

İŞ KANUNU'NDA DÜZENLENEN EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE UYGULAMA SORUNLARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Yard. Doç. Dr. Seçkin Nazlı*

I. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcunun Hukuki Temeli

Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümüdür. İş hukukunda eşit davranma ilkesine yönelik olarak işverenin eşit işlem yapma borcunun hukuki temeli konusunda farklı görüşler mevcuttur¹. Genel olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğünün kaynağına ilişkin kabul gören görüş; hukukun genel ilkelerinden hakkaniyet esasına dayandığıdır². İş hukukunda eşitlik ilkesinin işveren tarafından gözetilmesi ile aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir neden olmaksızın farklı davranılması engellenerek bu sayede eşitlik ilkesinin işyerinde adaletin gerçekleşmesine katkısının sağlanması hedeflenmektedir. Eşitlik ilkesinin teminine hizmet eden yönüyle hakkaniyet “adaletin özel bir uzantısı”³ olarak kabul edilmekte ve hakkaniyete uygun davranışlar sergileyen işverenin hukuki işlemlerinde gözetmesi gereken temel ilkenin de eşitlik olduğu kabul edilmektedir⁴.

4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile eşit davranma ilkesi Anayasanın 10. maddesinde⁵ düzenlenen eşitlik ilkesinden başka bir yasal dayanağa sahip olmuştur. Kanunun 5. madde düzenlenmesi;

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şükran ERTÜRK, İş İlişkinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 96-99; Gaye Burcu YILDIZ, Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.60; Ertuğrul YUVALI, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012, s. 34-39.

² Sarper SÜZEK, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008, Yıl 3, Sayı 12, s. 24; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2014, s. 453; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınevi, Temmuz 2013, s. 193; Öner EYRENCİ & Savaş TAŞKENT & Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 151; YILDIZ, s. 60; YUVALI, s. 34.

³ SÜZEK, Eşit Davranma Borcu, s. 26.

⁴ EYRENCİ & TAŞKENT & ULUCAN, s. 152.

⁵ X. Kanun önünde eşitlik

MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

“İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, 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 kilmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

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

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

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

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

İş Kanunu düzenlemesi üst başlığı eşit davranma ilkesi olarak tespit edilmiştir. Madde düzenlemesi ile işverenlerin çalışanları arasında farklılık yaratmayan ve keyfi nitelik taşımayan bir eşitliğin temini öngörülmüştür. Eşit davranma ilkesinin düzenlenmesi ile eşit davranma yükümlülüğü kapsamında işverenlerin takdir hakkı sınırlandırılmıştır. Düzenleme üst başlığında her ne kadar eşit davranma ilkesi tercih edilmiş olsa da hükmün içeriği itibarı ile üst başlığında belirtildiği gibi eşit davranma ilkesini temine yönelik hükümlerden daha çok, belirli nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasaklarına ilişkin olarak düzenlendiği kabul edilmektedir⁶. Madde içeriği esas itibarıyla maddede belirtilen nedenlere dayalı olarak ayrımcılık yapma yasağına ilişkindir. İş Kanunu'nun 5. madde 2. fıkra düzenlemesi işverenin esaslı nedenler olmadıkça iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak farklı işlem yapamayacağı düzenlenmiş, bu fıkra dışında işverenin esaslı nedenler olmaksızın keyfi işlemler yapamayacağına dair başkaca bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu hali ile 4857 sayılı İş Kanu-

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) 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 tanınamaz.

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

⁶ Kübra DOĞAN YENİSEY, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 2006/4, YILDIZ, s. 63 vd.; YUVALI, s. 45; SÜZEK, İş Hukuku, s. 455; Polat SOYER, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 53; Gülsevil ALPAGUT, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012, s. 46.

nu'nun 5. madde düzenlemesinin Anayasanın 10. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık yasağı ile genel olarak eşit işlem yapma borcunu kapsar biçimde düzenlendiği tespitini yapmak güçtür. Maddenin somut hali işverenin eşit davranma borcunun sınırlarının tespiti bakımından güçlükler arz etmektedir. Sadece madde içerisinde düzenlenenlere sınırlı anlam verilerek ayrımcılık yapma yasağının belirtilenlerden ibaret olduğunu kabul etmek dışında, düzenlemenin genel anlamda işverenlerin eşit davranma borcuna karşılık yaptırımların da hukuki temeli olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu özel olarak değerlendirilmelidir.

DOĞAN YENİSEY, ayrımcılık yasaklarına ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemelerin mevcudiyetine rağmen, hukukumuzda işverenin "dar anlamda eşit davranma borcuna"⁷ ilişkin yasal bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmektedir⁸. YILDIZ, Anayasanın 10. madde düzenlemesinin işverenin eşit davranma borcunun hukuki temeli olarak kabul edilmesi gerektiğini, yapılacak yasal düzenleme ile İş Kanunu 5. maddesinin eşit davranma ilkesinin hukuki temelini açık biçimde teşkil edici şekilde düzenlenmesine kadar işverenin ayrımcılık yasağı dışında kalan eşit işlem yapma borcunun hukuki dayanağının Anayasada yeralan düzenleme olduğunu belirtmektedir⁹. SÜZEK genel hükümlerden bahisle işverenin eşit davranma borcunun varlığının ileri sürülebilecek olduğunu belirtmekle beraber hukukumuzda eşitlik ilkesinin pozitif hukukta karşılığının bulunduğunu belirtmektedir. İş Kanunu 5. maddesinin işverenin ayırım yapma yasağını düzenlediğini, Anayasanın 10. madde düzenlemesinin ise işverenin hem ayırım yapma yasağının, hem de eşit davranma borcunun hukuki temelini teşkil ettiği görüşündedir¹⁰.

Madde gerekçesinde; işverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma borcu altında olduğu, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü bulunduğu vurgulanmıştır. Konunun çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girdiği ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer aldığı tespitlerine madde gerekçesinde yer verilmiştir. Bu sap-

⁷ DOĞAN YENİSEY, işverenin genel anlamda işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğünü dar anlamda eşit davranma borcu olarak nitelendirerek, kavramı ayrımcılık yasaklarından ayırmıştır. İki kavram arasındaki farkı tespiti aşamasında dar anlamda eşit davranma borcunun işverenin yönetim hakkı ile ilişkisini, ayrımcılık yasaklarında ise hakkın temel hak ve özgürlüklerle ilişkisine vurgu yapmaktadır (DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 66); Aynı yönde YILDIZ, s. 64; SÜZEK, *Eşit Davranma*, s. 26; ÇELİK, işverenin eşit davranma borcunun hukuki kaynağını Anayasadaki eşitlik ilkesi (m.10) ile İş Kanunundaki eşit davranma ilkesinin (m. 5) oluşturduğunu belirtmektedir (ÇELİK, s. 193)

⁸ DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 68; Aynı yönde Şükran ERTÜRK & İlke GÜRSEL, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s.434.

