

Necla DOĞAN CEYLAN*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2024/1 Sayı 51: 141-167
Makale Gönderim Tarihi: 28 Şubat 2024
Makale Kabul Tarihi: 7 Mart 2024

Yargıtay Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Borcu

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesinde ayrımcılık yapma yasağı düzenlenmiş, ayrıca öğretilerde ve Yargıtay kararlarında "ayrımcılık tazminatı" olarak ifade edilen tazminata ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu çalışmada Yargıtay kararları kapsamında** 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenleme ile ilgili ilkeler

açıklanacak, ayrıca ayrımcılık tazminatının kötüniyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde hüküm altına alınan sendikal tazminat ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde düzenlenen haksız fesih tazminatı ile ilişkisi incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Eşit davranma borcu, ayrımcılık, kötüniyet, sendikal tazminat, haksız fesih tazminatı.

The Employer's Obligation of Equal Treatment in the Light of the Court of Cassation Decisions

Abstract

The prohibition of discrimination is regulated in article 5 of the Labour Law No 4857 titled "The principle of equal treatment" and provisions regarding compensation referred to as "Discrimination compensation" are given in the doctrine and Court of Cassation decisions. In this article within the scope of the Court of Cassation decisions the principles regarding the regulation in article 5 of the Labour Law No 4857 will be

explained and in addition the provision of discrimination compensation, bad faith compensation, job security compensation, provision in article 25 of the Trade Unions and Collective Labour Agreements Law No 6356 the union compensation under the law and its relationship with termination unfairly compensation regulated in article 438 of the Turkish Code of Obligations No 6098 will be examined.

Keywords:

Obligation of equal treatment, discrimination, bad faith, union compensation, unfairly termination compensation.

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, n.ceylan75.nc@gmail.com, ORCID: 0009-0009-3213-2482.

**Bu çalışmada yer verilen Yargıtay kararları Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminden (UYAP) alınmış ve kişisel verilerden arındırılmıştır.

Giriş

I. Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yapma Yasağı

1. Hukuki Dayanağı

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de ayrımcılık yapmama ve eşit davranma borcudur.¹ Eşitlik ilkesinin temelinde *adalet* ve *hakkaniyet* düşüncesi yatar. Adaletin eşitlik ilkesinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır.²

Türk iş hukukunda eşitlik ilkesinin hukuksal dayanağını 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) 10. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun) 5. maddesi oluşturmaktadır.³ Anayasa'nın 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına göre "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların

kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.⁴ Anayasa'nın 10. maddesi "*ayrımcılık yasağı*" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir.⁵ Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa'nın 10. maddesinin hem ayrımcılık yasağını hem de eşit davranma yükümlülüğünü düzenlediği kabul edilmelidir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkranın öğretisi ve Yargıtay kararlarında "*mutlak ayırım yasakları*"nın düzenlediği kabul edilmektedir.

Ayrımcılık, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği bir özelliği nedeniyle o kişiye farklı uygulama yapma anlamına gelmektedir.⁶

Öte yandan 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılı nedenler sınırlı olarak düzenlenmemiştir. Maddenin yazımında "*benzeri sebepler*" ifadesinin yer alması da bu sonuca varılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayrımcılık yasağına aykırı davranmış olacaktır.⁷

1 Türk Dil Kurumu Sözlüğünde borç sözcüğünün anlamlarından biri "Birine karşı bir şeyi yerine getirme yükümlülüğü"; yükümlülük ise "yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu, mecburluk, mükelleflik, yüküm, mecburiyet..." olarak tanımlanmış olup bu çalışmada borç ve yükümlülük sözcükleri aynı anlama gelmek üzere kullanılacaktır. Ayrıca terminoloji açısından öğretilerde işverenin eşit davranma borcu yönünden ayırım yapma yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu veya ayırım yapma yasağı ve genel anlamda eşit davranma borcu şeklinde ayrımlar yapılmakta ise de bu çalışmada Yargıtay kararları da dikkate alınarak ayrımcılık/ ayırım yapma yasağı ve eşit davranma borcu ifadeleri tercih edilmiştir.

2 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 23. Baskı (Tıpkı Basım), İstanbul 2023, 468.

3 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde de "İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır. İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır..." şeklinde açıklamaya yer verilmiştir. Kanun'un gerekçesine 13.01.2024 tarihinde *tmm.gov.tr* adresinden erişildi.

4 Anayasa Mahkemesi (AYM) 08.12.2011 T., 2010/119 E., 2011/165 K., Resmî Gazete: 14.02.2012, 28204.

5 AYM 25.06.2014 T., Başvuru Numarası: 2014/256, Resmî Gazete: 05.07.2014, 29051.

6 Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2021/2, 861.

7 Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, 63; aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, E.:

Yargıtay'ın bir kararında da "...Mutlak ayırım yasakları olarak nitelenebilecek hâller 5 inci maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. İlgili hükümde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı öngörülmektedir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Fıkra da sayılan hâller sınırlı olmayıp bu hâllere benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemez. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi sebepler benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilir..." şeklindeki açıklamayla bu hususa vurgu yapılmıştır.⁸

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında bazı iş sözleşmesi türleri yönünden ayrımcılık yasağına yer verilmiş, diğer fıkralarda da biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça iş sözleşmesinin yapılmasında, iş şartlarının oluşturulmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin başlığının "Eşit davranma ilkesi" olmasına rağmen maddede ayırım yasaklarının düzenlendiği, genel anlamda eşit davranma borcuna yer verilmediği, ancak Anayasa'nın 10. maddesinde hem ayrımcılık yapma yasağının hem de bunun dışında genel anlamda eşit davranma borcunun hüküm altına alındığı, "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan 11. maddesindeki hüküm nedeniyle Anayasa'nın 10. maddesinin özel hukuk ilişkilerinde de yatay düzeyde uygulanacak olmasından ötürü Anayasal eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde de geçerli genel bir ilke niteliği taşıdığı

⁸ "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), 236.

8 9. Hukuk Dairesi (HD) 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K.

belirtilmektedir.⁹ Yargıtay da aynı görüştedir.¹⁰

Ayrımcılık yapmama ve eşit davranma borcunun işverenin yönetim hakkını sınırlandırdığı açıktır.¹¹ Ayrımcılık yasakları temelde temel hak ve özgürlüklerle ilişkili iken eşit davranma borcu daha çok işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir.¹² İşçilerin hak ve özgürlüklerden eşit yararlanabilmelerini sağlama ve böylece işyerinde çalışma barışının korunması amacıyla işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin sınırları, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi beklene-meyecek özelliklerine dayanan ayrımcı bir uygulama yapmama ve eşit durumdaki işçilere eşit davranılması kuralı ile çizilmektedir. İşverenin işçileri arasında farklı bir uygulama yapabilmesinin gerekçesi ise ayrımcılık kriterlerine dayanmayan, objektif, haklı nedenler olabilecektir.¹³

Belirtilmelidir ki, iş hukuku yönünden yukarıda içeriğine yer verilen Anayasal ve yasal düzenlemeler yanında Devletimizin tarafı olduğu birçok uluslararası sözleşme ve diğer hukuki metinlerde de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına ilişkin hükümler bulunmaktadır.¹⁴

2. Niteliği

Eşit davranma borcu, herkesi mutlak olarak

9 Süzek, 473-474; Yıldız, Eşit İşlem, 65; Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık": Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, 372; aynı yönde Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş, 4. Baskı, İstanbul 2018, 115.

10 "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kural olarak işverenin ayırım yapma yasağını düzenlemekte, bütün hukuk düzenimizde geçerli olan Anayasa'nın 10. maddesi ise işverene hem ayırım yapma yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu yüklemektedir..." Hukuk Genel Kurulu (HGK) 30.09.2021 T., 2018/(22)9/592 E., 2021/1129 K. Ayrıca 9. HD 22.12.2020 T., 2020/3651 E., 2020/19572 K.

11 Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 372-373; 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K.

12 Yenisey Doğan, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2006/4, 66.

13 Ugan Çatalkaya, Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni, 867; aynı yönde Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu, Didem: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, 2.

14 Ayrıntılı bilgi için Yıldız, Eşit İşlem, 34 vd.

eşit kılmak anlamında düşünülmemelidir. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Bu durumdaki işçiler arasında ayırım yapılabilir.¹⁵ Başka bir deyişle işveren çalıştırdığı işçilerin kıdemi, vasıfları (örneğin eğitim durumu, yabancı dil bilgisi, tecrübesi) yaptığı işin niteliği, işin tehlikeli olup olmaması gibi objektif nedenleri ya da işçinin verimliliği ve performansı gibi subjektif nedenleri dikkate alarak farklı işlem yapabilir.¹⁶ ¹⁷Bu yönüyle eşit davranma borcu olumlu ve olumsuz nitelikte olmak üzere iki yükümlülüğünden oluşmaktadır. İşçiler arasında haklı bir neden olmadıkça ayırım yapmama, bu borcun olumsuz yanını, haklı nedenlerin varlığı hâlinde ayırım yapma yükümlülüğü ise borcun olumlu yanını oluşturur.¹⁸

15 Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Baskı, İstanbul 2020, 439; Süzek, 473; Yıldız, Eşit İşlem, 65; Kandemir/Yardımcıoğlu, 4; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir 2016, 195; aynı yönde Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, 724, 726; Uşan, Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2021, 182.

16 Aynı yönde Süzek, s.473; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/ Ulucan Devrim: İş Hukuku, 10 Baskı, İstanbul 2020, 165; Narmanlıoğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, 327-328, Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 377.

17 "...Somut uyuşmazlıkta; davacı, davalı işveren tarafından işçiler arasında maaş zamları konusunda ayrımcılık yapıldığı, diğer çalışanların ücretine daha fazla zam yapılmasına rağmen kendisinin ücretine daha az zam yapıldığı ve kendisinden sonra işe başlayan çalışanların bile daha fazla ücret aldığı iddiası ile iş akdini haklı nedenle feshettiğini belirterek kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur...Sonuç olarak aynı bölümde çalışan K.'in eğitim durumu ve performans olarak ve G...pozisyon ve performans olarak davacıdan daha üstün durumdadır. İşveren eğitim durumu, kıdem ve performans gibi objektif nedenlere bağlı olarak yönetim hakkı çerçevesinde farklı oranlarda zam yapabilir ve buna bağlı olarak farklı miktarlarda ücret ödeyebilir. ... davalı işveren tarafından işçilere farklı oranlarda zam yapılmasının ve farklı miktarlarda ücretler ödenmesinin objektif nedenlerini dosyaya sunduğu belgelerle ortaya koyduğundan davalının eşit davranma borcuna aykırı davrandığının söylenemeyeceği ve davacının iş akdinin feshinin haklı nedene dayanmadığı anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." 9. HD 10.12.2018 T., 2015/28698 E., 2018/22722 K.

18 Kandemir/Yardımcıoğlu, 4.

Yargıtay da bir kararında "...Eşitlik ilkesinin iki görünümü vardır. Biri mutlak eşitlik, diğeri nispi eşitliktir. Mutlak eşitlikten amaç kanunun herkese eşit olarak uygulanma zorunluluğudur. Nispi eşitlikte ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşit olmayanlara farklı kurallar uygulanması(nın) eşitlik ilkesine aykırı..." olmadığını belirtmiştir.¹⁹

"Mutlak ayırım yasakları" denilen dil, ırk, renk, cinsiyet gibi Kanun'da öngörülen bu durumların uygulanması ya da göz önüne alınması için başka bir hususun gerçekleşmesine gerek yoktur. Özellikle, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasal veya felsefi düşünce (inanç), mezhep ve benzeri nedenlerin mevcudiyeti yeterli olup herhangi bir karşılaştırmaya konu yapılamazlar. Zira bunlar doktrinde "mutlak ayırım yasağı" olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık "nispi ayırım yasakları"nda iş sözleşmesinin türü, mesleğin niteliği ya da başka nedenlerle işveren işçiler arasında farklı işlem yapamaz. Ancak benzer durumdaki kişiler arasında bir kıyaslama yapılması gerekir.²⁰ Yargıtay'a göre de "...aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmamalıdır. İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir. Aynı nitelikteki işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine, hem de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki temel kurala uygun düşmez.... Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir..."²¹

19 9. HD 23.03.2010 T., 2010/6862 E., 2010/7768 K.

20 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 325; Ulucan, Devrim: "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", 375 vd.

