

İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Öz

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası belgelerde, mevzuatımızın çeşitli hükümlerinde ve nispeten yeni olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda düzenlenmektedir. Mutlak nitelik taşıyan "ayrımcılık yasağı" ile genel anlamda "eşit davranma yükümlülüğü" birbirinden ayırt edilmelidir. Ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması dâhil her aşamada uyulması gereken bir esasken, eşitlik ilkesi, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde değişik ölçülerde dikkate alınabilmektedir.

Bu ilkelerin özellikle işe son verme bakımından daha yakından incelenmesine ihtiyaç vardır; zira bu aşamada farklı unsurların devreye girmesi sonucu daha nüanslı yaklaşılacağı görülmektedir.

Sonuçta, haklı ve geçerli nedenlere dayanarak yapılan feshlerde, özellikle de toplu eylemlerde eşit işlem yükümlülüğüne ne ölçüde uymak gerektiği üzerinde durularak, bu konuda içtihadımızdaki bazı örneklerden hareket ederek, hukukî yaptırımlarıyla birlikte bir sentez ve değerlendirme yapılmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, eşit işlem borcu, toplu eylemler, haklı fesih, geçerli fesih.

The Principle of Equal Treatment and Non-Discrimination in Labour Relations

Abstract

International conventions, as well as the Turkish legislation have brought provisions on equal treatment and non-discrimination, and in particular the recent Law on the Turkish Human Rights and Equality Institution. A distinction is to be made between the principles of "non-discrimination" and "equal treatment". The prohibition of discrimination is to be complied at the beginning, duration and ending of employment; whereas equal treatment concerns relations during employment and in a certain measure the termination of employment.

The duty of equal treatment has then to be examined more closely in cases of termination for just or valid causes, where some distinctions are to be made.

The main issue is to define at which extent the employer has to comply with the principle of equal treatment when dismissals are due to just or valid causes, and especially for those having participated in a collective action. An assessment and synthesis of some recent court decisions and the legal consequences conclude this study.

Keywords:

Equality principle, prohibition of discrimination, obligation of equal treatment, collective actions, termination for just cause, termination of employment with a valid reason.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı
melda.sur@deu.edu.tr

Giriş

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hukukun genel ilkelerinden olup, Cumhuriyetimizin temel değerlerinden birini de teşkil eder. Bu ilke aynı zamanda işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır ve dolayısıyla "işverenin eşit işlem borcu" olarak da ele alınır.

Bu kısa incelemede¹ ilk önce bazı uluslararası kaynaklar zikredilerek, mevzuatımızda yer alan başlıca hükümler ve nispeten yeni olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun bazı özelliklerine değinilecek; daha sonra, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki farka işaret edilecektir (I). Eşitlik ilkesinin iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesinde, özellikle de işe son verme bakımından daha yakından incelenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. İctihadımızdan örneklerden de hareket ederek, bu aşamada farklı unsurların devreye girmesi sonucu daha nüanslı yaklaşılabileceği görülecektir (II).

Sonuçta, haklı ve geçerli fesih nedenlerine dayalı fesihlerde eşit işlem yükümlülüğüne ne ölçüde uymak gerektiği üzerinde durulmalıdır. Bu yükümlülüğün ihlâli durumunda uygulanacak hukukî yaptırımlarla birlikte bir sentez ve değerlendirmeye ulaşmaya çalışılacaktır (III).

I- Eşitlik İlkesine İlişkin Bazı Hükümler ve Ayrımlar

A- Uluslararası Belgeler

Çeşitli uluslararası sözleşmelerde ayrımcılık yasağına yer verilmektedir. Örneğin, Türkiye'nin de tarafı olduğu *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, m.14; *Uluslararası Çalışma Örgütü 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi*; *B.M. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*, m.2/1; *B.M. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*, m.2/2, bunlardan bazılarıdır².

1 Bu çalışma, 26-27 Mayıs 2017 tarihlerinde İzmir Barosunda düzenlenen "İzmir Barosu İş Hukuku Günleri 6" Sempozyumunda sunulan aynı başlıklı tebliğimin makale hâline dönüştürülmüş metnidir.

2 Bu Sözleşmelerde yasaklanan ayrımcılık hâlleri sınırlayıcı bir şekilde sayılmış değildir.

"Ayrımcılık Yasağı" başlıklı AİHS m.14 uyarınca: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapılmadan sağlanır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık yasağı bağımsız bir ilke olmayıp, bu Sözleşme'de ve ek protokollerde korunan bir hakka ilişkin olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Divanına yapılan başvurularda diğer hak ve özgürlüklerle birlikte pek çok durumda eşitlik ilkesinin de ihlâl edildiği öne sürülmektedir³. Bununla birlikte, AİHS m.14'deki ayrımcılık yasağının ihlâl edilmiş sayılması için ilgili hakkın da ihlâl edilmiş olmasına gerek görülmemeye, bu sıfatla ayrımcılık yasağının kendisi de özerk bir kapsama sahip kabul edilmektedir⁴.

AİHS'nin bizzat ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 Numaralı Ek Protokolünü ise Türkiye henüz onaylamamıştır. 12 Numaralı Ek Protokolün ana hükmü şöyledir: "Madde 1- Genel ayrımcılık yasağı "1. Yasayla düzenlenen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır. "2. Hiç kimse, herhangi bir kamu makamı tarafından paragraf 1'de belirtilen herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulmayacaktır."

Uluslararası Çalışma Örgütü ise ayrımcılık yasağını çalışanların temel hakları arasında kabul ederek, ayrı ve daha sıkı bir denetim mekanizmasına tâbi tutmaktadır⁵.

3 Bu ilişki konumuz itibarıyla sendikal haklara ilişkin birçok davada irdelenmiştir. Örneğin: Belçika Ulusal Polis Sendikası Davası 27.10.1975; İsveç Lokomotif Sürücüler Davası, 6.2.1976; Schmidt ve Dahlström/İsveç, 6.2.1976. Bkz. SUR, Melda: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995, s.28-33.

4 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Gen. 9. Baskı, Ankara 2011, s.400-404, No. 717; TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.524.

5 Uluslararası Çalışma Örgütü'nün *Çalışmada Temel İlke ve Haklar Bildirisi*, 1998 - Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et

Nihayet, bilindiği üzere, Anayasamız taraf olduğumuz temel haklara ilişkin andlaşma hükümlerine kanun hükmüne nazaran üstünlük tanımaktadır (Anayasa m.90/son fıkra).

B- Mevzuatımızda Yer Alan Bazı Hükümler

Uluslararası sözleşmelerden başka, ulusal mevzuatımızda da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verilmektedir.

1- Anayasa

a) Anayasamızın “Başlangıç” hükümlerinde, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (...)” belirtilerek, eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır.

b) Anayasa m.10’daki “X. Kanun önünde eşitlik” başlıklı hüküm şöyledir:

“Madde 10 – 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. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (*)”

(*) 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle

son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée 15 juin 2010). www.ilo.org/.../---ed.../---declaration/.../wcms_467654

bu fıkraya “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiş; bu ibare Anayasa Mahkemesi’nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Bu hüküm hem devlet organlarını hem de özel kişilerin aralarındaki ilişkileri ilgilendirir, “dikey” ve “yatay” etkiye sahiptir. Aynı zamanda, 10. maddenin hem ayrımcılık yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu da güvenceye aldığı kabul edilir⁶. Sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlandırılmış değildir; “ve benzeri sebeplerle” denilerek ayrımcılığa neden olabilecek başka hususlara da yer bırakılmıştır.

2- TCK m.122 “Nefret ve Ayrımcılık”

Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bir suçu tanımlayıp cezaya bağlayan bu hükümde doğal olarak sınırlayıcı bir sayım ve anlatım söz konusudur. Burada 2014 değişikliğiyle kapsam daraltılarak ayrımcılığın suç teşkil edebilmesi için “nefret nedenine” dayanması aranmıştır.

