdemir, İspat Yükü, 349.

[407] Okur, 595.

[408] Detaylı bilgi için bkz. Bayram, 1229-1245; Yarg. 22. HD. 2018/3212 E. 2018/10029 K. 26.04.2018 T. kararı: *"Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, iş yerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, iş yerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, iş yerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağıtlanıp bağıtlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/9-373 esas sayılı kararında; maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığının ispat güçlüğü ortadadır. İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi) ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine) ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelerdir. Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafından işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacının sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle yapıldığı iddiasını artırıyor ise sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmelidir şeklinde karar vermiştir. Dosya içeriğine göre, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmiş olması isabetlidir. Ancak, davacı iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğini iddia etmiştir. Dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerden davacının 11.07.2016 tarihinde yaptığı başvuru üzerine ... ... Sendikası üyesi olduğu, davacının üyesi olduğu sendikanın herhangi bir yetki tespit başvurusunda bulunmadığı buna karşın davacının üyesi olduğu ... ... Sendikasından ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünden gelen yazı cevapları, davacı tanıkları ve özellikle davalı tanığın beyanları birlikte değerlendirildiğinde davacı ve bir grup işçinin kendi haklarını daha iyi koruyup gözeteceğine*

üyeliğin öğrenildiği tarih ile iş sözleşmesinin feshi arasında kısa bir sürenin olması durumunda sendikal fesih karinesi oluşacaktır[409]. Yine işveren tarafından sendikaya üyeliğinden istifaya zorlanma durumunda olduğu gibi işveren tarafından belirli bir sendikaya üyelik teklifinin reddedilmesi de sendikal fesih karinesini oluşturacaktır[410]. Aynı zamanda sendikanın yetki tespiti için Bakanlığa başvurusundan sonra sendikalı işçilerin bir kısmının istifa ettirilmesi veya işten çıkarılmaları da sendikal fesih karinesini oluşturacaktır[411].

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında sendika üyesi işçi sayısının kısa sürede oldukça azalmış olması ve dosya kapsamında dinlenen davacı tanık beyanlarının da feshin sendikal nedene dayalı olduğunu beyan etmesi ve daha önceden emsal kararlara göre yapılan fesihlerin sendikal sebebe dayalı olduklarının Yargıtay ilgili hukuk dairesi tarafından onanmış olması nedeni ile sendikal tazminatın kabulüne karar verilmesi gerektiğinden bahisle kararın bozulmasına karar vermiştir[412].

Yargıtay başka bir kararında sendika ile görüşmeler yapan bir grup işçinin şirket yetkilisi tarafından tespit edilip sevkiyata çıkarılmadığı, bu işçilerin garajda bekletildiği ve görüşmelere katılan bu işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği olayda, davacının iş sözleşmesinin sendika ile üyelik hususunda gerçekleştirdiği toplantı nedeniyle sona erdirildiğini kabul ederek sendikal tazminatın kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir[413].

Kanunda düzenleme altına alınan ikinci hal ise sendikal sebeple fesih dışında diğer sendikal sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapılması durumudur. Bu durumlara örnek olarak haklı sebebe dayandırılmaksızın yapılan uygulama farklılıkları, çalışma koşullarında yaratılan haksız gruplandırmalar, ücrette ve diğer sosyal haklarda yapılan ayrımcılık halleri verilebilir.

---

inanarak ... ... Sendikasına geçtikleri, davalı işverence durumun öğrenilmesi üzerine işverenin insan kaynakları departmanı ve ...'da bulunan merkezinden sendika değiştiren işçilerin işten çıkarılması talimatı verildiğinin anlaşılmasına göre davacının iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiği kabulü gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamıştır. Açıklanan sebeplerle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi gereği İlk Derece Mahkemesi ve ... Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına, feshin geçersizliğine, davacının işe iadesi ile feshin sendikal nedene dayandığının kabulüne karar vermek gerekmiştir." www.kazanci.com (E.T.: 25.08.2020); Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 22. HD. 2018/1888 E. 2018/4746 K. 26.02.2018 T. kararı, Yarg. 22 HD. 2017/39181 E. 2017/24183 K. 06.11.2017 T. kararı, Yarg. 22. HD 2017/38656 E. 2017/22173 K. 19.10.2017 T. kararı, Yarg. HGK. 2009/9-372 E. 2009/416 K. 07.10.2009 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 25.08.2020).

[409] Bayram, 1233.

[410] Bayram, 1236.

[411] Bayram, 1241.

[412] Yarg. 9. HD. 2019/7174 E. 2019/18429 K. 21.10.2019 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.:09.03.2020).

[413] Yarg. 9. HD. 2019/1730 E. 2019/17012 K. 30.9.2019 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.:09.03.2020).

Bu tür fesih dışı sendikal sebeple yapılan ayrımcılık hallerinin söz konusu olması halinde ayrımcılığa uğradığını işçinin ispat etmesi gerekmektedir. İşçi sendikal sebeple ayrımcılık yapıldığını güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda ispat yükü yer değiştirecek olup artık işverenin davranışının nedenini ispat etmesi gerekecektir. Okur'a göre bu durumda da işçinin kendisiyle kıyas yapılacak işçiler arasında farklı muamelede bulunulduğuna ilişkin iddiası ilk görüşte işçiye ayrımcılık yapıldığı kanaatini oluşturmaya yeterli olacaktır[414]. Özkaraca'ya göre ise fesih dışındaki sendikal ayrımcılık halleri ile feshe sebebiyet veren ayrımcılık halleri arasındaki düzenleme ispat noktasındaki farklılık isabetsizdir ancak sendikal nedenle fesihte diğer sendikal ayrımcılık hallerinden farklı bir ispat kuralına yer verilmesi Yargıtay tarafından benimsenen sendikal nedenle fesih karinesinde[415] bir değişiklik yaratmamaktadır[416].

Sendikal tazminatın sağlıklı sonuçlar verememesinin nedeni ispatın dolaylı da olsa işçi üzerine bırakılması ve işçinin tanık ifadeleri ile durumu ispatlayamamasıdır. Yargıtay tarafından da tanık anlatımları yetersiz olarak görüldüğünden ve ancak fiili karine teşkil edebilecek haller söz konusu olduğunda sendikal tazminata hükmedilebildiğinden sendikal tazminatın yaptırım olarak uygulanabilmesi oldukça zordur.

II. EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

A. Hukuki Yaptırımlar

1. Genel Olarak

İşçi ayrımcılık nedeni ile İşK. m. 5'teki dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ve diğer yoksun kaldığı haklarını talep edebileceği gibi sendikal sebeple ayrımcılığa uğraması durumunda STİSK m. 25/4 ve 25/5 hükümlerine göre sendikal tazminat da talep edebilecektir. Ancak sendikal nedenle ayrımcılık söz konusu olduğunda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecek olup sadece sendikal tazminata karar verilecektir.

Bunların dışında işçinin, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı nedeni ile eğer maddi ve manevi zarara uğramış ise bu durumda genel hükümler uyarınca bunları da talep edebilecektir[417]. İşçi sendikal nedene dayalı ayrımcılığa uğradığında ise sendikaya girip

[414] Okur, 594.
[415] Sendikal nedenle fesih karinesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Sümer, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 2011, C. 2, 1643 vd.; Ören, 129-132; Bayram, Fuat, Sendikal Fesih Karinesi, Legal İSGHD, Y. 2006, S. 12, 1224-1229.
[416] Özkaraca, Sendikal Tazminatlar, 210.
[417] Kandemir/Yardımcıoğlu, 35.

girmeme veya sendikadan ayrılma özgürlüğü kişilik hakkı ile ilgili olması nedeni ile işveren tarafından bunun ihlal edilmesi durumunda işveren kusurlu ise işçi genel hükümler uyarınca tazminat ödenmesini talep edebilecektir[418].

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı hukuki yaptırımların yanı sıra idari ve cezai yaptırımlara da sebebiyet verebilmektedir.

2. Ayrımcılık Tazminatı

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde söz konusu davranışın ispat edilmesi durumunda ayrımcılık tazminatı gündeme gelmektedir. İş Kanunu m. 5/6 hükmü uyarınca iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde İşK. m. 5/1'de yer alan ayrımcılık yasakları kapsamındaki hallerden birinin mevcut olması durumunda işçi dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir.

Ayrımcılık yasağını düzenleyen İşK. m. 5 genel anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde uygulanmayacak olup bu durumda ayrımcılığa uğrayan işçi ayrımcılık tazminatı talep edemeyip sadece yoksun kaldığı haklarını talep edebilecektir[419]. Örneğin eşit davranma borcuna aykırı davranış nedeniyle düşük ücret kararlaştırılmış ise işçi bu durumda emsal işçiye göre ücret farklarını talep edebilecektir ancak ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecektir[420].

Tam süreli işçi karşısında kısmi süreli işçiye, belirsiz süreli işçi karşısında belirli süreli işçiye karşı ayrımcı davranışlarda bulunulması halinde de ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir[421]. Caniklioğlu da kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı için işçilerin gerek çalışma koşullarında gerekse iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılığa uğraması durumunda ayrımcılık tazminatı talep edebileceklerini kabul etmektedir[422]. Ancak aksi görüşe göre sözleşme türlerine göre yapılan ayrımcılık hallerinde İşK. m. 5/1'de düzenlenen ayrım yasakları kapsamında olmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceği ancak işçinin yoksun kaldığı haklarını talep edebileceği kabul

---

[418] Bozkurt, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı, 2017, 268.
[419] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 428.
[420] Süzek, 458-459.
[421] Yarg. 9. HD. 2015/28698 E. 2018/22722 K. 10.12.2018 T. kararı: *"İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım veya tam süreli – kısmî süreli işçi ile belirli süreli – belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir.",* www.alomaliye.com (E.T.: 01.09.2020).
[422] Caniklioğlu, Sözleşme Türleri, 200.

edilmektedir[423]. Kanaatimizce de İşK. m. 5'te "iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında" ibaresi yer aldığından sözleşme türlerine göre ayrım yapılması durumunda da ayrımcılık tazminatı talep edilebilmelidir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararına konu olayda davacı önce kısmi süreli çalışan olduğu ve hak etmiş olduğu ikramiyelerin kendisine ödenmediği gerekçesiyle dava açmış olup ikramiye alacağı olduğunun kesinleşmesi üzerine ayrımcılığa uğradığından bahisle ayrımcılık tazminatı talepli dava açmıştır. İlk derece mahkemesince ayrımcılık tazminatının kabul edilmesi üzerine karar davalı vekilince temyiz edilmiş olup dosya önüne gelen Yargıtay ilgili hukuk dairesi söz konusu olayda kanunda her eşit davranma borcuna aykırılık halinde yaptırımın öngörülmemesi ve olayda İşK. m. 5/1'de yer alan mutlak ayrımcılık yasaklarından birinin söz konusu olmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği gerekçesi ile kararın bozulmasına karar vermiştir[424].

Yargıtay'ın başka bir kararında ise davacıya sürekli nöbet tutturulmasının İş Kanun'unda yer alan eşit davranma borcuna aykırılık hallerinden biri olmadığı gerekçesiyle ayrımcılık tazminatının reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek kararın bozulmasına karar vermiştir[425].

Yargıtay tarafından ücret zammı hususunda da belirttiğimiz üzere emsal işçiler arasında farklı oranlarda zam yapılması durumunda da İşK. m. 5'te mevcut ayrımcılık nedenlerinin söz konusu olmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatının reddine karar verildiği görülmektedir[426].

---

[423] Süzek, 459.

[424] Yarg. 9. HD. 2015/23051 E. 2018/17844 K. 09.10.2018 T. kararı, www.kazancı.com (E.T.: 26.03.2020); benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 2015/29956 E. 2018/18539 K. 17.10.2018 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 26.03.2020).

[425] Yarg. 9. HD. 2012/39088 E. 2014/30879 K. 23.10.2014 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.:26.03.2020).

