**HAFTA 15 - İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCU**

Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

İşveren, Anayasa’nın 10. maddesi uyarınca, eşit olan işçilere eşit davranmak (yatay eşitlik), eşit olmayan işçilere ise eşit davranmamakla (dikey eşitlik) yükümlüdür. Genel anlamda eşitlik borcu bu şekilde yasal dayanağa sahipken, İş Kanununun 5. maddesinde işverenin ayrımcılık yapmama borcu özel olarak düzenlemiştir. Buna göre *“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. … 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 kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*”.

İşverenin işe almada ayrım yapmama borcu, sadece cinsiyet ve gebelik temeline dayalıdır. İş sözleşmesi yapıldıktan sonra ayrım yapmama borcu ise, cinsiyet, dil, din, ırk, siyasi görüş gibi sınırlı sayıda belirtilememiş birçok esasa ilişkin olabilir.

İşveren işçiler arasında belirtilen sebeplerle ayrım yaparsa, işçiye mahrum kaldığı haklarının ayrıca en fazla dört aylık ücret tutarında “ayrımcılık tazminatı” ödemek zorunda kalır. Ancak ayrımcılık sebebi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet ise, işçi dört aylık ayrımcılık tazminatını değil, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde düzenlenen ve miktarı hakim tarafından en az bir yıllık ücret tutarında belirlenen sendikal tazminatı talep eder.

Ayrımcılık yapıldığını ispat yükü, İK 5/son gereğince işçiye aittir. Ancak kanun işçiye ispat kolaylığı sağlamıştır. Buna göre, işçi, ayrımcılık yapıldığına dair emareleri ortaya koyarsa, bundan sonra ayrımcılık yapmadığını ispat etmesi gereken işveren olur.

**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 kasıtla 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 gurubuna 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](http://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 işverenliğin 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, davacını 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: Ayırımcılık, 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 ayrım 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 fesihte 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)