



**EŞİTLİK İLKESİ VE İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN  
EŞİT DAVRANMA BORCU**

**ZÜLAL ÖZAÇMAK**

Yüksek Lisans Tezi

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

İzmir Ekonomi Üniversitesi

İzmir

2021

**EŞİTLİK İLKESİ VE İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN  
EŞİT DAVRANMA BORCU**

**ZÜLAL ÖZAÇMAK**

İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı'na

Yüksek Lisans Tezi

olarak sunulmuştur.

İzmir

2021

## ÖZET

### EŞİTLİK İLKESİ VE İŞ HUKUKUNDA İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

Özaçmak, Zülal

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. S. Alp LİMONCUOĞLU

Temmuz, 2021

Adalet ve hakkaniyet anlayışı toplumların tarihteki gelişimleri ile birlikte insanlar arasında doğuştan bir eşitliğin var olduğu olgusunu doğurmuştur. Bu anlayış eşitlik olgusunun geliştirilmesine ve zamanla dünya devletlerinin bu olguyu benimseyerek eşitlik ilkesini hukuk sistemlerine entegre etmesine neden olmuştur. Ayrımcı yaklaşımlar zamanla toplumlar tarafından reddedilmiş, insanların dil, etnik köken, inandığı değerler, cinsiyet ve cinsel yönelim başta olmak üzere birtakım farklılıkları nedeniyle ayrı bir muameleye maruz kalmaları yasaklanmıştır. Bu çalışmanın ilk bölümünde, tüm insanların sadece insan olduğu için doğuştan sahip olduğu haklar

bakımından uygulanacak ayrımcılık yasağının sağlanması ve eşitlik ilkesinin tarihsel gelişimi ile uluslararası hukukta korunması maksadıyla yapılan uluslararası hukuk kaynaklarındaki genel düzenlemelere ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Ayrımcılığın engellenmesi maksadıyla, hukukumuzda da eşitlik ilkesi kapsamında Anayasal ve yasal düzenlemeler mevcuttur. Çalışmanın ikinci bölümünde mevzuat ve içtihatlar bazında, Türk iş hukukunda eşitlik ilkesinin normatif dayanaklarına değinilmiştir. Eşitlik ilkesinin iş hukukuna bir yansıması olarak işverenin eşit davranma borcunun ülkemiz hukukundaki yeri, yasal dayanakları, kapsamı, koşulları ve sınırları ile iş aklının kurulması devamı ve aklın feshi süreçlerinde ilkenin uygulanış biçimleri değerlendirilmiştir. Son olarak, eşit davranma borcuna aykırılığın ispatlanması ve aykırılık halinde başvurulacak hukuki yollar ile uygulanacak hukuki, idari ve cezai yaptırımlar kapsamlı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, eşit davranma borcu, iş hukuku, ayrımcılık tazminatı.

## ABSTRACT

### EQUALITY PRINCIPLE AND EMPLOYER'S OBLIGATION OF EQUAL TREATMENT IN LABOR LAW

Özaçmak, Zülal

Master Program in Private Law

Advisor: Assoc. Prof. Dr. S. Alp LİMONCUOĞLU

July, 2021

The understanding of justice and equity has revealed that there is an innate equality between people, together with the development of societies in history. Discriminatory approaches have been rejected by societies and it has been forbidden for people to be subjected to separate treatment. Regarding their differences in language, ethnicity, values, gender and sexual orientation. In the beginning of this study, general regulations in international law, which were made in order to ensure the prohibition of discrimination to be applied in terms of the rights that all people are born with just because they are human, and to protect the principle of equality in historical development and international law, are given in detail. In the continuing of the study, the principle of equality to the labor law, the place of the employer's obligation of

equal treatment in our country, its legal bases, covering, conditions, limits and the application of the principle in the continuation of the establishment of the employment contract and the termination of the contract were evaluated. Finally, proving the violation of the obligation of equal treatment and the legal ways to be applied in case of violation and the legal, administrative and penal sanctions to be applied are examined in detail.

Keywords: Equality principle, prohibition of discrimination, obligation of equal treatment, labor law, compensation for discrimination.



## TEŞEKKÜR

Araştırma s¼recinde yardımlarını ve bilgilerini esirgemediği için tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Alp LIMONCUOĞLU'na ve her zaman destekleriyle yanımda olan sevgili aileme çok teőekk¼r ederim.



# İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET .....	iii
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR .....	vii
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	viii
KISALTMALAR .....	xii
BÖLÜM 1: EŞİTLİK KAVRAMI.....	1
1.1. Eşitlik Anlayışının Tarihsel Gelişimi .....	1
1.2. Adalet Hakkaniyet ve Eşitlik.....	4
1.3.Uluslararası Hukuk ve Kaynaklarda Eşitlik .....	5
1.3.1. Birleşmiş Milletler Belgeleri.....	5
1.3.1.1. BM Anlaşması.....	5
1.3.1.2. BM Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi.....	5
1.3.1.3. BM Her Türlü Irk Ayrımının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme.....	6
1.3.1.4. BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi.....	6
1.3.1.5. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....	7
1.3.1.6. Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Sözleşme.....	8
1.3.2. ILO Sözleşmeleri.....	9
1.3.2.1. 100 Sayılı Sözleşme.....	9
1.3.2.2. 111 Sayılı Sözleşme.....	10
1.3.2.3. 158 Sayılı Sözleşme.....	11
1.3.3. Avrupa Birliği ve Avrupa Konsey Belgeleri.....	12



1.3.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	13
1.3.3.2. Roma Anlaşması.....	14
1.3.3.3. Avrupa Sosyal Şartı.....	15
1.3.3.4. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı.....	16
1.4. Ulusal Hukuk ve Kaynaklarında Eşitlik.....	16
<b>BÖLÜM 2: İŞ HUKUKU BAKIMINDAN EŞİTLİK İLKESİ.....</b>	<b>19</b>
2.1. Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Niteliği ve Normatif Dayanakları.....	21
2.1.1. Anayasal Dayanak.....	21
2.1.2. Yasal Dayanaklar.....	23
2.1.2.1. 4857 Sayılı İş Kanunu.....	23
2.1.2.2. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu.....	27
2.1.2.3. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu.....	28
2.1.2.4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.....	30
2.1.2.5. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun.....	30
2.2. Türk İş Hukukunda Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları.....	31
2.2.1. Aynı İşyerinin İşçileri Olma (İşyerinde Birlik).....	31
2.2.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı ve Uygulamanın Birden Fazla İşçiyi İlgilendirmesi.....	33
2.2.3. Hukuken Kolektif Nitelikte Bir Uygulama Olması.....	33
2.2.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma.....	35
2.2.5. İş Sözleşmesi İle Çalışmak.....	36
2.3. Türk İş Hukukunda Eşit Davranma Borcunun Uygulanması.....	37
2.3.1. İş İlişkinin Kurulması Aşamasında Eşit Davranma Borcu.....	37

2.3.2. İş İlişkisinin Devamı Sürecinde Eşit Davranma Borcu.....	41
2.3.2.1. Genel Olarak.....	41
2.3.2.2. İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında Eşit Davranma Borcu.....	44
2.3.2.3. Ücretler Bakımından Eşit Davranma Borcu.....	46
2.3.3. İş Akdinin Feshinde Eşit Davranma Borcu.....	50
2.3.3.1. Genel Olarak.....	50
2.3.3.2. Süreli (Bildirimli) Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu.....	55
2.3.3.2.1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler.....	55
2.3.3.2.2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler.....	60
2.3.3.3. Haklı Nedenle Derhal (Süresiz) Fesih Eşit Davranma Borcu.....	61
2.3.3.4. Feshin Bazı Özel Hallerinde Eşit Davranma Borcu.....	63
2.4. İş İlişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcunun Türleri.....	66
2.4.1. Üçlü İş İlişkilerinde Eşit Davranma Borcu.....	66
2.4.1.1. Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde.....	66
2.4.1.2. Geçici İş İlişkisinde.....	67
2.4.2. İşçinin Mesleki Durumu Bakımından Eşit Davranma Borcu.....	69
2.4.2.1. Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler.....	69
2.4.2.2. Belirli Süreli Sözleşme ile Çalışan İşçiler.....	71
2.4.3. İşçinin Kişisel Durumu Bakımından Eşit Davranma Borcu.....	72
<b>BÖLÜM 3: EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN İSPATI VE SONUÇLARI.....</b>	<b>75</b>
3.1. Eşit Davranma Borcuna Aykırılık Halinde İspat Yükü.....	75
3.1.1. Genel Olarak.....	75

3.1.2. Sendikal Nedenler İle Eşit Davranma Borcuna Aykırılık İddialarında İspat.....	78
3.1.3. Cinsiyete Dayalı Nedenler İle Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta İspat.....	81
3.2.Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Sonuçları.....	82
3.2.1. Eşit Davranma Borcunun İhlali Halinde Başvurulacak Hukuki Yollar.....	83
3.2.1.1. Ayrımcılık Tazminatı.....	83
3.2.1.2. Sendikal Tazminatı.....	88
3.2.1.3. İşçinin İş Görmekten Kaçınması.....	91
3.2.1.4. İşçinin İş Akdini Haklı Nedenle Feshi.....	92
3.2.1.5. Saldırının Önlenmesi Davası.....	93
3.2.1.6.Mahrum Bırakılan Hakların Tazmini ve Maddi-Manevi Tazminat..	94
3.2.2. Cezai Yaptırımlar.....	98
3.2.3. İdari Yaptırımlar.....	99
BÖLÜM 4: SONUÇ.....	102
KAYNAKÇA .....	108

## KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B	: Bası
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas numarası
f.	: Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İK	: İş Kanunu
İSGK	: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İSGHD	: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar numarası
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
SBF	: Sosyal Bilimler Fakültesi
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TİSK	: Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
Vs.	: Vesaire

# BÖLÜM 1: EŞİTLİK KAVRAMI

## 1.1. Eşitlik Anlayışının Tarihsel Gelişimi

Toplumların tarihteki gelişimlerine göre devirler temel olarak, ilkel ve uygar devirler olarak iki bölüme ayrılabilir.<sup>1</sup> İkel devirlerde bireyler yaptıkları işler yönünden homojen dayanışmacı gelenek sergilemişler ve gelişmiş iş bölümü sistemleri bulunmadığı için toplumda büyük farklılaşmalar oluşmamıştır. Bu nedenle ilkel devirlerde kadın-erkek yönünden farklılaşma dışında, eşitlikçi bir toplum düzeninin mevcut olduğu söylenebilir.

Toplumların ilkel devirlerden uygar devirlere doğru geçişlerinde bireyler arasındaki farklılaşmalar, iş bölümünün ve sınıflaşmanın artmasıyla artmıştır. Böylelikle toplumların uygarlaşması ile hemen hemen 18. Yüzyıla kadar eşitsizlikçi bir toplum fikri oluşmuştur.<sup>2</sup>

Antik Yunan Dönemi'nde eşitlik ve eşitsizlik felsefi boyutta tartışılmış, her insanın doğuştan eşit olduğu ideası öne sürülmüşse de bazı sofistlerin aksi görüşleri olmuştur. Bu kavramları ciddi boyutta irdeleyen Aristo ve Platonun fikirleri oldukça önemlidir.<sup>3</sup> Bu dönemde örneğin, “vatandaşlar arası”, “bilgeler arası” gibi, aslında sınıfların sadece kendi aralarında bir eşitliğinin var olabileceğini savunan sınırlandırılmış eşitlikten ileri gidilememiştir.

Platon'a göre; her şeyin tamamen eşitliğinden bahsedilemez ancak benzerlik mümkün olabilir. Platon'un “nesnelere ile idealar” olarak ikili bir sistem ayrımı vardır. Platon'un fikrine göre, idealar dünyası tüm varlıkların iyi ve doğru olduğu, kusursuz gerçek olmayan bir düzen olduğu için mutlak eşitlik sadece idealar dünyasında var olabilir. Nesnelere dünyasında ise yalnızca orantılı dağılan bir eşitlik mümkün olabilir. Çünkü nesnelere dünyası kusursuz bir düzen değildir. Varlıkların kötü olduğu, değişen kusurlu denebilecek bir düzende herkese aynı muamele ile davranmak

---

<sup>1</sup>Şenel, A. (1969) *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne: Doktora Tez Özetleri* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:24, S:3, s.1

<sup>2</sup>Şenel, A. (1969) ss.3-5

<sup>3</sup>Yıldız, G. B. (2008) *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, ss.1-29

eşitsizliğe yol açar.<sup>4</sup> Aristo'nun eşitlik anlayışı da Platon'un fikirlerine ters düşmemektedir. Aristo bu noktada adalet kavramına değinerek eşitliği, dağıtıcı ve denkleştirici adalet kuramlarıyla açıklamaya çalışmıştır. Aristo'ya göre denkleştirici adalette kişisel farklılıklar gözetilmeyerek herkesin eşit payı alması, kimsenin kimseden üstün olmaması söz konusu iken; dağıtıcı adalette haklar dağıtılırken kişilerin zenginlikleri, yaşamsal sınıfları gibi farklılıkların dikkate alınması gerekmektedir.<sup>5</sup>

İslam dini 7.Yüzyıl'da ortaya çıkmış ve yayılmıştır. İslam Hukuku'nda eşitlik kavramının varlığını, var ise uygulanış biçimi sorgulanacak olursa; İslamiyet'in getirmiş olduğu temel prensiplerden biri de "müsâvât" prensibidir. Müsavat esasında insanların eşitliğidir.<sup>6</sup> İslam Peygamberi Hz. Muhammed "Arabın Arap olmayana, beyazın siyaha üstünlüğü, takva dışında yoktur", "İnsanlar tarağın dişleri gibi eşittirler" diyerek eşitliğin öneminden söz etmiştir.

İslam dini insanları sınıflandırmamış bu konuda imtiyaz tanımamıştır. Bu inanişâ göre insanlar Allah katında yalnızca ahlak, takva, ibadet yönünden üstün sayılabilirler. Mal, mülk, servet, ırk, dil, statü vs. farkı üstünlük sebebi değildir. İslam tarihine bakılırsa, İslam dini herkese tatbik edilmiş sadece Araplara ya da belli bir sınıfa gönderilmemiştir. Hukuk açısından dili, ırkı nesebi, statüsü farklı demeden tüm Müslümanlara, mahkeme (hakim) önünde, kanun önünde, sosyal menfaatlerde, kamu hizmetlerine girmede, menfaat dağıtımında, maddi vecibelerde eşitlik sağlanması emredilmiştir.<sup>7</sup> Ayrıca bir sınıf farkı olarak kölelik müessesesini İslam dini kabul etmemektedir. Köleliğin devamı ve bu uygulamaya bağlı kalınması hakkında hiç Kuran ayeti yoktur. Ancak kölenin azad edilmesini teşvik eden ayetler<sup>8</sup> mevcuttur.

18.yüzyılda Amerika ve Fransız Devrimleri ile bütün insanların doğuştan eşitliğini temel alan fikirler önem kazanmış, tüm insanların eşit haklara sahip olması gerektiği

---

<sup>4</sup>Yuvalı, E. (2012) *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Turhan Yayınları, s.8; Bozkurt, M. (2020) *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, s.22

<sup>5</sup> Yuvalı, E. (2012) s.8

<sup>6</sup>Pusmaz, D. (1999) *Temiz Toplumun Oluşumunda Temel Prensip Eşitlik İlkesine Dini Bakış*, Diyanet Dergisi, S:Eylül, s.51

<sup>7</sup>Armağan, S. (2011) *İslam Hukukunda Eşitlik*, Faruk En-Nebhan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:44, S:1-4, ss.325-341.

<sup>8</sup> Karaman, H. (2007) *Kur'an Yolu Tefsiri*, C:5, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, ss. 47-48.

hakkında ciddi tartışmalar başlamıştır.<sup>9</sup> Sosyal ve ekonomik manada eşitlik sosyalizm ve Marksizm ile ortaya çıkmaya ve uygulanmaya başlamıştır. İlk kez resmi olarak eşitlik ilkesi, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası'nın başında bulunan Haklar Bildirisinde görülmüştür. Söz konusu bildirinin 1. maddesinin bir kısmı şöyledir:

*“Bütün insanlar tabiaten eşit derecede hür ve bağımsız olup, topluluk haline geçtikleri zaman hiçbir sözleşme ile gelecek nesiller adına vazgeçemeyecekleri ve onları yoksun bırakmayacakları, yaradılıştan bir kısım haklara sahiptirler”.*

Her toplumda farklı farklı eşitlik anlayışları önemsenmiş, her dönem farklı eşitlik inançlarını içermiştir. Şöyle ki; antikçağda vatandaşlar arasındaki eşitlik, ortaçağda tanrı önünde eşitlik anlayışı benimsenmişken bu anlayışlar burjuva devrimi sonrasında yerini, kanun önünde eşitlik ve Fransız devriminden sonra ise kanun önünde eşitliği tamamlayan sosyal devletlerde fırsat eşitliğine bırakmıştır.<sup>10</sup>

1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde eşitlik fikri ile sınıf farklılıklarının ortadan kaldırılması amaçlanmış, bildirinin 1.maddesinde, tüm insanlar özgür ve eşit haklara sahip olarak doğarlar ve öyle kalırlar. Sosyal farklılıklar ancak kamu yararına dayanabilir düzenlemesi ile bu durum açıklanmıştır.<sup>11</sup>

19. yüzyıldan itibaren eşitlik ilkesine yazılı hak bildireleri, kanunlar ve yazılı anayasalarda yer verilmiştir. Günümüzde insanların doğuştan eşit olduklarını neredeyse tüm uluslararası ve ulusal kaynaklar ile belgelerde görmekteyiz<sup>12</sup>. Geçmişten günümüze farklı fikir ve uygulamalarla değişen ve gelişen eşitlik ilkesi insan hakları kavramı ile ayrılamaz bir bütündür.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> İnceoğlu, S. (2006) *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:4, s.45

<sup>10</sup> İnceoğlu, S. (2006) s.46

<sup>11</sup> Gören, Z. (2016) *Genel Eşitlik İlkesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, ss.3279-3301

<sup>12</sup> Yuvalı, E. (2012) s.33

<sup>13</sup> Yuvalı, E. (2012) s.7



## 1.2. *Adalet Hakkaniyet Ve Eşitlik*

Ayrımı gerektirecek objektif bir nedenin varlığı dışında, hemen hemen aynı durumdaki kişilere, ayrımcı bir yaklaşımdan tamamen uzak şekilde aynı işlemler uygulanmasına eşitlik denilebilir.<sup>14</sup>

Eşitlik, hakkaniyet ve adalet birbirleriyle yakından alakalı kavramlardır. Eşitlik ilkesi bireylere adil davranma yükümlülüğü yükleyerek hakkın korunmasına hizmet eder.

Hakkaniyet ilkesine göre, eşit olmayan taraflar arasında hak ve yükümlülüklerin dengeleyici biçimde dağıtılması ile gerçek eşitlik sağlanabilir.<sup>15</sup> Çıkarların ya da bir hakkın korunmasında veya dağıtımında bireyler arasında adaletli bir transfer sağlanmalı bu transfer eşitlik temelinde gerçekleşmelidir. Dağıtım veya koruma sürecinde yapılan işlemlerin veya sonuçlarının kişilere eşit olarak yansımadağı hallerde adaletten söz edilemez.<sup>16</sup> Aristo'ya göre eşitlik, adaletin ön koşuludur. Kant'a göre ise adalet eşitlikten kaynaklanır.<sup>17</sup>

Adalet toplumun sulhunu, eşitliğini, düzenini oluşturması işleviyle hukukun temelini oluşturmaktadır.<sup>18</sup> Hukukumuzda yargıçların adaleti sağlarken her somut olayın koşullarını dikkate alarak karar vermeleri gerekmektedir. Tıpkı bunun gibi her olayda farklı koşulların göz önüne alınması ile ortaya çıkacak sonuçlarda hakkaniyetin de varlığından bahsedilebilir.

*“Zaten hakkaniyet temel olarak somut olay adaleti olarak da tanımlanabilir.”<sup>19</sup>*

---

<sup>14</sup> Kaya, P. A. (2014) *Çalışma Hukukunda Eşitlik Ve Ayrımcılık*, 1.Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, s.1

<sup>15</sup> Bozkurt, M. (2020) s.55

<sup>16</sup> Kaya, P.A. (2014) s.20

<sup>17</sup> Demirel E. T, Tilkici M. ve Çetin C. (2011) *Türk İş Yaşamında Ayrımcılık*, 1.Baskı, Ankara: Nobel Yayıncılık, s.397

<sup>18</sup> Kaya, P.A. (2014) s.33

<sup>19</sup> Yuvalı, E. (2012) s.12

### **1.3. Uluslararası Hukuk ve Kaynaklarında Eşitlik**

Hukukun her alanında eşitlik ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Eşitlik ilkesi geçmişten günümüze kadar ilk olarak 2 Haziran 1776 tarihinde Virginia Kongresi'nde benimsenen ve daha sonra yeni Amerikan Devlet Anayasasına dahil edilen İnsan Hakları Bildirisi ile başlayıp akabinde birçok hukuki kaynak ve mevzuatta kendisine yer bulmuştur.

Aşağıda öncelikli olarak eşitlik ilkesinin hukuki dayanaklarından uluslararası belgelere değinmek üzere, ulusal hukukumuzdaki eşitlik düzenlemelerine ise iş hukuku bakımından eşitlik ilkesinin incelendiği bölümde değineceğiz.

#### **1.3.1. Birleşmiş Milletler Belgeleri**

##### **1.3.1.1. BM Antlaşması**

Birleşmiş Milletler Antlaşması 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanmış ve imzalandığı yıl Türk Hukuku'nda 24 Ağustos'ta Resmi Gazete'de yayınlanarak kabul edilmiştir. Antlaşma içeriğinde doğrudan ve dolaylı biçimde eşitlik ilkesine değinilen maddeler mevcuttur.<sup>20</sup>

##### **1.3.1.2. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 1966 yılında kabul edilmiş ve imza, onay ve katılmaya açılmış, 1976 da yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti üç beyan ve bir çekince ile 2003 yılında sözleşmeyi onaylamıştır. Sözleşmenin bazı maddeleri eşitlik ilkesi bağlamında taraf devletlere bazı yükümlülükler yüklemiştir, bu maddelerden bazıları şunlardır;

*“Md.2: Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken,*

---

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler Antlaşması, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 7462, 21 Mart 1950 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

*mülkiyet, doğum gibi herhangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.”*

*“Md.3: Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.”*

*“Md. 7: Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanır.”<sup>21</sup>*

### ***1.3.1.3. BM Her Türlü Irk Ayrımının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme***

BM Genel Kurulu'nca 21 Aralık 1965 tarihli kararla kabul ederek imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 2002'de onaylanmıştır. Sözleşme metninin bazı maddelerinde ırk ayrımcılığı yasaklanmış, adil ve elverişli koşullarda çalışma, eşit işe eşit ücret gibi haklara yer verilmiştir.

### ***1.3.1.4. BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)***

BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>22</sup> Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeye hiçbir çekince koymayarak taraf olmak üzere, 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulduğuna Dair Kanun'u kabul etmiştir. (RG, 14.10.1985, S.18892)<sup>23</sup>

BM nezdinde bu sözleşme içerdiği tespit ve tavsiyeler ile kadın ve erkeğin sosyal ekonomik kültürel siyasi hakları bakımından eşitliğinin sağlanmasını ve cinsiyete yönelik ayrımcılığın ortadan kalkmasını amaçlayan en temel belgedir.<sup>24</sup> Sözleşmenin

<sup>21</sup>Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 25196, 11 Ağustos 2003[Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr(Erişim Tarihi: 15.12.2020)

<sup>22</sup> Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın önlenmesi Sözleşmesi, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 18898, 14 Ekim 1985 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

<sup>23</sup> Bozkurt, M. (2020) s.3

<sup>24</sup> Yuvalı, E. (2012) s.15

11.maddesinde iş hukuku alanında kadınların çalışma yaşamına katılmalarında eşit istihdamın sağlanması, fırsat ve uygulama eşitliği, kıdem ve sosyal güvenlik hakları koruyarak hamilelik ve analık izinlerinin düzenlenmesi, evliliğe bağlı işten çıkarmaların durdurulması, çalışan annelerin çocuklarını gönderebilecekleri çocuk bakımevlerinin tesisi, annelerin de kamu hayatına katılmasını teşvik, hamilelik sürecinde yapacağı işin kadına ve bebeğe zarar vermeyecek nitelikte olacak şekilde düzenlenerek koruma sağlanması gibi konulara yer verilmiştir.

Sözleşmeye dair 10.12.1999'da imzalanan Ek Protokol ile cinsiyete dayalı olarak hakları ihlal edilmesiyle zarar gören ve kendi ülkelerinin hukuk sistemlerince bu ihlalin giderilmesi hakkında bir sonuç elde edemeyen kadınların başvurması maksadıyla Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi kurulmuştur.<sup>25</sup>

Taraf devletler belirlenen dönemlerde komiteye rapor sunmakla yükümlüdürler. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, sözleşmeyi onaylayan devletlerin sundukları raporları inceler ve değerlendirir. Komite raporları inceledikten sonra tavsiyelerde bulunabilir. Ayrıca, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol'ü onaylayan devletler, komitenin bireysel başvuruları kabul etme ve değerlendirme yetkisini tanımaktadırlar.

### ***1.3.1.5. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi***

Eşitlik ilkesine büyük ölçüde yer veren bildirelerden İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilmiştir. İnsan hakları alanında şüphesiz en önemli belgelerin başında sayabileceğimiz bu bildire Türkiye Cumhuriyeti tarafından 6 Nisan 1949 tarihinde onaylanmıştır. Tek başına hukuki bağlayıcılığı ve yaptırımı olmayan bir belgedir.<sup>26</sup>

Tek başına hukuki bağlayıcılığı ve yaptırımı olmamasına rağmen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da olmak üzere tüm demokratik Anayasalar tarafından özümsemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi

<sup>25</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.38-39.

<sup>26</sup> Aybay, R. (2006) *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Ankara: TBB Yayınları, [Çevrimiçi], Erişim Adresi: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.12.20).

birçok kararında bildirgeye atıfta bulunmuştur.<sup>27</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi metninde eşitlik ilkesine değinilen bazı maddeleri şunlardır;

*“Md.1: Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.”*

*“Md.2: Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya 203 İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”*

*“Md.7: Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.”*

*“Md.23/2: Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücret hakkı vardır.”<sup>28</sup>*

### **1.3.1.6. Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Sözleşme**

Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme engelli bireylerin eşitlik, haysiyet, özerklik ve topluma katılım gibi sosyal ve insani haklarını düzenleyen 21.Yüzyıl’da imzalanan ilk insan hakları sözleşmesidir.<sup>29</sup> Sözleşmeye 20 devlet taraf olmuş ve 2008’de yürürlüğe girmiştir.

---

<sup>27</sup>Anayasa Mahkemesi. 17.09.2020, Başvuru No:2016/4060, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 06/12/2020)

<sup>28</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, T.C. Resmi Gazete, Sayı:7217, 27 Mayıs 1949, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

<sup>29</sup>Azarkan, E. ve Benzer, E. (2018) *BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme Ve Türkiye’de Engelli Hakları*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:38, ss.3-5

Türkiye sözleşmeye 03.12.2008 tarihinde taraf olmuştur. Ayrıca Sözleşme'nin Ek İhtiyari Protokolü de 03.12.2014 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşmenin 5. Maddesi'nde eşitlik ve ayrımcılık kavramları düzenlenmiştir.

*“Md.5- Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı:*

*1-Taraf Devletler, herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve ayrımcılığa uğramaksızın herkesin hukuk tarafından eşit korunmaya ve hukuktan eşit yararlanmaya hakkı olduğunu kabul eder.*

*2-Taraf Devletler, engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklayacak ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkili şekilde korunmasını güvence altına alacaktır.*

*3-Taraf Devletler, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul uyumlaştırmanın yapılması için gerekli tüm adımları atacaktır.*

*4-Engellilerin fiili eşitliğini hızlandırmak veya sağlamak için gerekli özel tedbirler, bu Sözleşme bakımından ayrımcılık sayılmayacaktır.”<sup>30</sup>*

### **1.3.2. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri**

#### **1.3.2.1. 100 Sayılı Eşit İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme**

ILO çalışma hayatındaki bir kısım sorunları ele alarak, çalışma yaşamında zayıf olan yanın haklarının gözetilmesi ve mağduriyetinin önlemesini amaçlayan uluslararası bir örgüttür. İkinci kuşak bazı hakların gözetilmesi amacıyla bazı sözleşmeler ve tavsiyeler ile normlar sistemi kurmaktadır. Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü

---

<sup>30</sup>Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, T.C. Resmi Gazete, Sayı:27288, 14 Temmuz 2009, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

sözleşme ve kararların taraf devletlerce uygulanmasının sonuçları ile gelişmeleri gözlemler ve denetler.<sup>31</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 6 Haziran 1951 de, cinsiyete dayalı ayrımcılık sonucu kadın ve erkek işçi ücretlerindeki farklılığın ortadan kaldırılması maksadıyla kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti tarafından 13 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 22 Aralık 1966 tarih ve 12484 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Sözleşmenin 2. maddesinde fırsat eşitliğinin sağlanması için sözleşmeyi onaylayan devletlere yükümlülükler yüklenmiştir.

*“Md. 2: Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye devletler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliğini geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt eder.”<sup>32</sup>*

Sözleşmenin 3. maddesine göre eşit işin tespitinde, yapılan işlerin objektif değerlendirilmesi ile eşit ücret ilkesinin sağlanabileceği belirtilmiştir. 100 Sayılı Sözleşme yalnızca cinsiyete yönelik ayrımı değil dil, ırk, renk, din gibi özellikleri yüzünden herhangi bir gruba karşı ayrımı da yasaklamaktadır.<sup>33</sup>

ILO tarafından 100 Sayılı Sözleşme uyarınca bazı tavsiye kararları alınmıştır. Bu tavsiye kararlarından 90 Sayılı tavsiye kararı da kadın ve erkek işçiler arasındaki aynı iş için eşit ücret ödenmesi ilkesini vurgulamaktadır.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup>Selvi, M. (2014) *Uluslararası Kuruluşların Türkiye’deki Sosyal Güvenlik Mevzuatının Oluşmasındaki Etkileri*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, s.64

<sup>32</sup> ILO 100 Sayılı Aynı İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki Sözleşme, T.C. Resmi Gazete, Sayı:12484, 22 Aralık 1966, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi:17.12.2020)

<sup>33</sup>Tüzünkan, D. (2016) *Kadın İşgücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye İtalya Karşılaştırılması*, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S:12, s.317

<sup>34</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.21-22

### **1.3.2.2. 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme**

Sözleşme<sup>35</sup> her türlü ayrımcılığın yasaklanması amacıyla eşit davranma ilkesi doğrultusunda ILO tarafından 04.06.1958 tarihinde kabul edilmiş, 13.12.1966 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilerek 22.12.1967'de Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

111 Sayılı Sözleşme'de ayrım kavramı tanımlanmış çalışma hayatında ayrım sayılamayacak durumlar açıklanmış, taraf devletlerin bu husustaki yükümlülükleri belirlenmiş, eşitlik ilkesinin uygulanması ve çalışma hayatına entegrasyonu için bazı usul ve yöntemler öngörülmüştür. Üye devletlerden bu yöntemlerin uygulanmasının sonuçlarının bildirilmesi istenmektedir.

Bu sözleşme bakımından "ayrım" deyimi, "ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık, ayrı tutma veya üstün tutmayı" ifade eder.

### **1.3.2.3. 158 Sayılı Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşme**

ILO tarafından 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen 158 Sayılı Sözleşme<sup>36</sup> Türkiye tarafından da onaylanmış 18 Haziran 1994 tarihinde (21964) Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme iş akdinin sona erdirilmesinde haklı bir neden olmaması halinde işverenin keyfi olarak iş akdini feshedemeyeceği hükümlerini içerir. Ayrıca iş akdinin feshinde ırka, cinsiyete, medeni hal, din, siyasi görüşe dayalı ayrımı

---

<sup>35</sup> ILO 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme, T.C. Resmi Gazete, Sayı:12484, 22 Aralık 1966, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

<sup>36</sup>ILO 158 Sayılı Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşme, T.C. Resmi Gazete, Sayı:21964, 18 Haziran 1994, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 21.12.2020)



yasaklamaktadır. Bu gibi haller ile gebelik, doğum izni, sendikal faaliyetlere katılmakta iş akdinin sonlandırılmasında geçerli bir neden sayılmamaktadır.

