

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İŞK/5

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2024/12885
Karar No. 2024/14864
Tarihi: 19.11.2024

- EŞİT İŞLEM BORCU
- EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTI-
RIMI
- MUTLAK AYRIM YASAKLARI
- AYRIMCILIK TAZMİNATI
- AYRIMCILIK TAZMİNATINA MUTLAK
AYRIMCILIK NEDENLERİNDEN BİRİSİNİN
VARLIĞI HALİNDE HÜKMEDİLECEĞİ

ÖZETİ: Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup iş hukuku bakımından bu ilke, işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Böylece işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

5. Mutlak ayırım yasakları olarak nitelenebilecek hâller 5 inci maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. İlgili hükümde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı öngörülmektedir. Belirtilen bu hususların

tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Fıkra da sayılan hâller sınırlı olmayıp bu hâllere benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemez. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi sebepler benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilir.

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

9. Yerleşik hâle gelen içtihatlar uyarınca 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup ilgili maddenin dar yorumlanması gerekir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.11.2018 tarihli ve 2015/26907 Esas, 2018/20333 Karar; 24.03.2020 tarihli ve 2019/8029 Esas, 2020/4421 Karar; 14.01.2021 tarihli ve 2018/7135 Esas, 2021/920 Karar sayılı ilâmları; Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 03.07.2019 tarih 2017/23268 Esas ve 2019/14998 Karar sayılı ilâmı). Bu sebeple işverenin mutlak ayırım yasakları dışında eşit davranma borcuna aykırı davranışında, borca aykırılık sebebiyle mahrum kalınan haklar talep edilebilir ise de sadece mutlak ayırım yasaklarının ihlali hâlinde ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilebilir.

Taraflar arasında görülen alacak davasında verilen karar hakkında yapılan temyiz incelemesi sonucunda, Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesince Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece 06.06.2016 tarihli karar ile bozma kararına direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme kararının davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 10.10.2016 tarihli ve 2016/21719 Esas, 2016/23081 Karar sayılı kararıyla dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmesine karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.11.2020 tarihli ve 2016/(22)9-2290 Esas, 2020/902 Karar sayılı kararı ile davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin bozma kararında gösterilen ve genişletilmiş nedenlerden dolayı bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece Hukuk Genel Kurulunun bozma kararı doğrultusunda yeniden yapılan yargılama sonucunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Mahkeme kararı taraf vekillerince temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve Tetkik Hâkimi tarafından hazırlanan rapor dinlendikten sonra dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

I. DAVA

Davacı vekili cevap dilekçesinde; müvekkilinin davalı Şirkete ait sigara fabrikasında üretim bölümünde görünürde forklift operatörü gerçekte ise doğrudan üretim faaliyetinde çalıştığını, alt işverenlik sözleşmesinin muvazaalı olduğunu, baştan beri davalının işçisi kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek eksik ödenen işçilik alacakları ile ayrımcılık tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

II. CEVAP

Davalı vekili cevap dilekçesinde; alt işverene verilen işlerin yardımcı iş olduğunu, davacının atık sahası olarak adlandırılan kısımda asıl işin ifa edildiği binadan tamamen ayrı bir binada çalıştığını, muvazaa iddialarının yerinde olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

III. MAHKEME KARARI

Mahkemenin 18.12.2013 tarihli ve 2012/102 Esas, 2013/767 Karar sayılı kararı ile; davalının rekabet gereklerine uyum sağlamak, verimlilik ve üretim kalitesini arttırmak için yabancı ülkelerdeki sigara fabrikalarında da uygulanan bir entegre üretim modelini benimsediği, bu üretim modelinde davalının asıl işi olan tütün işleme ve sigara üretimine daha yoğun konsantrite olduğu, asıl faaliyeti destekleyen davalının işçileri tarafından görülmesi zaman ve verim kaybına neden olan lojistik destek hizmetlerini dava dışı Gözdem Temizlik Limited Şirketinden aldığı, bu üretim tarzının iş gücü unsurunun üretime katılımını farklılaştırdığı, işçiliğin sigarayı üreten asli unsur almaktan çıkıp, makinelerin asli üretim unsuru hâline geldiği, makinelerin ve üretim sisteminin işleminde uzmanlık gerektiren işlerin davalının kendi çalışanları ile görülmeye devam ettiği, örneğin tütünün harmanlanması, gerekli katkı ve işlemler ile sigara hâline getirmeye hazırlanması işlerinin hâlen davalı Şirketin çalışanları tarafından görüldüğü, bu safhada sadece “Bin Filling” denilen kutulama ve transfer işinin Gözdem Temizlik Limited Şirketi

