

■ Av. Zeynep Sümeyra DEVECİ* ■

İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU VE ÖZELLİKLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ AÇISINDAN ÖNEMİ

OBLIGATION OF EQUAL TREATMENT IN EMPLOYMENT LAW AND ESPECIALLY IMPORTANCE OF TERMINATION OF LABOUR CONTRACT

ÖZET

İşverenin eşit davranma borcu temelini Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesinden alan ve İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş bir borçtur. Mevzuatımızın çeşitli hükümlerinde eşit davranma borcuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İşveren, iş ilişkisinin her aşamasında işçilere karşı eşit davranma borcu altındadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde bazı yaptırımlar ile karşılaşabilecektir. İşverenin eşit davranma borcu özellikle iş ilişkisinin sona ermesinde önem arz ettiğinden çalışmamızda bu kapsamda inceleme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, eşit davranma borcu, iş hukuku, ayrımcılık tazminatı.

ABSTRACT

Employer's prohibition of discrimination depends on equality principle in Constitution and Turkish Labour Act Article 5. Also, Turkish legislation has brought provisions. Employer has to comply prohibition of discrimination at every stage of the employment relationship. If employer doesn't implement this obligation, there are some enforcements. This paper aims to examine employer's prohibition of discrimination at the end of the employment relationship.

Keywords: Equality principle, prohibition of discrimination, obligation of equal treatment, employment law, discrimination compensation.

* Makale Geliş Tarihi: 27.01.2020, Kabul Tarihi: 23.06.2020

Avukat, İzmir Barosu. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi,
av.zeynepdeveci@gmail.com

GİRİŞ

Kaynağını T.C. Anayasası'nın 10. maddesinden alan eşitlik ilkesi hukukun birçok alanında geçerli olduğu gibi iş hukuku açısından da önem arz etmektedir. Gerek Anayasa'nın 10. maddesi gerekse 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi iş hukukunda eşit davranma borcu açısından yasal dayanak oluşturmaktadır. Söz konusu eşitlik ilkesi iş hukukunda işverenin işçilere karşı eşit davranma borcu altında olması sonucunu doğurur. Yalnızca Anayasa ve İş Kanunu'nda değil 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da da işverenin eşit davranma borcuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Eşit davranma borcu iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, devami süresince ve sona ermesinde karşımıza çıkmaktadır. Bazı koşulların gerçekleşmesi ile işverenin işçilere karşı eşit davranma borcu söz konusu olur. Biz bu çalışmamızda öncelikle genel olarak eşitlik ilkesi ve eşit davranma borcundan bahsettikten sonra iş sözleşmesinin farklı aşamalarında işverenin eşit davranma borcunun görünümünü inceleyeceğiz. Bu hususta özellikle iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcu altında olup olmadığı ve eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımlarını ele alacağız.

I. İş Hukukunda Eşit Davranma Borcu

A. Eşitlik Kavramı ve Eşit Davranma Borcu

Sözlük anlamı olarak eşitlik “iki veya daha çok şeyin eşit olması, kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu” anlamına gelmektedir¹. *Süzek* eşit davranma borcunu, aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişilerin arasında ayırım yapılmaması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması biçiminde tanımlamıştır². İş hukuku açısından eşit

¹ www.tdk.gov.tr

² SÜZEK Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 12, Yıl 3, Aralık, 2018, (Eşit Davranma Borcu), s. 24-25.

davranma ilkesi işverene, işçilere karşı eşit davranma borcu yükler. Aynı zamanda bu ilke işverenin tüm işçilere karşı keyfi davranışlarda bulunmasını yasaklayan, eşit durumda bulunan işçilere farklı muamelelerde bulunmayı engelleyen bir nitelik de taşır³. Haklı nedenler gerektiriyorsa işçiler arasında bir ayırım yapılması ve farklı davranılması da eşit davranma borcu kapsamındadır⁴. Genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü denildiğinde eşit menfaat sağlamaktan ziyade keyfi ve subjektif nedenlerle ayrımcılık yapmama yükümlülüğü anlaşılmaktadır⁵.

Eşit davranma borcu yapma (olumlu) ve yapmama (olumsuz) şeklinde ortaya çıkabilir. Yapmama borcu işverene haklı bir neden olmadan işçiler arasında ayırım yapmama şeklinde ortaya çıkarken yapma borcu kanunda düzenlenen engelli, eski hükümlü çalıştırma gibi özel düzenlemeler olarak ortaya çıkmaktadır⁶.

Doktrinde iş hukuku açısından eşit davranma ilkesi dar anlamda ve geniş anlamda eşitlik ilkesi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Geniş anlamda eşit davranma ilkesi işverenin bireysel ve toplu iş ilişkilerinde, sendikaya tabi olanlar ve sosyal sigortalara tabi olanlar dahil tüm işçiler açısından eşit davranma borcu altında olduğunu ifade eder. Dar anlamda eşit davranma ilkesi ise işverenin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiler arasında eşitsizliğe yer vermemesi olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla dar anlamda eşit davranma ilkesi sadece bireysel düzeydeki iş ilişkileri açısından geçerlidir⁷.

³ TUNCAY A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Faküleler Matbaası, İstanbul, 1982, (Eşit Davranma), s. 5; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 640; ERTÜRK Şükran/GÜRSEL İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 428.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 640; SUR Melda, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 37, 2017, s. 40.

⁵ YENİSEY DOĞAN Kübra, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 7, 2005, (Metodoloji ve Orantılılık), s. 979.

⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 645; BAYSAL Ulaş, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, 2010, s. 63; DOĞAN Sevil, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı 9, 2012, s. 183.

⁷ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 6. Yuvalı'ya göre “dar anlamda eşit davranma borcu” kavramı aynı veya benzer durumda bulunan işçilere eşit işlem yapılmasını değil işverenin belli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık

B. Eşit Davranma Borcunun Hukuki Dayanakları

1. Anayasa

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesinde eşitliğe ilişkin temel bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu maddeye göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”

Anayasa 10. madde ile yalnızca ayırım yasağı hallerini düzenlemiş geniş anlamda eşit davranma borcunu da kapsayacak şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir. Dolayısıyla söz konusu madde, bireyler arası ilişkilerde de göz önünde bulundurulmalıdır⁸. Yine Anayasa’nın 11. maddesinde yer alan “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” ifadesi de anayasa hükümlerinin ve dolayısıyla eşitlik ilkesinin yalnızca kamu hukuku açısından değil özel hukuk açısından da uygulama alanı bulacağına göstermektedir⁹.

Anayasa Mahkemesi bu hususta bir kararında¹⁰ “Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmayacağı (dikey eşitlik) de gerektirir.” ifadelerine yer vermiştir.

yapma yasağını ifade etmektedir. Bkz. YUVALI Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 47.

⁸ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 24; SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 25.

⁹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 108; SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 26; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 646; YILDIZ Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara, 2008, (Eşit İşlem), s. 65; SUR, s. 35; ULUCAN Devrim, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt I, Seçkin, Ankara, 2016, s. 192; YÜKSEL Sera Reyhani, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 10, Sayı 39, 2013, s. 60; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 426; DOĞAN, s. 180.

¹⁰ T. 29.9.2004, E. 2004/86, K. 2003/67, (YILDIZ Gaye Burcu, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt 1, 2010, (Ayrımcılık Yasağı), s. 842).

2. 4857 Sayılı İş Kanunu ve Diğer Mevzuat

1475 sayılı İş Kanunu'nda eşit davranma borcuna ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. Yalnızca 26. maddenin 4. fıkrasında “*Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez*” hükmüne yer verilmişti. Ancak Anayasa'nın 10. Maddesi (1961 Anayasasınının 12. maddesi) iş huku-ku açısından da eşit işlem yapma borcuna dayanak oluşturuyordu. Bu hususta *Tuncay* özel hukuktaki eşit davranma ilkesi ile Anayasa Huku-kundaki eşitlik ilkesinin temelde aynı olduğunu söylemiştir¹¹. Eski yasa döneminde sosyal yardımların verilmesinde ve yönetim hakkına ilişkin konularda eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanmayacağı bel-tiltilmişken işe alma, ücret ve işten çıkarma gibi işverenin seçim serbes-tisi ve sözleşme özgürlüğünün ön planda olduğu alanlarda eşit davran-ma borcuna göre işverenin sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınmıştı¹². 4857 sayılı İş Kanunu ile eşit davranma ilkesi iş hukuku açısından yasal bir dayanağa kavuşturulmuştur. İK m. 5 “eşit davranma ilkesi” başlığı altında 7 fıkra halinde eşit işlem yapma borcundan bahsetmiştir. Söz ko-nusu maddenin ilk fıkrasına göre “*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engel-lilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*” 6.2.1014 tarihinde 6518 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile “renk ve engellilik” unsurları da eşit davranma ilkesinin kapsamına alınmıştır¹³. Ancak maddede ve benzeri sebepler ifadesine yer verildi-ğinden sınırlayıcı bir sayıma yer verilmediği, bunun dışındaki hallerde de eğer ayrımcılık yasağını ihlal ediyorsa bu madde kapsamında olacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple işçinin evli veya bekar olması, çocuk say-ısı, ikamet ettiği yer, doğum yeri, sendika üyesi olması veya üye olduğu sendika gibi özellikleri de ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmeli-dir¹⁴.

¹¹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 9.

¹² YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 975-976.

¹³ GÜNAY Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, s. 265.

¹⁴ GÜNAY, s. 266.

İş Kanunu m. 5 dışında, Kanunun m.12 ve m.13 ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde de eşit davranma borcuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İK m. 12/1'e göre "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." Yine İş Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre "Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz." Görüldüğü üzere burada İK m. 5/2 hükmüne paralel düzenlemelere yer verilmiş ve belirli süreli ile belirsiz süreli ve kısmi süreli ile tam süreli sözleşme ile çalışan işçiler arasında ayırım yapılamayacağı yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Buna göre salt iş sözleşmesinin belirli süreli veya kısmi süreli olmasından dolayı işçiler farklı bir işleme tabi tutulamayacaktır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25'te (eski Sendikalar Kanunu madde 31) de sendikal nedene dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Sendikal nedenlere dayalı ayrımcılık yasağı işe alma aşamasında, iş akdinin devamı süresince ve fesih durumunda varlığını sürdürür¹⁵. Tam süreli-kısmi süreli veya belirli süreli-belirsiz süreli sözleşmeler açısından öncelikle aynı işyerinde çalışan işçiler dikkate alınacaktır. Aynı işyerinde böyle bir işçinin bulunmaması halinde o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işte çalışan işçilerle karşılaştırma yapılması gerekir¹⁶.

İş Kanunu ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu dışında 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun ile de ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili kanun m. 14'te "İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz." ifa-

¹⁵ KILIÇ Ebru, "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, s. 228.

¹⁶ YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 985; ŞENER Battal, İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 88-89.

delerine yer verilerek engelliler hakkında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır¹⁷.

3. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 20.04.2016 tarihinde mevzuatımıza girmiş yeni bir düzenlemedir¹⁸. Kanun'un amaç ve kapsam başlıklı ilk maddesinde *"Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir."* ifadelerine yer verilmiştir.

Kanun'da ayrımcılık ile ilgili olarak düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu hususta kanunun genel gerekçesi şu şekildedir: *"Tasarı ile ayrımcılığın temelleri, türleri, kapsamı ve istisnaları AB müktesebatına ve Avrupa Konseyi belgelerine uyumlu olarak düzenlenmiştir. Ayrımcılığın konusu "hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma" olarak belirlenirken, "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik, yaş" şeklinde düzenlenmekte, böylece hak ve hürriyetlerden yararlanmayı sayılan temellere dayalı bir davranış ve uygulama ile hukuka aykırı şekilde engellenenin ayrımcılık oluşturacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrımcılık yasağının kapsamı ile ilgili olarak, AB uygulamasında üç ana kategori ortaya çıkmaktadır: İstihdam, mal ve hizmetlere erişim, sosyal hizmetlere erişim. Tasarı, her üç kategoriye*

¹⁷ YENİSEYDOĞAN Kübra, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Haziran, 2006, (Fesihte Eşit Davranma), s. 60; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 427.

¹⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ ZEHRA / KESKİN BAYRAM / DENİZ YUSUF, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 7, s. 721-761; SAVAŞ KUTSAL F. Burcu, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, 2017.

de ayrımcılık yasağının kapsamına alarak ilgili sektörleri ayrıntılı biçimde düzenlemekte, bunun yanında istihdam piyasasına ilişkin ayrımcılık hususları ayrı bir madde başlığı altında düzenlenerek işe alma, çalışma ve işe son verme süreçlerinin tümü ayrımcılık yasağının alanına dahil edilmektedir. Bu noktada bir diğer husus da ayrımcılık yasağının ve ilgili usullerin kamu ve özel dahil tüm toplumsal kesimlerin aralarındaki ilişkileri kapsamına almasıdır.”

