

İşverenin Eşit Davranma Borcu

1. Genel Anlamda Eşit Davranma ve Ayırım Yapmama Borcu

1. Hukuki Dayanağı

a) Anayasal Dayanak

İşverenin iş akdinden doğan borçları arasında eşit davranma yükümlülüğü de yer alır. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatar. Adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır. Esasen hukuk öğretisinde adalet düşüncesi ile hukukun en temel ilkelerinden olan eşitlik çoğu kez eş anlamda kabul edilir ve adalet eşitliği olarak adlandırılır.¹

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde "kanun önünde eşitlik" başlığı altında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anılan hükme göre "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."

Anayasa Mahkemesi'nce adı geçen maddenin amacı şu şekilde açıklanmıştır: "Eşitlik ilkesinin

amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz."²

Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgili olarak çözümlenmesi gereken sorun, anılan maddenin sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep gibi ayırım yasağı hallerini mi, yoksa genel anlamda eşit davranma borcunu da mı güvence altına aldığıdır. Ayırım yasağının konusunu oluşturan nedenler, kişinin insan olmasından kaynaklanan ve değiştiremeyeceği cinsiyeti, rengi, ırkı gibi ya da değiştirmesi beklenemeyecek ve istenemeyecek siyasal görüşü, felsefi inancı, dini gibi nedenlerdir. Ayırım yasağına ilişkin kurallar, kişileri bazı özellikleri ve tercihleri nedeniyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlardan yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır.³

Buna karşılık, genel anlamda eşit davranma borcu, aynı ve benzer durumda bulunan kişilerin

farklı işleme tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayırım yapılması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması biçiminde tanımlanabilir. Belirtelim ki, aynı ve benzer durumdaki kişilere aynı işlem yapılması kadar, objektif olarak farklı durumda olanlara farklı işlem yapılması da eşit davranma borcunun bir gereği olarak ortaya çıkabilir.⁴

Kanımıza göre, Anayasa'nın 10. maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür. Başka bir deyişle, gerek öğretilde⁵ gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶ belirtildiği gibi bu madde hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa yargısının erken dönemlerinde verdiği ve söz konusu hükmü dar yorumlayarak sadece ayırım yasağı ile sınırlayan bir kararına konulan muhalefet şerhinde bu gerçek şu ifadelerle yer verilmek suretiyle dile getirilmiştir: "Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayırımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesinin dayandığı ilke birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka hukuk kurallarının öngörülmesinin (bu ibare hukuki işlemler yapılmasının şeklinde okunabilir) yasaklanmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin...kararlarında da aynı görüşe rastlanmaktadır... Eşitlik ilkesini yalnızca Anayasa'nın 12. (şimdi 10.) maddesinin 1. fıkrasında öngörülen durumlar dolayısıyla ayırım gözetmekten kaçınma anlamında yorumlayıp, orada sayılan durumlar dışında herhangi bir duruma dayanılarak yapılacak ayırımları sözü edilen fıkra kuralının dışında saymak hem Türk anayasa hukukunun tarihsel gelişmesine, hem de tartışma konusu kurala ilişkin yasa belgelerindeki yazılara ve maddenin her iki fıkranın (şimdi 1. ve 3.) birlikte ve herkes sözcüğü üzerinde durularak incelenip tümü bakımından yapılacak yorumdan çıkan sonuca, hem de insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerle Alman,

Avusturya, Fransa Anayasaları'ndaki metinlerdeki yazılışlara uygun düşmemektedir."⁷

Gerçekten, Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında kanun önünde eşitlik ve ayırım yasakları yani iki ayrı önerme bileşik cümle yapısında birleştirilmiştir. "Herkes...kanun önünde eşittir" önermesi, temel önermeyi oluşturmaktadır. Aynı bileşik cümlelerin yan önermesi ise "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin" şeklindedir. Bağ eylem olan "gözetilmeksizin" sözcüğü hem yan önermeyi kurmakta, hem de bu önermeyi temel önermeye bağlamaktadır.⁸ Aynı şekilde, anılan maddenin 3. fıkrasında yer alan "Hiçbir kişiye...imtiyaz tanınmaz" şeklindeki hüküm de her kim için olursa olsun yasa önünde eşitliğin bozulamayacağını diğer deyişle anayasanın sadece ayırım yasaklarını düzenlemeyip, genel anlamda bir eşitlik ilkesi (borcu) getirdiğini ayrıca kanıtlayıcı niteliktedir.

Genel anlamda eşit davranma borcu hukuk devleti ilkesinin (AY 2) de bir gereğidir.⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre "Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir...hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerinde oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur."¹⁰

Eşitlik ilkesi ülkemizin onayladığı uluslararası insan hakları bildiri ve sözleşmelerinde de yer almıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 2., 7., 23., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14., Avrupa Sosyal Şartı'nın 4/3. maddelerinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Bunun gibi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ülkemiz tarafından 1985 yılında onaylanmıştır.

b) Yasal Dayanak

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörölmüş bulunan eşitlik ilkesi İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle, İş Kanunu'nun anılan maddesinde "Eşit davranma ilkesi" başlığı altında ayırım yasağı iş ilişkileri bağlamında hükme bağlanmıştır. Adı geçen maddenin 1. fıkrasına göre "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz."¹¹ Hükümde "benzeri sebepler" ifadesine yer verildiğinden ayırım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı olmayıp,

benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemeyecektir. Aynı şekilde, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3-5. fıkralarında işverenin iş akdinin kurulmasında, ücret ve çalışma koşullarında, sözleşmenin sona ermesinde cinsiyet nedeniyle farklı işlem yapamayacağı öngörülmüştür.

Diğer yandan, işverenin eşit davranma borcu iş mevzuatımızda bazı iş akdi türlerine özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir. Gerçekten, İş Kanunu'nda ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, belirli veya belirsiz süreli (İK 5/2, 12/1) ya da tam veya kısmi süreli (İK 5/2, 13/2) iş akitleri yapılması nedeniyle işçinin farklı işleme tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun gibi, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal nedenle ayırım yapma yasağı öngörülmüştür.

Her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı "Eşit davranma ilkesi" ise de bu maddede ayırım yasağı halleri dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunun da düzenlendiğini savunmak güçtür.¹² Çünkü maddede sadece ayırım yasağı halleri öngörüldüğü gibi, Anayasa'nın 10. maddesinden farklı olarak "Herkes...kanun önünde eşittir" ve "Hiçbir kişiye...imtiyaz tanınmaz." ifadeleri yer almamıştır. Kuşkusuz ayırım yasakları da geniş anlamda eşitlik ilkesinin içinde yer alır. Ancak, İK 5 sadece ayırım yasaklarını düzenlemiş bunun dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamış görünmektedir.

Avrupa Birliği ilerleme raporlarında, Avrupa Birliği mevzuatında yer alan etnik köken, din ve inanç, özgürlük, yaş ve cinsel eğilimden ötürü ayırimcılığın önlenmesi ve işe alınma, ispat yükü, ebeveyn izni, şikayet hakkı, eşitlik kurulu gibi konuların İş Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu önerilerin birçoğunun isabetli ve haklı olduğu söylenemez.¹³

c) İş İlişkilerinde Genel Anlamda Eşit Davranma Borcunun Uygulanması Gereği

İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece ayırım yapmama borcunun düzenlenmesi hukukumuzda iş ilişkileri dışında kalan hallerde genel anlamda eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı anlamına gelmez. Anayasa'nın 10. maddesinin hem ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlediği yuka-

rıda görüldü. "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesinde anayasa ilke ve kurallarının sadece devlet-kişi arasında dikey düzeyde değil, özel hukuk ilişkilerinde yani kişiler arasında yatay düzeyde de uygulanacağı açık bir biçimde hükme bağlanmıştır. Bu nedenle anayasal eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde geçerli genel ilke niteliği taşır.¹⁴

Nitekim bu gerçek şu Yargıtay kararında da anlatımını bulmuştur: "Aynı nitelikte olan işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak, hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hem de İş Hukuku'nun temel kuralına uygun düşmez."¹⁵

Belirtelim ki, Anayasa ve yasada öngörülmeseydi de eşitlik, hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığı için iş ilişkilerinde de uygulanması gerekirdi. Yargıç hüküm verirken, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği gibi hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen üstün ve temel ilkeleri olarak tanımlanan¹⁶ genel ilkelerini dikkate almak durumundadır.¹⁷

Bunun gibi, adaletin özel bir uzantısı hakkaniyettir. Hakkaniyete uygun davranan işverenin hukuki işlemlerinde eşitliğe uygun davranması gerekir.¹⁸

Görüldüğü gibi her ne kadar hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet esasından hareketle işverenin eşit davranma borcunun olduğu savunulabilirse de hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif dayanakları da bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 5. maddesi işverenin ayırım yapma yasağını düzenlemekte, bütün hukuk düzenimizde geçerli olan Anayasa'nın 10. maddesi ise işverene hem ayırım yapma yasağını, hem de genel anlamda eşit davranma borcunu yüklemektedir.