işçileri tarafından yapıldığı, alt işveren nezdindeki çalışmaların üretimde kullanılacak malzemelerin depolardan üretim sahasına nakledilmesi esasına dayandığı, bu faaliyetlerin tamamı ile üretimi desteklemeye yönelik olduğu, söz konusu işlerin asıl iş kapsamı içerisinde değerlendirilmesinin mümkün bulunmadığı, icra edilen keşifte dosyada mevcut fabrika yerleşim planı esas alındığında üretim alanları ile tütün ve tütün harici hammadde depolarının dahi fiziki olarak farklı yerlerde bulunduğu anlaşıldığı, davalı işyeri nezdinde forklift ile çalışan işçilerin bulunduğu belirtilmiş ise de; alt işveren tarafından icra edilen işin hangi aletle icra edildiğinin önemli olmadığı, başka bir işçi tarafından açılan mahkemenin 2012/102 Esas, 2013/767 Karar sayılı dosyasında davalı işyerinde icra edilen keşif ve alınan bilirkişi heyet raporuna göre davalı işveren tarafından uyumsuzluk konusu işlerin alt işverene verilmesinin usul ve kanuna aykırı olmadığı, dolayısıyla muvazaanın bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

IV. BOZMA VE BOZMADAN SONRAKİ YARGILAMA SÜRECİ

A. Bozma Kararı

1. İzmir 8. İş Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

2. Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 28.05.2015 tarihli ve 2014/34056 Esas, 2015/18700 Karar sayılı kararı ile davacının sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra; dosya içeriğinden, davacının, davalıya ait işyerinde 17.12.1997-31.12.2010 tarihleri arasında forklift operatörü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin, işverence ihale süresinin bitimi nedeniyle feshedildiği, işverence haklı nedenle fesih iddiasında bulunulmadığı, hizmet alım sözleşmelerinde, davalının, tütün deposu operasyon, tütün harici malzeme deposu operasyon, konteyner istifleme, atık toplama sahası işleri ve temizlik ve mutfak malzeme temini işlerinin alt işverenlere verildiği, 05.03.2011 tarihli ibraname ile, davacının, davalı Şirketin kendisine 14,301,66 TL kıdem tazminatı, 2.046,24 TL ihbar tazminatı ve 54,81 TL yıllık izin ücreti ödemesi yaptığını, hakettiği tüm ücret, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerini, yıllık ücretli izinlerini, fazla çalışma ücretlerini, sair sosyal haklarını ve diğer bütün haklarını aldığını beyan ettiği, ibranamenin irade fesadı ile alındığının iddia edilmediği, ibranameye göre ödenmeyen ücret alacağı bulunmadığının anlaşıldığı, somut olayda davalı işyerinde sigara üretimi işi yapıldığı, üretim süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde anılan depolama bölümlerinin asıl işin ayrılmaz bir parçası olduğu, belirtilen depolama işlemleri gerçekleşmeksizin üretim sürecinin yürütülmesinin mümkün olmadığını açık olduğu, ayrıca bu işler uzmanlık gerektiren bir iş de sayılamayacağından temelde alt işverene verilmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'na (4857 sayılı Kanun) uygun düşmediği, davalıya ait işyerinde yeni gelmiş tütünlerin depolanması, işlenmek için başka bölümlere taşınması ve buralarda depo alanlarında depolanması işlemlerinin, asıl işin mutlaka yapılması gereken, ancak uzmanlık gerektirmeyen faaliyetlerinden olup, bu işlerin yapılmasında taşıma ve istif aracı olarak forklift