⁹ YILDIZ, s. 65; ERTÜRK & GÜRSEL, maddenin lafzına sıkı sıkı bağlı kalınması halinde işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemeyeceğini belirtmektedir. Ancak adalet ve hakkaniyet gereği işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek biçimde davranması halinde dahi İş Kanunu 5. maddesi 6. fıkrasında düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatının talep edebileceği görüşündedir (ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448-449).

¹⁰ SÜZEK, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 26; YUVALI, s. 47; SÜZEK, işverence eşit davranma borcunun ihlal edilmesi halinde işçi dört aya kadar ücreti tutarında uygun tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği görüşündedir. (Süzek, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 34).

tamaları takiben madde gerekçesinde işverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulduğunu belirtmektedir. Madde gerekçesi işverenin eşit davranma borcunun hukuki dayanağı olarak Anayasa düzenlemesine vurgu yapmaktadır.

II. İş Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem Yapma Borcunun Sınırı

İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcu; ancak iş ilişkisinin kurulması takiben ortaya çıkan ve temel olarak işverenin aynı veya benzer durumda bulunan işçileri farklı işleme tabi tutma ve ayrımcılık tanıma şeklinde somutlaşacak keyfi uygulamalardan alıkoymayı amaçlayan bir borçtur. Ayrımcılık yasağı daha geniş bir anlama sahiptir. İş ilişkisi kurulmadan önce daha işe alma aşamasından başlamak üzere iş sözleşmesinin sona ermesine kadar her aşamada karşılaşılabilecek bir durumdur. Ayrımcılık yasağının koruması, daha çok işverenin işçinin değiştiremeyeceği ya da değiştirmesi kendisinden beklenmeyeceği özelliklerinin korunması anlamına gelecek şekilde genştirir¹¹. İşverenin işçiyi diğer işçilere nazaran kötü bir davranışa muhatap bırakması ihtimalinde ayrımcılık yasağına karşılık hukuki koruma devreye girecektir.

Anayasanın 10. maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesi işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olarak varlığı kabul edilen eşit davranma ilkesinin temelini teşkil etmektedir. İş hukukunda ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile açık biçimde düzenlenen eşit davranma ilkesi, işverenlerin iş ilişkisinin devamı esnasındaki ayrımcılık içeren davranışları ile eşit davranma borcuna aykırı davranışlarına karşı hukuki koruma sağlamaktadır. İşverenin işçiye karşı iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından bir tanesi olarak eşit davranma borcu, işverenin haklı nedenler mevcut olmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haksız ayrımda bulunmaması; haklı nedenlerin mevcut olması halindeyse işverenin ayrımda bulunmasını, farklı davranmasını gerektiren bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir¹².

III. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Yasal Düzenlemenin Uygulama Koşulları

Kanun maddesinin kabulü ile iş hukukunda hukuki temele sahip kılınan eşit davranma ilkesinin düzenlenmesinden sonra yargı içtihatları maddenin uygulama koşullarını belirlemiştir. Buna göre Yargıtay ilamlarında "*Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir*" saptamalarına yer verilmiştir¹³. Gerek öğreti gerek Yüksek Mahkeme içtihatlarında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5.

¹¹ Kübra DOĞAN YENİSEY, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 7, Yıl 2005, s. 976-977.

¹² DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 66; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 428; Hamdi MOLLAHAMUTOĞLU & Muhittin ASTARLI & Ulaş BAYSAL, *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 722-723; YILDIZ, s. 65-66; YUVALI, s.52.

¹³ Yarg. 9. HD., 01.04.2013, E. 2011/276, K. 2013/10657; Yarg. 9. HD., 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/46440; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096.

maddesine dayalı taleplerin değerlendirilebilmesi için birincil koşul eşit davranma borcunun doğumu için işçilerin aynı işverene bağlı olarak aynı işyerinde çalışıyor olmaları koşulunu sağlamalarıdır¹⁴. Bu koşulun dışında eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığının belirlenebilmesi için yapılacak karşılaştırma işyerinde çalışan en az iki işçiye ihtiyaç duyulmaktadır. Öğreti ve yargı kararlarında ayrıca eşit işlem yapma borcunun ancak işverence işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendiren bir uygulama söz konusu olduğunda doğduğu kabul edilmektedir. Bazı Yargıtay içtihatlarında da kabul edildiği üzere işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, bir veya birkaç işçisine diğerlerinden farklı oranda haklar tanınması ya da ücret zammı uygulaması eşit işlem yapma borcu açısından değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır. Böyle bir durumda bazı işçilerin daha iyi duruma getirilmiş olması diğerlerini kötü duruma düşürme anlamına gelmemektedir. Bu durumda işverenin kolektif nitelikte bir işlemi değil bireysel alanda gerçekleşen, bazı işçilerin iş sözleşmelerini etkileyen, sözleşme serbestliği ilkesine uygun bir işleminin bulunduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin her durumda mutlak bir eşit davranma borcunu düzenlemediğini, eşit davranma borcunun tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi anlamına gelmediğini, işverence işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemeyeceğini de vurgulamaktadır¹⁵. İşverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır¹⁶.

Yargıtay, işçilere verilecek ücretin tespitinde kıdemin belirleyici unsur olarak kullanılmasını engelleyen yasal bir engel bulunmadığından sırf bu sebeple işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği gerekçesine dayanılmasını hatalı bulmuştur¹⁷. Yargıtay'ın bu kararı işverenin işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden aradığı nesnel nedenlerin varlığı koşuluna uygundur. Öğretilerde işçinin kıdemi, eğitim derecesi gibi objektif özelliklerin yanında çalışkanlığı, liyakati, yeteneği gibi sübjektif özelliklerin dahi farklı işlem yapılmasını, somut olayın özelliğine göre haklı kılablecek bazı unsurlar olarak kabul etmiştir¹⁸. Eşitlik ilkesi, herkese her durumda aynı hakların verilmesi ola-

¹⁴ "İşverenin eşit davranma borcu aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmeyle nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret olup somut olayda işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmamakla davanın reddi gerekir." Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E 2008/27309, K. 2008/22094.