21 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K. sayılı kararı. HGK'nın 16.09.2021 T., 2017/(22)9-3193 E., 2021/1025 K., 06.02.2013 T., 2012/9-847 E., 2013/200 K. 9. HD'nin 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165, 24.11.2020 T., 2016/32146 E., 2020/16554 K., 10.12.2018 T., 2015/28698 E., 2018/22722 K., 16.05.2018 T., 2015/32477 E., 2018/12025 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ayrımcılığın yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış ancak bu kavramların tanımı yapılmamıştır. Dolaylı ayrımcılık hâllerinde görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işleminin bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma soktuğu, olumsuz biçimde etkilediği, ayrımcılık teşkil eden ölçüt, karar ve davranışın hukuken meşru sayılabilecek bir nedenle de haklılaştırılmadığı, dolaylı ayrımcılık ile görünenin ötesine geçilerek tarafsız görünen ölçütler arkasındaki ayrımcı olguların kavranmaya çalışıldığı, örneğin işe almada uygulanacak ortalamanın üzerindeki bir boy ölçütünün görünürde cinsiyetle bir ilgisi olmamasına rağmen bu boy şartını erkeklerin sağlama olanağı kadınlara göre ciddi anlamda daha yüksekse boy koşulunun dolaylı ayrımcılığın göstergesi olabileceği de ileri sürülmektedir.²² 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun (6701 sayılı Kanun) "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (e) bendinde de dolaylı ayrımcılık benzer şekilde tanımlanmıştır.²³ Yargıtay'ın da dolaylı ayrımcılıkla ilgili kararları bulunmaktadır.²⁴

3. Koşulları

Eşit davranma borcunun varlığı için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Zira eşit davranma borcu ancak aynı işyerinde çalışan işçilere karşı söz konusu olabilir ("*işyerinde birlik*"). Yine karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içinde meydana gelmesi ("*zamanda birlik*"), karşılaştırma yapılmasına imkân verecek "*birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulama*"nın mevcut olması gerekir.²⁵ Yargıtay'ın da aynı kriterleri benimsediği görülmektedir.²⁶ İşverenin bir atıfet, ikram veya hediye olarak verdiği şeyler nedeniyle işçileri arasında eşit davranma borcunu ihlal ettiği söylenemez; işçilerin birinin düğününde eşine altın takması, diğerinin düğününde aynı şekilde davranmaması bu borca aykırılık değildir.²⁷

Aynı çalışma koşullarına tabi birden fazla işyerinde çalışan işçiler ile devralınan işyerlerinde çalışan işçiler açısından da işverenin eşit davranma

rimcilik söz konusudur.... Somut uyumsuzlukta, davalı işverenin fesihden önce aldığı kararların uygulanması, kısa çalışma ödeneği başvurusunda, ücretsiz izin uygulamasında aleyhine dava açan işçiler ile açmayan işçiler arasında dolaylı ayrımcılık yapmıştır. İş sözleşmesinin feshinde de aynı işçileri işten çıkararak aynı uygulamaya gitmiş ve ücretsiz izni kabul edip etmediği 6 günlük süre beklenmeden 22. maddedeki koşullara da aykırı da davranmıştır. Davalı işverenin uygulaması yukarıda açıklanan normatif kurallar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ayrımcılık Sözleşmesi, Anayasa'nın 10 ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırıdır. Davacının iş sözleşmesinin feshinden önceki fesih dışındaki önlemlerin uygulamasında ve iş sözleşmesinin feshinde, davalı işveren dolaylı olarak ayrımcılık yapmıştır. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Mahkemece fesih geçerliliğine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi isabetli olduğundan, kararın bu gerekçe ile..." onanmasına karar verilmiştir. (Kapatılan) 22. HD 03.11.2011 T., 2011/1617 E., 2011/3856 K.

25 Süzek, 472-473; Tuncay Senyen Kaplan, E.; Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023, 346.

26 "...Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir..." 9. HD 29.11.2011 T., 2009/19835 E., 2011/46440 K., 12.05.2014 T., 2012/11403 E., 2014/15227 K., (Kapatılan) 22. HD 25.12.2012 T., 2012/28504 E., 2012/29501 K.

27 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 726.

22 Yenisey, 71; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 240.

23 "Dolaylı ayrımcılık: Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını,"... ifade eder. Resmi Gazete: 20.04.2016, 29690.

24 "...Anılan 5. madde ile ayrımcılık açısından doğrudan ayrımcılık yanı sıra dolaylı ayrımcılık da yasaklanmış, ancak doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı tanımlamamıştır. Ölçüt olarak alınacak Avrupa Birliği'nin 2000/48/AB, 2000/73/AB, 2000/78/AB, 2006/54 sayılı yönergelerindeki tanımlara göre "bir işçi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, örneğin cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılık; buna karşın görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işlemi, örneğin bir cinse mensup kişileri diğer cinse mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz biçimde etkilemekte ise dolaylı ay-

borcu bulunduğu ileri sürülmektedir.²⁸ Yargıtay da bir kararında işverenin kendi işçilerine yılda iki maaş ikramiye verirken devralınan işyeri işçilerine yılda bir maaş ikramiye vermesi nedeniyle eşit davranma borcunu irdelenmiştir.²⁹ Yine Ankara'daki işyerinde çalışan bir işçi ile İstanbul'daki işyerinde çalışan işçi arasında işverenin eşit davranma borcu yönünden kıyaslama yapmıştır.³⁰

"İşyerinde birlik" koşulu ile ilgili olarak özellik arz eden bir durum tam süreli-kısmî süreli ve belirsiz süreli-belirli süreli çalışan işçilere yö-

28 Yıldız: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Seminer, Ankara 18-19 Kasım 2022, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 1. Baskı, İstanbul 2023, 88; Yıldız, Eşit İşlem, 181 vd; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 250. Devralınan işyeri yönünden aynı görüş için Kandemir/Yardımcıoğlu, 11-12; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2022, 157 (Yazarlar yer ve konu itibarıyla birbirinden ayrı işyerlerinde çalıştırdığı işçiler yönünden işverenin eşit davranma borcu olmadığını ileri sürmektedirler.)

29 "...Somut olayda dosya içeriği itibarıyla işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını gösterir delil bulunmadığı gibi C... 'nın işçileri ile G... A.Ş.den gelen işçiler birbirinden farklı şartlarda çalışırken şirketlerin birleşmesiyle birlikte çalışmaya başlamışlar, davalı işveren de oluşan bu yeni duruma göre daha önce çalıştıkları C... 'da ikramiye almayan işçilere de ikramiye vermeye başlamıştır. İşverenin her iki şirket çalışanı işçiler arasında eşitlik ilkesine aykırı davrandığı söylenemez. 9. HD 29.12.2009 T., 2008/13349 E., 2009/38126 K.

30 "...Somut olayda; Dairemiz bozma ilamı kapsamında yapılan araştırma ve incelemeye göre davacının emsal olarak gösterdiği işçi T. B'nin İstanbul ilinde 60 ambulans filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu, bu görevinin yanında makam ve ambulans şoförlüğü de yaptığı, davacının ise Ankara ilinde 2 ambulans filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu ve böylelikle sözü edilen işçinin davacının emsali işçi olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. ...Davalı işyerinde aynı ünvanda çalışan T.B'a zam uygulandığı ileri sürülmüşse de, yukarıda açıklandığı üzere davacı ile bu işçinin yaptıkları işlerin kapsamı ile sorumluluklarının aynı olmadığı açıktır. Davacı ile aynı grupta olup da zam verilen başka bir işçinin bulunduğu da ortaya konulmuş değildir. Belirtilen sebeplerle; işverence 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki mutlak ayırım yasaklarına aykırı hareket edilmediği ve Kanun'da düzenlenen ayrımcılık tazminatına hak kazanma şartlarının somut olayda oluşmadığı anlaşıldığından; gerek işçiye uygulanması gerektiği belirtilen zamdan kaynaklı fark ücret alacağı ve gerekse ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD 19.04.2018 T., 2018/1633 E., 2018/9113 K.

nelik olarak 4857 sayılı Kanun'un 12 ve 13. maddelerinde öngörülen emsal işçinin gerektiğinde aynı iş kolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi olarak ifade edilmesi nedeniyle eşit davranma borcunun işyeri ve işletme sınırlarını aştığı ileri sürülmektedir.³¹

4. Uygulanacağı Durumlar

a. İşe Almada

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde "işe almadan itibaren" ifadesinin kullanılmasına rağmen Kanun'da öngörülen istisnalar dışında işverenin işe almada eşit davranma borcunun bulunmadığı, işe alacağı işçiyi istediği gibi seçebileceği, aksi durumun Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği, eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için öncelikle işçi ile işveren arasında "iş ilişkisi"nin³² kurulması gerektiği, 5. maddenin üçüncü fıkrasındaki açık düzenleme nedeniyle işverenin işe almada cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapmasının yasaklandığı, yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (6356 sayılı Kanun) 25. maddesindeki hüküm nedeniyle işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri ya da belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı kabul edilmektedir.³³ Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (5237 sayılı Kanun) 122 ve Anayasa'nın 10. maddelerindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde esasında diğer ayrımcılık sebepleriyle de iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılamayacağı³⁴ ayrıca ayrımcılık yasakları dışında işverenin işe almada eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı yönünden Anayasa'nın girişim ve sözleşme özgürlüğünü hükme bağlayan 48. maddesi ile eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin karşı-

31 Kandemir/Yardımcıoğlu, 11; Yıldız, Eşit İşlem, 181.

32 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında iş ilişkisi, "işçi ile işveren arasında kurulan ilişki" şeklinde tanımlanmıştır.

33 Tunçomağ/Centel, 157 vd; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 165.

34 Kandemir/Yardımcıoğlu, 18, Süzek, 475-476.

lıklı durumunun “ölçülülük ilkesi” ve temel hak ve özgürlüklerin çatışması hâlinde birbirlerini yok etmeyip dengelenerek mümkün olduğunca birlikte var olmalarını sağlayan “*pratik uyuşum ilkesi*” uyarınca değerlendirilmesi sonucu sözleşme ve girişim özgürlüğüne üstünlük tanınması suretiyle işverenin işe almada eşit davranma borcu altında olmadığı, sözleşme serbestisi gereği işletmesi için yararlı bulunduğu veya uyumlu çalışabileceğini düşündüğü adayı seçebileceği görüşleri de ileri sürülmektedir.³⁵

İşyerine sadece erkeklerin alınacağı izlenimi yaratan iş ilanları ve iş görüşmelerinde yöneltilen sorular doğrudan veya dolaylı ayrımcılık niteliği taşıyabilir. Kadın işçi ilke olarak işyeri ve işle ilgisi olmayan soruları cevaplamakla yükümlü değildir. Özellikle kadın işçilere yöneltilen kısa süre içinde evlenmek isteyip istemediklerine ilişkin sorular caiz olmadığı gibi yanlış cevaplar herhangi bir hukuki sorun doğurmaz. Ancak işyerine sadece kadın adayların alınması düşünülüyorsa veya niteliği itibarıyla hamile bir kadının yapamayacağı bir iş söz konusu ise -örneğin spor hocalığı, mankenlik gibi- işe alınacak adaya hamile olup olmadığı sorulabilir. Hamilelik testi ise talep edilemez. Belirtilen durumlar dışında kadın müracaatçıya hamile olup olmadığı şeklinde sorulması Ülkemiz tarafından onaylanan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırıdır.³⁶

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da (5378 sayılı Kanun) da doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımları yapıldıktan sonra 14. maddesinde, “... İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak

şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz...” hükmüne yer verilmiş ve böylece işe almada engellilik nedeniyle ayrımcılık yasaklanmıştır.³⁷

Yargıtay'ın bir kararında, yasal olmayan ücret artışı talebinde bulunarak topluca çalışmama eylemine katıldıkları için iş sözleşmesi feshedilen işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınmasının eşit davranma borcuna aykırı olmadığı ve davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁸ Aynı mahiyetteki bir bozmaya karşı verilen direnme kararı da Hukuk Genel Kurulu'nca Özel Daire bozma kararı benimsenerek bozulmuştur.³⁹ Yargıtay'ın başka bir kararında ise “... Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için kararlaştırılan ücretin daha yüksek olması eşit işlem borcuna aykırı olmadığından, işverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kaldığından, davacının fark alacaklarının ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminat istemlerinin...” yerinde olmadığı belirtilerek karar bozulmuştur.⁴⁰ Hukuk Genel Kurulu'nun son dönemde verdiği bir karar da aynı doğrultudadır.⁴¹

37 Resmî Gazete: 07.07.2005, 25868.

38 9. HD 17.03.2009 T., 2007/38590 E., 2009/7042 K.

39 HGK 23.12.2009 T., 2009/9-485 E., 2009/568 K.

40 9. HD 14.12.2020 T., 2016/34591 E., 2020/18303 K.

