

İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı

Deniz UGAN ÇATALKAYA*
ORCID: 0000-0002-7428-9500.

Öz: Eşitlik ve ayrımcılık hukuksal düzlemde her zaman başvurulan kavramlar olarak karşımıza çıkar. Buna karşın günlük dilde bu iki kavram kimi zaman birbiriyle örtüşür biçimde kullanılır, çoğunlukla da birbiriyle karıştırılır. Bunun nedeni, tüm insanların eşit değerde olduğu yönünde ifade edilebilecek ve daha çok ayırım yasakları ile ortaya çıkan temel ilkenin, zaman içinde adalet düşüncesini içinde barındıran ve eşit davranma ilkesi biçiminde ifade edilen ikinci bir boyut daha kazanmış olmasıdır.

Eşitlik ilkesinin iki bileşenin var olduğunun kabul edilmesi, ilkenin iş hukukuna iz düşümünde, işverenin eşit davranma borcunun da iki bileşeni olduğu tespitinin yapılmasını gerekli kılmaktadır. İşte bu çalışmanın amacı, işverenin eşit davranma borcunun, birbirini tamamlayan, aynı amaca yönelik olmakla birlikte hukuki nitelikleri, sonuçları, tespit edilme biçimleri ve yaptırıma ilişkin hükümleri birbirinden ayrılan iki farklı boyutunun irdelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik, Ayrım Yasağı, Eşit Davranma Borcu

**Two dimensions of principle of equality in Labor law:
Employer's obligation of equal treatment and prohibition of
discrimination**

Abstract: Equality and discrimination are the concepts always used in legal practice. However, in daily language, these two concepts are sometimes used overlapping and often confused with each other. The reason for this can be explained as follows: The fundamental principle that can be expressed as all people are equal, emerged first with the prohibition of discrimination and subsequently gained a second dimension, which included the idea of justice and expressed as the principle of equal treatment.

* Öğretim Üyesi, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Dr.

Makale Geliş Tarihi: 09.12.2020 - Makale Kabul Tarihi: 01.01.2021

The recognition that the principle of equality has two dimensions as specified requires to determine as a result of the projection of the principle to the labor law that the employer's obligation of equal treatment has also two dimensions. The aim of this study is to examine these two dimensions of the employer's obligation of equal treatment, which are complementary but differing from each other regarding legal character, results, way of determination and provisions about sanction that they are subject to.

Keywords: Equality, Prohibition of discrimination, Obligation of equal treatment

Giriş

Eşitlik ve ayrımcılık veya ayırım yasağı hukuksal düzlemde her zaman kullanılan kavramlar olarak karşımıza çıkar. Buna karşın günlük dilde bu iki kavram kimi zaman birbiriyle örtüşür biçimde kullanılır, çoğunlukla da birbiriyle karıştırılır. Kavramların çeşitliliği ve beraberinde getirdiği kavram karmaşası gerek anayasal gerek yasal düzenlemeler ve dahası uluslararası normlar açısından dahi söz konusudur. Gerçekten, adaletin ön koşulu olarak nitelendirilen eşitlik ilkesi, bugün uluslararası pek çok hukuk belgesinde (Uluslararası Çalışma Örgütü, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği normlarında) ve ulusal anayasalarda yer almaktadır (Sweeney, 2013:39; Lanquetin, 2020: parag. 4 vd.; Tuncay, 1982:12 vd.; Yıldız, 2008:34 vd.; Gülmez, 2009:48 vd.; Ünal, 2018:68 vd.; Ugan Çatalkaya, 2019:143 vd.). Eşitlik ilkesine ilişkin pozitif düzenlemelerin ve bu düzenlemelerdeki tanımların çokluğu, eşitliğin ulaşılmak istenen bir hedef olduğunun açık göstergesi olmakla birlikte aynı zamanda ilkenin hayata geçirilmesindeki zorlukların da ifadesidir (Doğan Yenisey, 2002:1). Nitekim, bu belgelerde, eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi yönündeki ortak amaca karşın, kullanılan terimlerdeki çeşitlilik (Sweeney, 2013: 40 vd.; Porta, 2011:290; Tuncay, 1982:6-7; Öden, 2003:127) ve tanım güçlüğü dikkat çekmektedir.

Bu nedenledir ki eşitliğin tek ve herkesçe kabul görebilecek ortak bir tanımını verme çabası büyük olasılıkla sonuçsuz kalacak fakat bu çabanın yolu mutlaka felsefe ile keşişecektir. Aristo'ya göre adalet (*dikaion*), eşitliktir (*ison*) (Aristote, 2008:56-57); diğer bir ifadeyle adalet düşüncesi, eşit davranmaya dayanır (Perelman, 2012:266). Ancak basite indirgenmiş bu tanım yanlış anlaşılmalıdır. Eşitlik, sadece iki değer birbirine denkliği olmayıp; daha çok bir ahenk (*harmonie*), adil olan değer (*la valeur du juste*) anlamındadır (Villey, 2001:56).

Eşitlik düşüncesinin uluslararası düzeyde bir ilke olarak ortaya çıkması, 1. ve 2. Dünya Savaşlarının sonrasına rastlar: Savaşlar, devletlerin şu ya da bu devlet olduğuna bakılmaksızın, insanların ise ırk, renk, dil, din, cinsiyet, görüş ve inanç farklılıklarından bağımsız olarak eşit olduğunu hatırlatmış; insanların onurlarının, özgürlüklerinin ve kişiliklerinin korunması fikri önem kazanmıştır (Tuncay, 1982:1-

2). Gerçekten, 2. Dünya Savaşından sonradır ki, bir kararın hukuki gerekçesi olabilecek kriterlere yönelik bir eşitlik anlayışı, diğer bir ifadeyle ayırım yasaklarına ilişkin kurallar ortaya çıkmıştır (Sweeney, 2010:12; Perelman, 2012: 286). Ayırım yasağı, böylece tüm insanların eşit değerinde olmalarının ve herkesin onurunun aynı düzeyde korunması gerekliliğinin ifadesi olan eşitlik ilkesinin (Auzero ve diğerleri, 2019:876) gerçekleşmesini sağlayan bir kavram olmaktadır (Kılıçoğlu, 2012:41).

Tüm insanların eşit değerinde olduğu yönünde ifade edilebilecek ve daha çok ayırım yasakları ile ortaya çıkan bu temel ilke, Aristo'nun eşitlik ve adalet arasında kurduğu bağa benzer biçimde bir anlamda adalet düşüncesini içinde barındıran ikinci bir anlam daha kazanmıştır. Bu ikinci anlamıyla eşitlik ya da Avrupa Birliği Hukukunda ifade edildiği gibi eşit davranma ya da eşit işlem ilkesi (*égalité de traitement*) bu kez keyfi olanı yasaklamak için önce kamu otoritesini sınırlayan şimdi ise gücü elinde bulunduran her düzeydeki otoritenin karar alma yetkisini (konumuz açısından işverenin yönetim yetkisini) sınırlayan bir ilkeye dönüşmüştür (Auzero ve diğerleri, 2019:877). Dahası, eşitlik ilkesi, toplum ve devlet arasındaki karşılıklı ilişkilerin, genel anlamda ne şekilde kurulması gerektiğini buyuruyor olması nedeniyle modern politik hukuk sistemlerinin menteşesi olarak ifade edilmektedir (Dictionnaire de la culture juridique, 2003:585): Çünkü modern devlet, bir yandan eşitlerin oluşturduğu bir toplumdaki kaynağını almakta, diğer yandan bu toplumun her bireyi devlet otoritesine eşit biçimde tabi bulunmaktadır.

Böylece eşitlik ilkesi bu iki yönüyle birden, bir bütün olarak algılanmaya başlanmıştır: *Ayırım yasakları ve eşit davranma/işlem*. Ayrımcılık, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesinin beklenemeyeceği bir özelliği nedeniyle o kişiye farklı uygulama yapma anlamına gelmektedir (Öğretideki benzer yönde tanımlar için bkz. Tuncay, 2011:725; Yıldız, 2008:88; Süzek, 2020:453; Ünal, 2018:37 vd.; Auzero ve diğerleri, 2019:885 vd.). Eşit davranma ya da eşit işlem yapma kavramı ise, esas olarak aynı veya benzer durumdaki kişilere, aynı biçimde davranılmasını; dahası farklı durumdaki kişilere ise farklılıkları ölçüsünde farklı davranılmasını gerektirecektir (Perelman, 2012: 281; Auzero ve diğerleri, 2019:899 vd.; Tuncay, 1982:5; aynı yazar, 2011:726; Süzek, 2020: 456-458; Ertürk, 2002:101). Böylece eşitlik ilkesi bir bütün olarak, her hak öznesi için hem bizzat temel bir hak (Gülmez, 2009:4; Hernu, 2003:45 vd.) hem de diğer temel hakların gerçekleştirilebilmesinin koşulu ve temelini teşkil etmektedir (Favoreu ve diğerleri, 2002:296; Dockès, 2002:188; Servais, 2011:68).

Eşitliğin belirtildiği gibi iki bileşenin olduğu kabulü, kuşkusuz, eşitlik ilkesinin iş hukukuna izdüşümü olan işverenin eşit davranma borcu üzerinde de etki gösterecektir. Böylece işverenin eşit davranma borcunun da iki bileşeni ya da boyutu olduğu yönünde bir tespitten hareket etmek yanlış olmayacaktır. İşte bu çalışmanın amacı, işverenin eşit davranma borcunun, birbirini tamamlayan ve aşağıda açıklanacağı gibi aynı amaca yönelik olmakla birlikte hukuki nitelikleri farklı olan iki farklı bileşenin irdelenmesidir.

Eşitlik İlkesinin İş Hukukundaki Görünümü: İşverenin Eşit Davranma Borcu

1900lü yıllara dek eşitlik, kamu otoritesi ile vatandaşlar arasındaki ilişkiler düzeyinde, kamu hukuku kavramı olarak değerlendirilmekte (Sweeney, 2010:60; Manigot, 2012:37), özel hukuk ilişkileri açısından ise eşitlik, irade serbestisi ilkesi ile birlikte düşünülmekteydi. Bunun sonucu olarak hukuk önünde herkesin eşit olduğu, herkesin serbest iradesiyle hukuki ilişkiler kurduğu varsayımından hareket edilerek sözleşme ve girişim özgürlüğüne üstünlük tanınmaktaydı. Ne var ki, sözleşmeler hukukunda var olduğu kabul edilen taraflar arasındaki varsayıma dayalı, soyut ve mutlak eşitlik, iş hukukunda, işçinin ekonomik açıdan işveren karşısında güçsüz olması ve ayrıca, işverenin yönetim yetkisinin tanınarak meşrulaştırılması nedeniyle ortadan kalkmaktadır (Taşkent, 1981:29 vd.; Çelik ve diğerleri, 2020:276 vd.; Süzek, 2020:79 vd.; Süzek, 1998:225 vd.; Engin, 1993:70; Güzel, 2016:151 vd.; Güzel ve Ugan Çatalakaya, 2014:21 vd.; Şahlanan, 2011:2 vd.; Auzero ve diğerleri, 2019:799 vd.; Sweeney, 2010:139 vd.). Bunun içindir ki, kamu gücünü kısıtladığı kabul edilen eşitlik ilkesinin, iş ilişkisinde de işverenin yönetim yetkisinin sınırlandırılması aracı olarak ortaya çıkması şaşırtıcı olmayacaktır (bkz. Ulucan, 2000:192-193; Tunçomağ/Centel, 2016:142; Yıldız, 2008:167-174; Viottolo-Ludman, 2004:313 vd.).

Sosyal ve ekonomik yönden sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması amacı doğrultusunda eşitlik ilkesi, işverenin eşit davranma borcu biçiminde özellikle anlam kazanmakta, işverenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir kurum olmaktadır. Nitekim Yargıtay içtihadında eşit davranma ilkesi, tüm hukuk alanında geçerli olan, iş hukuku açısından da işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yükleyen ve bu yönüyle de işverenin yönetim hakkını sınırlayan bir ilke olarak kabul edilmektedir (Yarg. 9. HD, 25.2.2020, E. 2017/28065, K. 2020/2946; Yarg. 9. HD, 24.3.2020, E. 2019/8022, K. 2020/4414; Yarg. 9.HD, 5.2.2020, E. 2017/15337, K. 2020/1522, Lexpera; işverenin sözleşme özgürlüğünün eşitlik ilkesi ile sınırlandırılmasının sınırı, farklı uygulamaları haklılaştırabilmesi konusunda ayrımı için bkz. Ugan Çatalakaya, 2019:180 vd.).

İşverenin Eşit Davranma Borcunun Pozitif Dayanakları

İşverenin eşit davranma borcunun pozitif dayanaklarının başında, Anayasanın 10. maddesi gelmektedir. Bu hükme göre, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin 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, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. / Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. / Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde

eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar". Hükmün düzenleniş biçimi, bir yandan genel olarak eşit davranma borcunu düzenlemekte olduğu, diğer yandan ise dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle gerçekleştirilecek ayırım yapma yasağı öngördüğü biçiminde yorumlanmaktadır (Öden, 2003:130; Caniklioğlu, 2006:644; Yıldız, 2008:55; Süzek, 2008:25; aynı yazar, 2020:453; Çelik ve diğerleri, 2020:435; Ugan Çatalkaya, 2019:163). Anayasa m. 10 hükmünün, eşitlik ilkesini, birbirinden ayrılmaz olumlu ve olumsuz yönleriyle birlikte düzenlediği yönündeki görüşe göre, burada yalnızca bir "eşitlik yükümlülüğü"nden değil, "ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü"nden söz etmek doğru olacaktır (Gülmez, 2010:221, 233)¹. Anayasa Mahkemesi kararlarında da eşitlik ilkesinin, ayırım yapılmaması kuralını da içeren bir bütün olarak yorumlandığı, "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir." (AYM, 30.12.2015, E. 2014/122, K. 2015/123, RG. 1.3.2016, 29640) yönündeki ifadelerden anlaşılmaktadır.

Eşitlik kavramı ve eşitliğin sağlanması yönünde ulusal bir denetim mekanizması kurulması yasal bir düzenlemeye daha konu edilmiştir: 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Anayasa m.10 hükmünün, AYM ve öğretici tarafından yukarıda açıklanan algılanış biçimine uygun olarak hem yasa önünde eşitlik ilkesine hem de ayrımcılık yasağına "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" kenar başlıklı 3. maddesinde yer vermiştir (Süzek, 2020:478 vd.; Çelik ve diğerleri, 2020:438). İlgili hükme göre, "Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. / Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi veya siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır".

Eşitlik ilkesinin iş ilişkilerindeki görünüm biçimi olarak işverenin eşit davranma borcu ise, esas itibarıyla İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Gerçekten bu hükmün ilk beş fıkrası uyarınca "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. / İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. / İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu 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 kararlaştırılmaz. / İşçinin cinsiyeti

¹ Yazar, ayrımcılık yasaklı eşitliğin tanımını şu şekilde vermektedir: "Ayrımcılık yasaklı eşitlik, aynı durumda bulunan hak öznelinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke, temel bir haktır".

nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşüğe bir ücretin uygulanmasını baskı kılma.”. Ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, bazı sözleşme türlerine göre çalışanların farklı işleme tabi tutulamayacağına ilişkin olarak İş Kanununda iki hüküm daha mevcuttur: İşK. m. 12/I, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar açısından; İşK. m. 13/II ise kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar söz konusu olduğunda farklı işlem yasağı öngörmektedir. Bunun yanı sıra, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da sendikal nedenle ayırım yapılamayacağı (m. 25) hükmüne bağlanmıştır.

Kenar başlığı “Eşit davranma ilkesi” olan İşK. m. 5 hükmünün metninde işverenin eşit davranma borcuna değinilmemiş olması gerekçesiyle 5. maddenin görünürde -lafzına bakıldığında-, iş ilişkilerinde ayırım yasağını düzenlediği söylenebilir (Süzek, 2020:454; Çelik ve diğerleri, 2020:437; Gülmez, 2010:241; Yıldız, 2008:63; Baysal, 2010:71; Ertürk ve Gürsel, 2011:430, 434; Aykaç, 2016:52; Ünal, 2018:101). Ancak maddenin gerekçesinde, işverenin işe almadan başlayarak, tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğünden; eşit davranma borcunun en önemli dayanağının, Anayasanın 10. maddesi olduğundan söz edilmesi karşısında, öğretilde, 5. maddenin yalnızca eşitlik ilkesinin olumsuz yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığının düşünülmemesi ve maddenin salt ayrımcılık yasaklarına indirgenmemesi gerektiği ileri sürülmüş (Gülmez, 2010:239; Çelik ve diğerleri, 2020:437; Baysal, 2010:71); hatta 5. maddenin, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağını bir bütün olarak düzenlediği ifade edilmiştir (Ulucan, 2013:375).

