

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İŞ İLİŞKİSİNDE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA  
BORCUNA İLİŞKİN KARARI VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ  
(2016/5824 NO.LU 28/12/2021 TARİHLİ BURCU REİS BAŞVURUSU)****CONSTITUTIONAL COURT DECISION AND ITS THOUGHTS REGARDING EQUAL  
TREATMENT OF THE EMPLOYER IN EMPLOYMENT RELATIONSHIP  
(BURCU REİS APPLICATION NUMBERED. 2016/5824 DATED 28/12/2021)**Dilek DULAY YANGIN\*   & Hatice Duygu ÖZER\*\*  **Makale Bilgi**Gönderi: 03/07/2022  
Kabul : 24/10/2022**Anahtar Kelimeler**Ayrımlı Yasağı,  
Eşit Davranma Borcu,  
Ayrımcılık Tazminatı.**Özet**10.21492/inuhfd.1139980 

İşverenin eşit davranma borcu iş hukukunda, ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit davranma borcu çerçevesinde ikili görünüme sahiptir. İşverenin benzer durumdaki işçileri arasında ayrımcılık temellerine dayalı olmayan, farklı muamelede bulunmasının sonuçlarının ele alındığı çalışmada, konu Anayasa Mahkemesi'nin 2016/5824 no.lu 28/12/2021 tarihli Burcu Reis başvurusu özelinde değerlendirilmiştir. Anılan kararda işverenin benzer durumdaki küçük çocuğu olan kadın işçilerinden bir kısmını işyerinde açmış olduğu kreş imkanından yararlandırmasına karşın, başvurucuyu sebebi açıkça ortaya konulamayan bir şekilde yararlandırmamış olması, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak, ortaya çıkan ayrımcılık yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için iş yargısının yeniden yargılama yapmasına karar verilmiştir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre ise, İş Kanunu m.5 hükmünün yaptırımını teşkil eden ayrımcılık tazminatı sadece ayrımcılık temelli farklı muameleyle maruz kalan işçiler için söz konusudur. Oysa Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar, işverenin eşit davranma borcuna aykırı olan tüm durumlarda anılan tazminatın ödenmesini sağlamaya yönelik bir açılım sağlayacak niteliktedir. Bu sonuç, İş Kanunu m.5'deki farklı muameleyle maruz kalan işçinin üzerindeki ispat yükü açısından da işçi lehine sonuç doğuracak niteliktedir.

**Article Info**Received: 03/07/2022  
Accepted: 24/10/2022**Keywords**Prohibition of  
Discrimination,  
Equal Treatment  
Debt,  
Compensation of  
Discrimination.**Abstract**

The employer's obligation of equal treatment has a dual appearance in labor law, within the framework of the prohibition of discrimination and the obligation of equal treatment in the narrow sense. In this study, the results of the employer's different treatment among its workers in similar situations, which are not based on discrimination, are discussed. The subject has been evaluated in the context of the Constitutional Court's application no. 2016/5824 and dated 28/12/2021, Burcu Reis. In the mentioned decision, it has been examined that although the employer made some of the female workers with small children benefit from the kindergarten opportunity that was opened in the workplace, the applicant did not benefit in a way that could not be clearly revealed. It was decided by the Constitutional Court that the labor court would retrial in order to eliminate the consequences of the violation of the prohibition of discrimination, which was found to be against the principle of equality. According to the settled case-law of the Court of Cassation, discrimination compensation, which constitutes the sanction of Article 5 of the Labor Law, is only in question for workers who are exposed to different treatment based on discrimination. However, the decision given by the Constitutional Court is of such a nature as to provide an opening for the payment of the mentioned compensation in all cases that are contrary to the employer's obligation of equal treatment. This result is of a nature that will result in favor of the worker in terms of the burden of proof on the worker who is exposed to different treatment in Article 5 of the Labor Law.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

\* Doç. Dr., Manisa Celal Bayar Üniversitesi İİBF, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Doç. Dr. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

**Atıf Şekli | Cite As:** DULAY YANGIN Dilek/ÖZER Hatice Duygu, "Anayasa Mahkemesi'nin İş İlişkisinde İşverenin Eşit Davranma Borcuna İlişkin Kararı ve Düşündürdüğü (2016/5824 No.lu 28/12/2021 Tarihli Burcu Reis Başvurusu)", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.376-389.**İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

### **EXTENDED SUMMARY**

In a recent decision of the Constitutional Court (Burcu Reis Application –A.N: 2016/5824) dated 28.12.2020, the issue of "whether there was a violation of the prohibition of discrimination in connection with the right to respect for family life because some women working in the same workplace were provided with nursery facilities, while others were not given this opportunity". has taken over.

This decision, which is justified very detailed and deals with the obligation of equal treatment in the labour relationship and the prohibition of discrimination, differs from the case-law developed by the Court of Cassation on the subject.

In our study, we will try to explain the Constitutional Court's decision by classifying the legal issues that need to be resolved under separate headings and make determinations after examining the event that forms the basis of the Constitutional Court's decision on the subject and the solution style of the local courts and the Court of Cassation.

There are many studies in the labour law doctrine literature on the determination of the employer's obligation of equal treatment. The main reason for this is that although the title of the article in Article 5 of the Labor Law is the "principle of equal treatment", the regulations in its content contain provisions specific to the prohibition of discrimination.

Adhering to the text of the law, it is seen that the discrimination compensation issued in case of violation of this article can only be paid to the workers who are exposed to discrimination, and that the workers are deprived of this compensation in case of different treatments that are not based on discrimination. It is seen that in the labor court decisions and Supreme Court decisions that deal with the subject, decisions have been made that no discrimination compensation should be awarded in favor of the worker in different treatments that are not based on discrimination. In our study, we have acted with the aim of clarifying that this result, which emerges only when the provision of the Labor Law is adhered to, is not satisfactory in terms of the law de lege frenda. Moreover, it is seen that the same conclusion was reached in the Individual Application decision of the Constitutional Court, which we examined. This is because, in the decision, the prohibition of the employer to take different actions among the workers based on language, race, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion and sect and similar discrimination, and equal treatment of the same or similar persons without discrimination. It is seen that the "obligation of equal treatment" in the narrow (general) sense, which can be defined, is handled in a way that differs from the stabilized case-law of the Court of Cassation.

In this case, the Constitutional Court firstly determined that the situation of the applicant is similar to that of the female workers for whom the employer provides nursery facilities in terms of having a child in the nursery age.

In terms of determining whether a different treatment was given to the applicant compared to the female employees in a similar and comparable situation, it was revealed that the employer's failure to provide nursery facilities to the applicant constitutes different treatment, which can be understood "at first glance".

According to the Court, it cannot be understood by the case on what grounds the employer did not make the applicant benefit from the nursery opportunity and it is not known on what criteria he chose the female workers whom he made use of the nursery facility. Since the employer has not disclosed these criteria to the judicial authorities, it cannot be determined on what basis the employer bases the different treatment. In terms of different treatment that can be understood at first glance, it is not meaningful to expect the person exposed to different treatment to reveal the reason for the different treatment.

In this context, the only thing expected from the person claiming that the prohibition of discrimination has been violated is to prove the existence of different treatment. After that, the burden of proving that the situation is based on an objective and reasonable reason rests with the employer, and it is seen that the employer did not provide any explanation as to the reason for the different treatment. It has been concluded that the prohibition of discrimination has been violated since the courts of instance did not consider that the employer did not fulfill its obligation to prove that the difference in treatment was based on an objective and reasonable reason. Therefore, the Constitutional Court decided to refer the decision to the labor court for a retrial in order to eliminate the consequences of the violation of the prohibition of discrimination in connection with the right to respect for family life.

While there is no doubt about seeing this decision of the Constitutional Court, which has brought a new perspective to the understanding that has long been accepted by the labor judiciary and the Supreme Court, in our opinion, what should be done is that the regulation in Article 5 of the Labor Law which is limited only to the prohibitions of discrimination should be rewritten. This will pave the way for the compensation of discrimination to be paid to the worker both in violation of the obligation of equal treatment in the narrow sense and in case of discrimination. While awarding compensation, determining the discrimination-based ones from the upper limit and the others lower than the others, will not be separated from the dual formation of the obligation of equal treatment in labor law.

Finally we would like to state that we have concluded that it would be appropriate to make legal changes in line with the decision of the Constitutional Court in our study, which has the feature of a "mixed case study".

## I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi yeni tarihli bir kararında (28/12/2021 tarihli Burcu Reis Başvurusu Başvuru Numarası:2016/5824)<sup>1</sup> “aynı işyerinde çalışan bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken bazılarında bu imkânın tanınmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği” meselesini ele almıştır. Ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilen ve iş ilişkisinde eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağının ele alındığı bu karar, Yargıtay’ın konuya ilişkin geliştirdiği içtihatın farklılık göstermektedir. Biz çalışmamızda Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin kararına esas teşkil eden olay ve yerel mahkemeler ile Yargıtay’ın çözüm tarzını inceledikten sonra Anayasa Mahkemesi’nin kararını çözümü gereken hukuki meseleleri ayrı başlıklar altında sınıflandırmak suretiyle açıklama yapmaya ve tespitlerde bulunmaya çalışacağız.