[426] Yarg. 9. HD. 2016/22291 E. 2018/3576 K. 20.2.2018 T. kararında: *"Somut uyuşmazlıkta; güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı, davalı işverence aynı pozisyonda çalışanlar arasında ücrette ve iş akdinin feshinde ayrımcılık yapıldığından bahisle ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece davacı işçi ile emsal çalışanlar arasındaki farklı ücret uygulamasını haklı kılan nedenin davalı işverence ispatlanamadığı gerekçesiyle fark ücret talebinin yanında ayrımcılık tazminat talebinin de kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda zikredilen 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için madde de mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Her ne kadar somut uyuşmazlıkta davalı işverence eşit işlem borucuna aykırı davranılarak farklı ücret uygulandığı kabul edilmiş ise de bu aykırılığın mutlak olarak belirlenen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklandığını ortaya koyan bir saptamanın dosyada bulunmadığı görülmüştür. Bu sebeple Mahkemece ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." (E.T.: 27.03.2020),* benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 9. HD. 2015/20547 E. 2018/13354 K. 20.6.2018 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 27.03.2020); Yarg. 22. HD. 2017/14878 E. 2018/12121 K. 17.5.2018 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 27.03.2020).

Görüldüğü üzere Yargıtay İşK. m. 5'te yer alan mutlak ayrım nedenlerinin bulunmaması durumunda ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddine karar vermektedir.

İş Kanunu m. 5 hükmünde sadece iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayrımcılık tazminatına hükmedileceği düzenlenmiş olup işe alım sırasındaki ayrımcılık hali -cinsiyet ve gebelik sebebi haricinde- düzenleme altına alınmamıştır. Bu nedenle iş görüşmeleri sırasında eşit davranma borcuna aykırı davranışın gündeme gelmesi halinde ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecek olup ancak genel hükümler uyarınca "culpa in contrahendo" sorumluluğu çerçevesinde maddi ve manevi tazminat gündeme gelebilecektir. Eyrenci/Taşkent/Ulucan'a göre işe alım sırasında eşit davranma borcunun söz konusu olamamasının sebebi İşK. m. 5'te düzenlenmemiş olmasından ziyade sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme kurulacak karşı tarafın serbestçe seçilebilmesidir[427].

Yine kanuni düzenlemeye bakıldığında ayrımcılık tazminatının dört aya kadar ücreti tutarında tazminatla sınırlandırılmış olduğu görülmektedir. Söz konusu ayrımcılık tazminatı işçinin asıl ücreti (çıplak ücreti) üzerinden hesaplanacaktır[428]. Bu tazminat hesaplanırken ikramiye, prim ve sosyal yardımların hesaplamaya dahil edilmemesi gerekmektedir[429]. Ancak taraflar iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesi ile ayrımcılık tazminatının giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağını kararlaştırabilirler[430].

Tazminatın miktarını hâkim her somut olaya göre takdir edecek olup en fazla işçinin dört aya kadar ücreti tutarında tazminata karar verebilecektir[431]. Yıldız, AB mevzuatını da nazara alarak söz konusu üst sınırı eleştirmekte ihlalin ağırlığının her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilerek ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi ve bu nedenle de üst sınırın öngörülmemesi gerektiğini belirtmektedir[432]. Zira üst sınır nedeniyle yaptırımın orantılılığı ve caydırıcılığı ortadan kalkmaktadır[433]. Yazara göre birden fazla ayrımcılık nedeninin aynı anda söz konusu olması halinde Kanun'da düzenlenen yaptırım caydırıcılıktan uzak tamamen sembolik nitelikte olacaktır[434]. Ancak mevzuatımızda üst sınırın varlığı nedeni ile hâkim en

[427] Eyrenci/ Taşkent/Devrim, 170.
[428] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat ,428; Süzek, 455; Senyen Kaplan, 247.
[429] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 428; Süzek, 455.
[430] Akyiğit, 239.
[431] Keser, 33.
[432] Yıldız, Orantılılık İlkesi, 699.
[433] Yıldız, Orantılılık İlkesi, 701.
[434] Yıldız, Orantılılık İlkesi, 701.

fazla dört aya kadar ayrımcılık tazminatına hükmedebilecektir. Ayrımcılık tazminatına karar verilirken brüt tutar üzerinden verilmesi gerekir ancak davacının talebi net ücret üzerinden ise talepten fazlasına hükmedilemeyecektir[435].

Tazminatın üst sınırı dört aylık ücret tutarında tazminattır. Bu nedenle hâkime tazminat miktarının tespitinde takdir hakkı tanındığından dolayı dört aydan daha az ayrımcılık tazminatına hükmedilebilecektir. Süzek'e göre hâkim takdir hakkı kapsamında söz konusu tazminatın miktarını belirlerken "işçinin kıdemini, pozisyonunu, ayrımcılığın ağırlığını ve somut olayın şartlarını" birlikte dikkate alacaktır[436]. Ancak taraflar iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine koyacakları düzenlemeyle ayrımcılık tazminatının miktarını arttırabileceklerdir[437]. Bu durumda hâkim tazminatın kanuni üst sınırı ile bağlı olmaksızın 4 aydan fazla ayrımcılık tazminatına karar verebilecektir.

Ayrıca ayrımcılık tazminatı talep edilebilmesi için işçinin zarara uğramasına gerek yoktur, işçi maddi yönden zarara uğramasa dahi ayrımcılık tazminatı talep edilebilecektir[438]. Zira İş Kanunumuz ayrımcı davranışa sonuç bağlamış olup ayrıca zarar koşuluna yer vermemiştir[439]. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre ise ayrımcılık tazminatının teknik bir tazminat olmayıp hukuki yaptırım olması nedeniyle işçinin zarara uğraması gerekmemektedir[440].

Ayrımcılık tazminatı uygulamada genellikle iş sözleşmesi sona erdiğinde talep edilmektedir. Ancak iş sözleşmesi devam ederken eşit davranma borcuna aykırı durumların ortaya çıkması halinde de sözleşme sona ermese dahi ayrımcılık tazminatı talep edilebilir[441]. Ancak işini kaybetme korkusu altında olan, ekonomik olarak güç durumda olan işçilerin iş sözleşmesi devam ederken bu tarz taleplerde bulunmaları pek görülmemektedir.

Ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi İşK. ek m. 3 uyarınca 5 yıl olarak düzenlenmiştir. Ancak madde düzenlemesine bakıldığı takdirde görüleceği üzere eşit davranma

[435] Karademir/ Ekinci, 248.
[436] Süzek, 455.
[437] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 428; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 198; Kaya Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 255; Akyiğit, 239.
[438]Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 428; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 198; Süzek, 457; Kaya Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 255; Başbuğ/Yücel Bodur, 158; Ekmekçi/Yiğit, 278.
[439] Kaya Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, 255.
[440] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 198.
[441] Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, 2018, 172.

borcuna aykırı davranış nedeniyle iş sözleşmesinin feshi halinde zamanaşımı süresinin düzenlendiği görülecektir. Fesih dışında iş sözleşmesi devam ederken zamanaşımının ne olduğu hususunda kanun boşluğu bulunmaktadır. Kıyasen burada da 5 yıllık sürenin uygulanmasını gerektiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır[442]. Kanaatimizce de fesihte olduğu gibi iş sözleşmesi devam ederken meydana gelen ayrımcılık hallerinde de zamanaşımı süresinin fesih tarihinden itibaren başlaması işçi lehine olacağından kıyasen burada da 5 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması daha uygun olacaktır. Ayrımcılık tazminatı ayrımcı davranışın işçi tarafından öğrenildiği tarihten itibaren muaccel olacak olup bu tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır[443].

3. Yoksun Kalınan Haklar

İş Kanunu m. 5/1'de yer alan ayrımcılık yasağı halleri kapsamında ayrımcılığa uğrayan işçi ayrımcılık tazminatı yanı sıra yoksun kaldığı haklarını da talep edebilecektir.

Genel anlamda eşit davranma borcu kapsamına giren hallerde ise işçi ayrımcılık tazminatı talep edemese de yoksun kaldığı haklarını talep edebilecektir. Yoksun kalınan haklar içerisine ücret ve ücret ekleri girmektedir[444]. Bu kapsamda işçi düşük ücretle çalıştırılmış ise ücret farklarını talep etmesinin önünde engel bulunmamaktadır. Yargıtay'ın kararlarına bakıldığı takdirde de işverenin ücret hususunda eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda işçinin yoksun kaldığı haklar kapsamında oluşan ücret farklarını talep edebileceğinin ancak ayrımcılığı ispat edemediği için ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir[445].

Tam süreli çalışanlar ile kısmi süreli çalışanlar arasında veya belirsiz süreli çalışanlar ile belirli süreli çalışanlar arasında ayrım yapılması durumunda İşK. m. 5/1'de ayrım yasakları

---

[442] Başbuğ/Yücel Bodur, 158.
[443] Özcan, İş Hukukunda İşçilik Alacakları, 194.
[444] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 429.
[445] Yarg. 7. HD. 2015/12009 E. 2015/4342 K. 12.3.2015 T. kararında: *"Somut olayda; davacı tarafından eşit davranma ilkesine aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunulmuştur. Dosya kapsamı nazara alındığında davacı taraf işverenin İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırı davrandığını ispat edemediği gibi benzer nitelikteki işçiler arasında ücret farkı yaratılması ilk bakışta eşit işlem borcuna aykırı olarak düşünülebilirse de işçinin her zaman eksik ödenen ücretini talep etme hakkı bulunmakla tek başına ücrette yaratılan farklılık ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirmez. Yukarıda sıralanan yasal ve anayasal düzenlemelere göre daha dar yorumlamak gerekir ki iş bu davada fark ücret alacağı hüküm altına alınmıştır ve davacıya daha farklı bir ayrımcılık yapıldığı da ortaya konmuş değildir. O halde eşit davranma ilkesine aykırılık sebebiyle talep edilen tazminat talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.",* www.kazanci.com (E.T.: 27.03.2020); Süzek, 458.

içerisinde sayılmadığından dolayı ayrımcılık tazminatı talep edilemeyecektir bu durumda sadece yoksun kalınan haklar talep edilebilecektir[446]. Örneğin kısmi süreli çalışan işçi haftanın 2 günü çalışmakta ise kendisine de çalıştığı süre ile orantılı olacak şekilde yemek ve yol ücretinin verilmesi gerekecektir, ancak kısmi süreli çalışan işçi bu imkanlardan haksız şekilde yararlandırılmamakta ise bu durumda ayrımcılık tazminatı değil yoksun kalınan haklardan doğan alacaklarını talep edebilecektir.

Çelik/Caniklioğlu/Canbolat'a göre işçi bazı özellikleri dikkate alınarak örneğin kadın olması sebebiyle terfi ettirilmediyse terfi ettirilmiş olsaydı hangi haklardan yararlandırılacak ise bu hakları da yoksun kalınan haklar kapsamında talep edebilmelidir[447]. Kadın işçiye cinsiyeti nedeni ile daha düşük ücretin verilmesi durumunda da yoksun kalınan haklar talep edilebilecektir[448].

4. Sendikal Tazminat

Ayrımcı davranışın sendikal sebebe dayalı olması halinde ayrımcılık tazminatı değil sadece sendikal tazminata karar verilecektir. İş Kanunu m. 5/6'da yer alan yaptırıma ilişkin düzenlemede 2821 sayılı Sendikalar Kanunu hükümleri saklı tutulmuş olup bu nedenle sendikal sebepli ayrımcılık hallerinde yaptırım STİSK'te düzenlendiği şekilde uygulanacaktır. İlga Sendikalar Kanunu yerine kabul edilmiş olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25'te sendikal nedenle ayrımcılık halinde söz konusu olacak yaptırım düzenlenmiştir.

Kanuni düzenlemeye bakıldığı takdirde görüleceği üzere işe alımda, çalışma şartlarında veya iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sendikal nedene dayalı ayrımcılık yapılması durumunda işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilecektir. Ancak işe alım sırasında sendikal nedenle ayrımcılık yapılması durumunda sendikal tazminatın hangi esasa göre hesaplanması gerektiği noktasında kanunda bir açıklık yoktur. Doktrinde baskın görüşe göre bu durumda da emsal işçi ücretinin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir[449]. Emsal işçi kavramının tespitinde ise İşK. m. 12 ve 13 hükmü kıyasen esas alınacaktır. Bu kapsamda emsal işçi aynı veya benzeri işte çalışan aynı işyerinde

[446] Süzek, 459.
[447] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 429.
[448] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 429; Ekmekçi/Yiğit, 278.
[449] Özkaraca, Sendikal Güvenceler, 201; Ören, 51.