3- İş Kanunu m.5: Eşit Davranma İlkesi

“MADDE 5. - İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi

6 Bkz. SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yen. 12. Baskı, İstanbul 2016, s.494. Ayrıca bkz. TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.24, s.108 vd.; YILDIZ, Gaye Burcu: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, I, İstanbul 2010, s.837-876, s.839-841.

düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

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

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 Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranışını 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.”

Bu maddenin ayrımcılık yasağına ilişkin olduğu ve genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü içermediği, öğretimizde belirtilmiştir⁷. Yargı içtihadı ise farklı yönde gelişmiştir ve ileride örnekleri verilecek kararlardan da anlaşılacağı üzere bu madde genel eşit davranma yükümlülüğünü de kapsar şekilde anlaşılmaktadır.

İş Kanunu m.99/a hükmü uyarınca, ayrıca İş Kanununun “5inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya iş-

veren vekillerine bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası” idarî para cezası verilir.

4- Sendikal Haklar

a) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25: Sendika Özgürlüğünün Güvencesi

“MADDE 25 – (1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin

⁷ SÜZEK, s.495; YILDIZ, s.841. Bkz ayrıca: DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, s.63-96, s.66-69.

sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”

Bu maddenin daha önce 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ve 5. fıkrasında yer alan “18” ibareleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti⁸.

b) TCK m.118'deki Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

Ceza Kanunumuz, sendika özgürlüğünü daha da güçlendirecek şekilde bir suç öngörerek, hapis cezaları getirmektedir:

“(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

c) Sendikaların Faaliyetlerinden Yararlandırmada Ayrımcılık Yasağı

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun kuruluşların faaliyetlerine ilişkin m.26'nın 3 fıkrasına göre de, “kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlandırmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.”

5- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, geniş kapsamı, getirdiği tanımlar ve kurumsal

yönü bakımından ayrı incelenecek boyuttur⁹. Bu Yasadaki ayrımcılık yasağı kapsamına girebilmek için herhangi bir sıfatla çalışmak yeterli olup, bu çalışmanın İş Kanunu kapsamında olması gerekmediği gibi, her türlü iş görme sözleşmesi, staj, kamu kurumunda çalışma ve serbest meslek icrası, Kanunun uygulama alanına girmektedir (m.6).

a) Ayrımcılık Hâlleri

aa) Genel Olarak

6701 sayılı Kanunun “Eşitlik ilkesi” başlıklı m.3/2 fıkrasında da yasaklanan ayrımcılık türleri yer almaktadır: “Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır”. Bu metinde “yaş” ayrımcılığının da yer aldığı görülmektedir¹⁰. Buna karşılık ayrımcılık temellerinin sayımı sınırlayıcıdır. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi raporlarında mevzuatımızda sayılan ayırım nedenleri arasında bazı eksikliklere de işaret edilmektedir¹¹. Buradaki sayımda “ve benzeri sebepler” ifadesi bulunmaması haklı eleştirilere neden olacak niteliktedir.

6701 sayılı Kanun m.4'de şöyle bir açıklık da yer almaktadır: “(2) Eşit muamele ilkesine uyulması

9 6701 sayılı Kanun, 6.4.2016, RG 20.4.2016, S. 29690. Geniş bilgi için bkz. özellikle: Zehra ODYAKMAZ - Bayram KESKİN - Yusuf DENİZ: 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerinde Bir Değerlendirme, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl: 2016 Sayı: 71 <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ndergi/article/view/5000194712>>; SÜZEK, s.515-517; SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Ed. Kübra Doğan Yenisey - Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017, s.257-287.

10 Yaş ayrımcılığı hakkında son gelişmeler için bkz. örneğin: KAYA, Gözde: EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECJ Case Law, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.17, S.1, s.79-117; ÜNAL, Canan: Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 2017, s.312-377, s.316-317.

11 Bkz. örneğin: Rapport de l'ECRI sur la Turquie, cinquième cycle de monitoring, adopté le 29 juin 2016, publié le 4 octobre 2016, Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance - European Commission against Racism and Intolerance, CRI (2016)37, Conseil de l'Europe, s.9-19, Par. 1-27.

8 A.M. 22.10.2014, 2013-1/161, RG 11.11.2015, S. 29529.

veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder.”

Eşit işlem yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı, dernek, vakıf, sendika, siyasî parti ve meslek örgütleri bakımından da yer almaktadır (m.5/4).

bb) Çalışma Alanında Ayrımcılık Yasağı

6701 sayılı Kanunun uygulama alanı geniş olup, İş Kanunundan başka diğer “her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır (m.6/5):

“İstihdam ve serbest meslek

“MADDE 6- (1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

(2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

(3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

(4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

(5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.

(6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.”

“Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller

“MADDE 7- (1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.

ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.

e) Dernek, vakıf, sendika, siyasî parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.

f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.

g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”

b- Kurumsal Yönden

aa) Tedbir alma yükümlülüğü (m.3/3-4)

Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (4. fıkra).

Tedbir alma yükümlülüğü, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını da ilgilendirir: Bu kurumlar ihlalin sona ermesi, sonuçların giderilmesi, tekrarin önlenmesi, adli ve idarî yönden takibin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (m.3/3).

Engellilere ilişkin tedbirlere özel bir yer ayrılmıştır.

bb) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, idarî ve

malî özerkliğe sahip, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz , “Başbakanlıkla ilişkili” bir kurumdur (m.8)¹².

Karar organı olan *Kurul*'un geniş kapsamlı görevleri, kısaca şöyledir (m.9):

- İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini resen incelemek, karara bağlamak, sonuçlarını takip etme görev ve yetkileri mevcuttur. Kurumun idarî para cezası verme yetkisi vardır (m.25). Burada ayrımcılığa maruz kaldığını öne süren kişi için ispat kolaylığı da öngörülmektedir ve “kuvvetli emareleri” ve “karine oluşturan olguları” ortaya koyması hâlinde ispat yükü yer değiştirecektir (m.21).

Kurulun diğer bazı görevleri ise kısaca şunlardır:

- Mağdur olduğu iddiasında bulunanın başvurusu üzerine yol göstermek, yardımcı olmak (...),
- Cumhurbaşkanı, TBMM, Başbakanlık'a raporlar sunmak,
- Uluslararası denetim mekanizmalarında görüş bildirmek.

c- Bazı Ayrımlar

Eşitlik ilkesinin temelleri muhtelifdir ve esas itibariyle adalet ve hakkaniyet düşüncelerine dayandığı söylenebilir¹³. Bu alanda bazı kavramları birbirinden ayırt etmek de gereklidir: Bir yanda genel anlamda “eşitlik ilkesi” (principe d'égalité),

diğer yanda ise daha spesifik ve dar kapsamlı olan “ayırım yasağı” veya “ayrımcılık yasağı” (principe de non-discrimination) ele alınmalıdır.

1. Genel Anlamda Eşitlik İlkesi ve Eşit İşlem Borcu

Genel anlamda eşit davranma borcu (nispî ayırım yasağı), benzer durumdakilere haklı bir neden olmaksızın farklı muamele yapılmaması, keyfi davranılmaması, bazı kimselere ayrıcalık tanınmaması anlamına gelir. İşveren, haklı ve makul nedenler olmadan aynı durumdaki işçilere farklı işlem yapmakla yükümlüdür. İşverenin işçilerine eşit işlem yapma borcu başlıca temelini objektif dürüstlük kuralında (MK m.2) bulabilir.

Bazı durumlar ise (işçinin nitelikleri, performansı, işletme gerekleri vs...) farklı işlem yapılmasını haklı ve hatta gerekli kılabilmektedir¹⁴. Ancak benzer durumda, benzer nitelikteki işçiler arasında eşit davranılması beklenir. Anayasa Mahkemesince de belirtildiği üzere, “ ... Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunmayı (dikey eşitlik) da gerektirir”¹⁵. Ancak bu durumda farklı uygulamayı gerekli kılan nedenler de somut olaya göre ortaya konulabilmelidir. Bu nedenler arasında, işçinin kıdemi, eğitimi, çalışkanlığı, liyakati, verimi yer almaktadır.

