

Yrd. Doç. Dr. Kübra DOĞAN YENİSEY

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri

İşverenin eşit davranma borcu hukukumuzda 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni bir boyut kazanmış konular arasında yer almaktadır. “Eşit davranma ilkesi” başlıklı İş Kanunu’nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım, 3. ve 4. fıkrasında iş ilişkisinin kurulmasında, ücret ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle her türlü ayırım yasaklanmıştır. İş Kanunumuz yalnızca işçinin temel hakları ile ilgili konulardaki ayrımcılığı yasaklamamış, ayrıca sözleşmenin türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi ve belirsiz süreli çalışan işçi ile belirli süreli çalışan işçi arasında farklı işlem yapamaz (İŞK. m. 5/2, 12, 13). İş Kanunu’ndaki bu nedenler yanı sıra Sendikalar Kanunu’nun 30. maddesinde sendikal nedene dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Ayrıca, 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 14. maddesinde engellilik özel bir ayrımcılık yasağı olarak belirtilmiştir. Böylece iş hukukumuzda eşit işlem

ilkesi katmanlı bir yapıya kavuşmuştur: Bir yanda işverenin genel anlamda eşit işlem borcu varlığını korurken, diğer yanda somut ayrımcılık yasakları geniş biçimde düzenlemeye kavuşmuştur¹.

Somut ayrımcılık yasaklarının bu ölçüde genişlemesi işverenin genel anlamdaki eşit işlem borcunun da daha sık gündeme gelmesi sonucunu doğurmuştur. Özellikle iş güvencesine ilişkin düzenlemelerin varlığı sözleşmenin feshinde işverenin eşit işlem borcu tartışmalarını alevlendirmiştir. Nitekim Yargıtay, yukarıda belirtilen 4.11.2004 tarihli kararında kavga eden iki işçiden birinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin, 25.4.2005 tarihli kararında ise işyerinde 30 işçi toplantı yapmasına rağmen sadece 4 işçinin işten çıkartılmasının işverenin eşit işlem borcuna aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. İşverenin sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunun varlığı Türk öğretisinde oldukça tartışmalıdır: Bir grup yazar sözleşmenin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcundan bahsedilemeyeceğini, bu konuda işverenin sözleşme serbestisinin esas olduğunu belirtirken², bazı yazarlar sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunun mutlak bir anlam taşımadığının altını çizerek bu görüşü yumuşatmakta³, diğer bir grup yazar

sözleşmenin feshinde de işverenin eşit davranma borcuna uymakla yükümlü olduğu görüşünü savunmaktadır⁴.

İşverenin eşit davranma borcunun temelinde hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi hükmü⁵ ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı gösterilmiştir⁶. Anayasa'nın 10. maddesi düzenlemesi yukarıda belirttiğimiz gibi işçinin temel hak ve özgürlüklerinden kaynaklanan nedenlerle farklı işleme maruz kalmasına karşı bir koruma getirip, bu durum 4857 sayılı yasanın 5. maddesi ile iş hukukunda özel bir biçimde düzenlenmiştir. Sözleşmenin türü nedeniyle ayrımcılık yasağı ayrı tutulmak kaydıyla, 5. maddedeki düzenlemeler çerçevesinde ayrımcılık yasağı, hem temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasının bir temel şartı, hem de kendi başına bir temel hak ve özgürlüktür. Ancak belirttiği-

mesinde sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır. Kural olarak işveren hangi işçinin sözleşmesini sona erdireceğini ve hangi işçilerle iş ilişkisini devam ettireceğini belirlemede serbesttir. Bu sözleşme serbestisinin bir gereğidir. Ancak işveren objektif bir nedene dayanmaksızın, keyfi veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmesini sona erdirip, diğerlerininkini sona erdirmemişse ancak bu takdirde eşit işlem borcu uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim konuya ilişkin yabancı hukuk uygulamaları da bu görüşü desteklemektedir. İşverenin eşit davranma borcu Alman hukuku kökenli bir kavram olup, Alman hukuku etkisi altındaki İsviçre, Türk ve Avusturya hukuklarında işverenin temel borçlarından birisi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle konuya ilişkin Alman hukukundaki görüşler hukukumuzun şekillenmesinde her zaman bü-

İş Kanunumuz yalnızca işçinin temel hakları ile ilgili konulardaki ayrımcılığı yasaklamamış, ayrıca sözleşmenin türünü de özel bir ayrımcılık yasağı olarak düzenlemiştir.

miz nedenler dışında kalan işverenin genel anlamda eşit işlem borcu açısından somut ayrımcılık yasaklarında olduğu kadar mutlak bir ilkedan bahsedilemek mümkün değildir.

