

Prof. Dr. Erol AKI

Emekli Öğretim Üyesi

# İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları - İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/32183  
**Karar No** : 2009/7045  
**Tarihi** : 29.05.2008

### DAVA

Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, izin fazla çalışma ücreti, bayram ve genel tatil ücreti ve ikramiye alacaklarının ödetilmesine karşı davacı ise uğranılan zararın tazminine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, asıl davanın kısmen kabulüne karşı davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş. Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

**1.** Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

**2.** Davacı işçi işverence haksız olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacı ve arkadaşlarının yasal olmayan ücret artışı isteğinde bulduklarını, işverence olumsuz karşılanması üzerine 1.8.2005 tarihinde işyerine gelerek işe giriş kartlarını bastıkları halde makineleri çalıştırmadıkları ve iş başı yapmadıkları, aynı gün 18.00'e kadar çalışmadıklarını ve işyerinden ayrıldıklarını savunmuş ve isteklerin reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı ve diğer bir kısım işçilerin yasa dışı olarak grev yaptıkları ve ey-

leminin sabit olduğu kararda açıklanmış, ancak işverenin aynı eylem içinde olan 6 işçiyi yeniden işe almış olması sebebiyle feshin haklı olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili süresi içinde temyiz etmiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil, korunmasına hizmet eder.

Eşitlik ilkesi ise en temel anlamda Anayasanın 10. ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede “Herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise “Ücrette Adalet Sağlanması” şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağ-

men eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 25.7.2008 gün 2008/27310 E., 2008/22095 K.).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli – kısa süreli işçi ile belirli süreli – belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır. İşverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim, vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım ya-

sağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/III. maddede sayılan hallerin sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebeplere ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Öte yandan, İş Kanunu'nun 5. maddesi Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve mah-

kemenin de kabul ettiği üzere topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. Davacı işverence anılan eylem sebebiyle fesih haklı bir nedene dayanmaktadır. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder. Başka bir anlatımla işe başvuranlar arasında cinsiyet ve gebeliğe bağlı olarak ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, davacının temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır (Yargıtay 8.10.2007 gün 2007/2577 E., 2007/29505 K.).

Böyle olunca eyleme katılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.03.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay'a intikal eden davanın konusu; işten çıkarılan davacı işçinin işçilikten doğan alacaklarının davalı işverenden tahsilini talep etmesine karşılık, davalı işverenin de haklı nedenle işten çıkardığını savunduğu davacının davasının reddi ve davacının işyerindeki direnişe katılarak verdiği zararın davacı işçiden tahsilini istemesi hakkındadır.

### İşverenin Eşit Davranma (Eşit İşlem Yapma) Borcu

Adalet fikrinin çekirdeği olan eşitlik ilkesi,

aslında bir doğal hukuk ilkesidir. Hukukun son amacı adalet olup, adaletin ilk hedefi eşitliği, eşit haklara sahip olmayı sağlamaktır. O halde adalet, bir tür eşit davranmadır. Eşit davranma borcu ise, eşitlik ilkesinin iş hukukunda ortaya çıkış biçimidir. Nitekim iş hukukunun bu ilkesi, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında keyfi olarak ayırım yapmasını yasaklar<sup>1</sup>.

Yargıtay kararında; davacı işçi ile davalı işveren arasındaki uyuşmazlık; "işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır" şeklinde belirtilmiştir. İş hukukunda işverenin işçilerine karşı "Eşit Davranma Bor-

cu”, gerek kamu gerekse özel hukukta geçerli olan “Eşit Davranma İlkesi”nin, karma nitelikli bir hukuk dalı olan iş hukukundaki ifadesidir. Buna göre işverenin, bireysel iş ilişkilerinde işçilerine karşı keyfi olarak farklı davranmayacak ve aynı konumdaki işçilerine, farklı davranmayı haklı gösterecek objektif bir nedeni yoksa, ayırım yapmayacak, onlara eşit ve adil davranması gerekecektir.