41 “...Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili, davalı işverene ait işyerinde çalışan müvekkili davacının ‘... kriz sona erdiği ve planladığımız üretim temposuna yeniden ulaşma olasılığı belirlediği takdirde sizinle önceki ücret düzeyinizi esas alarak yeniden iş sözleşmesi yapma isteğimizi muhafaza ettiğimizi bilmenizi isteriz...’ ifadesinin yer aldığı fesih bildirimini ile iş sözleşmesinin 05.01.2009 tarihinde feshinden sonra, 10.08.2009 tarihinde yeniden işe alınması sırasında müvekkili gibi yeniden işe alınan diğer işçilerin eski ücretleri ile işe başlatılmasına karşılık davacının düşük ücretle işe başlatıldığını, bu suretle davalı işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı davrandığını ileri sürerek ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini talep etmiş; davalı işveren ise fesih ihbarnamesinde yer alan ifadenin bağlayıcılığı olmadığını, sözleşme serbestisi kapsamında ücretlerin belirlendiğini ve çalışanların performans puanlarının farklılığına bağlı olarak ücretlerinde farklı belirlendiğini, eşit davranma borcuna aykırı davranılmadığını savunmuştur...davalı işverenin işe başlayan işçilerin bir kısmını eski ücretleri ile işe başlatılmasına karşılık davacıyı fesih öncesi ücretle

35 Süzek 476 vd.

36 Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, 242, 244, 246; benzer yönde Kandemir/Yardımcıoğlu, 19-20; aksi yönde Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Bası, Cilt 1, Ankara 2008, 436.

b. İş İlişkisinin Devamı Süresince

İş ilişkisinin devamı süresince de işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması ve ayrımcılık yapmaması gerekmektedir. İşveren ücret ve diğer tüm çalışma koşulları yönünden bu yükümlülük altındadır. Kanun'un 5. maddesinde sözü edilen ücret, genel anlamda ücret olup ücret dışında ikramiye, prim vb ödemeleri de kapsamaktadır.⁴² Ancak işveren tarafından çeşitli ücret grupları oluşturulması ve bunlar için de farklı ücret uygulamasına gidilmesi mümkün ise de işveren gruplandırmada keyfilikten kaçınılmalı ve haklı neden olmaksızın farklı işlem yapılmalıdır.⁴³ Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.⁴⁴ Ancak yoksun kalınan hakka ilişkin talebi toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesine dayandırmanın mümkün olduğu durumlarda eşit işlem yapma borcunun değil bu hukuk kaynaklarından birinin uygulanmaması söz konusudur. Şu hâlde eşit işlem yapma borcu işverence tek taraflı olarak ya-

pılan ikramiye, prim, çocuk zammı ve diğer sosyal yardımlarda ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki açık hüküm nedeniyle ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışındaki işçiler hakkında uygulanmaması eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. Ancak bu durum sadece ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal haklar bakımından söz konusu olduğundan parasal konular dışındaki toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işyerinde çalışan tüm işçilere ayırım yapılmadan uygulanması gerektiği açıktır.⁴⁶

Yönetim hakkı işverenin, işin yapılması konusunda tek yanlı düzenlemeler getirme (emir ve talimat verme) yetkisini anlatır. Buna işverenin emir ve talimatlarıyla (tek yanlı irade bildirimleriyle) işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkı da denebilir. Bu nedenle işverenin emir ve talimat verme hakkında da eşit davranma borcunun önemli bir uygulama alanı vardır. Özellikle sigara içme yasağı, işyerine giriş-çıkış kapı kontrolleri gibi çok sayıdaki işçi için konulmuş genel kayıtlar (hizmet talimatı) ancak tüm işyeri için konulabilir ve böyle bir talimatın uygulanmasında haklı bir neden olmadıkça herhangi bir işçinin zararına ve yararına bir durum yaratılamaz.⁴⁷ "...işyerinde iş

tinden daha düşük ücret ile işe başlatmak suretiyle ayrımcılık yaptığı iddiası, kanunda belirtilen ayrımcılık sebeplerinden ve benzerlerinden hiçbirine girmemektedir. Bu ücret farkının işçinin değiştirmesi mümkün olmayan ve değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özelliklerinden kaynaklı olmadığından benzeri sebepler kısmına girmesi de mümkün değildir. ...Öte yandan ayrımcılık tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında belirtildiği üzere iş ilişkisinde veya sona ermesinde talep edilebilmektedir. Davacı işçi yönünden "cinsiyet veya gebelik" nedenine dayalı farklı işlem yapılmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasının uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu nedenlerle davacının iş ilişkisinin kurulması aşamasında ücret düşüklüğüne dayalı olarak eşit davranma ilkesine dayalı tazminat hakkının olmadığı sabittir..." HGK 30.09.2021 T., 2018/(22)9-592 E., 2021/1129 K.

42 9. HD 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/111167 K.

43 Aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 349; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Baskı, İstanbul 2006, 174.

44 "...İşverenin, işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında işçinin cinsiyet veya gebelik siyasi düşünce, inanç, etnik köken veya benzer bir düşünce veya özelliği nedeniyle farklı işlem yaptığı aynı veya eşit bir iş için daha düşük ücret ödendiği davacı tarafça kanıtlanmadığı gibi hükme esas alınan bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere davalı işverenin yaptığı sınıflandırmadaki tüm işçilere kendi sınıfındaki ücret seviyesine göre ödeme yaptığı görülmekle unsurları oluşmayan ayrımcılık tazminatı taleplerinin, reddi gerekirken hüküm altına alınması yerinde olmamıştır..." 9. HD 24.09.2013 T., 2011/21933 E., 2013/23897 K.

45 Çelik, 174.

46 "...Somut olayda, işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin feshinin Disiplin Kurulu kararı ile yapılacağı belirtilmiş olup davacının iş sözleşmesinin Disiplin Kurulu kararı olmadan, başka bir deyişle toplu iş sözleşmesinde öngörülen prosedür yerine getirilmeksizin feshedildiği görülmektedir. Her ne kadar davacı işçi sendika üyesi değilse de 6356 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükmü uyarınca toplu iş sözleşmesinde yer alan çalışma düzenine ilişkin hükümler kapsamında, disiplin kuruluna ilişkin düzenlemeler yönünden işçiler arasında sendika üyesi olup olmamaya göre ayırım yapılamayacağı anlaşılmakla; İlk Derece Mahkemesince, feshin disiplin kurulu kararı alınmadan yapılmasının işçiler arasında haksız kılacağı kabul edilmek suretiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi isabetlidir..." 9. HD 02.11.2022 T., 2022/10691 E., 2022/14105 K.

47 Tunçoğlu/Centel, 160; benzer yönde Tuncay Senyen Kaplan, Bireysel İş Hukuku, 347; Demir, 195.

güvenliğini tehlikeye düşürmesine rağmen tüm işçilerce ve hatta idari personelce sigara içildiği, bu güne kadar bu nedenle işçi çıkarılmamasına rağmen sigara içmenin daha sonra işveren tarafından fesih sebebi yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Davalı işverenin fesih hakkını kullanırken, Medeni Kanun'unun 2. maddesindeki kurala uymadığı, ayrıca eşit işlem borcuna aykırı davrandığı sabittir. İşverenin gerçekleştirdiği fesih bu nedenle haklı ve geçerli nedene..” dayanmamaktadır.⁴⁸ Bunun gibi işveren işin dağıtımında da örneğin fazla çalışma, tatil ve gece çalışmalarında aynı nitelikteki işçiler arasında ayırım yapmaması gerektiğinde bu işçiler arasında münavebe (nöbetleşe) usulüne başvurmalıdır. Aynı durum işveren tarafından yapılan sosyal yardımlarda da görülür. İşveren işçilerin tamamına bazı yardımlar yapabileceği gibi belirli objektif niteliklere göre de bazı işçilere sosyal yardım yapabilir. Örneğin yemek ve yakacak yardımları ile bayram paraları bütün işçilere yapılması gerekirken çocuk parası ve aile yardımı gibi yardımlar sadece bu nitelikleri taşıyan (evli ve çocuklu) işçilere yapılabilir.⁴⁹

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet nedeniyle ayırım yasaklandığı gibi maddenin diğer fıkralarında biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye iş sözleşmesinin uygulanmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, aynı veya eş değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha düşük ücret uygulanmasını haklı kılmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu nedenle sadece cinsiyet ayrımcılığına dayanarak aynı veya eşit verimle çalışan işçiler arasında farklı ücret ödenmesi, yani bir kadın işçiye sırf kadın olduğu için erkek işçiden daha az, erkek işçiye sırf erkek olduğu için kadın işçiden daha yüksek ücret ödenmesi mümkün değildir. Çalışma hayatında kadın ve erkek eşitliği ilkesi,

erkeklere tanınan her türlü imkânın (ilerleme, geliştirme, terfi, karar verme gibi) kadına da tanınmasını gerektirir.⁵⁰ Ayrımcılık tazminatının kabulüne karar verilen bir olayda Yargıtay'ca, "... Somut uyuşmazlıkta; davacının davalı işyerinde finansman ve fon yönetimi yöneticisi olarak çalıştığı, davacı yanın beyanlarından da anlaşılacağı üzere davacının görevinin davalı işyeri bakımından önem arzeden bir görev olduğu, bu görevin geçici görevlendirme ya da devamlılık arz etm(e)yecek şekilde belirli süreli iş sözleşme(si) ile gördürülemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle davalı işyerinin davacının ücretsiz izinde iken yerine personel alması olağan karşılanmalıdır. Davacı işe başlamak istediğinde görev yaptığı pozisyonun dolu olması sebebiyle kendisine başka bir pozisyon teklif edilmiş, kabul etmemiş ve görevinden istifa etmiştir. Davalı işyerince istifa üzerine davacıya kıdem ve ihbar tazminatı yanında beş aylık ücreti tutarında ikramiye ödenmiştir. Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde davacıya doğum yapması ve bu sebeple ücretsiz izin hakkını kullanması sebebiyle işveren tarafından uygulanan bir ayrımcılık söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır..." gerekçeyle karar bozulmuştur.⁵¹

50 Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 250.

51 (Kapatılan) 22. HD 24.12.2012 T., 2012/9578 E., 2012/29458 K. sayılı kararı. Mahkemece bozma kararına direnilmiş, HGK'nın 14.03.2018 T., 2015/22-1621 E., 2018/484 K. sayılı kararı ile "...mahkemece davacının birlikte çalıştığı, aynı görevi yürüten Ö... Ö...askerde iken davacının bu görevi tek başına yürüttüğü, F...A... Ö...in davacıya yardım ettiği, davalı işverenin mahkemeye gönderdiği müzekkere cevabından Ö... Ö... isimli işçi görevde (askerde) iken yerine personel alınmadığı, askerden dönen Ö... Ö...in aynı görevine iade edildiği, davacıya ise doğum sonrası kullandığı ücretsiz izin dönüşü alt görev teklif edildiği, bu durumda davalının davacı ile aynı bölümde çalışan Ö... Ö... arasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca cinsiyet ayırımı yapmak sureti ile eşitlik ilkesine aykırı davrandığı gerekçesi ile..." direnme adı altında verilen kararın yeni bir karar olduğu belirtilerek dosya temyiz incelemesi için Özel Daireye gönderilmiştir. (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 05.07.2018 T., 2018/7697 E., 2018/17200 K. sayılı kararı ile, "...Her ne kadar Mahkemece davacı aynı işi yapan personele askerden döndükten sonra aynı işin verilmesinin ayrımcılık olduğu belirtilmiş ise de; dosya kapsamında davacının altı aylık ücretsiz izin talebi sonrasında davacının bulunduğu göreve atama yapıldığı, askere giden Ö... Ö... isimli kişinin yaklaşık üç ay sonra

48 9. HD 11.10.2010 T., 2009/27207 E., 2010/28494 K.

49 Demir, 195-196.

İş sözleşmelerinin türü bakımından (tam-kısmî, belirli-belirsiz süreli) da işverenin ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığı takdirde tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapması mümkün değildir. Kanun'da haklı nedenler "esaslı sebepler" olarak ifade edilmiştir.

Kısmî süreli iş sözleşmesine ilişkin düzenlemelere 4857 sayılı Kanun'un 13. maddesinde de yer verilmiş olup bu maddedeki hükme göre kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir. Emsal işçi ise işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır. Bu düzenlemelere göre kısmî süreli çalışan işçi ücret

ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerden tam süreli çalışan işçiye nazaran çalıştığı süreyle orantılı olarak; bölünemeyen menfaatlerden ise tam süreli çalışan işçi gibi ayırım yapılmadan faydalanacaktır.⁵² Yargıtay başka bir kararında ise ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığından toplu iş sözleşmesinin part-time çalışanların sözleşmeden yararlanamayacaklarına ilişkin hükmünün geçersiz olduğunu ve kısmî süreli çalışan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir.⁵³

Kısmî süreli çalışan olarak işe alınmasına rağmen haftalık çalışma süresinin 32-36 saat arasında olması nedeniyle tam süreli çalıştığı kabul edilen işçinin sosyal haklarının haftalık çalışma süresine oranlanması suretiyle belirlenmesinin yerinde olmadığı, sosyal haklardan tam süreli çalışan işçi gibi yararlanması gerektiği gerekçeyle verilen bozma kararına direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca bozma kararı aynen benimsenerek direnme kararı oy çokluğuyla bozul-

erken terhis olarak işe geri döndüğü, yani kısa bir süre askerlik nedeniyle işten ayrıldığı, bu nedenle cinsiyete dayalı bir ayrımcılığında bulunmadığı anlaşılmaktadır..." şeklindeki ilave gerekçe yanında önceki bozma kararının gerekçesi tekrar edilerek mahkeme kararı bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak istemin reddine karar verilmiş ve karar davacının temyizi üzerine aynı Dairenin 28.02.2019 T., 2019/262 E., 2019/4751 K. sayılı kararı ile onanmıştır. Kararın kesinleşmesinden sonra davacı AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM'nin 19.10.2023 T., 2019/11085 Başvuru Numaralı kararı ile, "...Bu durumda ilk derece mahkemesi kararlarında işveren ile başvurunun çıkarları arasında adil bir dengeleme yapıp yapılmadığı konusunda başvurunun cinsiyeti, içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları yönünden bir değerlendirme yapılmadığı dikkate alındığında kararların gerekçelerinin başvurunun özel hayata saygı hakkının korunması yönünden ilgili ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır...Sonuç olarak ölçülülük çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda taraflar arasındaki adil dengenin sağlanması bakımından başvurunun şahsi olarak aşırı bir külfete katlandığı değerlendirilmiştir...Açıklanan gerekçeyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine..." karar verilmiştir. Karara 05.02.2024 tarihinde *kararlarbilgibankisi.anayasa.gov.tr* adresinden erişildi.