O halde altını titizlikle çizmek gerekir ki bu çalışmada fesihle işverenin eşit davranma borcundan bahsederken kastettiğimiz yasa ile düzenlenen somut ayrımcılık yasakları dışında işverenin genel anlamda eşit işlem borcudur. Yoksa işverenin iş ilişkisinde ve sözleşmenin sona ermesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, gebelik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, sendikaya üyelik ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapamayacağı tartışmasızdır. İşverenin genel anlamda eşit işlem borcu açısından bakıldığında ise sorun dürüstlük kuralları gereği işverenin işten çıkarttığı işçileri arasında eşit işlem borcunun varlığından bahsedilebilir mi biçimini almaktadır. Aslında daha yakından bakıldığında Türk öğretisinde iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit işlem borcundan söz edilemeyeceğini belirten yazarların dahi bunu mutlak bir serbesti biçiminde yorumlamayıp, "Borcun mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar" arasında belirttiği ve kötüniyetli uygulamaları ayırdığı görülmektedir⁷. Kanımızca da eşit işlem ilkesi sözleşmenin sona er-

yük önem taşımıştır. Alman öğretisinde klasik görüş olarak nitelendirilen çoğunluk görüşü iş hukukundaki genel eşit işlem prensibinin kural olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde uygulanmayacağını belirtmiş, bu görüşe dayanak olarak fesih hakkının yenilik doğuran bir hak olduğu, bu hak kullanılırken her bir özel durumun kendi koşulları çerçevesinde incelenmesi ve her bir feshin somut olayın koşulları çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği gösterilmiştir⁸. Klasik öğretinin bu gerekçeleri günümüzde tartışılır hale gelmiştir. Örneğin Wank'a göre her ne kadar sözleşmenin sona erdirilmesinde işverenin geniş bir takdir yetkisi bulursa ve işçinin içinde bulunduğu somut koşulların değerlendirilmesi gerekse de nadir hallerde eşit işlem ilkesi uygulanabilecektir. Çünkü eşit işlem ilkesinin uygulanabilmesi için bir topluluğun bulunması gerekir. Fesih doğası gereği bireysel bir işlem olmasına rağmen bazı durumlarda bir topluluğu ilgilendirebilmektedir. İşyeri gerekleri nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ya da sosyal seçim halleri bunun tipik bir örneğini oluşturmaktadır⁹. Yine aynı şekilde birden fazla işçinin katıldığı bir olay nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilkesinin uygulanabileceği bir topluluk

İşverenin eşit davranma borcunun temelinde hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi hükmü ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı gösterilmiştir.