### A. Karara Konu Olan Olay ve Mercilerin Çözüm Tarzı

İnceleyeceğimiz kararda özetle;

“Davacı, 3/10/2005 tarihinden 19/4/2011 tarihine kadar X. Anonim Şirketine ait bir işyerinde çalışmıştır. Kendisine işyeri tarafından kreş imkânı sunulmadığından, çocuğunu 18/3/2010-2/6/2011 tarihleri arasında başka bir kreşe göndermiş ve toplam 4.000 TL kreş ücreti ödediğini ileri sürerek, İş Mahkemesi’nde işveren aleyhine tazminat davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde, işyerinde çalışan çocuklu bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken kendisine bu imkânın tanınmadığını iddia ederek işverenin *Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*’in (Yönetmelik) 15. maddesiyle getirilen yükümlülüğü ihlal ettiğini belirtmiştir. Dava dilekçesinde ayrıca çocuğunun kreşi için yaptığı masrafların yasal faiziyle birlikte ödenmesini, bunun yanında eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle ayrımcılık tazminatına da hükmedilmesini istemiştir. İş Mahkemesi 19/6/2013 tarihinde davayı ayrımcılık tazminatı yönünden kabul ederek başvurucuya 3.787,28 TL tazminat ödenmesine, yoksun kaldığı haklar ile kreşe ödenen bedelin tazmini isteminin ise reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, işverenin eşit davranma borcunun işyerinde çalışan ve aynı durumda bulunan işçiler arasında keyfî biçimde ayırım yapmasını yasakladığı belirtilmiştir. Kararda; işverenin kreş uygulaması konusunda işçiler arasında farklı muamele gerçekleştirdiğinin tanık beyanlarıyla ispatlandığı, işverenin ise bunun aksini ortaya koymadığı ifade edilmiştir. Yoksun kalınan haklara yönelik olarak ise kararda; işverenin sağladığı imkânın işçilerin çocuklarının anlaşmalı kreşlere gönderilmesinden ibaret olduğu, bunun dışında herhangi bir ödemenin yapıldığının başvurucu tarafından ispatlanmadığı vurgulanmıştır. Kararda son olarak 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinin altıncı fıkrasına göre başvurucunun ancak ayrımcılık tazminatı ile yoksun kaldığı hakları isteyebileceği, çocuğunun kreşi için yaptığı masrafları talep edemeyeceği, bu sebeple kreşe ödediği tutara ilişkin talebinin kanuni dayanağının bulunmadığı” açıklanmıştır.

Tarafların karşılıklı temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 16/2/2015 tarihinde İş Mahkemesi kararı (davacı)başvurucu aleyhine bozulmuştur. Kararın gerekçesinde; Anayasa’nın 10. maddesine, bazı uluslararası sözleşme ve belgelerin eşitlik ilkesiyle ilgili hükümlerine ve 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesine yer verildikten sonra işverenin eşit işlem borcunun dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrımcılık yapmasını yasakladığı vurgulanmıştır. Kararda; başvurucunun 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin gerçekleştiğini ispatlayamadığı, bu nedenle başvurucu lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. İş Mahkemesi bozma kararına uyarak 14/10/2015 tarihinde; yoksun kalınan haklar ve kreş bedeli yönünden önceki karardaki gerekçeyle, ayrımcılık tazminatı yönünden ise bozma kararındaki gerekçeyle davayı reddetmiştir.

### B. Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı ve Çözümü Gereken Hukuki Sorunlar

Anayasa Mahkemesi ilk olarak, “kreşten yararlanamama durumunun ailenin huzur ve refahını etkilediği açık olduğundan, 4857 sayılı Kanun’un mülga 88. maddesi ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik’te düzenlenen kreş imkânının Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında kaldığı” sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede “başvurucunun Anayasa’nın 20. maddesi kapsamındaki aile hayatına saygı hakkının norm alanına giren bir menfaatinin bulunduğu tespit edilmiş olması, Anayasa’nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı kapsamında inceleme yapılması için yeterli görülmüştür”.

Esas bakımından yaptığı incelemede ise,

“Mahkeme öncelikle başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunu tespit etmiştir. Başvurucuya benzer ve kıyaslanabilir durumdaki kadın çalışanlara göre farklı bir muamele yapılmış olup olmadığının belirlenmesi bakımından ise işverenin başvurucuya kreş imkânı sağlanmamasının farklı muamele teşkil ettiği hususunun ilk bakışta anlaşılabilir nitelikte olduğunu diğer bir ifadeyle başvurucunun kreş imkânından yararlandırılmamasının işverenin saikinden bağımsız olarak farklı muamele teşkil ettiğini”

ortaya koymuştur. Dolayısıyla işverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında kreş imkânından yararlandırma bakımından farklılık yarattığının ortaya konulduğu kabul edilmelidir. Mahkeme’ye göre,

“olayda işverenin hangi sebep temelinde başvurucuyu kreş imkânından yararlandırmadığı anlaşılammakta ve kreş imkânından yararlandırdığı kadın işçileri hangi kriterlere göre seçtiği bilinmemektedir. İşveren, bu kriterleri yargı mercilerine açıklamadığından işverenin farklı muameleyi hangi temele dayandığı tespit edilememektedir. İlk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden- bu muameleye maruz kalan kişiden muamelelerin sebebinin ortaya koymasını beklemek anlamlı değildir. Bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia eden kişiden beklenenin, farklı muamelelerin varlığını ispatlamasıyla sınırlı olması gerekir. Farklı muamelelerin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını

<sup>1</sup> RG. 27.01.2022; 31732.

ispatlama külfeti işverene ait olup olayda işverenin farklı muamelenin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir. Derece mahkemelerinin işverenin farklı muamelenin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini gözetmemiş olması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği”

sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında işverenin dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzer ayrımcılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem yapma yasağı anlamına gelen ayrımcılık yasağı ile ayrımcılık temellerine dayanmaksızın aynı yahut benzer kişilere eşit davranılması olarak tanımlanabilecek dar (genel) anlamda eşit davranma borcunun Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarından farklılık gösterecek biçimde ele alındığı görülmektedir. Bu bağlamda işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde işçinin İş Kanunu m.5 kapsamında ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının mümkün olup olmadığı ve ayrımcılık iddiasının ispatında özellikli arz eden durumların neler olduğu tartışılması gereken hukuki meseleler olarak karşımıza çıkmaktadır.

## II. BAŞLICA HUKUKİ KAYNAK VE REFERANSLAR

Türk hukukunda eşitlik ilkesinin Anayasal dayanağını 1982 Anayasası m.10 oluşturmakta olup “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlığını taşıyan madde uyarınca “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Anılan hüküm tüm hukuk düzeninde ve bireyler arası ilişkilerde geçerli olabilecek bir eşitlik ilkesi öngörmüş olup anılan ilke hem dil, din, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, cinsiyet ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını hem de bunun dışında kalan haller bakımından söz konusu olabilecek genel anlamda eşit davranma borcunu ihtiva etmektedir<sup>2</sup>. Diğer bir deyimle

“Anayasa'nın 10. maddesi ayrımcılık yasağı biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekmekte olup, eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içermektedir<sup>3</sup>”.

Bununla birlikte anılan düzenlemenin kapsamı belirlenirken hükmün lafzına bağlı kalınmamalı söz konusu ayırım yasakları dışında kalan hallerin de içeriğe dahil olduğu kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli tarihlere yapılan bireysel başvurular neticesinde verdiği kararlarda durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“...Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının ve içinin doldurulmasının önünü açmıştır (Tuğba Arslan, [GK], B. No. 2014/256, 25/06/2014, § 115; İbrahim Uysal, B. No. 2014/1711, 23/07/2014, § 48; Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56). Bu kapsamda ayrımcılık yasağı, “din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini” içerir (Tuğba Arslan, § 114; Cemal Duğan, B. No. 2014/19308, 15/02/2017, § 42). “Nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak aynı veya benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması ve farklı muamelenin, meşru bir amaç veya haklı bir neden taşımadığı ve kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığı durumlarda ayırmı farklı muamele ortaya çıkmaktadır (Tuğba Arslan §§ 120, 121)”. “Bununla birlikte madde metninde yer alan “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koymakta olup madde metninde yer alan temeller örnek niteliğindedir (Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56; Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş., § 79).”

Anayasa Mahkemesi'nin inceleme konusu kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine de atıf yaptığı görülmektedir.

