

İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİ

Murat KANDEMİR*
Didem YARDIMCIOĞLU*

ÖZET

Eşitlik ilkesi hemen hemen her ülke hukuk sisteminde Anayasal, yasal ve temel bir hukuk ilkesi olarak yer alır. Bu ilke uluslararası alanda da, anlaşma sözleşme, bildiri tavsiye gibi bir çok belgeye de konu olmuştur. Eşitlik ilkesinin tanınması, kaçınılmaz olarak ayrımcılığın her şeklinin de ortadan kaldırılması demektir. Ayrımcılığa karşı korunma ve eşitlik evrensel ve temel bir haktır. Eşitlik, temel bir hukuk ilkesi olarak sosyal yaşamın her alanında olduğu gibi ve çalışma yaşamında da uygulama alanına sahiptir. Hukuk sistemimizde de Anayasal bir ilke olarak kabul gören bu ilke, İş Hukukunda da uygulama alanına sahip olup, eşit durumda bulunanlara eşit işlem yapılması şeklinde somutlaşmaktadır. Bu incelemenin konusunu da İş Hukukunda eşitlik ilkesi oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: Hukuk, İş Hukuku, Eşitlik, Ayrımcılık, Genel İlke.

LE PRINCIPE D'EGALITE EN DROIT DU TRAVAIL

RESUME

L'égalité est un principe que l'on trouve dans le système juridique de la quasi totalité des Etats, que ce soit sous une forme constitutionnelle, législative ou encore entant que principe général de droit. Sur le plan international aussi, cet principe est inscrit dans plusieurs traités, conventions, recommandations et

* Doç. Dr., Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

* Arş. Gör., Dicle Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

déclarations. La reconnaissance de l'égalité implique nécessairement la suppression de toutes les formes de discrimination. L'égalité et la protection contre les discriminations représentent un droit universel et fondamental de la personne. L'égalité est un principe fondamental du droit qui s'applique à tous les champs de la vie sociale, y compris au monde du travail. Dans notre droit aussi, le principe d'égalité est un principe à valeur constitutionnelle qui s'applique également en droit du travail et selon lequel les salariés placés dans une situation identique doivent bénéficier du même traitement et donc des mêmes avantages. Le but de cette étude est d'examiner le principe d'égalité en droit du travail.

Mots clés: Droit, Droit du Travail, Egalité, Discrimination, Principe Général.

I. GİRİŞ

Adalet ve hakkaniyet arayışı ile sıkı ilişki içinde bulunan eşitlik ilkesi, Antik çağlardan beri çeşitli açılardan incelenmiş ve insanlar arasındaki eşitsizliğin kaynağının ne olduğu, bu eşitsizliğin nasıl giderilebileceği sorunları üzerinde tartışılmıştır. Bu çerçevede hukuk sistemleri, eşitsizliğin giderilebilmesi ve eşitlik ilkesinin uygulamaya geçirilebilmesi için çeşitli hukuki düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir. Eşitlik, insan onuruna yaraşır bir yaşamın özünü oluştururken aynı zamanda benzer durumda olanlar arasında objektif ve haklı nedenler olmadıkça ayırım yapılmasını da engellemektedir¹.

İş Hukuku, ekonomik yönden zayıf, güçsüz olan işçinin daha güçlü olan işverenin keyfi sayılabilecek davranışlarına karşı korunması ihtiyacından doğan bir hukuk dalıdır. Bu koruma işverenlerin işçileri arasında ayrımcılık yapmama ve eşit davranma borcuna uygun davranarak eşitlik ilkesini hayata geçirmeleriyle de yakından ilişkilidir². Genel bir hukuk ilkesi olarak eşitlik ilkesi, İş Hukuku bakımından da işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu temel ilke İş Hukuku alanında eşit işlem, eşit davranma ilkesi olarak işverenin yönetim yetkisini sınırlayan ve biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır³.

Hukukumuzda, eşitlik ilkesi en temel anlamda, Anayasanın “kanun önünde eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesinde ifade edilmiştir. Eşit davranma

¹ Kaya, P. Ali: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2009, s. 1.

² Yıldız, G. Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yay., Ankara 2008, s. 11.

³ Bkz.: Ulucan, Devrim: “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 372.

uluslararası alanda da çeşitli belgelerde ele alınmıştır. 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununu 5. maddesi de eşitlik ilkesi bakımında kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Bunun gibi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde de sendikal nedenlerle ayırım yapma yasağı hükme bağlanmış ve yine 26/III. maddesinde de kuruluşların faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlü olduğu ve kuruluşların, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliği gözetileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda, çalışmamızda öncelikle genel olarak eşitlik ilkesine değinilmiş ve ilkenin hukuki dayanakları incelenmiştir. İş Hukukunda eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli koşullar ifade edildikten sonra ise eşitlik ilkesinin uygulanması başlığı altında, iş ilişkisinin kurulması aşamasında, iş ilişkisinin devamı süresince ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamasında ilkenin ne şekilde uygulanabileceği, ortaya çıkabilecek sorunlar Yargıtay kararlarıyla birlikte incelenmiştir. Çalışmamızın son kısmında ise eşitlik ilkesine aykırılığın ispatı ve yaptırımlarına değinilmiştir.

II. EŞİTLİK VE İŞ HUKUKUNDA EŞİTLİK İLKESİNİN ANLAMI

Eşitlik, kelime anlamı itibarıyla iki veya daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden artık veya eksik olmamasını ifade etmektedir⁴. Hukukun genel bir ilkesi olarak eşitlik ilkesinin temelinde de bütün insanların eşit yaratılıştaki oldukları, dolayısıyla birbirlerine benzeyen, birbirlerini andıran ve birbirleriyle aynı haklara sahip özdeş varlıklar oldukları düşüncesi yatmaktadır⁵. Bu düşünce tarihte ilk olarak Antik Yunan Uygarlığı döneminde bazı sofistler tarafından ileri sürülmüştür. İlerleyen dönemlerde ise Platon'un ve Aristo'nun eşitlik hakkındaki düşünceleri öne çıkmıştır. Aristo, eşitliği adaletin ön koşulu olarak saymış, adaleti de denkleştirici ve dağıtıcı adalet şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir. Bu ayrıma göre denkleştirici adalet, bireyler arasındaki ilişkilerde kanunlar ile sağlanmış olan eşitliğin bozulduğu durumlarda tekrardan eşitliğin sağlanması ile ilgili iken dağıtıcı adalet, bir toplumda kazançların, siyasal hakların ve şereflerin dağıtımı ile ilgilidir. Dağıtıcı adalet doğrultusunda insanlar eşit oldukları oranlarda eşit pay, eşitsizlikleri oranında da eşitsiz pay alacaklardır⁶.

⁴ <http://www.tdkterim.gov.tr/bts>, (8.11.2014).

⁵ Kaya, s. 1.

⁶ Yıldız, s. 29-30.

Aristo'nun eşitliği adaletin ön koşulu olarak göstermesine karşılık Kant, adaletin eşitlikten kaynaklandığını belirtmiştir. Her iki görüş de birlikte ele alındığında aslında adalet ve eşitlik kavramlarının birbirlerinden ayrılmayan ve birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Modern İş Hukukunun eşitlik ilkesi ve ayırım yasaklarına verdiği önemin temelinde de bu kavramların birlikteliği bulunmaktadır⁷. Dolayısıyla İş Hukukunda eşitlik ilkesinin uygulanmasına baktığımızda, bunun en temel anlamda benzer olanlar arasında var olan eşitliği gözler önüne seren bir adalet arayışı olduğunu söylemek olanaklıdır⁸.

Eşitlik ilkesi, İş Hukuku uygulamasında genellikle eşit davranma borcu şeklinde ortaya çıkmakta ve işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmasını engellemektedir. Bu yönüyle eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklamakta ve işverenin davranış özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, işverenin işçilerine mutlak olarak eşit davranacağını söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü böyle bir durum esasında işverenin eşit davranma borcuna da aykırılık teşkil edecektir. İşveren, işçileri arasında farklı davranmasını gerektiren nedenler varsa farklı davranma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla, İş Hukukunda eşit davranma borcunun nispi nitelikte bir borç olduğunu söyleyebiliriz. Eşit davranma borcu bu yönüyle olumlu ve olumsuz nitelikte olmak üzere iki yükümlülüğünden oluşmaktadır. İşçiler arasında haklı bir neden olmadıkça ayırım yapmama bu borcun olumsuz yanını, haklı nedenlerin varlığı halinde ayırım yapma yükümlülüğü ise borcun olumlu yanını oluşturur⁹.

⁷ Yenisey, Doğan Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 11, 2006, s. 63.

⁸ Kaya, s. 2.

⁹ Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 5, 120-121; Mollamahmutoğlu, H. / Astarlı, M. / Baysal, U.: İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 722-723, 724; Ulucan, s. 373; Yenisey, Doğan Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İSGHD, S. 7, 2005, s. 996-997; Demir, Fevzi: “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014, s. 23; Şükran Ertürk, Ş. / Gürsel, İ.: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 429; Keser, Hakan: “4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 60; Doğan, Sevil: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, TAAD, S. 9, Nisan 2012, s. 179; “...Buna göre, işveren kural olarak işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden

İşyerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama, çağdaş İş Hukuku'nun tanıdığı ve genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur¹⁰. İş Hukukunda eşit davranma ilkesi, geniş anlamıyla İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun tüm alanlarında geçerli bir ilkedir. Yani, bu ilke, işverenin ister bireysel ister toplu düzeydeki iş ilişkilerinde olsun işçilerine eşit davranmasından, sosyal sigortalar ile sendika üyeleri arasında eşitliğe kadar geniş bir alanı içerir. Bu ilke, dar anlamı ile bireysel düzeyde iş ilişkilerinde işverenin iş sözleşmesinin tarafı olarak, işyerinde çalıştırdığı işçiler arasında, eşitliğe uygun hareket etmesi, haklı ve akla uygun nedenler yoksa işçileri arasında ayırım gözetmemesi anlamına gelir¹¹. Bu anlamda, işveren işyerinde çalışan işçilere kural olarak eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren haklı nedenler olmadıkça, işyerinde çalışan işçiler arasında çalışma koşulları açısından herhangi bir ayırım yapamaz¹². Eşit davranma borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Eşit davranma yükümlülüğü, aynı nitelikteki işçiler için söz konusudur. Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Bu durumdaki işçiler arasında ayırım yapılabilirse de, bunun yapılan işin niteliğine, objektif ölçülere uygun olması gerekir¹³.

olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerinden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup, kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun re'sen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır...", Yarg. HGK., T. 6.2.2013, E. 2012/9-847, K. 2013/200, www.kazanci.com, (17.11.2014); İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi açısından nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyeceği yönünde bkz., Yarg. 9. HD., T. 2.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939, www.kazanci.com, (17.11.2014).

¹⁰ Çelik, N. / Caniklioğlu, N. / Canbolat, T.: İş Hukuku Dersleri, 27. Baskı. Beta Yay., İstanbul 2014. s. 243.

¹¹ Tuncay, s. 5-6.

¹² Bkz.: Narmanlıoğlu: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I (5. Baskı) Beta Yay., İstanbul 2014; s. 324 vd; Demir, Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yay., İzmir 2013, s. 155-157 vd; Tuncay, s. 22 vd.

¹³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 245.

III. HUKUKİ DAYANAKLARI

A. Uluslararası Belgelere

Birçok uluslararası belgede eşitlik ilkesine ve insanların bir takım özellikleri sebebiyle ayrımcılığa uğramamasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu belgelere örnek olarak Birleşmiş Milletler Antlaşması¹⁴, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁵, Ekonomik, Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi¹⁶, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme¹⁷, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)¹⁸, Özürlülerin Hakları Anlaşması, Philadelphia Bildirgesi, ILO Sözleşmeleri (100 Sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 111 Sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Sözleşmesi, 158 Sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme), Roma Antlaşması, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı verilebilir¹⁹.

B. Türk Hukukunda

Eşitlik ilkesinin Türk Hukukundaki temel dayanağını Anayasa'nın 10. maddesi oluşturmaktadır. “*Kanun önünde eşitlik*” başlığını taşıyan 10. maddeye göre, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*”

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

¹⁴ RG., 24.8.1945, 6902.

¹⁵ RG., 27.5.1949, 7217.

¹⁶ RG., 18.6.2003, 25142.

¹⁷ RG., 9.4.2002, 24721.

¹⁸ RG., 14.10.1985, 18898.

¹⁹ Bu belgelerdeki düzenlemelerin ayrıntılı incelemesi için bkz., Yıldız, s. 34 vd.

Anayasa Mahkemesi 10. maddenin amacını, “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz” şeklinde açıklamaktadır²⁰.

