

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No.	2015/5683
Karar No.	2016/4546
Tarihi:	26.02.2016

<u>İlgili Kanun / Madde</u>
4857 S. İşK. /5,6

- **EŞİT İŞLEM BORCU**
- **EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRILIK**
- **DOĞUM İZİNİ KULLANAN KADIN İŞÇİYE İZİN BİTİMİ İŞİNİN VERİLMESİ ZORUNLULUĞU**
-

ÖZETİ İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Direktifinin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15 inci maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır. 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.

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı değinilen Yasanın 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. Söz konusu fıkra metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

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

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, davalı işyerinde tornacı olarak çalıştığını, görevinin kaynakçı olarak değiştirilmesi ve diğer işçilerin ücretine zam yapıldığı halde kendi ücretine zam yapılmadığından bahisle sözleşmesi haklı nedenle kendisi tarafından feshedildiğini belirterek kıdem ve ayrımcılık tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının son zamanlarda dikkatsiz çalıştığını bir kazaya sebebiyet verebileceğinin bildirilmesi nedeniyle kendisine, tezgaha ve işlenen malzemelere daha fazla zarar vermemesi için özlük hakları ve çalışma koşullarında hiçbir değişikliğe gidilmeksizin görev yerinin kaynak bölümü olarak değiştirildiğini, işyerinde en son 2011 Eylül ayında maaşlara zam yapıldığını o tarihte davacı işçinin yanı sıra 9 işçiye de maaş artışı yapılmadığını, ücret zamanının işverenin yönetim yetkisinde olduğunu bu nedenle davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, 2011 yılı Eylül ayı itibari ile diğer işçilerin ücretlerine zam yapılırken davacının ücretinin arttırılmadığı, davalı işveren tarafından beş yıldan fazla bir süredir çalışan davacının iki kez hata yapmış olması nedeniyle ücretine zam yapılmaması, yine

davalı işveren tarafından davacının performansının düşüklüğü gerekçe gösterilmesine karşın dosya kapsamındaki kayıtlardan davacının performansının usulüne göre ölçüldüğüne dair bir delil sunulmaması daha düşük ücret uygulamasının haklı olduğunun ispat edilememesi sebebiyle işverence eşit davranma ilkesinin ihlal edildiği tespiti ile davanın ayrımcılık tazminatı yönünden kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında işverenin işçilere hangi kriterler doğrultusunda zam yaptığı ve buna bağlı olarak işverenin eşit davranıp davranmadığı ayrımcılık yapıp yapmadığı ve bunun sonucunda eşit davranmama tazminatına hak kazanıp kazanmadığı uyuşmazlık konusudur.

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 Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2006/54/EC Sayılı Direktifinin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15 inci maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır.

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.

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

Yasanın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında tam süreli - kısmî süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüş, üçüncü fıkrada ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

Yine değinilen maddenin 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.

Bundan başka 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b)

bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı değinilen Yasanın 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. Söz konusu fıkra metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

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.

Eşit davranmama tazminatının İş Kanunu 5. maddesinde sayılı ve benzer hallerde sözkonusu olup, somut olayda işverenin iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplerle ayırım yaptığına ilişkin somut bir delil bulunmadığı, ücret zammı verilip verilemeyeceğinin işverenin takdirinde olduğu, bunun yanında davacıyla birlikte çeşitli kademelerdeki 7 işçiye daha davaya konu edilen dönemde ücret zammı yapılmadığı ve davacının ayrımcılık tazminatı taleplerinin reddi gerektiği düşünülmeden kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 26/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.