Kanununun 3. maddesinde genel olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağından bahsedilmiş 6. maddede ise istihdam ve serbest meslekte ayrımcılık yasağı özel olarak koruma altına alınmıştır. Buna göre “(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, bilgilenme, 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.” Madde gerekçesinde “iş başvurularının gebelik, annelik, çocuk

bakımı gerekçeleriyle reddedilemeyeceği hükme bağlanarak kadınların iş hayatında karşılaşılabildiği zorluklara karşı bir güvence sağlanmaktadır.” denmiştir.

İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar varsa, işe kabul ve istihdam sürecinde hizmetin zorlukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele hallerinde m. 7 gereğince ayrımcılık iddiası ileri sürülemez.

Görüldüğü üzere TİHEK Kanunu’nda 4857 sayılı İş Kanunu’ndan farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. İK m. 5 yalnızca cinsiyet ve gebelik nedeniyle işe almada ayrımcılık yapamayacağını düzenlemişken; TİHEK Kanunu ile herhangi bir sınırlama yapılmaksızın işe alımlarda da ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. 6701 sayılı TİHEK Kanunu’nda ayrımcılık yasağına aykırılığa ilişkin idari yaptırım öngörülmüştür. Kanunun 25. maddesine göre “Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.” Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu bir yargı organı olmadığından vereceği karar yargı kararı niteliği taşıyan ve tarafları bağlayıcı nitelikte değildir. Kurum’un yalnızca idari para cezasına hükmetme yetkisi vardır¹⁹.

Kanun’un 17. maddesine göre, ayrımcılık yasağının ihlali sebebiyle zarar gördüğünü iddia eden gerçek veya tüzel kişiler Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na başvurabilir. Ancak kuruma başvurmadan önce kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamayı düzeltmesi için

¹⁹ SAVAŞ KUTSAL, s. 279.

İlgiliye başvurmalıdır. Dolayısıyla işçi 6701 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasında ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvurmadan önce işverene başvurarak söz konusu uygulamayı düzeltmesini istemek durumundadır. Eğer işveren bu talebi reddeder veya 30 gün içinde cevap vermezse ancak Kuruma başvuru yapılabilir. Ayrıca 17. maddenin 2. fıkrasının son cümlesine göre, "Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir." Yine 17. maddenin 5. fıkrasında İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir." Dolayısıyla İK m. 99 kapsamında 5. maddeye aykırılık sebebiyle işveren veya işveren vekili aleyhine idari para cezasına hükmedilmişse 6701 sayılı Kanun kapsamındaki yaptırım uygulama alanı bulmayacaktır. Tek bir eylem için birden fazla yaptırım uygulanamaması ilkesi sebebiyle kanımızca böyle bir ayırık düzenlemeye yer verilmesi yerinde olmuştur. Ancak İK. m. 5 kapsamında ayrımcılık iddiasının bulunması durumunda şikâyet usulünün ne olacağına ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmaması belirsizliklere yol açmakta ve Kurum'a başvuru-yu güçleştirmektedir²⁰.

Ayrımcılık iddiası ile Kurum'a başvuru halinde ispat yükü ile ilgili olarak da kanunda açık düzenleme yer almaktadır. Kanunun 21. maddesine göre, "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir." Söz konusu maddenin gerekçesinde de "Madde ile, ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla Kuruma yapılacak başvurularda ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenmekte, iddia sahibinin kuvvetli emare ve karine oluşturacak olguların varlığını ortaya koyması durumunda ispat yükünün ayrımcılık yaptığı iddia edilen tarafa geçmesi hükme bağlanmak-

²⁰ Bu hususta bkz. SAVAŞ KUTSAL, s. 273 vd.

tadır.” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere ispat hususunda ispat yükünün paylaşılması ilkesi benimsenmiş ve bu iddiaların ispatında tam ispat aranmayarak mağdurun ispat zorluğunu giderecek bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak söz konusu ispat kolaylığı yalnızca Kurum tarafından yapılacak incelemeler açısından geçerlidir, yargı önüne taşınan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaz²¹.

C. Eşit Davranma Borcunun İçeriği

İK m. 5’te yer alan düzenlemenin eşit davranma borcundan ziyade işverenin ayırım yapma yasağını düzenlediği savunulmaktadır. İK m. 5’in başlığı her ne kadar “eşit davranma borcu” olsa da öğretilerde baskın olarak ikinci fıkra dışında ayırım yasağı hallerinin öngörüldüğü dolayısıyla genel anlamda eşit davranma borcuna yer verilmediği kabul edilmektedir.²² Bu düzenleme karşısında işveren dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle işçilere karşı ayrımcılık yapamayacaktır. Ayrımcılık yasağı temel olarak hak ve özgürlüklere ilişkin iken dar anlamda eşit davranma borcu denildiğinde daha çok işverenin yönetim hakkı anlaşılmalıdır²³. Eşit işlem yapma borcu ancak işçi ile işveren arasında iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkıp işvereni keyfi uygulamalarda bulunmaktan alıkoyarken ayrımcılık yasağı işe alma aşamasından iş sözleşmesi sona erene kadar her an geçerli olan işverenin işçinin değiştiremeyeceği veya değiştirmesi beklenemeyeceği özellikleri sebebiyle bu işçiye karşı diğer işçilerden daha kötü muamelede bulunmayı engelleyen bir nitelik taşır²⁴. Eşit davranma borcuna aykırılık ancak işçinin hukuken bir talep hakkının doğduğu durumlarda

²¹ SAVAŞ KUTSAL, s. 277.

²² ÇELİK Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Aralık 2006, (Eşit Davranma), s. 6; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2015, (İş Hukuku), s. 480; SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 26; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 650; YILDIZ, Ayrımcılık Yasağı, s. 838; YENİSEY, Fesih Eşit Davranma, s. 61; YENİSEY DOĞAN Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Sayı 4, 2006, (Ayrımcılık Yasağı), s. 65; YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 976-977; YUVALI, s. 45; DOĞAN, s. 182. Ayrıca aksi yönde bkz. BAYSAL, s. 62.

²³ YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 66; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 68; TUNCAY, Eşit Davranma, s. 6.

²⁴ YILDIZ, Ayrımcılık Yasağı, s. 844.

ortaya çıkar. Ücret, işverenin yönetim ve disiplin hakkına dayalı olarak yaptığı işlemler bu kapsamda kabul edilebilir²⁵.

Her ne kadar İş Kanunu'nda ayrımcılık yasakları düzenlenmiş olsa da Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi hem ayrımcılık yasaklarını hem de eşit davranma borcunu düzenlemiş olduğundan iş ilişkileri açısından da bu uygulama alanı bulacak ve işveren açısından eşit davranma borcunun varlığından bahsedilecektir²⁶. Yargıtay da bu husustaki bir kararında²⁷ *"Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasanın eşitlik ilkesine hem de iş hukukununun temel kurallarına uygun düşmez."* ifadelerine yer vermiştir.

Eşit davranma borcu, işverenin mutlak olarak tüm işçilere eşit olarak davranması anlamına gelmez. Aynı veya benzer nitelikteki işçiler açısından ancak işverenin eşit davranma borcu söz konusudur²⁸. Eğer haklı nedenler söz konusu ise işçiler arasında farklılık yapılması eşit davranma borcunun bir gereğidir²⁹. Ancak bazı sınırlı hallerde eşit davranma borcu mutlak nitelik taşır. Kişi hak ve özgürlüklerine mutlak olarak uyulması gereken alanlarda işverenin eşit davranma borcu mutlak olarak uygulama alanı bulur. Irk, etnik köken, cinsiyet, cinsel eğilim, dini felsefi inanç, siyasal düşünce gibi durumlarda işverenin işçiler arasında ayırım yapmaması mutlak³⁰. Elverişli ve gerekli olduğu iddia edilen araç ile müdahale edilen eşit davranma borcunun niteliği arasında orantı olması gerekir³¹. Eğer eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanacağı kabul edilirse normla düzenlenen amaç orantısız olarak aşılmış olur ve bu durum işverenin sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliği taşır³².

²⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 642; ÇOLAKOĞLU Ebru, Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2011, s. 13.

²⁶ SÜZEK, İş Hukuk, s. 480; YUVALI, s. 46; SUR, s. 39-40.

²⁷ 9. HD. T. 11.9.1967, 8479/7519, (TUNCAY, Eşit Davranma, s. 53; SÜZEK, İş Hukuku, s. 480)

²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 482; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 65; DOĞAN, s. 182.

²⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 640; ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta, İstanbul, 2013, (İş Hukuku), s. 195-196; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 428.

³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 641; ŞENER, s. 68-76.

³¹ YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 996.

³² YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 977. Yargıtay da bu hususta bir kararında şu ifadelere yer vermiş-

II. Eşit Davranma İlkesinin Uygulanabilmesi İçin Gerekli Olan Koşullar

A. İşverenle İş İlişkisi İçinde Olan Birden Fazla İşçi Bulunması

İşverenin işçilere karşı eşit davranma borcundan bahsedilebilmesi için işyerinde çalışan iki veya daha fazla işçinin bulunması gerekir³³. Bu koşul işçiler arasında karşılaştırma yapılabilmesinin doğal sonucudur. Zira sadece birden fazla işçi bulunması durumunda birine diğerine oranla farklı davranıldığı ileri sürülebilir³⁴. Ancak ayrımcılık yasağı açısından tek işçi olsa da işverenin ayrımcılıkta bulunabilmesi mümkündür. Örneğin işyerinde çalışan tek işçinin cinsel tercihinin anlaşılmasından sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda ayrımcılık söz konusu olmaktadır³⁵. Genel anlamda eşit davranma borcunun uygulanması açısından objektif ölçülere göre belirlenecek gruplar arasında karşılaştırma yapılması gerekir³⁶.

İşçilerin niteliklerinin de eşit davranma borcunun tespitinde dikkate alınması gerekir. Buna göre işçilerin yaptıkları işin niteliği, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi, çalışkanlığı gibi nedenlerle işveren tarafından farklı uygulamalara tabi tutulması, ücret, prim veya sosyal haklar konusunda farklılık bulunması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir³⁷. Eşit davranma borcu açısından önemli olan işverenin aynı niteliklere sahip, eşit değerdeki benzer işlerde çalışan işçiler arasında eşit davranmasıdır³⁸.

tir: "Diğer önemli bir nokta da işverenin "eşit davranma" ilkesinin de mutlak şekliyle anlaşılmamasıdır. İşverenin, işçiler arasındaki gerek objektif ve gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları v.s nedenler farklı ücret, prim ve sosyal hak ödemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir." 9. HD. T. 20.5.1985, E. 1985/2546, K. 1985/5437 (Kazancı İçtihat Bankası).

³³ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 149; YÜKSEL, s. 63; BAYSAL, s. 68; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 185; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 432; DOĞAN, s. 185.

³⁴ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 149; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 648.

³⁵ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 186.

³⁶ YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 984.

³⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 482; ÇELİK, Eşit Davranma, s. 6; ÇELİK, İş Hukuku, s. 196; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 66.

³⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 65.

Ayrıca eşit davranma borcu ancak işveren ile iş ilişkisi içinde bulunan işçiler açısından geçerlidir. Zira İK m. 5 açıkça iş ilişkisinde ayırım yapılamayacağını düzenlemiştir³⁹. Dolayısıyla aynı işyerinde çalışan memur veya sözleşmeli personel ile orada iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında eşit davranma borcundan bahsedilemez⁴⁰. Yine işyerinde geçici iş ilişkisi ile çalışanlar kanunda aksi öngörülmemişse kural olarak eşit davranma borcunun konusunu oluşturmazlar⁴¹. Bu hususta ayrıca alt işverenlik ilişkisi açısından da değerlendirme yapmakta fayda vardır. Kural olarak asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Zira alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında herhangi bir iş ilişkisi bulunmamaktadır. Ancak alt işverenlik ilişkisi muvazaalı olarak kurulmuşsa alt işverenin işçileri baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak kabul edileceğinden bu durumda da artık asıl işverenin eşit davranma borcu altında olduğundan bahsedilmesi gerekir⁴². Yargıtay da bu hususta bir kararında asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu altında olmadığını ancak bu ilişkinin muvazaaya dayanması halinde kanunun açık hükmü gereğince alt işverenin işçilerinin başlangıçtan beri asıl işverenin işçisi sayılacağından işçilerin bu durumda asıl işverenden eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak talepte bulunabileceğine hükmetmiştir⁴³.