İş hukuku öğretisinde bazıları tartışmalı olmakla beraber işverenin eşit davranma borcunun doğumu için belirli koşulların gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar, bu yükümlülüğün aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olması (işyerinde birlik), karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içinde meydana gelmiş bulunması (zamanda birlik), bir karşılaştırma yapılmasına olanak tanıyan, birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulamanın söz konusu olmasıdır.¹⁹

2. Nispi Niteliği

Eşit işlem borcu işverenin tüm işçilere mutlak

bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi subjektif (haklı) nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir. Aksi düşünce işverenin sözleşme serbestisine kabul edilemeyecek bir müdahale niteliği taşır.²⁰

Nitekim Yargıtay'a göre de "Bu ilkenin amacı aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmaktır"²¹, "işverenin, işçiler arasında, gerek objektif ve gerek subjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs. nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödemesi (nin), eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir."²²

İşveren ölçülülük (orantılılık) ilkesi uyarınca ayırım gözetmede haklı bir amaç izlemişse, diğer deyişle bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu haklı amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmaz.²³

Hukuki anlamda eşitlik, eşit kişiye ve olguya eşit, eşit olmayan kişiye ve olguya ise eşit olmayan işlemin yapılması anlamına gelir.²⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de "Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunulmayı (dikey eşitlik) da gerektirir. Esasen Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2. ve 5. maddelerinde sözü edilen adalet ve hukuk devleti anlayışı da bunu gerektirir."²⁵

Görüldüğü gibi, işverence farklı davranılmasını haklı kılacak bir durumun varlığı halinde, kişiler arasında farklı işlem yapılması adalet anlayışına uygun düşüyorsa eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır. Bunun gibi, işçileri arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif nedenlerin varlığına rağmen işverenin bu durumu göz önünde tutmaması da olayın özelliğine göre eşit davranma borcunun ihlalini oluşturabilir.²⁶ İşverenin özellikle genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal edip etmediği tereddütlere neden olabilecek bazı durumlarda, eşitlik ilkesinin bu özelliği ve temelinde yatan adalet anlayışı ve hakkaniyet esası sorunun çözümüne yardımcı olacaktır.

3. İşe Almada Ayırım Yasağı

İş hukuku öğretisinin bir bölümüne göre işe almada işverenin eşit davranma borcu söz konusu değildir. Bu görüşe göre iş akdinin kurulmasında hangi işçiyle işi en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bu da anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün (m.48) bir gereğidir. Bunun gibi, eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir, henüz bir ilişki kurulmadan bu borcun varlığından söz edilemez.²⁷

Diğer yandan, her ne kadar İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde işverenin "işe almadan başlayarak" tüm çalışma koşulları yönünden işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğünden söz edilmekteyse de, anılan yasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. "İş ilişkisi" ibaresi, bu ilişkinin kurulmasından öncesini değil, kurulmasından sonrasını kapsayan bir anlam taşır. Aynı şekilde, ayırım yapmama borcunun yaptırımını düzenleyen İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında da "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" denilmek suretiyle hükümde öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğu hükme bağlanmıştır.²⁸ Belirtilen İK 5/1 ve 5/6 hükümlerinin işverenin "işe almada" ayırım yapma yasağının bulunmadığı görüşünü desteklediği söylenebilir.

Buna karşılık iş mevzuatımızda bazı alanlarda işverenin işe almada ayırım yasağını açıkça düzenleyen kurallar yer almıştır. Bunlardan ilki, işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yapılmasıdır.²⁹ İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında işverenin "biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zoruyla kıldıkça...iş sözleşmesinin yapılmasında...cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem" yapamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle örneğin işveren işin niteliği haklı göstermedikçe sırf hamileliği nedeniyle işçi ile iş akdi yapmaktan kaçınmaz. Öte yandan, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasında da işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanun'un 14.

maddesinde de özürliülerin işe alınması ve çalışma koşulları konusunda işverenlere eşitlik ilkesine ve ayırım yasağına uyma zorunluluğı getirilmiştir.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra hukukumuzda işe almada ayırım yapma yasağıının bulunmadığını savunmak olanaksız hale gelmiştir.³⁰ Çünkü anılan yasanın 122. maddesine göre işe almada ayırımcılık yapılması açıkça suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayırımcılık yapamayacak, ancak bu gibi ayırım yasaklarının dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcuna tabi olmayacaktır.

O halde, cinsiyet veya gebelik, özürllülük ya da sendikal nedenlerle işverenin ayırım yapma yasağıını düzenleyen yukarıda belirtilen hükümler, işverenin işe almada ayırım yapabileceğı kuralının birer istisnasını değil, aksine bu konuda genel olarak var olan ayırım yapma yasağıının değişik yasalarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluştururlar.³¹

Ancak, aşağıda görüleceğı gibi İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında öngörülen işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki ayırımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağıından, işverenin işe almada ayırım yapmasının hukuki yaptırımı İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu durumda işe almada ayırım yapılması halinde uygulanacak tazminat konusunda genel hükümlere (culpa in contrahendo) gitmek gerekmektedir.³²

4. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu

İş akdinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır (AY 10, İK 5/1, 3-6). Başka bir deyişle, işverenin ücret ve tüm çalışma koşullarının uygulanmasında bu ilkeye uygun davranması gerekir.³³

Ancak yukarıda da belirtildiğı gibi ayırımı haklı kılan nedenler varsa işverenin bu konularda farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.

Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandıramaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiğini isabetli olarak kararlaştırmaktadır.³⁴ Bunun gibi, seyyanen yapılan ücret zammından emekli olması planlanan işçilerin yararlandırılmaması Yüksek Mahkeme'ye göre eşit davranma ilkesi ile bağdaşmaz.³⁵ Aynı şekilde, 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadı uyarınca "İşveren tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz."³⁶

İşveren işçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapıyorsa, örneğin genel tatil günlerinde çalışmaları halinde yasanın üzerinde zamlı ücret ödüyorsa, işçilerden bazılarını keyfi olarak bu uygulamanın dışında tutamaz.

Bunun gibi Yargıtay, ikramiyenin dağıtıldığı tarihte işçinin işyerinde çalışmaması nedeniyle bu haktan yoksun bırakılmasını isabetli olarak eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Davacı dava konusu yapılan 2003 yılında davalıya ait işyerinde çalışmış ve bu çalışması ile davalı şirketin kâr etmesinde payı olmuştur. Davalı işverenin kârın dağıtım tarihinde işyerinde çalışmadığı gerekçesi ile davacıya temettü ikramiyesi ödenmemesine karar verilmesi eşitlik ilkesine ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamasına uygun düşmemektedir."³⁷

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme objektif niteliklerin göz önünde tutulması halinde işçiler arasında ücret zammında ayırım yapılabileceğini hükme bağlamıştır. 9. Hukuk Dairesi'ne göre "Belediyenin elektrik kısmında çalışan iki uzmanın gördükleri işin özelliğı ve gösterdikleri başarı ve liyakat sebebiyle ve encümen kararıyla ücretlerinin yükseltildiğı görülmektedir. Böylece davalı belediye, elektrik işletmesinde başkaca emsali olmayan iki işçinin ücretine zam yapmakla güttüğü amaç, işçiler arasında eşitsizlik yaratmak...olmayıp, daha ziyade başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak ve elektrik işletmesinin çalışmasını sürdürmektir."³⁸