kullanılmasının da bu işin doğal bir sonucu olduğu, davalıya ait işyerinde yapılan asıl iş dikkate alındığında, ana üretim girdisi olan tütünün ve yan üretim girdisi olan ambalaj malzemesi gibi malzemelerin işyeri bina ve bölümleri arasında forkliftlerle taşınması, istiflenmesi ve depolanması işlerinin, asıl işin uzmanlık gerektirmeyen bir parçası niteliğinde olup, yardımcı işler olarak kabul edilerek alt işverenlere verilmesinin 4857 sayılı Kanun'un 2 nci maddesine uygun düşmeyeceği, davalı ile davacının işçisi olarak çalıştığı dava dışı şirketler arasında muvazaalı bulunduğu sabit olduğu, davalı işverenin davacı ile aynı işi yapan emsal işçileri tespit edilerek, işçilere ödenen ücretler de tespit edildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmasının hatalı olduğu gerekçesiyle karar bozulmuştur.

B. Mahkemece Bozmaya Karşı Verilen Direnme Kararı

Mahkemenin 06.06.2016 tarihli ve 2015/432 Esas, 2016/271 Karar sayılı kararı ile; önceki gerekçelere ilaveten aynı konuda davalı işyerinde çalışan Ç.T. tarafından fark ücret alacaklarının tahsili amacıyla açılan davada İzmir 9. İş Mahkemesinin 2012/95 Esas, 2014/83 Karar sayılı kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 11.05.2015 tarihli ve 2015/5636 Esas, 2015/8386 Karar sayılı kararı ile aynı işyerinde fakat ayrı bir binadaki tütün deposunda ve atık toplama sahasında çalışan işçinin forklift ile verdiği hizmetlerin asıl işe yardımcı bir iş olduğu, bu nedenle muvazaalı çalıştırma söz konusu olmadığından davanın reddi gerektiğinin belirtildiği, yine İzmir 5. İş Mahkemesince verilen 24.07.2013 tarihli ve 2012/126 Esas, 2013/395 Karar sayılı davanın reddine ilişkin kararın Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 16.06.2015 tarihli ve 2015/2921 Esas, 2015/12187 Karar sayılı kararı ile onandığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı

1. Direnme kararının davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmiştir.

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.11.2020 tarihli ve 2016/(22)9-2290 Esas, 2020/902 Karar sayılı ilâmı ile; dosya içeriğinden, tütün mamullerinin üretim sürecinde farklı aşamalardan geçtiği, tütün hammadde deposu, tütün harici hammadde deposu, bitmiş ürün deposu, üretim alanları, atık toplama, taşıma ve ayrıştırma olmak üzere farklı alanların bulunduğu, bu alanlar arasında taşıma işleri ile depolarda istifleme ve indirme işlemlerinin yapıldığının anlaşıldığı, Mahkemece yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi heyet raporunun “*Yapılan işin niteliği*” isimli bölümünün son paragrafında “*Davalıya ait işyerinde bulunan dört ana bölüm arasında ham ve yarı mamul malzemelerin üretimin gereği olarak taşınması, işyeri dışından gelen ham ve yarı mamul malzemelerin forkliftlerle tütün ve tütün harici madde depolarına taşınması, ilgili bölümlerine veya raflarına istiflenmesi işleri, daha sonra ana üretim alanlarında kullanılmak üzere yine forkliftlerle taşınması, üretimi bitmiş sigaraların koli veya benzeri ambajlarla bitmiş ürün deposuna taşınması işleri asıl işin bir parçası olmakla birlikte asıl işin bir bölümünde*

işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden değildir. Aynı zamanda yardımcı işlerden de değildir. Zira asıl iş olan sigara imalatı işini yapabilmek için, işyeri dışından gelen ham ve yarı mamul maddelerin önce depolanması, daha sonra imalatta kullanılması için üretim birimlerine taşınması ve imalatı tamamlanmış mamullerin depolara taşınması işleri olmazsa olmaz faaliyetlerdendir. Bu faaliyetler birer nakliye işi olup işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerden dolayı uzmanlık gerektiren işler de değildirler. Davacının forklift operatörü olarak yukarıda sayılan işlerin tamamını veya bir kısmını işyerinin tüm bölümleri veya bazı bölümleri arasında yapıyor olması, asıl işin uzmanlık gerektirmeyen bir bölümünde çalıştırılması anlamına gelmektedir.” ifadelerine yer verilmekle birlikte raporun sonuç bölümünde alt işverene verilen işlerin yardımcı iş olduğu belirtilerek muvazaa olgusunun tespit edilmediği sonucuna oy çokluğu ile varıldığı, bu maddi ve hukuki olgulara göre, sigara üretiminin yapıldığı işyerinde, üretim süreci tüm aşamaları ile birlikte değerlendirildiğinde dava dışı şirketlerce ham ve yarı mamul malzemelerin forkliftlerle işlenmek üzere diğer birimlere taşınması, depo alanlarında istiflenmesi ve depolanması işlerinin asıl işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmeyen bir parçası olduğunun anlaşıldığı, zira bu işlemlerin asıl işin bölünemez bir parçası olup, gerçekleştirilmediğinde üretim sürecinin yürütülmesi mümkün olmadığı, bununla birlikte, özellikle, davacı işçinin emir ve talimatları davalı işveren yetkililerinden alması, işe alım ve işten çıkarmada davalı işveren yetkililerinin söz sahibi olması, forklift temininin davalı işveren tarafından sağlanması hususları da gözetildiğinde, dava dışı şirketlerin sözleşme ile üstlendikleri mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve bağımsızlığa sahip olmadıkları; bir başka deyişle üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmediklerinin açık olduğu, bu itibarla, davalı işveren ile dava dışı şirketler arasında 4857 sayılı Kanun’un 2 nci maddesine göre geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmayıp muvazaa söz konusu olduğundan, işyerinde davacı ile aynı işi yapan ve aynı vasıftaki emsal işçilere ödenen ücretlerin tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar verilmiştir.

D. Mahkemece Hukuk Genel Kurulu Kararına Uyularak Verilen Karar

Mahkemenin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile; usul ve kanuna uygun bilirkişi raporu ve ek raporu, bozma ilâmı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen gerekçeler, mahallinde icra edilen keşif, hizmet alım sözleşmesi, emsal çalışan işçilere ait ücret bordroları, ödeme belgeleri, davacının işyeri şahsi dosyası, tanık anlatımları ile tüm dosya kapsamı birlikte dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

V. TEMYİZ

A. Temyiz Yoluna Başvuranlar

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekillerince temyiz isteminde bulunulmuştur.

B. Temyiz Sebepleri

1. Davacı vekili; müvekkilinin fazla çalışma yaptığı, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma yaptığına ilişkin iddialarının tanık anlatımları ile ispatlandığını, ödenen fazla çalışma ücretlerinin ise farklarının ödenmesine karar verilmesi gerektiğini, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığının dikkate alınmamasının hatalı olduğunu ileri sürerek Mahkeme kararının bozulması ve davanın kabulüne karar verilmesi istemi ile temyiz yoluna başvurmuştur.

2. Davalı vekili; kararın gerekçesiz olduğunu, savunmalarının dikkate alınmadığını, hüküm vermeye ve denetime elverişli olmayan bilirkişi raporunun dikkate alınmasının hatalı olduğunu, eşitlik ilkesine aykırılık tazminatı talebinin kabul edilemeyeceğini, davacıya emsal çalışan ve emsal ücret olmadığını, davanın reddi gerektiğini, atık bölümünde çalışan davacının müvekkili Şirket üretim bölümü çalışanları ile irtibatlı işin ifasında bulunmadığı, bildirilen çalışanların davacıya emsal olmadığı, emsal olduğu iddia edilen üretim bölüm ve süreçlerinde çalışan işçilerden daha düşük bir ücretlendirmeye tâbi olacağı nın duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirli ve kesin olduğunu, ibranameye değer verilmemesinin hatalı olduğunu ileri sürerek mahkeme kararının bozulması ve davanın reddine karar verilmesi istemi ile temyiz yoluna başvurmuştur.

C. Gerekçe

1. Uyuşmazlık ve Hukuki Nitelendirme

Dosya içeriğine, bozmanın mahiyeti ve kapsamına göre taraflar arasındaki uyuşmazlık; asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı kabul edildiğinde davacının talep edilen alacaklara hak kazanıp kazanmadığı, Mahkemece Hukuk Genel Kurulunca verilen bozma ilâmına uygun karar verilip verilmediği ve ayrımcılık tazminatının şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkindir.