İşveren ile işçinin iş ilişkisi içinde bulunması gerekliliğinin bir sonucu olarak işverenin eşit davranma borcu ancak iş ilişkisinin başlamasından sonra söz konusu olacaktır⁴⁴. Ancak bu kural mutlak olarak uygu-

³⁹ YÜKSEL, s. 63.

⁴⁰ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 186; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 648; BAYSAL, s. 69; DOĞAN, s. 185.

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 648-649; BAYSAL, s. 68.

⁴² YILDIZ, Eşit İşlem, s.193; BAYSAL, s. 68-69; DOĞAN, s. 185.

⁴³ 9. HD. T. 28.02.2011, E. 2010/23498, K. 2011/5236, (DOĞAN, s. 185-186)

⁴⁴ Yargıtay da bir kararında "Ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağı belirlenmesi varılacak sonuç açısından büyük önem taşımaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesindeki "farklı işlem yapılamaz" sözleri iki benzer durum arasındaki başkalağa işaret etmektedir. İşverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yapılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir. Somut uyumsuzlukta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için ücretini çalışan sendika üyesi emsal işçiye göre daha yüksek ücret kararlaştırması ve ödemesi eşit işlem

lanmaz. İK m. 5/3'te yer alan "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.", Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/1'de yer alan "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." ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun m. 14'te yer alan hüküm iş ilişkisi içinde eşit davranma borcu olması kuralının istisnasını oluşturmaktadır⁴⁵.

B. İşyerinin Aynı Olması

İşverenin eşit davranma borcundan bahsedebilmenin bir diğer koşulu, işverenin birden fazla işçisinin aynı işyerinde çalışıyor olmasıdır. Doktrinde bu kural "işyerinde birlik" olarak ifade edilmiştir⁴⁶. Kural olarak başka işverenlere ait işyerlerindeki uygulamalar diğer işveren açısından aynı uygulamada bulunma borcu yüklemeyiz⁴⁷. Ancak benzer çalışma koşullarına sahip işyerleri bulunuyorsa ve bu işyerleri tekdüzen esaslarla yönetiliyor ayrıca karşılıklı işçi geçişleri de yüksekse artık böyle bir durumda da eşit davranma borcundan bahsedebilmek mümkündür⁴⁸. Do-

borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. İşverenin bu işlemlerde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle davacının fark alacaklarının reddi gerekir." diyerek işverenin sözleşme serbestisine işaret etmiştir. Bkz. 9. HD. T. 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁵ BAYSAL, s. 66.

⁴⁶ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 148; SÜZEK, İş Hukuku, s. 481; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 179; DOĞAN, s. 183; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 432; ŞENER, s. 86; ÇOLAKOĞLU, s. 32.

⁴⁷ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 148; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 647; UŞAN M. Fatih, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 8, 2005, s. 1626.

⁴⁸ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 180; BAYSAL, s. 70; DOĞAN, s. 184. Ancak Yargıtay bir kararında "Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. Somut olayda da davacının birlikte istihdam edilen bir işçi olduğu gözetilerek bir değerlendirmeye gidilmelidir. Davacının davalı işverenin diğer bir işçi ya da aynı guruba ait başka bir işçi ile karşılaştırılması doğru olmaz. Birlikte istihdam: oluşturan işverenlerin eşit davranma yükümü, kural olarak birlikte istihdamda dahil işçiler yönünden hüküm ifade eder." ifadelerine yer vermiştir. 9. HD. T. 12.2.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114 (Kazancı İçtihat Bankası).

layısıyla eşit işlem yapma borcu organizasyon yapısından ziyade yapılan işin ve çalışma koşullarının benzerliği ile ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Bu sebeple aslında işyerinde birlik koşulunda işyeri esasının değil işletme esasının dikkate alınması daha doğrudur⁵⁰.

İş Kanunu açısından işyeri hatta işletme dışındaki yerlerde de eşit davranma borcunun söz konusu olması mümkündür. Bu haller kanunda açıkça düzenlenmiştir. İK m. 12'nin son fıkrasına göre *"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."* Yine İK m. 13/3'e göre *"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."* Görüldüğü üzere bu düzenlemeler ile eşit davranma borcu işyeri ve işletme dışına taşınmış ve emsal işçi kriteri getirilmiştir⁵¹.

Bu noktada bahsedilmesi gereken bir diğer husus da işyerinin devri halinde eşit işlem yapma borcunun varlığının söz konusu olup olmadığıdır. İş Kanunu m. 6'da işyeri devri düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre *"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."* Söz konusu madde ile devralınan işyerindeki işçilerin durumunun kötüleştirilmemesi amacıyla koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Devir ile birlikte işveren iş sözleşmelerinden bütün hak ve borçları ile sorumlu olacağından eşit davranma borcu açısından da sorumluluğu söz konusudur⁵². Örneğin işverenin, aynı iş kolunda aynı işi

⁴⁹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 180.

⁵⁰ BAYSAL, s. 70. Yuvalı'ya göre de kural olarak aynı işyerinin işçisi olmak gerek de istisnaen belli başlı durumlarda aynı işletmeye dahil değişik işyerleri arsında da işverenin eşit davranma borcu söz konusu olabilir. YUVALLI, s. 49.

⁵¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 181; BAYSAL, s. 70; DOĞAN, s. 184; YÜKSEL, s. 62.

⁵² YILDIZ, Eşit İşlem, s. 183-185; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 648; DOĞAN, s. 184.

aynı çalışma koşulları altında yürüttüğü işyerinde uzun yıllardan işçilerine Kurban Bayramı öncesinde kurban parası verdiğini ve bu uygulama işyeri uygulaması haline geldiğini kabul edelim. İşyeri devri söz konusu olduğunda aynı işveren, devraldığı işyerinde böyle bir uygulama olmadığından oradaki işçilere kurban parası ödemezse ve bu işçi daha sonra askere gitmek için iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatı talebinde bulunursa, kıdem tazminatı hesabının eşit davranma borcu gereğince kurban parası da dikkate alınarak hesaplanması gerekir. Zira işveren devraldığı işyerindeki işçilere karşı da eşit davranma borcu altındadır⁵³.

C. İşverenin Hukuken Kollektif Bir Davranışta Bulunması veya Kural Koyması

İşverenin ancak işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren bir uygulamada bulunması halinde eşit davranma borcu söz konusu olur⁵⁴. Ancak bir işçinin çalışkan olması nedeniyle ödüllendirilmesi gibi bireysel nitelikteki uygulamaların olması durumunda eşit davranma borcu söz konusu değildir⁵⁵.

Yalnızca işlemin işverenden kaynaklanması durumunda eşit davranma borcu söz konusu olur. Eğer kanundan veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan sebeplerle farklı uygulama söz konusu ise artık burada eşit davranma borcunun varlığından bahsedilemez. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/2'de "*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.*" düzenlemesine yer ve-

⁵³ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 184-185.

⁵⁴ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 149-150; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 650.

⁵⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 150; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 650; BAYSAL, s. 67; DOĞAN, s. 186; YÜKSEL, s. 64; ÇOLAKOĞLU, s. 34-35. Ertürk/Gürsel'e göre bu şekilde işverenin tek bir işçiyi ödüllendirmesi halinde de bu uygulamayı haklı kılacak sebeplerin varlığı aranmalıdır. Aksi halde uygulama bireysel olsa da haklı sebep olmaksızın o işçi ile diğer işçiler arasında farklılık meydana getirilmesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecektir. ERTÜRK/GÜRSEL, s. 433-434. Aynı yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 187.

rilerek toplu iş sözleşmesi kapsamında ücret, ikramiye, prim veya paraya ilişkin sosyal yardım konularında farklı uygulamaların bulunmasının eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacağı düzenlenmiştir⁵⁶. Örneğin toplu iş sözleşmesinde düzenlenen maddi faydalardan sadece sendikaya üye olan işçilerin yararlanması eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmeyecektir⁵⁷. Ancak iş süreleri, işverenin yönetim hakkı, disiplin cezaları, iş akdinin feshi, iş sağlığı ve güvenliği gibi parasal hükümler dışındaki toplu sözleşme hükümleri sendika üyesi olmayan işçiler açısından da eşit davranma borcu kapsamında uygulanır⁵⁸.

Ç. Uygulamanın Bir ya da Bir Kısım İşçinin Aleyhine Olması

Eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilebilmesi için işveren tarafından yapılan bir uygulamanın bir kısım işçiye yarar sağlarken bir kısım işçinin aleyhine olması gerekir⁵⁹. Ancak şu kadar işçinin aleyhine bir durum oluşmuşsa eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olur demek doğru değildir. Tek bir işçi bile bu uygulamadan olumsuz olarak etkileniyorsa ve işveren bu davranışını objektif olarak haklılaştırılmıyorsa artık bu durumda işverenin genel anlamda eşitlik ilkesine aykırı davrandığı kabul edilmelidir⁶⁰. Eğer aleyhe durum oluşturan kural veya işlem yasal bir zorunluluktan kaynaklanıyorsa eşit davranma borcundan söz edilemez. İşveren açısından asıl olarak yasak olan keyfi bir davranışla bir veya birden çok işçiyi diğerlerine göre daha kötü duruma getirmektedir⁶¹.

⁵⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 486; BAYSAL, s. 68; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 215; DOĞAN, s. 186; SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 104.

⁵⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 486; BAYSAL, s. 68.

⁵⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 486; EKONOMİ Münir, Ferdi İş Hukuku, Cilt 1, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974, s. 158; SÜMER, s. 104.

⁵⁹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 138; ERTÜRK Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s. 100.

⁶⁰ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 138; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 192; DOĞAN, s. 187.

⁶¹ BAYSAL, s. 69.

D. Aynı Zaman Dilimi İçinde Gerçekleştirilmiş Uygulama Olması

Doktrinde “zamanda birlik” olarak adlandırılan bu koşula göre eşit davranma borcu açısından karşılaştırılacak olan davranışların kural olarak aşağı yukarı aynı zaman dilimi içinde meydana gelmiş olması gerekir⁶². Dolayısıyla geçmişte yapılmış bir uygulamaya dayalı olarak bugün işçinin eşit davranma borcu kapsamında bir talepte bulunması mümkün değildir⁶³. Burada aynı zaman dilimi kavramından anlaşılması gereken işyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süredir⁶⁴.

Yargıtay da bir kararında⁶⁵ zamanda birlik koşulu doğrultusunda şu ifadelerle yer vermiştir: *“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.”* Söz konusu kararda da belirtilmiş olduğu üzere üç yıllık süre içinde hukuka uygun olarak işyerindeki çalışma koşullarının değişip değişmediğinin belirlenmesi gerekir. Eğer çalışma koşulları değişmişse ve

⁶² TUNCAY, Eşit Davranma, s. 150; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 189; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 434; DOĞAN, s. 187.

⁶³ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 150; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 189.

⁶⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 190; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 434.

⁶⁵ 9.HD. T. 11.3.2002, E. 2001/18348, K. 2002/3479 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu karar için ayrıca bkz. YILDIZ, Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 190.

bu değişiklikler iş hukuku açısından geçerli kabul edilebiliyorsa eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemez⁶⁶.

III. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması

A. Genel Olarak

İş hukukunda eşit davranma ilkesi iş ilişkisinin kurulması aşamasında, iş ilişkisinin devamı süresince ve iş sözleşmesinin feshi aşamalarında karşımıza çıkabilir. Biz bu çalışmamızda iş ilişkisinin kurulması ve iş ilişkisinin devamı süresince eşit davranma borcundan kısaca bahsettikten sonra iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunu önemi sebebiyle ayrı bir başlık altında ele alacağız.

B. İş İlişkisinin Kurulmasında Eşit Davranma Borcu

Bir kimsenin ilk kez işe alınması sırasında işveren den eşit davranma borcuna uygun davranmasını isteme hakkı olup olmadığı hususunda iş hukukunda kabul edilen genel görüş işe almada işverenin eşit davranma borcu altında olmadığı yönündedir. Zira eşit davranma borcundan bahsedebilmek için meydana gelmesi gereken koşullardan birisi de işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulmuş olmasıdır. Ayrıca işveren hangi işçiyi aldığı nda daha iyi verim elde edeceğini belirleme yetkisine sahiptir ve bu durum işverenin sözleşme özgürlüğünün bir sonucudur⁶⁷. Ancak kanunda bazı hallerde işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da ayırım yapamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunlardan ilki İK m. 5/3'te yer almaktadır. Maddeye göre "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." Görüldüğü üzere burada cinsiyet ve gebelik nedeniyle iş ilişkisinin kurulması sırasında da ayırım yapılmaması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla işveren haklı bir gerekçesi olmaksızın sırf hamile olduğu

⁶⁶ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 190.