“Ayrımcılık Yasağı” başlıklı anılan hükmeye göre, “Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır. AİHM’e göre farklı muamele, nesnel ve makul bir gerekçeye sahip olmaması halinde ayrımcı olarak nitelendirilir. Diğer bir deyişle meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele, ayrımcılık oluşturur (Fabris/Fransa [BD], B. No: 16574/10, 7/2/2013, § 56). Sözleşme'nin 14. maddesi bütün muamele farklılıklarını değil yalnızca belirlenebilir nesnel veya kişisel vasıf farklılıklarını ya da biri diğerinden ayrılabilir statü farklılıklarını yasaklamaktadır. 14. madde, diğerlerinin yanında cinsiyet, ırk ve mülk de dahil olmak üzere statü oluşturan belirli gerekçeleri saymaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan listenin bu maddenin lafzında “herhangi başka bir durum” denilmekle sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmektedir (Clift/Birleşik Krallık, B. No: 7205/07, 13/7/2010, § 55)”.

İnceleme konusu kararda mahkemenin hükmeye esas teşkil ettiği referans norm olan İş Kanunu 5. madde “eşit davranma ilkesi” kenar başlığını taşımaktadır ve Anayasa m.10’da yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukunda yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bahse konu hükmeye göre,

<sup>2</sup> SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (12), Aralık 2008, s.25 (Eşit Davranma); YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s.35 vd; ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta 2011, s.426

<sup>3</sup> AYM, 23/9/1996; E.1996/15, K.1996/34; Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108; Nurcan Yolcu, § 30; Gülbu Özgüler, § 37.

“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 kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılınmadıkça, 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.”

Anılan hükmün kenar başlığı eşit davranma ilkesi olmasına rağmen hükmün lafzında işverenin eşit davranma borcuna değinilmemiş olup, bu durum kapsam bakımından çeşitli sorularla akla getirmektedir. Hükmün gerekçesinde işverenin işe alımdan başlayarak, tüm çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilmekte olup, eşit davranma borcunun en önemli dayanağının Anayasa'nın 10. maddesi olduğu ifade edilerek konuya ilişkin uluslararası düzenlemelere gönderme yapılmaktadır. İş Kanunu m.5 hükmü temelini Anayasa'nın 10. maddesinden almaktadır ve inceleme konusu kararda da ifade edildiği üzere (par. 33) Anayasa m.11 hükmü gereği Anayasa hükümleri, kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğundan 5. maddenin kapsamının bu çerçevede tayin edilmesi; hükmün lafzında yalnızca ayırım yasaklarından söz edilmiş olmasının işverenin genel anlamda eşit davranma borcunu dışlamayacağı kanaatindeyiz<sup>4</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında da, “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir” (AYM, Tuğba Arslan Kararı, Başv. 2014/256, K: 25/06/2014) denilmek suretiyle kavramları bir bütün olarak ele aldığı anlaşılmaktadır<sup>5</sup>.

Doktrinde Doğan Yenisey tarafından da ifade edildiği üzere, “4857 sayılı yasa ile bir yandan işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğü varlığını korurken, öte yandan bazı ayrımcılık yasakları özel olarak düzenlenmiş, böylece eşit işlem ilkesi, iş hukukunda katmanlı bir yapıya kavuşmuştur.”<sup>6</sup>.

Uğan Çatalkaya, isabetli bir biçimde iş hukuku bakımından eşitlik ilkesinin iki boyutlu bir yapıda olduğunu ifade etmiştir<sup>7</sup>. Bu ikili yapı; ayırım yasakları ve eşit işlem yapma borcu olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu ikili yapıyı ifade etmek için doktrinde seçilen kavramlar bakımından farklılıklar göze çarpmaktadır<sup>8</sup>. Bizim de çalışmamız kapsamında tercih ettiğimiz “*dar anlamda eşit davranma borcu*” ve “*ayırım yasakları*” terminolojik bakımından işverenin eşit davranma borcunun iki bileşenini karşılamaktadır. “*Dar anlamda eşit davranma borcu*” ayrımcılık temellerine dayanmaksızın

<sup>4</sup> UĞAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı”, (69), 2021, Çalışma ve Toplum, s.864; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı” (11), 2006, Çalışma ve Toplum, s.64 vd; ERTÜRK/GÜRSEL, s.431; Doktrinde Yıldız tarafından isabetle belirtildiği üzere yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanununun 5.maddesinin “eşitlik ilkesi” başlığı altında hem dar anlamda eşit işlem yapma borcunu hem de ayrımcılık yasağını kapsayacak hale gelmesine kadar işverenin ayrımcılık yasağı dışında kalan dar anlamda eşit işlem yapma borcunun yasal dayanağı Anayasanın 10.maddesi olarak kabul edilmelidir” YILDIZ, s.65; BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 7(25), 2010, s.71; GÜLMEZ, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, 25(2), 2010, s.239; Karşı görüş için bkz. AYKAC, Hande Bahar; Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması, Tankut Centel (Ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul Ekim 2016, s.52; ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcunda Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (46), 2021, s.131; SÜZEK, Eşit Davranma, s.26; Doktrinde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca mevcut düzenleme dikkate alındığında genel anlamda eşit davranma borcunun normatif dayanağının İş Kanunu m.5 değil, Anayasa'nın 10.maddesi olduğunu ifade etmektedir. ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021, s.457; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21.Baskı, İstanbul 2021, s.471 (İş Hukuku); Aynı yönde ÜNAL, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, 2017, İstanbul, s.87.

<sup>5</sup> DEMİR, Kübra: “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Sınırı: 6701 sayılı Kanun’da Ayrımcılık Yasağının İstisnaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), 12(1), 2022, s.21.

<sup>6</sup> DOĞAN YENİSEY, s.65.

<sup>7</sup> UĞAN ÇATALKAYA, s.891.

<sup>8</sup> Bu farklılığın sebebi ise, işverenin eşit davranma borcunun iki boyutu olduğunu kabul etmekle birlikte her ikisinin de tek bir kavram gibi bütünleştirilerek kullanılmasıdır. Örneğin, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, eşit davranma ilkesinin işverenin işçiler arasında ayırım yapılmaması şeklinde bir borç olarak birlikte ele almıştır. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s.723-724. Narmanlıoğlu ise, ayrımcılık temelli yasakların mutlak ayırım yasakları, sözleşme türüne göre veya işin niteliği gibi nedenlerden kaynaklanan işçiler arasında eşit işlem yapmama durumunu ise nisbi ayırım olarak belirleyerek aslında kanaatimizce ayırım yasakları ve eşit işlem yapma borcu ayırımına işaret etmiştir. NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, s.325); Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca tarafından ise, ayrımcılık temelli davranışlar ve işverenin işçilerine eşit işlem yapmasının birlikte “geniş anlamda eşit davranma”, ayrımcılık temelli davranışlar dışında kalan kısmı karşılamak için de “genel anlamda eşit davranma” borcu ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Yine benzer yönde olmak üzere, ayrımcılık yasağının, “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak anıldığı görüşlerin ise çoğunlukta olduğu görülmektedir (SÜZEK, İş Hukuku, s.468-474. DOĞAN YENİSEY, s.66-69; ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.131 vd.). Ancak terminolojide farklılık bulunmasının sadece Türk iş hukuku öğretisine mahsus olmadığı, yabancı ulusal iş hukuklarında ve AİHM kararlarında da rastlanılan bir durum olduğu yönünde, UĞAN ÇATALKAYA, s.866-867.

işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade ederken, “ayrımcılık yasağı” kişinin değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayalı olarak farklı işlem ve etki yasağını ifade etmektedir<sup>9</sup>. Amaçları itibariyle birbirine paralel olan bu iki kavram, şu şekilde birbirinden daha kolay ayırt edilebilmektedir; işverenin sergilediği her ayrımcılık temelli muamele işçilere eşit şekilde davranılmaması olarak nitelendirilse de, her eşit şekilde davranılmayan durum, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyebilecektir. Örnek vermek gerekirse, farklı cinsiyette olanlara aynı miktarda ücret ödemeyen işveren ayrımcılık yapmış sayılmakta ve eşit işlem borcuna aykırı davranmış olduğu kabul edilmekle birlikte, işveren ile aralarında eskiye dayanan dostluk ilişkisi bulunması nedeniyle bir işçiye yüksek ücret ödenirken diğerine daha düşük ücret belirlenmiş olması işverenin ayrımcılık yasağına aykırı davranması olarak nitelendirilmeyecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümünü üst başlık olarak işverenin geniş anlamda eşit davranma borcu olarak kabul etmek, bu borcun alt ayrımlarını ise, ayrımcılık yapmama borcu ve dar anlamda eşit davranma borcu olarak belirlemek gerekecektir. Bu ayrımın önemi ise, incelemekte olduğumuz kararda olduğu gibi işçi bakımından ortaya çıkacak sonuçlar açısından kendisini gösterecektir.