Anayasa'nın 10. maddesi, esasında tüm hukuk sistemimiz açısından geçerli olan ve aynı zamanda bireyler arasındaki ilişkilerde de özel olarak göz önünde bulundurulması gereken bir hüküm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla hükmün, hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 7.6.1999, 10/22, Yıldız, s. 56; “...Eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10'uncu maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa “imtiyaz” tanınmayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda bir eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 tarih ve E. 2000/21, K. 2000/16 sayılı kararında, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu; bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörüldüğü; eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu; bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı; durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilirdiği; aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir...”, Anayasa Mahkemesi, T. 22.12.2011, E. 2010/118, K. 2011/170, <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi>, (9.11.2014).

yaşadığını hem de bu durumların dışında kalan hallere yönelik olarak genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlediğini söyleyebiliriz²¹.

Anayasa'nın 10. maddesinde hüküm altına alınan eşitlik ilkesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde de özel olarak düzenlenmiştir. "Eşit davranma ilkesi" başlığını taşıyan 5. maddeye göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

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

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kalmadıkça, 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 kararlaştırılamaz.

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

İş Kanunu (İş K.) m. 5 hükmünü incelediğimizde, 1. fıkrada bir takım ayrımcılık yasaklarının düzenlendiğini, 2. fıkrada işverenin işçinin iş sözleşmesinin türüne göre bir ayrımcılık yapamayacağını belirtildiğini, 3., 4. ve 5. fıkralarda ise cinsiyet veya gebelik sebebiyle ayrımcılığın yasaklandığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla, Anayasa'nın 10. maddesi hem ayırım yapma yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlerken İş K. m. 5 hükmü yalnızca ayırım yapmama borcunu düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığını taşıyan Anayasa m. 11 hükmü açık bir şekilde Anayasa ilke ve kurallarının sadece devlet-kişi arasında dikey düzeyde değil, kişiler arasında yatay düzeyde de uygulanacağını öngörmüştür. Bu sebeple, Anayasa'da düzenlenen genel anlamda eşitlik ilkesi tüm hukuk düzenimizde ve iş ilişkilerinde doğrudan uygulama alanı bulacaktır²². Doktrinde ise İş Kanunu ile bir yandan işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün varlığını koruduğu, aynı zamanda bazı ayrımcılık yasaklarının da özel olarak

²¹ Tuncay, s. 24; Süzek, Sarper, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2010, s. 397; Anayasa m. 10 hükmünün düzenlediği ölçütler ile bir bakıma mutlak ayrımcılık yasağını düzenlemiş olduğuna dair bkz., Ulucan, s. 373.

²² Tuncay, s. 25; Süzek, s. 400; Yıldız, s. 65.

düzenlendiği böylelikle eşitlik ilkesinin İş Hukukunda katmanlı bir yapıya kavuştuğu belirtilmektedir²³.

İş Kanunu m. 5/2 hükmünde düzenlenen iş sözleşmesinin türü sebebiyle ayırım yapılması yasağı, İş K. m. 12 hükmünde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, İş K. m. 13 hükmünde ise kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından ayrıntılı olarak ayrıca düzenlenmiştir.

Eşitlik ilkesinin hukukumuzdaki dayanaklarından bir diğeri ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun (STİSK) 25. maddesidir. "Sendika özgürlüğünün güvencesi" başlığını taşıyan 25. maddeye göre, "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

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

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

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun²⁴ da, 14. maddesinde engellilere ilişkin ayrımcılık yasaklarını düzenlemiş bulunmaktadır. 14. maddeye göre, "Engellilerin iş gücü piyasası ve çalışma ortamında sürdürülebilir istihdamı için kendi işini kurmaya rehberlik ve mesleki danışmanlık hizmetlerinin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere gerekli tedbirler alınır.

İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

²³ Yenisey, "Eşitlik İlkesi", s. 65.

²⁴ 25.4.2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1. maddesiyle, "Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ifadesi "Engelliler Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiştir.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur.”

IV. EŞİTLİK İLKESİNİN UYGULANMA KOŞULLARI

Eşitlik ilkesinin İş Hukuku alanında görünümü işverenin eşit davranma borcu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Eşit davranma borcu ise, içeriğinde işverenin genel olarak işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü ve ayrımcılık yasaklarını barındıran birleşik bir borçtur. Doktrinde işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü “dar anlamda eşit davranma borcu” şeklinde ifade edilmiş ve bu borcun işverenin yönetim hakkıyla ilgili olduğu belirtilmiş; ayrımcılık yasaklarının ise daha ziyade temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu vurgulanmıştır²⁵. Bu kapsamda, işverenin eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir.

A. İşyerinde Birlik

Öğretide Alman hukukundan esinlenen bir görüşe göre, eşit davranma borcunun doğumu için işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olmaları gerekmektedir. Bu doğrultuda, birbirinden bağımsız farklı işverenlerin kendi işyerlerinde gerçekleştirdikleri uygulamalar, bir başka işverene kendi işyerindeki işçilere karşı da aynı uygulamada bulunma yükümlülüğünü yüklemeyecektir. Hatta işçiler farklı işyerlerinde çalışmakla birlikte aynı işverenin işçileri olsalar dahi işverenin bu işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kıyas yapılabilir bir çevrenin bulunması şarttır ve bu da ancak aynı işyerinde çalışan işçiler için söz konusu olabilir. Ancak yine aynı görüşe göre istisnai bazı durumlarda aynı işletmeye dahil farklı işyerlerinde çalışan işçiler açısından işverenin eşit davranma borcunun doğduğu söylenebilir. Örneğin, aynı işletme kapsamındaki işyerleri arasında hiçbir farklılık bulunmuyorsa veya işyerleri arasında sürekli bir işçi değiş tokuşu varsa (banka şubelerinde olduğu gibi) yani kısacası aynı işverenin farklı işyerleri ve bu işyerlerindeki çalışma koşulları aynı işyeriymiş gibi benzerlik

²⁵ Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 66.

ya da özdeşlik gösteriyorsa işverenin bu işçiler arasında eşit davranma borcu ortaya çıkacaktır²⁶.

Eşit davranma borcu esas olarak işvereni merkezine alan bir borçtur ve dolayısıyla eşit davranma borcunun yer açısından uygulanması aslında işyeri ve işletmenin organizasyon yapısından ziyade yapılan iş ve çalışma koşullarının benzerliği ile belirlenebilmektedir. Örneğin, bir işveren aynı işyerindeki farklı esaslara göre çalışan birimlerindeki işçiler açısından farklı bir uygulamada bulunuyorsa ve bu uygulamayı objektif bir şekilde haklılaştırabiliyorsa eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir. Bu durumun tam tersi olarak aynı işletme bünyesinde bulunan ve birbirleriyle benzer çalışma koşullarına sahip işyerlerinde ise işverenin eşit davranma borcunun varlığından bahsedilecektir²⁷. Aynı işletme bünyesinde yer alan farklı faaliyet alanlarına sahip işyerlerinde çalışan işçiler bakımından ise işverenin çalışma koşullarının farklılığı sebebiyle eşit davranma borcunun bulunmadığı doktrinde belirtilmektedir²⁸.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere karşı ayırım yapma yasağını düzenleyen 12. maddesi ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere karşı ayırım yapma yasağını düzenleyen 13. maddesi ile getirilen emsal işçi kavramı da eşit davranma borcunun yer itibarıyla uygulanma alanı açısından önem arz etmektedir. İş K. m. 12 hükmünün son fıkrasında ve İş K. m. 13 hükmünün 3. fıkrasında değinilen emsal işçinin, işyerinde aynı veya benzer işte çalıştırılan işçi olacağı, böyle bir işçinin bulunmaması halinde o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi olacağı ifade edilerek işkolu kavramına atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, bu düzenlemelerden yola çıkarak eşit davranma borcunun işyeri ve işletme sınırlarını dahi aştığını söyleyebiliriz²⁹.

İşyerinde birlik koşulu ile ilgili değinilmesi gereken bir başka husus ise işyerinin devridir. İşyerini devralan bir işverenin, kendi işyerinde çalışan işçiler ile devraldığı işyerindeki işçilere eşit davranma yükümü altında olup olmadığı işyerinin devri konusunu düzenleyen İş K. m. 6 hükmünden yola çıkılarak belirlenebilir. İş K. m. 6/1 hükmüne göre, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.” İşyerinin devri ile birlikte devralınan işyerindeki iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte

²⁶ Tuncay, s. 148-149.

²⁷ Yıldız, s. 179-180.

²⁸ Demircioğlu, M. / Centel, T.: İş Hukuku, 17. Bası, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 111.

²⁹ Yıldız, s. 181; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 731; Doğan, s. 184.

devralan işverene geçmesi, devralan işverenin ücret ödeme, gözetme borcu ve eşit davranma borcu altına gireceğini göstermektedir. İşverenin eşit davranma borcu da aynı işverene bağlı olarak, aynı işkolunda, eşit değerde işi, aynı veya benzer çalışma şartları altında gören işçiler arasında bulunduğu için kanaatimizce bu kriterlerin sağlanması durumunda devralan işveren açısından eşit davranma yükümlülüğü meydana gelecektir. Kısacası devralan işveren, devraldığı işyerinde çalışan işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğü altında olacağı gibi gerekli koşulların sağlanması durumunda önceki işyerinde çalışan işçilerle devraldığı işyerinde çalışan işçiler arasında da eşit davranma yükümlülüğü altına girecektir.

B. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı

İşverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığının belirlenebilmesi için işyerinde çalıştırdığı işçilerin ikiden fazla olması gereklidir. Ancak bu durumda işverenin bir işçisine diğer işçiye nazaran daha farklı davrandığı ileri sürülebilir³⁰. Bununla birlikte, işverenin eşit davranma borcu kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçiler bakımından var olduğu için işyerinde çalışmakta olan memur veya sözleşmeli personel gibi çalışanlar ile işçilerin çalışma şartları kıyas edilerek işverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığı belirlenemeyecektir³¹.

C. Kolektif Nitelikte Bir Davranışta Bulunma

İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün doğabilmesi için gerekli koşullardan bir diğerini ise, işverenin işyerindeki işçilerin tümünü ilgilendiren bir uygulamada bulunması oluşturur. Çünkü ancak böyle bir durumda bir ya da birkaç işçi kendilerine eşit davranılmadığını ileri sürebilirler. Bununla birlikte, işverenin bir işçisine çalışkanlığı sebebiyle ödül vermesi bireysel bir uygulama niteliği taşıdığı için eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır. Kısacası işverenin işyerinin yöneticisi sıfatıyla ve yönetim hakkı doğrultusunda işyeri düzeyinde oluşturacağı kurallar eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilmeye alınabilecekken, iş sözleşmesinin tarafı olarak bireysel bazdaki işlemleri bu borç kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu konuda önemli ve ayırt edici husus işverenin bireysel bazdaki bu işlemlerinin keyfî nitelik taşımasıdır. Eğer işçiler işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ileri sürerlerse söz

³⁰ Tuncay, s. 149; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 732.

³¹ Yıldız, s. 185-186; İşyerinde işçi olarak çalışmakla birlikte başka işverenlerin işçisi olanların yani alt işveren işçileri ile geçici (ödünç) işçilerin varlığı halinde işverenin bu işçilere karşı eşit davranma yükümlülüğü altında olmadığı yönünde bkz., Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 732.

konusu işçilerin bireysel nitelikleri ve yaptıkları işler karşılaştırılarak işverenin davranışının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmediği araştırılmalıdır³².

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus ise işverenin eşit davranma borcunun, işverenin bir işleminden kaynaklanması gerektiridir. Eğer Kanundan ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden kaynaklı farklı bir uygulama söz konusu oluyorsa, bu durumda artık eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemeyecektir. Toplu iş sözleşmeleri bakımından STİSK m. 25/2 hükmünde ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları eşit davranma borcunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu haklardan yalnızca toplu iş sözleşmesinden yararlanabilen işçiler faydalanabilecek, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçiler ise -örneğin toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin ücretlerinin daha fazla kendi ücretlerinin ise daha az olduğundan bahisle- işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ileri süremeyecektir. Ancak maddi nitelik taşıyan bu düzenlemeler dışında toplu iş sözleşmeleriyle getirilen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemler, giriş-çıkış saatleri gibi hususlarda işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır³³.