¹⁵ Yarg. 9. HD., 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939; Yarg. 9. HD., 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/46440.

¹⁶ "Ancak 01.10.2005 tarihine kadar aynı birimde çalışan emsalleri ile farklı prim uygulamasının geçerli bir gerekçesi işverence açıklanmış ve ispatlanmış değildir. Dosya içinde yer alan ödeme belgeleri dikkate alındığında davacının emsalleri olan işçilerden 2005 yılı ile sınırlı olmak üzere Ekim ayına kadar aynı unvan ve görevde çalıştığı ve performans notu benzer olan işçilere göre prim farkı hesaplanmalı ve istek doğrultusunda karar verilmelidir." Yarg. 9. HD., 26.06.2012, E. 2010/2626, K. 2012/24435; Yarg. 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096; Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E 2008/27309, K. 2008/22094.

¹⁷ Bkz. Yarg. 9. HD., 12.05.2011, E. 2010/39684, K. 2011/14489.

¹⁸ DOĞAN YENİSEY, *Ayrımcılık Yasağı*, s. 67; SÜZEK, *Eşit Davranma*, s. 27; SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 456; YILDIZ, s. 66; YUVALI, s. 52; NARMANLIOĞLU, s. 327-328; EYRENCİ & TAŞKENT & ULUCAN, s. 154; Bkz. aynı yönde tespitler içeren Yarg. 9. HD., 02.02.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939 sayılı ilamı.

rak algılandığı takdirde, işveren tarafından herkesi içeren, ancak kötüde eşitleme anlamını taşıyan uygulamaların da hukuka uygun olarak kabul edilmesi kadar varan bir yoruma olanak sağlanmış olacaktır. Bu nedenle eşit işlem yapma borcu da Yüksek Mahkememiz tarafından isabetli bir şekilde mutlak bir borç olarak algılanmamıştır¹⁹. Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi ile koruma altına alınan eşitlik ilkesinin uygulanmasında, eşit davranma borcunun tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi olarak kabul edilemeyeceğine, ilkenin eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edindiğine vurgu yapmaktadır. Bu anlamı ile ilkenin hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet ettiğini isabetle belirtmiştir²⁰. Aksinin kabulü çalışan haklarının kötüde birleşmesi sonucunu ortaya çıkartabilecektir. Anayasa'nın 10. madde gerekçesinde vurgulandığı üzere eşitlik ilkesinin temelinde insan onuruna saygı bulunduğundan ilkenin hedefinin her zaman iyide eşitlik olduğunun kabulü gerekmektedir²¹. İşverenlerin eşit işlem yapma borcuna aykırılık iddiası sonucunda hukuki yaptırıma uğrama ihtimali nedeniyle başarılı işçisini ödüllendirici nitelikte ek sosyal haklar sunmaktan kaçınması sonucu ortaya çıkabilir. Yargıtay, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kabul edilebilecek kimi işlemlerini ancak kötü niyetli biçimde toplu olarak bir grup çalışmanı kasti olarak haklarından mahrum bırakmak amacıyla gerçekleştirildiği takdirde eşit işlem yapma borcuna aykırı olarak değerlendirmektedir.

Eşit davranma ilkesi aynı görevi gören, aynı statüde bulunan çalışanlar açısından anlam ifade etmektedir²². Eşit davranma yükümlülüğünün emsal görevi gerçekleştirenler arasında aranacağına vurgu yapmaktadır. Farklı görevleri ifa edenler arasında eşit işlem yapma borcuna aykırılığın varlığı ileri sürülemeyecektir. İşverenin bir takım objektif değerlendirmeler sonucu bazı işçilere menfaat (yarar) sağlaması eşit davranmaya aykırılık sayılmayacağı gibi kendilerine ek yararlar sağlanmayan çoğunluğa da bunları talep hakkı vermeyecektir²³. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir²⁴. Yargıtay isabetli bir şekilde eşit davranma ilkesine yönelik olarak sınır-

¹⁹ “Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırımda bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması, haklı nedenler varsa ayırımda bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder. İşverenin, işçileri arasında mutlak bir eşitlik uygulaması zorunda olduğu yönündeki anlayış eşit davranma borcunun anlamı dışında kaldığı gibi bu borca da aykırılık oluşturur.” Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090; Yarg. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/17455, K. 2011/2295; Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096.

²⁰ Yarg. 9. HD., 07.07.2009, E. 2009/25544, K. 2009/20096; Yarg. 9. HD., 14.02.2011, E. 2009/4160, K. 2011/2530; Yarg. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/17455, K. 2011/2295.

²¹ YILDIZ, s. 66.

²² “Aynı statüde bulunmayan işçi ve yöneticiler arasında eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemez. İşverenin eşit davranma borcu aynı gruptakiler arasında keyfi veya hukuken haklı görülmeyle nedenlerle farklı işlem yapma yasağından ibaret olup somut olayda işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranışı söz konusu olmamakla davanın reddi gerekir” Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

²³ Yarg. 9. HD., 25.07.2008, E. 2008/27309, K. 2008/22094.

²⁴ Yarg. 9. HD., 12.02.2008, E. 2007/33247, K. 2008/114.

ları belirlerken işverenin yönetim hakkına yaptığı atfla farklı davranma serbestisinden bahsetmektedir. Yargı içtihatları ile somutlaşan işverenin farklı davranma serbestisi, işçilerin farklı konumlarda olması halinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay işverenin haklı nedenlerin varlığında işçilerini ayırarak farklı davranmasını bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir²⁵. Yargıtay'ın tutumunun gerekçesi olarak işyerinde çalışan tüm işçileri kötüde birleşme riskinden korumak istediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme işverenlerin takdir hakkına vurgu yaparak "...Ancak, kanunun kendisine tanıdığı kimi haklara ilişkin işlemlerinde, işletmenin riskini üzerinde taşımasının karşılığı olarak, işverenin takdir hakkına sahip olup, buna göre hareket etmesi eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilemez." ifadelerine hükmünde yer vermiştir²⁶. Bu durumda Yargıtay'ın işverenin yönetim hakkı çerçevesinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereklerine uygun işlemlerinin 4857 sayılı Kanunu'nun 5. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğine vurgu yaptığı dikkat çekmektedir²⁷. İşverenlerin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçiler arasında sunulan haklarda farklılığa gitmesinin hukuka uygun olduğu içtihatlarla kabul edilmiştir. İşyerinde ücret farklılığı, işverenin yönetim yetkisinden kaynaklanan bir husustur. Her çalışana aynı ücretin verilmesi, statü hukukunun uygulandığı kamu çalışanları için mümkün olabilir, ancak, serbest iradesi ile sözleşme yapan kişilerin aynı ücreti aldığı ileri sürmeleri, serbest piyasa için, hukuken kabul edilebilir bir husus değildir. Ücret değerlendirmesi, tamamen serbest piyasa ve arz-talep dengesi içinde oluşan bir husustur. Bu durumun aksinin ileri sürülmesi, serbest piyasaya yargı müdahalesi anlamını taşıyacaktır. Ücret farklılığını izaha yarar objektif kriterler belirlenebildiği ölçüde çalışanlar arasındaki ücret farklılaşmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir. Bu noktada belirleyici olan husus işverenin keyfi davranmamasıdır. Keyfilik tespiti halinde işverenin eşit davranma ilkesini ihlal edici davranışının varlığı ve bu tespite bağlı olarak 4857

²⁵ Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090.