### **III. İŞVERENİN BAZI KADIN ÇALIŞANLARA KREŞ İMKÂNI SAĞLARKEN BAZILARINA BU İMKÂNIN TANINMAMASI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRMELER**

#### **A. İşverenin İşçilerine Kreş İmkânı Sağlama Yükümlülüğü**

Karara konu olan uyuşmazlığı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık tazminatı özelinde incelemeye geçmeden önce işverenin işçilerine kreş imkânı sunma yükümlülüğünden kısaca bahsetmek gerekecektir. Zira işverenin yasa veya sözleşme gereği yapmakla yükümlü olmayıp da ikram, atıfet niteliğinde işçilerine yapacağı yardımlar veya sunacağı imkânlarla ilişkin olarak işçileri arasında eşit davranma borcu bulunmamaktadır<sup>10</sup>.

İşverenin kreş açma yükümlülüğü<sup>11</sup> ile ilgili olarak, “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik<sup>12</sup>” yürürlükte olup, belli sayının üzerinde kadın çalışanı olan işyerlerinde işverenin çocuk bakım yurdu kurma zorunluluğu getirilmiştir<sup>13</sup>. Anılan yönetmeliğin 13/2. maddesine göre “150’den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, ... bir yurdun kurulması zorunludur.” Maddenin devamında, “İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler.” hükmüne yer verilmiştir.

Burada anılan, “işverenin yurt açmak yerine mevcut yurtlarla anlaşma yapmak suretiyle bu yurtlardan hizmet alması” hususu, üzerinde değerlendirme yapılacak niteliktedir. İşverenin piyasadaki çocuk bakım yurtlarıyla anlaşma yükümlülüğünün içeriği iş mevzuatında açıkça belirlenmemiş ancak “uygulamada işverence, belirlediği çocuk bakım kurumları ile anlaşmalar yaparak belirli sayılarda yer rezerve etmesi, kreş ücretini ödemesi hatta çocukların servis-ulaşım hizmetinin de bu anlaşmaya dâhil edilmesi, iyi uygulama örnekleri” olarak tespit edilmiştir<sup>14</sup>. İşverene bizzat yurt açma ya da piyasadaki yurtlarla anlaşma konusunda seçim hakkı tanınmış olduğu görülmektedir. Ancak işçiye sağlanan bu imkânın tamamen ücretsiz mi olacağı ya da hizmetin içeriğinde neler olması gerektiği mevzuatta açıklığa kavuşturulması gereken konulardır<sup>15</sup>. Böyle bir düzenleme bulunmadığından, yapılması gereken, işverenin konuyu iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle açıklığa kavuşturması olacaktır.

İncelediğimiz kararda işverenin kadın çalışan sayısına ilişkin bir bilgi yer almadığından, işverenin ilgili yönetmelikteki zorunluluk nedeniyle değil de işyerinde süregelen bir uygulamaya göre çalışanlara kreş imkânı sağlanmış olduğu düşünülebilir. Öte yandan, işverenin çocuk yurdu hizmeti sunmasına ilişkin sözleşmelerde de herhangi bir düzenleme bulunmadığı zira gerek ilk derece mahkemesinin gerekse yüksek mahkemenin yargılama sürecinde bu yönde bir delilden bahsedilmediği görülmektedir. Ancak 9. Hukuk Dairesi’nin karar metninde davalının cevap olarak sunduğu bilgilerden anlaşıldığı kadarıyla davalı işverenin kreş açma yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu yükümlülük kapsamında ilginç ve anlaşılması güç bir işyeri uygulaması geliştirdiği görülmektedir.

Söz konusu savunmaya göre,

<sup>9</sup> UGAN ÇATALKAYA, s.892; ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.131; DOĞAN YENİSEY, s.66.

<sup>10</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.726.

<sup>11</sup> İşverenin söz konusu yükümlülüğü çocuk bakım yurdu kurma olarak mevzuatta ifade edilmekle birlikte biz çalışmamızda uygulamada bilinen ve sıklıkla kullanılan şekilde “işverenin kreş açma yükümlülüğü” kavramını kullanacağız.

<sup>12</sup> RG: 16.08.2013; 28737. Önemle belirtelim ki, davanın açıldığı tarihte bu yönetmelik değil, aynı adlı 2004 tarihli bir başka yönetmelik yürürlükteydi. Ancak işverenin çocuk bakım yurdu açmasına ilişkin hükümler her iki yönetmelikte de aynıdır.

<sup>13</sup> Yükümlülüğün işyerindeki çalışanların çocuk sayılarına göre değil de, kadın çalışan sayısına göre belirlenmesi de tartışmaya açıktır. Oysa benzer amaçlı düzenleme olan Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik’te (RG: 8.12.1987; 19658) yükümlülük çocuk sayısına göre düzenlenmektedir. Bu konudaki değerlendirme için bkz. KUTSAL SAVAŞ, Fatma, “İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu İle İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019, s.521.

<sup>14</sup> DULAY YANGIN, Dilek: “Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Sempozyumu, 17-19 Nisan 2021, Yayınlanmamış Tebliğ.

<sup>15</sup> Oysa Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Açılacak Çocuk Bakımevleri Hakkında Yönetmelik m.13’de, çocuk bakımevi hizmetlerinin ücretli olduğu, toplu ulaştırma giderleri çocuk velileri tarafından ayrıca karşılanacağı ve veliden aylık ücret dışında kira, ısıtma, aydınlatma, personel ve demirbaş giderleri için ayrıca ücret alınmayacağı açıkça belirlenmiştir.

“...şirketin İş Kanunu 88. maddesinde (anılan hüküm mülga olmakla birlikte aynı yükümlülük 6331 sayılı Kanun m.30 kapsamında devam etmektedir.) düzenlenmiş olan yasal zorunluluğunu yerine getirdiğini ve mağazalar bazında kreş uygulamasını gerçekleştirdiğini, kreş uygulaması olan mağazada, personelin başlangıç mağazasında kreş uygulaması var ise ve personelin bu haktan faydalanıyorsa, transfer olduğu mağazada kreş uygulaması olmasa da personelin bu haktan faydalandırıldığını, yine personelin başlangıç mağazasında bu hakkı yok ise ve transfer olduğu mağazada herkes bu haktan faydalanıyorsa, bu personelin de bu haktan faydalandırıldığını, ancak bir kısım personel yine mağaza bazında bu haktan faydalanmıyorsa o zaman bu personelin de bu haktan faydalanmadığını, bir de personel tekrar transfer olduğunda ve yeni mağazada bu hakkı yok ise, hakkını kullandıysa artık bu personelin kullandığı hakkıyla yeni mağazaya gittiğini...”

belirtmek suretiyle aslında yasal zorunluluk olan kreş açma yükümlülüğünü karmaşık bir işyeri uygulaması ile şekillendirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi de haklı olarak, anılan yükümlülüğün yasadaki kaynaklandığını dikkate almış, işverenin bu yükümlülüğü işyeri uygulaması şeklinde belirlemesi ve bu işyeri uygulamasının iş koşulu haline gelip gelmediğini diğer bir ifade ile işçi açısından talep hakkı doğurup doğurmadığı hususunu tartışma gereği duymamıştır.

Yine davalı işverenin kreş açma yükümlülüğünü yerine getirirken, Anayasa Mahkemesi kararında da tespit edildiği üzere, “mağaza bazında kreş açma uygulaması yaptığı” görülmektedir. Oysa ilgili Yönetmeliğin 13/4. maddesinde, “Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır” hükmü bulunduğu dolayısıyla işverenin işyerleri arasında farklı muameleye gitmesinin mümkün olmayacağını kabulü gerekecektir. O halde, somut olay bakımından söz konusu yükümlülük yasadaki kaynaklanmış olup, işverenin atıf olarak değerlendirilemeyecek bir hizmeti olduğundan, bu uygulamanın da eşit davranma borcu kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

## B. Anayasa Mahkemesi’nin Esasa İlişkin Değerlendirmeleri

Kararda belirtildiği üzere;

“Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında inceleyebileceği bir meselenin varlığından söz edilebilmesi için aynı veya göreceli olarak benzer durumda olan kişilere yönelik olarak farklı muamelelerin varlığının şart olduğu (par.47) ve Anayasa’nın 10. maddesinde sayılan belirlenebilir özellikler temelinde yapılan farklı muamele ve durumların bu anlamda farklı muamele teşkil edebileceği ifade edilmiştir (par 48).—Bu çerçevede Mahkeme somut olay bağlamında aynı işyerinde çalışan ve kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığını ele almış ve başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunun açık olduğunu tespit etmiştir (par 55). Buna göre aynı durumda bulunanlara yönelik olarak gerçekleştirilen bir farklı muamelelerin ayrımcılık yasasını ihlal etmemesinin ön koşulu, objektif ve makul bir nedene dayanmasıdır. Objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasasını ihlal eder (par 64)”.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı ve bir sonraki bölümde ele alınacak eşit davranma borcunun ihlali halinde ispat yüküne ilişkin geliştirdiği yaklaşım Yargıtay’ın İş Kanunu 5. maddesinin uygulanmasına yönelik oluşturduğu istikrarlı uygulamayı değiştirme potansiyeline sahiptir. Bu sebeple öncelikle ayrımcılık tazminatına hak kazanılması bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından geliştirilen istikrar kazanmış içtihadı değinilmesi gerekmektedir.