İşveren bazı özellikleri göz önünde tutarak ik-

ramiye veya sosyal yardımların verilmesinde gruplandırılmalar yapabilir. İkramiyeyi veya sosyal yardımı, örneğin sadece işyerinde sorumluluk taşıyanlara, ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlara, uzman ya da vasıflı işçilere, belirli bir kıdeme ulaşmış olanlara, evlilere yahut belirli sayıda çocuğu olanlara verebilir. İşveren her ne kadar bu gibi gruplar oluşturmakta serbest ise de, bu grupların oluşturulmasında keyfi davranamaz ve haklı nedenler olmadıkça aynı gruptaki işçiler arasında ayırım yapamaz.³⁹

Aynı şekilde, işveren bir ödemenin yapılmasını objektif bazı esaslara dayandırmış da olabilir. Bu koşullara uygun durumda olmayan işçiler işverenin eşit işlem yapma borcuna uygun davranmadığını ileri süremezler. Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında isabetli olarak şu ifadelerle yer vermiştir: “Yönetim kurulu kararında, liyakat primine hak kazanabilmek için C. Şirketinden davalı şirkete intikal eden bir işçinin bu intikal anında 45 yaşını doldurması ve işverence 5 yıl içinde iş sözleşmesinin feshedilmiş olması gibi koşullar öngörülmüştür. Anılan kararda işçi tarafından emeklilik suretiyle fesih halinde liyakat primine hak kazanılacağı kuralı mevcut değildir. Yönetim kurulunun davaya konu kararında C. Şirketinden intikal eden personele işveren(ce) 5 yıl çalışma yönünden belli bir iş güvencesi sağlanmıştır. İş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle işçi tarafından feshinin, işveren feshi ile aynı mahiyette olmadığı açıktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, maddede sözü edilen aynı durumdaki işçiler bakımından bir anlam ifade etmektedir.”⁴⁰

İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım hükümleri işverenin eşit davranma borcunun bir istisnasını oluşturur. Gerçekten, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 9. maddesinde bir işyerinde sadece taraf işçi sendikasının üyeleri ile bu sendikaya dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin 4. fıkrasında ise toplu iş sözleşmesinin “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları” eşit işlem yapma borcunun dışında tutulmuştur. Başka bir deyişle, bu hükme göre toplu iş sözleşmesinin parasal hükümlerinde işçiler arasında bir ayırım yapılabilecek, toplu iş sözleşmesinin kapsa-

mına girenlere farklı ücret zamları veya ikramiyeler öngörülebilecek, buna karşılık parasal konular dışındaki toplu sözleşme hükümleri eşit davranma borcuna uygun olarak işyerindeki tüm işçilere uygulanacaktır. Bu itibarla, örneğin iş sürelerine, işverenin yönetim hakkına, disiplin cezalarına, iş akdinin feshine, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri eşitlik ilkesine uygun olarak sözleşmeye taraf sendikaya üye olmayan işçilere de aynen uygulanır.

İşveren yönetim hakkını kullanırken ve disiplin hükümlerini uygularken de eşit işlem yapma borcuna uygun davranmalıdır. Örneğin kapı denetimine ilişkin talimatlarında işçiler arasında bir ayırım yapmaması gerekir. Aynı şekilde söz gelimi fazla çalışmaya katılacak işçileri belirlerken eşit davranmakla yükümlüdür.⁴¹

Anayasa'nın 10. maddesinin 2. fıkrası yanında İş Kanunu'nda da cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir (İK 5/3-5). Bu konuda taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği normları da etkili olmuştur.⁴² İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesinde şu anlatıma yer verilmiştir: “Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ‘Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşmesi’ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanunu'na düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin ‘Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne uyum kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır...Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanunu'na alınması gerekli olmuştur.”

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında iş ilişkisinde cinsiyet nedeniyle ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür ve aynı maddenin 3-5. fıkralarında da şu hükümlere yer verilmiştir: “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyete-

ti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.”

İş Kanunu'nun bu hükümleri uyarınca daha önce görüldüğü üzere işe almada cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı getirildiği gibi işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında ve iş akdinin sona ermesinde aynı nedenle bir ayırım yapılamayacaktır (İK 5/3). Bu kuralın istisnasını biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerin ayırım yapılmasını zorunlu kılması oluşturur. İş Kanunu'nun anılan maddesinde aynı veya eşit değerde bir işte çalışan işçiye sırf kadın olması nedeniyle düşük ücret ödenemeyeceği hükme bağlanmış (İK 5/4) ve işçinin cinsiyeti dolayısıyla mevzuattaki bazı koruyucu hükümlerin uygulanmasının örneğin hamilelik nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılmasının (İK 74/4) veya süt izni verilmesinin (İK 74/son) daha düşük ücret ödenmesinin haklı gerekçesini oluşturamayacağı öngörülmüştür (İK 5/5).⁴³

5. İş Akdinin Feshinde Eşit Davranma Borcu

a) Genel Olarak

İş akdinin feshinde eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı iş hukuku öğretisinde tartışma konusudur. Bu konunun tartışmasına girmeden önce belirtelim ki, Yargıtayın isabetli bir kararına göre, kıdemli işçiler için artırılmış buna karşılık belirli bir tarihten sonra işe giren daha az kıdemli işçiler için yasal fesih bildirim sürelerinin uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.⁴⁴

Öğretide bir grup yazara göre iş akdinin süreli veya haklı nedenle feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez. Ancak bu görüşü savunan yazarlar bu konudaki serbestinin mutlak olmadığını, bu durumda işverenin hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini kabul etmektedirler.⁴⁵ Buna karşılık, iş hukuku öğretisinde diğer bir grup yazar tarafından iş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğu savunulmaktadır.⁴⁶

b) Ayırım Yasaklarında

Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'da da düzenlenmiş bulunan (m.10) eşitlik ilkesi geniş bir kavram olup hem ayırım yasaklarını, hem de bunun dışında

kalan genel anlamda eşit davranma borcunu kapsar. Hemen belirtelim ki, ayırım yasakları söz konusu olduğunda işverenin iş akdinin feshinde eşit davranma borcuna uymak zorunda olduğu konusunda herhangi bir tereddüdün bulunmaması gerekir.⁴⁷ Başka bir anlatımla, Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. maddesi ile 18. maddesinin 3/a, b ve d fıkralarında düzenlenmiş bulunan dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendikal vb. nedenlerle iş akdini feshederek ayırım yasaklarını ihlal eden işveren eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde işverenin ayırım yapmama borcu özel olarak düzenlenmiş ve iş akdinin feshinde bu kurala aykırı davranan işverenin, işçiye -yoksun bırakıldığı diğer hakları yanında dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödeyeceği öngörülmüştür. Bunun gibi ayırım yapma yasağını ihlal ederek iş akdini fesheden, örneğin işten çıkarılacak işçileri sadece kadın veya sendika üyesi işçiler arasından seçen işveren duruma göre fesih hakkını kötüye kullanmış veya geçersiz ya da haksız fesih yapmış sayılır.⁴⁸

Nitekim Yargıtayın bu konuda verdiği bir karara göre: “davalı işverenin aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacı ile ...sadece bayan işçileri çıkarmasının eşit davranma borcuna aykırı davranış olduğu belirlenmiştir...Feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır.”⁴⁹

c) İşçilerin Davranışlarına Dayanan Fesihlerde

İşveren koşulları gerçekleştirmiş iş akitlerini işçilerin davranışlarına dayanarak bildirim sürelerine uymak suretiyle İK 18'e göre süreli fesih veya İK 25/II uyarınca derhal haklı nedenle fesih yoluyla sona erdirebilir. Kanımıza göre bu fesihler ayırım yasağına aykırı olabileceği gibi olayın özelliğine göre işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık da oluşturabilir.