²⁶ Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090.

²⁷ "Dosya içeriğine göre davalı işyerinde Toplu İş Sözleşmesi ile çalışan ve bir dönem iş ilişkisi kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek tasfiye edilen davacı işçinin 2001 yılında tekrar işe alındığı daha düşük ücretle işe alınıp çalıştırıldığı, bu ücretine Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Yeni işe alınan işçilerin ücretleri ise davacı ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen daha yüksek ücret olarak belirlenmiştir. Davacı yeni alınan işçilere daha yüksek ücret verilmesinin eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu iddia ederek aradaki fark ücretlerin kendisine ödenmesini talep etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yapılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir. Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için ücretini çalışan sendika üyesi emsal işçiye göre daha yüksek kararlaştırması ve ödemesi eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. İşverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle fark alacaklarının reddi gerekmektedir." Yarg. 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090. Yargıtay kararında özellikle talep sahibi ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen yeni işe alınan işçi açısından işyerinde çalışan işçiden daha fazla ücretle çalıştırılmaya başlanması halinde aynı görevi ifa eden aynı nitelikte çalışanın eşit ücreti talep hakkı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay gerekçesinde sözleşme serbestisine vurgu yaparak aynı niteliklere sahip aynı görevi ifa eden çalışanlar açısından dahi ücret farklılığına dayanarak talepte bulunulamayacağına hükmetmiştir.

sayılı Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. İşçinin yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı talep edebileceği yasa maddesinde yaptırımlar olarak belirlenmiştir. Öğretide ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan tazminata ilişkin miktarının tespiti esnasında hakimin gözetmesi gerektiği belirtilen hususlar olarak; olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığı, işçinin işyerindeki iş ve konumu, kıdeminin sayıldığı tespit edilmektedir²⁸. Tazminatın talep edilebilmesi için işverenin ayırım yapmama borcunu ihlal etmesi durumunda müeyyidenin belirlenmiş olması tazminatın talep edilebilmesi bakımından işçinin herhangi bir zararı olmasını gerektirmediği²⁹ gibi işverenin kusuru ile sebebiyet verip vermemesinin de önemi bulunmadığı kabul edilmektedir³⁰. Tarafların anlaşması ile nispi emredici olarak yasa ile belirlenen tazminat miktarları iş sözleşmesi ile veya toplu iş sözleşmesi ile artırılabilir³¹. Madde gerekçesinde tazminata esas ücretin işçinin asıl ücreti olacağı, ücret eklerinin tazminatın hesabına esas ücrete dahil edilmeyeceği özel olarak belirtilmiştir.

IV. Eşit Davranma İlkesine Yönelik Yasal Düzenlemeye Aykırılık Halinde Hakların Dava Yolu İle Korunması, İşçi Taleplerinin Eda Davasına Konu Edilmesi

4857 sayılı İş Kanunu 5. madde düzenlemesi işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranışlarına karşılık hukuki müeyyideyi belirlerken “*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*” düzenlemesini temel olarak düzenlemiştir. Düzenleme işçinin emsal bir durumla karşı karşıya kalması durumunda dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminatı talep edebileceğine ilişkindir. Ayrıca yoksun bırakıldığı haklar var ise bunlar da davada talep konusu yapılabilecektir. İşverenin aynı statüde çalışan işçileri arasında herhangi bir objektif temel bulunmamasına rağmen ücret farklılığına gitmesi ve yargılama esnasında aynı statüde çalışan işçiler arasında farklı ücretlendirme temelinin objektif unsurları belirterek ortaya koyamaması halinde işçi bakımından kanunun 5. maddesinde düzenlenen koruma hükümleri devreye girebilecektir. İşveren işçinin talebi halinde herhangi bir objektif neden olmadığı halde daha düşük ücret ödediği işçisine eksik ödediği ücrete ilişki farkları yoksun kalınan haklar karşılığı olarak ödeme yükümlüsü kabul edilebilecektir. İşçi tarafından işvereni aleyhine açılacak davada mahkemece eşitlik ilkesine aykırılığın tespitine bağlı olarak işçinin yoksun kaldığı haklarının kendisine ödenmesi hüküm altına alınabilecektir. Emsal bir durumda işçinin işverene karşı taleplerinin eda davasına

²⁸ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasası, s. 77; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

²⁹ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasası, s. 77; A. Can TUNCAY, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2007, s. 36; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 330; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

³⁰ NARMANLIOĞLU, s. 330.

³¹ TUNCAY, Eşit Davranma, s. 36; SÜZEK, Eşit Davranma İlkesi, s. 34; ERTÜRK & GÜRSEL, s. 448; SÜZEK, İş Hukuku, s. 468.

konu edileceği kabul edilmelidir. Bu dava sonucunda işçinin, işvereni eşit davranma borcuna aykırı davranmasıyla bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanmaktadır. Eda davasının parasal nitelikli haklarda uygulanabileceği, bu kapsamda eşit davranma borcuna aykırılık haline karşılık gelmek üzere yoksun kalınan hakların talep edilebileceği ancak işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda ise eda davasının açılmayacağı ileri sürülebileceği gibi eda davası sonucunda işverenin bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkum edilebileceğinden hareketle işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda da eda davası açılabileceği görüşleri ileri sürülmektedir³².

