

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

4857 SAYILI YASA KAPSAMINDA İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TEZİ YAZAN

Sena AKPARLAK

Danışman: Prof. Dr. Faruk ANDAÇ

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Seda ARSLAN DURMUŞ (
Çukurova Üniversitesi)

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ARSLANPINAR TAT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERSİN / OCAK 2024

ONAY SAYFASI

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne;
2020005021 numaralı öğrencimiz olan **Sena AKPARLAK** tarafından hazırlanan “**4857 Sayılı Yasa Kapsamında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü**” başlıklı bu tez çalışması jürimiz tarafından **oybirliği** ile **Özel Hukuk** Ana Bilim Dalında **YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

(Enstitü Müdürlüğünde Kalan Asıl Sureti İmzalıdır.)

Üniv. İçi-Jüri Asıl Üyesi-Tez Danışmanı-Jüri Başkanı: Prof. Dr. Faruk ANDAÇ

(Enstitü Müdürlüğünde Kalan Asıl Sureti İmzalıdır.)

Üniv. İçi Asıl Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe ARSLANPINAR TAT

(Enstitü Müdürlüğünde Kalan Asıl Sureti İmzalıdır.)

Üniv. Dışı – Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Seda ARSLAN DURMUŞ

(Çukurova Üniversitesi)

(Enstitü Müdürlüğünde Kalan Asıl Sureti İmzalıdır.)

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylım.

17/01/2024

Prof. Dr. Murat KOÇ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

NOT: Bu tezde kullanılan ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki hükümlere tabidir.

İTHAF

Bulduğu her parça kâğıdı okuyan annem sayesinde olan her Őey için, bu çalışmayı da sevgili anneme ithaf ediyorum.

ETİK BEYANI

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarımı kabullendiğimi beyan ederim

17/01/2024

Sena AKPARLAK

TEŞEKKÜR

Öncelikle tezin hazırlanması aşamasında yol göstericiliğini, yardım ve desteğini her aşamada hissettiğim Sayın Prof. Dr. Faruk Andaç'a, Dr. Öğr. Üyesi Seda Arslan Durmuş'a ve Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Arslanpınar Tat'a, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü Doç. Dr. Murat Koç'a teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Bir hukukçu olmanın zorluğu ve değerini daha yolun başındayken öğrenmemde yardımcı olan ve zahmetli ancak bir o kadar da önemli bu yolda kılavuzlarımın ilki olan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi saygıdeğer hocalarıma ve tavsiyeleri ile bana yol gösteren Dr. Hakan Mertcan'a sonsuz teşekkürlerimi iletmekten gurur duyuyorum.

Hukukçuluğun insana dair bir çalışma alanı olduğunu benimle her gün konuşarak ve deneyimleri ile bana yol göstererek öğreten üstatlarım Av. Hülya Demiryürek Balkaroğlu'na ve Av. Murat Yoğurtcuoğlu'na şükranlarımı sunuyorum.

En önemlisi, bana her şeyin mümkün olduğunu gösteren ve bana hep inanan canım aileme teşekkür ediyorum.

ÖZ

4857 SAYILI YASA KAPSAMINDA İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sena AKPARLAK

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Tez Danışmanı, Prof. Dr. Faruk ANDAÇ

Ocak 2024, 108 sayfa

İş Kanununun 5. Maddesinde yer alan işverenin eşit davranma yükümlülüğü, iş görme sözleşmelerinden olan iş sözleşmesinin sözleşme özgürlüğü kapsamında sınırlandırıldığı ve işverene bağımlı çalışan işçinin korunması için öngörülen maddelerdendir. 4857 sayılı İş Yasası ile maddi düzenleme alanı bulan işverenin eşit davranma yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı kanunumuzda Anayasa ve çeşitli Uluslararası Sözleşmeler ile desteklenmektedir. Yasal düzenleme her ne kadar işverenin çalışanlar arasında ayırım yapmasını yasaklamışsa da objektif nedenlerle haklı kılınabilen farklı muameleler eşit davranma yükümünün ihlali olmayacaktır. Eşit davranma yükümünün ihlali ve bu durumda iddia edilebilecek ayrımcılık tazminatının şartları da Yargıtay kararları ile uygulamada karşılaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş sözleşmesi, işçi, işveren, bağımlılık, ayrımcılık, eşitlik, yaptırım

ABSTRACT

UNDER LAW NO. 4857, EMPLOYER'S EQUAL TREATMENT OBLIGATION

Sena AKPARLAK

Master Thesis, Department of Private Law

Advisor, Prof. Dr. Faruk ANDAÇ

January 2024, 108 Page

The employer's obligation of equal treatment in Article 5 of the Labor Law is one of the articles in which the employment contract, which is one of the employment contracts, is limited within the scope of the freedom of contract and is stipulated for the protection of the employee who is dependent on the employer. The employer's obligation of equal treatment and the prohibition of discrimination, which finds material regulation with the Labor Law No. 4857, are supported by the Constitution and various international conventions in our law. Although the legal regulation prohibits the employer from discriminating between the employees, different treatments that can be justified by objective reasons will not be a violation of the obligation of equal treatment. Violation of the obligation of equal treatment and the conditions of compensation for discrimination that can be claimed in this case can also take place in practice with the decisions of the Court of Cassation.

Keywords: Employment contract, employee, employer, dependency, discrimination, equality, sanction

ÖN SÖZ

Bu çalışma öncelikle iş sözleşmesinin tanımı ve kanundaki düzenlemesine kısaca değinecek, unsurları ve taraflarından bahsedecek ve tarihi gelişimine değinecektir. Ardından 4857 sayılı yasanın 5. maddesi kapsamında eşitlik kavramına ve işçinin sözleşmenin zayıf tarafı konumuna ve kanunda sayılan eşit davranmama yasaklarına değinecektir. Ardından ayrımcılık tazminatı Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.

Çalışmanın çıkış noktası 4857 sayılı yasa ile somut bir hal alan işverenin eşit davranma yükümünün tarihi gerekçeleri ve işçinin sözleşmedeki konumunun zayıflığıdır. Teoride düzenlemesi Anayasa ile desteklenen eşit davranma yükümlülüğünün işverenler açısından öngörülen yaptırımının uygulama şekli ve şartlarının kanunun amacı ile bağdaşıp bağdaşmadığı tartışılmaktadır. Çalışmamızda öğreti ve Yargıtay görüşlerine yer verilerek uygulanması gereken hukuk kurallarını tespit etmesi ve bu alanda yapılacak düzenlemeler için öneriler sunması bu çalışmanın önemini ortaya koymaktadır.

İÇİNDEKİLER

KAPAK	i
ONAY SAYFASI	ii
İTHAF	iii
ETİK BEYANI	iv
TEŞEKKÜR	v
ÖZ	vi
ABSTRACT	vii
ÖN SÖZ	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xiii
EKLER LİSTESİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ

1.1. İş Sözleşmelerinin Tanımı.....	3
1.2. İş Sözleşmesinin Türleri.....	4
1.2.1. Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri.....	4
1.2.2. Belirsiz ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri.....	4
1.2.3. Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmeleri.....	5
1.3. İş Sözleşmesinin Tarafları.....	7
1.3.1. İşçi.....	7
1.3.2. İşveren Kavramı.....	9
1.4. İş Sözleşmesinin Unsurları.....	10
1.4.1. İş Görme Unsuru.....	10
1.4.2. Ücret Unsuru.....	11
1.4.3. Bağımlılık Unsuru.....	13

İKİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA İLKESİ

2.1. Eşitlik Kavramı.....	15
2.2. Ayrımcılık Yasağı	17
2.3. İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Tarihi Gelişimi.....	18
2.4. Hukuki Dayanaklar.....	21
2.4.1. Uluslararası Kaynaklar	21
2.4.1.1. BM Metinleri	21
2.4.1.1.1. Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması	21
2.4.1.1.2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	22
2.4.1.1.3. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi	24
2.4.1.1.4. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi	24
2.4.1.1.5. CEDAW	25
2.4.1.1.6. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme (CERD).....	26
2.4.1.2. ILO Düzenlemeleri.....	27
2.4.1.2.1. Filedelfiya Bildirgesi.....	27
2.4.1.2.2. 111 Sayılı ILO Sözleşmesi	29
2.4.1.2.3. 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi.....	31
2.4.1.2.4. 158 Sayılı Hizmet İlişkinine Son Verilmesi Sözleşmesi.....	32
2.4.1.2.5. 190 Sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi.....	32
2.4.1.2.6. 156 Sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme	33
2.4.1.3. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri.....	34
2.4.1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	34
2.4.1.3.2. Roma Antlaşması.....	35
2.4.2. Ulusal Kaynaklar	36
2.4.2.1. Anayasa	36

2.4.2.2. 4857 Sayılı İş Kanunu	37
--------------------------------------	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMASI

3.1. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları	41
3.1.1. İşyerinde Birlik	43
3.1.2. İşçi Topluluğu Olması	45
3.1.3. Kolektif Uygulama Olması	46
3.1.4. Zamanda Birlik	47
3.1.5. Uygulama ile İşçi Aleyhine Sonuç Ortaya Çıkması	48
3.1.6. İş Sözleşmesinin Varlığı	49
3.2. 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması	49
3.2.1. Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı	50
3.2.1.1. İş İlişkisinin Kurulması Aşamasında Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Ayrımcılık Yasağının Uygulanması	52
3.2.2. Sözleşme Süresince Eşit Davranma ve Ayrım Yapmama Borcu	53
3.2.2.1. İşverenin Çalışanlar Arasında Sınıflandırmaya Gitmesi	54
3.2.2.2. Cinsiyet Sebebi ile Ayrımcılık Yasağı	56
3.2.2.3. Eşit İşe Eşit Ücret Borcu	57
3.2.2.4. İş Sözleşmesinin Türüne Göre Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı	58
3.2.2.4.1. Belirli Süreli ve Belirsiz Süreli Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı	58
3.2.2.4.2. Kısmi Süreli ve Tam Süreli Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma ve Ayrım Yapmama Borcu	61
3.2.3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı	62
3.3. Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem Borcuna Aykırılığın Yaptırımı	64
3.3.1. Hukuki Yaptırımlar	64
3.3.1.1. Ayrımcılık Tazminatı	65

3.3.1.1.1. Anayasa Mahkemesi Ayrımcılık Tazminatı Kararı İncelemesi.....	67
3.3.1.2. Eda Davası.....	72
3.3.1.3. İş Görmekten Kaçınma Hakkı.....	73
3.3.1.4. Haklı Nedenle Fesih Hakkı	74
3.3.2. Cezai Yaptırımlar	74
3.3.3. İdari Yaptırımlar	75
3.4. İspat Yükü	76
3.5. Zamanaşımı	78
SONUÇ	79
KAYNAKÇA	85
EKLER	91

KISALTMALAR

AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
b.	: Bent
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
CERD	: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör
e.t.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hzl.	: Hazırlayan
İBBGKK	: İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
vd.	: Ve Diğerleri
Yarg.	: Yargıtay

EKLER LİSTESİ

EK 1. Tez Etik Kurul Onay Formu.....	91
EK 2. Çağ Üniversitesi Tez Etik İzin İstek Yazısı	93
EK 3. Üniversite Tez Etik İzin Onay Yazısı	94

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunda iş sözleşmeleri işçinin işverene bağımlı olarak iş gördüğü, işverenin de karşılığında ücret ödediği sözleşmeler şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmenin tarafları arasındaki bu hiyerarşik yapı ve sözleşmenin devamlı yakın ilişki doğurması, işçi lehine bir denetleme mekanizmasının evrilmesine sebebiyet vermiştir. Borçlar Hukukumuzda egemen olan sözleşme serbestisi ilkesi iş sözleşmeleri için kısıtlanmıştır. İş sözleşmelerini yalnızca alacak hakkı doğuran sözleşmelerden görmek mümkün değildir; iş sözleşmelerinin iki eşit birey arasındaki serbest ekonomik model ilişkisi olmadığı ve sosyolojik ve politik karşılığı olduğu açıktır. Bu sebeple sözleşmeler işçiyi koruyacak şekilde evrilerek günümüz haline gelmiştir.

Karl Marx 1844 El Yazmalarında işçinin işverenin karşısındaki konumunu şu şekilde özetlemiştir; “*insan talebi tıpkı herhangi bir başka meta gibi insanların üretimini zorunlu olarak düzenler. Eğer arz talepten daha büyükse işçilerin bir bölümü ya dilenci durumuna düşer ya da açlıktan ölür. Demek ki işçinin varoluşu, başka herhangi bir metanın varoluş durumuna indirgenmiştir. İşçi bir meta durumuna gelmiştir ve bir iş bulabilmesi onun için talihtir. Ve işçi yaşamının bağlı bulunduğu talep zenginlerin ve kapitalistlerin gönlüne bağlıdır.*”¹ Kapitalist ekonomik sistemlerde sermayenin yönettiği ekonominin işçi açısından zayıf konumda bulunulması ve işverene bağımlı olması sebebi ile sonuçların ne kadar tehlikeli olabileceği görülebilmektedir.

İşçi sınıfının adaletli ve hakkaniyetli koşullarda güvenli çalışma hayatına kavuşması, bunun garanti altına alınması için normatif düzenlemelerin yapılması yıllarca süren mücadelelerin sonucunda edinilmiş kazanımlardır. Uluslararası Çalışma Örgütü, bilinen adıyla ILO, önce Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1919 yılında Versay Barış Antlaşması ile kurulduktan sonra sosyal adalet sağlandığı takdirde dünya barışının da süreceği inancına dayalı olarak çalışmalar yürüttüğünü deklare etmiş ve bu yüzyılda işçi sınıfının sosyal adalete erişimi için çalışmaların süreceğinin sinyalini vermiştir².

İşte bu minvalde süren yasalaşma aşamasında işçinin işveren karşısındaki konumunun işverenin keyfilğine emanet edilmemesi için, işyerinde adaletli ve hakkaniyetli koşullarda iş ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesi için işverenin eşit davranma borcu yürürlüğe girmiştir. İşverenin hiyerarşisine dahil olarak ona bağımlı

¹ Karl Marx, 1844 El Yazmaları, s.15, <https://sosyolojivefelsefe.files.wordpress.com/2011/10/karl-marks-1844-el-yazmalari.pdf> e.t.29.11.2023.

² https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Bahar/sosyal_guvenlik/13/index.html e.t25.10.2021.

çalışmasını sürdüren işçi, işyerinde işverenin karşısında savunmasız kalmaktadır³. İşverenin keyfi uygulamaları ile karşılaşmaması için de yasada buna yönelik korumalar ve bu ilkelerin ihlali durumu için cezalar öngörülmüştür. İşte 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenen Eşit Davranma Yükümlülüğü işçinin işverenin keyfi uygulaması karşısında hem maddi hem manevi haklarının garanti altına alınması demektir⁴.

³ Andaç, Faruk, İş Hukuku (Sosyal Çalışma Hukuku Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması) , s.6, Haziran 2018.

⁴ Süzek, Sarper, İş Hukuku, s.468, İstanbul 2021.

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMESİ

1.1. İş Sözleşmelerinin Tanımı

4857 Sayılı yasa ile düzenlenen iş sözleşmesi taraflardan birinin (işçi) işverene bağlı olarak iş görmeyi diğer tarafın da (işveren) karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir⁵. Benzer şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesinde hizmet sözleşmeleri, işçinin işverene bağımlı olarak iş gördüğü, işverenin de çalışma şekline göre karşılığında bir ücret ödediği sözleşmeler şeklinde düzenlenmiştir⁶. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında 4. maddeye atıf yapılarak kanunun hangi iş ilişkilerini düzenlediği açıkça belirtilmiştir. İş kanunu kapsamında kalmayan iş ilişkilerinde Türk Borçlar Kanunu Hizmet Sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. İş sözleşmeleri de öğretideki genel kabule göre hizmet sözleşmelerinin özel bir türüdür⁷.

Her ne kadar özel hukuk ilişkisi düzenleyen ve bu gayede eşitler arasında her sözleşme için geçerli borçlar hukuku ilkesi olan sözleşme özgürlüğü kuramından beslenen sözleşmelerden olsa da iş sözleşmeleri taraflar arasında kurulan yakın ve devamlı bağımlılık ilişkisi sebebi ile işçinin korunmasını ön plana alan ve bu kapsamda emredici hukuk kuralları ile sınırlanan sözleşmelerdendir⁸. İş sözleşmelerine hâkim genel ilkeler, borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü hususu ile çatıştığında düzenlemeler işçi lehine işçiyi koruyacak şekilde oluşturulmuştur. Taraflar arasındaki bu yakın ve devamlı ilişki sebebi ile şekil şartları da işçiyi koruyacak şekilde düzenlenmiştir. Misal, iş sözleşmeleri kurulması açısından herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır ancak İş Kanununun 8. maddesi bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmeleri işçinin haklarının korunması ve ispat açısından kolaylık sağlanması amacı ile yazılı yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır⁹.

⁵ Çelik vd, İş Hukuku Dersleri, s. 81 Temmuz 2023 Beta Yayıncılık İstanbul, Tunçomoğ-Centel, İş Hukukunun Esasları, s.69, Ekim 2018, İstanbul.

⁶ Andaç, s.108; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, s.252, Ankara 2008; Eyrenci, Öner & Taşkent, Savaş & Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, s. 52, Mart 2014, İstanbul.

⁷ Güzel Ali, Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 1997, s.93.

⁸ Andaç, s.20-21.

⁹ Kutbay, Nurgül, İş Sözleşmesinin Devri, s. 46, İstanbul Aralık 2019.

1.2. İş Sözleşmesinin Türleri

1.2.1. Sürekli ve Süreksiz İş Sözleşmeleri

İş Kanunu'na göre iş sözleşmesinin ayrımında dikkate alınacak hususlardan bir tanesi işin niteliğinin süreklilik gösterip göstermemesine göre söz konusu olan sürekli ve süreksiz iş sözleşmeleridir. Buna göre sözleşmenin sürekli olma özelliği işin 30 günü aşkın bir süre ile devam edip etmeyeceğine göre belirlenecektir; İş Kanununun 10. maddesine göre niteliği itibari ile 30 günü aşmayan çalışma ilişkisi ihtiva eden işler süreksiz iş, daha fazla gün gerektiren işler ise sürelidir¹⁰. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta işin teoride ne kadar sürdüğü değil, niteliği gereğince devamlılık arz etmeyen işlerin, iş 30 günden fazla bir sürede bitmiş olsa dahi süreksiz iş sözleşmesi kapsamında ele alınıyor olmasıdır. Örneğin işçinin üretim faaliyeti için işe alınması, fabrikada üretimin devamlı yapılması sebebi ile, işçi 30 günden az çalışmış olsa dahi sürekli iş sözleşmesinden bahsedilecektir. Ancak aynı fabrikadaki bir duvarın inşası için çalışan işçinin işin niteliğinin süreksiz olması sebebi ile iş 30 günden fazla sürede tamamlansa dahi süreksiz iş sözleşmesi söz konusu olacaktır¹¹. Bu durumun ayrımının yapılması iş sözleşmesine uygulanacak hükümler açısından önemlidir zira süreksiz iş sözleşmelerinde İş Kanununun 3,8,12,13,14,15,17,23,24, 25,26,27,28,29,30,31,34,53,54, 55,56,57,58,59,70,80 ve geçici 6. Maddeleri uygulanmayacak ve uyuşmazlık halinde Borçlar Kanunu hükümleri geçerli olacaktır¹².

1.2.2. Belirsiz ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri

Bir diğer iş sözleşmesi ayrımı da belirli ve belirsiz iş sözleşmesi ayrımıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda esas olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. Kanununun 11. maddesine göre sözleşme kanunda sayılan özel halleri öngörmüyorsa ve sözleşme bir süreye bağlanmamışsa iş sözleşmesi belirsizdir. Bir yıl ve üzerindeki belirsiz süreli iş sözleşmelerinde iş hukukunun işçiyi koruma ilkesi sebebiyle ispat kolaylığı da gözetilerek sözleşmenin yazılı yapılması aranmaktadır ve sözleşmeler her türlü vergi, resim ve harçtan muafır¹³. Bir iş sözleşmesinin belirli olması da tarafların iradelerinin

¹⁰ Korkmaz Fahrettin, Alp, Nihat Seyhun, İş Hukuku, s.108, Seçkin, Ekim 2014, Ankara.

¹¹ Korkmaz, Alp, s.109, Süzek, s.248, Mollamahmutoğlu, s.335.

¹² Süzek, s.250.

¹³ <http0s://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t.24.12.2022 "4857 Sayılı İş Kanunu Tanım ve şekil Madde 8 - İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir

sözleşmenin belirli süreli olduğu hususunda uyuşması, işin objektif olarak belirli bir süre ile sınırlı olması ve işçinin bu durumu biliyor olması, belirli bir işin tamamlanması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması ve benzer hallerde mümkün olmaktadır.¹⁴ İşin belirli süreli olması ve belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi hallere hastalık veya hamilelik sebebiyle devamlı çalışanın yerine ikame edilen işçinin, işinin asıl işçinin rapor süresinin dolması ile biteceğinin objektif olarak bilindiği veya fabrikada belirli bir dönem için iş yoğunluğunun artması sebebi ile oluşan açığın kapatılması için yapılan iş sözleşmeleri belirli süreli olabilecektir¹⁵.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile süreksiz iş sözleşmesi karıştırılmamalıdır; zira süreksiz iş sözleşmesinde işin niteliği sebebi ile kısıtlı bir ilişkisi söz konusudur ve süreksiz iş sözleşmesi ile çalışan işçi yukarıda alıntılanan İş Kanunu maddeleri kapsamında yararlanmamaktadır. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinde iş sözleşmesinin süresinin sınırlandırılması, süreksiz iş sözleşmesindeki gibi işin niteliğine göre değil tarafların irade uyuşmasına göre objektif sebeplerin haklı kılması ile yapılabilmektedir¹⁶. Ayrıca sözleşmelerin nitelendirilmesi noktasında ayırımın dikkatlice ele alınması da önemlidir zira 4857 sayılı yasada özellikle Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile çalışan işçilerin haklı bir sebep olmadan farklı bir işleme maruz bırakılması hali eşit davranma borcuna aykırılık olarak öngörülmüş ve bu durum yaptırıma tabi tutmuştur¹⁷.

1.2.3. Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmeleri

Bir diğer iş sözleşmesi türü de kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi ayrımıdır. Çalışma süresinin yasal düzenlemeye oranlaması halinde oluşan iş sözleşmesi farklılıklarındandır. Buna göre çalışma süresinin yasal haftalık veya günlük çalışma süresine göre tam süreyle yapılıyor olması halinde tam süreli iş sözleşmesinden, bu çalışma süresinin altındaki sözleşmelerde de kısmi süreli sözleşmelerden söz edilecektir. Her iki sözleşme arasındaki ayırım da İş Kanununun 13. Maddesindeki lafzına göre, işçinin tam süreli çalışan işçi karşısındaki önemli ölçüde daha az süreli çalışan işçinin kısmi süreli çalışmasından bahsedilecektir. Ancak bir kesinlik bildirmeyen bu hükümden önemli ölçüde daha az çalışmanın nasıl anlaşılacağı önemlidir. Buna dair

şekle tâbi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Bu belgeler damga vergisi ve her çeşit resim ve harçtan muaftır.”

¹⁴ Süzek, s.250-257.

¹⁵ Korkmaz, Alp, s.110.

¹⁶ Korkmaz, Alp, s.111.

¹⁷ Süzek, s.264.

açıklama da 06.04.2004 tarihli çalışma süreleri yönetmeliğinin 6. maddesinde bulunmaktadır¹⁸. Buna göre;

“Kısmi Süreli Çalışma Madde 6 —İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır.” Yasal haftalık 45 saatlik tam süreli çalışma karşısında haftalık 30 saate kadar olan çalışma ilişkisi ihtiva eden iş sözleşmesi kısmi süreli sayılabilecektir. Kısmi süreli çalışan işçi haftanın belirli günlerinde gelecek şekilde veya her gün belirli saatler arasında gelecek şekilde de kendini gösterebilir. Önemli tarafların iradelerinin uyuşmasıdır. Çağrı üzerine çalışma, yan işlerde çalışma, iş paylaşımı şeklinde kendini gösteren iş sözleşmeleri kısmi süreli iş sözleşmesidir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi haftalık azami olan 45 saatlik çalışma süresini aşmadan birkaç işte çalışabilecektir¹⁹.

İşveren ayrımı haklı kılan neden olmadıkça kısmi süreli çalışan işçiye tam süreli çalışan işçi karşısında farklı işlem yapamayacaktır. 4857 sayılı yasanın 5. ve 13. maddelerinde bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır. 13. maddenin ikinci fıkrasında ise kısmi çalışan işçinin paraya ilişkin bölünebilen menfaatlerinin çalıştığı süreye oranlı olarak ödeneceği belirtilmiştir. Örneğin 45 saatlik çalışan emsal işçinin 1200 TL yılbaşı ikramiyesi aldığı bir işyerinde 15 saatlik çalışmada bulunan kısmi süreli çalışan işçi 400 TL ödenmesi farklı işlem yasağına aykırılık olarak alınamayacaktır²⁰.

Kanun ayrıca süreler haricinde çalışma şekline göre de iş sözleşmesi ayrımına gitmiştir. Deneme süreli iş sözleşmesi işçinin kişiliği ve bilgisinin çalışmaya uygunluğu konusunda ve işçi açısından da çalışılacak yerin kendisine uygunluğunun sınındığı sürelerde tarafların birbirini test ettiği iş sözleşmelerindedir. Kural olarak bu süre iki ayı geçemeyecektir²¹. Deneme süresi sonunda taraflar sözleşmeyi kesin olarak kuracak veya kurmayacaklardır; özellikle iş sözleşmesinin kişisel ilişkiye zorunlu kılan devamlılık özelliği sebebi ile deneme süreli iş sözleşmeleri tarafların iradelerini oluşturma açısından ihtiyaca yönelik en pratik sözleşmelerdendir²².

Bir diğer iş sözleşmesi türü de uzaktan çalışmadır. Özellikle evden ve uzaktan çalışma sözleşmeleri, işyeri dışından çalışmayı düzenleyen atipik çalışma türlerine örnektir. Sosyal ve ekonomik gelişmelerin çalışma hayatına etkisi her geçen gün

¹⁸ Korkmaz, Alp, s. 112-113.

¹⁹ Süzek, s.276-278.

²⁰ Korkmaz, Alp s. 114.

²¹ Korkmaz, Alp s. 111. Deneme süresi toplu iş sözleşmesi ile 4 aya kadar uzatılabilecektir.

²² Süzek, s.267.

artmaktadır; uzaktan çalışma hususunda işçinin işverene olan bağımlılığı noktasında bir öğretisel tartışma yaşanmakla birlikte bu husus ilerideki bağımlılık unsuru kısmında incelenecektir²³. Sözleşme çeşitlerinin görünümün özel hukuktaki sözleşme yapma özgürlüğünün “iş hukukun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi karşısında²⁴” ikinci planda kalması noktasında okunması ve işçinin sözleşmedeki konumunun belirlenmesi önemlidir²⁵.

1.3. İş Sözleşmesinin Tarafları

1.3.1. İşçi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir. İşçi kavramının ayırt edici unsurlarına ilişkin 15.10.2019 tarih ve 9-549/1058 sayılı Hukuk Genel Kurul kararı tespitinde “*hukuki ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip olmayan işe uygun yeterli donanımı bulunmayan işin görülmesi için gerekli malzemenin de kendisi tarafından sağlanmadığı anlaşılan kişinin işçi olduğuna*” hükmetmiştir²⁶. Bu karar işçinin işveren karşısındaki konumuna ve sözleşmenin hukuki unsurlarına atıf yaparak işçi tanımlamasına gitmiş olması bakımından önemlidir. Bağımlılık unsuru üzerinden bir tanım yapılacak olursa işçi için işletme rizikosunu üstüne almayan kişi şeklinde bir tanım da yapılabilir. Zira bağımsız iş görme halinde işçiden söz edilmemektedir. Alman Hukukunda egemen olan işçinin bağımsızlığı ilkesine göre de serbest çalışmayan kişi yani bir işletmenin karar alıcısı olmayan piyasanın rizikosunu üstlenmeyen ve ücreti de kar veya zarara göre değişmeyen kişi işçidir²⁷. İşçi kavramı iş sözleşmesi üzerinden tanımlanabilen bir hukuki olgudur.

İşçi kelimesi uygulamada genelde bedeni gücü ile çalışan mavi yakalılarını kapsıyor gibi görünse de bedenen veya fikren çalışmak bir fark oluşturmadan iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan herkes iş kanunu kapsamında işçi olacaktır. Karl Marx Kapital'de

²³ Aşağıda bk. s.13.

²⁴ Y 9. HD. , 08.11.2016,22007/19549, Kararda “*Ancak çoğu zaman Türk vatandaşı işçiler Türkiye bağlantılı şirketler vasıtasıyla kurum kayıtları yerine getirilmeden turist vizesiyle çalıştırılmak üzere götürülmekte yurt dışındaki ülke mevzuatı ile kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmaktadır. İş hukukun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyumsuzluklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına götürülmesinde gönderen kişi ya da şirketin yurtdışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde Türk iş hukuku uygulanmakta ve*” Denilerek işçinin korunma ilkesinin kamu düzeninden olduğu hüküm altına alınmıştır.

²⁵ Ekmeççi Ömer, Yiğit Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, s.80-84, Kasım 2021. Çelik vd., s.20.

²⁶ <https://karararama.yargitay.gov.tr/> e.t.15.11.2023.

²⁷ Güzel, s.83.

“emek gücüne daima kendi öz malı, kendi metası gözüyle bakması gerekir ve bunu da ancak onu alıcının emri altına geçici bir süre için belirli bir zaman süresi için vermekle yapar. Ancak bu yolla emek gücü üstündeki mülkiyet hakkından feragat etmemiş olur.” Şeklinde işçi için emek gücü sahibi diyerek günümüz anlamında işverene bağımlı olarak çalışan ancak iradi olarak kurulma şartı olan iş sözleşmesi kapsamındaki işçi tanımının temellerini atmıştır²⁸.

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi kapsamı önemlidir zira aynı iş görme ediminin serbest irade ile yapılması halinde iş sözleşmesi ve böylece bağımlı işçiden bahsedilebilecekken mesela cezaevlerinde gerçekleştirilen çalışmalar serbest irade ile iş sözleşmesinden değil kamu görevinden kaynaklandığından iş gören gerçek kişi böyle bir durumda işçi olarak nitelendirilemeyecektir²⁹. Mesela ıslah evlerindeki çalışma serbest irade ile yapılmadığından her ne kadar bir iş görme söz konusu olsa da iş görenin serbest iradesi söz konusu olmadığından iş hukuku anlamında bir işçi kavramından söz edilemeyecektir. Aynı şekilde aile içindeki yardımlaşmalar kapsamında kalabilecek eşler ve çocuklar, ana baba arasındaki iş görmeler de bir iş sözleşmesine dayanarak yapılan çalışma olmadığından, yine iş gören iş kanunu kapsamında işçi korumasından faydalanan bir hukuki varlık olamayacaktır³⁰. İş hukukun ayrı bir hukuk dalı olarak düzenlenmesi de işçinin kendine has hukuki ve sosyolojik doğası gereği işverene bağımlılığı sonucu olmuştur, bu sebeple de işçinin ayırt edilmesi iş hukuku anlamında çok önemlidir³¹.