Her şeyden önce Yargıtay haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılmasına ilişkin olarak verdiği kararlarda işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki kararına göre “Davacı, davalıya ait bankada operasyon yönetmeni olarak görev yapmıştır. Aynı şubede pazarlama yetkilisi olarak çalışan S.A.'nın yapmış olduğu usulsüz bankacılık işlemleri sebe-

biyle bankanın zarara uğratıldığı ve davacının da ...denetim görevini yapmadığı ileri sürülerek...iş sözleşmesi feshedilmiştir...Öte yandan, şube müdürünün bankadaki işlemlerden birinci derecede sorumlu olduğu belirtildiği halde, aynı karar doğrultusunda şube müdürü hakkında ihtar cezası uygulandığı görülmektedir...adı geçen şahsın usulsüz işlemlerinden sorumluluk birinci derecede şube müdürüne ait olmalıdır. Nitekim bu husus müfettiş raporu ile disiplin kurulu kararında da belirtilmiştir. Buna rağmen şube müdürü, uyarı cezası ile cezalandırılmış ve olayda daha az sorumluluğu olan davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bu şekilde davalı işveren, işçiye karşı eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmıştır. Böyle olunca feshin haklı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.”⁵⁰

Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki bir diğer kararı uyarınca da “Ceza mahkemesi kararının gerekçesinde kavganın şahsi davacı N.S. tarafından başlatıldığı... tarafların karşılıklı olarak birbirlerini darp ettikleri anlaşılmaktadır...Ceza kararında olayı başlattığı kabul edilen N.S.'nin bu olay sebebiyle iş akdinin feshedilmediği ileri sürülmüştür. Davacının kaşını yaralama fiilini ika eden N.S.'nin hizmet akdi bu olay nedeniyle 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.”⁵¹

Görüldüğü gibi Yargıtay bu kararlarında kanımızca da isabetli olarak iş akitlerinin feshinde işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini kararlaştırmakta, hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmanın arayışı içinde olayın ayrıntılarına inmekte, adalet duygusunu zedeleyen işyerine asıl zarar veren yerine sorumluluğu sınırlı olanın veya kavgayı başlatarak yaralama fiilini işleyen yerine dokuz yıllık kıdemi olan işçinin sözleşmesinin feshedilmesini eşit davranma borcuna aykırı bulmaktadır.

Sadece ayırım yapma yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun da Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olduğu ve yine Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzenimizde ve bu arada iş ilişkilerinde de kişileri bağlayan bir ilke olduğu yukarıda görüldü. Ge-

nel anlamda eşit davranma borcu, Anayasa gereği tüm iş ilişkilerinde işverenin uyması gereken bir yükümlülük olduğuna göre iş akdinin feshi konusunda bu ilkenin dışında tutulması düşünülemez.⁵²

Nitekim Yüksek Mahkeme kanımıza göre ilke değeri taşıyan bir kararda yargıcın hükmünü verirken Anayasa ilkelerini ve adalet anlayışını daima göz önünde tutması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yargıtayın söz konusu kararına göre: “Bir olayın bütün özellikleri, yüksek bir adalet düşüncesi ve Anayasa'da anlatımını bulan temel ilkeler çerçevesinde göz önünde tutulup değerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında en adilini bulabilmek, söz konusu olamaz.”⁵³

O halde, yargı organı gerekirse iş akdinin feshinde olayın taşıdığı özelliklere inmek suretiyle bir adalet arayışı içine girecek, eşitlik ilkesi açısından değerlendirildiğinde işverence hakkaniyete aykırı bir uygulama yapıp yapılmadığını saptayacaktır. Çünkü daha önce belirtildiği gibi eşitlik ilkesinin temeli adalet ve hakkaniyet düşüncesidir.

İşveren her ne kadar eşit durumdaki işçilere eşit davranmak durumunda ise de olayın özelliğine göre eşit durumda olmayan işçiler arasında bir fark gözetmek zorunda kalabilir.⁵⁴ Yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi işveren belirli bir olayda sözleşmeyi işçinin davranışları nedeniyle haklı nedenle (veya süreli) feshedecekse ve işçilerden biri (veya birileri) açık olarak daha kusurlu (veya sorumlu) ise, daha az kusurlu olanın işten çıkarılması adalet ve hakkaniyet duygumuzu sarsacağı gibi eşitlik ilkesine de uygun düşmez.⁵⁵ Çünkü eşit durumda olmayanlara (farklı olanlara) farklı davranmak da eşitlik ilkesinin bir gereğidir.⁵⁶

Bununla beraber belirtelim ki, eğer işçiler davranışlarıyla haklı (veya geçerli) fesih nedeni yaratmışlarsa, bu davranışlarda bulunan işçilerin tümünün sözleşmelerinin yasaya uygun bir şekilde feshedilmesine bir engel yoktur. Burada sorun işverenin iş akitlerini feshederken eşitlik ilkesine aykırı olarak açık bir haksız tercih (seçim) yapmasından kaynaklanmaktadır.

Yukarıda işverenin işçilerin davranışlarına dayanarak derhal fesih hakkını kullanmasında eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiği hakkında söylenenler, süreli fesihler (İK 17, 18) konusunda da geçerlidir. İşveren işçilerin davranışlarına dayanan nedenlerle süreli fesih hakkını kul-

lanırken temelinde adalet ve hakkaniyet esası bulunan genel anlamda eşit işlem yapma borcuna uygun davranmak durumundadır.

d) İşletme Gereklere Dayanan Fesihlerde

Anayasa'nın 10. ve 11. maddesi gereğince tüm iş ilişkilerinde uygulanması gereken genel anlamda eşit davranma borcu kanımıza göre sadece iş akdinin işçilerin davranışları nedeniyle haklı nedenle veya süreli feshinde değil olayın özelliğine göre sözleşmenin işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri (İK 18/1) nedeniyle sona erdirilmesinde de uygulanabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi esasen ayırım yasağı hallerinde (İK 5, 18) iş akdinin feshinde eşitlik ilkesinin uygulanacağı kuşkusuzdur.

Ayırım yasağı hallerinden birini oluşturmasa da İş Kanunu'nun 18. maddesine göre süreli fesihte bulunan işveren genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ederse geçersiz fesih yapmış sayılır. Kanımıza göre, söz gelimi eşit verimle çalıştıkları halde işverenin kıdemsiz (örneğin altı aylık) bir işçinin değil de, kıdemli bir işçinin (örneğin yirmi yıllık) iş akdini feshetmesi eşit davranma borcuna aykırıdır. Bu, yukarıda görüldüğü gibi farklı durumda olanlara farklı davranmayı gerektiren eşitlik ilkesinin bir gereğidir.

Nitekim Yargıtay da işletme gereği olarak reorganizasyon nedeniyle yapılan süreli fesihlerde işten çıkarılan müdürün durumunun diğer müdürlerle karşılaştırılması gerektiğini belirtmek suretiyle eşit işlem yapma ilkesine uygun davranması zorunluluğunu hükme bağlamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre: "Yönetim kurulu kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle...yalnız davacının hizmet akdinin feshedildiği görülmüştür...Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile karşılaştırılarak tek davacı hakkında akdin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmalı, tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir."⁵⁷

e) Yapılan Feshin (Seçimin) İşverence Haklılaştırılması

Eşit davranma borcunu ihlal ettiği iddialarına karşı işveren yaptığı feshi ve sözleşmesi feshedilecek işçi(ler) konusundaki tercihini haklılaştırabilir.

Gerçekten fesihte ayırım yapılmasını haklı gösterecek birçok neden bulunabilir.⁵⁸ Böyle bir durum söz konusu olduğunda işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği söylenemeyecektir. İşletmede söz konusu işçiye duyulan ihtiyaç, geçmiş yıllardaki tutumu (sicili), verimliliği vb. haller işverence yapılan ayırımın haklı gerekçesini oluşturabilir.⁵⁹

İşveren örneğin haklı veya geçerli fesih nedeninin varlığına rağmen iki muhasebeciden birini, işletmenin mali işlerinde bilgi sahibi birinin teminindeki ya da yetiştirilmesindeki güçlük nedeniyle işten çıkarmayabilir. Bunun gibi, kusuruyla trafik kazalarına neden olan şoförlerden biri, daha önce kaza yapmamışsa veya diğerinden daha az disiplin cezası almışsa işten çıkarılmayabilir. Aynı şekilde, işletme gereği fesihlerde daha kıdemli işçinin işten çıkarılmasında, kıdemsiz işçinin daha verimli olduğu ispatlanabilir.

f) İş Akdinin Feshinde Sosyal Seçim, Objektif Kriter ve Eşitlik İlkesi

Hukukumuzda Yargıtay tarafından, herhangi bir yasal dayanak bulunmamasına karşın, ilk önce Alman Feshe Karşı Koruma Yasası'ndaki (§ 1/3) gibi bazı sosyal seçim⁶⁰ ölçütlerinin, daha sonra ise objektif kriterlerin iş akdinin feshinde dikkate alınması gerektiği kararlaştırılmaktadır. Yüksek Mahkeme sosyal seçim ölçütüne yer verdiği kararlarında işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasında karşılaştırma yapılması, işçiler arasında verimlilik, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıranın diğer deyişle sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁶¹

Yargıtayın daha sonra verdiği kararlarda sosyal seçim ölçütlerine rastlanmamakta, Yüksek Mahkeme'nin bu ölçütü terk ederek, bunun yerine "objektif kriterlere" göre seçim yükümlülüğü getirdiği gözlenmektedir. Ne var ki, Yüksek Mahkeme objektif kriterlerin neler olduğu konusunda bir bilgi vermemiş, bu konuda açıklama yapmamıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu yöndeki bir kararında örneğin şu görüşe yer vermiştir: "İş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanması için iş

sözleşmesi feshedilen avukatın objektif bir değerlendirme sonucunda seçilmiş olması gerekir... Bu nedenle, davalı dernekçe iş sözleşmesine bağlı avukatların tamamının işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmalı... bir kısmının iş sözleşmesi feshedilmiş ise davacının seçiminde objektif kriterlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı tespit edilerek sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir.⁶²

Öğretide bizim de katıldığımız çoğunluk görüşü tarafından “Sosyal seçim ölçütünün”, yasal dayanağının bulunmaması, içeriği ve koşulları belirsiz bir yükümlülük getirmesi, hukuki güven ve açıklık esasları ile bağdaşmaması, kriterler arasında önceliğin belirlenmemesi, işten çıkarılacak işçilerle işveren arasında değil, bu işçilerle işten çıkarılmayan işçiler arasında menfaat uyumsuzluğunu gündeme getirmesi, ispat yükümlülüğü sorunları yaratması gibi gerekçelerle iş akitlerinin feshinde göz önünde tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir.⁶³

Bununla beraber belirtelim ki, uygulamada da görüldüğü gibi, toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle işverence çıkarılacak işçilerin seçimine ilişkin ölçütler getirilmesine bir engel yoktur.

İşçilerden bir kısmının sözleşmesi feshedildiğinde, işveren zorunlu olarak bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. İş mevzuatımızda ne sosyal seçim, ne de objektif kriterler konusunda bir düzenleme yer aldığına göre işverenin seçim serbestisinin sınırını Anayasa’da ve İş Kanunu’nda pozitif dayanağı bulunan eşitlik ilkesi oluşturur. İşverenin geçerli bir süreli fesih için İK 18/1’de yer alan nedenler yanında son çare ilkesini uygulamaması ve eşitlik ilkesini ihlal etmemesi gerekir.⁶⁴

Esasen Alman hukukunda yasayla düzenlenmiş olan sosyal seçim yoluyla teknik anlamda eşit davranma ilkesinin uygulandığı kabul edilmektedir.⁶⁵ Diğer yandan, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde genel olarak bir değerlendirme yapıldığında, sosyal seçimin de amacı anayasal eşitlik ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bununla bağlantılı olarak işçinin korunması şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁶⁶

Eşitlik ilkesinin geniş kapsamı düşünüldüğünde işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçimi konusundaki serbestisinin çok geniş olmadığı anlaşılabilmektedir. Yukarıda görüldüğü gibi hukukumuzda eşitlik ilkesi geniş bir kavram olup hem ayırım ya-

saklarını (İK 5/1, 18/3, a, b, d), hem de bunun dışında kalan genel anlamda eşit davranma borcunu kapsar (AY 10). Genel anlamda eşit davranma borcu, sadece aynı durumda olanlara eşit davranılmasını değil, farklı durumda olanlara da farklı işlem yapılmasını gerektirir. Bu nedenle, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren haklı ve objektif nedenlerin varlığına karşın işverenin işten çıkarılacak işçilerin seçimini yaparken bu durumu göz önünde tutmaması eşit davranma borcunun ihlali ni oluşturur.

Bunun gibi, eşitlik ilkesinin en önemli uygulanma şekli olan ayırım yasağı geniş bir alan içinde işverenin işten çıkarmalarda seçim serbestisini sınırlar. İş Kanunu’nun 5. ve 18. maddesinin 3/a, b, d fıkraları uyarınca sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle iş akdinin feshi geçersizdir. Bu durumda, sadece hükümde sayılanlar değil, ayırım yasağı oluşturan “benzeri” nedenler de feshi geçersiz kıldığından, işveren fesih serbestisinin geniş bir biçimde sınırlandırıldığı görülmektedir.

İşyerinde işgücü fazlası doğuran geçerli bir fesih nedeni (İK 18/1) bulunsa bile, işverenin işten çıkarılacak işçileri seçerken yukarıda belirtilen ayırım yasağı hallerinden birini (veya benzerini) ihlal etmesi feshi geçersiz hale getirecektir.⁶⁷

Aynı şekilde, örneğin eşit verimle çalışmalarına karşın çok az kıdemi bulunan işçiler yerine uzun kıdemi olan işçileri veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olanlar varken bu aylığa hak kazanmasına az bir süre kalmış işçileri çıkaran işveren olayın özelliğine göre genel anlamda eşit davranma ilkesini ihlal etmiş olur.

Görüldüğü gibi, yapılan işten çıkarmanın temelinde herhangi bir ayırım yasağı veya adalet ve hakkaniyet ilkesine aykırı, objektif ve haklı olmayan diğer deyişle genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal eden bir işveren seçimi varsa geçersiz fesih söz konusudur. Yukarıda görüldüğü şekilde Yargıtay tarafından benimsenen, ancak içeriği açıklanmayan “objektif kriter” kavramını, işverence işten çıkarılacak işçilerin seçiminde hakkaniyet gereği objektif ve haklı olmayı gerekli kılan eşitlik ilkesine uygun davranmak olarak anlamak uygun olacaktır. Bugün Almanya’da da tartışma konusu

olan ve hukukumuzda yasal dayanaktan yoksun bulunan sosyal seçim ölçütü yerine objektif seçimi gerekli kılan anayasamızda ve mevzuatımızda düzenlenmiş eşitlik ilkesine başvurulması gerekir.

Hatırlatalım ki, daha önce görüldüğü gibi genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği iddiasına karşı işverenin işten çıkarılacak işçinin (işçilerin) seçimini objektif nedenlere dayanarak haklılaştırması mümkündür.

6. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranışın Yaptırımı

a) Genel Olarak İşçilerin Hakları

4857 sayılı İş Kanunu'nda 1475 sayılı Yasa'dan farklı olarak işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı düzenlenmiştir. Yasanın 5. maddesinin 6. fıkrası gereğince "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır."

İşverence eşit davranma borcunun ihlal edilmesi halinde işçi aşağıda ele alacağımız dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminatın (ayırıcılık tazminatı) dışında her şeyden önce yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. İşçi örneğin eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen veya eksik ödenen ücretini, ikramiyesini veya diğer sosyal yardımları isteyebilir.⁶⁸

Bundan başka, işçi ücretinin ödenmemesi nedeniyle İK 24/II, e uyarınca veya daha genel olarak işverenin eşit davranma borcu gereği yükümlü olduğu edimi ifa etmemesi nedeniyle İK 24/II, f fıkrasında yer verilen "çalışma şartlarının uygulanmaması" hükmüne dayanarak iş akdini derhal haklı nedenle feshedebilir.⁶⁹ Yargıtay ücretle ilgili bir kararında şu isabetli sonuca varmıştır: "Eşit işe eşit ücret prensibi gereği Ocak 2000 tarihinde uygulanan zam sonucu davacı ile aynı statüde bulunan modelist şeflerin ücretlerinin ne kadar olduğu belirlenmeli, ayrı kıdem ve aynı statüdeki işçilerden davacının daha az ücret almak konumunda kaldığı belirlenirse şimdiki gibi davacının akdi fesihle haklı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır."⁷⁰

İşveren mevcut ücret ve çalışma koşullarında eşitlik ilkesine aykırı olarak aleyhe esaslı değişiklik yaptığı takdirde işçi bunu kabul etmek zorunda olmadığından, değişiklik feshine ilişkin İK 22 hükümleri uygulanır. Bu durumda iş akdini kendisi feshetmez, daha lehine olan işverenin sözleşmeyi feshetmesine bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkar.⁷¹

b) Ayırıcılık Tazminatı

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında yurarda da belirtildiği gibi iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar⁷² ücreti tutarında bir ayırıcılık tazminatına hükmedileceği öngörülmüştür.⁷³ Yasada "iş ilişkisinden" söz edildiğine göre bu tazminatın talep edilebilmesi için mutlaka iş akdinin sona erdirilmesi gerekmez. İş ilişkisi devam ederken işverenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi halinde de söz konusu tazminat istenebilir. Buna karşılık daha önce görüldüğü gibi işe almada ayırım yapılması halinde bu tazminata hükmedilemeyeceğinden genel hükümleri (culpa in contrahendo) uygulamak gerekmektedir.