İş K m.5'nin genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemediği ve sadece ayırım yasağını ele aldığı, öğretimizde belirtilmiştir; zira anılan maddede, 2. fıkra dışında, sadece ayırım yasağı hallerinden söz edilmektedir¹⁶. Böyle olunca da genel ayırım yasağının yaptırımı bu maddedeki tazminat olamayacaktır. Bununla birlikte işverenin genel anlamda eşit davranma borcu altında olduğu söylenebilir. Zira eşitlik esası, hukukun bir genel ilkesidir ve Anayasamızın 10. maddesi itibariyle genel

12 Bu Kurul hakkındaki düzenleme, özellikle m.10'da öngörülen oluşumu yönünden (11 üyeden dokuzu Bakanlar Kurulu, üçü de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir) yeterli bir bağımsızlığın sağlanmadığına işaret edilerek eleştirilmiştir. Bkz. yuk zikredilen *ECRI Türkiye Raporu*, s.18-19, par. 26-27. Bununla birlikte, adaylar belirli nitelikleri haiz kişiler olmalıdır (m.10/4). “Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrafta aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve meslekî kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının gösterdiği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenir.” (m.10/2).

13 Bu konuda bkz. özellikle: TUNCAY, s.32-119.

14 HGK, 23.12.2009, 485/598: “Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir.” www.legalbank.net.

15 Anayasa Mahkemesi, 29.9.2004 esas, 2004/86-2004/110 sayılı kararı, RG 17.5.2006, S. 26171.

16 SÜZEK, s.495; YILDIZ, s.841.

anlamıyla kabul edilmektedir. Mahkemelerimizin görüşü de bu yöndedir ve işin devamı ve işe son verme aşamasında da eşit davranma ilkesine aykırı hareket edilmesinin İş K m.5'deki yaptırımı gerekli kılacağına çeşitli kararlarda işaret edilmektedir¹⁷. Diğer taraftan, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı uygulamalarda bulunmasının işçi için bir haklı fesih sebebi olduğu da kabul edilmektedir¹⁸.

Yukarıda değinilen eşit davranma ilkesinin nispi niteliği önemli bir husustur: Bazen farklı olana farklı işlem yapılması da eşitlik ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkabilir. Buna karşılık, aşağıda görülecek mutlak ayırım yasakları (ayrımcılık yasağı) çerçevesinde farklı işlem yapılması hukuken kabul görebilir nedenlerle meşrulaştırılması çok daha zordur¹⁹.

2- Ayırmıcılık Yasağı (Mutlak Ayırım Yasağı)

a) *Ayırmıcılık yasağı*, yasanın cevaz vermediği belirli birtakım nedenlere dayalı olarak farklı işlem yapılamamasını ifade eder. Ayırmıcılık yasağı, bizzat kendisi bir temel hak ve özgürlüktür; aynı zamanda da diğer haklardan yararlanabilmenin bir ön şartıdır. Bu nedendir ki birçok aykırılık iddiasında ve Avrupa İnsan Hakları Divanı kararında AİHS m.14'deki "ayrımcılık yasağı"nın da (interdiction de discrimination) ihlâl edildiği saptanmaktadır.

Mutlak ayırım yasakları muhtelif düzenlemelerde bazı farklılıklar da gösterebilir, fakat özünde benzer nitelikte ortak bir çekirdeğe de sahiptir. Örneğin, Anayasa m.10'da "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler" denilmek suretiyle bu sebepleri genişletme olanağı vardır. Örneğin, yaş ve cinsel tercih de cevaz verilmeyen ayrımcılık nedenleri arasında mütalaa edilebilir²⁰. Aynı şekilde İş K m.5 hükümleri

de benzer bir ibareyi içirdiğinden, kapsamı genişletme olanağı vardır. 6701 sayılı Kanunda ise sayım sınırlıdır.

TCK m.122'de ise daha spesifik bir ayrımcılığın ele alındığı dikkat çekmektedir: "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle..." denilerek, suçun kapsamı daraltılmış bulunmaktadır²¹.

b) Mutlak ayırım yasaklarının ihlalinin *hukukî sonuçları* hakkında görüş birliği olduğu söylenebilir ve bunlar ağır olacaktır. Özellikle de iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde yapılan ayrımcılık sonucu İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatına (veya sendikal ayırım hâlinde STİSK m.25'deki sendikal tazminata), İş K m.99/a'daki idarî para cezasına ve ayrıca fesih halinde feshin haksızlığına veya geçersizliğine hükmetmek gerekecektir.

II. Çeşitli Aşamalarda ve İşe Son Vermede Eşit İşlem Borcu

A- Genel Olarak

1- Eşit İşlem Borcunun Kapsamı ve Yaptırımları

Eşit davranma yükümlülüğü ve ayırım yasağı işverenin çeşitli aşamalarda uyması gereken esaslardır. Bununla birlikte genel anlamda eşit işlem borcunun yoğunluğunun bu aşamalar itibarıyla farklılaştığını söyleyebiliriz.

a) *İşe alınmada*, genel olarak işverenin takdir serbestisi vardır. Bazı hükümlerle ise ayrımcılık yasaklanmıştır. Özellikle İş K m.5/3'de (cinsiyet ve gebelik) STİSK m.25/1'de (sendikal üyelik) ve 5378 sayılı *Engelliler Hakkında Kanun m. 14/2 ve 3, TCK m.122/1'de* (dil, ırk, vd.) ve 6701 sayılı Kanun m.6 (cinsiyet, ırk, renk, vd.) *ayırmıcılık yasaklarını* düzenlemektedir.

nedenlerine de yer verilmiştir. Öğretimizde haklı olarak işaret edildiği üzere bu nedenler "benzeri" haller arasında sayılabilir ve İş K m.5 kapsamında yer aldıkları kabul edilebilir (SÜZEK, s.503).

21 Bu değişiklik 2.3.2014 ta. 6529 sayılı Yasayla getirilmiştir.

17 Örneğin: 9.HD, 10.4.2006, 7385/9027, ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.335-336; bkz. ayrıca: TAŞKENT, Savaş: İş Kanunu, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2017, s.195-196.

18 Örneğin: 9. HD, 24.3.2011, 7079/8486, www.legalbank.net.

19 Bu konuda bkz. özellikle: DOĞAN YENİSEY, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, s.66-68.

20 AB 2000/78 sayılı *İstihdam ve İşte Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Çerçeve Yönergesinde* bu ayırım

İş K m.5/6'daki ayrımcılık tazminatı ancak "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" yapılan farklı işlemler hâlinde uygulanır. Dolayısıyla iş sözleşmesi yapılırken uğranılan ayrımcılıkta ancak Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre "culpa in contrahendo"ya dayalı tazminat talep edilebilecektir.

b) *İş ilişkisi kurulduktan sonra*, bu ilişkinin devamı süresince işverenin eşit işlem borcu daha geniş ve yoğun bir içerik kazanır. Artık sadece ayrımcılık yasağı değil, aynı zamanda genel anlamda eşit davranma yükümlülüğüne uymak gerekir. İşveren yönetim hakkının kullanırken, ücrette, diğer çalışma koşullarında ve disiplin hükümlerini uygularken keyfi davranmaktan kaçınmak zorundadır. Kanun kadın-erkek eşitliği üzerinde özellikle durmaktadır (İş K m.5/1, 3-5).