2. İlgili Hukuk

1. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası atfıyla uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428 inci maddesi, 438 inci maddesinin yedi, sekiz ve dokuzuncu fıkraları ile 439 uncu maddesinin ikinci fıkrası.

2. 4857 sayılı Kanun'un 2 ve 5 inci maddeleri, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4, 11, 12 nci maddeleri.

3. Değerlendirme

1. Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına ve temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere göre davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki paragrafların kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Eşitlik ilkesi en temel anlamda, 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın "*Kanun önünde eşitlik*" kenar başlıklı 10 uncu ve "*Ücrette Adalet Sağlanması*" kenar başlıklı 55 inci maddelerinde ifade edilmiştir. Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan

Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması, 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) İzni*nden Dönüş” başlıklı 15 inci maddesinde de doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır.

3. Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup iş hukuku bakımından bu ilke, işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Böylece işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

4. 4857 sayılı Kanun sistematığında eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın “*Eşit davranma ilkesi*” başlığını taşıyan 5 inci maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. İşverence, nesnel nedenlerin varlığı hâlinde işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmaz.

5. Mutlak ayırım yasakları olarak nitelenebilecek hâller 5 inci maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. İlgili hükümde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı öngörülmektedir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Fıkra sayılan hâller sınırlı olmayıp bu hâllere benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemez. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi sebepler benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilir.

6. Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında tam süreli - kısmi 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 adı geçen hükümde açıklanmıştır.

7. Maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverence ücret ödeme borcunun ifası sırasında cinsiyet sebebiyle ayırım yapılamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

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

9. Yerleşik hâle gelen içtihatlar uyarınca 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup ilgili maddenin dar yorumlanması gerekir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.11.2018 tarihli ve 2015/26907 Esas, 2018/20333 Karar; 24.03.2020 tarihli ve 2019/8029 Esas, 2020/4421 Karar; 14.01.2021 tarihli ve 2018/7135 Esas, 2021/920 Karar sayılı ilâmları; Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 03.07.2019 tarih 2017/23268 Esas ve 2019/14998 Karar sayılı ilâmı). Bu sebeple işverenin mutlak ayırım yasakları dışında eşit davranma borcuna aykırı davranışında, borca aykırılık sebebiyle mahrum kalınan haklar talep edilebilir ise de sadece mutlak ayırım yasaklarının ihlali hâlinde ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilebilir.

10. Yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde somut uyumsuzluk değerlendirildiğinde; Mahkemece, taraflar arasında muvazaa olgusunun kesinleştiği böylece davacının asıl iş kapsamında çalıştığı kabulü gerektiği, dinlenen tanık anlatımlarına göre de aile günü denilen pikniğe alt işveren işçileri ile ailelerinin katılmadığı, yılbaşı yemeğine alt işveren işçilerinin çağırılmadığı, işverinde üretimi yapılan ve çalışan işçilere dağıtılan sigaraların türü ve miktarının asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinde farklılık gösterdiği, böylece davalı tarafça aynı işte çalışan kendi işçilerine ücret ve sosyal haklar yönünden daha olumlu ve yüksek miktarlar ödenmesine rağmen muvazaalı olarak çalıştırılan alt işveren işçilerine ödenmediğinin ispat edildiği gerekçesiyle davacının ayrımcılık tazminatı talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Dairemizin yerleşik uygulamasına göre ayrımcılık tazminatına hükmedilebilmesi için 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde belirtilen mutlak ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi gerekir. Bir diğer ifade ile, işverenin 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde öngörülen eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eden her davranışı ayrımcılık tazminatına haz kazandırmaz. Somut olayda davacı tarafça mutlak ayrımcılık nedenlerinden birinin varlığı ileri sürülmediği gibi dosya kapsamında bu yönde bir delil de bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalıdır.

VI. KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Temyiz olunan Mahkeme kararının BOZULMASINA,
Peşin alınan temyiz karar harcının istek hâlinde ilgililere iadesine, Dosyanın
Mahkemesine gönderilmesine,
19.11.2024 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.