Yasanın gerekçesine göre ayırıcılık tazminatı için "esas olacak ücret 'asıl ücret' olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir." Ayırıcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olduğundan, tazminatın tutarı, olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayırıcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve konumuna, kıdemine uygun olarak yargıç tarafından belirlenecektir. Ayrıca, İK 5/6'da işverenin salt ayırım yapmama borcunu ihlal etmesi yaptırımı bağlandığından işçi bu tazminatı herhangi bir zararı olmasa da isteyebilir.⁷⁴ Öte yandan, kanımıza göre adı geçen hüküm nispi emredici nitelik taşıdığından söz konusu tazminatın toplu iş sözleşmeleri veya iş akitleri ile artırılmasına bir engel yoktur.⁷⁵

c) Ayırıcılık Tazminatının Diğer

Tazminatlar Karşısındaki Durumu

İşveren tarafından yapılan fesih temelinde bir ayırım yasağına dayanıyor veya genel anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturuyorsa, bu takdirde iş güvencesinin kapsamına giren işçiler bakımından geçersiz (haksız) feshin hüküm ve sonuçları doğar. İş güvencesinin kapsamına girmeyen iş-

çiler bakımından ise bu durum kural olarak bir fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturur.⁷⁶ Bu hukuka aykırı fesihlerden işçi lehine kötü niyet tazminatı (İK 17), iş güvencesi tazminatı (İK 21) ve sendikal tazminat (SK 31) gibi tazminatlar doğar. Buna karşılık İK 5/6'da ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayırmacılık tazminatı ödeneceği de öngörülmüştür. Bu durumda anılan tazminatların ayırmacılık tazminatı ile birlikte uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar.

Hemen belirtelim ki, İK 5/6'da bu konuda bir düzenleme getirilmiş, dört aya kadar ücret tutarında ayırmacılık tazminatı öngörüldükten sonra "2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır" kuralına yer verilmiştir. Bu açık hüküm karşısında yargı organı tarafından SK 31'de yer alan sendikal tazminatla ayırmacılık tazminatına birlikte hükmedilemez.⁷⁷ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önüne gelen bu konuyla ilgili bir olayda, sendikal tazminatın kabulüne ve eşit davranma borcuna aykırılıktan doğan tazminatın (ayırmacılık tazminatının) reddine dair yerel mahkeme hükmünü⁷⁸ onamıştır.⁷⁹

İş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçilerin iş akitlerini fesih hakkının işverence kötüye kullanıldığı durumlarda, kötü niyet tazminatı (İK 17/6) ile ayırmacılık tazminatının birlikte istenemeyeceği, ayırmacılığın kötü niyetin özel bir hali olması ve işverenin aynı davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği gerekçeleriyle öğretilmektedir.⁸⁰

İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasının yukarıda belirtilen son cümlesi Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerini saklı tutmuştur. Başka bir deyişle, ayırmacılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminatın talep edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden (karşıt kavramından) söz konusu tazminatın kötü niyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır.⁸¹

Ayrıca, İş Kanunu'nun 5. maddesinin, ayırmacı bir işlem ile karşı karşıya kalan işçiyi koruyucu amacı ile tereddüt halinde işçi lehine yorum ilkesi de bu yönde bir sonuca varmayı gerektirir. Aksi takdirde söz konusu işçiler karşı karşıya kaldıkları ağır haksızlığa karşı çok sınırlı haklarla yetinmek zorunda kalacaklardır.⁸² Örneğin işveren şikayette

bulunmuş veya aleyhine tanıklık yapmış iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerden sadece kadınları veya belirli bir siyasi görüşe sahip olanları işten çıkarırsa hem kötü niyetli, hem de ayırmacı nitelik taşıyan bir fesih yapmış olur. Bu durumda söz konusu işçilerin sadece (kıdemsiz işçiler için oldukça düşük olan) kötü niyet tazminatını alabileceklerini buna karşılık ayırmacılık tazminatını talep edemeyeceklerini savunmak, yasanın işverenin eşit davranma borcunun önlenmesi ve işçiyi koruyucu amacına ters düşer.

Öğretilen, ayırmacılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına da hükmedilemeyeceği görüşü, işverenin aynı davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile öne sürülmektedir.⁸³ Buna karşılık öğretildeki baskın görüş isabetli olarak her iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir.⁸⁴ Gerçekten, her şeyden önce yukarıda da belirtildiği üzere İK 5/6, ayırmacılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceği yönünde istisnai bir düzenleme getirmektedir. Bu hükmün karşıt kavramından ayırmacılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.

Bundan başka, söz konusu iki tazminatın amaçları da birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı, yapılan feshin geçersizliğinin yargı kararıyla saptanmış olmasına rağmen, işe başlamak üzere başvuran işçinin işverence işe başlatılmamasının yaptırımıdır. Buna karşılık ayırmacılık tazminatı, iş akdinin feshinde İK 5'de sayılan nedenlerle işverence ayırmacılık yapılması halinde işçinin talep edebileceği tazminattır. Burada yaptırıma tabi tutulan iş güvencesinden farklı olarak işverenin ayırmacılık oluşturan davranışdır. Bu nedenle, söz konusu iki tazminata aynı olayda bir arada hükmetmeye engel bir durum yoktur.⁸⁵

Örneğin cinsiyeti veya hamileliği nedeniyle iş akdinin sona erdirildiğini iddia eden iş güvencesine tabi bir işçi, feshin bu nedene dayandığının ispatlanmasına ve feshin geçersizliğinin tespit edilmesine karşın işverence işe başlatılmazsa iş güvencesi tazminatına hak kazanır (İK 18/3, d, 21/1). Ayrıca, fesih işçinin cinsiyeti veya hamileliği nedeniyle yapıldığından ayırmacılık tazminatı da talep edebilir. Hatta işveren işçiyi işe başlattığı için iş güvencesi tazminatı ödemesi de ayırmacılık tazminatı ödemek durumundadır.⁸⁶

d) İdari ve Cezai Yaptırımlar

İş Kanunu'nda ayırimcılık hallerine yalnız tazminat yaptırımını getirilmekle yetinilmemiş, anılan yasanın 99. maddesinde, 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan, Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi uyarınca "kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özgürlük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir."⁸⁷

7. İspat Yükü

İş Kanunu'na göre işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır (İK 5/son). Ancak bu konudaki ispat güçlüğünü göz önünde tutan yasa koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten İş Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrası gereğince "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

DİPNOTLAR

- 1 A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 10-11, 32 vd., 107-109. R. Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, 26-27. S. Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, 82. G.B. Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 32-33.
- 2 AYM, 7.6.1999, 10/22, Yıldız, 56.
- 3 K. D. Yenisey, Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, İHSGHD, 7, 2005, 976-977.
- 4 M. Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 190. Yıldız, 260.
- 5 Tuncay, Eşit Davranma, 24, 108 vd. Taşkent, 82. Öden, 146 vd., 150. Yıldız, 56-57, 65.
- 6 Söz konusu kararlar için bkz. Öden, 146 vd.
- 7 R. Seçkin'in 19.6.1969 tarihli ve 8/37 sayılı Anayasa Mahkemesi kararına koyduğu karşı oy yazısı, AMKD, s.7, 1978, 355 vd., 360 vd.
- 8 Öden, 129-130.

