



İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

METİN BOZKURT

Yüksek Lisans Tezi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
İzmir Ekonomi Üniversitesi
İZMİR
2020

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

METİN BOZKURT

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı'na
Yüksek Lisans Tezi
Olarak sunulmuştur.

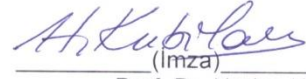
İzmir
2020

Lisansüstü Eğitim Enstitü Onayı


(İmza)

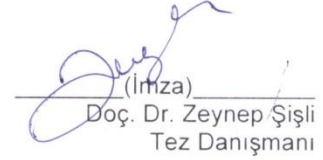
Prof. Dr. Mehmet Efe Biresselioğlu
Enstitü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi için gerekli şartları sağladığını onaylıyorum.


(İmza)

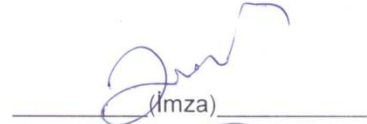
Prof. Dr. Huriye Kubilay
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Tez tarafımızdan okunmuş yüksek lisans derecesi için kapsam ve kalite yönünden uygun olduğu kabul edilmiştir.


(İmza)
Doç. Dr. Zeynep Şişli
Tez Danışmanı

Yüksek Lisans Jüri Üyeleri

Doç. Dr. Zeynep Şişli, Tez Danışmanı


(İmza)

Doç. Dr. Siyami Alp Limoncuoğlu, Üye


(İmza)

Dr. Öğr. Üyesi Dilek Eser, Üye


(İmza)

ÖZET

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Bozkurt, Metin

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ

Şubat 2020

İşverenin eşit davranma borcu, Anayasal eşitlik ilkesinin iş hukuku alanında yansımadır. İşverenin iş ilişkisi kapsamında ayrımı haklı kılacak bir neden olmadığı durumda, işçilere adalet ve hakkaniyet temelinde eşit davranmasını gerektirir.

Bu çalışmada eşit davranma ilkesinin tanımı yapıldıktan sonra, tarihsel gelişimini, yasal dayanaklarını, görülüş şekillerini ve ispat vasıtalarını değerlendirilmiştir. Tipik ayrımcılık nedenlerinden farklı olarak mevzuat ve içtihatlar ile özel koruma altında olan sendikal ayrımcılık ve cinsiyet ayrımcılığı konularına değinilmiştir. Eşit

davranma borcunun ihlali halinde başvurulacak hukuki yollar ve bu yollar kapsamında hangi taleplerde bulunulabileceği ifade edilmiştir. Çalışma boyunca işverenin yönetim hakkı ile işçiyi koruma borcu arasında bir denge gözetilmeye çalışılmıştır. Tek cümle ile ifade etmek gerekirse, bu çalışmada eşit davranma hukukumuzda mevzuat ve uygulama yönünden kapsamı irdelenmeye ve olması gereken hukuk açısından eleştiri ve öneriler geliştirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesi, ayrımcılık, ayrımcılık tazminatı, iş hukuku.



ABSTRACT

EQUAL TREATMENT OBLIGATION OF EMPLOYER

Bozkurt, Metin

Izmir University of Economics Graduate School

Master in Private Law

Supervisor: Assoc. Dr. Zeynep Şişli

February 2020

Equal treatment obligation of employer is the reflection of Constitutional equality principle in labour law. Employer must treat employees equally within the context of employment relationship based on justice and equity principles as long as there is not any legitimate reason to make a distinction.

Definition of equal treatment and its historical development process, normative resources, different versions of it and means of proof have been analysed by this study. Discrimination relating to trade union membership and gender within the

scope of legislation and practice has been examined as well as typical reasons of discrimination. In addition, legal ways that could be applied in case of the violation of equal treatment obligation of employer are explained. The balance between employer's management right and employers' obligation to protect workers is tried to be considered in the study. In brief, this study aims to examine the scope of equal treatment obligation of employer in legislation and practice and to put forward proposals for the future.

Key words: Employers' obligation of equal treatment, Principle of equality, Discrimination, Discrimination compensation, Labour law.



TEŞEKKÜR

Bu çalıőmanın yazımı sűresince bana gűsterdikleri sabır ve ettikleri yardımlar nedeniyle baőta eőim Duygu Burkutoęlu Bozkurt, danıőman hocam Doç. Dr. Zeynep Őiőli, annem Meral Akçakoyun ve kardeőim Esra Bozkurt'a, Mustafa Bekmezci'ye, Ece İrem Őzkan'a ve kedim Őzűm'e teőekkűr ederim. Binbir yoęunluęun içerisinde, yıllardır yazmayı istedięim tezimi onlar olmadan bitirmem műmkűn olmazdı. Onların yardımları sayesinde zaman ve fırsat bulabildim. Bu alıőma kapsamında yazılan her satırda saydıęım bu isimlerin de doęrudan veya dolaylı olarak katkıları vardır, haklarını űdemem műmkűn deęildir.



İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR	viii
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	ix
KISALTMALAR.....	xiv
BÖLÜM 1: GİRİŞ	1
BÖLÜM 2: EŞİTLİK KAVRAMI	3
BÖLÜM 3: EŞİTLİK KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ	5
BÖLÜM 4: HUKUKİ AÇIDAN EŞİTLİK(EŞİTLİĞİN NORMATİF DAYANAKLARI)	9
4.1. Ulusal Hukuk Yönünden.....	9
4.1.1. Anayasa Yönünden	9
4.1.2. 4857 Sayılı İş Kanunu Yönünden	10
4.1.3. 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu Yönünden.....	11
4.1.4. 5378 Sayılı Engelliler Kanunu Yönünden	12
4.1.5. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Yönünden	13
4.1.6. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yönünden	15
4.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Taraf Olduğu Uluslararası Hukuk Metinleri Yönünden.....	16
4.2.1. Birleşmiş Milletler Antlaşması	16
4.2.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	17
4.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	19
4.2.3.1.Sözleşme Ana Metni	19

4.2.3.2.EK 12 Nolu Protokol	20
4.2.4. Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	20
4.2.5. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi	21
4.2.6. BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme	22
4.2.7. BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi	23
4.2.8. ILO Kapsamındaki Düzenlemeler	25
4.2.8.1. ILO Anayasası	25
4.2.8.2. ILO'nun 100 Sayılı Aynı İşçinin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki Sözleşmesi	25
4.2.8.3. ILO'nun 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkındaki Sözleşme	27
4.2.8.4. ILO'nun 158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi	28
4.2.9. Avrupa Birliği Mevzuatı	29
4.2.9.1. Roma Antlaşması	29
4.2.9.2. Diğer Düzenlemeler	29
4.2.10. Engelli Hakları Sözleşmesi	30

BÖLÜM 5: İŞVERENİN İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA BORCU 32

5.1. Bir Hukuk Disiplini Olarak İş Hukuku	32
5.1.1. İş Sözleşmesi	33
5.1.2. İşçi ve İşverenin Tanımı	34
5.1.3. İşçi ve İşverenin Borçları	35
5.2. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Niteliği ve Temeli	38
5.2.1. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Kaynağı	38
5.2.2. Eşit Davranma Borcunun İşlevi	43
5.2.3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı ve Sınırları	43
5.2.4. Eşit Davranma Borcunun Doğumu	44
5.3. Ayrımcılık Kavramı ve Ayrımcılık Yasağı	45
5.3.1. Ayrımcılık Türleri	45
5.3.2. Tipik Ayrımcılık Nedenleri	48

5.3.2.1. Cinsiyet Temelli Ayrımcılık	48
5.3.2.3. Psikolojik Taciz (Mobbing)	52
5.3.2.4. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasal Düşünce	55
5.3.2.4.1. Din ve İnanç	55
5.3.2.4.2. Felsefi ve Siyasal Düşünce	57
5.3.2.5. Engel (Disability)	59
5.3.2.6. Sendikal Faaliyetler	60
5.3.2.7. Yaş	61
5.3.2.8. Kıdem	63
5.3.2.9. Yabancılık	63
5.4. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları	64
5.4.1. İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik)	64
5.4.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı	67
5.4.3. Kolektif Bir Uygulama Olması	68
5.4.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma	69
5.4.5. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması	70
5.5. Eşit Davranma Borcunun Sınırları	71
5.5.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	71
5.5.2. Orantılılık İlkesi ve Eşit Davranma Borcu	73
5.5.3. 6698 sayılı KVKK Hükümleri Yönünden İşverenin Sınırları	74
5.6. Eşit Davranma Borcunun Uygulandığı Haller	77
5.6.1. İş İlişkisinin Kuruluşunda Eşit Davranma Borcu	77
5.6.1.1. Genel Olarak	77
5.6.1.2. Cinsiyet ve Gebelik Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma	78
5.6.1.3. Sendikal Nedenler Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma	80
5.6.1.4. TİHEK Kanunu Kapsamında İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma	80
5.6.1.5. Engellilik Nedeniyle İş Akdinin Kuruluşu Nedeniyle Eşit Davranma	81
5.6.1.6. Yaş Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma	81

5.6.2. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu	83
5.6.2.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Eşitlik İlkesi	83
5.6.2.1.1. İşverence Verilen Emir ve Talimatlar	84
5.6.2.1.2. İşçiler Arasında Çeşitli Grupların Oluşturulması	85
5.6.2.2. Ücret Yönünden Eşitlik Davranma Borcu	86
5.6.2.3. İş Sözleşmesinin Türü ve Eşit Davranma Borcu	88
5.6.2.3.1. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit İşlem Yapma Borcu	89
5.6.2.3.2. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma Borcu	91
5.6.2.4. Sosyal Yardımlar ve İkramiyelerde Eşit Davranma Borcu	94
5.6.2.5. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesinde Eşit Davranma Borcu	98
5.6.3. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu	99
5.6.3.1. Genel Olarak	99
5.6.3.2. Fesih Türlerine Göre Eşit Davranma Borcu	107
5.6.3.2.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu	107
5.6.3.2.1.1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu	107
5.6.3.2.1.2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu	109
5.6.3.2.2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu	110
5.6.3.2.3. İş Güvencesi Sisteminde Sosyal Seçim Uygulaması	114
5.6.3.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılık	116
5.6.3.2.5. İş Sözleşmesinin Feshinde Cinsiyet Nedenli Ayrımcılık	118

BÖLÜM 6: EŞİT DAVRANMA İLKESİNE AYKIRILIĞIN İSPATI VE YAPTIRIMLARI

6.1. İSPAT YÜKÜ	119
6.1.1. Genel Olarak	119

6.1.1. Özel İspat Şekline Tabii Uyuşmazlık 1: Sendikal Neden.....	121
6.1.2. Özel İspat Şekline Tabii Uyuşmazlık 2 : Cinsiyet Ayrımcılığı	123
6.1.3. İspat Yükü Konusunda Görüşümüz	125
6.2. EŞİT DAVRANMA İLKESİNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI	127
6.2.1. Hukuki Yaptırımlar	127
6.2.1.1. Geçersizlik Yaptırımı	127
6.2.1.2. Eda Davası	128
6.2.1.3. İş Görmekten Kaçınma	129
6.2.1.4. Maddi ve Manevi Tazminat	129
6.2.1.5. İşçinin Fesih Hakkı	130
6.2.1.6. Saldırının Önlenmesi Davası	131
6.2.1.7. Ayrımcılık Tazminatı	131
6.2.2. İdari Yaptırımlar	134
6.2.3. Cezai Yaptırım – Ayrımcılık Suçu	137
BÖLÜM 7: SONUÇ	139
KAYNAKÇA	144

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
B	: Bası
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
bsk.	: Baslık
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas numarası
Ed.	: Edition
Fra.	: Fransızca
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	:Uluslararası Çalışma Örgütü
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar numarası
KHASÜHF	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: Madde
M.Ö.	: Milattan önce
M.S.	: Milattan sonra
prg.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete

KISALTMALAR (Devam)

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
S.Y.	: Sayılı yasa
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
Vs.	: Vesaire
YKİ	: Yargıtay Kararlarını İnceleme (Dergisi)
yy.	:Yüzyıl

BÖLÜM 1: GİRİŞ

Eşitlik ilkesi sosyal hayatın her alanında ve hukukta insan hayatını doğrudan etkilemiş, bu doğrultuda eşitlik ile ilgili pek çok düzenlemeler yapılmış, temelinde eşitlik olan pek çok yeni kavram ortaya çıkmıştır. Tezimin konusu işverenin eşit davranma borcudur.

Bu çalışmanın amacı işverenin eşit davranma borcu kapsamında haklı ve makul bir sebep olmaksızın, keyfi bir şekilde işçiler arasında ayırım yapamayacağına ilişkin hukuki düzenlemenin, öğretisi ve yargı kararları ışığında yaptırımları ile birlikte tartışılmasıdır. Bu amaçla ilk olarak eşitlik kavramını incelenmiş, eşitliğin etimolojik kökeni ve hukuki tanımı irdelenmiştir.

İkinci kısımda eşitliğin tarihsel gelişiminden bahsedilmiş, eşitlik kavramının altında yatan tarihsel süreçler, ilk ortaya çıkışı ve kavramın bugüne kadar olan gelişimi incelenmiştir. Tarihsel süreç çalışmamızda iki döneme ayrılmış, antik ve modern dönem başlıkları altında eşitlik kavramında yaşanan gelişmeler metnimizde yer almıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde *Hukuki Anlamda Eşitlik* başlığı ile eşitlik ilkesinin yasal dayanakları işverenin eşit davranma borcuna yönelik olarak sınırlı şekilde incelenmiştir. İncelemenin bu şekilde yapılmasının sebebi eşitlik ilkesinin kapsamının çok geniş olması, bu ilkenin pek çok hukuk dalına yansımalarının işverenin eşit davranma ilkesi ile doğrudan bağlantısının olmamasıdır. Konunun özünü koruyabilmek adına bu yönde bir sınırlamaya gidilmiştir. Çalışmaya konu edilen hukuksal dayanaklar Anayasa, yasa ve uluslararası sözleşmelerin hükümleridir.

Dördüncü bölümde ise işverenin eşit davranma borcu detaylarıyla anlatılmıştır. Bu kapsamda borcun hukuki niteliği ve temeli, borcun doğum anı, ayrımcılık kavramı, tipik ayrımcılık nedenleri, borcun uygulanma koşulları, borcun sınırları, işverenin iş akdinin kuruluşunda, devamında ve sonlandırılmasında eşit davranma borcuna

yönelik bilgiler verilmiştir. Bu kapsamda öğretilerde yer alan görüşler ile Yargıtay Daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun konu ile ilgili vermiş kararlarına eleştirel bir bakış açısı ile yer verilmiştir.

Çalışmanın beşinci bölümünde ise eşit davranma borcuna ilişkin ispat yükü ile işverenin eşit davranma borcuna uymama halinin yaptırımlarından söz edilmiştir. İspat yüküne ilişkin olarak, ispat usulleri özel hüküm ve uygulamalara da tabi olan sendikal ayrımcılık ve cinsiyet ayrımcılığı konularına ayrıca değinilmiş, bu iki tür uyuşmazlığın ispat konusunda tipik eşit davranma borcu uyuşmazlıklarına göre ne gibi farklılıklar içerdiği karşılaştırmalı olarak belirtilmiştir. Feshin işçi veya işveren tarafından yapılması, işveren feshinin süreli veya derhal olması hallerinin ispat konusunda yarattığı farklılıklar bu bölümde ifade edilmiştir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı fiillerinin hukuki, cezai ve idari yaptırımları belirtilmiştir. Ayrıca ihlal edilen eşit davranma borcu tipine göre bu yollardan hangilerinin aynı anda kullanılabilmesi sorusuna yasa hükümleri, öğretilerde yer alan görüşler ve Yargıtay kararları ile cevap verilmeye çalışılmıştır.

Sonuç kısmında işverenin eşit davranma ilkesinin mevzuat ve uygulama çerçevesinde değerlendirilmesi ile toplumsal ihtiyaç karşısında gelecekte gerek düzenleme açısından içerik olarak gerek yargı kararlarında yorum yönünden dar ele alınmaması yönünde öneriler getirilmeye çalışılmıştır. Özellikle işçinin delillere erişme ve sunma güçlükleri tartışılmıştır. Devletin bu alanda denetiminin şikâyete bağlı kılınmaksızın güçlendirilmesinin önemine değinilerek eleştiriler çerçevesinde çözüm önerileri geliştirilmeye çalışılmıştır.

İşverenin eşit davranma borcu aynı zamanda vicdani bir borçtur. Kamunun vicdanının da bu borcun yerine getirilmesi için gereken sorumluluğu hissetmesi ve işverene hissettirmesi gerekmektedir.

BÖLÜM 2: EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik kavramı sözlükte; “Yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne artık ne eksik olmayan (iki veya daha çok şey), müsavi” ve “aynı haklardan yararlanan, aynı düzeyde olan (kimse)”¹olarak tanımlanmıştır. Başka bir etimolojik kaynaktan ise eşit sözcüğünün eş kavramına Yeni Türkçe bir ek olan it kavramının eklenmesi ile oluştuğu, eş sözcüğünün ise Uygurca'ya kadar dayandığı ifade edilmektedir².Sözcüğün karşıt anlamlısı “eşitsiz”dir. Günlük dilde çeşitli anlamları olan eşitlik, mantık ve aritmetik terimi olarak kullanıldığı gibi, doğa bilimlerinde, değer yargılarında, ahlak ve hukuk alanında da kullanılmaktadır³.

Eşitlik kavramı hukuk sözlüğünde ise; “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir zümreye, aileye, kişiye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.”⁴; “İç hukukta kişilerin aynı şekilde muamele görmeleri...”⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

Eşitlik kavramı öncelikle birden çok olan şeylere ilişkin olarak kullanılabilir. Tek olan, hiçbir şeye eşit olamaz. Bir şeyin eşit veya eşitsiz olduğunu söylemek, onun başka bir şeye eşit veya eşitsiz olduğunu söylemektir⁶. Bir başka deyişle eşitliğin olduğu yerde karşılaştırma vardır. Bu veriler doğrultusunda eşitliğin iki veya daha fazla şey arasında yapılan karşılaştırma neticesinde tespit edilen bir ilişkiyi, ilişkili olma halini ifade eder⁷.

¹ TDK(2019). Erişim Kaynağı:(<https://sozluk.gov.tr/?q=e%C5%9Fit&aranan=>) (Erişim Tarihi: 13.11.2019)

² Nişanyan Sözlük (2019). Erişim Kaynakları: (<https://www.nisanyansozluk.com/?k=e%C5%9Fitlik&view=annotated>) (Erişim Tarihi: 13.11.2019) ; (<https://www.nisanyansozluk.com/?k=e%C5%9F&lnk=1>) (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

³ E-ansiklopedi(2019). Erişim Kaynağı: (<http://ansiklopedi.turkcebilgi.com/E%C5%9Fitlik>) (Erişim Tarihi:18.12.2019).

⁴ Yılmaz, E.(1996). Hukuk Sözlüğü. Ankara. Yetkin Yayınları. s.438(s.242'den atıfla).

⁵ Uslu, T. A. (1964). Yeni Hukuk Lugati ve Hukuk Terimleri Sözlüğü. İstanbul. Site Yayınları. s.114.

⁶ Öden, M. (1988). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara. Yetkin Yayınları. s.1.

⁷ Öden (1988). s.1.

Eşitlik çok geniş bir kavramdır. Kullanıldığı alanın özeline göre sayısız şekilde tanımlanabilir. Konumuza özel olarak yaptığımız tanıma göre ise eşitlik, şahıs veya zümrelere haklar ve ödevler yönünden hiçbir ayırım yapılmaması durumuna denilmektedir.



BÖLÜM 3: EŞİTLİK KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Eşitlik kavramı tarihsel açıdan iki farklı döneme ayrılarak irdelenmektedir. Bu dönemler Antik Dönem ve Modern Dönem olarak isimlendirilmektedir. Bu dönemlerden ilki Stoacı okulun kuruluşundan Roma İmparatoru Caracalla'nın yurttaşlık buyruğunu yayınladığı zamana kadar olan süreçtir⁸. İkinci dönem ise kanaatimizce 1776 tarihidir. Bu tarihte Amerika Anayasası kabul edilmiştir⁹. Ancak modern dönem kazanımlarının başlangıcını daha eskilere dayandırmamız mümkündür.

Antik dönemde eşitlik kavramı ile ilgili tartışmalar ilk olarak Stoacı okulda başlamıştır. Stoacı okul eşitliği akıl ve teolojik güce dayandırmış; amaçlarımızı biçimlendiren akılcı ve teolojik bir güç bulunduğunu, yani aklın teolojik bir güce dayandığını ifade etmiştir. Stoacı okulun düşüncesine göre insanlar, akli birlikte paylaştıklarında göre tanrıyı da paylaşmış olmaktadırlar. Bu nedenle kişilerin düşünme yetileri ile zeka seviyelerinin farklılık içermesi önem arz etmemektedir. Mühim olan herkesin asgari bir düşünme, fikir yürütme yetisine sahip olmasıdır. İnsanları diğer türlerden ayıran bu düşünme yetisi ve zeka tüm insanlarda bulunduğu için insanoğlunu birleştirmekte ve onları birbiriyle eşit hale getirmektedir. İnsanlar sırf insan olmaları nedeniyle eşittirler. Zira mühim olan insan olmaktır. Bunun aksi tanrıyı inkâr etmek ve tanrının parçası olan yarattıklarını ayırmaktan anlamına gelecektir¹⁰.

Eşitliğin felsefi yönüne ilişkin tartışmalar için ise yine Yunan Dönemi'ne gitmemiz gerekmektedir. Bireylerin doğumdan itibaren eşit oldukları ideası önce Eski Yunan döneminin bazı sofistleri tarafından öne sürülmüştür¹¹. Tabi ki aksi yönde görüşler de mevcuttur. Sonraki yıllarda ise Aristo ve Platon eşitlik kavramı ciddi şekilde

⁸ Şener, B.(2011). İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Borcu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi. İzmir. s.5.

⁹ Amerikan Anayasası eşitlik kavramını içeren ilk yazılı hukuk belgesidir, 1776 tarihinin önemi buradan gelmektedir. Ayrıntılı bilgi başlığın devamında yer almaktadır.

¹⁰ Kaya, P.A.(2005) Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve: Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri (Kavramsal Çerçeve). Mercek Dergisi. S. 38. Nisan 2005.s. 145.

¹¹ Yıldız, G.B.(2008). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu .Ankara. Yetkin Yayınları. s.1; Şenel, A. (1970). Eski Yunan'da Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine. Ankara. AÜSBF Yayınları. s.317, s.343 vd.

irdelemiştir¹².

Platon'a göre mutlak bir eşitlik söz etmek mümkün değildir, ancak birbirlerine benzeyen şeylerden bahsetmek mümkün olabilir. İnsanlar bu benzerlikleri eşitlik olarak algılamaktadırlar. Eşitlik nesnelere dünyasında mümkün olmayan bir kavramdır. Platon varlığı idealer ve nesnelere olarak ikili bir sisteme ayırır ve eşitlik kavramının idealer dünyasında mümkün olabileceğini söyler. İdealar dünyası, gerçek olmayan, her şeyin en doğru ve olması gerektiği gibi olduğu mükemmel varsayımsal düzendir. Mükemmel olmayan, kusurlu olan nesnelere dünyasında ise eşitliğin tezahür etmesi Platon'a göre imkansızdır. Yine Platon'a göre eşitlik diye bir şey nesnelere dünyasından olmadığından eşitlik varmış gibi davranmak yeni bir eşitsizliği doğuracaktır. Bu bağlamda Platon, nesnelere dünyasında mutlak eşitlikten ziyade orantılı eşitlik ile adaletin sağlanmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir¹³.

Aristo'nun eşitlik anlayışına baktığımızda onun da Platon ile benzer düşünceler içerisinde olduğunu söyleyebiliriz. Ancak Aristo Platon'dan da farklı olarak dağıtıcı ve denkleştirici adalet isimlerini verdiği iki kavram üzerinde durmuştur. Dağıtıcı adalet, eşitlerin kendi arasında eşit olmasını öngören, bir denge sağlama amacı güden adalet sistemidir. Bir başka deyişle Aristo, adaletin ve hakların dağıtımında kişilerin sahip olduğu servet, saygınlık veya önem arz eden ilgili değeri ile orantılı olarak pay almasını dağıtıcı adalet olarak tanımlamıştır. Denkleştirici adalet ise bu değerlerin hiçbir önemi olmaksızın herkesin eşit payı alması olarak tanımlanmıştır. Denkleştirici adalet mutlak eşitliği işaret eden bir adalet sistemidir. Dağıtıcı adaletten farkı budur¹⁴.

Roma Hukuku dönemine eşitlik kavramı üzerinden baktığımızda ise bu dönemde eşitliğe yönelik pozitif hukuk kaynakları meydana gelmiştir. Roma Hukuku dönemi yargıçları kimi uyuşmazlıklarda eşitlik ilkesine vurgulamalar yapmış ve içtihatlarında eşitlik kavramını yerleştirmişlerdir. Roma'daki siyasi yapının ve bölgesel devlet

¹² Yıldız(2008).s.29.

¹³ Şenel(1970).s.423-431; Yuvalı, E.(2011). İşverenin Eşit Davranma Borcu. Ankara. s.8.

¹⁴ Güriz, A.(1996). Hukuk Felsefesi. Ankara. Siyasal Kitabevi. s.174-176; Şenel(1970).s. 456; Yuvalı(2011).s.9; Yıldız (2008). s.2.

düzeninin de kavramın yerleşmesinde sağladığı faydayı görmezden gelmek mümkün değildir. Zira bu dönemde Roma Kanunları sadece Roma vatandaşları için düzenlenmiştir. Roma vatandaşı olmayan kişilere hangi hukukun uygulanması gerektiği tartışması içtihatlar ile çözümlenmiştir¹⁵.

Modern dönemde ise hukuki kazanımların basit anlamdaki başlangıcı olarak Magna Carta kabul edilmelidir. Magna Carta İngiltere'de 1215 tarihinde imzalanmış olan ferman niteliğinde bir hukuk metnidir. Bu metin ile birlikte kralın sahip olduğu haklar ilk kez kısıtlanmış ve derebeylere birtakım yetkiler tanınmıştır. Magna Carta, içerik itibarıyla günümüz eşitlik kavramına uygun bir belge olmasa da zümresel ayrımcılığa karşı bir belge olduğundan ötürü önemsiz olarak kabul edilemez. Bu belgeyle birlikte üçüncü bir zümre olan derebeyler ve sermaye sahiplerine de ayrıcalıklar tanınmış, iki kutuplu olan eşitsizliğe üçüncü bir kutup eklenmiş, en ayrıcalıklı ile en önemsiz kabul edilen kesim arasındaki uçurum da azalmıştır¹⁶.

Zaman içerisinde Rönesans, Reform ve Sanayi Devrimi ile birlikte üçüncü zümre dediğimiz sermaye ve güç sahipleri etkilerini daha da artırmışlardır. Bu durum teolojik ve dogmatik bir şekilde krallara tanınan ayrıcalıkların sorgulanmasına yol açmıştır. Ancak bu ayrıcalıkların azalması ve ortadan kalkması buna rağmen çok zaman almıştır. Bu geçiş sürecinin 600 yıl kadar sürdüğünü söylememiz mümkündür. 18. yüzyılın son çeyreği eşitlik kavramı için önemlidir. Zira 1776 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin kurulması ve devletin kuruluş süreçlerinde bir Anayasa kabul etmesi¹⁷ ile eşitlik kavramı ve bu kavramı işaret eden haklar ve ödevler devletler

¹⁵ Karadeniz Çelebican, Ö.(1993). Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik. AÜHF Dergisi, C.43. S.1. ss. 299-311.s.302; Söğüt, İ.S.(2013). Roma Hukukunda Lex Kavramı. KHASÜHF Dergisi. C.1. S.1.s.66.

¹⁶ İlal, E. (1968). Magna Carta. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.34. S.1/4. ss. 210-242. s.212.

¹⁷ Amerikan Bağımsızlık Savaşı 1775-1781 tarihleri arasında gerçekleşmiştir. Bu savaşın devamı esnasında 4 Temmuz 1776 yılında yayımlanan bağımsızlık beyannamesi ile Amerika Birleşik Devletleri'nin kuruluşu ilan edilmiştir. Savaş sonrası, 1783 yılında imzalanan Paris Antlaşması ile de Amerika Birleşik Devletleri'nin bağımsızlığı tanınmıştır. Savaşın sona ermesi devletinin kuruluş ve işleyişi ile ilgili çalışmalar uzun süre devam etmiştir(ki zaten çalışmalar 18. yüzyılın ortasından beri devam etmektedir, savaşın öncesine dayanmaktadır, sürekli olarak kongreler yapılmakta ve özgürlük, bağımsızlık ve haklar üzerinde derin tartışmalara ev sahipliği yapmaktadır). Bu dönemde yapılan toplantılardan biri olan Philadelphia Konvansiyonu ile devletin bir anayasaya ihtiyacı olduğu hususu iyiden iyiye kabul görmüştür. Kısa süre içerisinde de anayasa hazırlık süreci tamamlanmış ve 21 Haziran 1788

tarafından yazılı olarak güvence altına alınmaya başlanmıştır. Amerika'da bu süreçler yaşanırken Avrupa'nın siyasi yapısı durağan bir haldedir. Avrupa'da milliyetçilik kaynaklı isyanlar ise iktidarların otoriteleri ve keyfilikleri sorgulanmaktadır. 1789 yılında gerçekleşen Fransız Devrimi de bunun bir sonucudur. 18. Yüzyıl Fransasında burjuvaların mecliste eşit oy hakkına sahip olmak yönündeki talepleri iktidar tarafından tepkiyle karşılanmış, iktidarın tepki göstermesine halk burjuvalarında yanında yer alarak cevap vermiş ve iktidara karşı ayaklanma başlatmıştır. Bu ayaklanma neticesinde iktidar geçici bir süreyle kraliyetin elinden alınmıştır. Sonrasında her ne kadar krallık, halk ayaklanmasını bastırıp yeniden iktidarı ele almış olsa da devrimin etkileri kalıcı olmuştur. Bu olaydan itibaren zaman içerisinde krallık yönetimleri güç kaybetmiş, bireylerin sahip olduğu haklar iktidarlar tarafından tanınmış, devletler yazılı metinler ve meclisler tarafından yönetilmeye başlanmış, haklar ve ödevler daha belirgin hale gelmiştir¹⁸.

tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Anayasası 7 maddeden ibaret olarak yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Birecikli, İ. B.(2011). Amerika'nın Kuruluşu ve ABD-Avrupa İlişkileri (1776-1876). ABD ve Büyük Ortadoğu İlişkileri Özel Sayısı. ss. 81-103. s.82 vd.

¹⁸ Daha ayrıntılı bilgi için Bkz Giritli, İ.(1989). Fransız İhtilali ve Etkileri. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi. C.5. S.15. ss. 539-549. s.544.

BÖLÜM 4: HUKUKİ AÇIDAN EŞİTLİK(EŞİTLİĞİN NORMATİF DAYANAKLARI)

Eşitlik hukukun her alanında yer alan bir ilkedir. Hukukun her dalının içerisinde bir şekilde kendisine yer bulmuştur. Dolayısıyla eşitliğe ilişkin gerek ulusal gerekse de taraf olduğumuz uluslararası mevzuatta çok fazla düzenleme vardır. Bu nedenle tarafımızca sadece iş hukukunda eşitlik ilkesi ile ilgili olan ulusal ve uluslararası hükümler incelenmiştir. Aşağıda yer alan hükümler haricinde de hukukumuzda eşitlik temelli pek çok norm bulunmaktadır. Ancak bu normlar konumuzla doğrudan ilgili değildir, bu nedenle incelememizde yer almamışlardır.

4.1. Ulusal Hukuk Yönünden

4.1.1. Anayasa Yönünden

Anayasamızın 10. maddesi eşitlik ilkesini ortaya koyan genel hükümdür¹⁹. Ayrıca maddenin son cümlesi eşitliğin sağlanması ile ilgili olarak devlete pozitif yükümlülük yüklemektedir.

Elbette ki Anayasada eşitlik ilkesinin hüküm altına alınması önemlidir. Ancak bugün dünyanın her yerinde hukuk düzeninin var olduğu, bu düzenin olmazsa olmaz temel dayanaklarının bulunduğu düşünüldüğünde eşitlik ilkesi zaten hukukta temel bir ilke haline gelmiş, bütün hukuk sistemlerinde yazılı olmasa dahi aksinin kabulü düşünülemeyecek bir hal almıştır. Bugün İngiltere'de bir anayasa olmaması eşitlik ilkesinin orada en üst düzeyde korunmadığı ve uygulanmadığı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesinin sınırları ve istisnaları elbette tartışılabilir ancak dünyanın her yerinde, her ülkede bugün itibarıyla kural olarak her insan eşittir. Sistemler ve hükümler ancak eşitliğin sınırlarını ve istisnalarını belirleyebilir.

1982 Anayasasının lafzına baktığımız zaman ayrımcılığa konu olabilecek dil, ırk,

¹⁹ **Anayasa m. 10:** “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”

cinsiyet ve başkaca özellikler sayılmış, daha sonra da ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin her insanın eşit olduğu ifade edilmiştir. Burada sayılan özelliklerin çoğaltılabileceğini, sınırlı sayıda olmadığını rahatlıkla anlayabilmekteyiz. Sayılan nedenler eşitlik ilkesinin somutlaşması açısından önem arz etmektedir. Ancak bu nedenler sayılmasa idi hükmün daha kapsayıcı olabileceği de düşünülebilir. Zira herkes kanun önünde eşittir ifadesi çok daha keskin, çok daha net bir ifadedir. Bunun dışında sayılan nedenlerin ardından ve benzeri sözcüğünün kullanılmasını terminolojik olarak irdelemek gerekebilir. Ve benzeri dilimizde kalıplaşmış bir kullanımdır, pek çok yerde karşılaşmamız olasıdır. Ancak hükümdeki kullanımı, tipik ayrımcılık nedenlerine benzer olmayan bir konuda yapılan ayrımcılığın anayasal korumanın dışına çıkacağı sonucunu da doğurmaya müsaittir. Örneğin “ve benzeri” yerine “başkaca” sözcüğünün kullanımı ile benzer olmayan ayrımcılık halleri de eşitlik ilkesinin kapsamına dahil edilebilir, daha genişletici bir yorum kanaatimizce elde edilebilirdi. Yine de özü itibarıyla baktığımızda Anayasamızın 10. maddesinin eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için yeterli seviyede olduğunu söylememiz gerekmektedir.

4.1.2. 4857 Sayılı İş Kanunu Yönünden

İş Kanunumuzda eşit davranma ilkesi 5. maddede düzenlenmiştir²⁰. Madde metni Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası hukuk metinleri ile

²⁰

4857 sayılı yasa Madde 5 : (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) (1) *İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

(2) *İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.*

(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.*

(4) *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.*

(5) *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.*

(6) *20nci 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.*

uyumludur, ayrımcılığa ilişkin olarak geniş kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Yine madde metninde eşit davranma yükümlülüğüne uyulmaması halinin de yaptırımları belirtilmiştir. Ancak maddenin son fıkrasında bu konudaki ispat yükü işçiye yüklenmiştir. İlerleyen sayfalarda madde metni bütün yönleri ile ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

4.1.3. 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu Yönünden

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İş Kanunu'ndakinden de farklı olarak sendikal sebeplerle ayrımcılık kavramına yer verilmiştir. Kanunun 25. maddesinde²¹ de ayrımcılığın sendikal sebeple yapılması halinin yaptırımı düzenlenmiştir. Bu hükümde adi eşit davranma tazminatından daha yüksek bir tazminata hak kazanılması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır. Sendikal özgürlüğe yönelik baskıların ve bu konudaki eşitsizliğin diğer ayrımcılık türlerine göre daha kitlesel ve soyut olduğu düşünüldüğünde özel hükümle düzenlenmiş bu korumanın yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira yaştan kaynaklı, ücretten kaynaklı

²¹ **6356 sayılı yasa Madde 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.*
(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 ayırım 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.*

ayrımcılık halleri ile sendikal ayrımcılığı sosyolojik olarak da bir tutmak mümkün değildir. Sendikal güvencenin sarsılmaması ve kişilerin sendikalara üye olmasının teşvik edilmesi için böyle bir düzenlemenin varlığı müspet bir durumdur.

Yine aynı kanunun aynı maddesinde ise sendikal işçi ile sendikasız işçi arasında ayırım yapılamayacağı hususu belirtilmektedir. Madde metninde ayrıca işçilerin işe başladıktan sonra sendikaya üye olmaları veya sendikada görev almalarının diğer işçiler ile aralarında ayırım yapılmasını gerektirecek bir hal doğurmadığı da açık biçimde vurgulanmıştır. Ancak maddenin son fıkrasında ücret, prim ve ikramiye yönünde sendikal işçi lehine bir ayrıma yer verilmiştir. Bu durum da bir nevi işçilerin sendika üyesi olması için bir nevi teşvik anlamına gelmektedir²².

4.1.4. 5378 Sayılı Engelliler Kanunu Yönünden

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki kanaatimiz engelli sözcüğünün dezavantajlı bireylerin güncel sosyolojik durum ve karşılıklarını ifade etmek için daha uygun olduğu yönündedir. Buna karşın yasa metninin ilk oluşturulduğu dönemde özürlü sözcüğünün kullanılması uygun görülmüştür. Ancak 25.04.2013 tarihinde RG'de yayımlanan 6462 sayılı kanunun ilk maddesi ile 5378 sayılı kanunun adı “Engelliler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir. Özürlü sözcüğünün resmi sözlük anlamlarına baktığımız zaman²³ bireyden ziyade metaya yönelik kullanımını daha uygun bulmaktayız. Zira dilimizin bugünkü halinde bir birey hakkında kusurlu, defolu anlamına gelecek şekilde ifadede bulunmanın saygı sınırlarına uygun olduğunu da düşünmemekteyiz. Kavramın İngilizce karşılığı olan disable²⁴ sözcüğü ile de uyumlu olan engelli sözcüğünün mevcut duruma çok daha uygun bir kullanım olduğu kanaatindeyiz.

5378 sayılı yasanın Kanununun 14. maddesinde geçen, “(1) İşe alımda; iş seçiminden,

²² Bu durum ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğine yönelik olarak; Bkz: Kaya, P.A.(2009). Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi: "Kaya (2009)". Bursa. Dora Yayınları., s.139.

²³ TDK(2019). Özürlü: “1- Özürlü olan. 2- Engelli. 3- Kusurlu, defolu.” Erişim Kaynağı: (www.sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

²⁴ Tureng(2019). Disable(Sözlük): Engelli, kısıtlı. Erişim Kaynağı: (www.tureng.com /tr/turkce-ingilizce/disable) (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde engellilerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. (2) Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engeliyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz” ifadeler doğrultusunda iş hukukunda engellilere yönelik ayrımcılık yapılmasına yönelik yasaklar getirilmiştir. Bu yasaklar Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası hukuk metinlerinde de geçmektedir, yasa hükmü ile beraber iç hukukta daha belirgin şekilde güvence altına alınmıştır. Bu özel düzenlemede ayrımcılığa uğrayan işçiye herhangi bir talep hakkı tanınmamış olsa dahi genel hüküm olan İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işçinin tazminat talep etme hakkı mevcuttur²⁵.

4.1.5. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Yönünden

06.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da ayrımcılık içeren eylemlerin giderilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Kanunun üçüncü maddesinde eşitlik ilkesi vurgulanmış olmakla birlikte ayrımcılığın yasaklanmış olduğu açıkça ifade edilmiştir²⁶. Ancak bu kanun metninde benzer mevzuatlardan farklı olarak tipik ayrımcılık nedenleri açıkça belirtilmiş, bu nedenlerin sonuna “benzeri sebepler”, “ve benzer sebepler” türünde bir ekleme yapılmamıştır. Dolayısıyla kanunda yer alan ayrımcılık nedenleri genişletici olarak yorumlanamamaktadır²⁷.

Kanunun 4. maddesinde ise kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri belirtilmiştir.

²⁵ Yıldız (2008).s. 81.

²⁶ **6701 sayılı Kanun md 3:** “Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında 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 yasaktır. (3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”

²⁷ SÜZEK ise ve benzeri sebepler denmese dahi diğer sebeplerin de TİHEK'in inceleme alanına girdiğini ifade etmektedir. Hatta İş Kanunu 5. maddeye kıyasla çok ayrımcılık türü sayılmış olmasından ötürü de koruma kapsamının İş Kanunu'ndan daha geniş olacağını ifade etmiştir. Bkz: Süzek, S.(2019). İş Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları. s.461.

Bunlar; ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz ve varsayılan temele dayalı ayrımcılıktır.

Yasanın 5. maddesinde nerede ve hangi şartlarda yapılacak ayrımcılıkların kanun kapsamına girdiği belirtilmiştir. Buna göre yasa kamu hizmetlerinden yararlanırken yaşanan ayrımcılıkları çözme konusunda yetkilidir²⁸.

Yasanın istihdam ve serbest meslek başlıklı 6. maddesi bireyin işe kabulünde, deneme süresinde veya meslek eğitiminde hiçbir şekilde ayrımcılığa uğrayamayacağını düzenlemiştir²⁹. Maddede ayrıca ruhsata bağlı olarak yapılan bir serbest mesleğe ilişkin olarak ruhsatların eşitlikçi bir şekilde dağıtılmasını zorunlu tutmuş, bu konuda keyfi davranışları yasaklamıştır. Ayrıca kanun sadece İş

28

6701 sayılı Kanun Md 5- (1) Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar. (2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. (3) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (4) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz.

29

6701 sayılı Kanun Md. 6- (1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilendirme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz. (2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar. (3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez. (4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz. (5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır. (6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.

Kanunu'na tabi çalışanlara değil, iş sözleşmesi ile çalışan bütün çalışanlara uygulanacaktır³⁰.

Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrasında ise *gebelik, annelik ve çocuk bakımı* sebeplerinin işverenin iş başvurusunda ayırım sebebi yapamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme de İş Kanunu'nun 5. maddesi ile büyük ölçüde paraleldir³¹. İş Kanunu'nda da işçi istihdamında cinsiyet veya gebelik sebepleriyle ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiştir. Cinsiyet kavramının daha genel olması ve gebelik, annelik gibi kavramlarında cinsiyet ayrımcılığı kapsamına da girmesi nedeniyle İş Kanunu hükümlerinin daha uygulama alanının daha geniş olduğunu belirtmekte de fayda vardır.

Kanunun 8. ve devam maddelerinde ise bu tür ayrımcılıkların çözümüne ilişkin kurulan mercii olan TİHEK'in yapısı ve yetkisinden bahsedilmiştir. Bu tür ayrımcılıkları çözme konusunda devlet tarafından TİHEK'e yetki verilmiş, kendisine yapılan başvurular üzerinden kurumun karar verebileceği belirtilmiştir. Kurumun para cezası kesme yetkisi de bulunmaktadır. TİHEK'in tahkikat usulleri ve yaptırımları ayrıntılı olarak idari yaptırımlar başlığında ele alınacaktır.

4.1.6. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yönünden

Türk Ceza Kanunu'nda nefret ve ayrımcılık fiili bir suç olarak yer almaktadır³². Kanunun 122. maddesinde suçun tanımı yapılmış ve ceza miktarları belirtilmiştir³³. Madde metninde suça konu eylemin nefret saiki ile birlikte yapılması aranmıştır. Ayrıca sadece belli konular özelinde bu suçun işlenebileceği hükümde ifade

³⁰ Süzek (2019).s.460.

³¹ Süzek (2019).s.461.

³² Demir, F. (2019). En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması: "Demir (2019)". İzmir. Albi Yayınları. s.205.

³³ **TCK md 122:** (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;
a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,
b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
c) Bir kişinin işe alınmasını,
d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,
engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

edilmiştir. Buna göre ayrımcılık suçu yalnızca; kamuya arz edilmiş olan malın satımı, devri veya kiraya verilmesi, kamuya arz edilen belli bir hizmetten yararlanılması, istihdam, olağan ekonomik etkinlikte bulunma hallerinin engellenmesi neticesinde vücut bulabilecektir. Başka şekillerde işlenmesi kanunda mümkün görülmemiştir. Suçun cezası ise 1 yıldan başlamaktadır, 3 yıla kadar ceza verilebilmektedir. Nitelikli hali yoktur. Özellikle istihdam konusunda böyle bir güvence getirilmesi ayrımcılığın önlenmesi için önemli bir durumdur. Ancak işçinin işverenin bunu nefret saiki altında yaptığını ispat etmesi gerekecektir. Bu hüküm kişiler arasında çeşitli ayrımlar yapılarak gruplaşma meydana getirilmesi ve gruplar arası ayrımların vücut bulmasının önüne geçmeye uygun bir hükümdür, bu şekilde bölücülüğün engellenmesinin amaçlanması mümkündür.³⁴

4.2. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Taraf Olduğu Uluslararası Hukuk Metinleri Yönünden

4.2.1. Birleşmiş Milletler Antlaşması

Türk Hukukunda Birleşmiş Milletler Antlaşması imzalanmış olduğu 1945 yılında onaylanmış ve aynı yıl kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın pek çok yerinde eşit davranma ilkesine ilişkin konulara vurgu yapılmıştır:

“Madde 1/3: Ekonomik, sosyal, fikrî ve insani mahiyetteki milletlerarası davaları çözümlenerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek...”

“Madde 8: Teşkilâtın başlıca ve tali uzuvlarında, erkeklerin ve kadınların bütün görevlere, eşit şartlar içinde, seçilebilmelerine, Teşkilâtça hiçbir kayıtlama konmayacaktır.”

“Madde 13/1-b: Ekonomik, sosyal alanlar ile fikrî kültür ve eğitim ve sağlık alanlarında milletlerarası işbirliğini geliştirmek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve ana hürriyetlerden faydalanmasını

³⁴ Adalet Bakanlığı(2019). 5237 sayılı kanununun 122. maddesinin gerekçesi: Erişim Kaynağı: (<https://ceza-bb.adalet.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 29.11.2019)

kolaylaştırmak için tetkiklere yol açar ve tavsiyelerde bulunur.”