Kuşkusuz, sadece ayırım yasağı değil; benzer/aynı konumdaki kişilere benzer/aynı biçimde davranma anlamında eşit davranma borcu da eşitlik ilkesinin bir bileşeni olarak işverenin yönetim yetkisini sınırlandırmaktadır. Nitekim Anayasanın 11. maddesi gereği, Anayasa hükümlerinin, kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olması nedeniyle, eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeni açısından ve dolayısıyla iş ilişkilerinde de geçerli bir genel ilke niteliği taşımakta olduğundan, İşK. m. 5 hükmünde yalnızca ayırım yasaklarından söz edilmiş olması, iş ilişkilerinde genel anlamda eşit davranma borcunun var olmadığı biçiminde de yorumlanamayacaktır (Öden, 2003:150 vd.; Tuncay, 1982:5, 24, 69 vd.; Yıldız, 2008: 56, 65; Gülmez, 2010:237; Süzek, 2020:455; Çelik ve diğerleri, 2020:437; Doğan Yenisey, 2005:974-975; Ertürk ve Gürsel, 2011:426; Ugan Çatalkaya, 2019:175). Haklı bir gerekçe olmaksızın işçilere farklı muamele yapılmasının yasak olması anlamında eşit davranma borcunun kaynağının ise bu halde Anayasanın 10. maddesi olduğu kabul edilmektedir (Çelik ve diğerleri, 2020:437; Ünal, 2018:104).

İşverenin Eşit Davranma Borcunun Kademelenmesi ve Terminoloji

Eşitlik ilkesinin iki boyutu ya da bileşeni olarak adlandırılabilir olan eşit davranma ilkesi ile ayırım yasağının varlığının kabulü, işverenin eşitlik ilkesinden kaynağını alan eşit davranma borcuna da bu iki boyutu kapsayacak bir yaklaşımı

zorunlu ve gerekli kılmaktadır. Bu yaklaşım sonucunda, işverenin eşit davranma borcunun kademelenmesinden ya da katmanlı bir yapı kazanmasından (Doğan Yenisey, 2006a:65) söz edilebilecektir. İşverenin eşit davranma borcunun pozitif temellerinin de ortaya koyduğu gibi, işveren hem benzer ya da aynı konumdaki işçilerine, keyfi biçimde farklı davranmama, hem de sınırlı sayıda olmayan ayırım kriterleri denilebilecek bazı kriterlere dayalı ayırmacılık yapmama borcu altında bulunmaktadır.

Gerçekten, ayırım yasakları ve eşitlik, aralarındaki bütünsellik ilişkisi içinde, birbirini tamamlayan ve birbirine sıkı şekilde yapışık iki kavram (Tuncay, 2011:726), iç içe giren (Ulucan, 2013:375), niteliği gereği birlikte anılmak zorunda olan kavramlar (Canıklıoğlu, 2006:643), aynı gerçeğin ya da aynı madalyonun biri olumlu diğeri olumsuz iki yüzü biçiminde algılanmaktadır (Porta, 2013:12-13; Gülmez, 2009:9; Gülmez, 2010:221). Nitekim, bu iki yüzü ortaya koyacak biçimde, “eşitliğin”, kabul edilebilir bir farklılaşmaya olanak sağladığı; yasa dışı ve kabul edilemez bir “ayırmacılığın” ise hukuksal eşitliğin dışında kalacağı ifade edilmektedir (Cesaro, 2016:39). Öğretide, işverenin eşit davranma borcu, çoğunlukla sözü edilen iki bileşenin birbirinden ayırt edilmesi yoluyla incelenmektedir² ancak bunları ifade etmek için kullanılan terminoloji açısından farklılıklar ortaya çıkmaktadır.

Kanunda eşit davranma borcu altında, keyfi ayırım yapmama yükümlülüğünün iki tür yasak içerdiğini kabul eden görüşe göre, bu yasakların ilki, dil, ırk, renk, cinsiyet gibi Kanunda öngörülen durumlara ilişkin “mutlak ayırım yasakları” olup; iş sözleşmesinin türü, mesleğin niteliği ya da başka nedenlerle

² İşverenin eşit davranma borcu açısından açıkça bir kademelenirmenin varlığından söz edilmemesine karşın kullanılan terminolojiden hareketle, ayırım yasağı ve eşit davranma borcunun varlığını kabul etmiş olduğunu dolaylı olarak tespit edebildiğimiz öğreti görüşleri de mevcuttur. Örneğin, işverenin bu borcunu “eşit davranma ve ayırım yasaklarına uyma yükümlülüğü” biçiminde ifade eden yazarlar olduğu gibi (Ekmekçi ve Yiğit, 2019: 276 vd.); eşit işlem borcu başlığı altında, işverenin, işçiler arasında ayırım yapmaması ve onlara eşit davranmasını iş hukukunun temel ilkelerinden birisi olarak tanımlayan yazarlar (Eyrenci ve diğerleri, 2020:161), bu ifadelerle eşit davranma borcunun iki yönüne dolaylı olarak işaret etmiş olmaktadır. Öğretide, bundan farklı olarak, eşitlik ilkesinin iki yönü arasında bir nitelik farkı gözetmeksizin, eşit davranma borcunun daha ziyade işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması biçiminde somutlaştığını belirten yazarlar, izleyen satırlarda, işverenin eşit davranma borcunu, “aynı durumdaki işçilerine aynı, farklı durumdaki işçilerine ise farklı davranması yükümlülüğü” olarak tanımlamak suretiyle (Mollamahmutoglu ve diğerleri, 2019:191), kanımızca uygulamada sıkça rastladığımız biçimde, eşit işlem ve ayırmacılık kavramlarını birbirleri yerine kullanmaktadırlar. Benzer yönde, öğretilde Senyen Kaplan’ın, iş hukukunda eşit işlem yapma borcunu bir yandan, “işverenin aynı işyerinde çalışan, aynı şartları taşıyan işçiler arasında ayırım yapmama borcu” olarak (Senyen Kaplan, 2019:239), diğer yandan “eşit durumda olan kişilere hakkaniyet esaslarına göre eşit davranmaktır” biçiminde (Senyen Kaplan, 2017:226) tanımlayarak, aslında eşitliğin iki bileşenine işaret etmesine karşın, kavramlar arasındaki farkı gözetmeden kavramları birbiri yerine kullandığı dikkat çekmektedir.

işverenin işçiler arasında farklı işlem yapamaması, “nispi ayırım yasakları” olarak adlandırılmaktadır (Narmanlıoğlu, 2014:325).

Eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümü olan işverenin borcunu, “geniş anlamda eşit davranma borcu” olarak ifade ederek, bu borç kapsamında işverenin, “ayrımcılık yapmama” ve “genel anlamda eşit davranma” borcu altında olduğunu kabul eden görüşe göre ise “genel anlamda eşit davranma”, haklı bir sebep yokken işçilere farklı muamele yapmama anlamına gelmektedir (Çelik ve diğerleri, 2020:437).

Öğretide benzer yöndeki ancak tercih edilen terminoloji açısından yine farklılık gösteren, bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, eşitlik ilkesini, “ayırım yasakları” ile “dar anlamda eşit davranma ilkesini” kapsayan üst bir kavram gibi kabul etmektedir (Süzek, 2020:453; Doğan Yenisey, 2005:978; aynı yazar, 2006a:66; Yıldız, 2008:55, 65; Ertürk ve Gürsel, 2011:431; Doğan, 2012:188; Aykaç, 2016: 55 vd.; Ünal, 2018:54). Bu görüşteki yazarlar da iş hukukundaki eşitlik ilkesini, işveren için hem ayrımcılık yapma yasasını hem de aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit davranma yükümlülüğünü getiren çift yönlü (Yıldız, 2008:64) veya iki bileşeni olan (Doğan Yenisey, 2006a:66; Ünal, 2018:54-55) bir ilke olarak değerlendirmekte; ancak ilkenin bu ikinci yönünü, “dar anlamda eşit işlem yapma borcu” olarak ifade etmektedir. Öğretide bu iki bileşen, “ayrımcılık yasası” ve “eşit davranma ilkesi” olarak da ifade edilebilmektedir (Tuncay, 2011:755).

Uluslararası normlarda da ayırım yasakları ile eşitliğin birbiriyle bağlantılı kabul edilerek düzenlendiği söylenebilir (ayrıntı için bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:155 vd.). Nitekim AIHS’ye ek 12 sayılı Protokol’ün açıklayıcı raporunda (<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/177.htm>. Ayrıca bkz. Gülmez, 2009:10 vd., 245 vd.), ayrımcılık gözetilmemesi ve eşitlik ilkelerinin birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmektedir; Avrupa Birliğinde ayrımcılığa ilişkin yönergelerde çeşitli kriterlere dayalı ayırım yasaklanırken, bununla eşit işlem ilkesinin hayata geçirilmesinin hedeflendiği vurgulanmaktadır. Gerçekten Avrupa Birliği yönergelerinde, ayırım yasaklarının, eşitliğin özel bir hali gibi algılanmakta olduğu dikkat çekmekte (Cesaro, 2016:39), Adalet Divanı içtihadında da, eşitlik ilkesi ile ayırım yasaklarının birlikte anıldığı, kimi zaman benzer, kimi zaman farklı işlevleri ile bir arada kabul edildiği görülmekte; hatta önemle ekleyelim ki, eşitlik ilkesi ile ayırım yasakları kavramlarına aynı anlama gelecek biçimde başvurulması, terminolojinin doğru kullanılmaması eleştiri konusu da olabilmektedir (Manigot, 2012:24; Martin, 2008:761; Laulom, 2009:12; Ray, 2011:44; Guyon, 2016:207; konuya ilişkin Adalet Divanı kararları ve değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:256-267).

Kanaatimizce de eşitlik ilkesinin iki bileşeni ya da boyutu veyahut madalyonun iki yüzü gibi kabul edilen eşit davranma/işlem ve ayırım yasakları, esasında kuşku yaratmayacak biçimde ortak bir nihai amaca yönelik bulunmaktadır. İşverenin eşit davranma borcu bir bütün olarak düşünüldüğünde amacın, iş ilişkilerinde her türlü ayırımın ve keyfi farklı uygulamanın ortadan kaldırılmasıyla

eşitliğin sağlanması olduğu açıktır (Bkz. Tuncay, 1982:158; Hernu, 2003:246 vd.; Manigot, 2012:23 vd.; Sweeney, 2013:41 vd.; Porta, 2011:290). İşçilerin hak ve özgürlüklerinden eşit yararlanabilmelerini sağlama ve böylece işyerinde çalışma barışının korunması amacıyla, işverenin sözleşme özgürlüğü ve yönetim yetkisinin sınırları, kişinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi beklenemeyecek özelliklerine dayanan ayrımcı bir uygulama yapmama kuralı ve eşit durumdaki işçilere eşit davranılması kuralı ile çizilmektedir. İşverenin işçileri arasında farklı bir uygulama yapabilmesinin gerekçesi ise ayrımcılık kriterlerine dayanmayan, objektif, haklı nedenler olabilecektir. Ortak hedefleri her türlü ayrımın ortadan kaldırılması olan ayrımcılık ve eşit davranma/işlem kavramları, kuşkusuz en çok bu noktada birbirine yaklaşmaktadır.

Ne var ki, eşit davranmanın ve ayırım yasaklarının, ortak bir amacının varlığından söz edilebilir olması ya da ayrımcılığın, eşitlik ilkesinin bir ihlali biçiminde ortaya çıkmasından dolayı aralarındaki neden-sonuç ilişkisi, bu kavramların örtüşen veya özdeş kavramlar olduğunu da göstermeyecektir (Hernu, 2003:246). Gerçekten, ayrımcılık niteliğindeki her uygulama, eşitlik düşüncesini zedeleyici nitelikte olsa da bunun aksi her zaman geçerli değildir (Ugan Çatalkaya, 2019:157). Eşitliğe aykırı her uygulama mutlaka ayırım yasaklarının ihlali olmayabilecektir. Diğer bir deyişle, her eşitsizlik, ayrımcılık oluşturmayacaktır (Hernu, 2003:248). Bu nedenle eşit davranma ve ayrımcılık kavramlarının, salt aralarındaki bağlantıdan hareketle, nitelikleri birbirinden ayırt edilmeksizin, özdeş anlamlar içerdikleri düşünülerek birbirleri yerine kullanılması isabet taşımayacaktır.

Eşitlik ilkesi, iş hukukunda, işverenin eşit davranma borcu adıyla yansımaları bulurken; işverenin bu borcunun iki bileşenini biz de “ayırım yapmama borcu” ve “dar anlamda eşit davranma borcu” kavramları ile ifade etmenin ve kavramların hukuki nitelik ve sonuçları açısından farkları dikkate alınarak, doğru biçimde kullanılmasının daha yerinde ve önemli olduğunu düşünüyoruz.

Aynı Bütünün Farklı Hukuki Nitelik Taşıyan Parçaları: “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu” ve “Ayrım Yasağı”

Eşitlik ilkesinin iki bileşeni olarak adlandırdığımız dar anlamda eşit davranma borcu ile ayırım yasaklarının, bir bütünün birbirini tamamlayan parçaları olduğu tespitinin ardından, çalışmamızın bu ikinci bölümünde, iki kavramın belli bir kritere dayanma açısından, hukuki nitelikleri, tespit edilme yöntemleri, işverenin yükümlülüğü biçiminde doğdukları an ve ayrımcılık tazminatı yaptırımının uygulanabilmesi itibarıyla farklarına işaret etmek uygun olacaktır.

Belli Bir Kriteria Dayanma Açısından

Ayrımcılık, bir kararın alınması, bir işlemin yapılması ya da bir kuralın konulması sırasında hukuka aykırı bir kriterin (etnik köken, cinsiyet, engellilik, yaş vb.) esas alınması biçiminde tanımlanmaktadır (Peskine ve Wolmark, 2019:243; Auzero ve diğerleri, 2019:885; Sweeney, 2010:170; aynı yazar, 2013:41; Porta, 2013:16; Favoreu ve diğerleri, 2002:435; Miné, 2008a:532; Gülmez, 2009:13 vd.; Yıldız, 2008:69 vd.; Tuncay, 1982:123 vd.). Dolayısıyla ayırım yasaklarında, bazı kriterlerin hukuka aykırılığının, önceden belirlenmesi söz konusudur. Bu kriterler, insanın taşıdığı, değiştirilmesi olanaklı olmayan ya da değiştirilmesi istenemeyecek niteliklerine ve değerlerine ilişkindir. Ayırım yapan kimse, karşısındakini, işte bu nitelikler ve değerler açısından ideal ya da üstün kabul ettiği farazi bir kişi ile kıyaslar ve ideal/üstün gördüğü niteliklere sahip olmayana, bu nedenle farklı/olumsuz davranır. Bir diğer deyişle, kişinin farklı olma hakkına saygı göstermeyerek, bireyin kimliğinin ve kişiliğinin gelişimi açısından bizzat karar verme özerklik ve serbestliğinden en geniş biçimde yararlanmasına engel olur (Caniklioğlu, 2006:649). Söz gelimi, belli bir ırka mensup olmanın, belli bir inanca sahip olmanın ya da erkek olmanın, ideal olduğuna, diğerlerine göre üstün olma sonucunu doğurduğuna inanmak ve bu nedenle başka bir ırka, dine mensup olana ya da kadına olumsuz/farklı işlem yapmak, ayrımcılık teşkil edecektir (Cesaro, 2016:40).

Sözü edilen kriterler, Anayasa ve İş Kanununda sınırlı sayıda olmayacak biçimde örneksime yoluyla belirtilmiş; dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı öngörülmüştür. Ayırım kriterlerini sınırlı sayıda düzenleyen 6701 sayılı Kanun ise, inanç, felsefi veya siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu ve yaş kriterlerini; 6356 sayılı Kanun ise sendikal nedeni belirtilen kriterler arasına eklemiştir. Kanımızca Anayasa ve İş Kanununda olduğu gibi, “ve benzeri sebepler” denilerek bu kriterlerin çeşitlendirilebileceğine işaret edilmesi isabet taşımaktadır. Zira yapılan iş ile bağlantılı olmayan ve kişinin değiştirmesi olanaklı olmayan ya da değiştirmesi beklenemeyecek birçok özelliği ayrımcı bir uygulamada esas alınabilecektir. Örneğin, Fransız yasa koyucu, mevzuatımızda sayılan kriterlerden başka kişinin genetik özellikleri, görünen ya da bilinen ekonomik durumundan kaynaklanabilecek savunmasızlığı, dış görünümü, soyadı, ikamet ettiği yer, bankasının bulunduğu yer, seçimle geldiği bir görevi icra etmesi, kendini Fransızca dışında bir dil ile ifade edebilmesi gibi özellikleri de İş Kodunda saymıştır (Fransız İş Kodunun sözü edilen L. 1132-1 hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz. Auzero ve diğerleri, 2019:880; Peskine ve Wolmark, 2019:245 vd.; Ugan Çatalakaya, 2019:178).