### **1.3.3. Avrupa Birliği ve Avrupa Konsey Belgeleri**

Avrupa Birliği 1 Kasım 1993 de kurulmuştur. 2020 yılında AB üyesi devlet sayısı 27'dir. Birlik hukukunda eşitlik ve eşit davranma ilkesi hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. 1990 yılına kadar AB Hukukuna dahil edilmeyerek insan hakları sorunu sayılan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusu, günümüzde Avrupa Birliği Hukuku'nun en temel ilkelerinden biri sayılmaktadır. Temel ilke sayılmasında en etkin ve belirleyici rolü Avrupa Adalet Divanı kararları oynamıştır. Başlangıçta yalnızca cinsiyet temelli ayrımcılık hakkında karar veren Divan sonrasında her türlü ayrımcılık mağdurunu değerlendirme kapsamına almıştır.<sup>37</sup>

Sözleşmelerin dışında Avrupa Birliği mevzuatında, Topluluk Direktifleri ile de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hakkında geniş kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Eşitlik ilkesi hakkında hükümleri kapsayan direktiflerden bazıları şunlardır:

*10 Şubat 1975 tarih ve 75/117 Sayılı "Kadın ve Erkekler İçin Eşit İşe Eşit Ücret İlkesinin Uygulanması Hakkında Üye Devlet Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Yönelik Direktif", 9 Şubat 1976 tarih ve 76/207 Sayılı "İşe Girme, Mesleki Eğitim, Yükselme ve Çalışma Koşulları Açısından Kadın ve Erkeklerle Eşit Davranılması İlkesinin Hayata Geçirilmesine İlişkin Direktif", 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 Sayılı "Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren Kadınların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Korunmasına Dair Direktif", 3 Haziran 1996 tarih ve 96/34 sayılı "İş ve Aile Hayatının Uyumlaştırılmasına İlişkin Direktif", 15 Aralık 1997 tarih ve 97/80 Sayılı "Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Davalarında İspat Yüküne İlişkin Direktif", 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43 Sayılı "İrk veya Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yapılmamasına İlişkin Direktif", 27 Kasım 2000 tarih 2000/78 sayılı "İş ve Meslekte Eşit Davranmaya İlişkin Çerçeve Direktif", 5 Temmuz 2006 tarih ve*

---

<sup>37</sup> Kaya, P. A. (2014) ss.69-70

2006/54 Sayılı “Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif”<sup>38</sup>

### 1.3.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İlk kez 20 Mart 1950 tarihinde imzaya açılan Eylül 1953’de yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi’nce hazırlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti 18 Mayıs 1954 tarihinde sözleşmeyi onaylamış ve yürürlüğe girmiştir. AİHS Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda 90.maddenin 5.fıkrası uyarınca kanun hükmünde sayılmaktadır, bu nedenle Sözleşmenin bağlayıcılığından söz edilir.<sup>39</sup>

AİHS’nin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nden farkı; taraf devletlere sözleşmeyi kabul etmeleri halinde sözleşmede yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve hakların ve özgürlüklerin sağlanması hususunda yasal zorunluluk getirmesidir.<sup>40</sup>

AİHS’nin taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde şikayet mercii olarak 1959 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların ihlal edilmesi durumunda; bireylerin, birey gruplarının, tüzel kişilerin, diğer devletlerin, başvurabileceği bir yargı merciidir. 47 Avrupa Konseyi üyesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı yetkisini tanımaktadır. Mahkeme, Fransa’nın Strasbourg şehrinde bulunmaktadır.

AİHS’nde ayrımcılık yasağı ile ilgili temel düzenleme olan Sözleşme’nin 14. maddesi ve 12 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde ayrımcılığın tanımı olmamasına rağmen AİHM içtihatları ile bir ayrımcılık tanımı ortaya çıkarılmıştır. Bu tanıma göre,

*“bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur.”<sup>41</sup>*

<sup>38</sup> Bozkurt, M. (2020) s.44

<sup>39</sup> Bozkurt, M. (2020) s.34

<sup>40</sup> Kaya, P. A. (2014) ss.69-75

<sup>41</sup> Karan, U. (2015) *Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*, Anayasa Yargısı Dergisi, S:32, s.238; AİHM, Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages

AİHS insan haklarını ayrıntılı olarak düzenlerken eşitlik kavramına doğrudan değinmemiştir. Ancak dolaylı olarak özümsemiği söylenebilir. AİHS 14.madde de eşitliği özünde benimsemiş olsa dahi, maddenin lafzı uyarınca ihlal hakkında başvurularını ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirmektedir. Bu nedendir ki AİHM bugüne kadar eşitlik ilkesini tanımlar bir içtihat ortaya koymamıştır. AİHM'nin aksine Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, içtihatlarında hem eşitlik hem de ayrımcılık yasağı hakkında tanımlara yer verilmiştir.<sup>42</sup> AİHS Ek 12 No'lu Protokol'de ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiştir. Bu ek protokol 4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılmış, 1 Nisan 2005 de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Protokolü 2001 de imzaladığı halde, onaylamadığı için ülkemizde yürürlükte değildir.

### **1.3.3.2. Roma Anlaşması**

1957 tarihli Roma Anlaşması Avrupa Birliği'nin temellerinin atıldığı anlaşma kabul edilir. Kadın erkek işçiler arasında eşit iş için eşit ücret prensibi ile Roma Anlaşması'nın 119. Maddesi (yeni 141.madde); AB hukukunda eşitlik ve ayrımcılık hakkında ilk düzenlemeye yer verir.<sup>43</sup>

Roma Anlaşmasının 119.Maddesi 1997 yılında Amsterdam Anlaşması ile yeniden 141.madde olarak güncellenmiş ve kapsamca genişletilmiştir. Amsterdam Anlaşması ile eşit işe eşit ücret ilkesi, eşit değerde işe eşit ücret ilkesi olarak genişlemiştir ve maddeye eklenen yeni fıkralar da olmuştur. Eklenen 3. ve 4. fıkralarda Avrupa Konseyi'ne sadece eşit ücret konusunda değil kadın erkek eşitliği alanı, fırsat eşitliğinin tam olarak sağlanması hakkında da yetki verilmiş, cinsiyete dayalı istihdam eşitliği konularında tedbir ve teşvikler de hükme bağlanmıştır.

---

in Education in Belgium”v. Belgium, Appl. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, paragraf 10;

<sup>42</sup> Karan, U. (2015) s.238; AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, B. No. 2014/256, 25.06.2014, para. 112; AYM, *Sadika Şeker Kararı*, B. No. 2013/1948, 23.01.2014, para 59; *Kamil Çakar Kararı*, B. No. 2013/997, 15.10.2014; AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014; AYM, *Laden Elbezyan Kararı*, B. No. 2013/4551, 10.12.2014; AYM, *Şahin Karaman Kararı*, B. No. 2012/1205, 08.05.2014. Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 08/12/2020)

<sup>43</sup> Bozkurt, M. (2020) s.43

### ***1.3.3.3. Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi)***

Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihinde imzalanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ekonomik ve sosyal haklar alanındaki muadili sayılabilir. 1961 Şartında, tarafların uygulayacağı sosyal politikalar ile bu kapsamında tanımlanan temel sosyal ve ekonomik haklardan ayırım gözetilmeksizin yararlanılması düzenlenmiştir.

Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti tarafından onaylanmış ve 14 Ekim 1989 tarihli 20312 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>44</sup> Başlangıç bölümünde sosyal haklardan yararlanma hakkının, cinsiyet, renk, dil, görüşler, köken, statüler gibi hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanması gerektiği ayrıntılı biçimde ifade edilmiştir. Böylelikle sosyal haklardan yararlanma direkt olarak eşitlik ilkesine dayandırılmıştır.<sup>45</sup>

Taraf devletler Avrupa Sosyal Şartı'nda herkese adil çalışma koşullarının sağlanması, çalışanların adil ücret hakkı, medeni ve aile durumlarına bakılmaksızın anne ve çocuklara ekonomik ve sosyal korunma haklarının gözetilmesi hususlarında anlaşmışlardır.<sup>46</sup>

Avrupa Sosyal Şartı'nın güncelleştirilmiş hali, "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı"<sup>47</sup> olarak 1 Temmuz 1999 da yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını da onaylayıp 09.04.2007 tarihinde 26488 sayılı Resmi Gazete'de yayınlamıştır.

---

<sup>44</sup>Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi, T.C. Resmi Gazete, Sayı:20312, 14 Ekim 1989, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 21.12.2020)

<sup>45</sup> Kaya, P. A. (2014) s.75

<sup>46</sup> Yuvalı, E. (2012) s.24

<sup>47</sup>Avrupa Sosyal Şartı, T.C. Resmi Gazete, Sayı:26488, 09 Temmuz 2007, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 28.12.2020)

#### **1.3.3.4. AB Temel Haklar Şartı**

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 7 Aralık 2000 yılında Avrupa Birliği tarafından kabul edilmiştir.<sup>48</sup> Bu şartın 20-23. maddeleri arasında ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesine yer verilmiştir.<sup>49</sup>

*Md. 20: “ Herkes kanun önünde eşittir”.*

*Md. 21:” Cinsiyet,ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi görüş veya diğer her türlü düşünce, bir ulusal azınlığa mensubiyet, servet, doğum, sakatlık, yaş veya cinsel eğilime dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır.”*

#### **1.4.Ulusal Hukuk ve Kaynaklarda Eşitlik**

Uluslararası hukukta, uluslararası sözleşmeler ve düzenlemeler ile korunmakta olan eşitlik ilkesi, kabul edilen ve taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda gerek mevzuat gerekse doktrin kaynakları ile Türk Hukuku’nda da benimsenmiştir. Bu anlamda taraf olunan milletlerarası sözleşmeler Türk iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir.

2004 yılında Anayasa md.90 ‘da yapılan değişiklik ile maddenin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir:

*“...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”*

Yapılan bu Anayasal değişiklik ile bir uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmesi halinde Türkiye’de yürürlükte olan yasal mevzuat içerisinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık içeren hükümlerin uluslararası sözleşmeler ile uyuşmadığı hallerde yasal

---

<sup>48</sup> Metin, Y. (2002) *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:57, S:4, s.35

<sup>49</sup> Kaya, P.A. (2014) s.78

mevzuat yerine, bunları yasaklayan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanması mümkün hale getirilmiştir. Böylelikle, Türk Hukuku'nda normlar hiyerarşisi bakımından, milletlerarası anlaşmaların kanunlara göre hiyerarşik olarak Anayasadan sonra, kanundan önce olacak şekilde yerleşmiş olduğu görülmektedir.

Eşitlik, Türk Hukuku'nda Anayasa ile koruma altına alınmış ve uygulanması gereken evrensel bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde anayasalarda yer edinmiş olan eşitlik ilkesi, 1924 Anayasası md.69, 1961 Anayasası md.12, 1982 Anayasası md.10'da düzenlenmiştir.<sup>50</sup> Anayasa'ya göre herkes kanun önünde eşittir. Ayrıca, 1982 tarihli Anayasa devleti bu eşitliğin sağlanması konusunda yükümlü tutmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre eşitlik kavramı "herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği" ifade etmektedir.<sup>51</sup> 2004 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik ile kadın erkek eşitliği, ek fıkra olarak 10. maddeye eklenmiştir. Yine Anayasa'nın bazı maddelerinde farklı konularla ilgili ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, md.68'de siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinde, md.70'te de kamu hizmetlerine girme hakkı bakımından ayrımcılık yasaklanmış, ihlal halinde ise bir kısım yaptırımlar düzenlenmiştir. Anayasal hakların korunması maksadı ile ilk kez 1961'de Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. 2011 yılında kabul edilen 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile de Anayasa Mahkemesi'nin çalışma, usul ve esasları yeniden belirlenmiştir. Bu kanun ile Anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden vatandaşlara Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bireysel başvurular, komisyonların kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında, Anayasa Mahkemesi bölümlerince karara bağlanmaktadır.

Ayrıca Türkiye yasalarında da özel olarak eşitlik ilkesi korunmaktadır. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun, engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasının sağlanması ve engellilere yönelik ayrımcılığın önlenmesi maksadıyla 2005 yılında

---

<sup>50</sup>T.C. Anayasası, T.C.Resmi Gazete, Sayı:17844, 20 Ekim 1982, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 10.01.2021), md.10: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

<sup>51</sup> Karan, U. (2015) s.238

kabul edilmiştir. Eşitliğin korunduğu temel ulusal hukuk kaynaklarından biri Türk Medeni Kanunu'dur. Eski Medenî Kanun'da eşitliğe dair bir kısım eksik düzenlemeler mevcut olmakla birlikte, bu kanunun kadın erkek eşitliğine aykırılık teşkil eden maddelerine yeni Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmemiştir. 01.01.2002 tarihli Türk Medenî Kanunu'nda, eşitlik ilkesi doğrultusunda yeni düzenlemeler yapılmıştır. Türk Medenî Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeler çoğunlukla kadın erkek eşitliği ile ilgili konuları kapsamaktadır. Bu önemli değişikliklerden biri de aile hukukunda evlilik birliğinde ve boşanma halinde mal rejimleri konusunda yapılan değişikliklerdir.

Kişilerin tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmasında ayrımcı eylemlerin önlenmesi, eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması gibi temel amaçlarla Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulmuştur. Kurumun görev, teşkilat ve yetkilerinin belirlenmesi maksadıyla 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 06.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Özel olarak, 4857 Sayılı İş Kanunu, işçinin korunmasına ilişkin ayırım yasakları ile işçiler arasında eşitliğin sağlanması maksadıyla bir kısım düzenlemelere ve yaptırımlara yer vermektedir. Yine 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu sendikal hakların kullanımında işçilerin ayırma maruz kalmasını engellemektedir. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda "nefret ve ayrımcılık" başlıklı 122. madde de dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ya da mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedenleriyle ayırımı yasaklamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda bu suçun yaptırımı olarak, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. Maddesi ile kamu hizmetini alanlara yönelik ayrımcılığı yasaklanmıştır. Kanuna göre; görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak eylemlerini gerçekleştiren memurlar için ise aynı kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinin D fıkrasının 1 bendinde, kademe ilerleme cezası öngörülmüştür.

Eşitlik ilkesinin dayanağı olan ve yukarıda kısaca değinilen ulusal hukuk kaynakları, çalışmanın 2. ve 3. bölümlerinde daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

## BÖLÜM 2: İŞ HUKUKU BAKIMINDAN EŞİTLİK İLKESİ

Bir evrensel insan hakkı olan eşitlik, insanların ayrımcılık mağduru olmaması ve eşit işleme tabi tutulmasının sağlanması maksadı taşıması ile hukuk devletinin en temel ilkelerinden biridir. İş ilişkisinin tarafları olan işçi ve işveren arasında her iki tarafın da haklarının korunması ve özünde işçinin ekonomik olarak bağımlı olduğu işverene karşı korunması kaygısı ile İş Hukuku doğmuş ve gelişmeye başlamıştır.<sup>52</sup> Eşitlik ilk kez kamu hukukunda (anayasa hukukunda) ortaya çıkmasına karşın özel hukukta da özellikle İş hukuku alanında “eşit davranma ilkesi” olarak en önemli ilkelerden biri haline gelmiştir.<sup>53</sup> İşçinin eşit haklara sahip olma ve eşit muamele görme hakkı işveren bakımından işçiyi gözetme ve eşit davranma borcunu gündeme getirmektedir.<sup>54</sup> Aynı durumdaki başka bir işçiye göre kendisine daha farklı veya kötü muamele yapıldığını bilmek ya da sanmak dahi işçinin adalet duygusunu zedelemektedir.<sup>55</sup>

İş Hukukunda eşitlik kavramı, eşit haklara sahip olma, eşit işlem görme şeklinde benzerler arasındaki eşitliği koruyan adaletin sağlanmasını ifade eder. Yani işveren, geçerli ve haklı bir neden olmadıkça benzer işçilere ayrı işlem uygulayamaz farklı muamele yapamaz.<sup>56</sup> Bu özelliği ile eşitlik ilkesi işverenin keyfi davranmasını yasaklamış, işverene ayrımcılık yasağı ve eşit davranma borcunu yüklemiştir. İş yaşamında çalışma barışının korunup gelişmesi ihtiyacı, hakkaniyet ve adaletin işçiler arasında da sağlanması fikri iş hukukunda eşitlik ilkesini doğurmuştur.<sup>57</sup> Türk İş Hukukunda maddi eşitlik, fırsat eşitliği anlayışları doğrultusunda gelişmeler yaşanırken, eşit işlem borcuna aykırı olarak işverenin keyfi ayrımcı muamele yapmasının birtakım yaptırımları da düzenlenmiştir. İş Hukuku’nda eşitlik ilkesi uygulamada eşit haklara sahip olma veya eşit muamele görme şeklinde formüle edilen bir adalet ve hakkaniyet esasına dayanan fikir olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte

---

<sup>52</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.36-41

<sup>53</sup> Demirel E.T, Tilkici M. ve Çetin C. (2011) ss.385-407

<sup>54</sup> Bozkurt, M. (2020) s.54

<sup>55</sup> Yuvalı, E. (2012) s.39

<sup>56</sup> Çolakoğlu, E. (2011) *Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi, ss.5-19

<sup>57</sup> Yuvalı, E. (2012) s.36



doktrinde eşit davranma borcunu açıklamaya çalışan dürüstlük, ahlak, işyeri uygulamaları, kolektif iş hukuku esaslarına dayandıran diğer görüşler de mevcuttur.<sup>58</sup>

İşverenin ayrımcılık yasağı bağlamında mutlak bir eşitlik anlayışından söz edemeyiz çünkü tüm işçilerin bazı kendine özgü özellik ve yetenekleri göz ardı edilerek her koşulda eşit işleme tabi tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır. İşçinin işe uygunluğu tahsili, almış olduğu eğitimleri, tecrübesi, kıdemi, yaptığı iş, yeteneği gibi nedenler olduğunda farklı işleme tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı sayılmamaktadır.<sup>59</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre "işverenin, işçiler arasında biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin varlığı, işçinin veya işin objektif veya subjektif nitelikleri, görevin önemi, pozisyon, çalışma koşulları, gibi sebepler ile farklı işlem yapılması örneğin ücret prim ve sosyal hak ödemelerinin farklı olması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz."<sup>60</sup> Ancak belirtmek gerekir ki bazı sınırlı hallerde örneğin cinsiyet, ırk, din, dil gibi ayrımların ortaya çıkacağı insan hak ve özgürlüklerine mutlak ve kesin manada uyulması gereken hallerde işverenin eşit davranma borcu da mutlak niteliktedir. Bu durumda sayılan nedenlere dayanarak işveren katıyen ayırım yapılamaz.<sup>61</sup>

Eşitliğin sağlanması için sadece dolaylı ayrımcılık hükümlerine yer vermek yeterli değildir. Buradaki nihai amaç ayrımcılığın önlenmesidir. Ancak tek başına ayrımcılığın önlenmesi ile eşitlik sağlandığı söylenememektedir.<sup>62</sup> Tam da bu noktada "pozitif ayrımcılık" kavramından bahsetmek gerekmektedir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde pozitif ayrımcılık, toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı düşünülen belli gruplara çeşitli ayrıcalıklar tanıyarak onları destekleme şeklinde tanımlanmıştır.<sup>63</sup> Pozitif ayrımcılıkta fırsat eşitliği sağlanması bakımından bazı kişi ve gruplar lehine farklı ayrıcalıklar sağlanarak gerçekten eşit olma şansı sağlanmış olur.

---

<sup>58</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.38-39

<sup>59</sup> Süzek, S. (2020) *İş Hukuku*, 19.Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, s.457

<sup>60</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2009/9-485, K.2009/598, T.23.12.2009, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.02.2021)

<sup>61</sup> Yuvalı, E. (2012) s.60

<sup>62</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.89-91

<sup>63</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü (2021) *Pozitif Ayrımcılık* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.02.2021)

Doktrinde Aristo'nun denkleştirici adalet anlayışına benzetilen Pozitif ayrımcılık Türk Hukuku'nda Anayasa'da 5982 Sayılı Kanun ile 05.07.2010 da yapılan değişiklik ile Anayasal bir ilke haline gelmiştir. Pozitif ayrımcılık din, ırk, dil, sosyal statü, cinsiyet, sağlık durumu gibi nedenlerle uygulanabilir.<sup>64</sup>

## **2.1. Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Niteliği Ve Normatif Dayanakları**

Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesi ile İş Hukuku'nda ayrımcılık yasağının ulusal kaynaklardaki dayanaklarını Anayasa'nın 10. maddesi ,4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5., 12., 13., 18. maddeleri, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 25. maddesi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 6. Maddesi, Türk Ceza Kanunu 122. maddesi olarak saymak mümkündür.

### **2.1.1. Anayasal Dayanak**

Eşitlik ilkesi, 1982 Sayılı Anayasa'da 10. Maddede kanun önünde eşitlik başlığı altında düzenlenmiştir. Maddede lafzı olarak dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce din, inanç gibi özellikler ayrımcılık sebebi olarak sayılmışsa da yine birinci cümlede “benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin” dendiği için özelliklerin sınırlı sayıda olmayıp genişletilebilir olduğu anlaşılabilir. Ayrıca 2004 yılında eklenen ikinci fıkra, kadın-erkek eşitliği hususunda kadınlara yönelik pozitif ayrımcılığa dayanak oluşturmaktadır<sup>65</sup> ve maddenin son tümcesi ile devlete de eşitlik ilkesinin korunması amacıyla pozitif yükümlülük yüklenmiştir.

*Md. 10<sup>66</sup>: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

<sup>64</sup> Demirel, E.T., Tilkici, M. ve Çetin, C. (2011) s.317

<sup>65</sup> İnceoğlu, S. (2006) s.49

<sup>66</sup> Gözler, K. (2016) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 8.Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, md.10.

*(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*

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

Anayasa'nın 10. maddesinin ayırım yasaklarını ve bunun haricinde kalan durumlarda dar manada eşit davranma borcunu düzenlediği, öğretide ve Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmektedir.<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre farklı hukuksal durumda olan kişilere farklı, aynı hukuksal durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ayrımcılık oluşturmaz.<sup>68</sup> Yüksek Mahkemeye göre, herkesin mutlak aynı hak ve yükümlülükler sahip olması Anayasa'da öngörülen eşitlik anlayışı ile bağdaşmaz. Eşitlik her bakımdan aynı hukuki durumda olanların arasında söz konusudur. Hukuk felsefesindeki bir deyimle "eşitlerin eşitliği" anlamındadır.<sup>69</sup>

Doktrindeki genel görüşe göre Anayasa'nın 10. Maddesi'ndeki eşitlik ilkesi tüm hukuk sistemimizde ve kişiler arasındaki ilişkilerde mutlaka ve daima göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında buna açıkça değinmiş;

*"..Anayasa'nın 10.maddesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir..."<sup>71</sup>* şeklinde açıkça ifade etmiştir.

<sup>67</sup> Süzek, S. (2020) ss.452-454

<sup>68</sup> Kaya, P. A (2014) s.201; AYM, Aziz Turhan Kararı, B. No. 2012/1269, 08.05.2014; Süzek, S. (2020) s.458; AYM E.2015/67, K.2016/21, T.16.3.2016.

<sup>69</sup> AYM, E.1988/7, K. 1988/27 27.9.1988 T., Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.24, s.421 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=2020&q=>, (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

<sup>70</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.36-37

<sup>71</sup> AYM, E.2013/23, K.2013/123, T. 30.10.2013, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.24, s.421 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=2020&q=>, (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

Anayasa Mahkemesine göre,

*“...eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir...”<sup>72</sup>*

AYM başka bir kararında, başvurucuların işe iade talebiyle açtıkları davada aynı durumda bulunan farklı sendikaya üye kişilerin işe başlatılmış olması mahkemece dikkate alınmadan ve işverenin feshi bulunmadığı gerekçesiyle davaların reddine karar verilmesi nedeniyle yaptıkları başvuruda sendika hakkına bağlı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa'nın 10.maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>73</sup>

## **2.1.2. Yasal Dayanak**

### **2.1.2.1. 4857 Sayılı İş Kanunu**

4857 Sayılı İş Kanunu'nda eşitlik ilkesi ile ilgili düzenlemelere yer 5.,12.,13.,18. maddelerinde yer verilmiştir. Doğrudan düzenleme 5. maddede eşit davranma ilkesi başlığı altında şu şekildedir;

*“Md.5<sup>74</sup> : (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.*

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

---

<sup>72</sup>AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başvuru No: 2014/256, T.25.06.2014, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=2020&q=>, (Erişim Tarihi: 21.02.2020)

<sup>73</sup>AYM, Remezan Orak Ve Diğerleri Başvurusu Başvuru No: 2013/2229, T. 3.2.2016, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=2020&q=>, (Erişim Tarihi: 21.02.2020)

<sup>74</sup>Sümer, H.H. (2018) *Temel İş Kanunları*, 7.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, md.5.

*İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.*

*Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*

*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.*

*“20’nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”*

Madde hükmüne göre, işverenlerin emsal çalışanları arasında keyfiyete dayalı ayırım ve farklı muamele niteliği taşımayan bir eşitliğin sağlanması öngörülmüştür.<sup>75</sup> Eşit davranma ilkesinin düzenlenmesi ile eşit davranma yükümlülüğü kapsamında işverenlerin takdir hakkı sınırlandırılmıştır. Madde gerekçesinde de ayrıca; işverenin işe almadan itibaren tüm çalışma koşulları bakımından işçilerine karşı eşit davranma borcu altında olduğu, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir.<sup>76</sup>

Kanunun iş yaşamında eşitlik ve ayrımcılığa ilişkin geniş kapsamlı düzenlemesine göre iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din,

<sup>75</sup> Nazlı, S. (2016) *İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi Ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, s.572

<sup>76</sup> Türk İş (2020) *Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekçesi* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi:<http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yasaklanmıştır. Maddede “benzeri nedenlerle” kelimesine yer verilmiştir bu nedenlerle, ayrımcılık yasağının hükümde sayılan hallerle sınırlı kalmayarak genişletilebileceğini anlamak mümkündür. Örneğin, Avrupa Birliği 2000/78 Sayılı Çerçeve Sözleşmesi’nde ayrımcılık nedeni sayılan ve bu kanunda lafzi olarak sayılmayan yaşlılık ve cinsel tercihi de bu kapsamda ayrımcılık nedenlerinden saymak mümkündür.<sup>77</sup> Yargıtay Hukuk Daireleri kararlarında bu durumu şöyle ifade etmiştir;

*“...Kanununun 5. maddesiyle 18. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.”<sup>78</sup>*

İş hukukunda hukuki temel kabul edilen eşit davranma ilkesinin norm olarak düzenlenmesi sonrasında içtihatlar ile de maddenin uygulanması için bir kısım koşullar belirlenmiştir. Buna göre Yargıtay kararlarında, eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesinin aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde bir topluluk bulunması, kolektif uygulamanın olması, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak gibi koşulların varlığı halinde mümkün olabileceği <sup>79</sup> saptamalarına yer verilmiştir. Yine Yargıtay kararlarında, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde mutlak bir eşitlikten söz edilemeyeceğini, tüm işçiler arasında hiçbir farklılığın göz önünde bulundurulmadan aynı muameleye tabi tutulmasının da gerçek hakkaniyet ve eşitliğe uygun olmayacağını ifade etmiştir. İş ilişkisinde işçiler arasında nesnel farklılıkların bulunması halinde, sözleşme serbestisi kapsamında eşit işlem borcuna aykırılık söz konusu olmamaktadır. Bu madde özünde, emsal işçiler arasında işverence keyfi ve ayrımcı muamelenin yapılmasını yasaklamaktadır.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Kaplan, T. S. (2017) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Cinsiyet Ayrımcılığı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, s.236

<sup>78</sup>Yargıtay 9.HD. E.2016/24252, K.2020/10625; Yargıtay 22. HD. E.2020/2542, K.2020/9037, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

<sup>79</sup>Yargıtay 9.HD. E.2011/276, K. 2013/10657, T.01.04.2013, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.03.2021).

<sup>80</sup> Nazlı, S. (2016) s.575

4857 Sayılı İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine değinen bir diğer hükmü 12. maddenin 1.fıkrasıdır. Söz konusu maddede belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesine tabi emsal işçiler arasında ayırım yapılması yasaklanmıştır.

*“Md. 12/1: Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.”<sup>81</sup>*

4857 Sayılı İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine değinen bir diğer hükmü 13. maddenin 2.fıkrasıdır. Bu maddede tam süreli işçilere göre izinler, parasal çıkarlar ve ücret bakımından ayrımcılığa maruz kalması mümkün olan, işyeri ile daha az bütünleşen kısmi süreli işçilerin eşitlik ilkesi kapsamında korunmasına yönelik düzenlemeye gidilmiştir.

*Md. 13/2: “Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı 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.”<sup>82</sup>*

4857 Sayılı İş Kanunu'nun eşitlik ilkesine değinen son hükmü olan 18. maddenin 3. bendi, geçerli sebebe dayalı feshine ilişkin düzenlemeleri içerir. Bu madde hükmüne göre, sendikal faaliyetler ve sendika üyeliği, ırk, cinsiyet, renk, siyasi görüş, doğum, gebelik halleri, medeni hal ve benzeri nedenler öne sürülerek iş akdi feshedilemez. Bu ayrımcı tutumla işveren iş akdini feshetmişse, yargılama sonucunda fesih hakkını kötüye kullanmış kabul edilerek fesih geçersiz sayılır ve işçi tekrar işe kabul edilir ya da işçi lehine bir tazminata hükmedilir.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Sümer, H. H. (2018), İş Kanunu md.12-13

<sup>82</sup> Sümer, H. H. (2018), İş Kanunu md.13/2

<sup>83</sup> Kaya, P. A. (2014) s.209

### **2.1.2.2. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu**

18.12.2012 kabul tarihli Sendika ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun maksadı, işçi işveren sendikaları ile konfederasyonlarının örgütlenmesi, işleyişi, kurulması, çalışması ve denetimi hakkında usul ve esasları düzenlenmesi ile birlikte işçi işveren ilişkilerinde grev lokavta başvurma, toplu iş sözleşmesi yapılması hakkında usul ve esasları düzenlemek olarak belirlenmiştir.<sup>84</sup> Sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen 25.maddede eşitlik ilkesi benimsenmiştir. Ayrımcılık yasağı, 6356 sayılı kanunun Sendika Özgürlüğünün Güvencesi başlıklı 25.maddesinde; işe alımlarda, çalışma şartları ve işe son verilmesi hallerinde sendika üyesi olmayan işçi ile sendikası üyesi işçi arasında herhangi bir ayırım yapılması açıkça yasaklanmıştır. Ayrıca işçiler, işçi kuruluşları veya sendikal faaliyetlere katıldıkları gerekçeleri ile farklı işleme tabi tutulamaz. Bu hükümlere aykırı davranılması halinde mahkemece işçi lehine sendikal tazminata hükmedilir.<sup>85</sup> Yargıtay içtihatları incelendiğinde sendikal faaliyet kavramı geniş yorumlanmakla birlikte örneğin, işçi sendikaya üye olmasa bile feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının araştırılması gerektiği hükme bağlanmıştır.<sup>86</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016/34331 E., 2018/780 K. Sayılı 21.01.2018 tarihli kararında sendikal nedenle ayrımcılık yasağına, “sendikal bir sebeple iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine dair dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 Sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir” açıklamasıyla değinmiştir.<sup>87</sup>

Kanununun 25. maddesinin 7. fıkrasında açılacak davada, fesih hali dışında ayrımcılığın sendikal nedenle yapıldığını ispat yükümlülüğü işçiye bırakılmıştır. Ancak 6. fıkraya göre iş akdinin feshi halinde, iş akdinin feshinin nedenini ispat işverenin yükümlülüğündedir. Feshin işverence ileri sürülen nedene dayanmadığını,

<sup>84</sup> Sümer, H.H. (2018) s.147, md.1

<sup>85</sup> Kaya, P.A. (2014) s.210

<sup>86</sup> Yuvalı, E (2012) s.81

<sup>87</sup> Yargıtay 9. HD. E.2016/34331, K.2018/780, T.21.01.2018, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.03.2021)



sendikal nedenle feshedildiğini ispat yükü yine işçiye aittir. İşçinin sendikal nedenlerle ayrımcı işleme tabi tutulmasında ispat hususu ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

### **2.1.2.3. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu**

Kişilerin tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmasında ayrımcı eylemlerin önlenmesi, eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması gibi temel amaçlarla, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulması ile kurumun görev, teşkilat ve yetkilerinin belirlenmesi maksadıyla 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 06.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>88</sup> TİHEK 'in yapısı örgütlenmesi ve ayrımcılıkları çözmeye, başvurulara karar verme ve bunun sonunca yaptırımlar ve para cezası kesme yetkisi Kanununun 8. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.<sup>89</sup>

Kanun metninde 4.maddede ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıda sayılmış, kanun maddesindeki nedenlere “ve benzeri sebepler” şeklinde bir ekleme yapılmamıştır. Bu nedenle kanaatimizce kanunda sayılan ayrımcılık nedenlerini genişleterek yorumlamamız mümkün değildir. Kanununun 4.maddesine göre bu kanun kapsamına giren ayrımcılık türleri, ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık şeklinde sayılmıştır. Ayrıca eşit muamele ilkesi doğrultusunda adli ve idari mercilerde adli süreç başlatan kişilere karşı gerçekleştirilen olumsuz muamelelerde ayrımcı eylem sayılmaktadır.

Kanununun 5.maddesinde ayrımcılık yasağının kapsamı düzenlenmiş, eğitim, yargı, kolluk vb. gibi alanlarda hizmet sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişilerin, bu kurum ve kuruluşlardan hizmet almak üzere başvuru yapmış veya bu hizmetlerden halihazırda yararlanmakta olan, ya da bilgi almak isteyen şahıslara karşı ayrımcı muamelede bulunulması yasaklanmıştır.