4857 sayılı Kanununun 2. maddesinde tanımlanan işçi kavramının unsurları aynı zamanda iş sözleşmesinin de unsurlarıdır. Bakıldığı zaman işçi kavramının bir iş sözleşmesine dayanarak işverene bağımlı olarak çalışan gerçek kişi diyerek işçi kavramının unsurlarını; iş sözleşmesinin varlığı, bir işte işverenin hiyerarşisine bağımlı olarak çalışma ve karşılığında ücret alma olarak ayırt edebiliriz³². İşçinin iş görme eylemini işverene bağımlı olarak gerçekleştirmesi temel zorunluluktur; iş sözleşmesinin türü veya buna bağımlı olarak taraflar arasındaki bağımlılık unsurunun görünüm şeklinin farklılık göstermesi önemli olmayacaktır. Zira işin bağımlı olarak görülmesi noktasında tarafların iradeleri de işverenin talimatı ve kendi yönetim yetkisi ile belirlediği işin

²⁸ Marx, Karl, Kapital 1, s.157.

²⁹ Süzek, s.139.

³⁰ Korkmaz Fahrettin, Alp, Nihat Seyhun, İş Hukuku, s.67, Seçkin, Ekim 2014, Ankara.

³¹ Yıldız Gaye Burcu, (2018). İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek, Çalışma ve Toplum, 2 (57) , 735 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71818/1155398>.

³² Korkmaz, Alp, s. 68-69.

görülme şartları ile sınırlıdır. İşçinin fiziki olarak işyerinde bulunup bulunmayacağı da iş sözleşmesinin karakteristik özelliği ile işverence belirlenecektir³³.

1.3.2. İşveren Kavramı

4857 Sayılı kanuna göre tüzel veya gerçek kişi olup da işçi çalıştırana işveren denilmektedir. Tüzel kişilik özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu tüzel kişide de işveren sıfatına haiz olabilecektir³⁴. Bu tanıma göre işveren sayılabilmek için işçi çalıştırma koşulu aranmaktadır³⁵.

İş sözleşmesi ile işçi kendi iradesi ile en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine haiz olan işverenin hiyerarşisine dahil olmaktadır. İşverenin emir ve talimat verme yetkisi karşısında da işçinin bu emir ve talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca bazı durumlarda işin sahibi olan işveren ile emir ve talimat verme yetkisine haiz olan süje farklılık gösterebilecektir; örneğin işyeri sahibi olan işveren 18 yaşının altındaysa yetkisini kanuni temsilcisi vasıtasıyla kullanabilecektir. Tüzel kişi olan işveren de emir yetki verme tüzel kişiliğin sükeleri olan temsilcisi vasıtasıyla işleyecektir³⁶. Emir ve talimat verme yükümlülüğü, iş sözleşmesinin ruhunu oluşturan bağımlılık unsurunun tezahürü olduğundan önemlidir. İşveren ile işçi arasındaki bu ilişkide işverenin işçiye karşı üstünlüğü işverenin borçları ile işçinin korunması ilkesine göre düzenlenmiştir. İşveren yönetim hakkını, kendi işyerinde bağlı çalıştırdığı işçilere karşı kullanması ile işveren olmanın belirleyici ölçütlerinden birine haiz olacaktır³⁷.

Bazı durumlarda işçi ve işveren niteliğinin birleşmesi de söz konusu olabilecektir. Yasada buna ilişkin bir engel yoktur. İşçi işverenin işyerinde işçi olarak çalışırken kendine ait işçi de çalıştırıyor olabilecektir. İş sözleşmesi devam ederken işçi ile işveren arasında vekalet ilişkisi de kurulabilir. Bu durum işçinin iş sözleşmesinden doğan işçilik haklarına herhangi bir etki etmeyecektir³⁸.

Ancak Süzek bu konuda farklı düşüncededir. Ona göre işçi ve işveren sıfatının aynı kişide birleşmesi mümkün değildir zira bir kişi sözleşmenin iki tarafı haline

³³ Ekmekçi, s. 25.

³⁴ Süzek, s.148.

³⁵ Ekmekçi, s. 36.

³⁶ Korkmaz, Alp, s.74.

³⁷ Kılıçoğlu Mustafa, 4857 sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, s.15, 2005 İstanbul.

³⁸ Kılıçoğlu, s. 14; Süzek, s.151. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.03.2002 tarih ve 5004/3531 sayılı kararında "davacı ile davalı arasında 2.1.1996 tarihinde kurulan sözleşme hizmet sözleşmesidir. Daha sonra gerçekleşen ve aynı zamanda vekalet ilişkisi öngören yönetim kurulu üyeliğine seçilme hizmet ilişkisini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle sözleşme sona erdirilen yönetim kurulu üyesi genel müdür ihbar ve kıdem tazminatı hakkı kazanır."

gelemeyecektir³⁹. Burada önemli olan nokta ve Yargıtay'ın da gözettiği durum iş sözleşmesine ruhunu veren bağımlılık ilişkisinin devam edip etmeyeceğidir. Bu görüş doğrultusunda Yargıtay bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır; “iş kanununa tabi genel müdür olarak çalışanların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması halinde, kişi-organ statüsüne haiz olup olunmadığının araştırılması gerekir. Genel müdürün organ sıfatı kazanmaksızın yönetim kurulu üyesi olması halinde, yürütmekte olduğu genel müdürlük görevi sebebi ile iş ilişkisinin devam ettiğinden bahsedilecektir.”⁴⁰”

1.4. İş Sözleşmesinin Unsurları

1.4.1. İş Görme Unsuru

İş görme unsuru iş sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Buna göre iş sözleşmesi kapsamında iş görme ediminden bahsedebilmek için gerçek kişi işçinin işveren için ekonomik değeri olan her türlü çalışması iş görme ediminin yerine getirilmesi olacaktır⁴¹. İş görme unsuru aynı zamanda iş sözleşmesi ile işçinin üstlendiği edimdir ve ekonomik değeri yalnızca meta olarak ortaya çıkmamaktadır⁴². Bu çalışma yalnızca fiziksel anlamda bir iş görme değildir, bilimsel, sanatsal vb. iş görme edimi de iş sözleşmesinin konusu olabilmektedir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2020/3627 E. 2021/1333 K. Sayılı kararında “Davacının profesyonellik sözleşmesi gereğince belirlenen sezonlarda davalı takımda futbol oynadığı iş akdinin türünün belirli süreli olsa da davacının tüm sezon boyunca davalı ile arasında işçi işveren ilişkisinin süre geldiği aralıksız çalıştığı ancak kuruma bildirimlerin eksik yapıldığı kanaatine varılmış ve..”⁴³ denilerek spor etkinliği ihtiva eden futbolcu ile kulüp arasındaki sözleşme ile işçi işveren ilişkisinin kurulduğunu kayıt altına almıştır.

İş görme kavramı işverenin işçiye verdiği talimatlar ile yürür ve yine işverenin hiyerarşisine dahil olan işçi, işverenin yönetim yetkisi altında iş görür. İş görme edimi olmadan işçi ile işveren arasındaki bir iş ilişkisinden bahsedilemeyecektir. İşçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesi ile anılan da bu iş ilişkisidir⁴⁴.

³⁹ Süzek, s.151-152.

⁴⁰ Süzek, s. 152, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> e.t. 30.06.2022. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.10.2010 35169/28779.

⁴¹ Süzek (2021), s. 233.

⁴² Ekmekçi, s.23.

⁴³ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> e.t. 01.07.2022.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s.6.

İş görmenin işçinin kendi ekipmanı ile veyahut kendi belirlediği yerde ve saatte yapılmaması sözleşmenin ayırt edilmesi bakımından önemlidir. Gördürülen işin niteliği veya devamlılığı konusunda işçinin bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İşveren kendi yönetim hakkı yetkisi çerçevesinde işin niteliğini ve kapsamını belirleyecektir. Taraflar arasındaki iş ilişkisi iş görme eyleminin gerçekleştirilmesi ile kurulur. Mollamahmutoğlu'nun Fransız Hukukçu Durand/Vitu'dan aktardığı *“işçi işe alınmasını takiben, işletmenin hizmetine girmekle kendisine verilen işi işgal etmekle ve nihayet emredilen işi ifaya başlamakla birlikte iş ilişkisi kurulmuş olur; bu durumda sözleşmenin hukuki yönden akıbetine bakılmaksızın emeği korumaya matuf sosyal kurumlar uygulanmak zorundadır.”*⁴⁵ görüş de iş ilişkisinin iş sözleşmesinden bağımsızlığını ortaya koymaktadır.

1.4.2. Ücret Unsuru

Ücret unsuru iş sözleşmesinin kurucu unsurlarındandır. Buna göre işçinin iş görmesi karşılığında işverenin ücret ödemesi zorunludur⁴⁶. Taraflar ücrette anlaşmamış olsa dahi işçinin çalışması karşılığında ücrete hak kazanılacaktır. Aksi halde yani hatır için iş görme halinde iş sözleşmesi kapsamında bir iş ilişkisinden söz edilemeyecektir⁴⁷. Sözleşmenin önemli unsurlarından olması sebebi ile ücret ILO bünyesinde de özellik arz etmiş ve bu durum Ücretin Korunması Hakkındaki 95 sayılı sözleşmeyle kayıt altına alınmıştır. Bu sözleşmedeki tanıma göre de ücret görülen veya görülecek iş karşılığında işverence nakde çevrilecek kazançtır⁴⁸.

4857 sayılı Yasanın 32. maddesinde ücretin bir iş karşılığında ödendiği hüküm altına alınmış olsa da bu durum işçinin çalışmadığı günler için para kazanmayacağı anlamına gelmemektedir. İşçinin çalışma hakkı dinlenme hakkı ile desteklenmektedir. Düzenlemeye göre kural olarak ücret Türk Lirası ile ödenen ve en erken haftada bir ödenen bir karşılıktır.

İş sözleşmesinde ücretin açıkça kararlaştırılmış olmadığı hallerde, ücretin işçinin hayatının devamını sağlayan esas olması da göz önüne alınarak, yapılan iş için Türk Borçlar Kanununun 401. maddesi uyarınca asgari ücretten az olmayacak kadar emsal ücret ödenmesi esastır⁴⁹. Ücret konusunda belirleme hem yerel hem de çeşitli uluslararası

⁴⁵ Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s.271.

⁴⁶ Süzek, s. 375.

⁴⁷ Ekmekçi, s.24; Süzek s. 234.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s.347.

⁴⁹ Süzek, s. 234.

sözleşmelerle işçi lehine güvence altına alınmıştır. Ayrıca TBK m. 394/2 de “Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman içinde görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş olur.” diyerek taraflar arasında alışverişi yapılan edim olan iş görmenin karşılığının ücret olabildiği halin önemini vurgulamıştır.

Yargıtay uygulamalarında ücretin önemi ve sözleşme özgürlüğünün işçi lehine sınırlandırıldığını görmek mümkündür. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2008/14699 E. 2010/1530 K. Sayılı İçtihat metninde ücret “Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine; dönemlere uyularak ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32. maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanununun 323. maddesinin 2.fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kademi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçiler o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.”⁵⁰ metni ücretin sözleşme içindeki yerinin önemine vurgu yapması açısından dikkate değerdir. Ücret tanımı ve uygulanma koşulları bu durumu ortaya koymaktadır. Ücretin herhangi bir alacak hakkından çok daha fazlası olduğu ve işçi ile işveren arasındaki güç dengelerini işçi aleyhine belirleyen edim olduğu Marx’ın 1844 tarihinde kaleme aldığı eserde de kendini göstermiştir. Karl Marx’ın ücret hususunda belirttiği şekli ile tanımlanacak olursa “..kapitalist işçisiz, işçinin kapitalistsizden yaşayabileceğinden daha fazla yaşar...”⁵¹ şeklinde kendini gösterebilecektir. İşçi, hayatının devamını asgari düzeyde sürdürmesini sağlayan ücret için işverene bağımlıdır. İş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran bağımlılık unsuruna anlamını veren edim olması itibari ile ücret kavramı iş sözleşmesi açısından büyük öneme haizdir.

⁵⁰ <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> e.t.15.10.2022.

⁵¹ Karl Marx, 1844 El Yazmaları, s.14.

1.4.3. Bağımlılık Unsuru

İş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran karakteristik özelliğinden de kaynaklı olarak taraflar arasında kişisel ve devamlı yakın bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Kanuni tanımına göre de iş sözleşmesi işçinin işverene bağlı olarak iş gördüğü sözleşme olarak kendini göstermektedir. Bağımlılık iş sözleşmesinin ayırt edici unsurlarından biridir.⁵² Bu özelliği Anayasa Mahkemesi kararında da yer almıştır. Anayasa Mahkemesinin 26-27.9.1967 T. 336/9 sayılı kararında “*Bunlardan hizmet akdi, bir kimsenin ücret karşılığında belirli veya belirsiz bir süre için hizmet görmeyi, hizmetini iş sahibinin elinde bulundurmaya ve iş sahibinin de ona bir ücret vermeyi üstüne almasıdır. Hizmet akdi, bu akitle bağlı olan her çalışana içine alır. Yalnız Bunun dışında hizmet akdine dayanarak iş görmeyi meslek edinmiş her kişi, Sendikalar Kanununa göre işçidir. Hizmet akdi 3 unsuru kapsar: 1 , İş unsuru, 2 , Ücret unsuru, 3 , Bağımlılık unsuru. Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran, bu bağımlılık unsurudur.*”⁵³ Diyerek bağımlılık unsurunun iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt ettiğini vurgulamıştır.

İşçinin işverene bağımlılığı bu iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmektedir⁵⁴. Bahse konu bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatı ile yani işverenin yönetim hakkı altında işin görülme yeri, zamanı, şekli ile sınırlandırılması ve yönlendirilmesidir⁵⁵. İşverenin kurduğu örgütlenme içerisinde organizasyon ve zaman bağımlılığıdır⁵⁶. Bağımlılık unsuru sayesinde, işçinin iş sözleşmesinde kendi sağladığı edim olan iş gücü üzerinde tasarruf imkânı bulunmamakta, kişiliğinin bir parçası olan iş gücünün işverenin hizmetine sunmaktadır⁵⁷.

Bağımlılık unsurunun hukuki niteliği bir Yargıtay kararında şu şekilde belirtilmiştir: “*Hizmet akdinde işin yürütümü ve gözetimi işverene ait olup ve hukuki nitelikte*

⁵² Güzel, Ali, s.84, Andaç, F., s.43-44, Zevkliler, Aydın & Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.441, İstanbul 2014.

⁵³ <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13031.pdf> e.t. 01.07.2022.

⁵⁴ Ekmekçi, s. 25-31, Çelik vd., s.175.

⁵⁵ Yargıtay, 05.05.1993 tarihli ve 10-90/197 sayılı bir Hukuk Genel Kurul kararında “*davada temel uyumsuzluk, iş yerinde kazaya uğrayan B.T iş yerini mülk sahibi M.K arasındaki ilişkinin hizmet akdine mi dayandığı yoksa adi ortaklıktan mı ibaret bulunduğu noktasından toplanmaktadır. Belirtilen uyumsuzluğun çözümü için , işin görüldüğü iş yerinin yalnızca M.K adına mı kayıtlı olduğu her ikisinin de ayrı ayrı vergi ve esnaf derneği kaydı bulunup bulunmadığı ve ayrıca BAĞ-KUR sigortalısı olup olmadığı araştırılmalı özellikle tanıkların yeniden çağrılarak kazazede B.T nin M.K nin emir ve talimatlarına bağımlı olarak çalışıp çalışmadığı hususu üzerinde durularak sonuçta ortaya çıkacak durum çerçevesinde karar verilmelidir.*” Denilerek bağımlılık unsurunun işverenden emir ve talimat alma boyutu yanında birçok unsurunun olduğu da kayıt altına alınmıştır.

⁵⁶ Süzek s. 235-239.

⁵⁷ Ekmekçi, s. 25.

bağımlılık söz konusudur. Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi işçinin inisiyatifine bırakılmamıştır. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol, ve hatta cezalandırılma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Burada işçinin, işin yapılması sırasında, işverene tabii ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur. Yani hizmet sözleşmesinde işçi bağımlıdır. Bu bağımlılık her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, işçinin bunun dışında çalışma olanağı bulunmayan nitelikte bir bağımlılıktır.”⁵⁸ Hukuki bağımlılık Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bir kararında şu şekilde tanımlanmıştır: “işçinin iş gücü belirli yada belirli olmayan bir zaman için iş görme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, direktifler, gözetim ve kontrol, hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış işverenin otoritesi altındadır.”⁵⁹”

Bağımlılık unsurunun kendini nasıl göstereceği her bir iş sözleşmesi için farklılık gösterecektir. Buna göre mesela işçi illa da fiziki olarak bir işyerinde bulunmak zorunda olmayabilir. İşçi işverenin anlık gözetimi altında olmadan, işverenin oluşturduğu iş organizasyonu altında iş görmesi halinde yine işverene bağımlı olarak iş görüyor olacaktır. Zira bahsedilen bağımlılık, işçinin kişiliğinin bir parçası olan iş gücü üzerinde işverenin kurduğu otoritedir.⁶⁰

⁵⁸ Yarg. 9. Ceza Dairesi 5.3.1981 725/889. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁵⁹ Yarg. 10. Hukuk Dairesi 14.12.1973 5183/3154. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

⁶⁰ Süzek, s. 236, Mollamahmutoğlu, s.266-273.

İKİNCİ BÖLÜM

EŞİT DAVRANMA İLKESİ

2.1. Eşitlik Kavramı

Eşitlik, Türk Dil Kurumu sözlüğünde üç ayrı şekilde nitelendirilmiştir. İlk tanıtmda eşitlik iki veya daha fazla şeyin eşit olması, denklik olarak yer almıştır. Devamında bahse konu terim kanunlar yönünden insanlar arasında ayırım bulunmaması durumu şeklinde tanımlanırken üçüncü tanım insanlar arasında toplumsal ve siyasal haklar yönünden ayırım bulunmaması hali olarak karşılık bulmuştur. Eşitlik kelime terminolojisinde ise iki aynı şeyi temsil etmektedir⁶¹.

Eşitlik kelimesinin günlük dilde kullanımı da çok geniş yer bulmakla birlikte genelde atıf yapılan tanım insanlar arasında toplumsal ve siyasal haklar yönünden ayırım yapılmaması halidir. Bu açıdan eşitlik, süjenin devletle olan ilişkisini temsil etmektedir⁶². Eşitlik talebi de kişinin devletten kendisini daha zayıf olduğu kişi ve kurumlara karşı korumasını bekleme hakkı doğurmaktadır.

Eşitlik, hak taleplerinin başlangıcı ve adalet sağlayıcı olarak da hedefi olmuştur. Eşit muamele, kaynakların dağıtımında eşitlik, eşit haklar gibi. Eşitlik eşitleyici adalet veya dağıtıcı adalet olarak her konuda ve mekânda yerini bulmaktadır⁶³. Eşitlik ilkesi sınıflar arasındaki adaletsizlikleri gidermek üzere geliştirilen ve hukuk metinlerinde kendine yer bulan bir kavram olmasına rağmen günümüzde sosyal adaletin sağlanması asgari koşulu olan bir ideal olarak var olmaktadır. Adalet fikrinin temelidir ancak pratikte uygulanması kâğıt üstünde hak metinlerinde yer bulduğu kadar doğrudan bir sonuç olarak gerçekleşmemiştir. Zira eşitlik kavramından benzerlik fikri kelimenin anlamı sebebi ile çıkarılsa da aslında hukuk metinlerinde aranan eşitlik meselesi daha karmaşıktır; eşitliğin anlamını bulması için adaletin sağlanması gerekmektedir. Adalet ise hakkaniyetli ve adil olandır. Bu yönüyle de aranan eşitlik aslında bir değerdir; hem insanlar arasındaki hem de kamu kurumları ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerin

⁶¹ <https://sozluk.gov.tr/?q=e%C5%9Fitlik&aranan=> e.t.03.11.2022

⁶² Gören, Z. (2016), Genel Eşitlik İlkesi, s.3279, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359881>

⁶³ Sen, Amartya, Inequality Reexamined, Oxford University Press (maker) Reprinted 2006

temelidir. İnsanlar arasındaki eşitlikten kasıt ise aynı veya benzer durumdaki insanlar arasındaki eşit muamele meselesidir⁶⁴.

Stoa okulunun kurucusunun aynı tanrısal aklın insanlar tarafından paylaşılmasını insan doğasında bir benzerlik olarak, benzerliği de eşitliğin temeli olarak ele alması ile eşitlik kavramı felsefi tartışmaların merkezinde yer almıştır. Stoacıların vurguladığı kavram insan olma halinin herkesin eşitliğine gerekçe olduğudur⁶⁵. Platon ve Aristoteles de eşitliğin dağıtıcı adalet fikrinin kaynağı olmasının öncüleri olarak kabul edilmektedirler; Aristo benzerler arasında eşit muamele ve bu bağlamda hak dağıtılmasında da eşitlik ve hakkaniyet kriterlerini terimin öncülü haline getirmiştir. Bu belirlemeyi de sülhlerin eşit olarak kabulün şartlarının ne olduğunun ve eşit kabul edilenlere eşit muamelenin ne olduğunun sorgulanması yani dağıtıcı adalet terimi izlemiştir⁶⁶. Aristo ayrıca dağıtıcı ve denkleştirici adaletin sağlanmadığı durumlarda ezilen grupların isyan çıkarıp devrim yapabileceğine dikkat çekmiş, böylece modern anlamda eşitlik kavramı ve onun hukuki metinlerde yer almasının tarihsel gerçeğine de yani hukukun toplumsallığına da bir anlamda işaret etmiştir⁶⁷.

Eşitliğin felsefi bir ideal olmaktan çıkarılıp adalet fikri ile desteklenmesi ve hiyerarşik toplumsal yaşamda yöneticilerin denetlenmesi için kullanılan bir kural olarak dönüştürülmesi hukukun toplumsallığı ile mümkün olmuştur, mücadele ve hak arayışları eşitlik kavramının bugün hukukta böylesi kompleks bir kavram olarak yer almasına sebebiyet vermiştir. Zira günümüz anlamında modern toplumların inşasına vesile olan metinlere bakıldığında ilk defa kullanılmaya başlanan eşitlik, kanun önünde eşitlik fikri olarak özel ve kamusal alandaki düzenlemelerin temellerinin atılmasını da sağlamıştır⁶⁸. Böylece, kanun önünde eşitlik meselesi de ayrımcılığın olmaması hali olarak varlık bulmuştur⁶⁹.

⁶⁴ Kaya, Pir Ali,(2014), Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık, s.21, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara.

⁶⁵ Kaya, s.23.

⁶⁶ Demir,13.

⁶⁷ Yıldız, Gaye Burcu, (2008) İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.2.

⁶⁸ Kaya, s.23.

⁶⁹ Aras, Dilek (2010), Türk İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, s.16 [Yüksek Lisans Tezi Sakarya Üniversitesi]

2.2. Ayrımcılık Yasası

Ayrımcılık yapmak Türk Dil Kurumu sözlüğünde eşit davranmamak ve fark gözetmek şeklinde tanımlanmıştır⁷⁰. Ayrımcılık, eşitliğin uygulanmaması hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçekten de hukuksal alanda bir kimsenin haklı ve objektif bir gerekçe bulunmaksızın eşitsiz davranılarak mağdur edilmesi ayrımcılık olarak nitelenecektir.

Ayrımcılık (discrimination) ilk olarak 1878 yılında Anglosakson hukukunda bir mahkeme kararı ile hukuki literatüre girmiştir⁷¹. Azınlıkların iktidar sahipleri tarafından haksızlığa uğramasını engellemek amacıyla gündeme getirilen ayrımcılık terimi, bireyin sınıfı veya kimliği sebebi ile eşit olmayan muameleye maruz kalması olarak da tanımlanabilecektir. Ayrımcılık kendini inanç ve ırk üzerinden gösterebildiği gibi cinsiyet veya cinsel yönelim, siyasi düşünce, din, dil ve benzeri sebeplerle de hak sùjeleri ayrımcılığa maruz kalabilmektedir.

Eşit konumdakilere keyfi olarak eşit davranmamak ve eşit konumda olmayanlara da hakkaniyetsizlik yaratacak şekilde eşit davranmak, ayrımcılık sonucunu doğuracaktır⁷². Kişinin şahsi özellikleri ile farklı muameleye maruz kalarak mağdur edilmesi ayrımcılık sonucu doğurmaktadır⁷³. Eşitler arasında gözetilecek farklı muamelenin ayrımcılık yaratıp yaratmaması hususunda en önemli nokta objektiflik kriteridir. Hukuk her zaman kişisel yetenek ve becerilerden kaynaklı farklı muameleye cevaz verebilir; örneğin bir işveren aynı üniversite mezunu iki işe başvurandan işe daha uygun olanı alabilir. Bu ayrımcılık yaratmayacaktır. Ancak kişinin cinsiyet, cinsel yönelim, din, dil, ırk, siyasal düşüncesi gibi sebeplerle eşitsizliğe maruz bırakılması ayrımcılık olarak nitelenir ve kişinin en temel hakkı zedelenir⁷⁴. Eşitlik ve ayrımcılık arasındaki ilişki de burada doğmaktadır zira eşitliğin adalet ideali ve hakkın temelini almayı bu sayede insan onurunu korumayı amaç edinen yapısı bu bağlamda ayrımcılığa cevaz vermeyecektir⁷⁵.

⁷⁰ <https://sozluk.gov.tr/> e.t.23.10.2022.

⁷¹ Onaran Yüksel, M, Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, s.17, 1.Bam, Beta Yayınları, İstanbul Ekim 2000.

⁷² Onaran Yüksel, s.95.

⁷³ Demir, s.10.

⁷⁴ Onaran Yüksel, 96.

⁷⁵ Kaya, s.48.

2.3. İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Tarihi Gelişimi

Eşitlik meselesi toplumsal bir ideal olarak çok önce çağlardan beri filozoflardan hukuk yapıcılara kadar hemen herkesin meselesi olmuştur⁷⁶. Kavramın kendisi gündelik hayatta da aynı insan hakları terimi gibi çok geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Bu ahlaki üstünlüğü olan ve adalet kavramının temeli olan eşitlik ve ayrımcılık yasağı meselesinin pozitif hukukta görünür olması ancak 20. Yüzyıl başlarına denk gelmiştir⁷⁷. Zira hukukun ortaya çıkması için bir toplumsallığın oluşması gerekir; bu toplumsallık da ancak karşılıklı güç ilişkisinden doğan iktidarlar üzerinden şekillenmektedir⁷⁸.

Gücü elinde bulunduran siyasal iktidarın kendi iktidarını meşrulaştırma yolu olarak kullandığı mevzuat çeşitli dönemlerde ezenler ile ezilenler arasında güç gösterisi olmaktan öteye gidememiştir. Tartışmalı bir iktisadi söylem de olsa burjuva karşısında işçi sınıfının haklarının sınıf savaşmaları ile gelişme kaydettiği bir gerçektir; yani gelişen ve değişen mevzuat sınıf savaşlarını izlemektedir⁷⁹. İnsanın saf insan olmaktan kaynaklı kendinden haiz değeri sonucu ortaya çıkan insan hakları kavramı da sınıf mücadelesi ile ortaya çıkmıştır; köle sınıfının aristokrasi karşısındaki durumu ve işçi sınıfının burjuvazi sınıfı karşısındaki durumu paralellik gösterir⁸⁰.

Üretim ilişkilerinin gelişmesi ve buna bağlı olarak artık değerın korunması gereği olgusunun doğurduğu farklı hiyerarşik yapılardan türeyen tek ve mutlak kudretli devlet anlayışı ancak sınıf mücadeleleri sonucunda hesap veren bir kuruma evrilmiştir. Bu durum da zamanla değişen dünya, değişen düzen ve toplumsallığın bir sonucu olan hukuk için değişen metinler ve normlar demek olmuştur. Zamanının normali kabul edilen teolojik kökenli yönetim hakkı anlayışı ve soyluluk kavramlarına bağlı yöneticilerin dokunulmazlığı ve keyfiliği Sanayi Devrimi ile kentlerde yaşamaya ve açlıkla sınanmaya başlayan işçi sınıfı için değişmek zorunda kalmıştır⁸¹.

İktidarın sermaye sahibi burjuvalar tarafından sıkıştırılması ve siyasi yapının çöküşü ile gerçekleşen 1789 Devrimi, büyük kazanımlara gebe olan ve modern çağı başlatan bir

⁷⁶ Kandemir, Murat / Yardımcıoğlu Didem, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s.2.

⁷⁷ Demir, s.5.

⁷⁸ Kızıldaş, F.A.(2017), Teolojik Politik İnceleme'de Yasa'nın Kaynağı Problemi Ve Din – İfade Özgürlüğü İlişkisi, [Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi].

⁷⁹ Marx, Engels, Komünist Manifesto, s.57, İstanbul 2022.

⁸⁰ Çalık, E. (2017). İnsan Hakları Meselesinin Gelişimi ve Siyasî ve Sosyal Faktörlerle İlişkisi. 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum, s.50, 6(16).

⁸¹ Schlager, Neil Vd, St. James Encyclopedia Of Labor History Worldwide: Major Events İn Labor History And Their Impact, Vol:2, S.İx.

devrimdir⁸². Fransız Devrimi ve Amerikan Hak Bildirgeleri hak kavramı olarak eşitlik anlayışını öğretisel tartışma boyutundan çıkarmış ve uygulamaya geçirmiştir⁸³. Ancak Bildirge eşitlikten dem vuran yeni dünya düzenin öncüsü olsa da Burjuva sınıfının sermayeyi elinde tutması sonucu kentlerde emekçi ile burjuva sınıfları arasında ekonomik gerilim de baş göstermiştir⁸⁴. İnsanlar yurttaşlık kavramı içinde eritilmiş, ancak yine bireysellik yüceltilmiştir. Yurttaşların özel alanları ve kişisel çıkarları doğrultusunda eylemsellik almaları yüceltilmiş ancak bunlardan doğan farklı sonuçların da kamusal alanda yurttaşlar arasında bir fark gözetilmesine gerekçe olamayacağı savunulmuştur⁸⁵.

Siyasal düşüncüyü ve dolayısıyla hukuku şekillendiren aydınlanmacılar üretim ve ticaretin dönüştürdüğü sistemden etkilenmişlerdir. Soyluluktan uzaklaşan ve doğal hukuk kavramından ayrılan bu söylemler için yeni destekleyici metinler ele alınmaya başlanmıştır ve bu durum da klasik hak ve özgürlüklerin doğmasına vesile olmuştur. Liberal kapitalizmin kök salmasına destek olan burjuva kökenli devrim, işçilerin desteği ile olmuştur. Ancak işçi sınıfı mevcut düzende çok geçmeden nihai amacın sermayenin zenginleştirilmesi için devamlı kâr amacı için kullanılan maşa olmaktan fazlası olmayacağını görmüştür. Örneğin hala 1789 Devrim lideri olarak anılan Isaac Le Chapelier, Fransa'nın devrimden sonra yeni anayasasını yazarken ilk iş olarak işçilerin sendikalaştırılmasının, bir araya gelmesinin ve hatta yazışmalarının dahi yasaklanmasını öngörmüştür⁸⁶. Yurttaşlık bilinci ile bireysel özgürlüğü kamusal olanın faydasına sınırlamayı ilke edinen devrim gelişimi işçi sınıfı aleyhine olacak şekilde kurgulanmıştır. Bu durum, pratikte gerçek eşitliğin ve yasalar karşısındaki eşitliğin bir kâğıda yazılması ile sağlanamayacağını işçi sınıfına göstermiştir; 18. Yüzyılın sonuna gelindiğinde işçi ve patron hala eşit değildir, seri üretim hırsı ile işçiler fabrikalarda kölelik şartlarında çalışmaya devam etmişlerdir.

Eşitlik hali yerel ve evrensel kaynaklarda halihazırda insanın doğuştan getirdiği, yalnızca insan olmanın bir sonucu olan haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu düşünce M.Ö.5. yy'daki sofistlere kadar uzandırılabilen düşüncelinin bir sonucudur⁸⁷. Ancak 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile, metinden ve

⁸² Üskül Engin, Zeynep Özlem, "Birey Kavramının Gelişimi Ve İnsan Hakları", S.205, İÜHFİM C. LXXII, S. 1, S. 201-218, (2014).

