



Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA* Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL ADINIR**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2021/II Sayı 46: 127-136
Makale Gönderim Tarihi: 1 Ekim 2021
Makale Kabul Tarihi: 8 Ekim 2021

Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit davranma ilkesi başlığını taşımakla birlikte maddede işverenin dar anlamda eşit davranma borcu düzenlenmemiş; maddede sayılan ve benzeri temellere dayalı ayırım yapmama borcu ile belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli sözleşme türlerine dayalı ayırım yapmama borcu düzenlenmiştir. Maddenin 6. fıkrasında ise işverenin ayırım yapmama borcuna aykırılık halinde yaptırım olarak ayrımcılık tazminatı öngörülmüştür.

Yargıtay da yerleşik kararlarında işverenin

dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermektedir. Ancak inceleme konumuz olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.10.2020 tarihli ve 2017/16279 Esas, 2020/10415 Karar sayılı kararında kullandığı ifadeler bu içtihattan dönüldüğü izlenimi yaratmaktadır. Çalışmamızda bu karar, eleştirel bir bakış açısıyla incelenecek olup yerleşik içtihadın sürdürülmesi yönündeki görüşümüz ortaya konacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Eşit davranma borcu, dar anlamda eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağı, ayrımcılık tazminatı.

Can Employee Be Entitled to Discrimination Compensation in Case of The Breach of Equal Treatment in The Narrow Sense? (Decision Review)

Abstract

Although Article 5 of the Employment Law no. 4857 has the title of the principle of equal

treatment, only the obligation of non-discrimination based on similar grounds listed in the

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ercumentozkaraca@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3625-9041.

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, canan.unal@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3783-5637.



Article and the obligation of non-discrimination based on definite-indefinite, part-full-term contract types are regulated. Such Article does not cover the employer's obligation of equal treatment in the narrow sense. Also, in the 6. paragraph of the article, discrimination compensation is regulated in case of breach of the non-discrimination obligation.

In parallel, the Court of Appeals has not decided on discrimination compensation in case of breach of equal treatment in the narrow sense. In this work, a judgment of the 9th Civil Chamber of the Court of Appeals, dated 05.10.2020 and numbered 16279/10415, which is in a different direction, will be discussed and criticized.

Keywords:

Obligation for equal treatment, obligation of equal treatment in the narrow sense, prohibition of discrimination, discrimination compensation.

T.C.

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. : 2017/16279

Karar No. : 2020/10415

Tarihi : 05.10.2020

Mahkemesi: İş Mahkemesi

Dava Türü: Alacak

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili; davacının 16.02.2006 tarihinde işyerine girdiğini, 27.12.2011 tarihinde deverece olarak çalışmaya başladığını, davacı ile beraber aynı işi yapan... ve ... isimli devereceğin davacıdan daha fazla ücret aldıklarını, her iki devereceğin de aynı kıdemde olmamalarına rağmen aynı

ücreti aldıklarını, davacının sırf kadın olduğu için diğer deveciler ile aynı işi yapmasına rağmen daha az ücret aldığını, davalı işverenin işyerinde ücret konusunda cinsiyet ayrımı yaptığını, İş Kanunu'na göre işverenin eşit iş yapan işçiye eşit ücret ödemekle yükümlü olduğunu, bu borca aykırı davranan işverenin işçiye 4 aylık ücreti tutarında tazminat ödemesi gerektiğini, ayrıca çalıştığı süre boyunca diğer işçilere ödenen ücret farkını da işçiye ödemek zorunda olduğunu, davalı işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranışından dolayı davacının 25.03.2014 tarihinde iş akdini haklı sebeple feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret farkı ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili; davacının, kendisi ile aynı işi yaptığını zikrettiği...in 16.02.2006 tarihinde deverece olarak iş başı yaptığını, İ... A...in kıdemi ve tecrübesinin davacıya oranla daha fazla olduğunu, diğer isim olan ...in ise davacı gibi başka bir görevdeyken davacıdan önce 2010 yılında devereceliğe geçtiğini, davacıdan daha fazla iş tecrübesi kazandığını ve davacıya oranla daha fazla çalışma sergilemesi nedeniyle ücretinde Haziran 2012 yılında yapılan genel iyileştirmede daha fazla ücrete hak kazandığını, davacının diğer devecilere oranla daha az üretim kapasitesine sahip



Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmıcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)

olduğunu, çalışmasında arkadaşlarının yardımını alarak işine devam ettiğini, ancak deverece arkadaşlarının bulundukları makinanın başında davacıya oranla daha fazla efor sergileyerek yarımsız işlerini gördüğünü, davacının şirket içindeki yararlılığı, işi kavrama yeteneği ve kıdemi de gözönüne alınarak daha az bir iyileştirme yapılarak ücret ödeme yolu seçildiğini, işverenin aynı işi yapan çalışanlar arasında üretime katkıları ve işteki kıdemlerini gözönüne alarak ücret belirleme hakkının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini, zira davacı ile belirtilen isimler arasında üretim ve diğer hususlar bakımından bir eşitlik söz konusu olmadığını, davacının, kendisinden daha fazla mesleki tecrübesi bulunan ve kendisine oranla daha fazla üretim yapan çalışanlarla maaşını kıyaslayarak haksızlık yapıldığı gerekçesiyle iş akdini haksız ve kötüniyetle feshettiğini, bu sebeple kıdem tazminatı ile ücret alacağı farkına hak kazanamadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile yıllık izin ücreti alacağının tahsiline, diğer taleplerin reddine hükmedilmiştir.

Temyiz

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan

işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

“Eşitlik İlkesi” en temel anlamda T.C. Anayasasının 10 uncu ve 55 inci maddelerinde ifade edilmiş, 10 uncu maddede “Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” kuralına yer verilmiştir. 55 inci maddenin kenar başlığı ise “Ücrette Adalet Sağlanması” şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütünün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematığında, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın eşitlik ilkesini düzenleyen 5 inci maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.).

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K.).

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim v.b. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü



işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret isteminde bulunmuştur.

Mahkemece; “.. aynı bölümde çalışan işçilere farklı ücret zamları uygulandığı, ... ve ... davacıdan daha yüksek ücret aldığı anlaşılmıştır. İşe daha sonra bir tarihte giren ... ise, Tamer ile İsak’tan daha yüksek ücret ile çalışmaktadır. Dolayısıyla erkek işçiler arasında da ücret konusunda farklılıklar olduğu, hatta davacıdan daha düşük ücret ile çalışan erkek işçilerin dahi olduğu görülmektedir. Dava dilekçesinde anılan İsak ve Tamer’in dahi ücretlerinin her dönem aynı olmadığı, farklı zam oranlarının uygulandığı görülmektedir. Davacı tarafça tabloda emsal işçi olarak yer alan...ve ...’in her ne kadar carlıkçı sıfatı ile çalıştığı beyan edilmiş ve bu beyanlar tanık ifadeleri ile sabit ise de yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda diğer emsal işçilerin ücret ve zam tabloları göz önüne alındığında neticeden davacıya bu konuda bir ayırım yapıldığında dair delil bulunmadığı anlaşılmıştır. İşverenin (asgari ücretin altında kalmamak kaydıyla) zam yapmasını öngören yasal bir zorunluluk mevcut değildir. Zam yapılmasının kararlaştırıldığı iş sözleşmesi de bulunmamaktadır. Özel bir nedene dayanmadan (cinsiyet ayrımcılığı vs.) performans, verimlilik ve bunun gibi kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmakta olup, esasen daha fazla efor sarf eden, daha fazla verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesi de eşitliğin gereğidir. Davacı ile aynı bölümde çalışan işçilerin ücretlerinin dökümünün verildiği tablodan da anlaşılacağı üzere, davacıdan daha düşük ücret alan işçilerin olması, erkek işçiler arasında da zam oranlarının farklılık göstermesi karşısında, davacıya cinsiyet ayrımı

nedeni ile ücretinden kesinti veya düşük zam yapılmadığı...davalı işyerinde cinsiyet ayrımından dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığı ve bu sebeple düşük ücret ödenmediği...” bu bağlamda fesihte haklı olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı, ücret [f]arkı ve eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamına göre davacı işçiye işyerinde çalışan diğer deverecele kıyasla daha az ücret ödendiği konusunda tartışma yoktur. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, diğer deverecele hangi işi yapıyorlarsa davacının da aynı işi yaptığı, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Buna göre davacının fark ücretleri de hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır.

