

# TÜRK İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİNİN ANLAMI

The Meaning of the Equality in Turkish Labour Law

Sevil DOĞAN\*

## ÖZET

Eşitlik ilkesi hukuk alanında egemen ilkelerden biri olup çağdaşlaşmanın da önemli bir adımını oluşturmaktadır. Günümüzde evrensel bir hak olan eşitlik ilkesi, hukuk ve adalet kavramının da özünü oluşturan değerlerden biridir. Felsefecilerin ele aldığı kavramların başında yer alan eşitlik, bir çok geleneksel düşünceyi temellendirdiği gibi günümüz modern devletlerinin de odak noktasını oluşturmaktadır.

Eşitlik ilkesi iş hukukunda da önem arz etmektedir. Çalışma hayatının düzenlenmesi ve iş ilişkisinde güçsüz durumda bulunan işçinin haklarının korunması açısından artık işverenin eşit davranma borcu gündeme gelmektedir. Özellikle de Avrupa Birliği uyum sürecinde temel alınan değerlerden biri olan eşitlik, Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınmış ve 4857 sayılı İş Kanununda da eşit davranma ilkesi olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda iş hukukunda eşitlik ilkesi tüm yönleriyle incelenmeye çalışılacak ve öncelikli olarak eşitlik ilkesi ve eşit davranma borcu kavramları incelenecek, işverenin eşit davranma borcunun var olabilmesi için olması gereken koşullar ele alınacaktır. Sonraki bölümde, hukukumuzda var olan işverenin eşit davranma borcu ve bu kapsamda özel olarak düzenlenen ayrımcılık yasakları incelenecek ve son olarak söz konusu ilkeye aykırılık halinde ortaya çıkan ayrımcılık tazminatı irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Türk İş Hukuku, eşitlik ilkesi, eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağı, ayrımcılık tazminatı.

## ABSTRACT

The principle of equality in law is one of the dominant principle is an important step in modernization. Today is a universal principle of equality of rights, law and justice is one of the values that make up the core of the concept. Philosophers discussed at the beginning of the concepts of equality, such as a very traditional idea formed the basis of the focus was on today's modern states.

The principle of equality is important in labour law. Regulation of working life and business relationship safe weak in terms of protecting the rights

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi  
sevilbuyuk@gmail.com

of the worker's employer no longer comes up debt equal treatment. In particular, the underlying process of harmonization with the European Union, which is one of the values of equality, article 10 of the Constitutional guaranteed by Article and the principle of equal treatment are in the Labor Act No. 4857.

In our study, examining all aspects of labour law, the principle of equality and equal treatment principle of equality as a priority to work and the concepts of debt will be examined, the employer should have equal treatment conditions for the existence of debt will be dealt with. The next section hukukumuzda existing debt of the employer's equal treatment and prohibition of discrimination in this context, a privately held, and finally examined in violation of the principle of compensation for the discrimination will be discussed.

**Keywords:** The Turkish Labour Law, equality policy, equal dealing debt, prohibition of discrimination, pay discrimination

\*\*\*

## GİRİŞ

Eşitlik ilkesi modern hukukun diğer tüm alanları gibi iş hukukunu da etkisi altına almıştır. İş hukukunda eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler ilk olarak kadın-erkek eşitliğini içerir nitelikte yapılmış ancak daha sonra kapsam ve kişi yönünden genişletilmiş ve iş ilişkisinin tamamını kapsayan genel bir işveren borcu haline getirilmiştir.

Türk iş hukuku açısından ise eşitlik ilkesi 1475 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde ücret başlığı altında sadece cinsiyet ayrımı yönüyle kısmen düzenlenmişse de, söz konusu hükmün ihtiyaçları karşılayamaması ve Avrupa Birliği direktifleri sonucu 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızda ele alacağımız tüm düzenlemelere rağmen doktrinde ve özellikle yargı kararlarında sorun tam olarak çözülebilmemiş değildir. Belirtilen çalışmada amacımız, iş hukukunda eşit davranma ilkesinin kapsamını belirlemek ve Yargıtay kararlarında belirtilen hususları irdeleyerek eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümünü ele almaktır.

## I. İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ

### A. İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ KAVRAMI

Eşit kelime anlamı olarak, iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden artık veya eksik olmamasını ifade etmektedir<sup>1</sup>. Hukuk ise eşitlik ve adalet kavramları üzerine şekil-

---

<sup>1</sup> www.tdkterim.gov.tr/bts/.

lenmiş olup, insanların özdeş olmaları nedeniyle eşit haklara ve eşit olanaklara sahip olmalarını öngörür ve eşitlik de amaçsal olarak herkese adil davranma ve hak ettiğini elde etmeyi sağlamaktadır<sup>2</sup>.

Eşitlik ilkesi kural olmakla birlikte, ilkeyi mutlak bir şekilde uygulamak, iş hukukunun amacı ve temel nitelikleri ile ters düşebilecek olup Anayasa'da düzenlenmiş bulunan çalışma ve sözleşme özgürlüğü, mülkiyet hakkı ve herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme gibi haklarının kullanılma imkanını ortadan kaldıracaktır<sup>3</sup>.

İş hukukunda eşitlik ilkesi, eşit davranma borcu adı altında daha ziyade işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşır ve bir anlamda eşitlik ilkesi iş hukukunda eşit davranma borcu halini almaktadır<sup>4</sup>. Tüm bu nedenlerle biz de çalışmamızda işverenin eşit davranma borcu kavramını kullanmayı uygun görmekteyiz.

## B. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

Doktrinde eşitlik ilkesinin dayanağı konusunda pek çok farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, eşitlik ilkesinin temelinde adalet kavramının, ahlak kuralının, dürüstlük kuralının<sup>5</sup>, işverenin işçiyi gözetme borcunun<sup>6</sup>, hakkaniyet esasının<sup>7</sup> ve Anayasadaki eşitlik ilkesinin<sup>8</sup> yer aldığını savunmaktadır.

<sup>2</sup> **KAYA Ali Pir**, "Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri", **MERCEK**, Nisan 2005, Yıl:10 Sayı:38, s. 145; **TUNCAY A.Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.11.

<sup>3</sup> **BAYSAL Ulaş**, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **LEGAL İHSGHD**, S.25/2010, s. 62; **KESER Hakan**, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", **Resul Arslanköylü'ye Armağan**, Ankara 2004, s.24-25. **MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi**, İş Hukuku, Ankara 2005, s. 430; **ULUCAN Devrim**, "Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması", Prof.Dr.Turhan Esener'e Armağan,Ankara 2000, s. 192.

<sup>4</sup> **BAYSAL**, s.61; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 429.

<sup>5</sup> **YENİSEY Kübra Doğan**, " İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", **Sicil**, Haziran 2006, S.2, s.64.

<sup>6</sup> **TUNCAY**, s.48 vd; **YILDIZ Gaye Burcu**, İşverenin Eşit İşlem Borcu, Ankara 2008, s.65.

<sup>7</sup> **ÇELİK Nuri**, İş Hukuku Dersleri ,Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, 2010, s.177; **ÇELİK Nuri**, "İşletmenin,İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu", **Sicil**, Aralık 2006, S.4, s.5; **ERTÜRK Şükran**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002, s. 98; **KAYA**, Çalışma Hukukunda Eşitlik, s.150; **SÜZEK Sarper**, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008, s. 400.

<sup>8</sup> **ÇELİK**, s.178; **DEMİR Fevzi**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulanması, B.4,İzmir 2005, s. 120-121; **ERTÜRK**, s.98-99; **ERTÜRK Şükran/GÜRSEL İlke**, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Ankara 2011; s. 425; **EYRENCİ Öner/TASKENT Savaş/ULUCAN Devrim**, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006, s.143-144; **KESER**, s.59-61; **SÜZEK**, s.396; **TUNCAY**, s.108; **ULUCAN**, s.192; **UŞAN Fatih**, "İş Sözleşmesinin

## 1. Anayasal Anlamda

İşyerinde çalışan işçilere işverenin eşit davranması ve aynı durumdaki işçilere eşit çalışma koşullarının uygulanması hukuki kaynağını Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesinden almaktadır<sup>9</sup>.

Anayasa'nın 10. maddesine göre, herkes, dil,ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. 2004 yılında maddeye eklenen ikinci fıkraya göre, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Yine aynı fıkraya 2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun<sup>10</sup> ile yeni bir düzenleme daha getirilmiş ve “bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmü getirilmiştir. Söz konusu hükümler herkes için kanun önünde eşitliği ifade etmekte olup genel anlamda bir eşitlik ilkesinin getirildiğini kanıtlayıcı niteliktedir<sup>11</sup>. Ayrıca Anayasa'nın belirtilen hükmü, belli nedenlere dayalı ayrımcılık yasağını da kapsamaktadır.

Anayasa'nın 11/I. maddesinde yer alan “Anayasa hükümleri, yasama,yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” ifadesi dikkate alındığında Anayasaya göre eşitlik ilkesi sadece bir kamu hukuku kurumu olmayıp özel hukuk ilişkileri alanında geçerlidir ve bu yönüyle İş hukukunda işçinin eşit davranma borcunun pozitif dayanağı olarak somutlaşmaktadır<sup>12</sup>.

## 2. Uluslararası Hukukta

Eşitlik ilkesi, evrensel olarak kabul edildiğinden Türkiye'nin tamamen ya da çekincelerle onayladığı uluslararası insan hakları bildiri ve sözleşme-

Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, LEGAL İHSGHD, 2007/14, s. 1626. Tüm görüşler ve eleştirileri için bkz. **TUNCAY**, s. 48 vd.

<sup>9</sup> **BAYSAL**, s. 61; **ÇELİK**, s. 177; **ÇELİK**, Eşit Davranma Borcu, s. 5; **ERTÜRK**, s. 97; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s. 143 vd; **KESER**, s.59-63; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 432-43; **SÜZEK**, s. 396; **ULUCAN**, s.191 vd; **YENİSEY Kübra Doğan**, “Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, LEGAL İHSGHD, s.7/2005, s.974.