- 9 E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, B.2, Ankara 1992, 59. Tuncay, Eşit Davranma, 24-25. Öden, 146.
- 10 AYM, 27.1.1977, 43/4, AMKD, 15, 118. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Öden, 146, dn.78 ve 79.
- 11 İş ilişkisinde eşit davranma borcuna ve ayırım yasağına ilişkin ILO ve AB düzenlemeleri için bkz. Yıldız, 39 vd. A. N. Sözer, Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler, Sicil, Haziran 2006, 184 vd. A. C. Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007, 23-24. K. D. Yenisey, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı, ÇT, 11, 2006, 69-70. F. Başterzi, Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 2007/1, 107 vd. N. Süral, Avrupa Topluluğu'nun Çalışma Yaşamında Kadın-Erkek Eşitliğine Dair Düzenlemeleri ve Türkiye, Ankara 2002, 61 vd., 142 vd. Ayrıca Almanya'da Genel Eşit Davranma Yasası için bkz. H.Ergin, Almanya'da "Genel Eşit Davranma Yasası"nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 14, 2007, 636 vd.
- 12 Bkz. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 68. Yıldız, 64. N.Çelik, İş Hukuku Dersleri, B.20, İstanbul 2007, 178-179.
- 13 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 74-75. Başterzi, 106 vd. S. Süzek, Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, 2007, Henüz Yayımlanmamış Tebliğ, 22. E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 218-219.
- 14 Tuncay, Eşit Davranma, 25, 62 vd., 108 vd. Yıldız, 65, Taşkent, 82. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 66. B. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, 255-256. S.Süzek, İş Hukukunda Yorum, İnan Kıracı'ya Armağan, Ankara 1994, 235. D.Ulucan, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 192. H. Mollamahmutoglu, İş Hukuku, B.2, Ankara 2005, 432. Ş. Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, İzmir 2002, 101.
- 15 Y9HD, 11.09.1967, 8479/7519, Taşkent, 83. Tuncay, Eşit Davranma, 53. Aynı yönde, Y9HD, 26.09.1968, 9127/11140, A.B. Orhaner-S. Orhaner, Türk İş Hukukunda Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, 10-11.
- 16 Bu yöndeki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Öden, 126, dn.13.
- 17 Bu konuda bkz. Öden, 125-126. Tuncay, Eşit Davranma, 11, 23. H. Deschenaux Le titre préliminaire de code civil, T.II,1, Fribourg 1969, 107-18. B. Tanör-N. Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, B.6, İstanbul 2004, 92. S.Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B.2, Ankara 1983, 137 vd.
- 18 Bkz. Serozan, 26. Yıldız, 32-33. Çelik, İş Hukuku, 175. Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006, 143-144. N. Aktay-K. Arıcı-E. T. Kaplan, İş Hukuku, B.2, Ankara 2007, 158.
- 19 Bu koşullar hakkında geniş bilgi ve görüşler için bkz. Öden, 17-18. Tuncay, Eşit Davranma, 148 vd. Mollamahmutoglu, 433-434. N.Çelik, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklileri Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil, Aralık 2006, 5-6. K. Tunçomağ-T. Centel, İş Hukukunun Esasları, B.4, İstanbul 2005, 135. K.D. Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, 2, 2006, 61-62. M. Kılıçoğlu-K. Şenocak, İş Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2008, 143 vd. M. Alp, Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi, Karar İncelemesi,

- Y.K.İ, 3, 2007, 72-73. Özellikle söz konusu koşulların eleştirel bir değerlendirilmesi için bkz. Yıldız, 179 vd.
- 20 Çelik, İş Hukuku, 177. Öden, 25-26. Tuncay, Eşit Davranma, 5,23. Ulucan, Eşitlik İlkesi, 192. Mollamahmutoglu, 430. Sözer, 189. Yıldız, 65-66. Kılıçoğlu-Şenocak, 141. R.Wyler, Droit du Travail, Berne 2002, 567-569. J. Pölessier-A. Supiot-A. Jeammaud, Droit du Travail, öd.22, Paris 2004, 152. M. Ekonomi, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, 156-157. A. Güzel, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2005, Ankara 2007, 56-57. Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B.3, İzmir 1998, 248. F. Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, B.4, İzmir 2005, 120-121.
- 21 Y9HD, 4.3.1993, 1747/3559, İŞV., Haziran 1993, 17-18. Aynı yönde, Y9HD, 18.12.2002, 10289/24430, Çimento İşv., Mart 2003, 46. Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, ÇT, 1, 172-173.
- 22 Y9HD, 20.5.1985, 2546/5437, İŞV., Temmuz 1985, 17-19.
- 23 Bkz. Serozan, 25. Yenisey, Eşit Davranma, 996 vd., 1001 vd.
- 24 Serozan, 24.
- 25 AYM, 29.9.2004, 86/10, RG, 17.5.2006, S.26171, Yıldız, 56-57.
- 26 Taşkent, 83, dn.11. Mollamahmutoglu, 429-430. Yıldız, 57. Ertürk, Temel Haklar, 101. Ergin, 645.
- 27 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 145. Ertürk, Temel Haklar, 64-81. M. Rehbindler, Droit Suisse du Travail (Tr. B.Schneider), Berne 1979, 76. T. Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 140. K. Tunçomağ, İş Hukuku. C.I, B.4, İstanbul 1986, 254. Tuncay, Eşit Davranma ve orada yollama yapılan Alman iş hukuku öğretisine mensup yazarlar, 153-154.
- 28 F. Şahlanan, 4857 sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, 74.
- 29 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ş. Ertürk, Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, 145 vd.
- 30 Bkz. Demir, 121-122. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 67-68. Yıldız, 198. K.A. Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, 87. İsviçre hukuku açısından aynı yönde, Wyler, 556.
- 31 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 68.
- 32 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 145. Tuncay, İlke, 35. S.Süzek, İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 2005, 363.
- 33 İş akdinin devamı süresince din, dünya görüşü, özrürlük, yaşlılık, cinsel eğilim açısından eşit davranma ilkesi konusunda geniş bilgi için bkz. Sözer, 191 vd. Bu konuda Alman Genel Eşit Davranma Yasası hükümleri için bkz. Ergin, 659-661.
- 34 Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, İHSGHD, 3, 1075-1076. Y9HD, 8.4.2004, 18893/7996, İHSGHD, 5, 364-365. Y9HD, 5.4.2005, 9518/12140, İHSGHD, 8, 1746-1748. Y9HD, 1.11.2004, 8671/24558, Tekstil İşv., Mart 2005, 39.
- 35 Y9HD, 6.10.2003, 3501/16308, İHSGHD, 3, 1093/1094. Buna karşılık Yargıtayın şu kararına da bkz. Y9HD, 29.5.2003, 11173/23699, İHSGHD, 4, 1478-1480 ve bu kararların değerlendirilmesi, E.Özdemir, İHSGHD, 5, 252-263. Ö.Ekmeççi, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2003, Ankara 2005, 35-36. Yıldız, 214.
- 36 Y9HD, 9.3.2005, 3551/7831, Ş.Çil, İş Kanunu Şerhi, C.I, B.2, Ankara 2007, 349-351.
- 37 Y9HD, 13.6.2005, 18241/21007, İHSGHD, 8, 1682. Aynı yönde, Y9HD, 4.6.2001, 9131/9265, Yıldız, 214. Güzel, Değerlendirme 2005, 57-58.
- 38 Y9HD, 30.3.1973, 37337/8164 ve Kutal'ın incelemesi, İHU, SenK.19, N.1.
- 39 Wyler, 559. Tunçomağ, 255. Tuncay, Eşit Davranma, 170 vd., 203-204. Yenisey, Eşit Davranma, 997. Yıldız, 211-212.
- 40 Y9HD, 3.7.2007, 14473/21553, İHSGHD, 16, 1554-1556.
- 41 Ekonomi, İş Hukuku, 157 ve dn.324. İşverenin yönetim hakkının eşitlik ilkesi ile sınırlandırılması konusunda geniş bilgi için bkz. Taşkent, 82 vd. Yıldız, 207 vd.
- 42 Uluslararası alanda ve AB mevzuatında kadın erkek eşitliği ve ayırım yasağı konusunda geniş bilgi için bkz. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 42 vd., 57 vd., 85 vd.
- 43 İş ilişkisinin devamı sırasında cinsiyet nedeniyle ayırımcılık konusunda geniş bilgi için bkz. Yıldız, 89 vd., 198 vd., 263 vd. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, 167 vd.
- 44 Y9HD, 7.12.2006, 12851/32166, İHSGHD, 14, 709-710.
- 45 Çelik, İş Hukuku, 179. Mollamahmutoglu, 430 vd. Demir, 126-127. Aktay-Arıcı-Kaplan, 161. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 69. T. Centel, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, B.2, İstanbul 1994, 168. T.Dereli, Labour Law and Industrial Relations in Turkey, 2006, 117. E.Güven-U.Aydın, Bireysel İş Hukuku, B.2, Eskişehir 2007, 125.
- 46 Ekonomi, İş Hukuku, 157. Tuncay, Eşit Davranma, 213 vd. Yıldız, 257 vd. Ertürk, Temel Haklar, 113-115. Alp, Tanıtım Sorumlusu, 72-73. E. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, C.I, B.2, Ankara 2006, 292. M. Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul 2003, 112.
- 47 Yenisey, Fesihte Eşitlik, 61. Mollamahmutoglu, 430-431. Tuncay, İlke, 32. Yıldız, 174. vd.
- 48 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 366. Engin, 112. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 64. M. Ekonomi, Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, İş Kanunu Toplantı Dizisi, I, İstanbul 2005, 54. Kşz. Mollamahmutoglu, 431. İş akdinin feshinde cinsiyet nedeniyle ayırım yasağı konusunda geniş bilgi için ayrıca bkz. Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği. 185 vd.
- 49 Y9HD, 11.9.2006, 18576/21357, YKD, Ocak 2007, 65-68.
- 50 Y9HD, 1.2.2005, 7540/2732, İHSGHD, 7, 1366-1368.
- 51 Y9HD, 4.11.2004, 8413/24957 ve F. Uşan'ın incelemesi, İHSGHD, 8, 1624-1632. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 60 vd., özellikle 62-63. Yargıtayın aynı yöndeki diğer bir kararı için bkz. Y9HD, 25.4.2005, 11204/14365, İHSGHD, 7, 1307-1309 ve kararın incelenmesi, Yenisey, Fesihte Eşitlik, 60 vd.
- 52 Tuncay, Eşit Davranma, 210.
- 53 Y9HD, 9.4.1968, 691/4626, Orhaner, II, 191.
- 54 Taşkent, 83, dn.11.
- 55 Bkz. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 55. Yenisey, Fesihte Eşitlik, 62, 64-65. Yıldız, 260. O.G. Çankaya-C. İ. Günay-S. Gökaş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, 70.
- 56 Öden, 190. Yıldız, 260.
- 57 Y9HD, 11.12.2003, 20222/20604, İHSGHD, 2, 650-651.
- 58 Tuncay, Eşit Davranma, 214.