Fransız İş Kodunun bu hükmünde sayılan kriterlerin, iki farklı kategori oluşturduğu tespiti yapılmaktadır (Peskine ve Wolmark, 2019:246): Bu kriterlerden köken, cinsiyet, yaş, cinsel kimlik, cinsel eğilim, gerçekte ya da varsayımsal olarak bir

etnik kökene, milliyete ya da ırka mensup olup olmama, dış görünüş, soyadı, gebelik, sağlık durumu, ikametgah, genetik özellikler ve engellilik, esasında işçinin “ne olduğu”nun dikkate alınmasının sonucudur. İkinci kategori ise, işçinin daha çok, “ne yaptığı”ndan hareketle belirlenmiştir. İşçinin medeni hali, politik veya diğer düşünceleri, sendikal faaliyetleri, greve katılmış olması gibi bu kriterler esas alınarak yapılacak bir uygulama, işçinin, temel haklarını kullanmasının ihlali sayılacaktır. Bu hükümde yer verilen ayırım kriterleri, 1982 yılından bu yana, Fransız yasa koyucu tarafından genişletilmekte olup (Auzero ve diğerleri, 2019:881), örneğin cinsel kimlik kriteri 2012 yılında, ikametgah kriteri 2014 yılında, ekonomik durumundan ötürü savunmasız olma kriteri 2016 yılında, seçimle geldiği bir görevi icra etmesi kriteri 2019 yılındaki bir yasa değişikliği ile maddeye eklenmiştir.

Fransız Hukukunda, bu kriterlerin sınırlı sayıda listelenmiş olması da öğretide eleştirilmekle birlikte, Lisbonne Anlaşmasının yürürlüğe girmesiyle AB Temel Haklar Şartının doğrudan uygulanabilir nitelik kazandığı ve böylece Şartın 81. maddesindeki sınırlı sayı esasına dayanmayan listenin Fransız Hukukunda da yürürlükte olduğu vurgulanmaktadır (Auzero ve diğerleri, 2019:884). Bunun yanında, bir kriterin, İş Kodundaki listede yer almamasının (örneğin, servet ya da varlık gibi bir kriterin), bu kritere dayanarak işverenin keyfi uygulamalar yapabileceği anlamı taşıyamayacağı; bu konuda özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, Fransız yargıcı için yol gösterici ve tamamlayıcı bir rol oynadığının altı çizilmektedir (Auzero ve diğerleri, 2019:885). Gerçekten, bilindiği gibi, Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma konusunda, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka duruma dayalı ayırım gözetilmemesi gerektiği düzenlenmiştir (ayrıntı için bkz. Hennette-Vauchez ve Roman, 2013:142 vd.; Gülmez, 2009:137 vd.; Ugan Çatalkaya, 2019:148 vd.).

Kanımızca ayırım yasağı kapsamındaki kriterleri sayarak tüketmek olanaklı olmadığı gibi, bu tür kriterleri, işçinin değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği bir özelliği biçiminde, genel hatlarıyla tanımlamak yeterli sayılmalıdır. Zira ayrımcı bir uygulama açısından temel alınabilecek bir kriter, mutlaka önceden mevzuat ya da uygulama ile kategorize edilmiş bir kriter olmayabilir. Değişen toplum yapısı, yaşam ve çalışma koşulları içinde, ne yazık ki kişilerin hangi konularda ya da hangi kategorik gruplara ilişkin olarak önyargı geliştirebileceğinin öngörülmesi kolay değildir. Dahası yine değişen ve gelişen düşünce yapımız doğrultusunda, hangi kişi ya da grubun taşıdığı hangi özellik nedeniyle daha korunmasız olduğuna ilişkin algımız da değişmektedir. Bu gelişim sonucundadır ki, korunmasız olduğuna kanaat getirilen kişi ya da grubun maruz kalacağı farklı uygulamaların sonuçlarının telafi edilebilmesi amacıyla ayırım yasakları kriterlerine yenileri eklenmektedir. Söz gelimi başta sadece kadın-erkek eşitliği ve ailevi yüklerinden dolayı kadının iş yaşamında pozitif ayrımcılık kuralları

kapsamında desteklenmesi ihtiyacı gündeme gelmişken; şimdi ebeveynin korunmasına yönelik pozitif düzenlemelerle karşılaşyoruz. Toplumsal cinsiyet kalıplarının bir anlamda dışında düşünmemizi sağlayan cinsel yönelim ve cinsel kimlik kavramları da ayırım yasakları kriterlerinin gelişimini ortaya koyan örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ne var ki ister pozitif düzenlemelerde önceden öngörülmüş bir kritere, ister ayırımı uygulamayı gerçekleştiren bir işverenin kendi önyargıları doğrultusunda belli bir grubu kategorize etmesine yol açan bir kritere dayansın, ayrımcılığın ve dolayısıyla ayırım yasağının, dar anlamda eşit davranmadan ayırt edilmesini sağlayan ilk unsur işte bu kriter olacaktır. Gerçekten, ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler, sözü edilen nitelikteki kriterlerle sıkı sıkıya bağlantılı (Hernu, 2003:253; Miné, 2008a:532; Laulom, 2019:12; Porta, 2011:290) olarak kişilerin bazı özellikleri nedeniyle olumsuz davranışlara muhatap olmalarının önüne geçmeye çalışırken; eşit davranmayı veya eşit işlemi öngören ve garanti eden düzenlemeler, daha genel ve soyut olarak, eşitliği zedeleyen veya ortadan kaldıran keyfi işlem ve eylemleri yasaklayıp, bu işlem veya eylemlerin dayandığı kriterle değil, bunların yarattığı sonuçla ilgilenir (Jeammaud, 2004:695-696). Eşit davranma, hukuken aynı olarak nitelendirilebilecek durumlarda -farklı uygulamayı gerekli kılan ve somut olarak denetlenmesi olanaklı objektif gerekçeler bulunmadığı sürece- aynı uygulamanın yapılması gerekliliği biçiminde karşımıza çıkmaktadır (Porta, 2013:10, 16; Peskine ve Wolmark, 2019:250; Auzero ve diğerleri, 2019:899 vd.; Tuncay, 1982:5; aynı yazar, 2011:726; Süzek, 2020: 453; Ertürk, 2002:98). Dolayısıyla işverenin dar anlamda eşit davranma borcu altında olması, işçilerine sağlayacağı bir menfaat ya da çalışma koşulları açısından aynı ya da benzer koşullar altında olan işçilerine aynı uygulamayı yapmakla yükümlü olması anlamına gelmektedir. Dar anlamda eşit davranma ilkesi aynı zamanda, haklı nedenlerin varlığı halinde ve aynı durumda olmayan işçilere de farklı davranılmasına izin vermekte hatta bu halde farklı davranmayı gerektirmektedir.

Ayırım yasağı ile dar anlamda eşit davranma arasındaki nitelik farkı da, işte bu noktadan hareketle ortaya çıkmaktadır.

Hukuki Nitelik ve Sonuçları Açısından

Ayırım yasaklarının ihlalinin hukuka aykırılık niteliği ve bunun yaptırımı olarak: "Kesin hükümsüzlük mü"? "Tazminat mı"?

Bir işlemin tesis edilmesinde, işlemin temelinde yer alması kesin olarak yasaklanan, hukukumuzda da Anayasa ve İş Kanunu ile açıkça öngörülmüş ayırım kriterleri, mutlak emredici düzenlemelere konu olmuştur. Bilindiği gibi emredici hukuk kuralları, esas olarak kamu düzenini, toplumdaki ahlaki değerleri, kişilik haklarını veya zayıf olanı koruma amacı güden, uyulması zorunlu ve aksine anlaşma yapılamayan kurallardır (Nomer, 2020:89; Eren, 2019, 359). Ayrımcılık yapmak, emredici hukuk kurallarının ihlali anlamını taşır. Bilindiği gibi TBK m. 27/I hükmü,

emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık halinin yaptırımını, kesin hükümsüzlük olarak öngörmüştür (Oğuzman ve Öz, 2015:174-177; Oğuzman ve Barlas, 2016:224; Eren, 2019:358 vd.; Nomer, 2020:88 vd.; Tercier ve diğerleri, 2016:225 vd.).

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere ayırım yasakları kapsamındaki kriterler, kişinin, değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayanan kriterler olup, kişinin bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa uğraması, kişilik hakkının ve kişinin temel haklarından herkes gibi eşit düzeyde yararlanabilmesi hakkının çiğnenmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle TBK m. 27/I hükmünün, sözü edilen biçimde emredici hukuk kurallarına aykırılık ve kişilik hakkının ihlali halinde öngördüğü kesin hükümsüzlük yaptırımı, ayırım yasaklarının ihlali halinde de uygulama alanı bulacaktır (Tuncay, 1982:234-235; Yıldız, 2008:320; Ünal, 2018:492).

Önemle ekleyelim ki, bazı hallerde, yapılan ayrımcı işlemin kesin hükümsüz sayılması, amaca uygunluk taşımayabilir. Bu durumda, TBK m. 27/II, işlemin bir kısmının hükümsüz sayılması esasını öngörmektedir (Eren, 2019:379 vd.; Nomer, 2020:67 vd.; Tercier ve diğerleri, 2016:161 vd.). Kısmi hükümsüzlük olarak adlandırılan bu hal, işverenin, örneğin, ayrımcı bir yaklaşımla, işçilerinin bazılarını, sağlanan belli bir olanaktan yoksun bırakması hali için önem taşımaktadır (Tuncay, 1982:235; Yıldız, 2008:320; Ünal, 2018:494). Bu halde, işverenin uygulaması bütünüyle hükümsüz kalmayacak, yalnızca, ayrımcılığa uğrayan işçilerin, yoksun bırakıldıkları haklardan yararlanması sağlanacaktır. Görüldüğü gibi bu halde, işlemin bütünüyle hükümsüz sayılması, farklı işleme uğrayan işçinin de yararına olmadığından, amaca aykırı bir sonuç doğmaması için kısmi hükümsüzlük yaptırımını söz konusu olmaktadır.

Fransız hukukunda bu konuda, İş Kodu ile açık bir düzenleme öngörülmüştür. Gerçekten L.1132-4 hükmü uyarınca, ayırım yasaklarına ilişkin kurallara aykırı her düzenleme ya da her işlem kesin hükümsüz (*nul*) sayılmaktadır (Peskin ve Wolmark, 2019:249; Auzero ve diğerleri, 2019:889-890; Favennec-Héry ve Verkindt, 2014:75; ayrımı için ayrıca bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:162 ve 205-208). Bunun anlamı, ayrımcılığın yargıç tarafından tespiti halinde sadece tazminata hükmedilmesi ile yetinilmeyecek ve uyumsuzluk konusunun olanaklı kıldığı her halde, işçi ayrımcılığa uğramamış olsaydı hangi durumda olacak idiye o duruma getirilmesi sağlanacaktır. Gerçekten, Fransız Yargıtayı, işçinin mesleki ilerlemesinin ayrımcılık suretiyle durdurulması gibi hallerde, işçinin, örneğin sendikal ayrımcılığa maruz kalmaması durumunda ulaşacağı seviyeyi tespit ederek, geriye dönük olarak haklarının ödenmesine hükmetmektedir (Cass. soc. 10 juill. 2002, n° 00-45.359, www.legifrance.gouv.fr). Bunun bir istisnasını, bir işçi adayının işe alınmamasının ayrımcılık temelli olması varsayımında, yargıcın bu kişi ile işveren arasında bir iş sözleşmesinin kurulması yönünde hüküm kuramaması oluşturmaktadır; sadece bu halde istihdam edilme şansının ayrımcılık sonucunda ortadan kalkması nedeniyle kişiye tazminat ödenmesine karar verilebilmektedir (Auzero ve diğerleri, 2019:890).

Bununla birlikte, Fransız hukukunda, ayırım yasaklarını ihlal eden her düzenleme ya da işlemin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış olması, işverenin ayırımcı fesihlerini de kapsamına alması açısından çok önemli ve kanımızca bir o kadar da isabetlidir. Gerçekten, kesin hükümsüz sayılan fesihlerin uygulanma alanı, Fransız hukukunda son 20 yıl içinde hatırı sayılır biçimde genişlemiştir: Feshin mutlak surette hükümsüz sayıldığı bu hukuki rejim, önceleri işyeri sendika temsilcisi ya da işçi temsilcisi gibi özel olarak korunan işçilerin işten çıkarılması açısından öngörülmüş olmasına karşın, daha sonra greve katılan işçilerin sözleşmesinin feshi (m. L. 2511-1), ayırımcı fesihler (m. L. 1132-1), işçinin sağlık durumu ya da engelliliği nedeniyle yapılan fesihler, psikolojik ve cinsel tacize karşı işçilerin korunmasına ilişkin hükümlere aykırı fesihler (m. L. 1153-3 ve L.1152-2) ve yargıya başvurma hakkının kullanılması nedeniyle yapılan fesihler (m. L. 1144-3) için de uygulanma alanı bulmuştur (bkz. Peskine ve Wolmark, 2019:425; Auzero ve diğerleri, 2019:589; Champaux, 2000:159 vd.).

Fransız yasa koyucu sözü edilen hallerde, işverenin feshinin hüküm doğurmayacağını İş Koduna eklenen hükümlerle tartışmaya yer bırakmayacak bir açıklıkla öngörmüştür. Bununla birlikte, pozitif düzenlemenin olmadığı hallerde dahi yargıç, temel bir hak ya da özgürlüğün ihlaline yol açan fesihlerin kesin hükümsüzlüğüne hükmedebilmektedir (Peskine ve Wolmark, 2019:425; Auzero ve diğerleri, 2019:590). Konuya ilişkin yasal düzenleme henüz yokken, ilk kez 1972 yılında, bir sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin feshini kesin hükümsüz olarak nitelendiren ve işçinin işine iadesine hükmeden Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bu yaklaşımı (Cass. soc. 14 juin 1972, n° 71-12508, Bull. civ. V, N° 425) yerleşik içtihat ve sonraları da yasal düzenleme haline gelmiş (Miné, 2008b:744); 1988 yılındaki *Clavaud* kararıyla da (Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804, Bull. civ. V, N° 257) Sosyal Daire, anayasa ile güvence altına alınan bir hakkı (somut uyuşmazlıkta ifade özgürlüğünü) ihlal eden işveren feshinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Bu içtihat da günümüzde, temel bir hak ve özgürlüğün ihlal edilmesine neden olan fesihlerin kesin hükümsüz sayılacağı yönündeki yerleşik içtihada dönüşmüştür (bkz. Peskine ve Wolmark, 2019:425; Auzero ve diğerleri, 2019:591; Ugan Çatalkaya, 2019:207).

Temel hakların ihlali niteliğindeki feshin kesin hükümsüzlüğünün doğal sonucu, işçiye parasal bir tazminat ödenmesiyle yetinilmemesi ve işçinin işine geri dönebilmesi (*réintégration*) olmalıdır (Auzero ve diğerleri, 2019:592). Bunun etkili bir sonuç olabilmesi için ise, iki temel koşula yanıt vermesi gerektiği vurgulanmaktadır: Temel hakkın ihlali nedeniyle ortaya çıkan durumun yargıcın vereceği kesin kararlar derhal, zaman kaybetmeksizin eski haline getirilmesi (işe iade) ve sadece işçinin işe iade yerine tazminatı tercih olanağı olması (Champaux, 2000:165). Böylece tazminat, işe iadeye ek bir yaptırım olarak karşımıza çıkmakta ya da ancak işçinin işe iadeyi tercih etmemesi durumunda işe iadeye alternatif olarak görülebilmektedir.

Yasada sayılan hallerden biri kapsamında olsun ya da olmasın, temel hakları ihlal eden feshin yargıç tarafından kesin hükümsüz (*nul*) sayılmasının sonucu, bu

nedenle feshin geçerli nedene dayanmamasına (*absence de cause réelle et sérieuse*) bağlanan sonuçtan çok farklıdır (Peskin ve Wolmark, 2019:425; Favennec-Héry ve Verkindt, 2014, 448). Çünkü örneğin feshin ayırım yasaklarına aykırı olması gerekçesiyle hiç hüküm doğurmaması ve baştan itibaren kesin hükümsüz sayılması, işverenin işçiyi benzer bir işe iadesi değil, fesih öncesinde hangi işi yapıyor idiye o pozisyona iade etmesi zorunluluğuna işaret etmektedir³. Dahası ve belki de en önemlisi, feshin kesin hükümsüzlüğü yaptırımını, geçerli nedene dayanmayan feshe kıyasen daha keskin kılan, ister işine iadeyi, isterse tazminatı tercih etmiş olsun işçinin iş sözleşmesinin, fesih tarihinden itibaren devam ettiği kabul edilecek ve mahkeme kararına kadar geçen süre için hak kazandığı ücretlerini alabilecek olmasıdır (Peskin ve Wolmark, 2019:426; Auzero ve diğerleri, 2019:593). Çünkü hukuka aykırı ve kesin hükümsüz olan fesih hiçbir hukuki sonuç doğurmamış ve iş sözleşmesi sürekliliğini korumuştur.