Yargıtay’ın yerleşik uygulaması, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği her durumda tazminat yaptırımının öngörülmediği; bu yaptırımın söz konusu olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden birinin gerçekleşmesi şartının aranması yönündedir<sup>16</sup>. Daire’nin farklı tarihlerde verdiği kararlarda anılan istikrarlı tutumunu devam ettirdiği ve davacının maaşının geç ödenmesinin, diğer işçilere fazla mesai ücreti ödenirken davacıya ödenmemesi yahut mailine geç cevap verilmesi gibi durumların ayrımcılık tazminatına hak kazandırmasının mümkün olmadığını ifade ettiği; farklı uygulamaların dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayalı olduğunun iddia ve ispat edilmesi koşulunu aradığı görülmektedir<sup>17</sup>.

Ancak Daire’nin geliştirdiği istikrar kazanmış uygulamanın doktrinde tartışmalara konu olduğu da görülmektedir. Doktrinde bir kısım yazar, Daire ile aynı yönde olmak üzere madde metni ile bağlı kalıp lafzi yorum yaparak ayrımcılık temellerine dayanmaksızın işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade eden “*dar anlamda eşit davranma borcu*” nun İş Kanunu m.5 hükmünde düzenlenmediğinden aynı maddenin 6. fıkrasında yer alan ayrımcılık tazminatına hak kazanılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir<sup>18</sup>. Diğer görüş taraftarları ise hükmün lafzına bağlı kalınmasının isabetli olmadığını; hakkaniyet ve adalet gereği amaca uygun yorum yapılarak ortaya çıkan boşluğun dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali halinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi yönünde

<sup>16</sup> Bu yönde pek çok karar bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını şu şekilde sıralamak mümkündür; Yargıtay 9.HD. 25.7.2008; E.2008/27310, K.2008/22095 bir diğer kararda, “Davalı işveren tarafından davacının harcırah, kira, ücret, yemek yardımının eksik yapılmasının nedeni olarak davacının dil, ırk, cinsiyet ya da siyasi düşüncesinden dolayı yapılmış ayrımcılığı ortaya koyan bir saptamanın bulunmadığı anlaşıldığından davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddinin gerektiğine” hükmedilmiştir (Yargıtay 9.HD, 26.01.2021; E.2020/4817, K.2021/2405 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Bilgi Bankası).

<sup>17</sup> Aynı yönde, Yargıtay 9.HD, 13.10.2021; E.2021/10130, K.2021/14251; Yargıtay 9.HD, 17.03.2021; E.2020/9093, K.2021/6337; Yargıtay 9.HD, 03.03.2021; E.2020/4588, K.2021/5455; Yargıtay 9.HD, 11.01.2021; E.2017/17932, K.2021/183; Yargıtay 9.HD, 06.10.2020; E.2016/24252, K.2020/10625.

<sup>18</sup> ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.133; ÜNAL, s.103; SÜZEK, İş Hukuku, s.493; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.469; Doktrinde Ugan Çatalkaya olması gereken hukuk açısından, İş Kanunu m. 5 hükmünün, işverenin eşit davranma borcunun her iki boyutunu kapsayacak biçimde yeniden formüle edilmesinin ve her iki halde de eşitliği bozan tutumun yaptırma bağlanmasının isabetli olacağını ifade etmektedir. UGAN ÇATALKAYA, s.889; Aykaç da burada bir yasa boşluğu değil, yasakoyucunun bilinçli olarak susmasının söz konusu olduğunu ifade etmekte ve mevcut düzenleme karşısında dar anlamda eşit davranma borcunun ayrımcılık tazminatına hak kazandırmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. AYKAÇ, s.116.

hakim tarafından doldurulması gerektiğini ifade etmektedir<sup>19</sup>. Evvelce de ifade edildiği üzere maddenin kenar başlığı “eşit davranma borcu” olmasına ve gerekçesinde açıkça yer verilmesine rağmen İş Kanunu m.5 hükmünün lafzında kişinin değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özelliklerine dayalı olarak farklı işlem ve etki yasağını ifade eden ve ayrımcılık temellerine dayanan farklı işlem yasağı düzenlenirken ayrımcılık temeline dayanmaksızın işverenin aynı yahut benzer işçilerine eşit davranmasını ifade ederken “dar anlamda eşit davranma borcu” na değinilmemiştir. Hükmün lafzına bağlı kalınarak yasada gösterilen ayrımcılık temellerine bağlı farklı işlem halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğinin kabul edilmesi işverenin keyfi uygulamalarının önünü açacak ve eşit davranma borcunun kağıt üzerinde kalmasına sebebiyet verecektir. İş Kanunu’nun 5. maddesi temelini Anayasa’nın 10. maddesinden almakta olup ayrımcılık tazminatına esas teşkil eden uygulamaların ayrımcılık temelini içeren farklı işlemler yanında dava konusu olayda görüldüğü üzere ayrımcılık temelini içermeyen aynı veya benzer işçilere farklı uygulamaları da kapsadığı kabul edilmelidir<sup>20</sup>. Doktrinde Doğan Yenisey tarafından isabetle belirtildiği üzere ayrımcılık yasakları temel hak ve özgürlükler ile ilişkili iken, dar anlamda eşit davranma borcu işverenin yönetim hakkı ile ilişkilidir<sup>21</sup>. İnceleme konusu kararda Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere Anayasa madde 11 hükmü gereği Anayasa’nın 10. maddesi bireyler arasında da doğrudan uygulanabilir nitelikte olup bu yönüyle işverenin yönetim hakkını sınırlayıcı bir görünüm arz etmektedir. İşverenin aynı veya benzer durumdaki işçileri arasında objektif nedenler olmaksızın keyfi veya hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı davranması halinde bu durumun yaptırımsız kalmasının hükmün amacına aykırı düşeceği kanaatindeyiz<sup>22</sup>.

Yukarıda zikredilen istikrar kazanmış kararlarına karşın, Daire’nin 05.10.2020 tarihinde verdiği kararda şu ifadelerle yerleşik uygulamasından ayrılması ve Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı ile benzerlik gösteren bir tutum geliştirmesi dikkat çekici niteliktedir:

“Somut uyuşmazlıkta, davacı aynı bölümde çalıştığı diğer personellerle aynı işi yaptığı halde kendisine daha az ücret ödeyen işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ve iş sözleşmesini bu nedenle haklı olarak feshettiği iddiasıyla tazminat ve fark ücret isteminde bulunmuştur”. Mahkemece “...Özel bir nedene dayanmadan (cinsiyet ayrımcılığı vs.) performans, verimlilik ve bunun gibi kriterlere göre zam oranlarının belirlenmesi ise işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmakta olup, esasen daha fazla efor sarf eden, daha fazla verimli olan işçi açısından diğer işçilere göre yüksek zam verilmesi de eşitliğin gereğidir. Davacı ile aynı bölümde çalışan işçilerin ücretlerinin dökümünün verildiği tablodan da anlaşılacağı üzere, davacıdan daha düşük ücret alan işçilerin olması, erkek işçiler arasında da zam oranlarının farklılık göstermesi karşısında, davacıya cinsiyet ayrımı nedeni ile ücretinden kesinti veya düşük zam yapılmadığı...davalı işyerinde cinsiyet ayrımdan dolayı eşit işlem borcuna aykırı davranılmadığı ve bu sebeple düşük ücret ödenmediği...” bu bağlamda fesihle haklı olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı, ücret farkı ve eşit işlem borcuna aykırılık tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir. Dosya içeriği ve özellikle davalı işveren tanıklarının anlatımlarından, davacının işyerinde başarılı bir işçi olduğu, yeteneğinde veya performansında hiç bir yetersizlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacı cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamış ise de işverenin eşit işe eşit ücret ödememesi eşit işlem borcunun ihlali niteliğindedir ve ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır<sup>23</sup>

Anılan karar doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Özkaraça/Ünal Adınır, davacının cinsiyet ayrımcılığı yönündeki iddiasını kanıtlayamamasına rağmen işverenin eşit işe eşit ücret ödememesinin eşit işlem borcunun ihlali niteliğinde olduğuna değinilerek ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu sonucuna ulaşılmasını hukuki temelden yoksun ve isabetsiz bulurken, bu ayrık uygulamaların Yargıtay’ın istikrar kazanan içtihadını değiştirebilecek potansiyelde olmadığını ve “kaçak” bir karar olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>24</sup>. Ugan Çatalkaya’ya göre de, “karar metninden açıkça anlaşılamayan ve somut uyuşmazlığa özgü bir durumun var olabilir; ulaşılan bu farklı sonucun gerekçesinin Yargıtay’ın bu konuda görüş değişikliğine gitmesi yönünde olup olmadığını, izleyen zamanlarda vereceği diğer kararlar gösterecektir”<sup>25</sup>.