ortaya çıkmaktadır. Ancak eşit işlem ilkesinin uygulanır olması mutlak bir eşit uygulama anlamı taşımamaktadır. Sözleşmenin feshinde eşit işlem ilkesi sınırlı bir uygulama alanına sahiptir¹⁰. Fesihte eşit davranma ilkesi ile kastedilen objektif ve haklı bir neden bulunmaksızın sırf keyfi nedenlerle veya kötüniyetli bir biçimde bazı işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilip diğerlerinin sona erdirilmemesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işveren bir işçiyi işten çıkartıp çıkartmayacağına karar vermekte serbesttir¹¹. İşveren işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesi için gerekli olan haklı veya geçerli nedenlerin ortaya çıkıp çıkmadığını serbestçe belirler. İşçi ile işveren arasındaki kişisel ilişkinin baskın olduğu iş sözleşmesinin sona ermesinde de işçinin kişisel durumu ve özellikleri dikkate alınmalıdır¹². Nitekim Yargıtay uygulamasına bakıldığında geçerli nedenlerin ve hatta bazı hallerde haklı nedenlerin takdirinde işçinin özel koşullarının dikkate alındığı görülmektedir. Örneğin işçinin işyerindeki kıdemi, cezanın eyleme orantılılığı çerçevesinde dikkate alınmaktadır¹³. Benzer şekilde Yargıtay aynı sebeple sözleşmeleri sona erdirilen işçiler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu işaret eden bir kararında, bu davaların birleştirilmesinin doğru olmadığını açıklarken feshin geçersizliği ve işe iade istemi içeren davalarda her davacı için fesih nedeni, hizmet süresi, iş güvencesi hükümleri kapsamında olup olmadığı, dava açma süresi gibi hususların ayrı ayrı belirlendiğini, işe iade kararının infazında da yine işçinin iş sözleşmesindeki kişisel unsurların ön plana çıktığını belirtmiştir¹⁴. Ancak takdir yetkisine sahip olmak işverenin keyfi davranış serbestisi olarak anlaşılamaz.

Fesihte eşit işlem borcunun uygulanabilmesi için ayrıca birden çok işçinin katıldığı bir olay ya da işçilerin toplu işten çıkartılmalarını gerektiren işin, işletmenin veya işyeri gereklerinden kaynaklanan bir neden ortaya çıkmalıdır. Bir başka deyiş-

le feshin kolektif bir boyut kazanması gerekir¹⁵. Bir tek işçinin sözleşmesinin feshi halinde doğası gereği bu borç gündeme gelmez. Karşılaştırma fikri temelinde birden çok kişinin var olduğu bir topluluğun varlığını gerektirir¹⁶. İşveren karşılaştırılacak grupları oluştururken de keyfi davranmamalı, objektif yönden haklı görülebilir ölçütler çerçevesinde bu gruplar oluşmalıdır¹⁷. Birden çok işçinin katıldığı bir olayda işverenin mutlaka bütün işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmesi gerektiğinden bahsedilemez. Unutmamak gerekir ki her ne kadar birden çok işçinin katıldığı bir olay da söz konusu olsa her bir işçinin feshinin geçerliliği ya da haklılığı değerlendirilirken bireysel olarak bir tek işçinin durumu, hem de bu işçinin diğer işçiler karşısındaki konumu esas alınacaktır.

Dava konusu olaylara baktığımızda ilkinde iki işçi birbiriyle kavga etmiş ve işveren işçilerden sadece birinin iş sözleşmesini 1475 s. İş Kanunu m. 17/II ç (4857 s. İş Kanunu m. 25/II, d) uyarınca sataşma nedeniyle sona erdirmiştir. Diğerinde ise 30 işçi toplantı yapmasına rağmen bunlardan yalnızca 4'ünün sözleşmesi sona erdirilmiştir. İşK. m. 25/II d (1475 s. İşK. m. 17/II ç) uyarınca işçinin işverene, aile üyelerinden birine yahut işverenin başka bir işçisine sataşması, hakaret etmesi, küfretmesi vb. hallerde yasa koyucu tarafından iş ilişkisinin katlanılmaz hale geldiği kabul edilmiş ve bu nedenler bir haklı neden olarak düzenlenmiştir. Aslında bu gibi hallerin fesih nedeni olarak düzenlenmesinin amacı iş disiplini ve çalışma düzenini korumak olup, bu hususları zedeler nitelikte olmayan eylemler nedeniyle sözleşme haklı nedenle feshedilemez¹⁸. Özellikle işçilerin birbiriyle kavga etmesi halinde sıkça uygulanan madde sırf kavgaya katılmanın haklı neden oluşturacağı izlenimi verse de Yüksek mahkemenin uzun bir süredir kavganın kim tarafından ve ne şekilde başlatıldığını, işçinin kavgaya katılma biçimini haklı nedenin varlığını tespit ederken dikkate aldığını görmekteyiz. Amaç iş disiplini korumak olduğu için tahrik sonucu kavgaya katılınması halinde Yargıtay savunma sınırları içinde kalınması kaydıyla davranışın haklı bir neden oluşturmayacağını belirtmektedir¹⁹. Örneğin dövülen işçinin tezahür eden reaksiyonu sonucu işten çıkartılması²⁰ veya kendisine sataşan işçiye karşılık veren işçinin sözleşmesinin feshi haksız kabul edilmiştir²¹. Buna karşılık tahrik

üzerine kavgaya katılsa dahi savunma sınırlarını aşarak işçinin diğer işçiyi yaralaması halinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir²².