⁸³ Çalık, S.50.

⁸⁴ Gemalmaz, S. 83-85.

⁸⁵ Ağaoğulları, M. A. (1989). Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794), s.16, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 44(03). https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001521.

⁸⁶ <https://www.britannica.com/biography/Jean-Le-Chapelier> e.t.18.10.2022.

⁸⁷ Çalık, E.,s.44.

amacından bu çıkarılamasa bile, mülkiyet kavramı kutsallaşmış ve bunun sonucunda da kapitalizmin temelleri atılmıştır⁸⁸. Sanayi Devriminin doğurduğu işçi sınıfı artık şehirlerde gözle görünür bir yoksulluk hali içine girmiş, fabrika ölümleri artmış ve zamanla modern çağın yeni sorunu ortaya çıkmıştır: Yoksul İşçi Sınıfı. Burjuva sınıfı çok geçmeden feodalizmi tasfiye etmek için kullandığı işçi sınıfının kaçınılmaz talepleri ile karşılaşmaya başlamıştır⁸⁹.

Amerika ve Avrupa’da erken dönemde ortaya çıkan eşitlik metinlerinde vaat edilen ve insanın insan olduğu için sahip olduğu söylenen haklar yalnızca vaat olarak kalmıştır. Hukuk metinleri sermayenin güvencesini sağlamak isteyen Burjuvalar tarafından yazılmakta ve uygulanmaktayken, bu devrimin piyonu olan işçiler ne yazık ki korunmasız bırakılmıştır. İşçiler işverenin ve ekonomik faktörlerin keyfi uygulamaları ile karşılaşmışlardır. İnsanların doğuştan getirdiklerini söyledikleri haklar, uygulamada hiç de görünür olmamıştır. Kapitalist sistemin seri üretim politikası ile haftalık çalışma saatleri İngiltere’de 69, Fransa’da 78, Almanya’da 83 saat gibi insanlık dışı şekillerde kendini göstermiştir. Çocuk ve kadın işçilerin durumu da yasaklanan köle ticareti pratiğindeki gibi temel hiçbir hak dikkate alınmayacak şekilde seyretmiştir⁹⁰. İşsizlik ve açlık tehlikesi karşısında işçinin gayri insanileştirilmesi de başlamıştır⁹¹.

Ancak günümüz anlamında bir eşitlik meselesinin ortaya çıkışı ve devlete sorumluluk olarak yüklenmesi de yine bu erken dönem metinler ile olmuştur. Anayasalar sosyal ve ekonomik hakların korunması ve bireyin devletten bu korumayı talep hakkı bu dönemde ortaya çıkmıştır⁹².

1919 Weimar Anayasası bugünkü anlamda uluslararası sözleşmelere konu olan işçi haklarının temelini atmış olması bakımından önemlidir. Birinci Dünya Savaşı etkisi ile yazılan anayasada eşitlik ilkesi kendini göstermiş ve bu “*bütün Almanlar yasa önünde eşittir. Erkekler ve kadınlar temel olarak aynı medeni haklara ve ödevlere haizdirler.*”

⁸⁸ Gemalmaz, s.182.

⁸⁹ Ekin, A., Adil Ve Makul Kosullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, s.37, Doktora Tezi Selçuk Üniversitesi, 2013.

⁹⁰ Andaç, s.25-26, Mantouvalou, V, “Are Labour Rights Human Rights?”, European Labour Law Journal, Volume 3, No. 2, (2012).

⁹¹ Hamitoğulları Beşir, Çağdaş İktisadi Sistemler, s.277-279, Ankara 1982. İşçinin işverene bağımlılığının neredeyse köle-sahip ilişkisine evrilmesi evrensel olarak kendini göstermiştir ve Amerikada işverenin işçiye uyguladığı yasaklar da şu şekilde kaleme alınmıştır. «İspanya sigarası ve alkolünü şu veya bu tarzda içen her işçinin, saçları kökten kazınacaktır. Dans veya oyun evlerine giden her işçi, işverene, iyi niyeti ve erdemi hakkında hesap vermek zorundadır. Her işçi kiliseye ücretinin % 10’unu (aşar), vermekle yükümlüdür. Gelir seviyesi ne olursa olsun, işçinin bu ödemesi yılda 25 doların altına inemez. İşçiler, haftada bir gece serbest olacaklardır. Atölye’de günde 13 saat çalıştıktan sonra, bütün işçiler dinsel kitaplar okumak ve Allah’ın gösterdiği yolda, hareket etmelidirler...».

⁹² Gemalmaz, s.195.

Şeklindeki düzenleme ile ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık yasağı sayılabilecek 128. maddesinde de “*devletin bütün vatandaşları farklılık gözetilmeksizin, kanunla öngörüldüğü şekilde ve nitelik ve yeteneklerine göre kamu hizmetine girmeye hak sahibidir. Kadın kamu görevlileri aleyhindeki tüm istisnai hükümler hükümsüzdür...*” Şeklindedir⁹³.

Ancak yukarıda anlatılanlardan daha da önemli olan 11.08.1919 tarihli Weimar Anayasasının 162. maddesi ise şu şekildedir: “*devlet/reich dünya işçi sınıfı için bir evrensel asgari sosyal hakları güvence altına almak amacıyla, işçilerin yasal koşullarına dair uluslararası düzenleme için girişimde bulunacaktır.*” Bu maddenin önemi eşitlik konusunda diğer ülke anayasalarında da hükümler bulunmasına karşın, işçi sınıfının haklarının güvence altına alınmasına ilişkin kendi ülkesine evrensel konuda sorumluluk yükleyen başka hiçbir anayasa olmamasıdır. Bu uluslararası düzenleme taahhüdünün Milletler Cemiyetine ve ILO’ya öncülük ettiği söylenebilecektir⁹⁴.

2.4. Hukuki Dayanaklar

İşçinin kapitalist karşısındaki korunma ihtiyacı zamanla iç hukuk metinlerinde de yer edinmiştir. Süreç ise işçi sınıfı hareketinin kazanımları sonucu meydana gelmiştir⁹⁵. İşçinin bağımlılığı karşısında işveren tarafından eşitsiz muameleye maruz kalmaması için getirilen İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğünün tarihi gelişimi de bu hareketleri takip etmiş ve ulusal ve uluslararası metinlerde dayanak bulmuştur.

2.4.1. Uluslararası Kaynaklar

2.4.1.1. BM Metinleri

2.4.1.1.1. Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması

2. Dünya Savaşının yıkıcı etkisinden sonra Milletler Cemiyetinin amacını sürdürmek ülküsü ile kurulan Birleşmiş Milletler, kurucu antlaşmasını 26 Haziran 1945 tarihinde

⁹³ Gemalmaz, s. 274.

⁹⁴ Gemalmaz, 280.

⁹⁵ SSCB Bilimler Akademisi Uluslararası İşçi Sınıfı Akademisi Enstitüsü, Uluslararası İşçi Sınıfı Hareketi Tarihi Cilt 3, s.340.

San Francisco’da imzalamıştır⁹⁶. 15 Ağustos 1945 tarihinde de Türkiye tarafından onaylanan sözleşme 6902 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

Birleşmiş Milletler savaşların ve yıkıcılığının temel insan haklarına negatif etkilerinin henüz zihinlerdeki taze etkisi ışığında, büyük uluslar ve küçük uluslar ile kadın ve erkek arasındaki eşitliğin korunmasının adalet için ne kadar önemli olduğuna ve bu adaletin de ancak ırk, renk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetilmeden bütün dünyada temel insan haklarının tanınması ile sağlanacağına dikkat çekmiştir. Bununla birlikte Antlaşma, imzacısı olan devletleri dünya barışı ve istikrarının sağlanması hususunda gerekli önlemleri almak ve devletin kendi egemenlik sahasında dahi eşitlik ilkesinin gözetilmesini sağlamakla sorumlu tutmaktadır. Bu durum özellikle sözleşmenin birinci bölümünde 1. maddesinde dört başlık arasında sayılan amaçlarda görülmektedir. Konumuzla ilgisi bakımından üçüncü başlıkta ele alınan ayrımcılık yasağının temelini oluşturan ilkeler önemlidir. Buna göre maddede;

“3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve..” şeklinde düzenlenen maddeyi de aynı düşünce genel kurula 13. Maddede görev olarak yüklenmiştir⁹⁷.

Bu madde ile örgütün eşitlik konusundaki misyonu ortaya koyulmuştur. Bu bakımından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile takip edilen ve evrensel düzeyde kişinin doğuştan getirdiği, sahip olduğu veya sırf bir topluluğun parçası olduğu için cinsiyeti, ırkı, rengi veya dil farkı gözetilmeden eşitliğinin gözetilmesi hususuna ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine kaynaklık eden ilk belgelerdendir⁹⁸.

2.4.1.1.2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

1948 yılından Birleşmiş Milletler tarafından kabul ve ilan olunan Bildirge, Türkiye tarafından 1949 yılında kabul edilmiştir. Modern anlamda insan haklarını tanımlayan ve eşit hak ve özgürlükler anlamında uluslararası resmî belge statüsüne haiz ilk belge olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

⁹⁶ <https://www.britannica.com/biography/Jean-Le-Chapelier> e.t.18.10.2022.

⁹⁷ https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf e.t.31.10.2022.

⁹⁸ Kaya, s.65.

⁹⁹ Demir, s.39.

Sözleşmede insanlar arasında onur ve haklara erişim bakımından eşitlik gözetilmesi gerektiği; ırk, renk, cinsiyet, ulusal köken mülkiyet, doğum veya herhangi başka bir ayırım gözetilemeyeceği imza altına alınmıştır¹⁰⁰. Metinde ayrımcılık oluşturan haller bakımından bir sınırlandırma hali yoktur, yani eşitsizlik sonucu doğuran ve haklı ve objektif bir neden gözetmeyen farklı muamele ayrımcılık olarak nitelenecektir¹⁰¹. Bildirge sosyal alanda da düzenlemeler getirmiş ve bireylere isteme hakkı tanımıştır. Bildirgenin 7. maddesinde kanun önünde eşitlik hakkı düzenlenmiş ve eşit koruma hali insan onuru ile bağdaştırılmıştır.

Bildirgenin sosyal haklara ilişkin düzenlemeleri de önemlidir. Özellikle 22. maddede kaleme alınan herkesin toplumsal güvenlik hakkı olduğu; bu bağlamda ulusal ve uluslararası iş birliğince ekonomik, toplumsal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesini isteyebileceği şeklindeki düzenleme çalışma hukukuna ilişkin düzenleme ile takip edilmesi bakımından önemlidir. Bildirgenin 23. maddesi şu şekildedir;

“Madde 23, 1. Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Çalışan herkesin, kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır bir yaşam sağlayacak düzeyde, adil ve elverişli ücretlendirilmeye hakkı vardır; bu, gerekirse, başka toplumsal korunma yollarıyla desteklenmelidir. 4. Herkesin, çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı vardır¹⁰².”

İş bu maddeyi takip eden 24 ve 25. maddelerde de ücretli izin hakkı ve kişinin ailesi ile birlikte refah hakkı tanımlanarak insan hakları kavramında çalışma koşullarının insan onurunu koruyacak şekilde düzenlenmesinin bireylerin özel alanına ve eşitsizler arasındaki bir keyfiyete bırakılmayacak kadar mühim bir mesele olduğu ve eşitlik ve adaletin ancak böyle sağlanacağı ortaya konulmuştur¹⁰³.

Bu uluslararası sözleşme devletlere hukuki açıdan bir bağlayıcılığı bulunmasa da tüm insanların eşitliği ve haklara erişiminin sağlanması noktasında uluslararası alanda düzenlenen ilk belgelerden olması ve ayırım sebeplerini tahdidi olarak saymaması

¹⁰⁰ <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>
e.t.03.11.2022.

¹⁰¹ Demir, s.40.

¹⁰² <https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannames/> e.t. 08.10.2023.

¹⁰³ Kaya, s.63.

noktasında önemlidir¹⁰⁴. Zira hem iç hukuk metinlerinin hazırlanması hem de uluslararası mevzuatın düzenlenmesinde yol gösterici olmuştur.

2.4.1.1.3. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler tarafından 1966 Genel Kurulda kabul edilen sözleşme taraf devletlere bireylere bu sözleşme ile tanınan hakların uygulanmasına din, dil, ırk, renk, cinsiyet gibi sebeplerle ayırım yapmasını yasaklayan bir sözleşmedir. Sözleşmenin 26. maddesinde de bireylerin eşit olduğunu ve kişilerin benliklerini oluşturan farklılıklar sebebi ile her türlü ayırımın yasak olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme düzenlemelerinin önemi eşitlik vurgusunun ayrımcılık yasağı ile birlikte verilmesi ve yasa önünde eşitliği ön plana almasıdır. Bu açıdan devlete hem negatif hem de pozitif sorumluluk yüklenmektedir¹⁰⁵.

2.4.1.1.4. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi 1966 yılında Birleşmiş Milletler Tarafından kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 2000 yılında imzalamış ve 2003 yılında da onaylamıştır. Sözleşmenin Başlangıç kısmında kişilere eşit ve ayrılmaz haklar tanınmanın dünyadaki barışın ve huzurun garantisini olduğundan bahisle ve ancak bu eşitliğin de kişilerin insan olmaktan kaynaklı onuruna yakışır bir şekilde ekonomik ve kültürel haklardan faydalanmasının sağlanması ile devamlı olacağını ve imza altına alınan metnin tarafı haline gelen devletin de bunu sağlamayı taahhüt ettiğini kayıt altına almıştır¹⁰⁶.

Sözleşmenin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında taraf devlete sözleşme ile korunan ilkelerin kişilere ırk, renk, cinsiyet, dil veya din gibi sebeplerle ayrımcılık gözetilmeksizin herkese eşit uygulanmasını dikte etmektedir. Bu madde ile sözleşme ayrımcılık yasaklarının bir çerçevesini de çizmiştir. Devamında sözleşmenin üçüncü maddesi ile ikincil kuşak haklardan olan ve devletin sağlamakla yükümlü olduğu ekonomik ve kültürel olarak bireylerin kendini gerçekleştirme hakkını erkek ve kadınlar arasında herhangi bir şekilde cinsiyet sebebi ile ayrımcılık gözetilmeksizin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Sözleşmenin yedinci maddesinde de yine çalışma

¹⁰⁴ Demir, s.40.

¹⁰⁵ Kaya, s.65.

¹⁰⁶ <https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>
e.t.14.11.2022.

hayatında kadın ve erkekler arasında eşit işe eşit ücret ilkesinin benimsenmesini ve bu konuda devletin adil ve objektif koşullar sağlanması noktasında aktif rol oynamasını düzenleyen bir madde ihtiva etmektedir.

Sözleşme devletlerin eşit ve hakkaniyetli seviyelerde insan hakları kavramına, insan olmanın getirdiği insan onuruna atıfla ve kişiler için fırsat eşitliğinin de yaratılmasını gözeterek ikincil kuşak hakların önemine vurgu yapması bakımından önemlidir.

4857 Sayılı yasanın yürürlüğü ile beşinci maddede düzenlenen eşit davranma yükümlülüğü 1475 sayılı İş Kanunu'nda böyle ayrıntılı düzenlenmemişken, Yargıtay bir kadın işçiye cinsiyet sebebi ile yapılan ayrımcılığın kötü niyet tazminatı ödenmesi gerekliliğine gerekçe olarak Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesinin ikinci ve üçüncü maddelerini göstermiştir¹⁰⁷.

2.4.1.1.5. CEDAW

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Birleşmiş Milletler tarafından imzalanan ve Türkiye'nin de imzacısı olduğu, cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı koruma sağlayan en geniş metinlerden bir tanesidir. Sözleşme kadınların sosyal ve ekonomik alanda erkekler ile eşitlenmesi için gerekli yasal zeminin sağlanmasına yönelik maddeler içermektedir¹⁰⁸. Sözleşmenin konumuz ile ilgili istihdamda kadını koruyan ve erkekler karşısında ayrımcılığını yasaklayan 11. maddesi önemlidir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Yarg. 9. HD. 2004/25538 E. 2005/14932 K. 28.04.2005 T. "Uyuşmazlık davacının kötüniyet tazminatı alıp alamayacağı noktasında toplanmaktadır. Anayasanın 10. maddesine göre, "Herkes, dil, ırk, renk cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi, inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. 23.10.1973 de yürürlüğe giren "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin" ikinci maddesinde genel ayırım yasağı konmuş. Üçüncü maddesinde kadınlar açısından özel ayırım yasağı getirilmiştir. Uluslararası sözleşmelerin ve Anayasanın bu düzenlemesi fesih tarihinde henüz yürürlükte olmayan 4857 sayılı İş Kanununa da yansımıştır. Söz konusu Kanunun 5. maddesi gereğince işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ve farklı işlem yapamaz. Öte yandan ayrı madde içerisinde yaptırım öngörülmiştir."

¹⁰⁸ Demir, s.44.

¹⁰⁹ <http://www.kaced.org/images/files/CEDAW%20metni.pdf> e.t.04.11.2022. "1. Taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayırımı önlemek ve kadın erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle aşağıda belirtilen konularda bütün uygun önlemleri alacaklardır:

-Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı, -İstihdam konularında eşit seçim kriterleri uygulanması da dahil, erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkı, -Serbest olarak meslek ve iş seçme hakkı, terfi, iş güvenliği, hizmetin tüm şartları ve avantajlarından faydalanma hakkı, çiraklık, ileri mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi dahil mesleki eğitim ve mükerrer eğitim görme hakkı, -Sosyal yardımlar dahil eşit ücret hakkı, eşdeğerdeki işte eşit muamele ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı, -Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik, hastalık, sakatlık ve yaşlılık ve diğer çalışamama hallerinde sosyal güvenlik hakkı, -Emniyetli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu meydana doğurganlığın korunması hakkı. 2. Evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı ayırımı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak amacıyla, taraf devletler uygun önlemleri alacaklardır.

a- Hamilelik ve analık izni sebebiyle veya evliliğe bağlı olarak işten çıkarma ayırımını yasaklamak, bu ayırımı yapanları cezalandırmak, b- Önceki iş, kıdem ve sosyal haklar kaybedilmeksizin, ücretli olarak

Sözleşme bu metni ile imzacı devleti hem kadınları istihdam ve diğer hukuksal alanda korumak, bu ayrımcılığın önlenmesi için düzenlemeler yapmakla sorumlu kılmış hem de halihazırda var olan ve bu maddeler ile çelişebilecek hem düzenleme hem de yazılı olamayan geleneklerin ilgası için politik adımlar beklemiştir. Bu durum şu açıdan önemlidir; artık hukuk önünde eşitlik düşüncesi yalnızca bir yazılı kâğıtta kalmayacak ve fiili eşitlik de sağlanacak ve sağlandığına ilişkin çeşitli görünür adımlar atılacaktır. Ve bu yönde atılan adımlar ve alınan tedbirler ayrımcılık teşkil etmeyecektir. (m.4/II)¹¹⁰.

2.4.1.1.6. Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme (CERD)

Sözleşme 1965 yılında kabul edilmiş ve 1969 yılında yürürlüğe girmiştir. İlk olarak ırk ayrımcılığının tanımı yapan sözleşmeye göre “*siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamu hayatının herhangi bir alanında, insan hakları temel özgürlüklerin tanınma, uygulanma ve faydalanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak için ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayalı dışlanma ve ayırım*” şeklindedir¹¹¹. Sözleşmenin girişinde herhangi bir ayrımcılığın insan toplum ideallerine aykırılığından ve ayrımcılık halinde uluslararası barış ve huzurun sağlanamayacağından bahsedilmiştir.

Sözleşme bir devletin egemenliği altında vatandaşlık bağı ile bağlı olan ile olmayanlara karşı farklı işlemlerin ayrımcılık teşkil etmeyeceğinin altını çizmiştir.¹¹² Sözleşme ilerleyen maddelerinde taraf devletin ayrımcılığa karşı alması gereken eylemleri sınırlandırmadan sayış özellikle diye belirterek kişilerin çalışma, işini özgürce seçebilme, adil ve elverişli koşullarda çalışma, eşit işe eşit ücret alma ve işsizliğe karşı korunma hakları üstünde durulmuştur. Sözleşme açısından bu durum ulusal mevzuatlarda çalışma hukukunda etkin bir eşitlik ve ayrımcılık yasağı uygulamalarının başlangıcı kabul edilebilecek uluslararası metin olunması açısından önemlidir.

analık izni veya benzeri sosyal içerikli tazminatlar vermek, c- Özellikle çocuk bakımevleri ağının tesisi ve geliştirilmesi yoluyla anne ve babanın aile yükümlülüklerini, görev sorumlulukları ve kamu hayatına katılma ile birleştirmeyi mümkün kılan destekleyici sosyal hizmetlerin sağlanmasını teşvik etmek, d- Hamilelik süresince zararlı olduğu kanıtlanan işlerde kadınlara özel koruma sağlamak, 3. Bu maddede yer alan konulara ilişkin koruyucu yasalar bilimsel ve teknik bilgi ışığı altında devrevi olarak yeniden gözden geçirilecek ve gerekirse tadil, ilga veya temdid edilecektir.”

¹¹⁰ Demir, s.45.

¹¹¹ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IrkAyrımcılığınınOrtadanKaldırılmasınaDairSözleşme.pdf> e.t.10.10.2023.

¹¹² Demir, s.44.

2.4.1.2. ILO Düzenlemeleri

Uluslararası Çalışma Örgütü, bilinen adıyla ILO, önce Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1919 yılında Versay Barış Antlaşması ile kurulmuştur. Sosyal adalet sağlandığı takdirde dünya barışının da süreceği inancına dayalı olarak kurulan çalışma örgütü Birleşmiş Milletlerin kurulmasından sonra Birleşmiş Milletlerin ilk uzmanlık kuruluşu olmuştur¹¹³.

Savaşların yıkıcılığının ve tekrarlanma tehlikelerinin önüne geçmek için sadece bir ülkede değil her yerde, en zayıf sınıflardan olan işçi sınıfının korunması amacı etrafında, ILO üye devletlerdeki çalışma hayatını geliştirilmesi için çalışmaktadır. Temel prensipler şu şekilde sıralanabilmektedir;

- 1) İş hayatında standartların geliştirilmesi
- 2) İş hayatında başta kadın ve erkek arasındaki cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması, çalışma saatleri ve şartlarının insana yaraşır şekilde düzenlenmesi
- 3) Ülkelerdeki sosyal güvenlik düzenlemelerinin herkesi kapayacak şekilde geliştirilmesi
- 4) İşçi, işveren ve devlet arasındaki diyalogun geliştirilmesi

ILO, hem işçi hem işveren hem de devlete yükümlükler yükleyerek çalışmaktadır; bu durum ILO'yu üçlü yapısı ile diğer uzmanlık kuruluşlarından ayırmaktadır. Bu kapsamda da ILO'nun iş hukukunda eşitliği öngören ve ayrımcılığı yasaklayan birçok sözleşmesi bulunmaktadır.

2.4.1.2.1. Filedelfiya Bildirgesi

Uluslararası Çalışma Örgütü, İkinci Dünya Savaşı ile Milletler Cemiyetinin lağvedilmesine rağmen kendisini koruyan ve iddiası olan sosyal barışı getirmek için uğraşan bir sosyal kuruluş olarak çalışmalarına devam etmiştir. Bu örgüt, üye ve imzacı devletlere hem bağlayıcı hem denetleyici şartlar sunmaktadır¹¹⁴.

Filedelfiya Bildirgesi işçi hakları ve eşitlik konusunun sözleşmeler ile devletlere sorumluluk olarak yüklenmesi bakımından çok önemli bir yere haizdir. 26. Uluslararası

¹¹³ https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzecontent/20_21_Bahar/sosyal_guvenlik/13/index.html_e.t
25.10.2021.

¹¹⁴ Kaya, s.81.

Çalışma Konferansı 41 ülkenin işçi, işveren ve hükümet temsilcilerinin katılımı ile Filedelfiya’da gerçekleştirilmiş ve iş hukuku alanında yeni bir devrin başlangıcı olmuştur. Her ne kadar Filedelfiya Konferansı sonucu belgesi hala bildirge olarak adlandırılrsa da 1946 Montreal toplantısında ILO anayasası ile bütünleştirilmiş ve anayasal bir değer kazanmıştır¹¹⁵.

Filedelfiya Bildirgesi, örgütün amacı ve misyonu olan sürekli barışın ancak sosyal adalet ile sağlanacağı şeklindeki misyonu, 2. Dünya Savaşı da gösterdiği üzere kendini kanıtladığı görüşü ile başlamıştır. Dünya savaşından yeni çıkan devletlerin ekonomik zorluklar ve sınıflar arası uçurumla boğuşurken bir İkinci Dünya Savaşı da sosyal barış ve güvenliğin var olan yasalar ile sağlanması ve istikrar kazanmasına yetmeyeceği görülmüştür. Hukukun takip ettiğini iddia ettiği adalet arayışı bu şekilde bildirgenin bu adalet düşüncesinin gerçekleştirilemesi için devletlere verdiği görev asıl amaç olarak görülmesi önemlidir. Bunu izleyen işçiler arasındaki eşitliğin korunması yönündeki sözleşmeler de bu şekilde iç hukukta düzenleme alanı bulmuştur.

Filedelfiya Bildirgesinin “*özgürlük, onur, ekonomik güvenlik ve fırsat eşitliği*” ilkesinin işçileri kapsayan bir sözleşmede onurdan bahsedilmesi bakımından da önemlidir. Bunun sebebinin de açıkça yukarıda ele alındığı gibi işçinin işverene bağımlı ve onun keyfiyetine ve hiyerarşisine tabiiyeti bakımından önem taşımakla birlikte işverenin eşit davranma ilkesini somutlaştıran sadece eşitlik değil fırsat eşitliği terimi çok önemlidir. Bildiri metnine de şu şekilde tezahür etmiştir;

“Konferans, Örgütü’n dayandığı temel ilkeleri bir kez daha doğrular ve şunları özellikle bildirir;

-Emek bir mal değildir

-Dernek kurma ve ifade özgürlüğü desteklenen bir ilerlemenin vazgeçilmez şartıdır;

-Yoksulluk, bulunduğu yerlerde, herkesin refahına yönelik bir tehlike oluşturur;

İhtiyaca karşı mücadele, her ulusun kendi ülkesi içerisinde tükenmez bir güçle ve kamu yararının sağlanması amacıyla işçi ve işveren temsilcilerinin Hükümet temsilcileri ile eşit şartları içinde katılımlarıyla yapacakları serbest tartışmalara ve alacakları demokratik kararlara hâkim olarak sürekli ve ortak bir uluslararası gayretle yürütülecektir.”

Yukarıda alıntılanan madde ILO’nun misyonun pekiştirilmesi ve işçi refahının ve eşitliğinin korunmasının önemi üzerinde duran ilk belgelerden olması ve kendinden

¹¹⁵ Gülmez, Mesut, Uluslararası Sosyal Güvenliğin Evrensel Sefaleti, s.96 İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Ekim 2018.

sonra gelen eşitliğe dayalı sözleşmelere kaynak olması bakımından önem arz etmektedir. Bildirinin Türkçe çevirisinde sosyal adaletin kurulması konusunda yol gösteren ikinci maddesinde “*Irk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanlar maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürmek hakkına sahiptirler.*” Şeklinde olsa da bildirinin İngilizce metninde¹¹⁶ madde şu şekilde yazıya geçirilmiştir: “(a) *all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity;..*” Fırsat eşitliği (Equal opportunity) teriminin eşitlik yerine kullanılması ile işçiler arasında gözetilmesi gereken adalet ve ayrımcılık yasağı da bir anlamda hukuki dayanağına kavuşmuştur. Bu hususlar yalnızca uluslararası hak belgelerinde adı geçen ve bir ideal gibi sunulan fikirler olmaktan çıkacak ve ulusal politikanın temel hedefi olacaktır. Fırsat eşitliği işçilere adaletli koşulların yaratılmasını ve işverenin yönetim hakkının hakkaniyetsiz bir durum yaratacak şekilde kullanılmamasını isteme hakkını temsil edecektir¹¹⁷.

Yukarıda alıntılanan madde ILO’nun misyonun pekiştirilmesi ve işçi refahının ve eşitliğinin korunmasının önemi üzerinde duran ilk belgelerden olması ve kendinden sonra gelen eşitliğe dayalı sözleşmelere kaynak olması bakımından önem arz etmektedir. Tüm insanların ırk, inanç ve cinsiyet bakımından ekonomik güvenlik ve fırsat eşitliği hakkı olduğu ve ayrımcılığa maruz bırakılmayacağını söylemiştir. Çalışanlar arasındaki eşitliğin keyfi bir şekilde yok sayılmaması ve hakkaniyetsiz sonuçlar ortaya çıkmaması için atılan önemli adımlardandır.

2.4.1.2.2. 111 Sayılı ILO Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün iş hayatını düzenlen çok sayıda sözleşmesi bulunmaktadır. İşte bunlardan biri olan 4 Haziran 1958 kabul tarihli 111 nolu sözleşme, çalışanlar arasında işveren tarafından gözetilecek ayrımcılığa karşı önlem olarak imzalanmıştır¹¹⁸.

Sözleşme giriş metni ve sözleşmenin imzalanmasının gerekçelendirilmesi önem taşımaktadır. Sözleşme iş ve meslek alanında ayrımlara karşı düzenlemenin bir

¹¹⁶ <https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf>
e.t.28.10.2022.

¹¹⁷ Gülmez, s.98.

¹¹⁸ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm
e.t.16.09.2022.

sözleşme halini almasını teklif eden Çalışma Bürosunun teklifini ve Filedelfiya Beyannamesinde tüm insanların eşit olduğu ve “ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların, hürriyet, şeref, ekonomik, güvenlik ve eşit imkan şartları içinde kendi maddi refah ve manevi gelişmelerini gözetme haklarını teyit ettiğini” söyleyerek, sözleşmenin girişindeki özgürlük, onur ve fırsat eşitliğinin yer alması ve eşitlik konusu ile ilişkilendirilmesi bakımından çok önem taşımaktadır¹¹⁹.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesindeki haklara değinerek 14 madde halinde imzalanan sözleşmenin işçilerin eşitliği ve ayrımcılık durumunun ne olacağına dair özelliklere değinildikten sonra üçüncü maddesinde taraf devletlere sözleşmeden doğacak yükümlülükler de bildirilmiştir. Buna göre imzacı devletler sözleşmenin ihtiva ettiği çalışanlar arasındaki eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda kendi iç hukuklarında uygulamalar yapacak ve bu konuda çelişen hükümleri yürürlükten kaldıracaklardır. Ayrıca üye devletler bu konudaki sonuçların sağlanması yönündeki çalışmaların sonucunda raporları da bildireceklerdir¹²⁰.

Sözleşmenin ayrımcılık sayılmayacak halleri düzenlediği maddesi 4857 sayılı yasada da uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Sözleşmeye göre üye devletin dezavantajlı sayılabilecek kesimlere getirilmiş dağıtıcı adalet temelli bir farklı muamelesi ayrımcılık sayılmayacaktır. Bu madde, 4857 sayılı yasada da karşılık bulmuş ve işverenin eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddenin ikinci fıkrasının girişinde “işveren, esaslı sebepler olmadıkça...” ve yine üçüncü fıkrada “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılmadıkça..” şeklindeki ifadeler ile eşit davranma ilkesinin mutlaklığından değil de ayrımcılık halinin işin niteliğinden kaynaklanması durumunda farklı muamelenin, ayrımcılık yasağına girmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, bu hallerin objektif olarak gözlenebiliyor olması ve işveren tarafından işyerindeki ayrımcılık yasağını çiğnemek için bahane edilememesidir. İşverenin işyerindeki bir grubu farklı muameleye maruz bırakması ile işin niteliğinden kaynaklı objektif hususlar arasındaki nüanslar olaya göre farklılık gösterebilecek ve sözleşme uygulayıcı devletçe iyice irdelenmesi gerekecektir¹²¹.