52 "...Somut uyuşmazlıkta, işyeri hekimi olarak çalışan davacı, işyerinde kapsam dışı işçi olarak bir kısım işçilere öğrenim yardımı ve ikramiye yardımı yapıldığını, söz konusu ödemelerin kendisine de yapılması gerektiğini ileri sürerek öğrenim yardımı ve ikramiye alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir...kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının özellikle kendisi gibi kapsam dışı olarak çalışan diğer tam süreli işçiler ile arasında ayırım yapılmasını haklı kılabilecek bir sebep olup olmadığı da belirlenerek, eşit davranma borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti yönünden emsal işçiler titizlikle belirlenerek, zamanda birlik kuralı gereği uyuşmazlık konusu dönemin tamamına yönelik karşılaştırma ve araştırma yapıldıktan sonra işin esası hakkında bir sonuca varılması gerektiği gözetilmelidir. Mahkemece belirtilen yönler dikkate alınmadan eksik inceleme ile sonuca gidilmesi yerinde değildir..." (Kapatılan) 22. HD 01.07.2020 T., 2017/28961 E., 2020/8422 K.

53 "...davacının kısmî süreli mi yoksa tam süreli çalışan mı olduğu belirlenmeli, davacının kısmî süreli olarak çalıştığına anlaşılması halinde, davaya konu Toplu İş Sözleşmesinin 6/c maddesinde yer alan part time çalışan işçilerin ayrıca toplu iş sözleşmesindeki bu yardımlardan yararlanamayacağına ilişkin düzenlemenin, davalı tarafından bu düzenlemeyi haklı kılan bir nedenin bulunduğu ispat edilemediğinden, geçersiz olduğu kabul edilerek, davacının çalışma süresi ile orantılı olarak toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanacağı kabul edilmelidir. Anılan yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD, 04.03.2019 T., 2017/20568 E., 2019/4851 K.

muş⁵⁴, karşı oy yazısında ise 30 saatin üzerinde ancak 45 saatten az çalışan davacı ile haftalık 45 saat çalışan işçi arasında fark bulunması gerektiğinden çalışılan saat üzerinden oranlama yapılarak sosyal haklarının belirlenmesinin yerinde olduğu görüşü dile getirilmiştir.

Belirsiz iş sözleşmesi ile çalışan işçi karşısında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye ayrımı haklı kılan esaslı nedenler bulunmadıkça farklı işlem yapılması da mümkün olmayıp 4857 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışmada şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır. Emsal işçi ise işyerinde aynı veya benzer işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.

4857 sayılı Kanun'un 14. maddesine 6715⁵⁵ sayılı Kanun ile eklenen altıncı fıkraya göre uzakta çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Ancak kısmî süreli ve belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilere ilişkin ayırım yasağından farklı olarak uzak-

tan çalışanlara dair ayırım yasağına 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer verilmemiştir. Bu durumda 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen ayırmacılık tazminatı uzaktan çalışan işçilerin sırf sözleşmesinin niteliğinden ötürü farklı işleme tabi tutulmaları hâlinde kıyasen uygulanır.⁵⁶

Ücretlerini alamadığı için icra takibi başlatan işçinin, icra takibi yapmayanlara işverenin ödeme yaptığı iddiası ile ayırmacılık tazminatı talep ettiği başka bir olayda mahkemece ayırmacılık tazminatı hüküm altına alınmış, davalının temyizi üzerine karar 7. Hukuk Dairesince 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasındaki ayırmacılık hâllerinin bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş, mahkemenin direnmesi üzerine dosya Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca "...davalı işverenin, aleyhine icra takibi başlatan işçilere ücret ödemesi yapmayıp, hakkında icra takibi başlatmayan işçilere ücret ödemesi yapmak suretiyle ayırmacılık yaptığı iddiası, temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından çalışanlar arasında ayırmacılık yapıldığı iddiası olarak nitelendirilmesi gerektiğinden, bu iddia 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve esasa yönelik denetim suretiyle iddianın sübut bulup bulmadığı belirlenmeli..." şeklindeki açıklamadan sonra icra takip dosyaları, ödeme yapılan ve yapılmayan işçilere ait ücret bordroları ve banka kayıtlarının celbi ile yapılacak araştırma sonucu karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle karar oy birliğiyle bozulmuştur.⁵⁷

Kısa çalışma uygulamasında işverenin eşit davranma borcu ayrıca ele alınmalıdır. İşyerinde işin azalması tüm birimlerde aynı şekilde yapılıyorsa tüm işçiler için kısa çalışma başvurusu yapılmalıdır. Ayrımı haklı kılan bir neden olmadığı hâlde işçilerin bir kısmının tam zamanlı çalıştırılarak tam ücret ödenmesine devam edilmesi, diğerlerinin kısa çalışma uygulaması ile ücretin %60'ı ile yetinmeleri eşit davranma borcuna ay-

54 "...tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır..." HGK 06.02.2013 T., 2012/9-847 E., 2013/200 K.

55 6715 sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete 20.05.2016, 29717.

56 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 745.

57 HGK 25.02.2020 T., 2016/(7)22-1531 E., 2020/202 K.

kırılık oluşturabilir.⁵⁸

Greve katılmayan işçilerin çalıştırılması konusuna gelince, 6356 sayılı Kanun'un 64. maddesinin birinci fıkrasında greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçenlerin işyerinde çalışmalarının hiçbir şekilde engellenemeyeceği ancak işverenin bu işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hüküm uyarınca işveren greve katılmayan işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbest ise de öğretide bu işçileri çalıştıracaksa eşit davranmak zorunda olduğu, işverenin bu serbestisini her işçi için ayrı ayrı değil, işçilerin tümü için kullanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁹ Ancak haksız ve keyfi olmamak kaydıyla sadece çalışmalarında yarar görülmeyen işçilerin işten uzaklaştırılmasının hukuka aykırı olmadığı da ileri sürülmektedir.⁶⁰ Yargıtay'ın konuyla ilgili kararı tespit edilememiştir.

Psikolojik tacize de değinilmelidir. Psikolojik taciz, işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer çalışanlarca tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar.⁶¹

Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin her somut

olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır.⁶²

Ülkemizde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'dan (6098 sayılı Kanun) önceki dönemde özel bir düzenleme olmamasına rağmen çalışanların maruz kaldıkları psikolojik taciz, hizmet sözleşmesinin taraflara yüklediği borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma (gözetme) ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır.⁶³ 6098 sayılı Kanun'un 417. maddesinde ise *psikolojik taciz* ifadesine açıkça yer verilmiş ve işçinin kişiliğinin korunması yoruma yer vermeyecek biçimde özel olarak düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde psikolojik taciz ayrımcılık nedenleri arasında gösterilmemiş ise de 6701 sayılı Kanun'un 2. maddenin (g) bendinde işyerinde yıldırma, "Bu Kanun'da sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler" olarak tanımlanmış, Kanun'un 4. maddesinde de *işyerinde yıldırma* Kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri arasında sayılmıştır.

Son olarak 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinde düzenlenen çalışma koşullarında değişikliğe ilişkin düzenleme yönünden işverenin eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı irdelenmelidir. 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesinde işverenin iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabileceği, bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişikliklerin işçiyi bağlamayacağı, bu durumda işverenin değişikliğin geçerli nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli bir

58 Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Tıpkı 9. Baskı, Ankara 2022, 255.

59 Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 259; Kandemir/Yardımcıoğlu, 22; benzer yönde Kandemir, Murat: "Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları", AÜHFD, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 4, 189; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nursen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul 2023, 443; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 444.

60 Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 10. Bası, Ankara 2022, 484; benzer yönde Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul 2016, 729.

61 Yuvalı, Ertuğrul: "Mobbingin Psiko-Sosyal, Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler": İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 2, Özel Sayı 2015, 723.

62 HGK, 15.09.2020 T., 2016/9-1208 E., 2020/590 K.

63 HGK 09.02.2021 T., 2016/9-1427 E., 2021/53 K., 9. HD 15.12.2021 T., 2021/12218 E., 2021/16601 K.

neden bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim sürelerine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği hükme bağlanmıştır.

İşveren yönetim hakkı kapsamında kalan konularda tek taraflı değişiklik yapabileceği gibi yönetim hakkının sınırlarını aşsa bile iş sözleşmesinin esaslı unsurlarına müdahale ederek işçinin durumunu ağırlaştırmayan, aleyhe durum yaratmayan değişiklikleri de yapabilir. Başka bir deyişle iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, bu sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir.⁶⁴ İşçinin ücretinin düşürülmesi, yararlandığı aynı veya nakdi yardımların azaltılması ya da tümünden kaldırılması, çalışma süresinin arttırılması, işçinin yaşamında zorluklara neden olacak şekilde çalışma saatlerinin, görev yaptığı işyerinin değiştirilmesi gibi değişiklikler esaslı değişikliklere örnek olarak verilebilir.

İşveren çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisini kişilik haklarına, dürüstlük kuralına, eşit davranma borcuna ve ölçülülük ilkesine uygun kullanılmalıdır. Yargıtay da değişiklik teklifi eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa işçinin bu teklife katlanmak zorunda olmadığı ve işçinin böyle bir değişikliği kabul etmemesi nedeniyle yapılan feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁶⁵ Nitekim Yargıtay diğer bir kararında başka şehirdeki işyerine atamayı kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un 22. maddesine göre feshini işverenin eşit davranma borcuna yönünden denetlemiştir.⁶⁶

64 Süzek, 675-676.

65 9. HD, 26.03.2012 T., 2010/1395 E., 2012/9918 K.

66 "...Ancak işverenin cevabında 1012 personelden 667 işçinin Ankara'da çalışmaya devam ettiği ve davacının davalıya sunduğu itiraz dilekçelerinde kendisiyle aynı ünvanda çalışan personelin halen Ankara'da çalışmaya devam ettiği yönündeki itirazı da dikkate alındığında Mahkemece bu yönde yeterli bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın yetersiz rapora itibarla hüküm kurulması da hatalı olmuştur. Mahkemece, aralarında İnsan Kaynakları ve Bilgi Teknolojileri alanında uzman bilirkişinin de yer aldığı bilirkişi heyetinden rapor alınması, davalı bankanın Ankara S...binalarında davacı ile aynı görevde olup da nakil sonrası aynı işyerinde çalışan işçilerin Ankara'da hangi görevlerde çalıştıkları, işverenin

c. İş Sözleşmesinin Feshinde

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı tartışmalı olmakla birlikte işverenin iş sözleşmesinin feshi aşamasında da 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılanlar ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapması yasak olduğu gibi Kanun'un 18. maddesinin 3. fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde öngörülen sebeplerle iş sözleşmesinin feshi ayırım yasaklarının ihlâli anlamına gelecek ve bu fesih haksız feshin tabi olduğu hükümleri tabi olacaktır.⁶⁷

İş sözleşmesinin feshinde de işverenin eşit davranma borcu olduğunu savunan yazarlara göre; işverenin eşit davranma borcundan sözü edilebilmesi için karşılaştırma yapılmasını mümkün kılacak sayıda işçinin iş sözleşmesinin feshi yönünden haklı ya da geçerli nedenin bulunması gerekmekte olup böylesi bir durumda işveren fesih hakkını eşit davranma borcuna uygun kullanmalı, başka bir deyişle yapacağı seçimin objektif ve makul nedenlerini ortaya koymalıdır.⁶⁸

Yargıtay fesihte de işverenin eşit davranma borcunun bulunduğunu kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay kahvede okey oynayan on işçiden davacı ile birlikte diğer bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini eşit davranma borcu yönünden irdelerek "...mahkemece davalı işyerinde fesih tarihinde eksper olarak kaç kişinin çalıştığı, kahvede okey oynayanların tek tek hangi işle-

Ankara'da kalma eş durumu mazereti dışında mazeret kabul etmeyeceğini bildirdiği ve davacının da mazeretini sunduğu halde neden dikkate alınmadığı, mazeretin hangi ölçüde göre dikkate alındığı, işverenin Ankara'da halen çalışan sayısı olarak bildirdiği personel içerisinde davacıyla aynı ünvanda çalışan olup olmadığı hususlarının araştırılması gerekmektedir. Bu konuda eksiklik giderilmeden yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan 22. HD 03.07.2018 T., 2018/8652 E., 2018/16598 K.