Yargıtay’ın yerleşik uygulamasından sapma gösteren bu kararda eşit işe eşit ücret prensibinin ihlal edilmiş olması ayrımcılık tazminatına hak kazandıracak sebepler arasında zikredilerek Anayasa Mahkemesi’nin inceleme konusu kararda geliştirdiği tutuma yakın bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir. Gerçekten incelediğimiz kararda Mahkeme, “başvurucunun durumunun kreş çağında çocuğunun bulunması yönüyle işverenin kreş imkânı sağladığı kadın işçilerle benzer olduğunun açık olduğunu” ifade ettikten sonra, işveren tarafından yapılan bu muameleye ilişkin açıklık getirilmediğini ortaya koyarak Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit etmiştir. İşverenin bu davranışı aynı yahut benzer durumda olan işçilerin haklı ve objektif sebepler

<sup>19</sup> ERTÜRK/GÜRSEL, s.449; BAYSAL, s.76.

<sup>20</sup> YILDIZ, s.329.

<sup>21</sup> DOĞAN YENİSEY, s.66.

<sup>22</sup> Bu konuda Alman hukukuyla kıyaslama yaptığımızda, Alman Genel Eşit Muamele Yasasında, (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG) işverenin eşit davranma borcu, “ayrımcılık temelli” ya da “herhangi bir ayrımcılık temeline dayanmayan” şeklinde ele alınmakla birlikte her iki durum için de “mağduriyet yaşanmış olma” şeklinde ortak bir tanımlama kullanılmıştır. Bunun sonucu olarak her iki duruma maruz kalana da aynı korunma yollarının uygulanmasına müsait bir sistem kabul edilmiştir. Böylece bizdekine benzer yönde bir tartışmanın ortaya çıkması engellenmiştir (Alman Genel Eşit Muamele Yasası Rehberi, [<sup>23</sup> Yargıtay 9.HD, 05.10.2020; E.2017/16279, K.2020/10415 \(Sinerji\).](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Wegweiser/agg_wegweiser_tu_erkisch.pdf?__blob=publicationFile, s.11, (Erişim: 27.05.2022); ayrıca bkz. ErfK/SCHLACHTER, 22. Aufl. 2022, AGG § 1 Rn. 2.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>24</sup> ÖZKARACA/ÜNAL ADINIR, s.134-135.

<sup>25</sup> UGAN ÇATALKAYA, s.890.



olmadıkça farklı işleme tabi tutulmamasını ifade eden dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali niteliğindedir. Evvelce de ifade edildiği üzere, dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasakları adeta birbiri ile bütünleşmiş yapışık iki kavram yahut madalyonun iki yüzü gibi görülse de aralarında “*ayrımcılık*” temeline dayanan nüans söz konusudur. Ayrımcılık yasağı kişinin, değiştiremeyeceği yahut değiştirmesinin kendisinden beklenemeyeceği özellikleri sebebi ile ayrımcı muameleye tabi tutulmamasını ifade etmekte olup, tespit noktasında, yasaklanmış olan bir ayırım kriterine dayalı uygulamanın varlığı yeterli görülmektedir<sup>26</sup>. Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın tespitinde ise işçilerin sağlanan menfaat açısından karşılaştırılabilir durumda olup olmadığı değerlendirilmekte ve sonra da işçiler arasında kıyaslama yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de somut olayda her ne kadar terminolojik bakımdan “*ayrımcılık yasağı*” kavramını tercih etmiş olsa da<sup>27</sup> yöntem açısından öncelikle kreş imkanı sağlanan işçilerin aynı veya benzer durumda olup olmadığını tespit etmiş, bunu takiben yapılan farklı muameleyi ve haklı nedene dayanıp dayanmadığını ele alarak dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın tespiti çalışmıştır. Bu yönüyle Mahkeme’nin yaklaşımı Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin eşit işe eşit ücret halinde ayrımcılık tazminatına hak kazanılacağını öngören yaklaşım ile paralellik arz etmekte olup, Daire’nin istikrar kazanan uygulamasını değiştirebilecek potansiyele sahiptir.

### C. Başvurucunun Talep Edebileceği Haklar Bakımından Değerlendirmeler

Davacı, işverenin kendisine karşı ayrımcı davrandığı gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı, ayrıca bu süreçte yoksun kalınan haklarını ve kreşe ödediği parayı talep etmiş olduğu yerel mahkeme ve Yargıtay kararlarında ifade edilmiştir.

Kararda tartışmanın odağında, özellikle “ayrımcılık tazminatı alınıp alınmayacağı hususunun bulunduğu görülmektedir. Bunun nedeni ise, İş Kanunu m.5’in düzenleme şeklinin sadece ayrımcılığa maruz kalan çalışanlar bakımından ayrımcılık tazminatı alma hakkını sağlayıp, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın ayrımcı bir durum olmadığı gerekçesiyle, ayrımcılık tazminatına hak kazanmayı mümkün kılmamasıdır.

Ayrımcılık tazminatına hak kazanmaya yönelik iş mevzuatı açısından varılan sonuç, aslında kişiye ayrımcılık tazminatı ödenmesinin mümkün olmayacağıdır. Varılan bu sonuç, yasa metnine uygun olsa da, vicdani değerlendirme yapıldığında, farklı muameleye maruz kalan mağduru korumadığı için adil bir çözüm olarak görülmemelidir<sup>28</sup>. İşte bu eksikliği giderme çabasıyla Anayasa Mahkemesi’nin ayrımcılık yasağının ihlal edilmesini kabul ettiği görülmektedir. Oysa burada ihlal edilen ayrımcı muameleye maruz kalmama hakkı değil, eşit muameleye tabi tutulmama hakkıdır. Bu nedenle kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararında bu farkı ortaya koyması isabetli olurdu. Öte yandan, bu yaptırım eksikliğinin yasa boşluğu olarak görülmesi her somut olay açısından farklı çözüme gidilmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, İş Kanunu m.5’de yapılacak değişikliklerle ayrımcılık tazminatının hem ayrımcılık yapılması hem de dar anlamda eşitlik borcunu kapsayacak şekilde verilmesi sağlanmalıdır<sup>29</sup>. Bu çözüm yolu kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin bakış açısına uyum sağlaması bakımından daha isabetli olacaktır.

Talep konusu olan diğer hak ise, davacının “yoksun kaldığı hakları”dır. İş Kanunu m.5’in lafzı, ayrımcılık teşkil eden durumlarda, ayrımcılık tazminatının yanı sıra yoksun kalınan hakların da talep edilebileceği yönündedir. Bir diğer ifade ile m.5/6’daki, “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında...” ifadesi yoksun kalınan hakların da sadece ayrımcı muameleye maruz kaldığı durumda istenebileceğini kabul etmektedir. O halde, mevcut yasal düzenleme karşısında, ayrımcılık temelli olmayan bir şekilde farklı muameleye maruz kalan işçinin yoksun kaldığı hakları da istemesi mümkün olmayacaktır<sup>30</sup>. Kuşkusuz bu sonuç da vicdanları rahatsız edici niteliktedir. Yargıtay kararları incelendiğinde, ilginç bir şekilde, “her iki alacağa hak kazanma hususunda bağlantı kurmadığı” ve “eşit davranma borcuna aykırılığın tespit edildiği durumda, işçiye, mahrum kaldığı alacağın ödenmesine hükmedilmesini ancak yapılan farklı uygulamanın İş Kanunu’nun 5. maddesinde sayılan nedenlere dayanmadığı” gerekçesiyle ayrıca ayrımcılık tazminatı da almasının mümkün olmayacağını kabul etmiş olduğu görülmektedir<sup>31</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin *yoksun kalınan hakka* ilişkin talebe karşı verdiği kararı değerlendirmeden önce, “yoksun kalınan hak” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturmakta yarar vardır. İşverenin eşit davranma borcu açısından yoksun kalınan hakların talep edilmesi eda davasına konu olacak ve “işveren şayet bu borca aykırı davranmasaydı işçi hangi durumda olacak idiyse” işverenin işçiye o hakları sağlamaya mecbur edilmesi” olarak anlaşılacaktır<sup>32</sup>. Bu yönde bir eda davasının ise, genellikle ücret ve sosyal yardım gibi işverenin işçisine bir şeyler vermesine

<sup>26</sup> UGAN ÇATALKAYA, s.879, 892; AYKAÇ, s.55.