Dava konusu ilk olaydan iş sözleşmesi sona erdirilen işçinin diğer işçinin kendine hakaret ettiği ve bu nedenle kavganın başladığını iddia ettiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan ceza yargılamasında hakaret fiilinin gerçekleşmediği, ancak hafif tahrikin bulunduğu kabul edilmiştir. Yüksek mahkeme, "Davacının kaşını yaralama fiilini ika eden N.S.'nin hizmet akdi bu olay nedeniyle sona erdirilmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı gibi dokuz yıl kıdemi bulunan davacının diğer işçiye sataştığı da kanıtlanamadığından ..." biçiminde karar vermiştir. Kararın kaleme alınış biçiminde sırf işçilerden birinin sözleşmesinin sona erdirilmemesi eşit işlem borcuna aykırılık olarak değerlendiriliyor izlenimi edinilse de, dokuz yıl kıdemi olan işçinin

Yüksek mahkeme haklı nedenin bulunmadığını belirtmekle yetinmemiş, bunlara ek olarak "Ayrıca, toplantıya 30 işçi katıldığı belirtilmesine rağmen, sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi, eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir." biçiminde karar vermiştir. Eğer bu kararla işverenin fesihle mutlak bir eşit işlem borcunun varlığına işaret ediliyorsa, bu karara katılmamız mümkün değildir. Ancak işverenin keyfi davrandığı ve objektif bir neden bulunmaksızın sadece bazı işçileri işten çıkarttığı, bu nedenle eşit işlem borcuna aykırı davrandığı düşünülüyorsa bu takdirde karar kanımızca da yerindedir. Nitekim somut olayda alt işveren tarafından ileri sürülen iddialar keyfi bir feshin bulunduğunu düşündürmektedir. Davalı alt işveren, asıl işverenle yaptığı sözleşme hükümleri uyarınca asıl işverenin isteği üzerine sözleşmeleri sona erdirdiğini, fesih

Birden çok kişinin katıldığı bir olayda işverenin mutlaka bütün işçilerin iş sözleşmesini sona erdirmesi gerektiğinden bahsedilemez.

diğer işçiye sataştığının kanıtlanamaması kararın temelinde yatan temel nedenlerden biri olarak değerlendirilebilir. Olay bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde, Yargıtay'ın somut olayın özellikleri dikkate alındığında işverenin keyfi ve kötüniyetli ayırımını önlemeye yönelik bir karar verdiği görülmektedir. Kavgayı başlatmamasına rağmen yalnızca 9 yıl kıdemi işçinin işten çıkartılması, işverenin bu durumu kıdem tazminatı ödemediği sözleşmeyi sona erdirmek için bir fırsat olarak değerlendirdiğini düşündürmektedir. Bu halde keyfi veya kötüniyetli ayırmacılığı önleme anlamında bir eşit işlem borcuna aykırılıktan bahsedilebilir.

İkinci dava konusu olay bu anlamda çözümü biraz daha zor bir olay olarak karşımıza çıkmaktadır. Alt işverenin 30 işçisinin mesai saatleri içinde işletme müdürü ve şefinin bilgisi dahilinde 1,5 saat toplantı yaptığı ve bu işçilerden yalnızca 4'ünün asıl işverenin talebi üzerine sözleşmesinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır. Bu halde işveren işi bırakma ve zararının oluşması nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmişse de toplantının işverenin bilgisi dahilinde gerçekleştiği ve işçilerin daha sonra ücret almaksızın mesaiye kalmaları nedeniyle herhangi bir işveren zararından bahsedilemeyeceği belirtilmiş