İş K m.5 uyarınca işçi kendisine yapılan ayrımdan dolayı:

- Yoksun bırakıldığı hakları talep edebilir;
- İşçi için haklı fesih nedeni ortaya çıkar;
- İşçi bu maddede öngörülen tazminata hak kazanır (4 aya kadar ücreti tutarında tazminat). Burada mutlak anlamda ayrımcılık yasağı ihlal edilmese bile, yani spesifik olarak yasaklanan bir neden olmaksızın farklı davranılan işçiye de İş K m.5/6'daki ayrımcılık tazminatının ödeneceği, öğretimizde savunulmaktadır. Bu görüşe göre, burada bir kanun boşluğu olup, bu boşluk genel eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülen tazminatla doldurulmalıdır²². Mahkemelerimiz de, ileride verilecek örneklerden de anlaşıldığı üzere, bu anlayışı benimsemektedir.
- İş K m.99/a uyarınca, bu Kanunun "5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için" bir idarî para cezası verilir.

c) *Fesih hâlinde*, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin varlığı fesih işleminin "haksız" veya "geçersiz" sayılmasını gerektirir. Bu aşamada genel anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı bakımından ise farklı görüşler mevcuttur; ancak eşit işlem borcunun tüm yönleriyle işe son vermede de uyulacak bir esas olduğu, görülecek bazı kararlardan da anlaşılacağı üzere yargı organlarımızca paylaşılan yaklaşımdır.

Genel anlamda eşit işlem borcuna aykırılığa hükmedilmesi hâlinde, bu konuda görüş birliği olmamakla birlikte, feshin haksız olduğuna veya geçersizliğine hükmedilmesi²³ de söz konusudur ve ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerekecektir. Sendikal nedenle fesih hâlinde işçi sendikacılık tazminatına hak kazanır (STİSK m.25).

İş Kanununun 5. maddesine aykırılık hâlinde idarî para cezaları da öngörülmüştür (m.99/a).

2- İspat Yükü

a) "Eşit davranma ilkesi"ne dair İş Kanununun 5. maddesinde ispat özel olarak düzenlenmektedir (son fıkra): "20nci 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."

b) Sendikal nedenlere dayalı fesihlerde de ispat yükü işçide olmakla birlikte, gene bu yük kısmen hafifletilmiştir (STİSK m.25/7):

"(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren

22 YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit Davranma Borcu, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, Ankara 2010, s.287-381, s.360; BAYSAL, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İSGHD, 2010, S. 25, s.60-99, s.76.

23 Bu görüşte, özellikle: CENTEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, Sicil, S.39, Yıl 2016, s.9-16, s.16.

davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.”

Böylece fesih hâlinde ilk ispat işverene ait olup, işveren “feshin nedenini”; İş K m.20’deki iş güven-cesi hükümleri çerçevesinde de “geçerli bir sebebe dayandığını” ispat edecektir. Bu ispat getirildikten sonra işçi ayrımcılığı olağan ispat kurallarına göre ispatla yükümlü olacaktır.

c) 6701 sayılı Kanunun “İspat yükü” başlıklı 21. maddesi uyarınca ise: “(1) Münhasıran ayrımcılık ya-sağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurular-da, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık ya-sağının ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.” Burada ayrımcılığın ispatı göreceli olarak kolaylaştırılmıştır.

B- İşe Son Vermelerde Ayrım Yasağı

1. Genel Olarak

İşçinin işine son verilmesi bakımından mutlak ayrım yasaklarına uyulacağında şüphe yoktur. Mutlak bir ayrım yasağının ihlali olmadığı takdirde ise, farklı görüşler ve bazı duraksamalar mevcuttur.

Öğretimizde güçlü bir görüşe göre, eşit işlem borcuna iş sözleşmesinin feshinde de uyulmalıdır²⁴. Zira zaten işçinin en çok korunmaya muhtaç olduğu hâl işten çıkarılma hâlidir. Ancak, fesihte ayrımın yapılmasını haklı gösterecek birçok nedenin de olabileceği kabul edilerek bu görüşe bir nüans da getirilmektedir²⁵. Yargı kararlarında ise görülecek genel eğilim, iş sözleşmesinin feshinde de eşit işlem borcuna uymak gerektiği yönündedir.

Buna karşılık, iş sözleşmesinin feshinde “kural olarak” eşit davranma borcunun olmadığı²⁶ veya

“son derece sınırlı biçimde” uygulanacağı²⁷ görüşü de güçlü bir şekilde temsil edilmektedir. İşe son vermede kural olarak eşit işlem borcunun bulunmadığı yönündeki görüşün temel dayanağı, işverenin fesih yoluna gitmesinde birçok etkenin rol oynamasıdır²⁸. Gerçekten de, fesihte doğası gereği ayrım yapılmasını haklı gösteren birçok neden bulunabilir. Bunlar arasında, işin yürümesi için bazı işçilerin çalışmaya devam etmeleri ihtiyacı, işin sürekliliği açısından bazı kadrolara aynı vasıfta işçi bulma zorluğu, işçinin geçmişteki tutumu gibi türlü nedenler yer alabilmektedir²⁹.

Kanımızca bu görüşler aslında birbirinden pek de uzak değildir; zira eşit işlem borcunu fesih aşamasında da arayan birinci görüşte bile özel durumların ve işletme gereklerinin işverenin işlemini haklı kılacağı kabul edilmektedir. Eşit davranma borcunun kural olarak aranmayacağı yönündeki görüşlerde de işverenin keyfi veya kötüniyetli bir şekilde davranmaması gerektiği belirtilmektedir.

Genel eşit işlem ilkesinin ihlali hâlinde meydana gelecek hukukî sonuçlarda gene bazı yaklaşımlar farklılıkları olabilmektedir: Bu durumda fesih işlemin geçersizliğine hükmedilmesi ve/veya ayrımcılık tazminatıyla yetinilmesi gündeme gelmektedir.

İş sözleşmesine son verme hâlleri değişik durumlara göre ayırt edilebilir:

24 Bu yönde, özellikle: EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Basi, İstanbul 1984, s.157-158; TUNÇAY, s.213; SÜZEK, s.504-507; YILDIZ, s.858-861.

25 TUNÇAY, s. 213-216; SÜZEK, s.507; YILDIZ, s.860-864.

26 TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, s.146; ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen–CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, Yen. 29. Basi, İstanbul 2016, s.332-333.

27 DOĞAN YENİSEY, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S.11, s.69; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.61; ALPAGUT, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2007, s.94-95; ALPAGUT, Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. II, s. 878.

28 TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.146; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.332-333.

29 Bu konuda bkz. TUNÇAY, s.208-209 ve orada atıf yapılan Alman öğretisi mensupları, özellikle, HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Band I, 7. Aufl., 1963, s.428-429; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, Band I, 3. Aufl., 1961, s.510-511. Bkz. ayrıca: DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.64.

- İşletme gerekleriyle yapılan işçi çıkarmalar;
- Haklı veya geçerli fesih sebeplerinin bireysel düzeyde ortaya çıkması;
- Toplu eylemlerde çok sayıda işçinin bir yasa dışı eyleme katılması.

Yukarıdaki durumlarda işverenin yönetim hakkının eşit işlem yükümlülüğüyle ne ölçüde sınırlanabileceği, önemli bir konudur.

2- İşletme Gereklerine Dayalı Fesihler

İşletme gereklerine dayalı işçi çıkarmalarda işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işverenin keyfi davranamayacağı kabul edilmektedir³⁰. Bu tür fesihlerde eğer işveren birtakım kriterlere uyacağını bildirmişse, bunlara uymakla yükümlü olur. Diğer taraftan, yapılan bir toplu iş sözleşmesinde de bazı ölçütler işten çıkarılacakların sırasını belirlemişse, buna uymak gerekecektir. Herhangi bir kriterin önceden belirlenmemiş olması hâlinde dahi “işveren bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin, emekliliği gelenlerin veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tâbi tutulmalıdır”³¹. Her halükârda ayrımcılık yasaklarına uymak da zorunludur.

Ayrımcılık yapılmaması gereken hâllerden birisi, kadın işçinin analık hâlidir. Aşağıda örnek olarak verilen olayda ekonomik nedenle işten çıkarılanlar arasında hamile işçi de yer almıştı. Davada ayrımcılık tazminatı da talep edildiğinden, kararın gerekçesinde bu yön üzerinde durulmakta ve eşitlik ilkesi de açıklanmaktadır. Ayrıntılı gerekçenin bazı bölümleri şöyledir:

“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep 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 tesisine hizmet eder.” (...)