“Madde 55/c: Irk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyada bilfiil saygı gösterilmesini, kolaylaştıracaktır.”

“Madde 76/c : Irk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine saygı gösterilmesini teşvik etmek ve dünya milletlerinin birbirlerine bağlı oldukları duygusunu geliştirmek;

d) Sosyal, ekonomik ve ticarî alanda bütün Teşkilât Üyeleri ile uyruklarına, eşit muamele yapılmasını sağlamak ve İşbu uyruklara adaletin tevziinde de, yukarıda beyan edilen amaçların gerçekleştirilmesine hanel gelmemek ve 80 inci madde hükümleri mahfuz kalmak şartıyla, keza eşit muamele yapılmasını sağlamak...”³⁵

Antlaşma metninde doğrudan eşit davranma ilkesini işaret eden hükümler bunlar olmakla birlikte dolaylı olarak da eşit davranma ilkesi ile ilgisi olan hükümlere rastlanabilir.

4.2.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Eşitlik ilkesi ile ilgili önemli belgelerden biri de hiç şüphesiz İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi BM tarafında 1945 yılında kabul edilmiş, Türkiye tarafından onaylanıp yürürlüğe girmesi ise 1946 yılında gerçekleşmiştir.

Metnin ilk maddesinde; *“Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler; birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.”* denilmek ile birlikte eşitliğe yönelik ortak payda doğum olarak ifade edilmiştir.

Metnin ikinci maddesinde ise; *“Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün*

³⁵

Ombudsman(2019). RG, 24.08.1945 tarih, S.6091; hüküm metinlerinin günümüz Türkçesine uyarlanmış halleri için: (<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>) (Erişim Tarihi:18.11.2019)

özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya 203 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir” denilmiş ve sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden bütün dünya vatandaşlarının eşit olarak yararlanacak olduğu ifade edilmiştir.

Metnin 7. maddesinde; *“Bildirgenin 7. maddesine göre “Kanun önünde herkes eşittir ve ayırım yapılmadan kanunun eşit korumasından yararlanma hakkını haizdir. Herkesin işbu bildirgeye aykırı her türlü ayırt edici işleme karşı ve böyle bir ayırt edici işlem için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır”* denilerek eşitliğe ilişkin genel kurallar konulmuştur.

Metnin 23. maddesi ise şu şekildedir:

- “1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.*
- 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.*
- 3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.*
- 4. Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.”*

Bu madde doğrudan iş hukukundaki eşitlik ilkesi ile ilgilidir. Eşit davranma yasağının kapsamını ve temelini oluşturan eşit işe eşit ücret hakkı madde metninde doğrudan zikredilmiştir. Ayrıca ayrımcılığa karşı işçilerin korunması gerektiği hususuna metinde yer verilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan hükümlere devletlerce uyulmamasının bir yaptırımını gerek bildirgede gerekse başka bir uluslararası hukuk belgesinde tanımlanmamıştır. Bu yönü ile belgenin tek başına hukuki yaptırıma sahip olmadığı

düşünülebilir³⁶. Bildirgenin barındırdığı prensipler de Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca onaylanmıştır. Dolayısıyla bildirge metninde yer alan hükümler bütün dünya ülkeleri tarafından kabul görmüş durumdadır. Bildirge bu yönüyle de insan hakları hukukunun bir anlamda kaynağını teşkil etmektedir³⁷.

4.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

4.2.3.1.Sözleşme Ana Metni

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ulusal ve uluslararası hukukunu düzenleme amacı güden, ilk kez 20 Mart 1950 tarihinde imzaya açılan ve 3 Eylül 1953 tarihinde çoğunluğu sağlayarak yürürlüğe giren bir sözleşmedir. Türkiye'de bu sözleşme 18 Mayıs 1954 yılında onaylama işlemlerinin tamamlanmasına müteakiben yürürlüğe girmiştir. Anayasamızın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca sözleşme metninin kanun hükmünde olması gereği AİHS hükümleri iç hukuk açısından bağlayıcıdır³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sözleşme maddelerine uymayan devletlere karşı şikayette bulunacaklar için yargı yolu gösterilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi adı verilen bu yargı mercii sözleşme hükümleri yönünden yaşanan uyuşmazlıkları nihai yönden karara bağlayacaktır. Sözleşmenin akdedilmesinden bu yana AİHM gerek çalışma sistemi, gerek sözleşme metninin bağlayıcılığı yönünden pek çok ülke yönünden hukukun uygulanması açısından önem arz eden kararlar vermiştir. Hala da vermeye devam etmektedir.

Sözleşmenin 14. maddesinde; *“Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya*

³⁶ Yüksel, M.(2000). Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği. İstanbul. s.58; Yuvalı(2011).s.16.

³⁷ Yuvalı(2011).s.16.

³⁸ **Anayasa md. 90/5:** *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”*

toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır” denilmektedir. Sözleşme ana metninde eşitliğe yönelik doğrudan başkaca bir hüküm yoktur.

4.2.3.2.EK 12 Nolu Protokol

AİHS metni Avrupa Konseyi üyesi devletlerce kabul görüp iç hukuka entegrasyonu başarıyla sağlandıktan sonra metnin genişlemesi yönünde bir ihtiyaç doğmuştur. Bu ihtiyaç, ek protokollerin tanzim edilmesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Son olarak 15 Nolu Ek Protokol Avrupa Konseyi tarafından düzenlenmiştir. Bu protokol 29.02.2016 tarih ve 2016/8577 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile iç hukukta yürürlüğe girmiştir.

Ek 12 Nolu Protokol ise konumuz itibariyle önem arz eden bir protokoldür. Protokol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almasa dahi Taraf Devletçe hukuken tanınmış olan tüm hakları kapsayacak genel bir ayrımcılık yasağına yer vermekte, böylece ayrımcılık yasağının kapsamını genişletmektedir. Protokol 4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır. Ek 12 Nolu Protokolün lafzı Türk Hukukunda olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlemeleri ile paralellik arz etse de protokolün yürürlüğe girmemesi AİHS'in ayrımcılık yasakları ve eşitlik yönünden en geniş kapsamlı şekilde koruma sağlamasına engel teşkil etmektedir.

4.2.4. Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi) ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı 18 Ekim 1961 tarihinde kabul edilmiş ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye söz konusu metni 7 Ağustos 1989 tarihinde onaylamış ve böylece sözleşmeye Taraf devletlerarasına girmiştir³⁹. Ancak Türkiye

³⁹ Sur, M. (1995). İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler. DEUHF Dergisi. İzmir. ss.69-146.

Cumhuriyeti Devleti, sözleşmeyi bazı maddelerine çekince koyarak onaylamıştır. Bu hukuk belgesi ile devletler; insani, güvenli, eşit, sağlıklı çalışma koşulları, sosyal güvence zorunluluğu, eşit ücret, sendikal özgürlük, doğum yapan işçilerin hakları gibi temel sosyal hakların korunmasını taahhüt etmiş ve bu hakların sağlanması konularını güvence altına almışlardır.

Dünya genelinde iş hukukunda yaşanan işçi lehine gelişmeler zaman içerisinde Avrupa Sosyal Şartı metninin yeterli gelmemesi sonucunu doğurmuştur. Bunun üzerinde metnin güncellenmesi konusunda çalışmalar başlamıştır. “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” adı ile düzenlenen yeni metin 3 Mayıs 1996 tarihinde Strazburg’da kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu metni 6.10.2004 tarihinde imzalamış, 09.04.2007 tarih ve 26488 sayılı RG’de yayımlamıştır.⁴⁰.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı altı bölümden oluşmaktadır. Özellikle ilk iki bölüm 30’un üzerinde maddeden oluşmaktadır. Maddelerin tamamı sosyal hayata, çoğu da çalışma hayatına ilişkin düzenleyici içeriklere sahiptir. Pek çok maddede eşitliğe de vurgu yapılmaktadır. Beşinci bölümde ayrımcılık yasağı ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir.

4.2.5. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 21.12.1965 tarihinde kabul edilmiş ve 04.01.1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 13.10.1972 tarihinde imza koyulmuş, sözleşme 03.04.2002 tarihinde onaylanmış ve 09.04.2002 tarih ve 24721 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Sözleşmenin başlangıç metninde Taraf Devletlerin, “*Birleşmiş Milletler Şartı’nda ilan edilen prensiplere göre insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve vazgeçilmez haklarını tanımanın yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu*” ifade edilerek sözleşme maddelerinde Taraf Devletlere birtakım

⁴⁰ Yıldız (2008) s.22.

yükümlülükler yüklenmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinde de; “Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almak”, 3. maddesinde, “sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlama” Taraf Devletlerce taahhüt edilmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin ilk bendi, “Bu sözleşmeye Taraf Devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanına ulaşma hakkı...” üzerinedir. Sözleşmenin 7. maddesinde ise; “Bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile birlikte en azından; hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın özellikle kadınların erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret;...Herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkânlar”⁴¹ sağlanacağı şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Bu yönüyle Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de iş hukukunda eşit davranmaya yönelik koruyucu ve düzenleyici hükümler içermektedir⁴².

4.2.6. BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme

BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme ilk kez 21 Aralık 1965 yılında BM nezdinde kabul edilmiş olup 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu sözleşmeyi 13 Ekim 1972 tarihinde imzalamış olsa da 3 Nisan 2002 tarihinde onaylamıştır⁴³. Sözleşmenin ilk maddesinde ırk ayrımcılığı; “Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının her hangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya

⁴¹ Human Rights Center(2019). Sözleşmenin alıntı yapılan maddelerinin alındığı kaynak için Erişim Kaynağı: (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

⁴² Şener(2011).s.42-43.

⁴³ 24721 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Yayımlanma Tarihi:9.4.2002, Kanun No:4750

etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma anlamına gelir."⁴⁴ şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmede, Taraf Devletlerin vatandaşlarına tanıdığı farklılıkların ırk ayrımcılığı olarak ifade edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Taraf Devletlerin ırk ayrımcılığının önleme konusundaki yükümlülükleri sözleşmede detaylı şekilde ifade edilmiştir. Irk ayrımcılığının tasfiye edilmesi amacıyla tanınan haklar başlığı altında, sözleşmenin besinci maddesinde çalışma, işini serbestçe seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma, işsizliğe karşı korunma, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli gelir hakları, sendika kurma ve sendikalara girme hakkı da sayılmıştır⁴⁵.

4.2.7. BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi(CEDAW), BM nezdinde ilk kez 1979 yılında kabul edilmiş olup 03.09. 1981 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise sözleşmeyi 03.09.1985 tarihinde onaylayarak iç hukukta yürürlüğe sokmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sözleşmeye herhangi bir çekince koymaksızın metni imzalamıştır⁴⁶.

Bu sözleşmeye ilişkin ek protokol 10.12.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Bu protokol ile Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi kurulmuş; haklarını korumak ve yaşadığı haksızlığı gidermek için yaşadığı ülkenin hukuk sistemi nezdindeki yollar ile çözüme ulaşamayan kadınlara, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne başvurma hakkı tanınmıştır⁴⁷.

Sözleşme metninde “kadınlara karşı ayırım” kavramı, “*kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik,*

⁴⁴ TBMM(2019).Sözleşmenin alıntı yapılan maddelerinin alındığı kaynak için Erişim Kaynağı: (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf) (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

⁴⁵ Yıldız (2008).s.36.

⁴⁶ 18898 Sayılı RG'de yayımlanmıştır. RG Yayın Tarihi: 14.10.1985, Kanun no: 3232.

⁴⁷ Ertürk, Ş.(2008). Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği. Ankara. Belediye İş Sendikası. s. 53; Yuvalı(2011).s.18.

ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, dışlama veya sınırlama”⁴⁸ şeklinde tanımlanmıştır.

CEDAW uyarınca devletler kadınları korumak için düzenlemeler yapmak ve kadınların hak ve özgürlüklerine ters düşen, korunmasına engel teşkil eden hükümleri değiştirmek ve CEDAW'a uygun bir şekilde düzenlemekle yükümlüdürler⁴⁹. Bu durum ile kadın ve erkek arasındaki mutlak eşitliğin sağlanmasından ziyade kadın ve erkek arasındaki ayrımı meydana getiren sosyal ve kültürel ritüellerin ortadan kaldırılmasıyla gerçek eşitliğin sağlanabileceği sonucuna varılmış olmaktadır. Erkeklerin sahip olduğu sosyal güvenlik hakları ile birlikte kadınların, doğum ve analıktan kaynaklı birtakım başkaca haklara, güven içinde çalışma, sağlığının ve bu arada doğurganlığının korunması hakkına sahip oldukları ve Taraf Devletlerce evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi amacıyla uygun önlemlerin alınması gerektiği sözleşmede belirtilmiştir. Bu hakların kullanımı ile ilgili olarak, hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarmaların yasaklanacağı ve bunu yapanların cezalandırılacağı, önceki iş, kıdem ve sosyal hakların kaybedilmeksizin, ücretli olarak analık izni veya benzeri sosyal içerikli tazminatların yürürlüğe konulacağı, çocuk bakımevleri ağının tesisi ve geliştirilmesi yoluyla anne ve babanın aile yükümlülüklerinin gözetileceği, onların kamu hayatına katılmasını mümkün kılan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasının tevsik edileceği, hamilelik süresince zararlı olduğu kanıtlanan işlerde kadınlara özel koruma sağlanacağı belirtilmiştir. Bu şekilde sözleşme ile üye ülkelerden, ayrımcılığı önlemeye yönelik katkı istenmemiş, bilakis üye ülkelere ayrımcılığı önlemeye yönelik yükümlülükler yüklenmiştir. Ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik net ve objektif çözümler üretilmiştir⁵⁰.

⁴⁸ Human Rights Center(2019). Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi(CEDAW) ve İhtiyari Protokol, m. 22- Sözleşmenin alıntı yapılan maddelerinin alındığı kaynak için Erişim Kaynağı: (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrımciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.12.2019); Yıldız (2008).s.10.

⁴⁹ Bkz. CEDAW m.5.

⁵⁰ Yüksel(2000).s.44; Şener(2011) s.46.

Sözleşmenin 4. Maddesinde; kadın ve erkekler arasındaki eşitliğin fiilen sağlanabilmesi için Taraf Devletler tarafından geçici ve özel tedbirler alınması gerektiği, bu tedbirlerin bir ayrımcılık olmadığı, geçici tedbirler ve özel düzenlemelerin eşitsizlik ve farklı standartların ortaya çıkmasına yol açmaması için Taraf Devletlerin gerekli önlemler alınma yükümlülüğünün olduğu, fırsat ve uygulama eşitliği sağlandığı takdirde de geçici tedbirlere de son verileceği ifade edilmiştir⁵¹.

4.2.8. ILO Kapsamındaki Düzenlemeler

4.2.8.1. ILO Anayasası

ILO. Anayasası ilk kez 1919 yılında Taraf Devletlerce kabul edilmiş olup Anayasa metni bu süreçte 6 kez tadil edilmiştir. Zaman içerisinde örgüt tarafından sözleşmeler hazırlanarak işçi işveren uyuşmazlıkları konusundaki düzenlemeler detaylı olarak bu sözleşmeler ile düzenlenmiştir. İLO Anayasası, Uluslararası çalışma Örgütü'nün (ILO) yapısını, işleyişini, yetkilerini ve sorumluluk alanını düzenlemekte olup, anayasanın giriş kısmında, sosyal adalete olan ihtiyaca vurgu yapılmış, kalıcı bir barışın ancak sosyal adaletin sağlanması ile mümkün olabileceği ifade edilerek eşitlik ilkesinin doğrudan ve dolaylı olarak fazlasıyla üzerinde durulmuş, çalışma şartlarındaki problemlerin, gelir adaletsizliğinin, eşitsizlik ve ayrımcılık gibi hallerin evrensel barış için tehdit oluşturduğu da ifade edilmiştir⁵².

4.2.8.2. ILO'nun 100 Sayılı Aynı İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki Sözleşmesi

Eşit davranma ile ilgili İLO nezdinde tanzim edilmiş olan en önemli hukuk metni 100 sayılı sözleşmedir. Sözleşme ILO tarafından 06.06.1951 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye tarafından 13.12.1966 tarih 810 S. yasa ile kabul edilerek 22.12.1966 tarih

⁵¹ TBMM(2019).Madde metni için bkz: Erişim Kaynağı: (www.tbmm.gov.tr) (Erişim Tarihi:12.12.2019). Ayrıca bkz. Yüksel(2000).s.48; Yıldız (2008).s.10-11; Şener(2011).s.44.
⁵² ILO(2019). ILO Anayasası için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-g-eneva/---ILO-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

ve 12484 S. RG’de yayımlanarak iç hukukta yürürlüğe girmiştir⁵³.

Sözleşme içeriğini incelediğimizde ise, 1/a. maddesinde *“işçinin çalıştırılması nedeniyle işveren tarafından kendisine nakdi veya ayni olarak doğrudan doğruya veya bilvasıta ödenen normal, kök veya asgari ücret veya aylıkla, sağlanan bütün diğer menfaatler”* olarak ücret kavramının tanımının yapılmış olduğunu görmekteyiz. Aynı maddenin b bendinde ise cinsiyetler arası ücret eşitliğine vurgu yapılmıştır. Sözleşmenin 2 maddesinin ilk fıkrasında, *“Her üye, ücret hadlerinin tespitiyle ilgili olarak yürürlükte bulunan usullere uygun yollardan, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibini tevsik ve bu prensibin bütün işçilere uygulanmasını, sözü edilen usullerle telifi kabil olduğu nispette temin edecektir,”* denilerek, Taraf Devletlere, eşit değerdeki iş için cinsiyetler arası ücret adaletinin tecellisi için yükümlülükler yüklemektedir.

Sözleşmenin 3. maddesinde sözleşme hükümlerinin objektif olarak uygulanabilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü Taraf Devletlere yüklenmiş, maddenin devamında ise; *“Bu değerlendirmede takip edilecek usuller, ücret hadlerinin tespitine yetkili makamlar tarafından veya ücret hadlerinin toplu sözleşmelere göre tespit edilmesi halinde, bu sözleşmelere taraf olanlarca kararlaştırılabilir.”* denilmiş, böylece asgari ücretin tespiti konusunda da eşitlik ilkesinin önemi bir kez daha vurgulanmıştır. Madde metninin sonunda ise, *“Bu şekilde objektif bir değerlendirme neticesinde, yapılacak işlerde tespit edilen farklara, cinsiyet gözetilmeksizin tekabül eden, ücret hadleri arasındaki farklar eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği prensibine aykırı sayılamaz.”* denilerek haklı sebeplerin varlığı dahilinde, kadın ve erkek işçiler için değişik miktarlarda ücret ödenebileceği, bunun sözleşmeye aykırı olmadığı vurgulanmıştır.

⁵³

ILO(2019). ILO 100 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

4.2.8.3. ILO'nun 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Hakkındaki Sözleşme

111 sayılı sözleşme de İLO'nun eşit davranma ilkesi ile ilgili önem arz eden hukuk metinlerindedir. Sözleşme İLO nezdinde 04.06.1958 tarihinde kabul edilmiş, 13.12.1966 tarihinde iç hukuk nezdinde onaylanmış ve 21.09.1967 tarih ve 12705 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵⁴.

Sözleşmenin ilk maddesinde ayırım kavramı hakkındadır. Ayırım kavramı sözleşmede, “(1) Irk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal mense bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, (2) İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin devamında “Belirli bir iş için, o işin mahiyeti icabı yapılan, herhangi bir ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutma ayırım sayılmaz.” denilerek ayrımcılık yapmanın haklı nedenleri de belirtilmiştir. Aynı zamanda madde metninde mesleki eğitim aşamasında yapılan ayrımcılığın da işçi o anda istihdam edilmemiş olsa ve hiç istihdam edilmeyecek olsa dahi ayrımcılık anlamına geldiği ve sözleşme korumasından yararlanacağını belirtmiştir.

Sözleşmenin 2. maddesinde ise, “Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt eder.” denilerek, Taraf Devletlere fırsat eşitliğinin sağlanması için yükümlülükler tanımlanmıştır. Sözleşmenin 5. maddesinde ise, “(1) Milletlerarası Çalışma Konferansınca kabul edilmiş olan diğer

⁵⁴

ILO(2019). ILO 111 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

sözleşme veya tavsiyelerle öngörülmüş bulunan özel koruma ve yardım tedbirleri ayırım sayılmaz. (2) Herhangi bir üye, varsa temsilci, işveren ve işçi teşekkülleriyle yapılacak görüşmeden sonra cinsiyet, yas, sakatlık, aile sorumlulukları veya sosyal ve kültürel durumları dolayısıyla, özel şekilde korunma veya yardım ihtiyacında oldukları genel olarak kabul edilmiş bulunan kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla güden özel tedbirlerin ayırım sayılmayacağına karar verebilir.” denilerek, ILO tarafından düzenlenen diğer hukuk metinlerinde yer alan pozitif ayrımcılıkla ilgili önlemlerin, ayrımcılık anlamına gelmediği ifade edilmiştir.

4.2.8.4. ILO'nun 158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi

Hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi hakkındaki ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi, iş güvencesi kavramının uluslararası boyuttaki kaynağı olma özelliğine sahiptir⁵⁵. Sözleşme 02.06.1982 tarihinde ILO tarafından kabul edilmiş, iç hukukta ise onaylama ve uygun bulma kanununun 18.06.1994 tarih ve 21964 S. RG'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir⁵⁶. Sözleşmede fesih yasaklarını içeren hükümler yer almaktadır. Buna göre; ırk, din, renk, cinsiyet, siyasi görüş, millet ve etnisite, medeni hal, aile durumu, gebelik durumu, doğum izni, sendikal faaliyetlere katılma, sendika temsilciliği yapmak, işveren aleyhine çeşitli sebeplerle adli veya idari makamlara şikayette bulunmuş olmak, hastalık veya kaza nedeniyle geçici olarak işe gelememe halleri gibi nedenlerin işverence fesih konusu yapması yasaklanmıştır. Ancak bu noktada devletlere istisna tanınan bazı noktalar da olmuştur. Örneğin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler veya deneme süresine tabi tutulan işçiler bakımında İLO devletlere serbestiyet tanımıştır. Ancak yine sözleşmede tanınan bu serbestiyetin kötüye kullanılması amacıyla belirli süreli sözleşme yapılması veya işçiye deneme süresi uygulanması yasaklanmıştır⁵⁷.

⁵⁵ Şener(2011).s. 50.

⁵⁶ ILO(2019). ILO 158 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

⁵⁷ Şener(2011).s.51.

4.2.9. Avrupa Birliği Mevzuatı

4.2.9.1. Roma Antlaşması

Avrupa Birliği'nin kuruluş antlaşması Avrupa Kömür Çelik Topluluğu'nu oluşturan altı devlet tarafından 25 Mart 1957 tarihinde akdedilen Roma Antlaşmasıdır⁵⁸. Bu antlaşmanın konumuz özelindeki kısmı ise 119. maddesidir. Madde hükmünde kadın ve erkek işçilere eşit iş için eşit ücret ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁹. Esasen hükümde eşit ücret ilkesinin bulunmasının temelinde sosyal değil, ekonomik bir nedenin yattığı belirtilmektedir⁶⁰.

Bu madde 1997 yılında akdedilen Amsterdam Antlaşması ile birlikte güncellenmiştir. Amsterdam Antlaşması'nın 141. maddesinde yapılan güncel düzenlemelerde maddenin kapsamı genişlemiştir. Eşit işe eşit ücret ilkesi de eşit değerde işe eşit ücret⁶¹ olarak güncellenmiştir. Maddeye yeni eklenen üçüncü ve dördüncü fıkrada ise devlete eşitsizliği önleyici birtakım pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. Bu hali ile artık eşit işe eşit ücret ilkesinin temelindeki nedenler ekonomik olmaktan çıkıp sosyal nedenler halini almıştır⁶².

4.2.9.2. Diğer Düzenlemeler

Tüm bunların yanında AB mevzuatında eşit davranma ilkesine yönelik pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler genel itibariyle direktifler eliyle olmuştur. Aşağıda AB tarafından bu konumuz ile ilgili hükümler barındıran direktifler sayılmıştır:

- 10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 Sayılı “*Kadın ve Erkekler İçin Eşit İse Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına*

⁵⁸ Roma Antlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Morahoğlu, N.(2000). Avrupa Birliğinde Kadın- Erkek Eşitliğinin Sağlanması Amacına Yönelik Hukuki Düzenlemeler. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğu, Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara. s.86 vd.

⁵⁹ Yuvalı(2011).s.26.

⁶⁰ Yuvalı(2011).s.27.

⁶¹ Yuvalı(2011).s.27.

⁶² Yüksel(2000).s.73.

Yönelik Direktif”,

- 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 sayılı “*İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklere Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif*”
- 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı “*Hamile, Yeni Doğum Yapmış Ve Emziren Kadınların İş Sağlığı Ve Güvenliği Açısından Korunmasına Dair Direktif*” ,
- 3 Haziran 1996 tarih ve 96/34 sayılı “*İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif*”,
- 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 sayılı “*Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif*”,
- 28 Haziran 1999 tarihli ve 99/70 sayılı “*Belirli Süreli Çalışanlara İlişkin ETUC, UNICE ve CEEP Tarafından İmzalanan Çerçeve Anlaşmayla İlgili 99/70 Sayılı Direktif*”,
- 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 sayılı “*İrk Veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif*”,
- 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78 sayılı “*İş Ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktif*”,
- 5 Temmuz 2006 tarih ve 2006/54 sayılı “*Kadın Ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar Ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif*”⁶³

Bu direktifler ile Roma Antlaşması'nın eşit davranma konusundaki bakış açısı daha detaylı şekilde düzenlenmiştir. Tarih itibariyle daha güncel olmalarından ötürü direktifler zaman içerisinde insan hakları konusunda meydana gelen değişimlerden etkilenmiştir. Önümüzdeki dönemlerde de eşit davranma konusuna ilişkin yeni direktiflerin ortaya çıkması mümkün olabilir.

4.2.10. Engelli Hakları Sözleşmesi

Bu sözleşme sadece istihdam alanında değil toplumsal hayatın tüm alanlarında engellilere yönelik ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir Bu

⁶³ Academia(2019). Direktif listesinin kaynağı olarak; bkz. Yıldız (2008).s. 28-29. Direktiflerin Türkçe içeriğine erişmek için:(<https://www.academia.edu>) (Erişim Tarihi: 29.11.2019)

anlaşmaya Türkiye Cumhuriyeti Devleti de taraftır⁶⁴.

Sözleşmenin 5. ve 27. maddesi eşit davranma konusunda önem arz etmektedir. Sözleşmenin 5. maddesinde; “1. Taraf Devletler herkesin hukuk önünde ve karşısında eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın hukuk tarafından eşit korunma ve hukuktan eşit yararlanma hakkına sahip olduğunu kabul eder. 2. Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır. 3. Taraf Devletler eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tüm adımları atar. 4. Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler işbu Sözleşme amaçları doğrultusunda ayrımcılık olarak nitelendirilmez.” denilerek eşitlik ilkesine vurgu yapılmış ve engelliler lehine pozitif ayrımcılık anlamına gelecek düzenlemelerin ayrımcılık anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir. Madde ise istihdam ile ilgilidir. Bu madde hükmünde de işe alımda engellilerin engelleri nedeniyle negatif ayrımcılığa uğramaları halleri yasaklanmış ve engelli istihdamının teşviki noktasında ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. İkinci fıkrada ise engelliler için de pek tabii olarak kölelik ve angarya yasağının bulunduğu ifade edilmiştir.

⁶⁴ Human Rights Center(2019). Anlaşma 27.05.2009 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile uygun bulunmuş, 14.07.2009 tarih ve 27288 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz: (https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/Engellilerin_HaklarinalliskinSozlesme.pdf) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

BÖLÜM 5: İŞVERENİN İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA BORCU

5.1. Bir Hukuk Disiplini Olarak İş Hukuku

İş hukukunun farklı yazarlarca farklı şekilde tanımları yapılmıştır. Süzek'e göre iş hukuku, *hizmet akdine tabii olarak çalışan işçiler ile onları çalıştıran işverenlerin ilişkilerini düzenleyen hukuk dalıdır*⁶⁵. Mollamahmutoğlu ise iş hukukunu, *işverenler ile onlara bağımlı olarak çalışanlar, yani işçiler arasında iş nedeniyle kurulan ilişkilere uygulanan kurallar bütünü*⁶⁶ olarak tanımlar. Tunçomağ-Centel ve Çelik "iş hukuku, bağımlı işçilerin özel hukukudur" tanımını benimsemektedir⁶⁷.

İş hukuku yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere iş sözleşmesi kapsamında çalışan işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkilerini düzenleyen bir hukuk disiplini. İş hukukunun salt özel hukukla sınırlamak doğru olmayacaktır, iş hukukunun kamu hukuku kapsamına giren yönleri de bulunmaktadır⁶⁸. Gerek sosyal güvenlik yönünden, gerek iş sağlığı ve güvenliği yönünden, gerek idarenin işveren olduğu haller yönünden ve esas olarak işçinin asgari yaşam koşullarını güvence altına alma amaçlı "nispi emredici" nitelikte hükümleri çerçevesinde, iş hukukunun kamu hukuku alanı ile iç içe geçtiği alanlar karşımıza çıkmaktadır.

İş hukuku borçlar hukukundan kopmuş bir hukuk disiplini, borçlar hukukunun özel bir görülüş şeklidir. İş hukukunun tarafları arasında konu itibariyle bir alacak borç ilişkisi vardır. İş hukukunun tarafları birbirlerine bir sözleşme ilişkisi ile bağlıdır. Sözleşme ilişkisi ile bağlı olma durumu iş hukukunun şartlarındandır.

İş hukukunun ne olduğunu gereği gibi ortaya koyabilmek için bazı temel kavram ve

⁶⁵ Süzek (2019).s.2.

⁶⁶ Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U.(2019) Bireysel İş Hukuku. İstanbul. Lykelon Yayınları. s.4.

⁶⁷ Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2016) İş Hukuku Dersleri. İstanbul. Beta Yayınları. s.2; Tunçomağ, K. ve Centel T. (2015). İş Hukukunun Esasları. İstanbul. Beta Yayınları. s.1.

⁶⁸ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s.3; Tunçomağ ve Centel(2015) s. 6; Süzek (2019), s.3; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.5.

konuları açıklamamız gerekmektedir.

5.1.1. İş Sözleşmesi

İş sözleşmesini ifade edebilmek için öncelikle sözleşmenin tanımını yapmamız gerekmektedir. Sözleşme, iki veya daha fazla tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları doğrultusunda yapılan işlemdir⁶⁹.

İş sözleşmesinin tanımı 4857 Sayılı İş Kanunu'nda yapılmıştır. Kanunun 8. maddesinde iş sözleşmesi, “bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

İş sözleşmesinin tanım kapsamında üç unsuru bulunmaktadır, bunlar bağımlılık, iş görme ve ücrettir⁷⁰. Zaman unsuru ise 4857 sayılı kanun kapsamında kabul edilen bu tanım ile iş sözleşmesinin tanımından çıkmıştır⁷¹.

Sözleşmenin bağımlılık unsuru işçinin işverenin hizmet sözleşmesi edimlerini işverenin emir ve talimatları altında yürütmesidir. Bir başka deyişle işçi, işverenin kontrol ve gözetimi altında sözleşme gereklerini yerine getirir⁷². İş Kanunu md. 8 ve TBK md.393 hükümlerinde bağımlılık unsuruna açıkça vurgu yapılmıştır⁷³. Bağımlılık unsuru iş sözleşmesini diğer sözleşmelerden(özellikle vekâlet ve eser sözleşmelerinden) ayıran önemli bir unsurdur⁷⁴.

⁶⁹ Nomer, H. N. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Beta Yayınları. s.31. Oğuzman sözleşmeyi, “ *tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlem*” olarak tanımlamıştır; Bkz: Oğuzman, K. ve Öz, T.(2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1. İstanbul. Vedat Kitapçılık. s.42. Eren ise sözleşmenin tanımını; “ *hukuki bir sonuca yönelik, birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamalarından oluşan işlem*” olarak ifade etmiştir; Bkz. Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Yetkin Yayınları.

⁷⁰ Süzek (2019).s.231; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 164; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 76; Narmanlioğlu, Ü. (2014). İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri. İzmir. Beta Yayınları. s.165; Eyrenci, Ö., Taşkent S. ve Ulucan D.(2014). Bireysel İş Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları. s.61; Sümer, H.H.(2014). İş Hukuku. Konya. Seçkin Yayınları. s.37; Akyiğit, E. (2007). İş Hukuku. Ankara. Seçkin Kitabevi. s.118.

⁷¹ Süzek (2019).s.232.

⁷² Narmanlioğlu(2014).s.167; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s.61; Akyiğit(2007).s. 121.

⁷³ **TBK Md. 393-** “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

⁷⁴ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 166; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 61;

İş sözleşmesi bir işin görülmesi konusunu içermek durumundadır. Eğer ki taraflardan birinin edimi iş görme değil ise sözleşme iş sözleşmesi olmayacaktır. İş, gerçek kişi tarafından yerine getirilen ve karşı taraf için ekonomik değer anlamını taşıyan her türlü faaliyete verilen isimdir⁷⁵. İş görme unsuru iş sözleşmesi için ayırt edici unsur değildir, başka sözleşme türlerinde de sıkça karşımıza çıkmaktadır⁷⁶.

İş sözleşmesinin bir diğer unsuru ise ücrettir. İşçi, iş görme edimini bir ücret karşılığı yerine getirecektir. Bu ücret belirli olabileceği gibi belirsiz veya değişken de olabilir. Taraflar ücreti açık veya örtülü olarak da belirleme imkânına sahiptir⁷⁷.

5.1.2. İşçi ve İşverenin Tanımı

İş Kanunu'nun 2/1 maddesine göre işçi, *bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye* denir. Madde metninde vurgu yapılan ilk unsur bir iş sözleşmesidir. İş sözleşmesinin varlığı halinde bir işçinin varlığından bahsedilebilecektir. Maddede sözleşmenin yazılı olması yönünde bir zorunluluk belirtilmemiştir. Madde metninde vurgu yapılan bir diğer unsur gerçek kişidir. Bu bağlamda tüzel kişilerin işçi olması mümkün değildir. Tanımda işin, işi yapacak kişinin veya iş sahibinin niteliğine yönelik bir ibare yoktur. Tabii işçi iş sözleşmesi ile çalışacağından konu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kalmalıdır. İşçinin de nitelikli veya nitelsiz olmasının tanıma göre bir önemi yoktur.

İşveren ise aynı maddede; “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlanmıştır. İşverenin iş sözleşmesinde kişisel bir özelliği bulunmamasından ötürü gerçek veya tüzel kişi olmasında bir sakınca yoktur. Hatta tüzel kişiliği olmayan kamu kurumları bile işveren yasada işveren olarak tanımlanmıştır. Uygulamada kamu kurumu veya tüzel kişi olmayan apartman yönetimleri bile işveren olarak kabul edilebilmekte, apartman

⁷⁵ Narmanlıoğlu(2014).s. 168; Sümer(2014).s. 38; Akyiğit(2007).s. 121.
Süzek (2019).s. 231; Sümer(2014).s. 37; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 61;
Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 164; Akyiğit(2007).s. 118; Narmanlıoğlu(2014).s. 167.

⁷⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 76 vd.

⁷⁷ Tam iki taraflı borç yükleyen sözleşmeler hk. bkz: Oğuzman ve Öz(2016) s.45-46.

yönetimlerinde iş davalarında husumet yöneltilebilmektedir⁷⁸.

5.1.3. İşçi ve İşverenin Borçları

İş sözleşmesi taraflara tam iki taraflı borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmedir⁷⁹. Bu bağlamda iş sözleşmesi kapsamında işçinin de işverenin de ayrı ayrı borçları bulunmaktadır. İşçinin borçları iş görme borcu, işverenin emir ve talimatlarına uyma borcu, sadakat borcu ve rekabet etmeme borcu iken işverenin borçları ise ücret ödeme borcu, işçiyi gözetme borcu, eşit davranma borcu ve diğer borçlar olarak kategorize edilmektedir⁸⁰.

İşçinin iş görme borcu sözleşmenin ana konusunu oluşturmaktadır. İşverenin işçiden bir işi görmesini talep etmesi nedeniyle iş sözleşmesi kurulmuştur. İşgörme borcu işçi tarafından şahsen ifa edilmesi gereken, karakteristik bir borçtur⁸¹. İşgörme borcunun kapsamı ve sınırları taraflarca sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde belirlenecektir. İşçi tarafından bu borcun yerine getirilmediği halde işverenin iş akdini feshetme hakkı doğacaktır.

İşçinin işverene karşı olan bir diğer borcu ise işverenin emir ve talimatlarına uyma borcudur⁸². Bu borcun yasal dayanağı TBK'nın 399. maddesidir⁸³. İşverenin bu yetkisinin hukuki kaynağı ise yönetim hakkıdır⁸⁴. İşveren bu kapsamda işin

⁷⁸ Bu duruma ilişkin Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay 9. HD 2016/7609 E., 2019/19804 K., 13.11.2019; Yargıtay 9. HD 2017/18619 E., 2019/19640 K., 12.11.2019; Yargıtay 22. HD 2017/25085 E., 2019/20196 K., 04.11.2019.

⁷⁹ Süzek (2019).s. 232; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 78; Narmanlıoğlu(2014).s. 173; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 63; Sümer(2014).s. 38.

⁸⁰ Kategorizasyon ile ilgili olarak: Bkz. Süzek (2019).s. 233 vd., Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 80 vd.

⁸¹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 121; Sümer(2014).s. 61; Aktay, N., Arıcı, K.ve Kaplan, E.T. (2010). İş Hukuku. İstanbul. Seçkin Kitabevi.s. 155.

⁸² Süzek ve Centel bu borcu emre itaat borcu olarak adlandırır. Bkz: Süzek (2019).s. 347; Tunçomağ ve Centel(2015) s. 102.

⁸³ **TBK md. 399:** “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”

⁸⁴ “İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilir” (Yargıtay 9. HD, 2018/5461 E., 2019/750 K.,

görülmesi ve işyeri düzeni ile ilgili talimatlar verebilir, kurallar koyabilir. İşçi bunlara uymak yükümlülüğündedir. Ancak bu kurallar sözleşme özgürlüğüne, akdedilmiş olan iş sözleşmesine aykırı olmamalı, İş Kanunu'na uygun olmalıdır.

İşçinin bir diğer borcu ise sadakat borcudur. Sadakat borcunun yasal kaynağı da TBK'nın 396/1. maddesidir⁸⁵. Sadakat borcu çeşitli kaynaklarda işverenin iş ilişkisine uygun düştüğü hukuka uygun ölçüde menfaatlerini korumak ve zarara uğramasını önlemek şeklinde ifade edilmiştir⁸⁶.

İşçinin ayrıca işverene karşı rekabet etmeme borcu vardır. Bu borcun kaynağı ise TBK 444 vd maddelerinde düzenlenmiştir⁸⁷. İfade etmek gerekir ki bu borç emredici nitelik taşımamaktadır, tarafların bu konuda anlaşması halinde söz konusu olacaktır. Bu borç genel itibariyle iş sözleşmesinin sonlanmasından sonra gündeme gelecek bir borçtur. Ancak istisnai olarak işçi iş akdi devam ederken bu borcuna aykırı davranışlarda da bulunabilir, bu halde işçi sadakat borcuna da aykırı davranmış olacaktır⁸⁸.

Bunların haricinde işçinin işverene ait alet ve makineleri özenli bir şekilde kullanmak⁸⁹, işverene teslim ve hesap vermek⁹⁰, sır saklama⁹¹ gibi borçları olduğu kanunda belirtmekle birlikte kanımızca bu borçlar işçinin dört temel borcunun kapsamına giren alt borçlar olarak görülmelidir.

14.01.2019)

⁸⁵ **TBK md. 396/1:** “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.”

⁸⁶ Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s. 100; Tunçomağ ve Centel (2015).s. 100; Sümer(2014).s. 73; Sinerji(2019).Yargıtay 9. HD, 2015/27787 E., 2019/631 K., 10.01.2019; Yargıtay 9. HD, 2015/18609 E., 2015/26067 K., 17.09.2015(www.sinetjias.com.tr) (Erişim Tarihi: 15.12.2019).

⁸⁷ Bkz: TBK md 444, 445, 446, 447.

⁸⁸ Demir(2019).s. 133; Tunçomağ ve Centel(2015).s. 101.

⁸⁹ **TBK md. 396/2:** “İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.”

⁹⁰ **TBK md. 397:** “(1) İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür. (2) İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür.”

⁹¹ **TBK md. 396/4:** “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.”

İşverenin borçlarını ifade etmemiz gerekirse de ilk olarak değerlendirilmesi gereken borç ücret ödeme borcudur. Ücret unsuru da iş hukukunda iş sözleşmesinin asli unsurudur. Ücret, İş Kanunu'nun 32. Maddesinde düzenlenmiştir⁹². Maddenin ilk fıkrasında ücretin kural olarak para olduğu ve sadece işveren değil, üçüncü bir kişi tarafından da ödenebileceği ifade edilmiştir. Bu ifade ile birlikte işçiye para ödeyen herkes işveren olmayacaktır. Bu durumun aksinin düşünüldüğünde işçiye bahşiş veren kişinin de işveren olacağı sonucunun çıkması mümkündür. Maddenin dördüncü fıkrasında ücretin en geç ayda bir olarak yatırılacağı ifade edilmiştir. Bu durumda işverenin en azından ayda bir olarak işverene ücret ödeme borcu bulunmaktadır. İkramiye ve ek menfaatler de geniş anlamda ücret tanımına girmektedir. İşverenin ücretini ödememesi halinde işçinin işgörmekten kaçınma veya iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı bulunmaktadır⁹³.

İşverenin bir diğer borcu ise işçiyi gözetme borcudur. Bir görüşe göre işverenin işçiyi gözetme borcu işçinin sadakat borcunun karşılığıdır⁹⁴. Yargıtay 9. HD ise işçiyi gözetme borcunun tanımını; *“işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması”* olarak tanımlamıştır⁹⁵. İşçiyi gözetme borcu aynı zamanda TBK'nın 417. maddesinde düzenlenmiştir⁹⁶. Madde metninde işverene işçinin korunması ile birlikte değerlerine de saygı gösterme yükümlülüğü tanınmıştır. Aynı maddede işçinin cinsel ve psikolojik tacize karşı da korunması da işverene yüklenmiştir. Bu bağlamda cinsel ve psikolojik tacize karşı korunma da işverenin gözetme borcunun kapsamındadır.

İşçiyi gözetme borcunun hakkaniyet ilkesinin bir yansımasıdır. Zira iş ilişkisinde güçlü olan taraf işverendir. Güçsüz olan işçinin sağlıklı şekilde iş hayatını

⁹² **İş Kanunu md. 32/1:** *“Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.”*

⁹³ **İş Kanunu md. 34:** *“Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir.”*

⁹⁴ Süzek (2019).s. 399; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 173 Narmanlıoğlu(2014), s. 321.

⁹⁵ Sinerji(2019). Yargıtay 9. HD, 2010/15688 E., 2010/38732 K.,20.12.2010. (www.sinerjias.com.tr)(ErişimTarihi: 15.12.2019).

⁹⁶ TBK md. 417: *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”*

sürdürebilmesi için korunmaya ihtiyacı vardır. Yasa bu doğrultuda güçlü olan işverene güçsüz olan işçiyi sindirmemeyi ayrıca işçinin başka şekillerde de ezilmesini önleme yükümlülüğünü yüklemiştir.

İşverenin buluş yapan işçiye bedel ödeme borcu, araç-gereç ve malzeme sağlama borcu, özlük dosyası düzenleme borcu gibi borçlarının olduğu da çeşitli kaynaklarda belirtilmektedir⁹⁷.

İşverenin bir diğer borcu ise çalışmamızın konusunu oluşturan eşit davranma borcudur. Eşit davranma borcu İş Kanunu'nun 5. Maddesinde düzenlenmiştir⁹⁸. Madde hükmü kapsamında işverenin işçilere eşit davranma borcu bulunmakta olup işçilere karşı *dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler ile* ayırım yapması yasaklanmıştır. Yasa metni ile işverene işçilere karşı mutlak bir eşitlik yükümlülüğünden ziyade madde metninde geçen konular dahilinde eşitsizlik yapmama borcu yüklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında iş sözleşmesinin türüne göre ayrımcılık yapılamayacağı da ifade edilmiştir. Ayrıca özel kanunlarda ve Anayasada da buna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar ayrıntılı olarak metnin devamında incelenecektir.

5.2. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Niteliği ve Temeli

5.2.1. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Kaynağı

İşçilere karşı işverenin eşit davranma ilkesinin kabul görmeye başladığı ilk andan beri bu edimin kaynağının nereden geldiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Eşit davranma ilkesinin yasa metni haline getirilmesi ilk kez Almanya'da ikinci dünya savaşı döneminde ayrıntılı olarak tartışılmış, ortaya bu dönemde çeşitli görüşler çıkmıştır⁹⁹.

Alman doktrinindeki bir grup yazarın eşit davranma ilkesinin hukuki altyapısının

⁹⁷ Ayrıntılı bilgiler için bkz: Süzek (2019).s. 475 vd.; ÇELİK-CANIKLIOĞLU- CANBOLAT, s. 439 vd.; Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s. 164 vd.

⁹⁸ Bkz. Bşk. 3.2.1.

⁹⁹ Tuncay, A.C. (1982). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi: "Tuncay (1982)". İstanbul. İstanbul Üniversitesi Yayınları. s.32.

adalet kavramı olduğu yönündeki görüşleri Tuncay tarafından ifade edilmiştir¹⁰⁰. Yine Tuncay, diğer bir kısım yazarın da dolaylı yoldan adalet kavramının eşit davranma ilkesine temel oluşturduğunu ifade ettiğini belirtmektedir¹⁰¹.