Hukukumuz açısından bakıldığında, Fransız hukukundan farklı olarak, öğretilde, İşK. m. 5 hükmünde yer alan ayırım yasaklarına (iş sözleşmesinin devamında ve feshinde) aykırı davranışın yaptırımının mutlak geçersizlik olmadığı ve TBK m. 27 hükmünün öngördüğü mutlak geçersizlik yaptırımının uygulanabilmesi için, hukuki işlemle ihlal edilen bu yasa hükmüne karşılık farklı bir yaptırımın, tazminatın ya da geçersizlik tipinin öngörülmemiş olması gerektiği belirtilmiştir (Süzek, 2020:473; benzer yönde: Narmanlıoğlu, 2019:331). Bu görüşe göre, bir tereddüt halinde mutlak geçersizlik lehinde bir karinenin varlığından söz edilmelidir.

Önemle belirtelim ki, biz, olması gereken hukuk açısından, işverenin ayırım yasaklarına aykırı işlem ve özellikle fesihlerinin de kesin hükümsüz sayılması gerektiği görüşünü taşımaktayız. Bu konuda -az sonra ele alınacağı üzere gerçek anlamda bir iş güvencesi sağlamadığı için eleştirilen- feshe karşı güvence modelimiz kapsamında bazı yaptırımlar ya da ayrımcılık tazminatı yaptırımının öngörülmesi, işverenin ayrımcı karar ve işlemlerinin kesin hükümsüzlükle sakat kabul edilmesine engel olmamalıdır.

Mevzuatımızda işverenin feshinin ayrımcı nitelik taşıması durumunun, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bağlı olarak hukuk sistemimizde farklı sonuçlar doğurduğu görülmektedir: İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin, feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiası ile işe iadeyi talep etmesi olanaklı olacakken; iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçinin ayrımcılığa uğrayarak

³ Feshin geçerli nedene dayanmadığı sonucuna varıldığı hallerde Fransız hukukunda yargıç, işçi ve işverence kabul edilmesi halinde işçinin işe iadesine karar verebilmekte, diğer türlü işçinin tazminat alacağına doğduğu kabul edilmektedir. Ne var ki feshin kesin hükümsüzlüğü, yargıcın, işçinin fesih öncesinde çalıştığı işe iadesine karar vermesini gerektirmektedir. Çünkü kesin hükümsüz olan fesih, hukuki hiçbir sonuç doğurmamış ve iş sözleşmesi aynı şekilde devam etmiştir. Bunun istisnasını, işçinin fesih öncesi çalışmakta olduğu pozisyonun ortadan kalkmış olması nedeniyle maddi imkansızlık ile işçinin işe iade yerine tazminat almayı istemesi oluşturmaktadır (bkz. Peskin ve Wolmark, 2019:245).

sözleşmesinin feshi halinde, işçi kötü niyet tazminatı talep edilebilecek, ne var ki fesih hüküm doğuracaktır (Yıldız, 2008:241-242; Doğan Yenisey, 2006:64; Süzek, 2020:473; Ünal, 2018:467 vd.). Varılan bu sonucun isabetli olmadığına ilişkin eleştiri ve değerlendirmelerimizi iki aşamada yapabiliriz:

Bu konuda ilk olarak, ayırım kriterlerinin, insan onuru ve temel haklar ile doğrudan bağlantısı göz önüne alındığında, işçinin ayırmacı bir feshi muhatap olması durumunda, iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı bir sonuca varılmasının isabet taşımadığını vurgulamak gerekir (Ugan Çatalkaya, 2019:205 vd.). Ayırmacı fesih, kanımızca, işçinin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmamasından bağımsız olarak, emredici hükümlere aykırılık dolayısıyla hükümsüz sayılmalıdır. Bu nedenle, hiç olmazsa, 6356 sayılı Kanunun m. 25 hükmünde, sendikal nedenle feshi karşı, iş güvencesi kapsamında sayılıp sayılmamaya bağlı ayırımın ortadan kaldırılması sonucunda, iş güvencesinden yararlanma koşulları aranmaksızın, sendikal nedenle işten çıkarılan işçinin işe iade talebinde bulunabilmesi ile paralellik kurulmalıdır. İşK. m. 5'te öngörülen ayırım yasağına aykırı bir fesih halinde de iş güvencesi kapsamında olup olmama açısından işçilerin sahip olduğu olanaklar arasındaki farklılık ortadan kaldırılmalıdır. İşçinin sözleşmesinin, işveren tarafından, örneğin kadın olduğu için, cinsel yönelimi, etnik kökeni, dini inancı veya mensup olduğu ırk nedeniyle feshedilmesi, bir sendikaya üye olması nedeniyle feshedilmesinden farksızdır. İşçinin, değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi talep edilemeyecek özellikleri nedeniyle, iş sözleşmesi işverence ayırmacı bir feshiyle sona erdirilmekte ve herhalde bu fesih işleminin dayandığı gerekçe nedeniyle, işçinin, insan onuru zedelenmekte, temel hakları ihlal edilmektedir (bu konudaki ayrıntılı gerekçelerimiz ve değerlendirmelerimiz için bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:199 vd.). İşyerinde çalışan işçi sayısı, işçinin kıdemli ya da işçinin işveren vekili olup olmaması, insan onurunun zedelenmesi ve temel hakların ihlali karşısında farklı sonuçlara varılabilmesini sağlayacak biçimde etki doğuramayacaktır. Aksi yöndeki bir varsayım şu soruyu akla getirmelidir: İş güvencesinden yararlanamayan işçinin insan onurunun daha az korunması, kabul edilebilir bir sonuç mudur?

Dahası ve ikinci olarak, hukukumuzda kabul edilen iş güvencesi modeli doğrultusunda ayırmacı feshin geçerli nedenden yoksun kabul edilmesi ve işe iadeden çok tazminat ödenmesi biçiminde gerçekleşen bir yaptırımın da yeterliliği kanımızca sorgulanmalıdır. Gerçekten, ayırmacılık teşkil eden bir feshin, mevcut iş güvencesi hükümleri kapsamında geçersiz feshin sonuçlarına bağlı kılınması ve değiştiremeyeceği bir özelliği nedeniyle işten çıkarılarak insan onuru ihlal edilen işçiye gerçek bir iş güvencesi tanınmaması da, bize yerinde ve yeterli görünmemektedir. Söz gelimi, demokratik toplumun temel unsuru olarak nitelendirilen sendikal hak ve özgürlükleri ihlal eden bir feshi muhatap olan işçinin, açabileceği işe iade davası sonucunda yüksek olasılıkla sadece tazminat elde edebilmesi, yeterli bir güvence olarak değerlendirilemez.

Zira bu halde, feshin parasal sonuçlarına katlanmayı göze alan işveren yine de kendi ön yargılarına göre daha olumsuz davranılmasını "hak eden" özellikleri

taşıyan bir işçiyi (örneğin kadın, eşcinsel, farklı bir ırk ya da etnik kökenden veya sendikal olduğu için) işyerinden uzaklaştırabilecektir. Çünkü iş güvencesine ilişkin düzenlemelerimizin öngördüğü yaptırım (işe iade edip etmeme tercihinin işverene bırakılması ve genellikle kaybedilen işe karşı sadece tazminat alınabilmesi) ne yazık ki, temel hak ve özgürlüklerin güvencesi açısından yetersiz, bu konuda benimsenmesi gereken çağdaş yaklaşımın gerisinde ve 158 sayılı ILO Sözleşmesine de aykırı bulunmaktadır⁴ (Güzel, 2004:81). İşçinin sendikal nedenle ya da diğer ayırım kriterlerine dayanılarak iş sözleşmesinin feshinin, hukukumuzda da, tüm hukuki sonuçları itibarıyla kesin hükümsüz sayılması; böylece işçinin iş sözleşmesinin devam ettiği kabul edilerek⁵, davanın sonuçlanmasına kadar geçen süre için ücret ve diğer haklarını elde edebilmesi ve sadece işçinin tercihi üzerine işine iade edilmek yerine tazminat ödenmesine hükmedilebilmesi, ayırım yasaklarının emredici niteliğine uygun bir sonuç olacaktır. İnsan onurunun, herkesin ayrımcılığa maruz kalmaksızın temel haklarından eşit düzeyde yararlanmasının ön planda tutulduğu çağdaş bir hukuk sisteminde, -işten çıkarma da dahil- ayrımcı her türlü işlemin hukuka aykırı kabul edilmesinin doğal sonucu bu yönde olmalıdır.

Dar Anlamda Eşit Davranma Borcunun Dürüstlük İlkesine Dayanması ve Buna Aykırılığın "Hakkın Kötüye Kullanılması" Sayılması

Ayrımcı feshe ilişkin yaptırım, olması gereken hukuk ve konuya ilişkin tartışma bir kenara bırakılıp ayrımcılık ile dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın hukuki nitelik farkına geri dönülecek olursa; ayrımcılığın hukuka aykırılık niteliği karşısında; dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımasından söz edilmelidir:

Gerçekten, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu altında olmasının temelinde Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı bulunmaktadır (Doğan Yenisey, 2006a:66; Ertürk, 2002:99-100; Aykaç, 2016:58; Ugan Çatalkaya, 2019:159). Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık, işverenin, iş sözleşmesinden doğan yetkilerini kullanırken, bunları amacı dışında kullanmasına bir örnek teşkil eder. Her ne kadar, işverenin, yönetim yetkisi kapsamında, bazı çalışma koşullarını belirleme, işçileri bağlayıcı nitelikte bazı kurallar öngörme gibi yetkileri bulursa da işveren bu yetkilerini kullanırken, bunların kendisine tanınmasının temelinde yer alan amaca uygun hareket etmelidir (Taşkent, 1981:119;

⁴ Gerçekten, 4857 sayılı Kanun ile öngörülen iş güvencesi modelinin, iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamaya yönelik olmaktan ziyade tazminat ödenmesine ağırlık veren bir model olması konusundaki eleştiriler için bkz. Güzel, 2004:102 vd.; Alp, 2003:22; Özkaraca, 2012:120-121.

⁵ Esasında, 6356 sayılı Kanunda, işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi düzenlenirken, buna benzer bir yaklaşımla, m. 24/III hükmünde, temsilcinin işe iadesine karar verilmesi halinde, feshin geçersiz sayılması ve temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşmesi tarihi arasındaki ücret ve diğer haklarının ödenmesi öngörülmüştür (konuya ilişkin ayrımı için bkz. Özkaraca, 2013:193 vd.; Centel, 2020:290 vd. ve özellikle 297).

Güzel ve Ugan Çatalkaya, 2014:45). Diğer bir deyişle, yetkilerini kullanırken, dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkent, 1981:118 vd.; Güzel, 2016:182-185; Güzel ve Ugan Çatalkaya, 2014:18 vd. ve özellikle 45). İşveren, dürüstlük kuralına aykırı olarak, işçileri arasında keyfi ve hukuken kabul edilebilir olmayan gerekçelerle farklı uygulamalar yaptığında, yönetim yetkisinden doğan haklarını kötüye kullanmış sayılacaktır.

Kötüye kullanma, hukuki bir ayrıcalıktan, aşırı yararlanma ya da bir hakkı, kişisel menfaat doğrultusunda ancak amacına ve sosyal ödevlerine aykırı biçimde kullanmaktır (Akyol, 2006:2; Süzek, 1976:69 vd.; Engin, 2003:50; Ugan Çatalkaya, 2019:113). Dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılmasında, haktan, amacına aykırı biçimde yararlanma söz konusudur. Bu halde karşı tarafa herhangi bir zarar verilmemiş dahi olsa; hak, kendisine hukuk düzeni tarafından tanınmış ekonomik ve sosyal amacından saptırılarak kullanıldığı takdirde, hakkın kötüye kullanıldığından söz edilecektir (Kandemir, 2007:985).

Söz gelimi, işçilerine sağlayacağı belli haklar açısından, onları belli gruplara ayırma hakkına sahip olan işveren; bu grupları, denetlenebilir, şeffaf, objektif biçimde uygulanan kriterler doğrultusunda değil de; tamamen keyfi biçimde oluşturduğu takdirde, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır (Çelik ve diğerleri, 2020:444; Süzek, 2020:463; Tuncay, 1982:128; Yıldız, 2008:209 vd.; Demir, 2014:23; Ertürk ve Gürsel, 2011:441; Doğan Yenisey, 2005:997; Aykaç, 2016:58; Ugan Çatalkaya, 2019:159). Hakkın kötüye kullanılmasının korunmamasından anlaşılması gereken ise, bu hakka dayanan talep veya savunmaların nazara alınmamasıdır. İşveren, hakkını kötüye kullanmadığını, yani gruplandırmanın haklı ve objektif gerekçelere dayandığını ortaya koyamadığı sürece, savunması haklı bulunmayacaktır.

MK m. 2/II, hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını; hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeninin korumayacağı biçiminde düzenlemiş; ayrıca zarar veya zarar tehlikesinin var olmasını aramamıştır (Oğuzman ve Barlas, 2016:285-286; Tercier ve diğerleri, 2016:38; Güzel ve Ugan Çatalkaya, 2014:32 vd.). O halde işverenin bu uygulaması, hukuk düzeni tarafından korunmayacak; işçiler, bu gruplandırmanın eşit davranma borcunun ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürerek, yoksun kaldıkları haklarını talep edebileceklerdir.

Tespit Edilme Yöntemi Açısından

İşverenin işçilerine yönelik olarak gerçekleştirdiği ve eşitliğe aykırı olduğu iddia edilen işlem ya da uygulamanın, işverenin dar anlamda eşit davranma veya ayırım yapmama borcuna aykırılık taşıyıp taşımadığının tespiti için yargıç tarafından yapılacak değerlendirme ya da denetim yönünden de eşit davranma borcunun bu iki bileşenin birbirinden ayrıldığı noktalar bulunmaktadır.

Kıyaslama Yapılmasını Gerekçendirip Gerekçermeme

Gerçekten, yargıç tarafından kıyaslama yapılmasını gerekçendirip gerekçermeme, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık ile ayırım yasağına aykırılığı birbirinden büyük ölçüde ayırmaktadır: Dar anlamda eşit davranma, somut durumların aynı ya da benzer olup olmadığının ve bu halde aynı ya da benzer durumlara aynı/benzer bir uygulama yapılıp yapılmadığının karşılaştırılmasını gerekçendirir de; ayrımcılığın tespitinde, yasaklanmış olan bir ayırım kriterine dayalı uygulamanın varlığı yeterli olup, karşılaştırma yapılmasına -çoğunlukla- gerek bulunmamaktadır⁶ (Auzero ve diğerleri, 2019:885 vd.; Peskine ve Wolmark, 2019:243; Manigot, 2012:27 vd.; Jeammaud, 2004:695-696; Porta, 2013:17; aynı yazar, 2011:290; Sweeney, 2013:41-42; Guyon, 2016:208; Cesaro, 2016:39; Lanquetin, 2007:871; aynı yazar, 2020: parag. 81-83; Miné, 2008a:532; Ray, 2011:46; Doğan Yenisey, 2005:992; Süzek, 2020:457; Aykaç, 2016:58; Ugan Çatalkaya, 2019:160-161). Diğer bir ifadeyle, örneğin işveren, bir işçinin iş sözleşmesini, kadın olduğu için ya da belli bir ırka mensup olması ya da olduğunu zannetmesi nedeniyle feshetmişse; diğer işçilerle kıyaslama yapmaya gerek olmaksızın, işverenin cinsiyete ya da ırka dayalı tavrı, tek başına ayrımcılığın tespit edilmesi ve yaptırıma bağlanması için yeterlidir. İşyerinde yalnızca bir tek işçinin çalışıyor olması da bu işçiye cinsiyeti, ırkı, dini, cinsel yönelimi gibi nedenlere dayanarak yapılan bir işlemin ayrımcılık olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir. Zira işçinin değiştiremeyeceği bir özelliği nedeniyle ayrımcılığa uğraması, olumsuz bir muameleye muhatap olması, sadece işçiler arasındaki eşitliği sarsıcı olmayacak, aynı zamanda bir insan olarak, diğer insanlarla eşit olan işçinin insan onurunun ihlali anlamına gelecektir. Bu sonuca varmada, işyerinde çalışan işçi sayısı ya da aynı özelliği taşıyan başka işçilerin bulunup bulunmamasının etkisi olmayacaktır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından da bu esas, *Dekker* kararında (8.11.1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Vohwassenen Plus*, C-177/88, Rec. 1990 I-03941, §17; kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Lanquetin, 2007:871; aynı yazar, 2020: parag.82; Hennion ve diğerleri, 2010:324) vurgulanmıştır. Somut uyuşmazlıkta Adalet Divanı, hamile olduğu için işe kabul edilmediğini iddia eden davacı kadının durumunu, kendisine ulusal yargıcın yönelttiği soru bağlamında değerlendirmiştir. Divan, bu işe başvuran hiçbir erkek adayın bulunmamasının, hamilelik nedeniyle işe almama durumunu, cinsiyete dayalı bir ayırım olarak nitelendirmeye engel olmadığını açıklamıştır. Dolayısıyla cinsiyete dayalı ayırımın tespit edilebilmesi için, mutlaka kadın ve erkekler ya da işe başvuranlar arasında bir kıyaslama yapılması gerekli değildir.