<sup>10</sup> “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, RG.13.05.2010 S.27580

<sup>11</sup> **SÜZEK**, s. 398.

<sup>12</sup> **ÇELİK**, s.177; **ERTÜRK**, s. 96-97; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 432; **TUNCAY**, s. 108; **ULUCAN**, s. 191; **YILDIZ**, s. 65; Süzek'e göre, “Anayasanın 10. maddesinde tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörülmüştür.Bu madde...hem ayırım yapma yasağını hem de bunun dışında kalan hallerde genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir.” **SÜZEK**, s. 397.

lerinde de yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>13</sup>, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>14</sup>, Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi<sup>15</sup> belirtilen belgelerden bazılarıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna daha ziyade ayrımcılık yasakları olarak yine bir çok uluslararası belgede yer verilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Türkiye tarafından da onaylanmış 1950 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme, 158 sayılı Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme bu belgeler arasında sayılabilir<sup>16</sup>. Ayrıca Avrupa Birliği işverenin eşit davranma borcu açısından birçok yönerge düzenlemiştir. 76/207 sayılı Kadın ve Erkekler Arasında İşe Girişte, Mesleki Eğitim ve İlerlemede ve Çalışma Koşullarında Eşit İşlem Yönergesi, 75/117 sayılı Kadın ve Erkekler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Yönerge, 97/80 sayılı Cinsiyet Ayrımında İspat Yükümlülüğü Hakkında Yönerge eşit davranma borcu açısından önem taşımaktadır. İş Kanununun gerekçesine bakıldığında 5. maddenin hazırlanmasında da Avrupa Birliği Yönergelerinde yararlandığı görülmektedir<sup>17</sup>.

### 3.4857 Sayılı İş Kanunu

Önceki 1475 sayılı İş Kanununun 26. maddesinde aynı nitelikte ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçi arasında sadece cinsiyete dayalı olarak farklı ücret verilemeyeceği düzenlenmekteydi. Avrupa Birliği ve buna bağlı olarak Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) yayınladığı direktifler çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanunu düzenlenmiş ve 5. maddesinde “Eşit Davranma İlkesi” başlığını taşıyan hüküm getirilmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce,

<sup>13</sup> RG. 27.05.1949 S.7217.

<sup>14</sup> RG. 27.05.1985 S.18792.

<sup>15</sup> RG. 10.07.2003 S. 5923.

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **YILDIZ**, s.34 vd.

<sup>17</sup> **KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal**, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, s.167; **TUNCAY A.Can**, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, s. 24. İşverenin eşit davranma borcu açısından Türk iş hukukunun Avrupa Birliğine uyumu hakkında geniş bilgi için bkz. **KILIÇ Ebru**, “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:2 Sayı:6, Temmuz 2011, s.211-240.

felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım, 3. ve 4. fıkrasında iş ilişkisinin kurulmasında, ücret ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle her türlü ayırım yasaklanmıştır. Ayrıca kanunumuz sözleşmenin türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi ve belirsiz süreli çalışan işçi ile belirli süreli çalışan işçi arasında farklı işlem yapamaz (İK. m. 5/2, 12,13).

Madde başlığı her ne kadar eşit davranma ilkesi olsa da içerik olarak genel bir eşitlik ilkesi getirildiğini söylemek güçtür. Madde daha ziyade işverenin belli gruplara karşı ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır. Ancak ayrımcılık oluşturan bir fiil olmamasına rağmen belirli işçi ya da işçilere yöneltilen farklı nitelikteki işveren davranışlarının ne olacağı hususunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Doktrinde bu husus dar ve geniş anlamda eşit davranma ilkesi ile açıklanmakta ve dar anlamda eşit davranma ilkesinin işverene işçileri arasında haklı nedenler olmadıkça işçileri arasında ayırım yapmayı yasaklarken, geniş anlamda eşitlik ilkesi ile ayırım yapmama borcunun yanı sıra eşit durumdaki işçilere eşit davranma borcu yüklediği belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca bu şekilde yapılan açıklama Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerinde belirtilen genel eşitlik ilkesi ile de uyumludur<sup>19</sup>. 4857 sayılı yasa ile bir yanda işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur<sup>20</sup>.

### C. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN İÇERİĞİ

Eşit davranma borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemelidir. Bu borç, aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. Aksi takdirde eşit olmayan işçilere eşit davranmak eşitsizlik teşkil edecektir<sup>21</sup>. Şu durumda eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında

<sup>18</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.429-430; TUNCAY, s.121; TUNCAY, Sempozyum, s.24; YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma Borcu, s. 60; YILDIZ, s. 64.

<sup>19</sup> YILDIZ, s.64.

<sup>20</sup> YENİSEY Kübra Doğan, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, S.11 2006, s.65.

<sup>21</sup> ÇELİK, s.177; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 146; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.141; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkiler, B.3, İzmir 1998, s. 234; SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, B.4, Konya 2010, s. 81; SÜZEK, s. 401; TUNCAY, s. 7-8; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTELE Tankut, İş Hukukunun Esasları, B.4, İstanbul 2005, s.137; ULUCAN, s. 192.

farklı davranmaması, haksız ayırmada bulunmaması; haklı nedenler varsa ayırmada bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder. Farklı davranılmasını gerektiren objektif ve haklı nedenlerin bulunmasına rağmen işverenin bu durumu göz önünde bulundurmasını durumunda eşit davranma borcunun ihlali gündeme gelebilecektir<sup>22</sup>. Yargıtay da verdiği kararlarda benzer esaslara değinmiş ve işverenin ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça işçiler arasında ayırım yapamayacağını belirtmiştir<sup>23</sup>. Bu anlamda eşit davranma borcunun nispi nitelikte bir borç olduğu söylenebilir<sup>24</sup>.

Eşit davranma borcu yapma(olumlu) ve yapmama(olumsuz) şeklinde ortaya çıkabilir. Yapmama borcu, işverene işçilerine haklı bir neden olmadan ayrımcı bir davranışta bulunmama yükümlülüğü yüklerken, ayırım yapma borcu kanunda belirtilen kanunda belirtilen özürlü, eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü gibi düzenlemeleri içermektedir<sup>25</sup>. Artık böyle bir ayırımın yapılmasının kanunun emrettiği durumlarda, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ileri sürülemez.

#### D. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN KOŞULLARI

Doktrinde işverenin eşit davranma borcunun doğması için bazı koşulların bulunması gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay da bazı kararlarında, inceleyeceğimiz koşulların bulunması gerektiğini belirtmektedir<sup>26</sup>.

##### 1. Aynı İşyerinde Çalışan İşçilerin Varlığı (İşyerinde Birlik)

İşverenin eşit davranma borcunun doğması için aranan koşullardan biri, doktrinde savunulan görüşe göre, işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olmasıdır. Farklı işverenlere ait farklı işyerleri ya da aynı işverenin farklı işyeri söz konusu olduğunda eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir<sup>27</sup>. Ancak doktrinindeki söz konusu görüş değişmektedir. Çünkü eşit davranma borcu, işyerinin organizasyon yapısından ziyade yapılan işin ve

<sup>22</sup> "...işçinin kademi, eğitim derecesi gibi objektif özellikleri ya da çalışkanlığı, liyakatı, yeteneği gibi subjektif özellikler farklı işlem yapmayı haklı hale getirebilecek nedenlerdir.", **DEMİR**, s. 125; **ERTÜRK**, s.101; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.429-430; **NARMANLIOĞLU**, s. 247; **SÜZEK**, s. 402.

<sup>23</sup> YHGK, T. 23.12.2009 E. 2009/9-485 K. 2009/598 www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi:14.11.2011. Aynı yönde 9.HD. 26.07.2008 E. 2008/27310 K. 2008/22095 www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:14.11.2011.

<sup>24</sup> **SÜZEK**, s. 401. Ancak Yıldız, işverenin eşit davranma borcunun mutlak bir nitelik taşıdığını belirtmekte ve bu nedenle nispi bir borç olarak kabul etmemektedir. **YILDIZ**, s.211.

<sup>25</sup> **BAYSAL**, s.63; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.432.

<sup>26</sup> HGK T. 23/12/2009 E. 2009 / 485 K. 2009 / 598 www.hukukturk.com.; 9. HD. T. 31/05/2010 E. 2008 / 26989 K. 2010 / 15054 www.hukukturk.com.

<sup>27</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.433; **TUNCAY**, s. 148-149; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s. 134; **UŞAN**, s. 1626.

çalışma koşullarının benzerliği ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, tamamen birbirine benzeyip tekdüzen esaslarla yönetilen, yer itibariyle birbirine yakın bulunan ve karşılıklı işçi geçişlerinin olduğu aynı işletmeye bağlı işyerlerinde artık işverenin eşit davranma borcunun var olduğu söylenebilir<sup>28</sup>. Aynı holding bünyesinde yer alan farklı faaliyet alanları olan şirketlerde çalışan işçiler ile ilgili olarak işverenin eşit davranma borcu çalışma koşullarının farklı olması sebebiyle bulunmamaktadır<sup>29</sup>. Türk hukuku açısından işverenin eşit davranma borcunun işletme düzeyinde geçerli bir borç olduğu yine doktrinde savunulmaktadır<sup>30</sup>.

Yukarıda belirtilen açıklamalar haricinde eşit davranma borcu, İş Kanununda bulunan hükümler sebebiyle işyeri hatta işletme dışına taşmakta, emsal işçi ölçütü getirilmektedir<sup>31</sup>. İş Kanununun belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere karşı ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 12/son maddesinde ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara karşı ayrımcılık yasağını içeren 13/III. maddesinde kriter olarak alınan emsal işçinin, işyerinde aynı veya benzer işte çalıştırılan işçi olacağı, böyle bir işçi bulunmaması halinde o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi olacağı ifade edilmektedir.