D. Zamanda Birlik

Eşit davranma borcunun doğumu için aranan koşullardan biri de zamanda birlik olarak adlandırılan aynı zaman dilimi içinde yer alma koşuludur. Bu koşula göre, işverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığı saptanırken aynı zaman dilimi içinde gerçekleşmiş uygulamalar karşılaştırma için esas alınmalıdır. Aynı zaman dilimi ifadesiyle aynı gün ya da aynı hafta gibi kısa bir sürenin anlaşılması gerektiği; esasen bu kavramdan anlaşılması gerekenin, işyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süre olduğu öğretide haklı olarak belirtilmiştir³⁴.

E. Uygulamamın Bir veya Bir Kısım İşçinin Aleyhine Olması

Öğretide, işveren tarafından yapılan bir işlem ile bazı işçilerin aleyhine bir durumun yaratılmış olması gerektiği belirtilmiştir. Eşitlik ilkesine aykırılığın söz konusu olabilmesi için mutlaka belli sayıda işçinin aleyhine bir işlemin yapılmış olması şart değildir. Tek bir işçi bile diğer işçilere nazaran daha olumsuz bir davranışla karşılaşıyorsa ve işveren de bu

³² Tuncay, s. 149-150; Yıldız, s. 188.

³³ Doğan, s. 186.

³⁴ Tuncay, s. 150; Yıldız, s. 189, 190.

farklı davranışı objektif sebeplerle haklılaştırılmıyorsa işverenin genel anlamda eşitlik ilkesine aykırı davrandığının kabul edilmesi gerekmektedir³⁵.

F. İş İlişkinin Kurulmuş Olması

İşverenin eşit davranma borcu ancak, iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, işveren kural olarak henüz işe alınmamış ya da iş sözleşmesi sona ermiş işçilere eşit davranma borcu altında değildir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin sona erdiği bir sırada işyerindeki herhangi bir uygulama (örneğin ikramiye verilmesi) işyerinden ayrılan işçinin önceki hizmetlerini ilgilendiriyorsa bu işçi de işverenin eşit davranma borcuna dayanarak istekte bulunabilir. Buna eşit davranma borcunun önceye etkisi de denilmektedir³⁶.

V. EŞİTLİK İLKESİNİN UYGULANMASI

A. İş İlişkinin Kurulması Aşamasında Eşitlik İlkesi

İş ilişkisinin kurulması aşamasında eşitlik ilkesinin uygulanması açısından öncelikle “ayrımcılık” ve “genel anlamda işverenin işçilerine eşit davranma borcu” kavramları arasındaki farkın ortaya konulması gerekmektedir. Ayırmıcılık, “Bireyin iradesi ile değiştirmesi mümkün olmayan biyolojik özellikleri (cinsiyet, yaş, ırk, renk, özürllülük vb.) ya da değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek, kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan özellikleri (felsefi inanç, din, medeni hal, sendikal faaliyet vb.) nedeniyle, benzer bir durumda, bu özelliği taşımayan bir diğer kişiye kıyasla hukuken haklı görülemeyecek, olumsuz bir farklı davranışa muhatap tutulması” şeklinde tanımlanmaktadır³⁷.

Buna karşılık, temel anlamıyla eşit davranma borcu, işverenin benzer durumdaki, aynı koşullara sahip kişilere aynı işlemin yapılması, bu kişiler arasında keyfi ayırım yapılmamasını ifade eder. Bu yönüyle eşitlik ilkesi ne olursa olsun herkese eşit işlem yapılması demek değildir. Bu ilke, objektif neden bulunmayan durumlarda keyfi ayırım yapılmasını yasaklar. Bu

³⁵ Yıldız, s. 192.

³⁶ Tuncay, s. 151; Tunçomağ, K. / Centel, T.: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 143.

³⁷ Yıldız, s. 88’den naklen.

anlamda, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık kavramının biri birini tamamlayan iki kavram olduğu söylenebilir³⁸.

Ayrımcılık kavramı da, ilk kez 1970’li yıllarda Avrupa Adalet Divanı tarafından göçmen işçiler hakkında geliştirildiği üzere “doğrudan ayrımcılık” ve “dolaylı ayrımcılık” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Bu ayrımı daha sonra Divan, cinsiyetler arası ayrımcılık hallerine de uygulamış ve doğrudan-dolaylı ayrımcılık ayrımı 97/80/AB sayılı ispat yüküne ilişkin Yönerge ve 2000 yılından sonra kabul edilen diğer yönergelerde de korunmuştur. Doğrudan ayrımcılıkta, işveren kararının gerisinde, işe alma ya da işten çıkarma kararının işçinin kadın olmasına ya da hamile olmasına bağlanması gibi kanun tarafından yasaklanan bir ölçüt bulunmaktadır. Dolaylı ayrımcılıkta ise görünüşte tarafsız bir ölçüte dayanan işveren kararının ya da uygulamasının, belli bir gruba mensup kişileri diğerleriyle kıyaslandığında olumsuz etkilediği, meydana gelen bu olumsuz durumun da hukuken meşru kabul edilebilecek bir nedenle haklılaştırılmaması söz konusudur. Örneğin, işverenin herhangi bir şekilde cinsiyet belirtmediği bir işe alım ilanında işe alınacak işçiler açısından asgari 1.85 cm boy şartı araması görünüşte herhangi bir ayrımcılığa yol açabilecek bir şart değildir. Fakat söz konusu boy şartının kadınlar tarafından yerine getirilmesi erkeklere nazaran çok daha zordur. İşveren bu şartı işletme gerekleri ile objektif olarak haklılaştıramıyorsa bu şart dolaylı cinsiyet ayrımı yaratan bir uygulama olarak değerlendirilecektir³⁹.

Ancak doğrudan ve dolaylı ayrımcılık hükümleri de bazen eşitliğin sağlanmasında yeterli olmayabilmektedir. Başka bir ifadeyle, ayrımcılığın önlenmesi her zaman eşitliğin sağlanmasında yeterli olmayabilir. Bu sebeple pozitif ayrımcılık kavramı doğmuştur⁴⁰. Hukukumuzda 2004 yılında Anayasa’nın 10. maddesinde yapılan bir değişiklikle devlete, kadınlar ve

³⁸ Tuncay, A. Can: “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, I, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 726-727.

³⁹ Yıldız, s. 73, 75, 79; Doğan Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 71; Öğretide yalnızca dolaylı ayrımcılığın haklılaştırılabilmesinin mümkün olduğu, doğrudan ayrımcılığın ise haklılaştırılabilmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur, Yıldız, s. 79, dn. 30; Son dönemlerde bu kavramlara bir de “dolayısıyla ayrımcılık” kavramının eklendiği ve bu kavramın bir kişinin kendisi ile ilgili olmayan fakat bağlantılı olduğu başka bir kişinin bir özelliği sebebiyle ayrımcılığa uğraması olarak tanımlandığı yönünde bkz., Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 724.

⁴⁰ Yenisey, Doğan Kübra: “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, s. 43-44.

erkekler arasındaki eşitliğin hayata geçirilmesini sağlama yükümlülüğü verilmiştir. Bu düzenleme ile birlikte devlete aktif bir görev yüklenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla devlet, olumlu ayrımcılık niteliği taşıyan düzenlemeler yapmak ve uygulamalarda bulunmak yükümlülüğü altındadır. Aynı şekilde işverenlere de kadınların korunmasına yönelik pozitif ödevler yüklenmiştir. Engelliler Hakkında Kanun'un 14. maddesinde ise engellilerin işyerinde karşılaşılabilecekleri engel ve güçlükleri azaltmaya ve ortadan kaldırmaya yönelik önlemlerin alınması, işyerlerinde bu yönde fiziksel düzenlemelerin yapılması ve korumalı işyerlerinin oluşturularak engellilerin istihdam piyasasına hazırlanmaları gerektiği belirtilerek bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenlere yükümlülük getirilmiştir⁴¹.

Hukukumuzda iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasaklarının düzenlenmiş olduğunu, genel olarak işverenin işçileri arasında eşit davranma borcunun ise bu aşamada ortaya çıkmayacağını söyleyebiliriz. Öğretide, birçok yazar iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığını belirtmektedirler. Bir görüş bunun sebebinin işverenin sözleşme yapma serbestisine sahip olmasıyla açıklarken⁴² diğer bir görüş, İş K. m. 5/1 hükmünde geçen "iş ilişkisinde" ifadesi ile İş K. m. 5/6 hükmünde yer alan "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ifadelerine bağlamakta ve işçi ile işveren arasında henüz bir iş ilişkisi kurulmadan işverenin eşit davranma borcundan söz edilemeyeceğini belirtmektedir⁴³.

Bununla birlikte, iş sözleşmesinin henüz kurulmasından önce işverenin ayrımcılık yapmasını engelleyen düzenlemeler hukukumuzda mevcuttur. Bunlardan ilki iş sözleşmesinin yapılmasında biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak farklı işlem yapılamayacağını düzenleyen İş K. m. 5/3 hükmüdür. Cinsiyet ayrımcılığı, aslında hamilelik

⁴¹ Pozitif ayrımcılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ulucan, s. 369-383;Yenisey, "Eşitlik İlkesi", s. 72-73; Anayasa'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinin ilk iki fıkrasının, kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını ve küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağını düzenlediği ve bu anlatım tarzının kadın işgücünün ikincil nitelikte bir işgücü olduğu yönündeki basmakalıp düşüncüyü desteklediği yönünde bkz., Yıldız, s. 95.

⁴² Eyrenci, S. / Savaş Taşkent, S. / Ulucan, D.: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2014, s. 153; Aynı yönde bkz., Yarg. 9. HD., T. 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090, www.kazanci.com, (17.11.2014).

⁴³ Kaya, s. 150-151; Her iki gerekçenin de doğru olduğu yönünde bkz., Tuncay, s. 154.

ve doğum sadece kadınları etkileyen olaylar olmaları sebebiyle bu durumlar neticesinde yapılan ayrımcılığı da içinde barındıran bir kavramdır⁴⁴.

Öğretide, cinsiyet ayrımcılığının genel anlamda üç şekilde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Buna göre, cinsiyet ayrımcılığının ilk şekli kadın ve erkeklerin farklı işkollarında ve işlerde çalışmalarını ifade eden yatay ayrışımıdır. Bu duruma örnek olarak kadınların daha ziyade tekstil veya hizmet sektöründe çalışması gösterilmiştir. İkinci şekli ise, aynı işkolunda veya işte çalışan erkekler ile kadınların farklı düzeylerde yoğunlaşmalarını ifade eden dikey ayrışımıdır. Bu duruma örnek olarak da erkeklerin kadınlara nazaran yönetici pozisyonlarında daha çok çalıştırılmaları gösterilmiştir. Son şekli ise, kadınlar ve erkekler arasındaki sözleşme bazında gerçekleşen ayrışımıdır. Bu ayrışım şekline örnek olarak ise erkeklerin kadınlara kıyasen daha büyük bir oranda tam zamanlı ve sürekli iş sözleşmeleri ile çalıştığı gösterilmiştir. Hamilelik ve doğum ile birlikte, somut olayın koşullarına göre medeni hal ve ailevi yükümlülükler de cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilebilirler. Aynı şekilde doktrinde cinsel taciz ve cinsel eğilimlere dayalı ayrımcılık da cinsiyet ayrımcılığı kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁵. Örneğin işveren tarafından sırf eşcinsel olduğu için bir kişinin makyöz olarak işe alınmaması cinsiyet ayrımcılığı teşkil edecektir. İş K. m. 5/3 hükmünde yer alan “biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler” somut olayda söz konusu olduğunda ise işverenin işe almada cinsiyet esasına dayalı farklı bir işlem yapması ayrımcılık olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin bir erkek mankenin kadın mayolarını defilede sunması beklenemeyeceğinden işverenin bu konuda sadece kadınları işe alacağını belirtmesi bir ayrımcılık teşkil etmeyecektir⁴⁶.

Bu konudaki bir diğer düzenleme ise STİSK m. 25/1 hükmüdür. Hükme göre işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacaktır. Engelliler Hakkında Kanun’un 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta

⁴⁴ Cinsiyet ayrımcılığının temelde hukuki bir sorun olmadığı; toplumun kültürel, ekonomik ve sosyolojik yapısının, kadın hareketlerinin etkin olup olmamasının, vergi rejiminin, çalışma sürelerinin, hatta yeni doğan çocukların bakımına ilişkin düzenlemelerin, kreş imkanlarının, izinlerin ve daha bir çok sebebin bu sorunun kaynağında yer aldığına dair bkz., Yenisey, “Kadın-Erkek Eşitliği”, s. 2.

⁴⁵ Yıldız, s. 89, 110, 121; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 737.

⁴⁶ Kaya, s. 156; Tunçomağ / Centel, s. 144.

engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamayacağını düzenleyen hüküm de önem taşımaktadır⁴⁷.