Ancak eşit davranma ilkesi genel olarak herkes için söz konusu iken, işverenin eşit davranma borcu, öncelikle işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin kurulu bulunmasını gerektirmektedir. Bu anlamda iş ilişkisinde ve özellikle işverenin yönetim hakkını kullanmasında veya iş sözleşmesini sona erdirilmesinde eşit davranma borcundan; işyerine yeni işçi alımında ise kural olarak eşit işlem borcundan değil fakat akit yapma (sözleşme) özgürlüğünden söz edilmektedir<sup>2</sup>.

nun 45/1. maddesi hükmünü uygulayarak davacı da dahil olmak üzere direnişe katılan işçilerin iş sözleşmelerini ihbarsız ve tazminatsız feshetmiştir. İşverenin fesih kararı ve uygulaması hem yukarıda belirtilen yasanın hükmüne dayanmakta, hem de direnişçi işçiler arasında ayırım yapmadan, direniş yapılması kararına katılan, direniş yapılmasını teşvik eden, fiilen direnişe katılan veya işçileri böyle bir direnişe katılmaya veya devamı teşvik eden herkesi işten çıkardığı var sayıldığında, iş sözleşmelerinin feshedilmesinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Eşitlik ilkesi hukukumuzda başta Anayasa'nın 10 ve 55. maddelerine, Medeni Kanunumuzun “Dürüstlük İlkesi” ile ilgili 2. maddesine ve “İyiniyet İlkesi” ile ilgili 3. maddesine dayanmakta; özel olarak da iş hukuku ile ilgisi yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5., 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31.,

## Adalet fikrinin çekirdeği olan eşitlik ilkesi, aslında bir doğal hukuk ilkesidir. Hukukun son amacı adalet olup, adaletin ilk hedefi eşitliği, eşit haklara sahip olmayı sağlamaktır.

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre, davacı işçinin işyerinde çalışan diğer işçilerle birlikte ücretlerine zam yapılmasını işverenden istemeleri ve bu isteklerinin kabul edilmemesi üzerine 01.08.2005 günü işyerine gelip kart basarak içeriye girmelerine rağmen makineleri çalıştırmamaları ve çalışmamakta direnmeleri üzerine davalı taraf tüm çalışanların iş sözleşmelerini 2822 sayılı Kanunun 45/1. maddesi uyarınca ihbarsız ve tazminatsız feshetmiştir.

İşçilerin işyerine gelerek işbaşı yapmalarına rağmen iş sözleşmesinin konusu olan işlerini yapmayı durdurmalarına literatürde “oturma grevi, uyarı grevi vb.” isimler verilmektedir<sup>3</sup>. Bu tür işçi direnişlerine hukukumuzda, 2822 sayılı TSGLK'nın 25/3. maddesine göre kanun dışı grevin yaptırımları uygulanır.

Nitekim davalı işveren de 2822 sayılı Kanu-

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddelerine dayanmaktadır.

Eşitlik sözcüğü bir durumu, eşit davranma ise bir eylemi ifade eder. Adalet de bir tür eşit davranmadır. Nitekim adalet fikri eşit davranma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Eşitsizliğe düşmemek için yerine göre bazen dağıtıcı adalet, bazen de denkleştirici adalete uygun hareket etmek gerekmektedir. Dağıtıcı adalet söz konusu olduğunda, insanlar eşitseler eşit, farklı iseler farklı pay alırlar. Denkleştirici adalette ise, yasalarla kurulan bir eşitliğin bozulması halinde durumun denge haline dönüştürülmesi söz konusudur.

Eşitlik ilkesinin işçi ve işveren ilişkilerindeki önemi, aynı durumdaki işçiler arasında iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde adaletli davranılması, eşit durumdaki işçiler arasında fark yaratılmaması konusunda kendini göstermektedir.

## İşçilerin İşe Alınmalarında İşten Çıkarılmalarında Eşitlik

İşverenin işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili 48. maddesine dayanmaktadır. Aslında bu ilke işverene, işçileri işe alırken ve işten çıkarırken sözleşme serbestisi içinde seçim (tercih) yapma olanağı vermektedir. Ancak (ileride görüleceği gibi) işçinin işe ilk kez girmesiyle yeniden işe alınması arasında bazı farklar söz konusu olabilmektedir. İşverenin "eşit davranma borcu ne zaman ve kime karşı" diye sorulduğunda; yukarıda değinildiği üzere, işverenin eşit davranma borcunun varlığı için, öncelikle bir işyerinde işçilerle işveren arasında iş ilişkisinin kurulmuş olmasına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Şu halde, ilk kez işe alınacak olan işçi ile işveren arasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir. Kural olarak işveren işyerine işçi alırken, Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi uyarınca hangi işçi daha çok işine yarayacaksa onu işe almakta serbest olacaktır. Buna rağmen işverenin bu yetkisi, Anayasa'ya aykırı olmamak, 48. maddede yer alan temel hakkın özüne dokunmamak kaydı ile ve kanunla sınırlanabilmektedir. Anayasa'nın 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Nitekim 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine göre; "İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmele-

**İşverenin işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili 48. maddesine dayanmaktadır. Bu ilke işverene, işçileri işe alırken ve işten çıkarırken sözleşme serbestisi içinde seçim (tercih) yapma olanağı vermektedir.**

ri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz./ Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz".