⁶⁷ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 154; SÜZEK, İş Hukuku, s. 483; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 170; BAYSAL, s. 65

için işçi ile iş akdi yapmaktan kaçınamaz⁶⁸. Ancak yapılacak işin niteliği hamilelikle bağdaşmayacaksa işverenin işe alımda adaya hamile olup olmadığını sorması ve hamile olması halinde iş akdi yapmaktan kaçınması cinsiyete veya gebeliğe dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilemez⁶⁹. Mankenlik, spor öğretmenliği, radyasyon tehlikesinin bulunduğu işler bu kapsamda kabul edilebilir⁷⁰. Yine yapılacak iş için kullanılacak madde anne ya da bebeğin sağlığı için tehlike oluşturacak nitelikteyse adaya hamile olup olmadığının sorulması ve bu nedenle işe alınmaması ayrımcılık teşkil etmez⁷¹.

İşe alımda ayırım yasağına ilişkin bir diğer düzenleme Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25'te düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre *"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."* Bu hüküm ile işverenin sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmiş ve işveren işe alma sırasında işçilere eşit davranmakla yükümlü tutulmuştur⁷².

Bu konudaki bir diğer düzenleme 5378 sayılı Engelliler Hakkında m. 14'te düzenlenmiştir. İkinci fıkraya göre *"İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz."*

Görüldüğü üzere kural olarak işveren, işe almada eşit davranma borcu altında olmamakla birlikte cinsiyet ve gebelik halinde, sendikal nedenlerde ve engellerin işe alımlarında ayrımcılık yapamaz. Kanunlarda açıkça bu hususta düzenleme yer aldığından işveren işe alımlarda

⁶⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 483. Ayrıca bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 198 vd.

⁶⁹ EYRENCİ ÖNER, *"İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar"*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, 15. Yıl Armağanı s. 255; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 199; ERTÜRK, s. 68-71.

⁷⁰ EYRENCİ, s. 255; ERTÜRK, s. 68-71.

⁷¹ ÇOLAKOĞLU, s. 42.

⁷² TUNCAY, Eşit Davranma, s. 154.

ayrım yasağına aykırı davranamaz. Ancak bu haller dışında işveren iş alımlarda sözleşme özgürlüğü gereğince eşit davranma borcu altında değildir.

C. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu

İş ilişkisinin devamı süresince de işveren, eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdür. Dolayısıyla işverenin ücret, işçiye sağlanacak maddi menfaatler, çalışma koşulları, yükselme ölçütleri, disiplin cezaları gibi uygulamalarda eşit davranma borcuna uygun davranması gerekir⁷³. Eşit davranma borcuna aykırılık genel olarak işverenin yönetim hakkını İK m. 5'te yer alan koşullara ve ayrımcılığı yasaklayan diğer düzenlemelere aykırı olarak keyfi biçimde kullanması halinde ortaya çıkar⁷⁴. Ancak işverenin yönetim hakkı mutlak bir hak olmadığından işveren bu yetkisini keyifliğe kaçmadan eşit davranma borcu sınırları çerçevesinde kullanmalıdır⁷⁵.

Sosyal yardımlar açısından işverenin işçiler arasında gruplar oluşturması mümkündür. Örneğin işin sorumluluk ve tehlike derecesine göre, belirli sayıda çocuğu olanlara, belirli bir kıdemi olanlara göre bir gruplandırma yaparak sosyal yardımda bulunabilir. Ancak işverenin bu grupları oluştururken keyfi davranmaması gerekir⁷⁶. Eğer toplu iş sözleşmesinde ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım hükümleri varsa sözleşme kapsamında olan işçiler ile olmayan işçiler arasında ayırım yapılabilecektir⁷⁷. Ancak parasal konular dışındaki tüm toplu iş sözleş-

⁷³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 484; SUR, s. 41. Yargıtay da bir kararında "İşveren tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz. Bu husus, işverenin işçilere yardım ve gözetme borcuna, eşit işlem yapma ilkesine ayrı düşer." diyerek ikramiyede ayırım yapılmaması gerektiğine hükmetmiştir. 9. HD. T. 9.3.2005, 3551/7831 (AKYIĞIT Ercan, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 327).

⁷⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 206.

⁷⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 158; SÜZEK, İş Hukuku, s. 486; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 207; ŞENER, s. 102.

⁷⁶ SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 29; SÜZEK, İş Hukuku, s. 485-486; YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 997; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 209; DOĞAN, s. 190.

⁷⁷ ERTÜRK, s. 108; ŞENER, s. 105.

leşmesi hükümleri diğer işçilere de eşit olarak uygulanmak durumunda-
dır⁷⁸.

Kural olarak işverenin sözleşmenin kurulması aşamasında iki farklı işçi ile farklı ücretleri kararlaştırmış olması mümkündür. Bu durum sözleşme serbestisi ilkesinin doğal bir sonucudur⁷⁹. Ancak ücrete yapılacak zamlar açısından işveren haklı ve makul bir neden olmaksızın işçiler arasında farklılık oluşturamaz. Böyle bir uygulamada bulunması halinde eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olur⁸⁰. *Yıldız'a* göre işçilerin kıdemleri, bireysel nitelikleri, yaptıkları iş ve bu işi yaparken göstermiş oldukları başarı aynı veya benzer ise buna rağmen işçiler arasında ücret açısından farklılık oluşturulmuşsa artık burada eşit davranma borcunun

⁷⁸ SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 29; SÜZEK, İş Hukuku, s. 486.

⁷⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 642; ULUCAN, s. 195. Yargıtay bir kararında ücretle ilgili olarak "Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre işyerinde çalışan bazı işçilere fazla çalışma ücreti %100 zamlı, bayram ve genel tatil ücreti % 200 zamlı olarak ödenmiştir. Davalı vekili mavi yakalı çalışanlara belirtilen oranlar üzerinden ödeme yapıldığını açıklamakla birlikte, beyaz yakalı işçilere ise yasal oranların uygulanması gerektiğini savunmuştur. İş mevzuatında beyaz yakalı işçi mavi yakalı işçi ayrımı bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışanlar arasında fazla çalışma ve bayram genel tatil ücretleri bakımından farklı oranların uygulanması İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık oluşturur. Bilirkişi raporunda, davaya konu işçilik alacaklarının işyeri uygulamasına göre zamlı olarak hesaplandığı seçeneğe bir değerlendirilmeye tabi tutulmalı ve indirim husus da düşünülerek karar verilmelidir." diyerek eşit davranma borcuna işaret etmiştir. 9. HD. T. 23.9.2014, E. 2012/36446, K. 2014/27623 (Kazancı İçtihat Bankası). Bu kararın eleştirisi için bkz. ERDEM ÖZDEMİR, "Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 33, 2015, s. 45-55.

⁸⁰ ULUCAN, s. 196; BAYSAL, s. 67. Yargıtay da bir kararında "Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde çalışan işçilere Nisan 2003 tarihinde; 90.000.000 TL zam yapıldığı halde, davacı işçiye verim düşüklüğünden söz edilerek bu ücret artışının 20.000.000 TL olarak uygulandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin verimsiz çalıştığına dair işverence yapılmış bir tespit de bulunmamaktadır. İşverenin gereksiz olarak davacıya emsallerinden daha az ücret artışı yapması, işçiye iş sözleşmesini haklı olarak fesih imkanı vermektedir." ifadelerine yer vererek ücret zamlarında haklı bir gerekçe olmaksızın farklı uygulamada bulunulmasını eşit davranma borcuna aykırı olarak nitelemiştir. 9. HD. T. 5.4.2005, E. 2005/9518, K. 2005/12140. Aynı yönde bkz. 9. HD. T. 3.4.2000, E. 2000/1034, K. 2000/4713; 9. HD. T. 9.2.2004, E. 2004/1674, K. 2004/1674 (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay yakın tarihli başka bir kararında salt işçinin ücretine zam yapılmamasının eşit davranma borcuna aykırılık anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu karara göre "... Somut olayda mahkemeye aynı konumdaki diğer işçilere nazaran davacıya zam yapılmaması gerekçe gösterilerek eşit davranmama tazminatına hükmedilmişe de bu konuda yeterli inceleme ve araştırma yapılmadan hüküm kurulması isabetli olmamıştır. Zira işveren tarafından salt zam yapılmaması eşit davranmama tazminatının şartlarının oluşması için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesi gereğince işverenin belirli bir ölçü gözetilerek işçiyi diğerlerinden farklı ve kasıtlı bir uygulamasının bulunması şarttır. Sırf işçinin ücretine zam yapılmaması halinin değinilen maddede kapsamında değerlendirilerek tazminata hükmedilmesini haklı kılmaz." 9. HD. T. 19.3.2012, E. 2010/279, K. 2012/8969 (GÜNAY, s. 276). Ancak Ertürk'e göre kişisel ve bireysel ücret zamları sözleşme özgürlüğü ilkesine bağlı olduklarından işverenin eşit davranma yükümlülüğü yoktur. ERTÜRK, s. 104.

ihlali söz konusu olacaktır. Dolayısıyla farklı ücret uygulamasını objektif olarak haklı gösterecek bir sebep söz konusu değilse eşit davranma borcu ihlal edilmiş olur⁸¹. İşçiler arasında ücret zammı konusunda ayrımcılık yapıp yapılmadığının tespit edilebilmesi için daha fazla zam uygulanan işçilerin diğer işçilerden cinsiyet, dil, din, ırk, sendikal üyelik, özürüllük, siyasi görüş, cinsel eğilim gibi bir farklılığı olup olmadığına bakılmalı eğer bu nitelikte bir fark söz konusu ise işverenin eylemi sözleşme özgürlüğü kapsamında değil ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmelidir⁸².

IV. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu

A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu altında olup olmadığı doktrinde oldukça tartışmalıdır. Bir görüşe göre iş sözleşmesinin feshi açısından kural olarak işverenin eşit davranma borcu yoktur. Ancak söz konusu borcun işverenin objektif ve haklı nedene dayanmayan, keyfi ve kötüniyetli fesihleri açısından sınırlı olarak uygulama alanı bulması mümkündür⁸³. Diğer görüşe göre işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma borcuna uygun davranması gerekir⁸⁴. Ancak öğretide çoğu yazar tarafından belirtildiği üzere ayırım yasakları söz konusu olduğunda işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiği hususunda bir tereddüt

⁸¹ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 188. Yine Yargıtay ücret yönünden eşitlikle ilgili olarak şöyle bir karar vermiştir: "... Esas itibari ile işveren henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5. madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır. Kısaca işverenin çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında özellikle ücret yönünden eşit davranma borcu bulunmamaktadır..." 9. HD. T. 7.5.2012, E. 2011/14167, K. 2012/15810 (GÜNAY, s. 273).

⁸² ÇOLAKOĞLU, s. 47-48.

⁸³ DEMİRCİOĞLU Murat/CENTEL Tankut, İş Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s. 115; TUNÇOMAĞ Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 144; ÇELİK, İş Hukuku, s. 197; YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 65; YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 69; ÇELİK, Eşit Davranma, s. 6; UŞAN, s. 1630.

⁸⁴ EKONOMİ, s. 157; SÜZEK, s. 487; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 257; AKYİĞİT, s. 315; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 445; SÜMER, s. 110.

bulunmaması gerekir⁸⁵. Burada tartışılan ayırım yasakları dışında kalan genel anlamda işverenin eşit davranma borcu açısından iş sözleşmesinin feshidir.

B. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından

1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Açısından

İK m. 18/1 gereğince iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından işveren işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederken işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İK m. 20 gereğince iş sözleşmesi feshedilen işçi fesih bildiriminde sebep gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını iddia ediyorsa fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde arabuluculuğa başvurmak zorundadır. Şayet arabuluculukta anlaşma sağlanamazsa işçinin işe iade davası açma hakkı vardır. Bu durumda İK m. 21/1 gereğince eğer mahkeme sebep gösterilmediğini veya gösterilen sebebin geçerli olmadığını tespit ederse yapılan feshin geçersiz olduğuna hükmeder⁸⁶.

İK m. 18/3-a ve d bentleri gereğince sendika üyeliği, çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyette bulunmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle işveren iş sözleşmesini feshederse bu haller geçerli sebep oluşturmaz. Görüldüğü üzere İK m. 5'te düzenlenmiş olan hususlara burada da yer verilmiştir⁸⁷.

⁸⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 488; YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 61; YILDIZ, Ayrımcılık Yasağı, s. 860. *Mollamahmutoglu'na* göre de işverenin fesihte eşit davranma borcu ayırım yasağının mutlak olduğu sebeplerle sınırlıdır. Dolayısıyla İK madde 5/1'de yer alan hususlara dayalı olarak işveren iş sözleşmesini sona erdiremez. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 644.