Bunlarla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 122. maddesi de işverenin işe alımlarda ayırım yapmama yükümlülüğü altında olduğunu açıkça düzenlemiş ve işverenin ayırım yapması durumunda cezai yaptırım öngörmüştür. TCK m. 122'ye göre, “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak ... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan ...kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” Her ne kadar İş K. m. 5/3 hükmü sadece cinsiyet ve gebelik halleri söz konusu olduğunda iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamış ise de TCK m. 122 ve Anayasa m. 10 hükmü birlikte değerlendirildiğinde esasında diğer ayrımcılık sebepleriyle de iş ilişkisinin kurulması aşamasında ayrımcılık yapılamayacağını söyleyebiliriz⁴⁸.

Örneğin işveren işçiyi işe alırken onun din, inanç, felsefi ve siyasal düşünce, yaş ve sağlık durumuna dayalı ayrımcılıkta bulunamayacağı gibi ırkı ve etnik kökeni gibi hususlara da dayalı olarak ayrımcılık⁴⁹ yapamayacaktır. Öğretide, ırk kavramının etnik köken kavramını da içinde barındırdığı ifade edilmektedir. İş Kanununun 5. maddesinin sınırlayıcı sayıda olmaması “ve benzeri sebeplerle” ifadesinin kullanılmasından dolayı etnik köken kavramının, benzeri sebepler içinde sayılması da mümkündür⁵⁰. Diğer yandan, etnik farklılığın en önemli kriterlerinden birinin dil

⁴⁷ Ağır engelli işçilerin, yaptıkları iş başvuruları sırasında başvuru sürecinin yanlış işletilmesi sebebiyle, Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Kanun hükmü kapsamında, işverenden tazminat talep edebileceği yönünde 28.8.2009 tarihli, 19/3 340 ve 1636/08 sayılı Hessen Eyalet İş Mahkemesi kararı için bkz., Hekimler, Alpay: Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 25, 2010, s. 607-608.

⁴⁸ Cinsiyet veya gebelik, engelli olma ya da sendikal sebeplerle işverenin ayırım yapma yasağını düzenleyen yukarıda belirtmiş olduğumuz hükümler ile işverenin işe almada aslında ayırım yapabileceği fakat bu düzenlemelerle bu duruma bir istisna getirildiği çıkarımı yapılmamalı; bu hükümlerin zaten genel olarak var olan ayırım yapma yasağının değişik Kanunlarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluşturdukları kabul edilmelidir, Doğan, s. 189.

⁴⁹ Bkz.: Tuncay, Irk ve Etnik Köken, s. 725 vd.

⁵⁰ Yuvalı, Ertuğrul: “Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5, Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013, s. 81; Ayrıca ırk ve etnik köken kavramlarının tanımı için bkz., Aynı yazar, s. 72; Tuncay, Irk ve Etnik Köken, s. 727-730.

olduğundan hareketle dile dayalı ayrımcılığın da bu kapsamda sayılacağı belirtilmektedir⁵¹.

Yaşa bağlı ayrımcılığın genellikle iş sözleşmesinin feshinde gündeme geldiği görülmekle birlikte ortada makul bir neden olmadıkça bir işçinin “yaşlı” veya “genç” olarak nitelendirilerek işe alınmaması da bir ayrımcılık oluşturacaktır. Yaşa bağlı ayrımcılık kavramı yeni bir kavram değildir. Çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin yaşandığı Sanayi Devrimi sonrasında 19. yüzyılın sonlarında doğmuştur. Bu dönemdeki ağır çalışma koşullarının özellikle yaşlı işçilere uygun olmaması nedeniyle bu işçiler, işverenlerinin üretim taleplerini karşılayamamaları sonucunda uzun yıllar çalışmış olmalarına rağmen işten çıkarılmışlardır. Günümüzde de yaş ayrımcılığı genellikle belirli bir yaşın üzerindeki kişilere yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Aynı şekilde, işçinin sağlık durumu sebebiyle ayrımcılık da genellikle fesih aşamasında ortaya çıkmakla birlikte, işe alım aşamasında da önem teşkil etmektedir. İşe girişte işçi tarafından alınan sağlık raporunda, işçinin işini görmesine engel olmayan bir hastalığa sahip olduğunun belirtilmesi durumunda işçinin sırf bu sebepten ötürü işe alınmaması bir ayrımcılık teşkil edecektir. Bu konuda, şüphesiz, işçinin hastalığının işyerinde çalışan diğer işçiler ile müşteriler açısından da tehlike yaratmaması gerekmektedir⁵³.

Bu başlık altında değinilmesi gereken önemli bir husus ise işe alımlarda işveren tarafından aday işçiye yöneltilen soruların⁵⁴ ne zaman ayrımcılık yasakları kapsamında değerlendirileceğinin tespiti sorunudur. Örneğin iş başvurusunda bulunan kadın adaya medeni durumu, hamile olup olmadığının ya da çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediğinin sorulması veyahut kadın veya erkek olmasına bakılmaksızın işe alımlarda adaya HIV virüsü taşıyıp taşımadığı yönünde bir soru sorulması ayrımcılık kapsamında sayılabilecek midir? Adayın bu yöndeki sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmakta mıdır? Aday işçiye sorulacak soruların sınırını, somut işin özellikleriyle objektif bakımdan bağlantılı olup olmadıkları, bir başka

⁵¹ Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 736.

⁵² Baybora, Dilek: “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 24, 2010, s. 38,39.

⁵³ Yıldız, s. 156-164.

⁵⁴ Eyrenci, Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Kamu-Sen, İstanbul 1991, s. 249 vd; Sevimli, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yay., İstanbul 2006, s. 151 vd.

deyişle, sözleşmenin kurulması, edimlerin yerine getirilmesi ve devamı için gereklilik oluşturur⁵⁵. Bu sorulara verilecek cevapların yapılacak iş için esaslı bir neden olarak değerlendirilmesinin mümkün olmaması durumunda hem özel yaşama müdahale hem de ayrımcılık oluşturacağı söylenebilecektir⁵⁶. Örneğin, çağrı merkezinde çalışmak için iş başvurusunda bulunan kadın adaya hamile olup olmadığı sorulması ayrımcılık olarak nitelendirilebilecekken dalgıçlık için başvuruda bulunan kadın adaya bu yönde bir sorunun yöneltmesi kanaatimizce ayrımcılık teşkil etmeyecektir⁵⁷.

Adaya HIV virüsü taşıyıp taşımadığının sorulması durumunda ise, işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda (örneğin sağlık hizmetleri alanı) adayın doğru yanıt vermesinin zorunlu olduğu durumlar ortaya çıkabilecektir⁵⁸. Gerçekten, işverenin işe almadan önce, işçinin sağlık durumunun işe uygunluğunu öğrenmek istemesi bazen yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkar⁵⁹. Bu anlamda, iş ilişkisinin kurulması aşamasında eğer aday HIV virüsü taşıdığını biliyorsa ve kendisine bu yönde bir soru yöneltmiş ise adayın cevap verip vermeme yükümlülüğünün doğabilmesi için somut olayın koşullarına bakmak gerekmektedir. HIV virüsü el sıkışma, sarılma gibi sıradan fiziksel temaslarla, hava yoluyla, hapşırma, öksürme, ortak tuvaleti kullanma, aynı tabaktan yemek yeme, aynı giysileri giyme ya da sinek-böcek sokması yoluyla başka insanlara geçebilen bir hastalık değildir. HIV virüsü ancak kan, meni, vajinal salgı, anne sütü gibi vücut sıvıları yoluyla bulaşabilmektedir⁶⁰. Dolayısıyla, işin niteliği gereği virüsün bulaşmasının mümkün olmadığı işler açısından adaya HIV virüsü taşıyıp taşımadığının sorulması durumunda adayın bu soruya yanıt vermeme hakkı bulunmaktadır. Ancak işin niteliği gereği (örneğin işyerine bir aşçı alınacak ise) virüsün bulaşma tehlikesi söz konusu ise bu sorunun yöneltmesi ayrımcılık ve özel hayata müdahale teşkil etmeyeceği gibi adayın da soruya doğru cevap verme yükümlülüğü bulunduğunu bu yönüyle kabul etmek gerekecektir.

⁵⁵ Sevimli, s. 151-152.

⁵⁶ Yıldız, s. 165.

⁵⁷ Bkz.: Eyrenci, s. 254-255.

⁵⁸ Caniklioğlu, Nurşen: Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yay., İstanbul 2002, s. 269.

⁵⁹ Bkz.: Sevimli, s. 180.

⁶⁰ Zorlu, M. / Çalım, S.: “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 35, 2012, s. 168; Sevimli, s. 173.

B. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşitlik İlkesi

İş sözleşmesinin devamı süresince işveren eşit davranma ve ayırım yapmama borcuna uygun davranmak zorundadır (AY. m. 10, İş K. m. 5/1, 3-6). Öğretide, genel olarak eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanabileceği durumlar ve mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu ayrıma göre, ücretlerde, disiplin cezalarında ve iş sözleşmelerinin feshinde eşit davranma borcu mutlak bir şekilde uygulanamayacak iken; sosyal yardımların verilmesinde, sigara içme yasağının uygulanmasında olduğu gibi işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda ve greve katılmayan işçilerin çalıştırılmasında eşit davranma borcu mutlak olarak uygulanacaktır⁶¹.

İş ilişkisinin devamı boyunca ayrımcılık yasakları devam ederken bir yandan da işverenin genel olarak işçileri arasında eşit davranma borcu doğacaktır. Öncelikle belirtilmelidir ki, işveren iş ilişkisi boyunca yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcuna uymak zorundadır. Dolayısıyla işveren yönetim hakkını kullanarak tek taraflı işlemler yaparken keyfi ya da kötü niyetli olarak hareket edemez. Bu doğrultuda, işveren iş ilişkisi kurulduktan sonra bu ilişkinin devamı boyunca çalışma koşullarında, yükselme ölçütlerinde, uygulanacak disiplin cezalarında, ücretlerde veya eğitim verilmesi gibi işçiye birtakım ek nitelikler kazandıracak uygulamalarla bağlantılı olarak yönetim hakkını kullandığında haklı nedenler olmadıkça işçileri arasında keyfi ayırım yapamayacaktır⁶².

İşveren yönetim hakkına dayanarak işçilerine talimat verebilir. Örneğin işin başlangıç ve bitiş saatleri konusunda, sigara içilmesinin yasaklanmasında ya da işçilerin işyerine girerken üstlerinin aranmasına dair işveren talimat verebilecektir. Ancak buradaki temel nokta işverenin bu talimatları verirken keyfi davranmaması, aynı durumda olan bütün işçilerin bu kontrole tabi tutulması, işçilerden birinin ya da birilerinin üstleri aranırken diğer işçilerin aranmaması gibi bir durumun yaratılmaması gerekmektedir. Aynı şekilde işveren işçileri arasında ücret zamlarının ya da çalışma saatlerinin belirlenmesine yönelik olarak çeşitli gruplandırmalar yapabilir. Fazla çalışma veya gece çalışması yapacak işçileri belirleyebilir. Bu durumda da işverenin keyfi davranmaması gerekmektedir⁶³.

⁶¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 248-249; Kandemir, Murat: “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi”, 80. Yıl Armağanı, AÜHF, C. 54, S. 4, 2005, s. 189.

⁶² Doğan Yenisey, “Metodoloji”, s. 997; Yıldız, s. 207.

⁶³ Yıldız, s. 209-210.

İşveren tarafından işçilerine belirli bir takım nitelikler taşımalarına göre sosyal yardımlar verilmesi mümkündür. Ancak bu sosyal yardımların iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine dayandırılması durumunda eşit davranma borcunun değil bu hukuk kaynaklarının uygulanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla işverenin eşit davranma borcu tek taraflı olarak yapılan ikramiye, prim, çocuk zammı ve diğer sosyal yardımlarda ortaya çıkacaktır. İşveren sosyal yardımları işyerindeki tüm işçilere verebileceği gibi işçileri arasında çeşitli gruplar oluşturarak belirli bir gruba ya da gruplara da verebilir. Örneğin yemek ve yakacak yardımı tüm işçilere verilirken çocuk parası ve aile yardımı sadece bu özelliklere sahip işçilere verilebilir. Şüphesiz işveren bu grupları oluşturmada serbest olmakla birlikte bu ayırımın objektif esaslara aykırılık teşkil etmemesi gereklidir⁶⁴.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 64. maddesinin 1. fıkrasında ise işverenin greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamak hususunda serbest olduğu düzenlenmiştir. Kanunda açıkça işverenin bu işçiler arasında çalıştırma bakımından bir ayırım yapip yapamayacağı düzenlenmemiş olmakla birlikte öğretilerde, işverene tanınan bu serbestinin mutlak anlamda yorumlanması ve madde hükmünden kayıtsız şartsız bir şekilde işverenin greve katılmayan işçilerden bazılarını iş verip bazılarını ise iş vermemesi olanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, işveren bu serbestisini her işçi için ayrı şekilde değil, işçilerin tamamını esas alarak kullanabilecektir⁶⁵.