184

Bir işveren sahip olduğu işletme ya da işyeri ile aynı alanda faaliyet gösteren bir diğer işyerini devraldığında, devraldığı işyerindeki işçilere de işverenin eşit davranma borcu altında olup olmadığı da incelenmelidir. İşyeri devri, İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmekte olup, işyeri devirlerinde işçilerin haklarının ve iş sözleşmelerinin korunmasını ve devir işleminden işçilerin zarar görmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Ayrıca İş Kanununda devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu olacağı borçları devir tarihinden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarla sınırlı tuttuğundan bunlar dışındaki bütün hak ve borçlar devralan işverene aittir<sup>32</sup>. Bu nedenle, devralan işverenin devraldığı işyerinin işçilerine karşı da eşit davranma borcu bulunduğu söylenebilir.

<sup>28</sup> BAYSAL, s. 70; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 119; ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.432; KAYA Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, B.2, Bursa 2009, s. 146; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 435; YILDIZ, s. 180.

<sup>29</sup> TUNCAY, Sempozyum, s. 28.

<sup>30</sup> YILDIZ, s.180.

<sup>31</sup> KAYA, s.147; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 433-434.

<sup>32</sup> YILDIZ, s.184-185.



## 2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı

İşverenin eşit davranma borcundan bahsedebilmek için, eşitliği ya da eşitsizliği karşılaştırabilecek kadar bir işçi topluluğunun varlığı şarttır. Bu nedenle o işyerinde işçi sıfatını taşıyan en az iki kişinin bulunması gerekmektedir<sup>33</sup>. İşverenin eşit davranma borcu, iş sözleşmesi ile kendisine bağımlı çalışan işçiler açısından mevcuttur. Kamu işverenlerinde olduğu gibi memur ya da sözleşmeli personel yanında kamu işçisi de çalışıyorsa burada artık bahsedilen çalışanlar arasında işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Çünkü işverenin eşit davranma borcu, işverenin aynı işyerindeki işçilerine karşı yüklendiği bir borç olduğundan işçi niteliği taşımayanlara karşı herhangi bir yükümlülük içermemektedir<sup>34</sup>. Geçici iş ilişkisiyle işyerinde bulunanlar açısından ise kanunda aksine hüküm öngörülmedikçe, gönderilen işverenin bu işçilere karşı aralarında iş sözleşmesi bulunmaması nedeniyle eşit davranma borcu altında olmadığı savunulmaktadır<sup>35</sup>.

Konu açısından incelenmesi gereken durumlardan biri, işyerinde alt işveren ve alt işverene bağlı işçilerin bulunması durumunda asıl işverenin söz konusu işçilere karşı eşit davranma borcu altında olup olmadığıdır. Burada alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yasada öngörülen koşullara uygun olarak kurulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından asıl işverenin bu işçilere karşı herhangi bir eşit davranma borcu doğmamaktadır. Ancak muvazaalı bir alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde hüküm gereği alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçileri sayılacağından asıl işverenin söz konusu işçilere karşı da eşit davranma borcunun varlığından söz edilebilecektir<sup>36</sup>. Yargıtay da bir kararında, "...Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını

<sup>33</sup> BAYSAL, s. 68; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 119-120; KAYA, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 434; TUNCAY, s. 128; YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 62

<sup>34</sup> BAYSAL, s. 69; KAYA, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 434; YILDIZ, s.186.

<sup>35</sup> BAYSAL, s. 68; KAYA, s.148; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.434.

<sup>36</sup> BAYSAL, s. 69; KAYA, s. 149; YILDIZ, s. 193.

talep edebileceklerdir...” diyerek iş ilişkisinin muvazaalı olup olmadığını değerlendirmektedir<sup>37</sup>.

### 3. Hukuken Kollektif Nitelikte Bir Davranışta Bulunulması

Eşit davranma borcunun koşullarından bir diğeri, işverenin kapalı ya da açık bir şekilde kollektif bir kural oluşturması ya da kollektif bir davranışta bulunmasıdır. Doktrinde birçok yazar tarafından savunulan bu görüşe göre, işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bir ya da birkaç işçisine diğerlerinden farklı oranlarda haklar tanınması, örneğin, çalışkanlığı nedeniyle ödüllendirilmesi durumunda eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmaz<sup>38</sup>.

İşveren yönetim hakkı çerçevesinde işyerinde kural oluşturmak ve kuralın içeriğini belirlemek konusunda serbesttir, ancak bu durumda dahi eşit davranma borcuna uygun davranmak zorundadır. Bazı işçilerin üstü aranırken bazı işçilerin aranmaması, bazı işçilerin e-postaları izlenirken diğerlerinin izlenmemesi haklı bir neden olmadıkça işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir<sup>39</sup>.

İşverenin eşit davranma borcu, sadece işlemin işverenden kaynaklanması durumunda gündeme gelecektir. Kanundan ya da işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan farklı uygulamalar söz konusu olabilir, burada artık eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Sendikalar Kanununun 31/IV. maddesinde toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları eşit davranma borcunun dışında tutulmuştur. Toplu iş sözleşmesinin getirdiği ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal haklardan sadece sendika üyesi olan ve dayanışma aidatı ödeyen işçilerin yararlanabilmesi ve bunlar dışında kalanlar açısından ücret farklılığı bulunması durumunda işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır<sup>40</sup>. Ancak söz konusu maddi faydalar dışındaki iş sağlığı ve güvenliği, iş giriş-çıkış saatleri, disiplin cezaları gibi toplu iş sözleşmesi hükümleri işyerindeki tüm işçiler açısından geçerli olup, bütün işçilere eşit şekilde uygulanmalıdır<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> 9.HD. T. 28/02/2011 E. 2010 / 23498 K. 2011 / 5236 www.hukukturk.com; Aynı yönde 9. HD. T.4.3.2011 E. 2010 / 49665 K. 2011 / 5998 www.hukukturk.com; Y. 9. HD. T. 27.3.2006 E. 2006/4860 K. 2006/7479, Legal-İSGHD, 2006, S. 11, s. 1024-1026.

<sup>38</sup> BAYSAL, s. 67; ERTÜRK, s. 104; KAYA, s.150; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 434-435; TUNCAY, s. 138-139. Aksi görüş için bkz. YILDIZ, s.189.

<sup>39</sup> BAYSAL, s. 68.

<sup>40</sup> BAYSAL, s. 68; SÜZEK, s. 406; YILDIZ, s. 215.

<sup>41</sup> SÜZEK, s. 406.

İşverenin bazı işçilerine diğer işçilerden daha fazla ücret verebilmesi mümkündür. Çünkü aksine bir uygulama işverenin sözleşme özgürlüğü alanına müdahale anlamı taşıyacaktır. Ancak önemli olan nokta, bu tip uygulamaların keyfi olmamasıdır. İşçilerin işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia etmeleri durumunda söz konusu işçilerin bireysel nitelikleri ve yaptıkları işler karşılaştırılmalı ve eşit davranma borcuna aykırı olup olmadığı saptanmalıdır<sup>42</sup>.

#### **4. Uygulamanın Bir ya da Bir Kısım İşçinin Aleyhine Olması**

İşverenin işçilere fayda sağlamak amacıyla bir uygulamada bulunması halinde bir kısım işçinin bu kuralın dışında bırakılmasını ve uygulama içinde kalanlardan daha kötü duruma düşürülmesini ifade etmektedir<sup>43</sup>. Ancak doktrinde işverenin uygulamasından belli sayıda bir işçinin olumsuz anlamda etkilenmiş olmasının şart olmadığı, tek bir işçi dahi diğerleri ile karşılaştırıldığında daha olumsuz bir uygulamaya muhatap oluyorsa artık burada da işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>44</sup>. Kanaatimizce de, işveren işyerindeki her işçi için eşit davranma borcuna sahip olduğundan uyguladığı bir davranış nedeniyle tek bir işçi dahi diğerlerine göre olumsuz bir duruma muhatap oluyorsa artık eşit davranma borcunu ihlal edildiği söylenebilecektir.

#### **5. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma (Zamanda Birlik)**

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı belirlenirken aynı zaman dilimi içinde gerçekleşmiş uygulamalar karşılaştırma için esas alınmalıdır. Karşılaştırma yapılırken geçmişte yapılmış olan bir uygulama bugün yapılan bir uygulama için kriter olarak kabul edilmemelidir<sup>45</sup>. Doktrinde işyerinde kararlaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların aynı zaman dilimi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 435; TUNCAY, s.138; YILDIZ, s.188.

<sup>43</sup> TUNCAY, s.138.

<sup>44</sup> YILDIZ, s.192.

<sup>45</sup> TUNCAY, s.150; TUNCAY, Sempozyum, s.28-29; UŞAN, s. 1626.

<sup>46</sup> ERTÜRK, s.100-101; ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.434; YILDIZ, s. 190 vd.

## II. İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİNİN UYGULANMASI VE İLKEYE AYKIRILIK

### A. İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

Yukarıda açıkladığımız gibi eşitlik ilkesi kavramı oldukça geniştir. İş hukukunda katmanlı bir yapıda olan eşitlik ilkesi, işverenin eşit davranma borcu ve işverenin ayrımcılık yapma yasağı olarak da ifade edilmektedir. Belirttiğimiz bu nedenlerle çalışmamızda öncelikle iş ilişkisinin çeşitli aşamalarında ortaya çıkan eşit davranma borcu incelenecek daha sonra kanunda düzenlenen ayrımcılık yasaklarına değinilecektir.

#### 1. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Uygulanması

##### a. İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında

İş hukukunda işverenin eşit davranma borcu, iş ilişkisinin her aşamasında yükümlendiği bir borçtur. Ancak eşit davranma borcu için işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin varlığı arandığından iş ilişkisi kurulması aşamasında işverenin bu borca sahip olup olmadığı hususunda doktrinde bir çok görüş ileri sürülmüştür. Doktrindeki bazı yazarlar, işe almada işverenin eşit davranma borcunun olmadığını savunmaktadırlar. Çünkü iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin hangi işçiyle iş sözleşmesi yapacağına karar verme yetkisinin, sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde işverene verildiğini savunmakta ve İş Kanununun 5. maddesinde eşit davranma borcuna aykırı davranış halinde yaptırım “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” uygulanacak şekilde hükme bağlandığından işe alma aşamasında eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedirler<sup>47</sup>.