<sup>88</sup>Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Sayı:29690, 20 Nisan 2016, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 12.01.2021)

<sup>89</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.29-30

Aynı maddenin 3. fıkrasına göre kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve gerçek kişilerin, taşınır ve taşınmazların sunulması gösterilmesi kişilere kiralanması kira sözleşmesi şartlarının düzenlenmesi yenilenmesi sona erdirilmesi satışı devri ve bunlar hakkında bilgi verilmesi hususlarında da ayrımcılık yasağına tabi olduğu belirtilmiştir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 6.maddesinde istihdam ve serbest meslek başlığı altında, kişilerin işe alım, meslek eğitimi ya da deneme süresinde ayrımcı işlem yapılması yasaklanmıştır. İcrası ruhsata bağlı serbest mesleklerde ruhsat dağıtımında keyfi davranışlar yasaklanmış, eşit biçimde dağıtılması zorunlu tutulmuştur. Aynı zamanda 6.maddenin 3.fıkrasında işe alımda gebelik, annelik ve çocuk bakımı nedeniyle ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun geniş yorumlanmaya açık ve uygulama alanı daha geniş olan ayrımcılık yasağı düzenlemelerine karşın Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda "numerus clausus" ilkesi bağlamında sayılı ve uygulama alanı daha sınırlı düzenlemeler mevcuttur.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu 2020/198 Karar sayılı kararında, EBA TV'de ders veren başörtülü öğretmen hakkında bir TV programında yapılan açıklamalar nedeniyle; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 3'üncü maddesinde korunan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine, program sunucusu hakkında 15.000,00 TL, yayın kuruluşu hakkında 15.000,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu 2020/176 Karar sayılı kararında, iş başvuru sürecinde başvuranın gebe olması sebebiyle işe alınmamasında ayrımcılık ihlali olduğuna ve muhatap hakkında 15.000,00 TL idari para cezası uygulanmasına, karar vermiştir. Yine Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu 2019/64 Karar sayılı kararında, başvuranın kiralamak istediği daire için evin erkek kiracıya verilmeyeceği ifadesinin kullanılarak ayrımcılık yasağı ihlali iddiası ile yapılan başvuruda da ev sahibi ve emlak müşavirince ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ve her ikisine de ayrı ayrı 1.000,00 TL idari para cezası uygulanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir.

#### **2.1.2.4. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu**

Ayrımcılık fiili 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 'nda "Nefret ve Ayrımcılık" suçu olarak düzenlenmiştir.

*Md. 122: (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;*

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

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

*c) Bir kişinin işe alınmasını,*

*d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.<sup>90</sup>*

Madde metninde suçun oluşması için, ayrımcılık fiilinin nefret saiki ile gerçekleşmiş olması şartı aranmaktadır. TCK ya göre suçun mağduru ve faili herkes olabilmektedir. Kanuna göre, suçun herhangi bir nitelikli hali bulunmamaktadır. Ayrıca suç kapsamında kabul edilecek ayrımcılık halleri kanunda tek tek sayılmıştır. Özellikle işçinin istihdamı konusunda suçun nefret saiki ile işlendiğini ispat yükü işçiye yüklenmiştir.<sup>91</sup>

#### **2.1.2.5. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun**

5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun<sup>92</sup>'da engellilere yönelik doğrudan veya dolaylı her türlü ayrımcı muamele "Ayrımcılık" başlıklı 4. maddede yasaklanmıştır. Yine aynı kanunun "İstihdam" başlıklı 14.maddesinde engelli bireylerin, işe başvuru, işe alım, çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta ve çalışan engelli bireylerin aleyhinde sonuç doğuracak biçimde engellilik halinden dolayı diğer kişilerden farklı muameleye maruz bırakılması yasaklanmıştır. Bu maddede ayrımcılık mağduru kişiye her ne kadar bir talep hakkı düzenlenmemişse de

<sup>90</sup> Türk Ceza Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25611, 12 Ekim 2004, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 25.01.2021)

<sup>91</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.145-146

<sup>92</sup> Engelliler Hakkında Kanun, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25868, 7 Temmuz 2005, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 27.01.2021)

engelli işçinin İş Kanunu 5. maddesi uyarınca tazminat hakkının varlığından bahsedilebilir. Aynı zamanda engelli bireylerin özel durumları dikkate alınarak eşitlik temelinde ömür boyu eğitim imkanından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılması 15.maddede düzenlenmiştir.

Burada bir tür pozitif ayrımcılık olarak da tabir edebileceğimiz engelli bireyler lehine, bazı makam ve mekanizmalara sorumluluklar yüklenmiştir.<sup>93</sup> Ayrıca bu kanunun yüklediği sorumlulukları destekler nitelikte bazı düzenlemeler de mevcuttur. Türkiye’de engelli bireylerin istihdamının artırılmasına yönelik kota sistemi uygulanmaktadır. Kota sistemine göre kamu ve özel sektörde iş yerinin toplam istihdam sayısına belli bir oranı kadar engelli personel dahil edilmesi şart koşulmuştur. Engelli personel istihdamı 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 30. Maddesi ile kamu işyerleri ve özel sektör için bir zorunluluk haline gelmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu’na göre, aynı il sınırları içerisinde 50 ve daha üzeri işçi çalıştıran işverenler mevcut çalışanlarının %3'ü kadar engelli personel çalıştırmakla yükümlüdürler.

## ***2.2. Türk İş Hukuku’nda Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları***

İşyerinde eşit davranma borcunun doğabilmesi, bazı koşulların birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu koşullar birlikte var olmadığı takdirde eşit muameleden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim, eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için karşılaştırılabilir bir iş ilişkisi varlığı gerekmektedir.

### ***2.2.1. Aynı İşyerinin İşçileri Olma (İşyerinde Birlik)***

İşverene eşit davranma borcunun yüklenebilmesi için, işlemin aynı işyerinde benzer şartlarda çalışan işçilere karşı uygulanacak olması gerekmektedir. Doktrinde bu şart “işyerinde birlik” olarak ifade edilmiştir.<sup>94</sup> Aynı işverenin farklı mahiyetteki işyerleri veya farklı bağımsız işverenlerin farklı işyerlerinde çalışan işçiler arasında, işverenin eşit davranma borcunun doğduğundan söz etmek mümkün değildir.<sup>95</sup> Ancak benzer çalışma şartlarına sahip, tekdüzen esaslarla yönetilen ve aralarında karşılıklı işçi

---

<sup>93</sup> Kaya, P.A. (2014) s.58

<sup>94</sup> Süzek, S. (2020) s.456

<sup>95</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.47-48

nakilleri de yüksek olan işyerlerinin mevcudiyeti halinde eşit davranma borcundan bahsedebilmek mümkündür.<sup>96</sup>

Yargıtay 9. HD. T. 12.2.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114 sayılı kararında “Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler arasında geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümlülüğü yerine yönetim hakkı bağlamında farklı davranma serbestisinden söz edilebilir” ifadelerine yer vermiştir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2021/2786 E., 2021/6672 K, 23.03.2021 T. Kararında,

*“...davalı şirketten ayrı, bağımsız işveren olan dava dışı şirketin (birleşme ile davalı konumuna geçen Türkiye ... Fabrikaları A.Ş.) kendi işçilerine yaptığı eğitim yardımı miktarından yararlanması mümkün değildir. Çünkü her iki şirket ayrı bir tüzelkişilik ve bağımsız diğer bir işverendir. Aynı işveren olması söz konusu olmadığından eşit davranma borcunun ihlalden söz dilemez. Mahkemece davacının fark eğitim yardım talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”*

şeklinde hüküm kurarak, işyerlerinin birbirinden bağımsız işverenler olduğu gerekçesi ile eşit davranma borcunun aykırılığın söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

Aynı faaliyeti gösteren, tekdüzen esasları olan birbirine tamamen benzeyen işyerlerinde farklı muamelelerin gerçekleştirilmesi ancak “çalışma koşulunun farklı olması” halinde mümkün olabilir. Çalışma koşulunun farklılığı uygulamada, işyerinin bulunduğu yerin özellikleri, merkeze uzaklığı, ulaşım durumu, yerel iş piyasasının durumu şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin küçük bir kasabadaki işyerinde çalışan işçilere servis hizmeti sunulmamasına rağmen, trafik yoğunluğu yaşanan büyük şehirlerdeki işyerinde çalışmakta olan işçilere servisle ulaşım hizmeti sağlanabilir. Bu durumda objektif nedenin varlığından söz edilir ve aynı işverenin faaliyetleri benzer işyerleri olmasına rağmen farklı işlem yapılması eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmez.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Çolakoğlu, E. (2011) ss.32-33

<sup>97</sup> Kaya, P. A. (2014) ss.222-223; Süzek, S. (2020) s.456; Yuvalı, E. (2012) ss.47-48

### **2.2.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı**

Bir işyerinde işverenin eşitlik ilkesine aykırı davrandığından söz edebilmek için, aynı işyerinde çalışan birbiri ile kıyaslanabilir birden fazla işçinin varlığı gerekmektedir. Ayrıca eşit işlem borcu işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan çalışanlar bakımından mevcuttur.<sup>98</sup> İşyerinde çalışanların bir kısmının sıfatı farklı ise örneğin, işveren vekili, alt işverenin işçileri ya da geçici iş ilişkisi kapsamındaki (ödünç işçi) işçilerden olması halinde homojen bir işçi kitlesinden bahsedilemeyeceği için veya bir kısım çalışanın sözleşmeli personel, bir kısmının memur olduğu hallerde de işverenin muamelesinin kıyası mümkün değildir.<sup>99</sup> Yargıtay'da, memur ve işçilere farklı ücret zammı ile eşit davranma borcunun ihlal edildiğinin iddia edildiği bir davada, bu iki grubun karşılaştırılamayacağı görüşündedir.<sup>100</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre, işleme konu tek bir işçi olması halinde dahi ayırım yasağının ihlalden söz edilebilir. Şöyle ki işverence, bir işçinin işe alınmasında, işin devamı veya feshi sürecinde, iki veya daha fazla işçinin mukayesesi ile değil de tüm insanlık nezdinde değişmez değer ve özellikler açısından ayrımcılık yapılmış ise burada da işverenin eşit davranma borcunu ihlali söz konusudur.<sup>101</sup> Örneğin, işyerinde çalışan tek işçinin dini ve felsefi inanışları, siyasi görüşü, cinsel tercihi, kökeni gibi özellikleri nedeni ile iş akdi feshedilmiş ise burada ayrımcılık yasağının ihlalden bahsedilebilir.

### **2.2.3. Hukuken Kolektif Nitelikte Bir Uygulama Olması**

İşverenin eşit davranma borcundan söz edebilmek için kolektif nitelikte bir uygulamanın varlığı gerekmektedir.<sup>102</sup> İşverenin kolektif nitelikteki davranışları işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren, genel, objektif uygulamalardır. Bazı işçilerin bu kolektif işlemlerin dışında tutulması halinde eşit işlem ilkesinin ihlali söz konusu olmaktadır. İşveren, yönetim hakkı kapsamında işyerinde genel bir kural oluşturmak

<sup>98</sup> Bozkurt, M. (2020) s.80; Yuvalı, E. (2012) s.50

<sup>99</sup> Kaya, P. A. (2014) s.224

<sup>100</sup> Yargıtay 9.HD. E.2006/17010, K.2007/955, T.29.1.2007, Kazancı, [Çevrimiçi] Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 02.01.2021).

<sup>101</sup> Süzek, S. (2020) s.457

<sup>102</sup> Süzek, S. (2020) s.456

ve kuralın içeriğini belirlemek konusunda serbesttir. Söz konusu kuralın uygulanacağı işçi grubunu belirleme hususunda da esasen serbest olan işveren, eşit davranma borcunu dikkate almak zorundadır. Ancak, işveren kendi belirleyeceği genel kuralın istisnalarını oluşturacak ise de bu istisnaların uygulanacağı işçi veya işçilerin uygulanmayacak olan işçilerden daha kötü bir duruma düşürülmemesi gerekir<sup>103</sup>

İşçi topluluğunda bulunan bir veya birkaç işçiye kişisel başarısı veya performansı gibi nedenler ile bir ödül verilmiş ise bu durum eşit davranma borcuna aykırılık niteliği teşkil etmez.<sup>104</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu işlemin hukuken geçerli, objektif bir nedene bağlı olarak yapılması keyfi bir ayırım olmamasıdır. İşçilere ödenen prim hakkında Yargıtay kararlarında, primin işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli olması ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanacağı vurgulandı. Prim ödemesinden amacın işçinin daha verimli şekilde çalışmaya özendirilmesi olduğu, kişiye özgü olması nedeniyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmeyeceği ifade edilmiştir. Yine yapılacak objektif ve şeffaf değerlendirmeler sonucunda belirlenen performans farklılıkları nedeniyle, yapılacak zamlarda da farklılıklar oluşması eşit davranma borcuna aykırı olmaz.<sup>105</sup>

Eşit davranma borcu yalnızca işveren kaynaklı işlemler hakkında söz konusu olur. Kanundan, üçüncü kişilerden ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir farklılık mevcut ise işverenin eşit davranma borcunu ihlali söz konusu olamaz. Nitekim 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 25/2 ye göre;

*“işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.”<sup>106</sup>*

<sup>103</sup>Çolakoğlu, E (2011) s.34

<sup>104</sup>Kaya, P. A. (2014) s.6

<sup>105</sup>Yuvalı, E. (2012) s.53

<sup>106</sup>Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Sayı:28460, 7 Kasım 2012, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: www.resmigazete.gov.tr, (Erişim Tarihi: 26.02.2021), md.25/2.

Sonuç olarak Toplu iş sözleşmesi kaynaklı maddi faydalardan sadece sendikaya üye işçilerin yararlanabilmesi eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Bu durumda farklılıklar oluşabilmesi toplu iş sözleşmesinin niteliği gereğidir. Ancak maddi konular dışındaki ücretli izinler, disiplin cezaları, iş sağlığı ve güvenliği kuralları gibi konularda toplu iş sözleşmesi, taraf sendikaya üye olmayan işçilere de ayırım yapılmaksızın uygulanmalıdır.<sup>107</sup>

#### **2.2.4. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma**

Bu koşula göre, işveren tarafından gerçekleştirilen işlemlerin eşit davranma borcuna uygunluğu değerlendirilirken, kıyaslanan işlemlerin aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olması şartı aranmaktadır. Bu koşul doktrinde “zamanda birlik” koşulu olarak ifade edilmiştir.<sup>108</sup> Aynı zaman dilimi ile kastedilen, işçilerin çalışma şartlarının değişmeden aynı şekilde devam ettiği dönemdir.<sup>109</sup> Geçmişte ya da çalışma koşullarının aynı olmadığı farklı bir dönemde gerçekleşen bir uygulama bakımından kıyas yapmak bu nokta da mümkün olmayacağı için, işçi işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği iddiasıyla bir hak talep edemez.<sup>110</sup>

Zamanda birlik koşulunu uygulamada Yargıtay kararlarında da görmekteyiz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2016/1531 E., 2020/202 K. 25.02.2020 T. kararının gerekçe metninde, eşit davranma borcu bakımından karşılaştırılacak durumların aynı zaman dilimi içerisinde yer alması gerektiğine değinmiştir. Yargıtay’ın görüşüne göre, belli bir süre içinde çalışma koşulları değişmiş ise ve bu değişiklikler iş hukuku bakımından geçerli nedene dayanıyorsa uygulamalardaki farklılıklar eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmez.<sup>111</sup> Yine Yargıtay yeni tarihli bir kararında daha önceden işe alınmış ve iş ilişkisi devam eden bir işçi ile aynı nitelikte olsa bile işe yeni alınan

<sup>107</sup>Çolakoğlu, E. (2011) ss.35-36; Yuvalı, E. (2012) s.54

<sup>108</sup>Yuvalı, E. (2012) s.56

<sup>109</sup>Karagöz, V. (2012) *İş Hukukunda Ayırmacılık Tazminatı*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Kasım, C:5, S:1, ss.62-63.

<sup>110</sup>Deveci, Z. S. (2020) İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi, İzmir Barosu Dergisi, S:Mayıs, ss.33-34.

<sup>111</sup>Deveci, Z.S. (2020) ss.33-34; Yargıtay 9.HD. E.2002/18343, K. 2002/3479, T.11.03.2002, Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).



işçiye aynı ücretin verilmemesi eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığını ifade etmiştir.<sup>112</sup>

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın zamanda birlik koşulunun sağlanmadığı gerekçesi ile verdiği bir karar ise şöyledir; kadın işçinin erkek bir işçiye göre kendisine ücret yönünden ayırım yapıldığı iddiası ile açmış olduğu dava da divan, arada zaman bakımından fark olduğunu ifade etmiş, şirket gelir durumunun değişmiş olduğunu öngörerek kadın işçinin davasını reddetmiştir.<sup>113</sup>

### **2.2.5. İş Sözleşmesi ile Çalışmak**

Eşit davranma borcunun varlığından söz edebilmek için, işçinin iş yerinde iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekmektedir. Şöyle ki, kanundaki belirli hallerin dışında işçinin iş akdi kurulmadan önce ya da iş akdinin feshinden sonra işverenin eşit davranma yükümlülüğü devam etmemektedir.<sup>114</sup> Gebelik halleri, sendikal ve cinsiyete dayalı özel nedenler gibi kanunda sayılı hallerde iş akdi kurulmamış dahi olsa öncesinde de işverenin ayırım yapmama yükümlülüğü mevcuttur.

İş akdinin sonlanması ile iş ilişkisinin taraflarının birbirlerine karşı, hakları ve yükümlülükleri de sonlanmaktadır. Örnek olarak; işten ayrılan bir işçi, iş akdinin sonlanmasından sonraki birkaç senede işyerinde yapılan yeni işlem ile çalışan işçilere yeni bir hak tanınması halinde, kendisinin çalıştığı dönemde bu hakkın mevcut olmamasını ve bu haktan faydalanamamasını işverenin eşit davranma borcuna aykırılığına bağlayamaz.

Ödünç iş ilişkisi ve alt işverenlik ilişkisinde eşit davranma borcunun var olup olmadığını incelemek gerekir ise, borcun var olması için işveren ile işçi arasında bir iş akdinin varlığı gerekmektedir. Ödünç iş ilişkisinde, işçiyi ödünç alan işveren ile bu ilişki kapsamında kalan işçiler ve alt işverenlik ilişkisinde, alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı için bu iş ilişkileri kapsamında olan

---

<sup>112</sup>Yargıtay 9.HD. E.2016/34591, K.2020/18303, T.14.12.2020, Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 07.02.2021).

<sup>113</sup> Yuvalı, E. (2012) s.58

<sup>114</sup> Muzır, E. (2020) *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, s.12

işçilere karşı işverenin eşit davranma borcu bulunmayacaktır. Yine aynı şekilde asıl işverenin işçilerine karşı, alt işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu hallerde, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 8.fıkrası uyarınca, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri kabul edilir. Böyle bir muvazaa söz konusu olduğunda, alt işveren işçileri asıl işverenin işçileri kabul edildikleri için asıl işverenin eşit davranma yükümlülüğü doğmaktadır.<sup>115</sup>

### **2.3. Türk İş Hukukunda Eşit Davranma Borcunun Uygulanması**

#### **2.3.1. İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında Eşit Davranma Borcu**

Türk İş Hukuku'nda işe alma konusunda eşit davranma borcuna yönelik doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 48.maddesi uyarınca hangi işçinin işe alınıp alınmayacağına belirlenmesinde sözleşme özgürlüğü kapsamında işverene serbestlik tanınmaktadır. Ancak bazı kanunlar uyarınca işverenin sözleşme serbestisinin kısıtlandığını söylemek mümkündür.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5.maddesinin 1.fıkrası ayırım yasaklarının “iş ilişkisi içerisinde” geçerli olduğunu düzenlemiştir. Kanunda geçen “iş ilişkisi” kavramı esasen iş ilişkisinin varlığını yani kurulmuş olmasını ifade etmektedir. Yine aynı şekilde aynı kanunun 5. maddesinin son fıkrasında yaptırımlar hakkında düzenleme de “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” şeklinde bir sınırlama yapılarak eşit davranma borcuna aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların yalnızca iş ilişkisi kurulduktan sonra ve sona ermesinde uygulanabileceği belirlenmiştir.<sup>116</sup>

İş Kanunu 5. Maddenin gerekçesinde işverenin, işe almadan başlayarak bütün çalışma şartları bakımından işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğünün varlığı ifade edilmiştir. Bu ifade nedeniyle işçinin işe alımında ayırım yasaklarının varlığı konusunda doktrinde de görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Öğretideki bir görüşe göre; sözleşme serbestisi ilkesine karşın, insanın sadece insan olmasından kaynaklanan

<sup>115</sup>Şener, B. (2011) *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, s.94

<sup>116</sup> Kaya, P. A. (2014) s.229

değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi kendisinden istenemeyecek özellikleri söz konusu olduğunda, işverenin ayrımcılık yasağına üstünlük tanıyarak fesihle ve iş ilişkisinin devamında olduğu gibi iş ilişkisinin kurulması aşamasında da ayırım yasaklarını dikkate alması gerekmektedir.<sup>117</sup>

Öğretide genel olarak benimsenen bir diğer görüşe göre ise; kanunda geçen “iş ilişkisi” kavramından söz edebilmek için, hukuki bir iş ilişkisinin kurulmuş olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle işe alımda birinci fıkrada sayılan sebepler bulunsa dahi işverenin eşit davranma borcundan sorumlu tutulamayacağı savunulmuştur. Bu görüşe göre işe almada ayırım yasağının varlığı sadece sınırlı sayıda sayılmış olan gebelik ve cinsiyete dayalı ayırım hallerinde kabul edilebilir.<sup>118</sup> 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 3.fıkrasında “iş sözleşmesi yapılmasında” tabirinin açıkça kullanılması ile sadece iş sözleşmesi yapılırken cinsiyet ve gebelik nedenleriyle farklı muamele yapılması yasaklanmıştır. Aynı zamanda genel görüşe göre, İş Kanunu 5.maddesinin 6.fıkrasındaki iş ilişkisinde veya sona ermesinde şeklindeki açık kanun düzenlemesi gereği işe alımda ayrımcılığa uğrayan kişi ayrımcılık tazminatı talep edemez.

Yargıtay’ın bu konudaki görüşünün de öğretilerdeki genel görüş yönünde olduğunu söylemek mümkündür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 14.03.2011 26762/6747 ve 24.6.2013, 9220/19242 sayılı kararlarında işverenin eşit davranma borcundan söz edebilmek için, işverenle arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçinin var olması gerekmektedir ifadesini kullanmıştır.<sup>119</sup> Yine Yargıtay yeni tarihli bir kararında da “işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yaptırılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir.” şeklinde ifadesi ile

---

<sup>117</sup> Süzek, S. (2020) s.459

<sup>118</sup> Kaya, P.A. (2014) s.229

<sup>119</sup> Yargıtay 9. HD. E.2011/26762, K.2011/6747, T.14.03.2011; E.2013/9220, K.2013/19242 T.24.6.2013, Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 16.03.2021).

eşit davranma borcunun iş ilişkisinin kurulmasından sonra söz konusu olacağını karara bağlamıştır.<sup>120</sup>

İşveren işin devamı sürecinde cinsiyet temelli bir ayırmda bulunamaz. Fakat iş ilişkisinin kurulması sürecinde işverence iş başvurusu yapan kadına hamile olup olmadığı veya yakın zamanda bebek sahibi olmayı planlayıp planlamadığı gibi sorular sorulduğu görülmektedir. İşverenler gebelik halinde ya da doğum ve annelik izinleri nedeniyle işçinin verim ve performansında azalma olacağı düşüncesiyle başvurucuyu işe almak istemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus başvuru işçinin yapacağı iş ile alakalı sorular yöneltmesidir. Aksi halde özel hayatın gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Örneğin mankenlik, spor içeren faaliyetler, işçinin radyasyona maruz kalması veya çalışmasının yasaklandığı muhtemel işlerin söz konusu olduğu hallerde işverenin hamilelik vb. gibi soruları işçiye yöneltmesi, beklenebilir. Doktrinde bu durumun cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.<sup>121</sup> Kural olarak iş akdinin kurulmasında ücret belirlenirken ayırım yasakları ihlal edilmemelidir. Şöyle ki, örneğin işçinin siyahi olması ya da farklı inanca sahip olduğu gerekçesi ile daha az ücret kararlaştırılmaz. Ancak bu ihlal iş akdinin kurulması aşamasında, işe alım safhasında gerçekleştiği için kanuna göre ayrımcılık tazminatına hükmedilemez. Yalnızca genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunulabilir.<sup>122</sup>

Türk Hukuku'nda bazı kanunlarda işe alımda işverenin sözleşme serbestisi açıkça kısıtlanmış istihdam sürecinde uygulanacak ayrımcılıklar hakkında çeşitli yasaklar belirlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun "Nefret ve Ayrımcılık" başlıklı 122. maddesinde işe almada eşitlik ilkesine aykırı davranılması suç olarak belirlenmiştir. İş Kanunu'ndan farklı olarak işe almada da ırk, din, dil, cinsiyet, özürllük hali, renk gibi sebepler ile ayırım yapılması yasaklanmış ve ayırım yapan kişi hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası yaptırımı düzenlenmiştir. Yine Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 25/1'de İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı

---

<sup>120</sup> Yargıtay 9.HD. E.2016/34591, K.2020/18303, T.14.12.2020, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 17.03.2021).

<sup>121</sup> Yuvalı, E. (2012) s.175

<sup>122</sup> Yuvalı, E. (2012) s.180

tutulamaz şekilde ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile sendika üyesi işçilerin işe alınmasında herhangi bir ayrımcı uygulama yapılması yasaklanmıştır.

4857 Sayılı Kanun kapsamında korunmayan işe alımda eşit davranma borcunun,6701 sayılı TİHEK Kanunu ile koruma altına alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda 6.maddede, bilgilendirme başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamaz şeklinde istihdamda ayırım yasağı düzenlenmiştir.<sup>123</sup> Bu maddede istihdamda ayrımcılık yasağı 6701 Sayılı TİHEK Kanunu 2. maddesinde sayılmış olan cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temeline dayalı ayrımcılık nedenleri dahilinde sınırlandırılmıştır. Burada her ne kadar yaş temelli ayrımcılık yasaklanmış olsa dahi, doktrinde işverenin alt ve üst yaş sınırı belirlemesinin yani çalışmak istediği gruba belli bir yaş aralığı belirlemesinin ayrımcılık oluşturmayacağı görüşü ifade edilmiştir. Örneğin işveren yetiştirilmek üzere genç işçiye istihdam sağlayarak genç ve dinamik bir kadro ile çalışmak isteyebilir veya tam tersi tecrübeye dayalı bir iş kolu ise daha olgun, işinde belli bir tecrübe kazanmış çalışanı tercih edebilir, burada objektif ve haklı bir gerekçe söz konusudur. Avrupa Birliği 2000/78 Sayılı Direktifi 6.maddesinin 1.fikrasının b bendinde işe alım aşamasında yaş, mesleki tecrübe ya da kıdem şartı belirlenmesinin ayrımcılık oluşturmayacağı belirtilmiştir.<sup>124</sup>

Engelli bireylerin istihdamının sağlanarak çalışma yaşamında yer edinmeleri oldukça önemlidir. Engellilerin işe alınması hakkında düzenleme ise 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 14.maddesinin 2. Fıkrasıdır;

*“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.”*

---

<sup>123</sup> Bozkurt, M. (2020) s.92

<sup>124</sup> Yuvalı, E. (2012) s.176

hükmü ile engellilerin işe alımında ayırım yasakları açık ve sayılı biçimde belirlenmiştir.<sup>125</sup> Bu hüküm işveren açısından bağlayıcı bir hükümdür fakat kanunda hükmün ihlalinin bir yaptırımını belirlenmemiştir.

Sonuçta kural olarak işveren, işe almada eşit davranma borcu altında olmamakla birlikte yukarıda belirttiğimiz kanunlar kapsamında cinsiyet ve gebelik halinde, sendikal nedenlerle ve engellilerin işe alımlarında ayrımcılık yapamaz. Yasalarda açıkça bu hususta düzenleme yer aldığından işveren işe alımlarda ayırım yasağını bu anlamda ihlal edemez. Fakat bu sayılan haller dışında işe alımlarda, işverenin işletmesine faydalı olacağını, verimli ve uyumlu çalışacağını düşündüğü işçiyi işe alması ve objektif ve sübjektif kriterler belirlemesi sözleşme serbestisi gereğince eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez.

### ***2.3.2. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu***

#### ***2.3.2.1. Genel olarak***

İşveren iş sözleşmesinin devamı boyunca yani işin yürütülmesi süresince eşit davranma borcuna uymak zorundadır. İşveren ayırım yasaklarını ihlal edemeyeceği gibi tüm çalışma koşullarında ve ücret konusunda keyfi işlemlerden kaçınarak da dar anlamda eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. İşverenin yönetim hakkını kullanırken işçilere karşı işin yürütülmesinde yaptığı farklı uygulamalar objektif, haklı hukuki nedenlere dayandırılmak zorundadır. Aksi halde, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bu uygulamanın yaptırımları İş Kanunu 5.maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. İşverenin ayırım kastı mevcut değil ise ve uzmanlık, kıdem, eğitim öğretim, yetenek ve çalışma verimleri gibi objektif ve sübjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı uygulamalar yapılması mümkündür.<sup>126</sup>

İşyerinin düzenine yönelik uygulamalarda işverenin eşit davranma borcu mutlak bir nitelik taşımaktadır. Buna rağmen objektif ve haklı bir nedenin varlığında istisnai kısıtlamalar ve farklılıklar doğabilir. Örneğin, sigara içme serbestisi olan bir işyerinde,

<sup>125</sup> Deveci, Z. S. (2020) s.35

<sup>126</sup> Süzek, S. (2020) s.463; Yargıtay 9.HD. E.2017/11847, K.2017/13949, T.21.09.2017, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:17.03.2021).

sigara içilmesi halinde tehlike doğabilecek bir bölüm var ise o bölümde çalışan işçilerin sigara içmesi diğer bölümdeki işçilerden farklı olarak yasaklanabilir.<sup>127</sup>Yine sosyal yardımlar bakımından da işverenin işçiler arasında farklı gruplar oluşturması mümkündür. İşin sorumluluk ve tehlike derecesine göre, çocuk sayısına göre, belirli bir kıdemi olanlara göre bir gruplandırma yaparak farklı sosyal yardımda bulunabilir. Ancak işverenin bu farklı grupların oluşturulmasında keyfi muameleden kaçınması gerekmektedir.<sup>128</sup>

Yüksek Mahkeme iş ilişkisi içerisinde çalışma şartlarındaki farklılıkların ayrımcı tutumla belirlenmesini işçi açısından haklı fesih nedeni kabul etmiştir. Yargıtay bir kararında, işveren aleyhine açılmış olan bir davada, işverenin aleyhe tanıklık eden işçisine diğerlerine göre daha az zam yapılmasını ve ücreti düşük tutmasını işçinin iş ahdini feshetmesinde haklı neden kabul etmiştir. Somut olayda, davalı işverenin bu farklı uygulamayı haklı ve objektif bir nedene dayandıramadığı kararda belirtilmiştir.<sup>129</sup>Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2015/28698 K. 2018/22722 sayılı, 10.12.2018 tarihli kararında da eşit davranma borcunun iş ilişkisi boyunca uygulanışını ayrıntılı olarak ortaya koyulmuştur.

Söz konusu karar metni şöyledir:

*“...İşveren iş ahdinin kurulması, ücret ve çalışma koşullarında, sözleşmenin sona ermesinde farklı işlem yapamaz. Aynı durumdaki işçilere objektif ve farklı davranmayı haklı kılabacak nedenler bulunmadıkça eşit davranılması zorunludur. Kısaca 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*

<sup>127</sup> Yuvalı, E. (2012) s.60

<sup>128</sup> Süzek, S. (2020) s.463

<sup>129</sup> Kaya, P. A. (2014) ss.233-234; Yargıtay 9.HD. E.2000/1034, K.2000/4713, T.03.04.2000, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 6.04.2021).

*bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir.*

*Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir.”<sup>130</sup>*

Yüksek Mahkeme bir kararında, işverenin çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında ücret yönünden eşit davranma borcu bulunmadığını hükme bağlamıştır. Böyle bir durumda her ne kadar çalışma şartları ve koşulları aynı da olsa işe yeni alınan işçi ile daha önceden çalışmakta olan işçiye aynı ücret ödenmemesini haklı bulmuş ve işçinin ayrımcılık tazminatı talebini reddetmiştir.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup>Yargıtay 9.HD. E. 2015/28698, K.2018/22722, T.10.12.2018, Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 10.01.2021).