⁶ Öğretide işverenin eşit davranma borcunun bileşenlerini mutlak ve nispi ayırım yasakları biçiminde ifade eden görüş uyarınca da mutlak ayırım yasaklarında, Kanunda öngörülen ölçütlerden birinin uygulanması veya göz önüne alınması yeterli olmakla birlikte; nispi ayırım yasaklarında farklı işlemin tespiti için benzer durumlardaki kişiler arasında kıyaslama yapmak gerekmektedir (Narmanlıoğlu, 2014:325).

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi de ayrımcılık söz konusu olduğunda, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasına gerek olmadığına hükmetmektedir. Davacı işçinin, katıldığı bir grevin ardından, mesleki ilerlemesinin yavaşlatıldığı iddiasını ileri sürdüğü bir uyuşmazlıkta, istinaf mahkemesi, davacının, aynı statüde bulunduğu çalışma arkadaşlarıyla kıyaslanabilecek hiçbir unsuru ortaya koymadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ne var ki Yargıtay Sosyal Dairesi, ayrımcılığın tespitinin mutlaka diğer işçilerin durumlarıyla bir kıyaslama gerektirmediğini vurgulamıştır. Sosyal Daireye göre, işçinin, greve katılmasının ardından, kariyerindeki ilerlemenin durdurulması, tek başına, ayrımcılığın varlığına işaret etmektedir. Greve katılma ile kariyer ilerlemesinin durdurulmasının aynı döneme denk gelmiş olması da Sosyal Daire'nin dikkate aldığı hususlardandır (Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849, www.legifrance.gov.fr; kararın değerlendirmesi için bkz. Radé, 2010:111).

Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir diğer kararı, yine, ayrımcılığın tespitinde kıyaslamaya gerek olmadığına işaret etmesi ve uyuşmazlık konusu yönünden ilginçtir. Kararda, işverenin, aynı özelliğe sahip olan diğer işçilere olumsuz davranmayıp, sadece davacı işçiye karşı takındığı tavrı, işverenin ayrımcılık yaptığına karar verilmesine engel olmamıştır. Gerçekten, karara konu somut uyuşmazlıkta, işveren, işe alma aşamasında, ismi “Mohamed” olan bir işçinin ismini “Laurent” olarak değiştirmesini talep etmiştir. İşçi, işe girebilmek için işyerinde ve kayıtlarda işverenin istediği isimle anılmayı kabul etmek zorunda kalmış; ancak 2 yıl sonra gerçek isminin kullanılmasını talep edebilmiş ve ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle dava açabilmiştir. İstinaf Mahkemesi, aynı işyerinde çalışan “Mohamed” isimli dört işçinin daha olduğu gerekçesiyle, işverenin ayrımcılık yaptığına ilişkin iddiaları haklı bulmamıştır. Buna karşın Yargıtay Sosyal Dairesi, işyerinde aynı isimde dört işçinin daha olmasını, işverenin, işçiden ismini değiştirmesini talep etmeyi haklı gösterecek objektif bir unsur olarak değerlendirmemiştir. Sosyal Daireye göre, işçiden, “Mohamed” ismini değiştirmeyi talep etmek, etnik kökene dayalı olarak ayrımcılık yapmak anlamına gelmektedir (Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 08-42.286, www.legifrance.gouv.fr; kararın değerlendirmesi için bkz. Aubert-Monpeyssen, 2010:169).

Ekleme gerekir ki, ayrımcılığın tespiti, işçiler arasında karşılaştırma yapılmasını mutlak olarak dışlamaz, özellikle de mesleki ilerlemenin yavaşlatılması, engellenmesi gibi durumlarda, karşılaştırma, yol gösterici unsurlardan biri olabilir (Peskin ve Wolmark, 2019:243; Sweeney, 2013:42; Aykaç, 2016:59; Ugan Çatalkaya, 2019:161-162. İş Kanunumuzda sözleşme türlerine dayalı olarak farklı uygulama halinde de ayırımın tespitinin kıyaslama gerektireceği yönünde bkz. Doğan Yenisey, 2005:982). Nitekim bu kıyaslama mutlaka bir diğer işçiye göre de yapılmayacaktır; aksine genellikle, işçinin ayrıma uğramaması varsayımında, gerçekte bulunması gereken konuma göre bir karşılaştırma yapılması gerekecektir. Bu halde kıyaslama, yalnızca dezavantajlı durumun ispatı için gerekli

olabileceğinden, potansiyel bir kıyaslama olarak adlandırılmıştır (Peskin ve Wolmark, 2019:243).

Buna karşın, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun doğması için dahi öncelikle, işçilerin aynı ya da benzer durumda olup olmadığı; diğer bir deyişle eşit değerdeki işlerde çalışıp çalışmadıkları değerlendirilecektir (Taşkent, 1981:83; Süzek, 2020:457; Narmanlıoğlu, 2014:327-328; Fransız Hukukunda da aynı yöndeki değerlendirme için bkz. Fabre, 2010:104; Peskin ve Wolmark, 2019:244.; Auzero ve diğerleri, 2019:899 vd.). Bunun nedeni, dar anlamda eşit davranma borcunun, işverenin işçileri arasında farklı uygulamalarını yasaklayan bir borç değil; işverenin uygulama farklılığını objektif, tutarlı ve denetlenebilir gerekçelerle temellendirmesini arayan bir borç olmasıdır. Aynı/benzer durumda olmayan ya da eşit değerde iş yapmayan işçiler açısından işveren zaten eşit bir uygulama yapmakla veya farklı uygulamayı gerekçelendirmekle yükümlü değildir. Kaldı ki, eşit davranma ilkesi, objektif olarak farklı durumda bulunanlara farklı işlem yapılmasını gerektirmektedir (Viottolo-Ludmann, 2004:20; Süzek, 2020:457; Tuncay, 1982:25 vd.; Yıldız, 2008:57; Çelik ve diğerleri, 2020:439, 440 vd.; Mollamahmutoglu ve diğerleri, 2019:191). Bu nedenle işverenin aldığı her karar ya da yapacağı her uygulama açısından hangi işçilerin aynı ya da benzer durumda olduğu veyahut eşit değerde iş yapmakta olduğunun ayrıca tespit edilmesi gerekecektir.

Yargıtay da, eşit davranma borcuna aykırı olarak işçiler arasında farklı ikramiye ödemelerinin yapıldığı iddiasının ileri sürüldüğü bir uyuşmazlıkta, isabetli olarak, emsal kabul edilen işçilerin, davacı ile aynı işi yapmakta olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine işaret etmiştir: “*Dairemizce ilk derece mahkemesine müzekkere yazılmak suretiyle emsal olduğu bildirilen 2 işçiye ait iş sözleşmeleri getirilmiş ve her iki işçinin 2007 yılında yapılan iş sözleşmesinde ikramiyenin ücret içinde ödeneceği kuralının yer aldığı görülmüştür. Ancak emsal olduğu bildirilen işçilerin davacı işçi ile aynı işi yaptıkları yönünde tereddüt ortaya çıkmıştır. Davacı işçi ile emsal olarak gösterilen işçilerin ücretleri birbirinden çok farklı olup bu nedenle fiilen yapılan işin belirlenmesi ve buna göre 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesine göre işverenin eşit davranma borcuna aykırı şekilde ikramiye uygulaması yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekir. (...) Mahkemece yapılması gereken iş, emsal olduğu bildirilen işçilerle davacının aynı işte çalışıp çalışmadığının belirlenmesi ve işyeri uygulaması da tespit olunarak ikramiye yönünden ayırımı haklı kulan bir nedenin olup, olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre ikramiye alacağı ile ilgili karar vermekten ibarettir. Eksik inceleme ve araştırma ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.*” (Yarg. 9. HD, 13.2.2020, E. 2016/8809, K. 2020/2180, Lexpera).

Benzer yönde bir diğer kararda, Yargıtay yine emsal işçilerle kıyaslama yapılması gerektiğine ve bu konuda zamanda birlik kuralına dikkat edilmesinin önemine isabetli olarak işaret etmiştir: “*Somut olayda, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının özellikle kendisi gibi kapsam dışı olarak çalışan diğer tam süreli işçiler ile arasında ayırım yapılmasını haklı kalacak bir sebep olup olmadığı da belirlenerek, eşit davranma borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti yönünden emsal işçiler titizlikle belirlenerek, zamanda birlik kuralı gereği uyuşmazlık konusu dönemin tamamına yönelik karşılaştırma ve araştırma*

yapıldıktan sonra işin esası hakkında bir sonuca varılması gerektiği gözetilmelidir. Mahkemece belirtilen yönler dikkate alınmadan eksik inceleme ile sonuca gidilmesi yerinde değildir.” (Yarg. 22. HD, 2.7.2019, E. 2017/18906, K. 2019/14813, Lexpera).

Dolayısıyla dar anlamda eşit davranma borcun ihlalinin söz konusu olup olmadığının belirlenmesinde, işçilere sağlanan uyumsuzluk konusu hak açısından aynı konumda bulunan diğer işçilerle bir kıyaslama yapılması kaçınılmazdır. Diğer bir ifadeyle “karşılaştırma yapılabilir bir çevre” söz konusu olmalıdır (Öğretide bu kavram ya da dar anlamda eşit davranma borcunun uygulanma esasları açısından yapılan ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tuncay, 1982:148-149; Yıldız, 2008:179 vd.; Tunçomağ ve Centel, 2016:142; Süzek, 2020:456-457; Mollamahmutoglu ve diğerleri, 2019:193-194; Senyen Kaplan, 2019:240; Ertürk ve Gürsel, 2011:432; Baysal, 2010:66 vd.; Doğan, 2012:183 vd.; Aykaç, 2016:63 vd.). Karşılaştırma yapılabilir çevrenin belirlenmesi açısından, öğretide, işverenin işyeri, aynı zaman dilimi, kolektif bir uygulama yapılması ve karşılaştırılacak en az iki işçiden oluşan bir topluluğun bulunması biçiminde ölçütler geliştirilmiştir. Önemle ekleyelim ki, dar anlamda eşit davranma, temelde, aynı durumdaki işçiler arasında uygulanabilecek bir ilke olduğu için (Doğan Yenisey, 2007:101), dikkate alınacak ölçütler, belli bir menfaatin tanınması açısından karşılaştırılacak olan işçilerin aynı konumda olup olmadıklarını tespit etmeye yönelik olacaktır. Böylece, aynı konumdaki işçilerine eşit davranmakla yükümlü olan işverenin, hangi işçileri arasında farklı bir uygulama yapamayacağı belirlenirken, bu borcun yer açısından uygulama alanının işverenin aynı işyeri olarak sınırlanmasına gerek bulunmadığı görüşüne (Doğan Yenisey, 2007:101-106; Yıldız, 2008:180-181) katılıyoruz. Buna karşın Yargıtay kararlarında, “*aynı işyerinin işçileri olma*” koşulunun aranmaya devam ettiği dikkat çekmekte olup; bu durumun eleştiriye açık olduğu vurgulanmalıdır. Gerçekten Yargıtay, eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için aranan koşulları, güncel kararlarında da “*Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.*” biçiminde ifade etmektedir (Yarg. 9. HD, 24.3.2020, E. 2019/8022, K. 2020/4414; Yarg. 22. HD, 2.7.2019, E. 2017/18906, K. 2019/14813, Lexpera).

1996 yılında Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi tarafından, yankı uyandıran *Ponsolle* kararında (Cass. soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, Bull. V, N° 359. Kararın değerlendirmesi için bkz. Lyon-Caen, 1996:1013; ayrıca bkz. Auzero ve diğerleri, 2019:897-898; Peskine ve Wolmark, 2019:251; Hennette-Vauchez ve Roman, 2013:638 vd.) işverenin işlem ve kararlarına üstün tutulması gereken bir ilke olarak yorumlanmış olan eşitlik ilkesi, başlangıçta, bu kararla, aynı konumdaki işçiler arasında işverenin eşit ücret ödemesi gerektiği yönündeki bir ilke olarak benimsenmiştir. Bu ilke daha sonra ücret dışındaki çalışma koşulları açısından da uygulama alanı bulmuş ve işverenin, işçilere sağlayacağı her türlü hak açısından

geçerli olan eşit davranma borcu olarak ifade edilmiştir⁷ (Sweeney, 2010:167 vd., 177 vd.; Peskine ve Wolmark, 2019:251; Auzero ve diğerleri, 2019:898; Fabre, 2010:104-105).

İşverenin yapacağı işlem ve uygulamalarda, aralarındaki eşitliği gözetmesi gereken işçiler ise, kendilerine sağlanacak hak açısından aynı ya da benzer konumda bulunan işçiler olup; öğretilerde karşılaştırılabilir çevre olarak ifade edilen kavram Fransız hukukunda da “*le cercle de la comparaison*” veya “*périmètre de référence*” olarak adlandırılmaktadır (Peskine ve Wolmark, 2019:251-252; Auzero ve diğerleri, 2019:900; Fabre, 2010:104). Karşılaştırılabilir bu çevrenin kapsamı/sınırları ise daha olumsuz bir işleme muhatap olduğunu iddia eden işçinin ileri sürdüğü hakka göre değişecektir. Diğer bir deyişle, işçilerin, sahip olduğu unvan, meslek, diploma, işyerindeki pozisyon, yaptıkları iş gibi kriterlere göre işçileri daha en başta kategorilere ayırmak olanaklı değildir. Yapılacak her işlem ya da uygulama, sağlanacak her hak açısından eşit durumda olan işçiler yeniden tespit edilmelidir (Ugan Çatalakaya, 2019:178).

İşverenin Saikinin Önem Taşıyıp Taşımaması

Dar anlamda eşit davranma borcu ile ayırım yasakları arasında, yargıcın yapacağı denetim açısından yukarıda açıklanan farka, özellikle ayırmacılık yasakları konusundaki gelişmeler sonucunda dolaylı ayırmacılık kavramının kabul edilmesi yeni bir boyut kazandırmıştır.

Gerçekten işverenin aldığı bir kararın, dar anlamda eşit davranma borcunu ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde, işverenin bu kararının gerekçelerinin, haklı, objektif, önceden belirlenmiş ölçütlere dayanıp dayanmadığının denetimi söz konusudur. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı olarak keyfi farklı uygulamalar, belirtildiği gibi işverenin yönetim yetkisine dayanan haklarını kötüye kullanması anlamına gelmektedir. Hakkın kötüye kullanılması teorisinin temelinde ise hukuk öznesi yer alır (Mekki, 2004:455; Géniaut, 2009:430; Tercier ve diğerleri, 2016:38; Eren, 2019:19). Nitekim, dürüstlük ilkesinin kaynağı olan “*Bona Fides*” kavramının ardında, dürüst bir kişinin davranış biçimi düşüncesi yatmaktadır (ayrıntı için bkz. Güzel ve Ugan Çatalakaya, 2014:28 vd.). Bunun anlamı ise şudur: Hakkını kötüye kullanan öznenin (yani işverenin) saiki, niyeti, hakkın kötüye kullanıldığının (yani dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığının) tespitinde önem taşır. Gerçekten, MK m. 2, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını, hukuk düzeninin korumayacağını öngördüğünden, açıkça zarar verme kastı olmaksızın hakkın amacına uygun kullanıldığı hallerde, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyecektir (Alp, 1999:1521).

⁷ *Ponsolle* kararında, işverenin eşit davranma borcunun ortaya konulmasının ardından, Fransız hukukunda, işverenin dar anlamda eşit davranma borcu ile ayırım yasakları arasındaki farkın da ifade edilmeye başlandığı vurgulanmaktadır (Porta, 2013:16).