çalışmakta olan işçidir. Eğer aynı işyerinde çalışmakta olan emsal işçi söz konusu değilse bu durumda aynı işkolunda faaliyet gösteren başka işyerinde aynı veya benzeri işte çalışan emsal işçinin dikkate alınması gerekecektir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sendikal nedenle ayrım yapılması durumunda işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle tazminatın alt sınırı belirtilmiş olup üst sınır düzenlemesine yer verilmediğinden hâkimin takdiri devreye girmektedir. Hâkimin somut olayın koşullarını, işçinin kıdemini, ayrımcılığın boyutunu, işçinin pozisyonunu, ücretini ve işverenin mali gücünü nazara alarak tazminatın miktarını takdir etmesi gerekmektedir[450]. Yıldız'a göre orantılılık ilkesi gereği birden fazla ayrımcılık nedeninin birlikte söz konusu olması halinde tazminat miktarı tespit edilirken alt sınırdan uzaklaşılması gerekmektedir[451]. Ancak bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminat talep edilmesi halinde taleple bağlılık ilkesi uyarınca talepten fazlasına hükmedilmemesi gerekmektedir.

Sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi sadece sendikal tazminat davası açabileceği gibi işe iade davası da açabilecektir. Ancak açmış olduğu davada sendikal nedene dayalı ayrımcılığın ispat edilmesi durumunda işverenin işçiyi işe başlatması veya başlatmaması koşuluna bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilecektir. Ancak daha önce de açıkladığımız üzere işçinin işe başlatılmaması durumunda iş güvencesi tazminatına ayrıca hükmedilemeyecektir. Bu durum nedeniyle işverenler uygulamada genellikle işe başlatmama yolunu tercih ettiğinden diğer işçiler nezdinde işten çıkarılma korkusu oluşmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce işe başlatılmama durumu nazara alınarak bir yıldan fazla olacak şekilde sendikal tazminata veya sendikal tazminat yanı sıra ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi daha caydırıcı olmasını sağlayacaktır.

5. Tazminat Davası

a. Maddi Tazminat Davası

Ayrımcılık tazminatı başlığı altında da açıkladığımız üzere işe alım sırasında yapılan ayrımcılık durumunda İşK. m. 5'te yaptırım düzenlenmemiş olduğundan dolayı genel hükümler uyarınca "culpa in contrahendo" sorumluluğuna gidilerek maddi ve şartlar mevcutsa manevi

[450] Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, 242.
[451] Yıldız, Orantılılık İlkesi, 704.

tazminat talebinde bulunulabilecektir[452]. Ayrıca eşit davranma borcuna aykırılık nedeniyle işçinin kişilik hakkının ihlal edilmesi durumunda genel hükümler uyarınca hukuka aykırı tecavüzün tespiti, tecavüzün önlenmesi veya tecavüze son verilmesi gibi koruyucu dava yoluna da gidilebilecektir[453]. Kişilik hakkı ihlal edilen kişi koruyucu davaları tecavüzü gerçekleştiren kişilere karşı açabileceği gibi tecavüzü önleyebilecek kimselere karşı da açabilecektir[454].

İşveren tarafından eşit davranma borcuna aykırı fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda genel hükümler uyarınca TBK m. 49 uyarınca haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine gidilebileceği gibi TBK m. 417 uyarınca sözleşmesel ilişkiden kaynaklı sorumluluk hükümlerine de gidilebilecektir[455]. Ancak haksız fiil sorumluluğunda fiilin öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halükârda haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu iken sözleşmesel sorumlulukta 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Türk Borçlar Kanunu m. 49 uyarınca tazminat talep edilebilmesi için zarara uğrayan kişinin zararı, hukuka aykırı fiili, zararla fiil arasındaki nedensellik bağını ve zarar verenin kusurunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa bu durumda TBK m. 50/2 uyarınca hâkimin olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak zararın miktarının belirlemesi gerekecektir. Eyrenci/Taşkent/Ulucan'a göre bu durumda tazminatın miktarı belirlenirken emsal işçinin ücreti ve yoksun kalınan diğer haklarının dikkate alınması gerekmektedir[456].

İşe alım haricinde iş ilişkisinde ve sona ermesinde meydana gelen ayrımcılık hallerinde de işçinin zararının ayrımcılık tazminatı ile giderilemediği durumlarda genel hükümler uyarınca maddi tazminat talebinde bulunulabilecektir.

b. Manevi Tazminat Davası

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı aynı zamanda işçinin kişilik hakkını ihlal edebilir. Bu durumda kişilik hakkı değerleri ihlal edilen işçi genel hükümler uyarınca manevi tazminat talebinde bulunabilecektir[457].

[452] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 198.
[453] Detaylı bilgi için bkz. Erdoğan, 149-158.
[454] Erdoğan, 150.
[455] Lokmanoğlu, 397.
[456] Eyrenci/ Taşkent/ Devrim, 170.
[457] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 197.

Manevi tazminat davalarında en önemli amaç kişinin uğramış olduğu elem, acı ve ıstırabın bir nebze de olsa giderilmesinin sağlanmasıdır. Manevi tazminat isteminde bulunan davacı işçinin kişisel hak ihlalini, uğradığı zararını, hukuka aykırı fiili, zararla fiil arasında mevcut illiyet bağını ve zarar verenin kusurlu davranışını ispat etmesi gerekecektir[458]. Burada maddi tazminat talebinden ayrılan en önemli koşul kişilik hakkının ihlal edilmesidir. Eğer işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı kişilik hakkı ihlaline sebebiyet vermiyorsa bu durumda manevi tazminat talep hakkı da doğmayacaktır.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı işçinin idari yargı kararı sonrasında atandığı şeflik pozisyonunda 5 yıl boyunca görev unvanına uygun olmayan daha alt düzeyde işler yaptırılması nedeniyle mobbinge maruz kaldığı kabul edilerek manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir[459]. Aynı kararda İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık nedenlerinin bulunmaması sebebiyle ayrımcılık tazminatı şartlarının mevcut olmadığı da belirtilmiştir. Her ne kadar ayrımcılık tazminatı şartları mevcut olmasa da kişilik hakkı ihlaline dayalı olarak manevi tazminatın kabul edilmesi gerektiği görülmektedir.

Manevi tazminat talebinde de HMK m. 26 uyarınca hâkimin taleple bağlı olması ve talepten fazlasına hükmetmemesi gerekecektir. Ancak aynı madde uyarınca hâkimin talepten azına hükmedebilmesi mümkündür. Zira bir ceza niteliğinde olmadığı için fahiş miktarda manevi tazminat talebinde bulunulduğunda hâkimin somut olayın özelliğine göre zarar miktarını tespit etmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarında da önemle üzerinde durulduğu üzere manevi tazminatın zenginleşme aracı taşımayacak şekilde sadece manevi zararın giderilmesine yetecek ölçüde hükmedilmesi gerekmektedir[460]. Aksi durumda manevi tazminat

---

[458] Nomer, 263.

[459] Yarg. 9. HD. 2016/9885 E. 2019/17630 K. 08.10.2019 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 28.03.2020).

[460] Yarg. 22. HD. 2016/31994 E. 2016/26706 K. 12.12.2016 T. kararında: *"Medeni Kanun'un 24. maddesi "Hukuka aykırı olarak kisilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karsı korunmasını isteyebilir. Kisilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kisilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır" şeklinde bir düzenlemeye yer vererek gerçek kişi veya tüzel kişi ayrımı yapmaksızın kişilerin kişilik haklarını hukuken koruma altına almıstır. Bir tüzel kişi yada bir kuruluşun sosyal değeri doğrudan ekonomik şöhreti ile de ilgilidir. Hukuken korunan kişinin kişisel yargısı değil; toplumun kişi hakkındaki objektif değer yargısıdır. Hukuki korumanın asıl amacı budur. Kuruluşun ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık onun kişisel değerleri içerisinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Tüzel kişilerin yada bir kuruluşun kişilik haklarının zarar görmesi halinde, kişilik haklarına saldırıda bulunan kişi veya kişilere karşı yetkili organları aracılığıyla, kişilik haklarında ortaya çıkan azalmanın giderilmesi için dava açabilmesi uygulama ve Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı taraf manevi tazminat istemine dair zamanaşımı def'inde bulunmuşsa da, işveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca*

amacını gerçekleştirmekten uzaklaşıp cezalandırma mahiyetinde olacağından hukuk düzeni tarafından korunması da söz konusu olmayacaktır.

Kişilik hakkı zarara uğrayan kişi manevi zararının giderilmesine yönelik bir miktar paranın kendisine verilmesini talep ettiğinde hâkim onun yerine veya onunla birlikte başka bir şeye de hükmedebilecektir. Bu hususta hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak her ne kadar hâkime manevi tazminat miktarının tespiti noktasında geniş bir takdir yetkisi tanınmış olsa da üst mahkeme tarafından manevi tazminat miktarının az bulunduğu ve bu nedenle ilk derece mahkemesince verilen kararların bozulduğu kararlar da mevcuttur[461].

6. Haklı Nedenle Fesih

İşveren tarafından haklı ve makul sebebe dayalı olmaksızın ayrımcılık yapılması durumunda işçinin haklı nedenle fesih hakkının olduğu doktrin tarafından kabul edilmektedir[462]. İşçi bu durumda İşK. m. 24/II-f bendi uyarınca iş şartlarının uygulanmaması sebebine dayalı olarak iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshedebilecektir. Ancak bu durumda Karademir/Ekinci'nin de belirttiği gibi tüm risk işçinin üzerinde olacaktır[463]. Olası bir dava durumunda işçi eğer ayrımcılık yapıldığını ispat edemezse veya işçi ayrımcılığın varlığını kuvvetli şekilde gösteren emarelere dayalı olarak ispat etmesi üzerine işveren haklı nedene dayandığını ispat ederse bu durumda işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği kabul edilemeyecek olup tüm mali risk işçinin üzerinde olacaktır.

---

10 yıllık zaman aşımına tabidir. Davacıya ait eczanede kalfa olarak çalışan davalının, kontrol yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hasta yakınına yanlış ilaç vermesi ve oluşan zarar sebebi ile eczanenin, hastane, doktorlar ve diğer müşteriler nezdinde itibarının sarsıldığı açıktır. Manevi tazminatın zenginleşme aracı olmadığı da gözetilerek uygun oranda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", www.kazanci.com (E.T.: 29.03.2020).

[461] Yarg. 21. HD. 2016/11049 E. 2018/1501 K. 20.2.2018 T. kararında: *"Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir. Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır.(HGK 23.6.2004, 13/291-370) Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı baba yararına hükmedilen 10.000,00 TL manevi ve davacı kardeş yararına hükmedilen 2.000,00 TL manevi tazminatın az olduğu açıktır. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."*, www.kazanci.com (E.T.: 29.03.2020).

[462] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 197; Ekmekçi/Yiğit, 281; Yuvalı, 220.

[463] Karademir/ Ekinci, 243.

7. İşi Yapmaktan Kaçınma

İş Kanunu'muzda işten kaçınma hakkı m. 34 ile düzenleme altına alınmıştır. Ancak kanuni düzenlemede "ücretin ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir sebep dışında ödenmemesi durumunda" işçiye işten kaçınma hakkı tanınmaktadır. Bu nedenle eşit davranma borcuna aykırı davranış durumunda işten kaçınma hakkı açıkça Kanun'da yer almamaktadır. Ancak doktrinde eşit davranma borcuna aykırı talimat veya somut bir iş verilmesi durumunda işi yapmaktan kaçınma hakkının gündeme gelebileceği kabul edilmektedir[464]. Ayrıca yönetim hakkı kapsamında değindiğimiz üzere işçiye eşit davranma borcuna açıkça aykırı talimat verildiğinde eğer işçi verilen bu talimata uymuyor ise bu durumda işçi hakkında yaptırım uygulanmaması gerekmektedir. Zira işçinin bu durumda işten kaçınma hakkı bulunmaktadır[465]. Kanaatimizce de işçinin eşit davranma borcuna aykırı talimat verilmesi durumunda bunu yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır, bu nedenle söz konusu talimatın yerine getirilmemesi durumunda işçiye yaptırım uygulanmaması ve ücretinde herhangi bir kesinti yapılmaması gerekmektedir.