Davalar farklı kriterlere göre sınıflandırılabilir. Davaların sınıflandırılmasında en çok kullanılan kriter; mahkemeden talep edilen hukuki korunmaya ilişkin olandır. Davalar, mahkemeden istenen hukuki korunmanın türüne göre; eda davaları, tespit davaları, inşai davalar olarak sınıflandırılmaktadır. Eda davasında, davacı davalının bir işi yapmaya, bir şey vermeye veya bir işi yapmamaya mahkum edilmesini talep etmektedir³³. Davalının, davacının istediği edaya mahkum edilebilmesi için, öncelikle dava konusu hakkın veya hukuki ilişkinin tespit edilmesi gerekir. Mahkeme, incelemesinin ardından davacının iddia ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı kanaatine vardığı takdirde, davalıyı, davacıya belirli bir edada bulunmaya mahkum eder. Eda davasının kabulü halinde verilen hüküm öncelikle davacının dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin var olduğunun tespitini içerir. Ayrıca hüküm davacının istediği edanın yerine getirilmesi konusunda davalıya yöneltilmiş bir emri ihtiva eder. Her eda hükmü, eda emrinden başka mutlak olarak dava konusu hak veya hukuki ilişkinin tespitini de kapsar³⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayalı olarak işçi tarafından açılacak ayrımcılığın tespiti ve yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte ayrımcılık tazminatına yönelik olarak taleplerine ilişkin görülecek davanın, eda davasına ilişkin belirttiğimiz özellikler dikkate alındığında eda davası olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

³² A. Can TUNCAY, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul, 1982, s.221; ONARAN YÜKSEL, işverenin hukuka aykırı davranışı sonucunda ayrımcı davranışın tespiti ile yetinileceği, iş hukukuna özgü ilkelerin, işverenin iradesi yerine geçerek hüküm tesisine imkan vermeyeceği görüşündedir (Melek ONARAN YÜKSEL, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 342- 343; Aynı yönde YILDIZ, s. 322; Aksi yönde ERTÜRK, kadın işçi için uygulanmayan mesleki terfinin İş Kanununun 5. maddesi kapsamında yoksun kalınan haklar içerisinde kabul edilerek talep edilebileceği görüşündedir. Bkz. Şükran ERTÜRK, *Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği*, Ankara, 2008, s. 171) ONARAN YÜKSEL, emsal bir durumda cinsiyeti nedeniyle terfi ettirilmeyerek ayrımcılığa uğrayan kadın işçinin işverenin, eşit davranma ilkesine aykırı davranması nedeniyle zararını talep edebileceği, bu kapsamda terfi yapılması halinde hak kazanacağı ücreti istemesinin düşünülebileceği kanaatindeyiz (ONARAN YÜKSEL, s. 343); YILDIZ, işverenin yönetim hakkını kullanırken işçiler arasında eşit davranma ilkesine uygun davranmaması durumunda işçinin eda davası açarak ayrımcılığın mevcut olmaması durumunda elde edeceği menfaatleri talep edebileceği görüşündedir (YILDIZ, s. 321).

³³ Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 s. 1405; Hakan PEKCANİTEZ & Oğuz ATALAY & Muhammet ÖZEKES, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 12. Bası, 2011, s. 299.

³⁴ KURU, s. 1407; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 300.

Dava sonucunda verilecek kararların sadece mevcut hukuki durumu tespit etmekle kalmayıp, bunun ötesinde, bu hukuki durumun mahkemece değiştirilmesi veya kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun kurulmasına yönelik taleplere ilişkin olması halinde inşai dava söz konusu olmaktadır³⁵. 4857 sayılı Kanununun 5. maddesine dayalı olarak açılan dava sonucunda verilen hüküm bir hukuki münasebetin kurulmasına değil, geçmiş çalışılan dönemde mevcut hukuki ilişkiden doğan yoksun bırakılan haklara yönelik talebe ilişkindir. Bu nedenle ücret ya da ikramiye vb. gibi işverence ödenmeyen işçilik alacaklarına ilişkin tespit ve tahsiline yönelik olarak 4857 sayılı Kanununun 5. maddesinde düzenlemesine dayanılarak açılacak davanın inşai dava olarak kabulü olanaklı gözükmemektedir. Kaldı ki inşai dava bakımından davanın mahkemece kabulü için, davacının inşai hakka sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. İnşai hakkın gerçekten varolması ve hukuki uyumsuzluğun doğrudan bu hakla ilgili olması şarttır³⁶. İşverenin eşit davranma yükümlülüğünün karşısında işçinin işvereninden diğer işçilerle kendisi arasında eşit davranmasına yönelik olarak talepte bulunma hakkının varolduğu kabul edilebilir. Ancak bu hakkın nitelik bakımından yenilik doğuran hak kategorisinden kabulü mümkün değildir. Belirttiğimiz talep hakkının kullanımı, işçinin tek taraflı irade açıklaması ile işvereni arasındaki hukuki ilişkiyi değiştirme veya ortadan kaldırma gibi yenilik doğuran haklara özgü sonuçları doğurmaya yetmeyecektir. Bu nedenle işçinin sahip olduğu talep hakkının inşai hak niteliği bulunmamakta, bu durum 4857 sayılı Kanununun 5. maddesine dayalı olarak açılan davanın inşai dava olma niteliğine sahip olmaması sonucunu ortaya çıkartmaktadır.

V. Eşit Davranma İlkesine İlişkin Dava Yolunun Kullanımı Sonrasında Ortaya Çıkması Muhtemel Hukuki Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler

A. İş Kanunu'nun 5. Madde Düzenlemesi Doğrultusunda Eşit İşe Eşit Ücret Prensibine Aykırılığın Tespitine Bağlı Olarak Fark Alacaklarına Hükmedilmesine İlişkin Kesin Hükümün İşçinin Aylık Ücretinin Miktarının Tespitine Etkisi

İş Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında işverenin eşit işe eşit ücret prensibine riayet etmediği ve eşit davranma ilkesini ihlal ettiğini tespit ettiren, fark alacaklarını eda davasına konu ettiği talepleri ile hüküm altına aldırılan işçi bakımından değerlendirilmesi gereken önemli bir hukuki mesele işçinin yargılamayı takiben halen aynı işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde aylık ücretinin miktarının tespiti meselesidir. Mahkemece işçinin emsal işçiye nazaran daha düşük ücretle çalıştığını beyan ettiği ve yoksun kaldığı haklar bakımından fark ücret alacaklarını hüküm altına aldırıldığı davada, mahkemenin yargılama esnasında tespit ettiği konulardan bir tanesini, işçinin işyerinde gördüğü iş ve pozisyonuna göre alması gereken ücret oluşturmaktadır. İşçi taleplerinin hukuka uygun görülmesinin bir sonucu, işverenin işçisine çalışma karşılığında ödemekte olduğu aylık ücretinin emsal işçiye göre daha düşük belirlendiğinin tespiti olacaktır. İşçinin işverenine karşı açmış olduğu eda davasının 4857 sayılı Kanununun 5. maddesi kapsamında ortaya çıkarttığı en önemli sonuç davanın kabulü halinde verilen hükümün tespit bölümünün, bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye (aynı dava sebebine) dayanıla-

³⁵ Ergun ÖNEN, İnşai Dava, Olgaç Matbaası, 1981, s. 36; KURU, s. 1468; PEKCANITEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 309.