“4857 Sayılı İş Kanununun 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, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.” (...)

“4857 Sayılı İş Kanununun 5. ve 18/III. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır”.

Somut olayda davalı işveren tarafından ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek davacı ile birlikte 10 işçi işten çıkartılmıştı. Davacı yapılan feshin hamileliği ile ilgili olduğunu açıkça ortaya koyamadığı için, davacı lehine “eşit davranmama tazminatı”na hükmedilmesi hatalı bulunmuştur (9. HD, 19.10.2010, E. 2010/802 K. 2010/29784)³².

3- Bireysel Davranışlara Dayalı Haklı Nedenle Fesihler

Haklı veya geçerli bir fesih nedeni varsa, bu davranışlarda veya konumda bulunan işçilerden sadece bir veya bir kaçının işine son verilebilir mi? Öğretimizin kısmına göre, işverenin yapacağı fesih de eşit işlem borcuna uygun olmalıdır. Bu gibi davranışlarda veya konumda bulunan birden fazla işçi arasından işveren işten çıkarılacak işçilerin seçimini hakkaniyete dayandırmak gerekir³³. Yargı kararlarımızda da, haklı veya geçerli fesih nedeninin işçinin bireysel eyleminden kaynaklandığı hâllerde, benzer davranışta bulunan işçilerin aynı işleme tâbi tutulup tutulmadıkları incelenmekte ve buna göre sonuca varılmaktadır:

30 SÜZEK, s.506; 9.HD, 11.12.2003, 20222/20604, Legal İHD, S.2, s.650-651; 9.HD, 23.3.2009, 34202/7718, Çalışma ve Toplum, 2009/3, S.22, s.246.

31 9.HD, 6.7.2009, 17950/19553, Legal İSGHD, 2009, S.23, s.1108-1114.

32 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

33 SÜZEK, s.504.

a) Uzun Süreli ve Tekrarlanan Raporlar Nedeniyle Fesih

Feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin bir davada, işçinin belirtilen dönemde 300 gün rapor aldığı ve ardi ardına raporlar almaya devam ettiği görülmektedir. Rapor alan başka işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmediğinden söz edilerek eşitlik ilkesine uyulmadığı yönündeki iddia ve değerlendirme ise doğru bulunmamıştır. Yargıtay'ın işaret ettiği üzere, diğer işçilerin davacıyla aynı durumda olmadıkları, durumları karşılaştırma konusu edilen diğer işçilerin raporlarının aynı dönemlere rastlamadığı ve sürelerinin göreceli olarak daha kısa olduğu anlaşılmaktadır. Sonuçta davacının sık sık rapor alması sebebiyle iş sözleşmesinin *feshinin haklı bir nedene dayandığı* kabul edilmiştir (22. HD, 21.10.2011, E. 2011/1041 K. 2011/3192)³⁴.

b) İki İşçi Arasında Tartışma ve Kavga Nedeniyle Fesih

İşyerinde yaşanan bir kavgaya dayalı olarak işçilerden birisinin akdinin feshedilmesinin haksız fesih niteliği taşıdığı iddiasına karşı, Yargıtay'a göre, olay günü meydana gelen *kavgaya kimin sebebiyet verdiği belirlenmeden ve kavgaya karışan diğer işçinin de kusurlu olup olmadığı yargılama sonucu açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme ve araştırmayla sonuca gidilmesi hatalı bulunmuştur*. Yapılacak iş, tarafların gösterdiği tanıkların çağrılıp dinlenmesi, kavgaya kimin sebebiyet verdiği ve diğer işçinin kusurlu olup olmadığının açıklığa kavuşturulması, işverenin eşit davranma borcuna uygun işlem yapıp yapmadığı belirlenerek oluşacak sonuç uyarınca karar verilmesidir (22. HD, 3.10.2011, E. 2011/447 K. 2011/1829).

Bir diğer olayda ise, yapılan tespite göre *ilk olarak tartışmayı başlatanın işyerindeki diğer işçi olduğu ve bu işçinin iş akdinin feshedilmediği anlaşılmaktadır*. Yargıtayın bu kararında belirtildiği üzere, "işverence davacının iş akdinin sona ermesine karşın olayı başlatan ve davacıya küfreden işçinin sözleşmesinin feshedilmemesi davalı işveren açısından *eşit işlem borcuna aykırılık oluşturur*".

rur". "Dairemizin yerleşik uygulamaları bu şekilde olup, somut olayda davacı yararına talep konusu olan *kıdem ve ihbar tazminatının* hüküm altına alınması gerekirken reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir" (9. HD, 7.3.2013, E. 2010/50084 K. 2013/8211).

İki işçi arasında meydana gelen bir başka kavgada, davacının iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği öne sürülmüştü. Dosya kapsamından ise bu kez kavganın kim tarafından başlatıldığı tespit edilememekte, karşılıklı olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre, davalı işveren diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranmıştır ve "bu sebeple davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır." Ancak "davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da *geçerli nedene dayandığı* anlaşıldığından", davanın reddi yönünde karar alınmıştır (9. HD, 31.5.2016, E. 2015/31120, K. 2016/12799).

Böylece, olayın özelliklerinin de dikkate alındığı yukarıdaki kararlarda genel eğilim, iş sözleşmesinin *feshinde de eşit işlem borcuna uymak gerektiğidir*. Eşit işlem yükümlülüğüne aykırılık saptandığında fesih "haklı" olmaktan çıkarak, bunun sonucunda işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaktadır. Bununla birlikte, işyerinde olumsuzluklara yol açan bu eyleme katılan işçinin iş sözleşmesinin feshi "geçerli" sayılmaktadır ve işe iadesine gidilmemektedir.

Bu içtihat bazı eleştirilere de yol açmıştır. Söz konusu içtihadı eleştiren yazarlarımıza göre, sözleşmenin feshinde kural olarak eşit davranma borcu olmamalıdır; zira işçinin kişisel özellikleri iş ilişkisinin devamında önemli bir yer tuttuğundan, işverene bir takdir hakkı tanımak (farklı düzenlemeler dışında) uygun olur. İşyerinin akibeti yönünden de işveren ayırım yapabilmelidir; zira örneğin, isnat edilen bir davranışta bulunan işyerindeki tüm işçilerin işten çıkarılması beklenebilir³⁵.

34 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

35 UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit

4- Toplu Eylemlere Dayalı Fesihler

Çok sayıda işçinin katıldığı toplu eylemlerde konu daha da hassasiyet kazanmaktadır. Zira benzer durumda olabilecek çok sayıda işçi bulunmaktadır ve bu işçilerin tümüne aynı işlemin yapılması hâlinde işletmede faaliyetin felce uğraması söz konusu olabilecektir.

a) Eşit İşlem Borcuna Aykırılık Bulunmadığı Yönünde Kararlar ve Değerlendirmeleri

Yargıtay'a göre, eyleme katılıp da işten çıkarılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması, davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından, işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir. Kararın gerekçesinde belirtildiği üzere: "Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Somut olayda, davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. İşçilerin topluca çalışmama eylemi işveren yönünden haklı fesih sebebidir. Bu işçilerin bir kısmının tekrar işe alınması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz." (Yargıtay HGK, 23.12.2009, E. 2009/9-485 K. 2009/598).

Aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, davacının temyizi üzerine karar dairece onanmıştır (Yargıtay 08.10.2007 gün 2007/2577 E., 2007/29505 K.).

Anılan kararda eylemin açıkça yasa dışı niteliği ve haklı fesih nedeninin varlığının etkili olduğu düşünülebilir. İşverenin, bazı işçilerini böyle bir toplu eylem sonrasında "affetme" özgürlüğünün bulunduğu ve akit yapma serbestisi çerçevesinde birlikte çalışmak istediği işçileri seçebileceği de kabul edilebilir.