67 Aynı yönde Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020, 233.

68 Yıldız, Eşit İşlem, 256; benzer yönde Kandemir/Yardımcıoğlu, 30; Fesih hakkının kötüye kullanılmasına yol açan durumlar dışında işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu olmadığına ilişkin Çelik, 173,174; Tunçomağ/Centel, 161; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 441; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 728; Demir, 196; Yenisey, 69.

ri yaptıkları, işten çıkarılan diğer işçinin yaptığı iş tes(p)it edilerek, davalı işverenin sadece davacı ve diğer bir işçinin hizmet akitlerini feshetmesinde Yasanın 5. maddesine aykırı hareket edip etmediğinin belirlenmesi...” gerektiği gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.⁶⁹ İmalatta yasaklanmış maddeyi kullanan iki işçiden davacının iş sözleşmesinin feshedilip daha baskın kusurlu olan ustabaşı konumundaki işçinin sadece ihtar ve yevmiye kesim cezası ile cezalandırılmasının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiği kabul edilmiştir.⁷⁰ Yine işverenin zararına neden olunan bir olayda kusuru daha fazla olan işçinin işten çıkarılmayarak davacının iş sözleşmesinin feshi eşit davranma borcuna uygun bir davranış olarak kabul edilmemiştir.⁷¹ Üretim müdürü olan davacının iş sözleşmesinin işyerindeki bir kadın işçi ile uygunsuz davranışı nedeniyle feshedildiği olayda ise Bölge Adliye Mahkemesince diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi eşit davranma borcuna aykırı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatları hüküm altına alınmış, Yargıtay tarafından “...Davacının işyerindeki konumu dik-kate alındığında, diğer işçinin göstermesi gereken

özenin derecesi ve sadakat borcunun kapsamı ile davacının özen ve sadakat borcunun kapsamının aynı ölçüde olması mümkün değildir. Somut olayda davacı ile dava dışı işçi arasındaki iş ahlâkına ve genel ahlâka aykırı nitelikteki davranışın davacı ile işveren arasındaki güven ilişkisini, diğer işçi ile işveren arasındaki ilişkiye nazaran daha fazla sarsması öngörülebilir bir sonuçtur. Böyle bir durumda işverenin sözleşmenin feshinde eşit davranma borcunu ihlal ettiğinden söz edilemeyeceğinden Bölge Adliye Mahkemesinin aksi yöndeki gerekçesi yerinde...” görülmemiştir.⁷² İşverenin zararın tazmini ni zarara neden olan işçilerden sadece birinden talep etmesi ise eşit davranma borcuna aykırı bulunmamıştır.⁷³ Hukuk Genel Kurulu da kavgaya karışan iki işçinin de iş sözleşmesinin feshi karşısında işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığına karar vermiştir.⁷⁴

Yargıtay, başka bir olayda ise bulaşıcı hastalığa yakalanan işçinin işyerinde çalıştırılmamasını ayırıcılık kabul ederek tazminata hükmeden mahkeme kararını “...mahkemenin kabulünde olduğu üzere iş sözleşmesi işçinin istifasıyla sonlanmış olup... davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu göz önüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayırıcılık olarak nitelendirilmesi(nin) yerinde...” olmadığı gerekçesiyle bozmuştur.⁷⁵

69 9. HD 14.02.2011 T., 2009/4160 E., 2011/2530 K.

70 9. HD 08.11.2010 T., 2009/35465 E., 2010/32189 K., Dairenin 10.04.2013 T., 2011/5941 E., 2013/11521 K. sayılı kararı ise “...Bu bağlamda, her ne kadar kavgayı başlatan ve kavganın tarafı olan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer üç işçinin iş akitlerinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir. Bu nedenle, iş akdi işveren tarafından haksız olarak feshedilen davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar vermek gerekirken taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklindedir.

71 “...Dosya içeriğine göre, ...oluşan zarar miktarı kusuru oranında davacının 30 günlük brüt ücretinden fazla olduğundan iş sözleşmesinin feshi haklı neden niteliğinde ise de, ...Davalı şirketin maddi zarara uğramasına ve davacının iş akdinin feshine sebep olan hatalı beton dökme olayında şantiye şefinin davacıdan daha fazla kusuru olduğu sabit olmakla eşit işlem ilkesine aykırı olarak sadece davacının iş sözleşmesinin feshedilmesi haksız olup bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Kapatılan) 22. HD 24.09.2018 T., 2015/35120 E., 2018/19675 K.

72 9. HD 14.12.2022 T., 2022/14710 E., 2022/16732 K.

73 9. HD 30.11.2011 T., 2009/26698 E., 2011/46582 K.,

74 HGK 13.12.2017 T., 2015/9-2795 E., 2017/1752 K. Karara ilişkin değerlendirme için ÇİL, İlke Kararları, 254.

75 9. HD 01.10.2013 T., 2011/28499 E., 2013/24767 K. sayılı kararı. Mahkemece bozmaya uyularak ayırıcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, karar davacının temyizi üzerine 9. HD tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı AYM’ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından davacının işten ayrılmaya zorlandığı, bu şekilde aslında işveren tarafından işten çıkarıldığı yönündeki iddiaları ile işyerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle Anayasa’nın 17 ve 20. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AYM, 01.02.2017 T., Başvuru Numarası: 2014/19081, Resmî Gazete: 10.03.2017, 30003.

Yargıtay işletmesel nedenlere dayanan feshlerde de ayrımcılık yapma yasağına ve eşit davranma borcuna uygun davranılıp davranılmadığını denetlemektedir.⁷⁶ Yargıtay başka bir kararında ise "...Dosya içeriğine göre, davacı, iş akdinin davalı işyerinde hukuk müşaviri olarak çalışmakta iken işverence çalıştığı hukuk müşavirliği bölümünün kapatılarak hukukî hizmetlerin dışarıdan alınacağı gerekçesiyle sona erdirildiği, ancak asıl sebebin hamileliği olduğu iddiasıyla eşit davranma tazminatına, feshin geçersizliğine ve işe iade edilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı işveren ise; davacının iş akdinin tüm hukuk hizmetlerinin dışarıdan bir avukatlık bürosundan alınması ve bu karar doğrultuda Şirket bünyesindeki hukuk departmanının kapatılması yönünde alınan işletmesel karara binaen feshedildiği, avukat olan davacının başka bir bölümde de istihdamının mümkün olmadığından feshin geçerli olduğu savunularak davanın reddi talep edilmiştir. ...işveren feshi hukuk hizmetlerinin dışarıdan alınması ve buna bağlı olarak hukuk departmanının kapatılması kararına dayandığından, fesih tarihinden sonra hukuk hizmetlerinin dışarıdan alındığını gösterir hizmet alım sözleşmelerinin bulunup bulunmadığı, daha evvel de bu hizmetlerin dışarıdan alınıp alınmadığı, ayrıca alınan kapatma kararının fiilen uygulanıp uygulanmadığı hususlarının tereddüde

*mahal verilmeksizin açıklığa kavuşturulmalı, sonucuna göre de davacının eşit davranma tazminatı değerlendirilip bu tazminat ile işe iade ve sonuçları hakkında karar verilmesi gereklidir...*⁷⁷

Bu arada yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (7036 sayılı Kanun) 11. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinde değişiklik yapılarak feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade istemiyle açılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceği, ancak bölge adliye mahkemesi kararının kesin olduğu, 7036 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde de bölge adliye mahkemelerinin bu konuda verecekleri kararlarının temyiz edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 7036 sayılı Kanun'un 38. maddesinde bu hükmün 01.01.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu itibarla 01.01.2018 tarihinden sonraki dönemde Yargıtay tarafından feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davaları yönünden temyiz incelemesi yapılmamakta, kararlar istinaf yolundan sonra kesinleşmektedir.

Bazı Yargıtay kararlarında ise eşit davranma borcuna aykırılığın feshin haksız olması sonucunu doğurursa da geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilmiştir.⁷⁸

5. Yaptırımı

a. Ayrım Yasaklarında

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fık-

76 "...davacının iş sözleşmesinin, 13.09.2012 tarihinde çalıştığı bölümün tasfiye edildiği gerekçesiyle geçerli sebebe dayanılarak feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davalı işyerinde mahkemece yapılan keşif ve diğer belgeler değerlendirildiğinde üretim faaliyetlerinin durduğu sabittir. Tanıklar, şirket ortaklarının, yeni ortaklarla birlikte A... M... adında yeni bir şirket kurduğunu ve işyerinden yeni şirkete alınan işçiler olduğunu beyan etmiş ise de bu yönde herhangi bir araştırma yapılmamıştır. Yeni kurulan şirkete işçilerin bir kısmının alınıp, bir kısmının alınmaması eşit davranma ilkesine aykırıdır. Şu halde, mahkemece, iki şirket arasında iddia doğrultusunda bağlantı olup olmadığı tespit edilmeli, davalı işyerinden dava dışı A... M... isimli şirkete geçen işçi olup olmadığı, bu işçilerin yaptıkları işin niteliği ile işçilerin vasıfları belirlenmeli ve bu suretle işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranıp davranmadığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Bu husus araştırılmaksızın, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD 03.12.2013 T., 2013/30572 E., 2013/27841 K. sayılı kararı.

77 9. HD 02.04.2015 T., 2015/4139 E., 2015/13002 K.

78 "...Dosya kapsamından kavganın kim tarafından başlatıldığı tespit edilemese de karşılıklı olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davrandığı ve bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır. Ancak fesih haklı nedene dayanmasa da davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır..." 9 HD 2015/31120 E., 2016/12799 K. sayılı kararı. (Kapatılan) 22 HD 06.02.2017 T., 2017/858 E., 2017/1122 K. ile 26.03.2019 T., 2016/8370 E., 2019/6561 K. sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

rası uyarınca “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.”⁷⁹

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki hüküm uyarınca işveren iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yaparsa işçiye 4 aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olduğu gibi işçi yoksun kaldığı haklarını da talep edebilecektir. Örneğin farklı ücret uygulaması nedeniyle ücret veya ikramiye farkı, yararlandırılmadığı bir takım ücret ekleri, sosyal yardımlar, hatta bazı hâllerde kıdeme bağlanan haklardan kıdeminin düşük olması nedeniyle yararlanmaması bu çerçevede sayılabilir.⁸⁰

Öte yandan tam süreli-kısmî süreli veya belirsiz süreli-belirli süreli çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılan nedenler bulunmadığı hâlde farklı işlem yapılması da ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirir.⁸¹ 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasında “yukarıdaki fıkra

hükümleri” ifadesi bu kabulün dayanağını oluşturmaktadır. Başka bir deyişle kısmî süreli veya belirli süreli çalışan işçiye ayrımı haklı nedenler olmadığı hâlde sırf sözleşmenin niteliğinden dolayı tam süreli veya belirsiz süreli çalışan işçiye göre farklı işlem yapılmış ise işçi ayrımcılık tazminatı talep edebilir.⁸²

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı iş ilişkisinde ve sona ermesinde söz konusu olduğundan işe almada maruz kalınan ayrımcılık nedeniyle genel mahkemelerde genel hükümlere göre sözleşme görüşmelerinde kusur (*culpa in contrahendo*) hukuksal nedenine dayalı olarak tazminat talep edilmesi mümkündür.⁸³ Yargıtay da sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan tazminat istemlerinde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu, iş mahkemesine açılan davada görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki yükümlülükler aykırı davranan işverene para cezası verileceği Kanun’un 99. maddesinde hükme bağlanmıştır. Yine 5237 sayılı Kanun’un “Nefret ve ayrımcılık” başlıklı 122. maddesinde işe almada ayrımcılık suç olarak düzenlenmiştir.⁸⁵

79 2821 sayılı Sendikalar Kanunu 07.11.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6356 sayılı Kanun’un 81. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve diğer mevzuatta bu Kanun’a yapılan atıfların 6356 sayılı Kanun’a yapılmış sayılacağı belirtildiğinden 4857 sayılı Kanun’un 5. maddenin altıncı fıkrasında saklı tutulan düzenleme 6356 sayılı Kanun’un 25. maddesi olarak anlaşılmalıdır.

80 Yenisey, 81.

81 “...Kısmî süreli hizmet akdiyle çalışan işçiye, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça salt bu nedenle farklı bir işlem yapılamayacağı Kanunda öngörülmüştür. İşçinin, ücretinin veya diğer parasal haklarının tam süreli emsal işçinin çalışma süresi ve ücretine göre oranlanmak suretiyle belirlenecek olan haklarını talep etmesi mümkündür. Bundan başka 4857 sayılı Yasanın Sıncı maddesinde bu yönde yapılacak bir ayırım açık biçimde yaptırıma tabi tutulmuş olmakla, eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının talep edilmesi de olanaklıdır. Ayırım sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse, sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının ödetilmesi söz konusu olur...” 9. HD 19.02.2018 T., 2015/24277 E., 2018/3225 K. sayılı kararı. Dairenin 13.05.2019 T., 2016/3906 E., 2019/10613 K., 08.12.2020 T., 2016/32478 E., 2020/17741 K., 22.12.2020 T., 2020/3651 E. 2020/19572 K. ile (Kapatılan) 22. HD 08.06.2020 T., 2017/29375 E., 2020/6031 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.