³⁶ ÖNEN, s. 57.

arak açılacak ikinci davada kesin delil teşkil etmesidir. Mahkemece işveren tarafından eşitlik ilkesine aykırı biçimde, somut örnekte olduğu gibi herhangi bir objektif neden bulunmaksızın farklı ücret takdir edilmesi ihtimalinde, mahkemece farklılığın objektif temelini bulunmadığı ve işçinin alması gereken ücretin emsal işçilere tahakkuk ettirilen yüksek ücret olduğunun tespit edilmiş olması halinde bu durum artık taraflar arasında açılacak aynı hukuki sebebe dayalı davalar bakımından kesin delil teşkil edecektir. KURU, eda davasının kabulü halinde verilen olumlu hükmün tespit bölümün, bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye dayanarak açılan ikinci davada kesin delil teşkil edeceğini belirtmektedir³⁷. Davanın açılmasından sonra işçinin eşit davranma ilkesine aykırı işveren davranışını ispat sürecinde emsal gösterdiği işçinin işten ayrılması ihtimalinde dahi artık işverenin aynı işçi tarafından açılacak ikinci bir davada eşit davranma ilkesine aykırı davranışı bulunmadığı, işçi taleplerine dayanak emsal işçi çalışmadığı savunmasını yapamayacaktır. Mahkeme ilamı ile tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ücrete işçi lehine yargı müdahalesi gerçekleşmiş ve işçinin çalışmasını sürdürmesi halinde işvereninden talep edeceği ücret miktarı belirlenmiş olmaktadır. İşçinin ücretinde dava sonrasında yapılacak değişikliklerin 4857 sayılı Kanununun 22. maddesinde belirlenen usule uyularak gerçekleştirilmesi gerekecektir. Tarafların 4857 sayılı Kanununun 22. maddesi koşullarına uygun biçimde çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde ücrete ilişkin ileriye etkili olarak yapacakları değişiklikler hukuken geçerli kabul edilecektir. Belirttiğimiz sonuca 4857 sayılı Kanunun 5. maddesinin düzenlenme amacından hareketle de varılmalıdır. İşverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışını yaptırma bağlamak dışında düzenlemenin asıl maksadının aykırı davranışı sona erdirmek, işçinin emsal işçi ile eşit muamele görmesinin sağlanmasıdır. 4857 sayılı Kanununun 5. maddesi hükmüne sadece dava konusu dönemle sınırlı anlam vermek, işverenin emsal davranışlarının (işverenin işçisine farklı ve düşük ücret vermek konusunda ısrarı) tekrarı ihtimalinde, işverenin hukuka aykırı davranışının korunması anlamına gelecektir. İşçinin çalışmaya devam etmesi halinde mahkemece tespit edilmiş ücreti işvereninden talep edemeyeceği değerlendirmesini yapmak işçinin korunması ilkesi ile ve hükmün konuluş amacı ile bağdaşmayacak sonuç yaratacaktır. Bu nedenle görülen davada işçinin hakkı olarak tespit edilen ücrete ilişkin tespit hükmünün işçi açısından kazanılmış hak olarak kabulü ile tespit edilen ücret miktarından geriye gidişinin ancak işçinin yazılı onayı ile mümkün olabileceğinin kabulünün gerektiği kanaatindeyiz³⁸.

Eda davasının reddine dair hüküm tesis edilmesi halinde ortada eda hükmü olmayan tespit niteliğinde bir hükmün varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda davacının iddia ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığı tespit edilmiş olur. Bu tespit hükmünün de kesin hüküm ve kesin delil teşkil edeceği kabul edilmektedir³⁹. Konumuzla ilişkilendirecek olursak 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesine dayalı işçi talebinin reddi halinde talep konusu döneme ilişkin işverenin eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranışının tespiti ve emsal döneme ilişkin işçinin aynı hukuki temele dayalı olarak başkaca

³⁷ KURU, s. 1407. Ayrıca bkz. konuya ilişkin s. 1407 ve 1408'de yer alan Yargıtay kararları; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 300.

³⁸ YILDIZ, eda davasının lehine sonuçlanmasından sonra işçinin kendisine emsallerine ödenmekte olan daha yüksek ücretin ödenmesini isteyebileceği görüşündedir (YILDIZ, s. 322).

³⁹ KURU, s. 1409.

bir talebinin hukuken korunmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Çalışma ilişkisinin devamı halinde işverenin daha önce dava konusu yapılan çalışılan dönem dışında başkaca bir döneme ilişkin eşit davranma ilkesine aykırı davranışının gerçekleşmesi halinde ise işçinin bu yeni döneme ilişkin ihlale karşı dava hakkı mevcut olacaktır.

Mahkemenin işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışının tespitine bağlı olarak işçinin mahrum bırakıldığı hakları da talep halinde hüküm altına alması gereklidir. Mahkemece işçinin talepleri doğrultusunda hüküm tesis edilmesi halinde işçi yoksun bırakıldığı haklar kapsamında işverenin zamanaşımı itirazı olduğu takdirde eğer çalıştıysa ancak dava tarihinden geriye doğru beş yılı kapsayacak süreye karşılık fark ücretlerini hüküm altına aldirabilecektir. İşverenin işçisinin 4857 sayılı Kanunu'nun 5. maddesine dayalı olarak açmış olduğu ve lehine hüküm altına aldirdığı fark ücret alacaklarına ilişkin davaya rağmen hala işçisine farklı ve düşük ücreti ödemede ısrar etmesi halinde işçi eksik ödemenin devam ettiği her ay için tekrar tekrar ya da toplu olarak aynı hukuki temele dayalı olarak dava açabilecektir. Ancak böyle bir durumda hakime bırakılan işçinin dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir ayrımcılık tazminatı takdir yetkisi, hakim tarafından büyük olasılıkla ilk yargılamayı takip eden yargılamalarda işveren aleyhine en üst sınır olan işçinin dört aylık ücreti tutarı karşılığı olmak üzere belirlenmesi yönünde kullanılarak, işveren açısından ayrımcılık tazminatının en üst sınırdan ödenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