Türk hukukunda ise Tuncay, insandaki adalet duygusunun eşit davranma ilkesinin dayanağı olduğunu ve bu sayede eşit davranma ilkesinin temelinde adalet kavramı bulunduğunu, ancak ilkenin temelinin sadece adaletten ibaret olmadığını, eşitliğe yönelen her tür kavram ve ilkenin insanın vicdanında yatan doğal hukuktan ve adalet güdüsünden ortaya çıktığını, işverenin eşit davranma ilkesine hukuki dayanak ararken amacın kuralı emredici hale getirmek olduğunu, salt adalet kavramı ve vicdan kavramları üzerinden varılacak çözümlerin emredici olmayacağını, bireyin vicdanından ve iç dünyasından ortaya çıkan kurum ve kavramların da pozitif hukuk ile de desteklenmesi gerektiğinden bahsetmiştir¹⁰².

Yine eşit davranma borcunun temelini dürüstlük kuralına dayandıran görüşler de söz konusudur¹⁰³. Yargıtay içtihatlarında da bu görüşe vurgu yapılan bazı kararlar bulunmaktadır.¹⁰⁴

Bir görüşe göre, işçi ile işveren arasındaki hizmet akdi kişisel bağıllık ilişkisi kuran bir sözleşme olduğundan, işçi ile işveren arasında karşılıklı sadakat ve gözetme borcu doğurmaktadır. Yani sözleşme ile bu konuda iki tarafa da aynı neviden yükümlülük yüklenmektedir¹⁰⁵. Gözetme borcu ile birlikte iş akdinin devamı boyunca, işveren tarafından işçinin sağlığının ve kişilik haklarının korunması garanti altına alınmış olduğundan eşit davranma ilkesi, işverenin işçiyi gözetme borcu

¹⁰⁰ Tuncay(1982).s. 33 vd(Naklen); Raiser, L.(1948). Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. ZHR. S.111 ss. 75-101., s.75 vd; Galperin, H.(1953). Der Grundsatz der Gleichbehandlung. Recht der Arbeit. S:6. ss. 153-169. s.169.

¹⁰¹ Tuncay(1982).s.33 vd(Naklen), Bötticher, E. (1953). Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. OV., s.161-163; Scholz, T. (1979). Der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Verlag: nicher Mittelbar. (Dissertation). Frankfurt AmMain s.16.

¹⁰² Tuncay(1982).s.108.

¹⁰³ Yenisey, K. D. (2006). İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri. Sicil İSGHD. 2006. (ss.60-65). s.64.

¹⁰⁴ Sinerji(2019). Yargıtay HGK 2015/1130 E., 2015/2556 K., 11.11.2015. Erişim Kaynağı: www.sinerjias.com.tr (Erişim Tarihi: 14.11.2019)

¹⁰⁵ Demir(2019).s.204.

kapsamı altında bir ilkedir, işçiyi gözetme borcunun bir parçasıdır.¹⁰⁶ Bu görüşün Türk Hukukunda da taraftarları bulunmaktadır¹⁰⁷¹⁰⁸.

Bir başka görüş ise işçi lehine yorum ilkesinin işverenin eşit davranma borcunun kaynağı olduğu yönündedir¹⁰⁹. İşçi lehine yorum ilkesi de eşit davranma borcunun dayanaklarından biri olarak değerlendirilebilir. Ancak bir uyuşmazlığın işçi lehine yorum ilkesi ile çözülmesi için hakkında yeterli yasal düzenlemenin bulunmaması gerekmektedir. Bu durum da göz önünde bulundurulmalıdır.

Eşit davranma ilkesinin dayanağı olarak ülkemizde itibar gören önemli görüşlerden biri de hakkaniyet ilkesi ile ilgilidir¹¹⁰¹¹¹. Hakkaniyet ilkesi eşitsiz olan taraflar arasında hak ve ödevlerin dengeleyici bir şekilde dağılmasını sağlayarak bir eşitlik yakalamayı amaçlamaktadır. İş akdinde de güçlü olan işverenin yükümlülükleri güçsüz olan işçiye kıyasla daha fazladır. Bir başka deyişle taraflardan birinin diğerine kıyasla önemli ölçüde güçlü olduğu durumlarda adil bir çıkar dengesinden söz edilemeyecektir ve böyle durumlarda hakkaniyet ilkesine göre güçlü olan taraf kendi çıkarları ile birlikte zayıf olan tarafın çıkarlarını da korumalıdır. Hakkaniyet ilkesine göre, taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelirse, güçlü taraf olan işverenin hakkaniyet kuralına uygun hareket edip etmediğini hâkim denetleyecek ve eğer bir hakkaniyetsizlik tespit edecek olursa sözleşmenin veya işlemin içeriğini de düzeltecektir¹¹².

¹⁰⁶ Tuncay(1982).s.48(NAKLEN); Şener(2011).s.17.

¹⁰⁷ Demir(2019).s. 204-205; Çenberci, M.(1986) İş Kanunu Şerhi, 1986, Ankara. Olgaç Yayınları. s.625.

¹⁰⁸ Ancak DEMİR işçiyi gözetme borcunu eşit davranma borcunun tek kaynağı olarak ele almaz, ayrıca hakkaniyet ilkesini de işçiyi koruma borcunun bir dayanağı olarak görür, bkz: Demir(2019).s. 205.

¹⁰⁹ Tuncay(1982).s.52-53; Şener(2011) s.32.

¹¹⁰ Süzek (2019).s.495 vd; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s.328, 2016;Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s.193.

¹¹¹ Ancak Çelik'in görüşü biraz farklılık arz etmektedir. ÇELİK, eşit davranma ilkesinin tek kaynağının hakkaniyet ilkesi olduğu görüşünde değildir. Hakkaniyet ilkesinin eşit davranma ilkesinin önemli bir dayanağı olduğunu ancak eşit davranma ilkesinin başka kaynaklara sahip olduğu yönünde bir fikre sahiptir. Diğer kaynaklar olarak da anayasa ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan yasal dayanakları gösterir.

¹¹² Şener(2011).s.21.

Bir başka görüş ise eşit davranma borcunun kaynağını 1982 Anayasası'nın 10. maddesine dayandıran bir görüştür. 1982 Anayasasında bireylerin temel hak ve özgürlükleri ayrıntılı olarak sayılmış, güvence altına alınmış, hangi özgürlüklerin hangi hallerde sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların sınırlarının neler olacağı detaylı olarak ifade edilmiştir. Eşitlik ilkesi de Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Doktrinde Anayasa'nın 10. Maddesinin eşit davranma ilkesinin kaynaklarından olduğu pek çok yazar tarafından ifade etmiştir¹¹³. Kimi yazarlar eşit davranma borcunun başka kaynaklarının da olduğunu eserlerinde ifade etseler de¹¹⁴ Anayasa'nın 10. maddesinin de eşit davranma borcunun kaynaklarından biri olduğu konusunda bir tereddüde düşmemişlerdir¹¹⁵.

Bunların haricinde eşit davranma ilkesinde karma görüşün¹¹⁶ varlığı da söz konusudur. Bu görüş, işverenin eşit davranma ilkesine aykırı fiilleri yönünden ikili bir ayırım yaparak ilkenin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep sebepleriyle ihlal edilmesi halinde kaynağının Anayasa'nın 10. maddesi olacağını, benzer sebepler olarak belirtilen diğer sebepler yönünden ilkenin ihlal

¹¹³ Eyrenci, Ö.(2004). 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler. Legal İSGHD. C.1. ss. 15-55., s. 22; Günay, C.İ.(2005). İş Kanunu Şerhi. C.1. Ankara. Yetkin Yayınları. s. 246; Özdemir, E.(2005). Ücret Artısında Eşitlik ve Adalet. Legal İSGHD. S. 5. ss.252-263. s.258; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016); s. 329; Demir(2019).s. 205, Yıldız(2008).s. 65.

¹¹⁴ ÖZDEMİR, Türk İş hukukunda işverenin eşit davranma ilkesinin en önemli hukuki dayanağının Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi ve buna bağlı olarak İş Kanunu'nun 5.maddesinde yer alan eşit davranma kuralı olduğunu savunmaktadır. Çelik ve Demir'e gelince, söz konusu yazarlar Türk İş hukukunda eşit davranma ilkesinin kaynağının, hakkaniyet esası ile birlikte Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi olduğunu savunmaktadır. Yıldız ise İş Kanunu'nun 5. Maddesindeki açık düzenleme olmasa bile, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesi karşısında, eşit davranma ilkesinin özel hukuk alanında, dolayısıyla İş hukuku alanında da geçerli olduğunu söyleyerek, eşit davranma ilkesinin kaynağı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesini işaret etmiş olmaktadır. Mollamahmutoğlu, ve Yenisey de, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesinin, Anayasa'nın 11. maddesi gereğince salt bir kamu hukuku kurumu olmayıp, özel hukuk alanında da geçerli olduğuna vurgu yaparak, eşit davranma ilkesinin pozitif hukuki dayanağını oluşturduğunu savunmaktadır. Bkz: Yenisey, K. D. (2002). Kadın- Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İle Olası Uyum Sorunları: "Yenisey (2002)". Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan. Kamu-İş. C.6.S.4. ss. 31-72. s.46.

¹¹⁵ Tuncay(1982) da Türk Hukukunda Eşit Davranma Borcunun kapsamlı olarak incelendiği ilk eser olan İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi adlı eserde eserin meydana geldiği dönemin Anayasası olan 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini eşit davranma borcunun kaynağı olarak eserinde göstermiştir. Kitabın 1982 yılından sonra ikinci bir basısı olmamıştır. Ancak konu ile ilgili Aziz Can Tuncay(1982)'ın derslerinde 1982 Anayasası dönemi ile ilgili olarak Anayasanın eşitlik ilkesi ile ilgili genel hükmü olan 12. maddesinin eşit davranma borcunun kaynağı olduğunu belirttiği öğrenilmiştir.

¹¹⁶ Karma görüş için Bkz: Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 143.

edilmesi halinde ise yasalardaki özel hükümlerle birlikte dürüstlük kuralının eşit davranma ilkesinin kaynağı olacağını ifade etmektedir. Bu görüşten de anlaşılacağı üzere birden fazla genel hukuk prensibinin de eşit davranma ilkesinin kaynağı olarak kabul edilmesi mümkündür.

Eşit davranma ilkesini kaynağına ilişkin başkaca görüşler de mevcuttur. Bunlardan birisi normun bağlayıcılığına dayandıran görüştür¹¹⁷. Bu görüş, bir yerde bir norm var ise bu norm oradaki herkese karşı, her durumda hiçbir istisnaya mahal vermeyecek şekilde uygulanmalıdır. Bir kişiye tanınmış bir hak söz konusu ise bunu herkesin talep edebilmesi bu görüşe göre mümkündür. Bu görüş beraberinde mutlak bir eşitliği getirecektir. Bu durumda meydana gelecek eşitliklerde belli bir grubu kendi içinde eşit kılmak mümkün olmayacaktır. Örneğin beyaz yakalı işçilerle mavi yakalı işçilerin eşit haklara sahip olması, çalışma şartlarının istisnasız şekilde aynı şekilde düzenlenmesi söz konusu olacaktır. Bu görüş, içinde esneklik barındırmaması ve işverenin yönetim hakkını yok sayması nedeniyle eleştirilmektedir¹¹⁸.

Bir diğer tartışma ise eşit davranma ilkesinin kolektif olup olmadığı yönündedir. Eşit davranma ilkesinin salt kolektif bir uygulama olduğunu belirten bir görüşe göre eşit davranmadan bahsedebilmemiz için aynı zamanda bir topluluğun var olması gerekmektedir. Eşit davranma ilkesi yalnızca kolektif iş ilişkilerinde olduğunu iddia eden bu görüş bireysel iş ilişkilerinde eşit davranma ilkesinin uygulama alanı olmadığını iddia eder. Bu görüş aynı zamanda kolektif iş ilişkisinin bireysel iş ilişkilerini düzenlediğini, bu nedenle eşit davranma ilkesinin kolektif ilişkiler içerisinde görülmesini yeterli bulur. Ancak bu görüşün de az sayıda işçinin çalıştığı işyerlerinde uygulama alanı bulması mümkün olmayan bir görüştür. Ayrıca kolektif görüş, yasal görüş ve ile bağlantılı bir altyapıya sahip olduğundan bu görüşe yönelik bütün eleştiriler kolektif görüş için de geçerlidir¹¹⁹.

Kanaatimiz eşit davranma yükümlülüğünün hukukun genel ilkelerinden olan

¹¹⁷ Tuncay(1982) s.81-82; Şener(2011) s.31.

¹¹⁸ Her ne kadar Tuncay(1982) bu görüşte eşitler arası eşitliğin mümkün olduğu ve bunun dayanağının da yasal olduğunun kanaatinde ise de görüşün temelinde ve dayandığı kaynaklarda eşitler arası eşitliğe de sıcak bakılmadığı kanaatindeyiz.

¹¹⁹ Tuncay(1982).s. 95 vd.

hakkaniyet esasından kaynaklandığı yönündedir¹²⁰. Zira güçsüz olan işçinin güçlü olan işverene karşı korunması hakkaniyet ilkesi gereğidir. Kanaatimizce eşit davranma borcunun temelinde işverenin keyfi uygulamalar ile güçsüz olan işçiyi mağdur etmesinin önüne geçme amacı yatar. Bize göre bu borcun tek taraflı olması da hakkaniyet esaslı bir borç olduğunu gösterir bir başka veridir.

5.2.2. Eşit Davranma Borcunun İşlevi

İşverenin eşit davranma borcunun temel amacı işçiyi korumaktır. Buna eşit davranma ilkesinin koruyucu işlevi de denilmektedir¹²¹. Ayrıca işçiler arasında eşitliğin tezahür etmesi çalışma barışının kurulmasına da katkı sağlamaktadır. Öğretide de buna eşit davranma ilkesinin düzen sağlama işlevi denilmektedir¹²². İşverenin eşit davranma ilkesinin bir diğer işlevi ise yorumlayıcı ve boşluk doldurucu olmasıdır. İş hukukuna ilişkin bir kuralın yorumlanması gerektiğinde bu yorumun eşitlik ilkesine uygun şekilde, eşitlik ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir¹²³.

Ancak iş hukukunun tek işlevi işçiyi korumak değildir. Aynı zamanda işletme çıkarlarını da gözeterek bunlar arasında hassas bir denge sağlamaktır¹²⁴. Eşit davranma ilkesi de iş hukukunda bu denge içerisinde uygulama alanı bulacaktır.

5.2.3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Kapsamı ve Sınırları

İş hukukundaki eşit davranma ilkesi, işverenin keyfi veya belirli nedenlere dayalı olarak işçiler arasında ayırım yapmasını yasaklamakta, bu konuda işvereni sınırlamaktadır. İş hukukunda işverenin eşit davranma borcunda kastedilen eşitlik mutlak bir eşitlik değildir¹²⁵. Kastedilen, işverenin aynı niteliklere haiz, eşit veya denk işlerde çalışan işçilere eşit davranmasıdır. Yani eşit işlem yapma borcu, haklı nedenler olduğu oranda işçiler arasında farklı davranılmasına izin vermekte, hatta bunu gerektirmektedir. Eşit davranma ilkesi, eşit veya denk durumdaki işçiler

¹²⁰ Süzek (2019).s. 442; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 194. Süzek hatta konu ile ilgili olarak “*Adaletin özel uzantısı hakkaniyettir.*” diyerek konumuzun özünü adalet ve hakkaniyet esasına dayandığını tek cümlede açıklamıştır.

¹²¹ Demir(2019).s.205.

¹²² Yıldız (2008).s.40.

¹²³ Tuncay(1982).s.139-140; Yıldız (2008).s. 40.

¹²⁴ Evren, G.(2007). Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri. Ankara. Seçkin Yayınları. s.97 vd.

¹²⁵ Süzek (2019).s.440-441.

arasında ayrımcılık yapılmasını engellemek için vardır. Haklı bir nedenin varlığında işçilerin farklı işlemlere tabi tutulabilmesi işçinin kişiliği gereği zaman zaman gerekli de olmaktadır¹²⁶.

İşçiler arasında farklı işlem yapılmasını gerektirecek halleri her bir olay özelinde değerlendirmemiz daha doğru olacaktır. İşçinin deneyimi, tahsili, çalışmaya uygunluğu, kişilik özellikleri gibi sebepler ile pek tabi farklı davranılmasını gerektirecek bir durumu ortaya çıkarabilir¹²⁷.

Eşit davranma ilkesinin mutlak eşitlik olarak değerlendirildiği bir halde ilkenin aleyhe kullanıldığı, kötude eşitleme diyebileceğimiz uygulamaların da önü hukuken açılabilir. Ancak ilkenin esası hakkaniyet üzerine olduğundan, lehe yönden bir eşitliği amaçladığını¹²⁸ düşünmemiz gerekecektir.

5.2.4. Eşit Davranma Borcunun Doğumu

İşverenin eşit davranma borcu, kural olarak iş ilişkisinin kurulma anı ile doğar.¹²⁹ Ancak, işveren İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca iş ilişkisinin kurulmasına kadar olan süreçte de cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapamaz. Esasen bu yönde yapılan düzenleme ile ortaya çıkan hukuki durum eşit davranma borcundan ziyade ayrımcılık yasağıdır. 5378 sayılı Engelliler Hakkındaki Kanun'un 14.maddesinin de bu konu ile aynı doğrultuda olduğunu söylememiz mümkündür. İşe alım safhasında ayrımcılık yapılamayacağını içeren bir diğer hüküm ise Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.maddesidir. Bunların haricinde 6701 sayılı yasada da birden fazla hüküm kapsamında işe alım sürecindeki ayrımcılıklar yasaklanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122.maddesinde de işe alım esnasında yapılan ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir. Ama ifade ettiğimiz üzere bunlar özel hükümlerdir, istisnai hallere ilişkindir. Bu hükümler iş akdinin kurulmasından önceki süreçte işçilerin korunmasının gerektiği hallere yöneliktir. Kanaatimizce de eşit davranma borcu kapsamında değil, ayrımcılık yasağı kapsamında gündeme gelebilecek hükümlerdir.

¹²⁶ Demir(2019).s.210; Yıldız (2008).s.46.

¹²⁷ Süzek (2019).s. 484; Yıldız (2008).s.46-47; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s.195-196

¹²⁸ Demir(2019).s.205; Yenisey(2005).s.982.

¹²⁹ Yıldız (2008).s.48.

5.3. Ayrımcılık Kavramı ve Ayrımcılık Yasası

Ayrımcılık kavramı, bir kimseye hukuki dayanaktan yoksun bir şekilde diğer kimselerden farklı davranılması anlamına gelmektedir. Ayrımcılığı KAYA, “*meşru bir gerekçeye dayanmayan eşitlik bozucu eylemler*”¹³⁰olarak tanımlamaktadır. YILDIZ ise ayrımcılığı;“*bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleri ya da değiştirilmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri nedeniyle, benzer bir durumda, bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir farklı davranışa muhatap tutulması*”¹³¹şekilde ifade etmiştir. ŞENER ise, ayrımcılığın sadece eşit ve denkler arasında meydana gelmeyeceğini, eşitsizler arasında da ayrımcılık yapılabileceğini ifade etmiştir¹³². Biz ise ayrımcılığın tanımlarda sadece negatif anlamda olarak düşünülmemesi gerektiğini, pozitif ayrımcılığın da bir ayrımcılık türü olduğunu ancak pozitif ayrımcılığın hukuki zemine oturtulduğunu, ayrımcılık ile ilgili tanımların sadece menfi yöndeki ayrımcılığı işaret etmesi halinde eksik kalacağını düşünmekteyiz. Bizim kabul ettiğimiz tanıma göre ayrımcılık; *aynı durumdaki bireylere farklı, farklı durumdaki bireylere aynı muamele yapmaktır*¹³³.

5.3.1. Ayrımcılık Türleri

Ayrımcılık kavramını doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayırmamız mümkündür. Doğrudan ayrımcılık, bir kişinin eşit veya denk durumda olduğu başka kişilerden ırk, din veya inanç, engelli olma, yas veya cinsel yönelim nedenlerine dayalı olarak farklı bir muameleyle tabi tutulmasıdır¹³⁴. Doğrudan ayrımcılık, bir eylemle gerçekleştirilebildiği gibi eylemsizlik yolu ile de(bir hakkın verilmemesi, bir

¹³⁰ Kaya(2005).s.144.

¹³¹ Yıldız (2008).s.80. Aynı yönde bir başka görüş için; Yüksel(2000).s.38.

¹³² Şener(2011).s.65.

¹³³ Kas-Der(2019)Tanım için bkz: AYM 2013/7063 Nolu Başvuru, Karar Tarihi: 05.11.2015. Ayrıca bkz: (<https://kasder.org.tr/ayrimcilik-nedir/>)(Erişim Tarihi: 12.12.2019)

¹³⁴ Bakırcı, K.(2007). Avrupa Birliği Herkes İçin Fırsat Eşitliği Yılı(Online): "Bakırcı (2007)". Erişim Adresi: <https://http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2007-73-kadriyebakirci.pdf>. Erişim Tarihi: 21.12.2019, s. 3. Her ne kadar BAKIRCI tanımında aleyhte bir muameleden bahsetmekte ise de pozitif ayrımcılık ihtimalini her koşulda gözetmemiz gerekmektedir.

talebin yerine getirilmemesi) ortaya çıkarılabilir.

Dolaylı ayrımcılık, tarafsız görünen bir hüküm, ölçüt veya uygulamanın, bir kişi üzerinde bu kişinin tipik ayrımcılık nedenlerinden birine sahip olması nedeniyle olumsuz sonuçlar doğurmasıdır. Örneğin, bir işyerinde terfi etme şartı olarak hiç kesintisiz çalışma şartının aranması, kadınlar için dolaylı ayrımcılık nedeni olacaktır zira kadınlar hamilelik, doğum gibi sebeplerle çalışmaya ara vermek zorunda kalabilirler¹³⁵.

Yapılan ayrımcılığın doğrudan veya dolaylı olması mahkemeler önünde bir fark yaratmamaktadır. Zira her iki durum için yasalar farklı bir yaptırım öngörmemiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme İçtihatlarında da doğrudan ve dolaylı ayrımcılık keskin çizgiler ile belirlenmeye çalışılmamış ve bunların hükmedilecek ceza veya tazminat miktarlarına bir etkisine rastlanamamıştır. Elbette ki doğrudan ayrımcılık kategorisine giren eylem veya eylemsizlikler daha belirgin türdendir, ispat edilmeleri daha kolaydır. Dolaylı ayrımcılık niteliği itibari ile biraz daha karmaşıktır.

Pozitif ayrımcılık da yine ayrımcılık türleri arasında değerlendirmemiz gereken bir türdür. Bu ayrımcılık türü genel itibari ile olumlu yönde hukuki durum doğuran bir ayrımcılıktır. Pozitif ayrımcılık, diğerleri ile eşit veya denk durumda olan kişinin sahip olduğu dezavantaj nedeniyle olumlu şekilde ayrıma uğramasıdır. Hukuki kaynağı Anayasamızın 10. maddesidir. Maddenin son cümlesinde devletin bireyler arasındaki eşitliğin yaşama geçmesi ile yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Eşitsizliği gidermek adına ortaya çıkan bu eşitsiz uygulamalar doktrinde Aristo'nun denkleştirici adalet ilkesine benzetilmiştir¹³⁶. Belirli bir sayının üzerinde işçi istihdam eden işyerlerinin engelli işçi çalıştırma zorunluluğu bu duruma örnektir. Dezavantajlı gruplara ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu pek çok Uluslararası hukuk metninde Taraf Devletlere bu yönde yükümlülükler yüklenmiştir. Avrupa Birliği Bölgesel Gelişme Fonu da pozitif ayrımcılığın amacının, geçmişte meydana gelen ayrımcılıklar nedeniyle meydana gelen mağduriyetlerin izlerini silmek

¹³⁵ Örnek için: Bkz. Şener(2011).s.66.

¹³⁶ Öden(1988).s.38.

olduğunu ifade etmiştir¹³⁷. Buna göre pozitif ayrımcılığa tabi tutulacak kesimin çalışma hayatına daha fazla katılmaları için gerekli önlemler alınmalı, bu kişiler katılmaları için teşvik edilmelidir. Ayrıca pozitif ayrımcılık kapsamına, ayrımcılık oluşturmayan seçim ölçütleri, eğitim programları ve cinsel taciz önleme programları da eklenmelidir¹³⁸.

AB Mevzuatında pozitif ayrımcılık esas olarak, Amsterdam Antlaşmasınının 14/4. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninde kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin gereği gibi uygulanabilmesi için Taraf Devletlere daha az temsil edilen cinsiyetin istihdamı için düzenlemeler yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu düzenlemeler eşitlik ilkesinin hukuki istisnaları olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeler pozitif ayrımcılık konusunda çağın ilerisinde bir zihniyetin oluşmasını sağlamıştır¹³⁹.

İstihdam konusundaki pozitif ayrımcılık uygulamalarının hiçbir zaman pozitif ayrımcılık sağlanan gruba mensup, fakat niteliksiz olan bir bireye pozitif ayrımcılığa tabi olmayan fakat daha nitelikli olan bir birey önünde avantaj sağlamaması gerekmektedir. AB Adalet Divanı'nın Kalenke¹⁴⁰ kararı bu konuda önemlidir. Kararda pozitif ayrımcılığa uğraması gereken bireyin kıyasa konu olan adi bireye göre daha az nitelikli olması nedeniyle istihdam konusunda öncelik hakkının olmadığı ifade edilmiştir. Kıyaslamaya konu olan bireylerin nitelik olarak eşit veya denk olması halinde pozitif ayrımcılık hükümleri ancak pozitif ayrımcılığa tabi tutulması gereken bireye avantaj sağlayabilir.

Türk Hukukunda pozitif ayrımcılık ilk olarak kadın hakları konusunda gündeme gelmiştir.1985-1990 yılları arası için hazırlanan "5. Beş Yıllık Kalkınma Planı"nda kadın işçi istihdamının artırılması, kadınlara fırsat eşitliğinin sağlanması konularında takip edilecek stratejiler ve alınacak önlemler yer almaktadır. 1996- 2000 yıllarına ilişkin "7. Beş Yıllık Kalkınma Planı"nda da aynı yönde düzenlemeler

¹³⁷ Yıldız (2008).s.84; Yuvalı(2011).s.108.

¹³⁸ Yüksel(2000).s.317 vd.

¹³⁹ Yuvalı(2011).s.110.

¹⁴⁰ Equal Right Trust(2019). Kararın orijinal metni için Bkz:(<https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//Kalanke.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

bulunmaktadır¹⁴¹.

BM ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında akdedilen “Kadının Kalkınmaya Katılımını Güçlendirme Ulusal Programı” ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti; resmi kurumlar, akademik programlar ve sivil toplum örgütleriyle birlikte; meslek eğitimi, istihdam, istihdam edilen kadın işçilerin takibi ve kadınlar için iş alanları oluşturma yönünde planlamalar yapmıştır. Bu şekilde kadınların üretim toplumuna eşit bir şekilde katılması amaçlanmıştır¹⁴².

Türk hukukunda kadınların üretime katılması yönünde yapılan çalışmalar sendikalar tarafından destek görmektedirler¹⁴³. Ayrıca sendikaların pek çoğunda kadınların iş hayatına eksiksiz olarak temsili, düzenli mesleki eğitimlere tabi tutulması, ücret ve çalışma şartları yönünde ayrımcılığa uğramaması, kadınların aile içindeki konumunun eşitlikçi bir şekilde düzenlenmesi, kadınlar için eşitsizliği doğuran sorunlarla mücadele edilmesi ve bu sorunların giderilmesine yönelik birimler yer almaktadır¹⁴⁴.

5.3.2. Tipik Ayrımcılık Nedenleri

5.3.2.1. Cinsiyet Temelli Ayrımcılık

Dünya tarihinde zaman içerisinde önemli aşamalar kaydetmiş olan insan haklarının serüvenini kadın haklarından ayrı olarak düşünmek mümkün değildir. Özellikle 20. yüzyıl ile birlikte insan hakları konusunda önceki 19 yüzyılın ve hatta miladi takvimin de öncesine dayanan dönemin toplamından daha fazla gelişme olduğu tartışmasızdır. Bu kazanımların pek çoğunda kadın erkek diye bir ayrım olmamış ise de zaman içerisinde kazanımların önemli bir bölümünün kadınlara hitap etmediği, kazanımların kadınların hayatına uygulanamadığı görülmüştür. Pozitif ayrımcılık içeren düzenlemeler bu durumun bir ihtiyacıdır. İçinde buldukları dönemin şartları,

¹⁴¹ Yuvalı(2011).s.112.

¹⁴² Program metni için Bkz: 29.08.1997 tarih ve 23095 S.RG.

¹⁴³ Toksöz, G. (1994). Kadın Çalışanlar ve Sendikal Katılım. AÜSBF Dergisi. C.3. S.49. ss. 440-454. s.442.

¹⁴⁴ Yüksel(2000).s. 324; Türk-İş, Olumlu Eylem, Sendikalar İçin Politikalar ve Anahatlar, Türk-İş Kadın İşçiler Bürosu Yayını, s. 12 vd.

haklara ilişkin geçmişten gelen süreçler gibi sebepler insan hakları kavramının, erkekler tarafından ve erkek merkezli olarak düzenlenmesine sebep olmuştur. Zira hakların çatıştığı nokta genel olarak güçlerin karşı karşıya geldiği anlardır ve güçlü olanlar da toplumun ataerkil yapısı gereği erkeklerdir. Ancak ataerkil toplumda erkek merkezli olarak yapılan düzenlemeler hem işgücünün, hem demokrasinin, hem aklın verimsiz ve tek yönlü olarak kullanılmasına sebep olacaktır. Ayrıca insan haklarının öncül olarak gelişen, halen gelişmeye devam eden ve diğer haklara göre gelişmişlik konusunda halen bir adım önde olan bir dalı olan “siyasi ve medeni haklar” genel olarak devletin bireyle olan ilişkileri ile ilgilenen, vatandaşların kamu alanındaki ve kanunlar karşısında konumlarını ortaya koyan haklardır. Önceki dönemlerde toplumda erkeklerin daha sosyal olması, daha dışa dönük olması, kadının dış dünya ile bağının erkeğe kıyasla sınırlı olması ve hak çatışmalarının dış dünya ile etkileşim neticesinde doğması öncelikli düzenlemelerin erkeklere kadınlardan daha çok hitap etmesi sonucunu doğurmuştur. Zaman içerisinde bu döngü kırılmış, önce kadının sosyal hayata uyumlaştırılması konusunda teşvikler ve düzenlemeler yapılmış, kadının sosyal hayata girmesi ile birlikte sorunları da düzenleyici mercilerin önüne gelmeye başlamıştır.

Ancak bu durum hala kadının genel sorunlarının ataerkil toplumlardan kaynaklandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Kadınlara yönelik ihlaller genel itibariyle güç merkezlidir, devlet veyahut onun adına güç kullananlarca yapılabildiği gibi, devlet dışı faktörlerce de bu ihlaller yapılmakta, bu ihlaller insan hakları düzenlemelerinin dışında kalabilmektedir¹⁴⁵. Örneğin; ülkelerin vatandaşlık, iltica ve sığınma mevzuatlarında siyasi nedenler, dil, din, ırk gibi nedenler ilticaya uygun insan hakları ihlalleri olarak görülürken, cinsiyet merkezli talepler halen gereği kadar ihlal konusu olarak görülmemektedir. Kadın sünnetinin yaygın olduğu ülkelerde sünnet olmak istemeyen kadınların ABD’ye yapılan sığınma başvuruları uzunca bir dönem reddedilmiştir¹⁴⁶. İnsan hakları ihlalleri adi şekilde tezahür ettiğinde devletler

¹⁴⁵ Berktaş, F. (2000). Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım. İstanbul. Yapı Kredi Yayınları. s.356; Kurşun, Ö.(2006). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi. Eskişehir. s. 76; Yuvalı(2011).s.116.

¹⁴⁶ Özeç, B.(2006). Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Yaklaşımlara Doğru. İÜHF Mecmuası. C.64. S.2006/2. ss. 145-166.s.150 vd.

tarafından kabul görürken ihlal konuları aile içinde yaşandığında ve spesifik haller aldığıında, devletler tarafından kabul görmeyebilmektedir. Konuya aile ve cinsiyet mefhumunun girdiği kimi zamanlarda ihlaller, kültürel hayatın bir parçası olarak görülmüş ve mağdurlar gereği gibi korunmamışlardır. Ancak özellikle 1970'li yılların sonlarından itibaren bu konulara ilişkin olarak toplumsal duyarlılıkta artış meydana gelmiştir. Sonraki süreçte de bu konularda gerekli adımlar atılmaya başlanmıştır. Uluslararası mevzuatlar ile insan onuruna aykırı, cinsiyetçi uygulamanın kabul edilemezliği vurgulanmaya başlamış, bunların bu eylemlerin kültürel kapsamda değerlendirilerek hukuki korumalardan yararlanmasının önü kapatılmaya çalışılmıştır. Aynı doğrultudaki 1993 tarihli Viyana Konferansı ile birlikte kadın haklarının da insan hakları olduğu anlayışı gereği gibi yerleşmiş ve cinsiyete merkezli olarak yapılan ayrımcılıkların da diğer ayrımcılıklar gibi insan hakları ihlali olduğu konusu ısrarla vurgulanmıştır. Bugün itibariyle ise ayrımcılık kavramı kadın haklarından ayrı düşünülemez bir hal almıştır¹⁴⁷.

Kadın hakları konusunda hedef kitlenin geniş olması, bu konudaki mücadelelere katılımın yüksek olması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum da daha kısa sürede kazanımlar elde edilmesini sağlamaktadır. Ayrıca siyasi açıdan da kadınları oy kitlesi olarak gören politikacılar, kadınların taleplerini oy kaygısı ile daha çabuk yerine getirmektedirler. Bugün doğum izni sürelerine yönelik yeni çalışmalar, regl izninin gündeme gelmesi, ev hanımlarının sosyal güvenlik hakkı gibi konulardaki tartışmalar henüz bitmiş değildir. Kanaatimiz kitlenin sayısı da göz önünde bulundurulduğunda bu sorunların da çözümünün uzun sürmeyeceği yönündedir.

Cinsiyete temelli ayrımcılıklardan bahsederken cinsel taciz olgusunu ele almamız gerekmektedir. Cinsel taciz, taraflardan en az birinin rızası olmaksızın sözle veya bakmayı da içerebilecek bedensel birtakım eylemlerle, bireyin veya bireylerin cinselliğine, edep ve namuslarına yönelen her türlü rahatsız edici davranıştır¹⁴⁸. Türk yasalarında cinsel taciz tanımlanmamış olsa da yasalarda yer aldığı şekliyle Türk iş hukukunda cinsel taciz, “kişilik haklarını ihlal eden, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak çalışma hak ve özgürlüğüne aykırılık oluşturan, cinsel nitelikli, cinsiyet

¹⁴⁷ Yuvalı(2011),s.117.

¹⁴⁸ Yuvalı(2011),s.128.

ya da cinsel temelli davranışlar” olarak tanımlanabilir¹⁴⁹.

İşverenin, işçinin şahsi varlığını koruma, işçinin işi nedeniyle yaşayabileceği risklere ilişkin gerekli önlemleri alma, işçinin çıkarlarını zedeleyecek davranışlardan kaçınma borçları Türk İş Hukuku'nda işverenin işçiyi gözetme borcu olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁰. İşçinin cinsel tacize uğramaması için gerekli önlemleri alma konusu da işverenin gözetme borcu kapsamındadır. İşverenin işçiyi gözetme borcu; sadece işçinin bedensel tamlığını koruyan, iş sağlığı veya güvenliğini tehlikeye düşüren hareketlere karşı koymaktan ibaret değildir. Aynı zamanda işçinin maddi ve manevi varlığını, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü tehdit eden her türlü harekete karşı işçiyi korumak da işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamındaki görevlerindedir¹⁵¹.

Cinsel taciz kapsamına girecek olan bir fiilin aynı zamanda bir “haksız fiil” niteliğine sahip olacağı tartışmasızdır¹⁵². Haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırılık içeren eylem, zarar, kusur ve illiyet bağının varlığı cinsel taciz fiili ile vücut bulacaktır. Bu bağlamda cinsel tacize uğradığını iddia edecek olan işçi iddiasını ispat ederek Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında tazminata da hak kazanacaktır.

Cinsel tacizi fiili, yukarıda belirtilen bağlamlar gözetildiğinde hem sözleşmenin aykırılık hem de haksız fiil niteliğine sahiptir. Bu husus doktrinde “sözleşmeden doğan sorumlulukla sözleşme dışı sorumluluğun yarışması” olarak ifade edilmektedir¹⁵³. Böyle bir durumda mağdurun seçimlik hakkı mevcuttur, iki haktan dilediğini kullanabilir.

Kimi yazarlar, işverenin işçiyi salt cinsel tacizde bulunma halini eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranış olarak nitelendirmektedir.¹⁵⁴ Bu görüşü savunan yazarlarca işverence yapılan cinsel tacizin işçinin çalışma şartlarını farklılaştırmasının kaçınılmaz olduğu neticesi üzerinde durulmaktadır. Ancak bu görüşü kabul etmeyen yazarların da varlığı söz konusudur. Bu yazarlar genel

¹⁴⁹ Bakırcı, K.(2000). İşyerinde Cinsel Taciz: "Bakırcı (2000)". İstanbul. Yasa Yayınları. s.101.

¹⁵⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 194-195; Yüksel(2000).s. 273.

¹⁵¹ Yüksel(2000).s. 275.

¹⁵² Yuvalı(2011).s.130.

¹⁵³ Yuvalı(2011).s.130; Eren(2019).s. 1092 vd.

¹⁵⁴ Yuvalı(2011).s.131; Yüksel(2000)., s. 275 vd.; Özdemir, E.(2006). İşyerinde Cinsel Taciz: . Çalışma ve Toplum. S.4. ss.83-96. s.92.

anlamdaki ayrımcılık yasağı ile iş hukuku özelinde eşit işlem borcu arasında karışıklık meydana gelmesinden ötürü cinsel taciz fiilinin eşit işlem borcuna aykırılık yarattığı görüşünün doğduğunu ifade etmektedirler¹⁵⁵. Cinsel taciz olgusunu, işverenin eşit davranma borcundan ziyade işçiyi koruma borcu kapsamında ayrı bir konumda değerlendirmek kanaatimize göre daha uygundur. Yıldız'ın verdiği bir örnekte de ifade ettiği üzere, eğer işveren sadece bir kadın işçisini değil de bütün işçilerine cinsel taciz fiillerinde bulunuyor ise fiilleri eşit davranma ilkesine aykırılık oluşturacaktır¹⁵⁶.

Bunun yanında İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçinin cinsel tacize karşı işveren tarafından korunamaması hali haklı fesih sebebi sayılmıştır. Mağdur işçi bu doğrultuda iş güvencesine tabi bir işyerinde çalışıyorsa kıdem tazminatı, iş güvencesi kapsamında olmayan bir işyerinde çalışıyorsa kötüniet tazminatı¹⁵⁷ almaya hak kazanabilir.

Bu bağlamda işçinin haksız fiilden kaynaklı tazminat talep etme hakkı ile iş hukukundan kaynaklanan kıdem tazminatı(veya kötüniet tazminatı) talep etme hakkı bulunmaktadır. Cinsel taciz nedeniyle eşit davranma tazminatı talep etme hakkı kanımızca bulunmamaktadır¹⁵⁸.

5.3.2.3. Psikolojik Taciz (Mobbing)

Psikolojik taciz(mobbing); çalışanlara, üstleri, astları veya eşit düzeydeki diğer çalışanlar tarafından sistematik biçimde uygulanan, her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışları içeren bir çeşit psikolojik teröre verilen addır¹⁵⁹. Mobbingin uluslar arası anlamda kabul görmüş bir tanımı da “Çalışma hayatında

¹⁵⁵ Yuvalı(2011).s.131; Yüksel(2000)., s. 275 vd.;Özdemir(2005).s.92.

¹⁵⁶ Yıldız (2008).s.96.

¹⁵⁷ İş güvencesi kapsamında çalışmayan işçilerin de kıdem tazminatı talep edebildiği haller vardır. Sadece kural olarak kıdem tazminatı iş güvencesine bağlanmıştır.

¹⁵⁸ Ergin'in ise bu konudaki görüşü iki kutuplu genel görüşten daha farklıdır. Ergin'e göre cinsel tacize uğrayan işçi İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan eşit davranma tazminatını talep etme hakkına sahiptir ancak cinsel taciz nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergin, H. (2007). Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasasının İş Hukukuna İlişkin Hükümleri. Legal İSGHD. C.4. S.14. ss.635-664. s. 153 vd.

¹⁵⁹ Tınaz, P. (2008). İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing). İstanbul. Beta Yayınları. s.8.

psikolojik terör veya mobbing; bir veya birden fazla kişi tarafından, başka bir bireye yöneltilen ve o bireyi çaresiz ve savunmasız bir duruma getiren, süregelen faaliyetlerle bireyin çaresiz durumdan çıkmasını da engelleyen düşmanca ve ahlaka aykırı davranışları içeren bir kavramdır. Bu davranışlar belli bir sıklıkta (istatistiksel olarak en azından haftada bir defa) ve uzun bir zaman periyodunda (en azından altı aylık bir müddette) yapılıyor olmalıdır. Düşmanca davranışların yüksek sıklıkta ve uzun bir süre yapılıyor olması nedeniyle, bu kötü muameleler, ciddi ruhsal, psikosomatik ve sosyal sorunlara yol açmaktadır”¹⁶⁰ şeklindedir.

Mobbingin iş hukukundaki dayanağının işverenin işçiyi gözetme borcu¹⁶¹ olduğu savunulmaktadır. Ayrıca TBK’da da işçinin mobbinge karşı işvereni tarafından korunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶². İşveren, işçinin mobbinge maruz kalmayacağı bir iş ortamını işçiye sağlamakla yükümlüdür, buna rağmen mobbingin meydana gelmesi halinde de mobbingi sonlandırmak için gerekli işlemleri yapması gerekmektedir. Kanımızca mobbing kavramını doğrudan eşit davranma ilkesi içerisinde değerlendirmemiz mümkün değildir. Buna karşın mobbinge konu olan davranışlar aynı zamanda eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil ediyor da olabilir. Örneğin kadın bir işçiye cinsiyet temelli ayrımcılık içeren davranışlar gerçekleştirilerek mobbing uygulanıyor olabilir. Mobbinge konu olan davranışların tanımda da belirtildiği üzere işçiyi yıldırma, bezdirme amacı gütmesi gerekmektedir. Dolayısıyla her ayrımcı davranış da mobbing anlamına gelmeyecektir. Yine tanımda da ifade edildiği üzere sistematik dahilinde olmayan tekil eylemlerin eşit davranma borcuna aykırılık içerse dahi mobbing anlamına geldiğini söylememiz mümkün olmayacaktır.

¹⁶⁰ Leymann, H.(2019). The Definition of Mobbing at Workplaces. The Mobbing Encyclopedia. Erişim Kaynağı: <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (Erişim Tarihi: 01.12.2019).

¹⁶¹ Süzek (2019).s.389, Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.189.

¹⁶² 6098 sayılı Borçlar Kanununun 417 maddesi şu şekildedir: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Bu bağlamda Borçlar Kanunu’nda kısa bir şekilde olarak psikolojik taciz yasak olduğu ve işverenin buna ilişkin gerekli önlemleri alması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak mobbing bir iş hukuku konusu iken, iş hukukuna ilişkin özel kanun olan İş Kanunu pek çok konuda kapsamlı şekilde hazırlanmış hatta 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu müstakil bir yasa olarak yürürlüğe girmiş iken mobbing gibi önemli bir konunun sadece Borçlar Kanunu’nda tek bir satırda düzenlenmiş olmasının yeterli görmemiz mümkün değildir.

Yargıtay HGK bir kararında mobbinge aykırılık teşkil eden fiillerin işverenin eşit davranma borcuna aykırılık doğurduğunu ifade etmiştir. Kararda “...Ülkemizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndan önceki dönemde özel bir düzenleme olmamasına rağmen, çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında, psikolojik taciz aynı zamanda, işçinin kişilik haklarına da müdahale niteliği taşıması dolayısıyla, buna ilişkin hukuki yolların da kullanılması gündeme gelebilir...”¹⁶³ denilerek, bir sınırlama yapılmaksızın mobbing uygulamalarının eşit davranma borcunu ihlal edeceği sonucuna varmıştır. Yargıtay 9. HD’nin ise bu konuda aynı görüşte olduğunu söylemek güçtür. Daire, bir kararında; “Somut uyuşmazlıkta; dava dilekçesi incelendiğinde, davacı işçinin mobbinge maruz kaldığı yönünde ayrıntılı açıklamalarda bulunulduğu ancak netice-i talepte ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi istenmesine karşın bu hususta herhangi bir açıklamada bulunulmadığı saptanmıştır. Mahkemece davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesinin başlı başına ayrımcılık tazminatına da hükmedilmesi sonucunu doğurmayacağı açıktır. Davalı işverenin davacı ile olan iş ilişkisinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtildiği gibi cinsiyet, dil, ırk, sosyal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak bir ayrıma gittiği açıkça iddia ve ispat edilemediğinden talebin reddi yerine kabulü hatalıdır.”¹⁶⁴ demek suretiyle işçinin mobbinge uğradığını kanıtlamış olsa dahi her mobbing eyleminin ayrımcılık tazminatı gerektirmediği, işçinin ayrımcılığa uğramış olmasını kanıtlaması gerektiği kararda ifade edilmiştir.

Bizim kanaatimiz de her mobbing eyleminin eşit davranma borcuna aykırılık içermeyeceği, olaya özgü inceleme yapılması gerektiği yönündedir. Eşit davranma borcunun tespiti için kural olarak kıyas yapılabilecek bir ortam, dolayısıyla en az iki

¹⁶³ Yargıtay HGK, 2015/2274 E., 2018/1428 K., 04.10.2018 (www.sinerjias.com.tr)(Erişim Tarihi:20.12.2019).