Diğer yandan davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa’nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir. Bu itibarla iş akdini bu nedenle haklı nedene dayalı olarak fesheden davacının kıdem tazminatı isteğinin de kabulü gerekirken yanlırlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 05/10/2020 gününde oybirliğiyle karar verildi.



Kararın İncelenmesi

I. Uyuşmazlık ve Çözümü Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konusu Yargıtay Kararından anlaşıldığı kadarıyla, karara konu olayda davacı işçi, 16.02.2006 ile 25.03.2014 tarihlerinde davalının işyerinde iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmıştır. Davacı işçi, aynı bölümde çalıştığı diğer işçilerle aynı işi yaptığı halde kendisine sırf kadın olduğu için daha az ücret ödendiği, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla "kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, ücret farkı ile eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının davalıdan tahsilini" talep etmiştir.

Yerel Mahkeme tarafından davanın kısmen kabulü ile yıllık izin ücreti alacağının tahsiline karar verilirken diğer talepler reddedilmiştir.

Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplandığını belirtmiş ve bu çerçevede değerlendirmede bulunmuştur. Özel Daire, dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlanamamış olduğu sonucuna ulaşmış ancak işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğundan hareketle ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna hükmetmiştir. Bu çalışma ile, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarından sapan bu kararın isabetli olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu bağlamda da öncelikle işverenin dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yapmama borcu yasal dayanakları ile izah edilecek, ardından da ayrımcılık tazminatına hak kazanma koşulları Yargıtay'ın içtihatları ışığında irdelenecektir.

II. Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yapmama Borcunun Hukuki Dayanakları

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin yönetim

yetkisini sınırlayan ve biçimlendiren bir kurum¹ olup birbiri ile ilişkili iki bileşenden meydana gelmektedir. Bu bileşenler, *dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzer ayrımcılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem ve etki yasağı* anlamına gelen "ayırıcılık yasağı" ile ayrımcılık temellerine dayanmaksızın aynı ve benzer kişilere eşit davranılması olarak tanımlanabilecek "dar (genel) anlamda eşit davranma ilkesi"dir².

Gerek ayrımcılık yasağı gerekse de dar anlamda eşit davranma ilkesi, işveren için yükümlülükler oluşturmaktadır; işveren eşit davranma borcu altındadır. Bu borç gereği, işverenin işçilere ayrımcılık yapmama borcu yanında aynı ve benzer işçilere eşit davranma yükümlülüğü (dar-genel anlamda eşit davranma borcu) da bulunmaktadır.

İşverenin ayrımcılık yapmama ve dar anlamda eşit davranma borçlarının farklı hukuki dayanakları söz konusudur. İnceleme konusu kararda Yargıtay'ın hükmettiği ayrımcılık tazminatını düzenleyen İş Kanunu m. 5 hükmü, sadece ayrımcılık yasağını öngörmekte olup³ işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu düzenlememektedir⁴. Gerçekten, her ne kadar İş

1 Devrim Ulucan, 'Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık' (2013) 5(Özel Sayı) DEÜHFD 369, 372; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar (Seçkin 2002) 96; benzer yönde Mesut Gülmez, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2(25) Çalışma ve Toplum 217, 238, 260; Seçkin Nazlı, 'İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler' (2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan) 571, 571; Ünal C, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı (On İki Levha 2018) 53.

2 Gülmez (n 1) 240; Ünal (n 1) 54.

3 Zeki Okur, 'İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı', 2016) 74(Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), 587, 590; Ünal (n 1) 102-104.