Ayrımcılık nedenlerinden biri olarak kabul edilen psikolojik taciz durumunda işçiye yönelik ciddi ve yakın bir tehlike bulunmakta ise işçinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca iş yapmaktan kaçınma hakkının söz konusu olduğu kabul edilmektedir[466]. Bu durumda işçinin hangi kanuna tabi çalışan olduğuna bakılmaksızın söz konusu düzenleme uyarınca iş yapmaktan kaçınma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir[467]. Kanaatimizce de söz konusu düzenlemenin sadece psikolojik taciz özelinde değil ciddi ve yakın olan her tehlike durumunda işletilebilmesi mümkün olmalıdır. Zira kanundaki amaç işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması olup söz konusu düzenlemede "ciddi ve yakın tehlike" daraltıcı şekilde tanımlanmamıştır. Bu nedenle koşulların oluşup oluşmadığının her somut olayda ayrı ayrı ele alınması gerekecektir.

B. Cezai Yaptırımlar

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı TCK m. 122'de düzenlenen "Nefret ve Ayrımcılık" suçu kapsamına girmekte ise işveren cezai yaptırımla karşı karşıya

[464] Karademir/Ekinci, 242.
[465] Karademir/Ekinci, 242.
[466] Lokmanoğlu, 395; Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 635.
[467] Lokmanoğlu, 397.

kalabilecektir. Türk Ceza Kanunu m. 122 düzenlemesine göre; "*dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; ... bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse"* bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Bu suç tipi ile korunmak istenen hukukin değerin Anayasal güvence altına alınmış olan "eşitlik" ilkesinin olduğu kabul edilmektedir[468]. Ersoy ise Kanun'un gerekçesini ve düzenlendiği başlığı birlikte ele alarak bu suçla korunmak istenen hukuki değerin "farklı muameleye tabi tutulmama hakkı" olduğunu belirtmektedir[469]. Türk Ceza Kanunu m. 122 düzenlemesinde güvenlik tedbirine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle işveren tüzel kişilik ise şirket hakkında herhangi bir güvenlik tedbiri uygulanmayacak olup sadece şirket yetkilileri hakkında ayrımcılık nedeni ile hapis cezası verilebilecektir[470].

Bu suçun failine bakıldığında ise herkes fail olabilecektir ancak failin ayırt edici özellikleri bakımından mağdurla aynı gruptan olmaması gerekmektedir. Örneğin ırka dayalı ayrımcılık yapıldığı iddia edilmekte ise failin aynı ırktan olmaması gerekmektedir[471]. Suçun mağduru herkes olabilir ancak mağdurun gerçek kişi olması gerekmektedir, zira tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören konumunda olabilecektir[472].

Suçun fiil unsuruna bakıldığı takdirde ise seçimlik hareketlerden oluştuğu ve herhangi bir hareketin meydana gelmesi ile suçun oluşacağı kabul edilmektedir[473]. İş hukuku ile ilgili suç oluşturan seçimlik hareketi ise bir kişinin işe alınmasını engellemektir. Türk Ceza Kanunu m. 122'de yer alan sebeplere dayalı olarak bir kişinin işe alınmasının engellenmesi bu suçu oluşturacaktır. Ancak bir kimsenin hamileliği sebebi ile işe alınmaması durumunda TCK m. 122'de yer alan sebeplerden birinin söz konusu olmaması ve ceza hukukunda kıyas yoluyla genişletme yasağı çerçevesinde bu suçun tipiklik unsurunun oluşmayacağı kabul edilmektedir[474].

[468] Yenidünya, Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 100-101.
[469] Ersoy, Uğur, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 2017, S. 34, 31.
[470] Yenidünya, 103.
[471] Ersoy, 32.
[472] Ersoy, 33.
[473] Ersoy, 34.
[474] Ersoy, 41.

İşveren işe alımda işin niteliğini dikkate alarak belirli kimseleri işe alma veya almama hususunda serbestiye sahiptir. Ancak işverenin bu serbestisini insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde ve keyfi olarak kullanmaması gerekmektedir. Zira hükmün konuluş amacı keyfi ayrım yapılmasına engel olmaktır[475]. Bu nedenle keyfi ayrım yapılmadığı ve haklı sebebe dayalı olduğu sürece bu suç işlenmiş sayılmayacaktır. Bu suç sadece kastla işlenebilecek olup taksirli davranış bu suça sebebiyet vermeyecektir[476]. Ayrıca dolaylı ayrımcılık yapılması durumunda da bu suç oluşmayacaktır[477]. Nefret ve ayrımcılık suçu aynı zamanda özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olmayan ve resen soruşturulup kovuşturulabilen bir suçtur[478]. Bu hususta şikâyet söz konusu olmasa dahi resen soruşturulabilecektir.

Aynı zamanda ilk bölümde ayrımcılık nedenleri başlığı altında kısaca bahsettiğimiz üzere eğer ayrımcılık teşkil eden fiil aynı zamanda cinsel taciz niteliğinde ise bu durumda TCK m. 105 hükmünde yer alan suç gündeme gelebilecektir. Ancak bu durumda suçta ve cezada şahsilik ilkesi gereği işveren sadece kendi bizzat yaptığı fiilden dolayı sorumlu olacaktır. Aynı zamanda cinsel taciz eyleminin aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılmak suretiyle işlenmesi durumunda TCK m. 105/2'ye göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda özel olarak düzenleme altına alınmış olan konumuz ile ilgili diğer bir suç ise "Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" suçudur. Türk Ceza Kanunu m. 118'de düzenleme altına alınmış olan bu suç *"bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya ya da sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya veya sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak"* ile oluşmaktadır. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup maddede sayılı fiillerden birinin gerçekleştirilmesi ile bu suç oluşacaktır[479]. Bu suçun faili de herkes olabilecektir, ancak mağduru sadece gerçek kişiler olabilir[480]. Bu suçun yaptırımı Kanun'da altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak kanunda düzenlenmiştir. Aynı zamanda TCK m. 118/2'de *"cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin*

[475] Yenidünya, 112.
[476] Yuvalı, 233.
[477] Yuvalı, 233.
[478] Ersoy, 51-52.
[479]Ersoy, Uğur, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. XX, S. 2 4, 492 vd.
[480] Ersoy, Sendikalar Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, 487.

engellenmesi" de suçun diğer bir şekli olarak düzenlenmiştir. Maddede kamu veya özel sendikalar olarak bir ayrım yapılmadığından Ersoy'a göre bu maddenin uygulanma kapsamına 6356 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren sendikalar ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kapsamına giren sendikalar da girmektedir[481]. Bu suçun yaptırımı ise TCK m. 118'de bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

C. İdari Yaptırımlar

1. İş Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırım

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışının bir diğer yaptırımı da İşK. m. 99'da düzenleme altına alınmış olan idari para cezası yaptırımıdır. İş Kanunu m. 99/a bendinde *"a) 5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası"* idari para cezası uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Ancak bu tutarlar her sene güncellenmektedir[482]. Söz konusu cezalar Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri tarafından verilmektedir.

Eşit davranma borcuna aykırı davranış halinde verilen idari para cezasına karşı itiraz Kabahatler Kanunu m. 27 uyarınca ilgili cezanın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde sulh ceza hakimliğine yapılabilecektir.

2. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırım

a. Genel Olarak

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ayrımcılığın önlenmesi, insan hakları ile ilgili ihlallerde rapor hazırlanması, yayınlanması, toplumun bilinçlendirilmesi gibi amaçlar doğrultusunda mali özerkliğe sahip, ayrı bir kamu tüzel kişiliğine haiz Başbakanlık ile ilişkili olmak üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

Kurumun görev ve yetkileri Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 9. maddesinde detaylı olarak açıklanmıştır. Görevlerinden bir tanesi de maddede düzenlendiği üzere *"ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek"*tir.

---

[481] Ersoy, Sendikalar Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, 502.
[482] Her bir işçi için eşit davranma borcuna aykırı davranışın yaptırımı 2020 yılı için 268,00 TL olarak belirlenmiştir. Kaynak: www.isvesosyalguvenlik.com (E.T.: 28.03.2020).

b. Kurum'a Başvuru Prosedürü

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3/2 uyarınca *"cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık"* yapılması yasaklanmıştır. Söz konusu ayrımcılık hallerinden birine maruz kalan herkes Kurum'a başvuru yapabilecektir. Yine ilgili Kanun'un 17. maddesinde başvurulardan ücret alınmayacağı ve illerde valilikler ilçelerde ise kaymakamlık aracılığıyla da başvuru yapılabileceği düzenlenmiştir.

Kurum'a başvuruda süre sınırı getirilmemiş olup ayrıca dava açma süresi içerisinde yapılan başvurularda işlemeye başlamış olan dava açma süresinin duracağı da ilgili Kanun'da düzenlenmiştir. Kutsal'a göre Kurum yargı merci olmadığından verdiği kararlar da yargısal nitelikte olmayacağı için dava açma süresinin işlemeye devam edeceği belirlenseydi pek çok hak kayıplarına sebebiyet verebilirdi. Bu nedenle söz konusu düzenleme hak kayıplarının önlenmesi ve Kurum'a işlerlik kazandırılması açısından yerindedir[483].

Kurum'a sadece telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasının imkân dahilinde olduğu hallerde doğrudan başvuru hakkı bulunmaktadır. Bunun haricindeki her durumda ilgilinin öncelikle ayrımcılığa neden olan uygulamanın düzeltilmesini ilgilisinden talep etmesi ve bu talebin reddedilmesi veya 30 gün içerisinde cevap verilmemesi durumunda Kurum'a başvuru yapabilmesi mümkündür. Ancak talebin kabul edilmesi durumunda fiili olarak herhangi bir değişikliğin yapılmaması, başvurunun değerlendirilmemesi durumunda ilgilinin bir kez daha mı başvurması gerekecektir sorusunun cevabı net değildir. Kutsal'a göre bir defa daha talepte bulunulması gerekmeksizin süreci uzatmamak adına Kurum'a başvuru yapılabilmelidir[484]. Yine "telafisi güç veya imkânsız zararların doğması" durumunun içeriğinin nasıl tespit edileceği, hangi hallerde telafisi güç veya imkânsız zararların ortaya çıkacağı kısmı belirsiz olup her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir[485].

Aynı zamanda Kanun'un 17/5 maddesinde İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık hallerinden birinin mevcut olması durumunda öncelikle İş Kanunu'nda yer alan şikâyet usullerinin izlenmesi gerektiği, bu şikâyet usulü sonucunda herhangi bir yaptırımın alınmaması durumunda Kurum'a başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ancak İş Kanunu'nda şikayetle ilgili bir yol mevcut

[483] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 271.
[484] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 273.
[485] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 271.

değildir. Şikâyet işverenin kendisine mi yoksa Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne mi yapılacaktır sorusunun cevabı belirsizdir. Bu konuda ne Kanun'da ne de gerekçesinde açıklama bulunduğundan, söz konusu belirsizlik Kurum'a yapılacak başvuruları da engelleyecek niteliktedir[486].

Kurum aynı zamanda insan hakları ve ayrımcılık yasaklarının ihlalleri durumunda resen de harekete geçerek inceleme başlatabilecektir. Ancak Kanun'un 17/6 maddesine göre mağdurun şahsen belirlenebildiği durumlarda mağdurun kendisinin veya kanuni temsilcisinin rızasının alınması gerekmektedir. Ancak ihlalden etkilenen bir çocuk ise yüksek yararının gerektirdiği durumlarda kanuni temsilcisinin rızası aranmayacaktır.

c. Başvurunun İncelenme Aşaması

Kurum'un ihlal incelemesini nasıl yapacağı Kanun'un 18. maddesi genel olarak düzenlenmektedir. Kurum, ihlal iddiasına muhatap olan taraftan yazılı görüş isteminin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde ihlal iddiasına karşı yazılı görüşünü sunmasını talep edecektir. Muhatabın talebi halinde Başkan bu süreyi 15 gün daha uzatabilecektir. Tarafların talep etmeleri halinde Kurul önünde ayrı ayrı sözlü açıklama yapma hakkı da verilebilecektir.

Kurul Başkan'ı incelemenin özelliğine göre resen veya tarafların talepleri halinde uzlaşma yoluna da gidebilecektir. Bu durumda uzlaşmanın 1 ay içinde sonuçlandırılması gerekecek olup uzlaşmada anlaşma olması durumunda ise uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan tespitler, alınan beyanlar veya açıklamalar ilerleyen aşamada soruşturma, kovuşturma veya davada delil olarak kullanılamayacaktır. Uzlaşmada anlaşma sağlanamaması durumunda anlaşmamaya ilişkin rapor yirmi gün içinde Kurul'a sunulur ve Kurul tarafından ihlalin varlığı veyahut yokluğuna ilişkin bir karar vermesi gerekir. Kurul eğer konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık ihlalini tespit ederse bu durumda suç duyurusunda bulunması gerekecektir.