Diğer yandan, ücretler konusunda işverenin mutlak bir eşit davranma borcunun bulunduğu söylenemez. Çünkü, eşitlik sadece eşit niteliklerin varlığı halinde söz konusu olabileceği için eşit davranma borcunun işçilerin objektif ve sübjektif nitelikleri ile sınırlandırılmış olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin işveren işçilerinin ücretleri konusunda öğrenim derecesi, kıdem gibi objektif niteliklerin ya da çalışkanlık, liyakat gibi sübjektif niteliklerin varlığı sebebiyle ayırım yapabilecektir. Ancak bu durumun bir istisnası bulunmaktadır. İşyerinde çalışan tüm işçilere işverence eşit ölçüde bir zam uygulanması durumunda artık işçilerin kişisel özelliklerine bakılarak bir ayırma gidilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶. Bu çerçevede, işverenlerin ücretleri, işçilerin kişisel nitelikleri ile performanslarına dayalı olarak belirleyebilecekleri fakat bunu belirlerken

⁶⁴ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat s. 248; Demir, s. 23; Tunçomağ / Centel, s. 144-145; Yenisey, "Metodoloji", s. 997.

⁶⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat s. 248; Demir, s. 23; Yenisey, "Metodoloji", s. 997.

⁶⁶ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 245-246; Eyrenci / Taşkent / Ulucan, s. 154; Özdemir, s. 259.

şeffaflıktan uzak ve keyfiliğe dayalı katı yönetim biçimleri uygulayamayacaklarını belirtmek gerekir⁶⁷.

Ücretlerde, işveren tarafından işçilerin taşıdıkları bir takım objektif ve subjektif niteliklere göre farklılaştırmaların yapılması mümkün ise de cinsiyet sebebiyle böyle bir ayrıma gidilmesi doğrudan ayrımcılık yasağı kapsamına girmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi ile “*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur*” düzenlemesini içeren 55. maddesi ve İş K. m. 5 hükmü eşit veya eşit değerde işe eşit ücret ödenmesi ilkesinin kanuni dayanaklarını oluşturmaktadırlar⁶⁸. Bu kapsamda, İş K. m. 5/3 hükmünde, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye, iş sözleşmesinin devamında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapamayacağı düzenlenmiştir. İş K. m. 5/4 hükmünde, aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı belirtilmiş; İş K. m. 5/5 hükmünde ise işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı ifade edilmiştir.

İş ilişkisinin devamı süresince işverenin işçinin iş sözleşmesinin türüne dayanarak ayırım yapması da yasaklanmıştır. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında bu durum, “*İşveren, esaslı sebepler olmadıkça, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz*” denilmek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra İş K. m. 12'de “*Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımının sınırları*”, İş K. m. 13'de ise “*Kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri*” başlıkları altında işverenin iş sözleşmesinin türüne göre ayırım yapma yasağı hakkında ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

İş Kanunu m. 12/1 hükmüne göre, “*Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.*” Hükümde de açıkça belirtildiği üzere, madde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere her hal ve şartta aynı davranılmasını değil, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı davranılmasını yasaklamaktadır. İş K. m. 12/2 ve

⁶⁷ Özdemir, Erdem: “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, Legal İSGHD, S. 5, 2005, s. 259-260.

⁶⁸ Yıldız, s. 222.

İş K. m. 12/3 hükümleri ise “*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.*

Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.” düzenlemesini getirmektedir⁶⁹. Şüphesiz bu konuda işverenin yapacağı uygulamaların hukuka uygun olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, işveren kanuni şartlara uygun bir belirli süreli iş sözleşmesi yapıyorsa, belirli süreli iş sözleşmesini ayrımcı amaçlarla yapmıyorsa, örneğin işverenin eğitim olanaklarından yararlanma konusunda öngördüğü şartlar ayrımcı özellik göstermiyorsa veya bir ikramiyenin ödenmesi için öngörülen asgari çalışma şartı sırf belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin kapsam dışı bırakılması amacı ile getirilmemişse yapılan farklı uygulamalar eşit davranma borcuna aykırı kabul edilmeyecektir⁷⁰.

İş Kanunu m. 13/2 ve m. 13/3 hükümlerine göre, “*Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre*

⁶⁹ İş Kanunu m. 12'nin gerekçesinde ise şu açıklamalar yer almaktadır: “*Öncelikle işçiler salt belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı maddede tanımlanan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Diğer yandan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye bir zaman dilimine göre bölünebilir bir hak sağlanmışsa, aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesine göre iş gören işçi de çalıştığı süreye orantılı bu haktan yararlanabilecektir. Örneğin bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işçiye, ikramiyeye tarihinde işyerinde olmasa dahi çalıştığı süreye orantılı ikramiyeye ödeneceğinin kabul edilmesi halinde, bölünebilir bir hak olan ikramiyeden belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçinin de yararlandırılması gerekecek ve sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra verilecek ikramiyeyi bu işçi de çalıştığı süreye orantılı olarak alabilecektir. Belirli çalışma şartından yararlanmada işçinin kıdemine bakıldığında belirli süreli sözleşmeye göre çalışan işçinin de bu haktan yararlanması söz konusu olduğunda kıdem yönünden bir farklılık gözetilemeyecektir. Esasen İş Kanununda bu kuralın uygulandığı, hem kıdem tazminatı ve hem de yıllık ücretli izinlerde görülmektedir. Aynı esas sözleşme ile getirilen çalışma şartlarında da dikkate alınacaktır.*”

⁷⁰ Yıldız, s. 228.

farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.” Dolayısıyla bu hükümlerle birlikte, işverenin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerle tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça farklı işlem yapmasının açıkça yasaklanmış olduğunu söyleyebiliriz⁷¹. Ayrıca doktrinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi kavramı ile yalnızca İş K. m. 13 hükmünde düzenlenen iş sözleşmesi türüyle çalışan işçilerin anlaşılması gerektiği; bu kavramın içine çağrı üzerine çalışma, yan işte çalışma ya da iş paylaşımı esasına göre çalışan işçilerin de girdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu işçilerin de tam süreli çalışan işçilere nazaran haklılaştırılmayan bir işleme maruz kalmaları İş K. m. 5 ve m. 13 hükümleri uyarınca yasaklanmış bulunmaktadır⁷².

İşverenin iş ilişkisi boyunca işçilerine eşit davranma borcu kapsamında psikolojik taciz (mobbing) kavramı da incelenmelidir. Önceleri mevzuatımızda özel bir düzenleme olmamasına rağmen, çalışanların maruz

⁷¹ İş Kanunu m. 13'ün gerekçesine göre, “Kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de düşünülemez, aksi halde tam bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan ayrımı haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda, her iki türde sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir, bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi, bölünebilir haklardan, örneğin her yıl verilen yakacak yardımından çalıştığı süreye orantılı olarak yararlanacaktır. Örneğin işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 milyon yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 milyon olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan, yararlanma şartları bulunduğunda, her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliден farklı olamaz, gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.”

⁷² Yıldız, s. 231.

kaldıkları psikolojik taciz, iş sözleşmesinin taraflara yükledikleri borçlar ve ödevler kapsamında değerlendirilmiştir. Buna göre, psikolojik taciz eylemi, işverenin işçiyi koruma ve eşit davranma borçlarına aykırılık oluşturmaktadır ve psikolojik taciz aynı zamanda, işçinin kişilik haklarına müdahale niteliği de taşımaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ise, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı TBK m. 417 vd. hükümlerini düzenlemiştir. TBK m. 417 hükmünün getirdiği yenilik, psikolojik taciz terimine açıkça yer vermiş olması ve işçinin kişiliğinin korunmasını yoruma yer vermeyecek biçimde özel olarak düzenlemesidir. Hükmün ilk fıkrasına göre, “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” Bu konuyla ilgili bir Yargıtay HGK. kararına göre, “...İşçinin anlattığı mobbing teşkil eden olayların tutarlık teşkil etmesi, kuvvetli bir emarenin bulunması gerekmektedir. Kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığını tartışmasız ortaya koyar. Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Emare bu anlayışın bir sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları göz önüne alındığında varılacak sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır...” Anılan karara konu olayda 56 yaşında, evli bir kadın avukat 14 yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul şubesinde çalışmış, daha sonra Adana ve farklı illerde 9 ay içinde 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirilmiştir. Yargıtay HGK., avukatın maruz kaldığı bu durumun psikolojik taciz mahiyetinde olduğunu ve bu yolla avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesinin sağlanarak, işyerinden ayrılmasının amaçlandığını, bu husususun da işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir⁷³.

İş ilişkisinin devamı süresince işverenin eşit davranma borcu açısından değinilmesi gereken son bir husus ise alt işveren işçilerinin durumudur. İşverenin eşit davranma borcu sadece kendi işçilerine yönelik bir borç olup kural olarak asıl işverenin alt işverenin işçilerine eşit davranma

⁷³ Yarg. HGK., T. 25.9.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, www.kazanci.com, (17.11.2014); İşyerinde psikolojik taciz (mobbing) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Güzel, A. / Ertan, E., “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 509-549; Bayram, Fuat: “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 551-574; Ünal, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C. 10, S. 37, 2013, s. 15-73.

yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu durumun istisnası ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması durumunda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumda işverenin bu işçiler açısından da eşit davranma yükümlülüğünün ortaya çıkacağını söyleyebiliriz⁷⁴.

C. İş İlişkisinin Sona Ermesinde Eşitlik İlkesi

İş ilişkisinin sona ermesi aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bazı yazarlar kural olarak iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığını fakat bu konudaki serbestinin sınırını kötü niyetli fesihlerin oluşturacağını belirtmektedirler⁷⁵. Bazı yazarlar ise iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğunu ileri sürmektedirler⁷⁶.

Öncelikle belirtilmelidir ki, Anayasa m. 10, İş K. m. 5 ve İş K. m. 18/3'ün a, b ve d bentlerinde yer alan ayrımcılık yasaklarına aykırı davranarak fesih işlemini gerçekleştiren işveren her halükarda eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur⁷⁷. İş K. m. 5/6 hükmünde ise işverenin ayırım yapmama borcu özel olarak düzenlenmiş ve “*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.*” denilmek suretiyle bu borca aykırılık halinde uygulanacak yaptırım belirtilmiştir.

İşverenin, iş sözleşmelerinin feshinde eşit davranma borcunu ilkin iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler açısından incelemek gerekmektedir. İş güvencesinin koşulları İş K. m. 18/1 hükmünde belirtilmiştir. Madde hükmündeki nitelikleri taşımayan işçiler, iş

⁷⁴ Aynı yönde bkz., “... Muvazaaya dayanan bir ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi olmakla kadem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, İş Kanununun 5 inci maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur...”, Yarg. 7. HD., T. 7.3.2013, E. 2013/2572, K. 2013/2349, Yargıtay Kararları, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 40, 2014, s. 398-403.

⁷⁵ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 246;Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 69; Tunçomağ / Centel, s. 146-147.

⁷⁶ Tuncay, s. 213 vd.; Yıldız, s. 257 vd.

⁷⁷ Süzek, s. 408-409. Aynı yazar, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s. 30.

güvencesinin kapsamı dışında kalacak ve bu işçiler bakımından fesih serbestisi sistemi geçerli olacaktır. Başka bir ifadeyle, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmeleri, işverenleri tarafından geçerli bir sebebe dayanılarak feshedilmek zorunda değildir. Fakat bu serbesti de sınırsız değildir. İşveren iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerinin iş sözleşmelerini feshederken hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun davranmak zorundadır. Bu kapsamda, işverenin cinsiyet, ırk, siyasi görüş vb. sebeplerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda bu fesih kötü niyetli bir fesih olacaktır. Feshin geçersiz sayılması ise söz konusu olmayacaktır⁷⁸. İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından ise işveren bu işçilerin iş sözleşmelerini feshederken işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. İş K. m. 18/3'te fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacak haller örnek mahiyetinde bentler halinde sayılmıştır. Dolayısıyla iş güvencesi sistemi keyfî feshleri engelleyen bir sistem olma özelliğini taşımaktadır⁷⁹.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin taraflarına, aralarındaki güven ilişkisinin çökmesi ya da artık sözleşmeye devam etmelerinin kendilerinden beklenemeyeceğinin dürüstlük kuralı gereğince mümkün gözükmemesi durumunda haklı nedenle derhal fesih yapma yetkisi de verilmiştir. İş sözleşmesinin işveren tarafından gerek İş K. m. 18 gerek İş K. m. 25/2 hükümleri doğrultusunda işçinin davranışlarına dayanılarak feshedilmesi halinde, işverenin hem ayırım yasaklarına uyması gerekmekte hem de genel anlamda işçileri arasında eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekmektedir⁸⁰. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğunu görmekteyiz. Yargıtay'ın, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde vermiş olduğu bir karar işverenin iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma borcu altında olduğunu belirtmektedir. Karara söz konusu olan olayda, mesaiden sonra soyunma odasında iki işçi birbirlerini darp etmiş, daha sonra bu olay sebebiyle işveren tarafından, kavgayı başlatan ve diğer işçinin kaşını yaran işçi yerine 9 yıllık kıdemi de bulunan diğer işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay, diğer işçinin kaşını yararak yaralama fiilini gerçekleştiren işçinin iş sözleşmesinin bu olay nedeniyle feshedilmemesi sebebiyle işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığı sonucuna varmıştır⁸¹. Bu örnekte de görüldüğü gibi işçinin iş sözleşmesinin işveren

⁷⁸ Yıldız, s. 242.