¹⁶⁴ Yargıtay 9. HD 2016/32575 E., 2019/15142 K., 09.07.2019 (www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi:20.12.2019)

işçinin çalıştığı bir işyerinin bulunması gerekmektedir. Ancak mobbing bir işçi ve bir işverenin çalıştığı bir işyerinde de gerçekleşebilir. Mobbinge konu eylemler sıklıkla işverenin eşit davranma borcunu etmektedir ancak eşit davranma borcunu ihlal etmeyen mobbing davranışları da hiç de az değildir. Bu durum da göz önünde bulundurulmalıdır.

5.3.2.4. Din, İnanç, Felsefi ve Siyasal Düşünce

5.3.2.4.1. Din ve İnanç

Din ve inanç AB'nin 2000/78 S. direktifin kapsamında koruma altına alınmış bir alandır. Bu direktifle ilgili olarak din ve inançtan kastedilen yalnızca tek tanrı inancına sahip dinler değildir. İnanmama da dahil olmak üzere barışçıl her türlü inanç sistemine mensup bireyler direktif dahilinde ayrımcılığa karşı korunmaktadır¹⁶⁵. Ancak işin niteliği bir dine mensup olmayı gerektiriyorsa bu durumun ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir. Zira Hıristiyan olmayan biri papaz olmak istediğinde Hıristiyan biri ile pek tabii olarak aynı statüde değerlendirilemeyecektir. Ayrıca bu durumu dar yorumlamamak da gerekir. Yahudi veya Müslümanların yaşadığı bölgelerde kasapların Müslüman veya Yahudi olanlardan istihdam edilmesi teamüli bir durumdur. Zira iki dinin de gerek et kesimi gerekse et tüketimi konusunda önemli şartları bulunmaktadır¹⁶⁶¹⁶⁷. Bu şartların başka dine mensup bir insan tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Et kesimi ve seçimine ilişkin dini ritüelleri gerçekleştirme yetkisi sadece o dinlere mensup kişilere tanınmıştır. Durum bu yönü ile bir ayrımcılık barındırmamaktadır, kültürel sebepler içermektedir. Ayrımcılık yasağına ilişkin olarak din ve inanç yönünden sınırların çizilmesi konusu da önemlidir. Zira din ve inancını yaşamak isterken mağdur olanlar ile din ve inancını gerekçe göstererek diğer kişileri mağdur edecek uygulamalarda bulunanlar arasındaki fark gözetilmelidir. Öğretide din özgürlüğünün işçiye cuma günleri işini bırakarak camiye gitme özgürlüğü biçiminde anlaşılamayacağı ifade edilmiştir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Yıldız (2008).s.130.

¹⁶⁶ Boran, M. (2015). Hanefi Mezhebinde Hayvan Kesimi. Journal of International Social Research, C. 8. S.41. ss.1328-1341. s.1329-1330.

¹⁶⁷ Kurt, A.O.(2015). Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi. Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C.2. S.14. ss. 103-149. s.112.

¹⁶⁸ Sözer, A.N.(2006). AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Yönergesi Işığında Türk İş

Çünkü bu uygulama üçüncü kişilerin mağduriyetini sağlayacak, eşitsizlik içeren bir fiili durumu ortaya çıkaracaktır. Bazı işçilerin cuma günleri namaza gitmesi diğer işçilerin hem daha uzun süre çalışmasını, hem de namaza giden işçilerin de yerini doldurmak için ekstra bir emek sarf etmesini gerektirecektir.

Yabancı ülkelerde de pek tabii olarak bu durum tartışma konusudur. Örneğin Amerika'da şekli ve maddi yönden konu incelenmeye çalışılmış, şekli talepler genel itibariyle kabul görmemiştir. Müslüman bir kadın öğretmenin türban, uzun ve bol elbise ile okula gelmek istemesi nedeniyle çıkan bir uyuşmazlıkta okul yönetimi kamu görevlilerinin dini simgeler barındıran kıyafetler giymesini yasaklayan federal mevzuat doğrultusunda bu talebin kabul etmeyeceğini beyan etmiştir. Yapılan yargılama okul idaresi lehine neticelenmiş, davacının dine dayalı ayrımcılığa maruz kaldığı iddiası kabul görmemiştir¹⁶⁹.

İş ilişkisinin sürdürülmesi esnasında inanç nedenli ayrımcılığın tespiti için öncelikle inanç özgürlüğünün tanımı ve çerçevesi net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere demokratik toplumlarda belirli çerçeveler çizilmiştir. Bu çerçeveler de genellikle başkalarının temel hak ve özgürlüklerinin çakıştığı noktalardan başlamaktadır. Demokratik toplumlarda özgürlükler başka özgürlükleri tehlikeye düşürme, bunları tehdit etme amacı ile kullanılamaz. Demokraside nicelik değil nitelik önemlidir, tahakküm demokrasinin ruhuna aykırıdır. Demokratik toplumlarda devlet her bir bireyin hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdür, bireyler ise hukuka ve demokrasiye uygun davranmakla; özgürlüklerini bu şekilde kullanmakla yükümlüdür¹⁷⁰.

Türk Hukukunda inanç hürriyeti Anayasanın 24.maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni bir dini inanca sahip olma ile birlikte inanca sahip olmama özgürlüğünü de korumaktadır. Bu koruma laiklik ilkesinin de bir gereğidir.

Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özgürlük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler.
Sicil İSGHD. S.2. ss.184-208. s.190.

¹⁶⁹ Yıldız (2008).s.131.

¹⁷⁰ Yıldız (2008).s.132.

5.3.2.4.2. Felsefi ve Siyasi Düşünce

Bireyin manevi kimliği açısından ayrımcılık konusu yapılabilecek bir diğer unsuru felsefi ve siyasi düşüncesidir. Bu konudaki hürriyetler Anayasanın 25.maddesi ile düzenlenmiştir. Hüküm kapsamında bu özgürlükler Anayasal seviyede koruma alanına girmiştir, hiç kimseye felsefi ve siyasi düşüncesi nedeniyle ayrımcılık yapılamaz.¹⁷¹

İşçinin yapmak istediği felsefi veya siyasi düşüncesine aykırılık teşkil etmesi konusu işe girişi esnasında var ise, işçi bu durumu işverene söylemekten imtina etmiş ise ve istihdam edildikten sonra bu işleri yapmaktan kaçınıyor ise işverenin iş akdini hile nedeniyle feshedebilmesi mümkündür¹⁷².

Siyasi sebepler nedeniyle işçinin iş akdinin feshedildiği hallerde bu fesih haklı veya geçerli olarak kabul edilemeyecek¹⁷³, işçinin iş güvencesine tabi olmaması hakkında ise ayrımcılık içeren, kötü niyetli fesih olarak kabul edilecektir¹⁷⁴.

1475 sayılı yasa döneminde siyasi sebepler nedeniyle feshe ilişkin olarak verilmiş bir Hukuk Genel Kurulu kararında bu konuda çokça tartışma yaşanmış, tartışılan konu ayrımcılık yasağından ziyade iş akdinin kötü niyetli şekilde feshedilip edilmediği noktasında toplanmıştır. İlk derece mahkemesi davacı işçinin iş sözleşmesinin siyasi görüşleri nedeniyle feshedildiğine ve lehine kötü niyet tazminatı ödenmesi gerektiği yönünde hüküm vermiş, karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay'ın verdiği bozma kararına yerel mahkeme direnmiş ve uyuşmazlık Yargıtay HGK'nın önüne getirilmiştir. Yargıtay HGK, Yargıtay 9.Daire ile aynı doğrultuda hükme varmıştır.¹⁷⁵

Her ne kadar HGK davayı reddetmiş olsa da karara konulan muhalefet şerhinde

¹⁷¹ **Anayasa Madde 25-** Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

¹⁷² Sözer(2006), 195; Ertürk(2008), 140 vd.

¹⁷³ Yargıtay 9. HD, 12.9.2005, 28180/29206. Legal İSGHD. C.3. S.9. s.277-278.

¹⁷⁴ SÜZEK(1976).s. 146-147.

¹⁷⁵ Yıldız (2008).s.134.

uyuşmazlık 158 sayılı ILO Sözleşmesi yönünden incelenmiştir. Metinde, “...Türkiye tarafından 9.6.1994 tarih ve 3999 sayılı Kanun ile onaylanan Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) tarafından hazırlanan Hizmet ilişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşme iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Anılan sözleşmenin 1. maddesinde, ‘Bu sözleşme hükümlerinin toplu iş sözleşmeleri hakem kararları veya mahkeme kararları ile veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntemle geçerlik kazanmadığı hallerde, yürürlüğe girmesi ulusal mevzuatla sağlanır’ denilmektedir. Bu düzenlemeye göre iş güvencesi sağlayan yasal değişikliklerin İş Kanunlarında yapılmamış olması 158 sayılı Sözleşme hükümlerinin mahkemelerce göz ardı edilmesini gerektirmez. Anılan Sözleşmenin 4. maddesinde ‘işçinin kapasitesine veya işin yürütülmesine veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez’ ve 5. maddedeki siyasi görüş farklılığının ise son verme için geçerli bir neden olmadığı kuralı olayımızda uygulanmalıdır. Buna göre davalının davacının hizmet akdinihizmetine ihtiyaç kalmadığı gerekçesi ile feshetmiş bulunması ve yerine aynı gün o alanda eğitim almamış bir bayanı işe alması nedeniyle 1475 sayılı İş Kanununun 13/3. maddesinde öngörülen ve işverenin kötü niyetle işçi çıkarmasını önleyerek dolaylı yoldan iş güvencesi getiren düzenlemesinin yerel mahkemece uygulanarak kötü niyet tazminatına karar verilmesi isabetlidir.....Ayrıca, eleman teminindeki güçlük zammı verilen işçinin akabinde işten çıkarılması ve bu durumların herkesçe bilinen hükümet değişikliğinin hemen akabinde gerçekleşmesi de işyerinde kamu görevlilerinin kıskançlık veya politik nedenlerle işten çıkarma yoluna gittiğini ispatlamaktadır. Bu durumda davacının tanık dinletmemiş olmasının kötü niyeti ispatlamadığına gerekçe gösteren Özel Daire kararını benimseyen çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.” şeklindedir¹⁷⁶. Davaya konu olayda aynı nitelikte eleman istihdamında sıkıntı yaşadığı için kendisine zam yapılmış olan işçinin seçimlerden hemen sonra işten çıkarılmasının siyasi nedenlerinin göz önünde bulundurulması bizim kanaatimizce de gerekmektedir. Ayrıca bu işçi işten çıkarıldıktan sonra aynı gün başka bir işçinin istihdam edilmesi de işverenin işçiyi ihtiyacı kalmadığından ötürü çıkardığı savunması ile örtüşmemektedir. Bunun dışında yerine istihdam edilen işçi, davacıdan daha yetkin bir işçi değildir, eğitimli de

¹⁷⁶ Lexpera(2019). Yargıtay HGK 09.06.1999, 1999/ 9-479 E., 1999/490 K.(www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

değildir; bu durum da ayrı bir tartışma konusudur. Tüm bu durumların varlığına rağmen davacı işçinin salt tanık dinletmemiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi bizim görüşümüze göre hatalı olmuştur. Yerel mahkemenin davanın kabulü yönünde verdiği kararda, Yargıtay HGK nezdindeki muhalefet şerhi de bu bağlamda önem arz eden gerekçeler içermektedirler.

5.3.2.5. Engel (Disability)

Engellilik kavramı yasanın kavramlar bölümünde; *“Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal 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. Engellilik kavramı 5378 sayılı yasada düzenlenmiştir.

Yasanın 14. maddesinde engellilere hiçbir şekilde ayrımcılık yapılamayacağı ifade edilmiş, engelliler özel hüküm ile ayrımcılığa karşı koruma altına alınmıştır. Maddeye yapılacak ayrımcılığa ilişkin herhangi bir yaptırım hükmü eklenmemiştir. Bu şekilde engellilere engelinden ötürü ayrımcılık yapılamayacağı özel hükümlerle düzenlenmiştir. Hükmün İş Kanunu'nun 5. maddesinde farklılık içeren yönü engellilere iş sözleşmesinin kurulmasında da açık bir şekilde ayrımcılık yapılamayacağı özel olarak düzenlenmesidir. İş Kanunu'nun 5. Maddesinin lafzında iş sözleşmesinin kuruluş süreci yönünden sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle yapılan ayrımcılıklar için bu doğrultuda ifadeler bulunmaktadır, diğer eşit davranmama ve ayrımcılık tiplerinin iş sözleşmesinin kuruluşu aşamasında ihlali madde metninde açık bir şekilde yasaklanmamıştır. Cinsiyet, sendikal neden ve engellilik dışındaki sebepler yönünden iş akdinin kuruluşunda eşit davranma yasağı doktrin ve içtihatlarla kapsamında ortaya konulmuştur¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Konu ayrıntılı olarak “İş Akdinin Kuruluşu” konusunu işlediğimiz 4.5.1. nolu başlığın altında tartışılacaktır.

5.3.2.6. Sendikal Faaliyetler

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında işverenlerin sendikal işçilere ayırım yapması yasaklanmıştır. Kanununun 25. maddesinde, işverenin istihdam etme sürecinden itibaren, iş sözleşmesinin sürdürülmesinde ve de sözleşmenin feshedilmesinde sendikal nedenlerle işçilerin sendikal nedenlerle ayırma tabi tutulamayacağı, bu durumun ihlalinin eşit davranma ilkesine aykırılık olacağı hususu açıkça ifade edilmiştir.

İşverence yapılacak uygulamalarının hangilerinin sendikal ayrımcılık anlamına geleceğini tespit edebilmek için önce sendikal faaliyet kavramının kapsamını tespit etmemiz gerekmektedir. Yargıtay 9. HD vermiş olduğu bir kararda; işçinin sendikaya girişi ile başlayan, yasa kapsamında¹⁷⁸düzenlenen faaliyetler bütünü sendikal faaliyet olarak tanımlamış¹⁷⁹, daha sonraki süreçlerde ise bu kararındaki esaslardan farklı olarak, işçinin sendika üyesi olmasından önce sendikal birtakım sebepler nedeniyle fesih işleminin yapılması ve işçinin sendikaya üye olmasının önünün kapatılmasının(aynı zamanda diğer işçilerin de sendika üyesi olmaya özendirilmesinin) engellenmesi sebeplerinin de sendikal tazminat konusu olabileceğini, bu konular hakkında gerekli araştırma yapılmaksızın karar verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda dairenin sendikal faaliyete ilişkin bakışının zaman içerisinde genişlediğini söylemek mümkündür.¹⁸⁰

Ayrıca kanununun 25. maddesinde sendikalıların lehine olarak TİS'lerde ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında yapılacak düzenlemelerin ayrımcılık veya eşit davranma ilkesine aykırılık olarak görülemeyeceği açıkça ifade edilmiştir¹⁸¹.

¹⁷⁸ O dönemde 2821 sayılı yasa yürürlüktedir. Bugün itibarıyla sendikalara ilişkin ana mevzuat 6356 sayılı yasadır.

¹⁷⁹ Yıldız (2008).s.148; Şener(2011).s.75.

¹⁸⁰ Sinerji(2019). Yargıtay 9. HD. 10.11.1999 Tarih ve 9-932/943; Aynı yönde bkz. Yargıtay 9. HD. 08.07.2003 Tarih ve 2003/12442 E., 2003/13123 K.; 9. HD. 16.09.2003 Tarih ve 2003/15784 E., 2003/14563 K.(www.sinerjias.com.tr-Erişim Tarihi: 01.12.2019)

¹⁸¹ Çil(2007/1).s. 320. Aksi yönde bkz. Yargıtay 9. HD. 01.02.2011 Tarih ve 2010/48111 E., 2011/1847 K.(www.sinerjias.com.tr-Erişim Tarihi: 01.12.2019)

5.3.2.7. Yaş

Yaşa bağlı ayrımcılık yasağı İş Kanunu'nun 5. maddesinde doğrudan zikredilmemiş ise de genel itibariyle madde metninde yer alan “benzer sebepler” başlığı altında değerlendirilmekte ve mutlak bir ayırım yasağı olarak görülmektedir¹⁸². Söz konusu yasağın temelinde yaşça büyük veya yaşlı diyebileceğimiz işçilere kendisinden daha genç işçilere karşı ayrımcılık yapılması hususu yer almaktadır¹⁸³. Belirtmek gerekir ki İş Kanunu'nda belirli işlerin yapılmasına yönelik olarak yaş kısıtlamaları bulunmaktadır¹⁸⁴. Ayrıca kamu kurumlarında çalışanların da emeklilik yaş hadleri bulunmaktadır. Bu düzenlemeler ayrımcılık anlamına gelmemektedir, niteliği itibariyle koruyucu düzenlemelerdir.

Öğretide halen tartışılan bir görüşe göre TİS'ler ve iş sözleşmelerinde objektif olarak düzenlenmekle birlikte ücretler ve iş şartları yönünden belirli yaş grupları oluşturulması mümkündür. Görüşü savunan kişilerce bu durum eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁸⁵. Hatta bu görüşe sahip olan yazarların bir kısmı işçinin ilerleyen yaşı nedeniyle mesleğin gerektirdiği hallerde iş akdinin haklı nedenle feshedilebileceğini dahi öne sürmektedir¹⁸⁶. Bunun kabulü kanaatimizce Anayasa'ya aykırıdır. Zaten işverene İş Kanunu kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkı verilmiş olmasının bir amacı da bu sebeplerdir. Yaşın ve benzer sebeplerin olağan dereceden daha fazla önemli olduğu hallerde de belirli süreli sözleşme yapılmasına ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmakta, ikinci mevzuatlar ile belirli süreli sözleşme yapımı teşvik edilmektedir. İşverenin bir tacir olmasının gereği olarak basiretli davranması, yapmış olduğu sözleşmeye riayet

¹⁸² Şener(2011).s.76; Yıldız (2008).s.199.

¹⁸³ Tuncay(1982).s. 132; Yıldız (2008).s. 161.

¹⁸⁴ Örnek olarak;

4857 sayılı İş Kanunu Madde 71: *On beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler.*

4857 sayılı İş Kanunu Madde 72: *Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.*

¹⁸⁵ Alpagut, G. (2007). İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı. 8-9 Haziran 2007 . ss. 24-25. s. 24-25

¹⁸⁶ Yıldız (2008).s. 156.

etmesi, kendisi için olumsuz sonuç doğuracak hukuki ilişkilere girmemesi ve zaten güçlü taraf olarak oturduğu sözleşme masasında kendisine yeni imtiyazlar istemesi kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Bunun yanında İş Kanunu'nda sağlık sebepleri ile fesih hükümleri de düzenlenmiştir. İşçinin ilerleyen yaşı nedeniyle sağlık sorunlarının doğması nedeniyle işverenin fesih hakkı söz konusu olacaktır. İşçi, ilerleyen yaşı nedeniyle işini yapmakta aksar ise İş Kanunu'nun 18. maddesi gereği işverenin fesih hakkı söz konusu olacaktır. İşverenin bu konuda başvurabileceği yeterli hukuki yol bulunmaktadır.

Doktrinde devam eden bir başka tartışma ise emeklilik şartları gelmiş olmasına rağmen çalışmaya devam eden işçiler ile ilgilidir. İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde emeklilik şartlarını sağlayan işçinin işveren tarafından geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshedilebileceği, bunun işyerinden kaynaklanan geçerli sebepler başlığı altında değerlendirilebileceği ifade edilmiş ise de, bu durumun eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edeceğini, ayrımcılık içereceğini savunmakta olan yazarlar bulunmaktadır.¹⁸⁷

Yargıtay 9. HD ise işyerinde işçi sayısında fazlalık olması halinde öncelikli olarak emeklilik süresi gelen işçilerin çıkarılmalarını, değerlendirmeler ve işlemler hukuka uygun bir şekilde yapıldığı takdirde sosyal seçim kriteri kapsamında hukuka uygun olarak değerlendirmiştir. Daire, bu şekilde yapılan fesihleri işletmesel karar olarak geçerli nedenle fesih sebebi olarak görmektedir.¹⁸⁸

Netice itibariyle eğer işveren hakkında yaşa dayalı bir ayrımcılık iddiası söz konusu ise bunda yapılması gereken somut olaya bakmak ve iddiaların önemli olup olmadığı, işverenin eylemlerinin ayrımcılık içerip içermediğini araştırmaktır. İşverenin haklı bir nedeni var ise, keyfi bir uygulama söz konusu değil ise ayrımcılık

¹⁸⁷ Alp, M.(2006). Otuz Hizmet Yılıını Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?. Legal YKİ Dergisi. S2. ss.141-158. s. 157; Alp, M. (2007). Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, Legal YKİ Dergisi. S: 4. ss. 171-189, s. 179; Alpagut (2007).s. 28-29; Ekonomi, M. (2006). Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi. LEGAL YKİ. S.1. ss. 131-133. s. 131-133; Yıldız (2008).s. 156.

¹⁸⁸ Alp(2006).s. 158; Alp, (2007).s. 179; Alpagut (2007).s. 28-29; Ekonomi(2006).s. 131-133; Yıldız (2008).s. 157.

yapmadığı sonucuna ulaşılacaktır¹⁸⁹.

5.3.2.8. Kıdem

Günümüzde işyerlerinde kıdeme dayalı olarak da işçiler arasında ayrımcılık yapılabilmektedir¹⁹⁰. Örnek olarak vermek gerekirse işçiye verilen masadan yediği yemeğe kadar kıdem yönünden farklılıklar söz konusu olabilmektedir. Bazı şirketlerde daha kıdemli personele şirket aracı tahsis edilmesi söz konusu olmaktadır. İş sözleşmesinin feshinde de kıdem ölçütü ön plana çıkmaktadır. Neticede kıdemi çok olan işçinin hak edeceği tazminat ve alacak miktarı daha yüksektir, ayrıca 6 aydan kısa süreli kıdeme sahip işçiler işe iade davası dahi açamamakta, 1 yıldan kısa süreli kıdeme sahip işçiler kıdem tazminatı alamamaktadır. Kıdem konusunun işveren tarafından iyi niyetli bir şekilde ve objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde bir ayrımcılık söz konusu olacaktır.

Öğretide yer alan bir görüşe göre de kıdem konusu şeklen incelendiğinde kadınlar aleyhine ayrımcılık meydana geleceğini, kadınların çocuk doğurma, evlilik, aile sorumlulukları ve benzer sebepler nedeniyle erkeklere oranla kıdem süresinden, ellerinde olmayan sebepler ile geri kaldığını, bu bağlamda aynı kıdeme sahip erkek ve kadından kadının daha ön planda tutulmasını gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹⁹¹. Ancak günümüz şartları itibarıyla bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira erkekler de askerlik görevi nedeniyle iş hayatından geri kalmaktadır. Pek çok genç birey mezun olduktan sonra kamu kurumlarına girmek için sınavlara hazırlanmaktadır. Bu sebeplerle iş hayatına atılma yaşı her geçen gün artmaktadır. Kıdem unsuru cinsiyet ile bağdaştırılabilir olmaktan kanaatimizce çıkmıştır.

5.3.2.9. Yabancılık

Bu başlıkta ifade edeceğimiz yabancılık başka ülke vatandaşı olmayı(veya vatansız olmayı) içerir türdendir. Irk, renk ve etnik köken ayrımcılığı da yabancılık üst başlığı içerisinde tartışılması gereken alt konulardır.

¹⁸⁹ Yıldız (2008),s.161.

¹⁹⁰ Tuncay(1982),s. 134.

¹⁹¹ Yıldız (2008),s.152.

Öncelikle devletlerin egemenlik yetkisi gereği ülkelerinde bulunan yabancılara istihdam yönünden vatandaşlarından daha kısıtlı haklar tanınması ve yabancılara ek yükümlülükler tabii tutulması ayrımcılık değildir. Bütün dünya genelinde bugüne kadar tartışılmış, kabul görmüş bir uygulamadır. Her devletin ülkesinde çalışacak yabancılara çalışma prosedürlerini düzenleyen mevzuatları vardır. Bu mevzuat hükümleri de yabancıya yönelik ayrımcılık olarak değerlendirilemez¹⁹². Ayrımcılık sadece işe alım, iş sözleşmesinin devamı ve fesih süreçlerinde gerçekleşen eylemlerle ilgilidir.

İşçiye işveren tarafından etnik kökeni, ırkı veya rengi nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaktır. Bunların cezai yaptırımları olduğu gibi hukuki yaptırımları da bulunmaktadır. Bu tür ayrımcılıkların hiçbir şekilde koruma görmesi mümkün değildir. Metnimizin devamında, eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımları başlığında bunlar ayrıntılı olarak sayılmıştır.

5.4. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları

Eşit davranma ilkesine uygulama alanı doğması için birtakım koşulların bulunması zorunludur. Bu unsurlardan bulunmadıkça eşit davranma ilkesi yönünden irdeleme yapılabilmesi mümkün değildir.

5.4.1. İşyerinin Aynı Olması (İşyerinde Birlik)

İşverenin işçilere karşı eşit davranma borcunu yerine getirebilmesi için gerekli olan ilk şart işçilerin aynı işyerinin işçisi olmasıdır¹⁹³. Buna işyerinde birlik ilkesi de denmektedir. Başka işverenler tarafından yapılan olumlu uygulamalar eşit davranma ilkesi kapsamında işçilere kendi işyerleri nezdinde herhangi bir hak tanımamaktadır.

¹⁹² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 196.

¹⁹³ Aktay, Arıcı ve Kaplan(2010) s. 137; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 196; Kaya (2005).s. 146; Sözer(2006).s. 190; Sümer(2014).s. 87; Tuncay, A.C. (2006). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri: Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı. İstanbul. ss. 21-53. s. 28; Tunçomağ ve Centel(2015).s.142.

Doktrinde bunun sınırı tartışılmıştır¹⁹⁴.

Bir görüş ise eşit davranma borcunun işverene yüklendiği, işyerinin iş ilişkisindeki organizasyon yapısını, sistemini, gerekleri özetle işverenin sıfatını değiştirmedeği, dolayısıyla işyerinden kaynaklı bir durumun işverenin sorumluluğunu sınırlayamayacağı, işyerinin değişmesi veya bölünmesi halinde işveren aynı kaldığı müddetçe eşit davranma borcunun devam ettiği ve eşit davranmamasını gerektirecek haklı ve objektif bir neden bulunmadığı sürece de işverenin eşit davranma borcunun devam ettiğini savunmaktadır. Bu görüş tarafımızca da benimsenmektedir¹⁹⁵.

İş Kanununun 6. maddesinde işyeri devri konusu incelenmiştir. Madde metni;

“4857 Sayılı İş Kanunu Madde 6: (1)İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

(2) Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

(3) Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

(4) Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

(5) Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini surf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

(6) Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin

Tuncay(1982).s.148. Tuncay(1982)'a göre aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışan işçileri arasında dahi eşit davranma ilkesini uygulamak mümkün değildir. Ancak aynı işverene ait farklı işyerleri birbiri ile komşu iseler veya birbirine benzeyen şubeler ise, sürekli olarak işçi rotasyonu oluyor ise, bu farklı işyerleri tek işyeriymiş gibi birbirleri ile benzer mahiyette ise eşit davranma ilkesinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir.

Yıldız (2008).s. 179-181.

veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.” şeklindedir. Hükümün gerekçesinde ise işyerinin devrinin tanımı ve kapsamı ifade edilmekte ve işçilerin, işyeri devrinin meydana gelmesi halinde mağduriyetinin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁹⁶.

Devralan işverenin işçilere karşı devredilen işyerinde önceden geçerli olan bütün şartlar yönünden eşit davranma borcunun olacağı konusu tartışmasıdır. Tartışılması gereken bir husus işyerini devralan işveren aynı işi yapan birden fazla işyeri devralmış ise veya önceden beri aynı işi yapan başka bir işyerine sahipse bu durumda eşit davranma borcunun sınırının nasıl belirleneceğidir. Yıldız bu durumda işveren tarafından devralınan diğer işyerinde veya işverenin kendisine önceden beri ait olan aynı işin yapıldığı işyerinde, işverenin iradesine bağlı olarak uygulanan, yani kanuni

¹⁹⁶ 4857 sayılı İş Kanunu Madde 6 Gerekçesi: “1475 sayılı İş Kanununun bazı maddelerinde (örneğin 14, 53) işyerinin devrinden söz edilmekle beraber, bu konuyu genel olarak düzenleyen ve sonuçlarını belirleyen hükümler bulunmamaktadır. Deniz İş Kanununda geminin mülkiyetinin kısmen veya tamamen başkasına geçmesinin iş sözleşmesinin feshini gerektirmeyeceği (m.19) hükme bağlanmakla, sınırlı da olsa, işyeri devrine İlişkin bir düzenleme getirilmiş, ancak Basın İş Kanunu ve Borçlar Kanununda da işyerinin devrini günün ihtiyaçlarına cevap verecek hükümler getirmek amacıyla adım atılmış değildir. Oysa çalışma hayatının çok önemli sorunlarından biri olarak bir çok ülkede, örneğin İsviçre, Almanya ve diğerlerinde işyerinin ve işyerinin bir bölümünün devri hakkında yaşama organının müdahalesi çoktan gerçekleşmiş; Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde mevzuatlarının uyumlaştırılması amacıyla 77/187 sayılı Yönerge yürürlüğe konulmuş ve bununla ilgili 2001/23 sayılı yeni bir Yönerge de çıkarılmıştır.

İşyerinin devri ve sonuçları hakkındaki boşluk, doktrin ve yargı kararlarıyla İş Kanununun temel esaslarına göre doldurulmuş olmasına rağmen, özellikle ekonomik koşulların etkileriyle daha sık görülen bu tür devirler için kanuna açık düzenlemeler getirilmesi tarafların menfaatleri yönünden de kaçınılmaz bir durum olarak görülmüştür. İş Kanununun genel hükümleri arasında işyerinin devrine İlişkin konular eklenirken, Avrupa Birliği müktesebatından başka diğer ülkelerin yararlanılabilecek maddeleri ve özellikle konu ile bağlantısı bulunan Türk toplu iş sözleşmesi sisteminin ilkeleri göz önünde tutulmuştur.

Madde, gerçek kişi işverenin ölümüyle işyerinin miras hükümlerine göre mirasçılara geçmesi ve buna göre sonuçlarını doğurması dışında “hukukî bir işleme dayalı olarak” işyerinin ve bir bölümünün başka işverene geçtiği bütün halleri kapsar niteliktedir. Ancak işlemin özelliğine göre sonuçlardaki farklılıklar maddede ayrıca ele alınmış ve istisnalar gösterilmiştir. Diğer yandan hukukî işlem sonucu, işyeri veya bölümünün bir satış sözleşmesinde olduğu üzere kesin ve sürekli biçimde devrinde olduğu gibi, bir kira sözleşmesine göre geçici ve süreli olarak başkasına devri halinde de uygulanabilecektir.

İşyeri veya bir bölümünün devrinde, iş ilişkilerinde işveren tarafı değişmekte, ancak iş sözleşmesi mevcut bütün hak ve borçlarıyla yeni işverene geçmektedir. Bu arada devralan işverenin kıdeme esas olan haklardan sorumluluğu da hükme bağlanmaktadır.

Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak açısından iki konuya daha madde hükümleri arasında yer verilmiştir. Bunlardan biri, işyeri veya bir bölümünün devri halinde, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken haklardan dolayı önceki ve sonraki işverenin sorumluluğudur. Diğeri ise, devirde iş sözleşmelerinin fesih yönünden ne yolda etkileneceğidir. Bu hususta Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlayan ve ülkemiz yargı kararları ile doktrindeki görüşlere uygun hükümler getirilmiştir.

bir zorunluluk veya TİS'den kaynaklanmayan tüm işçi lehine koşulların, yeni işyerinin işçilerine de uygulaması gerektiğini belirterek, işverenin sadece devraldığı işyerlerinde çalışan işçilere önceden beri sahip oldukları menfaatleri ya da çalışma koşullarını uygulamasının yeterli olmayacağını, diğer işyerlerinde çalışan işçilerine uyguladığı tüm lehe çalışma koşullarını sağlaması gerektiğini, aksi halde eşit davranma ilkesine aykırılığın söz konusu olacağını belirtmektedir. Ancak yazar bu duruma bir istisna da eklemiştir. Yazara göre, iş yerlerinde TİS'in bulunması halinde, 6356 sayılı yasaya göre toplu iş sözleşmelerinden sadece taraf işçi sendikasına üye olanlar ile dayanışma aidatı ödeyenlerin TİS'in sağladığı haklardan yararlanabileceğini, bu durumda ortaya çıkan farklı uygulamanın işverenin serbest iradesine dayanmadığından, eşit davranma ilkesine aykırılık olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁹⁷.

Söz konusu görüşün tersine Baysal ise, işyeri devri nedeniyle iş ilişkilerinin, devreden işverenden devralan işverene geçeceğini ve devralan işverenin, daha önce devreden ile kararlaştırılmış ya da işçi ve işveren temsilcileri arasında yapılan anlaşmalardan doğan çalışma koşullarını devam ettirmesi halinde, devralan işverenden eşit davranma ilkesi gereğince kendi iş ilişkilerinde mevcut olan daha iyi çalışma koşullarını devraldığı iş ilişkilerine uygulamasının talep edilemeyeceğini, bu durumun eşit davranma ilkesine aykırılık olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁹⁸.

5.4.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı

Bu koşul eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığının belirlenebilmesi için yapılacak karşılaştırma için en az iki kişiye ihtiyaç duyulmasının en doğal sonucudur¹⁹⁹. İşverenin eşit işlem yapma borcu kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler açısından vardır. Bu nedenle işyerinde aynı zamanda çalışan memur ya da sözleşmeli personel ile işçilerin çalışma koşulları arasında bir karşılaştırma yapılarak eşitlik

¹⁹⁷ Yıldız (2008).s. 181-185.

¹⁹⁸ Şener(2011).s.91; Baysal, U. (2006). Eşit Muamele-İşyeri Devri, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı. Legal İSGHD. C.3.S.11. ss.1076-1078.

¹⁹⁹ Tuncay(1982).s.128; aynı yazar s.149; Demircioğlu ve Centel(2003).s.119; Yenisey(2002).s. 46; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 197; Sözer(2006), s.190; KAYA, s. 148.

ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı araştırmasına teknik olarak gidilemez²⁰⁰. Ancak konu eşit davranma borcu değil de ayrımcılık yasağı olduğunda işveren tek bir kişi dahi olsa ayrımcılık yapabilir. Örnek vermek gerekirse iş yerinde çalışan tek işçinin cinsel tercihinin heteroseksüellik yönünde olmadığı anlaşılmasından sonra işyerinde daha fazla çalışmasının istenmemesi, bu kişinin iş sözleşmesinin cinsel tercihi nedeniyle feshedilmesi ayrımcılığı doğuracaktır. Bu örnekte işveren, cinsel tercihe yönelik tutumu ile birlikte iş sözleşmesini feshetmektedir. Dolayısıyla burada bir ayrımcılık söz konusudur.

5.4.3. Kolektif Bir Uygulama Olması

Öğretide eşit işlem yapma borcunun ancak işverence işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendiren bir uygulama söz konusu olduğunda doğduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bir veya birkaç işçisine diğerlerinden farklı oranda haklar tanınması ya da ücret zammı uygulaması eşit işlem yapma borcu açısından değerlendirmeye tabi tutulamaz²⁰¹.

Anılan görüşe göre, eşit davranma ilkesi, bazı işçilerin diğerlerine göre kötü duruma düşürülmesine engel olur ancak bazı işçilerin diğerlerine göre daha iyi duruma getirilmesinde uygulama alanı bulmaz. Çünkü bazı işçilerin daha iyi duruma getirilmiş olması diğerlerini kötü duruma düşürme anlamına gelmemektedir. İşverenin bir veya birkaç işçiye ek birtakım haklar sağlaması, bunlarla aynı durumda bulunan diğer işçilerin onayına bağlı değildir. Eşit davranma ilkesinin amacı haklardaki eşitliği ağırlamak olduğundan, durumları daha kötü olan işçiler daha iyi durumda olan işçilerin haklarının kendi seviyelerine indirilmesini de talep edemezler. Ayrıca işverenin sözü edilen türden bir işlemi kolektif nitelik taşımayacaktır, bireysel nitelikli olacaktır. Bu yönü ile birlikte işlem, sözleşme özgürlüğü ilkesine uygundur, eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

²⁰⁰ Centel(1991) Baysal, U. (2006). Eşit Muamele-İşyeri Devri, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı. Legal İSGHD. C.3.S.11. ss.1076-1078. s.162; Tuncay(2006).s.51; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.197.

²⁰¹ Tuncay(1982).s.138-139, aynı yazar s. 149-150; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019), s.198; Sözer(2006) s.190; Uşan F. (2005). İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme). Legal İSGHD. S:2005/8. ss. 1623-1632. s. 1626; Kaya(2005) , s.150.

5.4.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma

Zamanda birlik olarak da adlandırılan kritere göre eşit davranma borcuna konu olan işlemlerin aynı zaman diliminde yapılmış olması şartı aranmaktadır. İşverenin tarih olarak birbiri ile örtüşmeyen iki farklı uygulaması kural olarak eşit davranma ilkesi yönünde kıyas yapmaya uygun olmayacaktır²⁰².

Yargıtay da bu yönde bir uyuşmazlıkta zamanda birlik kriterine içtihadında yer vermiştir²⁰³. İlgili uyuşmazlıkta işçi kendisinin çalıştırıldığı her yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı ancak TİS kapsamında kıdem tazminatı olarak yıllık 45 günlük ücretin öngörüldüğünü ifade ederek bunu dava konusu, ilk derece mahkemesi de davayı kabul etmiştir. Yargıtay, kararında; *“...Dosyadaki bilgi ve belgelere ve mahkemece karara esas alınan bilirkişi raporuna göre kapsam dışı 4 işçinin sözleşmeleri 1997 yılı içinde son bulmuştur. Davacının ise 2000 yılında sözleşmesi bozulduğuna göre arada üç yıl gibi uzun bir süre mevcuttur. Gerçekten 1997 yılından sonra ekonomik krizin ortaya çıkması sonucu davacı ve bir kısım işçiler sözleşmelerini 1475 sayılı Yasanın 16. maddesine göre fesih yoluna gitmişlerdir. Bundan başka 1997 ile 2000 yılları arasında işverenin de değiştiği görülmektedir. Bir başka anlatımla işyeri el değiştirmiştir. Yeni işveren ile eski işverenin uygulamalarının farklılığından söz edilemez. Son olarak, ayrıca şu hususun da belirtilmesi önem taşımaktadır. Her işçi işverenle yapmış olduğu sözleşmeye göre özel hükümler konulmak suretiyle çalıştırılabilir. Bir an için yukarıdaki hususlar gerçekleşmemiş olsa dahi mahkemece önceki sözleşmeleri feshedilen işçilerin hizmet akitleri getirtilerek özel hükümler taşıyıp taşımadıkları tespit edilmeliydi. Bu hususlar dahi araştırılmadan bütün işçiler için aynı durum söz konusuymuş gibi isteğin hüküm altına alınması hatalıdır..”*denilmiş ve işlemlerin zaman yönünden birlik içermemesi işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranmaması sonucunu doğurmuştur. Kararın zamanda birlik noktasındaki tespitleri ile bozma yönündeki neticesi tarafımızca da doğru görülmüştür. Ancak TİS koşullarının bu şekilde değişebilmesinin de haklı bir sebebe dayanması

²⁰² Sözer(2006).s. 190; Uşan(2005).s. 1626.

²⁰³ Sinerji(2019) Yargıtay 9. HD, 2002/18348 E., 2002/3479 K.,11.3.2002.(www.sinerjias.com.tr-Erişim Tarihi:27.11.2019)

gerekmektedir. Salt işyeri devrinin gerçekleşmiş olması nedeniyle yeni işveren tarafından işçilere eski işverene kıyasla daha dezavantajlı imkanlar sunulması olanaklı değildir. Bu konuda haklı bir sebebin olup olmadığı veya sözleşmenin genelinin eski TİS'e göre daha avantajlı olup olmadığı konusunda irdeleme yapılmalıdır. Şayet bu konularda bir hukuka aykırılık yok ise davanın reddi yönünde karar verilmelidir.

5.4.5. İş İlişkisinin Kurulmuş Olması

İşveren ancak işyerinde iş sözleşmesiyle çalışan işçilerine eşit davranmakla yükümlüdür. Doktrinde iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma kavramının geniş yorumlanması gerektiği, bu kapsamda daimi işçiler ile geçici işçiler ve iş sözleşmesiyle çalışan işveren vekilleri ile işyeri ortakları arasında herhangi bir farkın bulunmadığı kabul edilmektedir²⁰⁴.

Alt işveren ve ödünç iş ilişkisini eşit davranma ilkesi bakımından değerlendirmemiz gerekirse, asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında ve ödünç alan işveren ile ödünç iş ilişkisi kapsamında kalan işçiler arasında herhangi bir iş sözleşmesi bulunmadığı için, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı veya ödünç alan işverenin ödünç iş ilişkisi kapsamında kalan işçilere karşı eşit davranmakla yükümlü tutulması mümkün değildir. Bu sebeple alt işverenin işçileri, asıl işverenden eşit davranma ilkesi kapsamında herhangi bir talepte bulunamayacakları gibi, ödünç iş ilişkisinin konusu olan işçiler de, ödünç alan işverenden eşit davranma ilkesi kapsamında herhangi bir talepte bulunamayacaklardır. Ancak alt işveren ilişkisi muvazaalı ise İş Kanunu'nun 2/VIII. maddesi gereğince alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılacaklarından, işçiler eşit davranma ilkesi kapsamında asıl işverenden talepte bulunabileceklerdir²⁰⁵.

²⁰⁴ Sözer(2006).s. 190; Tuncay(1982).s. 150; aynı yazar (2006).s.28.

²⁰⁵ Çil, Ş.(2007) 4857 sayılı Kanuna Göre İş Kanunu Şerhi. Ankara. Seçkin Kitabevi. s. 322; Kaya (2009).s. 149; Yıldız (2008).s. 193. Yargıtay 9. HD. 27.03.2006 Tarih ve 2006/4860 E., 2006/7479 K. Sayılı kararında, "...Somut uyumsuzlukta, öncelikle davacı işçinin, davalı şirket işyerinde şirketi asıl işinde çalışıp çalışmadığı önem kazanmaktadır. Zira yukarıda açıklandığı gibi işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek, alt taşeronla verilemez. Verilmiş ise işçi başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Davacının bu iddiası üzerinde durularak, davalılar arasındaki sözleşme getirilmeli, davacının tanıkları dinlenmeli, işyerinde

5.5. Eşit Davranma Borcunun Sınırları

5.5.1. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Tarafların yapacakları bir sözleşmenin konu ve kapsamını diledikleri gibi tayin edebilmeleri şeklinde tanımlayabileceğimiz sözleşme özgürlüğü ilkesi²⁰⁶, Anayasa'nın 48. maddesi ile 6098 S. Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 48/I. maddesinde, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” hükmü yer almakta olup, TBK.'nın 26. maddesinde ise, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” denilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile sözleşmenin kurulmasında ve koşullarının belirlenmesinde kişiler özgür bırakılmışlardır, ancak bu sınırsız bir özgürlük değildir. Sözleşme özgürlüğünün sınırları kanunla belirlenmiştir.²⁰⁷.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kendi içinde dört farklı hakkı barındırmakta olup bunlar sırasıyla;

- Sözleşme yapıp yapmama hakkı²⁰⁸,
- İstenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma hakkı,
- Sözleşmenin karşı tarafını seçme hakkı,
- Kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkıdır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca kişiler herhangi bir sözleşme yapıp yapmamakta, yapmak istedikleri bir sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları içerisinde kalmak şartıyla istedikleri tip ve içerikte yapmaya, yapmak istediği bir sözleşmenin karşı tarafını seçme ve son olarak taraf oldukları bir sözleşmeyi istedikleri takdirde değiştirme ve ortadan kaldırma hak ve yetkisine sahiptirler²⁰⁹.

Doktrinde eşit davranma ilkesi ile yukarıda kısaca açıklamış olduğumuz sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki ilişkiyle ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu

kesif yapılarak bilirkişiden rapor alınmalı ve davacının davalı şirketin asıl işinde şirket işçileri ile çalışıp çalışmadığı saptanmalıdır. Davacının, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işte, şirket işçileri ile birlikte çalıştığı saptandığı takdirde, davacının asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmeli ve bu kez davacının diğer iddiası olan eşit İşlem borcuna aykırılık olgusu üzerinde durulmalı, bu konuda kanıtlar toplanmalı ve sonuca göre karar verilmelidir.” demiştir.

²⁰⁶ Reisoğlu, S. (2000). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Seçkin Yayınları. s.101.

²⁰⁷ Kılıçoğlu, A. (2007). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara. Seçkin Yayınları. s.52.

²⁰⁸ Kılıçoğlu (2007). s.53-54.

²⁰⁹ Eren (2019). s.19; Kılıçoğlu (2007). s. 52-56.

görüşlerden ilki sözleşme özgürlüğü ilkesinin her durum ve şartta eşit davranma ilkesinden önce geldiğini savunan klasik görüştür. Bu görüşe göre tüm özel hukuk alanında geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, İş Hukuku alanında da geçerlidir ve bu sebeple eşit davranma ilkesinden önce uygulanması gerekmektedir. Bu görüşün savunucularına göre özel hukukun birçok yerinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşit davranma ilkesinden üstünlüğü kural olarak madde metinlerinden açıkça anlaşılmaktadır²¹⁰.