<sup>131</sup> Yargıtay 9.HD. E.2016/34297, K.2020/18304, T.14.12.2020 Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 10.01.2021). ”işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yaptırılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir.Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için karşılaştırılan 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 tazminatı istemlerinin reddi gerekir”



Belirtmekte fayda var ki, işverenin mutlak olarak ayırım yapamayacağı haller kanunda belirlenmiştir. İş Kanunu 5., iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yasaklarını düzenlemişken Engelliler Kanunu 14., engellilik durumunda, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu 25., sendikal nedene dayalı ayırımı iş ilişkisinde mutlak olarak yasaklamıştır.<sup>132</sup>

### 2.3.2.2. İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında Eşit Davranma Borcu

İşverenin, işin dağıtımı, çalışma saatlerinin belirlenmesi, disiplin cezaları, terfiler, kapı kontrolleri, işyeri kuralları, sosyal haklar, işçilerin eğitimi, kursları ve çalışma şartları hususlarında eşit davranma yükümlülüğü vardır.<sup>133</sup> İşveren, yönetim hakkını kullanırken kötü niyetle ve keyfi uygulamalarla ayrımcılık yapamaz. Bu hakkın kullanımında İş Kanunu 5. maddesi uyarınca eşit davranma borcunu gözetmek zorundadır. Fakat, Yargıtay bir kararında, farklı konumda bulunan işçiler açısından işverenin yönetim hakkı kapsamında farklı davranma özgürlüğünün olduğunu karara bağlamıştır.<sup>134</sup>

İşveren, işyerinin yönetimini işçilere talimatlar vererek gerçekleştirir. İşverenin yönetim hakkına karşılık, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu ortaya çıkmaktadır. İşveren, talimatları ile iş sözleşmesinde temel olarak belirlenen iş görme ediminin, nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını belirler. Çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin ne zaman ve nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımını ya da kullanılacak araç, gereçler hususunda verilecek talimatlar yönetim hakkının sınırlarına uymak zorundadır ve kanuna aykırı olamaz. İşçilere verilen

<sup>132</sup> Bozkurt, M. (2020) s.95

<sup>133</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.61-62

<sup>134</sup> Yargıtay 9. HD. E.2015/28698, K.2018/22722, T.10.12.2018, Yargıtay Bilgi Bankası, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 6.04.2021); “Sonuç olarak aynı bölüme çalışan Kamuran’ın eğitim durumu ve performans olarak ve Gürol’un 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. Mahkemece davalının savunmasından ve sunduğu sertifika, diploma ve sair belgelerden diğer çalışanlar lehine olan ücret farkının haklı gerekçesinin anlaşamadığı gerekçesi ile kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar verilmişse de 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 dayanmadığının anlaşıldığından kıdem tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

talimatlar eşitlik ilkesine uygun olmalı ve ayrımcılık teşkil etmemelidir. Nitekim, işveren, hukuka aykırı talimatlar verecek olursa, işçi bu talimatları yerine getirmek zorunda değildir. Ayrıca işveren Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesi<sup>135</sup> gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuçlar ortaya çıkaracak, eşitsizliğe neden olacak talimatlar veremeyeceği gibi, işçiye eziyet etmek amacıyla kötü niyetle talimatlar da veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna uygun hareket etmekle de yükümlüdür.<sup>136</sup>

İşin dağıtımını hususunda, hiç kimsenin yapmak istemediği zahmetli işlerin haklı nedenler olmaksızın fark ücreti ödenip denkleştirmeden, belirli kişiye verilmesi veya fazla kazanç getiren işlerin sürekli belirli kişilere dağıtılması eşit işlem borcuna aykırılık oluşturur. Bu gibi hallerde işveren, nöbetleşe sıralama yöntemini uygulamak durumundadır. Yine vardiyalı işlerde bir işçinin haklı neden olmaksızın sürekli olarak gece vardiyasında çalıştırılması da eşit davranma borcunu ihlal eder.<sup>137</sup> Kural olarak işveren, işyeri kurallarının uygulanmasında da ayrımcılık yapmamalıdır. Örneğin, yemek ve servis hizmeti var ise bu hizmet aynı durumdaki bütün işçiler bakımından aynı şekilde ve kalitede olmalıdır.<sup>138</sup> Ancak işyerinde kuralların uygulanmasında objektif nedenlerin varlığı halinde pozitif ayrımcılık yapılması bazen hakkaniyet gereği eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Şöyle ki, örneğin hamile ya da engelli işçilerin diğer işçilerin kullanımının yasaklandığı asansörü kullanmasına izin verilmesi herkes tarafından hakkaniyete uygun olarak nitelendirilir.<sup>139</sup>

İşveren, işyerinde disiplinin sağlanması amacıyla birtakım uygulamalar yapıyor ise bu uygulamanın tüm işçilere aynı şekilde yansması şarttır. İşyerine farklı bir şey sokulması veya değerli maddelerle çalışılan bazı işyerlerinde işyerinin güvenliğinin sağlanması amacıyla işçilerin giriş çıkışlarında kapı kontrolü yapılması bazen

---

<sup>135</sup> Türk Medeni Kanunu, T.C.Resmi Gazete, Sayı:24607, 08 Aralık 2001, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 10.01.2020), md.2: Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

<sup>136</sup> Yüksel, A. (2021) *İşçinin yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunmasının sonuçları* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.dunya.com/kose-yazisi/iscinin-yukumlulugune-aykiri-davranistabulunmasinin-sonuclari-ii/4836>, (Erişim Tarihi: 10.01.2021).

<sup>137</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.62-63

<sup>138</sup> Bozkurt, M. (2020) s.97

<sup>139</sup> Özdemir, S. S. (2019) *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi*, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.148

zorunlu olabilmektedir. Kapı kontrolü uygulaması için işçilerin doğrudan ya da dolaylı olarak rızalarının alınması gerekmektedir. Her ne kadar işçi tarafından rıza gösterilmiş ise de uygulamanın yapılabilmesi için kapı denetimini gerektiren esaslı bir nedenin mevcudiyeti şarttır. Aynı zamanda işçinin gereğinden fazla süre kapıda tutulmaması, işçinin onur ve saygınlığının zedelenmemesi ve kapı denetimi veya üst aramasının eşit davranma borcuna uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Eşit davranma borcundan söz edebileceğimiz bir diğer husus ise işçinin terfisi, mesleğinde yükseltilmesi hususudur. İşveren terfi kararlarını genel olarak keyfi ve ayrımcı muameleden uzak şekilde vermek zorundadır. Ancak verimlilik veya çalışma becerileri nedeniyle işçilerin meslekte yükseltilmesi kanun ve toplu iş sözleşmelerine aykırı sayılamayacağı gibi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık da teşkil etmemektedir.<sup>140</sup>

### **2.3.2.3. Ücretler Bakımından Eşit Davranma Borcu**

Çalışanların ücret yönünden eşitliği temel olarak Anayasal anlamda 55. maddede “Ücrette Adalet Sağlanması” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre,

*“devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.”<sup>141</sup>*

4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında işverenin ücret ödeme borcu hakkında ayırım yasağı düzenlenmiştir.<sup>142</sup> Maddede belirtilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim gibi ödemeleri de kapsadığını söylemek mümkündür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/4588 E.,

---

<sup>140</sup> Yuvalı, E. (2012) s.64; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2020/293, K.2020/690, T.29.09.2020, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 6.04.2021)

<sup>141</sup>T.C. Anayasası (2021) md.55

<sup>142</sup>İş Kanunu, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25134, 10 Haziran 2003, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 25.01.2021); md.5/4: Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. Md.5/5: İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

2021/5455 K. 03.03.2021 T. kararında “işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece prim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur.” İfadeleriyle prim borcunun dağıtımında işverenin eşit davranma yükümlülüğünün varlığı hakkında hüküm kurmuştur. Her ne kadar kanunda ücret bakımından benzer olan işçiler arasında eşit davranılması gerektiği düzenlenmiş ise de bu hususu ayrıntılı irdelemek gerektiği kanaatindeyiz.

Ücret ödeme borcunun ifasında işverence eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığını belirlemek için öncelikle ücret teriminin ülkemiz hukukunda “geniş anlamda” ücret olarak dikkate alındığını belirtmek gerekmektedir. Roma Anlaşması’ndaki tanımıyla ücret:

*“işçinin çalışmasının karşılığında işverenin ödediği, doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği, nakit veya aynı tüm ödemelerdir.”<sup>143</sup>*

Avrupa Adalet Divanı’na göre ücret:

*“işçiye yaptığı iş nedeniyle işvereni tarafından derhal veya gelecekte verilen/verilecek nakdi veya aynı tüm menfaatlerdir.”<sup>144</sup>*

Türk Hukukunda ise 4857 Sayılı İş Kanunu “ücret” başlıklı 32.maddesinde ücret hususu ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre genel anlamda ücret:

*“bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.”<sup>145</sup>*

İşverenin ücret ödeme borcunun ifasında eşit davranma borcu öğretide “eşit işe eşit ücret” ilkesi olarak ifade edilmiştir.<sup>146</sup> İşverenin işçiye ödenen ücretlerde hukuken geçerli, haklı bir neden olmaksızın herhangi bir keyfi ve haksız ayırım yapmaması gerekmektedir. Eşit işe eşit ücret ilkesi eşit işçiler arasında ayırım yapılmamasını

<sup>143</sup> Roma Anlaşması, T.C. Resmi Gazete, Sayı:16047, 4 Eylül 1977, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.02.2021)

<sup>144</sup> Yuvalı, E. (2012) s.70

<sup>145</sup> 4857 Sayılı İş Kanunu, md.32

<sup>146</sup> Kaya, P. A. (2014) s.239

öngörmektedir. Yargıtay zam hususunda, emekli olacak işçilere diğer işçilerden daha az ücret zammı yapılmasını eşit davranma borcuna aykırılık olarak karara bağlamıştır.<sup>147</sup> Yine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2008/12027 E. sayılı kararında işyerinde çalışılmayan dönemde işçilere ücret ödenmesine rağmen davacı işçiye ücret ödenmemesinin, eşit davranma ilkesine aykırı bir uygulama olduğuna karar verilmiştir.

İşçiler arasında eğitim durumu, üretime sağladığı katkı, işteki kıdem, kabiliyetler ve beceriler, deneyim, verimli çalışma, tecrübe ve olgunluk gibi farklı nesnel objektif nedenlerin olması halinde işverenin farklı ücret veya ikramiye belirlemesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez.<sup>148</sup> Yine aynı şekilde işçinin performans düşüklüğü ya da başarısızlığı somutlaştırılabiliyorsa diğer işçilere tanınan yeni haklar bu işçiye tanınmaz ise eşit davranma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaz. Mutlak sayısal eşitlik fikri ile tüm çalışanlara nesnel nedenleri yok sayarak eşit ücreti vermek ise hakkaniyete aykırı olacak, adil bir ücretlendirme olmayacaktır. İşveren sosyal yardımlar ve ikramiyelerin dağıtılmasında haklı nedenlerin varlığı halinde, işçiler arasında gruplandırmalar yapabilir. Şöyle ki; örneğin sosyal yardımların yapılması için, yaptığı işin diğerlerine göre daha ağır ve sorumluluk isteyen bir niteliği olan işçiler veya tehlikeli işlerde çalışanlar ya da belli sayıda çocuğu olanlar, belli bir kıdeme ulaşmış olanlar gibi farklı gruplar oluşturulabilir.

Yüksek mahkeme bir kararında aynı işyerinde çalışan ve çalışma süreleri aynı olan işçiler arasında değerlendirme yaparken, daha önce bir süre farklı bir işyerinde aynı işi yapmış olan işçinin her ne kadar çalışma süreleri aynı olsa da kıdem olarak üstünlüğü olduğu gerekçesi ile eşit ücrete tabi olamayacaklarını ifade etmiştir.<sup>149</sup> Bu noktada işverenin sözleşme serbestisine dayanarak farklı ücret ödemesi eşit davranma borcunu ihlal niteliği taşımamaktadır. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/3901 E., 2021/1243 K. 18.01.2021 T. kararında, işveren bankanın toplu iş sözleşmelerinde tüm çalışanlara yemek ücreti ödenmesi uygulamasını kaldırdıktan sonra, bir şubesinde yemekhane bulunması nedeniyle orada çalışan işçilere yemek hizmeti sağlamasını, eşit

---

<sup>147</sup> Süzek, S. (2020) s.462

<sup>148</sup> Yargıtay 9. HD. E.2017/16279, K.2020/10415, T.05.10.2020, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:15.05.2021); Yuvalı, E. (2012) s.65

<sup>149</sup> Bozkurt, M. (2020) s.99; Yargıtay HGK. E.2016/2401, K.2018/213 T.14.02.2018, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:15.05.2021)

davranma borcuna aykırı bulmamıştır. Yargıtay bu durumu hükümde, “eşit davranma borcu işvereni her durumda mutlak bir eşit davranma ile yükümlü kılmamaktadır. İşveren Haklı ve objektif nedenlerin varlığı halinde yönetim hakkını kullanırken farklı uygulamalara gidebilir. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında davalı işvereni yemek ücreti ödemesi hususunda yükümlü kılan bir sözleşme bulunmadığı gibi davalı bankanın İstanbul'da bulunan işyerinde yemekhane bulunması nedeniyle yemek hizmeti verip diğer illerde bu hizmeti vermemesinde subjektif bir ayrımcılıktan söz edilemez” şeklinde ifade etmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu 25/2.maddesinin işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır, şeklindeki düzenlemesi eşit davranma borcunun istisnasını oluşturmaktadır. Bu hüküm, toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde, bu sözleşme tarafı sendikalara üye olan veya aidat ödeyen işçiler ile diğer işçiler arasında ücret farklılıkları olmasını mümkün hale getirmiştir. Fakat parasal konular dışında işyerinin genel uygulamaları, çalışma süreleri, disiplin cezaları ile iş sağlığı ve güvenliği sözleşmesinin uygulanmasında sendika üyeliğine bakılmaksızın tüm işçilere mutlak eşit davranılmalıdır.<sup>150</sup>

İşveren, işin devamında ücret belirlenirken cinsiyete dayalı ayrımcılık yapamaz. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4.fıkrasına göre aynı değerde veya aynı iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret belirlenmesi yasaklanmıştır. 5.fıkrada ise cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümler uygulanan işçiye daha düşük bir ücretin uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, İş Kanunu analık halinde çalışma ve süt izni başlıklı 74.maddesinde kadınların hamilelik nedeniyle daha hafif işlerde çalıştırılması hekim raporuyla tavsiye edilmiş ise ya da süt izni verilmiş ise bu nedenlerle verilecek ücrette işçi aleyhine bir düzenleme yapılamayacağı ve düşük ücret verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

---

<sup>150</sup> Süzek, S. (2020) s.463

### 2.3.3. İş Akdinin Feshinde Eşit Davranma Borcu

#### 2.3.3.1. Genel Olarak

İş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun var olup olmadığı, var ise sınırlarının belirlenmesi hususu öğretilerde tartışılan meselelerdendir. Bir kısım yazarların görüşlerinde, sözleşme serbestisi ilkesinin eşitlik ilkesine göre üstünlüğü kabul edilmiş ve iş ilişkisinin sona ermesinde işverenin mutlak manada eşit davranma borcundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>151</sup> Bir diğer görüşe göre ise iş ilişkisinin sonlanmasında, iş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcu olduğu savunulmuştur.<sup>152</sup> Ancak öğretilerde, ayırım yasaklarının söz konusu olduğu hallerde işverence eşitlik ilkesine uygun davranılarak, eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi gerektiği konusunda genel görüş birliği mevcuttur.

İş akdinin feshinde eşit davranma yükümlülüğünden mutlak surette bahsedilemeyeceğini savunan yazarlara göre, tek taraflı yenilik doğuran bir hak olan fesih hakkının kullanılması herhangi bir şarta bağlanamaz ve işveren bu hakkın kullanılmasında özgürdür. İşverenin fesih hakkını bağımsız biçimde kullanabilmesi önemlidir, çünkü feshin sonrasında iptali ve değişikliği mümkün değildir. Bu yazarlara göre, bireysel bildirimli, bir ya da birkaç işçinin iş akdinin feshi hallerinde işverenin fesih işlemi, iradesine bağlı, kullanılması şarta bağlanamayacak bir hak olarak değerlendirilir ve artık burada eşit davranma borcundan söz edilemez.<sup>153</sup> Bu görüşe göre işçilerden bir kısmının iş akitlerinin toplu şekilde feshedilip diğer bir grup işçinin çalışmaya devam ettirilmesi de eşit işlem ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Şöyle ki, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmakta serbest olacağı, birçok objektif veya subjektif nedenlerin bu kararı verirken etkili olabileceği belirtilmiştir.<sup>154</sup>

Yenisey'e göre hakkın kötüye kullanılması halleri dışında, nasıl ki iş sözleşmesinin kurulmasında eşit davranma borcundan söz edilemiyorsa iş akdinin süreli ya da haklı

---

<sup>151</sup>Mollamahmutoğlu, H. (2008) *İş Hukuku*, 3.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s.537; Demircioğlu, M., Centel, T. (2003) *İş Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s.123

<sup>152</sup> Süzek, S. (2020) ss.464-465.

<sup>153</sup> Tuncay, A.C. (1982) *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, 1.Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, ss.208-209; Yuvalı. E. (2012) ss.182-183

<sup>154</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.110-111; Tuncay, A. C. (1982) ss.208-209

nedenle fesih olması fark etmeksizin fesihte de işverenin eşit davranma yükümlülüğü yoktur.<sup>155</sup> Çelik'e göre; işveren aynı ya da benzer durumdaki işçilerden istediği herhangi birinin iş akdini süreli fesih bildirim yolu ile herhangi bir neden göstermeksizin sonlandırabilir.<sup>156</sup> Bir diğer yazara göre; işveren iş akdinin feshinde İş Kanunu 5. maddede sayılan nedenler yönünden kötü niyetle hareket edemez ancak diğer objektif ve sübjektif nedenler yönünden iş akdini feshetmede keyfiyet ya da kötü niyetli olmadığı sürece herhangi bir borcu ya da yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>157</sup>

Önemle eklemek gerekir ki, iş sözleşmesinin feshinde kural olarak işverenin mutlak anlamda eşit davranma yükümlülüğünün olmadığı kabul edilecek olsa dahi, işveren fesih serbestisini, hakkın kötüye kullanılması sınırları içinde orantılılık, dar anlamda ölçülülük ve gereklilik ilkelerini de dikkate alarak kullanmalıdır.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli husus, iş akdinin işverence feshinde orantılılık (ölçülülük) ilkesidir. Ölçülülük 1982 Anayasası'nda md.13 gerekçesinde,

*“meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması”*

olarak ifade edilmiştir.<sup>158</sup> Ancak, Türk hukuk sisteminde mevcut İş Kanunu'na bakıldığında, fesih hakkında özellikle iş güvencesi düzenlemelerinde ölçülülük ilkesine açıkça ya da dolaylı olarak değinilmemiştir. İş mevzuatında açıkça değinilmemiş olmasına karşın yüksek mahkeme kararlarında, iş akdinin işveren tarafından haklı ya da geçerli nedenle feshedilmesinde “feshin son çare olması” anlayışını desteklemek üzere, ölçülülük ilkesine atıfta bulunulmuştur.

---

<sup>155</sup> Aktay, N., Arıcı, K. ve Kaplan, E.T. (2010) *İş Hukuku*, 4.Baskı, İstanbul: Seçkin Kitabevi, s.139

<sup>156</sup> Çelik, N. (2003) s.159

<sup>157</sup> Yenisey, K.D. (2006) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2006, S:4, s.69

<sup>158</sup> Yıldız, G. B. (2013) *Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi*, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, s.681



Yüksek Mahkeme yargılamalarında, aynı toplantıya katılan otuz işçiden sadece dördünün iş akdinin feshedilmesi sonrası açılan davada ve işyerinde bir eyleme katılan işçilerden sadece belli bir kısmının iş akdinin feshedilmesinde işverenin keyfi, kötü niyetli feshine vurgu yaparak feshin geçersizliği yönünde kararlar vermiş olmakla birlikte, birçok kararlarında da fesihte ölçülülük ilkesine atıfta bulunmuş ve iş akdinin feshinin işçinin eylemi ile orantılı bir yaptırım olmadığına hükmetmiştir. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir kararına aşağıdaki gibidir,

*“işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Sonuç itibarıyla fesihte bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç, feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir.”*

Yargıtay’ın aynı yöndeki kararları değerlendirildiğinde, işverenin iş akdini feshetmesinden önce, feshi son çare olarak görmesi gerektiği ile amacına ulaşmasını sağlayacak daha hafif tedbir ve araçlar mevcut ise öncelikli olarak bu tedbir ve araçları değerlendirmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. İşveren tarafından yine bu diğer tedbir ve araçlar uygulanırken de eşit davranma borcuna uygun olarak işçilerin eylemleri ile orantılı olarak işlem yapılması gerekmektedir.

Bunların dışında iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun varlığını kabul eden görüşe göre ise; işverenin iş ilişkisini süreli ya da derhal feshetmesi hallerinde eşit davranma borcuna uyma yükümlülüğü vardır, bu yükümlülük fesihte hakkı sınırlayıcı niteliktedir. Feshin yenilik doğurucu niteliği eşit davranma borcunun uygulanmasını engellemez. İşçi ile işveren arasında güç dengesinin sağlanması için iş hukukunda eşitlik ilkesi hiçbir işlemde göz ardı edilmemelidir, aksi halde işverenin

geniş anlamda yönetim hakkı keyfi uygulamalar yapılmasına oldukça elverişlidir<sup>159</sup> Anayasa'nın 10.maddesi, İş Kanunu 5. ve 18. maddeleri uyarınca Türk Hukuku dil, ırk, renk, sendikal nedenler, engellilik, cinsiyet ve benzeri nedenler ile iş akdinin feshedilmesini yasaklamıştır. Yasada sayılan nedenlere dayanarak gerçekleşen fesih hukuka aykırıdır eşitlik ilkesini ihlal eder ve birtakım yaptırımları mevcuttur. Ayrım yasaklarının söz konusu olması halinde, işverence tek bir işçinin dahi bu yasaklarla hakkı ihlal edilirse eşit davranma borcuna aykırı hareket edilmiş olur. Örneğin salt işçinin farklı siyasi görüşü benimsediği gerekçesi ile ya da kimseye zararı olmamakla birlikte salt cinsel yönelimi nedeniyle işverence keyfi olarak iş akdi feshedilemez.<sup>160</sup>

Yüksek Mahkeme yerleşik içtihadına göre, işverence iş sözleşmesi feshedilirken ayırım yasaklarında olduğu kadar, işverenin dar manada eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerektiği karara bağlanmıştır.<sup>161</sup> Yargıtay'a göre işverenin yalnızca kadın işçileri işten çıkarması veya sadece gebelik nedeniyle iş akdine son vermesi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder ve bu fesih haklı nedene dayanmamaktadır.<sup>162</sup> Yüksek Mahkeme yargılamalarında, aynı toplantıya katılan otuz işçiden sadece dördünün iş akdinin feshi olayında ve işyerinde bir eyleme katılan işçilerden sadece belli bir kısmının iş akdinin feshedilmesinde işverenin keyfi, kötü niyetli feshine vurgu yaparak feshin geçersizliği yönünde kararlar vermiştir.<sup>163</sup>

Objektif ve haklı neden yokluğunda, aynı olayın içinde bulunan, denk veya eşit konumlu işçilerden sadece bir kısmının iş akdi feshedilmiş ise burada haklı nedenle feshin temel koşulları olan iş ilişkisinin devamının çekilmez bir hal alması ile feshin son çare olması şartları ihlal edilmiş olur. Sonuçta işverenin eşit davranma borcuna aykırı muamelesi söz konusudur.<sup>164</sup> Ancak eşit davranma borcunun nispi yönü gereğince, işçilerin kişisel durumları, nesnel farklılıkları mevcut ise işverenin fesih

<sup>159</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.182-183; Tuncay, A.C. (1982) s.210

<sup>160</sup> Süzek, S. (2020) ss.464-465

<sup>161</sup> Yargıtay 9.HD. E.2017/25269, K.2018/12510 T.04.06.2018, Yargıtay 22.HD. E.2017/6352 K.2017/5569, T.20.03.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 16.05.2021); Süzek, S. (2020) ss.466-467

<sup>162</sup> Yargıtay 9.HD. E.2005/24415, K.2005/29357 T.12.09.2005, Yargıtay 9.HD. E.2010/13065, K.2012/23353, T.18.06.2012, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi 16.05.2021); Süzek, S. (2020) s.465

<sup>163</sup> Yargıtay 9.HD. E.2005/11204, K.2005/14365, T.25.04.2005, Yargıtay 9.HD. E.2007/28938, K.2007/26952, T.18.09.2007, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 16.05.2021); Kaya, P. A. (2014) s.254

<sup>164</sup> Bozkurt, M. (2020) s.114; Şener, B. (2011) s.141

özgürlüğü doğacaktır. Örneğin, işyerinde gereksiz yere tartışma çıkaran iki işçiden bir tanesinin önceden çok defa aynı şekilde davranışı mevcut iken, diğer işçinin ise ilk kez böyle bir davranışı gözlemleniyorsa burada devamlı sorun çıkaran işçinin iş akdinin feshedilmesi ayrımcılık teşkil etmez. Yine haklı ve geçerli bir fesih nedeni gerçekleşmiş olmasına rağmen işverenin, işçinin şirket hakkında sahip olduğu bilgi ve tecrübesi veya yerine aynı nitelikte birinin bulunamaması gibi nedenlerle işçiyi işten çıkarmaması diğer işçiler açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.<sup>165</sup>

Tuncay'ın görüşüne göre, fesih sürecinde de eşit davranma ilkesine bağlı kalınmalıdır. İşçiler arasında farklı muameleyi haklı kılabilecek bir farklılık yok ise iş akdinin feshinde ayrımcılık kastı ispat edilir ise bu durum süreli ya da derhal fesih olup olmamasına bakılmaksızın işverenin eşit davranma borcuna aykırılık kabul edilir.<sup>166</sup> Yine yazar ayırım yasakları kapsamında, işverenin eşit davranma borcunun iş ilişkisinin sonlanmasında mutlak olduğunu, ancak nispi ayırım yasaklarında böyle bir mutlak yükümlülüğü olmadığını ifade etmiştir.<sup>167</sup> Yargıtay, işveren tarafından, işyeri kuralını ihlal eden bir işçiye uyarı verilmişken, bir diğer işçinin iş sözleşmesinin aynı sebeple kural olarak feshedilemeyeceğini, ancak işçilerin işyerindeki sicillerine göre farklı davranışta bulunulabilme hakkının saklı kalacağına karar vermiştir. Aynı kararda, işveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan ve aynı konuda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi bu sebeple feshedilmezken, bu davranışın bazı işçiler için fesih sebebi olarak kullanılması, dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder. Türk Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca "herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz, ifadelerine yer vermiştir.<sup>168</sup>

Kanaatimizce, uygulamada iş ilişkisinin sonlanması sürecinde İş Kanunu 5. ve 18. Maddeleri ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununda sayılı mutlak ayırım yasaklarına aykırı biçimde iş akdi feshedilemez. İş akdinin feshinde İşverenin eşit

---

<sup>165</sup> Süzek, S. (2020) s.468

<sup>166</sup> Tuncay, A. C. (1982) ss.213-216

<sup>167</sup> Tuncay, A. C. (2006) ss.32-33

<sup>168</sup> Yargıtay 7. HD. E.2015/35713, K.2016/2659, T.11.02.2016, Yargıtay Bilgi Bankası, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 17.05.2021)

davranma borcu, kanunda sayılan hallerle sınırlandırılmıştır. Diğer nispi farklılıklarda ise eşitlik ilkesi, işverenin aynı ya da eşit durumlardaki işçilerden birini işten çıkarırken keyfiyetten uzak, haklı gerekçelendirilebilir makul bir fesih nedenine dayanma koşulunun varlığı ile fesih hakkının sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkmalı adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk sağlanmalıdır.

### **2.3.3.2. Süreli Fesih Hakkının Kullanılması Bakımından Eşit Davranma Borcu**

#### **2.3.3.2.1. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçiler Bakımından**

İş güvencesi, hiçbir haklı ve geçerli sebep olmaksızın iş akdinin işverence keyfi olarak feshedilmesinin engellenmesidir. İş güvencesi işçinin asla işten çıkarılmaması anlamı taşımamaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu ve 5953 Sayılı Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler, bazı koşulların sağlanması halinde iş güvencesinden yararlanabilirler.<sup>169</sup>

1475 Sayılı eski İş Kanunu'na göre işveren yalnızca bildirim sürelerine uymak koşulu ile hiçbir gerekçe belirtmeden işçinin iş akdini sonlandırmakta serbest idi. Ancak bu sınırsız ve mutlak fesih hakkı, işçinin iş yaşamında genel olarak Anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma haklarının korunmasına aykırılık teşkil etmekte ve şeffaflıktan tamamen uzak biçimde iş ilişkisinin işçi lehinde sürekliliğinin engellenmesine neden olmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu öncesinde, sadece sendika temsilcisi işçiler iş güvencesine sahipti.<sup>170</sup> İş Kanunu 18, 19, 20 ve 21. maddelerinde iş güvencesi kapsamında iş sözleşmenin feshinin geçerli sebebe dayandırılması, geçerli sebepler, fesih usulü, fesih bildiriminde itiraz ve itiraz usulü ile geçersiz feshin sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>171</sup>

İK. md.18/1 uyarınca, 30 veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde işçiler iş güvencesi kapsamındadır. Bu nedenle en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işveren, işçinin yeterliliği, davranışları veya

<sup>169</sup>Muhasebe Web (2021) *Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.muhasweb.com/>, (Erişim Tarihi: 30.01.2021)

<sup>170</sup> Yuvalı, E. (2012) s.184

<sup>171</sup> Sümer, H. H. (2018) ss.13-15

işletmenin ya da işin gereklerinden kaynaklanan haklı ve geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Altı aylık kıdem hesabı, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçirilen süreler toplanarak yapılır ve işçinin deneme süresindeki çalışmaları da dahil edilir. Ancak, işyerinde işletmenin tamamını sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare edeni işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri, iş güvencesinin kapsamı dışında bırakılmıştır.<sup>172</sup> Bununla birlikte tam adı “5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun” olan 5953 sayılı Basın İş Kanunu’na tabi gazeteciler de İK md.116 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden kıyasen yararlanabilmektedir.<sup>173</sup>

İK. md.18 ‘de iş akdinin feshinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden veya işçinin davranışlarından ya da yetersizliğinden kaynaklanan haklı sebeplerle feshe izin verilirken, aynı maddenin devamında iş akdinin feshinde geçerli neden kabul edilmeyecek haller sıralanmıştır.

*İK. md.18: “...Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.”<sup>174</sup>*

İşçinin yeterliliğine ya da davranışlarına dayandırılan, başka bir ifade ile işçinin şahsından kaynaklanan bir fesih söz konusu ise işveren, eşit davranma borcuna aykırı hareket etmemeli, aynı durumdaki işçiler arasında ayrımcılık yapmamalı, hakkaniyet ve adalet ilkelerini ihlal etmemelidir.<sup>175</sup>

<sup>172</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.117-118

<sup>173</sup> Yuvalı, E. (2012) s.185

<sup>174</sup> Sümer, H. H. (2018) s.13

<sup>175</sup> Deveci, Z. S. (2020) s.40

Bir diğerk haklı fesih nedeni ise işçinin şahsıyla alakalı olmayıp, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan durumlarda işçinin işten çıkarılmasıdır. Yüksek Mahkeme bir kararında işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepleri açıkça ifade etmiştir. Bu sebepler; sürüm ve satış imkânlarının azalması, talep ve sipariş azalması, enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi işin sürdürülmesini imkansız hale getiren işyeri dışından kaynaklanan sebeplerle yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması ve bazı iş türlerinin kaldırılması gibi işyeri içi sebeplerdir.<sup>176</sup>Bu durumlarda gerçekleşen fesihler genelde niteliği itibarı ile toplu şekilde yapıldığı için, işçilerin ayırım gözetilmeksizin aynı işleme tabi tutulması eşitsizlik oluşturması ve hakkaniyete aykırı olup olmadığı yönüyle tartışmaya açıktır.

Öğretideki görüşe göre, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden, özellikle ekonomik nedenlerden kaynaklanan fesihlerin, feshin son çare olması “*ultima ratio*” ilkesine uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, işverenin yer değiştirme, pozisyon değiştirme, bir süre işçinin izne ayrılması, fazla çalışmaların kaldırılıp kısa çalışma uygulamasına geçilmesi, esnek çalışma şeklinde devam edilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklikler yapılması gibi tüm imkanları kullanarak fesihten olabildiğince kaçınarak, feshin önüne geçilmesini sağlaması gerekmektedir. Fesih en ağır olması itibarıyla, en son gerçekleştirilmek istenen önlem planı olmalıdır. İşverenin fesih konusunda keyfi kararlarının yargısal denetimi kaçınılmazdır. İşveren, aldığı işletmesel kararın keyfi olmadığını ve feshi zorunlu hale getirdiğini ispatlamak zorundadır.<sup>177</sup>

Ultima ratio ilkesi uygulanmış, tüm önlemler alınmış olmasına rağmen işçinin feshinin önüne geçilememişse bu aşamada hangi işçinin ya da işçilerin işten çıkarılacağı hususu sorunu ortaya çıkmaktadır. Esasen fesihten en az etkilenecek işçilerin belirlenmesi işçilerin durumlarının değerlendirilmesi gerektiği ifade

---

<sup>176</sup>Yargıtay 9.HD. E.2020/2904, K.2020/13592, T.27.10.2020, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>. (Erişim Tarihi:15.05.2021)

<sup>177</sup>Bozkurt, M. (2020) s.119; Yuvalı, E. (2012) ss.188-190; Yargıtay 9.HD.E.2005/201938E, K.2005/31156, T.26.09.2005, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:15.05.2021)

edilmiştir.<sup>178</sup> Ancak bu noktada bu tür fesihler birden çok kişiyi ilgilendirdiği için, geçerli sebebin var olduğu birden fazla işçiden hangisinin işten çıkarılacağını belirlemek işveren açısından sorun olmaktadır.