Bu içtihat da bazı yazarlarımızca eleştirilmiştir: Bir kere, anılan kararlarda eşit işlem borcunun sadece İş K m.5'deki ayırım yasaklarıyla sınırlı olarak anlaşılması eleştiri konusudur. Diğer taraftan, fesih işlemi ile yeniden işe alma olgularının bir bütün olarak düşünülmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Yıldız'a göre, işveren, iş sözleşmelerini aynı haklı nedene dayalı olarak feshettiği işçilerden bir kısmıyla neden yeniden iş akdi kurduğunu objektif esaslara dayalı olarak ortaya koymalıdır. Örneğin, bu işçilerin kıdemi, daha önce sadakat borcuna bağlı davrandıkları, gördükleri işin önemi nedeniyle bu kişilerin hizmetine ihtiyaç duyulduğunu, kısa sürede bu vasıfta işçi bulmanın zorluğu gibi nedenlere dayalı olarak bu işçilerin tekrar işe alındığı açıklanmalıdır³⁶.

b) Eşit İşlem Borcunun İhlal Edildiği Yönünde Kararlar ve Değerlendirmeleri

Aşağıdaki karar örneklerinden anlaşılacağı üzere, yasa dışı toplu eylemlere katılanlardan sadece bazı işçilerin işten çıkarılması durumunda eğer bu seçiminde işveren ikna edici ve kanıtlanmış nedenleri ortaya koymamışsa, eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılabilmektedir:

aa) Feshin Geçersizliğine Hükmedildiği Hâller

İncelenen bir olayda, davacının işyerinde 30 işçi ile birlikte mesai saatleri içinde yaklaşık 1,5 saat toplantı yapıp işi bıraktığı ve zarara neden olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bu olayda işveren temsilcisi konumunda olan işçinin işçilere kötü davranışının şikâyet edilmesi üzerine işyerinde işletme müdürü ve şefinin bilgisi dâhilinde toplantı yapılmıştır. Toplantıya katılanların aynı gün 1,5 saat için vardiya bitiminden sonra yaklaşık 3-4 saat çalıştıkları ve böylece toplantı karşılığı çalışılmayan sürenin fazlası ile telafi edildiği, dolayısıyla işverenin bir zararının oluşmadığı da anlaşılmaktadır. İşten çıkarılan davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiş, yerel mahkeme

Davranma Borcu Var mıdır?, *Legal İSGHD*, 2005, S.8, s.1623-1632, s.1630-1632 ve orada incelenen karar: 9. HD, 4.11.2004, 8413/24957, *Legal İSGHD*, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, S.6, s.747-748.

36 YILDIZ, Ali Güzel'e Armağan, s.869-870.

ise davayı reddetmiştir. Yargıtayca varılan sonuç ise farklıdır: toplantıya 30 işçi katılmasına karşılık sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtaya göre, iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir (9. HD, 25.4.2005 E. 2005/11204 K. 2005/14365).

İncelenen bu olayın özelliklerine bakılırsa, işi bırakmanın işçilerin kusuru dışında haklı bazı gerekçelere dayandırılabilceği anlaşılmaktadır ve bu itibarla kararın isabetli olduğu görüşündeyiz.

Yargıtay, aynı sonuca bir başka olayda da varmıştır: Bu olayda işten çıkarılan bir işçiyi desteklemek üzere girişilen bir saat süreli işi durdurma eyleminde, eyleme katılan işçilerden 12'sinin diğer işçileri iş bırakmaya yönlendirdikleri gerekçesiyle işine son verilmiştir. Burada davacı işçinin diğerlerini eyleme yönlendirdiği belirlenmediğinden, Yargıtaya göre "aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği hâlde davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur". Feshin geçersizliğine dair karar onanırken, olayda feshin "doğrudan çalışmama eylemine katılması nedenine dayandığı" için sendikal tazminata hükmedilmesi hatalı bulunmuştur (9.HD, 18.9.2007, 28933/26947)³⁷.

Yukarıdaki ikinci örnekte işi bırakmanın yasa dışı grev teşkil ettiği de söylenebilir. Ancak, gelişen içtihadımızda pek kısa süreli, barışçıl eylemlerin korunduğu da görülmekte olduğundan, bu özellikleri taşıyan kısa süreli, işyerine ilişkin, barışçıl sayılabilecek toplu eyleme, işverenin "eşit davranma ilkesine aykırılığı" da eklenince, Yargıtay yukarıdaki sonuca ulaşmıştır. Burada karar gerekçesinden anlaşıldığı üzere, işveren işten çıkarılan işçilere isnat edilen "elebaşılık" konumunu kanıtlanmış olsaydı, sonuç farklı olabilirdi.

bb) Feshin Geçerli Kabul Edildiği Hâller

Bu olayda, davacının vardiya değişimi sırasın-

da 50 dakika üretim yapılmasına engel olması, diğer çalışanları işverene karşı kıskırtması nedeniyle İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkemece, işyerinde tüm işçilerin eyleme katılmasına rağmen sadece davacı ve birkaç arkadaşının iş sözleşmesinin feshedilmiş olması eşit davranma ilkesine aykırı görülerek bu nedenle iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmıştı. Oysa Yargıtay'ın değerlendirmesine göre, *haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez.* Bu gibi uyuşmazlıkta işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı, geçersizlik değildir. Davacı sendika üyesi olmadığı gibi sendikal faaliyet ve sair nedenlerle eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığı da kanıtlamış değildir. Kararda ifade edildiği üzere, "eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir." Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden olup, davacının işe iade isteğinin reddi gerekir (9. HD, 10.4.2006 E. 2006/7385 K. 2006/9027).

Yargıtay, muhtemelen dosyada ayrıntılı bir şekilde yer alan olayın özelliklerini dikkate alarak, bu kez feshin geçersizliğine değil, İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir. Bu çözüm aslında İş Kanunundaki düzenlemenin harfine daha uygun görünmektedir; zira haklı ve (*à fortiori*) geçerli fesih nedeni, eşit işlem yükümlülüğüne uyulmamış olsa da varlığını korumaktadır. Ancak burada yasa dışı toplu eylemler hakkında çoğunlukla tercih edilecek olan yol seçilerek, işçinin iş akdinin ("haklı" değil) "geçerli" nedenle feshedildiğine hükmedilmektedir.

Yukarıdaki kararlar da eleştirilmiştir: Burada, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun olmadığı, ya da bu borcun farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yasa dışı bir toplu eylem olduğunda eyleme katılan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshinin beklenemeyeceği, böyle bir işlemin ne işçi lehine yorum ile bağdaştığı, ne de işletme bakımından hayatın doğal akışına uygun düştüğüne

³⁷ Legal YKİ, 2007, S.5, s.296-297 ve Şahin ÇİL'in İncelemesi.

işaret edilmiştir³⁸. Mutlak ayrımcılık yasaklarında feshin geçersizliğine hükmedileceğinde şüphe yoktur; buna karşılık, genel anlamda eşit işlem yükümlülüğüne aykırı fesihlerde feshin geçerli kalacağı ve hatta burada İş K m.5'deki tazminatın dahi talep edilemeyeceği belirtilmektedir³⁹.

İncelenen aşağıdaki metal sektöründeki grevlerde, daha geniş kapsamlı ve uzun süren işi bırakma eylemleri zinciri söz konusudur. Yasa dışı grev niteliği tartışmasız olan bu eylemlerde Yargıtay'ın yaklaşımının önceki genel çizgisinden ayrılmadığı görülmektedir:

Türk Metal Sendikasının taraf olduğu hâlen yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi varken, Birleşik Metal Sendikasına üye olan işçiler kendi temsilcilerini seçmişler ve girilen toplu eylemlere 690 civarında işçi katılmıştır. Bunun üzerine değişik sebeplere dayanarak 240 işçinin işine son verilmiştir. Yargıtay ise, fesihleri geçersiz sayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre: "(...) toplu eylem nedenine dayalı fesihler bakımından davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, eyleme katılan tüm işçiler arasında davacı işçinin eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumda olduğunu kanıtlayamamıştır. Bu itibarla toplu eylem nedenlerine dayalı olarak işverence yapılan feshin haklılığından söz edilmesi mümkün değildir. *Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması, geçerli nedeni ortadan kaldırmamaktadır. Sendikal nedeni ve geçerli neden yönlerinden gerekli araştırma yapılmalıdır.*" "... Her bir davacı yönünden fesih

nedeni ile bağlı kalınarak öncelikle iddiaya konu fesih yönünden deliller değerlendirilmeli, varsa eylemin barışçıl ve demokratik olup olmadığı, davacı işçi eyleme katılmışsa eylemin süresi belirlenmek suretiyle ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmeye alınmalıdır. (...) İç hukuk ve uluslararası hukuk yönlerinden somut olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır." (9. HD, 10.3.2016, 2476/5446)⁴⁰.