⁷⁹ Yıldız, s. 258.

⁸⁰ Süzek, s. 409.

⁸¹ Yarg. 9. HD., T. 4.11.2004, 8413/24957, Legal İSGHD, S. 6, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 747-748 ve kararın incelenmesi için bkz.; Uşan, Fatih M.: "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?", Legal

tarafından davranışlarına dayalı olarak süreli ya da haklı nedenle feshedilmesi durumunda somut olaydaki işçilerden birinin ya da birilerinin bariz bir şekilde daha kusurlu veya sorumlu olmasına rağmen daha az kusurlu veya sorumlu olanın işten çıkarılması adalet ve hakkaniyet duygularımızı sarsmaktadır. Çünkü eşit durumda olmayanlara da eşit davranmamak eşitlik ilkesinin bir gereğidir.⁸²

İşverenin iş sözleşmesini işletmesel kararlar gereğince sona erdirmesi durumunda eşit davranma borcunu gözetmesi gerekip gerekmediği hususuna da değinmeliyiz. Bu konuda doktrinde işletmesel kararların yargı denetimine tabi tutulamayacağı ancak işverenin işletmesel karar adı altında, esasen işletmesel karar özelliği taşımayan keyfi kararlarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ve yargı denetimine tabi tutulacağı belirtilmiştir.⁸³ İşletmesel kararlar kapsamında yapılan fesihler genellikle birden fazla işçiyi ilgilendirmekte ve sözleşmeleri feshedilecek işçiler işveren tarafından belirlenmektedir. İşverenin iş sözleşmelerini feshedeceği işçileri belirlerken hangi ölçütleri esas alması gerektiği ise hukukumuzda düzenlenmemiştir. Öğretide, bu gibi durumlarda işverenin bu işçileri seçerken serbest olduğu

İSGHD, S. 8, 2005, s. 1624-1632; Bu olayda aslında işçilerin eşit durumda olmadıkları, bir işçinin diğerine nazaran daha kusurlu olduğu, kıdemlerinin eşit olmadığı, ortak tek noktalarının kavga etmek olduğu, dolayısıyla anılan iki işçinin aynı veya benzer durumda olduğunun söylenemeyeceği yönünde bkz., Yıldız, s. 253; Yargıtay bir kararında işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının tespitinde dikkate alınması gereken hususları belirtmiştir: “*Dosyadaki bilgi ve belgelerden; olay günü mağazaya gelen ürünün taşınması ve iade edilen ürünlerin bulunduğu kolilerin yüklenmesi işinde tek kalan davacının işyerinde çalışan başka bir işçiyle tartıştığı ve bu tartışmanın kavgaya dönüştüğü anlaşılmaktadır. Davacı işinin ağırlaşması sebebiyle görüştüğü işçinin kendisine hakarete bulunup darp ettiğini dolayısıyla iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini iddia etmiş; davalı (işveren) ise davacının diğer çalışana sataşarak kafa attığını, kavgayı davacının başlattığını, diğer çalışanın kavganın meydana gelmesinde kusuru bulunmadığından sadece davacının iş sözleşmesinin İş Kanununun 25/II-d hükmü uyarınca feshedildiğini savunmuştur... Olay günü meydana geldiği tartışmasız olan kavgaya kimin sebebiyet verdiği belirlenmeden ve kavgaya karışan diğer işçinin de kusurlu olup olmadığı yargılama sonucu açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme ve araştırmayla sonuca gidilmesi hatalıdır. Yapılacak iş tarafların gösterdiği tanıklar çağrılıp dinlenmeli, kavgaya kimin sebebiyet verdiği ve diğer işçinin kusurlu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalı, işverenin eşit davranma borcuna uygun işlem yapıp yapmadığı belirlenmeli ve oluşacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.*”, Yarg. 22. HD., T. 3.10.2011, E. 2011/447, K. 2011/1829, www.kazanci.com, (17.11.2014).

⁸² Süzek, s. 411.

⁸³ Yıldız, s. 259, dn. 154’te belirtilen yazarlar.

belirtilmekle birlikte⁸⁴ bazı yazarlar bu durumda da işverenin eşit davranma borcunun bulunduğunu ifade etmektedirler⁸⁵.

Yargıtay ise, iş sözleşmesinin feshinde, bazı sosyal seçim ölçütlerinin ve daha sonra ise objektif kriterlerin dikkate alınması gerektiğini kararlaştırmaktadır⁸⁶. Öğretide, sosyal seçim, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğü olarak tanımlanmıştır⁸⁷. Yargıtay bir kararında sosyal seçim ölçütü olarak, “...İşyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalı ve sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır...”ifadesinde bulunarak hangi hususların dikkate alınacağını belirtmiştir⁸⁸. Öğretide, sosyal seçim ölçütünün yasal dayanaktan yoksun olarak yargı kararıyla yaratılması, işçi ile işveren arasındaki menfaat çatışmasını değil, işten çıkarılan işçilerle çıkarılmayan işçiler arasında menfaat çatışmasını gündeme getirmesi, kriterler arasında önceliğin belirlenememesi, ispat yükümlülüğü sorunları yaratması gibi nedenlerle iş sözleşmesinin feshinde göz önünde tutulmaması gerektiği belirtilmektedir⁸⁹. Yargıtay daha sonraki yıllarda verdiği kararlarında sosyal seçim ölçütlerini kullanmayı terk ederek seçimde objektif kriterlerin esas alınması gerektiğini belirtmiş ise de bu objektif kriterlerin neler olduğu hususunda herhangi bir açıklamada bulunmamıştır⁹⁰.

Kanaatimizce iş sözleşmelerinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Fakat eşit davranma borcu ile kast edilenin işverenin eşit durumda olan işçilerine eşit, eşit durumda olmayan işçilerine de eşit davranmaması yükümlülüğü olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla bir kavgaya karışan işçilerin birbirlerini darp etmeleri durumunda olaydaki kusurları, kıdemleri,

⁸⁴ Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 64.

⁸⁵ Süzek, s. 412; Doğan, s. 193.

⁸⁶ Süzek, Eşit Davranma, ss. 32-33.

⁸⁷ Alpagut, Gülsevil: “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, Sicil İHD, S. 4, Aralık 2006, s. 99; Sosyal seçim ölçütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ali Güzel, A. / Ertan, E.: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, Legal İSGHD, S. 16, 2007, s. 1219-1305.

⁸⁸ Yarg. 9. HD., T. 3.4.2006, 4878/8253, www.kazanci.com, (17.11.2014).

⁸⁹ Bkz.: Süzek, Eşit Davranma, s. 33; Alpagut, s. 104.

⁹⁰ Yarg. 9. HD., T. 14.5.2007, 9579/14901, www.kazanci.com, (17.11.2014).

konumları vs. gibi nitelikleri eşit ise ancak o zaman işverenin eşit davranma borcu altında olduğunu ve bu işçilerin ikisini de işten çıkarması ya da çıkarmaması gerektiğini söyleyebiliriz. Fakat işçilerden birinin olaydaki kusurunun daha fazla olması, kıdem, çalışma performansı vs. gibi niteliklerinin de diğer işçiye nazaran daha düşük olmasına rağmen bu işçinin değil de diğer işçinin iş sözleşmesine son verilmesi hakkaniyete aykırı olacağı gibi her iki işçinin işine son verilmesi durumunda da işverenin farklı durumda olan işçilere farklı davranma yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelebilecektir.

İş ilişkisinin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcu hususunda değinilmesi gereken diğer bir nokta ise cinsiyet sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesidir. İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri cinsiyet, hamilelik ya da doğum gibi sebeplerle feshedilecek olursa İş K. m. 18/3-d hükmü gereğince bu durum bir geçersiz fesih teşkil edecektir. İş güvencesi kapsamında bulunmayan işçilerin bu sebeplerle iş sözleşmelerinin feshedilmesi ise ayrımcı sebeplere dayanan kötü niyetli bir fesih olarak kabul edilecektir⁹¹. Bu durumda işçinin hem kötü niyet tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanıp kazanamayacağını ise çalışmamızın bir sonraki bölümünde inceleyeceğiz. İşveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin işçinin yaşına ve hastalığına bağlı olarak sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceği ise somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir⁹².

⁹¹ Yıldız, s. 266; Aynı yönde bkz., Alman Federal İş Mahkemesi, T. 12.12.2013, S. 8 AZR 838/12, Hekimler, Alpay: Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 41, 2014, s. 471-472.

⁹² Bu hususta Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi'nin 18.6.2007 tarihli kararına göre, "Bir işverenin, yaşı ilerlemiş olan bir işçisinin iş sözleşmesini daha genç işçileri ile karşılaştırıldığı zaman sürekli hastalanması nedeniyle işe gelmemesi sebebiyle feshetmesi, her durumda Genel Eşit Davranma Yasasının (AGG) 1. ve 2. maddelerinin de ifade bulmuş olan yaşlılık nedeniyle ayrımcılığın yapıldığı anlamına gelmemektedir. Yaşı ilerlemiş olan işçi, aynı yaş grubundaki diğer işçiler ile karşılaştırıldığında göreceli olarak daha uzun süreler hastalanması sebebiyle işe gelemiyorsa, bu durumda, yaşlılık nedeniyle ayrımcılığın yapıldığından söz edebilmek mümkün değildir.", Hekimler, Alpay: Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 16, 2008, s. 110-111; Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi'nin HIV virüsü taşıyan işçinin işinin sonlandırılmasıyla ilgili verdiği 13.1.2012 tarihli kararına göre, "Bir işveren genel olarak, işyerinin belirli bir alanında (dava konusu olayda ilaçların imal edildiği birim) hasta işçilerin çalıştırılmayacağını belirlemişse, bu durumda deneme süresi içinde başka bir nedene gereksinim kalmaksızın, HIV enfeksiyonuna yakalanmış olan işçinin iş sözleşmesini feshedebilir. Bu yönde bir fesih kararı keyfi bir fesih olmadığı gibi, Medeni Kanununun 242. maddesinde düzenleme bulmuş olan

İşverenin iş sözleşmesini sendikal sebeplere dayalı olarak feshetmesi, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde, İş K. m. 5 ve İş K. m. 18/3-a, b hükümlerinde yasaklanmıştır. Bu konuda STİSK m. 25/2 ve STİSK m. 25/3 hükümlerinde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. STİSK m. 25/2 hükmüne göre, işveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacaktır. Aynı doğrultuda STİSK m. 25/3 hükmü de işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacakları veya farklı işleme tabi tutulamayacakları düzenlenmesini içermektedir.

Doktrinde işveren tarafından iş sözleşmesinin sendikal sebeplere dayalı olarak feshedilmesi durumunda iş güvencesi kapsamında olan işçilerle bu kapsamda olmayan işçiler açısından farklılık yaratıldığı ve sadece iş güvencesi hükümleri kapsamındaki işçilere sendikal tazminat talep etme hakkı verildiği, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin ise kötü niyet tazminatı isteyebilecekleri belirtilmekte ve bu durumun AB normlarına, ILO sözleşmelerine ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmekteydi⁹³. Bu görüşün temelinde ise STİSK m. 25/4 ve STİSK m. 25/5 hükümleri yatmaktaydı. STİSK m. 25/4 hükmü, “İşverenin *fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret*

sadakat ilkesinin de ihlali anlamına gelmemektedir. Dava konusu olay ile ilgili olarak, Eşit Davranılma Kanunu hükümleri kapsamında bir tazminat hakkı doğmamaktadır.”, Hekimler, Alpay: Çalışma ve Toplum, C. 2, S. 33, 2012; www.calismatoplum.org/sayi33/hekimler.pdf, (9.11.2014).