¹¹⁹ Kaya , s 81-82.

¹²⁰ Yüksel, s.47.

¹²¹ Demir, s.33.

2.4.1.2.3. 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi

Sınır fark etmeksizin kadınlar üzerindeki toplumsal kabullerin doğurduğu cinsiyet temelli eşitsizlik, elbette iş hayatında da yankı bulmuştur. Sanayi Devriminin işçi sınıfı üzerindeki sömürsününün kadın ve çocuk çalışanlar üzerindeki gayriinsani sonuçları olmuştur. Bu durumun toplumsal gelişim üzerindeki etkisi işçi haklarının insan hakkı olarak ele alınmasını kararlaştıran ilk belgelerden beri üzerinde durulan olgulardandır. Kadınlar hala çalışma hayatında, toplumsal kabuller ve toplumsal cinsiyet rolleri sebebi ile erkekler ile eşitlenebilmiş değillerdir. Birleşmiş Milletlerin verilerine göre Covid-19 pandemisinde 47 Milyon kadın yoksulluğa itilmiş ve cinsiyetler arasındaki yoksulluk farkı açılmıştır. Kadınlar pandemi sürecinde erkeklere oranlar %29 daha fazla çocuk bakımı ile uğraşmış ve her iki kadından birinin ya kendisi ya da tanıdığı birinin özellikle pandemide artan şekilde şiddete maruz kaldığı bildirilmiştir¹²². Bu durum açıkça devletlere kadın ve erkek arasındaki sosyal ve ekonomik hayattaki dengelerin kurulması hususunda neden sözleşmeler ile ayrıca sorumluluk yüklenildiğini göstermektedir.

ILO'nun 100 nolu eşit işe eşit ücret sözleşmesi de bunlardan bir tanesidir. 14 maddeden oluşan sözleşme 6 Haziran 1951 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye'de ise 19 Temmuz 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²³. Sözleşmenin ücreti tanımlaması ve bu tanımında kapsama çalışma kapsamında “aylık ve sağlanan diğer bütün menfaatler” in de tanımın kapsamında olması önemlidir. Her üye eşit değerde iş için kadın ve erkek arasında “cinsiyet esasına dayanan bir ayırım gözetmeden” eşitliği sağlamakla görevli olduğunu söylemesi bakımından öğretiyeye yeni kavramlar getirmiş ve iş hukukunda cinsiyet eşitliği çalışmasını daha somut bir zemine oturtmuştur.

Sözleşme kadınların toplumsal cinsiyet eşitsizliği sonucu eğitim ve istihdam alanındaki dezavantajları sebebi ile özellikle kadın ve erkek arasında objektif bir kriter olmayan hallerde eşit iş için eşit ücret üstünde dursa da, bu hak yalnızca cinsiyet temelli değildir. Bir diğer deyişle sözleşmenin üstünde durduğu nokta, ücret ödenmesi konusunda diğer ayrımcılık temellerinin de göz önüne alınması ve bunun önüne geçilmesi gereğidir¹²⁴.

¹²² https://www.unwomen.org/en/hq-complex-page/covid-19-rebuilding-for-resilience?gclid=Cj0KCQjwqoibBhDUARIsAH2OpWizJoJlfEDyyi3fF2gyjv_SiwPtBia2twnZt_IdvDDsBLN2B30E2L8aAgh6EALw_wcB e.t.02.11.2022.

¹²³ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377269/lang--tr/index.htm e.t.02.11.2022.

¹²⁴ Demir, s.32.

2.4.1.2.4. 158 Sayılı Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesi

ILO tarafından 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen sözleşme, Türkiye’de 4 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 22 maddeden oluşan bu sözleşme, 1963 tarihli iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi hakkındaki tavsiye kararların uygulamada yetersiz kalması ve teknolojik gelişmelerin yeni bir düzenlemeyi zorunlu kılması ile kalem altına alınmıştır¹²⁵.

Sözleşmenin birinci maddesinin yürürlüğünün ulusal mevzuatla sağlanacağı ortaya konulan ilk hükümdür. Bu sözleşme ile işçinin işveren karşısındaki konumu güçlendirilmiş ve 4. maddesinde düzenlendiği üzere işçinin kapasitesi, işin yürütümü veya işin gereklerine dayalı olmayan işveren taraflı sözleşme sonlandırmaların haksız olduğu bildirilmiştir. Ayrıca 5. maddede “cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik ve doğum izni de iş sözleşmesi sonlandırılmasında haklı sebep kabul edilemeyecektir¹²⁶.

Sözleşme ile işçiler için öngörülen bir diğer kazanım da iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayalı olarak feshedildiğinin kanıtlama yükümlülüğünün işverene yüklenmesidir. Ayrımcılık öngören herhangi bir sebeple, örneğin çalışanın ırkı, dili veya cinsiyeti sebebi ile iş sözleşmesinin sona erdirildiğini işveren tarafından açıkça bildirilmese de işveren bu durumda artık işçinin hangi haklı sebeple işine son verildiğini kanıtlamakla yükümlü olacaktır¹²⁷.

2.4.1.2.5. 190 Sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi

Sözleşmenin özelliği iş hukuku bağımlılık unsuru ile yakından ilgilidir. İş hukukunda tarafların eşit olmaması, hiyerarşik ilişkide işverene bağımlı olan ve ekonomik açıdan maaş dışında bir desteği olmayan işçinin iş bu haksız muameleye maruz kalmasına rağmen iş ilişkisini sürdürmek ve bu konuda bir pozisyon alamamak zorunda kalmasına sebebiyet vermektedir. ILO 190 sayılı sözleşme ile iş yerinde fiziksel ve psikolojik taciz ve şiddetin önlenmesinin önüne geçme misyonu gütmüştür. Bu sözleşmenin çalışma hayatında şiddet ve tacize odaklanan ilk sözleşme olması önemlidir.

Şiddet ve tacizin her ne kadar tek ve kesin bir tanımı olmasa da bu durumun fiziksel veya psikolojik olarak gerçekleşebileceği ve bir kişilik hakkı ihlali olduğu

¹²⁵ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm
e.t.02.11.2022.

¹²⁶ Onaran Yüksel, s. 52.

¹²⁷ Onaran Yüksel, s. 52.

tartışmasızdır. Kadınlar cinsiyet kalıplarının toplumsal kabullerinin doğurduğu sonuçlar sebebi ile iş hayatında şiddet ve tacize daha çok maruz kalmaktadırlar. Ancak bu durum şiddet ve tacizle cinsiyet fark etmeksizin hemen her işçinin karşı karşıya kalabildiği gerçeğini değiştirmemektedir. Bunun ortadan kaldırılması ancak işleyen ulusal politikalar, taraflar arasında iş kültürünün eşitlikçi bir yapıda olması ve saygı çerçevesinde ilerlemesi ile mümkün olacaktır¹²⁸. Zira şiddet ve taciz olayları kadınların iş yaşamından uzak kalmasına sebep olduğu gibi özel ve kamusal alanların yaşanabilir bir kalitede sürdürülmesine de engel olmaktadır.

Sözleşmenin 1. maddesinde şiddet ve tacizin iş dünyasında nasıl ortaya çıkabileceğine yer verilmiştir. Buna göre şiddet ve taciz kişiye karşı tekrarlayan veya tek bir olayın kabul edilemez sonuç, uygulama ve tehdittir. Bu eylem psikolojik ve cinsel taciz, ekonomik zarar cinsiyet ayrımcılığından kaynaklı bir şiddet olarak kendini gösterebilir. Sözleşmenin kimleri kapsadığı 2. maddede belirtilmiştir. Buna göre iş dünyasında kayıt dışı veya kayıtlı, özel sektör veya kamu sektörü, uzaktan veya işyerinde çalışanlar, tarım çalışanları vb. herkesi kapsamaktadır. Böylece 190 sayılı sözleşme ile fiziksel olarak işyeri tanımı genişletilmiş ve işçi lehine yorum ilkesine uygun hareket edilmiştir¹²⁹.

5. maddede ise üye ülkelerin işyerinde şiddet ve tacizi önlemek adına alması gereken aksiyonlara örnekler verilmiştir. Bu doğrultuda çalışanın onuruna yakışır bir işyeri düzeni oluşturulması, sendikalaşma özgürlüğünün tanınması ve teşvik edilmesi, kadınların istihdamında ayrımcı uygulamalara son verilmesi gibi konular üzerinde üye devletin etkin şekilde çalışma yapması amaçlanmaktadır¹³⁰.

2.4.1.2.6. 156 Sayılı Aile Sorumlulukları Olan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme

156 sayılı ILO sözleşmesi çalışma hayatında kadın ve erkekler arasında fırsat eşitliğinin ulusal bazda düzenlemeler ile sağlanması yönünde aldığı aksiyon ile eşitlik ve ayrımcılık yaşağının düzenlenmesi açısından önemlidir. Zira iş hayatında cinsiyet ayrımcılığı genelde doğrudan değil dolaylı olarak aile yükümlülüğünün kadını ekonomik alandan dışlanması ile olmaktadır. Sözleşme taraf devlete aile yükümlülüğü

¹²⁸ Demir,s.35.

¹²⁹ Demir,s.38,

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190#A1
e.t.11.10.2023.

¹³⁰ Demir, s.38.

olan kadın ve erkeklerin çalışma hayatında dezavantajlı konuma düşmemeleri için gerekli önlemleri almaları yönünde mevzuat oluşturmayı diretmektedir. Çocuklu çalışanlar için istihdam düzenlemesi, kreş bulundurma zorunluluğu, doğum sonrası sorumluluğun kadın ve erkek arasında eşit paylaşılması ve erkeğe de doğum izni tanınması şeklinde sayılabilecek düzenlemeler sözleşme muhteviyatına uygun olarak kadın ve erkek arasında fırsat eşitliğine mahal verebilecektir¹³¹.

2.4.1.3. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

2.4.1.3.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Sözleşme metninin girişinde bahsedilen amaçlarda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde açıklan evrensel insan haklarına atıf yapılmış, bunların etkin bir şekilde uygulanması ve genişletilmesinin amaçlandığından bahsedilmiş ve ancak bu yolla Avrupa Konseyi arasında sıkı bir birlik oluşturulabileceğine dikkat çekilmiştir. Sözleşme bu hali ile dünyada barış ve adaletin gerçek anlamda sağlanmasının evrensel insan haklarının temel özgürlükler yolu ile olacağı kayıt altına alınmasına bir kez daha vesile olmuştur¹³².

Sözleşme, temel hak ve özgürlükler konusunda imzacısı olan devletlere bu noktada izlenebilir somut adımların atılması için öncülük etmiştir¹³³. Ayrımcılık yasağını düzenleyen maddesi şu şekildedir;

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Bu madde ile sınırlandırılmış bir ayrımcılık yasağından bahsedebilmekteyiz zira madde metninde sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın yukarıda sayılan veya başka bir durum olarak nitelendirilen herhangi bir sebeple ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı anlaşılabilir. Madde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ikinci maddedeki herkesin bildirmede yer alan haklardan yararlanma

¹³¹ Demir, s.34.

¹³² <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> e.t. 08.10.2023.

¹³³ Demir, s.25.

noktasında eşit muameleye tabi tutulması gerektiği şeklindeki düzenlemeye paraleldir¹³⁴.

AIHS'in 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı ayrımcılık ile ilgili bir tanımlama yapmadığı gibi genel eşitlik ilkesi şeklinde anlaşılabilir bir düzenleme de değildir. Maddede sayılan ayrımcılık yasağı sınırlıdır, yalnızca Sözleşme ile tanınan haklardan yararlanma noktasında ileri sürülebilecektir. Bu dar düzenleme sebebi ile sonrasında Sözleşmeye eklenen 12. Protokol ile ayrımcılık yasağının kapsamı genişletilmiştir. Ek 12. Protokolün 1. maddesinin başlığı ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasıdır ve hukuken tanınan tüm haklardan yararlanmada ayrımcılığın yasak olduğu belirtilmiştir. Gerekçe olarak belirtilen girişinde Sözleşme ile tanınan ayrımcılık yasağının genel olarak uygulanmasının önemine vurgu yapılmıştır. Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin vatandaşlara eşit muamelenin ve kanun önünde eşitliğin sağlanması noktasında bir engel bulunmadan uygulanması gerektiği ve yani bu noktada da devletin sorumluluğu olduğu iş bu ek protokol ile belirtilmiştir¹³⁵.

Sözleşme ile tanınan ayrımcılık yasağı bir hakkın ihlalidir ve bu ihlal ile bir mağduriyetin doğmuş olması gerekir, bahse konu hak da sözleşmede düzenleme alanı bulan haklardandır. Ancak yine de sözleşme mutlak bir eşitlikten bahsetmemektedir; kişiler arasındaki farklı muamelenin haklı bir gerekçesi var ise bu maddenin ihlalinden söz edilemeyecektir¹³⁶.

Sözleşmenin 14. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile ancak metinde garanti edilen bir ayrımcılık halinde taraf devlet vatandaşının uygulamaya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru hakkı bulunmaktadır. Ancak Ek 12 nolu protokol ile tanımlanan ayrımcılık yasağının imzacısı devletlerde iç hukukta tanınan herhangi bir hakkın uygulanması noktasında ayrımcılığa maruz kalan kişiler, bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmemiş olsa dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabileceklerdir¹³⁷.

2.4.1.3.2. Roma Antlaşması

1957'de Avrupa Birliğinin kurucuları tarafından kabul edilen sözleşme aynı zamanda uygulamanın başlangıcıdır. Ayrımcılık yasağı meselesi üzerinde şimdiye kadar ayrıntılı bir şekilde durmayan Avrupa Birliğinde ilk defa Roma Antlaşmasının 119. maddesi ile

¹³⁴ Demir,s.25.

¹³⁵ <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> e.t.09.10.2023.

¹³⁶Demir, s.28.

¹³⁷ Demir, s.30.

kadın ve erkekler arasındaki eşit işe eşit ücret prensibini düzenlenmiştir¹³⁸. Sözleşmede düzenlenen bu eşitlik detayı sosyal adaletin sağlanmasından çok ekonomik rekabetin eşitlenmesi için kaleme alınmıştır; cinsiyetler arasındaki eşit olmayan ücret uygulamalarına karşı Fransa’da o dönemde ulusal mevzuat düzenlemesi olmasına rağmen diğer ülkelerde buna ilişkin bir düzenleme olmadığından kadın işçilere uygulanacak düşük ücret uygulamasının rekabeti kızıştıracağı düşüncesi ile Fransa’nın baskısı sonucu Roma Antlaşmasına bu madde eklenmiştir¹³⁹. Madde sonradan ayrıntılanmış ve yeni düzenlemelerde eşit iş için eşit ücret şeklinde düzenlemeye gidilmiştir.

2.4.2. Ulusal Kaynaklar

2.4.2.1. Anayasa

Eşitlik hakkı kamu hukukunun temel düzenleme alanlarından; hemen her iktidarın sağlayacağını iddia ettiği ilk ideal olmuştur¹⁴⁰. Zamanla da hukuki kurallar için ayırım gözetmeksizin temel alınan bir ilke haline gelmiştir¹⁴¹. 1982 tarihli Anayasanın 10. Maddesinde de yer alan Kanun Önünde Eşitlik ilkesi şu şekilde düzenlenmiştir¹⁴²:

“X. Kanun önünde eşitlik Madde 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. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (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.”

Eşitlik hakkı, devlete eşitliğin korunması ve vatandaşlar arasında ayrımcılığın önlenmesi konusunda yükümlülük getirmektedir¹⁴³. Bu madde ile yalnızca bir genel temel hak kaleme alınmamış, hukuk sistemine hâkim ve tüm tarafları ve hukuki

¹³⁸ Demir, s.48.

¹³⁹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.20.

¹⁴⁰ ERDEM, J. G. (2017). Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kadın Erkek Eşitliği, s.19 (19-44) Akademik Hassasiyetler, 4(8).

¹⁴¹ Yüksel, s.30.

¹⁴² <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> e.t. 16.09.2022.

¹⁴³ Süzek, s. 469.

ilişkileri kapsayıcı bir ilke kural olarak Anayasada hüküm altına alınmıştır¹⁴⁴. Bu da hukuk devleti olmanın bir sonucudur. Buna göre hukuk devletinde bireyler yaşamının her alanında ayrımcılığa maruz kalmayacağına ve sosyoekonomik ve kültürel açıdan dezavantajlı kabul edilen gruplara dahil bireyler de fırsat eşitliğinin kendilerine sağlanması hususunda bir takım pozitif hukuk kurallarının varlığına güvenebileceklerdir¹⁴⁵.

Bu ilke ile bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı uygulama alanı bulmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da eşitlik ilkesinin hem başlı başına bir hak hem de diğer hak ve özgürlüklerin temel taşı olduğundan bahsedilmektedir¹⁴⁶. Diğer bir anlatımla eşitlik hakkı sosyal hakların anasıdır. Madde her ne kadar eşitlik halini düzenliyor olsa da bu hal aynı zamanda bireyler arasında haksız bir ayrımcılık yapılamayacağını da öngörmektedir. Zira eşitlik ancak ayrımcılık yasağı ile ortaya çıkabilen bir kavramdır¹⁴⁷. Önemli olan uyumsuzluğa göre hukuku uygulayacak olan kişinin hangi temel hakka dayanıldığını iyice ayırt edebilmesidir¹⁴⁸.

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik başlığı ile düzenlenen eşitlik hakkı, mutlak bir eşitlik öngörmemektedir; bu madde kişilerin farklı durumlarda farklı muameleye tabi tutulmasının dengeleyici adalet ve hukuk devleti ilkesi için bir temel olduğunu kabul etmektedir¹⁴⁹. Zaten ilke de Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralıdır.*” ilkesinin bir şekli olarak diğer hukuk alanlarında yansımaları göstermektedir; önemli olan eşitlik ilkesinin Anayasada bulunması değil fiiliyatta uygulanmasını sağlayacak diğer hukuk kuralları ile desteklenmesidir. Eşitlik ilkesinin asıl amacı olan hukuk devleti ilkesine de ancak böyle ulaşılabilecektir.

2.4.2.2. 4857 Sayılı İş Kanunu

Anayasada düzenlenen kanun önünde eşitlik maddesi bireyler karşısında devletin tarafsızlığını düzenlerken, 4857 sayılı yasanın 5. maddesindeki eşit davranma borcu

¹⁴⁴ Onaran Yüksel, s.82.

¹⁴⁵ Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, s. 123, Ankara 2012.

¹⁴⁶ AYMK 2019/39033. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/39033> e.t.15.05.2023

¹⁴⁷ Kılıçoğlu, M., İş Hukukunda Ayrımcılık, s.3.

¹⁴⁸ Onaran Yüksel, s.85.

¹⁴⁹ Erdem, s.22, Onaran Yüksel, s.85.

işçiler karşısında işverenin tarafsızlığını ve objektifliğini düzenlemektedir. Madde, işverenin genel eşitlik borcu ve ayrımcılık yasağını ihtiva etmektedir. Genel kabul gören görüşe göre de iş kanundaki eşit davranma borcunun konusu adalet ve hakkaniyetin sağlanmasıdır; nihai amaç ise işçinin korunmasıdır¹⁵⁰.

Eşitlik birey için bir hak iken yönetme erkini elinde bulunduranlar için bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük kamu hukuku alanında ayrımcılık yasakları bakımından mutlak iken özel hukukta bu kadar sıkı bir denetlemeden söz edilmemektedir. Zira her ne kadar eşitlik ilkesi özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ile yarışsa da işverenin yönetim hakkı kapsamında yüksek verim önceliği bu ilkeye çoğunlukla galip gelmektedir ve eşitlik borcunun işverenin sözleşme özgürlüğüne mahal getiremeyeceği belirtilmektedir¹⁵¹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ayrımcılık yasağı kişinin sahip olduğu, doğuştan getirdiği veya kişiliğinin bir parçası olarak sonradan edindiği birtakım özellikleri sebebi ile farklı bir muameleye maruz bırakılarak mağdur edilmesi, bir zararın ortaya çıkmasıdır. Eşitsiz davranış ise işçiye haklı bir sebep olmaksızın farklı muamelede bulunulmasıdır¹⁵². İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru yanında işçi ile işveren arasında kurulan kişisel ve devamlı ilişki de işçinin karşılaşılabileceği eşitsizlik ve ayrımcı muamelenin hem sebebi sayılabilir hem de işçinin kişiliğinin korunması için bu durumun norm ile yaptırıma bağlanmasını gerekli kılan özellikleridir¹⁵³. 4857 sayılı yasa öncesinde işverenin bu borcu Anayasanın ilgili maddeleri uyarınca ileri sürülebilen bir hak iken 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ile Anayasanın Kanun Önünde Eşitlik ilkesine paralel düzenleme yasada yer almıştır. 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“Eşit davranma ilkesi Madde 5 – (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.

¹⁵⁰ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.39, Süzek, s.468.

¹⁵¹ Keser, Hakan, Anayasa Mahkemesi Kararının Işığında İşverenin İşyerinde Emzirme Odası ve Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğünü Eşit İşlem Borcu Kapsamında Yerine Getirmesi Zorunluluğu, Sicil, 2022/I Sayı 47: 22-44.

¹⁵² Demir, s.139.

¹⁵³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.41, SÖZER, Ali Nazım, “Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, s.189, Sicil İş Hukuku Dergisi, (2006).

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 olur¹⁵⁴.”

İşverenin eşit davranma borcunun böyle açık bir başlık ile düzenlemesi ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu’nda mümkün olmuştur¹⁵⁵. 1478 sayılı İş Kanunu’nda Anayasal anlamdaki eşitliğin yansımaları çeşitli maddelerde kendini göstermiş ancak açık şekilde bir genel eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verilmemiştir¹⁵⁶.

1982 tarihli Anayasanın 10. maddesinde eşitlik ilkesi devlet makamlarına eşitliğin sağlanması yönünde sorumluluk yüklemektedir; bu ancak bahsedilen eşitlik öğretide ve Anayasa Mahkemesi kararlarında maddenin tarihi yorumuna uygun olacak şekilde nispi eşitliktir; yani somut olaydaki ayrımcılığı haklı kılacak nedenlerin varlığı halinde yapılan birtakım düzenlemeler bu maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. 4857 sayılı Kanunun düzenlemesi de Anayasal eşitlik ilkesinin iş ilişkisine uygulanmasıdır. Madde fıkraları da ulusal ve uluslararası düzenleme ve sözleşmelere uygun olarak kaleme alınmıştır.

Kanunda yer alan işveren borcu her ne kadar eşit davranma ilkesi başlığı altında ele alınsa da aslında net bir biçimde mutlak ayrımcılık yasağının, örneğin kişinin din, dil, ırk gibi özellikleri sebebi ile farklı işleme maruz bırakılmayacağı açıkça

¹⁵⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t.16.09.2022.

¹⁵⁵ Kılıçoğlu, s.36.

¹⁵⁶ Yüksel. S. 90. 1475 sayılı iş kanununda 26/4 madde ile işyerinde aynı nitelik ve işlerde eşit nitelik ile çalışan kadın ve erkeklere cinsiyet ayrımcılığı sebebi ile ayrımcılık uygulanamayacağı kayıt altına alınmıştır. Ancak bu eşit verimin değerlendirilmesinin koşulları konusunda hükme bir açıklık getirilmemiştir.

anlaşılmaktadır; işverene karşı bir mutlak eşitlik emrinden bahsedilemeyecektir¹⁵⁷. Bu bağlamda maddede düzenlenen borç bir madalyonun iki yüzü gibi katmanlıdır; öncelikle işçinin din, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik ve benzeri ayrımcılık temelli sebeplerle farklı muameleye maruz bırakılmasıdır, diğeri ise ayrımcılık temelli gerekçe olmaksızın işçinin makul bir gerekçe olmadan farklı bir muameleye tabi tutulmasıdır. Maddenin kapsam sınırları ve ayrımcılık yasağının ihlalden doğan yaptırım şartları üçüncü bölümde ele alınacaktır.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, s.141.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMASI

3.1. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları

İş Sözleşmeleri sözleşme özgürlüğünün emredici hukuk kuralları ile sınırlandırıldığı bir alan olarak işçi lehine yorum ilkesi hâkim olan sözleşmelerdendir¹⁵⁸. İş sözleşmesi yukarıda da ifade edildiği üzere tarafların eşit olmadığı ve işçinin işverenin hiyerarşisine dahil olarak sözleşmedeki edimini yerine getirdiği sözleşmedir. Üretim faaliyeti sözleşmenin temel edimidir ve işçinin iş görmesi işverenin talimatları ile yürütülmektedir. Sözleşmenin ayırt edici özelliği olan bu bağımlılık hali, sermayeye kendi emeği ile katılmış olan ve kendisini kapitalist toplumda destekleyecek bir garantisi olmadığından savunmasız kalan işçinin çoğu zaman işveren tarafından haksız uygulamalara maruz bırakılmasına neden olmaktadır¹⁵⁹. İşçi iş sözleşmesi ile aslında sadece emeğinin görünür kılınmış hali olarak var olmaktadır ve emeğini sunacağı başka bir iş bulamama tehlikesi karşısında da sessizleştirilmiştir. Çoğunlukla da işverenin ihtiyacı kadar çalışma ve yaşamını asgari düzeyde sürdürme tehlikesi ile karşı karşıyadır¹⁶⁰. Günümüzde de geçerliliğini koruyan sözleşmenin ihtiva ettiği bu eşitliksiz sosyal yapı sebebi ile işçi özgür iradesi ile istediği vakit sözleşmeden ayrılma hakkına da sahip olamamaktadır.

Sanayi Devriminin etkileri ve toplu üretim ile sermayedarın güçlü hale gelmesi ve işçi sınıfının tarih boyunca maruz kaldığı temel insan hakları ihlalleri, devletleri bu alanda denetleyici adımlar atmaya zorlamıştır. İş sözleşmesinde Anayasal anlamda bir

¹⁵⁸ Çatalkaya Deniz Ugan, İş Sözleşmesinin Uygulanmasında Ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine, s.17, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Güzel Ali, s.92.

¹⁵⁹ Ali Güzel, Fabrikadan internete adlı makalesinde iş hukuku ve bağımlılık unsuru hususunda yapmış olduğu "... bu yönüyle iktidar sorunu iş hukukunun ekseninde yer alır. İşçinin işverene bağımlılığı, sadece hizmet sözleşmesinin niteleme işlevini üstlenen teknik bir ölçüt olmaktan öteye; işverenin işçi üzerindeki iktidarını sınırlamayı amaçlayan iş hukukunun temel taşları arasında yer alır. Çünkü söz konusu iktidar ya da yetki, sözleşme hukukunun dayandığı "sözleşme özgürlüğü" ve tarafların eşitliği gibi temel ilkelerin tam tersi sonuçlar doğurur. Sözleşme hukukunun irade özgürlüğünü benimsediği yerde iş hukuku iradenin bağımlılığını düzenler. Böylece hizmet sözleşmesi özgür bir insanın başkasının hizmetinde çalıştığı zaman özgür olmayacağı şeklindeki bir çelişkiyi de barındırır. İş hukuku irade özgürlüğünü de benimseyen sözleşme kuramı ile bu özgürlüğü dışlayan bağımlılık düşüncesi arasındaki gerginlikle beslenmiştir." tespitlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi karşısında iş hukukunun asıl meselesinin bağımlılık unsurundan beslenmesini gerekçelendirmiştir.

¹⁶⁰ Karl Marx, 1844 El Yazmaları, s.15.

adalet arayışının görünümü olan yani aslında kamu hukuku kavramı olan eşitlik meselesi de bu şekilde düzenleme alanı bulmuştur.

Hiyerarşik ilişki doğuran düzenlerde, örneğin kamu hukukunda devlet ile insanlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için kuvvetler ayrılığı ilkesi uygulanmaktadır. Bireyler böylece yönetilenin keyfiliğine karşı korunduğu bilgisine sahip olurlar¹⁶¹. Özel hukuktaki ekonomik ilişkilerin çok büyük bir bölümünü temsil eden iş sözleşmesinde ise işverenin yönetimi altına giren işçi açısından kuvvetler ayrılığının uygulanamaz hale geldiği görülmektedir¹⁶². İşveren işçinin çalışacağı yeri, şeklini ve ücretini belirlemekte ve işyerindeki işçiler arasındaki ilişkiyi de kendisi şekillendirmektedir. Bu güç dengesizliği karşısında işçinin fiziksel ve psikolojik olarak korunması açısından iş sözleşmelerinde işverenin özgürlüğü kısıtlanmış ve işverene birtakım sorumluluklar yüklenmiştir¹⁶³.

İş hukuku işçiyi korumak üzere gelişmiş bir hukuk dalıdır. Bu bakımdan her ne kadar özel hukukta sözleşme serbestisi ilkesi hâkim olsa da iş hukuku için bu kural işçi lehine esnetilmektedir¹⁶⁴. Zira tarafların eşitliğinden bahsetmek imkânsız olduğundan sosyal adalet ancak iş sözleşmesini denetleyen ulusal ve uluslararası belgeler ile sağlanabilmektedir¹⁶⁵. Eşitlik meselesi ve işçilerin durumunun işveren karşısında korunmasını düzenleyen normların oluşumu da bu sosyal adalet fikrinden ortaya çıkmıştır. İşverenin eşit davranma ilkesi de sözleşmede işçinin kişiliğinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması sonucu doğuran ve işvereni denetleyen maddelerdendir.

Eşit davranma yükümlülüğü işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarındanır. İşveren iş sözleşmesi kurmakla işçinin iş görme ve sadakat borcu karşılığında işçiye ücret ödeme borcu altına girdiği gibi bunun yanında bir de işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu ve ayrımcılık yapmama borcu bulunmaktadır. Bu borcun uygulanabilmesi veya işçinin bir hak ihlali iddiasında bulunabilmesi için birtakım şartların oluşmuş olması gerekmektedir.

¹⁶¹ Gözler, s.218.

¹⁶² Eyrenci vd, s.151.

¹⁶³ Kaya, s.94.

¹⁶⁴ Ulucan, D, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması”, s.192, Kamu-İş, C.5, S.3, 191-202., 2000.

¹⁶⁵ Süzek, s.471-472.

3.1.1. İşyerinde Birlik

Eşitlik ilkesi, işverene çalışanlar arasında gözetmesi gereken bir takım uygulama birlikleri getirmektedir. Eşitlik ilkesinin gözetileceği çalışanlar eşit konumda olmalıdır, yani aranan eşitler arasındaki eşitlik¹⁶⁶. Bu uygulama birliğinin bulunması için de bahse konu sözleşme ile aynı işyerinde benzer işlerde çalışan işçilerin olması gerekmektedir¹⁶⁷. Farklı işverenlerin işyeri uygulamaları arasında veya işveren aynı olmasına rağmen farklı işyerlerinde çalıştırdığı işçileri arasında eşit davranma borcundan bahsedilemeyecektir¹⁶⁸. Dikkat edilmesi gereken nokta hangi durumlarda farklı işyeri ve iş kavramlarının ortaya çıkacağıdır¹⁶⁹.

İşyeri, İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin örgütlendiği yerler ve bunlara eklenti ve araçlardan oluşan birim şeklinde tanımlanmıştır¹⁷⁰. Öğretide maddenin ve eşit işlem borcunun gelişiminde bazı yazarlar işverenin eşit işlem borcunun ancak aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olduğunu savunmuştur¹⁷¹.