İş Kanununun 5/III. maddesi cinsiyet nedeniyle ayrımcılığı yasaklamış ve işverenin cinsiyete dayalı olarak farklı işlem yapabilmesini çok sıkı kossullara bağlamıştır. Buna göre, işveren, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, görüşme aşamalarında ancak biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılıyorsa cinsiyetler arası farklı işlem yapabilecektir<sup>48</sup>. Ayrıca Sendikalar Kanununun 31/I. maddesinde de işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belirli bir sendikaya üyeliğın muhafaza veya üyelikten istifa

<sup>47</sup> AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN-KAPLAN E.Tuncay, İş Hukuku, B.2, Ankara 2007, s. 159; KAYA, s. 151; SÜZEK, s. 402; TUNCAY, s. 153; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 134; YILDIZ, s. 170.

<sup>48</sup> YILDIZ, s. 170. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ERTÜRK Şükran, Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın-Erkek Eşitliği, Ankara 2008, s.145 vd.

etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı öngörülmüştür. Bu konudaki bir diğer düzenleme ise, Özürlüler Kanununun 14. maddesidir. Kanunun 14. maddesine göre, “ işe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.”

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>49</sup>’ nun yürürlüğe girmesiyle birlikte artık işverenin işe almada ayırım yasağının bulunmadığını savunmak imkansız hale gelmiştir<sup>50</sup>. Türk Ceza Kanununun 122. maddesine göre “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.” İş Kanununun 5. maddesinde her ne kadar sadece işe alma aşamasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmışsa da, Anayasa’nın 10. maddesi ve TCK. 122. maddesinden hareketle diğer ayırım yasaklarına dayalı olarak da iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılamayacağını kabulü gerekmektedir<sup>51</sup>. Cinsiyet veya gebelik, özürlülük ya da sendikal nedenlerle işverenin ayırım yapma yasağını düzenleyen yukarıda belirttiğimiz hükümler, işverenin işe almada ayırım yapabileceği kuralının bir istisnası değil, bu konuda genel olarak var olan ayırım yapma yasağının değişik yasalarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluşturmaktadır<sup>52</sup>.

Burada değerlendirilmesi gereken sorun, iş sözleşmesi görüşmeleri sırasında iş için başvuran kadın adaya medeni durumu, hamile olup olmadığı ya da çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği gibi sorular sorulmasında ne olacağıdır. Bahsedilen soruların cevapları yapılacak iş için esaslı bir neden olarak değerlendirilemiyorsa hem özel yaşama müdahale hem de cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturacağı doktrinde savunulmaktadır<sup>53</sup>. Ancak yapılan işin niteliğinin hamilelikle bağdaşmadığı durumlarda, örneğin, mankenlik, spor öğretmenliği gibi, adayın kendiliğinden hamile olduğunu açıklamak zorunda olduğu ifade edilmiştir<sup>54</sup>. Radyasyon tehli-

<sup>49</sup> RG. 12.10.2004 S.25611.

<sup>50</sup> DEMİR, s.121-122; SÜZEK, s.403; YENİSEY, Eşitlik ilkesi, s. 68; YILDIZ, s. 198.

<sup>51</sup> YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s.68; YILDIZ, s. 171.

<sup>52</sup> SÜZEK, s. 404; YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 68.

<sup>53</sup> EYRENCİ Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, s. 251. Ertürk, bu sorulara aday tarafından doğru yanıt verilemese dahi herhangi bir hukuki sonucun doğmayacağını belirtmektedir. Bkz. ERTÜRK, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 155.

<sup>54</sup> EYRENCİ, s. 255.

kesi bulunan işlerde, adaya hamile olup olmadığı sorulması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir<sup>55</sup>.

### **b. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu**

İş ilişkisinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır. Eşit davranma borcu işverenin yönetim hakkının sınırlarından biri olarak kabul edilmekte olup işveren yönetim hakkını kullanırken de eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. Keyfi ya da kötüniyetli olarak hareket etmemelidir<sup>56</sup>. Bu nedenle iş ilişkisi kurulduktan sonra işveren çalışma koşullarında, yükselme kriterlerinde, eğitim verilmesi gibi işçiye ek bir takım nitelikler kazandıracak uygulamalarla ilgili olarak yönetim hakkını kullanırken haklı nedenler olmadıkça işçileri arasında keyfi ayırım yapamaz<sup>57</sup>.

İşveren işin yürütümüyle ilgili aynı ya da benzer nitelikli işçiler arasında bazı gruplandırmalar yapabilir. Çalışma saatlerinin üç vardiya halinde düzenlenmesi, ikramiyeyi veya sosyal yardımı sadece çocuğu olanlara ya da ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara vermesi gibi durumlarda işveren bu tip gruplar oluşturmakta serbest olsa da, grupların oluşumunda keyfi davranamaz ve haklı nedenler olmadıkça aynı gruptaki işçiler arasında ayırım yapamaz<sup>58</sup>.

İşveren ücretlerin belirlenmesinde de eşit davranma borcu altındadır. Özellikle ücret zamları konusunda önceden belirlenmiş bir orana göre zam yapılıyorsa ya da seyyanen yapılan ücret zamlarında işveren bazı işçileri keyfi olarak uygulamanın dışında tutamaz<sup>59</sup>. Performans değerlendirmesine dayalı olarak yapılacak ücret zamlarında ise işçinin bilgisine daha önce sunulmuş, denetlenebilir, objektif ve şeffaf nitelikte bir sistemin öngörülmesi, performans değerlendirilmelerinde keyfi, katı kriterlerin kullanılmaması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir<sup>60</sup>. Ancak işverenin farklı ücret zammı uygulamalarında bu farklılığı haklı ya da objek-

<sup>55</sup> ERTÜRK, s. 68-71; ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.437; KESER, s.65; TUNCAY, Sempozyum, s. 34.

<sup>56</sup> ERTÜRK, s. 108; SÜZEK, s. 404; TUNCAY, s.158-159; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 136; YENİSEY, s.46; YILDIZ, s. 207. 9. HD. T. 17/03/2009 E. 2008 / 32183 K. 2009 / 7045 www.hukukturk.com; 9.HD. T. 14.3.2011 E. 2010/26762 K. 2011/6747 www.hukukturk.com.

<sup>57</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 435; SÜZEK, s. 405; YILDIZ, s. 207.

<sup>58</sup> TUNCAY, s.203-204; YENİSEY, Metodoloji, s. 997; YILDIZ, s. 211-212.

<sup>59</sup> ÇELİK, s. 180; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.146; KESER, s. 62-63; ÖZDEMİR Erdem, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet", Legal İHSGHD, 2005/5, s. 260; TUNCAY, s. 171; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 136; SÜZEK, s. 405; YILDIZ, s. 212.

<sup>60</sup> ÖZDEMİR, s. 259-260.

tif bir nedene dayandırması durumunda uygulamanın geçerli olduğu söylenebilecektir<sup>61</sup>.

İşverenin eşit davranma borcunun kapsamı açısından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, işverenin toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi ile kararlaştırılmamış ancak tek taraflı iradesi ile işçilere sağladığı sosyal yardımlardır. Kural olarak sosyal yardım ve ikramiyeler açısından da işverenin eşit davranma borcu bulunmaktadır. Doktrindeki bir çok yazar, işverenin bireysel nitelikli işlemlerinin eşit davranma borcu kapsamında olmadığı belirtmektedir. Gerekçe olarak, o işlemin işyeri uygulaması haline gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gerektiği ve bireysel nitelikte olan örneğin, bir işçisine doğum günü hediyesi alması, bir işçinin düğünü için altın vermesi ya da birkaç işçiyi çalışkanlığı nedeniyle ödüllendirmesi gibi işlemlerin işyeri uygulaması haline dönüşmesi mümkün olmadığından eşit davranma borcunun kapsamında olmadığı savunulmaktadır<sup>62</sup>. Ancak bu görüş eleştirilmekte ve burada dikkate alınması gereken noktanın, bir işlemin işyeri uygulaması haline gelip gelmediği değil, aynı koşullara sahip diğer işçilerin bulunup bulunmadığıdır. Eğer bu nitelikte bir işlem işverence yapılmış ve aynı niteliklere sahip işçiler de işyerinde mevcutsa artık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığından bahsedilebilecektir<sup>63</sup>.

### c. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşit Davranma Borcu

İş ilişkisinin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcu olup olmadığı hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre, iş sözleşmesinin süreli veya haklı nedenle feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez. Ancak bu görüşü savunan yazarlar serbestinin sınırsız olmadığını, işverenin hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini kabul etmektedirler<sup>64</sup>. Diğer yazarlara göre ise, iş sözleşmesinin feshinde de işverenin eşit davranma borcu bulunmaktadır<sup>65</sup>.

İnceleme konumuz açısından yapılacak ilk tespit, İş Kanununun 5/VI. maddesinde yer alan ve ayrımcılık yasağına aykırılığın yaptırımını düzenleyen hükmün, iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın, tüm işçiler açısından iş ilişkisinin sona ermesinde maddede düzenlenmiş olan

<sup>61</sup> Benzer yönde 9. HD. T.3.7.2007 E. 2007/14474 K. 2007/21553 Legal S.16, s.1554-1556.

<sup>62</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 434; SÜZEK, s. 405; TUNCAY, s.150.

<sup>63</sup> YILDIZ, s. 235 vd.

<sup>64</sup> AKTAY/ARICI/KAPLAN, s. 161; ÇELİK, s. 179; DEMİR, s. 126-127; DEMİRCİOĞLU/CENDEL, s. 123; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 430 vd; UŞAN, s. 1630; YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 69.

<sup>65</sup> ERTÜRK, s. 113-115; TUNCAY, s. 213 vd; YILDIZ, s. 257 vd.

esaslara aykırı davranıldığında ayrımcılık tazminatı talep etme hakkını düzenlemiş olmasıdır<sup>66</sup>.