Yukarıda belirtilen klasik görüşün zıttı olan ve eşit davranma ilkesinin sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırladığı, ondan daha önce uygulanması gerektiğini savunan diğer görüşe göre ise, eşit davranma ilkesi aksine sözleşme yapılması mümkün olmayan, emredici yasa hükümlerinden kaynaklanan genel bir hukuk kuralıdır. Çünkü eşit davranma ilkesi, işverenin işçisinin kişilik haklarına saygı göstermesini ve işçinin işveren karşısında korumasını amaçlamaktadır. Ayrıca, yukarıda belirtilen klasik görüşün zıttı olan ve eşit davranma ilkesinin Anayasamızda yer bulan sosyal devlet ilkesi de zayıf korumayı amaçladığı için işverene nazaran daha zayıf durumda olan işçinin işverene karşı korunması gerekmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi ise, sadece eşitler arasında mümkün olabileceğinden ve işçi ile işverende hiçbir zaman eşit olamayacağından, işverene karşı daha zayıf olan işçiyi korumayı amaçlayan eşit davranma ilkesinin, sözleşme serbestisi ilkesinden daha önce uygulanması gerekmekte olup, eşit davranma ilkesinden sözleşme ile vazgeçme mümkün değildir²¹¹. Ancak eşit davranma ilkesinin sözleşme özgürlüğü ilkesinden önce uygulanması demek, eşit davranma ilkesinin sözleşme serbestisi ilkesini tamamen ortadan kaldırdığı anlamına gelmemektedir. Zira eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için taraflar arasında bir iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekmekte olduğundan, işveren iş görüşmeleri ve işe alma sırasında eşit davranmak zorunda değildir. Bu sebeple işveren ile işçi kanunların mutlak emredici kurallarına uygun olmak ve ayırım yasaklarına aykırı olmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücret miktarı ve çalışma şartlarını diledikleri gibi karşılaştırabileceklerdir. Ancak bu halde dahi İş Kanunu'nun 5/3 ve 5/4 maddeleri

²¹⁰ Şener(2011).s.84; Tuncay(1982).s. 140-141.

²¹¹ Yüksel(2000).s. 340; Tuncay(1982).s. 141-145; Tunçomağ ve Centel(2015).s. 143; Yıldız (2008).s. 168-170, Şener(2011).s.85.

gereğince “işverenin 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” yapılamayacağından, “aynı veya eşitdeğerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret” kararlaştırılmayacaktır²¹². Eşit davranma ilkesinin kolektif nitelikte bir uygulama olması gereği işveren işçi ile hizmet sözleşmesi akdederken serbestçe anlaşma yapabilir. Zira işverenin tek bir işçi ile yapacağı anlaşma bireysel düzeydedir, sözleşme özgürlüğü kapsamındadır. Ancak iş veren işyeri yöneticisi sıfatıyla (kolektif düzeyde) birden fazla kişiyi ilgilendiren bir karar aldığı takdirde, eşit davranma ilkesinin geçerli olacak ve sözleşme serbestisinden önce uygulanması gerekecektir²¹³.

Kanaatimize eşit davranma ilkesinin sözleşme özgürlüğü ile çeliştiği hallerde kural olarak eşit davranma ilkesine öncelik verilmelidir. Zira sözleşme özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler genel düzenlemelerdir ve tarafların eşit bir şekilde, eşdeğer güce sahip olarak akdettiği sözleşmelere yöneliktir. Ancak işçi işveren arasında akdedilen sözleşmenin eşitler arasında düzenlendiğinden bahsetmemiz mümkün değildir. İş hukukunda yer alan işçi lehine olan düzenlemeler de bu eşitliği gidermek içindir. Eşit davranma borcu da İş Kanunu'nda işçi lehine olan bu düzenlemelerden birisidir, işçiyi koruma ilkesi kapsamındadır. Bunun yanında konuyu şekli yönden incelediğimizde de Borçlar Kanunu bu tür uyuşmazlıklara ilişkin düzenlenmiş olan genel kanundur. İş Kanunu ise özel kanundur. Özel norm ile genel normun çeliştiği hallerde uyuşmazlıklarda özel norm uygulanır²¹⁴.

5.5.2. Orantılılık İlkesi ve Eşit Davranma Borcu

Orantılılık ilkesini tanımlarken önce ölçülülük ilkesinden bahsetmemiz gerekir. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, bu sınırlamanın sınırını belirlemektedir. Ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışma durumunda yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır. Ölçülülük ilkesinin

²¹² Yıldız (2008).s. 171, Şener(2011).s. 86.

²¹³ Tuncay(1982).s. 144-149.

²¹⁴ Işıkaç, Y.(2010). Hukuk Felsefesi. İstanbul. Seçkin Yayınları. s.469 vd.

amacı, kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir denetimde, izlenen bir amaca ulaşmak için kullanılan aracın bir değer ölçüsüne göre değerlendirilmesi yapılır. Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkedен oluştuğu genel olarak kabul gören bir görüştür. Bu alt ilkeler elverişlilik, gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olarak da adlandırılan orantılılıktır²¹⁵. Dar anlamda ölçülülük yani orantılılık ilkesi, araç ile amacı karşılaştırarak müdahalenin ağırlığı ile söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin önemi arasında değerlendirme yapılmasını sağlamaktadır²¹⁶.

İş Kanunu'nun 12. ve 13.maddelerinde “ayrımı haklı kılacak bir neden olmadıkça” iş sözleşmesinin türüne göre işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağına ilişkin düzenleme, öğretide orantılılık ilkesinin açık bir yansıması olarak yorumlanmıştır. Buna göre işveren, belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli çalışanlar arasında işletme menfaatleri gereğince farklı bir uygulama yapılmasını objektif olarak haklılaştırabiliyorsa ayrımcılıktan söz edilemeyecektir²¹⁷. Örneğin çalışma süresi ile orantılı olarak verimliliğin arttığı ortaya konulabiliyorsa tam süreli çalışanlar ile kısmi süreli çalışanlar arasında farklı uygulamaya gidilebilecektir. Burada önem taşıyan nokta, özellikle dolaylı cinsiyet ayrımcılığı iddialarında, işletme gerekleri olarak ileri sürülen durumun belli bir cinsi esaslı olarak aleyhe etkilememesidir. Böyle bir durum olduğunda anılan uygulama ya da ölçütün orantılı olduğu kabul edilemez. Aksine burada dolaylı ayrımcılık bulunmaktadır²¹⁸.

5.5.3. 6698 sayılı KVKK Hükümleri Yönünden İşverenin Sınırları

6698 sayılı kanun Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ismi ile 24.03.2016 tarihinde RG'de yayımlanmış olup kanununun uygulanabilir hale gelmesi yönündeki çalışmalar gün itibariyle devam etmektedir. Yasa, öncelikle özel hayatın gizliliğine

²¹⁵ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları. s.162; Gözler, K.(2019). Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Bursa. Ekin Basım Yayın. s.133, Serozan, R. (2008). Medeni Hukuk Genel Bölüm. İstanbul. Vedat Kitapçılık. s.25. Ayrım gözetilen bir uygulamanın meşru bir amaç için yapılması, bu durumun izlenen amaca ulaşmak için elverişli ve zorunlu olması, yani izlenen amaç ile yapılan ayrımcı davranışın ölçülü olması durumunda yapılan uygulamanın eşitlik ilkesine, dolayısıyla da adalete uygun olduğu ifade edilmiştir.

²¹⁶ Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018).s. 162; Kaboğlu, İ.(2011). Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar. İstanbul. Legal Kitabevi. s.250-253.

²¹⁷ Süzek (2019).s.451

²¹⁸ Yıldız (2008).s.206; Yenisey (2005).s.998.

ilişkin olan her türlü verinin korunarak veri sahibinin rızası olmaksızın bu verilerin işlenmesi ve kayıt altına alınmasına ilişkin sınırlandırmaları ortaya koymaktadır. Kanunda kişisel verileri kayıt altına alan gerçek veya tüzel kişi ile kurum ve kuruluşlar veri işleyen olarak tanımlanmıştır.

İş ilişkisinin kuruluşunda ve devamı sürecinde işveren tarafından işçiye ilişkin kişisel veri anlamına gelecek olan pek çok veri talep edilmektedir. Kişinin medeni halinden cinsel tercihine, ikamet adresinden telefon numarasına kadar her türlü veri işverenin uhdesine geçmektedir. Bu verilerin kimisi işverenin ayrımcılık saikine doğrudan dayanak teşkil edecek verilerdir. Örneğin işveren nişanlı bir kadın işçiyi ileride evlenerek haklı nedenle iş akdini feshedebileceği gerekçesi ile çalıştırmak istemeyebilir ve istihdam sürecinde işçi adayından talep ettiği belgelerden böyle bir durumun varlığını tespit edebilir. Hatta ve hatta işçinin verdiği bilgiler ile sosyal medya hesaplarını tespit edip, hesaptaki paylaşımlardan evlilik yolunda giden bir birlikteliği olup olmadığını tespit edebilir. İşverenin bu şekilde yapacağı bir işlem KVKK mevzuatına aykırılık teşkil etmektedir.

Kanunun 4. Maddesinde kişisel verilen hangi şartlar dahilinde işlenebileceği ifade edilmiştir. Madde metnine göre veri işleyen verileri dürüstlük kuralına uygun biçimde, doğru ve güncel bir biçimde, belirli açık ve meşru amaçlar dahilinde, amaca uygun, sınırlı ve ölçülü olarak, makul bir süre ile sınırlı olarak işleme hakkına sahiptir²¹⁹.

Kanunun 5. Maddesi ile kişisel verilerin işlenmesini kural olarak rızaya bağlamıştır. Kanunda aşağıdaki haller işçiden rıza istenecek hallerin istisnaları olarak 5/2 maddesinde sayılmıştır:

“a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya

²¹⁹ **6698 sayılı Kanun md 4:-**“(1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir. (2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur: a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”

rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

Sayıli istisnai hallerin varlığı halinde işveren işçinin verilerini rızası olmasa dahi işleyebilecektir.

Kanunun 6. maddesinde ise “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*” denilerek işverenin ayrımcılık yapmasına müsait olan pek çok konuya ilişkin işçiden temin edilecek verilerin kişisel nitelikli olduğu ve açık bir şekilde korunması gerektiği ifade edilmiştir.

Kanunda kural olarak kişisel verilerin veri sahiplerinin rızası dışında aktarılması da yasaklanmıştır. Ancak 5. Maddenin ikinci fıkrası ile 6. maddenin üçüncü fıkrasında sayılan hallere bu konuda istisna tanınmıştır²²⁰.

İşçinin kişisel verilerinin kanuna aykırı şekilde işlenmesi halinde işçinin veri işleyen işverene yazılı olarak başvuru yaparak hukuka aykırı işlemin kaldırılmasını talep etme hakkı vardır. İşveren 30 gün içerisinde talebe cevap vermek ve cevabına uygun bir işlem tesis etmekle yükümlüdür. İşverenin işçinin bu yöndeki talebini reddetmesi

²²⁰

6698 sayılı yasa Md. 6/3:“Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.”

halinde işçi cevabın kendisine tebliğinden itibaren 30 ve her halde 60 gün içinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na başvuru yaparak işverenin yaptırımı tabi tutulmasını talep edebilir.

KVKK, yürürlüğe girmesi ile birlikte işçi adına önemli avantajlar sağlayacaktır. İşveren, işçinin kişisel bilgilerini rızası dışında, amacına aykırı şekilde kullanarak bunlar ile fesih işlemi veya eşit davranma ilkesine aykırı başkaca işlemler yapamayacaktır. İşçiye ait pek çok kişisel bilgi ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesinin konusu kapsamına girmektedir. Bu yönü ile kanun eşit davranma ilkesine aykırı fiiller için yeni idari yaptırımlar düzenlemiş olmaktadır.

5.6. Eşit Davranma Borcunun Uygulandığı Haller

5.6.1. İş İlişkisinin Kuruluşunda Eşit Davranma Borcu

5.6.1.1. Genel Olarak

İş ilişkisi kurulduktan sonra ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak işçilerin korunması, istihdam alanında ayrımcılığın ortadan kaldırılarak herkes için eşitliğin sağlanması amacına ulaşmak için yeterli değildir. İş ilişkisinin kurulması safhası, kişisel özgürlükler ve ayrımcılık nedenleri açısından büyük riskleri barındırmaktadır²²¹.

İş Kanunu'nun 5/1. maddesinde yer alan ayrımcılık sebepleri ile ilgili olarak "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. İkinci fıkrada ise, cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacak haller sayılmış, bu haller arasında iş ilişkisinin kuruluşu da belirtilmiştir. Bu durumdan ötürü maddenin birinci fıkrasında geçen ayırım yasaklarının iş ilişkisinin kuruluş sürecinde de koruma sağlayıp sağlamayacağı hususu tartışmaya açılmıştır.

Bir grup yazar işçi istihdamı konusunda birinci fıkrada sayılan ayrımcılık sebepleri

²²¹ Yıldız (2008).s.228.

nedeniyle işverenin sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir²²². Bu görüşe göre eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için bir hukuki ilişkinin doğmuş olmasını aranmalıdır. Sözleşme özgürlüğü kapsamında önceki süreçler nedeniyle işverene bir borç yüklenememesi gerekmektedir²²³. Bu durum eşit davranma ilkesinin nispi niteliği olarak da adlandırılabilir.

Ancak maddenin ikinci fıkrasında yer alan cinsiyet ve gebelik halleri haricinde 5378 sayılı yasa, 6356 sayılı yasa ve 6701 sayılı yasa kapsamında istihdam sürecinde uygulanacak ayrımcılıklar ile ilgili çeşitli yasaklar öngörülmüştür. Bunların haricinde doktrinde de istihdam sürecinde yaşa ilişkin yapılan ayrımların eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edeceği yönünde bir tartışma bulunmaktadır.

5.6.1.2. Cinsiyet ve Gebelik Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma

İş Kanunu'nun 5.maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca iş akdinin kuruluşunda cinsiyet ve gebelik nedeniyle farklı işlem yasağı açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak maddenin içeriğinde yasağa ilişkin herhangi bir yaptırım belirtilmemiştir. Yasa metni şu şekildedir: "*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.*"Hükümün lafzından ayrımcılık tazminatının iş ilişkisinin devamında veya sona ermesinde gerçekleşecek bir ihlal ile doğabileceği anlamı çıkmaktadır.

Burada maddenin düzenlenmesi açısından bir eksiklik söz konusudur. Maddenin üçüncü fıkrası cinsiyet ya da gebelik nedeniyle iş sözleşmesinin yapılmasında ayrımcılığı açıkça yasaklamış, ancak yaptırımlara ilişkin olan altıncı fıkrada yasaklanan bu ayrımcılık şekli tazminat yaptırımına tabi tutulmamıştır. Maddenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda, üçüncü fıkranın iş sözleşmesinin yapılmasında ayrımcılığı yasaklamış olması sadece kağıt üstünde kalacak, bu yasağa

²²² Tuncay(1982).s.153-154; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 145; Yuvalı(2011).s.199; (Karş.) Süzek(2008).s.27.

aykırı davranan işveren herhangi bir yaptırıma tabi olmayacaktır. Görüşümüze göre maddenin beşinci fıkrasında iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması halinin de açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Bu sayede maddenin üçüncü fıkrasında yer alan yasaklar bir anlam taşıyacaktır. Madde metninde sadece “iş ilişkisinde” kavramının kullanılmış olmasının AB müktesebatı ile uyumlu olmadığı iş ilişkisinin kurulması sürecinin de maddenin kapsamına eklenmesi gerektiği, öğretide çeşitli yazarlarca dile getirilmiştir²²⁴.

İş görüşmelerinde kadın adaylara işin niteliğinin gerektirdiği haller haricinde cinsiyet merkezli sorular sorulması özel yaşama müdahale²²⁵ anlamını taşıyacağı gibi cinsiyet ayrımcılığına da sebep olacaktır. Ancak, yapılacak işin konusu veya niteliği işverenin adaya bu tür sorular sorulmasını zaman zaman gerektirebilir. Doktrinde, yapılacak işin niteliğinin gebeliğe uygun olmadığı hallerde adayın iş görüşmelerinde hamile olup olmadığını belirtmek zorunda olduğu savunulmuştur²²⁶. Örneğin fiziki güce veya radyasyona ilişkin işlerde, adaya hamile olup olmadığını sorulması ayrımcılık olarak görülemeyecektir²²⁷.

İşveren, kanundaki şartlarına uygun şekilde bir belirli süreli iş sözleşmesi akdetmek istiyorsa, bu takdirde de adaya hamile olup olmadığını sorması ayrımcılık oluşturmayacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, işveren süreli olarak çalıştığı bir projenin otomasyon hizmetlerini istihdam etmek üzere için altı ay süreyle işin niteliğine uygun ve işin yürümesi için önem arz eden bir işçi çalıştırmak istiyorsa, bu pozisyon için başvuran kadın adaya hamile olup olmadığını sorabilmelidir. Burada işverenin iş sözleşmesini yapma amacı altı ay süre ile sözleşmeye konu işin kesintisiz yürütülmesidir. Burada işin niteliğinden kaynaklanan ve haklı görülebilecek bir nedene dayalı bir soru sorulmaktadır. Yapılacak iş veya iş için kullanılacak bir madde

²²⁴ Alpagut, G. (2005). Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler. Mercek, Ekim. ss. 152-160. s.155; Bakırcı, K. (2007). İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler. Sicil İSGHD. S.8. Aralık 2007. ss. 22-41. Aka: "Bakırcı (2007/2)" s.26.

²²⁵ Yıldız (2008).s.233; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 251, 253-255.

²²⁶ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s.255.

²²⁷ Yüksel(2000), 156 -159; Tuncay (2006) s.34; Keser, H.(2004). 4857 Sayılı İş Kanununun Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar. Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan: Kamu-İş. C.7. S:3. 2004. ss. 37-73.s.65; Ertürk(2008), 68-71.

anne ya da bebeğin sağlığı açısından tehlike oluşturacak nitelikte ise işverenin iş görüşmesi sırasında adaya hamile olup olmadığını sorması da makul, hatta gerekli kabul edilmelidir.

5.6.1.3. Sendikal Nedenler Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma

Sendikal nedenle işçiler arasında ayırım yapılması iş akdinin yürütümü esnasında ortaya çıkabileceği gibi iş akdinin kuruluşu esnasında da gündeme gelebilecektir. 11356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan düzenlemede iş akdinin kurulması esnasında da işverenin bir ayırım yapamayacağı açıkça ifade edilmiştir. İş sözleşmesinin devamında yapılan ayrımcılık nedeniyle işçinin sahip olduğu haklar bu halde de kıyasen uygulanacaktır.

5.6.1.4. TİHEK Kanunu Kapsamında İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma

TİHEK Kanunu'nun 2. Maddesinde *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 yasaklanmıştır. Maddenin üçüncü fıkrası kamu kurumlarını konu ile ilgili gerekli denetimleri yapmak ve ayrımcılığı önlemekle, dördüncü fıkrası ise gerçek ve tüzel kişilerin ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılmıştır.

Kanunun istihdamda ayırım yasağı 6. maddede düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında işveren veya işveren vekilinin işyerine işçi veya stajyer alımında başvuru, işe alım şartları, seçim kriterleri gibi süreçlerde ayrımcılık yapmasını yasaklamıştır. Bu yasaklar yasanın 2. maddesinde yer alan ayrımcılık nedenleri dahilinde değerlendirilmelidir. 6. madde ile istihdamda işverenin TİHEK kriterlerinde geçen ölçütlerle sınırlı olmak üzere ayrımcılık yapması yasaklanmıştır. Yasağa uymayanlar hakkında aynı kanunda para cezası öngörölmüştür. Kanunun 2/4 maddesinde de yukarıda belirttiğimiz üzere işverene ayrımcı eylemin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri alma yükümlölüğu getirilmiştir. Kanunun 2/3 maddesi de konunun kamunun denetiminde olduğunu ifade etmiştir. Bu hükümler ile istihdamda işverenin ayırım yapması açık şekilde yasaklanmıştır. İş yasasında yer almayan istihdam ile

ilgili korumalara TİHEK mevzuatında yer verilmiştir²²⁸.

5.6.1.5. Engellilik Nedeniyle İş Akdinin Kuruluşu Nedeniyle Eşit Davranma

İşe alım esnasında işverene sınırlamalar getiren bir diğer düzenleme de 5378 sayılı Kanun kapsamında yer almaktadır. Kanununun 14/2 maddesinde işe alım sürecine ilişkin olarak “işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta” ayırım yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu hüküm işveren için bağlayıcı bir hükümdür. Ancak yasada hükme uymamanın yaptırımını belirtilmemiştir.

Engelli bireylerin toplumda kendilerini kabul ettirmeleri için istihdam edilebilmeleri büyük önem arz etmektedir. İstihdam edilemeyen engelli bireyler topluma uyum sağlama konusunda güçlükler yaşamakta, sosyal yönden bazı gereksinimleri eksik kalmaktadır²²⁹. Ülkemiz engelli istihdamı konusunda gelişmiş Avrupa ülkelerine kıyasla bir hayli geri bir seviyededir. Böyle bir durum içerisinde iken engelli istihdamının diğer ayrımcılık türlerinden daha kapsamlı bir şekilde korunması bir gerekliliktir²³⁰. Kanaatimiz işçi istihdamında engellilere yapılan ayrımcılığın İş Kanunu’nun 5. Maddesindeki gibi belirli bir tazminat yaptırımına bağlanmasıdır. Zira yaptırımın ne olduğunun belli olmaması bu konuda ayrımcılık yapma eğilimi olan işvereni cesaretlendirebilecektir.

5.6.1.6. Yaş Yönünden İş Akdinin Kuruluşunda Eşit Davranma

İş ilanlarında belli bir yaşa asmama ya da belli bir yaşın üstünde olma gerekliliği de zaman zaman karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre, iş ilişkisinin kurulması aşamasında, işverenin belli bir yaş koşulu öngörmesi, sözleşme özgürlüğü gereğince mümkündür. Çünkü bu dönemde işverenin sözleşme özgürlüğünün üstünlüğü bulunmaktadır.

²²⁸ TİHEK’in başvuru usulü ve yaptırımlar 5.2.2. nolu başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

²²⁹ Öztürk, M.(2011). Türkiye’de Engelli Gerçeği. Ankara. Pegem Yayınları. s.28 vd.

²³⁰ Engelli istihdam oranları yönelik ayrıntılı bilgi ve tespitler için bkz: Yurttakal, E. (2019).Türkiye’de Bedensel Engellilerin İstihdamı: Kariyer Meslekler Örneği. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Hacı Bayram Veli Üniversitesi. Ankara.s.25 vd.

Kanunda iş akdinin kuruluşunda yaşa ilişkin olarak ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmemiş ise de diğer sebepler başlığı altında yaş konusunun da eşit davranma ilkesine tabi tutulması gerektiği yönünde kanaatimiz mevcuttur. Zira yaş konusu da iş akdinin kuruluşu aşamasındaki ayrımcılıklara ilişkin özel hükümler ile korumaya alınan diğer sebepler gibi istihdam aşamasında sıkça karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle işe alım aşamasında yaş yönünden yapılan ayrımcılıkların da yasal koruma görmesi kanaatimizce gerekmektedir. Yine görüşümüz de İş Kanunu'nun 5. maddesi hükümlerinin buna engel teşkil etmediği yönündedir. Bunun yanında konu ile ilgili olarak işverenin culpa in contrahendo sorumluluğunun gündeme gelmesi de kaçınılmazdır. Ancak bunu yaparken yine işverenin sözleşme özgürlüğü ve orantılılık ilkesini de göz önünde bulundurmamız gerekecektir. Gerçekten iş tanımı ve işin yürütümü esnasında yaşın önem arz ettiği durumlarda işverene istihdam konusunda yaş yönünden gerekli serbestiyetin tanınması gerekmektedir. Ancak salt işverenin isteği doğrultusunda istihdam konusunda yaş yönünden ayırım yapılması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir.

Uygulamada yaş yönünden yapılan ayrımların temel konularından biri, sigorta prim ödeme gün sayısını doldurmuş, emeklilik konusunda yalnızca yaş şartını tamamlamamış olan işçilerin istihdamıdır. Bu işçilerin 1475 sayılı yasanın halen yürürlükte bulunan 14. maddesi kapsamında haklı nedenle iş sözleşmesini feshetme hakları bulunmaktadır. Emeklilik için yaşı bekleyen bir işçi istediği zaman işyerinden emeklilik için gün şartını doldurduğu gerekçesi ile ayrılabilir. Uygulamada işçinin işyerinden istediği zaman ayrılabilme yetkisine sahip olması bu işçileri istihdamları konusunda dezavantajlı hale getirmektedir. Bildirimsiz fesih haklarının varlığı nedeniyle işverenler bu statüdeki işçileri istihdam etmek istememektedirler. Prim ödeme günü ve sigortalılık süresi şartını doldurmuş işçilere bu şekilde iş akdini feshetme yetkisi kanun tarafından verilmiş bir yetkidir. Kanun tarafından verilmiş bu yetkinin önüne geçmek için işverenler tarafından yapılacak ayrımcılık kanaatimizce hukuka aykırıdır.

5.6.2. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu

İşin yürütümünde ayrımcılık yapılması ya da eşit işlem yapma borcuna aykırı davranılması çoğunlukla işverenin yönetim hakkını basta İş Kanununun 5.maddesi olmak üzere ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelere aykırı olarak ya da keyfi olarak kullanması ile ortaya çıkar²³¹. Keyfi işlemler, makul ve objektif temellere dayanmadıklarından, kural olarak, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadırlar. Bunun yanı sıra iş ilişkisini düzenleyen kaynaklar da eşitlik ilkesine aykırı hükümler içerebilirler. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı nitelik taşıyan iş akdi, iç yönetmelik ya da toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersiz sayılmalıdır.

Yürürlükte bulunan mevzuat incelendiğinde iş ilişkisinin yürütümünde ayrımcılığın İş Kanunu'nun 5., Engelliler Kanunu'nun 14., Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddeleriyle açıkça yasaklandığı görülmektedir. İş Kanunu'nun 5.maddesi, maddede yer alan nedenlere dayalı olarak iş ilişkisinde ayrımcılık yapılmasını genel olarak yasaklarken Engelliler Kanunu engellilik durumuna ilişkin ayrımcılığı, Sendikalar ve TİS Kanunu ise sendikal nedene dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ayrıca 6701 sayılı kanunda da iş hayatında kanunda yer alan sebeplerle sınırlı olmak üzere ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.

İşveren, hak ve yükümlülüklerini tüm bu emredici hükümleri gözeterek orantılı bir şekilde kullanmaya mecburdur. Bu hükümlere aykırılık teşkil eden ve emredici hükümlere kıyasla haklı bir sebebi olmayan işveren eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacaktır. Buna karşın işçi de lehine olan hükümleri hakkaniyete uygun bir şekilde kullanma yükümlülüğündedir.

5.6.2.1. İşverenin Yönetim Hakkı ve Eşitlik İlkesi

İş hukukunda işverenin yönetim hakkı, daha önce de belirttiğimiz üzere yasal diğer dayanaklar ile sınırlandırılmaktadır. Yönetim hakkı, hakkında herhangi karşıt bir yasal hukuki dayanağın bulunmadığı hallerde gündeme gelecektir²³². İş Kanunu'nun

²³¹ Demir(2019).s.210; Yıldız (2008).s.241.

²³² Süzek (2019).s. 87 vd., s. 64; Süzek, S. (1998). İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları . Prof.

5. maddesinde düzenlenen eşit davranma borcu da yönetim hakkının sınırlayan düzenlemelerden birisidir. İşveren, eşit davranma borcunu gözeterek yönetim hakkını kullanma yükümlülüğündedir. Bir başka deyişle, işveren yönetim hakkını keyfi veya kötü niyetli şekilde kullanamaz²³³. Bu hakkını kullanırken yasa hükümlerini gözetmek zorundadır.

İş akdinin kuruluşu ile birlikte işveren işçiler arasında, çalışma şartlarında, terfi kriterlerinde²³⁴, cezalar ve disiplin soruşturmalarında²³⁵, ücret, eklentiler ve sosyal haklarda, kurs, sertifika, eğitim ve işçiye nitelik kazandıracak sair menfaatler ilişkin yönetim hakkının kullanımında, haklı ve objektif sebeplerle olmadıkça ayırım yapamaz²³⁶.

5.6.2.1.1. İşverence Verilen Emir ve Talimatlar

İşveren, iş sözleşmesi kapsamındaki yönetim hakkını işçilere talimatlar vermek suretiyle kullanır. Bu talimatlar işin görülmesine ya da işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olabilir. Örneğin çalışma saatlerine ilişkin düzenlemeler, yıllık izin takvimlerinin oluşturulması yürütümüne ilişkin talimatlardır. İşyerinde mesai saatleri kapsamında uyulacak kurallar, işyerinde sigara içilmesine ilişkin talimatlar da işçilerin davranışlarına yönelik talimatlardır²³⁷.

İşveren, işyerinde uygulanan kurallar ile ilgili olarak da eşit işlem yapma borcu altındadır. Örneğin, aynı durumda olan bütün işçiler için aynı veya benzer kalitede yemek çıkmalıdır. Veya işyerinde servis hizmeti varsa bu hizmet kural olarak bütün

Dr. Metin Kutsal'a Armağan. Ankara. ss. 225-232. s. 225- s. 229-232; TAŞKENT, S.(1981). İşverenin Yönetim Hakkı. İstanbul. İstanbul Üniversitesi Yayınları.s.81; Ekonomi(2006).s. 32; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 123; Yıldız (2008).s. 242.

Taşkent(1982).s. 83-84, s. 88-89; Tuncay(1982).s. 157-159; Süzek(2019) s. 446; Narmanlıoğlu(2014).s. 249; Tunçomağ ve Centel(2015).s.143; Yüksel(2000).s. 176; Yenisey(2002).s.46; Ertürk(2008).s. 108.

²³⁴ Tuncay(1982).s.167-168.

²³⁵ Disiplin cezalarının uygulanmasında eşit işlem yapma borcu için bkz. Tuncay(1982).s. 167; Ekonomi(2006).s. 157; Süzek (2019).s.446; Narmanlıoğlu(2014).s. 249;

²³⁶ Taşkent(1982).s. 83; Ekonomi(2006).s. 157; Süzek (2019).s. 445.

²³⁷ Süzek (2019).s. 88; Ekonomi(2006).s. 32; Taşkent(1982).s. 68-69; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 19.

işçilere verilmelidir²³⁸.

İşveren, öncelikle yönetim hakkının sınırlarına uygun şekilde talimat vermekle yükümlüdür. Yönetim hakkının sınırlarına uygun olan talimatlar aynı zamanda eşit davranma borcuna veya ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil etmemek zorundadır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı temel insan hakkı olarak değerlendirildiğinden bunlara aykırılık taşıyan her talimat TBK md. 26 hükmü uyarınca geçersiz sayılmalı²³⁹, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmamalıdır. Ayrıca işçi, işverenin hukuka aykırılık teşkil eden emir ve talimatını yerine getirmek zorunda değildir, bu tür bir emir ve talimatı yerine getirmeyen işçiye de işveren hiçbir bir şekilde yaptırım uygulanamayacaktır²⁴⁰.

5.6.2.1.2. İşçiler Arasında Çeşitli Grupların Oluşturulması

İşveren şekli eşitliğin tesisi amacıyla işçiler arasında gruplandırmalar yapabilir. İş saatlerinin vardiyalı olarak düzenlenmesi, ücret zamları için eşit veya denk işçiler arasında gruplandırmalar yapılması gibi örneklerde olduğu üzere işveren yönetim hakkı kapsamında işçileri niteliklerine göre kategorilere ayırabilir. Ancak işveren bu sınıflandırmayı haklı, objektif dayanaklar dahilinde yapmalıdır, keyfi olarak yapması yasaktır²⁴¹.

İşçiler arasında çalışma saatlerinin belirlenmesinde, aynı grup içindeki işçilere yapılan ödeme tarihlerinde²⁴² ya da iş ilişkisinin yürütümünde keyfi ayırım yapılmamalıdır. Bunların yanı sıra sigara içme yasağı uygulanması, kapı kontrolü yapılması, fazla çalışma, gece çalışması ya da pazar günü çalışma yaptırılacak işçilerin seçiminde de işveren eşit işlem yapma borcu altındadır²⁴³.

²³⁸ Tuncay(1982).s.128.

²³⁹ Süzek (2019).s.90; Hukuka aykırı talimatlar konusunda bkz. Taşkent(1982).s.78-79.

²⁴⁰ Süzek (2019).s. 88; Taşkent(1982).s. 79; Ekonomi(2006).s. 32.

²⁴¹ Demir(2019).s.210, Taşkent(1982).s. 85; Süzek (2019).s. 454;Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 190; Yenisey(2005).s. 997.

²⁴² Yıldız (2008).s.246; Tuncay(1982) s.177.

²⁴³ Tunçomağ ve Centel(2015).s. 141; Demircioğlu ve Centel (2003) s. 122.

5.6.2.2. Ücret Yönünden Eşitlik Davranma Borcu

Genel anlamda eşit işlem yapma borcu hukukta sayısal eşitlikten ziyade şekli eşitlik ilkesini ifade eder. Herkese sayıca aynı şeylerin verilmesi olarak en kısa şekliyle ifade edebileceğimiz sayısal eşitlik kavramı, hukukta kabul edilen sekli eşitlik ilkesi açısından değerlendirildiğinde adaletsizliğe, haksızlığa sebep olmaktadır²⁴⁴.

Hukuki anlamda eşitlik her zaman için aynı ya da benzer özelliklere sahip olanlar arasında eşit davranılmasıdır. Dolayısıyla hukuki anlamda eşitlik, mutlak eşitlik de denilen herkese aynı şekilde davranılması durumundan farklılık arz etmektedir. Bu yönde bir anlayış zaten hukuk alanında kabul edilen ve temeli Platon ve Aristo'ya dayanan şekli eşitlik anlayışı ile bağdaşmamaktadır. İşverenin eşit işlem yapma borcu altında olup olmadığı belirlenirken aynı ya da benzer özelliklere sahip işçilerin esas alınarak karşılaştırılması gerekmektedir. Eğer aynı ya da benzer durumda olan, aynı ya da benzer özelliklere sahip işçiler farklı davranışlara muhatap tutuluyorlarsa burada eşit işlem yapma borcuna aykırılık bulunmaktadır. Bunun tersi bir durumda ise yani aynı ya da benzer durumda olmayanlara eşit davranılması durumunda da yine eşit işlem yapma borcuna aykırılık ortaya çıkmaktadır.

İşveren işçilere iş akdi kurulurken vereceği ücret ve sağlayacağı imkanlarının sınırlarını belirlemede kural olarak özgürdür. İş yerinde bir TİS var ise, işçi sendikalı ise bu durum işverenin serbestiyetinin bir kısıtlaması olacaktır. Bunun haricinde işverenin işçinin ücretini ve imkanlarını keyfi olarak düşürmesi kanunen yasaktır, işçinin rızası olmaksızın böyle bir uygulama mümkün değildir. Kural olarak işveren, işçilerin ücret hak ve ücretlerinin artışında da eşit davranma borcu altındadır. Ancak bu borç, işçilerin olumlu veya olumsuz yöndeki istisnai performanslarında işverenin bu performanslar nazarında uygulamalar yapmasına engel değildir. Örneğin işveren iyi performans gösteren işçilerine yüksek maaş zammı yapabilir, primlerini artırabilir, ikramiye verebilir. Ücret yönünden eşit davranma borcu bu duruma engel değildir. Aynı şekilde başarısız olan işçisine de düşük zam verebilir, diğer işçilerinin yeni haklar tanımaktayken bu işçiyi yeni hakların kapsamının dışında tutabilir.

²⁴⁴ Yıldız (2008),s.247.

İşçinin performans düşüklüğünü somut olarak ortaya koyabildikten sonra işverenin böyle uygulamaları eşit davranma borcuna aykırı olarak görülemeyecektir²⁴⁵.

Eşit işe eşit ücret prensibi bu konuda irdelenmesi gereken bir husustur. Eşit işe eşit ücret prensibi işverenin ücret konusundaki serbestiyetinin bir sınırlamasıdır. Bu ilkeye göre işveren eşit olarak değerlendirilecek işçiler arasında eşitliği sağlamakla yükümlüdür. Ancak burada bahsettiğimiz eşitliğin mutlak bir eşitlik olduğunu ifade etmek de mümkün değildir. İşçiler arasında kıyaslamaya konu edilecek bütün etmenler yönünden de irdeleme yapılmalı, bu doğrultuda eşitlik yönünden bir sonuca gidilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında; *“Davacı ile aynı işi yapan ve aynı kıdeme sahip olan ve baştan beri davalı kurumda çalışan işçi arasında oluşacak ücret farkının; işverenin eşit işe eşit ücret ödeme yükümlülüğüne aykırı olup olmadığı yönünden ise aynı işyerinde çalışıp aynı kıdemde olan işçi kavramından ne anlaşılması gerektiği irdelenmelidir. Bu anlamda bir işçinin işyerindeki kıdemi, sadece onun işyerindeki çalışma süresini içermeyip, işyerinde çalıştığı sürede elde ettiği bilgi, birikim, çalıştığı pozisyonlar, aldığı ödüller ve cezalar olmak üzere bir çok unsuru içinde barındırır. Somut olayda davacı, davalı kuruma nakledilmeden önce başka bir kurumda çalıştığından, baştan beri davalı kurumda çalışan bir işçi ile önceki kurumda çalışılan süreler gözönüne alındığında aynı sürede çalışmış gibi görünse de; kurumsal geçmiş ve tecrübe yönünden aynı bilgi ve birikime sahip olamayacak, sadece çalışma süreleri eşit olacak, yani geniş anlamda aynı kıdemde olmayacaklardır.”* demek suretiyle eşitlik kavramını dar kapsamda ele aldığını ifade etmiştir²⁴⁶.

Eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlalinin varlığı halinde işveren bu ihlali gidermekle yükümlüdür. İhlali gidermek konusunda yapması gereken ise ücretin yüksek ücret alan işçinin seviyesinde eşitlenmesidir. İşveren eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı davranışlarını gidermek için işçinin ücretinde indirim gidemez²⁴⁷.

²⁴⁵ Konu ile ilgili olarak bkz: Yargıtay 22. HD 2017/23268 E., 2019/14998 K., 03.07.2019 (<http://karararama.yargitay.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 21.12.2019)

²⁴⁶ Yargıtay HGK 2016/2401 E., 2018/213 K., 14.02.2018 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (Erişim Tarihi: 22.12.2019)

²⁴⁷ “Keza, Toplu İş Sözleşmesi ile aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçilerin aynı ücretle çalışmaları gerektiği, eşit işe eşit ücret ilkesi uyarınca hareket edildiği de savunulabilir.

Ücrette eşitlik kavramında şekli olgulardan ziyade maddi olgular önem arz etmektedir. Yargıtay 22. HD, bir kararında kendi görevinin yanında 5 yıldır vekil müdür olarak görev yapan bir kişinin müdür maaşı alması gerektiği yönünde talebini, 5 yıllık bir görevin geçiciliğinden söz edilemeyeceğinden beisle kabul etmiştir²⁴⁸.

Kanunda ayrıca işverene aynı işi yapan işçiler arasında cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılamayacağı belirtilmiştir. Eşit davranma ilkesi başlığında İş Kanunu'nun 5. Maddesinde ücret yönünden cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılması yasaklanmış, işçiye cinsiyeti nedeniyle koruyucu özel hükümlerin uygulandığı hallerde dahi daha düşük ücret takdir edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Böyle bir uygulamanın varlığı halinde dava açacak olan işçinin de dört aylık tazminat haricinde yoksun kaldığı hakları, bir başka deyişle ücret farkını talep edebileceği de kanunda yer almıştır.

Sosyal yardım kapsamında yer alan kimi edimler geniş anlamda ücret olarak da değerlendirilmektedir²⁴⁹. Bu konu ayrıntılı olarak sosyal yardımlar(4.6.2.5) başlığında incelenecektir.

5.6.2.3. İş Sözleşmesinin Türü ve Eşit Davranma Borcu

4857 sayılı İş Kanunu, sözleşme türlerine göre ayrımcı davranışları da işverenin eşit davranma borcunun kapsamına dahil etmiştir. Kanununun 5/2.maddesi “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” hükmünü içermektedir. Hükmün gerekçesinde ise bu düzenlemeyle ilgili olarak; “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

Ancak ekonomik gerekçeler olmadığı sürece eşitliğin yüksek ücrette sağlanması, kısaca daha düşük ücret alanların ücretinin yüksek ücret alanla eşitlenmesi gerekir.”Yargıtay HGK 2015/1014 E., 2015/2767 K., 02.12.2015 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (Erişim Tarihi: 22.12.2019)

²⁴⁸ Sinerji(2019).Yargıtay 22. HD 2016/15606 E., 2019/13531 K., 20.06.2019 (www.sinerjias.com.tr)(Erişim Tarihi: 22.12.2019)

²⁴⁹ Yargıtay dairelerinin tamamının bu konudaki görüşü aynıdır. Örnek olması adına bkz: Yargıtay 22. HD, 2016/23184 E., 2019/21107 K., 14.11.2019 (www.sinerjias.com.tr)(Erişim Tarihi: 22.12.2019)

sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir” denilmektedir. İşverenin, işçilere sözleşme türüne dayalı olarak ayırım yapamayacağını belirten 5.maddenin ile birlikte kanunun 12. ve 13.maddeleri de konuyla ilgili özel hükümler yer almaktadır²⁵⁰.

5.6.2.3.1. Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit İşlem Yapma Borcu

İş Kanunu'nun 12. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile ilgilidir. Madde hükmü aynı zamanda işverene eşit davranma borcu yüklemektedir. Maddenin ilk fıkrası “*Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.*” hükmünü içermektedir. Madde metninde de ifade edildiği gibi, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için mutlak bir eşitlik öngörülmemiştir. Maddede belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerle çalışan işçiler arasında her durumda değil, “*ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça*” farklı davranılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla, işverenin belirli ve belirsiz süreli sözleşmeyle çalışan işçiler için sözleşme tipine göre ayırım yapması yasaktır, böyle bir ayırım yapılması eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelecektir.

Hükmün gerekçesinin başında iş ilişkilerinde asıl olan sözleşme tipinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu hususu net bir şekilde ifade edilmiştir. Devamında ise şu ifadeler kullanılmıştır: “*Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sosyal yönden, daha fazla korundukları bir gerçektir. Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların çerçeve anlaşmasında bu anlaşmanın konusunun, belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri arasında ayırım yapılmama ilkesinin uygulanması suretiyle belirli iş sözleşmelerinde daha iyi koşullarla istihdamı gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir. Bu ilke ve üye devletlerdeki uygulama şekilleri dikkate alınarak madde düzenlenmiştir.*” İş Kanunu'nun 12.maddesinin

²⁵⁰ Yıldız (2008).s.157.

ikinci ve üçüncü fıkraları ise su şekildedir: “Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya İlişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır. Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

Madde gerekçesinde konu ile ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır: “Öncelikle işçiler salt belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı maddede tanımlanan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Diğer yandan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bir zaman dilimine göre bölünebilir bir hak sağlanmışsa, aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesine göre iş gören işçi de çalıştığı süreye orantılı bu haktan yararlanabilecektir. Örneğin bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işçiye, ikramiye tarihinde işyerinde olmasa dahi çalıştığı süreye orantılı ikramiye ödeneceğinin kabul edilmesi halinde, bölünebilir bir hak olan ikramiyeden belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin de yararlandırılması gerekecek ve sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra verilecek ikramiyeyi bu işçi de çalıştığı süreye orantılı olarak alabilecektir. Belirli çalışma şartından yararlanmada işçinin kıdemine bakıldığında belirli süreli sözleşmeye göre çalışan işçinin de bu haktan yararlanması söz konusu olduğunda kıdem yönünden bir farklılık gözetilemeyecektir. Esasen İş Kanunu’nda bu kuralın uygulandığı, hem kıdem tazminatı ve hem de yıllık ücretli izinlerde görülmektedir. Aynı esas sözleşme ile getirilen çalışma şartlarında da dikkate alınacaktır.” Örneğin bir işyerinde işçilere ikramiye ödenmesi, belirli bir kıdem süresine bağlanmış ise ikramiye almak isteyen herkes en az o kadar süre işyerinde çalışmalıdır. Belirtilen sürenin yarısı kadar çalışıp ikramiyenin yarısını talep etmek mümkün olmayacaktır. İşçinin belirli veya belirsiz süreli sözleşme ile çalışıyor oluşu da durumu değiştirmeyecektir. Bu gibi durumlarda her olayın kendi özelliklerinin

dikkat alarak değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır²⁵¹. Elbette ki işverence yapılan uygulamaların hukuka uygun olması şarttır. Bir başka deyişle, işveren yasaya maddi ve şekli yönden uygun olarak belirli süreli iş sözleşmesi akdediyorsa, işveren bu hakkını işçiler arasında ayrımcılık yapma saiki ile kullanmıyorsa bu kapsamdaki farklı uygulamaları işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Yargıtay 9. HD, bir kararında belirli süreli sözleşmeli işçiye diğer işçilere yapılan zammın uygulanmaması durumunun eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir²⁵².

5.6.2.3.2. Tam ve Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma Borcu

Tarafımızca irdelenmesi gereken bir diğer ayrım tam süreli çalışanlar ile kısmi süreli çalışanlar arasındaki ayrımdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi, *“işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir. Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kalan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir. Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır. İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli tam süreli veya tam süreli kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve bos yerler zamanında duyurulur.”* şeklindedir.

Maddenin gerekçesinde yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir: *“Kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de*

²⁵¹ Eyrenci, Taşkent ve Ulucan (2014).s. 69-70.

²⁵² Sinerji(2019). Yargıtay 9. HD, 2003/24751 E., 2003/7822 K, 8.5.2003 (www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi:01.12.2019)

düşünülemez, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan ayrımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacaktır. Örneğin işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğu, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliден farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir." Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, kısmi süreli olarak çalışan bir işçinin kıdem tazminatının tespitinde, davacının aylık kazancı yerine kazancının çalıştığı süre nispetinde indirilmesi ile hesaplama yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur²⁵³.