⁸⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 926; ÇELİK, s. 266; BAYSAL, s. 79; SÜMER, s. 243.

⁸⁷ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 242.

Eğer işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan bir fesih söz konusu ise işveren aynı durumda olan işçiler açısından bir ayırım gözetmemeli ve eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır⁸⁸.

İşçinin iş sözleşmesi işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle feshediliyorsa eşit davranma borcunun uygulanışı daha sorunludur. Bu tür fesihler daha çok birden fazla kişiyi ilgilendirmektedir. Böyle bir durumda geçerli sebebin olduğu bir grup işçi arasından kimlerin sözleşmesini feshedeceğini işveren belirlemek durumundadır. İşverenin bu seçimi yaparken ne derece özgür olduğu iş güvencesi ile ilgili temel problemlerdendir⁸⁹. Bu hususta Alman hukukunda uygulanan sosyal seçim kriterinin Türk hukuku açısından da uygulama alanı olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Sosyal seçim *Alpagut* tarafından “İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu’na göre işverenin dikkate alması gereken sosyal seçim kriterleri işçinin kıdemi, yaşı, geçindirme yükümlülükleri ve özürsüzlük durumudur⁹⁰.

Türk hukukunda sosyal seçim kriterine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple bir görüş bu gibi durumlarda işverenin herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığını ve söz konusu işçileri yönetim hakkı çerçevesinde belirleyebileceğini savunmaktadır⁹¹. Hukukumuzda yasal dayanak olmamasına rağmen Yargıtay bazı kararlarında sosyal seçim kriterleri belirleyerek bunlara göre kararlar vermiştir. 9.

⁸⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 489; BAYSAL, s. 79; DOĞAN, s. 193.

⁸⁹ BAYSAL, s. 80.

⁹⁰ ÇELİK, Eşit Davranma, s. 7; BAYSAL, s. 80

⁹¹ ÇELİK, Eşit Davranma, s. 7. Aynı yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 245; YUVALI, s. 197. Bu hususta Alpagut işverene yasa ile öngörülmeden içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülüğün getirilmesinin isabetli olmadığını savunmaktadır. Ayrıca yasal düzenlemelerin bulunduğu ülkelerde sosyal seçim kriterine aykırı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yaptırımın ne olacağı düzenlenmiştir. Türk hukuku açısından bu hususta pozitif bir düzenleme yer almadığından bunun yaptırımının ne olacağı da belirsizdir. ALPAGUT, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Aralık 2006, s. 104. Aynı yönde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 625; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 33; BAYSAL, s. 82-83; DOĞAN, s. 194.

Hukuk Dairesi 2006 yılında verdiği bir kararında⁹² “... Davacı işçinin çalıştığı üretim bölümünün alt işverene verilmesinden sonra o ünitede çalışan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshedilip edilmediği, tamamı işten çıkarılmamış ise çıkarılan işçilerin seçiminde hangi objektif kriterlerin dikkate alındığı da irdelenmelidir. İşverence işten çıkarılacaklar seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır...” ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay’ın bu kararında belirtmiş olduğu verimlilik, hastalık, işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme gibi kriterlerin subjektif nitelikte olduğu, bu ölçütlere hiçbir ayrıma yer verilmeksizin gidildiği ve birbirleriyle olan ilişkilerine yer verilmediği, bunlara dayalı olarak sözleşmesi feshedilecek olan işçilerin isabetli olarak belirlenemeyeceği ileri sürülmüştür⁹³. Yargıtay daha sonraki kararlarında sosyal seçim yerine objektif kriter kavramına yer vermiş ancak objektif kriterlerin neler olduğundan bahsetmemiştir⁹⁴.

⁹² 9. HD. T. 3.4.2006, E. 2006/4878, K. 2006/8253, (Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtay 2009 tarihli başka bir kararında sosyal seçim kriterinin bulunmadığını şu şekilde ifade etmiştir: “... Türk İş Hukuku’nda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihle, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kritere veya sosyal bir seçim şartına yer verilmemiştir. Ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettiğini ileri sürmüş ise, işverenin sözleşme ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerekir...” 9. HD. T. 27.4.2009, E. 2009/10026, K. 2009/11699. Aynı yönde: 9. HD. T. 12.2.2015, E. 2015/1199, K. 2015/6314 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹³ BAYSAL, s. 81. Ayrıca Yargıtay’ın geçerli sebeple işten çıkarmalarla ilgili olan ispat yükümlülüğü kuralını sosyal seçim hususunda da uygulanacak olarak kabul etmesi eleştirilmiştir. Yargıtay sosyal seçim esaslarının uygulanması konusunda ispat yükümlülüğünün işverende olduğu sonucuna varmıştır ancak sözleşmenin eşit davranma borcuna aykırı olarak işveren tarafından keyfi olarak feshedildiğinin iddia edildiği durumda bunun işçi tarafından ispat edilmesi gerekir. Bu hususta bkz. ÇELİK, Eşit Davranma, s. 10. Aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 888.

⁹⁴ BAYSAL, s. 82. Bu yöndeki bir kararında Yargıtay “... Davalı şirkette Hukuk Müşaviri olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin norm kadrosunun iptal edildiği gerekçesi ile feshedildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davalı işverence dosyaya sunulan 24.5.2006 tarihli Hukuk Müşavirliği organizasyon şemasında 1 adet Baş Hukuk Müşaviri, 2 adet Hukuk Müşaviri ve 5 adet avukat kadrosu görülmekte iken, 6.7.2006 tarihli şemada Hukuk Müşavirliği ile avukat sayısında birer adet azaltma yapılmıştır. Her ne kadar Baş Hukuk Müşavirliği kadrosu vekaleten yürütülmekte ise de feshin son çare olması ilkesinden hareketle işçinin bir üst kadroda değerlendirilmesi işverenden beklenemez. Somut olayda, daha önce iki adet olan Hukuk Müşavirliği kadrosu bire indirildiğinden o kadrodaki personel sayısında fazlalık meydana gelmiştir. Bu

Hukukumuzda sosyal seçime ilişkin açık bir düzenleme yer almasa bile işveren işçilerin iş sözleşmesini feshederken sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. İşveren Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesi ve İş Kanunu'nda düzenlenen ayırım yasaklarına uygun olarak fesihle işçilerin seçiminde eşit davranma ilkesine uygun davranmalıdır⁹⁵. Örneğin eşit verimde çalışmalarına rağmen az kıdemi bulunan işçiler yerine uzun kıdemi olan işçileri veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar varken bu aylığa hak kazanmasına az süre kalmış işçileri çıkaran işveren eşit davranma borcuna aykırı davranmış olur⁹⁶. Bunun sonucu olarak işveren ayrımcılık yasağına veya eşit davranma borcuna aykırı olarak işçinin sözleşmesini feshetmişse geçersiz fesih söz konusu olur⁹⁷. Yargıtay sosyal seçim ve objektif kriter ile ilgili vermiş olduğu kararlarda feshin son çare olması ilkesi ile iş sözleşmesi feshedilecek olan işçilerin seçimini birlikte incelemiştir. Ancak feshin son çare olması ilkesi ile iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçilmesi birbirinden farklıdır⁹⁸. Sosyal seçimde iş sözleşmesinin feshinde birden çok işçi arasından kimin seçileceği belli kriterlere göre belirlenirken son çare olma ilkesi feshin zorunlu olup olmadığı ile ilgilidir. Dolayısıyla her ikisinin birlikte incelenmesi yerinde değildir⁹⁹.

Yargıtay da eşit işlem yapma borcuna aykırılık halinde feshin geçersiz sayılması gerektiğine hükmetmektedir. Bu hususta bir kararında¹⁰⁰ *"Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre, işyerinde bordro imzaladığı için iş sözleşmesi feshedilen bir işçiye destek vermek ve işe geri alınmasını sağlamak için davacının da aralarında olduğu bir kısım çalışanların 28.3.2008 tarihinde çay molasını takiben bir saat süreyle üretimi durdurdukları sabit olmuştur... Davalı işveren söz konusu olay sonrasında 31.3.2006 tarihinde*

durumda, işten çıkarılacak Hukuk Müşaviri objektif kriterler göz önünde bulundurularak seçilmiş ise feshin geçerli nedene dayandığı, aksi halde fesih için geçerli neden bulunmadığı kabul edilmelidir..." ifadelerine yer vermiştir. 9. HD. T. 14.5.2007, E. 2007/9579, K. 2007/14901 (Kazanca İçtihat Bankası).

⁹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 625; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 33-34. Aynı yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 257; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 447.

⁹⁶ SÜZEK, Eşit Davranma, s. 33.

⁹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 626; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 257; BAYSAL, s. 83.

⁹⁸ BAYSAL, s. 82.

⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 888.

¹⁰⁰ 9. HD. T. 18.9.2007, 28933/26947, (YILDIZ, Eşit İşlem, s. 258-259)

eyleme katılan kişilerden 12 kişinin iş sözleşmesini, diğer işçileri toplu olarak iş bırakmaya yönlendirdikleri gerekçesi ile feshetmiştir. Bu durumda davalı işverence yapılan feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesinde düzenlenen eşit davranma borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekir. İşverenin eşit davranma borcu iş sözleşmesinin feshinde de dikkate alınmalıdır. Somut olayda davacı işçinin, çay molasını takiben toplu olarak çalışmama şeklinde gerçekleşen eylemi yönlendirdiği belirlenebilmiş değildir. Böyle olunca, aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği halde davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur... İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması sonucu somut olayda davacı işçi işsiz kalmıştır. Bu nedenle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna varılması doğru olmaz..." ifadelerine yer vermiştir.

2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Açısından

İK m. 17'ye göre iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri karşı tarafa bildirilerek feshedilebilir. Yapılacak olan bu süreli fesih bildiriminde işverenin fesih nedenini bildirmesi gerekli değildir¹⁰¹. Ancak işverenin bu hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanması gerekir. Zira İK m. 17/6 gereğince "18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir." Görüldüğü üzere, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda kötüniyet tazminatı öngörülmüştür¹⁰².

İşverenin eşit davranma borcu açısından kanunda herhangi bir ayrıma yer verilmediğinden iş güvencesi kapsamında olsun olmasın tüm işçiler açısından geçerli olduğunu söylemek gerekir¹⁰³.

¹⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 539; ÇELİK, s. 225; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 829; TUNÇOMAĞ/CENTELE, s. 198; SÜMER, s. 304.

¹⁰² SÜZEK, İş Hukuku, s. 559; ÇELİK, s. 225; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 833; TUNÇOMAĞ/CENTELE, s. 202; NARMANLIOĞLU, s. 394; ODAMAN, s. 80; SÜMER, s. 304.

¹⁰³ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 216; BAYSAL, s. 84; DOĞAN, s. 192. Ancak Çelik'e göre iş sözleşmelerinin işverencerce tek bir işçi ile ilgili olarak feshi hallerinde eşit davranma borcu söz konusu olmaz. İşve-

C. Haklı Sebep Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından

Haklı nedenle fesih, dürüstlük kuralı gereği iş ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesini derhal feshetme yetkisi veren bir bozucu yenilik doğuran hak-
tır¹⁰⁴. İK m. 24'te işçinin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmişken m. 25'te de işverenin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiştir. Haklı sebeple fesih hakkının kullanılması bakımından işverenin eşit davranma borcu altında olup olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre kural olarak işveren haklı sebep oluşturan olayın gerçekleşmesi ile işçinin iş sözleşmesini feshetme hususunda serbesttir. Ancak işveren bu hakkını kullanırken de eşit davranma borcuna uygun hareket etmelidir¹⁰⁵. İşveren iş sözleşmesini feshedeceği işçileri seçerken bu seçimini haklı gösterecek bir sebep sunabiliyorsa artık eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır¹⁰⁶. Aksi yöndeki görüş ise haklı sebeple fesih durumunda eşit davranma borcunun olmadığını savunmaktadır. Çünkü işverenin haklı nedenle fesih yoluna gidip gide-meyeceği haklı neden gerçekleşmiş olsa bile birçok faktöre bağlıdır¹⁰⁷.

ren bireysel ilişki çerçevesinde haklı veya geçerli bir nedenle işçinin işten çıkarılmasına eşit davranma borcuna uygun davranmak zorunda değildir. ÇELİK, Eşit Davranma, s. 6. Aynı yönde bkz. ERTÜRK, s. 112; YÜKSEL, s. 73.

¹⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 706; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 704.

¹⁰⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 214; SÜZEK, İş Hukuku, s. 489; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 250; BAYSAL, s. 85; ŞENER, s. 156.

¹⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 492; BAYSAL, s. 85.

