

İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU

İş Kanunu m. 5:

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

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

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

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

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

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu

Madde 3: (1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.

(2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.

(3) Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür

Madde 6: (1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, **işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.**

(2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

(3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik,

annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

(4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

(5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.

(6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.

Madde 7: Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller

(1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.

ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.

e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.

f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.

g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.

Madde 17: (1) Ayrımcılık yasağı ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişi Kuruma başvurabilir. Kuruma başvuru, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla da yapılabilir. Başvuru hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir surette engel olunamaz. Başvurulardan herhangi bir ücret alınmaz.

(2) İlgililer, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep eder. Bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde Kuruma başvuru yapılabilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir.

(3) Dava açma süresi içinde Kuruma yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur.

(4) Yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler başvurunun konusu olamaz.

(5) 4857 sayılı Kanununun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabilir.

(6) İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeler için ihlal mağdurunun şahsen belirlenebilir olduğu durumlarda kendisinin veya kanuni temsilcisinin açık rızasının alınması şarttır. Ancak, çocuğun yüksek yararının gerektirdiği hâllerde kanuni temsilcisinin rızası aranmaz.

(7) Kuruma yapılacak başvurularda, vesayet ya da koruma altında olanlar ve çocuklar ile talepleri üzerine mağdur ya da mağdurların kimlik bilgileri gizli tutulur.

(8) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (i) bendi kapsamında yapılan başvurular hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

(9) İşleme konulmayacak başvurular ve gerekçeli kabul edilmezlik kararları ile başvuruya ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

TCK m. 122/1:“Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle... c) Bir kişinin işe alınmasını... engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

“Bu suç sadece kasıtlı işlenebilen bir suçtur. Ancak genel kast yeterli değildir. Ayrıca failin maddede belirtilen seçimlik ve bağlı hareketlerden en az birini nefret saiki ile işlemesi gerekir. 6521 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile ayrımcılık niteliğindeki hareketlerin nefret saiki ile işlenmesi manevi unsur olarak eklenmiştir. TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma grubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır.” (18. Ceza Dairesi 30/03/2016 2015/26353 E. , 2016/6373 K.) (www.yargitay.gov.tr)

Yarg. 9. Hukuk Dairesi 2015/18355 E. , 2015/26031 K.

MAHKEMESİ : İŞ MAHKEMESİ

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili; davacının, davalı işverene ait işyerinde üretim elemanı olarak 26.12.2011-21.06.2014 tarihleri arasında çalıştığını, iş akdinin davalı işveren tarafından tek taraflı ve haksız bir şekilde feshedildiğini, fesih bildiriminde bulunduğu esnada kafa karışıklığından yararlanarak elinden istifa metni aldığını, davacının istifa gibi bir niyetinin bulunmadığını, nitekim davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, davacının 7 aylık hamile olduğunu, davacı ile birlikte 3 hamile bayanın iş akdinin de feshedildiğini, başka işçi çıkarımı olmadığını, sırf hamile diye işten çıkarıldığını, yapılan feshin haksız olduğunu, müvekkilinin iş akdinin sonlandırılmasından sonra davalı işverenin eleman almaya devam ettiğini ileri sürerek; müvekkilinin ayrımcılığa uğraması nedeniyle 4 aylık maaş tutarında tazminata, müvekkilinin işe iadesine, çalışmadığı süre için 4 aylık maaş tutarında tazminata, işe iadesine kararına rağmen işe başlatmaması durumunda 8 aylık maaşı tutarında tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:Davalı vekili; davacının paraya ihtiyaç duyması nedeniyle ayrılma isteğini belirttiğini ayrıca haklarının da kendisine ödenmesini talep ettiğini, buna ilişkin dilekçesini verirken serbest iradesi ile hareket ettiğini, bu talep üzerine davacı ile ikale

sözleşmesi yapıldığını ayrılma isteğinin davacıdan gelmesine rağmen mağdur olmaması için kıdem, ihbar tazminatı ile ekstra net 2 maaş tutarında ayrıca ödeme yapıldığını, çıkış nedeninin istifa olarak bildirilmiş olmasının yasaya uygun olduğunu savunmuş ve davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, ayrılma isteğinin davacıdan geldiği iddia edilmesine rağmen davacıya kıdem ve ihbar tazminatı ödemesi yapılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, tanık beyanlarına göre aynı gün davacı ile birlikte 5 hamile kadın işçinin iş sözleşmesinin sonlandırıldığı bunun da hayatın olağan akışına aykırı olduğu, davacının ikale yapmasında makul bir yararının olmadığı, bu nedenle iş sözleşmesinin davalı işverence haklı ve geçerli bir neden olmaksızın feshedildiği, davacının ve hamile olan diğer işçilerin, hamile olmaları nedeniyle iş akitlerinin feshedildiği, bu durumun açıkça ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve 4 aylık maaş tutarında ayrımcılık tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

D) Temyiz: Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe: Ayrımcılık, bir birey veya bireylerden oluşan bir grubun, bir takım özellikleri ve niteliklerinden dolayı haksız muamele görmesidir. İşyerinde ise işverenin, işvereni temsil eden temsilcisinin veya işverenin diğer bir işçisine, ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, cinsel tercihi, hamileliği, dini, mezhebi, siyasi görüşü ve benzeri nedenlerle tacizde bulunması, bu nedenle işten çıkarılması halinde ortaya çıkmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin davacının hamileliği nedeni ile gerçekleştirildiği, bu nedenle feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/1.d maddesi uyarınca salt bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından, mahkemece feshin geçersizliğine karar verilmesi isabetlidir. Davalının bu yöndeki temyiz itirazları yerinde değildir. Taraflar arasında, ayrımcılık tazminatının hüküm altına alınıp alınamayacağı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Uyuşmazlığın normatif dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5,18 ve 21. maddeleridir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3-d bendinde işçinin hamileliğinin fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Yasanın 21. maddesinde, işverenin yaptığı feshin geçersizliğine ve işçinin iş iadesine karar verilmesine rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin, en az 4 aylık en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminatı, işçiye ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Aynı yasanın 5. maddesinde ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı, buna aykırı davranan işverenin, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminat ile yoksun bırakılan haklarını ödemesi gerektiği, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, davacı işçi fesih işleminin hamileliği nedeniyle yapıldığını ileri sürerek; işe iadesinin yanı sıra İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı da istemektedir. Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilecektir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Zira bu neden doğrudan geçersiz kabul edilmiştir. Bu nedenle fesih işe başlatmama tazminatının fesih sebebine göre belirlenmesi, ayrımcılığı da yaptırıma bağlayacaktır. Diğer taraftan 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır. Somut uyuşmazlıkta yerel mahkemece fesih nedeni de dikkate alınarak iş güvencesi (işe

başlatmama tazminatının) tazminatı miktarı, işçinin 5 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir. Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışının, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışıldığı bu nedenle aynı zamanda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceği gözetilmeksizin talebin reddi gerekirken hüküm altına alınması hatalıdır. Kabule göre de ayrımcılık tazminatının üst sınırdan kabulü da doğru değildir. 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;1.Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2.Davalı tarafından gerçekleştirilen feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının davalı nezdindeki işyerine **İŞE İADESİNE,**

3.Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE,**

4.Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE,**

5. Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışının, feshin geçersizliği ve işe başlatmama tazminatı miktarı belirlenirken tartışıldığı, bu nedenle ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğinden, ayrıca ayrımcılık tazminatı istemine karar verilmesine yer olmadığına

... Kesin olarak 17/09/2015 gününde oybirliği ile karar verildi. (www.yargitay.gov.tr)