Bu durum maddenin gerekçesine aykırı düşmektedir. Eşit davranma borcunun sorumlusu işveren olduğundan işyerleri arasındaki farklılık ile objektif olarak aklanamayacak bir farklı işlem, eşit işlem borcuna aykırılık teşkil edecektir. Türk Hukukunda da eşit işlem yapma borcunun maddenin lafzından işyeri ile sınırlandırılabilir bir borç olduğu anlaşılamamaktadır. Bu şekilde bir yorum da iş hukukun işçi lehine yorum ilkesine aykırı olacaktır, bu sebeplerle de işverenin eşit davranma borcunu işyeri ile sınırlayan ve diğer etkenlere (iş organizasyonunda ve çalışma koşullarında birlik gibi) öncelik tanımayan görüş geçerliliğini uygulamada ve öğretide yitirmektedir¹⁷². İşletme düzeyinde, işyerleri arasında organik bir bağ olan hallerde eşit işlem borcundan bahsedilebilecektir¹⁷³. İşletme koşullarında farklı işyerlerindeki çalışma koşullarının farklı olması halinde farklı işlem, objektif sebeplere dayandırılabilirliğinde işveren için maddeye aykırılıktan söz edilemeyecektir.

İşyerinin eşit işlem borcunun işyeri bünyesindeki işçiler arasında gözetilecek bir borç olarak sınırlandırmanın maddenin ruhuna aykırılık teşkil edeceği açıktır. Tek başına

¹⁶⁶ Kaya, s.221.

¹⁶⁷ Kaya, s. 221.

¹⁶⁸ Kaya, s.221.

¹⁶⁹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.207.

¹⁷⁰ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t.07.01.2023.

¹⁷¹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 207.

¹⁷² Demir, s.151

¹⁷³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.208

farklı işyerleri kavramı, farklı işlem için haklı bir gerekçe olamayacağı haller de uygulamada ortaya çıkabilmektedir. Bir işletme bünyesinde farklı iş kollarındaki işyerlerinde çalışanlar arasında farklı işlem normal karşılanabilecektir. Zira farklı işlerin görülmesi borcu altındaki işçiler için koşullar da farklılık arz edebilecektir. Ancak faaliyetleri aynı olan işkollarında kanunun aradığı emsal işçi tanımına da uyan işçiler arasındaki farklı işlemin gerekçesi yalnızca işyeri farklılığı olduğunda işverenin eşit davranma borcunun ihlal edildiğinden bahsedilebilecektir¹⁷⁴. Aynı işletmenin farklı işyerlerinin benzer işlerinde çalışan kişiler arasındaki farklı işlemler haklı bir gerekçe ile savunulabildiği takdirde maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Klasik olarak verilebilecek bir örnek bir işletme büyük ve kalabalık bir şehirdeki işyerinde çalışan işçilerine şehir merkezine servis sağlıyorken, ulaşım problemi olmayan küçük bir ilçedeki çalışanlarına servis hizmeti sunmuyor olması objektif olarak haklılaştırılabilir bir farklı işlem olduğundan ve işyerleri arasında çalışma koşulları farkından söz edileceğinden hukuka aykırı olmayacaktır¹⁷⁵.

İşyeri devralma halinde işverenin yeni devralınan işyerindeki çalışanlara karşı önceki devam eden iş sözleşmeleri ile aynı koşulları uygulama zorunluluğu olup olmadığı konusu gündeme gelecektir. İş Kanunu'nun işyerinin veya bir bölümünün devrini düzenleyen 6. maddesinde devir tarihindeki mevcut iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçları ile yeni işverene geçeceği belirtilmiştir. Bu bakımdan işverenin yeni devraldığı yerdeki işçilere karşı sorumluluğu da eski düzen ve uygulamaları devam ettirmek şeklinde düşünülebilecektir. Örneğin her yılbaşında işçilerine iki maaş ikramiye veren bir işveren, yeni devraldığı işletmedeki işçilere de bu borç altına girmiş olacak mıdır?

İşveren işyeri devri ile birlikte devraldığı iş sözleşmesinin de borçlusu konumuna geldiğinde eşit işlem borcunu da üstlenmiş olacaktır. Yukarıda açıklandığı gibi işverenin borcu işyeri ile sınırlandırılmamıştır; bu bakımdan işyerinin işveren olarak tarafı olduğu sözleşmelerde aynı iş kolu ve aynı şartlar var ise sözleşmenin devir ile iktisap edildiği önem taşımayacaktır. İş Kanunu ile devir halinde işçilerin sözleşmesinin iyileştirilemeyeceği anlaşılmamaktadır. Bu sebeple objektif olarak gerekçelendirilemeyen her türlü farklı uygulama işyeri devri halinde de keyfiyet olarak algılanacak ve eşit işlem borcuna aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Kaya, s.222.

¹⁷⁵ Kaya, s.223.

¹⁷⁶ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.215.

3.1.2. İşçi Topluluğu Olması

Eşitlik ilkesi, yukarıda değinildiği gibi mutlak eşitlik arayan bir anlayış olarak karşımıza çıkmamaktadır. İşverenin eşit davranma borcu eşitler arasında gözetilmesi gereken bir borçtur; hiyerarşi kaynaklı gücün kötüye kullanılmasını önleme amacını kapsamaktadır. Bu sebeple bir işyerinde eşit davranma borcunun bir işçi aleyhine kötüye kullanıldığının tespit edilebilmesi için karşılaştırmayı mümkün kılacak bir işçi topluluğunun bulunması gerekmektedir¹⁷⁷.

Dar anlamda eşit davranma borcu işverenin bir işçiyi diğer işçiye göre objektif olarak haklı kılınamayacak bir gerekçe ile daha kötü şartlara maruz bırakması olduğundan maddenin uygulanabilmesi için kavramın doğası gereği de karşılaştırmaya esas en az iki işçinin bulunması gerekmektedir¹⁷⁸. Objektiflik koşulunun dikkate alınması önemlidir zira Yargıtay kararlarında üstünde ehemmiyetle durulan nokta budur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.06.2013 tarihli kararında “...2.Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiç-bir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.”¹⁷⁹ denilerek işverenin ayırımı haklı kılan hallerde eşit davranma borcunun söz konusu olmadığı ve eşitlik ilkesinin ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de işyerine çalışan işçiler arasındaki duruma göre değerlendirmeye tabi tutulacağını vurgulamıştır. Bu halde, işyerinde birden fazla çalışanın olması gereklidir.

Eşitlik ilkesi ile birlikte anılan ayrımcılık yasağı için bir kolektif uygulanma zorunluluğu aranmayacaktır. İşveren tek bir işçisi olsa dahi kanunda yazan ayrımcılık yasaklarını çiğneyebilir. Çiğnenen ilke işçiler arasındaki koşullar ile belirlenmemekte insanın doğuştan getirip değiştiremeyeceği ve değiştirmesinin istenemeyeceği, örneğin cinsel yönelim gibi bir özelliğinden kaynaklı bir ayrımcılıktır. Bu halde eşit davranma ilkesi ihlal edilmiş olacaktır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Kaya, s.224.

¹⁷⁸ Süzek,473.

¹⁷⁹ <https://karararama.yargitay.gov.tr/e.t.07.01.2023>.

¹⁸⁰ Süzek, s.473.

3.1.3. Kolektif Uygulama Olması

İşverenin eşit davranma borcunun, işyerindeki işçileri kolektif olarak ilgilendiren bir uygulamadan bahsediliyor olmasına bağlı olduğu öğretide kabul edilmektedir. Buna göre işverenin bir veya birkaç işçi lehine yaptığı iyileştirme kolektifi ilgilendirmediği için eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu kabul işverenin yönetim yetkisi ile savunulmaktadır; işveren bazı işçilere diğerleri ile aynı şartlarda olsalar da ek birtakım haklar sağlayabileceği yönündedir¹⁸¹.

Hukuken kolektif nitelikteki bir işlemin bu maddenin sağladığı korumayı kapsıyor olmasının temel açıklaması, hakkaniyet temelinde yatmaktadır. Buna ilişkin öğretideki en açıklayıcı örnek şu şekilde verilmiştir; Mollamahmutoğlu işletme genelinde bir ikramiyeden söz edilirken işçinin uygulama dışında tutulmasını eşit işlem borcuna aykırı görürken münferit olarak bir işçiye çalışkanlığı sebebi ile verilecek olan ödülün diğer işçilere karşı bir ayrımcılık veya eşitsizlik sonucu doğurmayacağını söylemiştir¹⁸².

Münferit olarak bir işçi lehine uygulamaların objektif olarak gerekçelendirilebiliyor olması önemlidir, zira bir işçinin daha iyi duruma getirilmesi diğer işçiyi otomatik olarak o işyerinde daha kötü durumda bırakacaktır. Bir işçiye kıdemi, niteliği, uzmanlığı gibi sebeplerle yapılacak olan zam hakkaniyet ilkesi kapsamında görülebilecektir¹⁸³, ancak o işçi ile aynı nitelikteki diğer çalışanlar için bu durum eşit davranma ilkesine aykırılık sonucu doğuracaktır. Safi olarak bir işçinin iyi nitelikleri onu diğer işçiler yanında daha iyi duruma getirmeye zemin oluşturmayacaktır. Aynı nitelikte ve verimdeki çalışanlar arasında bir işçinin bu özelliği sebebi ile kendisine menfaat olarak sunulan uygulama diğerleri açısından eşitlik ilkesinin ihlali olacak, duruma göre de ayrımcılık yasağı kapsamında kalacaktır¹⁸⁴. Uygulamada işverenler özellikle çalışanın kıdemi veya eğitim durumu gibi bazı gerekçelerle çalışanlar arasında farklı uygulamalara gitse de kendisiyle aynı niteliklere haiz bir diğer çalışan için adı konulmayan bir sebeple -dini görüşü, ırkı veya cinsel yönelimi gibi- farklı muamelede bulunarak bir ayrımcılığın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilmekteledir. Bu durumda işlem kolektif olmasa da keyfi ise, işveren eşit davranma borcu altında devam etmektedir.

¹⁸¹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.217.

¹⁸² Mollamahmutoğlu, s. 434.

¹⁸³ Kaya, s.241.

¹⁸⁴ Kaya, s.228.

Her ne kadar eşit davranma borcunun uygulanmasında yukarıda açıklandığı gibi kolektif nitelikte bir uygulama aransa da bazı hallerde bireysel işlemler de bu borca aykırılık sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus kolektif nitelikli uygulama için arananın muhatabın birden fazla olması değil sonucun kimleri etkilediğidir¹⁸⁵.

3.1.4. Zamanda Birlik

İş hukuku özel hukuk ilişkilerini düzenleyen bir alan olmakla, İş Kanununun 5. maddesinin de sözleşme özgürlüğü ilkesini tamamen dışlamadığı göz önünde bulundurularak durumun niteliğine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu sebeple madde işveren aleyhine yalnızca aynı zaman diliminde gerçekleştirilen uygulamalar bakımından bir objektif karşılaştırma kriteri sunabilecektir. Karşılaştırma kriterinde aynı zaman dilimi yine eşit davranma yükümlülüğü kriteri olan kolektif uygulama olarak sayılabilecek diğer karşılaştırma olanağı sunan çalışanları işe devam ettiği süredir¹⁸⁶. Sürenin uzunluğu veya kısalığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebeple önceki sürelerde işverenin diğer işçilere sağladığı menfaat, zamanda birlik koşulu sağlanmadığından işçi için talep hakkı oluşturmayacaktır.

Avrupa Adalet Divanı bir kadın çalışanın kendisinden önce istihdam edilen erkek çalışana daha yüksek ücret ödendiği bu sebeple ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinden bahisle yapmış olduğu başvuruyu eşit davranma borcunun şartlarından olan zamanda birlik kriterinin sağlanmadığı, arada geçen sürede işverenin ekonomik olarak gerilemiş olabileceğinden bahisle reddetmiştir¹⁸⁷.

Türk Hukukunda zaman birliği hususunda da Yargıtay uygulamaları işlerlik kazanmıştır. Yargıtay bir kararında kendisinden üç yıl önce işten çıkarılan işçilerin kıdem tazminatının daha fazla gün üzerinden hesaplanmış olmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle açılan bir davada şu hükme varmıştır: “...*Dosyadaki bilgi ve belgelere ve mahkemece karara esas alınan bilirkişi raporuna göre kapsam dışı 4 işçinin sözleşmeleri 1997 yılı içinde son bulmuştur. Davacının ise 2000 yılında sözleşmesi bozulduğuna göre arada üç yıl gibi uzun bir süre mevcuttur. Gerçekten 1997 yılından sonra ekonomik krizin ortaya çıkması sonucu davacı ve bir kısım işçiler*

¹⁸⁵ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.218-219.

¹⁸⁶ Demir, s. 156.

¹⁸⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.223 Karar kadın ve erkek arasındaki eşit işe eşit ücret politikalarına aykırılığın önünü açacağından bahisle eleştirilmiştir.

sözleşmelerini 1475 sayılı Yasanın 16. maddesine göre fesih yoluna gitmişlerdir. Bundan başka 1997 ile 2000 yılları arasında işverenin de değiştiği görülmektedir. Bir başka anlatımla işyeri el değiştirmiştir. Yeni işveren ile eski işverenin uygulamalarının farklılığından söz edilemez. Son olarak, ayrıca su hususun da belirtilmesi önem taşımaktadır. Her işçi işverenle yapmış olduğu sözleşmeye göre özel hükümler konulmak suretiyle çalıştırılabilir. Bir an için yukarıdaki hususlar gerçekleşmemiş olsa dahi mahkemece önceki sözleşmeleri feshedilen işçilerin hizmet akitleri getirtilerek özel hükümler taşıyıp taşımadıkları tespit edilmeliydi. Bu hususlar dahi araştırılmadan bütün işçiler için aynı durum söz konusumuş gibi isteğin hüküm altına alınması hatalıdır....”¹⁸⁸ Burada dikkati çeken husus çalışma koşullarının değişip değişmediğinin araştırılması ve arada geçen zamanın eşit davranma ilkesi kapsamında bir sorumluluk olup olmadığının objektif olarak değerlendirmeye tabii tutulması gerekliliği üstünde durulmuş olmasıdır. Aynı zaman dilimi kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu da bu sebeple üstünde dikkatli durulması gereken bir husustur. Zira aynı zaman diliminden kasıt işçilerin illa ki aynı gün veya saatte çalışıyor olması değildir. Öğretideki bir görüşe göre tanımı gereği eşitlik ilkesi aynı veya benzer durumdaki işçilere farklı uygulamanın yasaklanması ise, aynı verim ve şartlarda çalışan işçiler arasında iş sözleşmesinin ne kadar süre devam ettiği önem arz etmeden eşit davranma koşulu aranacaktır; işçiler arasında objektif olarak eşit davranma ilkesinin aykırılığına haklı bir gerekçe bulunmayan hallerde sözleşme de aynı dönemde geçmiş kabul edilebilecektir¹⁸⁹.

3.1.5. Uygulama ile İşçi Aleyhine Sonuç Ortaya Çıkması

İşverenin eşit davranma ilkesi ile amaçlanan işyerinde bir veya bir kesim işçi aleyhine olumsuz durumların oluşturulmasının önüne geçilmesidir. Bu sebeple eşit davranma borcunun ihlali hali bir uygulama ile bir veya birden fazla işçi aleyhine diğer işçilere oranla aleyhe sonuç doğuracak kararların alınmasıdır¹⁹⁰. Ancak her farklı işlemin eşit davranma ilkesinin ihlali sayılmayacağı unutulmamalıdır. Yukarıda da açıklandığı gibi eşitlik eşitler arasında gözetilmesi gereken bir hukuk ilkesidir, farklılar arasındaki mutlak eşitlik hakkaniyetsizlik ve bu bağlamda asıl ayrımcılığa sebebiyet

¹⁸⁸ Yargıtay 9. HD. 18348/3479 11.03.2002.

¹⁸⁹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.222.

¹⁹⁰ Demir, s. 157.

verecektir. Objektif olarak örneğin yasal düzenleme ile farklı ve aleyhe bir sonuç doğuran işlem eşit davranma ilkesinin ihlali sayılmayacaktır¹⁹¹.

3.1.6. İş Sözleşmesinin Varlığı

4857 sayılı yasanın 5. maddesinin ihtiva ettiği eşit davranma borcu iş sözleşmesinin kurulmuş olmasını gerekli kılar. Madde metninde geçen “işveren, iş ilişkisinde ...” şeklindeki düzenleme ile eşit davranma ilkesinin sınırları çizilmiştir. Doğal olarak işverenin borcu olan eşit davranma yükümlülüğü arasında iş sözleşmesi kurulan işçilere karşı geçerli bir borç olacaktır.

Yargıtay uygulamalarında da “işverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işverenle arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekir.” Şeklinde bir sınırlandırma hüküm altına alınmıştır¹⁹².

3.2. 4857 Sayılı Kanun Kapsamında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanması

Kanunun öngörmüş olduğu eşitlik ilkesinin uygulamada temsil ettiği hukuki durum farklıdır ve öğretilerde bazı yazarlar maddenin kapsamını farklı yorumlamaktadırlar. Bir kısım yazara göre maddenin başlığı eşit davranma borcu olsa da maddenin lafzından herhangi bir eşitlik borcunun anlaşılacağı, bu sebeple işverenin ayrımcılık yasağının düzenlendiği belirtilmektedir. Bir diğer görüş ise maddenin birinci fıkrası ile mutlak ayrımcılık yasağı düzenlenmiş ancak madde gerekçesi ile birlikte okunduğundan Anayasanın eşitlik ilkesine atıfla ayrımcılık yasağı dışında bir de işverenin işçileri arasında gözetmesi gereken bir dar anlamda eşit davranma borcu olduğunu savunmaktadır¹⁹³. Bu görüşe göre madde katmanlıdır ve işverenin kesin borcu olan mutlak ayrımcılık yasağı yanında bir de işçiler arasında haksız ve kötü niyetli olarak farklı muamelede bulunulmamasını arayan eşit davranma borcu bulunmaktadır¹⁹⁴.

Ayrımcılık ile dar anlamda eşit davranma borcu arasındaki fark, işverenin ayrımcılık halinde belli bir kriter üzerinden farklı muamele uyguluyor olmasıdır¹⁹⁵. İşveren işe alırken, işin devamında veya işin sonlandırılmasında bir işçiye örneğin siyasi düşüncesi

¹⁹¹ Demir, s. 157, Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.224.

¹⁹² Yargıtay 9. HD 26762/6747, 14.03.2011.

¹⁹³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.44; Süzek, s.468-473.

¹⁹⁴ Ugan Çatalkaya, D. (2021). İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı . Çalışma ve Toplum , 2 (69) , s.866,. Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71778/1155028>..

¹⁹⁵ Çatalkaya, s.868.

kriterini olarak esas alarak farklı muamelede bulunursa, ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu olacaktır. Farklı muamelenin dar anlamda eşit davranma borcundan farkını da bu nüans belirlemektedir. Muamelenin hukuki tanımlanması, uygulanacak yaptırımın belirlenmesi açısından önemli olduğundan, işverenin saikinin bilinmesi de gerekmektedir.

4857 sayılı kanun kapsamında eşit davranma borcunun uygulanması da şartları sağlaması ve sözleşmenin hangi aşamasında olduğuna göre değişiklik göstermektedir. Aşağıda bu konu ele alınacaktır.

3.2.1. Sözleşme Görüşmeleri Sırasında Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

Hizmet Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku kapsamında davet ve icabet ile kurulan diğer sözleşmeler gibi iş ilanı veya iş ile ilgili herhangi bir haber kaynağına başvuruçunun başvurusunun kabul gibi işlem sayılıp kurulduğu sözleşmelerden değildir¹⁹⁶. İş sözleşmesi kurma bir süreçtir, bu süreçte de taraflar ileride yakın ilişki kurulması ihtimaline istinaden birbirleri hakkında bilgi edinmek amacıyla görüşmelere başlamaktadırlar. İş ilanları tarafları sözleşme görüşmelerine başlamaya davettir. Davet işe başvuranın işverence görüşmelere çağrılması ile karşılıklı davranış yükümlülüğü de bu bağlamda doğmuş olmaktadır¹⁹⁷.

Davranış yükümlülüğü, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri boyunca korunması gerekli bir güven ilişkisi kurmaktadır. Bu sebeple her ne kadar taraflar sözleşmenin kurulup kurulmayacağı hakkında son kararda, kanunun emredici hükümlerinin haricinde, özgür olsalar da hakkaniyet gereğince görüşmeler süresince kişilik değerleri ve maddi değerlerin zarara uğratılmaması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi lafzında “işveren iş ilişkisinde ayrımcılık yapamaz” denilerek bir anlamda işveren ile işçinin görüşmeleri sırasındaki yaşanan eşit davranmama ve ayrımcılık hallerinde işverenin bir sorumluluğu olmadığı şeklinde bir çerçeve çizilmiştir¹⁹⁸.

Madde metninde yer alan düzenleme işçileri iş ilişkisi kurulduktan sonrası için korumaktadır. İş ilişkisi süresince koruma sağlayan İş Kanununun 5. maddesi ile işverenin iş görüşmeleri sırasında bir eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Bu aşamada

¹⁹⁶ Yavuz, N., Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 20-25, Ankara 2018, Oğuzman&Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, s.56-60, İstanbul 2013.

¹⁹⁷ Yürekli, S. (2014). İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo) . Journal of Istanbul University Law Faculty , 72 (2) , 541-579 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9190/115355>.

¹⁹⁸ Kaya, s.208.

işverenin sözleşme özgürlüğüne üstünlük sağlanmıştır. Uygulamada Yargıtay da iş sözleşmesi görüşmeleri ve sözleşmenin kurulma aşamasında işverenin eşit davranma borcu bulunmadığını sözleşme şartlarını da halihazırda çalışan işçilerin durumuna göre tayin etme zorunluluğu bulunmadığı yönünde kararlar almaktadır. Buna ilişkin güncel bir kararında Yargıtay “*eşit davranma borcu işverenin aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. ... esas itibari ile işveren henüz işe alınmamış kişilere ve iş ilişkisi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. ... kısaca işveren çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında özellikle ücret yönünden bir eşit davranma borcu altında değildir*¹⁹⁹.” Diyerek eşit davranma borcunun süre yönünden de işverenin eşit davranma borcunun iş ilişkisi boyunca var olan bir borç olduğunun altını çizmiştir.

Maddenin gerekçesinde “*işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.*” Denilerek işverenin eşit davranma yükümlülüğünün aslında işçi ile işveren arasında sözleşme görüşmeleri aşamasında da gözetileceğini, bu sonucun uluslararası hukuk kurallarından doğduğunu belirtilmiştir. Maddenin tarihi gelişimi de çalışanın eşitlik hakkı ve ayrımcılığa karşı korunmasının ancak iş görüşmelerinin de bu madde kapsamında kalması ile amacına ulaşacağını göstermektedir²⁰⁰. Zira iş ilişkisinin kurulması sırasında işverenin uyması gereken bir eşit davranma borcu kişilerin iş bularak çalışma hakkı ve hayatlarını idame ettirme ihtiyacı da güvence altına alabilecektir. Maddenin düzenlediği ayrımcılık tazminatının işin kurulması aşamasındaki ayrımcılıkları koruyacak şekilde genişletilmemiş olması da maddenin koruma amacı ile çelişse de işçilerin bu bağlamda açıkça ayırım yasaklarına aykırılık ile genel hukuk kuralına ve kişilik haklarına zarar veren bu eylemler sebebi ile işverenin culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak tazminat hakları doğacaktır²⁰¹. Culpa in contrahendo sorumluluğun bir haksız fiil sorumluluğu mu yoksa borca aykırılık mı olduğu öğretilerde tartışmalı olup Yargıtay da Culpa in Contrahendo sorumluluğunu akit görüşmelerinden doğan sorumluluk olarak nitelendirmektedir. 4857 sayılı kanun ile de her ne kadar sözleşme görüşmeleri sırasındaki ayrımcılık hali bir yaptırıma bağlanmamış olsa da, sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelebilecek bir ayrımcı muamele maddede öngörülen tazminat ile

¹⁹⁹ Yargıtay 9. HD 2016/34591 E. 2020/18303 K. 14.12.2020 T.

²⁰⁰ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.228.

²⁰¹ Yenisey (2006), s.77.

değil genel esaslara göre culpa in contrahendo sorumluluğunda tazmin edilebilecektir²⁰².

3.2.1.1. İş İlişkinin Kurulması Aşamasında Cinsiyet ve Gebelik Sebebi ile Ayrımcılık Yasağının Uygulanması

İşverenin işe almada eşit davranma borcu altında olmadığı kabulü karşısında İş Kanununun 5. maddesinin üçüncü fıkrası karşımıza çıkmaktadır; buna göre işveren iş sözleşmesinin yapılması aşaması da dahil olmak üzere işçiye cinsiyet ve gebelik sebebi ile doğrudan veya dolaylı farklı işlem uygulayamayacaktır. Bu durum sözleşmenin kurulması, şartların oluşturulması, uygulanması ve sona ermesini kapsayacak şekilde detaylı olarak kanunda yer almıştır.

İşveren işe alım aşamasında istediği işçiyle sözleşme kurma serbestisine sahipken, bu özgürlük hali başvurucunun cinsiyeti ve gebeliği sebebi ile yapılacak bir ayrımcılık durumuna karşı sınırlıdır²⁰³. Normal şartlarda işveren işletmenin riskini de taşıdığından kendisine sözleşme kurma serbestisi yetkisi ön hak olarak tanınmaktadır. Ancak gerek Avrupa Birliği Mevzuatı gerekse de ILO şartları ile iş hayatında kadının karşılaştığı zorluklarla baş edilmek üzere imzalanan ve Türkiye'nin de tarafı olduğu sözleşmeler bu detaylı düzenlemeyi gerekli kılmıştır. Zira kadınların iş hayatında en çok zorlandıkları alanlardan bir tanesi de aynı niteliklere haiz olsalar da işe alım sürecinde erkek adaylar ile yarıştırdıklarında daha dezavantajlı bir duruma düşmeleridir. Toplumsal önyargılar kadınların iş hayatında geçici olacağı ve hatta gebelik halinden sonra çalışmayacağı yanlışlığıyla kadınları ekonomik hayattan dışlamaktadırlar²⁰⁴. İşverenin eşit davranma yükümlülüğünde iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyet ve gebelik sebebi ile farklı uygulamanın yasaklanması da bu açıdan önyargıların kırılması için alınan bir önlem olması noktasında isabetlidir²⁰⁵.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında adaya cinsiyeti veya gebeliği sebebi ile farklı işlem uygulanamayacaktır. İş görüşmelerinde özellikle kadın adaylara medeni durumu, hamile olup olmadığı veya çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği şeklindeki sorular da hem özel hayatın gizliliğinin hem de madde ile bahsedilen iş görüşmeleri

²⁰² Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.382, SUR, Melda, İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:37, s.41.

²⁰³ Karaer, E., Türk İş Hukukunda Eşit İşlem İlkesine Aykırılık, [Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi] s. 40.

²⁰⁴ Kaya, s.236.

²⁰⁵ Süzek, s.475.

sırasındaki ayrımcılık yasağının ihlalinin teşkil etmektedir. Ancak işin gereğinin zorunlu kıldığı hallerde işveren bu durumu bildirmek kaydı ile bu bilgileri isteyebilecektir²⁰⁶. Örneğin mankenlik için yapılan iş görüşmelerinde kadın adayın hamilelik durumu işin vasfı ile bağdaşmayacaksa, radyasyona maruz kalınacaksa veya belirli bir süre ile işe devam aranacak bir iş görülecekse işverenin görüşme sırasında bu soruları sorması gerekli ve hakkaniyetli olacak bu sebeple de bir ihlalden bahsedilemeyecektir²⁰⁷.

3.2.2. Sözleşme Süresince Eşit Davranma ve Ayrım Yapmama Borcu

4857 sayılı yasanın 5. maddesi ile işverene çalışanlar arasında gözetmesi amacıyla eşit davranma borcu yüklenmiştir; maddenin birinci fıkrasında sayılan ayırım yasakları iş ilişkisinde kelimesi ile vurgulanmıştır. Taraflar iş ilişkisinin başlaması ile iş ilişkisinden doğan borçların da altına girmektedirler. İşveren emir verebildiği ve verdiği emir ve talimatlarla çalışma koşullarını belirlediği çalışanlar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür; eşitlik mutlaka aynı işleme tabi olmak demek değildir. İş ilişkisinde aranan eşitlik işverenin yönetim hakkını makul olmayan keyfi işlem ile kötüye kullanılmasının önüne geçilmesidir²⁰⁸.

İşverene bağımlı çalışan işçi, işverenin aldığı kararlar ile iş hayatını sürdürmektedir; işyeri de olsa hiyerarşik düzende alınan kararlar ve oluşturulan grupların işçinin hayatına etkisi göz önüne alınarak bu alandaki ilişki de eşitlik ve hakkaniyet borcu ile kontrol altında tutulmaktadır²⁰⁹. Bu kapsamda işçiler arasında iş sözleşmesinin devamı süresince işveren din, dil, ırk, renk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamayacaktır. Bu durum maddenin aradığı eşitlikteki mutlak ayrımcılık yasağının bir sonucudur. Ayrıca işveren çalışanlar arasında iş sözleşmesinin türüne göre veya cinsiyet sebebi ile farklı muamelede de bulunamayacaktır. Bu borç ise eşitlik borcunun bir diğer görünümü olan dar anlamdaki eşit davranma borcudur; ayrımcılık temelli bir gerekçe olmaksızın bir kişinin eşitlerinden farklı muameleye tabi tutulması halinde ihlal edilebilmektedir. Örneğin işçi kadın olduğu için terfi ettirilmiyor ise bu durum işletmesel bazda alınan kararda kıyasın ayrımcılık temelli bir gerekçeye dayandırılması ve ayrımcılık yasağının ihlalidir. Ayrımcılık saikli olmasa dahi, işyerinde yalnızca bir kişinin fazla mesaiye bırakılması ise dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali

²⁰⁶ Bilir, Ece (2011), Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı, [Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi] s.95.

²⁰⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.233.

²⁰⁸ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.241.

²⁰⁹ Kaya, s.231, Süzek, s.479.

olacaktır; bu da ancak kişinin işyeri bazında yapılan bir makul ve hakkaniyetli sınıflandırma ile haklılaştırılabildiği durumda ihlalden bahsedilmeyecektir²¹⁰.

3.2.2.1. İşverenin Çalışanlar Arasında Sınıflandırmaya Gitmesi

İşverenin eşit davranma borcunun nispi bir nitelik taşıdığı, eşit davranma borcunun benzer koşullardaki işçiler arasında gözetileceği aksi halde farklı koşullardaki işçilere aynı muamelenin eşitsiz ve hakkaniyetsiz sonuçlar doğuracağından yukarıda bahsedilmiştir. Uygulamada Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. 4857 sayılı yasanın 5. maddesi ve aynı zamanda iş hukukunun artık temel ilkelerinden olan eşit davranma yükümlülüğü görüldüğü surette mutlak bir eşitlik aramamaktadır.

İşveren bu bağlamda işyerinde birtakım düzenlemeler yaparken bu ortaklık ve farklılıkları gözetenek bir sınıflandırmaya gidebilecektir. Bu sınıflandırmalar sonucunda işçinin ücret, zam, prim, ikramiye vb. hakları belirlenebilecektir. Diğer bir anlatımla işverenin ayırım gözetmede haklılaştırılabilir objektif ve makul bir gerekçesi varsa, örneğin zam oranlarının buna bağlı farklı uygulanması da eşitliğe aykırılık anlamına gelmeyecektir²¹¹.

Ancak mutlak ayrımcılık yasağı nihayetinde işverenin yaptığı sınıflandırmadan ayrılacaktır. Zira işveren işçisine din, dil, ırk, renk cinsiyet sebebi ile farklı muamelede hiçbir surette bulunamayacağından bu gerekçe ile oluşturulan bir sınıflandırma ve buna bağlı farklı işlem maddenin ihlali olacaktır.²¹² Örneğin işveren iş çıkışı yalnızca belli bir ırka mensup işçilerin üstlerini aratıyorsa veya yapılacak zamdan kadın işçiler yararlandırılmıyorsa, bu işverenin işyerindeki uygulama sebebi ile yapılan sınıflandırma şeklindeki savunmasının geçerliliği olmayacaktır.