Alman Hukuku'nda bu durumda uyulması gereken sosyal seçim kriterleri belirlenmiştir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'na göre işverenin dikkate alması gereken sosyal seçim kriterleri işçinin yaşı, kıdemi, geçindirme yükümlülükleri, bilgisi, yeteneği, iş görme kapasitesi ve özürlülük durumudur. Türk Hukuku'nda ise böyle bir düzenleme mevcut değildir.<sup>179</sup> Bu nedenle doktrindeki görüşe göre işveren, haklı nedenin var olduğu işçilerden hangisini işten çıkaracağına karar verme konusunda yönetim hakkı kapsamında tamamen özgürdür.<sup>180</sup> Kanunda açıkça sayılan ayrımcılık halleri dışında işverenin başkaca geçerli bir fesih nedeninin varlığı halinde, bir kısım işçinin iş akdini feshedip diğer bir kısmını çalışmaya devam ettirmesi hususunda serbest olması gerektiğini, aksi halde hukukumuzda en temel ilkelere biri olan sözleşme serbestisine büyük oranda sınırlama getirilmiş olacağını savunan görüşler mevcuttur.<sup>181</sup>

Yargıtay'ın konuyla ilgili fesihte sosyal seçim kriterlerini içeren ilk kararlarının aksine, genel olarak 2006 ve sonrasındaki daha yeni tarihli kararlarında, doktrinde de ifade edildiği gibi işverence iş akdinin feshedilmesinde hangi işçilerin işten çıkarılacağına karar vermede işveren serbestçe hareket edebileceğini, hatta işverenin belirli kriterlere dayanarak seçim yapmak zorunda bırakılmasının yasal olmadığını ifade ederek içtihadını değiştirmiştir.<sup>182</sup>

Yargıtay bir kararında, “...İşveren yönetim hakkı kapsamında, amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı

<sup>178</sup>Güzel, A. ve Ertan, E. (2007) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçüleri*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:4, s.1221

<sup>179</sup> Deveci, Z.S. (2020) s.40; Çelik, N., (2006) s.7; Yuvalı, E. (2012) s.192; Alpagut, G. (2006) “İş sözleşmesinin feshinde sosyal seçim yükümlülüğü mevcut mudur?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:4, s.104

<sup>180</sup>Alpagut, G. (2006) s.104; Yuvalı, E. (2012) s.195

<sup>181</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.187-188.

<sup>182</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.195-196

*denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.*

*4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 2.fıkrasında feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken feshin biçimsel koşullarına uyduğunu içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli veya haklı nedene dayandığını kanıtlamalıdır. Bu kapsamda işveren fesihle ilgili karar aldığını, bu kararın istihdam fazlası meydana getirdiğini, tutarlı şekilde uyguladığını ve feshin kaçınılmaz olduğunu ispatlamalıdır.*

*Feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır...."<sup>183</sup> İfadelerine yer vermiştir.*

Son tahlilde belirtebiliriz ki, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapılan fesihle, her ne kadar hukukumuzda sosyal seçim kriterleri belirlenmemiş ve benimsenmemiş olsa da işveren iş akdinin feshinde eşit davranma borcuna aykırı hareket edemez. Ancak, örneğin aynı pozisyondaki kıdemsiz işçi yerine kıdemli işçinin işten çıkarılması gibi durumlarda, işveren işlemin keyfi olmadığını, kıdemsiz işçinin kıdemliye göre daha verimli veya daha yetenekli olduğunu ispat ederek yaptığı seçimi haklılaştırabilir. Böylelikle iş akdinin feshi eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez.<sup>184</sup>

<sup>183</sup> Yargıtay 9.HD. E.2019/8191, K.2020/614, T.20.01.2020, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi:19.05.2021)

<sup>184</sup> Süzek, S. (2020) ss.468-469



### 2.3.3.2.2. İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

İş güvencesi olmayan işçilerin iş akdinin feshinde işveren, iş güvencesi kapsamında olan işçilere göre daha serbesttir diyebiliriz. Şöyle ki iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin işten çıkarılmasında işverenin daha geniş yetkileri, işçinin ise daha dar ve sınırlı imkanları söz konusudur. İşveren tamamen keyfi olarak iş akdini feshetmiş dahi olsa işçinin, feshin geçersizliği hakkında talep ve tespitleri ile işe iade talep etme hakkı yoktur. Toplu iş sözleşmeleri, işverenin fesih hakkını keyfi kullanmasını sınırlamaktadır.

İş Kanunu'nun "Süreli Fesih" başlıklı 17. maddesi uyarınca işveren, geçerli ve haklı bir sebebi olmasa dahi işçiyi kanunda açıkça belirtilen bildirim sürelerine uymak koşulu ile işten çıkarabilir. İK. 17. maddeye dayanarak yapılacak fesihte usulen işveren, işçiye kanunda belirtilen süre önelini tanımayarak ya da bildirim sürelerine uyulmasa dahi bildirim süresine ait ücreti peşin olarak vererek iş akdini feshedebilir.<sup>185</sup> İş güvencesi olmayan işçilerin iş akdinin sonlandırılmasında, yapılacak olan bildirimli fesihte işverenin herhangi bir gerekçe bildirmesi ve yazılı şekilde bildirilmesi kanunen zorunlu değildir.<sup>186</sup> Ancak işveren bu fesih hakkını kullanırken eşit davranma borcunu ihlal etmemelidir.

İK. md.17/6'ya göre,

*"18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir."*<sup>187</sup>

Feshin kötü niyetli olduğu ya da ayrımcılık yasaklarını ihlal ettiği sabit olduğu takdirde, iş güvencesi kapsamında olmayan ve iş akdi bildirim sürelerine uyularak feshedilen işçinin her ne kadar işe iade talep hakkı olmasa da, işverenin işçiye kötü niyet tazminatı ödemesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca iş güvencesi kapsamı

<sup>185</sup> Yuvalı, E. (2012) s.198; Deveci, Z. S. (2020) s.43

<sup>186</sup> Süzek, S. (2020) s.525

<sup>187</sup> Sümer, H. H. (2018) s.12

dışında kalan işçinin iş akdi sendikal nedene dayanarak feshedilmiş ise, işçi İK. md.17 öngörülen kötü niyet tazminatını değil, özel düzenleme olan sendikal tazminatı talep etmesi gerekmektedir.<sup>188</sup>

### **2.3.3.3. Haklı Nedenle Derhal Fesihle Eşit Davranma Borcu**

İş ilişkisinde ortaya çıkan bir durum sebebiyle, bu iş ilişkisinin taraflardan biri bakımından çekilmez olması halinde, iş akdini haklı nedenle fesih hakkı ortaya çıkmaktadır. İş akdinin devamında iş ilişkisinin katlanılamayacak hale gelip gelmediğinin belirlenmesinde ölçütü, hukukta dürüstlük kuralları olarak da ifade edilen objektif iyi niyet kuralları oluşturur. Temelini dürüstlük kuralından alan ve esasen bozucu yenilik doğuran bir hak olan, iş akdini haklı nedene dayanarak feshetme yetkisi, iş ilişkisinin taraflarından birine belirli ya da belirsiz süreli iş akdini derhal fesih hakkı tanımaktadır.<sup>189</sup> Bir başka ifade ile iş akdini haklı nedenle fesheden yanın karşı tarafa ihbar önelinde bulunması ya da ihbar tazminatı ödemesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Kanunda haklı neden olarak sayılan özel hallerde, iş akdinin süresinden önce ya da bildirim öneli verilmeden feshedilmesi, hukukumuzda “derhal fesih”, “süresiz fesih”, “önelsiz fesih” veya “olağanüstü fesih” gibi terimlerle ifade edilmektedir.<sup>190</sup> Bu fesih türü temelde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.435 ‘e dayanmaktadır. Md.435’e göre; Taraflardan her biri haklı nedenin varlığı halinde sözleşmeyi derhal fesheder. ..Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır. İş akdinin haklı nedenle derhal feshi, İş Kanunu md.24-25, Basın İş Kanunu md.11 ve Deniz İş Kanunu md.14-16 da düzenlenmiştir.

İş akdini haklı nedenle fesheden işverenin bu halde eşit davranma borcunun var olup olmadığı hakkında öğretide görüş birliği sağlanamamakla birlikte, farklı fikirler mevcuttur. Öncelikle belirtmek gerekir ki; iş akdinin feshinde eşit davranma yükümlülüğünden söz edebilmek için, işverenin fesih işleminin kolektif bir nitelik

---

<sup>188</sup> Yuvalı, E. (2020) ss.199-200

<sup>189</sup> Süzek, S. (2020) s.691

<sup>190</sup> Yuvalı, E. (2020) s.201

taşıması gerekmektedir yani işverence birden fazla işçinin iş akdi feshedilmiş olmalıdır.<sup>191</sup> Önceki bölümlerde kapsamlı olarak incelediğimiz ve ifade ettiğimiz gibi, yazarların fesihte eşit davranma borcu hakkında genel fikirleri, mutlak ayırım yasalarının haricinde eşit davranma yükümlülüğünün mutlak ve kat'î anlamda uygulanamayacağı yönündedir.<sup>192</sup> Nitekim Çelik'e göre; işveren bildirimli ya da derhal fesih hakkını kullanırken aynı durumdaki işçilerden istediği herhangi birini işten çıkarabilir, bu noktada işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır.<sup>193</sup>

Bir diğer görüşe sahip yazarlar, iş akdinin haklı nedenle derhal feshinde de işverenin eşit davranma borcunun var olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, ayırım yapmayı gerektirecek haklı bir neden yoksa eşit davranma yükümlülüğü iş ilişkisinin tamamında uygulanmalıdır. İş akdinin feshini bunun dışında değerlendirmek uygun olmaz. Süzek'e göre; işveren, iş ilişkisinde geçerli ve haklı fesih nedenine sebep olan işçilerden hepsinin iş akdinin feshedilmesinde serbesttir. Yine işveren bu işçilerden bir kısmının iş akdini feshedip, bir kısmının çalışmaya devam etmesini de isteyebilir. Çünkü, haklı nedenin varlığına rağmen, işverenin feshe gidip gitmeyeceği birçok etkene bağlıdır.<sup>194</sup> Ancak böyle bir durumda, eşit davranma borcuna ve hakkaniyete uygun davranılmalıdır. Yine, Süzek'e göre; eşitlik ilkesi, temelinde eşit davranma borcu ve Anayasanın 10. ve 11. Maddeleri uyarınca iş ilişkilerinde ve tüm hukuk düzenimizde uyulması gereken bir ilkedir ve iş akdinin feshi bu kapsamın dışında değerlendirilemez.<sup>195</sup>

Yargıtay bir kararında, işverenin haklı nedenle fesihte, haklı neden mevcut olan işçilerden sadece birinin iş akdinin sonlandırılmasını eşit davranma borcuna aykırı bulmakla birlikte, bu borca aykırılığın feshi geçersiz hale getirmediğini hükme bağlamıştır. Örneğin, aynı okulda çalışmakta olan öğretmenlerden birinin, seminere katılmadığı gerekçesi ile iş akdi feshedilmiş iken seminere katılmadığı ispatlanan diğer öğretmenlerin iş akdinin devam etmesi davasında feshin geçerli olduğu hükme

---

<sup>191</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.120-121

<sup>192</sup> Mollamahmutoğlu, H. (2008) s.586

<sup>193</sup> Çelik, N. (2007) s.167; Yuvalı, E. (2012) s.205; Uşan, F. (2005) *İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?*, Legal İş ve Sosyal güvenlik Hukuku Dergisi, S:8,s.1630

<sup>194</sup> Bozkurt, M. (2020) s.121; Tunçomağ, K., Centel, T. (2015) *İş Hukukunun Esasları*, 7.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s.142

<sup>195</sup> Süzek, S. (2020) ss.465-466

bağlanmıştır.<sup>196</sup> İşveren olaya karışan bütün işçilerin iş akdini feshetmek mecburiyetinde değildir, her işçi için bireysel değerlendirme yaparak seçim yapabilir. İşyerinde iki işçi arasında çıkan kavgada, kavganın çıkmasına sebep olan tarafın kusurunun daha fazla olduğu ispatlanması halinde, daha kusurlu işçinin iş akdinin feshedilmesi işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı bulunmamıştır.<sup>197</sup> Yine işyerinde gerçekleşen kavgada taraflardan sadece birinin işverenden özür dilemesi nedeniyle özür dilemeyi reddeden diğer işçinin iş akdinin feshedilmesi Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce hukuka uygun bulunmuştur.<sup>198</sup> İşyerinde çıkan kavgalar nedeniyle iş akitlerinin feshedilmesi hakkında ki kararlarında Yargıtay, kavganın hangi işçi tarafından başlatıldığı, sataşan tarafın kim olduğu, tahrik olup olmadığı ve savunma sınırlarının aşılp aşılmadığı hususlarını incelemiştir.<sup>199</sup>

#### **2.3.3.4. Feshin Bazı Özel Hallerinde Eşit Davranma Borcu**

İş sözleşmesinin feshi hakkında, kanunda düzenlenen özel hallerden biri iş akdinin cinsiyete gebeliğe ve analığa dayanarak sonlandırılmasıdır. İşin niteliği ve biyolojik nedenler zorunlu kılmadıkça, iş akdinin kurulması ve işin devamında olduğu gibi iş akdinin feshinde de cinsiyete ve gebeliğe veya analık haline ilişkin doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması İş Kanunu'nun 5. maddesinde yasaklanmıştır. İşveren iş akdini gebelik hali ve cinsiyet nedenlerine dayanarak yalnızca haklı ve objektif bir neden var ise feshedebilmektedir. Yargıtay Hukuk Dairesinin görüşüne göre de işveren eşit davranma borcunu ihlal etmediğini, iş akdinin feshinin haklılığını gerçekçi ve somut deliller ile ispat edemez ise iş akdi cinsiyet ya da gebelik nedeni ile sonlandırılan işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde durum farklıdır. Öğretideki görüşe göre, işçi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor ise iş sözleşmesinin süresi kendiliğinden sonlandığı için işçinin analık gebelik gibi halleri mevcut olsa dahi işverenin eşit davranma borcundan söz edilemez.<sup>200</sup>

<sup>196</sup>Yargıtay 22. HD. E.2016/8370, K.2019/6561, T.26.03.2019, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 21.05.2021)

<sup>197</sup>Yargıtay 9. HD. E.2015/23364, K.2018/20354, T.13.11.2018, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 21.05.2021)

<sup>198</sup>Bozkurt, M. (2020) s.124; Yargıtay 9.HD. E.2018/685, K.2018/16484, T.4.09.2018, Yargıtay Bilgi Bankası, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 21.05.2021)

<sup>199</sup> Deveci, Z. S. (2020) s.47

<sup>200</sup> Yuvalı, E. (2013) s.111.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29. Hukuk Dairesi bir kararında, kadın işçinin 32. haftadan sonra doğum iznine hak kazanacağı gebeliğinin 31. haftasında, işverence haklı ve işletmesel gerekçeler olmadan iş sözleşmesinin feshedilmesinde iş akdinin hamilelik nedeni ile sonlandırıldığı kabul etmiş eşit davranma borcuna aykırılığı ifade edilmiş ve işverenin istinaf talebi reddedilmiştir.<sup>201</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi işçinin hamileliğini yazılı olarak işverene bildirdiği tarihten bir gün sonra iş akdinin feshedildiği davada; işverenin, işçinin işyerinde sorunlar çıkardığı, iş arkadaşlarıyla iletişimsiz olduğu ve verimsiz çalıştığı nedenleriyle sözlü olarak sürekli uyarıldığı gerekçesi ile iş sözleşmesini sonlandırdığı iddialarını somut olarak ispatlayamadığı, işveren beyanlarının aksine işçinin verimli çalışması nedeniyle yönetici tarafından takdir edilen bir işçi olması ve hamileliğini yazılı olarak bildirdiği günden bir gün sonrasında iş akdinin feshedilmesini hamilelik nedeniyle fesih olarak kabul etmiş ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.<sup>202</sup>

İş akdinin feshinin kanunda özel olarak düzenlendiği hallerden bir diğeri ise sendikal nedenlerle iş sözleşmesinin sonlandırılmasıdır. İş akdinin sendika üyeliği, sendika faaliyetlerine katılma gibi sendikal nedenlerle feshedilmesinde sendikal özgürlüğün sağlanması maksadı ile işçi lehine sendikal tazminata hükmedilir. Sendikal tazminata hükmedilmesi için her ne kadar iş akdini işverenin sonlandırması gerekmekte ise de kanaatimizce sendikal faaliyetleri nedeniyle üzerinde sürekli baskı kurularak işçinin yıldırılması suretiyle dayanamayıp işçi istifa etmiş ise burada feshin işveren tarafından gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Yine belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme süresi kendiliğinden sonlandırıldığı ve işverenin iş akdini yenilememe hakkı olduğu için iş akdinin feshinde sendikal ayrımcılıktan söz edilemez.<sup>203</sup>

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.maddesinin düzenlenmesindeki amaç, bireysel anlamda sendikal nedenlerle iş akdinin feshedilmesini engelleyerek

---

<sup>201</sup>İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 29.HD. E.2018/397, K.2019/802, T.12.3.2019, Lexpera [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi:25.05.2021)

<sup>202</sup> Yargıtay 9. HD. E.2016/1423, K.2019/11167, T.15.05.2019, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 25.05.2021)

<sup>203</sup> Muzır, E. (2020) s.88

işçinin korunması, bütünsel anlamda ise sendika özgürlüğünün korunmasını sağlamaktır. Kanun koyucu tarafından kanun maddesinde “işçiler” ifadesi kullanıldığı için sendika üyesi olsun veya olmasın, sendika faaliyetlerine katılan bütün işçilerin kanun kapsamında korunduğunu söylemek mümkündür. Belirtmek gerekir ki, sendikal tazminat talep edebilmek için iş akdinin sonlanmış olması şart değildir. Fakat pratikte işçiler iş kaybetme korkusu ile sendikal tazminatı sadece iş akdinin sonlanması ile talep etmektedir. İşveren ile iş ilişkisi devam eden işçilerin sendikal tazminat talepli dava açtıklarına pek rastlanmamaktadır.<sup>204</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 tarihli ve 2013/1 E. 2014/161 K. Sayılı kararı ile Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 25.maddesinin 5.fıkrasında yapılan değişiklik ile iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerinde iş akdinin feshinde sendikal tazminat talep hakları doğmuştur. İş güvencesi kapsamı dışında olan işçilerin sendikal tazminat talep etme hakkından mahrum bırakılmalarının hakkın özüne dokunduğu, Anayasa md. 10'da yer alan eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkelerine açıkça aykırı olduğu<sup>205</sup> gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın işçilerin tamamının sendikal tazminat talep ve işe iade davası açabilmesinin önünü açmıştır. Bunun sonucunda, iş akdi sendikal nedenle feshedilen işçinin işe iade davası sonucunda 10 günlük yasal süresi içinde kendisine işe iade için başvurusu yapması ya da yapmaması veya işverenin işe başlatıp başlatmaması fark etmeksizin, işverence işçiye sendikal tazminatının ödenmesi gerekmektedir.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup>Özveri, M. (2005) *Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:8, s.1531

<sup>205</sup> Anayasa Mahkemesi E.2013/1, K.2014/16, T.22/10/2014, Lexpera [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi:25.05.2021)

<sup>206</sup> Muzır, E. (2020) s.91

## **2.4. İş İlişkisinde Eşit Davranma Borcunun Türleri**

### **2.4.1. Üçlü İş İlişkilerinde Eşit Davranma Borcu**

#### **2.4.1.1. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde**

Tali işveren ya da taşeron olarak da bilinen alt işveren, bir işin veya işin bir bölümünün yapılması amacıyla esas işveren ile imzalanacak anlaşma doğrultusunda iş sözleşmesindeki tüm yükümlülükleri yerine getiren bir diğer yüklenicidir.<sup>207</sup>

Alt işverenlik, 4857 Sayılı İş Kanunu md.2/6'da düzenlenmiştir. Kanuna göre alt işveren, mal ve hizmet üretimine ilişkin işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren, asıl işin bir bölümündeki yardımcı işleri esas işverenle anlaşarak yapar. Esas işveren, bu işle ilgili çalışan alt işverenin işçilerine karşı, gerek iş sözleşmesinden veya alt işverenin iş sözleşmesinden gerekse toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur.<sup>208</sup>

Her ne kadar esas işveren ile alt işveren, iş sözleşmelerinden ya da toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden birlikte sorumlu olsalar da, eşit davranma borcu bakımından sorumluluktan bahsedilemez. Yüksek Mahkemenin görüşüne göre de, esas işverenin alt işverenin işçilerine karşı ya da alt işverenin esas işverenin işçilerine karşı eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi mevcut olmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem borcuna dayanarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamamaktadır.<sup>209</sup>

Kanuna göre asıl işverenin işçileri, o iş yerinde daha önce çalışmış dahi olsa alt işverenin işçisi olarak çalıştırılmaz. Böyle bir durumun varlığı halinde kanun alt işverenlik ilişkisini muvazaalı kabul etmektedir.<sup>210</sup> Muvazaalı işleme dayanan alt işverenlik ilişkisi sonucunda işçi en başından beri asıl işverenin işçisi sayılmakta ve

---

<sup>207</sup> Wikipedia (2021)

<sup>208</sup> Sümer, H. H. (2018) İş Kanunu Md. 2/6.

<sup>209</sup> Yargıtay 9.HD. E.2016/24252, K.2020/10625, T.6.10.2020, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi: 26.05.2021); Karagöz, V. (2012) ss.62-63

<sup>210</sup> Sümer, H. H. (2018) 4857 Sayılı İş Kanunu md.2/7.

bu halde asıl işverenin eşit davranma borcu söz konusu olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bir kararında, muvazaanın varlığı halinde işçinin baştan itibaren asıl işveren işçisi sayılması gerektiği, ve eşit davranma borcuna aykırılıktan kaynaklanan tazminatın dışında mahrum kaldığı diğer hakları da talep edebileceği<sup>211</sup> belirtilmiştir.

#### **2.4.1.2. Geçici İş ilişkisinde**

Ödünç iş ilişkisi olarak da anılan geçici iş ilişkisi 4857 Sayılı İş Kanunu md.7 de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Türk İş Kurumu'nca izin verilen özel istihdam büroları aracılığı ile profesyonel, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir. Holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı olan işyerlerinde işçi görevlendirilmesi ile ise mesleki olmayan geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir.<sup>212</sup> Geçici iş ilişkisinde işveren, işçisinden iş görme talep etme hakkını işçinin de onayını almak suretiyle başka bir işverene geçici olarak devredebilmektedir ya da özel istihdam büroları bu amaçla işçiyi kendi bünyesinde işe alıp, diğer işverenler ile yapacağı sözleşme doğrultusunda geçici olarak başka bir işyerinde görevlendirebilmektedir.<sup>213</sup>

Kanunda geçici iş ilişkisi kurulabilecek haller ve süreler sınırlandırılmıştır.<sup>214</sup> Kanuna göre hamilelik hali, ebeveynlerin kısmi çalışması, askerlik ve askı hallerinde, mevsimlik tarım işçilerinin çalıştırılmasında, ev hizmetlerinde çalışan işçilerde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde, iş güvenliği bakımından acil işler veya zorlayıcı nedenlerin varlığı durumunda, işletmenin iş hacminin öngörülemez kadar arttığı hallerde, mevsimlik işlerin dışında kalan dönemsel olarak artan işlerde geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir.

Uygulamada salt maliyetlerin düşürülmesi amacıyla, geçici işçilerin düşük ücret ve farklı çalışma şartlarında çalıştırılması söz konusu olmaktadır. Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı yönergesinde geçici çalışanların haklarına yönelik düzenleme mevcuttur. Yönergenin 5.Maddesinin 1.Fıkrasına göre, hamile ve emziren çalışanlara,

<sup>211</sup> Yargıtay 9. HD. E.2016/34268, K.2020/17873, T.09.12.2020, Yargıtay Bilgi Bankası, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 26.05.2021).

<sup>212</sup> Süzek, S. (2020) ss.280-281

<sup>213</sup> Özkaraca, E. (2018) *Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi*, İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21.Toplantısı, 1.Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s.53-55; Muzır, E. (2020) s.18

<sup>214</sup> Sümer, H.H. (2018) s.7; 4857 Sayılı İş Kanunu md.7/2



çocuk ve gençleri korumaya, kadın erkek eşitliğine, cinsiyet, ırk veya etnik köken, dini inanışlar, özgürlük, yaş veya cinsel yönelim temelinde mücadeleye dair işyeri kurallarının, geçici çalışanlara da uygulanacağı hükmü düzenlenmiştir.<sup>215</sup> Yine İş Kanununda 7. maddenin 10.fıkrasında geçici iş ilişkisinin bu şekilde kötü maksatla kullanılmasının önlenmesi için düzenleme yapılmıştır.<sup>216</sup> Kanuna göre,

*“Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz.”*

Bu düzenleme kapsamında daimi işçiler ile geçici işçiler arasında ücret ve temel çalışma koşulları bakımından eşitlik sağlanması gerektiği şüphesizdir. Ödünç alan işveren, yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlar yönünden geçici işçi ile aynı durumdaki daimi işçiler arasında ayrımı haklı kılan objektif bir neden olmadıkça eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır.

Ancak, bu noktada işçiye ücret ödeme borcunun özel istihdam bürosunun bir yükümlülüğü olması nedeniyle ücret yönünden eşitliğin nasıl sağlanacağı tartışılmalıdır. Doktrindeki görüşe göre, İK. 7.maddesinin 10. fıkrası uyarınca istihdam bürosu, bünyesindeki geçici işçiye, geçici işverenin işyerinde çalışan diğer devamlı işçilere ödediği ücret ve ücrete dayalı haklarını aynen sağlamak zorundadır.<sup>217</sup> Ücret eşitliğinin sağlanması yalnızca geçici işçinin geçici işyerine ödünç verildiği dönem için geçerlidir. Geçici işçi herhangi bir işyerinde çalışmadığı süreler için istihdam bürosunca sözleşme ile daha düşük bir ücret kararlaştırılabilir. Geçici işçilerin çalışma koşullarının devamlı işçilerin koşulları ile aynı olmasını sağlama yükümlülüğü ise geçici işverenin üzerindedir. Geçici işveren çalışılan süreler, dinlenme süreleri, izin ve genel tatiller ile gebe işçinin korunması gibi kullanıcı işyerinde uygulanan idari hüküm ve sair bağlayıcı kuralları geçici işçiye de aynı şekilde uygulamalıdır.<sup>218</sup>

<sup>215</sup> Temizel, Z. (2021) *Geçici İş İlişkisi* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.hakimeisikli.av.tr/is-hukuku-gecici-is-iliskisi/>, (Erişim Tarihi: 11.05.2021)

<sup>216</sup> Süzek, S. (2020) s.295

<sup>217</sup> Süzek, S. (2020) s.296; Doğan Yenisey, K. (2016) s.161

<sup>218</sup> Civan, O. E. (2017) *Yeni Düzenlemeler çerçevesinde meslek edinilmiş ödünç (geçici iş ilişkisi)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:66, S:2, s.376; Süzek, S. (2020) s.297

## 2.4.2. İşçinin Mesleki Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu

### 2.4.2.1. Tam ve Kısmi Süreli Çalışan İşçiler

İş sözleşmelerinde çalışma sürelerinin tam veya kısmi süreli olarak belirlenmesi mümkündür. Çalışma süresi, işçinin çalıştığı işte geçirdiği sürelerdir. İşçi, kanunda belirlenen haftalık ve günlük çalışma sürelerinin tamamını işverene çalışacak ise tam süreli çalışma söz konusudur. Fakat bir işçinin tam süreli çalışan işçiye göre önemli ölçüde daha az süreli çalışacağı konusunda anlaşıldı ise bu durumda kısmi çalışma (part-time) ilişkisi kurulmuş olur. İş Kanunu'na ilişkin çalışma süreleri yönetmeliğine göre, İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır.<sup>219</sup> Kısmi çalışan işçiler sadece haftada belirli günlerde çalışıyor olabilir veya haftada her gün işe gelip daha az saat çalışıp işyerinden ayrılabilir. Örneğin kanunda belirlenen haftalık çalışma saati olan 45 saatlik çalışma yerine 2/3' si kadar süre ile haftalık 30 saat çalışan işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi olduğu kabul edilir.

İş Kanunu md.5/2'e göre, işveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. Yine, İş Kanunu md.13'e göre, ayrımı haklı kılacak bir neden yoksa kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiye tam süreli işçilerden farklı bir işlem uygulanamaz. İşveren tam ve kısmi süreli işçiler arasında, salt kısmi iş sözleşmesi ile çalıştıkları için ayırım yapamaz. Doktrindeki görüşe göre, iş paylaşımı formatında çalışan ya da çağrı üzerine çalışan veya yan işte çalışan işçiler kısmi süreli işçi kapsamında değerlendirilmeli ve bu işçiler de İK md.5 ve md.13 kapsamında korunmalı, objektif haklı nedenler haricinde ayrımcı işleme tabi tutulmamalıdır.<sup>220</sup>

Ücret, ikramiye, gıda yardımları, paraya ilişkin bölünebilir menfaatler konusunda kısmi süreli işçilere de çalışma süreleri ile orantılı olacak şekilde bir ödeme yapılır.

<sup>219</sup> İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25425, 06 Nisan 2004, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

<sup>220</sup>Kandemir, M., Yardımcıoğlu, D. (2014) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, s.25; Muzır, E. (2020) s.56; Süzek, S. (2020) s.263

Aynı şekilde kısmi süreli işçiler, İş Kanunu'nda belirlenen, yıllık ücretli izin, ulusal bayram ve hafta tatilleri gibi haklardan da tam süreli işçiler gibi yararlandırılır. Ancak madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kısmi süreli çalışan işçilerin her bakımdan tam süreli işçilere eşit duruma getirilmesi esasında bir eşitsizlik doğuracaktır. Her iki sözleşme türünde farklılıklar olması doğaldır fakat bu ayrımlar haklı nedene dayanmalıdır. Bu noktada bölünebilir haklar bakımından, hakkaniyet gereği çalışma süreleri ile orantılı bir dağıtım yapılması gerekecektir.

Örneğin, sadece öğleden sonra çalışan işçinin öğlen yemeği ve sabah işe başlamak üzere tahsis edilen servis aracından yararlanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Günlük 2 saat iş arama izni, bildirim süreleri gibi bölünemeyen haklar ise orantılılık esası olmayarak bu hakların kullandırılması tüm işçiler için aynı şekilde uygulanacaktır.<sup>221</sup>

Yine parasal hak niteliğindeki kıdem tazminatı bakımından, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin işyerinde bir yıllık çalışmayı tamamlaması üzerine kıdem tazminatına hak kazanacağı fakat kıdem tazminatına esas ücret olarak kısmi çalışma karşılığında verilen ücretin dikkate alınması gerektiği Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.<sup>222</sup> Yargıtay aynı şekilde ihbar önel süreleri için de işçinin işe başladığı ve iş sözleşmesinin feshedileceği tarih arasında geçen süreye göre ihbar süresinin belirlenmesi gerektiğini ve kısmi çalışma karşılığında aldığı ücretin dikkate alınarak ödeme yapılmasını karara bağlamıştır.<sup>223</sup>

Ayrıca, kısmi süreli çalışan işçiler, toplu iş hukukuna dayanan, sendikaya üye olma, toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahil olma, yasal grev gibi haklardan yararlanabilirler.<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> Bozkurt, M. (2020) s.104

<sup>222</sup> Muzır, E. (2020) s.55; Yargıtay 9. HD. E.2015/24276, K.2018/3224 K. T.19.2.2018; Yargıtay 22. HD. E.2015/18446, K.2017/22630, T.23.10.2017; Yargıtay 22.HD. 2014/29194 E. 2016/2949 K. T.09.02.2016, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 25.05.2021)

<sup>223</sup> Caniklioglu, N. (2016) *İş Kanunu'nun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar*, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Ankara Sempozyumu, s.195

<sup>224</sup> Süzek, S. (2020), s.263; Yargıtay 9. HD. E.2009/44744, K.2009/33940, T.8.12.2009, Lexpera, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi:25.05.2021)

#### **2.4.2.2. Belirli Süreli Sözleşme ile Çalışan İşçiler**

İş Kanunu'nda iş sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.<sup>225</sup> İşçi ile işveren arasında, üst üste birden fazla olmamak kaydıyla, belirli süreli işlerde ya da bir işin tamamlanması veya bir olgunun ortaya çıkarılması gibi şartlara bağlı olarak yazılı şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmektedir. Birden fazla yani zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri esaslı bir neden var ise belirli süreli olma özelliğini korur. Fakat üst üste birden fazla yapılması esaslı neden dayanmıyorsa başladığı andan beri belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.<sup>226</sup> Bu düzenleme, işçi ile işveren arasında zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi yapılarak sözleşmenin halen belirli süreli iş sözleşmesi kabul edilmesi ile işçinin iş güvencesi, kıdem tazminatı gibi bazı haklarından mahrum bırakılmasını engellemektedir.

Belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin diğerleri karşısında hak kaybına uğramaması ve mağdur edilmemesi maksadıyla, İş Kanunu md.5 belirli süreli çalışan işçiler ile belirsiz süreli işçiler arasında sözleşme tipine göre ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Kanuna göre işveren esaslı objektif nedenlerin varlığı dışında, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilere farklı işlem uygulayamaz. Bu ayrımcılık yasağı, çalışma koşulları ile sosyal ve parasal yardım ve yükümlülüklerini kapsamaktadır.<sup>227</sup> Yine İş Kanunu md.12'deki özel düzenlemeye göre de salt iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmış olması nedeniyle, ayırımı haklı kılan neden olmadıkça, belirli süreli çalışan işçi farklı bir işleme tabi tutulamaz. Madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere, bu düzenlemeler belirli iş sözleşmeleri kapsamında daha iyi koşullar ile istihdamı sağlamak amacıyla, Avrupa Birliği 18 Mart 1999 tarihli 99/70 Sayılı Direktifi doğrultusunda yapılmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesinde salt sözleşme türü nedeniyle işçiler arasında daha az veya farklı muamele yapılamayacağı belirtilmiştir.<sup>228</sup>

İK. md 12'nin 2.fikrasında belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin diğer işçiler karşısında hak ve menfaatlerinin nasıl dağıtılması gerektiği düzenlenmiştir. Şöyle ki,

<sup>225</sup> Sümer, H.H. (2018) İş Kanunu md.9.

<sup>226</sup> Sümer, H.H. (2018) İş Kanunu md.11; Yargıtay 22.HD. E.2017/5729, K.2017/4978, T.09.03.2017, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi 25.05.2021)

<sup>227</sup> Muzır, E. (2020) s.52

<sup>228</sup> Bozkurt, M. (2020) s.101

belli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek olan para ve ücrete ilişkin bölünebilir hak ve menfaatler açısından, işçinin çalıştığı süreyle orantılı olarak ödeme yapılacaktır. Oransallık ilkesinin uygulanmasının mümkün olmadığı bölünemeyen hak ve menfaatler bakımından ise ayrımı haklı kılan esaslı bir neden olmadıkça herhangi bir ayırım yapılmadan emsal işçilerle aynı uygulama yapılacak ve tüm işçiler menfaatlerden aynı şekilde istifade edecektir. Bir çalışma koşulundan yararlanabilmek için aynı işyeri veya işletme dahilinde geçirilen kıdem şartı arandığında ise, farklı kıdemi haklı kılacak objektif bir neden yoksa, belirli süreli işçi için de belirsiz süreli sözleşme ile çalışan işçi hakkında kabul edilen kıdem uygulanmalıdır.<sup>229</sup>

Belirtmek gerekir ki, işyeri uygulamaları, çalışılan koşullar, eğitim ve mesleki geliştirme imkanları bakımından objektif ve ayrımı haklı kılan bir neden var ise artık işverenin belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilere karşı bir eşit davranma borcunun varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Örneğin, şirkette üç yıl ve üzeri çalışmış işçilere yapılacak prim ödemesinden, bir yıllık belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin faydalandırılmaması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.

#### **2.4.3. İşçinin Kişisel Durumu Yönünden İşverenin Eşit Davranma Borcu**

Kişisel durum kavramı mevzuatımızda yalnızca kavram olarak bulunmakla birlikte herhangi bir tanımı yapılmamıştır.<sup>230</sup> Doktrinde Gençcan, bu kavrama değinmiş, genel manasıyla kişisel durumu, toplum içinde bir kimseyi diğerlerinden ayıran belirli özellikler olarak ifade etmiştir.<sup>231</sup> Kişinin cinsiyeti, yaşı, medeni hali, etnik kökeni, cinsel yönelimi, din ve mezhebi ile sendikal faaliyetleri kişisel durumlarına örnek olarak gösterilebilir. Yuvalı kişisel durumları temelde ikiye ayırmıştır. Buna göre, ilk grup kişinin yaşı, ırkı, rengi, engelli olması gibi biyolojik özellikleridir ve bu özelliklerin değiştirilmesi mümkün değildir. İkinci grup din, mezhep, konuşulan dil, medeni hal, siyasi görüşleri gibi özellikler ise kişinin yasal, korunan özgürlükleridir ve değiştirilmesi kişiden istenememektedir. Kişisel durumlar Anayasanın 10.maddesinde olduğu gibi iş hukukunda da ayrımcılık yasakları kapsamında

---

<sup>229</sup> Yuvalı, E. (2012) s.79

<sup>230</sup> TMK md.36: Kişisel durum, bu amaçla tutulan resmî sicille belirlenir. Bu sicilin tutulmasına ve zorunlu bildirimlerin yapılmasına ilişkin esaslar, ilgili kanunda gösterilir.

<sup>231</sup> Gençcan, Ö. U. (2007) *Türk Medeni Kanunu: Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat*, C:1, Ankara: Yetki Yayınları, s.856

değerlendirilmeli ve bu gibi durumlarda doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık engellenmelidir.<sup>232</sup>

İş Kanunu 5. maddede kişisel durumlara dayanan ayırım yasakları tek tek sayılmış olmasına rağmen madde metninde “benzeri sebeplerle” ifadesi kullanılarak bunlar sadece sayılanlarla sınırlandırılmamış ucu açık bırakılmıştır.<sup>233</sup> Örneğin salt iki cins dayanan ayrımlar dışında cinsel yönelim, cinsiyet değişikliği, evlilik dışı birliktelik yaşamak gibi kişisel tercihler de kanımızca ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın bu doğrultuda kararları mevcuttur. Divan bir kararında, işyerinde çalışan bir işçinin cinsiyet değiştirdikten sonra farklı muameleye maruz kalarak işten atılmasının ayrımcılık olduğunu hükme bağlamıştır.<sup>234</sup> Divanın içtihatlarında yer alan cinsiyete dayalı ayırımın, cinsel yönelim ve tercihleri de kapsadığı hususu, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54 Sayılı direktifte kendisine yer bulmuştur.

Uygulamada en çok görülen ayırım biçimi olarak cinsiyete ve cinsel yönelime dayalı ayrımcılık birçok uluslararası belge ve sözleşmeler ile de önlenmeye çalışılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki hukukumuzda iş yaşamında cinsiyete dayalı ayırımda işverene istisnai hak tanınmıştır. İş Kanunu md.5/3’e göre biyolojik ve işin niteliğine ilişkin nedenlere dayalı zorunlu hallerde, işverence cinsiyete dayalı doğrudan ya da dolaylı farklı bir işlem uygulanabilmektedir. Yine İş Kanunu 73. Maddesi uyarınca her yaştaki kadınların ve 18 yaşını doldurmamış kız ve erkek çocukların, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında ve su altında çalıştırılması da genel fiziksel yapıları itibariyle daha zayıf ve narin olduğu nedeniyle yasaklanmıştır. Ayrıca bazı sağlık nedenleri ve risklere ortam hazırlayacağı gerekçesi ile kadın işçilerin gece vardiyalarında çalıştırılması bazı kurallara tabi tutulmuştur. Mülga 1475 Sayılı İş Kanunu’nda kadınların gece vardiyasında çalıştırılması mutlak surette yasak iken, 4857 Sayılı yürürlükteki İş Kanunu’nda bu durumun kadın erkek eşitliğine engel olduğu gerekçesi ile belirli kurallara tabi tutularak serbest bırakılmıştır.

---

<sup>232</sup> Yuvalı, E. (2012) s.84

<sup>233</sup> İş Kanunu Madde 5: (Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

<sup>234</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.128-129

Bu kurallar, 09.08.2004 tarihinden beri yürürlükte olan, Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmasına İlişkin Yönetmelik ile belirlenmiştir.<sup>235</sup>

İşçilere kişisel özellikleri nedeniyle ayrımcı işlem yapılamayacağı yasada açıktır. Tüm bu özellikler bakımından ortak bir ayırım izninin varlığı kabul edilmektedir, o da objektif makul haklı nedenin bulunduğu hallerdir. Aksi halde işverenin, ayırım yasaklarının ihlali kapsamında birtakım yaptırımlara maruz kalması kaçınılmazdır.



---

<sup>235</sup> Yuvalı, E. (2012) s.122

## BÖLÜM 3: EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN İSPATI VE SONUÇLARI

### 3.1. Eşit Davranma Borcuna Aykırılık Halinde İspat Yükü

#### 3.1.1. Genel Olarak

İspat,<sup>236</sup> usul hukuku yazarlarına göre; yargılama sürecinde tarafların, dava konusu talepleri doğrultusunda hukuk kurallarının uygulanması amacı ile olayların iddia edildiği gibi gerçekleştiğine dair hakimde kanaat oluşturmak için yaptıkları inandırma faaliyetleridir.<sup>237</sup>

İş Kanunu'nda ayırım yasakları, eşit davranma yükümlülüğünün mevcut olduğu haller ve yükümlülüğün ihlali halinde bunun yaptırımları ile ispatlanması hususu da özel olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği Hukuku mevzuatlarına da uyum sağlanması maksadı ile özellikle dolaylı ayrımcılık hususunun ispatının zorluğu göz önünde bulundurularak, İK. md.5/7 de işçinin ispat konusunda yükü hafifletilmiştir. Avrupa Birliği Hukuku'nda da eşit davranma borcu ve ayrımcılığı düzenleyen direktiflerde ispat yükünün el değiştirmesi ilkesi benimsenmiş ve düzenlenmiştir.<sup>238</sup>

Eşit davranma borcuna aykırılık halinde ispat yükünün hangi tarafta olacağı konusunda İK. md.5/son fıkrası yol göstericidir. Madde metninde,

*“Yirminci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”*

<sup>236</sup>Türk Dil Kurumu Sözlüğü (2021), İspat: Tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtlama, tanıt.

<sup>237</sup>Okur, Z. (2016) *İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/322609>, (Erişim Tarihi: 13.02.2021), s.588.

<sup>238</sup> Kaya, P.A. (2014) s.257; Muzır, E. (2020) s.93; 5 Temmuz 2006 tarihli İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54 Sayılı Direktifi m.19.



ifadesi kullanılmıştır. Buna göre, işçi kural olarak ihlal konusunda ispat yükü olan taraftır. İşçi somut ve kuvvetli deliller ile ihlalin gerçekleştiğini ortaya koyduktan sonra, işveren kendisinin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığını ispat etmek zorunda kalacaktır. Bu nedenle işçi delilleri dosyaya sunduktan sonra ispat yükünün yer değiştirerek işverene geçtiğini belirtmek gerekir.<sup>239</sup> Örneğin işçilerin terfi ettirilmesinde, bir mezhep ya da siyasi görüşe sahip işçinin terfi edilmeyip aynı durumdaki diğer işçinin terfi ettirilmesi eşit davranma borcuna aykırıdır. İşçi bu iddiasını yargı önünde ortaya koyduğunda, işveren diğer işçinin başka objektif haklı bir nedenle terfi ettirildiğini ya da terfi ettirmediği işçiyi eşit davranma borcuna aykırı davranmadan geçerli bir sebep doğrultusunda terfi ettirmediğini ispatlamak zorundadır. Aynı şekilde işveren işyerinde belirli bir performans ya da çalışma sistemi olduğunu ve bu sisteme göre diğer işçilere prim ödemesi yapılırken bir veya birkaç işçiye yapılmaması gerektiğini somut olarak ispat ederse artık eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemez.<sup>240</sup>

İşçinin, eşit işlem borcuna aykırılığın varlığı ihtimalini güçlü şekilde ortaya koymasının nasıl ve ne şekilde olması gerektiği konusunda ayrıntılı düzenleme yapılmaması yönüyle kanunda eksiklik olduğunu söylemek mümkündür. Doktrinde işçinin bu ihlal ihtimalini güçlü şekilde ortaya koymasının nasıl, ne şekilde olması gerektiği hakkında farklı fikirler mevcuttur. Bir yazara göre, işçinin aynı işyerindeki başka bir işçiye kıyasla farklı muameleye tabi tutulduğunu sadece iddia etmesi dahi, ihtimali ortaya koymaktadır.<sup>241</sup> Bazı yazarlara göre ise, işçinin hakimde kanaat oluşması için objektif ve somut olayları ortaya koyması gerekmekte iken bir diğer görüş, genel hayat tecrübeleri doğrultusunda ihlalin, varlığı muhtemel deliller ile ortaya konulmasının yeterli olduğunu savunmaktadır.<sup>242</sup> Kanaatimizce, hukukumuzda benimsenmiş olan “İşçinin Korunması” ve “ İşçinin Lehine Yorum” ilkeleri doğrultusunda iş ilişkisinde güçlü olan işverene karşı işçinin korunması gerekmektedir ve işçi ayrımcılık iddiasını güçlü somut delil ile ortaya koyamamış olsa dahi, ispat yükü yer değiştirerek işverene geçmelidir. Ayrıca eşit davranma borcuna aykırı olarak aleyhinde işlem yapılan işçinin yargılamada ispat maksadıyla maddi ve somut deliller

---

<sup>239</sup> Bozkurt, M. (2020) s.129; Yuvalı, E. (2012) s.208; Süzek, S. (2020) s.478; Kaya, P.A. (2014) s.257

<sup>240</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.210-211

<sup>241</sup> Okur, Z. (2016) s.591

<sup>242</sup> Muzır, E. (2020) s.94

ortaya koyduktan sonra özellikle diğer işçilerden hangi işçi ile kıyaslandığında kendisine ayrımcılık yapıldığını ismen belirtmesine de lüzum yoktur.<sup>243</sup>

Yüksek Mahkeme'nin bir kararına göre,

*“eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta davacının yukarıdaki ilke kararında belirtilen yasal düzenlemeler ve ilkelerdeki hangi davranış sebebiyle eşit davranılmadığı (hangi gerekçeyle ayrımcılık yapıldığı) anlaşılamamıştır. Bu sebeple somut olarak ispatlanamayan eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”<sup>244</sup>*

Yargıtay eşit davranma borcuna aykırılık nedeniyle açılan davalarda işçinin iddiasını salt soyut iddia düzeyinde kalmayacak şekilde oldukça güçlü ve somut kanıtlar ile ortaya koyması gerektiğini ifade etmiştir. Fakat psikolojik tacizin işçi tarafından ispatlanmasının oldukça zor olması göz önünde bulundurularak fiillerin sistematik şekilde tekrarlanması ve kuvvetli ipuçlarının ortaya konulması yeterli görülmüştür.<sup>245</sup>

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda eşit davranma borcu özel olarak düzenlenmiştir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu md.21 Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir hükmü ile ayrımcılık yasaklarının ihlali hakkında yapılacak başvurularda iddianın kuvvetli deliller ile ortaya koyulmasından sonra karşı taraf ihlalin gerçekleşmediğini ispat etmesi gerektiği ifade edilir.

---

<sup>243</sup> Şener, B. (2011) s.192

<sup>244</sup>Yargıtay 9.HD. E.2015/21084, K.2018/14846, T.5.7.2018, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:05.05.2021)

<sup>245</sup>Muzır, E. (2020) s.96; Yargıtay HGK. E.2017/7-3017, K.2018/99, T.24.1.2018, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:05.05.2021)

Yine İş Kanunu 20. maddesinin 2.fikrası uyarınca iş akdinin feshinin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işverene aittir. Örneğin, işçinin iddiasına göre iş akdi haklı neden olmaksızın ya da bir sebep gösterilmeksizin, dini inanış, etnik köken gibi kanunda belirtilen ayrımcılık hallerinden biri nedeni ile feshedilmiş ise işçi bu iddiasını ortaya koyduktan sonra işveren iş akdinin feshinin başka bir haklı nedene dayandığını ispat etmesi gerekmektedir. Genellikle hukukumuzda iş akdinin devam ettiği süreçte, din, ırk, dil, renk, mezhep, engellilik, cinsel yönelim gibi ayırım yasaklarının ihlaline ilişkin tazminat talepli davalara daha az rastlanmaktadır. İşçiler konu hakkında bilgi sahibi olmadıklarından veya işlerini kaybetme korkusu ile iş akdi devam ederken işverene dava açmaya cesaret edememekte bu iddialarını yalnızca sözleşmenin feshi ile ortaya koyabilmektedirler.<sup>246</sup>

Ayrımcılık ve eşit davranma borcunun özel kanunlarda düzenlenmiş iki türü mevcuttur. Sendikal ve cinsiyete dayalı nedenler ile ayrımcılık iddiası ispat şekli bakımından da diğerlerinden ayrılırlar. Özel ispat şekline tabi olması itibari ile bu konular ayrıntılı incelenmelidir.

### ***3.1.2. Sendikal Nedenler İle Eşit Davranma Borcuna Aykırılık İddialarında İspat Yükü***

İşverenin, iş akdini sendikal nedenle feshetmesi kuşkusuz eşit davranma ilkesine aykırıdır. Sendikal nedene dayalı ayrımcılık iddiası uygulamada fazlasıyla karşılaşılan bir ayrımcılık türüdür. Genellikle işçiler tarafından iş akdi devamında değil, iş akdinin feshinde öne sürüldüğünü söylemek mümkündür. Sendikal nedenle ayrımcılık iddiasında ispat yükü Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. Maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

STİSK'nda iş akdinin feshi halinde ve fesih dışındaki durumlarda sendikal nedene dayalı ayrımcılıkların ispatlanması hususu ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu nedenle ispat yükü her iki durumun varlığına göre farklılık göstermektedir. Bu husus kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır.

---

<sup>246</sup> Yuvalı, E. (2012) ss.208-211

STİSK md.25/6 'ya göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine ilişkin iddia ile açılmış olan davada, iş akdinin feshinin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverence öne sürülen nedene dayanmadığını iddia eden işçi, sendikal nedenin varlığını ispat etmelidir. Yani sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu tartışmalı olan feshe ilişkin ispat yükü kural olarak işverenedir.

STİSK md.25/7'ye göre ise; fesih haricinde, işverenin sendikal nedenle ayrımcılık yaptığını ispat etme yükümlülüğü işçiye aittir. Fakat işçi sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kaldığını gösteren bir durumu güçlü şekilde ortaya koyduktan sonra, işveren bu davranışının sebebini ispat etmekle yükümlüdür. Bu durumda iş sözleşmesinin kurulmasında ve devamında aynı işyerinde çalışmakta olan ve kendisi ile kıyaslanabilir diğer işçilere göre sendikal nedenle ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia eden işçi bu hususu ispat etmekle yükümlüdür. Yine işçinin, işin sevk ve dağıtımında sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kaldığı iddiası ile açmış olduğu bir işe iade davasında ispat yükü işçinin kendisindedir.<sup>247</sup>

Öğretideki bir görüşe göre, işçinin korunması ilkesi uyarınca diğer ayırım yasaklarında olduğu gibi sendikal nedene dayalı ayrımcılık iddiasında da işçinin ispat yükü hafifletilmelidir. Çünkü işçinin bu hususu ispat etmesi, aynı işyerinde çalışan işçilerin işveren aleyhine tanıklık yapmayacağı düşünüldüğünde oldukça zor görünmektedir. Bu sebeple işçinin ayrımcılığa maruz kaldığını güçlü şekilde ortaya koyan belirtilere dayanarak ispat etmesinin yeterli olacağı savunulmuştur.<sup>248</sup>

Uygulamada Yüksek Mahkeme sendikal nedenle feshin ispatında sadece tanık delilini yeterli bulmamakta ve bunun başka deliller ile desteklenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay bir kararında,<sup>249</sup> feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının ispatında dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre ve özellikle; işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde sendikaya üye oldukları, fesih tarihinden önce ve sonra üyelikten çekilen işçilerin sayısının nazara alınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yargıtay diğer farklı

---

<sup>247</sup>Bozkurt, M. (2020) s.132

<sup>248</sup>Muzır, E (2020) s.100; Okur, Z. (2016) s.595.

<sup>249</sup> Yargıtay 9.HD. E.2020/8244, K.2021/998, T.14.01.2021, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

kararlarında ise, işçilerin sendikaya üye olduktan hemen sonraki tarihlerdeki fesihler, toplu işçi çıkarmada çıkarılan işçilerin büyük bir kısmının sendika üyesi olması ve işçilerin sendika üyeliğinden ayrılması için işverence baskı kurulması, işçinin sendika üyelik fişinin işyerine gönderilmesi ve işverence üyelik öğrenildikten kısa bir süre sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi durumlar iş akdinin sendikal nedene dayanarak feshedildiğini gösterir emareler olarak kabul edilmiştir.<sup>250</sup> Yüksek mahkeme bir davada,

*“Somut olayda, davacı işçiye görevi dışında iş yaptırılmak istendiği sabit olmakla birlikte bunun salt davacı işçinin iş yerinde örgütlü bulunan sendikadan istifa ederek başka sendikaya üye olması ve sendikal faaliyetleri nedeniyle yapıldığını ispata yeterli olmadığı ve tanık anlatımları dışında sendikal nedeni ortaya koyacak bir olgu veya durumun da ortaya konulup ispat edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, sendikal tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü hatalıdır.”* şeklinde karar vermiştir.<sup>251</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2009/9-373 esas sayılı kararına göre; maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden doğduğunun ispatı oldukça güçtür. Böyle bir durumda fiili karinenin dikkate alınması gerekir.

Yargıtay’a göre sendikal nedenli feshe ilişkin davalarda, dikkate alınması gereken fiili karine sendikal fesih karinesidir. Sendikal fesih karinesi, iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren taraflarının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet sebebiyle yapıldığı iddiasının güçlendiriyor ise sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmelidir. Burada işverenin görünürdeki iradesinin dışında, gerçek iradesi araştırılarak iş akdinin devamındaki olayların, sendika üyeliği ve faaliyetlerinin işvereni feshe yönelttiğinin incelenmesi söz konusudur.<sup>252</sup>

<sup>250</sup>Yargıtay 22. HD. E.2018/1888, K.2018/4746, T.26.02.2018; Yargıtay 9. HD. E.2019/7174, K.2019/18429, T.21.10.2019, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021)

<sup>251</sup>Yargıtay 9. HD. E.2016/36143, K.2020/19005, T.17.12.2020, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021)

<sup>252</sup> Yargıtay 22. HD. E.2018/3212, K.2018/10029, T.26.04.2018, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021)

### **3.1.3. Cinsiyete Dayalı Nedenlere Dayalı Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta İspat Yükü**

İş Kanunu 5. Maddesi'nde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı düzenlenmiştir. İfade etmek gerekir ki evlilik, doğum, analık gibi hallere ilişkin ayrımlar da cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilir. Cinsiyet ayrımcılığının dolaylı ve doğrudan gerçekleşmesi hususunu açıklamak gerekir ise; bir eylemin doğrudan cinsiyete yönelmesi hali doğrudan cinsiyet ayrımcılığını, işlemin ya da bir eylemin sonuçlarının bir cinsiyet için olumsuz sonuç doğurması dolaylı cinsiyet ayrımcılığını oluşturmaktadır.<sup>253</sup> Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık iddialarında, eğer ki işçi kadın/erkek olmasaydı ayrımcılık oluşturan o işleme maruz kalmayacaktı ise burada eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilir. Dolayısı ile cinsiyete dayalı ayrıma maruz kaldığını iddia eden işçi farklı cinsiyette olsa idi farklı bir muameleye tabi tutulacağına ilişkin somut maddi olguları mahkeme önünde ibraz ederse ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.<sup>254</sup> Doğrudan cinsiyet ayrımindan bahsedebilmek için karşı cinsiyete mensup işçiler karşılaştırılmalıdır. Konumları ve durumları benzer veya aynı olan işçiler arasında sadece cinsiyet, hamilelik, analık gibi sebeplerle kadınlar aleyhine farklılıklar oluşturuluyor ise doğrudan cinsiyet ayrımcılığı söz konusudur.

Uygulamada bazen işçi grupları değil salt bir kişiye cinsiyete dayalı ayırım yapıldığı durumlarda görülmektedir. Şöyle ki başka bir aday olmamasına rağmen, kadın işçinin iş başvurusunu salt kadın olduğu gerekçesi ile kabul etmeyen işveren herhangi bir kıyas durumu mümkün olmasa da, ayrımcılığın varlığı iddia edildiğinde farazi bir erkek aday varmış gibi hareket edilmelidir.<sup>255</sup>

Doğrudan ayrımcılığa kıyasla dolaylı ayrımcılığın ispatlanması daha güçtür. Çünkü ayrımcılığa neden olan, işlemin ya da muamelenin kendisi değil bunların ortaya çıkardığı sonuçlardır. Dolaylı ayrımcılıkta esasen cinsiyetle hiç alakası olmayan görünüşte her iki cinse de uygulanan bir uygulama söz konusudur. Dolaylı ayrımcılık iddiasında ispat yükü işverenin üzerindedir. Yapılan muamelenin neticesi itibarıyla,

---

<sup>253</sup> Bozkurt, M. (2020) s.133

<sup>254</sup> Yıldız, G. B. (2008) ss.307-308; Şener, B. (2011) s.165

<sup>255</sup> Yuvalı, E. (2012) s.102

diğer cinsiyete mensup işçiler bakımından daha farklı ve olumsuz sonuçlar doğurduğu tespit edildikten sonra bunun nedeni işveren tarafından cinsiyetten farklı başka bir nedene bağlanabiliyorsa ve bu işverence ispatlanabiliyorsa eşit davranma borcuna aykırılık olmadığı kabul edilmelidir.<sup>256</sup> Doktrindeki genel görüşe göre de, işveren öngördüğü şartı, kuralı ya da uygulamayı işletme gereği olarak objektif biçimde haklılaştırılmaz ise, bu uygulamadan negatif etkilenen cinsiyetteki işçilere dolaylı ayrımcılık yapıldığı aşıkardır.<sup>257</sup>

Yüksek Mahkemenin cinsiyete dayalı ayrımcılıkta işçinin ispat külfetini oldukça hafiflettiği söylenebilir. İşverenin, işçinin hamile olduğunu öğrendikten üç gün sonra iş akdini performans düşüklüğü nedeniyle feshetmesi davasında, işçi salt ayrımcılığa ilişkin somut deliller sunamasa da Yargıtay, fesihten önceki dönemlerde işçinin işverenden takdir içeren elektronik postalar almasını iş akdinin feshinin ayrımcılığını ortaya koyduğunu kabul etmiştir.<sup>258</sup>

### ***3.2. Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Sonuçları***

Yukarıda ayrıntılı incelediğimiz üzere eşit davranma borcu, işçi lehine işverene birtakım yükümlülükler yükleyen kanunlarla düzenlenmiş bir borçtur. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı işlem yapması halinde borca aykırılıktan söz edilmektedir. Borca aykırılık halinde kanunda bazı yaptırımlar düzenlenmiştir. İşverence eşit davranma borcunun ihlal edilmesi halinde başvurulacak hukuki yolların yanında cezai ve idari yaptırımları da aşağıda ayrıntılı inceleyeceğiz.

---

<sup>256</sup> Bozkurt, M. (2020) s.133; Yıldız, G.B. (2008) s.308

<sup>257</sup> Yuvalı, E. (2012) s.106

<sup>258</sup> Yargıtay 9. HD. E.2016/1423, K.2019/11167 T.15.05.2019; Yargıtay 22.HD. E.2019/1040, K.2019/3811, T.20.02.2019, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 25.05.2021)

### 3.2.1.Eşit Davranma Borcunun İhlali Halinde Başvurulacak Hukuki Yollar

#### 3.2.1.1. Ayrımcılık Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı İş Kanunu md.5/6'da düzenlenmiştir. İşveren tarafından iş ilişkisinin devamında ya da sona ermesinde İK. md.5/1'de düzenlenen ayırım yasaklarının ihlal edilmesi ile ayrıma maruz kalan işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Kural olarak ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi kanunun diğer hükümlerine göre zarar koşulu aranmayan diğer tazminatların talep edilmesini engellemektedir.<sup>259</sup> Ayrımcılık tazminatı, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile birlikte istenebilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, sendikal nedenle ayrımcılık söz konusu ise, sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceği açıkça kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.<sup>260</sup> Ayrıca, ayırım içeren işlemler aynı zamanda ahlaka ve hukuka aykırı olarak kötü niyetli olarak da kabul edilmektedir. Bu durumda hem ayrımcılık tazminatına hem de kötüniyet veya iş güvencesi tazminatına hükmedilip edilemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Aynı olay sebebiyle, hem ayrımcılık hem de kötüniyet tazminatına hak kazanılması halinde kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte ödeneceğini savunan yazarlar olsa da Yüksek Mahkemenin görüşü bu iki tazminatın beraber ödenemeyeceği yönündedir.<sup>261</sup> Yargıtay, aynı fesih nedenleri dolayısıyla ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet veya iş güvencesi tazminatına hak kazanan işçiye, bu tazminatların her ikisinin değil, işçi lehine olanın, yani, yüksek olanın ödenmesi gerektiğini hükme bağlanmıştır. Bunun altında yatan esaslı sebep ise,

<sup>259</sup>Karagöz, V. (2012) s.70

<sup>260</sup>Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2015/305, K.2017/323, T.22.02.2017; Yargıtay 9. HD. E2012/13065, K.2012/23353, T.18.06.2012, Lexpera [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim tarihi: 05.03.2021); Yıldız, G.B. (2008) s.333; Doğan, G. (2014) *Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayanıkları Esaslar ve Farklılıkları*, Ankara Barosu Dergisi, S:1, s.371

<sup>261</sup>Yargıtay 22.HD. E.2012/29053, K.2013/27095, T.29.11.2013, Lexpera [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim tarihi: 05.03.2021) "*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 olup bozmayı gerektirmiştir. Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı (BOZULMASINA), oybirliği ile karar verildi.*"



işveren tarafından yapılmış olan bir işlemin birden fazla hukuki yaptırımına bağlanmasının mümkün olmayacağı düşüncesidir.<sup>262</sup>

Ayrımcılık tazminatı, işçinin son çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanmaktadır. Asıl ücret dışında ücretin eklentisi niteliğindeki primler ikramiye ve sosyal yardımlar bu hesaplamada dikkate alınmaz. Ayrımcılık tazminatı, uğranılan ayrımcılığın ağırlığı, süresi, önemi, işçinin kıdemi ve ücreti gibi konular göz önüne alınarak yargıç tarafından hesaplanmaktadır. Yüksek Mahkeme ayrımcılık tazminatı miktarının belirlenmesinde veya üst sınırdan verilmesinde, mutlaka bir gerekçe gösterilmesi gerektiği yönünde karar kurmuştur.<sup>263</sup> Ayrımcılık tazminatı için İK. md.5/6'da her ne kadar dört aya kadar ücret tutarı belirlenmişse de, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile işçi lehine üst sınırın arttırılmasının veya giydirilmiş ücretten hesaplanacağına kararlaştırılmasının mümkün olduğu doktrinde ifade edilmiştir.<sup>264</sup> Buna karşılık, sözleşmede ayrımcılık tazminatı hakkında işçi aleyhine yapılacak düzenlemeler geçersiz olacaktır.<sup>265</sup> Aynı şekilde kanunda belirlenen üst sınırın, uluslararası düzenlemelere uyumlu olmadığını, işçinin mağduriyetini karşılamadığını ve bu yaptırımın caydırıcılık, etkililik ve orantılılık bakımından eksik olduğu gerekçesi ile kaldırılması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur.<sup>266</sup> Kanaatimize göre de bir yıllık ücret tutarından az olarak belirlenemeyen sendikal tazminat ile kıyaslanacak olursa ayrımcılık tazminatının 4 aylık ücret tutarındaki üst sınırı oldukça düşük kalmaktadır.

Yapılmış olan ayrımcılık nedeniyle işçinin bir zararının doğup doğmaması ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi hususunda önemsizdir. Kanunda belirtilen dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ile ayrıma maruz kalan işçi, yapılan bu ayırım nedeniyle zarara uğramamış

<sup>262</sup>Çelik, N. (2007) *İş Hukuku Dersleri*, 20.Baskı, İstanbul:Beta Yayınları, s.493; Yargıtay 9.HD. E.2012/13065, K.2012/23353, T.18.06.2012; Yargıtay 9.HD. E.2012/39721, K.2014/32640, T.05.11.2014, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 06.04.2021)

<sup>263</sup> Çil, Ş. (2007) *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C:1, Ankara: Turhan Kitabevi, s.340

<sup>264</sup> Yıldız, G.B. (2008) s.330; Şener, B. (2011) s.175; Odaman, S. (2009) *Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler*, Sicil Hukuk Dergisi, S:14, s.79

<sup>265</sup> Çil, Ş. (2007) s.321; Yıldız, G.B. (2008) s.330

<sup>266</sup> Demirel E.T., Tilkici, M, Çetin C. (2011) s.398; Gülmez, M. (2009) *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*, 1.Baskı, Ankara: Belediye-İş Yayınları, s.610; Bakırcı, K. (2006) *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:2, s.267

olsa bile ayrımcılık tazminatını talep edebilecektir. İşçinin salt ayrımcılık oluşturan işlem ya da eyleme maruz kalması ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için yeterlidir, zarar görmüş olması şart değildir.<sup>267</sup> Ayrımcılık tazminatı kanunda “tazminat” olarak düzenlenmişse de doktrinde bunun teknik manada bir tazminat değil, medeni ceza olduğunu savunan genel bir görüş mevcuttur.<sup>268</sup>

Belirtmek gerekir ki, ayrımcılık tazminatını düzenleyen ilgili kanun hükmü “iş ilişkisinde ve iş akdinin sona ermesinde” şeklinde açık düzenleme içerdiği için işe alımda yani iş ilişkisinin kurulmasında ayrımcılık halinde cinsiyet ve gebelik hali haricinde, kanunda düzenleme bulunmaması sebebiyle ayrımcılık tazminatına hükmedilemez.<sup>269</sup> Ayrıca doktrinde bir grup yazar, iş akdinin kurulması aşamasında ayrımcılığa maruz kalan işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemese de sözleşme görüşmelerinde kusur sorumluluğu (culpa in contrahendo) kapsamında tazminat talep edebileceğini belirtmişlerdir.<sup>270</sup> İşçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için iş akdinin feshedilmiş olması da şart değildir. Ancak uygulamada çalışanlar genellikle iş akdi devam ederken talepte bulunmamaktadır.<sup>271</sup>

Doktrinde tartışılan bir diğer konu, kanunda mutlak sayılan ayrımcılık halleri dışında genel eşit davranma borcuna aykırı işlemler nedeniyle ayrımcılık tazminatına hükmedilip edilemeyeceği konusudur. Yıldız, ayrımcılık tazminatının sadece İK. md.5/1 kapsamında değerlendirilen sebeplere bağlı olarak yapılan ayrımcılıklarda değil, işverenin eşit davranma ilkesine aykırı işlemlerinde de talep edilebileceğini ifade etmiştir.<sup>272</sup> Ancak Yargıtay yakın tarihli kararlarında, ayrımcılık tazminatının her eşit davranma ilkesine aykırı işlem için yaptırım olarak uygulanamayacağını, sadece kanunda sayılı ayırım yasakları nedeniyle söz konusu olabileceğini karara

<sup>267</sup> Süzek, S. (2020) s.469; Karagöz, V. (2012) s.69

<sup>268</sup> Mollamahmutoğlu, H. (2008) s.553; Tuncay, C. (2007) s.36; Günay, C. İ. (2005) *İş Kanunu Şerhi (Açıklama-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat)*, C:1, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, s.246; Yuvalı, E. (2012) s.222.