iradesinin bulunmadığını açıklamıştır. Yüksek mahkeme de davalı alt işverenin fesihle iradesinin bulunmamasını kararına bir dayanak olarak göstermiştir. Hukuki işlem özü itibarıyla bir irade açıklanması olduğu için, eğer fesihle alt işverenin iradesinin bulunmadığı kabul ediliyorsa burada gerçekten bir fesih var mıdır, fesih varsa işveren kimdir sorularının tartışılması gerekirdi. Aslında somut olay dikkatle incelendiğinde muvazaalı bir alt işveren uygulamasının izleri görülmektedir. Asıl işverenle alt işveren arasında yapılan sözleşmede asıl işverenin talebi üzerine alt işveren işçilerinin işten çıkartılacağı belirtilmesi, alt işveren işçilerinin asıl işverene bağlı işveren vekili yönetiminde çalışması, alt işveren işçilerinin savunmalarının asıl işveren tarafından alınması gibi olgular dikkate alındığında burada muvazaalı bir hukuki işleme ilişkin bazı belirtilerin bulunduğu²³, bu hususun araştırılması gerektiği açıktır. Eğer muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu ise işçinin gerçekte asıl işverenin işçisi olduğu sonucuna ulaşılabılır. Yüksek mahkemenin somut olayda bütün bu olguları göz ardı etmesi kanımızca yerinde olmamıştır.

Sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit işlem ilke-

Hukumumuzda Yargıtay'ın, sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin tespitinde Alman hukukunda olduğu gibi sosyal seçim esasını benimsediği görülmektedir.

si sınırlı bir uygulama alanı bulacak olup, feshin doğası gereği ayırım yapılmasını haklı gösteren bir çok neden bulunabilir²⁴. Bu halde işveren farklı işlemleri temel haklar nedenine dayanan ayırımcılık hallerine göre çok daha kolay bir biçimde meşrulaştırabilir²⁵. Örneğin işveren işin yürümesi için işçilerden bazılarının çalışmaya devam etmesine ihtiyacı bulunduğunu,²⁶ işin ya da işletmenin sürekliliği açısından bazı işçilerin konumları gereği yerine yenisinin bulunması ya da yetiştirilmesinin güç olduğunu, işçinin kıdemi ve geçmiş dönem sicili itibarıyla bu davranışın bir istisna teşkil ettiğini ya da o meslekte işçi bulmanın güç olduğu gibi nedenlerle farklı davranışı haklı gösteren nedenler ortaya koyabilir. Üstelik işyerindeki bütün işçilerin katıldığı bir olayda mutlak anlamda eşitlik ilkesinin uygulanması, işverenin yeniden işe almadaki serbestliği de dikkate alınırsa çözümü oldukça güç sorunlar yaratacaktır²⁷.

Değinmek istediğimiz son husus işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışının feshin geçerliliğini ne şekilde etkileyeceğidir. Bu anlamda da İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ayırımcılık yasakları ile işverenin genel anlamda eşit işlem borcu arasında fark vardır. İş Kanunu m. 18/d de açıkça belirtildiği üzere işveren işçinin ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, aile yükümlülükleri, hamileliği, doğum, dini, siyasi görüşü, sendika üyeliği ve benzeri nedenlerle iş sözleşmesini sona erdirirse, fesih geçersiz fesihtir. Burada feshin temelinde ayırımcılık teşkil eden bir davranışın bulunması feshin doğrudan geçersizliği, eğer işçi iş güvencesinden yararlanmıyorsa kötüniyetli fesih sonucunu yaratacaktır²⁸. Ancak işverenin genel anlamda eşit işlem borcuna aykırı davranması feshin doğrudan geçersizliği sonucunu doğurur mu sorusunu Alman Federal İş Mahkemesi olumsuz yanıtlamıştır. Federal Mahkeme'ye göre, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışı doğrudan, tek başına feshin geçersizliği sonucunu yaratmaz; eşit işlem borcuna aykı-

rılığın geçerli nedenin tespitinde dolaylı bir etkisi vardır. Somut olayın koşullarına göre aynı olaya katılan işçilerden bazılarını işten çıkartmayarak işveren kendisi açısından söz konusu olayın kabul edilebilir bir olay olduğunu, dolayısıyla geçerli neden oluşturmadığını kabul etmiş sayılabilir²⁹. İşverenin eşit işlem borcu sözleşmenin sona erdirilmesinde tek başına bağımsız bir ilke olarak değil, geçerli nedenin gerisinde yatan menfaatler arası dengeğin tespitinde dikkate alınan bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰.