82 Aynı yönde, Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, 2010, 175.

83 Süzek, 476; Öner/Taşkent/Ulucan, 158; Tuncay Senyen Kaplan, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, 262. Ulucan, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, 376 (Yazar, 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin açık biçimde eşitliğe aykırı işlemler bakımından getirdiği yaptırımların iş ilişkisinin kurulmasından sonraki dönemi kapsadığını, iş sözleşmesi yapma safhası ile ilgili yaptırım öngörmediğini belirtmektedir.)

84 “...Davacının sözleşme öncesi işlemlere dair sorumluluk temelinde dayanan davalarda görevli mahkeme İş mahkemesi olmayıp, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bu nedenle görev hususu re’sen gözetilerek mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. 9. HD 28.10.2020 T., 2017/17897 E., 2020/13824 K.

85 “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;

...c) Bir kişinin işe alınmasını...engellleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

b. Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davranmada

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması hâlinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edip edemeyeceği konusu tartışmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre iş hukukunda eşitlik ilkesinin hem ayrımcılık yasağını, hem de eşit işlem yapma borcunu içerdiği, ancak 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yazım şekline ayrımcılık tazminatının sadece ayrımcılık durumlarında talep edilebileceği, eşit işlem yapma borcuna aykırılık hâlinde yani herhangi bir objektif ve makul gerekçe olmaksızın aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında işverence keyfi işlem yapılması durumunda bu tazminatın talep edilemeyeceği sonucunun çıkarılabildiği, bu durumlarda ise işverenin yaptığı keyfi işlemin hiçbir yaptırıma tabi tutulmamış olacağı, bu takdirde de Anayasa'nın 10. maddesinde hukuki dayanağını bulan işverenin eşit işlem yapma borcunun kâğıt üstünde kalacağı, işveren eşit işlem yapma borcuna aykırı davranrsa dahi kendisine yaptırım uygulanmadığı takdirde fiili olarak eşit işlem yapma borcunun varlığından söz edilemeyeceği, bu nedenle buradaki kanun boşluğunun hâkim tarafından 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı esas alınarak doldurulması gerektiği, sonuç olarak ayrımcılık tazminatının sadece 5. maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilen nedenlere dayalı olarak yapılan ayrımcılıkta değil işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı işlemlerinde de talep edilebileceği ileri sürülmekle birlikte⁸⁶ eşit davranma borcuna aykırılık durumunda işçinin yoksun bırakıldığı haklarını isteyebileceği ancak ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceği de savunulmaktadır.⁸⁷

Yargıtay ise 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılan nedenler ve benzerleri kapsamında ayrımcılık yapılmadığı takdirde işverenin sırf eşit davranma borcuna aykırı dav-

ranmasının ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirmediği yönündeki istikrarlı uygulamasını sürdürmektedir. Bu kabulünün temelinde işverenin eşit davranma borcunun dayanağını oluşturan yasal ve Anayasal düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüşünün yattığı söylenebilir.⁸⁸ "...Somut uyuşmazlıkta İlk Derece Mahkemesince davalı işveren tarafından davacıya emsal işçilere yapılandan daha düşük prim ödemesi yapıldığı gerekçe gösterilerek dava konusu ayrımcılık tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir...Söz konusu alacağın eksik ödenmesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır."⁸⁹ Yine işyerinde çalışan bazı işçilere kreş imkanı tanınırken davacının bu hizmetten yararlandırılmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatının hüküm altına alındığı karar Yargıtayca 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ayrımcılık yapıldığının ispat edilemediği ve istemin reddi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.⁹⁰

88 (Kapatılan) 22. HD 14.09.2017 T., 2017/11785 E., 2017/17709 K., 9. HD 30.05.2018 T., 2017/8108 E., 2018/12119 K.

89 9. HD 16.09.2020 T., 2016/33995 E., 2020/8116 K., 22.12.2020 T., 2020/3651 E., 2020/19572 K., 26.01.2021 T., 2020/4817 E., 2021/2405 K., 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K., (Kapatılan) 22 HD 03.07.2019 T., 2017/23268 E., 2019/14998 K. sayılı kararlar örnek olarak verilebilir.

90 9. HD 16.02.2015 T., 2013/11034 E., 2015/6688 sayılı kararı. Mahkemece bozmaya uyularak istemin reddine karar verilmiş, karar 9. HD tarafından onanarak kesinleşmiştir. Bunun üzerine davacı bireysel başvuruda bulunmuş, AYM tarafından "...Sonuç olarak somut olayda durumları benzer olan kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğu açıktır. Farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene aittir. Olayda işverenin farklı muamelenin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.... Öte yandan işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağladığı sabit olduğuna göre İş Mahkemesinin işverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı imkânın ekonomik

86 Yıldız, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, 88; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 747.

87 Süzek, 493; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2023, 378-379.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi hâlinde ise işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayıldığından yoksun kaldığı haklarını talep edebilirse de sırf muvazaalı işlem sebebiyle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.^{91 92}

Özellik arz eden bir durum olarak belirtilme-

değerini ortaya koyma külfetini işçiye (başvurucuya) yüklemesinin ve başvurucunun yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebini bu temelde reddetmesinin Anayasa'nın 10. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler uygun bir yaklaşım olmadığı belirtilmelidir. İşverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı kreş imkânının mali değerini ortaya koymasını ayrımcılığa maruz kalan başvurucudan beklemek, başvurucuya aşırı külfet yüklenmesi anlamına geleceği gibi işverene kendi kusurundan lehine haklar çıkarma fırsatı sunar. İş Mahkemesinin ispat külfetine ilişkin bu yaklaşımı, işveren tarafından yapılan ayrımcı muamelelerin telafi edilmesini önlemiştir..." gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesi ile bağlantılı olarak 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM 28.12.2021 T., Başvuru Numarası: 2016/5824, Resmî Gazete: 27.01.2022, 31732.

91 "...Davacı işçi, İş Kanunu'nun 5. maddesi ve maddede ki hâllere benzer diğer sebeplere dayalı bir ayırım yapıldığını da ileri sürüp ispat edemediğine göre salt asıl işveren-alt işverenin ilişkisinin muvazaalı olmasının İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. O hâlde eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı talebinin reddine karar verilmelidir..." HGK 05.10.2021 T., 2018/9/880 E., 2021/1153 K. sayılı kararı. HGK'nın 16.09.2021 T., 2017/(22)9-3193 E., 2021/1025 K. sayılı kararı da aynı yöndedir.

92 "...Somut uyuşmazlıkta Mahkemece hükmedilen eşit davranmama tazminatına gerekçe olarak "davalı işverenin muvazaalı işlemi sebebi ile eşit işlem borcuna aykırı davrandığı, davacının bu sebeple mali olarak mahrum kaldığı haklarının bilirkişi raporu ile ayrı ayrı hesap edildiği, ayrıca davacının mahrum kaldığı haklarının yanında davalıların muvazaalı işlem yapmış olmaları, davacının kıdemi birlikte değerlendirildiğinde davalı şirketlerin ayrıca ayrımcılık yapmaları gözetilerek kanunen üst sınır olan 4 aylık brüt ücreti tutarında eşit işlem borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmesinin hakkaniyetli olacağı" yazılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere 4857 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiş olup somut olayda bu ve benzeri sebeplere dayalı bir ayırım yapıldığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından eşit davranmama tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." 9. HD'nin 15.01.2018 T., 2016/25313 E., 2018/156 K. sayılı kararı. 9. HD'nin 28.03.2018 T., 2015/10850 E., 2018/6939 K., 03.03.2021 T., 2020/4588 E., 2021/5455 K., 06.10.2020 T., 2016/24252 E., 2020/10625 K., 16.09.2020 T., 2016/20946 E., 2020/8120 K. ile 7. HD'nin 01.10.2015 T., 2014/19783 E., 2015/17677 K. sayılı kararları da aynı yöndedir.

lidir ki, psikolojik tacize maruz kalan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi manevi tazminat talep hakkı da bulunmaktadır. Psikolojik tacizin işverenin eşit davranma borcunun ihlali anlamına geldiği, bu nedenle işçinin 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatını talep edebileceği ileri sürülmekte ise de⁹³ Yargıtay aksi görüştedir. "... *mobbing uygulandığı anlaşıldığından mahkemenin manevi tazminata ilişkin kararı isabetlidir. ... Dosya içeriğine göre, davacıya kadınlar gününde hediye verilmemesi, telefon, laptop eksikliklerinin giderilmemesi gibi davalı işverenin davranışları ve davacının yaşadığı diğer tüm olaylar mobbingin unsurlarını oluşturmaktadır. ... davalı işyerinde ayrımcılık yapılarak 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesine aykırı bir uygulamanın olduğunu gösteren bir delil davacı tarafından ileri sürülmemiştir. Davalı tarafından yapılan tüm eylemler, işyerinde ayrımcılık yapılarak eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığına değil, küll halinde mobbingin unsurlarını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda; davacının eşit davranma ilkesine aykırılığa ilişkin tazminat talebinin reddi gerekmektedir...*"⁹⁴

İşçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması nedeniyle iş sözleşmesini 4857 sayılı Kanun'un 24. maddesinin II numaralı bendinin (e) ve (f) alt bentlerinde düzenlenen haklı sebeplerle feshedip kıdem tazminatı da alabilecektir.⁹⁵ "...Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş ahdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi..." bozma nedeni yapılmıştır.⁹⁶

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, 6098

93 Yuvalı, 735.

94 (Kapatılan) 22. HD 23.02.2016 T., 2014/30716 E., 2016/4938 K., Aynı yönde 9 HD 08.10.2019 T., 2016/9885 E., 2019/17630 K.

95 Demir, 191; Yenisey 76.

96 9. HD 05.10.2020 T., 2017/16279 E., 2020/10415 K.

sayılı Kanun'un 27. maddesinde Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı hükme bağlanmıştır. Konuya 6098 sayılı Kanun'un 27. maddesindeki düzenleme yönünden yaklaşıldığında; 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki hüküm emredici nitelik taşıdığından işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması veya ayrımcılık yapması hâlinde buna ilişkin sözleşme düzenlemeleri ya da işveren uygulamaları hüküm ifade etmeyecek, oluşan boşluk eşit davranma ilkesinin gereklerine göre doldurulacaktır. Görüldüğü üzere bu hâlde işlemin bütünüyle hükümsüz sayılması farklı işleme maruz kalan işçinin yararına olmadığından kısmî hükümsüzlük söz konusu olacaktır.⁹⁷ Bu hâli ile eşitlik ilkesi hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet etmektedir.⁹⁸ Başka bir deyişle örneğin aynı veya benzer işi yapan işçilerden bir kısmına zam yapılmamış ise eşitlik, zam yapılmayan işçilere zam yapılması yönünde pozitif uygulama düzleminde sağlanmalıdır.

c. İspat

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin son fıkrasında Kanun'un 20. maddesindeki hüküm saklı kalmak kaydıyla işverenin maddedeki hükümlere aykırı davrandığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu ancak işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda böyle bir ihlalin mevcut olmadığını işverenin ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ayrımcılık iddiası 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi kapsamında iş sözleşmesinin sebep gösterilmeksizin ya da geçerli neden olmaksızın

zın feshine ilişkin ise ispat yükü 20. maddenin ikinci fıkrası gereğince işverene ait olmakla birlikte bunun dışındaki hâllerde ispat yükü işçinin üzerindedir. Ancak işçiye ispat yükü bakımından kolaylık getirilmiş ve belirli durumlarda ispat yükünün yer değiştirebileceği kabul edilmiştir.⁹⁹ Yargıtay'ın uygulaması da öğretideki görüşlerle aynı doğrultudadır. *"...Davacı işçi, cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren doktor raporu ve tanık beyanına dayanmış olduğuna göre bunun aksini ispatla yükümlü olan davalı işveren doğum sonrası feshin makul ve meşru sebebini ortaya koymalıdır. Dosya kapsamına göre davalı işverenin iş hacminde düşüş meydana geldiği ve davacının çalışmasına ihtiyaç kalmadığı gerekçesi somut ve inandırıcı delillerle kanıtlanmış değildir. Davalı işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sabittir. Hal böyle olunca davacının 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan ayrımcılık tazminatı isteğinin kabulü gerekir..."*¹⁰⁰ Yargıtay başka bir kararında ise eşit davranma borcuna aykırılığın ispatı yönünden *yumuşatılmış bir ispat yükü* olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁰¹

99 Aynı yönde Süzek, 494-495; Yıldız Eşit İşlem, 297 vd; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, 445.

100 (Kapatılan) 22. HD 09.06.2015 T., 2015/15750 E., 2015/200058 K. Aynı yönde "...Dosya içeriği ve mail yazışmalarına göre, davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının 04.07.2014 tarihli hastane yazısı ile hamileliğini davalı işverenliğe bildirdiği, ardından davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne yazılan 05.07.2014 tarihli yazıda, davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle kendisiyle çalışmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. ...ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır." 9. HD 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/11167 K.

101 "...Şu halde kötüniyet tazminatında, işverenin fesih hakkını kötüye kullandığını ispat yükü tamamen işçiye ait iken, ayrımcılık tazminatı yönünden işçinin kendisine ayrımcılık yapıldığını gösteren durumu güçlü biçimde ortaya koymuş olması yeterli görülmelidir..." (Kapatılan) 22. HD 27.03.2018 T., 2015/28332 E., 2018/7866 K.