Ford Otomotiv Sancaktepe işyerine ilişkin olayda, gene yürürlükte toplu iş sözleşmesi varken, metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığı görülerek eylem yapılmaktadır. Bu olayda 21 Mayıs-3 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçi grev yapmış, bu eylem 13 gün devam etmiştir. Yargıtay'ın da tespit ettiği üzere, olayda toplu iş sözleşmesi yapılması sürecinde yapılan bir kanunî grev söz konusu değildir. "Bundan başka, bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem hakkının olabileceği 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51., 54., ve 90. maddelerinin gereği olsa da, eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gereklidir." (...) "Davalı işyerinde gerçekleşen ve 13 gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu nedenle davacının da işi bırakmak suretiyle destek verdiği toplu eylemin, iç hukuk ve bağlı bulunduğumuz uluslararası mevzuat çerçevesinde hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir."

Olayda disiplin kurulu 550 işçiden 50 kadar işçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, "farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakları" tespit etmiştir. Yargıtay'a göre ise, sözü edilen gerekçe "işçiden kaynaklanıyormuş ayrımı haklı kılan bir neden" değildir. Buna karşın, "işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olması, geçerli nedeni ortadan kaldırmadığından ve davacının hu-

38 ÇİL, Şahin: Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ, 2007, S.5, s.293-311, s.307-308. Genel olarak toplu eylemlerde işverenin seçim hakkının bulunabileceği yönünde, özellikle: SUR, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Günc. 6. Bası, İstanbul 2016, s.470-471. Benzer yönde: ALPAGUT, Gülsevil: Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, s. s.878-879; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, s.64.

39 ÇİL, s.308.

40 Çalışma ve Toplum, 2016/2, S.49, s.909-918.

kuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir." (9. HD, 11.3.2016, 5562/5735)⁴¹.

Yukarıdaki karara benzer doğrultuda Ford Otomotiv İnönü/Eskişehir işyerine ilişkin 22. Hukuk Dairesinin kararında da, işverenin "*kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçileri farklı ünitelere göre belirlemesi*" nedeniyle feshin haklı olmadığı sonucuna varılmıştır (22. HD, 19.4.2016, 8276/11456)⁴².

Bu kararlara olayın özellikleri yön vermiş görünmektedir. Fesih esnasında eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranıldığı saptanmış; ancak uzun süreli ve uluslararası eğilimler bakımından bile hukuka aykırı sayılacak eylemler karşısında fesih "geçerli" kabul edilmiştir.

Bu içtihadın değerlendirmelerine bakılırsa; *T. Centel*'in eleştirisinde işaret ettiği üzere, "böylece, yargı tarafından işverenin iş organizasyonuna (işletme plânına) yetkili olunmaksızın müdahale edilmektedir"⁴³. Nitekim bozma konusu olan alt mahkeme kararında, üretimin devamlılığını ve ekonomik durumu düşünerek işverenden eyleme katılan tüm işçilerin işten çıkarılmasının beklenebileceğine işaret edilmektedir⁴⁴.

G. Alpagut'a göre de, haklı fesih nedeni olduğunda grev sonucu işveren fesih hakkını kullanırken farklı ölçütlere göre değerlendirme yapabilmelidir. İşçinin yerine eleman bulunmasındaki zorluk, işçinin önceki davranışları, kıdem, eğitimi, eylemin ortaya çıkışındaki rolü, görev alanı gibi unsurlar yapılan farklı işlemi haklı

kılabilecektir⁴⁵. Böylece olayın özellikleri dikkate alınarak, feshin geçerliliğine hükmedilebilir. İncelenen 9. HD'nin 11.3.2015 tarihli kararına konu olayda, eyleme katılan 3000-4000 kişinin veya baştan itibaren katılan 550 kişinin tümünün işten çıkarılması işyerinde üretimin aksamasına, hatta durmasına yol açabilecek, tüm bu işçilerin işsiz kalması sonucunu doğuracaktır. Bu tür bir işlem iş güvencesi mantığı çerçevesinde de tartışılır niteliktedir⁴⁶. Dolayısıyla, bu olayda işverenin üretim gereklerine dayalı olarak işten çıkarılacak işçiler arasında bir seçim yapmış olmasında eşit davranma ilkesine aykırılığın bulunmadığı belirtilmektedir.

Yukarıdaki görüş ve eleştirilere prensip olarak biz de katılıyoruz⁴⁷. İncelenen eylemin yasa dışı grev teşkil ettiği ve haklı fesih nedeni olduğunda şüphe yoktur. Mevzuatımız bu konuda gayet açıktır (STİSK m.58/2-3, m.60 ve m.70/1). Bununla birlikte her şeye karşın işten çıkarılacak işçilerin seçiminde gene bu seçimin nedenlerinin bizzat işçinin tutumu, üretim sürecindeki konumu, geçmişteki performansı gibi yönlerle temellendirilmesinin doğru olacağını düşünüyoruz. Aksi takdirde karşımıza keyfi ve adalet duygusunu zedeleyecek durumlar ortaya çıkabilir.

Nihayet belirtmeliyiz ki, Ford Otomotiv grevleri hakkında yapılan bireysel başvuru sonucu *Anayasa Mahkemesi* ayrımcılık iddiasını reddetmiştir. Bu kararda belirtildiği üzere, "*(...) Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvuru sahiplerinin kendileriyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil, vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koymaları gerekir.*" Oysa somut olayda başvuru sahipleri "kendilerine hangi nedenle ayrımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir

41 Karar ve İncelemesi için bkz. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, s.856-856 ve orada Gülsevil ALPAGUT'un incelemesi, Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları, s.855-879.

42 İncelemesi için bkz. CENTEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, *Sicil*, S.39, Yıl 2016, s.9-16.

43 CENTEL, *Sicil*, agm, s.14.

44 Bozöyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 5.1.2016, 2015-347/6 sayılı kararı. Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 14.4.2016 tarih, 8279/11459 sayılı kararıyla Bozöyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin aynı tarihli 2015/331/1 sayılı kararının onandığına da işaret edilmektedir (CENTEL, *Sicil*, agm, s.14)

45 ALPAGUT, s.878; benzer yönde, DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.64.

46 ALPAGUT, agm, Şahlanan Armağanı, s.879.

47 Toplu eylemlerde işverenin seçim hakkının bulunabileceği yönünde, ayrıca: SUR, İş Hukuku, s.470-471.

beyanda bulunmamışlardır"⁴⁸. Buradan anlaşılan, Anayasa Mahkemesinin konuyu salt ayrımcılık yasakları yönünden ele almış olduğudur.

III. Sonuç ve Değerlendirmelerimiz

A- Eşit Davranma Borcuna Nüanslı Yaklaşım

Yargı kararlarında özellikle işe son verme bakımından şu eğilimler gözlenmektedir: Haklı veya geçerli bir sebep oluştuğunda, yasa dışı toplu eyleme katılanların tümünün değil bir kısmının işten çıkarılması hâlinde ayrımı haklı kılan husus işverence kanıtlanmadığında eşit davranma borcuna aykırı hareket edildiği sonucuna varılabilmektedir. Ancak bu durumda işverenin işlemi haklı fesih değil, geçerli nedenle fesih kabul edilmektedir. Böylece bir orta yol bulunarak, bu işçilerin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaları sağlanmaktadır.