## aa. Süreli Fesih Hakkının Kullanımı Açısından İşverenin Eşit

### Davranma Borcu

#### aaa. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri, işveren tarafından İş Kanununun 17. maddesinde gösterilen usule uymak şartıyla serbestçe feshedilebilir. Kanuna göre iş güvencesi sistemi dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshine getirilen tek sınırlama, hakkın kötüye kullanılması yasağıdır<sup>67</sup>. İş Kanununun 17/VI. maddesi uyarınca, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmesi durumunda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmesi gündeme gelecektir.

İşverenin iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesini feshederken eşit davranma borcu altında olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu konunun tespiti için, eşit davranma borcunun mahiyetine bakmak gerekecektir. İşverenin eşit davranma borcu, tüm işçiler açısından geçerli bir borç olup, iş güvencesi kapsamı dışında olmak işveren açısından keyfi davranabileceği anlamına gelmemelidir. Bu nedenle işverenin burada da eşit davranma borcu altında olduğu söylenebilir<sup>68</sup>. Yargıtay kararlarında da eşitlik ilkesinin, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde de dikkate alınması gereken genel bir işveren borcu olduğu ve işverenin yönetim hakkını sınırladığı belirtilmektedir<sup>69</sup>.

#### bbb. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Açısından Eşit Davranma Borcu

İş güvencesi, işverenin süreli fesih hakkını sınırlamaktadır. İş Kanununun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini fesheden işveren, fesih sebebini, işçinin yeterliliği, davranışları veya işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerine dayandırmak zorundadır. Ayrıca aynı hükmün III. fıkrası uyarınca, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler iş güvence-

<sup>66</sup> YILDIZ, s. 241.

<sup>67</sup> ÇELİK, s.181-182; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 173-174; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 159; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.553 vd; SÜZEK, s.419.

<sup>68</sup> TUNCAY, s. 216; Aksi yönde ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s. 6; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.137.

<sup>69</sup> 9. HD. T. 14.3.2011 E. 2010/26762 K.2011/6747 www.hukukturk.com; 9. HD. T. 19.10.2010 E. 2010/802 K. 2010/29784 www.hukukturk.com .



si kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshi için geçerli bir neden oluşturmamaktadır. Ancak ayrımcılık yasağı oluşturmayan ve işçilerin davranışlarından ya da yeterliliklerinden kaynaklanan bir fesih nedeni mevcutsa, işveren işçilerin iş sözleşmesini feshederken eşit davranma borcuna aykırı davranmamalı, aynı durumda olanlara eşit davranmalıdır. Örneğin, işyerinde işçilerden kaynaklanan bir olayda, işçilerden birinin açık olarak daha kusurlu ya da sorumlu olmasına rağmen, daha az kusurlu olanı işten çıkarması eşit davranma borcuna aykırı bir nitelik taşımaktadır<sup>70</sup>. Yargıtay da iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplerde, işverenin eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>71</sup>.

İşletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan fesihle işveren tarafından iş sözleşmesi feshediliyorsa eşit davranma borcunun uygulanması sorunlu gözükmektedir. Bu nedenle yapılan fesihler, genellikle birçok işçiyi ilgilendiren fesihler olup, sözleşmesi feshedilecek işçiler işveren tarafından belirlenmek durumundadır. İşverenin bu seçimde ne derece özgür olduğu ise uygulamada sorun yaratmaktadır<sup>72</sup>. Türk hukukunda işletme gereklerince yapılan fesihlerde iş sözleşmeleri feshedilecek işçileri seçerken hangi kriterleri dikkate alacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlarca bu gibi durumlarda işverenin herhangi bir kısıtlamaya tabi olmayacağı, söz konusu işçileri yönetim hakkı çerçevesinde serbestçe seçebileceği öne sürülse de<sup>73</sup>, eşitlik ilkesinin anlamı ve belirttiğimiz Anayasal hükümler çerçevesinde işverenin eşit işlem borcuna uygun davranması gerekmektedir<sup>74</sup>.

Yargıtay verdiği kararlarda, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle işverenin iş sözleşmesi feshedilecek işçileri seçmesi hususunda “sosyal seçim kriterleri” adı altında ve Alman hukukunda yer alan düzenlemelere kısmen benzer şekilde bazı esaslara yer vermiştir. Alman huku-

<sup>70</sup> SÜZEK, s. 411; YENİSEY, Fesihle Eşitlik, s.62; YILDIZ, s. 260.

<sup>71</sup> “Somut uyuşmazlıkta, işçinin ücretine haciz konulması değil, bu uygulama nedeni ile işyerinin olumsuz olarak etkilenip etkilenmediği, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemez bir duruma gelip gelmediği önemlidir. Davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacı işçinin borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamıştır. Keza hakkında icra takibi ve borcu çok olan personelin çıkarılması, işyerinde olumsuzluklara yol açma olgusuna göre eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Davacının bu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. İş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır...” 9. HD. T. 11/10/2010 E. 2009 / 27653 K. 2010 / 28510 www.hukukturk.com.

<sup>72</sup> BAYSAL, s. 80; ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s. 7.

<sup>73</sup> ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s. 7; YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 64.

<sup>74</sup> SÜZEK, s. 412; YILDIZ, s. 258-260.

kuna göre, işverenin dikkate alması gereken sosyal seçim kriterleri, işçinin kıdemi, yaşı, geçindirme yükümlülükleri ve özürüllük durumudur. Yine yetenekleri, bilgisi, verimi veya işyeri personel yapısında dengenin korunması açısından bir işçinin işyerinde kalmasında işverenin haklı bir menfaati varsa, bu işçi, sosyal seçime tabi olacakların dışında bırakılabilecektir<sup>75</sup>. Yargıtay da kararlarında verim, hastalık nedeniyle işe gelme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterleri sosyal seçim kriterleri olarak belirtmiştir<sup>76</sup>. Sosyal seçim kriterleri, doktrinde eleştirilmiş ve bu kriterlerin işçi ile işveren arasındaki menfaat çatışmasını değil, işten çıkarılan işçilerle çıkarılmayan işçiler arasında menfaat çatışmasını ortaya çıkardığını belirtmişlerdir<sup>77</sup>. Öte yandan, kararlarda belirtilen kriterler, işçilerin sübjektif nitelikleri ile birlikte herhangi bir koşula, kısıtlamaya, ayrıma yer verilmemiştir<sup>78</sup>. Yargıtay daha sonraki dönemde verdiği bazı kararlarda sosyal seçim kriterlerini terk ederek objektif kriterler olması gerektiğini belirtmişse de işçilerin seçiminde dikkate alınacak objektif kriterlerin neler olduğu konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır<sup>79</sup>. Öte yandan, kanunun öngörmediği bir sosyal seçim kriterlerinin yargı kararlarıyla yaratılması hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır<sup>80</sup>. Ayrıca doktrinde işletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerin geçerliliğinin denetiminde “objektif kriter” kavramı yerine, Anayasa’da ve İş Kanununda düzenlenen eşitlik ilkesinin kullanılması hakkaniyete uygun sonuca ulaşmayı sağlamada daha fazla etkili olacağı belirtilmektedir<sup>81</sup>.

Kanaatimizce, işveren iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu altındadır. Eşitlik ilkesi hakkaniyet ve adalet anlayışının da bir unsuru olduğundan, işverenin keyfi uygulamaları hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Nitekim Yargıtay 2009 yıllarında verdiği kararlarında, işverenin işletme gerekleri ile feshinde işçi seçimi serbestisinin sınırlarını

<sup>75</sup> BAYSAL, s. 80; YILDIZ, s. 244.

<sup>76</sup> 9. HD. T. 3.4.2006 E. 2006/4878 K. 2006/8253 www.kazanci.com.tr Aynı yönde 9.HD. T. 10.4.2006 E. 2006/5883 K. 2006/9359 www.kazanci.com.tr.

<sup>77</sup> ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s. 7; SÜZEK Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil Aralık 2008, Y.3, S.12, s. 33.

<sup>78</sup> ALPAGUT Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur?”, Sicil Aralık 2006, S.4, s. 102; BAYSAL, s. 81; ÇELİK, Eşit Davranma Borcu, s.7; Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, s. 243 vd.

<sup>79</sup> BAYSAL, s. 82; SÜZEK, s. 33. Aynı yönde 9. HD. T.14.05.2007 E. 2007/9579 K. 2007/14901 www.kazanci.com.tr

<sup>80</sup> ALPAGUT, s. 104.

<sup>81</sup> ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.447.

çizmekte ve ancak seçimde ileri sürdüğü gerekçelerin denetime tabi olacağını vurgulamaktadır<sup>82</sup>. Yargıtay'ın kararlarında belirttiği gibi işverenin eşit davranma borcu, işverenin yönetim hakkını sınırlamaktadır. İşveren fesih hakkını kullanırken sözleşmesi feshedilecek işçileri serbestçe seçmeyecek olup aksi yönde davranması halinde ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olacaktır. Bu nedenle işveren iş sözleşmesi feshedilecek olan işçilerin seçiminde ileri sürdüğü gerekçeler açısından da eşit davranma borcu altındadır.

### bb. Haklı Nedenle Fesihte Eşit Davranma Borcu

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde haklı neden oluşturan olay, taraflar arasındaki güven ilişkisini ortadan kaldıracak gibi taraflardan aradaki iş ilişkisini sürdürmelerini beklemek dürüstlük kuralına aykırılık doğurabilecektir<sup>83</sup>. İşveren haklı nedene dayanan fesihte de, eşit davranma borcunu ihlal etmemelidir<sup>84</sup>. İşveren birden fazla işçiye ilişkin bir haklı neden söz konusu olduğunda birinin veya bir kısmının iş sözleşmeleri feshederken, diğerlerinin iş sözleşmelerini feshetmemesi durumunda ancak haklı bir tercih yaptığını ortaya koyması durumunda eşit davranma borcunu gözettiği söylenebilecektir.