İşveren yönetim yetkisi kapsamında işçiyi işe aldıktan sonraki aşamada ücret zammı yapılacağı vakitte de eşit davranma ilkesine uygun davranmalıdır. Ücret zammında aranılacak eşitlik maddenin amacı ile doğru orantılı olarak mutlak eşitlik değil, işçinin keyfi olarak bir ücret zammı dışında bırakılmamasıdır. Eşitlik, işçinin konumlandırıldığı ve makul sınıflandırma içinde diğer işçilere nazaran farklı işleme maruz bırakılmamasıdır²¹³. Yargıtay kararlarında da bu durumun üstünde durulmuştur. Yargıtay da objektif olarak haklılaştırıldığı durumlarda çalışanlar arasında ücret

²¹⁰ Çelik vd., s.435.

²¹¹ Kandemir & Yardımcıoğlu, s.21-22.

²¹² Kaya, s.232, Karaer, s.3.

²¹³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 241.

zamminin farklılık arz edebileceğini bildirmiştir. Bir kararında “*davalı belediye iki işçiye ücret zammı yapmaktaki amaç diğer çalışanlar ile aralarında bir ayırım gözetmek değil başarılı iki uzman işçiyi işyerinde tutmak işin devamını sağlamaktır.*”²¹⁴ Şeklinde belirtmiştir. Bu husus liyakat ve performans ile çalışanlar arasındaki farklı muamelelerin gerekçelendirildiği husustur. İşverenin yönetim erki kapsamında çeşitli sınıflandırmalar arasında işçiye açık ve açıklanabilir bir gerekçe sunmadığı durumlarda farklı işlemin işin yürütümüne göre oluşturulduğu iddia edilen sınıflandırma halinde eşit davranma borcunun ihlali ortaya çıkacaktır.

Burada bu duruma getirilen eleştirilerden bir tanesi, eşit davranma yükümlülüğü ile ilgili olan maddenin içeriğinde zaten bir şekli eşitlik ihtivası olduğudur²¹⁵. Madde ile aranan sayısal eşitlik değildir. İşveren aynı veya benzer işçiler arasında eşitlik gözetmekle yükümlüdür. İşverenin benzer koşullarda olmayan işçilere aynı muamelede bulunması halinde eşit davranma borcuna aykırı davranmış olacağından, mutlak eşitlik ihtivası olmadığı bahsiyle farklı ücret zammı veya ikramiye ödenmesi gibi hususların objektif gerekçeye sığdırıldığı yönündeki yorum da hatalı olacaktır²¹⁶. İşverenin gruplandırma yaptığı hallerde de bu sebeple eşit davranma borcu devam ediyordur ve keyfi olarak bir sınıflandırma veya somut olayla bağdaşmayan savunma eşitsizliğe haklı gerekçe teşkil etmeyecektir.

İş yerinde sözleşme özgürlüğü ve işverenin yönetim yetkisi kapsamında yaptığı işlemler ve buna bağlı oluşturulan gruplandırmalarda yine de dikkatli bir şekilde herhangi bir ayrımcı uygulama sonucunun doğup doğmadığına bakılması gerekmektedir. Zira bu şekilde, işverenin belli işçilere diğer işçilere nazaran daha farklı ve fazla menfaat temin etmesi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aklanabilecektir. Bu farklı işlemin altında farklı işleme maruz bırakılan işçilere karşı herhangi bir şekilde din, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi görüş vb. şekilde ayrımcılık sebepleri sayılan haller ile farklı muamelede bulunuluyor olabilecektir. Bu durumda işçiye karşı ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olacaktır; eğer ayrımcılık yasağı ihlali doğuran bir halin varlığından söz edilemiyor ancak yine de bu farklı işlem makul bir zemine oturtulamıyorsa eşit davranma borcu ihlal edilmiş olacaktır²¹⁷.

²¹⁴ Y9HD, 30.3.1973, 37337/8164 <https://karararama.yargitay.gov.tr/> e.t.21.05.2023

²¹⁵ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.247.

²¹⁶ Kaya, s.241.

²¹⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.249.

3.2.2.2. Cinsiyet Sebebi ile Ayrımcılık Yasağı

Toplumsal normların zihniyete, zihniyetin de politikaya dönüştüğü aşıkardır. Kadınların toplumsal alanda söz söyleme ve yer edinme hakkını elde edebilmeleri kolay olmamıştır. Kadınların erkekler ile toplumda eşit konumda temsiliyetleri ve ekonomik hayata katılımlarının sağlanması da mücadeleler sonucunda gerçekleşmiştir²¹⁸. Bunun sonucunda, kadınlar için erkeklerle aynı ortamda çalışmaya başladıkları andan itibaren dezavantajlı durumlar ortaya çıkmıştır.

4857 sayılı yasada cinsiyet temelli ve cinsel yönelim gerekçeli ayrımcılık yasağı maddenin birinci fıkrasında 1982 sayılı Anayasanın 10. maddesi ile birlikte işverene sorumluluk olarak yüklenmiştir. Maddenin lafzı Anayasa ile hemen aynı şekildedir, maddenin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında ise cinsiyet temelli ayrımcılık yasakları detaylı olarak şu şekilde ele alınmış ve yasaklanmıştır. Anılan kanun maddesi fıkrasında göze çarpan cinsiyet temelli eşitsizliğin öncelikle işin niteliği ve biyolojik sebeplerle gerekçelendirilemiyor oluşudur. Ulusal ve Uluslararası kaynaklara bakıldığında her ne kadar hala istenilen niteliğe varılamamış olsa da kadınların iş yaşamındaki temsiliyetinin artırılması için getirilen düzenlemelerin nicelik bakımından ilerlemesi göze çarpmaktadır.

Çalışma hayatında kadınlar için bu tarz düzenlemelerin yapılması hem toplumsal cinsiyet rollerinin yadsınamaz gerçekliğinin hem de rollerin reddedilmesinin bir sonucudur. Toplumsal roller asırlardır kadınlara yüklenen biyolojik rollerin dayatması hem de konularının toplumsal kabul edilerek zihniyete indirgenmesidir. Kadınlar için toplumsal rol örneği olarak ev işi, çocuk bakımı, tertipli düzenli olma gibi işlerin normal görülmesidir²¹⁹.

Kadın hak kazanımlarının yıllar içinde evrilmesi ile hukuk sistemlerinde giderek daha fazla kadının istihdamdaki yerini onun dezavantajlı olduğu noktalara karşı korunduğunu görürüz. Çalışma süresince işveren kadın çalışanlara eşit davranmakla ve ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür. Ancak işin gereği ve biyolojik sebeplerle yapılacak farklı muamele işverenin bahse konu borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu durum madde kapsamındaki borcun uygulanması ile de uyumludur zira eşit

²¹⁸ Yüksel, s.17, Erdem, J.G.s.33, 4(8),.

²¹⁹ Yıldız, S., Alhas, F., Sakal, Ö., Yıldız, H. (2016). Cam Uçurum: Kadın Yöneticiler Cam Tavanı Ne Zaman Aşar?. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 71(4), 1119-1146. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000002425 e.t.10.09.2023.

davranma borcu benzerler arasındaki bir borçtur, farklı özelliklere tabi çalışanlara eşit davranmak ayrımcılık sonucu doğuracaktır²²⁰.

3.2.2.3. Eşit İşe Eşit Ücret Borcu

İşverenin eşitlik borcunun düzenlendiği maddede aynı veya eşit değerdeki işler için çalışanlar arasında farklı ücret uygulamasına gidilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Eşit değerde iş için eşit ücret borcu işverenin hakimiyetini ve kendisine bağlı çalışan işçilerin farklı işlerde görevlendirilmiş olsa da değer bakımından eşit sayılacak işler yapması halinde ücret kararlaştırma hakkını kısıtlaması boyutu ile önemlidir. Zira uygulamada eşit değerdeki iş kavramının çoğunlukla iş tanımını farklılaştırılması ile dolandırıldığı görülmektedir.

İşveren işçiler arasında çalışanın kıdemi, niteliği, uzmanlığı, eğitimi gibi sebeplerle ücretlendirmelerde ayrıma gidebilecektir. Zira eşitlik ilkesi eşitler arasında anlam ifade ettiğinden, çalışanlar arasında yapılacak bu şekilde makul bir sınıflandırma ile farklı muamele borca ihlal teşkil etmeyecektir²²¹. Ancak yine işveren işletmesel kararlarını hukuki çerçevede gerekçelendirmek zorunda olduğundan ve bu kararlar haksız ayırım teşkil edemeyeceğinden çalışanlar arasında yalnızca cinsiyet sebebi ile yapılacak bir ücretlendirme farkı aykırılık olacaktır.

Yargıtay yerleşik kararlarında uygulamada eşit işlem farkının ayrımcılık teşkil etmesi noktasında maddenin gerekçesinden ve lafzından daha dar yorumlamaya yöneldiği görülmektedir. Genel kanı, farklı işlemin işyerinde dil, din, ırk, renk, cinsiyet sebebi ile yapıldığının kanıtlamadığı hallerde ücret konusundaki farklı uygulamanın bir ihlal teşkil etmediği yönünde seyretmekte. Ancak yakın tarihli bir Yargıtay kararında bu karardan sapma gibi yorumlanabilecek bir karara imza atılmış olması sebebi ile öğretide tartışmalar başlamıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2017/16279 E. 05.10.2020 tarihli kararında işçinin eşit işe eşit ücret ödenmediği iddiasıyla açılan davada yerel mahkemenin ayrımcılık temelli bir farklı işlemin kanıtlanamadığından bahisle reddedilen davada eşit işe eşit ücret ödenmemesinin ayrımcılık olduğu ve tazminata hak kazanılacağına hükmetmiştir. Ancak yine aynı dairenin, bu karardan sonraki kararlarında ayrımcılık tazminatı için eşit işe eşit ücreti yeterli görmeyerek bir ayrımcılık saikli farklı uygulama aramaya devam etmesi, öğretide kararın kaçak karar

²²⁰ Kaya, s. 236.

²²¹ Kaya, s.241.

veya karar metninden anlaşılamayan bir durumun olabileceği şeklindeki yorumları güçlendirmektedir²²².

3.2.2.4. İş Sözleşmesinin Türüne Göre Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

İşverenin kendisine iş sözleşmesi ile bağlı çalışanlara karşı eşit davranma ve ayrımcılık yapmama borcu çalışanlar arasındaki sözleşme türlerine göre ayırım gözetme hallerinde ne şekilde uygulanacağı gündeme gelecektir. Eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen maddenin ikinci fıkrasında çalışanların iş sözleşmesinin türlerine göre uğrayabileceği farklı muameleye karşı korunması düzenlenmiştir; “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” Maddede iki iş sözleşmesi türleri bakımından eşit davranma yükümlülüğü kayıt altına alınmıştır: tam süreli ve kısmi süreli sözleşmeler ve belirli süreli ve belirsiz süreli sözleşmeler.

3.2.2.4.1. Belirli Süreli ve Belirsiz Süreli Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

İş Kanunu, belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin diğer işçiler karşısında ayrımcılığa uğramamasını sağlamak için farklı işlemlere tabi tutulamayacaklarını belirtmektedir. Bu düzenleme, çalışma koşulları ve sosyal hakları da kapsamaktadır ve Avrupa Birliği'nin direktiflerine uygun olarak yapılmıştır. Çalışanlar arasında Belirli ve belirsiz süreli işçi arasında iş sözleşmesine göre ayırım yapılamayacağı, genel ayırım yasaklarını içeren 5. madde yanında ayrıca 12. Maddede de özel olarak düzenlenmiştir;

“Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları

²²² Özkaraca E, Ünal Adınır C (2021). Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi). SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ, 0(46), 127 - 136. Anılan Yargıtay kararında “Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer devevecilere kıyasla daha az ücret ödendiği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer deveveciler hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiçbir 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. Mahkemeye davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Buna göre davacının fark ücretleri de hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş ahdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” diyerek mutlak ayrımcılık hali dışında eşit davranma borcunun ihlalini de ayrımcılık yasağı ihlali kabul etmiştir.

Madde 12 - Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır.”

Anılan madde başlığı sözleşme türleri ayrımının sınırları şeklindedir, içerik olarak ise bakıldığıнын işverenin sınırlandırılmasının ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Maddede emsal işçi kavramı ve sınırlandırmanın şekli hüküm altına alınmıştır. Maddelerin düzenlemeleri eşit davranma ilkesine uygun olarak her durumda aranan bir mutlak eşitlik şeklinde değildir; işveren ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça sözleşme türlerine göre işçiler arasında farklı muamelede bulunmayacaktır. Düzenleme ile çalışanlar arasındaki farklı muamelenin gerekçesinin yalnızca iş sözleşme türlerinin farklılığı olamayacağı belirtilmiştir²²³. Maddenin gerekçesinde ILO'nun bu konudaki sözleşmelerine atıf yapılmıştır; burada esas olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu bu bakımdan sözleşmeler arasında bir ayrımın da sözleşme türünden kaynaklanamayacağı belirtilmiştir. Gerçekten de esas olarak iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar işverenin eşit davranma yükümlülüğü düzenleyen madde ile işçiler işverenin keyfi farklı işlemine maruz kalmaktan korunmaktır ve uygulamada işverenin sözleşme türünü bahane ederek işçiler arasında hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırı işlemler yaptığı görülmektedir.

Maddede emsal işçi karşısında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye tam süreli işçiye göre ve belirli süreli sözleşme ile çalışan işçiye belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye ayrımcılık yapılamayacağı ve farklı işleme tabi tutulamayacağı ancak farklı işlemi haklı kılan bir neden olmamasına bağlanmıştır²²⁴. Emsal işçi kavramı ise kanunda yine 12. Maddede tanımlanmıştır:

“Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara

²²³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.158.

²²⁴ Kaya, s.244.

uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.”

Emsal işçi kavramı, çalışanın kendisine eşit davranılmadığı hakkındaki iddiasının karşılaştırılma yolu ile tespitinde önemlidir. Zira yukarıda da bahsedildiği gibi eşit davranma ilkesinin uygulanmasında işyerinde bir işçi topluluğu bulunmalı ve bir işçiye diğer işçiye nazaran farklı uygulama ile olumsuzluğa sebebiyet verilmiş olması gerekmektedir. Yukarıda alıntılanan madde ile emsal işçinin yalnızca aynı işi gören işçi olarak ele alınmaması gerektiği Yargıtay kararlarında yer almaktadır.²²⁵ İş kolu kavramı da sendikalar kanununun 60. Maddesinde bir iş kolu sınıflandırmasına gidilmiştir ancak emsal işçi kavramının 4857 sayılı yasada eşit davranma ilkesi ile alakalı olması ve Sendikalar Kanununda belirlenen iş kolu kavramının da sendikaların güçlendirilmesi amaçlı olması sebebi ile iş kolu sınırlandırmasında birebir uygulama alanı bulamayacaktır²²⁶.

Ancak genel bir karar analizi yapıldığında eşit işlem borcunun Yargıtay nezdinde işverenin yönetim yetkisiyle yarıştırdığı ve her koşulda hukukun genel ilkesi olarak eşitliğin öncelikli olarak arandığı görülmektedir. İşveren farklı işlemini gerekçelendirebilmeli ve bu gerekçesini emsal işçi ile dayanak haline getirmelidir. Emsal işçinin belirlenmesi hususunda Yargıtay 9. Hukuk dairesi 9.7.2003 tarihli ve 1620/13008 sayılı kararında ayrıntılara ve işyerinin durumunda da dikkat edilmesi gerektiğine yalnızca yapılan işin ne olduğunun emsal işçi belirlenmesine yetmeyeceğini ve somut durumun tahlilinin önemine dikkat çekmiştir²²⁷.

Belirli süreli iş sözleşmesi ile belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında en yaygın uygulanan farklı muameleler, işyerindeki yan haklar, ikramiye prim, izin saatleri, ücret uygulaması gibi bölünebilir haklarda karşımıza çıkmaktadır. Belirli süreli sözleşme ile çalışan işçilerin hak ve menfaatleri, çalıştıkları süre ile orantılı olarak belirlenmelidir. Bölünebilir hak ve menfaatler bu şekilde dağıtılabılır, ancak bölünemeyen hak ve menfaatler hakkında herhangi bir ayırım yapılmamalı ve tüm işçiler eşit şekilde faydalanmalıdır. Kıdem şartları aranıyorsa, belirli süreli işçiler için de belirsiz süreli işçilerle aynı kıdem uygulanmalıdır, haklı bir gerekçe olmadan gözetilen ayırım maddenin ihlali anlamına gelecektir²²⁸.

²²⁵ <https://karararama.yargitay.gov.tr/> e.t.23.11.2023 Yarg. 9. H.D. 2022/8415 E. , 2022/8823 K.

²²⁶ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.167.

²²⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.254.

²²⁸ Kaya, s.247, Özçmak, Z, Eşitlik İlkesi Ve İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.72 [Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi].

3.2.2.4.2. Kısmi Süreli ve Tam Süreli Çalışan İşçiler Arasında Eşit Davranma ve Ayrım Yapmama Borcu

Kısmi süreli sözleşmeler, kanunda eşit davranma borcu ile korunma alanı bulan sözleşmelerdendir. Buna göre kısmi süreli çalışan işçiler tam süreli çalışan emsal işçiye oranla, haklı bir gerekçe bulunmaksızın farklı muameleye tabi tutulamayacaktır. Kısmi süreli çalışma, normal haftalık çalışma süresinin tam süreli benzer bir işçiden önemli ölçüde daha az olması durumunda uygulanır. Kısmi süreli çalışanlar, tam süreli bir işçiye göre farklı işlemlere tabi tutulamaz ve ücretleri çalıştıkları süreye göre ödenir²²⁹.

İş Kanununun 5. maddesi ile iş ilişkisinin devamı süresinde ücret, belirli haklar gibi koşulların belirlenmesinde işverenin eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranması gerektiğini ancak bu yükümlülüğün mutlak nitelikte olmadığını düzenlediğinden yukarıda bahsedilmiştir. Kısmi süreli çalışan işçiler açısından da bu durum geçerlidir. İşçiler, safi iş sözleşmesinin farklı olmasından kaynaklı bir farklı muameleye maruz bırakılamayacaktır, bölünebilen haklar da o iş yerindeki emsal işçiye göre bölünerek kendisine sağlanacaktır.

Kısmi süreli sözleşmelerin farklı muamele yasağı ayrıca İş Kanunu 13. maddede düzenlenmiştir. Maddede kısmi süreli sözleşmelerin niteliği ve bu sözleşmeler kapsamında tarafların yükümlülükleri belirtilmiştir. Gerekçede bu tarz sözleşmelerin kurulmasının yaygınlaşması amacı ile taraflara eşit davranma yükümlülüğü getirildiği ve bu sözleşme sebebi ile farklı muameleye maruz bırakılmayacağına garanti verilmiştir. Dikkat edilmesi gereken nokta uygulamada İş Kanunu'nun şekli şartlarının dolanılmaya çalışılırken bu tarz sözleşmelerin kullanılıp işçinin haklarından yoksun bırakılma saikli muamelelerin tespitidir. Zira AB uygulamalarında da bu tarz sözleşmeler genelde kadın çalışanlar arasında yaygınlaşmış ve bu kapsamda kısmi süreli çalışana uygulanan farklı muamele aynı zamanda dolaylı cinsiyet ayrımcılığı sonucu doğurmuştur. Sözleşme uygulanırken kadınlara karşı hem cinsiyet ayrımcılığı sebebi ile hem de sözleşme türü sebebi ile farklı muamelede bulunulabilecektir ve bu durumun tespiti için uygulamada özel bir dikkat gerekmektedir.

²²⁹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.162

Uygulamada çalışanlar açısından önemli olan kısmi süreli sözleşmelerde bölünebilir haklar açısından emsal işçinin tespiti ve bu kapsamda değerlendirmenin hukuka uygun yapılabilmesidir²³⁰.

3.2.3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen eşit davranma ilkesinin ilk fıkrasında iş ilişkisindeki ayırım yasakları düzenlenmiş, üçüncü fıkrasında bir işçiye cinsiyet veya gebelik sebebi ile işin sona erdirilmesinde doğrudan veya dolaylı farklı işlem uygulanamayacağı, beşinci fıkrasında da iş ilişkisinin sona ermesinde düzenlemeye aykırılık halinde öngörülen yaptırım hüküm altına alınmıştır. Madde metninden maddenin koruma alanının işin sona erdirilmesini de kapsadığı anlaşılabilir. Ancak işverenin iş sözleşmesini fesih ederken eşit davranma borcu altında olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.²³¹ Bir görüşe göre işveren yönetim hakkı kapsamında iş sözleşmesini fesih ederken eşit davranma borcu altında değildir. Bu görüşe göre, işverenin sözleşmeyi devam ettirip ettirmeme özgürlüğü dar anlamdaki eşit davranma borcuna üstündür ve süreli fesihte tekil işlemlerde eşit davranma borcu aranmayacaktır²³². Bu görüş iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde toplu fesihlerin eşit davranma yükümlülüğüne herhangi bir ihlal olup olmadığı konusunda bir değerlendirmeye tabi tutulabileceğini, onun dışında tekil süreli fesihlerin işverenin iradesi ile sınırlı olduğunu savunmaktadır. İşverenin iş sözleşmesinin feshi yalnızca ayrımcılık yasakları kapsamında sorgulanabilecektir²³³. Birden çok işçinin işten çıkarılması halinde, yani bir olay sonucu, örneğin iş yerindeki düzeni bozan etkinlikler, çalışanlar arasındaki çatışmalar, iş yerinin gerekleri gibi sebeplerde, işçilerden belli bir kısmın bu işten çıkarmadan etkilenmesi ve diğerlerinin etkilenmemesi halinde işverenin eşit davranma ilkesine aykırılığı sorgulanabilecektir. Bu halde de işverenin keyfiyetinin sorgulanması ve işçinin adalet duygusunun zedelenip zedelenmediğine bakılması gerekecektir²³⁴. Nuri Çelik'e göre tek işçinin işten çıkarılması halinde işverenin eşit davranma borcu olmayacaktır; toplu işten çıkarımlarda da işveren işçisini yetenek, kıdem, ihtiyaç gibi subjektif özelliklerine göre seçebilecektir.²³⁵ Ayrımcılık maddede

²³⁰ Kaya, s.247-248

²³¹ Süzek, s.481

²³² Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.285

²³³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.285, Mollamahmutoğlu, s.540

²³⁴ Kaya, s.249

²³⁵ Çelik vd., s.440.

anılan özel durumlar içindir; işveren kötü niyetli ve keyfi davranmadıktan sonra fesih halinde herhangi bir eşit davranma borcundan bahsedilemeyecektir²³⁶.

İş sözleşmesinin sonlandırılması halinde ayrımcılık yasağı yanında dar anlamdaki eşit davranma borcunun devam ettiği de bazı yazarlar tarafından savunulmaktadır. Bu görüşe göre eşit davranma borcu, işçiyi makul olmayan keyfiyete karşı korur; bu durum iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde de devam etmelidir. İşverenin uyması gereken bu ilkede ölçülülük, keyfiyetten uzaklık ve hakkaniyet meselesinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamasında da gözetilmeye devam edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Süzek, eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde de devam etmesinin gerekçesi olarak, bu borcun Anayasanın 10. Maddesindeki eşitlik ilkesinin yine Anayasanın 11. Maddesindeki iş ilişkilerinde de bu ilkenin gözetilmesi gereğinin bir sonucu olmasına ve ölçülülük ilkesi kapsamında bu borcun devam etmesi gerektiğine bağlamaktadır²³⁷. Kanımızca bu görüş, maddenin tarihi misyonu ve iş hukukunun ilkelerine daha uygundur.

Bu görüşte, daha çok işçinin süreli fesihlerdeki durumu yerine haklı nedenle iş sözleşmesinin feshinde ortaya çıkan seçim prosedürünü incelemekte ve içine almaktadır; işverenin iş sözleşmesini fesih kararında hangi işçinin iş sözleşmesinin fesih edildiği, bu karar aynı koşuldaki işçiler arasında keyfi bir ayırım sonucu mu alındı şeklinde bir denetime tabi tutulabilecektir. Birden fazla işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih edilebileceği bir senaryoda, bütün işçilerin iş sözleşmesi fesih edilebilecekken bir kısım işçinin işine son verilmiş de olabilecektir. İşçiler arasında eşitlik aranırken illa da tüm işçilerin iş sözleşmesinin feshi aranmamaktadır. Yalnızca işverenin hangi işçinin iş sözleşmesini fesih edeceğine nasıl karar verdiği ve bunun gerekçesi olarak objektif bir durum öne sürüp sürmediği önemlidir. İşçinin bu konuda adalet hissinin sağlanması önemlidir²³⁸.

Yargıtay kararlarında da işverenin işten çıkarmasını haklılaştırabilecek bir objektif neden aranması noktasında süregelen uygulaması bulunmaktadır. Sosyal seçim kriteri iş sözleşmesi fesih edilen işçinin iş güvencesi kapsamında olması durumunda bu feshi yargıya taşıdığı zaman mahkemece bakılacak ölçüttür²³⁹. Sosyal seçim ölçütlerini Yargıtay bir kararında “ *İşverence işten çıkarılacak işçi seçilirken, işyerinde aynı işi*

²³⁶ Çelik, Nuri, İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt 1 Sayı 4; İstanbul 2006, s.6

²³⁷ Süzek, s.481-482.

²³⁸ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.287.

²³⁹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.277.

üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçülere göre dayandığı saptanmalıdır.”²⁴⁰ şeklinde belirlemiştir.

Yargıtay işten çıkarmanın eşit işlem borcunu ihlal edip etmediğine ilişkin kararlarında da işten çıkarmanın keyfi veya kötü niyet içerip içermediğine ilişkin bir incelemeye girmektedir. Bir kararında işyerinde kavga eden iki işçiden kıdemi daha yüksek olanın iş sözleşmesine son verilmesinin, kavgayı daha az kıdemli olan işçinin başlattığı ve kıdemi yüksek olanın kusuru olduğu yönünde başka da bir kanıt bulunamadığı gerekçesi ile, eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu ve işverenin bu yöntemle yüksek kıdem tazminatı ödememek için kötü niyetli hareket etmiş olabileceğini karara bağlamıştır²⁴¹. Bu ve bunun gibi kararlarında Yargıtay iş sözleşmesinin feshinin eşit işlem borcundan ayrı tutulamayacağını, her bir olaya göre değerlendirilmesi gereken ölçütler olduğunu bunun da sözleşmenin fesih edilip edilmemesinin işin ve işletmenin gerekleri, işçinin kıdem, çalışma durumu gibi objektif nedenler ile haklılaştırılabilir olmasına bağlamaktadır.

3.3. Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

3.3.1. Hukuki Yaptırımlar

İşverenin eşit davranma ve ayrımcılık yapmama borcunun içeriği yukarıda detaylıca aktarılmıştır. İş sözleşmelerinin sürekli borç doğuran ve işçinin işverene bağımlı çalışmasını gerektiren sözleşmeler olmasından mütevellit, taraflar arasında kurulan kişisel ilişkide işverenin özgürlüğü ulusal ve uluslararası korunan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı lehine sınırlandırılmıştır; bu borcun işveren tarafından ihlali de birtakım yaptırımlara tabidir. Yaptırımların niteliği de işverenin hangi yasağı ihlal ettiğine göre değişecektir²⁴².

²⁴⁰ Çelik (2023), s.7.

²⁴¹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.290, Yargıtay 9 HD, 4.11.2004, 8413/24957.

²⁴² Süzek, s.485.

3.3.1.1. Ayrımcılık Tazminatı

4857 sayılı kanunun 5. maddesi ile işverenin eşit davranma ve ayrımcılık yasağı borçlarına aykırılığı karşısında uygulanması gereken yaptırım aynı maddenin 6. Fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre işverenin maddede sayılan ayırım yasaklarına aykırılığı halinde işçi lehine dört aylık maaşı kadar uygun bir tazminata hükmedilecek ve bunun yanında mahrum kaldığı hakları kendisine sağlanacaktır. Ayrımcılık tazminatı, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın veya bu ayrımcılıktan maddi olarak zarar görmüş olmak zorunda da kalmadan takdir edilmesi gereken bir tazminattır²⁴³.

Tazminatın miktarı konusunda ayrıntılı düzenlemeye ilgili maddenin gerekçesinde yer verilmiştir. Gerekçenin sonunda, öngörülen ayrımcılık tazminatının üst sınırı olan dört aya kadar ücret ile kast edilen ücretin asıl ücret olduğu prim ve ikramiye gibi sosyal hakların hesaplamaya dahil edilmeyeceği belirtilmiştir. Tazminat da hâkim tarafından ihlalin ağırlığı ve zararın miktarına göre takdir edilmektedir.²⁴⁴ Hâkimin takdir yetkisini kullanırken gerekçe belirtmesi önemlidir; Yüksek Mahkeme de bir kararında ayrımcılık tazminatının üst sınırdan takdirinin ayrıntılı gerekçesinin verilmemesini hukuka aykırı bulmuştur²⁴⁵. Dört aya kadar tazminat sınırı ile ilgili bu hüküm nispi emredici bir hüküm olduğu için dört aylık ayrımcılık tazminatı üst sınırı iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile arttırılabilecektir.

Eşit davranma borcu altındaki işverenin bu borca aykırılığı halinde öngörülen yaptırımının işlerlik kazanması, caydırıcılığına bağlıdır. Bu açıdan ayrımcılık tazminatının üst sınırının dört aylık ücret tutarı ile sınırlandırılması eleştirilmektedir. Zira bu durum Avrupa Birliği ilkelerine de aykırıdır. Eşit davranma borcu maddesinin gerekçesinde de maddenin uluslararası sözleşmeler ve AB normlarına atıfla iç hukukta düzenlenmesi yapılmış olmasına rağmen maddede zararın giderilebilmesi açıdan etkin bir yaptırım öngörülmemiştir²⁴⁶. Öğretideki genel kabule göre de bu durumda maddenin düzenlenmesinde bir üst sınır olması caydırıcılıktan uzak bir düzenleme olarak iş hayatında uygulanabilirliğini ortadan kaldırdığından, düzenlemenin değiştirilerek dört aylık sınırın bir alt sınır olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁴⁷.

²⁴³ Süzek, s.486.

²⁴⁴ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.386.

²⁴⁵ Ekmekçi, s.346.

²⁴⁶ Doğan Yenisey, K., s.77.

²⁴⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.389.

Ayrımcılık tazminatının aslında teknik anlamda bir tazminat olmadığı, işçinin bir zararı olmasa da bu yaptırımın uygulanabileceği öğretide kabul edilmektedir. Bu gerekçe ile de maddede düzenlenenin aslında medeni bir ceza olduğu savunulmaktadır²⁴⁸. Bu halde, bu tazminat veya medeni cezanın kanunda düzenlenen diğer yaptırımlar ile ilişkisi ve birlikte uygulanabilirliği gündeme gelmektedir. Maddenin ayrımcılık tazminatını düzenleyen altıncı fıkrasına göre iş ilişkisinde veya sona ermesinde maddeye aykırılık halinde işçi dört aylık ücreti kadar bir tazminata ve mahrum kaldığı diğer haklarına hak kazanacaktır. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 maddesi hükümlerinin ise saklı olduğu belirtilmiştir. Sendikal tazminatı düzenleyen bu maddeye atıfla yasa koyucu ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceğini hüküm altına almıştır. Öğretide bir görüşe göre bu maddenin lafzi yorumundan çıkarılacak sonuç ayrımcılık tazminatı yanında yalnızca sendikal tazminatın birlikte talep edilemeyeceği ancak örneğin kötü niyet veya iş güvencesi tazminatının aynı uyuşmazlık durumunda talep edilebileceğidir. Bu durumun gerekçesi olarak da aksi bir uygulamanın işçi lehine yorum ilkesine aykırı olacaktır²⁴⁹.