İşçilerin yeniden işe alınmalarında işverenin bu serbestisi, 4857 sayılı İş Kanunu ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile daha da sınırlandırılmaktadır. İş Kanunu'nun geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları ile ilgili 21; toplu işçi çıkarma ile ilgili 29; özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu ile ilgili 30; askerlik ve kandan doğan çalışma ile ilgili 31; Sendikalar Kanunu'nun işçi sendikası ve konfederasyonu yöneticiliğinin teminatı ile ilgili 29. maddeleri, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlayan ve ona bazı durumdaki işçileri yeniden işe alma veya diğer bazı durumdaki işçilerle (İş K. m. 30) ilk kez sözleşme yapma mecburiyeti getiren örneklerdir. Dikkat edilecek olursa bu hallerde işveren istemese de durumları anılan kanun maddelerine uygun düşen işçileri işe almak zorunda kalmaktadır. İşverenin ikinci kez işe almak zorunda kaldığı işçilerle arasında daha önce yapılmış bir iş sözleşmesi varken bu sözleşme bazı nedenlerle sona ermiştir. Yani işe alınacak olan işçi işverenin eski işçisidir.

## İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Bir Kısmının Tekrar İşe Alınmaları

Yargıtay kararından anlaşıldığına göre davalı işveren direnişçi işçileri işten çıkardıktan bir süre sonra bunların içinden 6 işçiyi yeniden işe alarak çalıştırmaya başlamıştır. İşverenin işten çıkardığı işçilerin tamamını değil de bir kısmını tekrar işe alması acaba eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder mi? Eşit davranma borcundan söz edebilmek için işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin varlığı gerektiğine göre, işverenin işten çıkardığı işçileri yeniden işe alırken eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ileri sürmek kural olarak mümkün olmayacaktır.

Bu durum çeşitli ihtimalleri akla getirmektedir. Acaba işveren, bu 6 işçiyi, kendi serbest iradeleri dışında, diğer işçilerin baskısıyla ve istemeyerek eyleme katılmak zorunda kaldık-

ları için mi tekrar işe almıştır? Yoksa bu işçiler, işyerinin diğer işçilerini yasa dışı eylemin yapılmasına, böyle bir harekete katılmaya ya da devamla teşvik eden işçileri ihbar ettikleri için affı edilmişlerdir? İşveren yasa dışı işçi eylemini fırsat bilerek, herkesi işten çıkarıp ardından işine yarayan elemanlarını işe almak suretiyle işe yaramayan işçileri tasfiye mi etmiştir? Bu hususları karardan anlamak mümkün değildir.

Ancak Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, “Demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”. Sosyal hukuk devleti ilkesi, kuvvetli karşısında zayıf olanın korunması esasını da içerdiğine göre, özellikle iş hukuku bakımından çalışma ve sözleşme hürriyeti, ayırım yapma yasağı ve eşit davranma ilkesiyle sınırlandırılmış bir özgürlüğü ifade etmektedir. Sosyal hukuk devletinin iş mevzuatı ve işçi işveren ilişkilerinde denge kurmaya çalışırken, sermaye karşısında zayıf olan emeğin korunması esnasından ayrılmaması gerekir.

ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” hükmüne yer vermiştir. İş ilişkisi, bilindiği üzere geniş bir kavram olup, iş sözleşmesinin kurulmasından önceki hazırlık dönemi de dahil olmak üzere işçi ve işveren arasında sözleşmenin sona ermesine kadar geçen bir süreyi kapsamaktadır. Ayrıca ayırım yasağı, bu maddede sayılan örnekler ile sınırlı olmayıp, bunlara benzer diğer sebeplerle de ayırım yapılamayacağı aynı madde içinde belirtilmiştir.

Medeni Kanun’un 2. maddesine göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Sonuç olarak işverenin, iş sözleşmesinin yapılmasında ve sona ermesinde yalnızca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5/3. maddesi ile bağlı olduğunu, bu madde dışında kalan durumlarda istediği gibi davranmaya hakkı olduğunu var saymak, iş hukukunun zayıf koruma mantığı ile bağdaşmadığı gibi

## İlk kez işe alınacak olan işçi ile işveren arasında henüz hukuki ilişki kurulmamış olduğundan, işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir.