Yargıtay da kararlarında aynı esası benimseyerek, haklı nedenle fesihte eşit davranma borcunu gözetmektedir. Bir Yargıtay kararında, iki işçi arasında çıkan kavgada bir işçi diğerinin kaşını yararak onu yaralamışsa da yaralama fiilini gerçekleştiren işçinin iş sözleşmesinin feshedilmeyecek dokuz yıllık kıdemi olan ve yaralanan işçinin iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığına karar vermiştir<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> "... işgücü fazlalığı nedeniyle işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kritere tabi tutulması yasal olmayacaktır... Ancak işten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel ya da toplu iş sözleşmesi ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise de, bu savunmasının denetime tabi tutulması gerekmektedir..." 9. HD. T. 20.7.2009 E. 2009/27271 K. 2007/27272 www.hukukturk.com, Aynı yönde 9.HD. T. 6.7.2009 E. 2009/17950 K. 19553, Legal İHSGHD, 2009, S.23, s.1108-1114.

<sup>83</sup> ÇELİK, s. 245 vd; SÜZEK, s. 500; YILDIZ, s. 256.

<sup>84</sup> BAYSAL s. 85; SÜZEK, s. 409-410; YILDIZ, s. 258.

<sup>85</sup> 9.HD. T. 4.11.2004 E. 2004/8413 K. 2004/25957 ve Uşan İncelemesi LEGAL İHSGHD, S.8, s.1624-1632; yazar, kararı isabetli bulmayarak işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu olmadığını savunmaktadır. Aynı yönde 9.HD. 25.4.2005 E. 2005/11204 K. 2005/14365 Legal, S.7, s.1307- 1309.

Eşit davranma borcu, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğundan iş sözleşmesinin feshini bu ilkenin dışında tutmak, adalet ve hakkaniyet düşüncelerini de zedelemektedir<sup>86</sup>.

## 2. Ayrımcılık Yasakları

Ayrımcılık kavramı, bir kimseye sahip olduğu bireysel bir özelliğinden dolayı diğerlerinden farklı davranılması, bu farklı davranış nedeniyle mağdur edilmesi anlamına gelmektedir<sup>87</sup>. Doktrinde ve uluslararası hukukta dikkat çeken bir ayırım ise, ayrımcılığın doğrudan ya da dolaylı olmasıdır. Doğrudan ayrımcılık, bir yasal düzenlemenin, bir idari işlemin ya da sözleşme hükmünün ayırım yasaklarına dayalı olarak açıkça farklı bir uygulama getirmesi ve işverenin ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir ölçüte dayalı olarak farklı işlem yapması durumunu<sup>88</sup>; dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız ölçüte dayalı bir hükmün, uygulamanın, belirli bir gruba mensup kişileri diğerleriyle karşılaştırıldığında olumsuz etkilediği ve bu olumsuz durumun haklı gerekçelere dayandırılmadığı durumları ifade etmektedir. Uygulamada en çok rastlanan dolaylı ayrımcılık türünün cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık olduğu doktrinde belirtilmektedir<sup>89</sup>.

### a. İşçinin Kişisel Durumu Bakımından

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağına ilişkin düzenlemenin yansımaları, İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcudur. Belirtilen hükme göre, iş ilişkisinde dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacaktır. Düzenlemedeki "ve benzeri sebeplerle" ifadesi ile maddede belirtilen ayrımcılık yasaklarının sınırlı olmadığı ortaya konulmaktadır<sup>90</sup>. Bu nedenle işçinin, ailevi durumu, evlenip boşanmış olması, evlilik dışı bir yaşam sürmesi gibi kişisel nedenlerle de işveren ayrımcı bir davranışta bulunamaz<sup>91</sup>.

İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasaklarından ırk ve cinsiyet, özel bir öneme sahiptir. Belirtilen konular, uluslararası sözleş-

<sup>86</sup> SÜZEK, s. 410; TUNCAY, s. 210.

<sup>87</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

<sup>88</sup> YENİSEY, s. 32,41; YILDIZ, s. 73.

<sup>89</sup> YILDIZ, s. 78. Ayrıca Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın uluslararası hukuktaki görünüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, s. 73 vd.

<sup>90</sup> SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s.25-26; TUNÇOMAĞ/CENTELE, s.135; YILDIZ, s. 72.

<sup>91</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.545.

melerde ve düzenlemelerde yoğun bir biçimde yer almaktadır. Uygulamada ayrımcılık uygulamalarının yoğun olması, topluluğun bu konudaki düzenlemelerine de yol göstermiştir<sup>92</sup>. Avrupa Adalet Divanı kararları doğrultusunda cinsiyete dayalı ayrımcılığın cinsel tercihe dayalı ayrımcılığı da kapsadığı doktrinde belirtilmiştir<sup>93</sup>. Yargıtay, bir kararında bu hususa da değinerek, işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihinin de ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir<sup>94</sup>.

İş Kanununun 5/III. maddesinde biyolojik ve işin niteliğine ilişkin zorunlu nedenler olmadıkça iş sözleşmesinin yapılmasında, koşullarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ya da dolaylı farklı işlem yapamaz. Yine IV. fıkrafta, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı düzenlenmektedir. Burada “eşit işe eşit ücret” kavramını açıklamak gerekecektir. Eşit değerde iş için eşit ücret kavramının Avrupa Birliği kurucu anlaşmasında ve bir çok direktifte vazgeçilemez bir ilke olduğu belirtilmektedir<sup>95</sup>. Eşit işe eşit ücret ilkesi, aynı ya da benzer işlerin saptanmasını ve bu bakımdan işler arasında bir karşılaştırma gerektirirken eşit değerde işe eşit ücret ilkesi ise, aynı ya da benzer iş olmamakla beraber aralarında değer eşitliğini dikkate alan bir kavramdır ve eşit çaba, beceri, karar alma ve eşit sorumluluğu gerektiren işler olarak değerlendirilebilir<sup>96</sup>. Eşit değerde işin ne olduğunun tespiti için iş değerlendirmesi sistemi ortaya çıkmaktadır. İş değerlendirmesi, işlerin ayrıntılı tanım ve analizleri yapılarak aralarındaki farklılık ve benzerlikleri, önem ve güçlüklerini araştıran ve objektif bir ücret yapısı oluşturmaya çalışan bir yöntem olarak tanımlanmıştır<sup>97</sup>. İşyerinde yapılan bir iş ya da performans değerlendirmesine dayalı olarak yapılan bir uygulama, ücret zammı ya da dava konusu yapıldığında işveren, uyguladığı sistemi mahkemeye sunmalıdır<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.435, YENİSEY, Metodoloji, s. 980, Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. YILDIZ, s.117 vd.

<sup>93</sup> Adalet Divanı kararları doğrultusunda 27.11.2000 tarihinde kabul edilen 2000/78 sayılı İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktifte cinsel tercihe dayalı olarak doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. YILDIZ, s. 119 vd.

<sup>94</sup> Y.9. HD. T. 31.5.2010 E.2008/26989 K. 2010 / 15054 www.hukukturk.com

<sup>95</sup> YILDIZ, s. 216 vd.

<sup>96</sup> KAYA, s. 92 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 437; TUNCAY, s.192; YILDIZ, s.219,

<sup>97</sup> TUNCAY, s.192; YILDIZ, s. 221.

<sup>98</sup> YILDIZ, s. 222.

## b. İş Sözleşmesinin Türü Bakımından

İş Kanununun 5/II. maddesi, işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz hükmüne yer vererek, hukukumuzda iş sözleşmesinin türü bakımından özel bir ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Yine İş Kanununun 13/II. maddesinde ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından ötürü kısmi süreli işçiye tam süreli emsal işçiye göre, 12/I. maddesine göre, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin belirli süreli olmasından ötürü belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı işlem yapılamayacağı öngörülmüştür.

İşçinin mesleki durumu bakımından ayrımcılığı yasaklayan bu düzenlemelerin kaynağı, Avrupa Birliği'nin kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin 1997/81 sayılı ve belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 1999/70 sayılı çerçeve yönergeleridir. 1997/81 sayılı çerçeve yönergenin 4. maddesinde kısmi süreli çalışanların ancak, objektif bir nedenin mevcudiyeti halinde tam süreli çalışanlardan farklı bir muameleye tabi tutulabileceğini düzenlemektedir. Bu objektif nedenler, verim, kıdem, eğitim durumu şeklinde ortaya çıkabilecektir<sup>99</sup>. Yine Yönergenin 4/II. maddesine göre, kısmi süreli işçiye, emsal tam süreli işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak ücret ödeneceği belirtilmiştir. İş Kanununun 13/II. maddesinde de paralel düzenleme yapılarak, kısmi süreli işçiye, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerin, tam süreli çalışan emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak (pro rata temporis ilkesi) verilecektir. Benzer hususlar Avrupa Birliği'nin 1999/70 sayılı Yönergesi'nde de belirtilmiş, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye salt sözleşmenin belirli süreli olmasından dolayı ayırım yapılamayacak ve bu tip sözleşme ile çalışan işçilerin işverence sağlanan menfaatlerden, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre orantılı olarak yararlanacaktır<sup>100</sup>.

Ayrıca emsal işçi kavramına kısaca değinmek gerekirse, belirtilen sözleşme türleri ile ilgili olarak, İş Kanununda düzenlenmiştir. Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırlarını düzenleyen 12/son maddesine göre emsal işçi, işyerinde aynı veya benzer işte belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan; işyerinde böyle bir işçi bulunmaması halinde o

<sup>99</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 548; TUNCAY, s. 198-199.

<sup>100</sup> BAYSAL, s. 73. Ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, s. 226 vd.

işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer iş üstlenen belirsiz süreli çalışan işçidir. Benzer tanımlama İş Kanununun 13/son maddesinde de ele alınmış olup, işyerinde aynı veya benzer işte tam süreli çalışan; işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı ya da benzer süreli işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçidir. Hangi işlerin benzer iş olarak nitelendirilebileceği ise yapılan işin niteliği, gerektirdiği sorumluluk, yetenek, eğitim gibi ölçütlerle mahkeme tarafından belirlenmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır<sup>101</sup>.