Öğretimizde ise eşit işlem yükümlülüğünün ihlâli tespit edildiğinde, feshin de geçerli sayılmaması gerektiğine işaret edilmiştir⁴⁹. Yargıtay ise her hâlde yapılan eylemin yasa dışı niteliğini dikkate alarak, kararlarında sonuca varmaktadır. Yüksek yargı organımız işçiyi koruma düşüncesiyle, aynı zamanda eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranılmış olabileceğini de göz önünde bulundurup, bir "orta yolu" seçmekte, pragmatik bir tutumla "denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde"⁵⁰ sonuca varmaktadır.

Kanımıza göre ise, işveren, çok sayıda işçinin katıldığı eylemlerde işletme gereklerini de dikkate alarak hareket edebilmelidir. Sendikal üyelik ve faaliyet ile diğer ayrımcı nedenlere dayanmamak kaydıyla, ayrıca kötü niyetli veya keyfi de olmamak koşuluyla, çıkarılan işçi seçimini işverene bırakmak doğru olur. İşçilerin o güne kadar-

ki tutumuna ve üretim gereklerine göre işveren işletme yönetimi çerçevesinde karar alabilmelidir. Nitekim öğretimizde eşit işlem borcunu her aşamada şart koşan yazarlar bile, işletmede bazı işçilere duyulan ihtiyaç, işçinin geçmiş yıllardaki tutumu, verimliliği gibi hâllerin işverence yapılan ayrımı haklı kılabilceğini kabul etmektedirler⁵¹.

İşten çıkarılacak işçilerin seçimini bizzat işçinin tutumu, geçmişteki performansı gibi salt kişisel nedenlerle sınırlı tutmayarak, ayrıca üretim sürecindeki konumu gibi işletmesel ihtiyaçlara dayalı yönlerle temellendirmek kanımızca mümkün olmalıdır. Ancak, bu hususların da işverence ortaya konulması gerekir; aksi takdirde gene karşımıza keyfi ve adalet duygusunu zedeleyecek durumlar ortaya çıkabilir. Bu yönden işletme yönetimine her işçinin konumu, durumu ve performansına ilişkin sağlam bir dosyalama görevi düşmektedir.

B- Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

1. İşten çıkarmayı gerektiren bir haklı veya geçerli sebep varsa fesih haklı veya geçerli olma özelliğini koruyacaktır. Bu durumlarda kanunun öngördüğü yaptırım İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatı ve işçinin yoksun bırakıldığı haklardır. İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatının spesifik niteliği gereği herhangi bir zarar koşuluna bağlı olmaksızın, dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı talep edilebilir. İşçinin asıl ve brüt ücreti üzerinden hesaplanacak olan bu tazminat hâkim tarafından yasal sınır içinde işçinin durumu ve ayrımcılığın ağırlığına göre belirlenebilecektir.

İş K m.5'deki tazminatın sadece ayrımcılık hallerine hasredildiği ve genel anlamda eşit işlem borcunun ihlâlinde uygulanmayacağı görüşüne göre, bu durumda işçi (ancak) yoksun bırakıldığı hakları talep edebilecektir⁵². Buna karşılık ayrımcılık tazminatının bu hallerde de hâkim tarafından kanun boşluğunun doldurulması suretiyle

48 Anayasa Mahkemesi, 27.7.2016, Başvuru No. 2016/8793, İşveren, C.54, S.5, Eylül Ekim 2016, Yargıtay Kararları Eki, s.3-7.

49 CENTEL, agm, Sicil, s.16.

50 CENTEL, agm, s.16.

51 SÜZEK, s.507; TUNCA, s.211, s.214.

52 SÜZEK, s.511.

talep edilebileceği⁵³ görüşü, yargısal içtihatlarımızla varılan sonuca uymaktadır⁵⁴.

2. Diğer tazminatlarla ilişki bakımından ise:

a) Sendikal ayrımcılığın tespit edildiği durumlarda *sendikal tazminata* hükmedilir (STİSK m.25); ayrımcılık tazminatına ayrıca hükmedilemez. Bu hususta açık hüküm de mevcuttur (İş K m.5/6 uyarınca STİSK m.25 hükümleri saklı tutulmuştur).

b) *Kötüniyet tazminatı* (İş K m.17/6) ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceğine dair bir hüküm ise bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre her iki tazminat birlikte istenebilir⁵⁵. Zira kötüniyet ile ayrımcılığın davranış olarak örtüşmedikleri hâller olabilir ve bu tazminatların hukukî dayanakları da farklıdır. Buna karşılık bu tazminatların birlikte talep edilemeyeceği görüşü de mevcuttur⁵⁶. Bu ikinci görüşte, *Çelik*'e göre daha genel nitelikli olan ayrımcılık tazminatı yerine, işten çıkarılmaya has olan ve daha yüksek miktarlara ulaşabilen kötüniyet tazminatının talep edilmesi gerekir⁵⁷. Bu yöndeki görüşlerin genel anlamı itibarıyla, ayrımcılık kötüniyetin özel bir hâlidir, dolayısıyla her iki tazminata birlikte hükmetmemek gerekir.

c) İş güvencesi kapsamında *işe başlatmama tazminatı* (İş K m.21/1) ile ilişki bakımından ise her iki tazminatın birlikte istenebileceği, hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüştür. Zira bu

iki tazminatın nitelik ve amaçları farklıdır ve ayrımcılık tazminatı, özellik taşıyan, "işe başlatmama"dan farklı, spesifik bir davranışı karşılayan bir yaptırımdır.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2007, s.75-121.
- ALPAGUT, Gülsevil: Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, Özel Sayı, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, İstanbul 2016, s.856-879.
- BAYSAL, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İHD, 2010, S. 25, s.60-99.
- CENDEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, Sicil, S.39, Yıl 2016, s.9-16.
- ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, 2007, S.14, s.485-496.
- ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yen. 29. Bası, İstanbul 2016.
- ÇİL, Şahin: Geçerli Nedene Dayanan Fesih-te İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ, 2007, S.5, s.293-311.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2014.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, s.60-65.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.

53 YILDIZ, İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.360; BAYSAL, s.76.

54 Örneğin, 9. HD, 10.4.2006, 7385/9027, Legal, YKİ, 2007, S.5, s.293-295; 9.HD, 18.9.2007, 28933/26947, aynı yer, s.296 ve Şahin ÇİL'in İncelemesi, Geçerli Nedene Dayanan Fesih-te İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.293-309.

55 SÜZEK, s.509-510; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi - ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.748; YILDIZ, İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.361-365; BAYSAL, s.84.

56 ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHD, 2007, S.14, s.485-496, s.489; DEMİR, Fevzi: *İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2014, s.192-193; YENİSEY, s.81. Karş: Feshin birden fazla nedenle kötüye kullanılması hâlinde her iki tazminatın varlık gerekçelerinin farklı olacağı ve bu durumda her ikisinin aynı zamanda istenebileceği yönünde: ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İHD, 2010, S.25, s.32-40, s.36.

57 ÇELİK, agm, s.489.

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Gen. 9. Baskı, Ankara 2011.
- KAYA, Gözde: EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECJ Case Law, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.17, S.1, s.79-117.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi - ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İHD, 2010, S.25, s.32-40.
- ODYAKMAZ, Zehra - KESKİN, Bayram - DENİZ, Yusuf: 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerinde Bir Değerlendirme, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl: 2016 Sayı: 71 <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000194712>>
- SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Ed. Kübra Doğan Yenisey – Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017, s.257-287.
- SUR, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Günc. 6. Bası, İstanbul 2016.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yen. 12. Baskı, İstanbul 2016.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.
- TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2016.
- UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1623-1632.
- ÜNAL, Canan: Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, s.312-377.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit Davranma Borcu, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, Ankara 2010, s.287-381.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, I, İstanbul 2010, s.837-876.