4 Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkara, İş Hukuku Dersleri (34. Bası, Beta 2021) 456-457; Süzek S, İş Hukuku (21. Bası, Beta 2021) 493-494; Ünal (n 1) 102-104; Hande Bahar Aykaç, 'Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması' iç T Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (On İki Levha 2016) 47, 116; Deniz Ugan Çataalkaya, 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit



Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı "Eşit Davranma İlkesi" olsa da madde lafzı itibarıyla sadece ayrımcılık yasaklarını ve bu kapsamda işverenin ayrımcılık yapmama borcunu düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre;

"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 kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

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

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

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

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

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

İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu, dayanağını ise bu maddeden değil, Anayasa m.

10 hükmünden almaktadır⁵.

Ayrımcılık yasağı ile dar anlamda eşit davranma ilkesi ya da işverenin borçları kapsamında düşünülürse ayrımcılık yapmama borcu ile dar anlamda eşit davranma borcu arasındaki ayırt edici unsur, "ayırıcılık temeli"dir. İşverenin ayrımcılık yapmama borcuna aykırılığın ortaya bahsedebilmek için farklı işlem ya da etkinin dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayanması gerekir. İşverenin işçiye uyguladığı farklı işlem, ayrımcılık temeline dayanmasa da ayrımcılık yapmama borcuna aykırılığın ortaya çıkması, ancak sözleşmenin türünden kaynaklanabilir. Zira İş Kanunu m. 5 hükmünde ayrımcılık yasakları düzenlenirken maddenin ikinci fıkrası ile belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi çalışan işçilere sözleşme türleri nedeniyle ayrımcılık da yasaklanmıştır. Söz konusu fıkra göre, "İşveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz."

III. Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanma Koşulları

İş ilişkisinde ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanunu m. 5 hükmünün 6. fıkrasında yasağa aykırılığın yaptırımı "ayırıcılık tazminatı" olarak düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra göre, "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."

Ayrımcılık tazminatı, İş Kanunu m. 5/1 hük-

Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı' (2021) 2(69) Çalışma ve Toplum 859, 888-889. Hükmün eleştirisi için bkz Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin 2008) 64; Nazlı (n 1) 573-574.

5 Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkara (n 4) 454; Kübra Doğan Yenisey, 'İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı' (2006) 4(11) Çalışma ve Toplum 63, 66; Yıldız (n 4) 64-65; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' iç S Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 425, 429; Aykaç (n 4) 52; Ünal (n 1) 104; Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesi' (2014) 19 (1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1, 8; Ugan Çatalkaya (n 4) 864; krş. Süzek (n 4) 469.



Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmıcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)

mündeki genel ve onu izleyen özel kurallarla yasaklanan ayırmıcılığın yaptırımı olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda; ayırmıcılık temellerine dayalı doğrudan veya dolaylı ayırmıcılıkta (m. 5/1,3,4,5) ve belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ayırmıcılık yapılmasında (m. 5/2) işçi ayırmıcılık tazminatına hak kazanacaktır⁶.

İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu ise yukarıda izah edildiği üzere İş Kanunu m. 5 hükmünde düzenlenmediğinden bu borcuna aykırılık halinde de aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan ayırmıcılık tazminatına hak kazanılamaz⁷. Salt madde başlığının “Eşit davranma ilkesi” olduğundan hareketle aksi sonuca varılamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar maddenin başlığı ve gerekçesi⁸, maddede dar anlamda eşit davranma

borcunun düzenlendiği izlenimi yaratsa da maddenin lafzı tereddüde yer bırakmayacak kadar açıktır.

Belirtelim ki doktrinde diğer görüş, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde kanun boşluğunun hâkim tarafından doldurulması suretiyle ayırmıcılık tazminatına hükmedilebileceğini savunmaktadır⁹. Bazı yazarlar ise aynı sonuca adalet ve hakkaniyet gereği ulaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁰. Bu sonuç, kanaatimizce, ancak İş Kanunu m. 5 hükmünün dar anlamda eşit davranma borcunu da kapsayacak şekilde değiştirilmesi ile uygulanabilir¹¹.