Avrupa Birliği hukukunda, kısmi süreli çalışanlar gibi, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların da çoğunlukla kadınlar olmasından hareketle, iş sözleşmesinin türüne göre yapılan ayrımcılık yasağı cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ile birlikte değerlendirilmektedir<sup>102</sup>.

### c. İşçinin Sendikal Durumu Bakımından

2821 sayılı Sendikalar Kanunu<sup>103</sup>'nun 31. maddesine göre, işçilerin iş alınmaları, belli bir sendikaya girme veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği korumaları veya istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri ya da girmemeleri koşuluna bağlı tutulamaz. Aynı maddenin III. fıkrasına göre de, işveren sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikaya üye olanlar arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Sendikalar Kanununun 31. maddesi ile kanun koyucunun, eşit davranma ilkesini sendikalar alanında uygulayarak, pozitif ve negatif sendika özgürlüğünü teminat altına aldığı doktrinde dile getirilmiştir<sup>104</sup>.

İşverenin sendikal ve sendikasız ya da farklı sendikalara üye işçilere eşit davranma borcunun toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında söz konusu olmayacağını düzenle-

<sup>101</sup> YENİSEY, Metodoloji, s. 986.

<sup>102</sup> BAYSAL, s. 73; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.440; Yıldız'a göre, "iş sözleşmesinin türü nedeniyle farklı işleme maruz kalan işçinin kadın olması durumunda çoklu ayrımcılıktan söz edilmesi gerekmektedir. Çünkü, işveren yaptığı bir uygulama ile hem cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını hem de iş sözleşmesinin türüne göre ayırım yapma yasağını ihlal etmektedir. Ancak bu tip durumlarda yürürlükte bulunan mevzuat açısından sadece İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen Ayrımcılık tazminatı ile sorumlu tutulabilecektir..." YILDIZ, s.234-235.

<sup>103</sup> RG. 07.05.1983 S. 18040.

<sup>104</sup> TUNCA, s. 127.

yen 31/IV. maddesi, toplu iş sözleşmesinin niteliğinden doğan doğal bir sonuçtur. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 9. maddesi uyarınca işveren, toplu iş sözleşmesi hükümlerinden kural olarak, sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendika üyesi işçileri yararlandırmakla yükümlüdür. Bu husus, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmemektedir<sup>105</sup>.

## B. EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRILIK VE YAPTIRIMI

### 1. Genel Olarak

İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırılık halinde işverenin hukuksal yaptırım olarak tazminat ödemesi (İş Kanununun m.5/VI, Sendikalar Kanunu m. 31/VI) ve idari para cezası (İş Kanununun m. 99/a) ile karşılaşması söz konusu olacaktır. Ayrıca işçi, yoksun kaldığı menfaatleri de işverenden talep edebilir<sup>106</sup>.

İşverenin ayrımcı işlemi sendikal nedene dayanıyorsa işveren aleyhine hükmedilecek tazminat, işçinin bir yıllık ücretinden az olamazken (Sendikalar Kanunu m.31/VI), ayrımcılık sendikal nedenler dışında başka bir nedenden kaynaklanıyorsa tazminat işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olacaktır. Ayrıca işçi, işvereni eşit davranma borcu gereği yükümlü olduğu edimi ifa etmemesi nedeniyle İş Kanununun 16/II, (f). fırfasında yer verilen “çalışma şartlarının uygulanmaması” hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>107</sup>.

### 2. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanununun 5/VI. maddesinde, iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminatına hükmedileceği öngörülmüştür. Bu durumda öncelikle, işe almada ayırım yapılması halinde bu tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmelidir. Kanunun ifadesinde “iş ilişkisi” esas alınmış olduğundan işe almada ayırım yapılması halinde İş Kanununun 5/VI. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı talep edilemez. Ancak koşulları mevcutsa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa

<sup>105</sup> BAYSAL, s. 74; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 440. Aynı yönde 9. HD. T. 31/05/2010 E. 2008/26989 K. 2010 / 15054 www.hukukturk.com.

<sup>106</sup> Aynı yönde karar için bkz. 9.HD. T. 22.04.2008, E. 2008/13925 K. 3008/9890, KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 175-177.

<sup>107</sup> SÜZEK, s. 414; YENİSEY, Eşitlik ilkesi, s.76; YILDIZ, s.327.



in contrehendo) çerçevesinde tazminat talebinde bulunulabilir<sup>108</sup>. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu ya da sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluk olduğundan işe almada eşit davranma ilkesini ihlal eden işverenin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekmektedir<sup>109</sup>.

Ayrımcılık tazminatı, işçinin dar anlamda (çıplak) ücreti esas alınarak hesaplanır ve ücret ekleri niteliğinde olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal haklar buna dahil değildir<sup>110</sup>. Söz konusu tazminatın miktarı, ihlalin ağırlığı, işçinin işyerindeki işi ve konumu, kıdemine göre hakim tarafından işçinin aldığı ücret esas alınarak belirlenecek olup, işçi, işverenin eşit davranma borcunun ihlali sonucu herhangi bir zarar görmemiş olsa dahi yine de tazminat isteyebilir<sup>111</sup>.

Burada değerlendirilmesi gereken bir husus da, işverenin bir uygulamasının kanundaki ayrımcılık oluşturan fiillerden olmamasına rağmen, eşit davranma borcuna aykırı olduğunda ayrımcılık tazminatı istenip istenemeyeceğidir. Burada bir kanun boşluğu olduğu doktrinde belirtilmiş ve bu boşluğun genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde ayrımcılık tazminatının uygulanarak doldurulması gerektiği belirtilmiştir<sup>112</sup>. Yargıtay da bir kararında, işyerindeki eyleme katılan işçilerden büyük bir kısmı çalışmaya devam ettiği halde davacının iş sözleşmesinin feshedilmesi ile işverenin eşit davranma borcuna aykırı olduğunu belirtmiş ve eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımının 4857 sayılı İş Kanununun 5/VI. maddesinde belirtilen ayrımcılık tazminatı olduğunu belirtmiştir<sup>113</sup>.

### 3. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlar Karşısındaki Durumu

İşveren tarafından iş sözleşmesi ayırım yasaklarına aykırı bir biçimde feshedilmiş veya genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı bir biçimde feshedilmişse, iş güvencesi kapsamına giren işçiler açısından geçersiz feshin sonuçları doğarken; iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler ba-

<sup>108</sup> BAYSAL, s.75; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN s. 145; KAYA, s.151, SÜZEK, s.414; YILDIZ, s. 329.

<sup>109</sup> ERTÜRK/GÜRSEL, s.447-448.

<sup>110</sup> BAYSAL, s. 75-76; SÜZEK, s. 415; YILDIZ, s. 329.

<sup>111</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 441-442; SÜZEK, s. 415, YENİSEY, Metodoloji, 983, Eşitlik İlkesi, s. 77; YILDIZ, s. 329.

<sup>112</sup> BAYSAL, s.76; ODAMAN Serkan, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler", Sicil, Haziran 2009, S.14, s.79; YILDIZ, s.329.

<sup>113</sup> 9.HD. T. 18.9.2007 2007/28933 K. 2007/26947 Legal YKİ,S.5, s.296-298. Aynı yönde 9. HD. T.10.4.2006 E. 2006/7385 K. 2006/9027 www.kazanci.com.tr.

kımından fesih hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilir. Bu nedenle iş güvencesi kapsamındaki işçilerin isteyebileceği tazminat, İş Kanununun 21. maddesinde öngörülen iş güvencesi tazminatı olarak adlandırılırken, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçiler bakımından İş Kanununun 17. maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatı gündeme gelir. Bu durumda ise ayrımcılık tazminatı ile yukarıda belirtilen tazminatların bir arada istenip istenemeyeceğinin tespiti gerekmektedir.

Öncelikle konumuz ile ilgili olan ve İş Kanununun 5/VI. maddesinde düzenlenen sendikal tazminata ilişkin hükme değinmek gerekmektedir. Söz konusu açık hüküm gereği, Sendikalar Kanununda yer alan sendikal tazminat ile İş Kanununun 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir<sup>114</sup>.

İş güvencesi kapsamı dışında olan bir işçinin iş sözleşmesinin ayrımcılık yasaklarına aykırı olarak feshedilmesi durumunda kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenip istenemeyeceği hususunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Doktrinde bazı yazarlar, işçilerin hem ayrımcılık hem de kötüniyet tazminatına hak kazanmalarının mümkün olmadığını ifade etmekte ve kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışların aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğunu belirterek, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemeyeceğini savunmaktadırlar<sup>115</sup>. Diğer yazarlarca ise, her iki tazminatın bir arada istenebileceği belirtilmekte ve ayrımcı feshin ayrımcılık tazminatı gerektirdiği ancak fesihte kötüniyetin yaptırımını ayrıca düzenlenmiş olduğundan ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayrımcılık hem kötüniyet tazminatı istenebileceği çünkü hukuki dayanaklarının farklı olduğu belirtilmektedir<sup>116</sup>. Ayrıca İş Kanununun 5. maddesinin, ayrımcı bir işlem ile karşı karşıya kalan işçiyi koruyucu amacı ile tereddüt halinde işçi lehine yorum ilkesi de bu yönde sonuca varmayı gerektirir. Aksi takdirde söz konusu işçiler karşı karşıya kaldıkları ağır haksızlıklara karşı çok sınırlı

<sup>114</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 442-443; ODAMAN, s.79; SÜZEK, s. 415; TUNCAY, s. 36; YILDIZ, s.341.

<sup>115</sup> BAKIRCI Kadriye, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil Haziran 2006, Y.1 S.2, s. 119; ÇELİK Nuri, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunları, LEGAL İHSGHD, 2007/14, s. 489; DEMİR, s. 162-163; ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.450; ODAMAN, s.80.