Kısmi süreli çalışma yapan işçilerin iş akdi ihbar öneli verilerek sonlandırıldığında günlük 2 saat iş arama izni bu işçiler için de aynı şekilde uygulanacaktır. Bu süreler kısmi süreli işçilere daha düşük olarak uygulanmayacaktır²⁵⁴. Kanunun gerekçesinde kısmi süreli çalışan işçilerin tam süreli çalışan işçilerden önemli ölçüde düşük sürelerle çalışması konusu şu şekilde açıklanmıştır: "*Kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken Yönerge hükümlerindeki ölçütler dikkate alındığı gibi, tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreliден söz edebilmek için 'önemli ölçüde daha az' bir haftalık çalışma süresinin sözleşmede tespit edilmiş olması da aranmıştır. İş Kanununun 13.maddesinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ile tam süreli*

²⁵³ Sinerji(2019). Yargıtay 9.HD, 2004/9961 E., 2004/27728 K.,13.12.2004. (www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi:01.12.2019)

²⁵⁴ Yıldız (2008); s.163.

iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır. Bu nedenden dolayı kanaatimce artık kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle karşılaştırıldığında haklı nedene dayanmayan bir ayırım yapılıyorsa bu doğrudan ayrımcılık sayılmalıdır."

İş sözleşmesinin türü nedeniyle ayırım yasağının söz konusu olması açılacak davalarda işçi adına ispat açısından önemli avantajlar sağlamaktadır. Elbette ki tam süreli çalışanla kısmi süreli çalışan arasında mutlak bir eşitliğin uygulanması taraflardan beklenmemektedir. Kanunun amacı da yukarıda ifade edildiği üzere bu yönde değildir. Bilakis mutlak bir eşitliğin uygulanacağı hal adalete aykırı bir netice doğuracaktır. Bu durumlar da İş Kanunu'nda mutlak eşitlikten ziyade şekli bir eşitliğin amaçlandığını, bu eşitliğin eşitler arasında uygulanması yönünde bir amacın olduğunu açık şekilde ortaya koymaktadır²⁵⁵.

Kısmi süreli çalışma kavramında aklımıza sadece İş Kanunu'nun 13. maddesi gelmemeli, kısmi süre kavramı geniş şekilde yorumlanmalıdır. Doktrinde, çağrı üzerine çalışma, yan işte çalışma, iş paylaşımı²⁵⁶ formatında çalışan işçilerin de İş Kanunu'nun 5. ve 13. maddesi kapsamındaki korumalarından yararlanması gerektiği öngörülmüştür. Hatta Yargıtay mevsimlik işçi olarak çalıştırılan işçilerin iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olarak çalışan işçilere kıyasla daha önce bir tarihte askıya alınmasını iş sözleşmesinin işverence feshi şeklinde yorumlamış ve bu durumun eşit davranma ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir²⁵⁷. Kararda; *"Dosyadaki bilgi ve belgelerden işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışan davacının diğer işçilerden farklı olarak ocak ayında iş sözleşmesinin askıya alındığı, diğer işçilerin ise mart ayı sonuna doğru iş akitlerinin askıya alındığı iddia edilmiş ve davacı tarafından işverenin iş akdini feshettiği iddiası ile dava konusu alacakların tahsili için dava açıldığı görülmüştür. Davacının iş sözleşmesi aynı işyerinde çalışan diğer işçilerden daha önce askıya alınmak suretiyle işverence feshedilmiştir. Zira işverenin davranışı işçiler arasında eşit işlem yapma kuralına aykırıdır. Davacının*

²⁵⁵ Yıldız (2008).s. 164.

²⁵⁶ Süzek (2019).s.283 vd.

²⁵⁷ Kazancı(2019). Yargıtay 9. HD, 22.03.2004, 2004/17019 E., 2004/5650 K. (www.kazancı.com) (Erişim Tarihi: 05.12.2019)

bu davayı açtıktan sonra yeni sezon için işe davet edilmiş olması bu olguyu değiştirmez...” denilerek mevsimlik işçiye işverenin farklı muamele yapılamayacağı hususu hükme bağlanmıştır. Yargıtay'ın işverenin farklı muamele yapamayacağı yönündeki kararına katılmakla birlikte işverenin fesih anlamına gelmeyen iradesinin Yargıtay tarafından fesih olarak görülmesi tartışmalıdır. Zira işveren iradesinin fesih olduğu yönünde bir veriye kararda yer verilmemiştir. Ancak işverenin gerçek iradesinin askıya alma değil de fesih olduğunun tespit edildiği bir halde dairenin vermiş olduğu karar hukuka uygun olacaktır. İlamda elimizde bu yönde bir veri bulunmamaktadır. Ancak işverenlerin, fesih hakkının aleyhlerinde doğurduğu olumsuz sonuçların önüne geçmek için sözleşmenin askıya alınması ve sair şekillerde işlemler yaparak gerçek iradelerini görünmez kılmak istedikleri durumlar meydana gelmektedir. Bu hallerde tabii olarak mahkemelerin araştırması gereken husus işverenlerin asıl iradesidir. Kararda geçen gibi işçinin iş akdinin askı süresinin uzun tutulması, işçinin kendi isteği ile işi bıraktığı sonucunun doğması için işverenin başvurduğu örtülü irade içeren yolların örneklerinden biri olabilir²⁵⁸, işverenler tarafından sıklıkla bu tür yöntemlere başvurulmaktadır.

Doğrudan yasada zikredilmemiş olmakla birlikte ödünç ilişkisinde de işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hatta Süzek'e göre ödünç iş ilişkisinde ödünç alan ve ödünç veren işverenin ayrı ayrı işçiye karşı eşit davranma borcu bulunmaktadır. Her iki işveren de hem işçiye karşı olan paylaşımlı yükümlülüklerinde, hem de bunun diğer işçileri ile olan kıyaslanmasında objektif haklı bir sebep olmadıkça ayrımcılık yapamayacaktır²⁵⁹.

5.6.2.4. Sosyal Yardımlar ve İkraniyelerde Eşit Davranma Borcu

İşverenin, sendikal koruma altında olmayan, kendi iradesi ile sunmuş olduğu, TİS veya iş sözleşmesinde yer almayan ikramiye ve sosyal yardımlar konusunda da eşit davranma ilkesine uygun şekilde hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır²⁶⁰. İşveren

²⁵⁸ Yıldız (2008).s.165, Süzek (2019).s. 457.

²⁵⁹ Süzek (2019).s.304 vd, Yıldız (2008).s.166.

²⁶⁰ Süzek (2019).s. 446; Taşkent (1981).s. 83-84; Tunçomağ- Centel, s. 164; Yenisey, K.D. (2006). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. İşyerinde Psikolojik Taciz, Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri-Yenisey(2006/2). Çalışma ve Toplum. S.11. ss.

yaptığı uygulamalar ile bu menfaatleri işyeri şartı haline getirebilir, böyle bir durumda bu menfaatlerden bütün işçilerin yararlanmaları gerekmektedir. Bu menfaatlerin temini kimi zaman işveren tarafından şarta da bağlanabilir. Bu halde de işverenin eşit davranma borcunun devam ettiği konusunda tartışma yoktur.

Tabi ki bu konuda dikkat edilmesi gereken temel unsur yapılan işlemin kolektif nitelik taşıyıp taşımadığıdır. İşverenin şayet bir veya birkaç işçisine yüksek performansından ötürü tanımış olduğu imtiyaz eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek ve diğer işçiler tarafından talep edilebilir hale gelmeyecektir. Aynı şekilde işverenin ekonomik problemleri olan bir veya birkaç işçisine vicdani kanaati doğrultusunda yardım etmek istemesi de eşit davranma ilkesi ile ters düşmeyecektir. Zira işveren tarafından gerçekleştirilen eylem kolektiflik içermemektedir, bireysel bazda yapılmış bir uygulamadır²⁶¹. Bizim görüşümüze göre ise işverenin durumu kötü işçilerine ek menfaat sağladığı hallerde ekonomik açıdan zor durumda olduğunu bildiği başka bir işçiye işverenin keyfi olarak yardım etmeme lüksü yoktur. İşverenin tanımış olduğu bu imtiyazdan aynı durumdaki bütün işçilerin faydalanmayı talep etme hakları bulunmaktadır. Bizim görüşümüze göre işçinin durumu işverenin iradesinden daha önemlidir, işveren işçilerinin hepsinin durumunu araştırmak ve bilmekle, yardım yapacak ise de buna göre yapmakla yükümlüdür.

Bir başka örnek vermek gerekirse, işveren çocuğu olan bir işçiye doğum parası ödemişse bundan sonra çocuk sahibi olacak bütün işçilerin de bu parayı talep etme hakkı olmalıdır. İşveren böyle bir durumda ilk ikramiye verdiği işçinin ekonomik durumunu gerekçe gösteremez. Çünkü menfaatin ana gerekçesi işçinin yoksulluğu değildir. Önemli olan yapılan yardımın gerekçesidir. Dolayısıyla işverenin bu talepleri geri çevirmesi eşit davranma ilkesine aykırılık sonucunu doğuracaktır.

İşveren, bunun haricinde bir yardım yaparken yardımın gerekçelerini ve kriterlerini en kısa zamanda ortaya koymalı ve işçilerin bundan haberdar olmalarını sağlamalıdır. Aksi halde yapmış olduğu davranışın dürüstlük kuralına aykırı olması sonucu doğabilecektir.

63-81. s. 68.

²⁶¹ Tuncay(1982).s.200-202; Yıldız (2008).s. 268.

Her ne kadar tek bir kez yapılan yardımın işyeri uygulaması haline dönüşmesinin mümkün olmadığı düşünülse de talebin hukuki dayanağın işyeri uygulaması değil eşit davranma borcunun ihlali olduğu hususu dikkate alınmalı ve bu iki durum birbirine karıştırılmamalıdır²⁶².

Bu konudaki eşit davranma ilkesinin uygulamasında işçinin pozisyonu da önem arz etmektedir. Yargıtay 22.HD güncel bir kararında işyerinde işyeri hekimi olarak çalışan işçinin diğer işçilere ödendiği halde kendisine ikramiye ödenmemiş olmasının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği yönündeki davada yerel mahkemenin davanın kabulü yönündeki kararını bozmuştur. Dava kapsamında işyerinde bulunan işçiler haricinde idari işler koordinatörü, mühendis gibi çalışanların da ikramiye almış olduğu hususunun ortaya konulmuş olması Yargıtay'ın görüşünü değiştirmemiştir. Kararda işyerinde başka işyeri hekiminin çalışıp çalışmadığı, çalışıyor ise onun ikramiye alıp almadığı aydınlatılmamıştır. Karar ile bir işyerinde aynı pozisyonda çalışan ikinci bir işçi yok ise tek olarak çalışan işçinin ikramiye hakkından mahrum kalması hukuki bulunmuş, işverenlerin bu yönde uygulamalarının önü açılmıştır²⁶³.

Yargıtay 22. HD'nin önüne giden bir uyuşmazlıkta; davacı işçi bankada saha donanım teknisyeni olarak çalıştığını, genel müdürlük kadrosuna tabi olan çalışanlara yemek ücreti verilirken, kendilerine bu şekilde bir ücret verilmediğini, bunun eşit davranma borcuna aykırı olduğu iddia etmiş, davalı banka ise yemek ücreti uygulamasının dava açılmadan önce kaldırıldığını ancak Genel Müdürlük ve Gebze bölgesindeki birimlerinde yemekhane bulunduğunu, burada çalışanlara yemekhanede öğle yemeği verildiği hususunu savunmasında belirtmiştir. Yerel mahkeme davanın kabulü ile işçiye yemek ücreti ödenmesine karar vermiştir. İşveren banka tarafından temyiz edilen dosyada ise daire, eşit davranma borcunun mutlak bir eşitlik borcu doğurmadığını, işçinin iş sözleşmesinde de yemek ücretine yönelik bir madde bulunmadığını, işverenin sadece iki yerde yemekhanesinin olmasının haklı ve objektif neden olarak kabul edilebileceğini belirtmiş ve Yerel Mahkemenin kararını

²⁶²

Yıldız (2008),s.269.

²⁶³

Sinerji (2019). Yargıtay 22. HD, 2017/18906 E., 2019/18413 K., 02.07.2019
(www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

bozmuştur²⁶⁴.

Yargıtay'ın vermiş olduğu güncel bir kararda tartışılan bir diğer menfaat ise işçilere tanınan servis imkanıdır. Olayda davacı işçi farklı güzergahlarda oturan işçilere servis imkanı tanındığını, kendisine ve kendisi ile aynı bölgede oturan işçilere bu imkanın tanınmadığını, konuyla ilgili olarak Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na şikayette bulunduğunu, bakanlık müfettişlerince hazırlanan raporda işverenin davranışın eşitlik ilkesine aykırılığının tespit edildiğini ve işverenin kendisine servis ücreti ödemesi gerektiğine karar verildiği ancak işverenin bu parayı ödemediğini, işverenin bu davranışları ile eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiş, davalı işveren ise davacının demiryolu işçisi olduğunu, yıllar önce yapılan TİS ile demiryolu hattı güzergahında çalışan işçilere eve gidiş gelişlerde treni ücretsiz kullanma hakkı sağlandığı, daha sonra trenlerin güzergahının değişmesi nedeniyle bu imkanın ortadan kalktığı, bunun üzerine de tren güzergahı üzerinde oturan işçileri için servis hizmeti tesis edildiği, davalı işçinin tren güzergahı üzerinde oturmadığını ifade ederek yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Yerel Mahkeme davacı işçinin de önceki dönemlerde yapılan TİS'e tabii olduğu ve servis hizmetini alması gerektiğinden beisle davanın kabulüne karar vermiş, karar Yargıtay 9. HD tarafından işçinin banliyö hattı üzerinde oturmuyor olmasından ötürü servis hakkının olmadığı, TİS'de sadece tren hattının geçtiği bölgelerde oturan işçilere bu hakkın tanınmış olmasından ötürü bozulmuştur. Yerel mahkeme önceki kararında direnmiş, uyuşmazlık HGK önüne gelmiştir. HGK tarafından dosya içerisinde bulunan ÇSGB raporunun incelenmesinde tren hattı üzerinde olmayan Serdivan, Erenler gibi bölgelerde oturan işçilere de servis hizmetlerinin verildiği görülmüştür. Yargıtay HGK bu konunun araştırılması gerektiği ve böyle bir durumun varlığının eşit davranma borcunun ihlalini doğuracağı nedeniyle direnme kararını oy çokluğu ile bozmuştur. Karşı oy gerekçesi ise servis hizmetinin TİS'de bu şekilde tesisinin ayrımcılık niteliği taşıdığı, bu nedenle TİS'in ilgili maddesinin hükümsüz olacağı ve bütün işçilerin servis hizmetinden yararlanması gerektiği yönündedir²⁶⁵.

²⁶⁴ Yargıtay Bilgi Bankası(2019). Yargıtay 22. HD, 2019/2300 E., 2019/9757 K., 06.05.2019 (<http://karararama.yargitav.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

²⁶⁵ Sinerji (2019)Yargıtay HGK, 2017/9-1065 E., 2019/99 K., 07.02.2019 (www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

5.6.2.5. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Düzenlenmesinde Eşit Davranma Borcu

İşçilerin iş tanımlarında, işçilere dağıtılan görevlerde, fazla çalışma, fazla sürelerle çalışma, hafta tatilinde çalışma, bayram çalışması, gece çalışması gibi konularda da işveren eşit ve denk seviyelerdeki işçilere karşı eşit davranma ilkesine uygun şekilde davranmalıdır. Bu uygulamaların işçilere fazladan menfaat getirmesinin söz konusu olması da durumu değiştirmez. Ancak bazı işçiler mali getirileri nedeniyle ekstra çalışmalara öncelikli olarak talip olurlarsa ve diğer işçiler ek ekonomik getirilerine rağmen ekstra çalışmalara ilgi göstermezler ise talep eden işçilere öncelik tanınabilir. Eşit davranma ilkesi işçilere daha az iş verilmesi durumunun varlığında da söz konusu olacaktır²⁶⁶.

İş Kanunu'nda düzenlenen telafi çalışması ve denkleştirme müessesesinin uygulamalarında da işveren eşit davranma ilkesine uygun hareket etmelidir. İşverenin bu halde de keyfi hareket etme yetkisi bulunmamaktadır.

Yıllık ücretli izin durumuna ilişkin düzenlemeler ise Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 13. maddesi iş akdinin türüne göre yıllık ücretli izin hakkında ayrımcılık yapılamayacağı yönündedir. Yönetmelik metninde bu durum;

“Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz.

Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır.

Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Yönetmelikte açıkça belirtilmemiş olsa da işverenin yıllık ücretli izinlerin tahsisi konusunda da eşit davranma ilkesine uygun şekilde hareket etmesi zorunludur. Zira yıllık izin konusu da geniş anlamda değerlendirildiğinde Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Kanunu'nun 5.

²⁶⁶ Taşkent(1982).s. 85; Tunçomağ ve Centel(2015).s. 143.

maddesi kapsamına girmektedir. Zira yıllık izin hakkı, iş ilişkisinin devamında ortaya çıkan bir konudur, İş Kanunu'nun 5. maddesi de işverenin iş ilişkisinin devamı sürecindeki eşit davranma borcunu fesih ve iş akdinin kuruluş süreçlerindeki borçlarına kıyasla daha geniş yorumlamaktadır.

5.6.3. İş İlişkisinin Sona Erdirilmesinde Eşit Davranma Borcu

5.6.3.1. Genel Olarak

İş akdinin feshi noktasında eşit davranma ilkesinin olup olmadığı ve sınırları konusundaki tartışmalar uzun zamandır devam etmektedir. Aşağıda da açıklayacağımız üzere, bir grup yazar iş sözleşmesinin sonlandırılması konusunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşit davranma ilkesine üstün geldiği görüşüne sahip iken başka bir grup yazar da eşit davranma borcunun sözleşmenin feshi konusunda da gündeme geleceğini görüşünü savunmaktadır.

İş akdinin feshinde eşit davranma borcunun bulunmadığını savunan yazarlar görüşlerini ifade ederken süreli fesihler ile derhal fesihler konusunda ikili bir ayrıma gitmektedirler. Bu görüş mensupları sözleşmenin süreli feshinde eşit davranma ilkesinin gündeme gelebilmesi için toplu bir feshin varlığını aramakta, ayrıca bu feshin kolektif bir nitelik içermesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedirler. Kolektif niteliğin olmadığı, bir veya birkaç işçinin iş akdinin feshedildiği hallerde bu görüşe göre eşit davranma ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır²⁶⁷.

Aynı görüşe mensup yazarlar haklı nedenle fesih durumuna ilişkin olarak işverenin bu hakkını kullanmakta serbest olduğu, hatta her işçinin feshine ilişkin işverenin pek çok objektif kriter bulabileceğini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra aynı eylemi yapan birden fazla sayıda işçinin varlığı halinde bu işçilerin kıdemleri ve kişisel durumları nedeniyle bir kısmının iş sözleşmelerinin feshedilebilip bir kısmının iş akitlerinin devam etmesinin hukuka uygun bir hal barındırabileceği, bunun

²⁶⁷ Çelik, N.(2006).İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu: "Çelik (2006)". Sicil İSGHD. S.4. ss. 5-12..s.5-6; Tunçomağ ve Centel(2015).s.168; Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s.163;Yenisey(2006/2) s. 69, Yuvalı(2011).s.184.

kaynağının subjektif durumlar olmasından ötürü işçilere karşı eşit davranma ilkesinin ihlal edilmediği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Birden fazla işçi tarafından işlenen bir fiilin işçilerin niteliği ve işyerindeki konumuna göre sözleşmesinin feshi ile ilgili ultima ratio ilkesini ihlal edip etmeyeceği noktasında bu görüşe göre farklı sonuçlar doğabilecektir. Bir başka deyişle işverenin işten çıkarmadığı kişilere karşı olan davranışı bir affetme anlamı taşımamaktadır, bu kişilerin olumsuz eylemlerinin boyutu işyeri için önemlerinden daha büyük değildir²⁶⁸.

Tuncay'a göre bir başka tartışma konusu ise fesih hakkının niteliği ile ilgilidir. Fesih, tek taraflı irade içeren yenilik doğuran bir haktır. Geri alınması, değiştirilmesi, iptali mümkün değildir. Fesih hakkının, bağımsız sağlıklı, kayıtsız şartsız bir şekilde kullanılabilmesi bu nedenlerden ötürü önemlidir. Fesih hakkının bu şekilde sınırlandırılması hakkın kullanım şekline gölge düşürmektedir. Ancak işveren daha önce bu konudaki yetkisini kendisi sınırlamış ise bu sınırlamalara uymak durumundadır²⁶⁹.

Tümdengelim içeren bir başka görüşe göre de aynı olayda yer alan iki işçinin ikisinin sözleşmelerini fesheden işçinin daha sonra bu işçilerden birisini işe alması nasıl eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecekse bu işçilerden sadece birinin iş akdinin feshedilmesi de eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmemelidir²⁷⁰.

Çelik ise, İş Kanunu'na göre birden fazla işçinin iş akdinin süreli olarak feshedilmesi halinde işverenin aynı şekilde eşit davranma borcunun doğmayacağını savunmaktadır. Yazar, iş sözleşmesinin sonlanmasında yalnızca İş Kanunu'nun 5. maddesindeki cinsiyet ve gebelik nedeni ve Sendikalar ve TİS Kanunu'nun 25. maddesindeki sendikal ayrımcılık hükümleri çerçevesinde işverenin eşit davranma borcu olduğunu iddia etmektedir. Bu bağlamda fesih hakkının kötüye kullanılması anlamına gelmeyen her türlü şekilde işveren yukarıda sayılı sebepler haricinde fesih yapabilecek, yapılan bu fesih işlemleri eşit davranma borcuna aykırılık teşkil

²⁶⁸ Tuncay(1982).s.209; Şener(2011).s. 135; Yenisey(2006/2).s.69; Aktay, Arıcı ve Kaplan(2010); s.168.

²⁶⁹ Tuncay(1982).s.208

²⁷⁰ Uşan(2005).s.1630; Yıldız (2008).s.249-250.

etmeyecektir²⁷¹.

Uşan'a göre iş ilişkisinin kurulumunda sözleşme özgürlüğü gereği hareket edebilen işverenin iş sözleşmesinin feshinde de aynı şekilde hareket edebilme serbestisi olmalıdır. Haklı nedenle derhal fesih konusunda ise işverenin birden fazla işçi tarafından gerçekleştirilen fiillerde bu işçilerden sadece bir kısmını işten çıkarma konusunda hak sahibi olması gerekmektedir. İşverenin böyle hallerde zaten olaya karışan bütün işçileri çıkarıp daha sonra bir kısmını geri işe alma hakkı vardır ve bunun önünde herhangi bir engel yoktur. O halde hukuku dolanmaya gerek kalmaksızın amacını gerçekleştirebilmelidir ve böyle bir konuda işveren kısıtlanmamalıdır. Tabii tüm bu haller işverenin iyiniyetli olduğu varsayımı üzerindedir, işverenin kötüniyetli eylemleri korunamayacaktır²⁷².

Bir başka görüş ise hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek davranışlar haricinde işverenin hiçbir şekilde iş akdinin feshinde eşit davranma borcunun olmadığı görüşünü öne sürmektedir. Bu görüşe göre süreli fesihlerde de, haklı nedenle fesihlerde de işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır²⁷³.

Konu ile ilgili daha kapsamlı inceleme yapan ve çeşitli ayrımlar üzerinden tespitler yapan bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre iş ilişkisinin sona erdirilmesinde İş Kanunu md. 5'te sayılı sebepler yönünden işveren kötü niyetli olarak hareket edemeyecek ancak diğer sebepler yönünden ise işveren özgür bir şekilde istediği işçisinin iş akdini sonlandırabilecektir. Kanunda geçen benzeri sebepler ibaresi de İş Kanunu 5. maddede sayılan sebepler ile birlikte değerlendirilecek, bu konulardaki fesih sebepleri de işverenin kötü niyetini içerdiği müddetçe eşit davranma borcu kapsamında kalacaktır. Ancak işveren objektif geçerli bir sebep dahilinde iş sözleşmesini feshediyorsa, işverenin eyleminde keyfilik veya kötüniyet söz konusu değilse fesih eşit davranma borcunun koruması kapsamında kalamayacaktır²⁷⁴.

²⁷¹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s.195, ÇELİK(Eşit Davranma) s.6.

²⁷² Uşan(2005).s.1630.

²⁷³ Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s.139.

²⁷⁴ Yenisey(2006/2).s.69; aynı yazar(Eşit Davranma) s.997; aynı yazar (Karar İncelemesi).s.61-62.

İş akdinin feshinde eşit davranma borcu yönünden hakkın kötüye kullanılması durumu haricinde işverenin herhangi bir borcu veya sorumluluğu olmadığını ifade eden bir görüş de bulunmaktadır²⁷⁵.

Doktrinde iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimli feshi halinde işverenin işçinin bütün kişisel özelliklerini, davranışlarını, performansını göz önünde bulunduracağını, bunun eşit davranma ilkesinden bahsedemeyeceğimiz kadar subjektif bir durumu doğuracağını, haklı nedenle fesih halinde de işverenin göz önünde bulundurması gereken pek çok faktör olduğunu, genel olarak bu faktörlerin de subjektiflik içerdiğini ve eşit davranma borcu kapsamında değerlendirmek için elverişli olmadığını ifade eden bir görüş de yer almaktadır²⁷⁶.

Mollamahmutoğlu ise iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun kanunun emredici olarak düzenlenen hükümleri dahilinde uygulanması gerektiği, bunun dışındaki hallerde mutlak olarak uygulanmasının sözleşme özgürlüğü ilkesine gölge düşüreceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla yazar, iş sözleşmesinin feshinde İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan düzenlemeler yönünden eşit davranma borcunun olduğunu ifade etmiştir²⁷⁷.

İşverenin, işletmenin riskini taşımakta olması, işletmeye ilişkin ortaya çıkacak olumlu ve olumsuz bütün hüküm ve sonuçların işveren üzerine doğacak olması, eşit işlem borcunun iş akdinin feshinde sıkı şekilde olarak uygulanması halinde işverenin ve işyerinin bundan zarar görebileceği, bu nedenle işveren lehine sürecin esnek bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş de öğretilerde taraftar bulmuştur²⁷⁸.

Erdal ise, işverenin sözleşme serbestisinin kural olarak bulunduğunu, bu bağlamda hangi işçinin sözleşmesinin devam edip hangisinin feshedileceği konusunda kendisine kısıtlama yapılamayacağını ancak işverenin keyfi ve kötüniyetli şekilde

²⁷⁵ Uşan(2005).s.1630.

²⁷⁶ Tunçomağ ve Centel(2015).s.143; Sümer(2014).s.89.

²⁷⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.196 vd.

²⁷⁸ Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s.139.

ortak sebeplerin varlığı halde kimi işçiyi işten çıkarması, kimi işçinin ise işine devam etmesi yönünde bir karar vermesi halinde bunun eşit davranma ilkesinin ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir. Kanunda yer alan işletmesel karar türündeki fesihlerin de mahkemeler tarafından açık düzenlemeye rağmen denetlenebileceğini, işverenin haklı ve objektif bir nedeni öne süremediği hallerde yapılan fesihlerin eşit davranma borcuna aykırı olacağını da belirtmiştir. Bunun dışında eşit davranma borcunun kapsamının da sadece İş Kanunu'nun 5. maddesinde geçen hallerden ibaret olduğunu, ayrıca benzer sebepler başlığının da bu korumadan faydalanacağı yönünde bir neticeye varmıştır²⁷⁹.

Tüm bunların haricinde iş sözleşmesinin feshinde mutlak olarak eşit davranma borcunun uygulanması gerektiğini düşünen bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşü savunan kişiler de görüşlerinin gerekçesi olarak eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağının hem Anayasa, hem yasa hem uluslararası sözleşmeler ve başkaca diğer mevzuatlar ile koruma altına alındığını, eşitlik ilkesinin başkaca hukuki normlarla kıyaslanmayacak kadar önem arz ettiğini, bu yöndeki düzenlemelerin işçi ile işveren arasındaki güç eşitsizliğini dengeleme amacı taşıdığını, aksi şekilde yorumlanması halinde işçinin güçsüzlüğünün pekiştirileceğini, ayrıca işverenin yönetim hakkını keyfi kullanmaya çok müsait olduğunu, pek çok şekilde işlemin esas nedeni olan ayrımcı saikin işveren tarafından gizlenebileceğini bu görüşü savunan yazarlar eserlerinde ifade etmiştir²⁸⁰. Bu doğrultuda işveren objektif haklı bir sebebin varlığı halinde işçileri farklı davranış ve eylemlere tabi tutabilecek, bu durum eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmeyecektir. Ortada herhangi bir objektif haklı sebep bulunmadığında eşit veya denk konumda olan işçilerin sadece bir kısmının sözleşmeleri feshediliyorsa bu durum eşit davranma borcunun kapsamına girecektir. Ancak bu işçilerden bazılarında işçinin kişisel özellikleri, deneyimleri ve sair sebeplerle işveren daha çok ihtiyaç duyuyorsa işveren bunların iş akdini sonlandırmayabilir. Bu durum da eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira işvereni haksız kılacak iradesinin dayanağı keyfiliktir, burada ise davranışın

²⁷⁹ Uşan(2005),s.1630.

²⁸⁰ Bu görüş ile ilgili olarak Bkz: Tuncay(1982),s.209-210; Yıldız (2008),s.250; Şener(2011), s.140.

altyapısını oluşturan objektif haklı bir sebebi bulunmaktadır²⁸¹. Bu görüşü savunan yazarlar, feshin yenilik doğuran bir hak olmasından ötürü eşit davranma ilkesi kapsamında dışında kalması yönündeki görüşü bu gerekçenin kabul edilebilir olması halinde yönetim hakkının da yenilik doğuran bir hak olduğunu, bu düşünce ile işverenin yönetim hakkının kullanılmasında da eşit davranma borcundan muaf olması gerektiği sonucuna varılması gerektiği gerekçesiyle eleştirmektedir²⁸².

Bir başka görüşe göre ise birden fazla işçinin haklı nedenle feshe konu olacak davranışta bulunmaları halinde bunların bir kısmının iş akdi feshedilirse haklı nedenle feshe konu olan davranışın haklı nedenle feshin temel şartı olan iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getirme şartını sağlamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de aynı davranışta bulunan başka işçiler işyerinde çalışmaya devam ediyorlarsa feshin son çare olması ilkesi işveren tarafından ihlal edildiğini düşünmemiz gerekir. Zira başkaca işçiler söz konusu olduğunda işveren bu sorunu iş sözleşmelerini feshetmeden halledebilmiştir. Ancak işçilerin kişisel durumları konuya ilişkin olarak farklılık arz etmekte ise işverenin fesih konusunda özgürlüğü doğacaktır. Örneğin şoför olarak çalışan iki farklı işçinin yapmış olduğu benzer şekilde gerçekleşen iki farklı trafik kazasında işçilerin kusurlu olmalarına rağmen şoförlerden birinin daha önce pek çok kez kaza yapmış olması, diğerinin ise ilk kez yapması halinde işveren çok kez kaza yapan şoförün iş akdini feshedip diğer işçinin akdini devam ettirebilir. Bu durum eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Buna eşit davranma ilkesinin nispi karakteri de denilmektedir²⁸³.

Bir görüşe göre eşit davranma ilkesinin sıkı şekilde uygulanması işçilerin işverene tahakkümü sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Katılma hakları teorisi adı verilen bir teoriye göre işçi işyerinde çalışmaya başlamakla birlikte ücret, sosyal yardım gibi sonuçların haricinde işyerinin üzerinde birtakım haklara sahip olacaktır. Alman iş hukukundan alındığı anlaşılan bu görüşe göre işçi topluluğu işyerinin bütünü oluşturacak ve işverenin yönetimine gölge düşürmeleri söz konusu olabilecektir²⁸⁴.

²⁸¹ Yıldız (2008).s.251-256; Şener(2011).s.141.

²⁸² Tuncay(1982).s.210.

²⁸³ Şener(2011).s.142.

²⁸⁴ Tuncay(1982).s.216-217.

Ancak burada göz ardı edilen durum Türk işçilerinin ve Türk işçi hareketlerinin düşünce tarzıdır. İfade edilen görüş Türk işçilerinin görüş, mantık ve amaçlarına uygun değildir.

İş sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sıradan bir sözleşme değildir; taraflara kişiler hukukuna dayanan spesifik yükümlülükler de yüklemektedir²⁸⁵. Bu ilişkide işçinin işverene bağlılığı ile birlikte işverenin de işçiye bağlılığı söz konusu olacaktır. Zira işverenin başarılı olması, para kazanması, amacına ulaşması için işçileriyle bir uyuma sahip olması gerekmektedir. Başarının sosyolojik de bir altyapısı vardır, işçi işveren ilişkisi bu altyapının oluşmasına zemin hazırlamalıdır. Bu bağlamda işyeri ile ilgili olarak işçi ile işverenin ortak çıkarları vardır. İşyerinin başarısız olması işçinin prestijini etkileyeceği gibi maddi taleplerinin de tehlikeye girmesine sebep olur. Bu nedenle işçi işyerinin başarısı için çaba göstermek durumundadır. İşveren de kendisi için bu kadar önemli olan işçileri için gerekli eşitliği sağlamakla yükümlüdür. Fesih süreci de işverenin eşit davranma ilkesine uyması gereken bir süreçtir²⁸⁶.

Tuncay, iş akdinin feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcu olduğunu ifade etmektedir. Ancak işçiler arasında farklı muameleyi yapmayı gerektirecek objektif haklı bir nedenin varlığı halinde işverenin bu şekilde davranabileceğini, fesih sürecini bu korumadan başışık tutmanın hukuki olmayacağını, geçmiş dönemde sosyal yardımların da eşit davranma ilkesinin kapsamının dışında tutulduğunu ancak zaman içerisinde bu uygulamanın haksız sonuçlara yol açtığını ve kapsamın içerisine alındığını, iş güvencesine ilişkin yasada yer alan hükümlerin de altyapısının eşit davranma ilkesine dayandığını ileri sürmüştür. Devamla, feshin yenilik doğuran bir hak olmasından kaynaklı olarak eşit davranma ilkesinin dışında kalması gerektiği yönündeki görüşlere ise yönetim hakkının da aynı türden bir hak olduğunu ifade ederek, yenilik doğuran hak olmasının feshi eşit davranma ilkesinin kapsamının dışında tutmayacağını belirtmiştir. Tüm bunların haricinde yazar eşit davranma ilkesinin olağanüstü fesihlerde gündeme gelmesi gerektiğini, olağan fesihlerde işverenin iş akdini feshetmek için herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu

²⁸⁵ Tuncay(1982).s.211-213.

²⁸⁶ Şener(2011).s.142.

olmadığını, bu bağlamda işlemin keyfi olup olmadığı yönündeki ispatın bir hayli güç olacağını, işverenin görünüşteki iradesinden farklı ve ayrımcılık içeren bir irade ile işçileri işten çıkarmasının kanıtlanabilmesi halinde bildirimli veya bildirimsiz fark etmeksizin bütün fesih türlerinde eşit davranma borcu ihlal ettiği sonucunun ortaya çıkacağını dile getirmektedir²⁸⁷. Yazar, ayırım yasakları konusunda da ikili bir ayrıma giderek mutlak olan yasaklar yönünden işverenin eşit davranma ilkesine uygun olarak hareket etme zorunluluğunun bulunduğunu, nispi ayırım yasaklarına ilişkin olarak ise böyle bir zorunluluğun olmadığını görüşlerinde ifade etmiştir²⁸⁸.

Süzek de İş Kanunu'nun 5. maddesini gerekçe göstererek iş ilişkisinin feshi sürecinde de işverenin eşit davranma borcuna uyması gerektiğini, aksi halde tazminat yaptırımına tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir²⁸⁹. Yıldız da Süzek ile aynı görüştedir. İki yazar da feshin türü ve işten çıkarılacak işçi sayısından ziyade eşit davranma ilkesine öncelik vermektedir. Eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek ihlalin şiddetine göre işverenin yönetim hakkı ve objektif haklı sebepleri değerlendirilebilecektir. Bunun haricinde eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eden sebepler geçerli nedenle feshe konu edilmiş iseler salt eşit davranma borcuna aykırılık hali nedeniyle feshi geçersiz hale getirecektir²⁹⁰.

Bizim bu konudaki kanaatimiz de eşit davranma borcunun fesih sürecini de kapsadığı yönündedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde geçen bütün unsurlar yönünden ve benzer sebepler kısmı da nazara alınacak şekilde işverenin eşit davranma borcunun olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca işverene bu konuda keyfilik hiçbir şekilde tanınmamalıdır. İşverenin kabul edilebilir haklı bir sebebinin varlığı halinde, gerçekten bu sebebin işyeri ve işin yürütümü için önem arz ettiği noktalarda farklı uygulamalarda bulunmasının eşit davranma borcuna aykırılık taşımadığı sonucuna varılabilmeli ancak bu durum istisna teşkil etmelidir. Zira işveren iş sözleşmesinin güçlü tarafıdır. Ayrıca mağdur olacağı gerekçesi ile işçiler arası ayrımcılık yapma hakkının verilmesi

²⁸⁷ Tuncay(1982).s.213-216, Şener(2011).s.145.

²⁸⁸ Tuncay(2006).s.32-33.

²⁸⁹ Süzek (2019).s.454.

²⁹⁰ Yıldız (2008).s. 257; Kaya(2005).s.164-166; Yüksel(2000), s.223-224; Çil, Ş.(2007). Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu: "Çil (2007/2)". Legal YKİ. S.5. ss.293-311. s.304.

hakkaniyetli değildir.

5.6.3.2. Fesih Türlerine Göre Eşit Davranma Borcu

5.6.3.2.1. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu

5.6.3.2.1.1. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu kapsamında 30 ve üzeri işçinin çalıştırıldığı yerlerde işçiler iş güvencesine tabiidir. Ayrıca 5393 sayılı kanun kapsamında basın sektöründe çalışan işçiler de aynı şekilde iş güvencesi hükümleri ile koruma altındadır²⁹¹.

İş güvencesine sahip olan işyerlerinde işyerlerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçi alma ve çıkarma yetkisine sahip olan işveren vekillerinin iş güvencesi kapsamının dışında tutulacağı kanunda belirtilmiştir. Bu şartlara haiz olmayan işveren vekilleri de iş güvencesi kapsamındadır. İş güvencesi kapsamına girebilmek için çalışanın işyerinde en az 6 aylık kıdeme sahip olması gerekmektedir. 6 aylık süreye deneme süresinde geçen çalışmalar da dahildir. Ayrıca iş güvencesi kapsamına girebilmek için gerekli bir diğer şart da belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktır.

Kanununun 18. maddesinde işverenin geçerli nedenle fesih hakkından bahsedilmiştir. Madde metninde işverenin iş güvencesine tabii olan işçinin sözleşmesini ancak geçerli nedenler dahilinde feshedebileceği ifade edilmiştir. Geçerli nedenler olarak da;

- İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden,

- İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden,

kaynaklanan sebeplerdir²⁹². Maddenin devamında; “...ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler geçerli neden teşkil etmez. Aynı fıkra hükmünce “sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak da geçerli bir neden olarak kabul edilemez.” de denilmektedir. Böylece ayrımcılık anlamına gelecek hiçbir unsurun geçerli nedenli fesih işlemine konu edilemeyeceğini açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Doktrinde İş Kanunu'nun 5.

²⁹¹ Yuvalı(2011).s.218.

²⁹² Yuvalı(2011).s.219.

maddesinde yer almayıp 18. madde kapsamında ifade edilmiş olan hamilelik, medeni hal, aileye ilişkin sorumlulukların 5. maddede ucu açık bırakılan “ ve benzeri sebepler” başlığı altında incelememiz gerektiği yönünde görüşler söz konusudur²⁹³.

Bu durum haricinde daha önce de ifade ettiğimiz üzere fesih konusunda eşit davranma ilkesine aykırılık yönünden bir tartışma yapabilmemiz için birden fazla işçi için bir fesih durumunun doğması ve işverenin bu işçiler arasından birinin veya bir kısmının iş akdini feshetmesi gerekmektedir²⁹⁴. Böyle bir durumda da işveren işçiler arasında haklı ve objektif sebeplerin varlığı halinde farklı muameleler uygulayabilir. Bu durum eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Yeri doldurulamayacak olan veya deneyimi çok yüksek olan veya dış bağlantıları daha iyi olan işçilerinin sözleşmesini feshetmek istemeyebilir, buna yetkisi de kanaatimizce vardır²⁹⁵. Bu konuda işvereni kısıtlamak sözleşme özgürlüğü ilkesinin önemli şekilde kısıtlanamaması demek olacaktır²⁹⁶. Tabi ki işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamındaki yetkilerini kötüye kullanması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir, bu yönde kendisine bir tolerans tanınmaz²⁹⁷.

Geçerli nedenle fesih türlerinden birisi de işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerdir. Bu şekilde yapılan fesihlerde niteliği itibari ile toplu olarak yapılmaktadır. Birden fazla işçinin aynı işleme tabi tutulması da çok doğal olarak bir eşitlik-eşitsizlik tartışmasını gündeme getirmektedir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan

²⁹³ Yıldız (2008).s.242. Hatta YUVALI'ya göre hamilelik, medeni hal gibi kişisel durumlara dayalı olarak ayrımcılık yapılması zaten cinsiyete dayalı ayrımcılık kavramının içine girdiğinden, İş Kanunu'nun 18. Maddesinde sayılan bu hallerin “benzeri sebepler” kavramı içinde değerlendirmesine gerek dahi yoktur.

Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s. 197 vd.; Yenisey, (2006/2).s. 69.; Tunçomağ ve Centel(2015).s.140 vd.; Demir(2019), s.210-211.; Özdemir(2005).s. 258.; Uşan(2005).s. 1630-1631.; ÇİL(2007/2).s. 304-305.; Aksi yönde görüş için bkz.:

Tuncay(1982).s. 209 vd. Süzek eşit davranma borcunun, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğuna göre iş sözleşmesinin feshi konusunun bu ilkenin dışında tutulmasının düşünülemeyeceği kanaatindedir: Süzek, S. (2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu. Sicil İSGHD. S:12. ss. 24-39. s. 30 vd.

²⁹⁵ Baysal, U. (2006). Eşit Muamele-İşyeri Devri, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı. Legal İSGHD. C.3.S.11. ss.1076-1078.).s.1078; Yenisey(2006/2).s. 69.

²⁹⁶ Süzek (2019).s.451.

²⁹⁷ Demir(2019).s. 210-212.

fesihlerde eşit davranma ilkesinin uygulanıp uygulanmaması yönündeki tartışma bugün itibariyle son bulmuş değildir. Burada öncelikle tartışılması gereken husus feshin son çare olması ilkesine uygunluktur. İşletmesel karar olarak da kısaca ifade ettiğimiz işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihlerde işverenin yer değişikliği, pozisyon değişikliği, belirli bir süre işçiye izin verilmesi gibi uygulamalarla feshin önüne geçmesi mümkün ise bu imkanları sonuna kadar kullanması gerekmektedir. Fesih, iş ile ilgili bir konuda alınabilecek en ağır önlemdir. İşveren mümkün olduğu ölçüde en hafiften en ağıra doğru önlem planlarını uygulamaya koymalıdır²⁹⁸.

Feshin zorunluluk halini aldığı durumlarda ise işveren en az sayıda işçinin sözleşmesinin feshedilmesi ve fesih uygulamasından en düşük derecede etkilenecek olan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi yönünde uygulamalarda bulunmakla yükümlüdür. Buna iş hukukunda sosyal seçim ilkesi de denilmektedir²⁹⁹³⁰⁰. İşletmesel karara dayalı fesihlerde sosyal seçim yükümlülüğü konusunda diğer fesih türlerine göre işverenin daha titiz davranması beklenmektedir. Öğretide bu durumun öğretide eşitlik ilkesi ile bağlantılı olduğunu değerlendiren yazarlar da mevcuttur³⁰¹.

5.6.3.2.1.2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından Eşit Davranma Borcu

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler yönünden işverenin fesih konusunda daha geniş yetkileri, işçilerin ise buna ilişkin olarak daha sınırlı imkanları söz konusudur. İşverenin keyfi olarak işten çıkarmalarında dahi işçilerin işe iadelerini talep etme hakkı bulunmamaktadır. İşçilerin iş güvencesi hükümlerine alternatif olacak tek talepleri kötüniyet tazminatı olacaktır³⁰². İşverenin eşit davranma ilkesine aykırı

²⁹⁸ Yuvalı(2011).s. 223.

²⁹⁹ İş hukukunda sosyal seçim kavramı metnin devamında ayrı bir başlık altında detaylı olarak incelenecektir.

³⁰⁰ Alpagut, G. (2006). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?. Sicil İSGHD. S.4 ss. 95-105. s.99 Güzel, A. ve ERTAN, E. (2007). Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri. Legal İSGHD. C.4. S. 15. ss.1219-1305. s. 1221.

³⁰¹ Çil, (2007/2).s. 302.

³⁰² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019); s. 200; Yıldız (2008).s. 275.; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014).s. 159; Süzek (2019).s. 458; Süzek, S. (1976). İş Akdini Fesih Hakkının

olarak yapacağı fesihler de kötünietli fesih kapsamındadır. Buna karşın her kötünietli fesihte eşit davranma ilkesine aykırılık bulunması zorunlu değildir.

İşçiler buna karşın kötünietli fesih ile birlikte eşit davranma borcuna aykırı davranışları talep konusu yapabileceklerdir. İşçilerin şartlar oluştuğu takdirde iki konu hakkında da tazminat talep etme hakları bulunmaktadır.

İş güvencesi kapsamı bu tür hallerde gündeme gelemeyeceğinden yapılan fesih işleminin geçersizliği yönünde talep ve tespitler fesih keyfi olarak yapılmış dahi olsa mümkün olmayacaktır.