¹⁰⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 144; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 115; ÇELİK, İş Hukuku, s. 198; YÜKSEL, s. 73; UŞAN, s. 1630. Uşan'a göre özellikle haklı sebeple iş sözleşmesinin feshinde işverenin aynı konumda bulunan işçilerden bir kısmının sözleşmesini sona erdirmesi, bir kısmını ise sona erdirmemesi konusunda kural olarak serbest olması gerekir. Aksi halde işveren olaya karışan her iki işçiyi de işten çıkarıp daha sonra bunlardan istediğini tekrar işe alabilir. Bu durumda işten çıkarıldıktan sonra tekrar işe alınmayan işçi kendisinin işe alınmamasını eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendiremeyecektir. Ancak işveren haklı sebeple fesih hakkını kullanırken de kötüniyetli hareket etmemelidir. Yargıtay da 2009 tarihli bir kararında bu yönde bir karar vermiştir. Söz konusu karara göre "Taraflar arasında uyumsuzluk, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır. Davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler, yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mahkemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence, anılan eylem sebebiyle, fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı anlamına gelmez. İşverence iş almada eşit davranma borcu, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması, davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından, işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edil-

Yargıtay eşit davranma borcuna ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığı 1475 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda şu ifadelerle yer vermiştir¹⁰⁸: “Davacı işçi işyerinde kendisi gibi çalışan diğer işçilerin de imzası bulunan bir dilekçe ile işyeri Bölge Müdürlüğüne doğrudan başvurarak işyerinin verimli ve rantabl çalışmasını önlediğini, çalışanlar arasında eşit davranmadığını, şikayetler yapılmasına yol açtığını bildirerek bazı temennilerde bulunmuştur. Dilekçe içeriğinin incelenmesinden bölge Müdürlüğüne herhangi bir hakaret yapıldığı sonucuna varılmamaktadır. Bu bakımdan davalı işverenin davacının sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığını kabul etme olanağı yoktur. Bir an için hakaretin mevcut olduğu kabul edilse dahi davalı işveren dilekçeyi imzalayanların tamamının işlerine son vermemiş yalnız davacı işçinin işine son vermiştir. Böyle bir davranış iş hukukunun eşit işlem yapılmasına ilişkin kurallarına aykırılık oluşturur. Bundan başka davalı işveren davacının bu konuda öncülük ettiğini savunmakta ise de bu da kanıtlanmış değildir. Davacının dilekçeyi imzalayanlar arasında ilk sırada yer almasının böyle bir girişimde bulunmasında öncülük ettiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda feshin haksız olduğu kabul edilerek bilirkişi tarafından hesap edilen ihbar ve kıdem tazminatları değerlendirilmek suretiyle hüküm altına alınmalıdır.”

İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun olup olmadığı incelenirken göz önünde bulundurulması gereken en önemli sorun aynı olaya karışan bütün işçilerin iş sözleşmesinin feshinin gerekip gerekme-

meli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.” Yıldız’a göre bu olay açısından işverenin ilk kez iş akdi kurduğu işçiler değil daha önce haklı nedenle iş sözleşmesini feshettiği ve yeniden işe aldığı işçiler söz konusudur. Bu sebeple fesih ve yeniden işe alma bir arada değerlendirilmelidir. İşveren iş sözleşmelerini aynı haklı nedene dayalı olarak feshettiği işçilerden bir kısmıyla neden yeniden iş akdi kurduğunu objektif olarak ortaya koymalıdır. Aksi takdirde haklı sebeple fesihte eşit davranma borcu olduğunu söylemenin bir anlamı kalmayacaktır. YILDIZ, Ayırıcılık Yasağı, s. 870.

¹⁰⁸ 9. HD. T.1.11.199, E. 1999/13603, K. 1999/16485 (GÜNAY, s. 286-287). Uşan’a göre Yargıtay’ın dilekçeye imza atan işçilerin tümünü işten çıkarılmamasını eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendirmesi yerinde bir çözüm tarzı değildir. Bu tür durumlarda daha esnek olunması yazara göre daha yerindedir. Bkz. UŞAN, s. 1631. Yargıtay başka bir kararında bıyık bıraktığı için iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçiyle ilgili olarak “İşveren bıyık bırakan davacının işyerinde çalışmasını istemiyorsa bu hal makul bir neden olarak kabul edilip, hizmet akdini 1475 sayılı yasanın 13. maddesi gereğince feshederek davacıya ihbar ve kıdem tazminatları alacağını ödemesi gerekir. Tanık anlatımlarından işyerinde davacı ile aynı işi yapan bir işçinin işe girerken bıyıklarını kesmeyeceği şartını ileri sürdüğü ve işverence bu koşul kabul edilerek bu işçi bıyıklı olarak aynı işte çalıştırıldığından işverenin işçilere eşit davranma ilkesine de uymadığı saptanmıştır.” ifadelerine yer vermiştir.

diğidir. Elbette ki işveren olaya karışan tüm işçilerin sözleşmesini feshetmek zorunda değildir. Her bir işçi açısından bireysel değerlendirme yaparak bu hususta seçim yapması gerekir¹⁰⁹. İşverenin aynı davranışı gerçekleştiren işçilerden bazılarının iş sözleşmesini haklı sebeple feshederken diğerlerinin sözleşmesini neden feshetmediğini açıklaması, bu hususta keyfi davranmadığını ispat etmesi, iş sözleşmesini devam ettirdiği işçiler ile arasındaki güven ilişkisinin ortadan kalkmadığını ya da anılan işçinin teminindeki güçlüğü, mevcut koşullar altında o işçiye işin veya işletmenin gereği olarak ihtiyaç duyduğunu ortaya koyması durumunda eşit davranma borcuna aykırılık olduğundan bahsedilemeyecektir¹¹⁰. Yargıtay iki işçinin kavgaya karıştığı bir olayda işçilerden birisinin sözleşmesinin haklı sebeple feshedilirken diğer işçinin sözleşmesinin feshedilmemesini eşit davranma borcuna aykırı olarak nitelendirmiştir¹¹¹. Bu karar Yargıtay'ın işverenin her iki işçiyi de işten çıkarması gerektiğini belirtmesi yönüyle eleştirilmiş ve işyerinde huzursuzluk ve düzensizlik söz konusu olduğundan işverenin bu duruma sebep olan iş-

¹⁰⁹ YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 62-63; YILDIZ, Ayrımcılık Yasağı, s. 859. *Baysal'a* göre işveren işyerinde kavgaya karışan iki işçiden birinin sözleşmesini haklı nedenle feshederken çok daha uzun süredir iş ilişkisi içinde olduğu ve güven ilişkisinin daha kuvvetli olduğu diğer işçi ile iş ilişkisine devam edebilmelidir. Bkz. BAYSAL, s. 85.

¹¹⁰ YILDIZ, Ayrımcılık Yasağı, s. 860.

¹¹¹ Kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Gerek ceza dosyasındaki kanıtlardan gerekse dosya içeriğinden tarafların karşılıklı olarak birbirlerini darp ettikleri anlaşılmaktadır. Olay mesai den sonra soyunma odasında meydana gelmiştir. Ceza kararında olayı başlattığı kabul edilen N. S.'nin bu olay sebebiyle iş akdinin feshedilmediği ileri sürülmüştür. Davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden N. S.'nin hizmet akdi bu olay nedeni ile feshedilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından, ihbar ve kıdem tazminatı alacak miktarları belirlenerek istekler hüküm altına alınmalıdır.” 9. HD. T. 4.11.2004, E. 2004/8413, K. 2004/24957 (Kazancı İçtihat Bankası). Söz konusu kararlar ilgili olarak *Yenişey* somut olayın özellikleri dikkate alındığından Yargıtay'ın işverenin keyfi ve kötüniyetli ayrımını önlemeye yönelik olarak karar verdiğini belirtmiştir. Yazara göre kavgayı başlatmamış olmasına rağmen 9 yıllık kıdemi olan işçinin sözleşmesinin feshedilmesi işverenin bu durumu kıdem tazminatı ödemediği sözleşmeyi sona erdirmek için bir fırsat olarak değerlendirdiğini düşündürmektedir. Bu açıdan keyfi ve kötüniyetli ayrımcılığı önleme anlamında eşit davranma borcuna aykırılıktan bahsedilebilir. Bkz. YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 63. Yine buna benzer başka bir kararında “Somut olayda, işyerinde meydana gelen eylem haklı feshin nedeni teşkil etmekle birlikte, olayın gelişimi göz önüne alındığında her iki işçinin de sözleşmesinin feshi gerekmektedir. Ancak, davalı tanığı Hatice S. davacının dışında tartışmaya karışan diğer personelin sözleşmesinin feshedilmediğini, sadece davacının sözleşmesinin feshedildiğini beyan etmiştir. Bu durum işverenin eşit işlem borcuna aykırıdır” diyerek olaya karışan her iki işçinin de sözleşmesinin feshinin gerektiğini ifade etmiştir. 9. HD. T. 18.2.2010, E. 2008/20714, K. 2010/3912 (ERGİN Hediye, “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Satışması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 34, 2015, s. 81).

çilerden dilediğini işten çıkarma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir¹¹². İşçiler arasında çıkan kavgalar sebebiyle yapılan fesihlerle ilgili olarak Yargıtay kavganın kim tarafından başlatıldığını, haksız tahrik olup olmadığını, savunma sınırlarının aşıp aşılmadığını incelemektedir¹¹³.

Yargıtay başka bir kararında¹¹⁴ “Dosya içeriğine göre, davalının fesih işlemini, asıl işveren konumunda olan P. A. Gıda San. A.Ş.’nin istemi üzerine gerçekleştirildiği, davacının işyerinde 30 işçi ile birlikte mesai saatleri içinde yaklaşık 1,5 saat toplantı yaptığı, işi bıraktığı ve zarara neden olduğunun belirtildiği, asıl işverence davacı ve bir kısım işçinin savunmalarının alındığı, özellikle halen işyerinde çalışan tanığın anlatımına ve belgelere göre, asıl işverene bağlı çalışan ve işveren temsilcisi konumunda olan işçinin, işçilere kötü davranışının şikayet edilmesi üzerine işyerinde toplantının işletme müdürü ve şefinin bilgisi dahilinde gerçekleştiği, toplantıya katılanların aynı gün mesai yapmadıkları 1,5 saat için, vardiya bitiminden sonra yaklaşık 3-4 saat çalıştıkları, böylece toplantı karşılığı çalışılmayan sürenin fazlası ile telafi edildiği, işverenin bir zararının oluşmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi, eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir.” ifadelerine yer vermiştir.

V. Eşit Davranma Borcuna Aykırılık ve Sonuçları

A. Ayrımcılık Tazminatı

1. Genel Olarak Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu m. 5/6’ya göre “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tu-

¹¹² UŞAN, s. 1632.

¹¹³ YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 62. Bu yöndeki kararlar için bkz. 9. HD. T. 27.11.1997, E. 1997/18409, K. 1997/19850; 9. HD. T. 8.6.1998, E. 1998/8304, K. 1998/10072; 9. HD. T. 1.11.2004, E. 2004/27589, K. 2004/24585 (Kazanıcı İçtihat Bankası).

¹¹⁴ 9. HD. T. 25.4.2005, E. 2005/11204, K. 2005/14365 (Kazanıcı İçtihat Bankası). Yenisey eğer Yargıtay bu kararı ile fesihte mutlak bir eşit davranma borcunun olduğunu ileri sürüyorsa buna katılmanın mümkün olmadığını ancak işverenin keyfi davrandığı ve objektif bir neden bulunmaksızın sadece bazı işçileri işten çıkarttığı bu nedenle eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ileri sürülüyorsa kararın yerinde olduğunu ifade etmiştir. YENİSEY, Fesihte Eşit Davranma, s. 63.

tarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” Doktrinde söz konusu tazminat “ayrımcılık tazminatı” olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵. Maddede açıkça iş ilişkisinde veya sona ermesinde ifadesine yer verildiğinden işe alımda ayırım yapılması durumunda ayrımcılık tazminatı söz konusu olmayacaktır¹¹⁶. Bu sebeple eğer işe alımda bir ayrımcılık söz konusu ise koşulların mevcut olması halinde culpa in contrahendo (sözleşme öncesi sorumluluk) hükümlerine başvurulması mümkündür¹¹⁷. Ancak ayırımın cinsiyet veya gebelik sebebiyle yapılması durumunda işe alınmada ayrımcılığa uğranması halinde de ayrımcılık tazminatı talep edilebilir¹¹⁸.