Buna karşın ayrımcılık yasaklarının ihlal edilip edilmediğinin denetiminde, kimi zaman gerekçeler yanında doğrudan kararın sonuçları da denetim konusu olabilmektedir (Fabre, 2010:101). Bu ise daha kapsamlı bir denetim yapılabilmesi anlamı taşımaktadır (Porta, 2013:19). İşverenin, emredici düzenlemelerde karar ve işlemlere temel teşkil etmesi yasaklanan ayırım kriterlerine dayalı uygulamasının, ayırım yasaklarının ihlali sayılıp sayılmayacağına denetiminde devreye girecek olan ölçülülük ilkesi, gerçekten de daha sıkı bir denetim yapılmasını sağlayacaktır (bkz. Doğan Yenisey, 2005:979, 997; Jacqueslet, 2008:174; bu konuda AİHM ve AB Adalet Divanı tarafından yapılan ölçülülük denetimi konusunda ayrıntı için bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:249-267). Bu denetim kapsamında, işverenin, söz konusu ayırım kriterine dayalı kararlar almasının altında yatan meşru bir amaç dahi olsa, işverenin uygulamasının amacıyla ölçülü olup olmadığı; diğer bir deyişle, amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve oranlı bir araca başvurup başvurmadığı denetlenecektir (Ugan Çatalkaya, 2019:63 vd.; Birben, 2006:6 vd.; Alp, 1999:1520 vd.). İzlenen meşru amaca ulaşmak için işçilerin menfaatlerinin daha az zedelenmesine neden olacak daha hafif bir yöntemin olup olmadığı araştırılacaktır.

Dolayısıyla, ayırım yasağının ihlalinin denetiminde, ölçülülük ilkesine aykırılık, hiçbir kötüye kullanmanın söz konusu olmadığı durumda ve hatta işverenin meşru bir amacının bulunması halinde dahi ortaya çıkabilecektir. Ölçülülük ilkesinin sağladığı denetim, öznenin niyetinden bağımsız ve objektif olarak, bir tarafın menfaatinin gerçekleşmesi doğrultusunda, karşı tarafın menfaatine aşırı zarar verilmemesi ile ilgilenir (Ugan Çatalkaya, 2019:114). Bu yönüyle ölçülülük denetimi, herhangi bir tutum veya niyetle bağlantılı olmadığı için, nötr ve objektif bir mekanizmadır (Géniaut, 2009:430).

Bu noktada ise, dolaylı ayrımcılık önem kazanmaktadır; çünkü dolaylı ayrımcılık, görünürde tarafsız olan bir kararın, belli bir grup işçi için diğerlerine göre daha olumsuz sonuçlar doğurması halidir. Bunun varlığı için, işverenin bu kararı alırken, belli bir grup işçinin bundan olumsuz etkilenmesi amacını taşımasına, işverenin saikinin araştırılmasına gerek yoktur. İşverenin bu yönde bir amacı bulunmasa dahi belli özellikleri taşıyan bir grubun bundan olumsuz etkilenmesi biçiminde ortaya çıkan sonuç nedeniyle, işverenin kararının ayırım yasaklarını ihlal ettiği sonucuna varılacaktır (bkz. Hernu, 2003:267-269; Lanquetin, 2007:872 vd.; Miné, 2008a:534). Böylece, örneğin AB Hukukunda, dolaylı ayrımcılık sayesinde, ayrımcılık kavramının, kötü niyeti yasaklama ve cezalandırmanın ötesine geçtiği ifade edilmektedir (Servais, 2011:81). İşK. m. 5 uyarınca da işçinin ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi için, ayrımcılığın yapılmış olması ve ayrımcı etkilerin doğmuş olması yeterli olup; işverenin niyeti önem taşımamaktadır (Doğan Yenisey, 2005:983). Dolayısıyla işverenin, ayırım yapma niyeti bulunmasa ve gerekçeleri objektif dahi olsa, kararın uygulanması, örneğin özellikle kadın işçiler için olumsuz sonuçlar doğuruyorsa, karar hukuka aykırı sayılacaktır. Ayırım kriterleri uyarınca tespit edebileceğimiz bir grup için daha olumsuz sonuçların ortaya çıkmış olması,

işverenin saikinden bağımsız olarak dolaylı ayrımcılık sayılacak ve işverenin uygulaması hukuka aykırılık yaptırımı ile karşılaşacaktır.

Borcun Doğduğu An Açısından

İş Hukuku öğretisinde, işverenin eşit davranma borcunun, dar anlamda eşit davranma borcu ve ayırım yapmama yükümlülüğü biçiminde kademelendirilmesi, anayasal iki norm olan girişim özgürlüğü ve eşitlik ilkesinin, özellikle iş sözleşmesinin kurulması aşamasında karşı karşıya gelmesi halinde işlevini daha da açık ortaya koymaktadır. Zira iş sözleşmesinin devamı esnasında işverenin, farklı uygulamayı haklı kılan objektif bir gerekçesi olmadığı sürece işçilerine dar anlamda eşit davranma ve işçileri arasında ayırım yapmama borcu altında olduğu tartışmasızdır. Diğer bir ifadeyle, bu aşamada eşitlik ilkesi, girişim özgürlüğünü şüphesiz sınırlamaktadır. Ne var ki, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında bu sınırlayıcı etkinin derecesi tartışmalı hale gelebilmekte, hem dar anlamda eşit davranma borcu hem de ayırım yasakları açısından aynı açıklıkla kabul edilmesine kuşku ile yaklaşılmaktadır. İşte bu noktada ayırım yasağı ile dar anlamda eşit davranma borcunun birbirinden ayırt edilmesi daha da çarpıcı bir anlam kazanmaktadır.

Gerçekten, iş ilişkisinin hangi aşaması olduğuna bakılmaksızın ve dolayısıyla iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da işverenin, yasa ile yasaklanan kriterlerden birine dayanarak ayırım yapamayacağı öğretide çoğunluk tarafından kabul edilmektedir (Tuncay, 1982:123-127; Yıldız, 2008:68; Doğan Yenisey, 2006b:61; Ertürk ve Gürsel, 2011:433; Süzek, 2020:457 vd.; Mollamahmutoglu ve diğerleri, 2019:192; Ünal, 2018:160-163). Ancak dar anlamda eşit davranma borcunun iş ilişkisinin kurulması aşamasında varlığı tartışmalıdır. Bunun nedeni, işverenin bir kimseyi istihdam ederken, girişim özgürlüğünün eşitlik ilkesi ile aynı ölçüde sınırlandırılmasının yerinde olup olmadığı; işverenin girişim özgürlüğüne getirilmek istenen sınırlamanın ölçülü olup olmadığı sorusunun gündeme gelmesidir (Ayrıntı için bkz. Ugan Çatalkaya, 2019:183 vd.).

Dolayısıyla taraflar arasındaki iş ilişkisinin ne zaman kurulduğunun tespiti, İşK. m. 5/I ile sağlanmak istenen korumanın ne zaman başlayacağı meselesi ile doğrudan ilgili bulunmaktadır.

4857 sayılı Yasa döneminden önce, eşit davranma ilkesi ile sözleşme serbestisi ilkesi arasındaki çatışma kapsamında, özellikle işe alma ve işten çıkarma ile ücret konusunda, girişim özgürlüğünün eşit davranma ilkesinden daha üstün tutulması ya da eşit davranma ilkesinin uygulanması için işçi ile işveren arasında hukuki ilişkinin kurulmuş olması gerektiği belirtilerek, işverenin sözleşme özgürlüğü, eşit davranma borcuna oranla öncelikli kabul edilmekteydi (bkz. Çelik, 2000:147 vd.; Tunçomağ, 1984:256; Centel, 1992:163 vd.; Sümer, 1991:59-60; Tuncay, 1982:153 vd.; Süzek, 2002:396 vd.; Doğan Yenisey, 2005:976) .

4857 sayılı Yasa döneminde de, işe alma aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı yönünde görüşler ağırlık kazanmaktadır. Gerçekten,

öğretide, işverenin eşit davranma yükümlülüğünden söz edilebilmesi için işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin kurulması gerektiği görüşünün çoğunlukla savunulduğu söylenebilir (Süzek, 2020:460-461; aynı yazar, 2008:27 vd.; Eyrenci ve diğerleri, 2020:164; Tunçomağ ve Centel, 2016:143; Senyen Kaplan, 2019:240; Ertürk ve Gürsel, 2011:433, 438 vd.; Yıldız, 2008: 67-68; Akı, 2009:137; Aykaç, 2016:60). Yargıtay kararlarında da yer verilen, “*Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5’inci madde iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır.*” (Yarg. 9. HD, 7.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090, Kazancı İçtihat Bankası) biçimindeki veya “*İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işverenle arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir.*” (Yarg. 9. HD, 24.6.2013, E. 2011/9220, K. 2013/19242, Kazancı İçtihat Bankası) yönündeki ifadeler, Yargıtayın da çoğunluk görüşünü benimsediğine işaret eder niteliktedir.

Bu görüşün dayanakları olarak ise, öncelikle, İşK. m. 5/I’de “*iş ilişkisinde*” ayırım yapılamayacağından söz edilmiş ve İşK. m. 5/VI’deki ayrımcılık tazminatı yaptırımının yalnızca “*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*” öngörülmüş olması ileri sürülmektedir (Tunçomağ ve Centel, 2016:143; Yıldız, 2008:169-170; Ertürk ve Gürsel, 2011:438). Yine, iş mevzuatında, işe almada ayırım yapma yasağının, özel olarak bazı hükümlerde (İşK. m. 5/III cinsiyet ve gebelik nedeniyle, STİSK m. 25 sendikaya üyelik nedeniyle) düzenlenmiş olması da bir diğer gerekçe olarak ileri sürülmektedir (Aykaç, 2016:60).

Bununla birlikte, İşK. m. 5/III gibi bazı hükümlerde işe alma aşamasında ayırım yasağından ayrıca söz edilmiş olmasının, iş ilişkisinin kurulmasından önce eşit işlem borcunun bulunmadığı yönündeki görüşe dayanak olarak gösterilmesi, öğretilerde eleştirilmektedir (Gülmez, 2010:244). Bu görüş, yasada bu alandaki boşluğun, karşıt kavram yorumuyla değil de, “kuşkulu durumlarda özgürlük yararına yorum” (*in dubio pro libertate*) yapılarak doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, “iş ilişkisi” teriminin, ilişkinin kurulmasından sonrasını kapsadığının düşünülmesi, iş ilişkisinin eşit işlem ilkesi ve ayırım yasağının korumasından yoksun biçimde kurulması sonucunu doğuracaktır - ki bu durum hem Anayasaya hem de ulusal üstü sözleşmelere aykırılık taşıyacaktır (Gülmez, 2009:600-602; aynı yazar, 2010:245). Nitekim öğretilerde, işe alma aşaması da dahil, iş sözleşmesinin her aşamasında eşit davranma borcunun ve ayırım yasaklarının, işvereni bağlayacağı görüşü de savunulmaktadır (Ulucan, 2000:194). Yargıtaya göre ise, “*İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder*” (Yarg. 9. HD., 17.3.2009, E. 2008/32183, K. 2009/7045, Kazancı İçtihat Bankası). Yargıtayın kararında yer verilen bu ifadeye temkinle yaklaşmak gerekir. Kanımızca, işe almada ayırım yasaklarını, yalnızca cinsiyet ve gebelik nedenlerine dayalı ayırımın yasaklandığı biçiminde dar algılamak, iş ilişkisinin kurulması aşamasında, kişinin değiştiremeyeceği -ırk, etnik köken, dil, renk, inanç vb.- özelliklerine göre ayırım

yapılabileceği yönünde, Anayasanın 10. maddesine, kişinin temel hak ve özgürlüklerine aykırı bir sonucun doğmasına neden olacaktır. Bu bakış açısı, İşK. m. 5 hükmünün amacıyla da ters düşmektedir. Karardaki bu ifadenin, işe almada ayırım yasaklarını bu iki kritere indirgeme amacı taşıdığı biçiminde algılanmaması yerinde olacaktır.

Kanımızca, iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun bulunmadığının mutlak biçimde kabul edilmesi güçtür. Öncelikle ifade edilmelidir ki, İşK. m. 5 hükmünde yer verilen “*iş ilişkisi*” ifadesinin bu görüşe dayanak teşkil etmesi, olanaklı görünmemektedir. Bu konuda madde hükmünün ifadesine sıkı sıkıya bağlı kalmanın gerekli ve yerinde olmadığı ilk göstergesi, maddenin -kenar başlığına rağmen- içeriğinde işverenin eşit davranma borcunun her iki yönünden söz edilmemesidir. Üstelik madde içeriğinde işverenin dar anlamda eşit davranma borcu olarak ifade ettiğimiz borcundan söz edilmemesi, işverenin bu borcunun varlığının tartışmasız kabul edilmesine engel değildir.

Buna ek olarak, yukarıda açıklandığı üzere, maddede yer alan “*iş ilişkisinde*” ifadesinin, yalnızca sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamayı ifade ettiği kabul edilirse, ayırım yasaklarının da sözleşmenin kurulmasından sonra söz konusu olacağı sonucuna varılması gerekecektir. Oysa öğretide, ayırım yasaklarının, sözleşmenin kurulmasından önce de var olduğu birçok yazar tarafından kabul edilmektedir⁸ (Süzek, 2020:459; Eyrenci ve diğerleri, 2020:164; Tuncay, 1982:154-155; Yıldız, 2008:68; Ulucan, 2000:194; Demir, 2014:17; Doğan Yenisey, 2006:67; Ertürk ve Gürsel, 2011:433; Bakırcı, 2007:26; Ünal, 2018:160 vd.). Dolayısıyla, 5. maddenin ilk fıkrasında “*iş ilişkisinde*” ifadesinin kullanılması, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin ayırım yasaklarına uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmamakta ise, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu da mutlak olarak ortadan kaldıracak biçimde anlaşılmalıdır.

Bu nedenle, kanaatimizce, işverenin yalnızca iş sözleşmesinin kurulmasından sonra eşit davranmakla yükümlü olduğu tezinin dayanak noktası, madde metninde “*iş ilişkisi*” ifadesine yer verilmesi olamayacaktır. Kaldı ki, İşK. m. 5 hükmünün gerekçesinde, “*İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma (...) yükümlülüğü*”nden söz edilmektedir⁹.

İşverenin dar anlamda eşit davranma borcunun varlığından söz edilebilmesi için, mutlak olarak iş sözleşmesinin kurulması gerektiği yönündeki görüşe katılmadığımızı belirtirken, bu açıdan işverenin girişim özgürlüğünün eşitlik ilkesi

⁸ Buna karşın, 5. maddede “*iş ilişkisinde*” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, İş Kanunu uyarınca ayırım yasaklarının da iş sözleşmesinin kurulmasından sonra söz konusu olduğunu kabul eden görüş için bkz. Ekmekçi ve Yiğit, 2019:276; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2019:195.

⁹ Önemle ekleyelim ki, *Gülmez*, madde gerekçesindeki bu ifadeden de hareketle, yasa koyucunun, maddede, “*iş ilişkisi*” terimini, eşit davranma yükümlülüğünün sağladığı korumanın, sözleşme öncesinde fiili ilişki dönemini de kapsamasını istediği için, “*bilerek ve isteyerek*” kullanmış olduğunu belirtmektedir (Gülmez, 2009:600).

ile ne şekilde sınırlandırıldığını açıklamak gerekecektir. Gerçekten, işverene, birlikte çalışacağı kişileri özgürce seçme hakkı, işletmesinin menfaatini koruma ve işlerliğini sağlama amacı doğrultusunda verildiğinden; bu hak, ancak bu amaç doğrultusunda kullanılabilir (Lyon-Caen, 1992:65). O halde, hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu serbestinin sınırı olarak devreye girecek (Eyrenci, 1991:250); işverenin girişim özgürlüğüne tanınan ağırlık, eşitlik ilkesini bütünüyle ortadan kaldırmayacaktır.

Gerçekten dürüstlük kuralı, işverenin işe alım aşamasında adayları sınava tabi tutması durumunda, adaylara karşı eşit davranma borcunun doğmasına neden olur. Öncelikle işveren, yaptığı iş ilanında, istihdam edeceği işçiye ilişkin belli bazı kriterler öngörmüş ve bu kriterleri sağlayan adayların sınava tabi tutulacağını ilan etmişse, bu durumda kanımızca, kriterleri sağlayan ve sınava başvuran tüm adayları sınava kabul etme zorunluluğu, eşitlik ilkesinin ve dürüstlük kuralının bir sonucudur. İlanda belirtilen nitelikleri taşımasına karşın sınava katılması engellenen adayın, sınava girmeyi talep etme hakkının, yine eşitlik ilkesinden doğacağı kabul edilmelidir. Bir sonraki aşamada da işveren, adayları sınava tabi tutarken, adaylara eşit davranmalı ve tümüne aynı sınav koşullarını sağlamalıdır. Bunun yanında, işçi adayının istihdam edildiği takdirde alacağı ücretin belirlenmesi konusunda da eşitlik ilkesinin, aynı anda, aynı pozisyon için ve aynı kalıfıkasyona sahip başka kişilerle birlikte işe alınması varsayımında uygulanma alanı bulacağı kanaatindeyiz. Gerçekten, işe yeni alınacak bir işçi, işyerinde öteden beri çalışmakta olan işçilerle aynı konumda kabul edilemeyecek, bu noktada kıdem, deneyim, istihdam piyasasının o andaki koşullarının farklılık taşıması gibi unsurlar, bu işçiler arasında zaten eşitlik ilkesinin uygulanmasına engel teşkil edecektir. Ne var ki, aynı iş için, aynı anda istihdam edilen ve aynı durumda bulunan işçiler açısından eşitlik ilkesinin uygulanmaması için, belirtilen gerekçeler, bu kez haklı görülemeyecektir. Bu nedenle sözü edilen varsayımda, ücret farkını haklılaştıracak başkaca bir objektif ya da sübjektif kistas bulunmadığı sürece, işçiler arasındaki ücret farklılığının, eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığı sonucuna varılabilecektir.