Yargıtay’ın son yıllardaki yaklaşımı da görüşümüz yönündedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 14.01.2021 tarihinde verdiği bir kararda¹² belirtildiği üzere, “*Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenen ayırmıcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Davacı işçi bu madde kap[s]amında değerlendirilebilecek bir sebebe dayalı olarak kendisine ayırmıcılık yapıldığını yöntemince ve yeterli delillerle ispatlayamamıştır. Dolayısıyla, salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayırmıcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. (Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 12.11.2018 tarih 2015/26907 esas ve 2018/20333 karar sayılı ilamı; Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesi’nin*

6 Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Başkan, *Bireysel İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 80, a87-88; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, On İki Levha 2020), 277; Gülsevil Alpagut, ‘Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi’ iç T Canbolat (ed), *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan* (Beta 2010) 25, 43; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (1. Bası, Seçkin 2020), 211; Ünal (n 1) 432; Ahmet Sevimli, *4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (Beta 2019) 78; Yarg. 9. HD, 14.03.2011, E. 2010/26763, K. 2011/6748, Çalışma ve Toplum, 2011/4; Sözek (n 4) 493-494; Sözek, İş Kanunu m. 5/2 hükmü uyarınca belirli süreli ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere farklı işlemi dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirmekte olup aynı maddenin 6. fıkrasında ayırmıcılık tazminatı düzenlenirken “yukarıdaki fıkra hükümleri” ifadesine yer verilmesi nedeniyle, bu halde de ayırmıcılık tazminatına hak kazanılacağını ileri sürmüştür.

7 Ünal (n 1) 433; işverenin ayırmıcılık temellerine dayanamaksızın bazı işçilere ücret ödemesi yapmaması veya eksik ödeme yapmasının ayırmıcılık oluşturmadığını ifade eden Ekmekçi ve Yiğit, eşit davranma borcuna aykırılık da olmadığını, konunun ücret ödeme borcuna aykırılık olduğunu ifade etmiştir, Ekmekçi ve Yiğit (n 6) 280.

8 Gerekçeye göre, “İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır...İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşme-

lerinde eşit davranılmasına, arkadan cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği’nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir.”, İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:1, S.Sayı: 73.

9 Yıldız (n 4) 329; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları (7. Bası, Seçkin 2019) 101; Ulaş Baysal, ‘İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması’ (2010) 7(25) Legal IHS GHD 59, 76.

10 Ertürk ve Gürsel (n 5) 449.

11 Ünal (n 1) 103.

12 Yarg. 9 HD, E. 2018/7135 K. 2021/920, 14.01.2021.



03.07.2019 tarih 2017/23268 esas ve 2019/14998 karar sayılı ilamı) Hal böyle olunca; İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminata karar verilmesi kanuna açık aykırılık hali oluşturduğundan temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir."

Özel Dairenin benzer değerlendirmelere yer verdiği 26.01.2021¹³ ve 17.03.2021¹⁴ tarihli kararlarında belirtildiği üzere; "4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır.". Dolayısıyla da örneğin 26.01.2021 tarihli kararda, davalı işveren tarafından davacının harcırah, kira, ücret, yemek yardımının eksik yapılmamasının nedeni olarak davacının dil, ırk, cinsiyet ya da siyasal düşüncesinden dolayı yapılmış ayrımcılığı ortaya koyan bir saptama bulunmadığı için davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü isabetsiz bulunarak bozma kararı verilmiştir.