Hukumumuzda da Yargıtay'ın, sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin tespitinde Alman hukukunda olduğu gibi sosyal seçim esasını benimsediği görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işyerindeki aynı işçilerle karşılaştırma yapılması, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir³¹. Bu bağlamda eşit işlem ilkesi açısından da Alman hukukundaki çözüm hukukumuz açısından benimsenebilir³². Aslında doğası gereği feshin gerisinde yatan nedenler incelenirken işverenin bu işçiyi diğerlerinden ayırmasının temelinde yatan nedenler de incelenecektir.

Sonuç olarak, yayımlanan yargı kararlarına bakıldığında 4857 yasa ile getirilen somut ayırımcılık yasaklarına ilişkin düzenlemelere ilişkin şimdilik fazla sayıda uyuşmazlık çıktığından bahsedebilmek mümkün değildir. Ancak görülen odur ki somut ayırımcılık yasaklarına yapılan vurgu işverenin genel anlamda eşit işlem borcunun güçlenmesi, en azından bu borca Yüksek Mahkeme tarafından eskiye oranla daha sık biçimde gönderme yapılmasına neden olmuş, işverenin genel anlamda eşit işlem borcu iş güvencesine ilişkin düzenlemelerle bir araya geldiğinde eskisine oranla çok daha etkin bir içeriğe kavuşmuştur. Ancak unutmamak gerekir ki kaynağını dürüstlük kurallarında bulan bu borcun mutlak olarak uygulanması işverenin yönetim hakkının ciddi biçimde sınırlanması sonucunu doğuracaktır. İşçinin temel hak ve özgürlüklerine dayanan konularda ayırım yasakları saklı kalmak kaydıyla, kanımızca sözleşmenin sona erdirilmesinde işverenin mutlak bir eşit işlem borcu bulun-

duğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Yukarıda incelediğimiz gibi eğer fesihte eşit davranma borcu ile mutlak bir eşitliği kastediyorsa, kanımızca Yüksek Mahkeme'nin bu kararları eleştiriye açıktır. Ancak eşit işlem borcu ile işverenin objektif ve haklı bir nedene dayanmayan, keyfi ve kötüniyetli davranışları engellenmek isteniyorsa bu takdirde Yüksek Mahkeme'nin kararlarını paylaştığımızı ifade etmek isteriz.