- 59 Bu konuda bkz. Tuncay, Eşit Davranma, 211, 213 vd. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Yıldız, 248. Yenisey, Fesih Eşitlik, 62, 64. Ertürk, Temel Haklar, 114-115. Alp, Tanıtım Sorumlusu, 72-73.
- 60 Alman, Fransız ve Hollanda hukuklarında sosyal seçim konusunda geniş bilgi için bkz. A.Güzel-E.Ertan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, İHSGHD, 16, 2007, 1223 vd., 1244 vd., 1265 vd.
- 61 Y9HD, 19.9.2005, 28125/2005, O.G. Çankaya-Ş.Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, 60-61. Y9HD, 3.4.2006, 4878/8253 ve kararın değerlendirilmesi, G. Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur? Karar İncelemesi, Sicil, 4, Aralık 2006, 95-105. Y9HD, 20.2.2006, 10807/13509, D. Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, İHSGHD, 14, 2007, 499-500. Y9HD, 13.3.2006, 2894/6224, ÇT, 10, 256-258. Yargıtay'ın görüşünde, Güzel-Ertan, 1275 vd., 1283 vd. Ulucan, Sosyal Seçim, 505 vd.
- 62 Y9HD, 2.10.2006, 17515/25658, M. Alp, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 2006, Henüz Yayımlanmamış Tebliğ, 28. Aynı yönde, Y9HD, 19.2.2007, 32546/4329, ÇT, 14, 221-223. Y9HD, 14.5.2007, 9579/14901, İHSGHD, 16, 1573/1574. Y9HD, 4.12.2006, 23819/31666, ÇT, 13, 219-221. Y9HD, 11.12.2006, 24963/32630, ÇT, 13, 198-199.
- 63 Bu gerekçeler konusunda geniş bilgi için bkz. Çelik, Eşit Davranma, 6-7, 10 vd. Süzek, İş Hukukunun Geleceği, 24. Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Alp, Değerlendirme 2006, 29. Yıldız, 244 vd. Alpagut, Sosyal Seçim, 104-105. E. Birben, İşletme Gereklere Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, DEÜHFD, 2006, S.2, s.24. M.O.Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 260-261. Aksi görüşte, Güzel-Ertan, 1275 vd., 1283 vd. Ulucan, Sosyal Seçim, 505 vd.
- 64 Ulucan, Sosyal Seçim, 505. Çelik, Eşit Davranma, 8,10. Birben, 24.
- 65 Engin, 112.
- 66 Alpagut, Sosyal Seçim, 104.
- 67 Ekonomi, Sözleşmenin Feshi, 54. Ulucan, Sosyal Seçim, 505. Engin, 112. Alp, Değerlendirme 2006, 31.
- 68 Eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen ücret konusunda bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 6.10.2003, 3501/16308, İHSGHD, Temmuz-Eylül, 2004, 1093-1094. İşverenin eşit davranma borcu ile ilgili olarak bir şeyi yapmaya zorlanıp zorlanamayacağı konusunda bkz. Yıldız, 321-322.
- 69 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 76. Narmanlıoğlu, 249. Tuncay, İlke, 37. Yıldız, 327.
- 70 Y9HD, 18.2.2003, 13208/1836, ÇT, 1, 172-173. Aynı yönde, Y9HD, 1.11.2004, 8671/24558, Yıldız, 327.
- 71 Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 368. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 76.
- 72 Ayırıcılık tazminatının işçinin dört aya kadar ücreti ile sınırlanmasının Avrupa Birliği normlarına aykırı olduğu ve yapılacak değişiklikle üst sınırın kaldırılması gerektiği konusunda bkz. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 77. Yıldız, 328-330.
- 73 Ayırıcılık tazminatının sadece İK 5 ve 18'de yer alan ayırım yasağı hallerinde değil, yasadaki boşluk doldurulmak suretiyle işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda da uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Yıldız, 329.
- 74 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 368. Mollamahmutoğlu, 441-442. Tuncay, İlke, 36. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 77. Yıldız, 329.
- 75 Tuncay, İlke, 36. Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 368. Çankaya-Günay-Göktaş, 55. Çil, Şerh, 321.
- 76 Bununla beraber bkz. Yıldız, 331 vd.
- 77 Mollamahmutoğlu, 442-443. Tuncay, İlke, 36. Çankaya-Günay-Göktaş, 56-57. Sözer, 190. Yıldız, 341. N.Çelik, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, İHSGHD, 14, 2007, 490. Ş.Çil, Sendikal Tazminat, Karar İncelemesi, İHSGHD, 6, 2005, 675-676. Bununla beraber, SK 31/6'da yer alan işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında tazminatın bir sendikal tazminat olmayıp artırılmış bir iş güvencesi tazminatı olduğu, bu nedenle ayırıcılık tazminatı ile birlikte istenebileceği görüşü için bkz. Çil, Sendikal Tazminat, 677.
- 78 Uşak İş Mah., 698/245.
- 79 Y9HD, 11.1.2005, 12988/477, Çil, Sendikal Tazminat, 675-676.
- 80 Çelik, Tazminatlar, 489. Demir, 123. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 80. Çankaya-Günay-Göktaş, 57.
- 81 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, 368. Mollamahmutoğlu, 442. Yıldız, 331 vd.
- 82 Yıldız, 331 vd. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 80.
- 83 Çankaya-Günay-Göktaş, 57-58. Çelik, Tazminatlar, 493. Tuncay, İlke, 36-37. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y9HD, 6.6.2007, 30630/18174 ÇT, 15, 217-218.
- 84 Mollamahmutoğlu, 442. Süzek, İş Hukuku, 2.Bası, 268. Demir, 123-125. Çil, Sendikal Tazminat, 676-677. Güven-Aydın, 124-125. Yenisey, Eşitlik İlkesi, 78-79. Yıldız, 335-337. G. Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, 326.
- 85 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 78. Yıldız, 335-337.
- 86 Yenisey, Eşitlik İlkesi, 79.
- 87 Cezai yaptırımlar konusunda geniş bilgi için bkz. Yıldız, 343 vd.