Yüksek Mahkemenin başka kararlarında da ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için ayrımcılığın dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayanması gerektiği belirtildikten sonra başka işçilere nazaran olumsuz işlem iddiasına rağmen bu işlemlerin ayrımcılık temeline dayandığı iddia ve ispatı söz konusu değil ise ayrımcılık tazminatına hak kazanılamayacağı belirtilmiştir. Bahsedilen kararlara göre, "dosya kapsamında davacıya dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplerle ayrımcılık yapıldığına dair delil de bulunmamaktadır. Dava dilekçesinde, davacıya fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti alacakları ödenmezken başka işçilere ödendiği, maaşları geç ödenirken başka işçilere zamanında ödendiği, 01/09/2014 öncesinde başkaları hafta tatili kullanırken davacının kullanmadığı, izne ihtiyacı olun-

ca yıllık izninden düştüğü..., başka işçilere zam yapıldığı, davacıya yapılmadığı yönünde iddialar m[e]vcut ise de dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere davacıya eşitsiz davranıldığına dair bir iddia da mevcut değildir. Neticeten, ayrımcılık tazminatı talebinin sübut bulmadığından tamamen reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır."¹⁵.

Özel Dairenin 09.12.2020¹⁶ ve 15.02.2021¹⁷ tarihlerinde verdiği kararlarda da benzer bir yaklaşımla, "Yapılan yargılamada, davacıya emsallerinden daha düşük ücret ödenmesinin; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayandığının iddia ve ispat edilememesi karşısında davacının şartları bulunmayan ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurulmuştur¹⁸.

İnceleme konusu kararımız ise, bu kararlar ile çalışmaktadır. Aynı Daire tarafından 05.10.2020 tarihinde yani bu kararlardan önce verilen inceleme konusu kararda, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlanamamasına rağmen işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna değinilerek ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır. Hukuki bir dayanakta yoksun olan bu karar, isabet taşımamaktadır. Nitekim doktrinde de önceki içtihatlarından farklılaşan Yargıtay'ın bu kararı ile görüşünü mü değiştirdiği sorgulanmıştır. Ugan Çatalkaya tarafından karar metninden açıkça anlaşılama-

13 Yarg. 9 HD, E. 2020/4817 K. 2021/2405, 26.01.2021.

14 Yarg. 9. HD, E. 2020/9093 K. 2021/6337, 17.03.2021.

15 Yarg. 9. HD, E. 2017/17933 K. 2021/184, 11.01.2021; Yarg. 9. HD, E. 2017/17932 K. 2021/183, 11.01.2021; Yarg. 9. HD, E. 2017/18432 K. 2021/186, 11.01.2021.

16 Yarg. 9. HD, E. 2016/34268 K. 2020/17873, 09.12.2020.

17 Yarg. 9. HD, E. 2020/7393 K. 2021/3768, 15.02.2021.

18 Bursa Bölge Adliye Mahkemesinin benzer yönde kararlarına göre; "Somut uyuşmazlıkta; (emsal Yargıtay 9.H.D'nin 24/03/2020 tarih, 2019/8034 E., 2020/4426 K.) ücret alacaklarının muvazaaya dayalı olarak eksik ödenmesinin, fazla mesai yaptırılmaması, erzak yardımının ödenmemesinin 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 de yerindedir." Bursa 3. BAM, E. 2019/2091 K. 2020/1944, 05.11.2020; Bursa 3. BAM, E. 2019/2090 K. 2020/1945, 05.11.2020.



Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayırmıcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)

yan ve somut uyuşmazlığa özgü bir durum olabileceğine işaret edilmiştir¹⁹.

Aynı Dairenin daha sonra verdiği kararlarında Yargıtay'ın yerleşik hale gelen içtihadı olarak nitelendirilen kararlarına atıf yapılarak ayırmıcılık tazminatına hak kazanmak için işverenin ayırmıcılık yapmama borcuna aykırılığının aranması karşısında, inceleme konumuz karar ile görüş değişikliğine gidilmediği ve "kaçak" bir kararın söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu karar, karar metni ile sınırlı olarak incelendiğinde, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları arasında ayrık kalmış olup eleştiriye açıktır.

Bu tespitimizi destekleyen bir başka karar, inceleme konusu kararımızdan sadece bir gün sonra verilmiştir. Özel Dairenin 06.10.2020 tarihli kararına²⁰ göre, "Somut uyuşmazlıkta, ücret alacaklarının muvazaaya dayalı olarak eksik ödenmesinin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı olduğunun iddia ve ispat edilemediğinin anlaşılması karşısında şartları oluşmayan ayırmıcılık tazminatının reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."