Kurum tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden her türlü bilgi, belge talep edebilecek, gerekli hallerde tanık dinleyebilecek, ihlalin söz konusu olduğu yerde inceleme yapabilecek ve ileri derecede teknik ve mali uzmanlık gerektiren durumlarda ücreti Kurum bütçesinden ödenmek üzere bilirkişi görevlendirebilecektir. Kurul'un inceleme yetkisi ilgili Kanun'un 19. maddesinde detaylı olarak açıklanmıştır. Kurul bu incelemelerinin

[486] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 430; Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 274.

ardından toplamda "başvuru veya kendi vermiş olduğu resen inceleme" kararından itibaren 3 ay içinde kararını vermesi gerekecektir. Bu süre Kurul Başkanı tarafından bir defaya mahsus verilecek süreyle en fazla 3 ay daha uzatılabilecektir.

d. İspat Yükü

İspat yüküne ilişkin ilgili Kanun'un 21. maddesinde özel düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre münhasıran ayrımcılık yasağı ihlaline dayanan başvurularda başvuranın iddiasını kuvvetle gösterecek emareleri ve karine oluşturacak olguları ortaya koyması halinde ispat yükü yer değiştirecek olup artık karşı tarafın ayrımcılığın veya eşit davranma borcuna aykırı davranışın söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Ancak bu ispat kolaylığı sadece Kurum'a yapılan başvurularda geçerli olup yargı mercileri önünde yapılacak incelemelerde genel ispat kuralı geçerli olacaktır[487]. Yargı mercileri önüne gelen eşit davranma borcuna aykırılık durumunda İşK. m. 5/7 uyarınca -sendikal ayrımcılık saklı kalmak üzere- aykırı davranışı işçinin ispat etmesi gerekecektir. İşçinin ihlalin varlığı ihtimalini güçlü şekilde gösteren durumu ortaya koyduğunda artık işverenin ihlalin söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekecektir. Yine yargı mercileri önüne gelen sendikal ayrımcılık durumunda ise sendikal sebeple fesih sebebini işverenin ispat etmesi gerekecektir. Diğer sendikal ayrımcılık yapıldığı hallerinde ise işçinin ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması gerekecektir. Kutsal'a göre Kurum'a yapılan başvurularda kabul edilmiş olan ispat kolaylığının yargı mercileri önünde de uygulanabilmesi gerekmektedir[488].

Ünal ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu yürürlüğe girmeden önce kanun taslağında yer alan ispat maddesini eleştirerek gerçeği yansıtmayan taciz iddiaları hususunda ispat yükünün işveren üzerine bırakılmasının işletmelerinin zarar görmesine sebep olacağını ve ispat hukukundaki genel kuraldan tamamen uzaklaşılmasının yerinde olmayacağını belirtmiştir[489].

e. Yaptırım

Kurul yargı merci olmaması nedeniyle yargı kararı niteliğinde karar veremeyecektir. Ancak Kurul'a Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 25. maddesi ile 1.000,00 TL'den 15.000,00 TL'ye kadar idari para cezası verme yetkisi tanınmıştır. Yine Kurul takdirine

[487] Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 427; Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 277.
[488] Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 277.
[489] Ünal, Psikolojik Taciz, 65.

bağlı olarak verilen karar bir kereye mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürülebilecektir. Ancak hakkında uyarı cezası verilmiş olan kişi veya kurum aynı davranışı tekrarlaması durumunda alacağı ceza yüzde 50 oranında artırılarak uygulanacaktır.

Kanun'a göre idari para cezalarının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Bu Kanun'da hüküm bulunmadığı hallerde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 25/6 maddesi uyarınca 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu para cezasına itirazın da tebliğinden itibaren 15 gün içinde sulh ceza hakimliğine yapılması gerekmektedir.

Kurul'un vermiş olduğu bir kararında D… Y… P… D… T… A.Ş şirketi tarafından eleman.net adlı internet sitesine muhasebe-finans personeli alımı için bırakılan ilanda yer alan ifadeler nedeni ile resen inceleme başlatılmıştır. Muhatap işveren şirket tarafından internet sitesindeki ilanda büyük harfler ile şu ibareleri belirtmiştir: "Bayan, (erkek adayların ve türbanlı adayların cv'leri dikkate alınmayacaktır. Önemle belirtiriz.)". Muhatap şirket tarafından verilen savunmada ilan içeriğindeki bu ibarenin çalışanı tarafından habersiz şekilde eklenmiş olduğunu, bu hususta çalışanından savunma talep edildiği ve savunmasının yetersiz görülmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedildiğini, kimsenin işe başvuru yapmaması nedeniyle rencide olan bir gerçek kişinin de bulunmadığını beyan etmiştir. Kurul muhatap işveren şirket çalışanının da beyanlarının alınmasının ardından gerekli incelemeleri yaparak söz konusu olayda eşit davranma borcuna aykırı davranılmış olduğunu, ilanın din ve vicdan özgürlüğünü sınırladığını, iş ilanında belirli bir cinsiyetin ve türbanlı kişilerin başvurularının değerlendirilmeyeceğine ilişkin ibarenin doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğini, söz konusu ilanın 20 gün boyunca yayında kaldığı ve bu sürede ilanın diğer şirket P…D… H… A.Ş. tarafından kontrol edilerek kaldırılmadığını, bu nedenle ayrımcı ifadeler nedeniyle iş başvurusunda bulunmayan kişilerin olabileceğini belirterek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir[490]. Aynı kararda Kurul hem ilan bırakan şirkete hem de yayını kontrol etmeden yayınlayan şirkete karşı idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

[490] Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kurul'unun 2018/97 K. 15.10.2018 T. kararı, www.tihek.gov.tr (E.T.: 13.08.2020).

III.AYRIMCILIK TAZMİNATININ DİĞER TAZMİNATLAR İLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak

Ayrımcılık tazminatı ile diğer tazminatlar arasındaki ilişki doktrinde oldukça tartışmalı bulunmaktadır. Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla birlikte aynı anda talep edilebilir olup olmadığı noktasında tek açıklık sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki açısından düzenleme altına alınmış olmasıdır[491]. Bu nedenle diğer tazminatlar ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilebilip edilemeyeceği noktasında görüş birliğine varılamamaktadır. Konu iş güvencesi sistemine tabi olmayan işçiler hakkında hükmedilebilen kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki, iş güvencesi sistemine tabi olan işçiler bakımından hükmedilebilecek iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki ve kanunda özellikle düzenleme altına alınmış olan sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı arasındaki ilişki olarak üç başlık altında incelenecektir.

B. İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Açısından

Hukukumuzda iş sözleşmesinin feshi başlığı altında değindiğimiz üzere kanundaki belirli şartların birlikte mevcut olması durumunda iş güvencesi sistemi uygulama alanı bulmaktadır. Bu şartlar İş Kanun m. 18'de yer aldığı üzere işçinin kıdeminin 6 aydan fazla olması, işyerinde çalışan işçi sayısından en az 30 işçi olması, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olmasıdır. Bu şartların birlikte mevcut olması durumunda işçi iş güvencesi kapsamında olacaktır. Bu nedenle iş güvencesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesi ancak işçinin yeterliliği, davranışları veya işletmenin, işyerinin veyahut işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanarak yazılı olarak ve önceden savunması alınarak sona erdirilebilecektir. Bu şartların bir veya bir kısmının eksik olması durumunda işçi iş güvencesine tabi olamayacaktır. Ancak kanunda bu işçilerin haksız ve kötü niyetle işten çıkarılmalarının önüne geçilmesi amacı ile İşK. m. 17/6 ile yaptırım getirilmiştir. Bu fıkra uyarınca işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda işçiye bildirim süresinin 3 katı tutarında tazminat ödenmesi gerekeceği düzenleme altına alınmıştır. Bu durumda işveren fesih hakkını kötüye kullanması durumunda Kanun'da yer alan bu yaptırımla karşı karşıya kalacaktır.

İşverenin iş güvencesine tabi olmayan işçileri ile ilgili fesih hakkını kötüye kullanması durumunda kötü niyet tazminatı yanı sıra aynı zamanda eşit davranma borcuna aykırılıktan

[491] Odaman, 35.

doğan ayrımcılık tazminatını da ödemesi gerekip gerekmediği hususu ise tartışmalara neden olmaktadır. Doktrinde bazı yazarlara göre kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenemeyeceğine ilişkin bir kanun maddesinin olmaması ve yargı kararıyla bu hakkın kısıtlanamaması nedeniyle iki ayrı amaca hizmet eden bu tazminatlar birlikte talep edilebilecektir[492]. Birlikte talep edilebileceklerini kabul eden bazı yazarların gerekçesi ise her iki tazminatın hukuki dayanaklarının farklı olması ve diğer ayrımcılık hallerinden farklı olarak fesihte ayrıca kötü niyet tazminatının düzenlenmiş olmasıdır[493].

Bazı yazarla göre ise iki tazminatın da esasında aynı sebepten doğuyor olması nedeniyle birlikte talep edilememesi gerekir[494]. Aynı zamanda Çelik'e göre her iki tazminatın birlikte talep edilmesi mümkün olmadığı gibi bu iki tazminattan birini seçme hakkı da yasada yer almadığından söz konusu olamaz[495]. Yazara göre bu durumda uygulanması gereken kötü niyet tazminatı olmalıdır, zira bildirim süresi 6 ila 8 hafta olan işçiler açısından daha avantajlıdır ve ayrımcılık tazminatının 4 aylık ücretten daha az belirlenmesi mümkün olduğundan işçi lehine kötü niyet tazminatının uygulanması gerekir[496].

Odaman'a göre ise işverenin eşit davranma borcuna aykırı feshinin esasında kötü niyet içermesi nedeniyle her iki tazminatın bir arada hükmedilmemesi ve işçi lehine olan hangi tazminat ise ilgili tazminata karar verilmesi gerekmektedir[497]. Ancak işverenin fesihte birden fazla nedene dayanması durumunda her iki tazminatın gerekçelerinin farklı olması durumunda aynı anda talep edilebileceklerdir[498].

Yargıtay kararlarına bakıldığı takdirde ise kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı sebebe dayalı olması nedeniyle birlikte hükmedilemeyeceğine karar verildiği görülmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında her iki tazminatın birlikte hükmedilemeyeceği görüşünü isabetli bulmakla birlikte söz konusu olayda davacının hizmet süresi dikkate alındığında ayrımcılık tazminatının daha çok işçi lehine olması sebebi ile ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekir iken kötü niyet tazminatına hükmeden mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir[499]. Yargıtay'ın söz konusu kararından da görüleceği

[492]Süzek, 456; Kandemir/Yardımcıoğlu, 38; Köseoğlu/Kaya, 73; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 199; Baysal, Eşit Davranma Borcu, 84; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, 164.
[493]Mollamahmutluoğlu/Astarlı/Baysal, 199.
[494]Çelik, Tazminat Sorunları, 489; Bakırcı, 119; Odaman, 36.
[495]Çelik, Tazminat Sorunları, 489.
[496]Çelik, Tazminat Sorunları, 489.
[497] Odaman, 36.
[498] Odaman, 36.
[499]Yarg. 22. HD. 2015/28332 E. 2018/7866 K. 27.03.2018 T. kararı, www.lexpera.com (E.T.: 29.02.2020).

üzere her iki tazminata aynı anda hükmedilemeyeceği ancak işçi her iki tazminatı da talep etmesi durumunda işçinin kıdeminin dikkate alınarak en lehine olan tazminata hükmedilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Kanaatimizce de eşit davranma borcuna aykırı her fesih aynı zamanda kötü niyetli fesih olması nedeni ile her iki tazminata aynı anda hükmedilmemesi gerekir. Aksi durumda aynı sebepten kaynaklanan iki farklı tazminata hükmedilecektir, bu da hukuk sistemimizde kabul edilebilen bir durum değildir. Aksi durumda işçiyi koruma amacından çıkılarak işvereni cezalandırma boyutuna varacaktır.