Süzek’in bizim de katıldığımız kanaatine göre “Anayasamızın 10’uncu maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür.”<sup>5</sup> Anayasa’nın 11. maddesine göre; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”. Çalışma ve sözleşme yapma, Anayasamızın 48. maddesinde gerek çalıştıran, gerekse çalışan açısından bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasamızın 49. maddesine göre çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

İş Kanunu’nun eşit davranma ilkesiyle ilgili 5. maddesi, daha ilk fıkrasında eşitlikle ilgili genel prensibe yer vererek, “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din

bazı istenmeyen uygulamalara da yol açabilme tehlikesini taşımaktadır.

Dava konusu olayda işveren, yasa dışı grev ve katıldıkları gerekçesiyle, eyleme katılan işçilerin iş sözleşmelerini ihbarsız ve tazminatsız olarak feshederek, bir yandan bu şekilde işten çıkardığı işçilere ihbar ve kıdem tazminatı ödemekten kurtulmuş, öte yandan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları yolunu da kapamış olmaktadır. Fesih işlemlerinin arkasından işten çıkardığı bu işçilerden bir kısmını ile yeniden iş sözleşmesi yaparak onları işe almakla, aslında işten çıkardığı işçilere ihtiyacı olduğunu göstermiş olmaktadır. Nihayet işveren ücretlerini az bulan ve bu nedenle işverene karşı çıkan işçilerden kurtularak aynı zamanda bu tür davranışlara özenen işçilere de ders vermiş olmaktadır.

Eğer davacı işçi, kendisinin eyleme katılmadığını veya işverenin iyi niyete aykırı ve kasıtlı

davranışı ile işçileri böyle bir direnişe yönlendirdiğini ya da başka bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koysaydı o zaman işveren de işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken seçiminin keyfi olmadığını, objektif açıdan haklı bir nedene dayandığını, işçiler arasında ayrımcılık yapmadığını kanıtlaması gerekecekti (İş K. m. 5/son).

İşveren, süresi içinde davacı aleyhine karşı dava açarak, davacının davasının reddini ve iş bırakma eylemi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Yeniden işe aldığı direnişçi işçilerden her halde iş bırakarak sebebiyet verdikleri zararı talep etmeyecektir. Çünkü direnişçi işçilerden bir kısmını işe alarak onları bir anlamda af etmiş, işçilerin yaptıkları eylemin iş sözleşmesinin ihbarsız ve tazminatsız feshi konusunda haklı bir neden teşkil etmediğini ortaya koymuştur.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin 28.04.1982 tarihli bir kararına atıf yapan Yenisey, "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 sayılabilir." demektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle işverenin, aynı direniş olayına katılan işçileri önce işten çıkarıp daha sonra bir kısmını tekrar işe almasının arkasında yatan nedenlerin araştırılması gerekmektedir.

Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, işverenin örneğin işyerinde kavga eden işçileri önce işten çıkarıp sonra bunlardan bazılarını tekrar işe alması ile dava konusu olay arasında yakın bir benzerlik bulunmaktadır. Her iki durumda da işveren fesihten sonra işten çıkardığı işçilerden bazılarını işe alma konusunda iyi niyetle bağdaşmayan bir şekilde davranmış ve işyerinin direnişe katılan işçileri arasında ayrımcılık yapmış, bazı işçileri korurken diğerlerini cezalandırmıştır.

Buna benzer başka bir olay da iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesini taşımaktadır. Örneğin, bir işletme yeniden yapılanma gerekçesiyle işletmesel karar alıp, bu kararın uygulamaya konulması sonunda işçi fazlalığı oluştuğunu ileri sürerek önce fazlalık oluşturan

işçileri işten çıkarmıştır. Daha sonra işten çıkarıldığı ve yıllarca hiç ara vermeden belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırdığı bu işçilerden bir kısmını mevsimlik veya geçici işçi adı altında tekrar işe alıp çalıştırmaya başlamıştır. Böylece işveren çıkardığı işçilerin yerine yeni işçi almış olmamaktadır. Çünkü işe aldığı işçiler yeni olmayıp, işletmenin eski işçileridir. İşe alınan bu işçiler belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile sürekli çalıştırılmak için değil fakat mevsimlik veya geçici işçi sıfatı ile işe alınmışlardır. Bu nedenle işyerinde bu işçiler için yeni kadro açılmasına gerek görülmediği ileri sürülmüştür.