<sup>116</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 555; YILDIZ, s. 334; SÜZEK, s. 416. Yazar, aynı görüşü savunmakla birlikte gerekçesini farklı açıklamaktadır. Yazara göre, İş Kanununun 5. maddesinde ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceğinin açıkça düzenlenmiş olduğu ve kanunun mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının bir arada istenebileceği sonucuna varılması gerektiği belirtilmiştir. bkz SÜZEK, s. 415.

haklarla yetinmek zorunda kalacaklardır<sup>117</sup>. Örneğin, işveren şikayette bulunmuş veya aleyhine tanıklık yapmış iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerden sadece kadınları ya da belirli bir siyasi görüşe sahip olanları işten çıkarırsa hem kötüniyet tazminatı hem de ayrımcılık tazminatı alabilmelidirler<sup>118</sup>. Kanaatimizce de kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi mümkündür.

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshinde feshin geçerli bir sebebe dayanmaması durumunda işçi, İş Kanununun 18/III. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatını isteyebilecektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenip istenemeyeceği yönünde kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır ve doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Yine bir kısım yazarlar, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatında, işverenin bir davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığını bu nedenle aynı anda istenemeyeceğini savunmaktadırlar<sup>119</sup>. Yargıtay da aynı görüşü benimseyerek, iki tazminatın aynı anda istenemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>120</sup>. Ancak doktrindeki baskın görüşe göre, iş güvencesi tazminatının amacı, feshin geçersizliğinin yargı kararlarıyla tespit edilmiş olmasına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda alacağı tazminat olup, dayandığı esaslar farklı niteliktedir<sup>121</sup>.

Kanaatimizce, iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatına hak kazanabilmelidir. İş güvencesi tazminatı, işe iade davasının kabulü neticesinde işçinin süresinde işverene başvurması üzerine işe iade edilmemesinin yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Oysa ayrımcılık tazminatı işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde talep edilebilecek bir tazminattır. İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının dayandığı gerekçeler birbirinden tamamen farklı olduğundan iki tazminatın bir arada istenebilmesi mümkündür.

<sup>117</sup> YENİSEY, Fesihte Eşitlik, s. 80; YILDIZ, s. 331 vd.

<sup>118</sup> SÜZEK, s. 416.

<sup>119</sup> ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 57-58; ÇELİK, Tazminatlar, s. 493; TUNCAY, s. 36-37.

<sup>120</sup> 9.HD. T. 6.6.2007 E.2007/30630 K.2007/18174, Çalışma ve Toplum S. 15, s.217-218.

<sup>121</sup> DEMİR, s.123-125; ERTÜRK/GÜRSEL, Eşit Davranma, s.451; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 442; ODAMAN, s.82; SÜZEK, s.417; YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s. 78-79; YILDIZ, s.335-337; Bakırcı ise, temelinde ayrımcı/kötüniyet bir sebep taşıyan geçersiz fesihlerde daha ağır yaptırımlar öngörülmesi ve işçiyi işe aide talebi ile sadece iş güvencesi tazminatı talep etme konusunda seçimlik bir hak tanınmalıdır. BAKIRCI, s. 117.

#### 4. İspat Yüğü

İş Kanununun 5/son maddesine göre, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ispat yükü, işçinin üzerindedir. Ancak kanun koyucu söz konusu kuralı yumuşatmış ve 5/son maddesi gereğince işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Örneğin, işyerinde işveren tarafından terfi ettirilen tüm işçilerin işveren ile aynı dine ya da aynı etnik gruba mensup olmaları halinde, uzun süredir terfi ettirilmeyen işçinin sadece bu durumu ve farklı bir etnik guruptan veya dinden olduğunu ispatlaması halinde, eşit davranma borcunun ihlalinin varlığını kuvvetli bir biçimde gösterdiği ve ispat yükünün işverene geçtiği kabul edilecektir<sup>122</sup>.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinin feshi halinde işçi geçerli bir sebep bulunmadığı ve iş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı iddiasındaysa, işveren İş Kanununun 20/II. maddesi uyarınca geçerli bir nedenin bulunduğunu ispatlarsa, işçi feshin aslında başka bir sebebe dayandığını iddia ediyorsa, artık bu iddiasını ispatlamakla mükellef olacaktır<sup>123</sup>. Yargıtay da kararlarında “işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden genel ispat kuralı gereği işçi bu durumu kanıtlamalıdır.” ifadesine yer vermektedir<sup>124</sup>.

#### SONUÇ

Türk iş hukukunda eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde hükme bağlanmış ve Anayasa'nın 11. maddesinde özel hukuk ilişkilerinde de uygulanacağı öngörülmüştür. Gerek Anayasa'nın öngördüğü düzenlemeler gerekse Avrupa Birliği sözleşme ve Yönergeleri ışığında 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde eşit davranma ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, iş ilişkisinin tüm aşamasında geçerli olması gereken ayrımcılık yasaklarına yer verilmiş ve söz konusu ayrımcılık yasaklarına uyulmaması halinde yaptırımının ayrımcılık tazminatı olacağı öngörülmüştür. Hükümde ayrımcılık yasağı olmamasına rağmen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda ne olacağı düzenlenmesede Anayasadaki hüküm ve eşitlik ilkesinin anlamı gereği, 5. maddenin

<sup>122</sup> BAYSAL, s. 94. Aynı yönde 9.HD. T. 19/10/2010 E. 2010 / 802 K. 2010 / 29784, www.hukukturk.com.

<sup>123</sup> BAYSAL, s. 92; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.442; YENİSEY, Eşitlik İlkesi, s.64-65; YILDIZ, s.302.

<sup>124</sup> 9. HD. T. 21.4.2008 E. 2008/13508 K. 2008/9251 www.hukukturk.com; 9. HD. T. 6.7.2009 E. 2009/17950 K. 2009/19553 LEGAL, 2009 S.23, s.1112.

geniş anlamda işverenin eşit davranma borcunu düzenlediği sonucuna ulaşılabilir.

İşverenin eşit davranma borcu, iş ilişkisinin her aşamasında yükümlendiği bir borçtur. Ancak 5. madde, eşit davranma borcu açısından iş ilişkisini esas aldığından iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde dilediği işçiyi seçme hakkına sahip olduğu söylenebilir.

İş sözleşmesinin feshi açısından ayırım yasağı ve eşit davranma borcuna aykırılık ise iş güvencesi kapsamı içindeki iş ilişkilerinde feshi geçersiz kılmaktadır. Ancak iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından doktrinde görüş birliği yoktur. Kanaatimizce, iş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi açısından da geçerlidir. Çünkü eşit davranma borcu, iş ilişkisinin tüm aşamalarında geçerlidir. Kanunda bu yönde ayrık bir hüküm bulunmadığından eşit davranma borcunun varlığı kabul edilmelidir.

Ayrımcılık tazminatı, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığında hükmedilecek tazminattır. Ancak hukuki niteliği farklı olan kötüniyet, iş güvencesi tazminatları gibi tazminatlarla birlikte istenebileceğine dair doktrinde görüş birliği olmasa da, hukuki nitelikleri farklı olan söz konusu tazminatların birlikte istenebilmesine olanak sağlanmalıdır. Kanunda açık düzenlemeler yapılarak, ayrımcılık tazminatı daha etkin ve caydırıcı hale getirilmelidir.

\*\*\*

### KAYNAKÇA

**AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/SENYEN-KAPLAN E.Tuncay**, İş Hukuku, B.2, Ankara 2007.

**ALPAGUT Gülsevil**, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur?”, Sicil Aralık 2006, S.4.

**BAKIRCI Kadriye**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, Sicil Haziran 2006, Y.1 S.2.

**BAYSAL Ulaş**, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, LEGAL İHSGHD, S.25/2010.

**ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin**, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.

**ÇELİK Nuri**, İş Hukuku Dersleri ,Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul, 2010.

**ÇELİK Nuri**, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2006, S.4.(Eşit Davranma Borcu)

**ÇELİK Nuri**, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunları, LEGAL İHSGHD, 2007/14. (Tazminatlar)

**DEMİR Fevzi**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B.4,İzmir 2005.

**ERTÜRK Şükran**, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, 2002.

**ERTÜRK Şükran**, Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın-Erkek Eşitliği, Ankara 2008.

**ERTÜRK Şükran/GÜRSEL İlke**, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Ankara 2011. (Eşit Davranma)

**EYRENCİ Öner**, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı.

**EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/ULUCAN Devrim**, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006.

**KAYA Pir Ali**, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, B.2, Bursa 2009.

**KAYA PİR Ali**, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, MERCEK, Nisan 2005, Yıl:10 Sayı:38. (Çalışma Hukukunda Eşitlik)

**KESER Hakan**, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Resul Arslanköylü’ye Armağan, Ankara 2004.

**KILIÇ Ebru**, “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:2 Sayı:6, Temmuz 2011.

**KILIÇOĞLU Mustafa/ŞENOCAK Kemal**, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008.

**MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi**, İş Hukuku, Ankara 2005.

**NARMANLIOĞLU, Ünal**, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkiler, B.3, İzmir 1998.

**ODAMAN Serkan**, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, Sicil, Haziran 2009, S.14.

**SÜMER Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, B.4, Konya 2010.

**SÜZEK Sarper**, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2008.

**SÜZEK Sarper**, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil Aralık 2008, Y.3, S.12.

**TUNCAY A.Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

**TUNCAY A.Can**, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku,Sorunlar ve Çözüm Önerileri,Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007. (Sempozyum)

**TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut**, İş Hukukunun Esasları, B.4, İstanbul 2005.

**ULUCAN Devrim**, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, Prof.Dr.Turhan Esener’e Armağan,Ankara 2000.

**UŞAN Fatih**, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, LEGAL İHSGHD, 2007/14.

**YENİSEY Kübra Doğan**, “ İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, Haziran 2006.

**YENİSEY Kübra Doğan**, “Eşitlik İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, LEGAL İSHSGHD.(Metodoloji)

**YENİSEY Kübra Doğan**, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, S.11 2006, .(Eşitlik İlkesi)

**YILDIZ Gaye Burcu**, İşverenin Eşit İşlem Borcu, Ankara 2008.