97 9. HD 16.05.2023 T., 2023/1603 E., 2023/7165 K. Aynı yönde Ugan Çatalkaya, Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni, 871.

98 9. HD 17.03.2021 T., 2020/9093 E., 2021/6337 K., 26.01.2021 T., 2020/4817 E., 2021/2405 K.

d. Miktarı, Hesaplamaya Esas ücret, Zamanaşımı ve Faiz Başlangıç Tarihi

4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen tazminat işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında olup madde gerekçesinde de belirtildiği üzere tazminatın işçinin asıl ücreti üzerinden hesaplanması gerekmektedir. Başka bir deyişle asıl ücretin dışında ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal hakların ücrete eklenmesi, tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanması mümkün değildir. Yine maddenin yazılış biçimi dikkate alındığında ayrımcılığa maruz kalan işçi yoksun kaldığı haklarını ayrıca talep edebileceğinden ayrımcılık tazminatının zarar olmasa da istenebileceği sonucu çıkmaktadır. Zira bu hüküm ile bir bakıma işveren hukuka aykırı davranışı nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Bu tazminatın talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin mutlaka feshedilmesi gerekmemekte olup iş sözleşmesi devam ederken de "iş ilişkisi"nde" yapılan ayrımcılık nedeniyle sözü edilen tazminat talep edilebilir.¹⁰²

İşe almada cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık hâlinde ise ortada henüz bir sözleşme olmadığı için tazminat miktarının belirlenmesinde 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen hüküm çerçevesinde benzer işte çalışanların aldığı ücret ve yoksun kaldığı diğer haklar ölçü olarak dikkate alınmalıdır.¹⁰³

İşçi ayrımcılık tazminatı ve yoksun kaldığı hakların yanı sıra maddi ve manevi tazminat da talep edebilir.¹⁰⁴

Ayrımcılık tazminatında üst sınır 4 ay olup alt sınırdan ayrılarak tazminata karar veren hâkimin bu kabulün gerekçesini göstermesi gerekir. Ayrıca işçinin çalışma süresi, fesih nedeni, maruz kalınan durum gibi hususlar tazminatın miktarının

belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.¹⁰⁵

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki tazminatın miktarına ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olduğu, bu nedenle iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile miktarının arttırılabileceği ileri sürülmektedir.¹⁰⁶ Yargıtay'ın bu konuyla ilgili kararı tespit edilememiştir.

Ayrımcılık tazminatında zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca 10 yıl olarak kabul edilmekte iken¹⁰⁷ 7036 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'a eklenen Ek 3. madde ile "İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat" yönünden zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlenmiş, maddenin yürürlüğünden (25.10.2017) önce başlamış zamanaşımı süreleri bakımından da geçici 8. madde ile geçiş hükmü öngörülmüştür.¹⁰⁸ Ancak Kanun'un lafzında fesih işlemi dışındaki ayrımcılık hâlleri düzenlenmemiştir. Bu durumda fesih dışında kalan ayrımcılık hâllerinde istenecek ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresinin genel hükümlere göre 10 yıl olarak kabul edilmesi gerekecektir. Kanun'un bu düzenleniş biçimi ile aynı tazminat için farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanması gibi çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır.¹⁰⁹

Ayrımcılık tazminatı için faiz talebi ve başlangıç tarihi yönünden genel hükümlere göre değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁰ Dava tarihinden

1059. HD 24.11.2020 T., 2016/32146 E., 2020/16654 K.; 15.05.2019 T., 2016/1423 E., 2019/11167 K.; 05.10.2017 T., 2015/13409 E., 2017/15065 K.

106 Süzek, 486.

1079. HD 16.07.2017 T., 2017/5838 E., 2017/15823 K.

108 4857 sayılı Kanun'un Geçici 8. Maddesi:

Ek 3 üncü madde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren iş sözleşmelerinden kaynaklanan yıllık izin ücreti ve tazminatlar hakkında uygulanır.

Ek 3 üncü maddede belirtilen yıllık izin ücreti ve tazminatlar için bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri, değişiklikten önceki hükümlere tabi olmaya devam eder. Ancak, zamanaşımı süresinin henüz dolmamış kısmı, ek 3 üncü maddede öngörülen süreden uzun ise, ek 3 üncü maddede öngörülen sürenin geçmesiyle zamanaşımı süresi dolmuş olur.

109 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 747; Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020, 296.

110 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 331.

102 Aynı yönde Yenisey 77; Tuncay Senyen Kaplan, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", 263.

103 Öner/Taşkent/Ulucan, 158.

104 Demir, 191; Tuncay Senyen Kaplan "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı" 264 (Yazara göre ayrıca hukuka aykırılığın tespiti, yasaklanması veya önlenmesi veya ortadan kaldırılmasının da talep edilebilir.); Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 746.

önce temerrüt varsa temerrüt tarihi, aksi hâlde dava tarihinden itibaren yasal faize karar verilmelidir.¹¹¹ Ayrıca belirtilmelidir ki, 24.05.2019 tarihli ve 2017/8 Esas, 2019/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararında, bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesinin talep edildiği kısmi davada, dava konusu miktarın kısmi ıslahla faiz talebi belirtilmeksizin arttırılması hâlinde, arttırılan miktar bakımından dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedilebileceği kabul edilmiştir.¹¹²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin İş Dairelerinin birleşmesinden sonra aldığı ilke kararı doğrultusunda verdiği kararlar dikkate alındığında, hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda işçinin davanın açıldığı tarihte alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi kendisinden beklenemeyeceğinden ¹¹³ayrımcılık tazminatının miktarının belirlenmesinde de çalışma süresi, fesih nedeni ve ihlalin ağırlığına göre hâkimin takdir yetkisi bulunduğu gözetildiğinde bu tazminatın belirsiz alacak davasına konu edilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

6. Diğer Tazminatlarla İlişkisi

a. Kötüniyet Tazminatı ile İlişkisi

4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde 18. maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanun'un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeneceği hükme bağlanmıştır. Kanun'da kötüniyet sayılan hâller belirtilmemiş ise de madde gerekçesinde işçinin işveren hakkında şikayette

bulunması, işveren aleyhine dava açması ya da tanıklık yapması örnek kabilinden sayılmıştır. Uygulamada ve öğretide bu tazminat "kötüniyet tazminatı" olarak ifade edilmektedir.

4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasında örnek olarak sayılan ve iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler için geçersiz feshe yol açan sebepler ve benzerleri iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için kötüniyetli fesih/ayrımcılık sebebi oluştururlar ve iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler kötüniyet tazminatı talep edebilir.¹¹⁴

Öğretide 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatının birlikte hükmedilemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunduğu ancak kötüniyet tazminatı yönünden maddede böyle bir düzenleme mevcut olmadığından kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenebileceği, işçi lehine yorum ilkesinin de bu sonuca varmayı gerektirdiği, aksi hâlde söz konusu işçilerin maruz kaldıkları ağır haksızlığa rağmen sınırlı haklarla yetinmek durumunda kalacakları görüşü savunulduğu gibi¹¹⁵ iş güvencesine tabi olmayan işçiler yönünden kötüniyetin ayrımcılık teşkil eden davranıştan kaynaklandığı, ayrımcılığın kötüniyetin özel bir türü olduğu, bu nedenle işverenin aynı davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği de ileri sürülmektedir.¹¹⁶

Yargıtay ise her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir. "...Somut olayda davacının iş akdinin davacının hamile olduğunun öğrenilmesi üzerine işverence feshedildiğinin dosya kapsamından anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi isabetli ise de, kö-

111 Çil, Şahin: Yargıtay Uygulamaları, 296; Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan /Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, 60.

112 Resmî Gazete: 27.09.2019, 30901.

113 "...Alacağın miktarının belirlenebilmesinin hâkimin takdirine bağlı olduğu durumlarda hukuki imkânsızlık söz konusu olur. Bu durumda davacı alacaklı, hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilemeyeceği için davanın açıldığı tarihte alacağının miktarını belirleyebilecek durumda değildir..." 9. HD 06.10.2020 T., 2017/16282 E., 2020/10599 K.

114 Aynı yönde Bakırcı, Kadriye: "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 118.

115 Süzek, 490, 491; aynı yönde Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, 263; Kandemir/Yardımcıoğlu, 38; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 749-750.

116 Demir, 194; Yenisey, 81; Bakırcı, 119; Akyiğit, 319; Çankaya/Günay/Göktaş, 63.

tüniyet tazminatının koşullarının gerçekleşmemesi nedeniyle ve aynı hukuki nedenden dolayı ikinci bir tazminata hükmedilemeyeceği göz ardı edilerek kötüniyet tazminatı talebinin kabulü isabetsiz olup, hükmün açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.¹¹⁷ Yargıtay'ın başka bir kararında ise "...Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı..." bulunarak işçinin lehine olan tazminata karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁸

b. Sendikal Tazminat ile İlişkisi

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki hüküm uyarınca işe almada, işin devamı süresince yapılan işlemlerde ve işe son vermede sendikal nedenle ayırım kanıtlandığı takdirde işveren işçiye bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminat öder. İşçi fesihten dolayı hiçbir zarara uğramamış olsa bile sendikal tazminata hak kazanır. Bu tazminatın ücretin bir yıllık tutarına ilişkin kısmı kesin ve götürü niteliktedir. Bu bakımdan öğretide bunun bir tür medeni ceza olduğuna işaret edilmektedir.¹¹⁹

Ayrımcılık tazminatını düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki hüküm saklı tutulduğundan sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi mümkün değildir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu da önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu yönde karar vermiştir.¹²⁰

1179. HD 05.11.2014 T., 2012/39721 E., 2014/32640 K.

118 (Kapatılan) 22. HD 29.11.2013 T., 2012/29053 E., 2013/27095 K.

119 Sur, 70.

120 "...Somut olay bu çerçevede irdelendiğinde; davacı sendika üyesi olmayan işçilere daha fazla ücret ödenmek

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki düzenleme nedeniyle sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçinin işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat davası açması mümkün kılındığından işçinin 4 aylık ayrımcılık tazminatı yerine 1 yıllık ücreti tutarında sendikal tazminatı tercih edeceği ancak toplu iş sözleşmeleri ile arttırılan ihbar öneleri daha yüksek miktarda bir tazminata hak kazandırıyorsa işçinin ayrımcılık tazminatı ya da sendikal tazminat yerine kötüniyet tazminatını isteyebileceği de ileri sürülmektedir.¹²¹

c. İş Güvencesi Tazminatı ile İlişkisi

Sendikal nedenle fesihler hariç iş sözleşmesinin feshinin mahkeme tarafından geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve işverenin işçiyi başvurmasına rağmen bir ay içinde işe başlatmaması hâlinde işçiye en az dört aylık, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Uygulamada ve öğretide bu tazminata "iş güvencesi" veya "işe başlatmama tazminatı" adı verilmektedir.

İşveren, ayırım yasaklarını ihlal ederek iş sözleşmesini ırk, renk, cinsiyet, medeni hâl, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle feshettiği takdirde bu fesih, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi uyarınca geçersiz fesih niteliği taşıdığından işçi feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açabilir. Bu durumda feshin geçersizliğinin tespitine karar verilmekle birlikte buna ilaveten iş güvencesi tazminatına da hükmedilir. İşveren işçiyi işe başlatırsa iş sözleşmesi kaldığı

suretiyle ayrımcılık yapıldığı idd(i)asıyla İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen dört aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatının tahsilini talep etmiştir. Ancak bu davada ileri sürdüğü olaylar açmış olduğu işe iade davasında tartışılmış ve davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği için feshin geçersiz olduğu kabul edilerek davacının işe iadesine ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi uyarınca 12 aylık ücret tutarındaki sendikal tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. O halde davalı işveren sendikalaşmaya karşı olan eylemi nedeniyle yaptırma maruz kaldığı için aynı eylem nedeniyle ikinci defa yaptırım uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturduğu dikkate alınarak istemin reddine karar verilmesi gerekmektedir..." HGK 22.07.2017 T., 2015/9-305 E., 2017/323 K.