C. İş Güvencesine Tabi Olan İşçiler Açısından

İş güvencesi kapsamında olan işçilerin ise iş sözleşmelerinin geçerli sebebe dayanmaksızın veya sebep gösterilmeksizin sona erdirilmesi durumunda işçilerin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. İşe iade davasının işçi tarafından kazanılması ve süresinde işçinin işe başlamak amacı ile başvuru yapmasına rağmen işverence işe başlatılmaması durumunda işçi 4 ay ile 8 ay arasında değişen işe başlatmama tazminatına hak kazanacaktır. Ancak bu durumda işe başlatmama tazminatı yanı sıra ayrımcılık tazminatı istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Bazı yazarlara göre her şeyden önce bu iki tazminatın amaçlarının birbirinden farklı olması nedeniyle birlikte talep edilebilmesine bir engel bulunmamaktadır[500]. Zira birinde işe iade davası sonrasında işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde işçi tarafından işe iade başvurusu yapılmasına rağmen işçinin işe başlatılmaması üzerine ödenmesi gereken tazminat söz konusu iken diğerinde ayrımcılık teşkil eden davranış nedeni ile ödenmesi gereken tazminat söz konusudur. Örneğin hamile bir işçinin iş sözleşmesi hamileliği sebebi ile feshedildiğinde işe iade davası sonrasında yeniden işe başlatılması durumunda dahi ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerekmektedir[501].

Süzek'e göre ise her iki tazminatın birlikte talep edilebilmesi mümkündür. Ancak yazara göre her iki tazminatın birlikte talep edilebilmesinin esas gerekçesi sendikal tazminatta olduğu

[500]Caniklioğlu, Kadın Hakları, 71; Kandemir/Yardımcıoğlu, 39; Doğan Yenisey, Eşitlik İlkesi, 79; Köseoğlu/Kaya, 72; Manav Özdemir, Kadın İşçilerin Korunması, 165; Aykaç, 118-119; Sever, 64-65; Odaman, 38.
[501] Sever, 64-65.

gibi birlikte talep edilemeyeceklerine ilişkin bir hükmün bulunmaması ve her iki tazminatın amaçlarının birbirlerinden farklı olmasıdır[502].

Mollamahmutoğlu'na göre ise her iki tazminatın dayandıkları esasların farklı olması nedeniyle birlikte talep edilmelerine bir engel bulunmamaktadır. Zira işe başlatmama tazminatı işçinin işe başlatılmaması durumu için ödenecek bir tazminat türü olup hukuki dayanakları arasında açıkça farklılık bulunmaktadır[503].

Doktrinde yer alan aksi görüşe göre ise her iki tazminatın aynı davranışa dayalı olması nedeniyle birlikte hükmedilememesi gerekmektedir[504].

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında davacı işçinin hamileliği sebebi ile geçersiz nedenle işten çıkarıldığının işe iade davasında mahkeme kararı ile kesinleştiğini, işe iadesine karar verilmesine rağmen davacının işe başlatılmaması sonucunda yeniden bir fesih işleminin yapılmış olduğunu, davacıya işe başlatılmaması üzerine yasal hakları olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve işe başlatmama tazminatının ödendiği bu nedenle yeniden yapılan fesih için işe başlatmamanın sonuçlarına işverenin katlanmış olduğu, ayrıca ayrımcılık yapılıp yapılmadığının tespit edilmesine gerek olmadığı gerekçesi ile ayrımcılık tazminatına hükmedilmemesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir[505]. Taşyürek ise Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararı incelemesinde ayrımcılık tazminatının feshe bağlı olmadığını, ayrımcılığa dayalı olması sebebi ile diğer tazminatlarla ilişkisinin söz konusu olmadığını, bu nedenle de her iki tazminatın birlikte talep edilebileceğini, zira Kanun'da sendikal sebeple ayrımda olduğu gibi bir istisna getirilmediğini, bu sebeple Kanun'da bu konuda bilinçli susma söz konusu olduğunu ve sendikal tazminata ilişkin birlikte uygulanma yasağının burada uygulanamayacağını ve İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık hallerinde ayrımcılık tazminatının uygulanması gerektiğini beyan ederek kararı eleştirmiştir[506]. Özcan ise aynı karara ilişkin incelemesinde ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte

[502] Süzek, 457.
[503] Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 199.
[504] Çelik, Tazminat Sorunları, 493.
[505] Yarg. 9. HD. 2010/13065 E. 2012/23353 K. 18.06.2012 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.:01.03.2020).
[506] Taşyürek, Selda, Ayrımcılık Sebebi ile İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2013, S. 3, 420-425.

talep edilebilecekleri yönünde özel bir düzenlemenin söz konusu olmaması nedeni ile her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini belirtmektedir[507].

Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararına konu olayda; davacı işçinin iş sözleşmesi hamilelik nedeni ile geçersiz sebeple sona erdirilmiş olup yerel mahkeme tarafından işçinin işe iadesine ve ayrımcılığa uğraması nedeniyle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesine karar verilmiştir. Taraflarca temyiz kanun yoluna gidilmesi üzerine yüksek mahkeme tarafından davacının işe iadesine karar verilmesi gerektiği ancak ayrımcılık tazminatı ile işe başlatmama tazminatının birlikte hükmedilemeyeceği, davacının ayrımcılığa uğramış olmasının ancak işe başlatmama tazminatının miktarında etkili olacağı ve bu durumda sınırdan uzaklaşılabileceği belirtilerek söz konusu dava dosyasında ayrımcılık tazminatı bakımından dava dilekçesinde belirtilmiş olmasına rağmen harçlandırılmadığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığına karar vererek kararın bozulmasına karar vermiştir[508].

Yukarıda yer vermiş olduğum Yargıtay kararlarından da görüldüğü üzere Yargıtay tarafından işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte hükmedilmeyeceği ve ancak ayrımcılık nedeniyle fesih söz konusu olduğunda bu durumun işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bilindiği üzere işe başlatmama tazminatının miktarının belirlenmesinde esas alınan kriter işçinin çalışma süresi olmaktadır, ancak haksız ve kötü niyetli fesih durumunda 8 aya kadar işe başlatmama tazminatına hükmedilebilecektir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında işçinin kıdem süresi dikkate alındığında 4 aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi gerekir iken hamilelik nedeni ile ayrımcılığa uğraması sonucunda işten çıkarılmasının da gözetilerek alt sınırdan uzaklaşılarak 6 ay işe başlatmama tazminatına hükmedilmesine karar vermiştir[509].

Kanaatimizce ayrımcılık tazminatı ve işe başlatmama tazminatı birbirlerinden farklı amaçlara hizmet edip ayrı davranışların yaptırımını teşkil ettiğinden ve Kanun'da birlikte talep edilebileceklerine ilişkin herhangi bir engel bulunmadığından birlikte talep edilmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır.

---

[507] Özcan, Durmuş, İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2012, S. 27, 122.
[508] Yarg. 9. HD. 2015/29051 E. 2016/9441 K. 14.04.2016 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 01.03.2020); Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD. 2015/18355 E. 2015/26031 K. 17/09/2015 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 01.03.2020).
[509] Yarg. 9. HD. 2015/29051 E. 2016/9441 K. 14.04.2016 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 02.03.2020).

D. Sendikal Sebeple Ayrımcılığa Uğrayan İşçiler Açısından

Sendikal özgürlüğün korunması amacı ile sendikal tazminat yaptırımı kanunda öngörülmüştür. Bir işçinin işe alınması sendikaya üye olup olmama veya belli bir sendikaya üye olma veya üyelikten çekilme koşuluna bağlanamayacağı gibi iş ilişkisi devam ederken sendikal faaliyetler nedeni ile çalışma şartları bakımından herhangi bir ayrım yapılamayacak ve iş sözleşmesi sona erdirilemeyecektir. Aksi durumunda sendikal nedenle ayrım yapıldığı kabul edilecek olup işçi sendikal tazminata hak kazanacaktır.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25'e göre sendikal nedenle ayrımcılığa uğrayan işçi işe iade davası açabileceği gibi ayrı bir dava açarak da sadece ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir. Ancak işçinin işe iade davası açması ve kazanması durumunda işçinin başvurusu veya işverenin işe başlatması ya da başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata hükmedilecek olup ayrıca işe başlatmama tazminatına hükmedilemeyecektir. Kanunda sendikal tazminat ile işe başlatmama tazminatının birlikte hükmedilmesi açıkça yasaklanmıştır.

Getirilen yasal düzenlemeye göre işçi işe iade davası süresini geçirsin veya geçirmesin sendikal tazminat talep edebilecektir. Yine işçi iade davasında işveren tarafından işe başlatılsın veya başlatılmasın işveren tarafından sendikal tazminat ödenmesi gerekecektir. Bu durumda işveren işe başlatmamayı tercih ettiğinde boşta geçen süre ücretinin yanı sıra sendikal tazminat ödeyecektir. Ancak kanuni düzenlemeye göre işçinin işe başlatılması durumunda da işverenin sendikal tazminatı ödenmesi gerekeceğinden işveren bu düzenleme ile işe başlatmamaya teşvik edildiği gerekçesi ile hüküm eleştirilmektedir[510]. Zira işveren işçi yasal süresi içerisinde işe başvuru yaptığında işe başlatmayı kabul etse de etmese de sendikal tazminatı ödemesi gerekeceğinden işçiyi işe başlatma yönünde irade kullanması oldukça güç gözükmektedir. Bu sebeple Baskan'a göre her iki tazminatın amaçlarının farklı olması ve her halükârda sendikal tazminata hükmedileceğini bilen işverenin genellikle işçiyi işe başlatmama yolunu tercih etmesi nedeni ile kanundaki işe başlatmama tazminatının söz konusu olmayacağına dair düzenlemenin çıkartılması gerekmektedir[511]. Öztürk'e göre de mevcut düzenleme uyarınca işverenin işe başlatmayı tercih etmesi oldukça zordur bu nedenle esas amacı işçinin işe iadesini sağlamak

[510]Doğan, 379.
[511]Baskan, Ş. Esra, İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2013, S. 30, 80.

olan işe iade davası amacını gerçekleştirmekten uzaklaşmaktadır. Yazara göre esasında sendikal özgürlüğün dışında işçinin işe iade edilmemesinin de yaptırımı olduğu düşünülerek mahkemelerin 1 yıldan fazla olacak şekilde sendikal tazminata hükmetmesi daha yerinde olacaktır[512].

İş güvencesi sistemine tabi olsun veya olmasın sendikal nedenle ayrımcılığa uğrayan işçi sadece sendikal tazminata hak kazanacaktır, bunun yanı sıra ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir. İş Kanunu m. 5'te açıkça sendikal nedenle ayrım yapılması durumu saklı tutularak birlikte talep edilmeleri engellenmiştir[513]. Hem sendikal tazminatın hem ayrımcılık tazminatının talep edilmesi durumunda sadece işçi lehine olan sendikal tazminata karar verilmesi gerekmektedir. Ancak davacı işçinin sendikal ayrımcılığa uğradığını iddia ederek sadece ayrımcılık tazminatı talep etmesi durumunda taleple bağlılık ilkesi uyarınca sendikal tazminata hükmedilemeyecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına konu olayda, davacının daha önceden açmış olduğu işe iade davası sonucunda sendikal tazminata karar verilmiş olması ve davalı işverene aynı davranışı nedeni ile iki ayrı yaptırımın uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile ikinci açmış olduğu fark ücret ve ayrımcılık tazminatı davasında ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin söz konusu direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir[514]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararında daha sonra açılmış olan ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar vermesinin esas gerekçesi aynı sebebe dayalı olarak yeniden yaptırımın uygulanmasının hukukun genel ilkesine aykırılık oluşturmasıdır. Kanaatimizce de verilen karar yerindedir. Zira sendikal sebeple ayrımcılık yapılması da esasında ayrımcılığın bir görünüm şekli olup İşK. m. 5'te Sendikalar Kanunu hükümlerinin saklı tutulmuş olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle her iki tazminat türünün de esasında ayrımcılığa dayalı olması sebebi ile aynı anda talep edilebilmeleri mümkün olmamalıdır.

Ayrıca şunu da gerekir ki sendikal tazminat talep edilebilmesi için işçinin sendikal ayrımcılık nedeni ile zarara uğraması gerekmemektedir. Zira sendikal tazminatın amacı zararın tazmini olmayıp sendikal özgürlüğün ve işçinin korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle işçi

[512]Öztürk, 233.
[513]Doğan, 373.
[514] Yarg. HGK 2015/9-305 E. 2017/323 K. 22.2.2017 T. kararı, www.kazanci.com (E.T.: 01.03.2020).

herhangi bir zarara uğramış olmasa dahi bir yıllık ücreti tutarında sendikal tazminata hak kazanacaktır[515].