<sup>27</sup> Doktrinde Karan tarafından da işaret edildiği üzere, “Anayasa Mahkemesi ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddiaları kimi zaman eşitlik ilkesi kimi zaman ayrımcılık yasağı başlığı altında incelemiş olup bu durum Mahkeme tarafından eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağının birbiri ile örtüşen veya örtüşmeyen ve başvurunun konusuna göre biri diğerine öncelikle gündeme gelecek şekilde uygulanacağına dair kafa karışıklığına yol açabilecek niteliktedir”, KARAN, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017, s.78.

<sup>28</sup> Nitekim öğretilerde eşit davranma borcuna aykırı davranılması durumunda açıkça bir hukuki yaptırım düzenlenmemesi eksiklik olarak görülmekte, ortaya çıkan bu kanun boşluğunun hâkim tarafından doldurulmak suretiyle bu durum için de ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceği sonucuna ulaşılabileceği yönünde görüşler mevcuttur (YILDIZ, 2008, s.329; BAYSAL, s.76). İncelemekte olduğumuz kararda tam da bu görüş doğrultusunda bir çözüm bulunduğu görülmektedir.

<sup>29</sup> Bu yönde, UGAN ÇATALKAYA, s.889. Hatta yazar, ilgili maddeye şu şekilde bir ekleme yapılması gerektiği tavsiyesinde bulunmaktadır; “İşveren, aynı ya da benzer durumdaki işçilere, farklı uygulamayı haklı gösteren bir gerekçe bulunmadıkça, eşit davranmakla yükümlüdür.”

<sup>30</sup> Aksi yönde, SÜZEK, s.494. Öğretilerde Ünal da, aynı sonucu kabul etmekle birlikte dayanağı İş K. m.5/6 hükmü değil, genel anlamda sözleşmeye aykırılık hükümleridir (s.462).

<sup>31</sup> Yargıtay 9.HD, 17.10.2018; E.2015/29956, K.2018/18539 lexpera.com.

<sup>32</sup> TUNCA, s.219.

yönelik durumlarda açılabilceği, işverenin yönetim hakkına ilişkin konularda ya hiç söz konusu olmayacağı ya da nadiren söz konusu olabileceği ifade edilmektedir<sup>33</sup>. İnceleme konumuz bakımından işçinin yoksun kaldığı hak, “işyerindeki kreş hizmetinden yararlanma” olduğundan, parasal bir talep olmayıp, işverenin yönetim hakkı kapsamında olan bu hak, işçiye ileriye yönelik olarak kreşten yararlanma hakkı tanınması yönünde bir talep hakkı olacaktır. Ancak hukuk sistemimizde mahkeme kararıyla işvereni bir şey yapmaya yönelik olarak cebri icraya zorlama mekanizması bulunmadığı hatırlanırken, işçinin işvereni buna nasıl zorlayacağı tartışma konusu olacaktır. Kaldı ki bunun için iş ilişkisinin devam ediyor olması ön koşul olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla incelemekte olduğumuz uyuşmazlıktaki gibi işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra açacağı eda davasında, kreşten yararlanma şeklinde bir talepte bulunması fiilen mümkün olmamalıdır. Oysa uyuşmazlıkta davacı işçinin yoksun kaldığı hakkı da talep konusu yaptığı görülmektedir. Davacının bu talep ile muhtemelen kreş için yaptığı harcamayı istediği akla gelmektedir. Zira işverenin kreş hizmeti almayan işçileri için parasal nitelikte “kreş yardımı” türünde bir nakdi yardım yapmadığı anlaşılmaktadır. Şayet işyerinde bu yönde bir uygulama olsaydı, ancak o durumda davacı işçinin bu parasal ödemeyi talep etmesi, yoksun kaldığı hakkın talebi niteliğinde olurdu.

Davacının talepleri arasında, kendi imkânlarıyla çocuğunu gönderdiği kreş masraflarının kendisine iadesi de bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu talebi yukarıda incelediğimiz yoksun kalınan hakları kapsamında değerlendirmek mümkün olmamalıdır. Zira yoksun kalınan hak kavramı her durumda mağdurun malvarlığında meydana gelen azalma olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim yerel mahkeme de, uyuşmazlıkta işçinin kendi imkânıyla gönderdiği kreş için yaptığı masrafların yoksun kalınan hakları kapsamında olmadığına hükmetmiş ve bu masrafların talebinin yasal dayanağı bulunmadığını belirtmiştir (par.12). Yargılama sürecinde Yargıtay da aynı yönde hüküm vermiştir. Ancak bu talep genel hükümler çerçevesinde maddi tazminat davasına konu olabilecektir<sup>34</sup>. Zira iş sözleşmesi sona ermiş bir işçinin yoksun kaldığı haklarını isteme imkânı kalmamıştır. Ancak bu konunun İş Kanunu m.5’de açıkça düzenlenmiş olması daha isabetli olurdu. Bu husus anılan maddede açıkça yer almış olsaydı kanaatimizce bu imkânın da sadece ayrımcılığa maruz kalanlar için uygulanıp, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık durumları için de geçerli olup olmayacağı tartışması da yaşanacaktı.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eşit davranma borcuna aykırı davranan işverene karşı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının olup olmadığı ayrı bir sorundur. İncelemekte olduğumuz kararda işçi bu yönde bir talepte bulunmadığından, biz de çalışmamızda bu tartışmaya yer veremeyeceğiz<sup>35</sup>.

#### IV. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN İHLAL EDİLDİĞİNE YÖNELİK İDDİALARIN İSPATI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararda,

“işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağlarken benzer durumda olan diğer işçilere sağlamamasının sabit olduğunu, işverenin seçimi neye göre gerçekleştirdiğini yargı mercilerine açıklamadığından farklılığının sebebinin anlaşılmadığını, -ilk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden- işverenin esas aldığı temeli açıklamamış olmasının farklı muamelelerin bir sebebe dayanmadığı anlamına gelmeyeceğini” ifade etmiştir (par 62, 63). Mahkeme’ye göre “salt sebebin bilinmemesinden hareketle farklı muamelelerin bulunmadığını söylenmesi Anayasa’nın 10. maddesiyle güvence altına alınan ayrımcılık yasağının içinin boşaltılmasına neden olur” (par 63). “Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının amacı benzer durumda bulunanlara objektif ve makul bir sebebi olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının önlenmesi olup aynı durumda bulunanlara yönelik olarak gerçekleştirilen bir farklı muamelelerin ayrımcılık yasağını ihlal etmemesinin ön koşulu, objektif ve makul bir nedene dayanmasıdır. Objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasağını ihlal eder” (par 64). “Farklı muamelelerin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene aittir ve somut olayda işverenin farklı muamelelerin sebebi konusunda herhangi bir açıklama getirmediği görülmektedir” (par 66).

Dava konusu olayda,

“İş Mahkemesi işverenin kreş uygulaması konusunda işçiler arasında farklı muamele gerçekleştirdiğinin tanık beyanlarıyla ispatlandığını, işverenin ise bunun aksini ortaya koymadığını ifade ederken Yargıtay, somut olayda başvurucunun 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin gerçekleştiğini ispatlayamadığı”

sonucuna ulaşmıştır. Somut olayda da görüldüğü üzere Yargıtay’ın yerleşik uygulaması, “ayrımcılık iddiasının güçlü bir biçimde ispatını arama ve işçinin somut verilerle desteklenmemiş olan ayrımcılık iddialarını kabul etmeme” yönündedir<sup>36</sup>. Anayasa Mahkemesi tarafından ulaşılan sonuçun değerlendirilmesi için ise öncelikle İş Kanunu m.5/f.son’da eşit davranma borcuna aykırılık iddialarının ispatına ilişkin yer verilen özel duruma değinilmesi gerekmektedir.

<sup>33</sup> Tuncay, s.220 dn. 9’da sayılan yazalar. Oysa Türk hukukunda özellikle HMK. m.105’deki eda davası tanımı dikkate alındığında, işverenin yönetim hakkına yönelik hususlarda da eda davası açılabilceği görüşü hakimdir (ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.471; ERTÜRK/GÜRSEL, s.452).

<sup>34</sup> TUNCAI, s.222 vd.; YILDIZ, s.326.

<sup>35</sup> Yargıtay’ın vermiş olduğu iki farklı kararı değerlendiren Savaş Kutsal, 2015 tarihli kararda kreş açılmamış olmasının işçi açısından haklı fesih nedeni olmayacağına hükmedilmesi ancak 2016 tarihli kararda ise aksi yönde olmak üzere, İş Kanunu m.24’deki hükme istinaden, “çalışma şartları uygulanmazsa” şeklinde ifadeye yer verilerek, işçiye kreş hizmetinin verilmemesini çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine olanak sağlayacağına hükmedilmesini eleştirmiştir, (SAVAŞ KUTSAL, s.508 vd.). İşçiye kreş olanağı sunulmamasının işçi açısından haklı fesih sebebi olarak kabul edildiği Yargıtay kararının isabetli olduğu yönünde ise, DULAY YANGIN, s.1008.