Bu noktadan hareketle, iş sözleşmesi kurulmadan, iş sözleşmesi görüşmeleri aşamasında, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun mutlak surette bulunmadığını söylemenin güç olduğunu düşünmekteyiz. İşçi adayı, belirtilen koşullarda, işverenin adaylara eşit davranmadığını ileri sürerek, *culpa in contrahendo* çerçevesinde işverenin sorumlu olduğunu iddia edebilmeli, zararının tazminini talep edebilmelidir. Bu nedenle, işverenin, sınava tabi tuttuğu işçi adaylarına karşı eylem ve işlemlerinde tamamen keyfi davranması; ayırım kriterlerine dayanmasa dahi, haklı bir gerekçesi bulunmaksızın adaylara farklı uygulamalarda bulunması kabul edilemeyecek, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması, sorumluluğunu doğuracaktır. Nitekim öğretide de, sözleşme özgürlüğü gereği, işverenin hiçbir koşulda belirli bir kişiyi işe almaya zorlanamayacağı kabul edilse de, işverenin keyfi işe almama kararlarının da yerinde görüleceği sonucuna varılamayacağı isabetle vurgulanmıştır (Tuncay, 1982:155).

Bu ve bunun gibi varsayımlar söz konusu olmadığında, işverenin, ayırım yasaklarına aykırı davranmadığı sürece, girişim özgürlüğü ve sözleşme serbestisi ilkesi gereğince birlikte çalışmak istediği kişileri seçme, işletmesinin ihtiyaçlarına en iyi cevap verecek olan adayı belirleme hakkı olduğu şüphesizdir (Lyon-Caen, 1992:57; Süzek, 2020:461; Tuncay, 1982:154; işveren ile işçi adayı arasında, iş görüşmeleri sırasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve işverenin istihdam edeceği adayı seçerken uyması gereken davranış yükümlülükleri hakkında ayrıca bkz. Eyrenci, 1991:239 vd.). İşte, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin girişim özgürlüğü ile eşitlik ilkesi arasında kurulan dengede, işverenin girişim özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirilmemesi amacıyla, işveren örneğin mutlaka daha kalifiye olan adayı istihdam etmesi için zorlanamayacak ve girişim özgürlüğü yönünde tercih yapılacaktır.

İşte bu noktada dar anlamda eşit davranma borcu ile ayırım yasakları, işverenin sözleşme özgürlüğüne yönelik getirdikleri sınırlamanın düzeyi açısından ayrılmaktadır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi işverenin dar anlamda eşit davranma borcundan farklı olarak, iş sözleşmesinin kurulmasından önce ayırım yasaklarına uyulması gerektiği öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Hatta, kişilerin, iş bulmasının, yaşamlarını ve geleceklerini güvenceye almaları ile doğrudan bağlantısı nedeniyle, iş ilişkisinin kurulması aşamasında kişisel özgürlüklerin korunması ve ayrımcılığın önlenmesinin büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir (Yıldız, 2008:195). Örneğin bir kimsenin, cinsiyeti, cinsel eğilimi, dili, ırkı, etnik kökeni, dini inancı, siyasal görüşü gibi nedenlere dayalı olarak işe alınmaması, diğer işçi adaylarına göre farklı bir muameleye maruz bırakılması, hukuka aykırıdır. Ekleyelim ki, 6701 sayılı Kanun m. 6/I düzenlemesi de, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ve işle ilgili hiçbir süreçte ayırım yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işverenin ayrımcılık yapamayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakta; burada eşitlik ilkesinin, sözleşme özgürlüğü karşısında önceliği söz konusu olmaktadır. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesi ile işe almada ayırım yapılmasının suç olarak nitelendirilerek yaptırıma bağlanması, bu tespiti güçlendirmiştir.

Benzer biçimde Fransız Hukukunda, işe almada ayırım yasağının amacının, kişinin eğitimi ve yeteneklerine uygun bir işe kabul edilmesi ya da edilmemesinde, yetenekleri ve işe uygunluğu dışındaki kıstasların esas alınmasının önüne geçilmesi olarak ifade edilmiştir (Lyon-Caen, 1992:58; ayrıca bkz. Auzero ve diğerleri, 2019:880 vd.; Peskine ve Wolmark, 2019:245 vd.).

Görüldüğü gibi, ayırım yasağı, iş ilişkisinin her yönünü kapsamakta; ayırım yasaklarının, işe alma aşamasında da uygulanacağına tereddüt bulunmamaktadır. Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir kararına (Cass. soc. 15 déc. 2011, n° 10-15.873, www.legifrance.gouv.fr) konu somut olayda, Airbus France Şirketinde, daha önce belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmış olan Mağrip kökenli davacı işçinin, belirsiz süreli bir iş için yaptığı başvuru reddedilmiş; davacı ise, kendisi yerine, daha az süre bu şirkette çalışmış olan işçinin işe alınmasının nedeninin, etnik kökeni

olduğunu ileri sürmüştür. Davalı şirket, işe alınan işçinin, sahip olduğu diploma nedeniyle daha kalifiye olduğunu ve bunun da yapılan tercihin objektif ve tutarlı gerekçesini oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ne var ki, Fransız Yargıtay Sosyal Dairesi, iş ilanında, önceden, böyle bir diplomaya sahip olmanın aranan koşullar arasında sayılmaması ve başvuran adayların bir kısmının bu diplomaya sahip olmaması nedeniyle, hem işe alınma sürecinin gerekli şeffaflığa sahip bulunmadığına; hem de işverenin diğer adayı tercih nedenini ayırım kriterlerinden bağımsız objektif gerekçelerle ortaya koyamadığına hükmetmiştir.

Önemle ekleyelim ki, işe alma aşamasında ayrımcılığa uğradığı iddiasını ileri süren işçinin, daha sonra işe alınmış olması dahi, ayırım kriterlerinden birine dayalı ayrımcılığın tespit edilmesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim Fransız Yargıtay Sosyal Dairesinin bir diğer kararına konu somut uyuşmazlıkta, iş görüşmesini yapan müdür yardımcısı, başka bir işyerinden referansı olan davacı işçiye, müdürün, Mağrip kökenli kişilere güvenmediği gerekçesiyle, kendisini hemen istihdam edemeyeceklerini belirtmiştir. Müdürün tatile çıktığı sırada, ancak on beş gün sonra, davacı işçinin işe başvurusu kabul edilmiştir. Yargıtay Sosyal Dairesi, bu durumu, etnik köken, milliyet ya da ırka mensup olmaya dayalı ayırım olarak nitelendirmiştir (Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-16.926, Bull. 2012 V, N° 17).

Ayrımcılık Tazminatının Talep Edilebilmesi Açısından

İş Kanununun m. 5/VI hükmündeki “*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.*” düzenlemesiyle ayrımcılık yasağına aykırılığın yaptırımını öngörülmüştür. Hükmün lafzı, 5. maddenin 6. fıkrasından önce gelen fıkralarda düzenleme konusu yapılan hallerde aykırı davranıldığında bu tazminatın talep edilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu maddenin kenar başlığına ve gerekçesine rağmen, sadece işverenin ayırım yasaklarına uyma borcunu düzenliyor olduğuna dair yukarıda yer verilen görüş ve eleştirilere burada yeniden atıfta bulunarak (bkz yukarıda “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Pozitif Dayanakları” başlığı altındaki açıklamalarımız), maddede öngörülen yaptırımın da dar anlamda eşit davranma borcunu kapsamaması konusunun tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir.

Öğretide, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığı halinde söz konusu olan kanun boşluğunun yargıç tarafından doldurulması suretiyle, bu halde de maddede öngörülen tazminatın talep edilebileceği görüşü ileri sürülmüştür (Yıldız, 2008:329; Baysal, 2010:76). Aynı yöndeki sonuca, adalet ve hakkaniyetin gereği olarak varılabileceği de belirtilmektedir (Ertürk ve Gürsel, 2011:449). Buna karşın, bir diğer görüş, 5. maddenin söz konusu fıkralarında ayırım yasaklarının düzenlenmesi karşısında, dar anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde ayrımcılık tazminatının uygulanmayacağını kabul etmektedir (Süzek, 2020:476; Çelik ve diğerleri, 2020:449; Ünal: 2018:433; Aykaç, 2016:116). Gerçekten, maddenin lafzı, işverenin, eşitliği bozan ancak ayrımcılık teşkil etmeyen, dar anlamda eşit davranma

borcuna aykırı davranışlarının yaptırımı olarak da ayrımcılık tazminatı öngörüldüğünü kabul etmeye elverişli bulunmamaktadır. Mevcut pozitif düzenleme ışığında varılacak bu sonucun, hukuki açıdan tatmin edici olduğunu söylemek ise güçtür. Olması gereken hukuk açısından, İşK. m. 5 hükmünün, işverenin eşit davranma borcunun her iki boyutunu kapsayacak biçimde yeniden formüle edilmesi ve her iki halde de eşitliği bozan tutumun yaptırımıyla bağlanması isabetli olacaktır.

Mevcut yasal düzenleme ışığında Yargıtayın içtihadı incelendiğinde ise, yakın tarihli kararlarında Yargıtayın esasen, ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için 5. maddede sayılan ayırım nedenlerine dayalı bir uygulamanın varlığını aradığı anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarında şu ifadeler yer verilmektedir: “*Somut uyuşmazlıkta, ücret alacaklarının muvazaya dayalı olarak eksik ödenmesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında, ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü hatalıdır.*” (Yarg. 9. HD, 24.3.2020, E. 2019/8022, K. 2020/4414. Aynı yönde, davacının, aynı işi yapan diğer çalışanlardan daha az ücret aldığını iddia ettiği ve Yargıtayın aynı sonuca vardığı bir karar için bkz. Yarg. 9. HD, 25.2.2020, E. 2017/28065, K. 2020/2946. Salt eşit işe eşit ücret kuralından hareketle ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 9.HD, 22.1.2019, 186/1842; Yarg. 9. HD, 17.1.2019, E. 2017/9036, K. 2019/1503, Lexpera).

Yine bir diğer uyuşmazlıkta, davacı, daha önceki bir yargılama üzerine kesinleşen bir karar doğrultusunda, kısmi süreli çalışan olması nedeniyle işverenin ikramiye alacağını ödemediğinin tespit edildiği gerekçesiyle tarafına ayrımcılık tazminatı ödenmesini talep etmiş, Yargıtay ise, ikramiyenin ödenmeme sebebinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilmemesine göre ayrımcılık tazminatı talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır (Yarg. 9.HD, 5.2.2020, E. 2017/15337, K. 2020/1522, Lexpera).

Yargıtayın, ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için, İş Kanununun 5. maddesinde sayılan ayırım nedenlerine dayalı olarak yapılan bir farklı uygulama bulunmasını aradığına, eşit işlem borcuna her aykırılıkta ayrımcılık tazminatı yaptırımı uygulanamayacağına işaret edilen bir kararında da şu ifadeler yer verilmiştir: “*İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için madde de mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir. Dosya içeriğine göre, davacı günlük yevmiye ücretinin düşürülmesinden kaynaklanan fark ücret ile buna bağlı eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatını istemiştir. Davacıya yapılan bu uygulamanın sebebi, davalı işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafını oluşturan sendikaya sonradan üye olmasıdır. Davacıya yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden sonra sendikaya üye olan diğer işçilerden farklı bir uygulama yapılmamıştır. Davacının tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü*

batalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Yarg. 9. HD, 13.5.2019, E. 2016/3906, K. 2019/10613, Lexpera).

Gerçekten Yargıtay, eşit davranma borcuna aykırılığın tespit edildiği halde, işçinin, mahrum kaldığı alacağın kendisine ödenmesine hükmedilmesini isabetli bulurken; yapılan farklı uygulamanın İş Kanununun 5. maddesinde sayılan nedenlere dayanmadığı gerekçesiyle ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin yerinde olmadığını kararlaştırmaktadır: “*Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili davacının mesai arkadaşlarının yılda dört kez ikramiye verilirken davacıya verilmemesi, davacı ile aynı işi yapanlara davranıldığı gibi davranmamaları sebebiyle işverenin İş Kanun'unda düzenlenen eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı iddiasıyla eşit davranmama tazminatı talep etmiştir. Mahkemece, davalının ikramiye ödemesinin şirket uhdesinde bulunan takdire göre bazı personele yapıldığını bildirmiş olup yapılan incelemede davacının iş sözleşmesinde ikramiye hususunda düzenleme bulunması, Çalışma Müfettişlerince yapılan incelemede davacının ikramiye alacağının olduğunun tespit edilmesi ve Yargıtayın yerleşik kararları gereği genel bir nitelik taşıyan ikramiye ödemesi uygulamasından işyerinde çalışan tüm işçilerin yararlandırılması gerektiği, işveren tarafından yapılan ayırımı bakılı kalan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye uygulaması yönünden işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması gerekeceği gözetilerek takdiren iki aylık ücret karşılığı tazminata hükmedilmiş ise de, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, davacının dayandığı sebebin İş Kanununun 5 inci maddesinin ilk fıkrasında açıklanan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağına uymadığından davacının eşit davranmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.*” (Yarg. 9. HD, 17.10.2018, E. 2015/29956, K. 2018/18539, Lexpera).

Buna karşın, önemle ekleyelim ki, Yargıtayın yukarıdaki kararlarından farklı olarak, yine yakın dönemde vermiş olduğu bir kararda, davacının cinsiyete dayalı ayırımı ispat edememesine rağmen, eşit işe eşit ücret ödenmemesi nedeniyle eşit işlem borcunun ihlalinin söz konusu olması gerekçesiyle davacı işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedildiği dikkat çekmektedir (Yarg. 9. HD, 5.10.2020, E. 2017/16279, K. 2020/10415, Lexpera). Yargıtayın bu kararında, eşit işe eşit ücret ödenmemesini, eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde görmesi ve ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna işaret etmesi, önceki kararlarından farklı bir yaklaşım benimsemesinin sonucudur. Bunun nedeni, karar metninden açıkça anlaşılabilen ve somut uyuşmazlığa özgü bir durum da olabilecektir. Ancak varılan bu farklı sonucun gerekçesinin Yargıtayın bu konuda görüş değişikliğine gitmesi olup olmadığını, izleyen zamanlarda vereceği diğer kararlar gösterecektir.

Gerçekten, Yargıtay, bu kararında şu ifadelerle yer vermektedir: “*Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer devereçilere kıyasla daha az ücret ödenmediği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer devereçiler hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiçbir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem*

borcunun iblali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemeye davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Buna göre davacının fark ücretleri de hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır. Diğer yandan davacının aynı kadem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun iblal edilmesi 4857 sayılı Yasa'nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye bakılı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş akdini bu nedenle bakılı nedene dayalı olarak fesheden davacının kadem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

Konuya ilişkin Yargıtay içtihadı ile ilgili son olarak, şu hususun da belirtilmesinde yarar görmekteyiz. Tıpkı en başta ifade ettiğimiz üzere günlük dilde, uygulamada ve hatta öğretilerde eşitlik, eşit davranma, ayrımcılık gibi kavramlara birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlayacak hukuki nitelendirmeye dikkat edilmeksizin başvurulması ve çoğu zaman birbirleri yerine kullanılması, özellikle Yargıtay kararlarında yer verilen ifadeler açısından da eleştiriye açıktır. Çok sayıda karar arasında yukarıda alıntılar yaptığımız kararlarda da görüleceği üzere, m. 5 kapsamında talep edilebilecek tazminat için “ayrımcılık tazminatı”, “eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatı” ve hatta daha eski tarihli kararlarında “eşitsizlik tazminatı” (Yarg. 7. HD, 2.5.2016, 14034/9727, Kazancı İçtihat Bankası) ifadelerine yer verilmesi kanımızca isabet taşımamaktadır.

Sonuç

1. Eşitlik ilkesi, tüm insanların eşit değerde olduğu yönünde ifade edilebilecek ve daha çok ayırım yasakları ile ortaya çıkmış olan, hukukun temel bir ilkesidir. Bu ilke daha sonra, Aristo'nun eşitlik ve adalet arasında kurduğu bağa benzer bir anlamda adalet düşüncesini içinde barındıran ikinci bir anlam daha kazanmıştır. Bu ikinci anlamıyla eşitlik ya da Avrupa Birliği Hukukunda ifade edildiği gibi eşit davranma (işlem) ilkesi (*égalité de traitement*) bu kez keyfi olanı yasaklamak için önce kamu otoritesini sınırlayan şimdi ise gücü elinde bulunduran her otoritenin ve bu bağlamda işverenin karar alma yetkisini sınırlayan bir ilkeye dönüşmüştür. Böylece eşitlik ilkesi iki yönüyle birden, bir bütün olarak algılanmaya başlanmıştır: *Ayırım yasakları ve eşit davranma/işlem*.