Maddede belirtilmiş olduğu üzere eşit davranma borcuna aykırılık halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatına hükmedilir. Madde gerekçesinde “Maddenin altıncı fıkrasında hukukî yaptırım olarak öngörülen işçinin “dört aya kadar ücreti tutarındaki” tazminat için esas olacak ücret “asıl ücret” olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.” ifadelerine yer verilerek tazminata esas alınacak olan ücret asıl ücret olarak belirlenmiştir¹¹⁹. Tazminatın tutarı hâkim tarafından olayın özelliğine, ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki konumuna ve kıdemine uygun olarak

¹¹⁵ BAKIRCI, s. 116-117; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 660; YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 76; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 328; SUR, s. 49; DOĞAN, s. 200; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 447; SÜMER, s. 106; ÇOLAKOĞLU, s. 87.

¹¹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 651; AKYİĞİT, s. 320; ODAMAN Serkan, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, Haziran 2009, s. 79; DOĞAN, s. 200.

¹¹⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 493; DOĞAN, s. 200-201; SUR, s. 41.

¹¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 493. Bu halde de ayrımcılık tazminatı talep edilemeyeceği yönünde bkz. ERTÜRK/GÜRSEL, s. 437. Yuvalı'ya göre İK madde 5/6'daki düzenlemenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında işe alımda cinsiyete dayalı ayırım yapılırsa bu yaptırımsız kalacaktır. Bu yüzden söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için İK madde 5/6'nın işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Bkz. YUVALI, s. 171. Aynı yönde bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 198.

¹¹⁹ Yenisey'e göre tazminatın işçinin dört aya kadar ücreti ile sınırlandırılması AB normlarına uyum açısından yerinde değildir. Bkz. YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 77. Aynı şekilde Yıldız da konulan bu üst sınırın yerinde olmadığını dört aylık ücret tutarının alt sınır olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 330.

belirlenir¹²⁰. Eğer ayırım sendikal nedene dayanıyorsa STİSK m. 25/4 gereğince işverenin işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminat ödemesi gerekir. Ancak bu halde hem ayırmcılık tazminatı hem de sendikal tazminata birlikte hükmedilemez¹²¹.

Maddede iş ilişkisinde ve sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırılık halinde ayırmcılık tazminatına hükmedileceği düzenlendiğinden işçinin tazminat talep edebilmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerek yoktur¹²². Ayrıca ayırmcılık tazminatının talep edilebilmesi için eşit davranma borcunun ihlali sonucunda işçinin zarar görmüş olması zorunlu değildir¹²³.

Her ne kadar maddenin yazılış tarzından ayırmcılık tazminatına yalnızca ayırmcılık durumlarında hükmedileceği anlaşılıyor olsa da yalnızca İK m. 5/1'de düzenlenen ayırmcılık hallerinde değil işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda da ayırmcılık tazminatına hükmedilebilmelidir¹²⁴. Yargıtay da bu yönde bir kararında¹²⁵ "... İş sözleşmesinin feshi işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Söz konusu borca aykırılığın yaptırımı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesinin 6. fıkrasında 4 aylık ücrete kadar bir tazminat olarak belirlenmiş ve ayrıca yoksun kaldığı hakları talep edebileceği açıklanmıştır..." diyerek eşit davranma borcuna aykırılık halinde de ayırmcılık tazminatına hükmedilebileceğine karar vermiştir.

¹²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 494; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 660; YENİSEY, Ayırmcılık Yasağı, s. 77; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 329; GÜNAY, s. 267; BAYSAL, s. 75; YÜKSEL, s. 76; KESER Hakan, "4857 Sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesinin Yapma Ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri Ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 33; SUR, s. 49; SÜMER, s. 106.

¹²¹ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. V-2-a.

¹²² YENİSEY, Ayırmcılık Yasağı, s. 77; ODAMAN, s. 79.

¹²³ YENİSEY, Ayırmcılık Yasağı, s. 77; SÜZEK, İş Hukuku, s. 494; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 660; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 329; GÜNAY, s. 267; BAYSAL, s. 76; DOĞAN, s. 201; YÜKSEL, s. 76. Bu hususta Yenisey şu ifadelerle yer vermiştir: "Maddede işverenin ayırmcılık yapma niyetine yer verilmemiştir. Ayırmcılığın yapılmış olması tazminatın talep edilebilmesi için yeterlidir. Yasada öngörülen tazminatın hukuki niteliği zarar karşılığı öngörülen gerçek bir tazminat değil, medeni cezadır." YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 983.

¹²⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 329. Aynı yönde bkz. BAYSAL, s. 76. Aksi yönde. SÜZEK, İş Hukuku, s. 497.

¹²⁵ 9. HD. T. 18.9.2007, 28933/26947 (YILDIZ, Eşit İşlem, s. 329-330)

İK m. 5/6'da öngörülen bu düzenleme nispi emredici nitelik taşıdığından iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile söz konusu tazminatın artırılabilmesi mümkündür¹²⁶.

2. Diğer Tazminatlarla İlişkisi

a. Ayrımcılık Tazminatı ve Sendikal Tazminat

İK m. 5/6'da ayrımcılık tazminatı ile ilgili düzenleme getirilirken "2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır." ifadesine yer verilmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile 2821 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmış ve 81. maddenin ikinci fıkrasında "Diğer mevzuatta 2821 ve 2822 sayılı kanunlara yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır." düzenlemesine yer verilmiştir. Dolayısıyla İK m. 5/6'da yer alan bu atfın 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi olarak anlaşılması gerekir.

Maddede açıkça Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri saklı tutulduğundan eğer işçi sendikal nedenle ayrıma maruz kalmışsa sendikal tazminat ile birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi mümkün değildir¹²⁷.

b. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötüniyet Tazminatı

İş Kanunu m. 17/6 gereğince "Bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir." Maddede düzenlenmiş olan tazminat doktrin-

¹²⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 494; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 660; GÜNAY, s. 267; BAYSAL, s. 74.

¹²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 494; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 341; GÜNAY, s. 269; BAYSAL, s. 85; AKYİĞİT, s. 319; DOĞAN, s. 202; SUR, s. 50; SÜMER, s. 110. Ayrıca bu hususta Ertürk/Gürsel her iki tazminat bakımından da amacın işverenin ayrımcı davranışlarının yaptırımı tabi tutulması olduğundan sendikal tazminatın İK madde 5'te düzenlenen ayrımcılık tazminatının özel bir şekli olduğunu ifade etmiştir. ERTÜRK/GÜRSEL, s. 449.

de kötüniyet tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Kötüniyet tazminatı, iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmesinin feshinin işveren tarafından kötüye kullanılması halinde söz konusu olur¹²⁸.

İşverenin aynı eylemine dayalı olarak hem ayrımcılık tazminatı hem de kötüniyet tazminatına aynı anda hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. *Odaman'a* göre işverenin iş sözleşmesini eşitlik ilkesine aykırı olarak feshetmesi açıkça kötüniyetli bir fesihtir. Bu sebeple işçinin hem ayrımcılık tazminatı hem de kötüniyet tazminatını birlikte istemesi halinde ikisine birden hükmedilmesi yerinde değildir. Böyle bir durumda hangi tazminat işçinin lehine ise ona hükmedilmesi gerekir¹²⁹. *Bakırcı'ya* göre iş ilişkisinin sona ermesi bakımından işçi şayet iş güvencesi kapsamında değilse iki seçimlik hakka sahiptir. Dolayısıyla işçi dilerse İK m. 17'de yer alan kötüniyet tazminatını dilerse m. 5'te yer alan ayrımcılık tazminatını talep edebilir. Ancak kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturduğu için her iki tazminat birlikte talep edilemez¹³⁰. Yine *Yenisey'e* göre ayrımcılık tazminatı kötüniyet tazminatının özel bir halidir. Kötüniyet, ayrımcılık teşkil eden davranıştan kaynaklanmaktadır. Bu yüzden aynı anda hem kötüniyet tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmedilemez¹³¹. *Sümer'e* göre işverenin ayrımcılık yaparak işçinin iş sözleşmesini feshetmesi aynı zamanda kötüniyetli bir fesihtir. Bu yüzden iki tazminata birlikte hükmedilemez¹³². Aksi görüş ise ayrımcılık tazminatının kötüniyet

¹²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 559; ÇELİK, s. 225; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 833; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 202; NARMANLIOĞLU, s. 394; ODAMAN, s. 80; SÜMER, s. 304.

¹²⁹ ODAMAN, s. 80.

¹³⁰ BAKIRCI Kadriye, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Haziran 2006, s. 118-119.

¹³¹ YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 80-81. Aynı yönde bkz. ERTÜRK/GÜRSEL, s. 450. Yargıtay da ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatına birlikte hükmedilen bir olayla ilgili olarak "Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." ifadelerine yer vermiş ve her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. 22. HD. T. 29.11.2013, E. 2012/29053, K. 2013/27095 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³² SÜMER, s. 111.

tazminatı ile birlikte talep edilebileceğini savunmaktadır. *Süzek'e* göre İK m. 5/6'da yalnızca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi saklı tutulmuş ve sendikal tazminat ile birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bunun mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniet tazminatının istenebileceği anlaşılmaktadır¹³³. *Mollamahmutoğlu'na* göre ayrımcı fesih aynı zamanda kötünietli fesihdir. Ayrımcılık halleri için kanunda ayrımcılık tazminatı düzenlenmiştir. Ancak diğer ayrımcı hallerden farklı olarak fesih hakkının kötüye kullanılması için ayrıca tazminat öngörüldüğünden hem ayrımcılık tazminatı hem de kötüniet tazminatı birlikte istenebilir. *Yıldız'a* göre kötüniet tazminatına vücut veren sebepler ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri kapsar ancak birbirleriyle tamamen aynı değildir. Ayrıca İK m. 5/6'da sadece sendikal tazminat saklı tutulmuştur. Bu yüzden kötüniet tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilebilmesi mümkündür¹³⁴. *Baysal'a* göre de eşit davranma borcuna aykırılık kötüniet olmadan da ortaya çıkabilir. Bu sebeple eşit davranma borcun aykırı fiil İK m. 5/6'da düzenlenen ayrımcılık tazminatına konu olurken fiilin kötüniet içermesi halinde kötüniet tazminatına da hükmedilmesi gerekir¹³⁵. Kanımızca ikinci görüş daha yerindedir. Zira ayrımcılık oluşturan fiil ile kötünietli fiil her zaman aynı olmayabilir. Ayrıca kanun yalnızca sendikal tazminat açısından sınırlama getirmiştir. Bu yüzden her iki tazminata da birlikte hükmedilebilmelidir.

c. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesi geçerli bir sebep olmadan veya hiçbir sebep olmadan feshedilirse İK madde 20/1'e göre işçi iş mahkemesinde dava açabilir. İK m. 21/1 gereğince "*İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi*

¹³³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 495. Aynı yönde bkz. YUVALLI, s. 227; DOĞAN, s. 203.

¹³⁴ YILDIZ, Eşit İşlem, s. 331 vd.

¹³⁵ BAYSAL, s. 84.

başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.” Burada düzenlenmiş olan tazminat “iş güvencesi tazminatı” olarak adlandırılmaktadır. İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği hususunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre işverenin aynı davranışına birden fazla yaptırım uygulanması mümkün değildir bu yüzden her iki tazminata birlikte hükmedilemez¹³⁶. Yargıtay da bir kararında “Davacının iş akdinin işveren davalı belediye tarafından siyasi nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte toplu iş sözleşmesinin 24. maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatını gerektirir bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlardan iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 sayılı Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir.” diyerek her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğine karar vermiştir¹³⁷. Diğer bir görüşe göre ise her iki tazminatın birlikte istenebilmesi mümkündür¹³⁸. Zira kötünüyet tazminatı açısından da belirtildiği üzere kanunda yalnızca sendikal tazminat hakkı saklı tutulmuş diğer tazminatların istenemeyeceğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun yanında ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının amaçları birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğinin yargı kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen işçinin işe başlamak için başvurması üzerine işverenin işçiye işe başlatmamasının yaptırımıdır. Ayrımcılık tazminatı ise iş ilişkisinde veya iş sözleşmesinin feshinde İK m. 5’te yer alan ayırım yasaklarına uyulmamasının yaptırımıdır¹³⁹. Kanımızca da her iki

¹³⁶ TUNCAY A. CAN, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecek?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 10, Haziran 2008, (Tazminat), s. 108; AKYİĞİT, s. 319; GÜNAY, s. 270.