121 Demir, 195.

yerden devam eder. Aksi hâlde iş güvencesi tazminatı ödemek zorundadır. İş sözleşmesi ayrımcılık yasalarına aykırı olarak feshedilmiş ise bu durumda hem geçersiz fesih durumu ortaya çıkacak hem de ayırım yapılmış olacaktır. İşte böylesi bir durumda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmakta olup bu konuda öğretilerde yine farklı görüşlerin bulunduğu, bir kısım yazarlarca 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceğinin hüküm altına alındığı, bu hükmün karşıt kavramından ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilebileceği, zira her iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğu, iş güvencesi tazminatının feshin geçersizliğinin tespitine rağmen işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğu, ayrımcılık tazminatının ise iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yapılması durumunda talep edilebilen özel bir tazminat olduğu, bu nedenle her iki tazminata birlikte hükmedilebileceği ileri sürülmektedir.¹²² Bazı yazarlar ise ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilemeyeceği görüşündedir.¹²³

Yargıtay ise her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğini kabul etmektedir. "...İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok

4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. İşçinin işe başlatılma başvurusunun işverence reddedilmesi... yeni bir fesih sayılmaktadır. Dolayısıyla burada, ayrımcılık söz konusu olmayıp kanundan doğan sonuç gerçekleşmektedir. Müeyyidesi ise yasanın 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada, ayrıca 5. maddedeki ayırım yasaklarının tartışılması da mümkün değildir. Somut olayda, davalı işveren, işe iade davasını kazanan davacıyı işe başlatmamış ve iş güvencesi tazminatını ödediğinden uygulama yeri olmayan ayrımcılık tazminatının reddi yerine hüküm altına alınması hatalıdır..."¹²⁴ Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararı ise aksi yöndedir.¹²⁵

1249. HD 18.06.2012 T., 2010/13065 E., 2012/23353 K. Ayrıca başka bir kararda TİS'de öngörülen iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına da birlikte hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. "...2-Davacının iş akdinin işveren davalı belediye tarafından siyasi nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı ile birlikte TİS'nin 24.maddesindeki haksız işten çıkartma için öngörülen iş güvencesi tazminatı gerektirir bir tek eylem söz konusudur. Bu durumda, söz konusu tazminatlardan iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekir. 4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca eşitsizlik tazminatı istediğinin reddine karar verilmelidir..."⁹. HD 06.06.2007 T., 2006/30730 E., 2007/18714 K. sayılı kararı. 9. HD'nin 17.09.2015 T., 2015/18355 E., 2015/26031 K. sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

125 "... davacı işçinin daha önce açtığı işe iade davasında, doğum izninde olduğu bir dönemde davacının yerine başka bir kişinin atanması ve izin sonrası davacıya başka bir görev teklifi İş Kanunu hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmiş ve davacının yapılan görev değişikliğini kabul etmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshi haklı ve geçerli bulunmamış, davacının önceki işine iadesine karar verilmiştir. Davalı işverenin temyizi üzerine kesinleşen karara dayanılarak davacı işçi tarafından yapılan işe başvuru da işverence reddedilmiş ve işe başlatılmayarak tazminatları ödenmiştir. Kesinleşen işe iade kararı da işverence yapılan değişikliğin organizasyon değişikliği kapsamında geçerli bir nedene dayanmadığını ortaya koymaktadır...Yapılan bu açıklamalara, dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum

122 Süzek, 492; Şahlanan, Fevzi: İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016), İstanbul 2016, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 198-199; Yenisey 79; Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, 263; Kandırcı/Yardımcıoğlu, 39; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 750-751.

123 Akyiğit, 319; Çankaya/Günay/Göktaş, 62.

d. Haksız Fesih Tazminatı ile İlişkisi

6098 sayılı Kanun'un 438. maddesinin birinci fıkrasında belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işverence haksız feshi hâlinde işçinin talep edebileceği tazminatlar hüküm altına alınmış, maddenin üçüncü fıkrasında ise bunlara ilaveten hâkimin, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği ancak belirlenecek tazminatın miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı belirtilmiştir.

Anılan düzenlemeyle hâkime haksız fesih tazminatına hükmetme ve tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.¹²⁶

6098 sayılı Kanun'un 438. maddesinin gerekçesinde tazminatın miktarının hâkim tarafından somut olayın bütün durum ve koşulları (tarafaların sosyal ve ekonomik durumları, sözleşmenin devam süresi, fesih için ileri sürülen sebep) göz önünde tutularak serbestçe belirleneceği belirtilmiştir.¹²⁷ İşçinin işten çıkarılırken tartaklanması, kolundan tutularak veya gerekmediği hâlde güvenlik aracılığıyla işyerinden uzaklaştırılması, arkadaşları veya ailesi önünde rencide edici şekilde fesih iradesinin açıklanması, fesih öncesi psikolojik baskıya maruz bırakılması gibi davranışlar söz konusu tazminatın takdir edilmesinde dikkate alınabilecektir. Ayrıca sözleşmenin devam süresi, ileri sürülen fesih sebebi, işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediği ve derecesi, işçinin birlikte kusuru gibi durum ve koşullar da tazminatın

takdirinde göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁸ Yargıtay'ın da haksız fesih tazminatının takdirinde işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediğini dikkate aldığı görülmektedir.¹²⁹

6098 sayılı Kanun'un haksız fesih tazminatına ilişkin 438. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün 4857 sayılı Kanun'a tabi işçiler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı ise de Yargıtay 4857 sayılı Kanun'a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler yönünden haksız fesih tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmektedir.¹³⁰

Haksız fesih tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği konusunda ise bir görüşe göre bu tazminat ile ayrımcılık tazminatının birlikte hüküm altına alınması mümkün değildir. Zira ayrımcılık durumu da hâkimin

¹²⁸Göktaş, 261.

¹²⁹"...Somut olayda UYAP ile oluşturulan elektronik ortam üzerinden, kesinleşen Ankara 12. İş Mahkemesinin 24.11.2020 tarihli ve 2019/892 Esas, 2020/564 Karar sayılı dosyası Dairemizce celp edilmiş olup kesinleşen dosya üzerinden yapılan incelemede; taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesine 1 ay, 23 gün kaldığı, işçinin kişilik haklarının zedelenip zedelenmediğine yönelik dosya kapsamında bir delil, tanık beyanı bulunmadığı, davacı dava dilekçesinde eski işyerinde iki ayda bir izin kullandığını, bu işyerinde böyle bir hakkının bulunmadığını beyan etmiş ise de yapılan incelemede bu işyerinde de 31.05.2019-10.06.2019 tarihleri arasında da izin kullandığı, mevcut delil durumu dikkate alındığında davacının 6098 sayılı Kanun'un 438 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tazminata hak kazanmadığı ve davanın reddi gerektiği anlaşılmıştır..." 9 HD 20.02.2023 T., 2022/18750 E., 2023/2557 K.

¹³⁰"...Dava konusu uyuşmazlık, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak hizmet akdi ile çalışan davacı işçinin, davalı işveren tarafından yapılan feshin sonuçlarına dayanan istemlerine ilişkindir. Buna göre, dava konusu bakımından işverenin feshin sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tazminatların hüküm altına alınması mümkün değildir. Zira, ancak özel kanunda boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilir. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu 438. maddesine dayanan haksız fesih tazminatı isteminin reddi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Kapatılan) 22. HD., 01.06.2017 T., 2017/7172 E., 2017/13209. Aynı yönde 9. HD., 20.09.2023 T., 2023/8851 E., 2023/12406 K. Başka bir kararda da 6098 sayılı Kanun'a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin haksız fesih tazminatı talep edebileceği belirtilmiştir. 9. HD 17.10.2022 T., 2022/12117 E., 2022/12576 K. Bu konuda ayrıntılı açıklama için Tolu, 247 vd.

iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir..." 9.HD 2009/19835 E., 2011/46440 K.

¹²⁶Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, 246 vd, https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/68755/yokAcikBilim_10133070.pdf?sequence=-1 adresinden 21.02.2024 tarihinde erişildi.

¹²⁷Kanun'un hükümet gerekçesine <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-e416-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6098#step-2tbmm.gov.tr> adresinden 12.02.2024 tarihinde erişildi.

tazminata hükmederken dikkate alacağı “*durum ve koşullar*”dan biridir.¹³¹ Başka bir görüşe göre ise kanunda ayrımcılığa özel önem atfedildiği ve ayrımcılık yasağına aykırılığın özel bir yaptırıma tabi tutulduğu, ayrımcılık yasaklarının haksız fesih tazminatının belirlenmesinde bir kriter olarak yorumlanmasının 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin uygulama alanını daraltacağı ve en önemlisi de ayrımcılık gibi fahiş bir ihlale verilmesi gereken önemi azaltacağı, bu nedenle ayrımcılık tazminatının, iş sözleşmesinin feshine bağlanan diğer tazminatlardan ayrı düşünülmesi ve ayrımcılık hâlinde işçinin haksız fesih tazminatı yanında ayrımcılık tazminatını da talep edebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹³² Yargıtay’ın ise konuya ilişkin kararı tespit edilememiştir.

Sonuç

4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin başlığı “*Eşitlik davranma ilkesi*” ise de maddede ayırım yasaklarının düzenlendiği ancak tüm hukuk alanlarında geçerli olan Anayasa’nın 10. maddesindeki hüküm nedeniyle işverenin ayrımcılık yapmaması ve ayrıca ayırımı haklı kılan nedenler bulunmadığı takdirde işçilerine eşit davranması gerektiği kabul edilmektedir.

Eşit davranma borcu, iş sözleşmesi kurulduktan sonra ortaya çıkan bir borç olup işveren, ücret ve diğer tüm çalışma koşulları yönünden aynı durumdaki işçilerine karşı eşit davranma borcu altındadır. İşe almada 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yapılamacağı öngörülmüştür. Ayrıca 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’da engelliler yönünden işe almada ayrımcılık yasaklanmıştır. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda da düzenlemeler yer almaktadır. İş sözleşmesinin feshi aşamasında işverenin eşit davranma borcu bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalı ise de Yargıtay hem haklı hem

de geçerli fesihlerde işverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığını denetlemektedir.

Yargıtay, öğretideki farklı görüşlere rağmen ayrımcılık tazminatının sadece maddenin birinci fıkrasında belirtilen nedenler ve benzerleri kapsamında ayrımcılık yapıldığı takdirde hüküm altına alınacağını, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasına rağmen ayrımcılık hâlleri oluşmamışsa yoksun kaldığı haklarını talep edebilecek olan işçi lehine ayrımcılık tazminatına karar verilemeyeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay’ın tam süreli çalışan işçi ile kısmî süreli çalışan işçi arasında ve belirsiz süreli çalışan işçi ile belirli süreli çalışan işçi arasında ayırımı haklı kılan nedenler bulunmamasına rağmen farklı işlem yapılması hâlinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatı, işçinin 4 aya kadar ücreti tutarında olup çıplak ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Öğretide, ayrımcılık tazminatının miktarına ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olduğu, gerek tazminatın miktarına gerekse de hesaplamaya esas ücrete ilişkin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi lehine düzenleme yapılabileceği, tazminatın giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağını kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet veya iş güvencesi tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay, bu tazminatlar ile ayrımcılık tazminatına birlikte karar verilemeyeceğini kabul etmektedir. 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesindeki açık hüküm nedeniyle sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilmesi ise mümkün değildir. 4857 sayılı Kanun kapsamındaki işçilerin 6098 sayılı Kanun’un 438. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmakta ise de Yargıtay’ın 4857 sayılı Kanun’a tabi belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler hakkında bu hükmün uygulanama-

¹³¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 752, Göktaş, 263; aynı yönde Urhanoglu, İstar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”: Hacettepe HFD, 12(1), 2022, 97.

¹³² Tolu, 194.

yacağı görüşünde olduğu görülmektedir. Ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatına birlikte hükmedilip edilemeyeceği konusunda ise Yargıtay kararı tespit edilememiştir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 1, Ankara 2008.
- Bakırcı, Kadriye: "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, 114-121.
- Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan /Göktaş,Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
- Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2006.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, İstanbul 2020.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 36. Baskı, İstanbul, 2023.
- Çil, Şahin: İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara, 2010 (Çil, Ücret).
- Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020 (Çil, Yargıtay Uygulamaları).
- Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), Tıpkı 9. Baskı, Ankara 2022 (Çil, İlke Kararları).
- Demir Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 9. Baskı, İzmir, 2016.
- Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş, 4. Baskı, İstanbul 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit Esra: Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul 2023.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan Devrim: İş Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2020.
- Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Ankara 2020.
- Kandemir, Murat/Yardımcıoğlu, Didem: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, 1-41.
- Kandemir, Murat: "Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları", AÜHFD, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 4, 184-211.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- Narmanlioğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, İstanbul, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, 2014 (Narmanlioğlu, Ferdi İş İlişkileri).
- Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı İstanbul 2016, (Narmanlioğlu, Toplu İş İlişkileri).
- Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş- Güncelleştirilmiş 10. Bası Ankara, 2022.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Tıpkı Basım 23. Baskı, İstanbul 2023.
- Şahlanan, Fevzi: İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri II (Ocak 2011-Mart 2016), İstanbul 2016, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası.
- Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- Tuncay Senyen Kaplan, E.: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara 2023 (Bireysel İş Hukuku).
- Tuncay Senyen Kaplan, E.: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", TBB Dergisi, 2017 (Özel Sayı), 225-267.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, İstanbul 2022.
- Ugan Çatalkaya, Deniz: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda

Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasası” Çalışma ve Toplum, Sayı 2021/2, 859-898 (Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni).

- Ulucan, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, 369-383.
- Urhanoglu, İstar: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi”, Hacettepe HFD, 12(1), 2022, 85-121.
- Uşan, Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2021.
- Yenisey Doğan, Kübra: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 2006/4, 63-81.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008 (Yıldız, Eşit İşlem)
- Yıldız, Gaye Burcu: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Seminer, Ankara 18-19 Kasım 2022, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 1. Baskı, İstanbul 2023 (Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları).
- Yuvalı, Ertuğrul: “Mobbingin Psiko-Sosyal, Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt 2, 2015, 723-738.