5.6.3.2.2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu

İş akdinin kanunda taraflara birtakım özel hallerde verilen yetki dahilinde herhangi bir süre verilmeksizin feshine haklı nedenle fesih denir³⁰³. Fesih işleminin süre verilmeksizin yapılmasından ötürü buna bildirimsiz fesih veya derhal fesih de denilmektedir. Kanunda sayılan bu özel haller iş ilişkisinin devam etmesin çekilmez hale getirecek nev'indedir³⁰⁴. Kanunda işçiye de işverene de ayrı ayrı sebepler dahilinde haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır.

Eşit davranma borcu ile haklı nedenle fesih arasındaki ilişkiden bahsedebilmemiz için öncelikle feshin kolektif nitelik taşıması gerekmektedir. Bu kolektif nitelik kapsamında tek bir işçinin veya birden fazla işçinin iş akdi feshedilmiş olabilir. Ancak birden fazla işçinin uyuşmazlıkta fesih tehdidi altına girmesi pek tabi olarak aranmaktadır.

Öğretide haklı nedenle fesihte eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmeyeceği yönünde çeşitli görüşler söz konusudur. Mollamahmutoğlu, iş akdinin feshinde eşit davranma borcunun mutlak eşitlik anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Zaten iş akdinin kuruluşu ve devamındaki eşit davranma borcundaki temel amacın da mutlak

Kötüye Kullanılması. Ankara. Kazancı Yayınları. s. 97 vd.; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016) s. 196 -197.

³⁰³ Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s. 179; Yuvalı(2011).s. 236.

³⁰⁴ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019), s. 197 vd.; Yuvalı(2011).s.237.

eşitlik olduğunu söylemek pek doğru olmayacaktır³⁰⁵.

Çelik ise haklı fesih durumunda işverenin kural olarak eşit davranma borcunun dahi bulunmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre işveren dilediği işçisinin iş akdini feshedip dilediği işçi ile iş ilişkisini devam ettirebilir, bildirimli fesihlerde de, bildirimsiz fesihlerde de bu yetkisi mevcuttur³⁰⁶.

Bir başka görüş ise konuya “işveren iş sözleşmesini feshi ihbar ederken, onun bütün özel durumunu, hareketlerini ve davranışlarını göz önünde tutar. Bu da, feshi ihbarda, eşit davranma esasının uygulanmasını, kural olarak, önceden bir yana bırakmayı gerektirir. Bunun gibi, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde de, şahsında haklı neden gerçekleşen işçiye, kural olarak, aynı sözleşmeye aykırılığı yapmış diğer işçilerle birlikte eşit davranma yükümü yoktur. Çünkü, işverenin haklı nedenle feshe gidip gitmeyeceği, haklı nedenin gerçekleşmiş bulunmasına rağmen bir çok faktöre bağlıdır”³⁰⁷ şeklinde yaklaşmaktadır.

Fesih konusunda işverenin eşit davranma borcu olup olmadığına yönelik öğretide yer alan görüşleri kapsamlı olarak bildirmiştik. Yazarların haklı nedenle fesihler konusundaki görüşleri de genel itibariyle belirttiklerimizden farklı değildir³⁰⁸.

Tartışılması gereken bir diğer husus da işverenin eşit davranma borcuna fiillerinin işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanıyıp tanımadığıdır. İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçinin derhal haklı nedenle feshine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. İşçinin haklı nedenle feshe ilişkin hakları bu maddede yer alan sebepler ile sınırlı değildir. Askerlik nedeniyle, evlilik nedeniyle veya emeklilik nedeniyle de işçi iş akdini derhal feshetme hakkına sahiptir³⁰⁹. İş Kanunu'nun 24. maddesinde üç tip haklı fesih

³⁰⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019), s. 197 vd.

³⁰⁶ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s. 195.

³⁰⁷ Tunçomağ ve Centel(2015).s. 142.

³⁰⁸ Ayrıntılı görüşler için Bkz: bşk. 4.6.3.1.

³⁰⁹ **1475 S. Kanun Madde 14** – Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanunun 17 nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. İşçi tarafından bu Kanunun 16 ncı maddesi uyarınca,
3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı buldukları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;
5. (Ek: 25/8/1999 - 4447/45 md.) 506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık

sebebinden bahsedilmiştir. Bu sebeplerden ilki sağlık sebepleridir. Diğerleri ise ahlak veya iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebeplerdir. Maddenin ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

"II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa.

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylesin, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.

c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa.

d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.

e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,

f) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa."

Sayılan bu sebepler işçi adına haklı nedenle fesih sebebidir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay bu sebepleri sınırlı sayıda olarak görmemektedir. Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı olup sayılan sebepler dahilinde olmayan her türlü davranış da haklı nedenle fesih sebebi olacaktır.

süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeniyle, Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır."

İşçinin ikramiye, ücret farkı gibi haklarının kendisine ödenmemesi veya işverenler arasında muvazaalı işlem yapılarak işçinin üst işveren tarafından reddedilerek bu haklardan mahrum bırakılması hallerinde bu menfaatler geniş anlamda ücret olarak değerlendirildiği için haklı nedenle fesih sebebi olacaktır³¹⁰. Dolayısıyla işverenin eşit davranma borcuna aykırı eyleminin aynı zamanda işçiye mali kayıp yaşattığı hallerde işçinin iş akdinin haklı nedenle feshetme hakkına sahip olduğu konusu tartışma dışı olacaktır. İşverenin mali sonuçları olmayan bir eşit davranma borcuna aykırı fiili de ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık taşıdığından ötürü haklı fesih sebebi haline gelecektir. Eşit davranma borcu, kanundaki diğer haklı nedenle fesih sebeplere kıyasla çok daha ciddi bir yükümlülük ile ilgilidir. Bu nedenle işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanınmalıdır.

Yargıtay 22. HD, bir kararında işveren tarafından yapılan haklı nedenle feshin eşit işlem borcuna aykırı şekilde yapılmasını geçerli nedenle feshe dönüşeceğini belirtmiştir. Davaya konu olayda bir özel eğitim kurumunda öğretmen olarak çalışan işçinin okul tarafından yapılan seminerlere mazeretsiz olarak katılmamasından ötürü iş akdinin feshedildiği, bu seminerlere aynı kurumda çalışan pek çok öğretmenin de katılmadığının işçi tarafından ispatlandığı ancak bu durumun feshi geçersiz hale getirmeyeceği ifade edilmiştir³¹¹.

Yargıtay HGK ise vermiş olduğu bir kararda birbiri ile kavga eden işçilerden sadece birisinin iş akdinin feshedilmesinin eşit davranma borcuna aykırı bulmuş ve feshin de geçersizliğine hükmedip işçinin işe iadesine karar vermiştir. Kararda işçilerden hangisinin sataşmayı başlattığının ispat edilemediği, bu durumda işverenin feshe yönelik iddialarını ispatlayamadığı ifade edilmiş, bu durumun aynı zamanda eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil ettiği hükümde belirtilmiştir³¹². Yargıtay 9. HD de bir iş yemeğinde iki işçinin kavga ettiği ve kavganın gerçekleşmesinde iki tarafın

³¹⁰ Yargıtay Bilgi Bankası(2019).Yargıtay 9.HD, 2015/29956 E., 2018/18539 K., 17.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

³¹¹ Lexpera(2019)Yargıtay 22. HD. 2016/8370 E., 2019/6561 K., 26.03.2019 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

³¹² Yargıtay HGK 2015/2677 E., 2018/1954 K., 18.12.2018. Aynı yönde bkz: Yargıtay HGK 2015/9-2795 E., 2017/1752 K., 13.12.2017. Kavgada ilk sataşan daha kusurlu ise bir tek onun işten çıkarılması eşit davranma ilkesine aykırı değildir. Bkz: Yargıtay 9. HD 2015/23364 E., 2018/20354 K., 13.11.2018. Kararlar için bkz:(<https://karararama.uyap.gov.tr>) (Erişim Tarihi:19.12.2019)

da kusurunun bir olayda taraflardan birinin işverenden özür dilediği gerekçesi ile iş akdinin feshedilmeyip diğer işçinin iş akdinin özür dilemeyi reddettiği için feshedilmesini hukuka uygun bulmuştur³¹³.

Yine Yargıtay 9. HD bir kararında bir süpermarkette çalışan işçinin marketin alışverişlerde indirim yapan ve isteyen herkesin temin edebildiği kulüp kartını market müşterisinin alışverişinde kullandığı için yapılan feshi eşit davranma borcuna aykırı bulmamış ve bu nedenle yapılan feshi haklı nedenle yapıldığını kabul etmiştir. Dosyadaki, başka işçiler tarafından da kartların aynı şekilde kullanıldığı ve bundan ötürü kimsenin iş akdinin feshedilmediği yönündeki iddialar daire nezdinde değer görmemiştir³¹⁴.

Buna karşın yine de fesih sürecinde işverenin yetkisini eşit davranma yönünden sınırsız olarak görmemek gerekir. Yargıtay 9. HD birden fazla işçinin karıştığı olaylarla ilgili olarak bir kısmının savunmasının alınmaksızın işten çıkarıldığı, bir kısım işçinin ise disiplin cezaları alarak işe devam ettiği bir olayda eşit davranma yasağına aykırılık tespitinde bulunmuştur³¹⁵.

5.6.3.2.3. İş Güvencesi Sisteminde Sosyal Seçim Uygulaması

Sosyal seçim ilkesi, işletmesel fesihlerde sosyal açıdan fesihten daha çok zarar görecektir işçilerin korunmasına ilişkin işverene yüklenen yükümlük olarak tanımlanmaktadır³¹⁶. Bu yükümlülük ilk olarak Alman hukukunda düzenlenmiş, yükümlülük ve ölçütleri ilk olarak Alman Feshe Karşı Koruma Yasası içeriğinde yürürlüğe girmiş³¹⁷, Türk Hukukuna ise hakkında herhangi bir yasal düzenleme yapılmamış iken Yargıtay 9. HD'nin içtihatları ile giriş yapmıştır³¹⁸. Bugün hala yasal

³¹³ Lexpera(2019) Yargıtay 9. HD 2018/6852 E., 2018/16484 K., 24.09.2018. (www.lexpera.com.tr)(Erişim Tarihi: 19.12.2019)

³¹⁴ Kazancı(2019)Yargıtay 9. HD 2015/28791 E., 2018/23343 K., 17.12.2018 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 11.12.2019)

³¹⁵ (Kazancı(2019)Yargıtay 9. HD 2015/27161 E., 2018/22950 K., 11.12.2018 www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 11.12.2019)

³¹⁶ Alpagut, (2006).s.99.

³¹⁷ Engin, M (2003). İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi. İstanbul. Beta Yayınları. s.111.

³¹⁸ Yargıtay 9. HD, 2005/28125 E., 2005/30446 K., 19.9.2005; Yargıtay 9. HD, 2006/4878 E., 2006/8253 K., 3.4.2006.

yönden bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alman hukukunda İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan eşit davranma ilkesinin sınırları Genel Eşit Davranma Yasası ile güvence altına alındığından sosyal seçim ilkesi kapsamındaki kriterlerde bu eşit davranma ilkesinin içeriği ve sınırlarında geçen unsurlara yer verilmemiştir. Bu unsurlar sosyal seçim ölçütleri kapsamının dışında bırakılmıştır.³¹⁹.

Yargıtay 9.HD bir kararında,³²⁰“...işverence 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...” şeklinde ifadelerde bulunarak Türk Hukukundaki sosyal seçim ölçütlerinin ne olduğunu ortaya koymuştur.

Sosyal seçim ilkesini öğretilerde eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar genel itibariyle sosyal seçim ilkesinin işveren ile işçi arasındaki menfaat çatışmasına değil, işçiler arasındaki menfaat çatışmasına ilişkin olduğunu ifade etmektedirler. Bu da işveren ile işçi arasındaki ilişkiye dış bir etkenin girmesi anlamına gelmekte ve sorunu karmaşıklaştırmaktadır³²¹. Ayrıca içtihatlarda yer alan sağlık durumu, verimlilik, işçinin işine gösterdiği özen gibi ölçütlerin de sosyal seçim ölçütü olarak değerlendirilemeyeceği, zaten fesihten önce araştırılması gereken hususlar olduğu ifade edilmektedir. Bu sebepler zaten sosyal seçim ölçütlerine tabi olmasa da işçilerin birbiri aralarındaki eşitliği ortadan kaldıran sebeplerdir ve fesih esnasında bu şekilde de nazara alınabilir³²². Kanaatimiz doktrinde yapılan bu eleştirilerin haklı olduğu yönündedir. Sosyal seçim ilkesi bizim görüşümüze göre de işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi daha dışa açık hale getiren bir ilkedir. Bu tür ilke ve kurumların kabul görmesi benzer başkaca uygulamaların önünü açacak ve taraflar arasındaki ilişkiye

³¹⁹ Yıldız (2008).s.278; Ergin, H. (2007). Almanya’da Genel Eşit Davranma Yasasının İş Hukukuna İlişkin Hükümleri. Legal İSGHD. C.4. S.14. ss.635-664. s. 661.

³²⁰ Sinerji(2019). Yargıtay 9. HD, 2006/4878 E., 2006/8253 K., 3.4.2006, 4878/8253 (www.sinerjias.com.tr) (Erişim Tarihi: 11.12.2019)

³²¹ Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s.195-198; Yıldız (2008).s. 278; Yüksel(2000) s.260-261.

³²² Süzek (2019).s.453-454; Yıldız (2008).s.279.

iki tarafın hakimiyetini önemli ölçüde azaltabilecektir.

5.6.3.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Sendikal Nedenlere Dayalı Ayrımcılık

Sendikal nedenle ayırım yasağı işçi istihdamında ve iş ilişkisinin devamında olduğu gibi fesih sürecinde de yasaklanmıştır. Sendikal nedenle yapılacak ayrımcılıklara ilişkin olarak 6356 sayılı yasanın 25. maddesi ile İş Kanununun 5. ile 20 ve 21. maddeleri kapsamında iddialar incelenecektir.

İfade etmek gerekir ki 6356 sayılı kanun yürürlüğe girdiğinde sendikal ayrımcılık noktasında önemli kısıtlamalar söz konusuydu. Yasanın 25. maddesinin 4. ve 5. fıkrasına göre³²³;

- Sendikal tazminat talep etme yetkisi yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçilere verilmişti.

- Fesih süreci sendikal ayrımcılığın korunması altında değildi. Ancak tamamen hukuka aykırı olan bu düzenleme bir kısım milletvekilinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.2015 tarihinde 29529 S. RG'de yayımlanan kararı³²⁴ ile iptal edilmiştir. Kararda;

“99. 29. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki iptali talep edilen '18' ibaresi ile atıf yapılan 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ilk fıkrasında 'Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe

³²³

Kanunun ilk halinde 25. maddenin 4. ve 5. fıkrası şu şekildeydi:

“(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. (1)

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18., 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.

³²⁴

AYM, 2013/1 E., 2014/161 K., 22.10.2014.

dayanmak zorundadır.' denilmektedir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesi için, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekmektedir....

107. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. İptali istenilen kurallar ile sendikal tazminatın 'feshin dışında' olacağını ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğunu öngören düzenlemelerin sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Dava konusu kurallar ile yapılan düzenlemeler iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alabilmelerini düzenlediğinden anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır...

109. İşyerinde çalışan işçilerin taleplerini işverene kabul ettirebilmeleri için sahip oldukları en önemli örgütlenme modeli olan sendika hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde en geniş biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla demokratik düzenin ayrılmaz bir parçası olan sendikal örgütlenme hakkının anlam kazanması yasak ve sınırlamaların en aza indirilmesi ile mümkündür...

112. Sendikal tazminatın 'feshin dışında' söz konusu olması ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olması şeklinde sendikal örgütlenmeyi engelleyecek olan yasaklar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle örtüşmemektedir.”

şeklinde ifadeler yer almış ve kanunun 4. fıkrasında geçen “feshin dışında” sözcükleri ile 5. fıkrasında geçen “18” ibaresi iptal edilmiştir. Kanuna göre sendikal tazminata hak kazanan işçiler işe başlatmama tazminatına hak kazanmamaktadır. Aynı başvuruda bu hususun da iptali AYM'den talep edilmiş ise de mahkeme bu düzenlemeyi hukuka uygun bulmuş ve iptaline gerek görmemiştir.

Sonuç itibarıyla, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi iş güvencesinin olduğu veya olmadığı hallerde söz konusu olabilir. İş güvencesine tabi olan işyerinde sendikal sebeplerle bir feshin meydana gelmesi durumunda işçi kanundan doğan kıdem ve

ihbar tazminatı haklarını isteyebilir, işe iadesi yönünde talepte bulunabilir. İşçinin bu taleplerle birlikte sendikal tazminat isteminde bulunma hakkı devam etmektedir. Bir başka deyişle iş güvenliği korumasına sahip olarak çalışan işçi kıdem ve ihbar tazminatları haricinde sendikal tazminat talep etme hakkına sahiptir. Yine bu işçi işe iade davası açtığı takdirde ve davada işe iadesi yönünde karar verildiği halde işe kabul edilmediği halde 4 aylık boşa geçen süre ücreti ile birlikte 12 aylık ücreti tutarında sendikal sebeplerle işe başlatmama tazminatına hak kazanabilecektir. Yasa hükmü gereği işçi işe iade edilse dahi 12 aylık sendikal tazminat kendisine işveren tarafından ödenecektir. Ancak işçi işe başlatmama tazminatı ile sendikal tazminata aynı anda hak kazanamayacaktır.

İşe iade davalarına ilişkin olarak işçinin fesih bildirimini kendisine tebliğ veya tefhim edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurması gerekmektedir. İşe iade davalarına ilişkin olarak arabuluculuk dava şartıdır. Tarafların kural olarak üç hafta sürecek arabuluculuk sürecinde anlaşamamaları halinde işçinin sürecin bitiminden itibaren iki hafta içerisinde dava açması gerekmektedir. İki haftalık sürenin başlangıç tarihi, tarafların anlaşamadığını gösterir arabuluculuk anlaşamama tutanağının düzenlenmesinden itibaren başlayacaktır. İşçi dava şartı olan arabuluculuk başvurusunu yerine getirmeden dava ikame ettiği takdirde dava usulden reddedilecektir. Bu durumda işçinin davanın kesinleşmesinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya başvurma hakkı olacaktır.

Bu dava türleri ile ilgili önemli durum ispat hukuku ile alakalıdır. Eşit davranmaya ilişkin açılacak diğer davalardan farklı olarak işe iade davasında feshin sendikal nedenle olmadığını ispat yükü işverenin üzerindedir.

5.6.3.2.5. İş Sözleşmesinin Feshinde Cinsiyet Nedenli Ayrımcılık

İşçinin cinsiyet temelli ayrımcılığa uğradığı yönündeki iddialarla ilgili olarak öncelikle belirtecek olduğumuz fesih sürecinde cinsiyet temelli ayrımcılık açısından da işverenin eşit davranma borcunun olduğudur. Doktrinde genele ilişkin daha önce ifade edilen ayrık görüşler cinsiyet temelli ayrımcılık konusunda da geçerlidir.

BÖLÜM 6:EŞİT DAVRANMA İLKESİNE AYKIRILIĞIN İSPATI VE YAPTIRIMLARI

6.1. İSPAT YÜKÜ

6.1.1. Genel Olarak

Eşit davranma ilkesi ile ilgili genel norm olan İş Kanunu'nun 5. maddesinde ispat yükünün kimde olduğu konusunda bilgiye yer verilmiştir. Madde hükmünde; “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.” denilerek ispat yükünün kural olarak işçide olduğu ancak işçi tarafından ihlal ihtimalinin kuvvetli şekilde ispatı halinde ispat yükünün işverene geçeceği belirtilmiştir. Buna hukukta ispat yükünün yer değiştirmesi de denir. Dolayısıyla işçinin temel yükümlülüğü ihlal ihtimalini gündeme getirecek türden delillerin dosyaya sunulmasıdır. İşçi bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirdiği takdirde ispat yükü işverenin üzerinde kalacaktır³²⁵.

Bunun haricinde Mollamahmutoğlu'na göre eğer iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 20. maddesine göre işveren tarafından feshedilmiş ise feshin geçerli nedenle yapıldığını ispat yükü işverende olduğundan böyle bir fesih durumunda işçinin eşit davranma ilkesinde aykırılık iddiasında bulunması halinde buna ilişkin ispat yükü işverende olacaktır³²⁶. Ancak uygulamada iş uyuşmazlıklarında iş akdinin sonlanması konusunda ispat yükü kural olarak işverenin üzerindedir. Feshe ilişkin tartışmanın bulunduğu bir davada zaten işveren tarafından feshin hukuka uygun olduğunun ispatı gerekmektedir. İşçi şayet iş akdinin ne şekilde feshedildiğine dair bir iddiada bulunursa bu iddiasını ispatlamakla mükelleftir. Aksi halde üzerinde bir ispat yükü bulunmamaktadır. İşçinin eşit davranma tazminatı yönünde bir talebi olacaksa da fesih şekliyle ilgili bir beyanının olması gerekecektir. Bu şekilde de işçi ispat yükünü

³²⁵ Süzek (2019).s.459; Demir(2019).s.208; Eyrenci, Taşkent ve Ulucan(2014) s.146; Sümer(2014).s.88; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.199; Şener(2011).s. 161; Yıldız (2008).s.301, Tunçomağ ve Centel(2015).s. 143

³²⁶ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.199; Yuvalı(2011),da aynı görüştedir: Bkz. Yuvalı(2011).s.245.

üzerine alacaktır³²⁷.

Başta da belirttiğimiz üzere, işçinin ihlal iddialarını gösterir güçlü ihtimalleri ortaya koyması ispat yükünü işverene geçirecektir. Bu bağlamda güçlü ihtimallerin ne şekilde ortaya konulabileceğinin de tartışılması gerekmektedir. Öğretide işçinin somut deliller ile iddiasını ortaya koymasının ispat yönünden kendisi işçin yeterli olduğu belirtilmektedir³²⁸. Bu da hayat tecrübesi ve emsal uygulamalar ile eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eden çeşitli örneklerin dosya kapsamında ortaya konulması ile yapılabilir³²⁹. Örnek vermek gerekirse işyerinde sözleşmesi feshedilen işçilerin hepsinin sendikalı olması durumunda işçi sendikal sebeple iş akdinin feshedildiği genel bir şekilde iddia edebilecektir³³⁰³³¹.

İfade edilmesi gereken bir diğer husus da işçinin iş ilişkisi devam ederken de eşit davranma borcunun ihlaline ilişkin dava açma ve tazminat talep etme yetkisinin olduğudur. Uygulamada bununla karşılaşmak pek mümkün olmamaktadır. Bunun temel sebebi açılacak bir davanın işçilerin işverenleri ile ters düşmesine sebebiyet verecek olmasıdır. Türk İş Hukukunda işçilerin işten çıkarılma tehditleri her zaman devam etmektedir. Bu bağlamda gerek yasa metni, gerekse de içtihatlar işçiyi koruma güdüsü ile, işçi lehine yorum ilkesi dahilinde düzenlenmektedir. İşçilerin ödenmeyen fazla mesai ücretleri, ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları ücretleri ve hafta tatili ücretleri için de çalışırken dava açma hakları söz konusu iken bunları kullandıklarına da pek rastlanmamaktadır. Ancak iş ilişkisinin sonlanması ile birlikte bu talepler gündeme gelmektedir.

Eşit davranma borcuyla ilgili olarak özel mevzuatlar ile de düzenlenmiş, özel ispat şekline tabi olan iki tip uyuşmazlık türü vardır. Sendikal nedenler ve cinsiyet temelli uyuşmazlıklar ispatına ilişkin tartışmalar ayrı başlıklar altında incelenmelidir.

³²⁷ Bu konuda ayrıntılı tespitler için Bkz: Yıldız (2008).s.453 vd.

³²⁸ Süzek (2019).s. 459; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal(2019).s.202.

³²⁹ Baysal, U.(2010). İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması: Legal İSGHD. S.25. ss. 59- 99. s.94.

³³⁰ Sendikal nedenli feshe özel bir görünüş şekli olarak devam eden maddede değinilecektir.

³³¹ Başkaca örnekler için; Çil(2007).s. 82.

6.1.1. Özel İspat Şekline Tabii Uyuşmazlık 1: Sendikal Neden

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. Maddelerinin 2, 3, 4, 5 ve 6. Fıkraları aşağıdaki gibidir:

"(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 ayırım 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."

Buna göre sendikal nedene dayanıp dayanmadığı tartışmalı olan bir feshe ilişkin ispat yükü kural olarak işverendedir. Eğer işveren feshin sendikal nedene dayanmadığını ileri sürerse de sendikal neden yönünden ispat yükü işçiye geçecektir. İşçinin sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi tartışmasız bir şekilde eşit davranma ilkesine aykırıdır. Sendikal nedenle feshin diğer eşit davranma borcuna yönelik fesih

sebeplerinden farkı ise kural olarak feshin ispat yükünün ilk aşamada işverende olmasıdır. Eşit davranma borcu kapsamına giren diğer konuların fesih gerekçesi olduğu yönünde bir tartışma söz konusu olduğunda ilk aşamadan itibaren ispat yükü davacı işçide olmaktadır.

Sendikal nedenle fesih yönünden incelenmesi gereken bir diğer hüküm de 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 16/D hükmüdür. Madde metninde; “*Gemiadamının sendikaya üye olması, şikayete başvurusu gibi sebeplerle işinden çıkarılması hallerinde ve genel olarak hizmet aktini bozma hakkının kötüye kullanıldığını gösteren diğer durumlarda 'B' bendinde yazılı önellere ait ücretlerin üç katı tutarı tazminat olarak ödenir.*”³³²³³³ denilmektedir. Bu şekilde denizcilik sektöründe, Deniz İş Kanunu'na tabii olarak çalışanlara bir ayrıcalık tanınmıştır.

Yargıtay, iş akdinin sendikal sebeplerle feshine ilişkin olarak birtakım kriterler üzerinden tespitler yapmaktadır³³⁴. Bu doğrultuda mahkemeler işçinin sendikaya giriş tarihi, sendikal sebeplerle işyerinden yaşanmış olayların sıralaması, sendika üyesi olan diğer işçilerin işyerindeki durumları gibi ölçütleri dosyalarında irdelemektedir. Bu konular genellikle bilirkişi marifetiyle de incelenmekte, hatta yargılamalarda keşif veya yerinde incelemeye gidilmesi de zaman zaman gerekli görülmektedir³³⁵.

³³² 854 S. Deniz İş Kanunu'nun RG yayım tarihi 20.04.1967'dir. 18. madde de bu tarihten beri yürürlükte olan bir hükümdür. Görüldüğü üzere Deniz İş Kanunu'nda sendikal ayrımcılık çok uzun zamandan beri koruma altındadır. Bugün hala havayolu işçileri tarafından yoğun talepler olmasına rağmen havacılık sektöründe çalışan işçilere yönelik bir yasa dahi bulunmamaktadır. Yasa hükmünün önemi gözetilirken bu hususa da dikkat edilmelidir.

³³³ Yürürlükten kalkan 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31/7. maddesi şöyledir: “*854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır.*” Yeni yasada özel hükümlere tabii işçilerin sendikal korumalarına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Buna karşın Yargıtay halen bu işçiler lehine de iş güvencesi kapsamında olmamalarına rağmen sendikal tazminata hükmetmektedir.

³³⁴ Kazancı(2019). Yargıtay 9. HD. 09.03.2005, 2005/3551 E., 2005/7831 K.; Yargıtay 9. HD. 27.06.2005,2005/19436 E., 2005/22753; Yargıtay 9. HD. 27.10.2005, 2005/29210 E., 2005/34772 K. (www.kazancı.com-Erişim Tarihi: 13.12.2019).

³³⁵ Şener(2011).s.164; Yıldız (2008).s. 307; Yargıtay 9. HD 2006/22866 E., 2006/31254 K., 27.11.2006.

Bunun haricinde işçinin sendikal nedenle açmış olduğu işe iade davasında işin sevk dağıtımında ayırım yapıldığı yönünde bir iddiası var ise ispat yükü işçinin kendisinde olacaktır³³⁶. Bu durum sendikal nedenle açılan davalarda ispat yükünün işverende olması haline bir istisnadır.

6.1.2. Özel İspat Şekline Tabii Uyuşmazlık 2 : Cinsiyet Ayrımcılığı

İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayrımcılık türleri ikiye ayrılarak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak isimlendirilmiştir. Ancak yapılan ayrımcılığın doğrudan mı yoksa dolaylı mı olduğunu tespit etmek her bir ayrımcılık türüne göre pek güçtür. Ancak cinsiyet temelli ayrımcılık doğrudan veya dolaylı olması açısından yönünden tespiti en kolay ayrımcılık türüdür. İfade edilmesi gereken bir diğer husus da doğum, evlilik gibi cinsiyet ile ilgili unsurlara ilişkin yapılan ayrımlar da cinsiyet ayrımcılığına ilişkindir. Bu tür ayrımcılıklar için de cinsiyet ayrımcılığına yönelik ifadelerimiz geçerlidir³³⁷.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere doğrudan cinsiyet ayrımcılığı ve dolaylı cinsiyet ayrımcılığı yönünden ikili bir ayırım yapılması gerektiğini göz önünde bulundurmanız gerekmektedir. Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı bir eylemin doğrudan cinsiyete yönelmesi halini, dolaylı cinsiyet ayrımcılığı ise bir eylemin sonuçlarının bir cinsiyet için olumsuz durumlar doğurmasını ifade etmektedir. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığının bu nedenle ispatı doğrudan cinsiyet ayrımcılığına göre önemli ölçüde zordur. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı iddialarında ise ayrımcılık yaratan ölçütün ya da uygulamanın kendisi değil, yarattığı sonuçlardır. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığında işçi maruz kaldığı ayrımcılık ile ilgili somut ve kabul edilebilir bir kıyaslama yaptığı ve bu kıyaslamada kendisinin dolaylı cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle dezavantajlı konuma düştüğünü ispat ettiği takdirde ispat yükü işverene geçecektir.

Cinsiyet ayrımcılığına uğradığı iddiasında bulunan işçi mahkemeye başvurduğunda farklı cinste olsa idi ayrımcılık içeren davranışa maruz kalmayacağını ispat eder

³³⁶ Demir, F. (2014). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağının Diğer Tazminatlarla İlişkisi. Legal İSGHD. C.11. S.41. ss.15-25. s.24; aynı yazar(İş Hukuku).s.207.

³³⁷ Süzek (2019).s.449; Yenisey (2002).s.69;Yıldız (2008).s.363; Ekonomi(2006).s.157.

delilleri ortaya koyduğu takdirde ispat yükü işverene geçecektir³³⁸. Bu deliller uyumsuzluğun niteliği itibariyle diğer ayrımcılık türlerine göre soyut deliller olabilir ancak bu durum mahkeme tarafından kabul görmesine engel değildir. İspat yükü bu şekilde karşı tarafa geçecektir. Cinsiyet ayrımcılığına ilişkin fesih sürecinde diğer eşit davranmama ve ayırım türlerine göre içerdiği farklılık budur. Dolaylı cinsiyet ayrımcılığı da görece soyut veriler ve iddialar içeren bir tartışmadır³³⁹.

Cinsiyet temelli ayrımcılığın varlığına yönelik tespitlerde bulunulurken doğal olarak erkek ve kadın işçilerin ayrımcılığa konu edilen olaya ilişkin farklı bir durumunun olup olmadığı kıyaslanacaktır. Ancak bu kıyaslama yapılırken de birbirine eşit veya denk seviyede olan işçiler arasında kıyaslama yapılması gerekmektedir. Şayet işyerinde böyle bir işçi yok ise aynı işkolundaki başka işyerlerinde çalışan işçiler ile kıyaslama yapılması gerekmektedir. Eşit davranmaya yönelik tespitlerde kural aynı işyerindeki işçiler arasında bir kıyaslamaya gidilmesidir. Bu kadına karşı ayrımcılık konusunun öneminden ötürü ortaya çıkmış bir istisnadır³⁴⁰.

Yargıtay daireleri de cinsiyet temelli ayrımcılık konusunda daha hafif bir ispat külfetini işçiye yüklemektedir. Yargıtay 9. HD vermiş olduğu bir kararında hamile olduğunu işverene bildirdikten üç gün sonra performans yetersizliği gerekçesi ile çıkarılan işçinin geçmiş dönemlerde işvereninden takdir içerikli elektronik postalar almasının feshin ayrımcı olduğunu ortaya koymaya yeter nitelikte olacağını ifade etmiştir³⁴¹. Daire bu kararı ile işçinin cinsiyet ayrımcılığı yönünden somut delil göstermesine dahi gerek görmemiştir. Yargıtay 22. HD'nin de bu konudaki uygulamaları 9. HD ile paralellik arz etmektedir³⁴².

³³⁸ Yıldız (2008).s.364.

³³⁹ Yıldız (2008).s.311; Şener(2011).s.165.

³⁴⁰ Şener(2011).s.166;Yıldız (2008).s.312.

³⁴¹ Yargıtay Bilgi Bankası (2019).Yargıtay 9. HD 2016/1423 E., 2019/11167 K., 15.05.2019 (<http://karararama.yargitay.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

³⁴² Bu yönde bir karar için bkz: Lexpera(2019)Yargıtay 22. HD, 2019/1040 E., 2019/3811 K., 20.02.2019 (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

6.1.3. İspat Yüğü Konusunda Görüşümüz

İspat yüküne ilişkin tüm ifadelerimizden de anlaşıldığı üzere Türk Hukukunda eşit davranma borcuna ilişkin ispat yükü kural olarak işçiye yüklenmiştir. Sendikal nedenle ilgili olarak bir istisna, cinsiyet temelli ayrımcılık iddiaları için de bir hassasiyet tanınmıştır. İşçinin iddialarını somutlaştırdığı hallerde ise ispat yükünün işverene geçmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde yapılan dağılımın özünde hukuk mantığına uygun olduğunu ifade etmemiz gerekir. Salt işverenden eşit davranma borcuna uyduğunu ispatlamasını beklemek işveren için tam da adaletli olmayabilir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken en önemli husus işçinin ispat için gerekli araçlara ne derece erişme gücüne sahip olduğudur. İşveren kayıtları, emsal işyerlerine ilişkin kayıtlar, sendikalar bünyesinde yapılan çalışmalar ve bu çalışmalar sonucu ortaya çıkan raporlar işçinin tek başına erişebileceği belgeler değildir. Bu tür belgelere ulaşmak isteyen işçi, bu belgelerin gizli olduğu, üçüncü kişilerin bilgilerini içerdiği, işçinin talep ettiği belgelerin serbestçe paylaşılabilmesinin başkaca mevzuatlar ile kısıtlandığı gibi gerekçelerle amacına ulaşamamaktadır. Dolayısıyla arkasında sendika, örgütlü veya sistematik bir çalışma olmaksızın bu tür iddialarını ispatlaması bir hayli zor bir hal almaktadır.

Böyle durumlarda önerilecek çözümlerden birisi mahkemelere eşit davranma borcuna ilişkin davalarda re'sen araştırma yetkisi verilmesidir. Bu yetki verildiği zaman işçinin gücünün yetmediği durumlarda mahkemenin gücü ile gerekli belgelerin dosyaya gelmesi sağlanabilir. İşçinin herhangi bir yeni düzenleme olmaksızın da davayı açarken talepte bulunması ile de bu belgeleri kamu gücünü kullanarak mahkemeye getirmesi mümkündür ancak hem yargılama aşamasında ortaya çıkan belgeler, hem de davanın açılışı sürecinde gözden kaçan bir belge HMK gereği re'sen araştırma ilkesi olmadığı müddetçe dosyaya sunulamaz. Veya işçinin yargı önünde deneyimsiz olması halinde gerekli araştırmaların daha sağlıklı yapılması re'sen araştırma ilkesinin uygulanması ile yapılabilir. Veyahut işten çıkarılma korkusu ile işçi adına tanıklık yapmak istemeyen diğer işçiler mahkeme tarafından tanık olarak re'sen çağrıldıkları takdirde bu görevden kaçamayacaklardır. Bu tanıklar korku ile sağlıksız beyanlar verdiği takdirde de mahkeme tarafından yeniden tanık çağrılacaktır. Re'sen araştırma ilkesinin eşit davranma borcuna

ilişkin davalarda uygulanması bu şekilde avantajlar sağlayabilecektir.

Ayrıca eşit davranma borcuna ilişkin dediğimiz türden belgelere işçinin kolaylıkla ulaşabilmesi için özel düzenlemeler yapılmalıdır. Özellikle işveren nezdinde tutulan belgelerin işçilere temini konusunda bir düzenleme bu konuda işçiye büyük bir kolaylık sağlayacaktır. Veya işçinin bir kamu kurumu vasıtası ile bu tür belgeyi işverenden temin edebilmesi yönünde de bir düzenleme yapılması mümkündür.

Bir başka konu ise eşit davranma borcuna aykırılığa ilişkin idari yaptırımların salt şikayete tabi olması ve caydırıcı cezalar içermemesidir. Bu konu idari makamların denetim konularının içeriğinde de yer alabilir. En basitinden iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında bu konuya yer verilebilir, iş sağlığı ve güvenliği denetimlerine eklenilebilir. Eşit davranma borcuna aykırılıklar daha caydırıcı idari para cezalarına tabi tutulabilir. Şu anda İş Kanunu'nun 99. maddesine göre eşit davranma borcuna aykırılığın idari para cezası işçi başına 150-TL'dir.

Bunun haricinde AİHS'in Ek 12 Nolu Protokolü de iç hukukta yürürlüğe konulmalıdır. Metin içeriği itibariyle yürürlükteki mevzuattan farkı olmasa da protokol ayrımcılık yasağı ve eşit davranma konusunda AİHM'in daha geniş kapsamlı yargılamalar yapmasının önünü açmaktadır. Bu şekilde AİHM'den eşit davranma konusunda daha katı kararlar çıkması mümkün olabilecektir.

Mahkemelerin bu tür davalarda keşif yapmaları, bilirkişi heyetlerinde rapor almaları, uzmanlara işyerinde incelemeler yaptırmaları gibi ara kararlar konunun önemi açısından olumlu uygulamalardır. Ancak bu tür davalarda günümüz teknolojisi de gözetilerek daha kapsamlı şekilde, daha çeşitli şekillerde delil toplanması kanımızca gerekmektedir.

6.2. EŞİT DAVRANMA İLKESİNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMLARI

6.2.1. Hukuki Yaptırımlar

6.2.1.1. Geçersizlik Yaptırımı

Sözleşme serbestisinin sınırları yasada³⁴³ ve öğretilerde³⁴⁴ ortaya konulmuştur. Bu hususlar ortaya konulurken birtakım niteliğe sahip hükümlerin de sözleşmeye konu edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu tür hükümlerin sözleşmeye konulmasının ortaya çıkaracağı sonuç ise geçersizlik(kısmi hükümsüzlük)tir. Sözleşme serbestisi kapsamında kalmayan bu tür hükümler eşit davranma ilkesine aykırılık da teşkil edebilirler. Bu durumda eşit davranma ilkesine aykırı olan ve sözleşme serbestisi kapsamına giremeyen bu hükmün geçersizliği söz konusu olacaktır. İşçi, bunun dava yoluyla tespitini talep edebileceği gibi olası bir uyuşmazlıkta böyle bir iddia veya savunmaya dayanabilir.

Konu ile ilgili tartışmamız gereken bir başka husus ise sözleşmede bu tür bir hükmün varlığı halinde iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle fesih sebebi olup olmayacağı hususudur. Doktrinde ve yargı kararlarında, eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımının yasada belirtildiği, eşit davranma borcu ve ilkesinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden bağımsız olarak düşünölemeyeceği, geçerli nedenle yapılan feshin varlığı halinde bu nedenin altındaki menfaatler çatışmasının irdelenmesi gerektiği ve feshin buna göre geçerlilik tespiti yapılması gerektiği şeklinde bir yönelim söz konusudur. Genel olarak itibar edilen bu görüşe göre geçerli nedenle fesih veya haklı nedenle fesih haklarının kullanılabilmesi için ortada geçerli veya haklı bir nedenin bulunması gerektiğinden iş güvencesi ilkesinin fesih serbestisi ilkesini daralttığı görölmektedir. Bu durum haklı neden için de bu şekilde kabul

³⁴³ **Türk Borçlar Kanunu Madde 27:**"(1) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

(2)Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

³⁴⁴ Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sözleşmenin konusu ve içeriği yönünden değerlendirmesi için: Bkz: Oğuzman ve Öz(2016).s.80-85, İstanbul.

edilmektedir³⁴⁵. Dolayısıyla haklı veya geçerli nedenin üstün geldiği halde işveren tarafından eşit davranma ilkesi ile çelişecek şekilde fesih uygulanabilir ve bu durum genel görüşe göre feshi geçersiz veya haksız hale getirmez. Ancak böyle bir genellemeye ulaşmak kanaatimizce doğru değildir. Zira eşit davranma ilkesi çok farklı şekillerde, çok şiddetli bir biçimde ihlali mümkün olan bir ilkedir. Haklı ve geçerli nedenle fesih sebeplerinden çok daha hakkaniyete aykırı şekilde eşit davranma ilkesi ihlalleri söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kanaatimizce yapılması gereken şey menfaatlerin yarışdırılması, somut olayın özelliklerine göre uyuşmazlığın neticelendirilmesidir. İşverenler de uygulamada ayrımcılık yasağına aykırı ama eşit davranma ilkesine uygun olan çokça işlemde bulunmaktadır³⁴⁶. Doktrinde bir görüş bu niteliğe haiz işletmesel kararların, keyfi bir ayrımcılık içermesinden ötürü denetlenmesi gerektiği kanaatindedir³⁴⁷.

6.2.1.2. Eda Davası

Davacı tarafın, dava ettiği kişinin bir şeyi yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir şeyi yapmamaya mahkum edilmesini istediği davalara eda davası denir. Eda davalarına aynı haklar konu edilebileceği gibi kişisel haklar da eda davasının konusu olabilir³⁴⁸. Eda davası ile birlikte mahkeme talep edilen konu ile ilgili olarak kabul veya ret yönünde karar verecektir. Verilecek ret kararı davacının bir hakkının olmadığını tespiti anlamına gelecekken verilecek kabul kararı ile birlikte davacının dava konusunda bir hakkının olduğu tespit edilecek, ayrıca hakkın yerine getirilmesi için bir emir hükmü söz konusu olacaktır³⁴⁹.

Eda davasında işçi eşit davranma borcuna konu olan eylem hiç meydana gelmeseydi ne durumda olacak ise o durumun tesisi yönünde talepte bulunmalıdır. Bu dava eşitliğin sağlanması değil işçinin eşitsizlik nedeniyle oluşan dezavantajının ortadan kaldırılması içindir. Eşit davranma ilkesi bir hukuki ilke olduğundan dava ile

³⁴⁵ Çil(2007/2).s. 309; Yıldız (2008).s. 258.

³⁴⁶ Örnekler için Bkz: Süzek (2019).s.454.

³⁴⁷ Yıldız (2008).s.258-260.

³⁴⁸ Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2015). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara. Beta Yayınları. s. 318-319; Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2015). Medeni Usul Hukuku. Ankara. Oniki Levha Yayınları. s.247.

³⁴⁹ Pekcanitez- Atalay- Özekes, s. 248.

işverenin eşit davranması yönünde karar alınması mümkün değildir³⁵⁰.

Eda davası niteliği itibariyle konusu para olabilecek türden bir davadır. İşçi, işverenden eşit davranmama halini oluşturan eylem veya eylemsizliğini ortadan kaldırmayı talep etme hakkını eda davası ile kullanamaz. Bunun için saldırının önlenmesi talepli olarak dava açması gerekir. Eda davası ile işçi eşit davranma borcuna aykırı eylem veya eylemsizlikler nedeniyle uğradığı parasal zararı talep edebilir, işverenin hukuka uygun davranması hali ile arada oluşan menfaat farkı eda davasının konusudur.

6.2.1.3. İş Görmekten Kaçınma

İşçinin yapılan işin eşit davranma borcuna aykırı olduğu hallerde iş görme ediminden kaçınma hakkı bulunmaktadır. Ancak kaçınma eylemini yaparken iş sözleşmesinin ve taraflarının diğer yükümlülüklerinin zarar görmesine engel olacak şekilde yapmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak ayrıca Borçlar Kanunu'nun 408. maddesinin de incelenmesi gerekmektedir. Madde metninde; “*İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez.*” demektedir. Hüküm iş sözleşmelerinde alacaklı temerrüdüne ilişkindir. Alacaklı temerrüdüne ilişkin şartların varlığı halinde de işçi işi görmekten kaçınabilecektir. Tabi ki böyle bir konuda işçi, iddiasını ispat etmekle yükümlü olacak ve yaptığı tespitin hatalı olması halinde bunun sonuçlarından da sorumlu tutulacaktır. İşçinin iş görmekten kaçınmadan önce bu durumu da göz önünde bulundurması da gerekmektedir.

6.2.1.4. Maddi ve Manevi Tazminat

Kanunda düzenlenen eşit davranmama tazminatına işçinin hak kazanabilmesi için öncelikle iş ilişkisinin kurulmuş olması aranmaktadır. Bu durum sözleşme görüşmeleri esnasında eşit davranma ilkesine aykırı davranışları kapsam dışında kalmasına sebep olmaktadır. Sözleşme görüşmeleri esnasında eşit davranma ilkesine

³⁵⁰ Tuncay(1982).s.219-220.

aykırı davranışlar meydana gelmesi halinde buna ilişkin talepler culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında mümkün olacaktır. Culpa in contrahendo sorumluluğundan doğan talepler niteliği itibariyle tazminat hükmündedir ve bu başlık altında ifade edilmelidir.