DİPNOTLAR

- 1 S. Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 362-363; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2005, s. 430 vd.; K. Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal-İSGHD 2005, S. 7, s. 978.
- 2 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 18. Bası, İstanbul 2005, s. 168-169; K. Tunçomağ/T. Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 137; F. Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", Legal İSGHD 2005, S. 8, s. 1624 vd.
- 3 S. Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s. 83; Centel, s. 168; H. Mollamahmutoğlu, s. 431; H. H. Sümer, İş Hukuku, 11. Baskı, Konya 2005, s. 85-86.
- 4 C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 213-217; ancak önemle belirtilmelidir ki açıklamalarından Tuncay'ın bir üst gruba da dahil edilebileceği izlenimi edinilmektedir; M. Ekonomi, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 157; Süzek, s. 366; ancak belirtilmelidir ki yazar görüşünü açıklarken işverenin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, sendika üyeliği ve benzeri nedenlerle ayırım yapamayacağına işaret etmektedir; aynı biçimde Ş. Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 112.
- 5 Tuncay, s. 108 vd.; Taşkent, s. 82; Çelik, s. 164; T. Centel, İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 165; Ö.Eyrenci/S. Taşkent/D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 133-134; F. Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Bası, İzmir 2003, s. 87; Mollamahmutoğlu, s. 432-433; Süzek, s. 364; Ertürk, s. 98-99; M. Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s. 97, 112-113; H. Keser, "4857 sayılı İK'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar", Kamu-İş, 2004/3, s. 61. E. Özdemir, "Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet", Legal-İSGHD, 2005, S. 5, s. 258.
- 6 Çelik, s. 166; Süzek, s. 362; Ertürk, s. 98; karşı. Tuncay, s. 58-61.
- 7 Çelik, s. 167-169; Centel, s. 168; Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", s. 1630.
- 8 Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. A. Hueck/H. C. Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auf., Berlin und Frankfurt a.M. 1963, s. 428 vd.; E. Bötticher, "Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht", RdA 1953, s. 168; H. Galperin, "Der Grundsatz der Gleichbehandlung", RdA 1953, s. 172; bu görüşteki diğer yazarlar ve görüşleri için bkz. Tuncay, s. 207-209.
- 9 R. Wank/MünchArbR, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, § 116; Berkowsky/MünchArbR, § 130; Nr. 97.
- 10 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 95 vd. özellikle Nr. 100.
- 11 Ascheid/Erfurter Kommentar, zum Arbeitsrecht, 5. Auf., München 2005, 430 KSchG, § 1, Nr. 153.
- 12 Centel, s. 168; Sümer, s. 86.
- 13 Yarg. 9. HD., 16.01.2002, E. 2001/15510, K. 2002/266, karar ve T. Centel'in incelemesi, Tekstil İşv. Der., Şubat 2003, s. 34-36.
- 14 Yarg. 9. HD., 30.1.2006, E. 2005/39008, K. 2006/1806, Çalışma ve Toplum, 2006/2, S. 9, s. 174-175.
- 15 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 97.
- 16 Tuncay, s. 149; Tunçomağ/Centel, s. 134; Centel, s. 165-166, Mollamahmutoğlu, s. 434.
- 17 Löwisch, M., Arbeitsrecht, 7. Auf., Dusseldorf 2004, No. 141.
- 18 Yarg. 9. HD., 30.12.1982 ve E. İnce'nin incelemesi, İHU 1982/III, İŞK. 17 (No. 19); sataşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Odaman, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 109 vd.
- 19 Odaman, s. 118-119.
- 20 Yarg. HGK, 11.12.1985, E. 1984/9-248, K. 1985/1042, Tekstil İşv. Der., Eylül 1987, s. 18-19; benzer biçimde Yarg. 9. HD., 27.11.1997, E. 1997/18409, K. 1997/19850, Ekonomi, M., 1997 Yılı Emsal Kararları, s. 117-118.
- 21 Yarg. 9. HD., 1.11.2004, E. 2004/27598, K. 2004/24585, Günay, s. 824.
- 22 Yarg. 9. HD., 8.6.1998, E. 1998/8304, K. 1998/10072, M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 57-58.
- 23 Yargıtay'ın hangi hallerde muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinden bahsedilebilir konusunu incelediği kararlara örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD., 18.11.1997, E. 1997/16673, K. 1997/19164, M. Ekonomi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1997 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2000, s. 12-16; Yarg. HGK, 14.11.2001, E. 2001/9-711, K. 2001/820, Çimento İşv. Der., Temmuz 2002, s. 54-60 ve S. Süzek'in incelemesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s. 11 vd.
- 24 Tuncay, s. 214; Şentürk, s. 111.
- 25 K. Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık", s. 997.
- 26 Ascheid/Erfurter Kommentar, 430 KSchG, § 1, Nr. 154.
- 27 Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", s. 1630-1631.
- 28 Süzek, s. 366.
- 29 BAG 28.4.1982, AP Nr. 3 zu § 2 KschG 1969.
- 30 Berkowsky/MünchArbR, § 130, Nr. 96
- 31 Yarg. 9. HD., 19.9.2005, E. 2005/28125, K. 2005/30446, O. G. Çankaya/Ş. Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 60-61; bu yönde bkz. D. Ulucan, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s. 253-254.
- 32 Bkz. ve karşı. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, s. 110-113.