[515] Özkaraca, Sendikal Tazminatlar, 263; Doğan, 382.

SONUÇ

İşverenin eşit davranma borcu işverenin haklı ve makul sebebe dayalı olmaksızın aynı veya benzeri işte çalışan işçileri arasında keyfi ayrımda bulunmamasını sağlamak amacı ile kabul edilmiştir. Bu borç işverene keyfi olarak aynı veya benzeri işte çalışanlara karşı ayrımcı davranışta bulunmasını yasaklamasının yanı sıra işçiye de kendisine karşı eşit davranılmadığında "eşit davranılmasını talep etme hakkı" vermektedir. İşçi kendisine karşı ayrımcı davranışların söz konusu olması durumunda ayrımcı davranışa son verilmesini talep edebilecektir. Eşit davranma borcunun temelini Anayasa m. 10 oluşturmaktadır. Anayasa m. 10 hükmü özel hukuk dahil olmak üzere hukukun her alanında uygulama alanı bulan ve hem eşit davranma borcunu hem de ayrımcılık yasağını içeren bir düzenlemedir.

İşverenin eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için doktrinde bazı şartların bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu şartlar aynı işyerinde aynı veya benzeri işte çalışan işçilerin bulunması, işyerinde çalışan işçi topluluğunun bulunması, kolektif nitelikte uygulamanın olması, zamanda birlik olması ve iş sözleşmesiyle çalışıyor olmaktır. Öncelikle bu borcun söz konusu olabilmesi için aynı veya benzeri işte çalışan kıyaslanabilir, en az iki işçinin bulunması gerekmektedir. Kıyaslanabilir işçiler arasında eşit davranma borcunun ihlali olabilmesi için diğer işçiye nazaran daha olumlu duruma getirilen işçiye yapılan ayrımcılığın kolektif nitelikte olması gerekmektedir. Diğer deyişle işçinin performansı, başarısı nedeniyle verilen prim gibi bireysel nitelikte işlem olmaması gerekmektedir. Aynı zamanda ayrımcı davranış teşkil eden muamele söz konusu olabilmesi için kıyaslanabilir en az iki işçiye karşı ayrımcı davranışın söz konusu olması ve işçilerin iş sözleşmesine dayalı olarak çalışıyor olması gerekmektedir. Bir işçi kendisinden önce işyerinde mevcut uygulamaya dayalı olarak veya iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki uygulamalara dayalı olarak eşit davranılmadığını iddia edemeyecektir.

Eşit davranma borcunun görünüm şekillerine baktığımızda, eşit davranma borcu aynı zamanda "eşit haklara sahip olmak", "eşit fırsatlara sahip olmak", "eşit uygulamalara tabi olmak" ve "eşit külfetlere katlanmak" şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Eşit davranma borcu işverene eşit davranma borcu yüklerken işçi tarafına ise eşit davranılmasını, eşit fırsatlar yaratılmasını, eşit uygulamaların yapılmasını talep etme hakkı sağlamaktadır.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında eşit davranma borcunun mevcut olup olmadığı hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre iş sözleşmesinin kurulması aşamasında henüz taraflar arasında mevcut iş ilişkisinin bulunmaması nedeniyle işverenin eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır. Bazı yazarlara göre ise iş sözleşmesinin kurulması aşamasında tarafların "sözleşme serbestisi ilkesi" uyarınca sözleşme kuracağı karşı tarafı serbestçe seçme, sözleşme koşullarını belirleme hususundaki serbestisi nedeniyle eşit davranma borcunun söz konusu olmadığını belirtmektedir. Ancak kanunda özel olarak belirtilen hamilelik veya cinsiyet nedeniyle veya sendikal sebeplerle ayrımcılık yapılması durumunda eşit davranma borcu iş sözleşmesi kurulmamış dahi olsa söz konusu olacaktır. Kanaatimizce de en temel borçlar hukuku ilkelerinden biri olan sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca -kanunda belirtilen bu özellikli haller haricinde- tarafların iş sözleşmesi kurulmasından önceki aşamada eşit davranma borcu söz konusu olmayacaktır.

İş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine dek geçen süreçte eşit davranma borcunun ihlali sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu amaçla İş K. m 5'te çalışma ilişkisinde ortaya çıkabilecek ayrımcılık halleri nazara alınarak detaylı olarak düzenlenme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu süreçte eşit davranma borcu ihlallerinin gündeme gelmesinin esas sebebi işverenin mevcut yönetim hakkının sınırlarının dışına çıkarak keyfi hareket etmesinden kaynaklıdır.

İş Kanunu m. 5 uyarınca "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz." Kanunda yazılı olan bu sebeplerin mutlak ayrım yasağı kapsamına giren haller olduğu ve işverenin bu nedenlere dayalı olarak hiçbir suretle eşit davranma borcunu ihlal edemeyeceği kabul edilmektedir. Yine Kanun'da yer alan aynı madde uyarınca işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye karşı farklı muamelede bulunamayacaktır. Örneği işveren haftanın belirli günlerinde tam gün çalışmakta olan işçisine diğer işçilere verdiği gibi yemek hizmeti vermez ise eşit davranma borcuna aykırı davranmış olacaktır. Aynı zamanda işveren parasal edimler söz konusu olduğunda kısmi süreli işçiye karşı tam süreli çalışana sağlanan hakkın orantılı şekilde ödenmesi gerekecektir.

Ücret hususunda ise doktrinde genel olarak iş sözleşmesinin kurulması sırasında tarafların özgür iradeleri ile ücreti belirleyebildiklerinden bahisle eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Zira iş sözleşmesinin kurulması aşamasında taraflar eşit

olup karşılıklı kabul sonucunda serbest piyasa koşulları içerisinde ücreti belirlemektedir. Bu nedenle işe yeni başlayan işçinin diğer işçilerin ücretinden düşük aldığını belirterek eşit davranılmasını talep etme hakkı olmayacaktır. İş sözleşmesinin devamında zam oranları hususunda ise işveren seyyanen bir zam belirlemesinde bulundu ise haklı ve makul sebebe dayanmadıkça bir veya birkaç işçisini zam uygulaması dışında tutamayacaktır. Ancak bu şekilde belirli zam oranı kararlaştırılmadıysa zam işverenin ekonomik durumu yanı sıra işçinin becerikliliği, yeteneği, performansı gibi kişisel etkenlere dayalı olarak değişebileceğinden aynı işi yapan işçiler arasında zam farklılığı dahi olsa haklı ve makul sebebe dayandırılabildiği ölçüde eşit davranma borcuna aykırılık gündeme gelmeyecektir. Kanun'da özellikli olarak düzenleme altına alınmış olan diğer bir husus ise aynı veyahut eşit düzeyde bir iş için kadın ve erkek işçi arasında cinsiyete dayalı olarak daha düşük ücret kararlaştırılamayacağıdır. Buradaki eşit işten kastedilenin birebir aynı iş olarak değil birbirine yakın çaba ve sorumluluk gerektiren işler olarak anlaşılması gerekmektedir. Kanunda yer alan eşit işe eşit ücret ödenmesini öngören düzenleme mutlak olarak anlaşılmamalıdır, zira birtakım objektif ve sübjektif kriterlere bağlı olarak (örneğin kıdem, beceriklilik, verimlilik gibi) bu düzenleme esneyebildiği kabul edilmektedir. Aynı zamanda Kanun'da yer alan ücret ifadesinin de ücret eki niteliğinde işçiye sağlanan tüm menfaatleri kapsadığı kabul edilmektedir.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu düzenlemelerin uygulanması nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılamayacaktır. Örneğin kadın işçiye kanunen tanınan süt iznine dayanılarak ücreti düşürülemeyecektir.

İşverenin yönetim hakkını kullanırken de işçileri arasında haklı ve makul sebebe dayalı olmadıkça keyfi ayrım yapmaması gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin sürekli aynı işçilerinin fazla mesaiye kalmalarını isteyemeyecektir. İşe girişte yapılacak kapı kontrollerinde üst araması yapılacak ise bazı işçilerin haklı sebebe dayalı olmadıkça bu uygulama kapsamı dışında tutulmaması gerekecektir. İşveren yönetim hakkına dayanılarak çalışma koşullarında ve şartlarında da sendikal faaliyetlere dayalı ayrım yapamayacaktır. İşverenin yönetim hakkı kapsamına giren diğer hususlarda örneğin terfi edecek işçileri belirleme hususunda da eşit davranması, işçiler arasında eşit fırsatları yaratması gerekecektir.

İşverenin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda eşit davranma borcunun olup olmadığı hususunda da doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sözleşme serbestliği ilkesi uyarınca sözleşmenin sona

erdirilmesi hususunda da irade serbestliğinin bulunması nedeniyle eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Ancak bunu kabul eden yazarlar dahi fesih hakkının açıkça kötüye kullanılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bazı yazarlara göre ise iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hususunda da eşit davranma borcu söz konusu olmalıdır. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara bakıldığı takdirde ise iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma borcunun kabul edildiği görülmektedir.

İş sözleşmesinin feshinde sıklıkla gebelik veya cinsiyete dayalı fesih veya sendikal nedene dayalı fesih gündeme gelmektedir. Bu nedenle bu hallere dayalı mutlak olarak eşit davranma borcu ihlal edilmiş olmaktadır ve hukuk düzenimiz kanuna aykırı bu fesihleri birtakım yaptırımlara bağlamıştır. Sendikal nedene dayalı feshin yaptırımı STİSK'te düzenlenmiş olup işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminat olarak yaptırıma bağlanmıştır. Cinsiyet ve gebelik sebebi ile gerçekleştirilen fesihler ise İşK. m. 5'te yer alan ayrımcılık tazminatı yaptırımına bağlanmıştır.

İş ilişkisinin devamı sürecinde sıklıkla eşit davranma borcuna aykırılık halleri gündeme gelmektedir. Ancak bu ilişkinin devam ettiği süreçte işten çıkarılma korkusunun da etkisiyle genellikle iş ilişkisi sona erdikten sonra aykırılık iddiaları ortaya atılmaktadır. Bu nedenle iş ilişkisi sona erdiğinde aynı işyerinde çalışmayan, tanık bulmakta zorluk çeken işçinin kendisine karşı eşit davranılmadığını ispat etmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Eşit davranma borcunun işveren tarafından ihlal edildiğinin ispatında zorluklar yaşanması nedeniyle İş K. m ile işçi lehine ispat kolaylığı getirilmiştir. İşçi, eşit davranma borcunun ihlal edildiğini güçlü şekilde gösteren durumu ortaya koyduğunda ispat yükünü yerine getirmiş sayılacaktır. Bundan sonraki aşamada ispat yükü yer değiştirecek olup işverenin ihlalin söz konusu olmadığını ispat etmesi gerekecektir.

Eşit davranma borcuna aykırı davranıldığının işçi tarafından ispat edilmesi durumunda İş K. m 5/1'de yer alan mutlak ayrım nedenlerinden birinin söz konusu olması halinde işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ödenmesine ve yoksun kalınan hakların ödenmesine karar verilebilecektir. Aynı zamanda işçi mutlak ayrım nedenlerinden birisi söz konusu olmasa da işveren tarafından kendisine eşit davranılmadığını iddia ederek -ayrımcılık tazminatı ödenmesini talep edemese de- bu sebeple yoksun kaldığı haklarını talep edebilecektir. Bunun yanı sıra işçi eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle birtakım zararlara uğramış ise genel hükümler uyarınca maddi ve/veya manevi tazminat talep edebilecektir. İşçinin eşit

davranma borcunun ihlal edilmesi durumunda haklı nedenle fesih hakkının da bulunduğu, bu hakkının yanı sıra kanuni şartların bulunması durumunda iş yapmaktan kaçınma hakkını da kullanabileceği kabul edilmektedir.

Eşit davranma borcunun ayrımcılık suçu teşkil etmesi veyahut cinsel taciz suçu oluşturması durumunda TCK'da yer alan yaptırımlar uygulanabilecektir. Eşit davranma borcunun ihlali durumunda uygulanabilecek birtakım idari yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir. Bu idari yaptırımlar İşK. m 99'da ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir.