Yargıtay incelediğimiz kararında, aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddedilmiş ve davacının temyizi üzerine mahkeme kararının Yargıtay'ca onanmış olduğundan söz edilmiştir. Ancak bilindiği üzere her dava ve verilen karar, görülen davanın kendi koşulları içinde bütünlük arz eder. Aynı olaya bağlı olarak bir işçinin açmış olduğu davanın reddedilmiş olması, aynı olay dolayısıyla başka bir işçinin açtığı davanın da mutlaka reddi gerektiğini göstermez.

## SONUÇ

İş sözleşmesinin uygulanmasında ve işe son vermede işverenin eşit işlem borcuna uygun davranması gerektiği konusunda gerek doktrin gerekse Yargı içtihatlarında herhangi bir duraksama söz konusu olmamakla birlikte, işçilerin ilk kez işe alınmalarında işverenin eşit işlem borcundan söz etmek elbette mümkün değildir. Bu durumda işveren Anayasa'nın 48. maddesinin kendisine tanıdığı sözleşme yapma özgürlüğünü kullanma hak ve yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak, dava konusu olayda olduğu gibi bazı durumlarda işverenin eşit işlem borcu ile eşit davranma ilkesi birbiriyle yarışmaktadır.

Meseleye somut olay açısından bakıldığında işveren işyerinde direniş yapan işçilerin tümünü işten çıkarmış ise, eşit işlem borcuna uygun davranmış olmaktadır. Eğer direniş yapan işçilerin bir kısmını işten çıkarırken diğer bir kısmını işten çıkarmamış olsaydı, eşit işlem borcuna aykırı davranmış olacaktı. Ancak iş-

veren böyle yapmamıştır. Önce tümünü işten çıkarmış, arkasından önce işten çıkarmış olduğu işçilerden bir kısmını yeniden işe almıştır. Her ne şekilde olursa olsun işveren işyerinde kanuna aykırı olarak işe gelip de çalışmayan işçilerden bir kısmını önce işten çıkarıp sonra tekrar işe almakla, direnişçi işçiler arasında ayırım yapmıştır.

Her ne kadar işyerine işçi alımlarında, işe alınması düşünülen işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi olmadığı için işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyecek ise de, dava konusu olayda işverenin direnişe katılan işçiler arasında bir kısmını çıkarıp diğer bir kısmını işe almakla genel olarak eşitlik ilkesine aykırı davrandığını ve işçiler arasında ayırım yaptığını kabul etmemiz gerekmektedir.

Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5/son maddesine göre işverenin işçiler arasında ayırım yaptığını ve eşitlik ilkesine aykırı davrandığını iddia ve ispat etme yükümü işçiye düşmektedir. Hatta bu hususun ispatındaki güçlüğü göz önünde tutan yasa koyucu, işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde ispat yükü el değiştirmekte, işverenin de böyle bir ihlalin mevcut olmadığını, somut olay açısından işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken seçiminin keyfi olmadığını, objektif açıdan haklı bir nedene dayandığını, işçiler arasında ayrımcılık yapmadığını kanıtlamakla yükümlü olmaktadır.

Yargıtay'ın incelediğimiz kararında, "aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlamına gelmez" denilmekle; iş sözleşmesi feshedilmiş bir işçinin sonra işe alınırken henüz işçi işveren ilişkisi kurulmamış olduğu bir sırada işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyeceği ifade edilmek istenmiş ise buna bir itirazın olmaması gerekir. Ancak işverenin işten çıkardığı işçilerden bir kısmını tekrar işe alırken, aynı durumdaki işçiler arasında ayırım yapmamış olduğunu ve işçiler arasında eşit davrandığını kabul etmek kanımızca mümkün değildir.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz. A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 5.
- 2 Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002, s. 63 vd.; Sarper Süzek, Sicil D., 2008/12, s. 27.
- 3 Kemal Oğuzman, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1984, s. 246; Ünal Narmanlıoğlu, Grev, Ankara 1990, s. 66 vd.; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2006, s. 339.
- 4 Tuncay, s. 154.
- 5 Bkz. Sicil D. 2008/12, s. 25.
- 6 Kübra Doğan Yenisey, Sicil D., 2008/6, s. 64.