<sup>269</sup> Yenisey, K. D. (2006) s77.; Tuncay, C. (2007) *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm önerileri*, 1.Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s.36

<sup>270</sup> Süzek, S. (2020) s470.; Narmanlıoğlu, Ü. (2014) *İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri*, 5.Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları, s.330.; Aksi Görüş için, Gülmez, M. (2010) *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2010, s.217

<sup>271</sup> Doğan, G. (2014) s.371

<sup>272</sup> Yıldız, G. B. (2008) *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s.329

bağlamaktadır.<sup>273</sup> Yargıtay, ücretlerde zam yapılması hususunda da emsal işçiler arasında farklı miktarlarda zam yapılmasını da 4857 Sayılı İş Kanunu md. 5'te sayılan ayrımcılık nedenlerinin bu işlemin yapılmasında söz konusu olmaması nedeniyle ayrımcılık tazminatının reddine karar vermiştir.<sup>274</sup> Bunun yanında, Yargıtay yeni tarihli bir kararında her ne kadar işçinin ayırım yasaklarından biri olan cinsiyet ayrımcılığı iddiasını ispatlayamamış olsa dahi işverenin herhangi bir nedenle eşit işe eşit ücret ödememesini eşit davranma borcuna aykırı kabul ederek ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir.<sup>275</sup> Yine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/4588 E., 2021/5455 K. 03.03.2021 T. ilamında, “salt asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide muvazaanın varlığı işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmez.” hükmü ile alt işverenlik ilişkisi muvazaaya dayanmış da olsa ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için diğer şartların da gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiştir.

---

<sup>273</sup> Yargıtay 9. HD. E.2015/23051, K.2018/17844, T.09.10.2018; Yargıtay 9.HD. E.2016/32478, K. 2020/17741 Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021), “...İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için madde de mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli - kısmî süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir. Somut olayda, davacı 2015 yılında aylık ücretinde artış yapılmamasından kaynaklanan fark ücret alacakları ile buna bağlı eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatı istemiştir. Dosya içeriğine göre, eşit davranmamanın dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayalı olduğu iddia ve ispat edilemediğinden şartları bulunmayan eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatının reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”; (Aynı yönde) Yargıtay 9. HD. E.2018/7135, K.2021/920, T.14.01.202, “Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Davacı işçi bu madde kapsamında değerlendirilebilecek bir sebebe dayalı olarak kendisine ayrımcılık yapıldığını yönteminde ve yeterli delillerle ispatlayamamıştır. Dolayısıyla, salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. (Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2018 tarih 2015/26907 esas ve 2018/20333 karar sayılı ilamı; Yargıtay (Kapatılan)22. Hukuk Dairesi 'nin 03.07.2019 tarih 2017/23268 esas ve 2019/14998 karar sayılı ilamı)”

<sup>274</sup>Yargıtay 9. HD. E.2016/22291, K.2018/3576, T.20.2.2018; (Aynı Yönde) Yargıtay 22. HD. E.2017/14878, K.2018/12121, T.17.5.2018, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021)

<sup>275</sup> Yargıtay 9. HD. E.2017/16279 K.2020/10415. T.05.10.2021, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021) “Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer işçilere kıyasla daha az ücret ödendiği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer işçiler hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekir”

Ayrıca eklemek gerekir ki, ayrımcı muameleye maruz kalan işçi genel hükümler kapsamında maddi ve manevi zararı var ise bunlar için de tazminat talep edebilecektir. Örnek vermek gerekirse, ayırım yasakları dışında bir nedenle, eşit davranma borcunu ihlal edecek şekilde bir işçinin ücretinin emsal işçilere göre daha az belirlenmesi halinde daha az ücret alan işçi ayrımcılık tazminatı talep edemeyecekse de aynı durumdaki emsal işçiye göre eksik ücretlerin farkını talep edebilecektir.<sup>276</sup>

Ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi İK. Ek 3.Madde uyarınca 5 yıldır. 12.10.2017 kabul tarihli 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 10 yıl olan zamanaşımı süresi 5 yıla indirilmiştir. Buna göre eşit davranmama tazminatına uygulanacak zamanaşımı süresi, 25.10.2017 tarihinden önce feshedilen iş sözleşmelerinde 10 yıl, 25.10.2017 tarihinden sonra feshedilen iş sözleşmelerinde 5 yıl olarak değiştirilmiştir. Ancak bu düzenlemede, iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshi haricinde iş akdinin devamı sürecinde ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresinin düzenlenmemesi kanun boşluğu oluşturmuş ve doktrinde bu konu hakkında tartışmalara sebep olmuştur. Öğretideki bir görüşe göre fesih halinde zamanaşımı 5 yıl olarak düzenlenmekle birlikte fesih dışındaki hallerde ayrı bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile TBK md.146 kapsamında zamanaşımının eşit davranma borcuna aykırı muamelenin işçi tarafından öğrenilmesinden itibaren muaccel olarak 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği için çelişkili bir durum oluşmuştur.<sup>277</sup>

Son olarak önemle eklemek gerekir ki, Yargıtay 26.05.2021 tarihli kararında,

*“...Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir. Tazminat niteliğinde olmaları sebebi ile sendikal tazminat, kötü niyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş*

---

<sup>276</sup> Muzır, E. (2020) s.103; Yargıtay 9.HD. E.2017/18202, K.2020/17634K. T.08.12.2020, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.04.202)

<sup>277</sup> Süzek, S. (2020) s.470

*Kanunu'nun; 5. maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık sebebi ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28. maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama sebebi ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir. 4857 sayılı Kanun'un 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları ise mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. 01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesi ise ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağını belirtmiştir.”<sup>278</sup>*

şeklinde hüküm kurulmakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık sebebi ile tazminatın on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunun yeni tarihli kararlarında belirtilmesi yine çelişkili bir durum ortaya koymuştur.

### **3.2.1.2. Sendikal Tazminat**

Çalışma hukukunda sendikal nedenlerle ayırım yapılması yasaklanmıştır. 6356 Sayılı STİSK 25.maddede işçilerin, işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılımları ve sendikal faaliyetleri nedeniyle ayrı bir işleme tabi tutulması halinde veya sendika üyesi işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler arasında işverence herhangi bir ayırım yapılması halinde, işveren aleyhine, ayrımcılık tazminatına göre daha ağır bir yaptırım düzenlenmiştir. İş Kanunu md. 5/6 ya göre ayrımcılığın sendikal nedene dayanması halinde ayrımcılık tazminatına değil yalnızca sendikal tazminata hükmedileceği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca STİSK md.25/4'e göre sendikal tazminat, işçinin 1 yıllık ücret tutarından az olamaz. Görüldüğü gibi yasada sendikal tazminata ilişkin alt sınır belirlenmiştir. Üst sınır ise belirli olmamakla birlikte hakimin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca sendikal tazminatın doğması için, işçinin mutlaka sendika üyesi olması şart değildir. İşçinin sendikal tazminat talep edebilmesi için zarara uğradığını ispat etmesi

<sup>278</sup> Yargıtay 9 HD. E.2021/5433, K.2021/9576, T.26.05.2021; Yargıtay 9.HD. E.2021/7330, K.2021/7162, T.30.03.2021 Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.06.2021)

zorunlu değildir. Zarar koşulu aranmamakla birlikte sendikal tazminatta esas amaç işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesidir.<sup>279</sup>

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/7640 E., 2021/88 K., 11.01.2021 T. Sayılı kararı uyarınca sendikal tazminata hükmedilebilmesi için, iş akdinin feshinin sendikal nedenlere dayanıp dayanmadığı hususu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>280</sup> Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016/36143 E. 2020/19005 K. 17/12/2020 T. kararında sendikal nedenin ispatı için sadece tanık anlatımlarını yeterli bulmamaktadır. Şöyle ki karar metninde, somut olayda, davacı işçiye görevi dışında iş yaptırılmak istendiği sabit olmakla birlikte bunun salt davacı işçinin iş yerinde örgütlü bulunan sendikadan istifa ederek başka sendikaya üye olması ve sendikal faaliyetleri nedeniyle yapıldığını ispata yeterli olmadığı ve tanık anlatımları dışında sendikal nedeni ortaya koyacak bir olgu veya durumun da ortaya konulup ispat edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, sendikal tazminat talebinin reddi gerekmektedir, şeklinde hüküm kurulmuştur.

Sendikal tazminat ile iş güvencesi tazminatı ilişkisine değinmek gerekir ise, işe iade davası açmayan işçiler bakımından iş güvencesi tazminatı zaten söz konusu olmamaktadır. İş güvencesi kapsamında bulunan işçiler, sendikal tazminat talep

<sup>279</sup> Doğan, G. (2014) ss.374-375

<sup>280</sup> Yargıtay 9.HD. E.2020/7640, K.2021/88, T.11.01.2021 Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.06.2021), “Somut uyuşmazlıkta, mahkemece feshe dayanak gösterilen eylemlerin fesihten çok önce gerçekleştiği, davacının kendisi ile birlikte işten çıkarılan işçilerin de sendika üyesi olduğu, sendika üye sayısının belli düzeyde tutulması için fesih işleminin yapıldığı kanıtlandığı gerekçesi ile davacının iş akdinin sendikal nedenle feshedildiği yönünde karar verilmişse de dosya kapsamından sendikal nedene yönelik araştırmanın yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle, fesih tarihi öncesi ve sonrasında işe alınan ve işten çıkartılan işçiler ile sendika kayıtlarında üye olduğu veya üyelikten ayrıldığı tespit edilen işçiler arasında yöntemince bir karşılaştırma yapılmadan sonuca gidilmesi isabetsiz olmuştur. Bu itibarla öncelikle, iş sözleşmesi fesih tarihinden önceki ve sonraki altı ayda iş sözleşmesi feshedilen işçilere ait kayıtlar gerek Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan gerekse işverenden getirilmek suretiyle, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçiler ile (varsa) bu işçiler arasından yeniden işe alınan işçiler ismen tespit edilip, tespit edilen işçilerin üyelik ve/veya üyelikten çekilme tarihleri, üyeliğin devam edip etmediğine ilişkin bilgi ve belgeler ilgili sendikadan getirilmeli, böylece anılan dönemde iş sözleşmesi feshedilen işçilerden hangilerinin sendika üyesi olduğu tespit edilmeli, böylece feshin yapıldığı dönemde sendikaya üye olmayıp, iş sözleşmesi feshedilen işçilerin bulunup bulunmadığı, sendikaya üye olan ve davalı iş yerinde çalışan toplam işçi sayısı ve üyelik tarihleri, sendika üyeliğinden istifa etmesine karşın iş akdi sonlandırılan işçilerin olup olmadığı, sendikalı olup iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin yerlerine yeni işçi alınıp alınmadığı ve bunlar arasında sendikaya üye olan olup olmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı hususları yeterince araştırılmalıdır. Bundan sonra toplanacak deliller dosya içeriği ile yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.”

etmeden önce, işe iade istemli dava açabilme hakkına sahiptirler. Böyle bir durumda iş akdinin feshinin sendikal nedene dayandığı sabit ise işveren işçiyi işe başlatsa da başlatmasa da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. Maddesi 5. fıkrası uyarınca sendikal tazminata (iş güvencesi tazminatı) karar verilebilir. Ancak sendikal tazminata hükmedilmesi halinde, ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu md.21/1 hükmünde öngörülen işe başlatmama tazminatına hükmedilmez. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/8969 E. 2021/1797 K. Ayrıca 6356 sayılı kararına göre; işe iade ve sendikal tazminat talepli davada, işçi tarafından ayrımcılık yapıldığı iddia edilen sendikal nedenler somut olarak ispatlanamadığı gerekçesi ile sendikal tazminata değil, sadece işçi işe iade kararına rağmen işe başlatılmadığı için iş güvencesi tazminatına hükmedilmiştir. Yine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2018/9424 K. 2018/20877 T. 19.11.2018 T. kararı uyarınca, işe iade ile birlikte sendikal tazminata hükmedilmesi, boşta geçen süreler için dört aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesine karar verilmesine engel değildir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun getirdiği en önemli yenilik, iş güvencesine tabi işçilerin işe iade davası yoluna başvurmaksızın sendikal tazminat talep edebilmeleridir. İşçinin, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açmaması sendikal tazminat talep hakkını engellememektedir.<sup>281</sup> İş güvencesi kapsamında olmayan fakat sendikal faaliyetler nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan işçiler ise sendikal nedenlere dayanılarak iş akitlerinin feshedilmesi halinde işe iade davası açamayacakları için yalnızca sendikal nedenle tazminat talep edebilmektedirler. Öğretide bazı yazarlara göre, işverence yapılan fesih sendikal neden işçi sendikal tazminat yerine İş Kanundaki kötü niyet tazminatını talep edebilecektir. İşverence yapılan fesih sendikal nedenlerden kaynaklanmasına karşın ihbar önellerinin üç katı tutarında bir kötü niyet tazminatı talep etmişse, artık işçiye 6356 Sayılı Kanununun 25.maddesinin değil, İş Kanunu'nun 17. maddesinin altıncı fıkrası hükmünün uygulanması gerekmektedir.<sup>282</sup> Kural olarak, sendikal tazminat ile kötü niyet tazminatına birlikte hükmedilmemektedir. Bunun nedeni ise aynı işlemten kaynaklı olarak iki tazminata birlikte hükmedilemeyecek olmasıdır.

---

<sup>281</sup> Doğan, G. (2014) s.378

<sup>282</sup> Doğan, G. (2014) s.381

Sendikal tazminata ilişkin zamanaşımı sürelerini belirtmek gerekirse Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2020/7330 E., 2021/7162 K. 30.03.2021 tarihli kararlarında sendikal tazminat talebine ilişkin zamanaşımı süresinin on yıl olduğunu hükme bağlamıştır.<sup>283</sup> 4857 Sayılı İş Kanununda 2017 yılında yapılan değişiklikle sendikal tazminat taleplerindeki zamanaşımı süresi değiştirilmemiştir. Zamanaşımının başlangıç tarihi ise işverenin ayrımcı muamelede bulunduğu tarihtir.<sup>284</sup>

### 3.2.1.3. İşçinin İş Görmekten Kaçınması

İşverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği hallerde işçinin işi yapmaktan kaçınma hakkının olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. İş yapmaktan kaçınma hakkı, esasen İş Kanunu md.35'te ücretin gününde ödenmemesi halinde öngörülmüş ise de öğretideki hakim görüş, işçinin ayrımcılığa maruz kaldığı durumda artık işçinin kendisi için o işin yapılması beklenemeyecek hale gelmiş ise, işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği yönündedir. Fakat bu görüşe göre, işçinin işi yapmama hakkı oldukça sıkı koşullara bağlanmıştır. İşçi iş görmekten kaçındığı hallerde iş sözleşmesinin ve sözleşmenin taraflarının yükümlülüklerine zarar vermeyecek şekilde davranmalıdır.<sup>285</sup>

Örnek vermek gerekirse, bir işyerinde hiç kimsenin yapmak istemediği nitelikte bir iş devamlı surette aynı konum ve durumdaki işçilerden yalnızca bir tanesine yaptırılıyorsa, burada işverenin işçiler arasında ayırım yaparak, eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ve işverenin Türk Medeni Kanunu md.2 uyarınca yönetim hakkını dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullandığını ifade etmek mümkündür. Kimsenin yapmak istemediği o işi devamlı surette yapmak zorunda kalan işçi, artık o işi

<sup>283</sup> Yargıtay 9.HD. E.2021/7330, K.2021/7162 T.30.03.2021, Yargıtay Bilgi Bankası [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:02.06.2021) “*Tazminat niteliğinde olmaları sebebi ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun; 5. maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık sebebi ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28. maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama sebebi ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir.*”

<sup>284</sup>Yargıtay 9.HD. E.6484, K.15794, T.8.11.1993, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi (03.06.2021)

<sup>285</sup> Bozkurt, M. (2020) s.138; Şener, B. (2011) s.17



görmekten kaçınsa bile TBK md.408<sup>286</sup> uyarınca, işveren o işçinin ücretini ödemekle yükümlüdür ve işçinin yapmaktan kaçındığı o işi daha sonra yapmasını isteyemez.<sup>287</sup> Yine ayrımcılığın psikolojik taciz içerir biçimde gerçekleştiği hallerde, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.13<sup>288</sup> uyarınca koşulların oluşması halinde işçinin iş yapmaktan kaçınma hakkına sahip olduğu kabul edilebilir.

Yıldız'ın görüşüne göre; İş Kanunu'nda her ne kadar eşit davranma borcunun ihlali halinde işçinin işi yapmaktan kaçınması hususu açıkça düzenlenmemiş ise de, bundan işçinin böyle bir hakkı olmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Bu durumda Borçlar Kanunu hükümleri incelenmelidir. İşçi ayrımcı uygulamanın sonlandırılması için işverene başvurup makul bir süre bekledikten sonra, ayrımcılık oluşturan uygulamalara halen son verilmediğin takdirde, iş görmekten kaçınabilmektedir.<sup>289</sup> Kanaatimizce de gerek İK, TBK, gerekse İSGK'nın bu konu hakkındaki hükümleri işçinin korunması ve gözetilmesi amacıyla geniş yorumlanmalıdır. İşçinin ayrımcılığa maruz kalarak iş görmekten kaçındığı iddiası ile açılacak davalarda her somut olay ayrı ayrı incelenmeli ve olayın meydana geliş şekli diğer hususlar ile işçinin kendisinden iş görme borcunu ifa etmesinin beklenilemez hale gelip gelmediği dikkate alınarak karar verilmelidir.

#### **3.2.1.4. İşçinin İş Akdini Haklı Nedenle Feshi**

İş Kanunu md.24/II-f<sup>290</sup> kapsamında, işvereni tarafından ayrımcı muameleye maruz kalan işçinin iş akdini feshetmesi haklı nedenle fesih olarak kabul edilebilir. İlgili

<sup>286</sup> TBK. Madde.408: İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez.

<sup>287</sup> Karademir, A., Ekinci, H. (2017) *İşçilik Alacakları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.242; Muzır, E. (2020) s.113; Şener, B. (2011) s.171

<sup>288</sup>İSGK. MADDE.13: (1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

(2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınuncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

<sup>289</sup> Yıldız, G. B. (2008) ss.323.324

<sup>290</sup>İK. Madde 24: Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

II. Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

f) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa.

kanun maddesinde düzenlendiği gibi, çalışma koşullarının sağlanmaması işçinin haklı nedenle fesih sebebi kabul edilmektedir.<sup>291</sup> Doktrindeki görüşe göre de, işverenin eşit davranma borcuna makul ve gerçek bir neden olmaksızın aykırı davranması iş koşullarının sağlanmaması kapsamında kabul edilir ve işçi buna dayanarak iş akdini haklı nedenle feshedebilmelidir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2020/8996 E., 2021/2175 K. 03.03.2021 T. sayılı ilamında, TBK md.435'e atıf yapmak suretiyle, sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyecek bütün durum ve koşulların iş akdinin feshi için haklı sebep sayılacağını ifade etmiştir. Ancak, burada ispat hususu işçi açısından risk taşımaktadır. İşçinin bu sebeple açılan bir davada ortaya koyduğu ayrımcılık iddiasına karşılık, ayrımın işveren tarafından somut haklı bir nedene dayandığı ispatlanırsa burada feshin haklı nedene dayanmadığı sonucu ile işçi aleyhine maddi riskler söz konusu olabilir.<sup>292</sup>

İşçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi sonucunda, feshi kendisi gerçekleştirdiği için ihbar tazminatı söz konusu olmayacaksa da işçi kullanmadığı yıllık izin ücretleri ile kıdem tazminatına hak kazanır. Ayrıca, iş akdinin haklı nedenle feshedilmesinde işçinin herhangi bir süre öneline uyması da gerekmez. İşçi derhal fesih hakkını kullanabilir.<sup>293</sup> Örneğin, performans ve verime dayalı zam yapılmasında dil, cinsiyet, etnik köken vs. gibi nedenler ile ayırım yapılması veya eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlali ile işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışlarının işçi bakımından haklı nedenle fesih sebebi olup olmadığına karar verirken mahkeme, işverenin objektif bir şekilde davranıp davranmadığını ücret zamları belirlenirken gerçekçi, objektif, somut ve karşılaştırılabilir bir ölçüm yapıp yapmadığını incelemektedir.

### **3.2.1.5. Saldırının Önlenmesi Davası**

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı eylemi, işçi açısından kişilik haklarına saldırı niteliği taşımakta ise TMK 23-25. maddeleri<sup>294</sup> kapsamında hukuka aykırı

<sup>291</sup> Yıldız, G.B. (2008) s.327; Yuvalı, E. (2012) s.220; Çolakoğlu, E. (2011) s.87

<sup>292</sup> Karademir, A. ve Ekinci, H. (2017) s.243; Muzır, E. (2020) s.112; Şener, B. (2011) s.173.

<sup>293</sup> Bozkurt, M. (2020) s.140

<sup>294</sup>TMK Madde 23: Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.

biçimde kişilik haklarına saldırılan işçi, kişilik haklarının korunması maksadıyla saldırının önlenmesi davası açabilir. Davacı işçi, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Bu davada ispat yükü işverende olup davacı işçi kişilik hakkının zedelendiğini güçlü ve somut deliller ile ortaya koyduktan sonra davalı işveren yalnızca üstün kamu yararı, kanundan gelen yetki veya işçinin rızası hususlarının varlığını ispatlar ise bu iddiadan kendisini kurtarabilir. Aksi halde yapılan saldırı hukuka aykırıdır<sup>295</sup>. Örneğin, işverenin herhangi bir haklı nedeni olmaksızın işyerine giriş çıkışlarda sadece belli işçilerin üzerini arattırması o işçilerin kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilebilir. Fakat işçilerin bu tür saldırının önlenmesi talepli davaları iş akdi devam ederken açmasının uygulamada pek rastlanan bir durum olmadığını söylemek mümkündür.

### **3.2.1.6. Mahrum Bırakılan Hakların Tazmini ve Maddi-Manevi Tazminat**

Eşit davranma borcuna İK.md.5 de sayılan ayırım yasaklarını ihlal etmek suretiyle aykırı davranan işveren aleyhine şüphesiz ayrımcılık tazminatına hükmedilecektir. Ancak kanun gereği söz konusu ayrımcılık tazminatına yalnızca iş akdinin kurulmasından sonra ve fesih halinde hükmedilebilmektedir. İş sözleşmesi kurulmadan önceki iş görüşmeleri yani işe alım evresi ayrımcılık tazminatı açısından kapsam dışında bırakılmıştır. İş akdi kurulmadan önceki iş görüşmelerinde eşit davranma borcuna aykırı davranılması durumunda, genel hükümler kapsamında maddi manevi tazminat talep edilebilmektedir.<sup>296</sup> Yargıtay 2020/3822 E., 2021/1035 K. sayılı karşı oy yazısında bir üye de cinsel yönelimi nedeniyle davacıya hakemlik görevi verilmemesi biçimindeki uygulamanın, davacının özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile ayrımcılık yasağı kapsamında kaldığından davacı lehine uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca iş akdinin kurulmasından sonra veya fesihte ayrımcılık yapılması halinde ayrımcılık tazminatı

---

TMK Madde 25- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

<sup>295</sup> Bozkurt, M. (2020) s.140

<sup>296</sup>Ertürk, Ş. (2008) *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*, 1.Baskı, Ankara: Belediye İş Sendikası, s.163

işçinin ortaya çıkan zararını karşılayamayacak ise yine genel hükümler uyarınca ayrıca tazminat talebinde bulunulabilir.<sup>297</sup>.

İşe alım sürecinde eşit davranma borcuna aykırı davranışların yaptırımı “*Culpa in contrahendo*”<sup>298</sup>sorumluluğuna dayanmaktadır.<sup>299</sup> Culpa in contrahendo sorumluluğu TBK’da açıkça düzenlenmemiştir, ancak doktrinde ve içtihatlarda yer bulmaktadır. Bu sorumluluk, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların özenli ve dürüst davranma ilkelerine kusurlu olarak uymamalarından doğan zarardan hakkaniyet gereği sorumlu tutulmalarını ifade etmektedir. Yargıtay 19.Hukuk Dairesi’nin 30.11.2004 tarihli kararında,

*“...Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar akdin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar, bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi TMK. md.2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin akdin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülükler kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.”* ifadesine yer verilmiştir.<sup>300</sup>

İş ilişkisinde eşit davranma borcuna aykırı işleme maruz kalan işçinin, bu eylem sebebiyle mal varlığında ya da şahıs varlığında bir zarar meydana gelmiş ise, işçinin

---

<sup>297</sup>Muzır, E. (2020) s.110

<sup>298</sup>Wikipedia (2021), *Culpa in contrahendo*: "sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk" anlamına gelen Latince hukuk terimidir. Kara Avrupası hukuk sistemi ülkelerinin pek çoğunda önemli sayılan bir borçlar hukuku kavramıdır. Dürüstlük kuralına dayanır.

<sup>299</sup> Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2019) *İş Hukuku Ders Kitabı*, 3.Baskı, İstanbul: Lykelon Yayınları, s.198; Süzek, S. (2020) s.470; Narmanlıoğlu, Ü. (2014) s.330

<sup>300</sup>Karakurt, H. (2016) *culpa in contarendo* [Çevrimiçi]. ErişimAdresi: [https://hakankarakurt.wordpress.com/2016/10/03/culpa-in-contrahendo/#\\_ftn5](https://hakankarakurt.wordpress.com/2016/10/03/culpa-in-contrahendo/#_ftn5), (ErişimTarihi:06.03.2021)

bu zarar karşılığında maddi manevi tazminat talep etmesi mümkündür. Böyle bit muameleye maruz kalan işçinin iş güvencesi kapsamında alacaklarını tahsil etmiş olması tazminat talep etmesine engel teşkil etmemektedir. Aynı zamanda TBK md.112 uyarınca da kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe işveren işçinin sözleşmeden doğan bu zararını gidermekle yükümlüdür.<sup>301</sup>

Türk Borçlar Kanunu Madde 27’de sözleşme serbestisinin sınırları belirlenmiştir. Sözleşme kanununun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise kesin olarak hükümsüzdür. Yine sözleşme hükümlerinden bir veya birkaç tanesinin aykırılık teşkil etmesi halinde, sözleşme geçerli olmakla birlikte söz konusu hükümler geçersiz yani kısmi hükümsüzdür. Fakat, aykırılık teşkil eden maddelerin geçersizliği sözleşmenin kurulmasını engelliyor ise sözleşme tamamen geçersiz olacaktır. İşçi böyle bir halde, hükmün geçersizliğine karar verilmesi maksadı ile tespit davası açabileceği gibi, diğer işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da söz konusu hükmün bir temel kişilik hakkı olan eşitlik ilkesine aykırılığı ile geçersizliğini ortaya koyabilir. Burada belirtmek gerekir ki geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için o hükmün henüz uygulanmamış olması gerekmektedir.<sup>302</sup> Kanaatimizce, aksi halde eski hale getirme söz konusu olacaktır.

Ayrım yasağı ve eşit davranma borcu ulusal ve uluslararası hukukta korunan ilkelerdir. Fransız hukukuna göre işverenin ayırım yasaklarına aykırı her düzenlemesi kesin hükümsüz iken, Türk hukukunda durum daha farklıdır. Hukukumuzda bu tür düzenlemelerin yaptırımının mutlak bir geçersizlik değil, kısmi geçersizlik olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle sözleşme içeriğindeki hükümlerin ayrımcılık yasaklarına veya eşit davranma borcuna aykırı olması ve yine eşit davranma borcuna aykırı her türlü eylem ve işlemlerin düzenlemeleri hukuki olarak kısmi geçersizlik yaptırımını doğuracaktır. Örneğin, toplu iş sözleşmesinde sadece belirli bir sendikaya üye olan işçilerin prim haklarından yararlanabileceği belirlenmiş ise, bu işlem davacı işçinin lehine ya da aleyhine uygulanılmış olup olmamasına bakılmaksızın tamamıyla geçersiz olacaktır.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Bozkurt, M. (2020) s.139

<sup>302</sup> Tuncay, C. A. (1982) s.238

<sup>303</sup> Şener, B. (2011) s.167

Doktrinde, sözleşmede eşit davranma ilkesine açıkça aykırılık teşkil eden madde var olması halinde iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının kabulü tartışılmıştır. Genel olarak kabul gören görüşe göre, böyle bir durumda her somut olay ayrı ayrı menfaatler bakımından incelenmelidir.

İş Kanunu md.5'te sayılan ayırım yasaklarının ihlali halinde işçi, ayrımcılık tazminatı talep edebileceği gibi bunun yanı sıra yoksun kaldığı haklarını da talep edebilir.<sup>304</sup> Açılacak dava ile amaçlanan, işveren tarafından eşit davranma borcuna aykırı davranılmasa idi, ayrıma maruz kalan işçinin hangi durumda olması gerekiyordu ise olması gereken o duruma getirilmesi ile aradaki menfaat farkının giderilmesidir. Yani bu dava ile işçi, işverenin eşit davranmasının sağlanmasını değil, işverenin borca aykırı uygulaması sebebiyle yoksun kaldığı şeyi istemektedir. Örneğin, işveren yönetim hakkını kullanırken ayırım yasağını ihlal etmek suretiyle işçinin hak ettiği mesleki terfisini engellemiş ya da çalışma şartlarında önemli bir değişiklik yapmış ise işçi mahkemeden durumun eski hale getirilmesini veya lehine değiştirilmesini talep edebilir.<sup>305</sup>

Eşit davranma ilkesi hakkın doğumuna sebep olan objektif hukuki bir ilke olması nedeniyle açılacak davada salt işverenin eşit davranmasına hüküm kurulamaz.<sup>306</sup> Sonuçta mahkeme talebin reddine veya kabulüne karar verir. Talebin kabulüne karar verilmesi halinde davacı işçinin talep konusunda bir hakkının varlığı tespit edilecektir. Bu karar ile işçinin tespit edilen hakkının işverence yerine getirilmesi hükmü emir niteliği taşımaktadır.<sup>307</sup> Talebin reddi kararı ise işçinin herhangi bir hakkı olmadığını tespiti hükmündedir. Yargıtay'a göre, işçinin İK. 5. maddesi uyarınca işçinin ayırım yasaklarının ihlal edildiğini ispat edemeyeceği hallerde, mahkemece ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecekse de işverenin eşit davranma borcuna aykırı eylem veya eylemsizliği nedeniyle işçinin uğradığı maddi zarar talep edilebilmektedir.<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2015) *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25.Baskı, Ankara: Beta Yayınları, ss.318-319

<sup>305</sup> Süzek, S. (2020) s.472

<sup>306</sup> Tuncay, C.A. (1982) s.219-220

<sup>307</sup> Pekcanez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2005) *Medeni Usul Hukuku*, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s.248; Şener, B. (2011) s.170

<sup>308</sup> Yargıtay 7.HD. E.2015/12009, K. 2015/4342, T.12.05.2015, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.kazanci.com.tr/>, (Erişim Tarihi:27.02.2021)

Uygulamada yoksun kalınan hakların çoğunlukla ücretler ve sosyal yardımlar konusunda öne çıktığı görülmektedir.