⁹³ Fazıl Sağlam ve M. Polat Soyer, “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Bu Açından Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu”, Legal İSGHD, C. 10, S. 39, 2013, s. 5-7; Özkaraca, Ercüment: “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 38, 2013, s. 202 vd.; STİSK m. 25/5 hükmünün kendinden önceki fıkralarla birlikte değerlendirilmesi durumunda aslında iş güvencesi kapsamındaki işçilerin bu tazminatı iş güvencesine ilişkin kanuni usul çerçevesinde isteyebilecekleri; iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin ise iş güvencesi prosedürü dışında bu tazminatı isteyebilecekleri yönünde bkz.; Narmanlıoğlu, Ünal: “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler”, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014, s. 39, 40; STİSK m. 25/5 hükmüne iş güvencesi kapsamında olmayanların sendikal tazminat güvencesinden yoksun olacağı anlamının yüklenmemesi gerektiği yönünde bkz., Yarg. 9. HD., T. 25.3.2014, E. 2013/13993, K. 2014/10049, Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 752, dn. 541.

tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.” düzenlemesini içerirken; STİSK m. 25/5 hükmü, “Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.” düzenlemesini içermekteydi. STİSK m. 25/4 hükmündeki “feshin dışında” ifadesi ile STİSK m. 25/5 hükmündeki “18” ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁹⁴.

Dolayısıyla bu iptal ile birlikte, iş sözleşmesi sendikal sebeplerle feshedilen işçiler arasında artık iş güvencesi kapsamında olanlar ve olmayanlar şeklinde bir ayırım yapılmayacağını, İş K. m. 18/1’de sayılan iş güvencesi koşullarını taşımayan işçilerin de –örneğin işyerinde bir gün çalışmış olan işçinin- iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda sendikal tazminat talep edebileceklerini ve işe iade davası açabileceklerini söyleyebiliriz. Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatının bir arada istenebilir istenemeyeceğini ise çalışmamızın bir sonraki bölümünde inceleyeceğiz.

VI. EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRILIĞIN İSPATI VE YAPTIRIMI

A. İspat Yükü

İş Kanunu m. 5/son düzenlemesine göre, işverenin İş K. m. 5 hükmündeki düzenlemelere aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin olmadığını ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ayrıca İş K. m. 20 hükmü bu düzenlemede ayrık tutulmuştur.

İspat yüküyle ilgili bir diğer düzenleme ise STİSK m. 25/6 ve m. 25/7 hükümlerinde yer almaktadır. STİSK m. 25/6 hükmüne göre, iş sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi 22.10.2014 tarihinde konuya ilişkin kısa kararını vermiş bulunmaktadır.

sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlü olacaktır. STİSK m. 25/7 hükmüne göre ise, fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlü olacaktır. Fakat işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.

İspat yükü her ne kadar kanunlarımızda açıkça düzenlenmiş ise de somut olayda işverenin ayrımcılık yaptığı ya da genel olarak işçileri arasında eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğinin işçi tarafından ispatı kolay olmayacaktır⁹⁵.

B. Yaptırımlar

1. Genel Olarak

Hukumumuzda işverenin ayırım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı İş K. m. 5/6'da hüküm altına alınmıştır. Buna göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde maddede yer alan hükümlere aykırı davranılması durumunda işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilecektir. Bu çerçevede, işçi ayrımcılık tazminatı dışında eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen ya da eksik ödenen ücretini, ikramiyesini ve diğer sosyal yardımlarını isteyebileceği gibi, işverenin eşit davranma borcu gereği yükümlü olduğu edimi ifa etmemesi nedeniyle iş sözleşmesini, çalışma

⁹⁵ “...Somut olayda, davacı işçi ücret ve ikramiyelerinin eksik ödenmesi, ücretinin SGK'ya eksik bildirilmesi, işe giriş tarihinin geç bildirilmesi nedenleri ile iş akdini haklı olarak feshetmiştir. Davacı işçi her ne kadar SGK'ya yapılan şikayet sonrası ücretlerinin asgari ücret düzeyine düşürüldüğünü, işlerinin ağırlaştırıldığı, istifa etmesi için baskı kurulduğunu ve işe giriş çıkışlarda üst araması yapıldığını iddia ederek eşitlik tazminatı talep etmişse de bu iddiaya yönelik olarak dinletmiş olduğu tanıklarının bir kısmının ise görgü ve bilgiye dayalı bilgilerinin bulunmadığı, dosya kapsamından bordroların hep asgari ücret düzeyinden düzenlendiği, iş yerinde herhangi bir hırsızlık olayı olduğunda üst araması yapıldığı anlaşılmakla davalı işveren tarafından yapılan bu işlemlerin yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda işverenin eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının koşullarını oluşturmayacağından davacının eşitlik tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Yarg. 9. HD., T. 1.4.2013, E. 2011/276, K. 2013/10657, www.kazanci.com, (17.11.2014).

şartlarının uygulanmaması (İş K. m. 24/II-f) hükmüne dayanarak haklı nedenle sona erdirebilecektir⁹⁶.

Diğer yandan, İş K. m. 99 hükmünde İş K. m. 5'teki ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde ise “*Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak ... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan ... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*” denilmek suretiyle cezai bir yaptırım düzenlenmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/4 ve m. 25/5 hükümlerinde ise işverenin sendikal sebeplerle eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği belirtilmiştir. Bunların dışında işçi genel hükümlere göre, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı nedeniyle uğradığı varsa maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesini de isteyebilir⁹⁷.

2. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanunu m. 5/6 hükmünde, işverenin iş ilişkisinde veya sona ermesinde İş K. m. 5 hükmündeki düzenlemelere aykırı hareket etmesi durumunda işçinin, doktrinde ayrımcılık tazminatı olarak ifade edilen dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği belirtilmiş ve sendikal tazminata ilişkin STİSK m. 25 hükümlerinin saklı tutulduğu ifade edilmiştir⁹⁸. Hükümde açıkça “iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde” denildiği için ayrımcılık tazminatının talep edilmesi ancak işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesinin mevcut bulunması halinde söz konusu olabilecektir. İş ilişkisinin kurulması aşamasında ise işveren tarafından ayırım yapılması

⁹⁶ Süzek, Eşit Davranma, s. 34.

⁹⁷ Demir, s. 18.

⁹⁸ Ayrımcılık tazminatının sadece İş K. m. 5 ve İş K. m. 18'de yer alan ayrımcılık yasakları hallerinde değil, yasadaki boşluğun doldurulması suretiyle işverenin genel anlamda işçilerine eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda da uygulanması gerektiği yönünde bkz., Yıldız, s. 329; “İşçinin yoksun bırakıldığı haklar” kavramından anlaşılması gerekenin işçinin ödenmeyen veya eksik ödenen ücreti, ikramiyesi, fazla mesai ücreti, iş ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde ödenmeyen yıllık izin ücreti, ihbar ve kıdem tazminatları olduğu yönünde bkz., Demir, s. 18.

halinde ayrımcılık tazminatının istenebilmesi mümkün değildir. Bunun yerine TCK m. 122 uyarınca suç duyurusunda bulunulabileceği gibi işverenin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde genel hükümlere göre tazminat istenebilecektir⁹⁹.

Ayrımcılık tazminatının miktarı kanunda “dört aya kadar ücret” şeklinde belirlenmiş olduğundan tazminatın miktarı, somut olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki kıdemine, işine ve konumuna göre hâkim tarafından değerlendirilecektir. İş K. m. 5’in gerekçesinde ayrımcılık tazminatı için esas olacak ücretin asıl ücret olduğu belirtilmiş olup ücret ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların (örneğin yakacak yardımı, yemek yardımı gibi) buna dahil olmayacağı ifade edilmiştir. Ayrımcılık tazminatıyla ilgili önemli bir husus ise işçinin bu tazminatı herhangi bir zararı doğmamış olsa dahi isteyebilecek olmasıdır. Kanunda ayrımcılık tazminatının, işverenin İş K. m. 5 hükmündeki düzenlemeleri ihlal etmesi durumunda ödeneceğinin ifade edilmiş olması bu sonucu doğurmaktadır. Ayrıca doktrinde İş K. m. 5/6 hükmünün nispi emredici hüküm niteliği taşıdığı, bu sebeple ayrımcılık tazminatının toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile arttırılabileceği de belirtilmektedir¹⁰⁰.

3. Ayrımcılık Tazminatı İle Bazı Tazminatlar Arasındaki İlişki

İşveren tarafından işçinin iş sözleşmesi, ayırım yasakları kapsamındaki ya da işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek bir sebeple feshedilecek olursa, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından iş güvencesi tazminatı, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler açısından kötü niyet tazminatı ve fesih sebebinin sendikal bir nedene dayanması durumunda sendikal tazminat istenebilmesi gündeme gelebilecektir. Bu tazminatlar dışında İş K. m. 5/6 hükmünde ise işverenin ayırım yasaklarına aykırı davranarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ödeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda, ayrımcılık tazminatı ile

⁹⁹ Süzek, s. 414; Demir, s. 18; Yıldız, s. 204; Odaman, Serkan: “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, Legal İSGHD, S. 25, 2010, s. 34.

¹⁰⁰ Tuncay, s. 36; Süzek, s. 415; Mollamahmutoglu / Astarlı / Baysal, s. 746; Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 77; Yıldız, s. 329; Öğretide, ayrımcılık tazminatının işçinin dört aya kadar ücreti tutarı ile sınırlandırılmış olmasının Avrupa Birliği normlarına aykırı olduğu ve yapılacak bir kanun değişikliğiyle üst sınırlar kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir, Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 77; Yıldız, s. 328-330; Odaman, s. 35.

birlikte yukarıda değindiğimiz diğer tazminatların birlikte istenebilip istenemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği konusunda İş K. m. 5/6 hükmünde açık bir düzenleme yer almaktadır. Hükümde ayrımcılık tazminatından bahsedildikten sonra “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” denilmek suretiyle (artık 6356 sayılı STİSK m. 25 hükmüne bakılmalıdır) sendikal sebeplere dayalı bir fesih yapıldığında işçinin hakkını İş K. m. 5 hükmüne dayanarak değil, STİSK m. 25 hükmüne dayanarak araması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, mahkemenin de ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminata birlikte hükmetmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda mahkeme ayrımcılık tazminatına değil, işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere belirlenecek sendikal tazminata hükmetmelidir¹⁰¹.

İş Kanunu'nun 17. maddesinde iş güvencesinden yararlanamayan işçilere, işverence sözleşmeyi fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda iş güvencesi tazminatı yerine kötü niyet tazminatının ödeneceği belirtilmiştir. Sorun, işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin ayrımcılık ya da genel olarak eşit davranma boruna aykırılık teşkil eden bir sebeple feshedilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. İşçinin iş sözleşmesinin ayrımcılık teşkil eden bir sebeple ve kötü niyetle işveren tarafından feshedilmesi durumunda işçinin her iki tazminatı da almaya hak kazanıp kazanamayacağı hususunda öğretilerde farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Öğretilerde bir görüş, böyle bir durumda her iki tazminatın da istenebileceğini kabul ederken¹⁰² diğer görüş her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği fakat bu konuda işçinin seçim hakkına sahip olduğunu belirtmektedir¹⁰³. Başka bir görüş ise, ayrımcılığın kötü niyetin özel bir hali olduğunu ve işverenin aynı davranışı sebebiyle iki ayrı tazminata birden hükmedilemeyeceğini işçiye yasalarla bu hususta herhangi bir seçim hakkı tanınmadığını ve kötü niyetli bir fesih yapılmış ise ayrımcılık tazminatına değil, yalnızca kötü niyet

¹⁰¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 282; Çelik, Nuri: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 490; Süzek, s. 415; Yıldız, s. 341.

¹⁰² Süzek, s. 416; Mollamahmutoğlu/ Astarlı / Baysal, s. 747-748; Yıldız, s. 331 vd.; Süzek'e göre, İş K. m. 5/6 hükmünde sadece sendikal tazminatın ayrımcılık tazminatıyla birlikte istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin aksinden kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenebileceği sonucu doğmaktadır, Süzek, Eşit Davranma, s. 35.