İş sözleşmesinin devamı veya feshi aşamasında işveren tarafından eşit davranma ilkesine aykırı eylemlerde bulunduğu takdirde de maddi veya manevi tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır. İşçi eşit davranma tazminatı ile birlikte bunları da uygun düşüğü ölçüde talep edebilecektir³⁵¹. Eğer işçinin eylem nedeniyle malvarlığında dar veya geniş anlamda bir azalma meydana geldiyse veya manevi bütünlüğü zarar gördüyse maddi ve manevi tazminat talep etmesinin önünde bir engel yoktur. İşçinin işverenden iş güvencesi kapsamında tazminat ve alacaklar tahsil etmiş olması da bu taleplerini engeller nitelikte değildir.³⁵² İşverenin eşit davranmaya aykırı fiilinin aynı zamanda bir haksız fiil olması halinde de TBK'da düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat talep etme yükümlülüğü doğmaktadır³⁵³. İşverenin eyleminin haksız fiil kapsamında değil de borca(sözleşmeye) aykırılık³⁵⁴ hükümleri kapsamında olduğu hallerde de işçinin tazminat talep etme hakkı söz konusu olacaktır.

6.2.1.5. İşçinin Fesih Hakkı

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı aynı zamanda İş Kanunu'nun 24/II-f maddesi uyarınca haklı fesih sebebi olarak değerlendirilebilir. Madde hükmünde işçiye iş şartlarının uygulanmaması nedeni haklı nedenle fesih imkanı tanımaktadır. Eşit davranma borcuna aykırılık da bu kapsama girdiği düşünülebilir³⁵⁵³⁵⁶. İşçi bu şekilde iş sözleşmesini feshettiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanacaktır; fesih işlemi işçi tarafından yapıldığı için ise ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır. İşçi bu şekilde yapacağı fesih işleminde herhangi bir süreye uymak durumunda değildir,

³⁵¹ Demir(2019).s.206.

³⁵² Kurşun(2006).s. 91; Yıldız (2008).s. 326.

³⁵³ Fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı.

³⁵⁴ TBK md. 112: *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”*

³⁵⁵ Bkz. bşk. 5.6.3.2.2.

³⁵⁶ Yüksel(2000).s. 351; Şener(2011).s.173; Tuncay(1982).s. 233; Yıldız (2008).s. 327.

bu hakkını derhal kullanabilecektir. İşçi, yıllık izinleri kullanılmadığı takdirde fesih ile birlikte bunların nakdi karşılıklarını da talep edebilecektir.

6.2.1.6. Saldırının Önlenmesi Davası

İşveren tarafından uygulanan eşit davranma borcuna aykırı eylemin aynı zamanda işçinin kişiliğine yönelmesi söz konusu olabilir. İşçi bu durumda kişilik haklarına saldırının önlenmesi davası açabilir. İşçi, bu davada maddi bir talepte bulunmayacaktır, talep işçinin kişiliğini koruma saiki güden aynı bir talep olacaktır. İşçi bu dava ile birlikte kişilik haklarına devam eden saldırının sonlandırılmasını talep edecektir. Bu davanın açılabilmesi için devam eden bir saldırı bulunmalıdır. Saldırının mevcut olmadığı veya sona erdiği hallerde bu davanın açılması ile bir netice elde edilmesi mümkün olmayacaktır. Açılacak olan bu davanın ispat yükü de işçinin üzerindedir.

6.2.1.7. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranmama tazminatı eşit davranma ilkesine aykırılık halinde doğmaktadır. Kanunda her ne kadar dört aya kadar ifadesi yer alsada uygulamada eşit davranma tazminatı işçinin dört aylık ücreti kadar bir tutar olarak belirlenmektedir.

Eşit davranma tazminatına hükmedilmesi hali işçinin iş güvencesinden kaynaklanan haklarının talep etmesine engel değildir. İşçinin eşit davranma borcuna aykırılık nedeni ile maddi manevi tazminat talep etmesi de bu tazminata hak kazanmasına engel değildir.

Yasanın gerekçesinde de ifade edildiği üzere işçinin tazminata esas ücreti işçinin gerçek ücreti üzerinden hesaplanacaktır. Burada gerçek ücretten kasıt çıplak brüt ücretidir.³⁵⁷ Ücretin eklentileri anlamına gelen menfaatler tazminat hesabında ücrete dahil edilmeyecektir. Ayrımcılık tazminatının nev'i gereği bu tazminata hak kazanmak için işçinin zarar gördüğünü kanıtlamak gibi bir zorunluluğu yoktur, bu

³⁵⁷ Demir(2019).s.206.

tazminat ceza niteliğindedir³⁵⁸.

Bunun yanında dört aylık tazminatın ayrımcılık nedeniyle yaşanan mağduriyeti karşılamaktan uzak olduğu konusunda doktrinde görüşler mevcuttur³⁵⁹. Bu görüşlere katılmaktayız. Sendikal nedenlerden çok daha ciddi derecede mağduriyet doğurabilecek eşit davranmama örnekleri bulunmaktadır, sendikal nedenin 12 aylık tazminatı gerektirdiği düşünüldüğünde diğer eşit davranmama türlerinin için de benzer miktarlarda tazminatlar düşünülmelidir.

Taraflar yapacakları sözleşme ile eşit davranma tazminatının miktarının artırılması yönünde karar alabilirler³⁶⁰. Bu işlemler TİS ile de yapılabilir. Ancak tazminatın azaltılması yönünde anlaşma yapamazlar. Şayet böyle bir anlaşma yaparlarsa bu hükmün niteliği geçersizlik olacaktır³⁶¹.

Bu arada cevaplamamız gereken bir diğer soru da ayrımcılık tazminatların işçi hak edebileceği hangi tür tazminat ve alacaklarla beraber talep edilebileceğidir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki sendikal temelli bir ayrımcılığın varlığı söz konusu ise işçi sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatını beraber talep edemeyecektir³⁶². Ancak iş güvencesine sahip olmayan işçiler tarafından kötü niyet tazminatıyla birlikte talep edebileceği yönünde görüşler mevcuttur³⁶³. Bu görüşü savunan yazarlar, temelde İş Kanunu'nun 5/6. maddesinde işçinin yoksun kalınan hakları talep edebileceğinin ifade edildiğini, yalnızca Sendikalar Kanunu'nun 25. Maddesinin haklarının bu hükümde saklı tutulduğunun belirtildiğini, kötü niyet tazminatına ilişkin hakkının

³⁵⁸ Süzek (2019).s. 455; Aktay, Arıcı ve Kaplan (2010).s. 157; Demir(2019).s. 208; Günay (2005).s. 246; Kaya (2009).s. 169; Keser(2004).s. 69; Kurşun(2006).s. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal(2019).s. 200; Yenisey (2002).s.77.

³⁵⁹ Süzek (2019).s.455; Yenisey(2006/2).s.77. Ayrıca AB hukukunda ayrımcılık tazminatına zararlar orantılı olarak hükmedildiğine ilişkin olarak: Bkz: Yıldız, G.B. (2014). Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi. Prof. Dr. M. Polat Soyler'e Armağan. C.1, İzmir. ss. 681-707. s.699.

³⁶⁰ Süzek (2019).s.455; Yenisey(2006/2).s.77; Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal(2019), s.198-199, Aykaç, H.B. (2016) Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlanması. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar. S.2. İstanbul. (ss. 47-133). s. 116

³⁶¹ Çil (2007).s. 321; Kaya (2009).s. 169; Süzek (2019).s. 456; Yıldız (2008).s. 330.

³⁶² Süzek (2019).s. 456; Çil(2007), 675-676. Aynı konuda verilmiş bir Yargıtay kararı için Yargıtay 9. HD, 2004/12988 E., 2006/477 K., 11.01.2005.

³⁶³ Süzek (2019).s.456; Aykaç (2016).s.121; . Mollamahmutoğlu- Astarlı-Baysal(2019).s. 198-199; Yıldız (2008).s.361; Yuvalı(2011).s. 222.

madde hükmünde saklı tutulmamasından ötürü bu hakkın da maddede geçen“yoksun kalınan haklar” kapsamına gireceğini ve talep konusu yapılabileceğini belirtmektedirler. Yazarlar bunun yanında işverenin hem ayrımcı hem kötü niyetli saiklerle işçiyi işten çıkarmasının mümkün olduğu, bu durumda tek bir tazminata hükmedilmesinin işçinin mağduriyetini gidermeyeceğini ifade etmektedirler. Ayrıca aynı yazarlar iki tazminata aynı anda hükmedilmesi konusunda ortada bir tereddüt var ise işçi lehine yorum ilkesinin de müspet yöndeki görüşleri desteklediğini ifade etmektedirler. Buna karşın bir grup yazar da kötü niyet tazminatının ayrımcılık tazminatının özel bir görülüş şekli olduğunu, bu nedenle aynı anda talep edilemeyeceğini ifade etmektedir³⁶⁴. Kanaatimiz iki tazminatın aynı neviden olduğu ve birlikte istemeyeceği yönündedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki 4 aylık tazminatın ne kötü niyet halini ne de ayrımcılık yasağını caydırmak için yeterli bir meblağ değildir, ayrımcılığa ve kötü niyete maruz kalan işçilerin zararını karşılamaya da yeterli değildir.

Doktrinde işverene tek bir fesih nedeniyle birden fazla yaptırım uygulanamayacağı, bu nedenle ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatının da aynı anda talep edilemeyeceği yönünde görüşler söz konusudur³⁶⁵. Ancak bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira ayrımcılığa konu fiiller iş sözleşmesi devam ederken de dava edilebilecek fiillerdir, ayrımcılık tazminatı talep edebilmek için iş sözleşmesinin sonlandırılmasına gerek yoktur. İş güvencesinden kaynaklı talepler için işçinin iş sözleşmesinin sonlanmış olması zorunludur. Bu bağlamda iki tür tazminatın birbirinin ikamesi değildir³⁶⁶.

Yargıtay 9. HD ise bazı kararlarında işçiye yapılan her türlü ayrımcılığın eşit

³⁶⁴ Demir(2019).s.158-159; Ertürk, Ş. ve Gürsel, İ.(2011). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. Prof. Dr.Sarper Süzek'e Armağan. C.1. ss. 425-456.s.450. Kötü niyet tazminatının ayrımcılık tazminatının özel görülüş şekli olduğunu ifade eden yazar için bkz: Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat(2016).s.329,

³⁶⁵ Çelik, N. (2007) İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar. Legal İSGHD. S.14. ss. 485-498. s.493; Tuncay(1982),(Eşit Davranma).s.36-37. Aynı yönde Yargıtay kararları için, Yargıtay 9. HD., 2012/13065 E., 2012/233353 K., 18.06.2012; Yargıtay 9. HD 2006/30630 E., 2007/18174 K.,06.06.2007.

³⁶⁶ Süzek yine İş Kanunu md. 5/6'nın mefhumu muhalifinden ötürü bu sonuca varmaktadır, Süzek (2019).s.457. Birlikte istenebileceği yönünde Yargıtay kararı için: Bkz: Yargıtay 22. HD, 2015/15750 E., 2015/20058 K., 09.06.2015.

davranma tazminatına hükmedilmesini gerektirmediğini ifade etmektedir. Daire, kararlarında eşit davranma ilkesini dar bir şekilde yorumlamakta olup, yasada belirtilen ayrımcılık sebebi ile sınırlı kalmaktadır. Benzer sebepler ibaresi dairenin görüşüne göre maddeyi genişletici hale getirmemektedir³⁶⁷.

6.2.2. İdari Yaptırımlar

İşverenin eşit davranma borcunu ihlal etmesi halinde idari yaptırımlar ile de karşı karşıya kalması olasıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 99. maddesi kapsamında işverenin eşit davranma borcuna aykırı eylemlerde bulunması halinde hakkında işçi başına 150-TL para cezasına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁶⁸.

Konu ile ilgisinden ötürü Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu(TİHEK)'ten da bahsetmemiz gerekmektedir. TİHEK, 20/04/2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Eşit davranma borcuna ilişkin ihlaller de kurumun görev tanımına girmektedir³⁶⁹. TİHEK,

³⁶⁷ Konu ile ilgili olarak bkz: Yargıtay 9.HD 2016/3906 E., 2019/10613 K., 13.05.2019; Yargıtay 9. HD, 2015/26907 E., 201820333 K., 12.11.2018; Yargıtay 9. HD, 2015/23051 E., 2018/17844 K., 09.10.2018 (<http://karararama.yargitay.gov.tr>)(Erişim Tarihi: 19.12.2019)

³⁶⁸ İş Kanunu Madde 99 – (Değişik: 6/5/2016-6715/4 md.): “*Bu Kanunun; a) 5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası... cezaya hükmolunur.*”

İfade etmek gerekir ki hükümde geçen tutarlar 2016 yılına ilişkindir. Hükümün 2019 yılındaki uygulaması meblağ itibariyle değişkenlik gösterebilecektir.

³⁶⁹ Tihék(2019)“*Ulusal İnsan Hakları Kurumu olmanın yanı sıra TİHK, “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Seçmeli Protokol” (OPCAT) bağlamında, işkencenin ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da cezanın önlenmesi konusunda çalışmalar yürütmek üzere 9/12/2013 tarihli ve 2013/5711 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Ulusal Önleme Mekanizması olarak belirlenmiştir.*

Özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin alıkonuldukları ceza ve tutukevleri, kamplar, bakım merkezleri gibi yerlerde işkence ve kötü muamele vakalarının yaşanmaması amacıyla bu yerlere yönelik izleme, inceleme, denetleme, değerlendirme ve raporlama faaliyetlerini yürüten bir ulusal önleme mekanizması görevinin TİHK’in sorumluluğuna yüklenmesi, Kurumun kapasitesinin de güçlendirilmesi ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 10 uncu maddesi ve Türkiye’nin taraf olduğu temel insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen ayrımcılık yasağına karşı etkin mücadele amacıyla bir eşitlik kurumunun kurulması, hem bu alandaki çalışmaların daha etkili yürütülmesi hem de AB müktesebatına uyum çerçevesinde ele alınmıştır. Bu doğrultuda Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kurumsal kapasitesinin artırılarak etkinliğinin artırılması, ayrımcılık yasağı ve

Türk Hukukunda bir kanun yolu olarak düzenlenmemiştir, uyuşmazlıklarla ilgili olarak haricen başvuru almaktadır. Başvurular üzerinde yaptığı tahkikatlar neticesinde para cezası tecziye etme yaptırımına sahiptir. Eşitliğe ilişkin uyuşmazlıklar kurumun başlıca yetkili olduğu alanlardandır.

Öncelikle TİHEK'e başvuracak olan işçinin başvurusunu yapmadan evvel kanuna aykırı olduğunu düşündüğü uygulamanın düzeltilmesini işvereninden talep etmesi gerekmektedir. İşçinin bu talebinin işverence reddedilmesi veya 30 gün boyunca cevaplanmaması halinde işçi TİHEK'e başvuru hakkı kazanacaktır. Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimalinin söz konusu olduğu 30 işverene başvuru şartını aramayabilecektir. Kuruma yapılan başvuru dava zamanaşımı süresini durdurmaktadır.

İş hukukuna ilişkin başvurularda kurumun bir başvuru ön şartı bulunmaktadır. 6701 sayılı yasanın 17/5 maddesine göre 4857 kanun kapsamına giren bir uyuşmazlıkta kuruma başvurulabilmesi için önce ilgili yasa ve mevzuat çerçevesinde başvuru ve şikayetlerin yapılıp bunlardan sonuç alınamaması şartına bağlanmıştır. Buna göre işçinin TİHEK'e ayrımcılık iddiası ile başvurabilmesi için önce yasal yollara başvurup netice alamaması gerekmektedir.

Yasanın 17/2 maddesi uyarınca kuruma başvuru yapma şartları sağlamış olan işçi önce işverene başvurarak kanuna aykırılığın düzeltilmesini talep etmek zorundadır. İşçinin bu talebinin reddedilmesi veya 30 gün süreyle yerine getirilmemesi halinde işçi kuruma başvurma hakkını kazanır. Başvurular ücretsizdir.

Kurum, başvurunun yapılması ile birlikte şikayet olunanın yazılı sunmasını isteyecektir. Yazılı görüş adı da verilen savunma, kurumun savunma talebinin

eşit muamele ile ilgili temel yasal çerçevenin ve kurumsal yapının düzenlenmesi, işkence ve kötü muameleyle karşı ulusal önleme mekanizmasının etkinliğinin ve işlerliğinin artırılması amacıyla Paris Prensipleri, ilgili AB müktesebatı ve AB üyesi ülkeler başta olmak üzere uluslararası örnekler dikkate alınarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 20/04/2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6701 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulmasıyla birlikte 6332 sayılı Kanunla kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu lağvedilmiştir.”
(<https://www.tihék.gov.tr/hakkimizda/>)(Erişim Tarihi: 11.12.2019)

tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde kuruma teslim edilmelidir. Yazılı savunma alındıktan sonra başvurucuya gönderilerek savunmaya ilişkin görüşlerini sunması için on beş günlük süre verilir. Tarafların 15'er günlük ek süre talep etme hakları bulunmaktadır. Taraflara sözlü savunma hakkı da talep edebilirler.

TİHEK tahkikatlarında ispat yükü başvurucunun yani işçinin üzerindedir.

Yapılan tahkikat neticesinde; ayrımcılık yasağının ihlal edildiği tespit edildiğinde, ihlalin derecesi ve sonuçları göz önünde bulundurularak bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacaktır. Kurulun, verdiği cezayı bir kereye mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilme yetkisi bulunmaktadır. Uyarı cezası ile tecziye edilen kişi veya kurumun yeniden ayrımcı fiilde bulunması halinde bu kişiye verilecek olan ceza yarı oranında artırılır. Her halde bu ceza kanunda yer alan üst limiti geçemeyecektir.

Bir başka idari yaptırım olarak KVKK'dan yer alan yaptırımlardan bahsetmemiz gerekmektedir. 6698 sayılı kanunda kişiler verilerin veri işleyiciler tarafından rıza dışı olarak işlenmesi ve kullanılması hali yaptırıma bağlanmıştır. İşçilerin verilerinin işveren tarafından işlenip kullanılması da bu kapsamdadır. İşçilere ait olan pek çok verinin işveren tarafından amacına aykırı ve işçinin rızası dışında kullanılması hali ile eşit davranma ilkesinin ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Kanun bunu yasaklamıştır. İşverenin bu yasağı ihlal ettiği hallerde işçiye işverene yazılı olarak başvurması hakkı kanun ile verilmektedir. İşveren başvuruya ilişkin 30 gün içerisinde bir cevap vermek ve cevabının gereğini yapmak durumundadır. İşveren ihlali ortadan kaldırmadığı veya kısmen kaldırabildiği takdirde işçinin cevabın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde veya her halde 60 gün içerisinde Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na başvuracaktır. Kurul, uyuşmazlıkla ilgili bir karar verecek, gerekli gördüğü takdirde işverene idari para cezası uygulayabilecektir. Kanununun 18. Maddesinde; *“Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar; b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000*

Türk lirasına kadar, c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir.”denilmektedir. Bir başka deyişle idarenin caydırıcı meblağlarda cezalar kesme yetkisi bulunmaktadır.

Bunun haricinde kamu kurumlarında hizmet akdi ile çalışan kişilerin tabi oldukları mevzuatta da aykırılıklara ilişkin çeşitli yaptırımlar yer alabilir. Bu yaptırımlar neticesinde işveren gerçek veya tüzel kişiye yaptırım uygulanması söz konusu olabilir.

6.2.3. Cezai Yaptırım – Ayrımcılık Suçu

Ayrımcılık suçunun Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde yer aldığı konusunu daha önceki konularda ifade etmiştik. İşveren tarafından gerçekleşen eylemin bu suç kapsamına girdiği hallerde işveren hakkında yasada öngörülen cezalara hükmolunması gerekmektedir. Ancak ceza yargılaması nitelik itibariyle kesinlik üzerine kurulu olması nedeniyle hukuk yargılamasından farklı olarak, çok daha net bir şekilde işveren tarafından gerçekleştirilen fiilin eşit davranma borcuna aykırı olduğu hususunun ispatlanması gerekmektedir. Bunun yanında ceza yargılamasında konunun ispatına ilişkin bütün yükün şikayetçi olan işçide olacağı kuşkusuzdur. Konuya ilişkin şüphenin varlığı işverenin ceza almaması sonucunu doğuracaktır. Netice itibariyle ceza yargılaması ve hukuk yargılaması birbirinden farklıdır ve yargılamalar neticesinde birbirinden farklı sonuçlar doğabilir.

Ceza kanunda tüzel kişilerin ayrımcılık suçunu işlemesine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kanunun güvenlik tedbirleri kısmında da bu şekilde bir konuya değinilmemiştir. Bu nedenle işverenin tüzel kişi olması halinde cezai anlamda tüzel kişiye bir yaptırım uygulanamayacaktır. Ancak suçun oluşmasına ilişkin eylemi gerçekleştiren gerçek kişinin konu ile ilgili cezai sorumluluğu devam edecektir. Bununla birlikte eylemi gerçekleştiren kişinin işveren nezdindeki en üst düzey görevli kişi olmaması durumunda bu kişiyi üstü sıfatında çalışan kişilerin olay

üzerindeki rolü de yargılama sürecinde araştırılacaktır.³⁷⁰.



³⁷⁰

Yenidünya, C. (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi, ve Ayrımcılık Yasası Semineri. Çalışma ve Toplum. S.11, 2006, ss. 97-127., s. 103; Yıldız (2008).s. 343; Şener(2011) s. 184.

BÖLÜM 7: SONUÇ

Çalışmamız kapsamında ulaşılan sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz.

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansımasıdır. Genel hukuk için eşitlik ilkesi ne kadar önem arz ediyorsa iş hukuku için de eşit davranma ilkesi aynı oranda önem arz etmektedir.

Eşit davranma ilkesi İş Kanunu'nun 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninin ilk fıkrasında iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal ve felsefi düşünce, inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle işçiler arası ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. İkinci fıkroda, kısmi süreli çalışan ile tam süreli çalışan, belirli süreli sözleşme ile çalışan ile belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçiler arasında da ayırım yapılması yasaklanmıştır. Üçüncü fıkroda, iş sözleşmesinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı; dördüncü ve beşinci fıkroda salt cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılamayacağı, altıncı fıkroda bu yasakların ihlali nedeniyle Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hariç olmak üzere dört aylık ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği, son fıkroda ise ispat yükünün kural olarak işçide olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında işveren tarafından sözleşme feshedildiğinde ve işçi hafif ispat külfetini gereği gibi yerine getirdiğinde ispat yükünün işverene geçeceği ifade edilmiştir. Eşit davranma ve ayrımcılık konusu aynı zamanda Anayasa'nın 10. Maddesinde, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde, Engelliler Kanunu'nun 14. maddesinde ve TİHEK Kanunu'nun 3., 4., 5. ve 6. maddesinde de geçmektedir.

Madde metninde cevap verilmeyen sorulardan ilki iş sözleşmesinin kuruluşunda işçiye eşit davranma ilkesi kapsamında koruma sağlanıp sağlanmadığıdır. Madde metninde gebelik ve cinsiyet ayrımcılığı hallerinde iş akdinin kuruluşunda da işverenin eşit davranma borcu olduğu konusu dile getirilmiş ancak eşit davranma borcunun diğer konuları yönünden böyle bir vurgulama yapılmamıştır. Bu hüküm haricinde özel hükümlerde de engelliler ve sendikal sebepler yönünden istihdam

korumasının olduğu gör÷lmektedir. Ayrıca TİHEK Kanunu'nda istihdama yönelik olarak ayrımcılık yasağı kanun kapsamına giren ayrımcılık tipleri ile sınırlı olarak düzenlenmiştir. Ancak TİHEK Kanunu'nda yer alan yasağın iş hukuku yönünden bağlayıcılığı yoktur, TİHEK Kanunu'ndaki düzenleme işverene sadece idari yaptırım uygulanması sonucunu öngörmektedir. Görüşümüz, diğer eşit davranma ilkesine aykırı eylemlerin de iş sözleşmesinin kuruluşu ve sözleşme görüşme safhasında gerçekleşmeleri halinde eşit davranma yasağının kapsamına girdiği ancak bunun yaptırımının dört aylık tazminat değil culpa in contrahendo olduğu yönündedir. İşverenin istihdam aşamasında ayrımcılık yapması kanunla yasaklanmış iken bunun işçi lehine özel bir yaptırımının olmaması işçinin menfaatinin korunmasına engel olmaktadır. Bize göre culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklı tazminat yerine işe alım sürecindeki ayrımcılıkları kapsayacak, ayrımcılık tazminatına benzer mahiyette bir tazminatın varlığı bir gereksinimdir. Hatta ayrımcılık tazminatının kapsamının genişletilerek işe alım sürecine ilişkin de uygulama alanı bulması bu sorunu çözebilecektir.

Tüm bunların haricinde yaş ile ilgili olarak da yeni bir düzenleme yasa metnine eklenmelidir. Emeklilik için gün ve sigortalılık yılı şartlarını doldurmuş olan işçilerin 1475 sayılı kanununun 14. Maddesi gereği iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakları vardır. İşverenler bu statüdeki işçileri çalıştırmaktan imtina etmektedir. Belirli bir yaşın üzerindeki kişiler bu nedenle iş bulmakta güçlük yaşamaktadır. Bu işçilerin kanundan doğan yetkilerinden ötürü mağdur olmaları söz konusudur. Haklı nedenle fesih hakkı niteliği itibariyle de vazgeçilebilir veya sınırlandırılabilir bir hak değildir. İşçiler bu haklarından iş sözleşmesi akdederken feragat edemezler. İşçiye yasanın tanıdığı yetki işçinin iş bulmasına engel olmaktadır. Yasanın doğurduğu mağduriyeti yasa koyucunun düzeltmesi gerekmektedir. Özellikle işsizliğin her geçen gün arttığı, yükselen fiyatların emeklilik maaşlarını erittiği bu günlerde bu yönde düzenlemeler belirli bir yaşın üzerindeki kişiler için ihtiyaç halini almıştır.

Maddede gereği gibi cevap verilmeyen sorulardan diğeri işverenin fesih konusundaki sınırlarıdır. Doktrinde kimi yazarların fesih konusunda işverenin eşit davranma borcunun olmadığı, kimisinin ise çok sınırlı şekilde bağlı olduğu konusunda

görüşlere sahip olduğunu çalışmamızda belirttik. Kanaatimiz ise işverenin eşit davranma ilkesi yönünden de keyfi fesihlerine bir yaptırım getirilmesi gerektiği yönündedir. İş güvencesi kapsamında işverene bu yönde uygulanan yaptırımlar uygulanmaktadır ancak kimi zaman bu uygulamalar yeterli gelmemektedir. Bu nedenle eşit davranma borcunun daha sıkı şekilde uygulanması işveren açısından da keyfi fesihler konusunda caydırıcı olacaktır. Fesih konusunda yine özel hükümler ile korunan ayrımcılık türleri bulunmaktadır. Bunun haricinde Yargıtay da kararlarında özellikle cinsiyet temelli fesih iddialarını Türkiye'nin bu konuda taraf olduğu uluslararası hukuk metinlerindeki hükümleri de göz önünde bulundurarak daha titiz şekilde incelemektedir.

Yargıtay Daireleri, İş Kanunu'nun 5. Maddesini her yönüyle dar yorumlamaktadır. İşçiden ispat edemeyeceği hususlarda delil sunması beklenmektedir. İş güvencesine ilişkin hükümler ve fesih konusunda işçilere bu şekilde sağlanan koruma işçilerin önemli bir menfaat kaybının önüne geçmektedir. İşçiler iş güvencesi hükümleri ile eşit davranma tazminatından daha yüksek değerdeki menfaatleri elde etmektedir. Ancak işverenin eşit davranma borcu önemli bir borçtur. Borcun sosyal yönü ekonomik yönüne kıyasla çok daha yüksektir. Eşit davranma borcu işçilerin haklarının adil bir şekilde dağıtılması için vardır, önemli bir işlevi bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki Yargıtay kararlarında cinsiyet ayrımcılığı ve sendikal nedenlerle olan fesihlerde özel bir duyarlılık gösterilmektedir. Zaman zaman engellilik ile ilgili ihlallerde de bu durum gerçekleşebilmektedir. Ancak geri kalan nitelikteki eşit davranma borçlarına ilişkin kararların tamamına yakını işçi aleyhinedir. Bu durum aslında ortada irdelenmesi gereken bir sorun olduğunun işaretidir.

Belirtmek istediğimiz bir başka husus ise işverenin diğer bazı borçlarından farklı olarak eşit davranma borcuna ilişkin aykırılıkların salt şikayet üzerine tespit edilebilir durumda olmasıdır. İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamındaki pek çok yükümlülüğü devlet tarafından sıkı bir şekilde denetlenmektedir. Eksikliği halinde işverene idari yaptırımlar uygulanmaktadır. Bu konularda bir ihlalin müeyyideye tabi tutulması için işçiye yansımaları bile aranmamaktadır. Ancak eşit davranma borcuna yönelik olarak böyle bir denetim söz konusu değildir. İşveren bir işçi tarafından

şikayet edilmediği müddetçe bu konular devlet tarafından gereği gibi denetlenmemektedir. İhlallerin İş Kanunu'na göre yaptırımı da işçi başına 150-TL'dir. TİHEK kapsamındaki cezalar da miktarları itibariyle caydırıcı değildir. Kanaatimiz bu konunun denetiminin etkin şekilde yapılması gerektiği yönündedir.

Yine kanaatimiz eşit davranma borcunun kapsamının dar olarak yorumlandığı yönündedir. Gerek AİHS'in ayrımcılık yasağı ile ilgili olan Ek-12 Nolu Protokol'ünün iç hukukta yürürlüğe konmuş olmaması, gerekse de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte ayrımcılık ile ilgili olarak düzenlenen 25. maddesinin 2821 sayılı kanunun ilgili hükmüne göre daha düşük seviyede koruma sağlaması bu düşüncemizin dayanağını oluşturmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi yasanın 25. Maddesindeki iki sınırlama yönünden vermiş olduğu iptal kararı ile işçiler aleyhine yapılan bu düzenlemenin Türk Hukuku'na aykırılık teşkil ettiği yönünde sonuca varmıştır.

Eşit davranma borcunun yaptırımları yönünden öncelikli olarak eşit davranma borcuna aykırı eylemin işçinin kişilik haklarına saldırı anlamını taşıdığı hallerde işçi saldırının önlenmesi davası açabilecektir. Bunun haricinde işçinin eda davası açarak eşit davranma borcu nedeniyle elde edemediği hakkını dava yoluyla talep etmesi mümkündür. İşçinin eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle iş görmekten kaçınma hakkı bulunmaktadır; kaçınma işlemi kendi isteğiyle yapabileceği gibi dava yoluyla bu konuda bir hüküm de elde edebilecektir. İşçinin bunlar dışında İş Kanunu md. 5 kapsamında ayrımcılık tazminatına hak kazanması söz konusu olabilecektir. Ancak bu tazminat sadece kanunda sınırlı eşit davranma halleri ile ilgili olarak, iş akdinin kurulması ve feshinde belirli istisnalara tabi olarak verilmektedir. Bunun dışında işçi iş güvencesi kapsamında ise tarafımızca işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı haklı nedenle fesih sebebidir ve işçi bu nedenle iş akdini feshedebilecektir. İşçi iş güvencesi tazminatları ile birlikte ayrımcılık tazminatını da fesih sebebi uygun düştüğü ölçüde talep edebilecektir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki özel düzenleme uyarınca işçinin işveren tarafından sendikal ayrımcılık nedeniyle işten çıkarılması halinde sendikal tazminat talep etme hakkı söz konusu olacaktır. Ancak madde hükmü gereği İş Kanunu md. 5'teki ayrımcılık tazminatı, sendikal ayrımcılık tazminatı ile aynı anda talep

edilemeyecektir. Bunlar dışında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı eylemlerinin idari ve cezai yaptırımları bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 99. Maddesinde işverenin eşit davranma ilkesine aykırı eylemleri için yaptırım olarak işçi başına idari para cezası verilmesi düzenlenmiştir. Ayrıca işverenin TİHEK Kanunu kapsamına girecek türden bir davranışının varlığında kurumun işverene 1.000-TL ile 15.000-TL tutarı arasında para cezası kesmesi söz konusu olabilecektir. Bunun yanında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı eyleminin TCK md 122'ye aykırı olması halinde hakkında hapis cezasına hükmedilebilecektir.



KAYNAKÇA

Academia(2019). Erişim Kaynağı:(<https://www.academia.edu>) (Erişim Tarihi: 29.11.2019)

Adalet Bakanlığı(2019). (<https://ceza-bb.adalet.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 29.11.2019)

Aktay, N., Arıcı, K.ve Kaplan, E.T. (2010). İş Hukuku. İstanbul. Seçkin Kitabevi.

Akyiğit, E. (2007). İş Hukuku. Ankara. Seçkin Kitabevi.

Alp, M.(2006). Otuz Hizmet Yılıını Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep midir?. Legal YKİ Dergisi. S2. ss.141-158.

Alp, M. (2007). Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi, Legal YKİ Dergisi. S: 4. ss. 171-189.

Alpagut, G. (2007). İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu 11. Yıl Toplantısı. 8-9 Haziran 2007 . ss. 24-25.

Alpagut, G. (2005). Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler. Mercek, Ekim. ss. 152-160.

Alpagut, G. (2006). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?. Sicil İSGHD. S.4 ss. 95-105.

Aykaç, H.B. (2016) Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar. S.2. İstanbul. (ss. 47-133). s. 116

Bakırcı, K.(2007). Avrupa Birliği Herkes İçin Fırsat Eşitliği Yılı(Online): Erişim Adresi: <https://http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2007-73-kadriyebakirci.pdf>. Erişim Tarihi: 21.12.2019.

Bakırcı, K.(2000). İşyerinde Cinsel Taciz. 1. Bası. İstanbul. Yasa Yayınları.

Bakırcı, K. (2007). İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler. Sicil İSGHD. S.8. Aralık 2007. ss. 22-41. "Bakırcı (2007/2)"

Baysal, U. (2006). Eşit Muamele-İşyeri Devri, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı. Legal İSGHD. C.3.S.11. ss.1076-1078.

Baysal, U.(2010). İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması: . Legal İSGHD. S.25. ss. 59- 99.

Berktaş, F. (2000). Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım. İstanbul. Yapı Kredi Yayınları.

Birecikli, İ. B. (2011). Amerika'nın Kuruluşu ve ABD-Avrupa İlişkileri (1776-1876). ABD ve Büyük Ortadoğu İlişkileri Özel Sayısı. ss. 81-103.

Boran, M. (2015). Hanefi Mezhebinde Hayvan Kesimi. Journal of International Social Research, C. 8. S.41. ss.1328-1341.

Bötticher, E. (1953). Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. OV.

Centel, T. (1991). Baysal, U. (2006). Eşit Muamele-İşyeri Devri, Alman Federal İş Mahkemesi Kararı. Legal İSGHD. C.3.S.11. ss.1076-1078.

elik, N.(2006).İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu. Sicil İSGHD. S.4. ss. 5-12.

Çelik, N. (2007) İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar. Legal İSGHD. S.14. ss. 485-498.

Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2016) İş Hukuku Dersleri. İstanbul. Beta Yayınları.

Çenberci, M.(1986) İş Kanunu Şerhi, 1986, Ankara. Olgaç Yayınları.

Çil, Ş.(2007) 4857 sayılı Kanuna Göre İş Kanunu Şerhi. Ankara. Seçkin Kitabevi.

Çil, Ş.(2007). Geçerli Nedene Dayanan Fesihde İşverenin Eşit Davranma Borcu. Legal YKİ. S.5. Ss.293-311. "Çil (2007/2)"

Demir, F. (2019). En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması. İzmir. Albi Yayınları.

Demir, F. (2014). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağının Diğer Tazminatlarla İlişkisi. Legal İSGHD. C.11. S.41. ss.15-25.

Demircioğlu, M. ve Centel, T. (2003). İş Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları

E-ansiklopedi(2019). Erişim Kaynağı: (<http://ansiklopedi.turkcebilgi.com/E%C5%9Fitlik>) (Erişim Tarihi:18.12.2019).

Equal Right Trust(2019). Kararın orijinal metni için Bkz: (<https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//Kalanke.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

Ekonomi, M. (2006). Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi. LEGAL YKİ. S.1. ss. 131-133.

Engin, M (2003). İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi. İstanbul. Beta Yayınları.

Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Yetkin Yayınları.

Ergin, H. (2007). Almanya’da Genel Eşit Davranma Yasasının İş Hukukuna İlişkin Hükümleri. Legal İSGHD. C.4. S.14. ss.635-664.

Ertürk, Ş.(2008). Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği. Ankara. Belediye İş Sendikası.

Ertürk, Ş. ve Gürsel, İ.(2011). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan. C.1. ss. 425-456.

Evren, G.(2007). Esnek Çalışma ve İstihdama Etkileri. Ankara. Seçkin Yayınları.

Eyrenci, Ö., Taşkent S. ve Ulucan D.(2014). Bireysel İş Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları.

Eyrenci, Ö.(2004). 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler. Legal İSGHD. C.1. ss. 15-55.

Galperin, H.(1953). Der Grundsatz der Gleichbehandlung. Recht der Arbeit. S:6. ss. 153-169.

Giritli, İ.(1989). Fransız İhtilali ve Etkileri. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi. C.5. S.15. ss. 539-549.

Gözler, K.(2019). Türk Anayasa Hukuku Dersleri. Bursa. Ekin Basım Yayın.

Günay, C.İ.(2005). İş Kanunu Şerhi. C.1. Ankara. Yetkin Yayınları.

Güzel, A. ve ERTAN, E. (2007). Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri. Legal İSGHD. C.4. S. 15. ss.1219-1305.

Human Rights Center(2019). Erişim Kaynağı: <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

Human Rights Center(2019). (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EngellilerinHaklarinaIliskinSozlesme.pdf>) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

Human Rights Center(2019). Erişim Kaynağı: (<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf>) (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

Işıқтаç, Y.(2010). Hukuk Felsefesi. İstanbul. Seçkin Yayınları.

ILO(2019). ILO Anayasası için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/wcmstp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ILO-ankara/documents/publication/wcms_412382.pdf) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

ILO(2019). ILO 100 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

ILO(2019). ILO 111 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ILO.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

ILO(2019). ILO 158 sayılı sözleşme için Erişim Kaynağı: (https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

İlal, E. (1968). Magna Carta. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.34. S.1-4 ss. 210-242.

Kaboğlu, İ.(2011). Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar. İstanbul. Legal Kitabevi.

Karadeniz Çelebican, Ö.(1993). Roma Egemenliği: Yurttaşlık ve Kölelik. AÜHF Dergisi, C.43. S.1. ss. 299-311.

Kas-Der(2019). Erişim Kaynağı: (<https://kasder.org.tr/ayrimcilik-nedir/>) (Erişim Tarihi: 12.12.2019)

Kaya, P.A.(2009). Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi. Bursa. Dora Yayınları.

Kaya, P.A.(2005) Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve: Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri. Mercek Dergisi. S. 38. Nisan 2005. ss.144-152.

Kazancı(2019). Erişim Kaynağı: (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 25.12.2019)

Keser, H.(2004). 4857 Sayılı İş Kanununun Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranılması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar. Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan: Kamu-İş. C.7. S:3. 2004. ss. 37-73.

Kılıçoğlu, A.(2007). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara.Seçkin Yayınları.

Kurşun, Ö.(2006). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayırıcılık. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi. Eskişehir.

Kurt, A.O.(2015). Yahudilikte Koşer ve Koşer Ekonomisi. Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C.2. S.14. ss. 103-149.

Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2015). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara. Beta Yayınları.

Lexpera(2019). Erişim Kaynağı:(www.lexpera.com. tr) (Erişim Tarihi: 20.12.2019)

Leymann, H.(2019). The Definition of Mobbing at Workplaces. The Mobbing Encyclopedia. Erişim Kaynağı: <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM> (Erişim Tarihi: 01.12.2019).

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U.(2019) Bireysel İş Hukuku. İstanbul. Lykelon Yayınları.

Moralioğlu, N.(2000). Avrupa Birliğinde Kadın- Erkek Eşitliğinin Sağlanması Amacına Yönelik Hukuki Düzenlemeler. T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kadın-Erkek Eşitliği Politikaları Paneli, Ankara.

Narmanlıoğlu, Ü. (2014). İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri. İzmir. Beta Yayınları.

Nişanyan Sözlük (2019). Erişim Kaynakları: (<https://www.nisanyansozluk.com/?k=e%C5%9Fitlik&view=annotated>) (Erişim Tarihi: 13.11.2019); (<https://www.nisanyansozluk.com/?k=e%C5%9F&lnk=1>) (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

Nomer,H. N. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Beta Yayınları.

Oğuzman, K. ve Öz, T.(2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1. İstanbul. Vedat Kitapçılık.

Ombudsman(2019). Erşim Kaynağı: (<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/6535501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>) (Erişim Tarihi:18.11.2019)

Öden, M. (1988). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara. Yetkin Yayınları.

Özdemir, E.(2005). Ücret Artısında Eşitlik ve Adalet: . Legal İSGHD. S. 5. ss.252-263.

Özdemir, E.(2006). İşyerinde Cinsel Taciz: . Çalışma ve Toplum. S.4. ss.83-96.

Özenç, B.(2006). Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Yaklaşımlara Doğru. İÜHF Mecmuası. C.64. S.2006/2. ss. 145-166.

Öztürk, M.(2011). Türkiye’de Engelli Gerçeği. Ankara. Pegem Yayınları.

Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2015). Medeni Usul Hukuku. Ankara. Oniki Levha Yayınları.

Raiser, L.(1948). Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. ZHR. S.111 ss. 75-101.

Reisoğlu, S. (2000). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul. Seçkin Yayınları.

Scholz, T. (1979). Der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Diss. Verlag nichtermittelbar.

Serozan, R. (2008). Medeni Hukuk Genel Bölüm. İstanbul. Vedat Kitapçılık.

Sinerji(2019). Erişim Kaynağı:(www.sinerjias.com.tr-Erişim Tarihi: 31.12.2019)

Söğüt, İ.S. (2013). Roma Hukukunda Lex Kavramı. KHASÜHF Dergisi. C.1. S.1. ss. 63-73.

Sözer, A.N.(2006). AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler. Sicil İSGHD. S.2. ss.184-208.

Sur, M. (1995). İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları: Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler. DEUHF Dergisi. İzmir. ss.69-146.

Sümer, H.H.(2014). İş Hukuku. Konya. Seçkin Yayınları.

Süzek, S.(2019). İş Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları

Süzek, S. (1998). İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları . Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan. Ankara. ss. 225-232.

Süzek, S. (2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu. Sicil İSGHD. S:12. ss. 24-39.

Süzek, S. (1976). İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması. Ankara. Kazancı Yayınları.

Şenel, A. (1970). Eski Yunan'da Eşitlik ve Eşitsizlik Üzerine. Ankara. AÜSBF Yayınları.

Şener, B. (2011). İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Borcu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi. İzmir.

Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul. Beta Yayınları.

Taşkent, S.(1981). İşverenin Yönetim Hakkı. İstanbul. İstanbul Üniversitesi Yayınları.

TBMM(2019). (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc086/kanuntbmmc086/kanuntbmmc08604750.pdf) (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

TBMM(2019). Erişim Kaynağı: (www.tbmm.gov.tr) (Erişim Tarihi:12.12.2019)

TDK(2019). Erişim Kaynağı: <https://sozluk.gov.tr/?q=e%C5%9Fit&aranan=> (Erişim Tarihi: 13.11.2019)

TDK(2019). Erişim Kaynağı: www..sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

Tınaz, P. (2008). İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing). İstanbul. Beta Yayınları.

TİHEK(2019). <https://www.tihek.gov.tr/hakkimizda/> (Erişim Tarihi: 11.12.2019)

Toksöz, G. (1994). Kadın Çalışanlar ve Sendikal Katılım. AÜSBF Dergisi. C.3. S.49. ss. 440-454.

Tuncay, A.C. (1982). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi". İstanbul. İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Tuncay, A.C. (2006). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri: Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı. İstanbul. ss. 21-53.

Tunçomağ, K. ve Centel T. (2015). İş Hukukunun Esasları. İstanbul. Beta Yayınları.

Tureng(2019). Erişim Kaynağı: [www.tureng.com /tr/turkce-ingilizce/disable](http://www.tureng.com/tr/turkce-ingilizce/disable)) (Erişim Tarihi: 19.12.2019)

Uslu, T. A. (1964). Yeni Hukuk Lugati ve Hukuk Terimleri Sözlüğü. İstanbul. Site Yayınları.

Uşan F. (2005). İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme). Legal İSGHD. S:2005/8. ss. 1623-1632.

Yargıtay Bilgi Bankası(2019). Erişim Kaynağı: (<http://karararama.yargitav.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

Yenidünya, C. (2006). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Ayrımcılık Suçu. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi, ve Ayrım Yasağı Semineri. Çalışma ve Toplum. S.11, 2006, ss. 97-127.

Yenisey, K. D. (2006). İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri. Sicil İSGHD. 2006. (ss.60-65).

Yenisey, K. D. (2005). Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi: . Legal İSGHD. S:7. ss: 973-1003.

Yenisey, K. D. (2002). Kadın- Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İle Olası Uyum Sorunları. Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan. Kamu-İş. C.6.S.4. ss. 31-72.

Yenisey, K.D. (2006). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. İşyerinde Psikolojik Taciz, Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrım Yasağı Semineri. Çalışma ve Toplum. S.11. ss. 63-81. Aka: "Yenisey(2006/2)"

Yıldız, G.B. (2008). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. Ankara. Yetkin Yayınları.

Yıldız, G.B. (2014). Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi. Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan. C.1, İzmir. ss. 681-707.

Yılmaz, E.(1996). Hukuk Sözlüğü. Ankara. Yetkin Yayınları.

Yurttakal, E. (2019).Türkiye’de Bedensel Engellilerin İstihdamı: Kariyer Meslekler Örneği. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Hacı Bayram Veli Üniversitesi. Ankara.

Yuvalı, E.(2011). İşverenin Eşit Davranma Borcu. 2011. Ankara.

Yüksel, M.(2000). Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği. İstanbul.