Öğretide bir kısım yazarlar eda davasında sadece maddi menfaatlerin yani bir şeyin verilmesinin mümkün olabileceği fakat işverenin yönetim hakkına ilişkin kararlarının yani bir şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin kararların uygulanamayacağı görüşünü savunmaktadır. Kanaatimizce, ücret ve parasal yardımlar gibi bir şeyin verilmesine ilişkin eda davası açılabilir gibi bir şeyin yapılması veya yapılmaması için işverenin zorlanması da eda davasına konu olabilmektedir. Çünkü konu itibarıyla eda davası karşı tarafın bir şeyi yapması veya yapmamasını ya da bir şeyi vermesini sağlamak amacıyla açtığı davalardır.<sup>309</sup> Fakat uygulama düşünüldüğünde, her ne kadar teorik olarak işverenin bir şeyi yapmaya zorlanması eda davasında istenebilecekse de uygulamada buna çok rastlanmamaktadır.

Örneğin, bir işçi koşulları taşıyor olmasına rağmen sadece kadın olması nedeniyle yönetici veya üst yönetici pozisyonuna getirilmiyorsa ya da terfisi verilmiyorsa, mahkemece kendisinin yöneticilik pozisyonuna getirilmesini isteyebilir. Mahkemece bu düzenlemenin işverence yapılıp işçinin olması gereken pozisyona getirilmesine karar verildikten sonra işveren bu hükme uygun biçimde edimini ifa etmez ise, işverene karşı bir işin yapılmasına ilişkin ilamların icrası yolu ile icra takibi başlatılabilir. İlam konusu sadece işveren tarafından yapılabilecek bir şey olduğu için işveren tarafından süresi içerisinde yapılmadığı durumda icra dairesinin ilamı aynen yerine getirmesi mümkün değildir. Bu durumda alacaklının şikayeti üzerine icra mahkemesince işverenin üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir.

### **3.2.2. Cezai Yaptırımlar**

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı muamelesinin varlığı halinde, hukuki sorumluluklarının yanında cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu 122.maddesi<sup>310</sup> uyarınca, dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi

<sup>309</sup> Çolakoğlu, E. (2011) s.84

<sup>310</sup>TCK md.122: (Değişik madde ve başlığı: 6529 - 2.3.2014 /md.15) (1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe

inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ile işçinin işe alınması veya alınmamasının cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Ayrımcılık ve nefret sebebiyle kişilerin çalışma haklarının engellenmesi Türk Ceza Hukuku kapsamında suç sayılmaktadır.<sup>311</sup>

Söz konusu madde metni gerçek kişiler bakımından düzenlenmiş olmakla birlikte tüzel kişiler açısından herhangi bir güvenlik tedbiri öngörülmemiştir. Bu nedenle tüzel kişiliğin ayrımcılık yasakları kapsamında TCK md.122 uyarınca cezalandırması mümkün değildir. Ancak tüzel kişi adına işlemi gerçekleştiren şirketin yetkilisi veya tüzel kişiliğin organını oluşturan kişilerce ayrımcılık ve nefret sebebiyle işçinin işe alınması engellenirse bu kişiler TCK kapsamında cezalandırılabilir.<sup>312</sup> Ayrıca TCK md.122 bağlamında suçun manevi unsuru kasttır ve taksirle işlenmesi mümkün değildir. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2018/1978 E., 2019/13554 K. 01/10/2019 T. ilamında, bu kanun ile dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle denilerek, korunan on adet grup olduğuna değinmiş, bu on koruma grubuna karşı kanunda belirtilen dört farklı seçimli hareket haricine bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde bu suçun oluşmayacağını karara bağlamıştır.

Yine işverenin sendikal nedenlerle ayrımcılık yapması halinde cebir ve tehdit olarak değerlendirilebilecek bir eylem mevcut ise, somut olayın durumuna göre TCK md.118 kapsamında değerlendirilebilecektir. Kanun metnine göre,

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

### **3.2.3. İdari Yaptırımlar**

Hukukumuzda, çalışma yaşamında işverence ayırım yasaklarının ihlal edilmesi halinde bir takım idari yaptırımlar düzenlenmiştir. İş Kanunu 99. maddesine göre,

---

*alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

<sup>311</sup> Süzek, S. (2020) s.476

<sup>312</sup> Şener, B. (2011) ss.183-184



*” İş Kanunu 5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası idari para cezası verilir.”<sup>313</sup>*

Ayrımcı muameleye maruz kalan işçilerin başvurabileceği bir diğer kurum ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’dur. Eşit davranma borcunun ihlali hakkında başvurular kurumun görev alanına dahildir. Esasen TİHEK hukukumuzda bir kanun yolu olmamakla birlikte, insan hakları ve eşitlik ihlalleri hakkında başvuruları karara bağlayarak, sonuçta uyuşmazlığın taraflarına idari bir kurum niteliği ile idari para cezası yaptırımını kararı verebilmektedir.<sup>314</sup> Kuruma başvurular ücretsizdir. Ancak işverence ayrımcılığa uğrayan işçinin TİHEK’e başvurabilmesi için öncelikle işverene başvuruda bulunup ayrıma neden olan, kanuna aykırı işlemin değiştirilmesini veya kaldırılmasını talep etmesi gerekmektedir. İşverence işçinin bu başvurusuna 30 gün içinde cevap verilmemesi ya da başvurunun işverence reddedilmesi halinde işçi kuruma başvuru yapabilir. TİHEK’e yapılan başvurular hakkında ispat yükü başvurucu taraftadır. Yani ayrımcılığa maruz kaldığı iddiası ile kuruma başvuran işçi iddiasını ispatlamak zorundadır. Tahkikatların neticesinde eşit davranma borcunun ihlal edildiği tespit edilirse ihlalin meydana getirdiği sonuçlar ve derecesine bağlı olarak bin Türk Lirası ile on beş bin Türk Lirası arasında bir idari para cezasına hükmedilir.<sup>315</sup>

TİHEK 2019/3031 başvuru numaralı, 11.08.2020 tarihli kararında, işverenin yazılı görüşünde yönetici olarak işe alınacak kişide aranılan sübjektif şartların neler olduğunu, başvuruları işe almama gerekçelerinin başvuranın gebeliği dışında somut olarak neler olduğunu açıklaması gerektiğini bu ancak başvuru konusu olayda, işverenin başvuranın gebeliği sebebiyle işe almadıkları iddiasını çürütemediğini ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini kanıtlayamadıklarını belirterek, başvuran

<sup>313</sup> Sümer, H. H. (2018) s.6

<sup>314</sup> Bozkurt, M. (2020) ss.143-144

<sup>315</sup> TİHEKK md.25: “(1) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır. (2) Birinci fıkrada belirtilen idari para cezasının kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında uygulanması hâlinde, ödenen idari para cezası, cezaya esas ayrımcı uygulamaya kusuruyla sebebiyet veren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlara rücu edilir.”

işçinin, gebelik nedeniyle doğrudan ayrımcılığa uğradığının kabulü ile ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına ve işveren muhatap hakkında 15.000,00 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Yine TİHEK 2019/2428 başvuru numaralı 14.01.2020 tarihli kararında da, olaya ait toplanmış olan ses kayıtlarında, muhatap banka tarafından başvurana müşteri temsilciliği pozisyonu için teklif yapıldığı, ancak başvuranın hamile olduğunu belirtmesi ile kendisine daha sonra dönüş yapacaklarını belirttikten sonra başvuranın işe alım sürecinin bitirildiği ifade edilerek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine kanaat getirilmiş ve işveren hakkında 10.000,00 TL İdari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

Kurumun uyuşmazlık tahkikatları sonucunda, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 6701 Sayılı Kanununun 25. Maddesinin birinci fıkrası gereğince, ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlali gerçekleştirmiş olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında verdiği idari para cezası kararlarına karşı, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, verilen kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabilecektir.<sup>316</sup>

Ayrıca, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 18. Maddesinin 4. Fıkrası gereğince insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapılmadığına ilişkin kararlarının, idari işlem niteliğinde olduğu ve bu kararların idari yaptırım niteliği bulunmadığı hakkında hiçbir kuşku olmadığı nedeniyle, Anayasanın 125. Maddesi ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca, genel dava açma süreleri içinde, yetkili ve görevli idare mahkemelerinde dava açılabilir.<sup>317</sup>

---

<sup>316</sup> TİHEK 2020 / 2694 B. , 2021/ 19 K. 09.02.2021 T. Kararı.

<sup>317</sup> TİHEK 2019 / 2428 B. 2020 / 8 K. , 14.01.2020 T. Kararı , (Daha sonra kurulca uygulanmasına devam olunan karşı oy görüşü)

## BÖLÜM 4: SONUÇ

Eşitlik kavramı ilkel çağlardan bu yana, zamanla gelişerek dünya genelinde kabul görmüş, global bir ilke haline gelmiştir. Bugün Dünya ülkelerinde sadece insan olmaları temelinde, sahip oldukları insan hakları bakımından, hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm insanların birbirine eşit olduğu anlayışı benimsenmiştir. Eşitlik ilkesi geçmişten günümüze kadar ilk olarak 2 Haziran 1776 tarihinde Virginia Kongresi'nde benimsenen ve daha sonra yeni Amerikan Devlet Anayasasına dahil edilen İnsan Hakları Bildirisi ile başlayıp akabinde birçok hukuki kaynak ve mevzuatta kendisine yer bulmuştur.

Virginia Anayasası'nda ilk kez benimsenen eşitlik ilkesi uluslararası hukukta, 1945 yılında BM Anlaşması'nda doğrudan ve dolaylı düzenlemeler ile BM ülkeleri tarafından kabul görmüş, sonraki yıllarda BM Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi, BM Her Türlü Irk Ayrımının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme ve BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmeleri ile de eşitliğin her alanda sağlanması için ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar anlayışı ile herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin, bildirge ile ilan edilen tüm hak ve özgürlüklerden yararlanabileceği düzenlenmiştir. Ardından 1950'de Avrupa Konseyi'nce kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise bağlayıcılığı açısından önemlidir. Ülkemiz Anayasası 90.maddesi uyarınca AİHS kanun hükmündedir. Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından denetlenmekte olup, AİHM kararlarının Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından da bağlayıcı olduğunu söylemek mümkündür. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) birçok dünya ülkesi tarafından kabul edilen 100, 111, 158 sayılı sözleşmeleri ile özellikle çalışma yaşamında ayrımcılığın yasaklanması ile kadın erkek işçiler arasında ücret eşitliğinin korunması için ayrıntılı ve kapsamlı düzenlemeler yapmıştır.

Temel insan hakkı olarak Anayasa'da 10.madde ile korunan "Eşitlik" iş hukukunda ise işçinin, güçleri elinde bulunduran işveren tarafından haklı ve objektif bir neden olmaksızın ayrımcı muameleye maruz bırakılmasını engellemek maksadıyla işverenin

eşit davranma borcu olarak öne çıkmaktadır. 4857 Sayılı İş Kanunu 5. maddede ayırım yasakları ile işverenin eşit davranma borcu özel olarak düzenlenmiş ve ihlal halinde uygulanacak yaptırım da kanun maddesinde belirlenmiştir. Maddenin ilk ve ikinci fıkrasına göre bu borç, işverenin iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım ile esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapmasını engellemektedir. Üçüncü fıkraya göre de işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Kanımızca burada eleştirilebilecek en önemli husus, kanun metninde iş akdinin kurulması aşamasında işverenin eşit davranma borcunun sadece gebelik ve cinsiyet hallerine indirgenmiş olmasıdır. Doktrinde de bu husus tartışılmış olmakla birlikte, bir grup yazar iş akdinin kurulması aşamasında sözleşme serbestisinin varlığı ile işverenin işçiyi seçme konusunda özgür olduğunu kabul etmekte iken diğer bir grup yazarlar iş akdinin kurulmasında da ayırım yasaklarına uyulması gerektiğini belirtmektedir. Şayet Yargıtay ilgili hukuk daireleri işverenin eşit davranma borcu kapsamında İK. 5.maddesini dar yorumlamaktadır. Yüksek mahkemenin, kararlarında İK 5.madde metninde sınırlı sayıda sayılan ayırım yasakları ve ihlal nedenlerine bağlı kaldığını görülmektedir. Dolayısı ile yasa metninin dar yorumlandığını anlamak mümkündür. Yasanın her yönüyle dar yorumlanması, işçi tarafından maruz kalınan işlemin eşit davranma borcu kapsamının dışında bırakılması ile işçinin mağduriyetine neden olmaktadır.

Türk iş hukukunda, İş Kanunu'ndaki düzenleme dışında, ayrımcılık yasağı ve eşit davranmaya ilişkin eşitlik ilkesinin normatif dayanağı olarak başka yasal özel düzenlemeler de mevcuttur. Anayasa'nın 10. Maddesi en temel dayanak olmak üzere; 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 25. maddesi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 3-6. maddeleri ile engelli işçilerin işe alınmasında ayırımı yasaklayan 5078 Sayılı Engelliler Kanunu 14. maddesi bu özel düzenlemelerdir.

İşverenin eşit davranma borcundan söz edebilmek için bazı koşulların birlikte var olması gerekmektedir. Doktrindeki genel görüşe göre, farklı işyerleri açısından işçilerin kıyaslanabilir olması mümkün olmamaktadır. Kıyaslanan işçilerin ancak aynı

işyerinin işçileri olması halinde işverenin eşit davranma borcu mevcut olacaktır. Borcun var olması için aynı işyerinde, aynı zaman diliminde yani aynı dönemde, iş sözleşmesi ile çalışmaktan olan en az iki adet işçinin varlığı gerekmektedir. Bir işçi kendi çalıştığı dönemden önce var olan uygulamalar için eşitsizlik iddiasında bulunamaz. Aynı zamanda, işverenin uygulamasının kolektif nitelikte bir uygulama olması şartı da diğerleri ile birlikte mevcut olmalıdır bireysel işlemler bu kapsamda eşitsizlik oluşturmaz. Örneğin diğer işçilere göre performans açısından fark gösterdiği için bir işçiye yapılan ikramiye ya da prim ödemeleri diğer işçiler açısından eşit davranma borcunu ihlal niteliğinde değildir. Tüm bu şartların birlikte mevcut olmaması hali objektif haklı neden doğurup farklı muameleyi geçerli kılmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre de ayrımı makul ve haklı kılan bir nedenin var olması halinde artık işverenin eşit davranma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

Eşit davranma borcunun uygulanmasında, işverenin yönetim hakkının sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. İşverenin yönetim hakkına dayanarak ne derece keyfi davranacağı ise yasal olarak kesin ve net şekilde belirlenmemiş olmakla birlikte, işveren yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcunu gözetmek zorundadır. Bu nedenle kötü niyetle ve keyfi uygulamalarla ayrımcılık yapamaz. İşin dağılımı, terfiler, çalışma saatlerinin belirlenmesi, disiplin uygulamaları, kapı giriş-çıkış kontrolleri, işyeri kuralları, sosyal haklar, işçilerin eğitimi, kursları ve çalışma şartları hususlarında işverenin eşit davranma yükümlülüğü vardır. İş akdinin devamı boyunca işin yürütülmesinde diğer işçilere göre kendisine yönelik farklı ve ayrımcı işleme maruz kalan işçi ayrımcılık tazminatına hak kazanacaktır.

İş Kanunu 5. Maddenin 4. Fıkrası uyarınca işveren, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret belirleyememektedir. Madde metninde ücret bakımından ayrımın sadece cinsiyete dayandırılması ücrete ilişkin diğer ayrım nedenleri bakımından eksiklik olarak nitelendirilebilir. Buna rağmen öğretide yerleşik “eşit işe eşit ücret” temel iş hukuku ilkesi Yargıtay kararlarında da özümsemiştir. Örneğin, Yargıtay zam hususunda, emekli olacak işçilere diğer işçilerden daha az ücret zammı yapılmasını eşit davranma borcuna aykırılık olarak karara bağlamıştır. Yine Yargıtay ücret eşitliği bakımından da, haklı nedenin varlığını gözeterek işçiler arasında eğitim durumu, üretime katkı, işteki kıdem, kabiliyetler, deneyim, verimli çalışma, tecrübe ve olgunluk gibi farklı nesnel objektif nedenlerin olması halinde işverenin farklı ücret veya ikramiye belirlemesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil

etmeyeceğini belirtmiştir. İş akdinin kurulması aşamasında ücretin belirlenmesinde ise öğretideki görüşe göre işveren tamamıyla özgürdür. İşe alımda belirlenen ve işçi tarafından kabul edilen ücret açısından eşit davranma borcunun varlığından söz edilemez.

İş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun var olup olmadığı, var ise sınırlarının belirlenmesi hususu öğretilerde tartışılan meselelerdendir. Bir kısım yazarların görüşlerinde, sözleşme serbestisi ilkesinin eşitlik ilkesine göre üstünlüğü kabul edilmiş ve iş ilişkisinin sona ermesinde işverenin mutlak manada eşit davranma borcundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmakta serbest olacağı, birçok objektif veya sübjektif nedenlerin bu kararı verirken etkili olabileceği, işverenin aynı ya da benzer durumdaki işçilerden istediği herhangi birinin iş akdini süreli fesih bildirim yolu ile herhangi bir neden göstermeksizin sonlandırabileceği belirtilmiştir. İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun varlığını kabul eden görüşe göre ise; işçi ile işveren arasında güç dengesinin sağlanması için iş hukukunda eşitlik ilkesi hiçbir işlemde göz ardı edilmemelidir.

Yargıtay işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilirken ayırım yasaklarında olduğu kadar, işverenin dar manada eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Ancak fesihte sosyal seçim kriterlerini içeren ilk kararlarının aksine, genel olarak 2006 ve sonrasındaki daha yeni tarihli kararlarında, işverence iş akdinin feshedilmesinde hangi işçilerin işten çıkarılacağına karar vermede serbestçe hareket edebileceğini, hatta işverenin belirli kriterlere dayanarak seçim yapmak zorunda bırakılmasının yasal olmadığını ifade ederek içtihadını değiştirmiştir. Kanımızca iş akdinin feshinde her ne kadar işveren yönetim hakkı ve sözleşme serbestisi kapsamında istediği işçiyi işten çıkarmakta özgür ise de hiçbir makul neden olmaksızın salt ayırım yasaklarından birisi nedeniyle işçinin iş akdinin sonlandırılmasında fesih geçersiz olmalıdır. Örneğin salt işçinin farklı bir dini inancı benimsediği gerekçesi ile işverence keyfi olarak iş akdi feshedilemez. Yine iş akdinin sonlandırılmasında, kanunda özel olarak sayılmış olan cinsiyet, gebelik ve sendikal faaliyet nedenlerine dayanılarak farklı işlem yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Eşit davranma borcunun ihlali hallerinde ispat yükünün hangi tarafta olacağı konusunda İş Kanunu 5. Maddenin son fıkrası yol göstericidir. Buna göre, işçi kural olarak ihlal konusunda ispat yükü olan taraftır. Borca aykırı işleme maruz kalan işçi dava sürecinde delillerini dosyaya sunduktan sonra ispat yükü yer değiştirerek işverene geçmektedir. İşçi somut ve kuvvetli deliller ile ihlalin gerçekleştiğini ortaya koyduktan sonra, işveren kendisinin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığını, söz konusu işlemin yapılmasında başka bir haklı nedenin var olduğunu ispat etmek zorunda kalacaktır. İş akdinin sendikal nedene dayalı feshinde STİSK 25.madde gereği ispat hususu değişiklik göstermektedir. STİSK md.25/6 'ya göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshine ilişkin iddia ile açılmış olan davada, iş akdinin feshinin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverence öne sürülen nedene dayanmadığını iddia eden işçi, sendikal nedenin varlığını ispat etmelidir. Yani sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hususu tartışmalı olan feshine ilişkin ispat yükü kural olarak işverendedir. STİSK md.25/7'ye göre ise; fesih haricinde, işverenin sendikal nedenle ayrımcılık yaptığını ispat etme yükümlülüğü işçiye aittir. Fakat işçi sendikal nedenle ayrımcılığa maruz kaldığını gösteren bir durumu güçlü şekilde ortaya koyduktan sonra, işveren bu davranışının sebebini ispat etmekle yükümlüdür.

İşçinin delillerle ortaya koyduğu İş Kanunu 5. maddede yer alan mutlak ayırım nedenlerinden birine dayanan ayrımcılık iddiası, işveren tarafından başka bir haklı nedenin varlığı ispatlanarak çürütülemez ise işverenin eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olacaktır. İşveren tarafından iş ilişkisinin devamında ya da sona ermesinde kanunda düzenlenen ayırım yasaklarının ihlal edilmesi ile ayırma maruz kalan işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Ayrımcılık tazminatı bakımından yasada üst sınır belirlenmiştir. Kural olarak mahkemece ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi, zarar koşulu aranmayan diğer tazminatların talep edilmesini engellememektedir. Ancak, sendikal nedenle ayrımcılık söz konusu ise, sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatı birlikte talep edilememektedir. Ayrımcılığın sendikal nedene dayanması halinde ayrımcılık tazminatına değil yalnızca sendikal tazminata hükmedileceği İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca STİSK 25. maddenin 4. fıkrasına göre sendikal tazminat, işçinin 1 yıllık ücret tutarından az olamamaktadır. Yasada sendikal tazminata ilişkin alt sınır belirlenmiştir fakat üst sınır belirli olmamakla birlikte hakimin takdirine bırakılmıştır.

İş Hukuku kapsamında bir yargı yolu olmamakla birlikte, ayrımcı muameleye maruz kalan işçilerin başvurabileceği bir diğer kurum ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'dur. TİHEK kararları yalnızca idari yaptırım hükmünde olup, bu kararlar işveren aleyhine idari yaptırım şeklinde görülebilmektedir. TİHEK'e yapılan başvurular hakkında ispat yükü başvurucu taraftadır. Ayrımcılığa maruz kaldığı iddiası ile kuruma başvuran işçi iddiasını ispatlamak zorundadır, burada işverenin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tahkikatlar sonucunda kurumca işveren tarafından eşit davranma borcunun ihlal edildiği tespit edilirse ihlalin meydana getirdiği sonuçlar ve derecesine bağlı olarak bin Türk Lirası ile on beş bin Türk Lirası arasında bir idari para cezasına hükmedilir.

Bunların dışında, İşverenin eşit davranma borcuna aykırı eylemi, işçi açısından kişilik haklarına saldırı niteliği taşımakta ise TMK 23-25. maddeleri kapsamında hukuka aykırı biçimde kişilik haklarına saldırılan işçi, kişilik haklarının korunması amacıyla saldırının önlenmesi davası açabilmektedir. Ayrıca, işverenin eşit davranma borcuna makul ve gerçek bir neden olmaksızın aykırı davranması iş koşullarının sağlanmaması kapsamında kabul edilir ve işçi iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Türk Ceza Kanunu 122. maddesi uyarınca, eşit davranma borcuna aykırı işlem yapan işverenin hukuki sorumluluklarının yanında cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ile işçinin işe alınması veya alınmamasının cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak yasada belirlenmiştir.



## KAYNAKÇA

Aktay, N., Arıcı, K. ve Kaplan, E.T. (2010) *İş Hukuku*, 4.Baskı, İstanbul: Seçkin Kitabevi.

Alpagut, G. (2006) *İş sözleşmesinin feshinde sosyal seçim yükümlülüğü mevcut mudur?*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:4, Aralık, ss.95-105.

Anayasa Mahkemesi Kararları, Kazancı [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 06.12.2020)

Anayasa Mahkemesi Kararları, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/kararlar-dergisi/?yil=2020&q=>, (Erişim Tarihi: 20.02.2020)

Anayasa Mahkemesi Kararları, Lexpera, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi:25.05.2021)

Armağan, S. (2011) *İslam Hukukunda Eşitlik*, Faruk En-Nebhan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:44, S:1-4, ss.325-341.

*Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:20312, 14 Ekim 1989, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 21.12.2020)

*Avrupa Sosyal Şartı*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:26488, 09 Temmuz 2007, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 28.12.2020)

Aybay, R. (2006) *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, Ankara: TBB Yayınları, [Çevrimiçi], Erişim Adresi: <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/iheb.pdf> , (Erişim Tarihi: 06.12.20).

Azarkan, E. ve Benzer, E. (2018) *BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme Ve Türkiye De Engelli Hakları*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:38, ss.3-5.

Bakırcı, K. (2006) *İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:2, ss.114-121.

*Birleşmiş Milletler Antlaşması*, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 7462, 21 Mart 1950 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

*Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 25196, 11 Ağustos 2003[Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr) (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

*Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:27288, 27 14 Temmuz 2009, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

*Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın önlenmesi Sözleşmesi*, T.C. Resmi Gazete, Sayı: 18898, 14 Ekim 1985 [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

Bozkurt, M. (2020) *İşverenin Eşit Davranma Borcu*,1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları.

Caniklioğlu, N. (2016) *İş Kanunu'nun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi İle Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar*, 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Ankara.

Civan, O. E. (2017) *Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (geçici iş ilişkisi)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:66, S:2, ss.311-397.

Çelik, N. (2003) *İş Hukuku Dersleri*, 16.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Çelik, N. (2006) *İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:1, S: 4, Aralık, ss.5-12.

Çelik, N. (2007) *İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:14, s.159-165.

Çelik, N. (2007) *İş Hukuku Dersleri*, 20.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları,

Çil, Ş. (2007) *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, C:1, Ankara: Turhan Kitabevi.

Çolakoğlu, E. (2011), *Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi.

- Demircioğlu, M., Centel,T. (2003) *İş Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.
- Demirel E.T., Tilkici M. ve Çetin C. (2011) *Türk İş Yaşamında Ayrımcılık*, 1.Baskı Ankara: Nobel Yayıncılık.
- Deveci, Z. S. (2020) *İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu Ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi*, İzmir Barosu Dergisi, S:Mayıs, ss.33-34.
- Doğan Yenisey, K. (2006), *İş Kanununda Eşitlik İşlkisi Ve Ayrımcılık Yasağı. İşyerinde Psikolojik Taciz,Cinsel Taciz,Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı Semineri*, Çalışma Ve Toplum Dergisi, S:11, s.69-71.
- Doğan Yenisey, K. (2016) , *Yeni Bir Tasarı İşığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve. Geçici İş İlişkisi*, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I, İş Hukuku Uluslararası Kongresi, ss.133-171.
- Doğan, G. (2014) *Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları*, Ankara Barosu Dergisi, S:1, ss.371-378
- Engelliler Hakkında Kanun*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25868, 7 Temmuz 2005, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 27.01.2021)
- Ertürk, ř. (2008) *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri İşığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*, 1.Baskı, Ankara: Belediye İş Sendikası.
- Gençcan, Ö. U. (2007) *Türk Medeni Kanunu: Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat*, C:1, Ankara: Yetki Yayınları.
- Gören, Z. (2016), *Genel Eşitlik İlkesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, ss.3279-3301.
- Gözler, K. (2016) *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 8.Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gülmez, M. (2009) *İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye*,1.Baskı, Ankara: Belediye-İş Yayınları.
- Gülmez, M. (2010) *İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2010, S:2, ss.217-222.

Günay, C. İ. (2005) *İş Kanunu Şerhi (Açıklama-Yargı Kararları-İlgili Mevzuat)*, C:1, Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları.

Güzel, A. ve Ertan, E. (2007) *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçüler*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C:4, ss.15-22.

*ILO 100 Sayılı Aynı İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkındaki Sözleşme*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:12484, 22 Aralık 1966, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

*ILO 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:12484, 22 Aralık 1966, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

*ILO 158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşme*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:21964, 18 Haziran 1994, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 21.12.2020)

İnceoğlu, S. (2006) *Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:4 s.45-46.

*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:7217, 27 Mayıs 1949, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Kararları, Lexpera [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi:25.05.2021).

*İş Kanunu*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25134, 10 Haziran 2003, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 25.01.2021).

*İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25425, 06 Nisan 2004, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 12.06.2021).

Kandemir, M., Yardımcıoğlu, D. (2014) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:19, ss.25-35.

Kaplan, T. S. (2017) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Cinsiyet Ayrımcılığı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, ss.236-240.

- Karademir, A., Ekinci, H. (2017) *İşçilik Alacakları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- Karagöz, V. (2012) *İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Kasım, C:5, S:1, ss.61-69.
- Karakurt, H. (2016) *culpa in contrahendo* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [https://hakankarakurt.wordpress.com/2016/10/03/culpaincontrahendo/#\\_ftn5](https://hakankarakurt.wordpress.com/2016/10/03/culpaincontrahendo/#_ftn5), (ErişimTarihi:06.03.2021).
- Karaman, H. (2007) *Kur'an Yolu Tefsiri*, C:5, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.
- Karan, U. (2015). *Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*, Anayasa Yargısı Dergisi, S:32, ss.238-239.
- Kaya, P. A. (2014) *Çalışma Hukukunda Eşitlik Ve Ayrımcılık*, 1.Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2015) *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25.Baskı, Ankara: Beta Yayınları.
- Metin, Y. (2002) *Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:57, S:4, ss.35-40.
- Mollamahmutoğlu, H. (2008) *İş Hukuku*, 3.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2019) *İş Hukuku Ders Kitabı*, 3.Baskı, İstanbul: Lykelon Yayınları.
- Muhasebe Web (2021) *Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.muhasbeweb.com/>, (Erişim Tarihi: 30.01.2021).
- Muzır, E. (2020) *İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014) *İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri*, 5.Baskı, İstanbul: Yetkin Yayınları
- Nazlı, S. (2016) *İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi Ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:74, ss.572-575.

Odaman, S. (2009) *Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler*, Sicil Hukuk Dergisi, S:14, ss.77-83.

Okur, Z. (2016) *İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/322609>, (Erişim Tarihi: 13.02.2021).

Özdemir, S. S. (2019) *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye’de Pozitif Ayrımcılık İlkesi*, 1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Özkaraca, E. (2018) *Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi*, İstanbul Barosu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 1.Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Özveri, M. (2005) *Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları*, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:8 , ss.1531-1539.

Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2005) *Medeni Usul Hukuku*, 4.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Pusmaz, D. (1999) *Temiz Toplumun Oluşumunda Temel Prensipten Eşitlik İlkesine Dini Bakış*, Diyanet Dergisi, S:Eylül, ss.51-55.

*Roma Anlaşması*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:16047, 4 Eylül 1977, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 17.02.2021)

Selvi, M. (2014) *Uluslararası Kuruluşların Türkiye’deki Sosyal Güvenlik Mevzuatının Oluşmasındaki Etkileri*, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı.

*Sendikalar Ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:28460, 7 Kasım 2012, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 26.02.2021), md.25/2.

Sümer, H.H. (2018) *Temel İş Kanunları*, 7.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık

Süzek, S. (2020) *İş Hukuku*, 19.Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık

Şenel, A. (1969) *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne: Doktora Tez Özetleri* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:24, S:3, ss.1-5.

Şener, B. (2011) *İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Borcu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi

T.C. Anayasası, T.C. Resmi Gazete, Sayı:17844, 20 Ekim 1982, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 10.01.2021)

Temizel, Z. (2021) *Geçici İş İlişkisi*, Erişim Adresi:<https://www.hakimeisikli.av.tr/is-hukuku-gecici-is-iliskisi/>, (Erişim Tarihi: 11.05.2021).

Tuncay, A.C. (2006) *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar Ve Çözüm Önerileri*, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı,1.Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Tuncay, A.C. (1982) *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, 1.Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası,

Tuncay, C. (2007) *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku: Sorunlar ve Çözüm önerileri*,1.Baskı, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları ,

Tunçomağ, K., Centel, T. (2015) *İş Hukukunun Esasları*, 7.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

*Türk Ceza Kanunu*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:25611, 12 Ekim 2004, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 25.01.2021).

Türk Dil Kurumu Sözlüğü (2021) *Pozitif Ayrımcılık* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.02.2021).

Türk Hukuk Sitesi (2020), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 2009/9485, Karar: 2009/598 Erişim Adresi: <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=8738>, (Erişim Tarihi: 01.01.2020).

*Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu*, T.C. Resmi Gazete, Sayı:29690, 20 Nisan 2016, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr), (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

Türk İş (2020) *Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 4857 Sayılı İş Kanunu Ve Gerekeşesi* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.turkis.org.tr/dosya/R9u5NtHtxPP3.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

Tüzüncan, D. (2016) *Kadın İşgücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye İtalya Karşılaştırılması*, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S:12, s.317-318.

Uşan, F. (2005) *İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?*, Legal İş ve Sosyal güvenlik Hukuku Dergisi, S:8, ss.1630-1637.

[Wikipedia]. (2021) *Alt İşveren* [Wiki Makalesi]. Erişim Adresi: <https://tr.wikipedia.org/>, (Erişim Tarihi: 04.05.2021).

Yargıtay Kararları, Yargıtay Bilgi Bankası, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 17.03.2021).

Yargıtay Kararları, Kazancı, [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <http://www.kazanci.com> (Erişim Tarihi:16.05.2021).

Yenisey, K.D. (2006) *İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl:2006, S:4, ss.69-70.

Yıldız, G. B. (2008) *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.

Yıldız, G. B. (2013) *Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi*, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel Sayı, ss.681-707.

Yuvalı, E. (2012) *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, 1.Baskı, Ankara: Turhan Yayınları.

Yuvalı, E. (2013) *4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.106, ss.94-96.

Yüksel, A. (2021) *İşçinin yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunmasının sonuçları* [Çevrimiçi]. Erişim Adresi: <https://www.dunya.com/kose-yazisi/iscinin-yukumlulugune-aykiri-davranista-bulunmasinin-sonuclari-ii/4836>, (Erişim Tarihi: 10.01.2021).