¹³⁷ 9. HD. T. 6.6.2007, E. 2006/30630, K. 2007/18174. Bu kararın değerlendirmesi için bkz. TUNCAY, Tazminat, s. 105-110. Aynı yönde bkz. 9. HD. T. 18.6.2012, E. 2010/13065, K. 2012/23353; 9. HD. T. 14.4.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 495; SÜZEK, Eşit Davranma, s. 35; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 662; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 336; YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 79; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 451; YUVALI, s. 229; ODAMAN, s. 38; SÜMER, s. 111.

¹³⁹ YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s. 78; SÜZEK, İş Hukuku, s. 496; SUR, s. 50.

tazminatın uygulama amaçları birbirinden farklı olduğundan iki tazminata birlikte hükmedilebilmesi mümkün olmalıdır.

B. Diğer Yaptırımlar

İK m. 5/6'da "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." düzenlemesi yer almaktadır. Bu sebeple işçi iş sözleşmesi feshedilmişse boşa geçen süre ücretini tazminat olarak isteyebilir. Ayrım daha az ücret ödemek veya hiç ödememek ya da ikramiye ödememek şeklinde gerçekleşmişse fark ücretini veya ikramiyeyi de isteyebilir¹⁴⁰.

Ayrıca işçinin, işveren eşit davranma borcuna aykırı davranması içinde bulunacağı durumun sağlanması için eda davası açabilmesi mümkündür¹⁴¹. Yargıtay da bir kararında bir işyerinde aynı nitelikteki işte uzun yıllar çalıştığı halde daimî işçi kadrosunda olmayıp geçici iş kadrosunda bulunduğu gerekçesiyle işçiye çocuk zammı ve doğum yardımı ödenmemesini Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı yapay bir ayırım olarak nitelendirmiş ve davacının istediğinin hüküm altına alınması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴².

Eşit davranma ilkesine aykırılık sebebiyle işçi bir zarara uğramışsa maddi ve manevi tazminat istenebilmesi de mümkündür¹⁴³. Burada maddi tazminat sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayalı olarak istenebilecektir. Eşit davranma borcuna aykırılık işçinin kişisel haklarına saldırı niteliği taşıyorsa bu durumda da artık manevi tazminat istenebilmesi mümkündür¹⁴⁴.

¹⁴⁰ GÜNAY, s. 267; SÜZEK, İş Hukuku, s. 497.

¹⁴¹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 219; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 321.

¹⁴² 9. HD. T. 26.9.2968; 9127/11140 (TUNCAY, Eşit Davranma, s. 220).

¹⁴³ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 222; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 659; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 326; GÜNAY, s. 267; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 452.

¹⁴⁴ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 223-224; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 659; YUVALI, s. 173.

İşçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı sebebiyle İK m. 24/II e ve f uyarınca iş sözleşmesini haklı sebeple feshetme imkanına sahiptir¹⁴⁵.

İşverenin ayrımcı davranışına karşı getirilen tek düzenleme tazminat yaptırımı değildir. Bunun dışında işverenin idari ve cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. İK m. 99'da, İK m. 5'te öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekilinin bu durumdaki her işçi için idari para cezası ödemesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁴⁶. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde de ayrımcılık cezai yaptırım altına alınmıştır¹⁴⁷. Buna göre "Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

VI. İspat Yükü

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. İK m. 5'in son fıkrasında bu kural "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu kural mutlak olarak uygulanmamaktadır. Bu konudaki ispatın güçlülüğü göz önünde bu-

¹⁴⁵ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 233; YENİSEY, Ayrımcılık Yasası, s. 76; YILDIZ, Eşit İşlem, s. 327; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 659; BAYSAL, s. 74; GÜNAY, s. 266; ERTÜRK/GÜRSEL, s. 453; DOĞAN, s. 200. Yargıtay da bir kararında "Dosya içeriğinden davalı işverenin işyerinde davacı dışındaki tüm işçilere ücret zammı yaptığı halde davalının ücretine zam yapmadığı, bu hususu davalı ile davalının görüştüğü buna rağmen davalı işverenin davacı ücretine zam yapılmayacağını açıklaması üzerine mesai bitiminde davalının işyerinden ayrıldığı; anahtarı işyerine bıraktığı, bir daha işyerine gelmemek suretiyle iş aktinin davacı tarafından sona erdirildiği anlaşılmaktadır. İşveren diğer işçilerin ücretlerine zam yaptığı halde davacı ücretlerine zam yapmamak suretiyle eşit işlem yapma borcuna aykırı davrandığı davalının ısrarına rağmen bu eylemini sürdürdüğü; bu nedenle hizmet aktini davalının feshetmekte haklı olduğu sonucuna varıldığından, ihbar tazminatının reddedilmesi doğru ise de kıdem tazminatı talebinin kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." diyerek eşit davranma borcuna aykırılık halinde haklı sebeple fesih imkanının olduğuna hükmetmiştir. 9. HD. T. 1.11.2004, E. 2004/8671, K. 2004/24558 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴⁶ 2020 yılı için ceza miktarı her bir işçi için 268,45 Türk Lirasıdır.

¹⁴⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Eşit İşlem, s. 343 vd.

lundurularak kanunkoyucu tarafından bu kural yumuşatılmıştır¹⁴⁸. Söz konusu düzenlemede 20. madde hükümleri saklı tutularak işçi lehine düzenleme getirilmiştir.

Eğer işçi, işverenin İK m. 20’de yer alan düzenleme kapsamında geçerli bir sebep göstermeksizin veya herhangi bir sebep göstermeden sözleşmesinin feshedildiğini ve bu feshin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiğini iddia ediyorsa bu durumda artık m. 20/2 söz konusu olacak ve feshin geçerli sebebe dayandığını işveren ispat edecektir¹⁴⁹. Yine İK m. 5 son fıkrada “Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.” düzenlemesine yer verilmiştir. 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 ispatlanmış olur ve artık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığını ispat etmesi gerekir¹⁵⁰.

Eğer ayrımcılık sendikal nedene dayanıyorsa Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/6’ya göre “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.” Ayrıca yine m. 25/7 gereğince “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.”

¹⁴⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 497; YÜKSEL, s. 77.

¹⁴⁹ BAYSAL, s. 76; YÜKSEL, s. 77; KESER, s. 34.

¹⁵⁰ BAYSAL, 94.

SONUÇ

Kaynağını Anayasa'nın 10. maddesinden ve İş Kanunu'nun 5. maddesinden alan eşitlik ilkesi, işverene işçilere karşı eşit davranma borcu yüklemektedir. Belirli koşulların varlığı halinde işverenin işçilere karşı eşit davranma borcu doğar ve bu borca aykırılığın bazı yaptırımları vardır. Eşit davranma borcu aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişililer arasında ayırım yapılmaması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

İşverenin eşit davranma borcundan bahsedebilmek için öncelikle işverene iş ilişkisi içinde olan birden fazla işçi bulunması, işyerinin aynı olması, işverenin hukuken kollektif bir davranışta bulunması veya kural koyması, uygulamanın bir ya da bir kısım işçinin aleyhine olması, aynı zaman dilimi içinde gerçekleştirilmiş uygulama olması gerekir. Tüm bu koşulların bir arada olması halinde ancak işverenin eşit davranma borcunun doğduğundan bahsedilebilir.

İşverenin eşit davranma borcu, iş sözleşmesinin kurulmasında, iş sözleşmesinin devamı süresince ve sona ermesinde karşımıza çıkabilir. Kural olarak iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işveren, eşit davranma borcu altında değildir. Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucudur. Ancak kanunkoyucu bazı haller için sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirmiştir. İş Kanunu m. 5/3 gereğince cinsiyet veya gebelik hallerinde işveren iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da eşit davranma borcu altındadır. İş sözleşmesinin devamı süresince eşit davranma borcu işverenin ücret, işçiye sağlanacak maddi menfaatler, çalışma koşulları, yükselme ölçütleri, disiplin cezaları gibi uygulamalarında karşımıza çıkmaktadır.

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcu altında olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Ayırım yasakları söz konusu olduğunda işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiği konusunda görüş birliği olmasına rağmen ayırım yasakları dışındaki hallerde eşit davranma borcu söz konusu olup olma-

diği hususu tartışmalıdır. Bir grup yazar sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu altında olmadığını savunurken diğer bir grup yazar ise işverenin fesihinde de eşit davranma borcu altında olduğunu savunmaktadır.

Eşit davranma borcuna aykırılık durumunda kanunkoyucu İK madde 5/6'da tazminat yaptırımı öngörmüştür. İşçinin dört aya kadar creti tutarında olan bu tazminat, doktrinde ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Ayrımcılık tazminatının talep edilmesi halinde işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biyimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü hale gelir.

Ayrıca ayrımcılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatı istenip istenemeyeceğinin de tespit edilmesi gerekir. İK m. 5/6'da açıkça sendikal tazminat hakkı saklı tutulduğundan her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği kabul edilmektedir. Kötüniyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatı istenip istenemeyeceği hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre kötüniyetli davranış aynı zamanda ayrımcılık oluşturan davranıştır bu yüzden tek bir eylem için birden fazla yaptırım uygulanamaz. Diğer görüşe göre ise kanunda yalnızca sendikal tazminat saklı tutulmuş diğer tazminatlara ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu yüzden hem ayrımcılık tazminatı hem de kötüniyet tazminatı istenebilmesi mümkündür. Yine ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre aynı davranışına birden fazla yaptırım uygulanması mümkün değildir bu yüzden her iki tazminata birlikte hükmedilemez. Diğer görüşe göre ise kanunda sadece sendikal tazminat saklı tutulmuş diğer tazminatlardan bahsedilmemiştir. Ayrıca her iki tazminatın amaçları birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı feshin geçersizliğinin yargı kararıyla tespit edilmiş olmasına rağmen işçinin işe başlamak için başvurması üzerine işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımıdır. Dolayısıyla hem ayrımcılık tazminatı hem de iş güvencesi tazminatına aynı anda hükmedilmesi mümkündür.

Eşit davranma borcuna aykırılık neticesinde yalnızca ayrımcılık tazminatı söz konusu değildir. İşçi ayrıca İK m. 5/6 gereğince yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilir. Bununla birlikte İK m. 99 gereğince işveren idari para cezası yaptırımına tabi tutulur. Yine TCK m. 122 gereğince bazı şartların da gerçekleşmesiyle eşit davranma borcuna aykırılık halinde işverenin cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Alpagut, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yüklümlülüğü Mevcut Mudur?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Aralık 2006, s. 95-105.

Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.

Bakırcı, Kadriye: “İş Güvencesi Kapsamındaki işçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Haziran 2006, s. 114-121.

Baysal, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, 2010, s. 60-99.

Çelik, Nuri: “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, Aralık 2006, s. 5-12, (Eşit Davranma).

Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta, İstanbul, 2013.

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

Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut: İş Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Doğan, Sevil: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı 9, 2012, s. 177-207.

Ekonomi, Münir: Ferdi İş Hukuku, Cilt 1, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974.

Ergin, Hediye: “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 34, 2015, s. 71-88.

Ertürk, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.

Ertürk, Şükran / Gürsel, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s. 425-458.

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

Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.

Keser, Hakan: “4857 Sayılı İK’na Göre İşverenin İş Sözleşmesinin Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri Ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş, Cilt 7, Sayı 3, 2004, s. 1-38.

Kılıç, Ebru: “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, s. 211-240.

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Odaman, Serkan: “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, Haziran 2009, s. 77-83.

Odyakmaz, Zehra / Keskin, Bayram / Deniz, Yusuf: “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 7, s. 721-761.

Özdemir, Erdem: “Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 33, 2015, s. 45-55.

Savaş Kutsal, F. Burcu: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta, 2017.

Sur, Melda: “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı, 37, 2017, s. 33-51.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

Süzek, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12, Yıl 3, Aralık, 2008, s. 24-38, (Eşit Davranma Borcu).

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2015.

Şener, Battal: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.

Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 (Eşit Davranma).

Tuncay, A. Can: “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecek?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 10, Haziran 2008, s. 105-110 (Tazminat).

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

Ulucan, Devrim: “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt I, Seçkin, Ankara, 2016.

Uşan, M. Fatih: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 8, 2005, s. 1624-1632.

Yenisey Doğan, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 7, 2005, s. 974-1003, (Metodoloji ve Orantılılık).

Yenisey Doğan, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum, Sayı 4, 2006, s. 63-82, (Ayrımcılık Yasası).

Yenisey Doğan, Kübra: “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sivil İş Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Haziran 2006, s. 60-65, (Fesih Eşit Davranma).

Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin, Ankara, 2008, (Eşit İşlem).

Yıldız, Gaye Burcu: “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasası”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Cilt 1, 2010, s. 837-876 (Ayrımcılık Yasası).

Yuvalı, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Yüksel, Sera Reyhani: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 10, Sayı 39, 2013, s. 57-80.

www.kazanci.com (Kazancı İçtihat Bankası)