B. İş Kanununun 5. Madde Düzenlemesi Doğrultusunda Eşit İşe Eşit Ücret Prensibine Aykırılığın Tespitine Bağlı Olarak Fark Alacaklarına Hükmedilmesine İlişkin Kesin Hükümün Sigortalılığın Hükmen Tespiti Davasına Etkisi

Çalışma ilişkisi içerisinde işverenin sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesi vermesi gerekmektedir. Sigortalı işe giriş bildirgesinin hiç verilmemesi ya da aylık prim ve hizmet bildirgesinin içeriği yanıltıcı olarak düzenlenerek verildiğinde, işverence primleri eksik yatırılan sigortalılara kanun özel bir imkan tanımıştır. 5510 sayılı Kanunun 86. maddesi 9. fıkrası "*Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilmeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararlarında belirtilen aylık kazançları toplamı ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır*" düzenlemesini içermektedir. Hükme dayalı olarak açılacak davaya sigortalılığın hükmen tespiti davası denilmektedir⁴⁰. Davayı açabilecek olan kapsama giren kişiler çalışması sosyal sigorta kapsamında giren kişilerdir. Açılacak dava ile 5510 sayılı Kanun ile kapsama alınmış olan sigortalı çalışmalar saptanabilir. Tespiti talep edilen süre, çalışılan sürele ilişkin olmalıdır. Çalışılmayan süreler için tespit talebinde

⁴⁰ A. Can TUNCAI & Ömer EKMEKÇİ, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, Beta Yayınevi, Kasım 2013, s. 238; Tespit davaları konusunda detaylı bilgi için bkz. Baki KURU & Ali Cem BUDAK, Tespit Davaları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 243 vd.; PEKCANİTEZ & ATALAY & ÖZEKES, s. 302 vd.

bulunulamaz⁴¹. Ayrıca tespiti istenen sigortalılık süresinin başka işyerlerinde geçtiği tespit edilen sigortalılık süresi ile çakışmaması da gerekir⁴².

Hizmet tespiti davasında sigortalının ücreti ile kaç gün çalıştığına tespiti gereklidir. Ücretin tespiti ile prime esas matrah tespit edilebilmektedir. Hizmet tespiti davalarının usul ekonomisi dikkate alınarak, işçilik alacaklarına ilişkin dava ile birlikte görülmesi de mümkündür⁴³. Ancak hizmet tespiti davasının kamu düzenine ilişkin kabul edilmesinden dolayı hakim delilleri resen araştırma ilkesi gereği resen toplamakla yükümlüdür⁴⁴. Sosyal sigortalara ilişkin işlemlerin kamusal karakteri ihtilaflarda, davaya son veren taraf işlemleri olarak feragat, kabul ve sulh hukuki kurumlarına başvurulamayacağı sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Hakim davayı resen sürdürmek, araştırmasını yapmak ve kararını vermekle yükümlüdür. Yargıtay kararlarında yerleşik olarak bu tip davaların özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gereği vurgulanmaktadır.

İşverenin eşitlik ilkesine aykırı davranışının mahkeme ilamı ile somutlaşması, hükmün kesinleşmesi ile işçinin taleplerinin dayanağı yukarıdaki örnekte olduğu gibi emsal işçiler arasında farklı ücret ödenmesi şeklinde gerçekleşmiş ise bu durum işçi açısından başkaca bir hukuki girişime dayanak yapılabilecektir. İşçinin işverenin itirazı olması halinde dava tarihinden zamanaşımı gözetilerek belirlenecek geriye doğru beş yıllık dönemde eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek biçimde çalışmış olduğunun ve bu döneme karşılık yoksun bırakıldığı hakların hüküm altına alınmış olması ihtimalinde işçi açısından başka bir talep hakkının da mevcut olduğu ileri sürülebilir. Em-sal bir durumda işçi işverene karşı hizmet tespiti davası açarak çalıştığı dönemde sigorta primlerinin düşük ücret beyan edilerek eksik ödendiğini beyanla 4857 sayılı Kanunun 5.maddesi kapsamında açmış olduğu davada verilen kararı hukuki gerekçe olarak göstererek yeni bir hukuki girişim başlatabilir. İşçi tarafından işverene karşı açacağı hizmet tespiti davasında daha önce açmış olduğu ve lehine hüküm aldığı 4857 sayılı Kanunun 5. maddesine dayalı olarak açtığı davanın etkisi, eda davasının kabulü halinde verilen olumlu hükmün tespit bölümünün (özellikle işçinin alması gerektiği ücrete ilişkin tespit kısmının) bundan sonra aynı taraflar arasında aynı hukuki ilişkiye dayanarak açılan ikinci davada kesin delil teşkil edecektir. İşçi açacağı hizmet tespiti davası ile işverenin yanında çalıştığı dönemde işvereni tarafından SGK'ya bildirilen prime esas aylık kazançlarının düşük bildirildiği ve primlerinin eksik ödendiğini ileri sürecektir. Daha önce işçi tarafından 4857 sayılı Kanunun 5. maddesine dayalı olarak açılan dava sonucunda işçinin alması gereken ücret miktarı olarak talebi doğrultusunda hüküm tesis edilmiş olması ihtimalinde, işçinin işvereninden alması gerektiği, prime esas aylık ücretinin de tespit edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu durum da işçi tarafından açılacak hizmet tespit davasında (ek-

⁴¹ İş Kanunu 34. Maddesi hükmü gereği kendisine tanınan yasal hakkı kullanan ve çalışmaktan kaçınan işçi bu döneme ilişkin hizmet tespiti talebinde bulunamaz (Ali Nazım SÖZER, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 426) İstisnai olarak fiili çalışma olmamasına karşın, sonradan yapılan ücret ödemeleri için prim ödeme borcunun varlığı işe iade sonrası işçiye ödenen dört aylık boşa geçen süreye ilişkin ücrete ilişkin olarak kabul edilmektedir. (SÖZER, s. 426).

⁴² Ali GÜZEL & Ali Rıza OKUR & Nurşen CANIKLIOĞLU, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 13. Bası, İstanbul, 2010, s.330; TUNCAY & EKMEKÇİ, s. 239.

⁴³ Bkz. YHGK, 15.10.2003 T., 21-571 E., 575 K. sayılı ilamı; Her iki davanın birlikte açılmayacağına ilişkin Yarg. 21. HD., 14.02.2012 T., 2011/10205 E., 2012/1579 K.