İşverenin eşit davranma borcunun ihlali sendikal nedene dayanmakta ise bu durumda STİSK'da yer alan özel düzenlemeler uyarınca işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmayacak tutarda sendikal tazminata hükmedilebilecektir. Ancak sendikal tazminata karar verilmesi durumunda ayrıca ayrımcılık tazminatına karar verilemeyecektir.

Ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte talep edilebilip edilemeyeceği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre amaçlarının farklı olması nedeniyle birlikte talep edilebilir iken bazı yazarlara göre ise her ayrımcılık durumunun içerisinde kötü niyetli feshi kapsaması nedeniyle birlikte talep edilemezler. Yargıtay kararlarına bakıldığı takdirde de birlikte talep edilemeyeceklerinin kabul edildiği görülmektedir. Kanaatimizce her iki tazminatın esasında aynı nedene dayanıyor olması nedeni ile birlikte talep edilememesi gerekir.

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilebilip edilemeyeceği hususunda da görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre birlikte talep edilmelerinin önünde yasal bir engel bulunmaması nedeniyle birlikte talep edilebilmelidir. Ancak aksi görüşteki yazarlara göre işverenin aynı nedene dayalı olarak iki defa cezalandırılmasının önüne geçilmesi amacıyla birlikte talep edilememesi gerekmektedir. Yargıtay'a göre ise bu tazminatlara birlikte hükmedilmeyecektir. Ancak iş güvencesi tazminatının miktarı belirlenirken ayrımcılık hususunun dikkate alınması gerekmektedir. Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceğinin kanunda açıkça yer alması nedeniyle bu hususta doktrinde tartışma bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Adınır, Kaptan Merter, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul, 2019.

Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Basım, 2018.

Akyiğit, Ercan, Toplu İş Hukuku, Ankara 2015.

Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul, İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y. 2012, C. 9, S. 34.

Albayrak Zincirlioğlu, Candan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramlarının Önemi, TAAD, Y. 9, S. 34, Nisan 2018.

Alp, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, Y. 2003, C. 5, S. 1.

Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 4.

Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998. (Belirli Süreli Sözleşme)

Alparslan, Ali Murat/Çetinkaya Bozkurt, Özlem/ Özgöz, Ayşe, İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın Çalışanların Sorunları, MAKÜ İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2015, C. 2, Y. 2, S. 3.

Arslan Ertürk, Arzu, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, S. 27. (Psikolojik Taciz)

Arslan Ertürk, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHF – HAD, C 23, S 1.

Aykaç, Hande Bahar, Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 1. Baskı, 2016.

Ateş, Derya, Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, 2007, S. 72.

Balkır, Z. Gönül, İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, Y. 2008, S. 13.

Bakırcı, Kadriye, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, S. 8.

Bakırcı, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006, S 2.

Bakırcı, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000. (İşyerinde Cinsel Taciz)

Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap, Çalışanların Hakları ve Sorunları, 5. Baskı, 2018.

Baskan, Ş. Esra, İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Tazminat ve 6356 Sayılı Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2013, S. 30.

Baybora, Dilek, Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1.

Baysal, Ulaş, Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S. 28.

Baysal, Ulaş, İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İSGHD, Y. 2010, S. 25.

Bilgili, Abbas, İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, 2010.

Birben, Erhan, İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, 1. Baskı, 2016.

Birben, Erhan, İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 8, S. 2. (İşletme Gerekleriyle Yapılan Fesihte Seçim Serbestisi)

Bozkurt, H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2017.

Caniklioğlu, Nurşen, İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Ankara 2016. (Sözleşme Türleri)

Caniklioğlu, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Ankara 2016. (Kısmi Süreli Çalışma)

Caniklioğlu, Nurşen, 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu Bildiri Kitabı, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Mart 2020, www.yeniyuzyil.edu.tr. (Kadın Hakları)

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019.

Çelik, Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, Y. 2007, S. 14. (Tazminat Sorunları)

Çelik, Nuri, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2006, S. 4. (Fesihte Eşit Davranma Borcu)

Çil, Şahin, Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İSGHD, Y. 2005, C. 2, S. 6.

Çolakoğlu, Ebru, Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2011.

Demir, Aylin, Eşit Davranma İlkesi ve Fesihte Eşit Davranma İlkesine Uyulmamasının Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2019, C. 93, S. 6.

Doğan, Gülmelahat, Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), Ankara Barosu Dergisi 2014/1, (http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2014-1/13.pdf).

Doğan Yenisey, Kübra, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, Y. 2005, S. 7. (Orantılılık İlkesi)

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasakları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4. (Eşitlik İlkesi)

Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme (Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme), İstanbul 2007. (İşyeri ve İşletme)

Doğan Yenisey, Kübra, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2015.

Doğan Yenisey, Kübra, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y 2006, S 2. (Fesihte Eşit Davranma Borcu)

Ekmekçi, Ömer, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sendikal Tazminata Hak Kazanma Koşulları ve Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Çimento İşveren Dergisi, Y. 2016, S. 2, C. 30.

Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 2020.

Ekmekçi, Ömer, Toplu İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018. (Toplu İş Hukuku)

Erdemir, Makbule Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Erdoğan, Canan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, 2017.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, 2019.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

Erkanlı, Betül, Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Ankara, 2015.

Ersoy, Uğur, Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Ceza Hukuku Dergisi, 2017, S. 34.

Ersoy, Uğur, Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. XX, S. 2 4.

Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Sendika Hukuku, Yenilenmiş 2. Baskı, 2017.

Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş, Devrim, Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019.

Gülmez, Mesut, İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2.

Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih, İSGHD, C 14, S 54, Y 2017. (İşletmesel Gerekler ile Fesih)

Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012. (Belirli Süreli İş Sözleşmesi)

Gürkaynak, Gönenç/Karaoğlan, Ceyda/ Uluay, Tolga, Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2014, S. 32.

Hüseyinli, Namık/Aslan Atabay, Hatice, Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2017.

Kandemir, Murat/ Yardımcıoğlu, Didem, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 19, S. 30-31.

Karademir, Artür/Ekinci, Hakan, İşçilik Alacakları, 1. Baskı, 2017.

Karagöz, Veli, İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, EÜSBED 2012 [V] 1.

Karaman, Mehmet Halis, 4857 Sayılı İş Kanunu m. 13 Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2.

Karan, Ulaş, Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67 (2) 2018.

Kaya, Ali Pir, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 1. Baskı, 2007.

Kaya, Ali Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, Ankara 2014.

Kaya, Ali Pir, Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukunda Yeri, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2005, Y. 10, S. 38. (Çalışma Hukukunda Eşitlik)

Kaya, Ferman, İşverenin Eşit Davranma Borcunun Yargıtay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2016, C. 90, S. 6. (İşverenin Eşit Davranma Borcu)

Keser, Hakan, 4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 3, Y. 2004.

Keser, Hakan, İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37. (Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile Fesih)

Kocabıyık, Selçuk, Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2019, Y. 4, S. 13.

Koç, Muzaffer/Görücü, İbrahim, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1.

Korkmaz, Fahrettin/Alp, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, 2019.

Köseoğlu, Ali Cengiz/Kaya, Ayça, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Legal İSGHD, Y. 2011, S. 29.

Kurşun, Özgü, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

Lokmanoğlu, Salim Yunus, İşyerinde Psikolojik Taciz, TAAD, Nisan 2017, Y. 7, S. 30.

Manav Özdemir, A. Eda, İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, İstanbul 2017. (Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımına Karşı Korunması)

Manav Özdemir, A. Esra, Türk ve Alman İş Hukukunda İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması, TİSK Akademi, 2016/1. (İşçinin Cinsel Tacize Karşı Korunması)

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1 Bireysel İş Hukuku, Ankara 2019.

Moralıoğlu, Nermin Ezgi, İnsan Kaynakları Yönetiminde Eşit Davranma İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 1, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, 2014.

Nazlı, Seçkin, İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler, İÜHFM, Y. 2016, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul 2018.

Odaman, Serkan, Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İSGHD, Y. 2010, C. 7, S. 25.

Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi 2018, S 134.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 14. Bası, İstanbul 2018.

Okur, Zeki, İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı, İÜHFM-LXXIV Özel Sayı, C. 1.

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

Ören, Nisa, İşçinin Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Özcan, Durmuş, İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2012, S. 27.

Özcan, Durmuş, İş Hukukunda İşçilik Alacakları, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016.

Özdemir, M. Erdem, Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma İle Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2015, S. 33.

Özdemir, M. Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 1. Bası, Şubat 2006. (İspat Yükü)

Özdemir, M. Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y 2006, S 2. (İşyerinde Cinsel Taciz)

Özdemir, M. Erdem, Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet Yargıtayın İki Kararına İlişkin İnceleme, Legal İSGHD, Y. 2005, S. 5. (Ücret Artışında Eşitlik)

Özkaraca, Ercüment, 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3.(Sendikal Güvenceler)

Özkaraca, Ercüment, Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, G.Ü. İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 1. Basım, İstanbul 2018. (Geçici İş İlişkisi)

Özkaraca, Ercüment, Sendikal Tazminatlar, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Ankara, 2016. (Sendikal Tazminatlar)

Öztürk, Mehmet Onat, İşçinin Sendika Özgürlüğünün Sendikal Nedenle Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3.

Özveri, Murat, Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları, Legal ISGHD, Y. 2005, S. 8.

Reyhani Yüksel, Sera, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 39, 62.

Sarıbay Öztürk, Gizem, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37.

Sayar Özkan, Gökçen/Özkan, Bülent, Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1.

Savaş Kutsal, F. Burcu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Savaş Kutsal, Burcu, Yargıtay Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing), İÜHFM, Y. 2016, C. 74, Özel sayı Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı. (Psikolojik Taciz)

Senyen Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2019.

Senyen Kaplan, E. Tuncay, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, TBB Dergisi 2017 (özel sayı). (Cinsiyet Ayrımcılığı)

Sever, Rabia, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal İSGHD, Y. 2012, C. 9, S. 34.

Sevimli, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.

Sur, Melda, İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 37.

Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2019.

Sümer, Haluk Hadi, İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Y 2011, C 2. (Sendikal Nedenle Fesih)

Süral, Nurhan, İstihdamda Cinsiyet Eşitliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 10, Y. 5, S. 20.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.

Süzek, Sarper, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S. 23. (İşverenin Eşit Davranma Borcu)

Şahlanan, Fevzi, Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması), Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 37. (Sendika Üyeliğinin Güvencesi)

Şahlanan, Fevzi, Hamilelik Nedeniyle Feshin Geçersizliği ve Ayrımcılık Tazminatı Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Hukuk Eki, Aralık 2013, S. 396.

Şakar, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, 2018.

Şener, Battal, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011.

Şenol, Kübra Ercoşkun, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İÜHFM C. LXXIV, S. 2, 2016.

Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2014/1.

Taşkın, Ahmet, Mobbing Davalarında İspat Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 20, S. 2.

Taşyürek, Selda, Ayrımcılık Sebebi ile İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı ile İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2013, S. 3.

Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), 1. Bası, İstanbul 2008.

Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s 19.

Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İÜHF Yayını, 1. Basım, 1982.

Uşan, M. Fatih, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme), Legal ISGHD, Y. 2005, C. 2, S. 8.

Ünal, Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İSGHD, Y. 2013, C. 10, S. 37.

Ünal, Canan, Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017.

Yangın, Dilek Dulay, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisinde Eşit İşlem İlkesi Üzerine Değerlendirmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2017, S. 38.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2019.

Yenidünya, Caner, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Ayrımcılık Suçu, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4.

Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Yıldız, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, DEÜHFD, C 15, Özel S., 2013 (Basım Yılı 2014). (Orantılılık İlkesi)

Yıldız, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S 10. (Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık)

Yorulmaz, Çiğdem, Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1.

Yuvalı, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Ankara 2012.

Yuvalı, Ertuğrul, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5. (Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık)

Yuvalı, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi, Y. 2013, S. 106. (İş Kanunu ve Kadın İşçiler)

Yürekli, Sabahattin, İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, İÜHFM, Y. 2014, C. LXXII, S. 2.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Ankara 2019.

www.alomaliye.com

www.as-hukuk.com

www.calismatoplum.org

www.dergipark.org.tr

www.iskanunu.com

www.isvesosyalguvenlik.com

www.kazanci.com

www.lexpera.com

www.resmigazete.gov.tr

www.sgkrehberi.com

www.sozluk.gov.tr

www.turkhukuksitesi.com