Ancak öğretide işverenin aynı işleminin iki ayrı yaptırım ile cezalandırılmasının hukuka aykırı olacağı ve birden fazla tazminata hükmedilemeyeceği şeklinde görüşler de bulunmaktadır. Kanunun düzenlenmesinden böyle bir yasak anlaşılmasa da Yargıtay kararları da bu yöndedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 29.11.2013 tarihli bir kararında²⁵⁰ “Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötü niyet 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.” Diyerek kanunun aynı fesih sebebine bağlı iki ayrı tazminata cevaz vermeyeceğinden bahisle bir yerel mahkeme kararını işçi aleyhine bozmuştur.

²⁴⁸ Mollamahmutoğlu, s.441.

²⁴⁹ Süzek, S., s.491-492, Kaya, P.A., s.256-257, Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.393. Yıldız kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı arasındaki bir seçimin işçinin zararına sebep vereceğini, kanun koyucunun da her ayrımcılığın kötü niyet sayılabileceğinden hareket etse idi ayrımcılık tazminatının yalnızca işin devamındaki aykırılıklarda talep edilebilecek bir tazminat olarak düzenleyeceği görüşünü ileri sürmüştür.

²⁵⁰ <https://karararama.yargitay.gov.tr/#collapseDetayl%C4%B1Arama> Yarg. 22. HD. 22. Hukuk Dairesi 2012/29053 E. 2013/27095 K. e.t.30.10.2023.

İşverenin eşit davranma borcunu düzenleyen bu maddede hem ayrımcılık yasaklarının hem de dar anlamda eşit davranma borcunun düzenlendiği yukarıda anlatılmıştır. Maddenin yazım şeklinden bu borca aykırılığının yaptırımı olan tazminatın yalnızca ayırım yasaklarını kapsadığı anlaşılabilmektedir. Ancak öğretilerde bu durumu eleştiren yazarlar da bulunmaktadır. Yıldız'a göre maddenin yazım şeklinden hem eşit davranma borcunu hem de ayrımcılık yasağını düzenleyen bu düzenlemenin yaptırımının yalnızca maddenin ilk fıkrasındaki ayırım yasaklarını kapsadığı anlaşılabilsede bu durum madde gerekçesinde yer alan Anayasanın 10. maddesi atfına aykırıdır. Bu sebeple de keyfi olarak eşit işlem borcuna aykırı olan davranışların ayrımcılık tazminatı ile cezalandırılması gerekmektedir²⁵¹.

Yargıtay ise aksi görüşte kararlar ile ayrımcılık tazminatının ayırım yasakları halinde söz konusu olacağı yönünde görüş bildirmeye devam etmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 28.03.2018 tarihli kararında²⁵² “..... davalının aynı işte çalışanlar arasında eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranıldığından eşit davranmama tazminatına hükmedilmiş ise de 4857 sayılı Kanununun 5. Maddesi ile Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Her ne kadar somut uyuşmazlıkta davalı işverence eşit işlem borcuna aykırı davranarak farklı ücret uygulandığı kabul edilmiş ise de bu aykırılığın mutlak olarak belirlenen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklandığını ortaya koyan bir saptamanın dosyada bulunmadığı görülmüştür. Bu nedenle mahkemece eşit davranmama tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup...” denilerek bu durum ve dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı arasındaki ilişki vurgulanmıştır. Tazminat, mutlak ayrımcılık yasağının ispatı halinde uygulanacak bir yaptırım olarak kararlarda yer almıştır.

3.3.1.1.1. Anayasa Mahkemesi Ayrımcılık Tazminatı Kararı İncelemesi

Yukarıda 4857 sayılı Kanununun 5. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatının Yargıtay tarafından ayrımcılık tazminatı olarak, maddenin birinci

²⁵¹ Yıldız,, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.387.

²⁵² Türk-İş TOBB, Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması s.385, (9. HD 2015/10850 E. 2018/6939 K.).

fıkrasında düzenlenen ayrımcılık nedenleri ile sınırlı takdir edilecek bir tazminat şeklinde kabul edildiği belirtilmiştir

Gerçekten de bazı istisnalar haricinde Yargıtay işverenin eşit davranma borcuna aykırılığı halinde bu tazminatın söz konusu olmayacağını ancak din, dil, cinsiyet ırk renk gibi sebepler ile ayrımcılığa maruz kalındığının ispatlanması halinde bu tazminatın ödenmesi gerekeceğini istikrarla hüküm altına almaktadır. Öğretide bu durumun Anayasaya aykırılığı da bazı yazarlarca eleştirilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 28.12.2021 tarihli 2016/5824 Başvuru Numaralı Burcu Reis kararında²⁵³ ayrımcılık tazminatının eşit davranma borcuna aykırılık halinde gündeme gelebileceğine ilişkin bir ihlal kararı vermiştir. Kararda başvuru Burcu Reis ilk derece mahkemesinde ikame ettiği davada işyerinde kendisine kreş desteği sağlanmazken bir kısım kadın çalışanlara bu desteğin sağlandığından bu sebeple de ayrımcılık yasağı mağduru olduğundan bahisle hem ayrımcılık tazminatına hem de mahrum kaldığı haklarına hükmedilmesi talep etmiştir. Yerel Mahkeme ayrımcılık yasağı tazminatının kabulüne karar vermiş, karar Yargıtay tarafından olayda mutlak ayrımcılık yasağı olan cinsiyet ayrımcılığı mağduru olduğunu kanıtlayamayan başvuru tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekeceği şeklindeki gerekçe ile bozulmuştur.

Anayasa Mahkemesi işyerinde benzer durumdaki çalışan kadınlara kreş imkânı sağlanırken başvurucuya sağlanmamasının objektif ve makul bir gerekçeye dayandırılmamasını hem ayrımcılık yasağının ihlaline hem de aile hakkını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen olayla ilgili kararında, yerleşik Yargıtay içtihatlarının eşit davranma borcunun ihlali durumunda da sınırlı olarak ayrımcılık yasağını kapsamına alan yaptırımın uygulanabileceği şeklinde bir yorum ortaya çıkarmıştır. Esas incelemesinde Anayasa Mahkemesinin dar anlamda eşit davranma borcu ve mutlak ayrımcılık yasağı terimleri ile ayrıştırılan işverenin bu borcuna ilişkin belirlemeleri dikkat çekicidir:

“...olayda işverenin hangi sebep temelinde başvurucreş imkânından yararlandırmadığı anlaşılammakta ve kreş imkânından yararlandırdığı kadın işçileri hangi kriterlere göre seçtiği bilinmemektedir. İşveren, bu kriterleri yargı mercilerine açıklamadığından işverenin farklı muameleyi hangi temele dayandırdığı tespit edilememektedir. İlk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden- bu muameleye maruz kalan kişiden muamelenin sebebini ortaya koymasını beklemek anlamlı değildir.

²⁵³ <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/5824> e.t.25.10.2023.

Bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia eden kişiden beklenenin, farklı muamelenin varlığını ispatlamasıyla sınırlı olması gerekir. Farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene ait olup olayda işverenin farklı muamelenin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği...” şeklinde bir ayrımcılık yasağı ihlali tanımına gidilmiştir. Buna göre Mahkeme, işçiye karşı makul bir gerekçe ile savunulamayan farklı muamelenin ayrımcılık yasağının ihlali olacağını, işçinin bu noktada kendisine farklı muamelede bulunduğu ortaya koymasının da ispat için yeterli olacağını bildirmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında her farklı muamelenin eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini, önemli olanın kişiye külfet yüklemeyen bir meşru amaç ile orantılılık olduğunun üstünü çizmiştir. Farklı muamelenin bir sebebi olabileceğini ancak önemli olanın bu farklı muameleyi yaptırma tabi tutmayacak bir haklı sebebinin olması noktasında tutarlı bir karara imza atılmıştır. Zira Anayasa Mahkemesinin de dikkati çektiği üzere ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu, işveren tarafından yönetim hakkının kötüye kullanılması ile dolanılabilmektedir. Dikkatli yapılmayan sınıflandırmalar, örneğin Yargıtayın eşit davranma borcunun ihlalini incelediği kararlarındaki farklı muamelenin sebebinin bilinmediğinden ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği şeklindeki gerekçe, Anayasanın 10. Maddesinin içinin boşaltılması anlamına gelecektir. Uygulamada da işçilerin hak kayıpları bu açıdan ortaya çıkmaktadır.

Kararın sonuç kısmında Anayasa Mahkemesi, “*Sonuç olarak somut olayda durumları benzer olan kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğu açıktır. Farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene aittir. Olayda işverenin farklı muamelenin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği...”* şeklindeki gerekçe ile farklı muamelenin işveren tarafından haklılaştırılabilir bir gerekçeye dayanılmaması sebebi ile ayrımcılık yasağının ve kreş hakkının sağlanmaması ile Anayasanın 20. Maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini, bu doğrultuda

yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Kararın etkisi ile Yargıtayın ayrımcılık tazminatı konusundaki yerleşik içtihatlarının değişmeye mi başlayacağı şeklinde bir tartışma başlamıştır. Öğretide de katmanlı yapıda olduğu kabul edilen iş hukukundaki eşit davranma borcunda işverenin borcunun, ‘benzeri’ denilerek sınırlandırılmayan kişinin bireysel bütünlüğünün parçası olan mutlak ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma yasağı şeklinde tezahür ettiği kabul edilmektedir. Maddenin yazımından ayrımcılık temelli bir koruma çıkarılabilse de maddenin gerekçesi ve Uluslararası Hukuktaki dayanakları sebebi ile işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun da bulunduğu da açıktır. Yargıtay kararlarının aksine bir şekilde de Anayasa Mahkemesi incelenen kararda “*Objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasağını ihlal eder..*” şeklinde belirterek uygulamada eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı arasındaki yaptırım farkının Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğunu kayıt altına almıştır. Yukarıda alıntılanan ispata ilişkin yaklaşım ile de Yargıtay uygulamasının değişmeye başlayacağına ilişkin sinyaller veriyor olabilecektir²⁵⁴.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda alıntılanan kararından evvel de Yargıtay’ın görüş değiştiriyor olduğuna ilişkin görüşler Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 05.10.2020 tarihli kararı ile gündeme gelmiştir²⁵⁵. Bu kararda Yargıtay mutlak ayrımcılık nedeni söz konusu olmasa da eşit davranma borcuna aykırılık halinde de ayrımcılık tazminatına hak kazanılabileceğini bildirmiştir. Bu kararın önceki kararlardan dönme anlamı taşıyıp taşımadığı öğretide tartışılmıştır²⁵⁶.

Bu kararların niteliği ve uygulamada bu noktada yeni kararların hangi görüş çerçevesinde verilmeye devam edeceği takip edilecektir, ancak kararların böylesine çelişkili olmasına sebep olan bir gerçek vardır ki ayrımcılık tazminatı hakkındaki düzenleme ve pratikteki uygulanması işçilerin çıkarlarını karşılamaktan uzaktır.

Çalışanın iş yerinde maruz kaldığı ve öğretide dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali olarak nitelendirilen farklı muamelenin gerekçesinin ayrımcılık saikli olmadığı

²⁵⁴ Dulay Yangin, D. & Özer, H. D. (2022). Anayasa Mahkemesi’nin İş İlişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcuna İlişkin Kararı Ve Düşündürdükleri (2016/5824 NO.LU 28/12/2021 TARİHLİ BURCU REİS BAŞVURUSU) . İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , 13 (2) , 376-389 . DOI: 10.21492/inuhfd.1139980.

²⁵⁵ <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> e.t.01.11.2023 Yarg. 9. HD 2017/16279 E., 2020/10415 K.

²⁵⁶ Özkaraca E, Ünal Adınır C (2021). Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılamayacağı (Karar İncelemesi) , 127 - 136. s.135. Burada kararın bir içtihat değişikliği başlangıcı olmadığı ve usule aykırılı sebebi ile ancak kaçak karar olarak nitelendirilebileceği savunulmuştur.

iddiası, işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazandığına ilişkin iddiasını çürütmek için kullanılmaktadır. Örneğin, bir iş yerinde resepsiyon görevlisi olarak çalışırken terfi anlamına gelecek bir pozisyon değişikliği ile satışa geçirilen çalışanın, diğer çalışanlara sağlanan satış hesabı açılmaması ve bu sebeple yaptığı satışlardan hak edeceği primlerini alamaması, satışlarının başka bir satış görevlisinin hesabına yazılması sebebi ile oluşan eşitsizlik, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmeyecek ve buna ilişkin tazminatı talep edemeyecektir. Zira, işverenin bu farklı işlemi eşit davranma borcunu düzenleyen maddenin birinci fıkrasında sayılan sebeplerle işlediği şeklinde bir savunma da işe yaramayacaktır. Çalışanın kadın olması kendisine cinsiyet eşitsizliği uygulandığına ilişkin bir savunmada işe yaramayacaktır, satışta çalışan kadınlar vardır. İşçinin siyasi ve felsefi düşüncesi, dini, dili veya ırkı sebebi ile bu farklı işlemin uygulanıp uygulanmadığı da bilinemeyecektir zira işveren kendisini bu çalışana karşı aldığı kararların işletmesel kararlar olarak savunduğunda, dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olsa dahi bir yaptırım olmayacaktır. Eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlal edildiği, kadın çalışanın kendisi ile aynı işi yaptırılanlarla eşit ücret alamadığı hüküm altına alınsa bile yerleşik Yargıtay içtihatlarınca bir ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir. Oysa, Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği gibi farklı muamelenin varlığını kanıtlamak dahi zor iken bir de bu eylemin ardındaki saikin kanıtlanmasının aranması işveren ile işçi arasındaki dengelerin bir daha işveren lehine eşitsizleşmesi anlamına gelmektedir. Bu örnekte işveren işçinin mezhebi sebebi ile ona güvenmemiş, başarılı olmasına rağmen onu yaptığı işin karşılığını alamayacak bir pozisyonda bırakmış olabilecektir. Ancak farklı muamelenin bu ayrımcı düşünceden kaynaklandığını kanıtlamak işçi açısından neredeyse imkansızdır. Kanaatimizce, eşit davranmayarak iki işçi arasında ayrımcılık meydana geldiği konusunda şüphe oluşturmayacak şekilde açık olan durumlarda, bunun gerekçesinin makul bir zemine işverence oturtulmadığı hallerde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğinin kabulü gerekecektir. İncelenen Anayasa Mahkemesi kararı da uygulamada ve Yargıtay kararlarında ortaya çıkan bu işçi mağduriyetleri sebebi ile maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiği şeklinde karar vermiştir. Ancak, bu durumun maddedeki boşluğun hâkimin takdirine bırakılmayarak bir düzenleme halini alması faydalı olacaktır.

3.3.1.2. Eda Davası

Eşit davranma borcu, işverene bağlı çalışan işçinin fiziksel ve manevi bütünlüğünü koruması için geliştirilen bir borçtur. Bu borcun yerine getirilmemesi halinde işçinin bir takım zararı meydana gelebilecektir. Eda davası ile amaçlanan da işçinin, işverenin bu borca aykırılığı karşısında böyle bir muameleye maruz kalmaması halinde olması gerektiği haline dönmesi olacaktır²⁵⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında ayrımcılık tazminatı yanında işçinin eşitsiz davranış sebebi ile mahrum kaldığı hakların da istenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre işçi, örneğin objektif bir nedene dayanmayan bir gerekçe ile benzerlerinden daha düşük maaş aldığı durumda, ücret farkını dava açarak isteyebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 105. maddesinde bir şeyin yapılması, ödenmesi veya yapılmaması için düzenlenen dava türü sınıflandırılmasından olan eda davaları işçinin mahrum kaldığı hakkını talep etmesi için açabileceği dava türüdür. Mahkemenin eda davası ile mahrum kalınan bir hak olduğuna kanaat getirmesi için öncelikle işçi ile işveren arasında bir durum tespitine gitmesi gerekecektir. Davanın kabul edilmesi demek, işçinin haksız bir farklı muameleye maruz kalması sonucu bir zararının ortaya çıktığının kabulü anlamına gelecektir²⁵⁸.

Eda davasının hukuki niteliğinden kaynaklı olarak işçi işverenden mahrum kaldığı maddi haklarını talep ederken bir de işverenin bir davranışı yapmaması şeklinde veya bir davranışta bulunması yönünde de talepte bulunabileceği öğretide savunulmaktadır²⁵⁹. Örneğin işçi mahrum kaldığı primlerini, hak ettiği ikramiyesini makul bir gerekçe olmaksızın ödemeyen işverene karşı açtığı eda davasında zamanaşımı süresine bağlı olarak bu hakların hesaplanarak kendisine ödenmesini isteyebilecektir. Ancak işçinin makul olamayan bir gerekçe ile terfi ettirilmediği hallerde işverene bu yönde bir yapma edimi borcu yüklenebilecek midir? Yıldız'a göre bu durum olanaklı değildir. İş güvencesi kapsamında dahi haksız işten çıkarmalarda işe dönme hakkı bulunan işçiyi işe başlatmayan işverene bu yönde bir yapma mecburiyeti yüklenemezken, işyeri sınırlarında yönetim yetkisi kapsamında eşitsiz muamelenin sona erdirilmesi veya hak edilen terfinin gerçekleştirilmesi de mahkeme kararı ile

²⁵⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.376.

²⁵⁸ Nazlı, S. (2016). İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi Ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler . Journal Of Istanbul University Law Faculty , Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan SayısıI , 571-586 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/29863/322606>.

²⁵⁹ Yıldız, s.376, Özçamak, s.98.

sağlanamayacaktır. Bu durumda yukarıda açıklanan şartların sağlanması halinde tazminat söz konusu olacaktır²⁶⁰.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde işçinin iş görüşmeleri sırasında uğradığı cinsiyet ayrımcılığı halinde genel hükümlere göre culpa in contrahendo kapsamında bir manevi tazminat sorumluluğu öngörmüştür. Ancak 4857 sayılı yasada düzenlenen tazminat, işe alınma aşamasında yaşanan eşitsizlik ve ayrımcılığı kapsamamıştır. Bu sebepten bu aşamadaki zarar, genel hükümlere göre talep edilebilecektir. Maddi ve manevi tazminat, işçinin işverenin eşit davranma borcuna yükümlülüğü ihlali sonucunda bir zararın meydana gelmesi halinde söz konusu olacaktır. İş ilişkisinin kurulmasında veya sona ermesinde işçinin manevi veya maddi bütünlüğü saldırıya uğrayacak şekilde bir zarar bu tazminat kalemleri ile karşılanacaktır²⁶¹.

3.3.1.3. İş Görmekten Kaçınma Hakkı

İşçinin iş sözleşmesinden doğan bir borcu iş görmektir. İşçinin bu edimini yerine getirmemesi iş sözleşmesinin amacı tamamlanamayacağından, işveren haklı olarak iş sözleşmesini fesih edebilecektir. İşçinin iş görme borcuna ilişkin ayrıntılar birinci bölümde ayrıntısıyla işlendiğinden burada detaylı olarak üstünde durulmayacaktır.

Ancak bazı durumlarda iş görme borcunun işçi tarafından haklı olarak yerine getirilmemesi hali de söz konusu olabilmektedir. İş Kanunu'nun 34. maddesinde işçinin ücretinin ödenmemesi halinde iş görmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. İş kanununda düzenlenen tek iş görmekten kaçınma hakkı bu olsa da, öğretide işverenin eşit davranma borcuna aykırılığı halinde çalışanın iş görmekten kaçınabileceği de tartışılmaktadır. Gerçekten de her ne kadar yazılı bir düzenleme bulunmasa da kimi yazarlara göre, eşit davranma borcunun kamu hukukundan kaynaklı kesin bir borç olması ve işçinin korunan maddi ve manevi bütünlüğünün bir parçası olması bakımından, TBK m. 408 ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği kanununun 13. maddesi hükümlerine atıfla işçi eşit davranma borcunun ihlalinde iş görmekten kaçınabilecektir²⁶².

²⁶⁰ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.377-378.

²⁶¹ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu., s.382-383.

²⁶² Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.379-378. Yıldız'a göre işverenin eşit davranma borcu ile işçinin kişilik ve onurunu korunduğunu ve işçinin gözetilmesi anlamına geldiğini, sağlıklı bir işyeri için bunun elzem olduğunu bildirmektedir. Bu kapsamda hem İş Sağlığı Güvenliği hükümlerine göre güvenli bir işyerinde çalışmayı durdurma hakkı hem de bu borcun işverenin hazırlık edimi anlamına gelerek işçiye sağlıklı bir çalışma ortamı sağlanmaması anlamına geleceği ve işçinin iş görmekten kaçınarak ücretine hak kazanacağı savunulabilecektir.

3.3.1.4. Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşçinin iş sözleşmesini sonlandırmasının haklı bir nedene dayanması, sözleşme sonucunda hak ettiği işçilik alacaklarını alabilmesi noktasında önem kazanmaktadır. İş Kanunu'na göre işçi iş sözleşmesini haklı bir nedene dayalı olarak fesih ettiği halde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşverenin asli borçlarından olan eşit davranma borcuna aykırı davranma halinde işçinin sözleşmeyi haklı nedenle fesih edip edemeyeceği öğretide tartışılmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde 16. maddede cinsiyet sebebi ile ücret düşüklüğünde işçiye haklı sebeple derhal fesih hakkı tanınmıştır²⁶³. İşçinin eşit davranma ilkesinin ihlali halindeki feshi için İş Kanunu 24. Maddeye bakılması gerekecektir. 24 maddenin II./b,c ve d bentleri ile işçiye hakaret, cinsel taciz, kişilik haklarının ihlali gibi durumların ve e bendi ile de ücretin usule uygun hesap edilip ödenmemesinin haklı nedenle fesih hakkı olduğu düzenlemiştir. Buna göre işçi dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali ve ayrımcılık gibi durumlarda iş sözleşmesini haklı nedenle fesih edebilecektir. Yerleşik Yargıtay kararları da bu yöndedir²⁶⁴.

3.3.2. Cezai Yaptırımlar

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde Nefret ve Ayrımcılık başlığı altında kişilere karşı din, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç gibi nedenlerden kaynaklı nefret sebebi ile uygulanacak farklı muamelenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilmesi düzenlenmiştir. Her ne kadar madde gerekçesinde nefret suçu ile ilgili genel bir düzenleme şeklinde görünse de TCK 122. maddesinde düzenleme alanı bulan suç konusu nefret gerekçeli ayrımcılık suçudur.²⁶⁵

Maddenin c bendinde bir kişinin işe alınmasının maddede sayılan ayrımcılık saikli nefret sonucunda engellenmesi hali de cezalandırma alanı bulmuştur. İş Kanunu'nda iş görüşmeleri sırasında ve işe alım aşamasındaki ayrımcılığın ayrımcılık tazminatının koruma alanı dışında kalması ve genel kabule göre culpa in contrahendo sorumluluğuna

²⁶³ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.383.

²⁶⁴ <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> e.t.04.11.2023 Yarg. 9. HD 2017/16279 E., 2020/10415 K.Yargıtayın bahsi geçen kararında “Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş akdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” diyerek eşit işe eşit ücret ödenmemesi halinde haklı neden fesih hakkı tanınmıştır.

²⁶⁵ Demir, s. 381-382,.

gidilebilmesi yanında bu şekilde net bir düzenleme işçi açısından ayrımcılık halinin net bir şekilde ortaya konulabildiği durumlarda faydalı olmaktadır²⁶⁶. Suçun gerçekleşmesi için işçinin sayılan ayrımcılık nedenlerinden biri ile işe alınmamış olması gerekecektir, yanı eylemin tamamlanmış olması cezalandırma için elzendir. Sonuç, kişinin menfaatinin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi şeklinde gerçekleştirilmiş olmalıdır²⁶⁷.

Suçun mağduru konusunda bir sınırlama olmamasına rağmen, cezalandırma açısından tüzel kişiler suçun faili olamayacaktır. Ancak tüzel kişi organının sistemli bir şekilde suçu bireysel olarak işleminde kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁶⁸.

3.3.3. İdari Yaptırımlar

İşverenin kanunun 5. Maddesinden kaynaklanan borcunu yerine getirmemesi durumunda düzenlenen bir diğer yaptırım, aynı kanunun 99. Maddesinde düzenlenmiştir.

Genel hükümlere aykırılık başlıklı maddenin düzenlemesi şu şekildedir:

“Madde 99 – (Değişik: 6/5/2016-6715/4 md.) Bu Kanunun; a) 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.”²⁶⁹

Maddeyle ilgili isabetli eleştirilerden birisi de ceza miktarının düşüklüğüdür. Kanaatimizce de gerçekten de bu miktarda bir cezanın caydırıcılığı olmayacağından, bu durumun hayatın olağan akışına uygun olarak düzeltilmesi yerinde olacaktır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu da işçinin iş yerinde karşılaştığı haksız ve kötü niyetli farklı muamelelere karşı başvuru yapabileceği bir kurumdur. Kurum bir yargı mercii olmamakla birlikte başvuruları idari bir kurum olarak ele almakta ve verdiği kararların niteliği de idari olmaktadır. İşçinin kuruma başvurmadan önce işverene durumun ortadan kaldırılması ile ilgili bir başvuru yapmış olması ve olumsuz veya 30 gün içerisinde yanıtlanmamış bir cevap alması gerekmektedir. Bu halde TİHEK, işçinin iddiasını kanıtlaması durumunda 6701 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca işverene bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezasına hükmedilebilecektir. İşveren 15 gün içerisinde karara sulh ceza hakimliği nezdinde itirazda bulunabilecektir²⁷⁰.

²⁶⁶ Demir, s.385.

²⁶⁷ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.407.

²⁶⁸ Demir, s. 384, Özçmak, s.99.

²⁶⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t.04.11.2023.

²⁷⁰ Özçmak, s.100-101.

3.4. İspat Yüğü

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 187. maddesinde düzenlenen ispatta, ispatın konusunun tarafların üzerinde anlaşamadığı çekişmeli vaka olduğu belirtilmiştir. Buna göre eşit davranmama ve ayrımcılık yasağı hususunda oluşan çekişmeli vakada ispatı gereken husus işverenin bu borcunu ihlal edip etmediğı noktasında toplanacaktır. İspat yükü ise yine iddia edilen vakıa ile lehine hak çıkaran tarafındır; kanunda ancak açıkça düzenlendiğı takdirde bu durumun aksi söz konusu olacaktır.

4857 sayılı yasanın 5. Maddesinin son fıkrasında kural olarak işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davrandığı ispat yükü işçide olacaktır diyerek genel hüküm çerçevesinde bir ispat yükü getirilmiştir. İş bu durumu her türlü delille ispat edebilecektir. Ancak yine maddenin ve taraflar arasındaki ilişkinin eşitsiz yapısına bakıldığında işçiye kendisine karşı eşit davranma ilkesinin ihlal edildiğini ispat etmesi noktasında keskin bir ispat yükünün getirilmesinin maddenin amacına ve gerekçesine aykırı olacağı gözetilerek, ispat yükü paylaştırılmıştır. Buna göre *“işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.”* Şeklindeki Birlik Hukukuna da uygun bir düzenlemeye gidilmiştir²⁷¹.

Dikkat edilmesi gereken nokta, ispat yükünün ancak işçi bir ihtimalin varlığını ortaya koyması ile işverene geçeceğidir. İşçi kendisine karşı ayrımcılık yapıldığını veya dar anlamda eşit davranma borcunun ihlal edildiğini iddia ettiği takdirde bu durumu gösteren emarelerin ortaya konulmuş olması gerekecektir. İşçi daha düşük ücret aldığını ortaya koyduktan sonra bunun makul ve işletme ile ilgili objektif bir gerekçeye dayandığını işveren kanıtlamak durumunda kalacaktır. Bu şekilde yükümlülüğün işverende olması gerekçesi de Anayasa Mahkemesi Kararında²⁷², işçiden kendisine karşı yapılan bir ayrımcılığın ortaya çıkardığı hak mahrumiyetinin (mesela mali değerinin) işçiye aşırı külfet yüklemek anlamına geleceğini ve işverenin de kusurundan lehine hak iktisabı olarak kullanılabileceğini, o sebeple ispat külfetinin paylaştırıldığına kanaat getirmiştir.

²⁷¹ Demir, s.468.

²⁷² AYM 2016/5824 KT:28/12/2021 Kararı <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/ayni-isyerinde-calisan-bazi-kadinlara-kres-imb%C3%A2ni-saglanirken-bazilarina-bu-imb%C3%A2nin-taninmaması-nedeniyle-ayrimcilik-yasaginin-ihlaledilmesi/#:~:text=Anayasa%20Mahkemesi%20Birinci%20B%C3%B6l%C3%BCm%C3%BC%2028.yasa%C4%9F%C4%B1n%C4%B1n%20ihlal%20edildi%C4%9Fine%20karar%20vermi%C5%9Ftir.e.t.15.10.2023.>

Yukarıda incelenen Anayasa Mahkemesinin İş İlişkisinde Ayrımcılık Yasağının konu edildiği kararında işçinin ispat külfeti ile ilgili birtakım belirlemelerde bulunulmuştur. Kararın 57. Paragrafında ispatın şeklinde ilişkin tespit şu şekildedir;

“Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağından doğan güvenceler, hukuki durumları benzer olanlara farklı muamele edilmesiyle harekete geçer. Dolayısıyla öncelikle benzer durumun ve farklı muamelenin ortaya konulması gerekir. Farklı muamelenin varlığının ilk bakışta anlaşılabilir hâllerde başvuru sahibinin herhangi bir ispat çabasına girişmesi beklenmez. Bu bağlamda mevzuattan kaynaklanan veya uygulamadan kaynaklansa bile muamele sahibinin saikinden/niyetinden bağımsız bir biçimde oluşan farklı muamele için başvuru sahibinin ayrıca bir ispat külfeti altına girmesi söz konusu olamaz. Bununla birlikte -ayrımcı saiklerle bir kimseye kötü muamelede bulunulması gibi- farklı muamelenin ancak uygulayıcının saikiyle/niyetiyle ortaya çıktığı durumlarda bunun ispatlanması yükümlülüğü başvurucuya ait olur. Zira bu gibi hâllerde ilgili işlem veya eylemi farklı muamele hüviyetine büründüren olgu, muamelede bulunanın niyetidir.”

Yukarıda alıntılanan Anayasa Mahkemesi kararından da görüldüğü üzere eşit davranma borcundaki ispat külfetinin durumun uyuşmazlıktaki tezahürü ile birlikte yorumlanması da değişecektir. Ayrımcılık yaratan muamelenin ilk bakışta anlaşılabilir hal, işçinin kendisine farklı muamelede bulunulduğuna ilişkin iddiasını ispat ettiği haldir. Bu durumda işverenin yapacağı savunma da mahkeme huzurunda bu durumun saiklerinin açıklanmasıdır. Eşit davranma borcunu içeren düzenlemenin mutlak olmadığı düşünüldüğünde, işveren işin ve işletmenin ihtiyaçları sebebi ile makul bir gerekçe ile farklı işlemi haklılaştırabiliyorsa borcun ihlal edilmediğini kanıtlamış olacaktır. Maddenin son fıkrasında işçinin farklı muameleyi ortaya koyması halinde işverenin kendini savunması gerektiğine ilişkin düzenlemenin açıkça yer almamış olduğu durumda dahi farklı bir yorum Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki ispat hükümlerine yine aykırı olmayacaktır. Açıkça düzenlenmesindeki amaç Türkiye'nin imzacısı olduğu Uluslararası Sözleşmelerdeki Ayrımcılık Yasağı hükümlerinin iç hukuktaki etkin soruşturma ve konunun mağdur lehine hassasiyet içeren şekilde ele alınması gerektiği yönündeki yükümlülüklerdir²⁷³.