⁴⁴ GÜZEL & OKUR & CANIKLIOĞLU, s. 330; TUNCAY & EKMEKÇİ, s. 244; SÖZER, s. 429.

sik ödenen primlerin tamamlattırılması talepli) mevcut hüküm hizmet tespiti davasında görevli mahkeme tarafından kesin delil niteliğinde kabul edilerek dikkate alınmalıdır.

Davanın sonucunda hakim, prim ödeme gün sayısı ve ücret konularında karar verecektir. Karar davada zorunlu dava arkadaşı olarak kabul edilen SGK tarafından uygulanmak zorundadır. SGK ilama dayalı olarak, mahkemenin tespitine hükmettiği hizmet süresi ve ücrete göre sadece prim alacağını değil gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edecek ayrıca idari para cezası da uygulayabilecektir.

C. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Muvazaanın Tespitine Bağlı Olarak Alt İşveren İşçisinin Başlangıçtan İtibaren Asıl İşveren İşçisi Olarak Kabulünün Eşit Davranma İlkesine Aykırılık Yaratması Hali

İş hukukuna özgü kurumlar içerisinde en çok tartışılardan bir tanesini asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisi oluşturmaktadır. Özellikle uygulamada asıl işverenlik alt işverenlik kurumunun kötüye kullanım örneklerine sıklıkla rastlanılması, 4857 sayılı Kanunu'nun 2. maddesi ile düzenleme konusu yapılan hukuki kurumun oldukça detaylı, sıkı koşullara tabi biçimde düzenlenmesine yol açmıştır. İş Kanunu'nun ilgili maddesinde önceki kanun düzenlemesinden farklı olarak hukuki kurumun muvazaalı olarak kurulmasına ilişkin hükümlerde yer almaktadır. İş Kanunu'nun 2. maddesi 7. fıkrasında "Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez." düzenlemesini içermektedir. Başta da belirttiğimiz üzere asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olarak kurulmasına ilişkin yoğun olarak karşılaşılan kötü uygulama örnekleri emsal bir düzenlemenin kabulünde etkili olmuştur. Madde gerekçesinde de özellikle bu hususa vurgu yapılmıştır. Asıl işveren alt işveren ilişkisine işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan haklarına sınır getirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak maksadıyla başvuruluyor olması nedeniyle sıklıkla karşılaşılan muvazaalı alt işverenlik ilişkisini önleyici nitelikte hükümlere kanunda açıkça yer verme gereği doğduğuna gerekçede vurgu yapılmaktadır. Mahkemece asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olarak tespitine bağlı olarak kanun maddesi ile düzenlenen önemli hukuki sonuç alt işveren işçisinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılarak işlem görmesidir.

Asıl işveren alt işveren hukuki ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespitine bağlı olarak alt işveren işçinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi olarak sayılması ile birlikte alt işveren işçisinin emsal işi yapan asıl işveren işçisinden daha düşük ücret alması ya da bazı sosyal hakların sağlanmaması halinde talebi doğrultusunda alt işveren işçisine geriye dönük olarak yoksun bırakıldığı hakları ödenecektir. Ancak Yargıtay emsal bir durumda işverenin işçisinin dört aya kadar ücreti tutarında öğretide ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan

tazminatı ödemeyeceğini hüküm altına almıştır⁴⁵. Kararı değerlendiren ALPAGUT, isabetli biçimde olayda unsurların gerçekleşmediği ve işverenin subjektif davranışının bulunmadığı ifadeleri ile kastedilenin ne olduğu hususunda açıklık bulunmadığını belirterek Yargıtay'ın İş Kanununun 5. madde 6. fıkrasının sadece ayrımcılık yasaklarında uygulama alanı bulacağından hareket etmiş olabileceğine vurgu yapmaktadır⁴⁶. İş Kanunu 5. madde düzenlemesinin esas itibarıyla ayrımcılık yasağına ilişkin olarak düzenlenmesine bağlı olarak 6. fıkrasındaki yasağı aykırılık haline ilişkin düzenlenen ve medeni ceza niteliği taşıdığı kabul edilen tazminat hükmünün genel anlamda eşit davranma ilkesinde uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Bu görüşe karşı öğretide eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eden işveren davranışlarının tespiti halinde işçinin 4857 sayılı Kanununun 5. maddesi kapsamında yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte maddede düzenlenen dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminatı da talep edebileceği görüşü savunulmaktadır⁴⁸.

KAYNAKÇA

ALPAGUT, Gülsevil: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, 2012.

BAYSAL, Ulaş: "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, Yıl 2010.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınevi, Temmuz 2013.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 7, Yıl 2005.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4.

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2010/21080 Esas 2010/15389 Karar 01.06.2010 tarihli ilanı.

⁴⁶ ALPAGUT, Değerlendirme, s. 46.

⁴⁷ SOYER, Değerlendirme 2008, s. 53; ALPAGUT, Değerlendirme, s. 47; Ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanununun 5. maddesinin genel anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde uygulanmayacağı ancak işçinin eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle yoksun bırakıldığı hakları haklarını talep edebileceği kabul edilmektedir SÜZEK, İş Hukuku, s. 471; Yasadaki boşluğun doldurularak ayrımcılık tazminatının sadece İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen ayırım yasağına ilişkin ihlallerde değil işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda da uygulanması gerektiği görüşü için bkz. YILDIZ, s. 329; Ulaş BAYSAL, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 25, Yıl 2010, s.76.

⁴⁸ Ali GÜZEL, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 92; Fevzi ŞAHLANAN, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 95, A. Can TUNCAY, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010, s. 98.

ERTÜRK, Şükran: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara, 2008.

ERTÜRK, Şükran & GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

EYRENCİ, Öner & TAŞKENT, Savaş & ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

GÜZEL, Ali & OKUR, Ali Rıza & CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2010.

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

KURU, Baki & BUDAK, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi & ASTARLI, Muhittin & BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

ONARAN YÜKSEL, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın – Erkek Eşitliği, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

ÖNEN, Ergun: İnşai Dava, Olgaç Matbaası, 1981.

PEKCANITEZ, Hakan & ATALAY, Oğuz & ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 12. Bası, 2011.

SOYER, Polat: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara, 2010.

SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008, Yıl 3, Sayı 12.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Eylül 2014.

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.

TUNCAY, A. Can: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul, 2007.

TUNCAY, A. Can & EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Bası, Beta Yayınevi, Kasım 2013.

YILDIZ, Gaye Burcu: Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.

YUVALI, Ertuğrul: İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitapevi, Ankara, 2012.