¹⁰³ Yarg. 9. HD., T. 18.6.2012, E. 2010/13005, K. 2012/23353 ve D. Özcan'ın incelemesi, Sicil İHD, Eylül 2012, s. 116-124; Odaman, s. 36.

tazminatına hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁴. Yargıtay ise bir kararında, “...Aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşamamaktadır. 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...” ifadeleriyle her iki tazminata birden hükmedilebilmesinin ancak kanunen bu durumun açıkça düzenlenmiş olması halinde mümkün olabileceğini belirtmiştir¹⁰⁵.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın vermiş olduğu kararın aksine işçinin her iki tazminatı birden talep edebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü işçinin her iki tazminatı birden talep edebilmesi için kanunda bu yönde açıkça bir düzenlemenin olması değil, aksine açıkça bir yasaklamanın öngörülmemiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, İş Kanunu’nda işçinin ayrımcılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminat talep edemeyeceği nasıl açıkça düzenlenmiş ise ayrımcılık tazminatıyla birlikte kötü niyet tazminatı talep edemeyeceğinin de düzenlenmiş olması gerekirdi. Eğer bu yönde bir düzenleme yok ise hukuk düzeninin yasaklamadığı bir durumu yargı kararlarıyla sınırlandırmak doğru olmayacaktır. Diğer yandan, işveren tarafından gerçekleştirilecek fesihler her olayda farklı özellikler arz etmektedir. Dolayısıyla her olayı kendi içindeki somut koşullara göre değerlendirmek gerekir.

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshi durumunda İş K. m. 21/1 hükmünde öngörülen iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatı da isteyip isteyemeyeceği de öğretilerde tartışmalıdır. Bu konuda, öğretilerde bir görüş, işverenin aynı davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığından bahisle

¹⁰⁴ Çelik / Canıklıoğlu / Canbolat, s. 282; Ayrımcılığın ilk bakışta kötü niyetin özel bir hali olarak gözükmeye karşın 5. maddedeki tazminatın yalnız iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olmayıp uygulanması ile de ilgili olduğunun göz önüne alınması durumunda bunun daha genel nitelikli bir düzenleme çerçevesinde düşünülmesi gerektiği yönünde bkz., Çelik, “Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, s. 489; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 80.

¹⁰⁵ Yarg. 9. HD., T. 29.11.2013, E. 2012/29053, K. 2013/27095, www.kazanci.com, (17.11.2014).

bu tazminatların birlikte istenemeyeceğini belirtmektedir¹⁰⁶. Bir diğer görüş ise her iki tazminatın birden talep edilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, her iki tazminatın amaçları birbirinden farklı olduğu gibi, İş K. m. 5/6 hükmünde sadece ayrımcılık tazminatıyla birlikte sendikal tazminatın istenemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatıyla birlikte iş güvencesi tazminatının birlikte istenilmesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁰⁷. Kanaatimizce de, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı birlikte istenebilir. Çünkü her şeyden önce bu iki tazminatın amaçları birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı işverenin iş güvencesi kapsamındaki işçisini işe iade edilmiş olmasına rağmen işe başlatmaması durumunda ödenen bir tazminattır ve işverenin bu yöndeki davranışının yaptırımını oluşturmaktadır. Ayrımcılık tazminatı ise işverenin İş K. m. 5 hükmünde sayılan sebeplerle ayırım yapması durumunda işçi tarafından talep edilebilecek bir tazminattır ve işverenin ayrımcılık oluşturan davranışının,

¹⁰⁶ Tuncay, s. 36-37; Taşkent, S. / Kurt, D.: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 40, 2014, s. 40; “...Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, işe iade davasında İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilmiştir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasa'nın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır...”, Yarg. 9. HD., T. 18.6.2012, E. 2010/13065, K. 2012/23353 ve kararın incelemesi için bkz.: Taşyürek, S.: “Ayrımcılık Sebebi İle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı İle İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu”, Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 38, 2013, s. 415-426; Yarg. 9. HD., T. 18.06.2012, E. 13065, K. 23353; www.legalbank.net, (20.11.2014).

¹⁰⁷ Bkz.: Süzek, Eşitlik İlkesi, s. 35; Yıldız, s. 335-337; Yenisey, “Eşitlik İlkesi”, s. 78-79; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal'a göre, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi, işçinin Kanunun başka hükümlerine göre zarar koşuluna bakılmaksızın sahip olacağı tazminat taleplerini etkilemeyecektir, Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 747; İşçinin işe iade edilmesi durumunda iş güvencesi tazminatının doğal olarak ödenemeyeceği, fakat ayrımcılık tazminatının bundan bağımsız olarak ödenmesinin hakkaniyete uygun olacağı yönünde bkz., Odaman, s. 38.

uygulamasının ya da işleminin yaptırımını oluşturmaktadır. Bu nedenle aynı olayda her iki tazminata birden hükmedilmesine bir engel bulunmamaktadır.

VII. SONUÇ

Temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatan eşitlik ilkesi, uygulamada işverene işçilerinin kişisel özellikleri, dünya görüşleri gibi sebeplerle ayrımcılık yapmaması ve genel olarak işçileri arasında eşit davranma borcu yüklemektedir. Bu borç, işverenin işyerinde çalışan işçileri arasında makul ve haklı bir neden olmadıkça farklı davranmasını engellemektedir. Bu yönüyle eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında keyfi ayırım yapmasını yasaklamakta ve işverenin davranış özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, işverenin işçileri arasında farklı davranmasını gerektiren nedenler varsa farklı davranma yükümlülüğü altında olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Türk Hukukunda eşitlik ilkesinin kanuni dayanakları Anayasa m. 10, İş K. m. 5, STİSK m. 25, Engelliler Hakkında Kanun m. 14 ve TCK m. 122'dir. İşverenin ayırım yapmama borcu iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesi aşamalarında mevcut iken genel olarak işçileri arasında eşit davranma borcu iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi hallerinde söz konusu olup iş ilişkisinin kurulması aşamasında bulunmamaktadır. İş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin ayrımcılık oluşturacak sorular sormaktan, ya da ayrımcılık teşkil edecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Aksi takdirde henüz daha iş ilişkisi kurulmamış olmasına rağmen aday TCK m. 122 uyarınca işveren hakkında suç duyurusunda bulunabileceği gibi culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında işverenden tazminat da isteyebilecektir. İşveren iş ilişkisinin devamı süresince de işçilerine eşit davranma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altındadır. Bunun gibi işveren iş sözleşmesinin türüne göre de işçileri arasında ayırım yapamayacaktır. İş K. m. 5, İş K. m. 12 ve İş K. m. 13 hükümleri bu konuda açık düzenlemeler içermektedir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesi aşamasında da kanaatimizce işverenin ayırım yapmama ve genel anlamda işçileri arasında eşit davranma borcu bulunmaktadır. Bu durum adalet ve hakkaniyet duygularıyla iç içe geçmiş bir kavram olan eşitlik ilkesinin yapısına daha uygundur. Ancak her somut olayın koşullarının değerlendirilerek işverenin bu borcuna aykırı davranıp davranmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

İş K. m. 5/son ve İş K. m. 20/2 hükümleri ile STİSK m. 25/6 ve STİSK m. 25/7 hükümleri işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda ispat yükünü düzenlemiştir. Diğer yandan, işverenin iş ilişkisinin devamı veya sona ermesi aşamalarında işçileri arasında ayrımcılık yapması ya da genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı

hareket etmesi durumunda İş K. m. 5 hükmünde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı isteyebileceği belirtilmiştir. Ayrımcılık tazminatı, kanunun açık hükmü karşısında iş ilişkisinin kurulması aşamasında istenemeyeceği gibi yine kanunun bu konudaki açık düzenlemesi sebebiyle sendikal tazminatla birlikte de istenemeyecektir. Eğer işveren sendikal sebeplere dayalı bir ayrımcılık yapmış ise bu takdirde işçi tarafından istenebilecek tazminat ayrımcılık tazminatı değil sendikal tazminat olacaktır. Ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötü niyet tazminatının istenebilir istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Kanaatimizce, somut olayın koşullarına bakılarak bu konuda bir sonuca ulaşılmalı; eğer olayda sadece kötü niyetli bir fesih var ise kötü niyet tazminatının uygulanması gerekmekte, kötü niyetli ve ayrımcılık da teşkil eden bir fesih var ise her iki tazminata birden hükmedilmelidir. Benzer şekilde, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği hususunda da, kanaatimizce bu iki tazminat da birlikte istenebilmesi mevcut yasal düzenlemelerin ruhuna uygun olacaktır. Gerçekten, iş güvencesi tazminatının işverenin işe iade edilen işçisini yeniden işe başlatmadığı için ödediği bir tazminat olması, buna karşılık ayrımcılık tazminatının işverenin ayrımcı ya da eşit davranma borcuna aykırı davranışlarının sonucu olarak ödediği bir tazminat olması sebebiyle her iki tazminatın da farklı temellere dayandığı görülmektedir. Ayrıca, hem ayrımcılık tazminatı-kötü niyet tazminatının hem de ayrımcılık tazminatı-iş güvencesi tazminatının birlikte istenebilmesine engel bir hüküm de kanunlarımızda bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- ALPAGUT Gülsevil, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, Sicil İHD, S. 4, 2006, s. 95-105.
- BAYBORA Dilek, “Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine”, Çalışma ve Toplum, C. 1, S. 24, 2010, s. 33-58.
- BAYRAM Fuat, “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 551-574.
- CANİKLİOĞLU Nurşen, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, Beta Yay., İstanbul 2002.
- CELİK Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 486-496.
- CELİK N. / CANİKLİOĞLU N. / CANBOLAT T., İş Hukuku Dersleri, 27. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2014.
- DEMİR Fevzi, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014, s. 15-25.
- DEMİR Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 7. Baskı, Albi Yay., İzmir 2013 (İş Hukuku).
- DEMİRCİOĞLU A. Murat/CENTEL, T., İş Hukuku, 17. Bası, Beta Yay., İstanbul 2013.
- DOĞAN Sevil, “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, TAAD, S. 9, 2012, s. 177-207.
- ERTÜRK Ş. / GÜRSEL İ., “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 425-459.
- EYRENCİ Ö. / TAŞKENT S. / ULUCAN D., Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2014.
- EYRENCİ Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Kamu-Sen, İstanbul 1991, s. 249-268.
- GÜZEL Ali / ERTAN Emre, “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD, S. 14, 2007, s. 509-549.
- GÜZEL A. / ERTAN E., “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, Legal İSGHD, S. 16, 2007, s. 1219-1305.

- KANDEMİR Murat, “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi”, AÜHFĐ 80. Yıl Armağanı, C.54, S. 4, 2005, s. 183-213.
- KAYA Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, 2. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa 2009.
- KESER Hakan, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılacağı Yaptırımlar”, Kamu-İş-Resul Arslanköylü’ye Armağan, C. 7, S. 3, 2004, s. 1-38.
- MOLLAMAHMUTOĞLU H. / ASTARLI M. / BAYSAL U., İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- NARMANLIOĞLU Ünal, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler”, Legal İSGHD, C. 11, S. 41, 2014, s. 27-44.
- ODAMAN Serkan, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, Legal İSGHD, S. 25, 2010. s. 31-40.
- ÖZDEMİR Erdem, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, Legal İSGHD, S. 5, 2005, s. 252-263.
- ÖZKARACA Ercüment, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, C. 3 S. 38, 2013, s. 173-215.
- SAĞLAM F./ SOYER P., “İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçinin Sendika Üyeliği Nedeniyle İşten Çıkarılması Halinde Sendikal Tazminat Talep Etme Hakkı: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Bu Açıdan Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Legal İSGHD, C. 10, S. 39, 2013, s. 3-24.
- SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2010.
- SÜZEK Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İHD, Aralık 2008, s. 24-39 (Eşit Davranma).
- TAŞKENT S. / KURT D., “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, C. 1 S. 40, 2014, s. 29-50.
- TUNCAY A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- TUNCAY A. Can, “Çalışma İlişkilerinde İrk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan-I, Beta Yay., İstanbul 2011, s. 726-727 (İrk ve Etnik Köken).

- TUNÇOMAĞ K. / CENTEL T., İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2013.
- ULUCAN Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD, C. 15 Özel S.(2013), s. 369-383.
- ÜNAL Canan, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C. 10, S. 37, 2013, s. 15-73.
- YENİSEY Kübra Doğan, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İSGHD, S. 7, 2005, s. 973-1003 (Metodoloji).
- YENİSEY Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 11, 2006, s. 63-82. (Eşitlik İlkesi)
- YENİSEY Kübra Doğan, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş-Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C. 6, S. 4, 2002, s. 1-43. (Kadın erkek eşitliği).
- YILDIZ Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yay., Ankara 2008.
- YUVALI Ertuğrul, “Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 3-4-5 Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013, s. 71-83.
- ZORLU M. / ÇALIM İLDAN, S., “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, Çalışma ve Toplum, C. 4, S. 35, 2012, s. 165-188.