²⁷³ Demir, s. 470.

3.5. Zamanaşımı

4857 sayılı yasanın 5. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatına ilişkin zamanaşımı, 2017 yılındaki kanun değişikliğine kadar 10 yıl olarak kabul edilmiştir. Buna göre özel bir zamanaşımı öngörülene kadar ayrımcılık tazminatının borçlar kanunundaki 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir²⁷⁴.

2017 yılında kanuna getirilen Ek Madde 3 ve Geçici Madde-8 ile yapılan düzenleme şu şekildedir;

“Zamanaşımı süresi Ek Madde 3- (Ek: 12/10/2017-7036/15 md.) İş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti ve aşağıda belirtilen tazminatların zamanaşımı süresi beş yıldır. a) Kıdem tazminatı. b) İş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat. c) Kötüniyet tazminatı. d) İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat.”²⁷⁵

Buna göre iş sözleşmesinin eşit davranma borcuna aykırılığı sonucunda hak edilen ayrımcılık tazminatında zamanaşımı süresi 5 yıldır.

²⁷⁴ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.412.

²⁷⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf> e.t.07.11.2023.

SONUÇ

Eşitlik, içinde adalet fikrini barındıran bir hukuki mevzuat idealidir. Zira içinde fırsat eşitliği ve özgür irade gibi kavramları barındıran eşitlik hakkı ve borcu, kişinin en temel hakkı ve gözetmekle yükümlü olduğu borcu olarak kabul edilmektedir. İç hukuk mevzuatlarını şekillendiren uluslararası hukuk metinlerinde eşitlik ve içinde barındırdığı sosyal adalet ile özgürlük barışın teminatı olduğundan, iç hukukta Anayasada açıkça düzenlenmemiş olsa bile hukuk devleti ilkesinin temel prensibi olması hasebiyle uygulanması beklenir²⁷⁶. İstikrarlı bir sosyal ve ekonomik yaşam da ancak eşitliğin sağlanması ile mümkün olacaktır.

Modern liberal hukuk teorisinde Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesi, özel hukukun temel ilkesi olarak kabul edilmektedir. Tarafların serbest iradeleri ile aralarında kuracakları hukuki ilişkiyi diledikleri gibi şekillendirmelerini öngören bu ilkenin uygulanması ancak tarafların iradelerinin eşit değerinde korunması ile mümkün olacaktır. İş sözleşmeleri bu sebeple genel Borçlar Hukuku sözleşmelerinden ayrılarak ayrı bir mevzuat ile titizlikle düzenlenme alanı bulmuştur. Zira işçi ve işveren arasında kurulan iş sözleşmesinde, tarafların eşitliğinden söz etmek mümkün değildir. İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran özelliklerinden bir tanesi işçinin işverene bağımlılığıdır. İşçi kendisine ödenecek ücret karşısında, işverenin kendisine yönelttiği talimatlara itaat etmekle yükümlüdür. İşveren de işletme yönetme yetkisi kapsamında bu iş ilişkisinin şeklini ve şartlarını belirlemektedir. İşçinin emek gücünün özgür iradesi ile bir meta olarak alışveriş konusu yapıldığı ve taraflar arasında fırsat eşitliği olduğu bir durumda bu iş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılması da gerekmeyecek idi. Ancak günümüz ekonomik ve siyasal şartlarında işçinin emek gücü hayatını idame ettirmesi ve devamını sağlaması için tek kaynak olarak var olurken, işçinin iradesinin özgür bir şekilde oluşturulduğu savı en katı serbest ekonomik modellerde dahi kabul edilememektedir.

İşçinin emek gücünün zorunlu temellükü ile özgür iradesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinde güçlü bir hukuki birey olarak var olabilmesi arasındaki denge, yani işçinin korunmasını zorunlu kılan o yola, Sanayi Devrimini izleyen bir takım ekonomik buhranlar ve dünya savaşlarının işçi ayaklanmaları sonucunda ortaya çıkan hak kazanımları ile gelinmiştir. Modern toplum mevzuatının da toplumsallık kaynaklı

²⁷⁶ Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s.413.

şekillenmesi ile işçi ayaklanmalarının bastırıldığı iktidarlar hem ulusal hem uluslararası mevzuatlarla işçinin işveren karşısında konumunu işverenin keyfiyetine terk etmeyecek bir şekilde düzenleme mecburiyeti doğmuştur. Dönemin öncü filozofları ve ekonomistleri tarafından ortaya atılan tezler ile de desteklenen sosyal adalet ve eşitlik düşüncesi yasal mevzuatlarda yer almaya başlamıştır. 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün insanlar eşit doğduğu ve eşit haklara sahip olacakları fikri yazılıdır. Milletler Cemiyetine bağlı olarak kurulan Uluslararası İşçi Örgütü kalıcı barışın ancak sosyal adaletin sağlanması ile ulaşılabilecek bir ideal olduğunu belirtmiştir. Ülke anayasaları bu fikir doğrultusunda eşitliği ve özellikle devletin müdahalesini gerektiren iş hukuku alanını işverenin keyfiyetine bırakmayarak şekillenmiştir. Uluslararası ekonomik ve sosyal iş birlikleri de güncel gelişmeler doğrultusunda işçilerin eşitlik fikrinin ve özellikle fırsat eşitliğinin üstünde durmaya başlamıştır.

Türk Hukukunda eşitlik ilkesi Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenmiştir. Anayasanın eşitlik ilkesinin içeren maddenin iş hukukundaki yansıması 4857 sayılı yasanın 5. Maddesinde düzenlenen işverenin eşit davranma borcu da bu toplumsallığın bir sonucudur. İşçilerin eşit şartlarda yaşayıp çalışması gerekliliğini, işveren ile içine girdiği hiyerarşik ilişkisinin işverenin kötü niyetli keyfiyetine bırakılmaması amacı içermektedir.

Eşitlik, geçerli bir sebep olmadan aynı durumdakilere farklı muamelenin hukuka aykırı olmasıdır; hukuk mutlak eşitlik aramamaktadır. Ayrımcılık ise kişinin doğuştan getirdiği veya kimliğinin bir parçası olan bir özelliği sebebi ile ayrımcı muameleye maruz bırakılarak mağdur edilmesidir. Ayrımcılık belirli bir gruba yöneltilerek insan hakları öğretisinin alanını ihlal etmektedir. Bu sebeple uluslararası insan hakları belgeleri, iş ve işçi örgütlerinin mevzuatları ve iç hukukta kabul edilen Birlik protokolleri ile iş hukukunda ayrımcılık yasağının açık düzenleme alanı olan 4857 sayılı yasada da işverenin eşit davranma borcu başlıklı maddenin kaynağı olmuştur.

Türk Hukukunda eşitlik ilkesi de iki katmanlı bir düzenleme olarak yer almıştır. Buna göre mutlak ayırım yasağı olan kişilerin din, dil, ırk, renk, cinsiyet, felsefi inanç, cinsel yönelim gibi sebeplerle yapılan her türlü muamele ve eşitler arasında gözetilmesi gereken objektif ve makul bir gerekçeye dayanmayan eşit davranma borcundan bahsedilmektedir. Ancak öğretilerde kimi yazarlara göre söz konusu madde yalnızca ayırım yasağını düzenlemektedir. Zira madde lafzi olarak katı bir yoruma tabi tutulduğunda eşitlik borcu ihtiva etmediği yalnızca ayrımcılık yasağı düzenlediği kabul edilecektir

ancak maddenin gerekçesinde atıf yapılan Anayasanın 10. Maddesi ve işverenin işe alım aşamasından beri gözetmesi gereken eşit davranma borcu bu durumun aksini gerekli kılmaktadır.

Türk İş Hukukunda eşit davranma borcu 4857 Sayılı kanunun 5. maddesinde yasal dayanağını bulana kadar da öğreti ve uygulamada Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelere atıfla uygulama alanı bulmaktaydı. Şimdi, özel olarak düzenlenen işverenin eşit davranma borcu, işyerindeki mutlak ayırım yasakları ve eşit davranma borcu olarak uygulanması ve kapsamı noktasında öğretilerde birtakım tartışmalar doğurmuştur. Maddenin birinci fıkrasında işverenin iş ilişkisinde din, dil, ırk, renk, cinsiyet, mezhep, felsefi inanç ve benzeri sebeplerle ayırım yapamayacağı düzenlenmiştir. Tahdidi olarak sayılmayan bu sebeplerle işçilerin işverenin yönetim hakkı karşısında korunması amaçlanmıştır. İkinci fıkrada işçilerin iş sözleşmesi türüne göre bir ayrımcılığa maruz bırakılması esaslı sebeplerin varlığı yokluğunda yasaklanmıştır. Esaslı sebepler, öğreti ve Yargıtay uygulamalarında işyeri ve işin özellikleri sebebi ile makul görülebilir gerekçeler olarak kabul edilmektedir. İşverenin eşitliği gözetme borcu, mutlak değildir.

Üçüncü fıkrada tekrar zorunluluk olmadıkça, iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet ve gebelik sebebi ile bir ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Hem BM düzenlemeleri, ILO sözleşmeleri hem de Avrupa Konseyi düzenlemeleri kadınların iş hayatına katılmaları ve sömürülmelerinin önüne geçilmesi için yıllar içinde gelişerek ve büyüyerek adımlar atmışlar ve protokoller ortaya koymuşlardır. Kadınların işyerinde maruz kalacağı haksız rekabet, aile yükümlülükleri sebebi ile dışlanmak, eşit işe eşit ücret alamamak gibi bariz tehlikelere karşı atılan bu adımların taraf devletleri bağlayacak şekilde somut adımlarla önlenmesi amacı ile iş bu sözleşmelerde iç hukukta da buna ilişkin düzenlemeler yapılması öngörülmüştür. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında yer alan cinsiyet temelli eşitsizlik ve ayrımcılıkla ilgili özel düzenlemeler de bu Uluslararası belgelerin bir sonucudur.

İşverenin eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için birtakım şartların mevcut olması gerekmektedir. Buna göre eşitliğin aranması için kişinin başka bir bireye nazaran haksız bir şekilde farklı bir muamele görmüş olması gerekeceğinden, işyerinde bir işçi topluluğunun bulunması gerekir. Tek işçinin çalıştığı işyerinde işçinin kendisine eşit davranılmadığını ileri sürmesinin bir yasal dayanağı olamayacaktır. Ancak mutlak ayrımcılık yasağı, işçi topluluğu gerektirmeyecektir. Tek başına çalışması için işe alınan

işçinin kesin olarak yasaklanan bir ayrımcılığa maruz kalması halinde, işveren bu maddede düzenlenen borcunu ihlal etmiş olacaktır.

İşçi topluluğundan sonra benzer durumdaki işçilere karşı gözetilmesi aranan eşit davranma borcunun da aynı işçilere karşı uygulanan bir kolektif işlem için söz konusu olması gerekmektedir. İşçinin kendisine karşı bir eşit davranma borcunun ihlal edildiğini iddia edebilmesi için, uygulamanın kendisi ile aynı işyerinde çalışan işçilere karşı yapıyor olması gerekir. Bağımsız ayrı işverenlerin uygulaması ile aynı işverenin birbirinden bağımsız işyerlerindeki uygulamalar, borç kapsamında incelenebilecek uygulama olarak kabul edilmeyecektir. Ancak işverenin arada organik bağ olan işyerleri arasındaki çalışanlar arasında eşit davranma borcunun devam ettiği hem öğreti hem de Yüksek Mahkeme uygulamaları ile kabul edilmektedir. Eşitlik borcunun işçi tarafından talep edilebilmesi için de uygulamalar arasında zamanda birlik olmalıdır.

İşverenin eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin her aşamasında farklı bir nitelik göstereceği açıktır. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı öğretide tartışmalıdır. Maddenin birinci fıkrası ayırım yasaklarının iş ilişkisinde yasak olduğunu belirtmiştir. Öğretide de işverenin yönetim hakkı eşit davranma borcuna üstün tutulmuş ve iş sözleşmesinin görüşülmesi aşamasında işverenin eşit davranma borcu bulunmadığı kabul edilmiştir. Gerçekten de maddenin gerekçesinde yer alan “ işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.” Şeklindeki işe alma aşamasının da kapsamda gibi görünmesine rağmen maddenin lafzı, işçiyi işe alma aşamasında koruyacak şekilde düzenlenmemiştir. Ancak bu durum, işverenin işçiye karşı işe alma aşamasında kötü niyetli olarak ayrımcı muamelede bulunabileceğini göstermemektedir; culpa in contrahendo kapsamında işverenin işçiye karşı sözleşmesel sorumluluğu görüşmelerde de sürecektir.

İş sözleşmesinin sürmesi aşamasında işverenin işçiye karşı mutlak olarak ayrımcılık yasağı bulunmaktadır. İşveren, işçinin kişiliğinin bir parçası olan dini, dili, ırkı, rengi, cinsiyeti ve benzeri sebeplerle işçiye farklı muamelede bulunamayacaktır. İşyerinde iş ilişkisinin şekillendirilmesi işverenin yönetme erkinin kullanarak verdiği işletmesel kararlar çerçevesinde gerçekleşmektedir. İşverenin bu yetkisini kullanırken işletme riski ile işçinin temel hakkı arasındaki dengeyi gözeterek kullanılmalıdır. İşyerindeki mutlak

ayrımcılık yasağı dışında dar anlamda eşit davranma borcu, bu kararlarda aranmaktadır. İşveren işçiye benzerleri ile farklı muamelede bulunması halinde bu borca aykırı davranmış olacaktır. Çalışanlar arasında benzer veya eşit şartlardaki karşılaştırılabilir işçi sınıflandırmasını da makul ve objektif gerekçeler ile oluşturabilecektir.

Bu sınıflandırma ve emsal işçi ölçütü ile, işverenin eşit işe eşit ücret, iş sözleşmesinin türüne göre eşit davranma borcu şeklinde eşit davranma borcu bulunmaktadır. Buna göre işveren iş yerinde bir işçiye karşılaştırılabilir emsal işçiye göre daha düşük ücret ödediği, işçiyi sistematik bir şekilde daha kötü şartlara maruz bıraktığı halde eşit davranma borcuna aykırı davranmış olacaktır.

İşverenin iş sözleşmesini sonlandırırken eşit davranma borcu altında olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide bazı yazarlara göre süreli fesihlerde işverenin, işçinin iş sözleşmesinden kaynaklı haklarını ödeyerek iş sözleşmesini istediği zaman fesih edebilecektir. Bu kapsamda işverenin objektif veya subjektif olarak gözeceği nedenler kendi sorgulanamaz iktidar alanında olacak ve dilediği zaman iş sözleşmesini sonlandırabilecektir. Bir diğer görüş ile ise iş sözleşmesinin sonlandırılma aşmasının işverenin eşit davranma borcundan bağımsız olmadığı ve bu aşamada da hakkaniyet esasınca gözetilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Yargıtay uygulamaları da işverenin iş sözleşmesini sonlandırırken hem dar anlamda eşit davranma borcunun hem de mutlak ayırım yasaklarının devam ettiğini, işverenin sözleşmeyi sona erdirirken hakkını kötüye kullanımı örneği teşkil edecek kötü niyetli bir fesih yapmaması gerektiğini söylemektedir.

4857 sayılı yasada eşit davranma borcunun ihlali karşısında düzenlenen yaptırım, ayrımcılık yaptırımı olup, öğretideki genel görüşe ve yerleşik Yargıtay kararlarına göre de maddenin birinci fıkrasında belirtilen ayrımcılık hallerinin ihlalinde söz konusu olmaktadır. Mutlak ayrımcılık halinin ihlalinin işçi tarafından ispatının kesin bir şekilde yapılması veya bu halin varlığını gösteren emarelerin ortaya konmasını takiben aksi işveren tarafından ispat edilememesi halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat söz konusu olacaktır. Bu tazminat üst sınırı olan dört aylık ücretin belirlenmesinde, hâkimin takdir yetkisini kullanırken hangi gerekçelere dayandığının belirtilmesi gerekmektedir. Dar anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde ise bu tazminatın uygulanamıyor oluşu öğretide kimi yazarlarca eleştirilmektedir. Yargıtayın süreklilik kazanan bu yöndeki kararlarına karşı, yakın tarihte ayrımcılık yasağı kapsamında olmayan eşit işe eşit ücret ile ilgili bir yargılamada bu tazminatın söz konusu olabileceğine ve Anayasa Mahkemesinin de Burcu Reis başvurulmuş kararda

ayrımcılık hallerinin eşit davranmama hallerinde de söz konusu olacağından bahisle bu tazminata hak kazanılacağına ilişkin kararları ise, uygulamadaki işçi aleyhine olan bu yorumun görüş değişikliği ile değiştirilmeye başlayabileceği, bu şekilde de işçinin hak kayıplarının ortadan kalkabileceği belirtilmektedir.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali. “Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)”. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 44(03), (1989).
- ARAS, Dilek, Türk İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı, Yüksek Lisans Tezi Sakarya Üniversitesi, 2010.
- ANDAÇ Faruk, İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması), Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BİLİR, Ece, Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı, Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi, 2011.
- ÇALIK, Etem, “İnsan Hakları Meselesinin Gelişimi ve Siyasî ve Sosyal Faktörlerle İlişkisi”. 21. Yüzyılda Eğitim Ve Toplum, 6(16), 2017.
- ÇELİK, Nuri, “İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt 1 Sayı 4; İstanbul 2006.
- ÇELİK, Nuri, & CANİKOĞLU, Nurşen & CANBOLAT, Talat & ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları İstanbul Kasım 2023
- DEMİR, Kübra, İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul Haziran 2021.
- DEMİR, Kübra, “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Sınırı: 6701 sayılı Kanun’da Ayrımcılık Yasağının İstisnaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 19-34, 2022.
- DULAY Yangın, D. & ÖZER, H. D. “Anayasa Mahkemesi’nin İş İlişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcuna İlişkin Kararı Ve Düşündükleri (2016/5824 No.Lu 28/12/2021 Tarihli Burcu Reis Başvurusu)” . İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13 (2), 376-389 .DOI: 10.21492/inuhfd.1139980.
- EKİN, Ali., Adil Ve Makul Kosullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması, Doktora Tezi Selçuk Üniversitesi, 2013.

- EKMEKÇİ, Ömer & YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, Oniki Levha Yayınları,3. Bası İstanbul, Kasım 2021.
- ERDEM, Jülide Gül. “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Ve Kadın Erkek Eşitliği” Akademik Hassasiyetler, 4(8), 19-44. 2017.
- EYRENCİ, Öner & TAŞKENT, Savaş & ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, Mart 2014.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, Devlet Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, Ekim 2012
- GÖREN, Zafer, “Genel Eşitlik İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22 Sayı: 3, İstanbul 2016.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınları, Bursa 2011.
- GÜLMEZ, Mesut, Uluslararası Sosyal Güvenliğin Evrensel Sefaleti, Politika, Hukuk ve Uygulama (1919-2018), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Ekim 2018.
- GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 1997, sh. 83- 126, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997.
- GÜNAY Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Yetkin Yayınları İstanbul 2013.
- HAMİTOĞULLARI, Beşir, Çağdaş İktisadi Sistemler, ANKARA ÜNİVERSİTESİ SİYASAL BİLGİLER FAKÜLTESİ YAYINLARI NO: 508, 3. Baskı, Ankara 1982.
- KARAER, Erdal, Türk İş Hukukunda Eşit İşlem İlkesine Aykırılık, Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, 2021.
- KANDEMİR, Murat & YARDIMCIOĞLU Didem, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014.
- KAYA, Pir Ali, Çalışma Hukukunda Eşitlik Ve Ayrımcılık Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara, Temmuz 2014.
- KESER, Hakan, “Anayasa Mahkemesi Kararının Işığında İşverenin İşyerinde Emzirme Odası ve Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğünü Eşit İşlem Borcu Kapsamında Yerine Getirmesi Zorunluluğu”, Sicil, 2022/I Sayı 47: 22-44, 2022.

- KILIÇOĞLU, Mustafa, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukukunda Ayrımcılık,
- KORKMAZ, Fahrettin, ALP, Nihat Seyhun, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.
- KUTBAY, Nurgül, İş Sözleşmesinin Devri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2019.
- MANTOUVALOU, Virginia, “Are Labour Rights Human Rights?”, European Labour Law Journal, Volume 3, No. 2, 2012.
- MARKS, Karl, 1844 El Yazmaları Ekonomi, Politik ve Felsefe, Eriş Yayınları, Baım Yeri Belirtilmemiş 2003.
- MARKS, Karl, Kapital (Ekonomi Politigin Eleştirisi) Cilt 1, Yordam Kitap, İstanbul Mayıs 2022.
- MARKS, Karl / ENGELS, Friedrich, Komünist Manifesto, İthaki Yayınları, İstanbul 2022.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- NAZLI, S., “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi Ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, Journal of Istanbul University Law Faculty , Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı , 571-586, 2016.
- OĞUZMAN M. Kemal & ÖZ M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- ONARAN YÜKSEL, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.
- ÖZAÇMAK, Zülal, Eşitlik İlkesi Ve İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi , İzmir 2021.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2012.
- ÖZCAN Mehmet Tefvik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Oniki Levha Yayınları, İstanbul Kasım 2012.

- ÖZKARACA E & ÜNAL ADINIR C, “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmıcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Cilt 0, Sayı 46, 127 – 136, 2021.
- SCHLAGER, Neil vd, St. James Encyclopedia of Labor History Worldwide: Major Events in Labor History and Their Impact, Vol:2, Schlager Group Inc. Staff, 1996.
- SEÇKİN Ahmet, İş Hukuku ve Uygulaması, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- SEN, Amartya, Inequality Reexamined, Oxford University Press Reprinted 2006.
- SÖZER, Ali Nazım, “Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2006/II Sayı 2, 2006.
- SSCB Bilimler Akademisi İşçi Uluslararası İşçi Sınıfı Hareketi Enstitüsü, Uluslararası İşçi Sınıfı Hareketi Tarihi Cilt 3, Anitskaya TV vd. Yordam Kitap, 2019.
- SUR, Melda, İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:37, 2017.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2021.
- TUNÇOMAĞ, Kenan & CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım, İstanbul Ekim 2018.
- TÜRK-İŞ & TOBB, Gereçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması 1. Basım Yeri Belirtilmemiş, 2019
- ULUCAN, Devrim, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulanması”, Kamu-İş, C.5, S.3, 191-202., 2000.
- ULUSOY, Yasin & ÇAĞIRGAN TUNCER, S. “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”. Pamukkale Journal of Eurasian Socioeconomic Studies, Cilt 7 Sayı 2, s.86-104. 2020.
- ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem, “Birey Kavramının Gelişimi Ve İnsan Hakları”, İÜHF M C. LXXII, S. 1, s. 201-218, 2014.
- YAVUZ, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- YENİSEY, Kübra Doğan: Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi,2006/4.

- YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- YILDIZ, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , vol.15, 681-707, 2014.
- YILDIZ, Gaye Burcu. “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek” Çalışma ve Toplum , 2 (57) , 733-748 , 2018.
- YILDIZ, Sebahattin & ALHAS, Fidan & SAKAL, Önder & YILDIZ, Harun, “Cam Uçurum: Kadın Yöneticiler Cam Tavanı Ne Zaman Aşar?”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 71, Sayı 4, (1119-1146), 2016.
- YÜREKLİ, Sabahattin.. İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo) . Journal of Istanbul University Law Faculty , Cilt 72, Sayı 2 , 541-579, 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın & GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi İstanbul 2014.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<http://www.kaced.org/images/files/CEDAW%20metni.pdf>

<http://www.kaced.org/images/files/CEDAW%20metni.pdf>

<https://cdn->

[acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Bahar/sosyal_guvenlik/13/index](https://cdn-acikogretim.istanbul.edu.tr/auzefcontent/20_21_Bahar/sosyal_guvenlik/13/index)

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf

<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/IrkAyrimciligininOrtadanKaldirilmasinaDairSozlesme.pdf>

<https://unmik.unmissions.org/sites/default/files/regulations/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>

<https://www.britannica.com/biography/Jean-Le-Chapelier>

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>

<https://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannames/>

<https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf>

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>

EKLER

EK 1. Tez Etik Kurul Onay Formu

T.C	
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ	
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ	
TEZ / ARAŞTIRMA / ANKET / ÇALIŞMA İZİNİ / ETİK KURULU İZİNİ TALEP FORMU VE ONAY TUTANAK FORMU	
ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
T.C. NOSU	SENA AKPARLAK
ADI VE SOYADI	2020005021
ÖĞRENCİ NO	
TEL. NO.	
E - MAİL ADRESLERİ	Özel Hukuk
ANA BİLİM DALI	TEZ
HANGİ AŞAMADA OLDUĞU (DERS / TEZ)	
İSTEKDE BULUNDUĞU DÖNEME AİT DÖNEMLİK KAYDININ YAPILIP-YAPILMADIĞI	2023 / 2024 - GÜZ / BAHAR DÖNEMİ KAYDINI YENİLEDİM.
ARAŞTIRMA/ANKET/ÇALIŞMA TALEBİ İLE İLGİLİ BİLGİLER	
TEZİN KONUSU	İş Kanununda düzenlenen işverenin eşit davranma yükümlülüğü
TEZİN AMACI	İşverenin borcu olan eşit davranma yükümlülüğünün tarihsel gelişimi ile amacının saptanması ve uygulamadaki mevcut durum ve eksiklerine ışık tutulması amaçlandı.
TEZİN TÜRKÇE ÖZETİ	4857 sayılı Kanunun 5. maddesinin önce iş sözleşmelerinin unsurları açısından ele alınması ardından borcun tarihsel gelişimi ve uluslararası ve ulusal kaynaklardaki gerekçesine değinilmesi ardından uygulama koşulları anlatılmıştır.
ARAŞTIRMA YAPILACAK OLAN SEKTÖRLER/ KURUMLARIN ADLARI	İş Hukuku/ Yargıtay / İstinaf Mahkemesi/ Anayasa Mahkemesi
İZİN ALINACAK OLAN KURUMA AİT BİLGİLER (KURUMUN ADI- ŞUBESİ/ MÜDÜRLÜĞÜ - İLİ - İLÇESİ)	

YAPILMAK İSTENEN ÇALIŞMANIN İZİN ALINMAK İSTENEN KURUMUN HANGİ İLÇELERİNE/ HANGİ KURUMUNA/ HANGİ BÖLÜMÜNDE/ HANGİ ALANINA/ HANGİ KONULARDA/ HANGİ GRUBA/ KİMLERE/ NE UYGULANACAĞI GİBİ AYRINTILI BİLGİLER UYGULANACAK OLAN			
ÇALIŞMAYA AİT ANKETLERİN/ ÖLÇEKLERİN BAŞLIKLARI/ HANGİ ANKETLERİN - ÖLÇELERİN UYGULANACAĞI			
EKLER (ANKETLER, ÖLÇEKLER, FORMLAR, V.B. GİBİ EVRAKLARIN İSİMLERİYLE BİRLİKTE KAÇ ADET/SAYFA OLDUKLARINA AİT BİLGİLER İLE AYRINTILI YAZILACAKTIR)	1) (.....) Sayfa Ölçeği. 2) (.....) Sayfa Anketi. 3) (.....) Sayfa Formları. 4) (.....) Sayfa		
ÖĞRENCİNİN ADI - SOYADI: Sena Akparlak	ÖĞRENCİNİN İMZASI: Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır. TARİH: 02/ 01/ 2024		
TEZ/ ARAŞTIRMA/ANKET/ÇALIŞMA TALEBİ İLE İLGİLİ DEĞERLENDİRME SONUCU			
1. Seçilen konu Bilim ve İş Dünyasına katkı sağlayabilecektir.			
2. Anılan konu İş Hukuku faaliyet alanı içerisine girmektedir.			
1.TEZ DANIŞMANININ ONAYI	2.TEZ DANIŞMANININ ONAYI (VARSA)	ANA BİLİM DALI BAŞKANININ ONAYI	SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRÜNÜN ONAYI

Adı - Soyadı: Fouk ANDAÇ	Adı - Soyadı:	Adı - Soyadı: Fouk ANDAÇ	Adı - Soyadı: Murat KOÇ			
Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı:	Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı: Prof. Dr.			
Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	İmzası:	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.			
... / ... / 20...						
ETİK KURULU ASIL ÜYELERİNE AİT BİLGİLER						
Adı - Soyadı: Şahnaz ŞAHİNKARAKAŞ	Adı - Soyadı: Yücel ERTEKİN	Adı - Soyadı: Şirvan KALSIN	Adı - Soyadı: Mustafa BAŞARAN	Adı - Soyadı: Mustafa Tefrik ODMAN	Adı - Soyadı: Hüseyin Mahir FİSUNOĞLU	Adı - Soyadı: Jülide İNÖZÜ
Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı: Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.	Unvanı : Prof. Dr.
Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.	Enstitü müdürlüğünde evrak aslı ıslak imzalıdır.
Etik Kurulu Jüri Başkanı - Asıl Üye	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi	Etik Kurulu Jüri Asıl Üyesi
OY BİRLİĞİ İLE	<input checked="" type="radio"/>	Çalışma yapılacak olan tez için uygulayacak olduğu Anketleri/Formları/Ölçekleri Çağ Üniversitesi Etik Kurulu Asıl Jüri Üyelerince İncelenmiş olup, / / 20..... - / / 20..... tarihleri arasında uygulanmak üzere gerekli iznin verilmesi tarafımızca uygundur.				
OY ÇOKLUĞU İLE	<input type="radio"/>					
AÇIKLAMA: BU FORM ÖĞRENCİLER TARAFINDAN HAZIRLANDIKTAN SONRA ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ SEKRETERLİĞİNE ONAYLAR ALINMAK ÜZERE TESLİM EDİLECEKTİR. AYRICA FORMDAKİ YAZI ON İKİ PUNTO OLACAK ŞEKİLDE YAZILACAKTIR.						

EK 2. Çağ Üniversitesi Tez Etik İzin İstek Yazısı



T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü



Sayı : E-23867972-050.04.04-2400000172

08.01.2024

Konu : Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği
Kurulu Kararı Alınması Hk.

REKTÖRLÜK MAKAMINA

İlgi: Rektörlük Makamının 09.03.2021 tarih ve E-81570533-050.01.01-2100001828 sayılı Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu konulu yazısı.

İlgi tarihli yazınız kapsamında Üniversitemiz Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programında tez aşamasında kayıtlı **Sena AKPARLAK** isimli öğrenciye ait tez evraklarının "Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu Onayı" alınmak üzere Ek'te sunulmuş olduğunu arz ederim.

Prof. Dr. Murat KOÇ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Ek : Öğrenci Dosyası.

EK 3. Üniversite Tez Etik İzin Onay Yazısı



T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
Rektörlük



Sayı : E-81570533-044-2400000502
Konu : Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği
Kurul İzni Hk.

17.01.2024

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

İlgi : a) 08.01.2024 tarih ve E-23867972- 050.04.04-2400000172 sayılı yazınız.
b) 08.01.2024 tarih ve E-23867972- 050.04.04-2400000173 sayılı yazınız.
c) 10.01.2024 tarih ve E-23867972- 050.04.04-2400000274 sayılı yazınız.

İlgi yazılarda söz konusu edilen Sena AKPARLAK, Oğuzhan Mete KARABIYIK, Kaan BURSAL, Muhammed Enver GÖKKILIÇ, Naime ÖRDEK, Mehmet Ali ÇİL, İpek NUMANOĞLU EŞBERK, Gülenay TÖMEK, Barış ESER, Rukiye Yaren OZAN, Gökmen AYDIN, Muhammet Tuğrul ÖZEN ve Senay DEMİR isimli öğrencilerimize ait tez evrakları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulunda incelenerek uygun görülmüştür.

Bilgilerinizi ve gereğini rica ederim.

Prof. Dr. Ünal AY
Rektör