2. Eşitlik ilkesinin bu iki yönü, iş hukukunda da işverenin eşit davranma borcunun iki boyut kazanmasına, işverenin borcunun kademelenmesine neden olmuştur: *İşverenin ayırım yapmama ve dar anlamda eşit davranma borcu*. Aynı bütünün, farklı hukuki nitelik taşıyan parçaları diyebileceğimiz bu iki borç, esasında işçiler arasında eşitliğin sağlanması yönündeki aynı amaca yönelik bulunmaktadır. Ancak bu iki kavram birbiri yerine kullanılmaması gereken, özdeş olmayan, hukuki nitelik ve sonuçları birbirinden ayrılan kavramlardır. Çalışmamızda beş ayrı alt başlık altında bu kavramlar arasındaki farklara işaret edilmiştir.

3. Ayrım yasakları ile dar anlamda eşit davranma borcunu birbirinden ayırt eden ilk unsur, ayrımcılığın, emredici hükümlerle düzenlenen, hukuka aykırı bir kriterin esas alınmasına dayanıyor olmasıdır. İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu altında olması ise, işçilerine sağlayacağı bir menfaat ya da çalışma koşulları açısından aynı ya da benzer koşullar altında olan işçilerine aynı uygulamayı yapmakla yükümlü olması anlamına gelmektedir.

4. İkinci fark, hukuki niteliğe ilişkin bulunmaktadır. Ayrım yasakları kapsamındaki kriterler, kişinin, değiştiremeyeceği veya değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayanan kriterler olup, kişinin bu özellikleri nedeniyle ayrımcılığa uğraması, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık anlamına gelecektir. Dolayısıyla ayrım yasaklarının ihlali, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kanaatimizce, ayrım yasaklarını ihlal niteliğindeki uygulamalar bu nedenle kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kesin hükümsüzlük yaptırımını, işçinin ayrımcı bir feshe muhatap olması durumunda daha da önem kazanmakta ve işçinin iş sözleşmesinin sona ermediği kabul edilerek buna göre sonuca gidilmesi gerekliliği çarpıcı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrım yasaklarının insan onuru ve temel haklar ile doğrudan ve sıkı bağlantısı nedeniyle, ayrımcı fesihler de dahil, işverenin ayrımcı tüm karar ve işlemlerinin kesin hükümsüz sayılmasının, çağdaş bir hukuk sisteminin olmazsa olmaz unsuru niteliğinde olduğunu belirtmek gerekir. Ne var ki, işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun temelinde dürüstlük kuralı yer alır. İşveren, dürüstlük kuralına aykırı olarak, yetkilerini kullanırken, işçileri arasında keyfi ve hukuken kabul edilebilir olmayan gerekçelerle farklı uygulamalar yaptığında, yönetim yetkisinden doğan haklarını kötüye kullanmış sayılacaktır.

5. Kavramlar, tespit edilme yöntemleri açısından da birbirinden ayrılmaktadır: Aynı ya da benzer konumda olan işçilere, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranılıp davranılmadığının tespiti için yargıcın, işçilerin sağlanan menfaat açısından karşılaştırılabilir durumda olup olmadığını değerlendirmesi ve sonra da işçiler arasında kıyaslama yapması gerekmektedir. İşverenin yönetim yetkisinden doğan haklarını kötüye kullanıp kullanmadığının belirlenebilmesinde ayrıca işverenin saiki/niyeti önem taşımaktadır. Ayrımcılığın tespitinde ise yasaklanmış olan bir ayrım kriterine dayalı uygulamanın varlığı yeterli olup, karşılaştırma yapılmasına -çoğunlukla- gerek bulunmamaktadır. Ayrıca işverenin niyeti, ayrımcılığın ortaya çıkmasında etkili bir unsur değildir. Zira özellikle de dolaylı ayrımcılık kavramının benimsenmesi üzerine, görünüşte tarafsız olan bir kararın dahi belli bir grup üzerinde olumsuz etkiler doğurması, işverenin ayrımcılık yaptığı sonucuna varılmasını gerektirebilecektir.

6. Borcun doğduğu an açısından da dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrım yapmama borcu birbirinden ayrılmakta, bunların işverenin girişim özgürlüğüne getirdikleri sınırlama farklılaşmaktadır. Tartışmalı yönler bulunan bu hususta, temel olarak, ayrım yasaklarının insan onuru kavramıyla bağlantısı da göz önünde bulundurulduğunda iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da uygulanması gerektiği; dar anlamda eşit davranma borcunun ise işaret ettiğimiz belli koşullar

altında çok kısıtlı bir alanda, ölçülülük ilkesinin izin verdiği derecede işverenin sözleşme serbestisini sınırladığı söylenebilir.

7. Son olarak İş Kanunu m. 5 hükmünün düzenleniş biçimi nedeniyle, ayırım yasaklarına aykırılık halinde öngörölmüş olduğu kabul edilebilecek olan ayrımcılık tazminatının, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığı halinde de talep edilip edilemeyeceği, öğretide farklı görüşlerin ileri sürölmesine neden olmuştur. Yargıtay da esasen m. 5 hükmündeki tazminatın ayrımcılık hallerine özgü olduğunu kabul eden bir içtihat geliştirmişse de en son tarihli bir kararında farklı yönde bir yaklaşım benimsemiş olması açısından tartışmayı yeniden gündeme getirmiştir. Bu yönüyle, gerek kavram karmaşasını ortadan kaldırmak amacıyla, gerekse de işverenin ayrımcılık teşkil etmeyen ancak eşitliği sarsıcı uygulamalarının da tazminat yaptırımına bağlanabilmesi için madde hükmünün yasa koyucu tarafından, bu hususlar dikkate alınarak değiştirilmesinin yerinde olacağı yönündeki kanaatimizi belirtmek isteriz. Bu doğrultuda, işverenin eşit davranma borcunun, ayırım yasaklarıyla birlikte dar anlamda eşit davranma borcunu da kapsaması konusunda öğreti görüşleri ve yargı kararlarında oluşan tereddüdün ortadan kalkması ve işverenin bu borcunun bileşenlerinden birine aykırılığı halinde dahi maddede öngörölen tazminat yaptırımı ile karşılaşacağına işaret edilebilmesi için, 5. maddenin birinci fıkrasına ilk cümle olarak “*İşveren, aynı ya da benzer durumdaki işçilere, farklı uygulamayı haklı gösteren bir gerekçe bulunmadıkça, eşit davranmakla yükümlüdür.*” ibarelerinin eklenmesi *de lege ferenda* uygun olacaktır.

KAYNAKÇA:

- Akı, E. (2009) “İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları – İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu”, Sicil, S. 14, 134-141.
- Akyol, Ş. (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul: Vedat.
- Alp, Mustafa (1999) “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-”, Yasa Hukuk Dergisi, C.17, S.205, Ocak 1999/12, 1519-1535.
- Aristote (2008) Sur la Justice Éthique à Nicomaque, Paris: Flammarion.
- Aubert-Monpeyssen, T. (2010) “Vous avez dit ‘Laurent?’”, RDT, 2010.169.
- Auzero, G., Baugard, D. ve Dockès, E. (2019) Droit du travail, Paris: Dalloz.
- Aykaç, H. B. (2016) “Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması”, Centel, T. (ed.), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II içinde, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 47-133.
- Bakırcı, K. (2007) “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Sicil, S.8, 22-40.
- Baysal, U. (2010) “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İHSGHD, S. 25, 59-99.
- Birben, E. (2006) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi, yayınlanmamış doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE.
- Caniklioğlu, N. (2006) “Sosyal Hukukta Ayrımcılık Olarak Değerlendirilebilecek Düzenlemeler ve Mağduriyetin Giderilmesi için Başvurulabilecek Yollar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı içinde, Ankara: TŞOF Plaka Matbaacılık, 643-700.
- Centel, T. (1992) İş Hukuku Cilt I Bireysel İş Hukuku, İstanbul: Kazancı.
- Centel, T. (2020) İş Güvencesi, İstanbul: Legal.
- Cesaro, J.-F. (2016) “Égalité”, Teyssié, B. (der.), Notions et normes en droit du travail içinde, Paris: Éditions Panthéon-Assas, 35-44.
- Champaux, F. (2000) “La protection du salarié dans sa sphère privée: L'exemple des moeurs”, La rupture du contrat de travail en droit français et allemand içinde, Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg, 159-178.
- Çelik, N. (2000) İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N. ve Canbolat, T. (2020) İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Beta.
- Demir, F. (2014) “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasası Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Legal İHSGHD, S. 41, 15-26.
- Dockès, E. (2002) “Equality in Labor Law: An economically efficient human right? Reflections from a French Law perspective”, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Issue 2, 187- 196.
- Doğan, S. (2012) “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, TAAD, Yıl:3, Sayı:9, 177-207.

- Doğan Yenisey, K. (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul: Legal.
- Doğan Yenisey, K. (2006a) “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, 63-82.
- Doğan Yenisey, K. (2006b) “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, S.2, 60-65.
- Doğan Yenisey, K. (2005) “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, Legal İHSGHD, S.7, 974-1003.
- Ekmekçi, Ö. ve Yiğit, E. (2019) Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul: onikilevha.
- Engin, E. M. (2003) İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere ile Feshi, İstanbul: Beta.
- Engin, E. M. (1993) Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul: BASİSEN yayını.
- Eren, F. (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin yayınları.
- Ertürk, Ş. (2002) İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara: Seçkin.
- Ertürk, Ş. ve Gürsel, İ. (2011) “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt I içinde, İstanbul: Beta, 425-458.
- Eyrenci, Ö. (1991) “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi 15. Yıl Armağanı içinde, İstanbul: Bayrak Matbaacılık, 239-262.
- Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D. ve Baskan, E. (2020) İş Hukuku, İstanbul: Beta.
- Fabre, A. (2010) Le régime du pouvoir de l'employeur, Paris: LGDJ.
- Favennec-Héry, F. ve Verkindt, P.-Y. (2014) Droit du travail, Paris: LGDJ.
- Favoreu, L., Gaïa, P., Ghevoantian, R., Mélin-Soucramanien, F., Pena, A., Pfersman, O., Pini, J., Roux, A., Scoffoni, G. ve Tremeau, J. (2002) Droits des libertés fondamentales, Paris: Dalloz.
- Géniaut, B. (2009) La proportionnalité dans les relations du travail, Paris: Dalloz.
- Guyon, C. (2016) L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail, Paris: LexisNexis.
- Gülmez, M. (2009) İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, Ankara: Belediye-İş Sendikası AB'ye Sosyal Uyum Dizisi.
- Gülmez, M. (2010) “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, 2010/2, 217-265.
- Güzel, A. (2016) “İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme”, Legal İHSGHD, Özel Sayı Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, 151-201.
- Güzel, A. ve Ugan Çatalkaya, D. (2014) “İş Sözleşmesinin Uygulanması ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, Özel Sayı, 17-66.

- Hennette-Vauchez, S. ve Roman, D. (2013) *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris: Dalloz.
- Hennion, S., Le Barbier-Le Bris, M. ve Del Sol, M. (2010) *Droit social européen et international*, Paris: PUF.
- Hernu, R. (2003) *Principe d'égalité et Principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Paris: LGDJ.
- Jacquelet, C. (2008) *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Paris: PUAM.
- Jemmaud, A. (2004) "Du principe d'égalité de traitement des salariés", *Dr. soc.*, N° 7-8 Juillet-Août 2004, 694-705.
- Kandemir, M. (2007) "Grev Hakkının Kötüye Kullanılması", *Legal İHSGHD*, S. 15, 981-1011.
- Kılıçoğlu, M. (2012) "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Hakim Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasası", *Legal İHSGHD*, S. 36, 37-58.
- Lanquetin, M-T. (2020) *Discrimination: Répertoire de droit du travail*, (dalloz.fr).
- Lanquetin, M-T. (2007) "L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail", *Dr. soc.*, N° 7-8, 861-878.
- Laulom, S. (2009) "Une opposition largement infondée au droit communautaire des discriminations", *RDT*, Janvier 2009, 12-13.
- Lyon-Caen, A. (1996) "De l'égalité de traitement en matière salariale", *Dr. soc.* 1996.1013.
- Lyon-Caen, G. (1992) *Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*, Paris: La documentation française.
- Manigot, V. (2012) *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, Réflexions sur un risque*, Neuilly: Lexis Nexis.
- Martin, D. (2008) "Approche comparative du droit de la non-discrimination", *RDT*, Décembre 2008, 760-763.
- Mekki, M. (2004) *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris: LGDJ.
- Miné, M. (2008a) "Discriminations: une transposition laborieuse...", *RDT*, Septembre 2008, 532-534.
- Miné, M. (2008b) "Discriminations: une transposition laborieuse... (suite)", *RDT*, Décembre 2008, 741-744.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M. ve Baysal, U. (2019) *İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Lykeion.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014) *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul: Beta.
- Nomer, H. N. (2020) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta.
- Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2016) *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, İstanbul: Vedat.
- Öden, M. (2003) *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara: Yetkin.

- Özkaraca, E. (2013) “6356 sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler”, Çalışma ve Toplum, S. 38, 173-215.
- Özkaraca, E. (2012) “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İstanbul Barosu – Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları içinde, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 92-136.
- Perelman, C. (2012) *Ethique et droit*, Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles.
- Peskine, E. ve Wolmark, C. (2019) *Droit du travail*, Paris: Dalloz.
- Porta, J. (2013) “Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – À propos des sens de l’égalité”, Borenfreund, G. ve Vacarie, I. (der.), *Le droit social, l’égalité et les discriminations* içinde, Paris: Dalloz, 9-38.
- Porta, J. (2011) “Discrimination, égalité et égalité de traitement, À propos des sens de l’égalité dans le droit de la non-discrimination (1^{ère} partie)”: RDT, 2011.290.
- Radé, C. (2010) “Discrimination. Preuve. Appréciation. Faits pertinents. Harcèlement. Preuve. Indices Pertinents, obs. sous Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-42.849”, Dr. soc. 2010.111.
- Ray, J.-E. (2011) “À travail inégal, salaire inégal”, Dr. soc., N° 1 Janvier 2011, 42-51.
- Senyen Kaplan, E. T. (2019) *Bireysel İş Hukuku*, Ankara:Gazi Kitabevi.
- Senyen Kaplan, E. T. (2017) “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, TBB Dergisi, özel sayı, 225-268.
- Servais, J.-M. (2011) *Droit social de l’Union européenne*, Bruxelles: Bruylant.
- Sümer, H. H. (1991) *İş Hukuku*, Konya: Mimoza.
- Süzek, S. (2020) *İş Hukuku*, İstanbul: Beta.
- Süzek, S. (2008) “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, S.12, 24-38.
- Süzek, S. (1998) “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutsal’a Armağan içinde, Ankara: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayını, 225-232.
- Süzek, S. (2002) *İş Hukuku*, İstanbul: Beta.
- Süzek, S. (1976) *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara: Kazancı Yayınları.
- Sweeney, M. (2013) “La diversité des sources de l’exigence d’égalité”, Borenfreund, G. ve Vacarie, I. (éd.), *Le droit social, l’égalité et les discriminations* içinde, Paris: Dalloz, 39-50.
- Sweeney, M. (2010) *L’égalité en droit social, Au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Paris: Thèse de Doctorat Mention Droit privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.
- Şahlanan, F. (2011) “İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru – Bağımlılık İlişkisi”, *Tekstil İşveren Hukuk Eki* 65, S. 380, 2-6.

- Taşkent, S. (1981) İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul: Met-er Matbaası.
- Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, M. (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: Onikilevha.
- Tuncay, A. C. (2011) “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan içinde, İstanbul: Beta, 725-770.
- Tuncay, A. C. (1982) İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tunçomağ, K. (1984) İş Hukuku Cilt I Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2016) İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul: Beta.
- Ugan Çatalkaya, D. (2019) İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul: Beta.
- Ulucan, D. (2013) “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD, C. 15, Özel sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan, 369-383.
- Ulucan, D. (2000) “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, Kamu-İş, C.5, S.3, 191-202.
- Ünal, C. (2018) İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul: XII Levha.
- Villey, M. (2001) Philosophie du droit, Définitions et fins du droit - Les moyens du droit, Paris: Dalloz.
- Viottolo-Ludman, A. (2004) Égalité, Liberté et Relation contractuelle de travail, Aix-en-Provence: PUAM.
- Yıldız, G. B. (2008) İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Dictionnaire de la culture juridique (2003), Alland, D. ve Rials, S. (sous la dir.), Paris: Lamy Puf.