IV. Sonuç

İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit davranma ilkesi başlığını taşımakla birlikte maddede işverenin dar (genel) anlamda eşit davranma borcu düzenlenmemiş; maddede sayılan temellere dayalı ve benzeri sebeplerle ayırım yapmama borcu ile belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli sözleşme türlerine dayalı ayırım yapmama borcu düzenlenmiştir. Maddenin lafzı tereddüde yer bırakmayacak kadar açık olup, ayırmıcılık tazminatını düzenleyen altıncı fıkrada açıkça "yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında" ifadelerine yer verilmiştir.

Yargıtay da İş Kanunu m. 5 hükmüne ilişkin yerleşik kararlarında bu esaslardan hareketle işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık hallerinde ayırmıcılık tazminatına hük-

medilemeyeceğine karar vermiştir. Yasal durum ve yerleşik içtihat bu şekilde iken, Yüksek Mahkeme'nin inceleme konusu yaptığımız kararında kullandığı ifadeler bu içtihattan dönüldüğü izlenimi yaratsa da daha sonra verilen kararlarda önceki içtihadın sürdürüldüğü görülmekte, inceleme konusu kararın "ayrık" bir karar olabileceği değerlendirilmektedir. Yasal düzenlemenin açıklığı karşısında, farklı muamelenin bir ayırmıcılık temeline dayanmadığının açıkça belirtildiği kararda ayırmıcılık tazminatına hükmedilmiş olmasının isabet taşımadığı ve daha sonra verilen kararlarda yerleşik içtihadın sürdürülmesinin isabetli olduğu kanısındayız.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E., Bireysel İş Hukuku Dersleri (1. Bası, Seçkin 2020).
- Alpagut G., 'Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi', T. Canbolat (ed), Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan (Beta 2010).
- Aykaç H.B., 'Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması', T. Centel (ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II (On İki Levha 2016) 47-133.
- Baysal U., 'İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması' (2010) 7 (25) Legal İHSGHD 59-100.
- Çelik N., Caniklioğlu N., Canbolat T. ve Özkaraça E., İş Hukuku Dersleri (34. Bası, Beta 2021).
- Doğan Yenisey K., 'İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı' (2006) 4(11) Çalışma ve Toplum 63-82.
- Ekmekçi Ö. ve Yiğit E., Bireysel İş Hukuku Dersleri (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Ertürk Ş. ve Gürsel İ., 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi', S. Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan (Beta 2011) 425-458.
- Ertürk Ş., İş İlişkisinde Temel Haklar (Seçkin 2002).
- Eyrenci Ö., Taşkent S., Ulucan D. ve Baskan E., Bireysel İş Hukuku (10. Bası, Beta 2021).

¹⁹ Ugan Çatalkaya (n 4) 890.

²⁰ Yarg. 9. HD, E.2016/24252 K. 2020/10625, 06.10.2020.



- Gülmez M., 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2 (25) Çalışma ve Toplum 217-266.
- Kandemir M. ve Yardımcıoğlu D., 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesi' (2014) 19 (1) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1-44.
- Nazlı S., 'İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler' (2016) 74 (Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan) 571-586.
- Okur Z., 'İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı' (2016) 74 (Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası Dergisi (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), 587-600.
- Sevimli A., 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (Beta 2019).
- Sümer H. H., İş Hukuku Uygulamaları (7. Bası, Seçkin 2019).
- Süzek S., İş Hukuku (21. Bası, Beta 2021).
- Ugan Çatalkaya D., 'İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık' (2021) 2 (69) Çalışma ve Toplum 859-898.
- Ulucan D., 'Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık' (2013) 5 (Özel Sayı) DEÜHFD 369-384.
- Ünal C., İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı (On İki Levha 2018).
- Yıldız G.B., İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin 2008).