<sup>36</sup> OKUR, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, (74), 2016, s.590.

4857 sayılı İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrasına göre,

“...20. 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.”

Anılan hükmün, “AB 97/80 sayılı Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin ve 2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktiflere” paralel bir görünüm arz ettiği söylenebilir<sup>37</sup>. Gerçekten bahse konu Direktiflerde,

“üye devletlere, kendilerine eşit muamele ilkesinin uygulanmaması suretiyle yanlış davranıldığını düşünen kişiler bir mahkemeye veya başka bir yetkili makama doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın gerçekleştiğini ortaya koyabilecek esaslar sunduklarında, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat etme yükümlülüğünün davalıya ait olmasını sağlamak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü”

getirilmiştir (m.19). Buna göre eşit davranma borcuna aykırılık iddiasında bulunan davacının bu borcun ihlal edildiğine dair öngörülebilir bulunabilecek olguları sunması halinde ispat yükü işverene geçecektir<sup>38</sup>. Avrupa Adalet Divanı’nın da iş ilişkisinde eşit davranma borcunun ihlal edildiğine yönelik iddiaları incelerken şeffaflık başta olmak üzere, ispat araçlarına erişim güçlüğünü göz önünde tutarak genel ispat kurallarını ayrımcılığa uğradığını iddia eden taraf lehine yumuşattığı görülmektedir<sup>39</sup>. Divan’a göre, özellikle eşit değerde iş için eşit ücret iddialarında şeffaflık sorunu sebebiyle yaşanan ispat güçlüğü ayrımcılık mağduru işçiye yüklenemez; karşılaştırma yapmanın mümkün olmadığı hallerde kadınların erkeklere göre daha düşük ücret aldıkları kabul edilmelidir. Ayrımcılık mağduru işçiye yüklenilecek ispat yükü, objektif olarak ulaşılabılır ispat araçlarının sunulmasından ibaret olmalı ve bundan öteye gitmemelidir<sup>40</sup>.

4857 Sayılı İş Kanunu 5. maddesinin son fıkrasında yer alan “*ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösterme*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. *Baysal*’a göre,

“bu durumda işçi, hafifletilmiş ispattan faydalanabilmek için bir takım ispatlanması kolay ve genel hayat tecrübesine dayanarak bir ayrımcılığın varlığını muhtemel gösteren vakiaları ortaya koyacak, işveren ise bu durumda davranışının hukuka uygunluğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır<sup>41</sup>”.

*Yıldız*’da benzer bir biçimde anılan hüküm ile hafifletilmiş ispat yükünün benimsendiği görüşündedir<sup>42</sup>. *Albayrak/Yuvah* ise meselenin usul hukuku bakımından ne şekilde nitelendirileceğini detaylı bir biçimde ele aldığı çalışmada, İş Kanunu 5. maddesinde yer alan düzenlemenin “*hafifletilmiş ispat yükü*” olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığını; ispat yükünün hafifletilmesi değil ispat yükünün değişmesi kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, İş Kanunu m.5/son’da usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda kullanılan yaklaşık ispat değil, esas hak uyumsuzluğuna çözüme kavuşturan tam ispat vardır. Kanun koyucu ayrımcılık yaşağının ispatının zor olduğundan hareketle hâkimlere yol göstermek istemiş ve somut olayda hâkimin düşük dereceli ispat ölçüsü ile yetinebileceğini “*ihtimal*” kavramını kullanarak ifade etmek istemiştir<sup>43</sup>. *Ünal*’da bu hüküm ile davacının ispat yükünü yerine getirmesinin tam ispatın gerçekleşmesine bağlı olduğunu, madde hükmünde yer alan “*güçlü bir biçimde gösteren bir durum*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, her tür emare değil kuvvetli emarelerin arandığını ve ilk görünüş ispatına işaret edildiğini belirtmektedir<sup>44</sup>.

Yargıtay’ın mobbing’e ilişkin verdiği yeni tarihli bir kararında<sup>45</sup> mobbing iddialarının niteliği gereği ispatının güçlüğü göz önünde tutularak yaklaşık ispatın benimsendiğini, İş Kanunu m.5/son da belirtilen eşit davranma borcunun ihlali halinde ispata ilişkin getirilen kuralın da bu kapsamda değerlendirilebileceğini ifade etmiş olması dikkat çekici niteliktedir. “Yaklaşık ispat”, “bir davadaki esas hakkın varlığına ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olmayan usuli taleplerin kabulündeki ara kararlarda kullanılan ispat rejimine verilen ad olup, ihtiyati haciz ve tedbir, eski hale getirme, adli yardım, hakimin reddi gibi durumlar” bu ispata örnek olarak gösterilebilir<sup>46</sup>. Bu sebeple

<sup>37</sup> Eşit davranma borcunun ihlaline yönelik ispat meselesinin AB Hukuku bakımından öncelikle 15.12.1997 tarih ve 97/80 sayılı “Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık Hallerinde İspat Yükünün Düzenlenmesine İlişkin Direktif” te düzenlendiği görülmektedir. Bu Direktifi yürürlükten kaldıran “2006/54 sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif’in” aynı esaslara yer verdiği görülmektedir. Eşit davranma borcunun ihlali halinde ispat meselesinin tarihsel seyrine ilişkin olarak bkz. ÖZDEMİR, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 2006, İstanbul, s.219 vd.

<sup>38</sup> CRAIG, Paul/BURCA, De Grainne: EU Law, Text, Cases And Materials, Oxford University Press, 2011, s.918-919.

<sup>39</sup> EuGH Urt. v. 16.7.2015 – C-83/14, BeckRS 2015, 80950.

<sup>40</sup> “Ücrette şeffaflık politikasının benimsenmediği bir işyerinde davacı tarafından kadın çalışanların büyük kısmının erkeklerden daha düşük ücret aldıklarının ortaya konması halinde, ücret uygulamasının ayrımcı nitelikte olmadığını ispat yükünün işverene düşeceği” yönündeki karar için bkz. ATAD C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss, ECR [1989] 03199.

<sup>41</sup> BAYSAL, s.94. Alman hukukunda da AGG § 22’deki ispat yükü ile ilgili olarak benzer bir kabul söz konusudur (MüKoBGB/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 22 Rn. 6-23, Rn.11).

<sup>42</sup> YILDIZ, s.301.

<sup>43</sup> ALBAYRAK, Hakan/YUVALI, Ertuğrul: “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9(34), 2012, s.90, 92.

<sup>44</sup> ÜNAL, s.414-417.

<sup>45</sup> Yargıtay 9.HD, 15.12.2021; E.2021/12218, K.2021/16601 (Çalışma ve Toplum, (73), 2022).

<sup>46</sup> Yaklaşık ispat hakkında, PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, İstanbul 2015, s.1616 vd.; BAŞÖZEN, Ahmet, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, s.653-694 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s.656.

Daire'nin eşit davranma borcunun ihlali iddialarını da kapsayacak biçimde anılan kavramı kullanmasının teknik olarak uygun olmadığı kanaatindeyiz. Daire'nin ayrımcılık tazminatına konu olan talepler bakımından istikrar kazanmış uygulamasının ise ayrımcılık iddiasının güçlü bir biçimde ispatını arama ve işçinin somut verilerle desteklenmemiş olan ayrımcılık iddialarını kabul etmeme yönünde olduğu söylenebilir<sup>47</sup>.

Anayasa Mahkemesi ise inceleme konusu karar ile Daire'nin ayrımcılık tazminatı taleplerinde ispata ilişkin oluşturduğu yerleşik uygulamayı etkileyebilecek nitelikte bir yaklaşım geliştirmiştir. Kararda,

“farklı muamelenin varlığının ilk bakışta anlaşılabilirdiği hâllerde başvurucunun herhangi bir ispat çabasına girişmesinin beklenmeyeceği, bu bağlamda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini iddia eden kişiden beklenenin, farklı muamelenin varlığını ispatlamasıyla sınırlı olması; farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfetinin ise işverene ait olması gerektiği”

belirtmiştir (par 65, 66). Mahkeme'ye göre,

“bundan öte farklı muamelenin dayandığı sebebi gösterme külfetinin kişiye yüklenmesi kimi durumlarda farklı muamelede bulunanın sadece kendisinin bildiği ve onun zihninde saklı olan sebebi bulup ortaya koyması yükümlülüğü altına sokulması anlamına gelebilir. Bu durumda da farklı muamelede bulunanın tamamen keyfî davrandığı ve farklı muamelenin sebebinin, maruzu tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı veya ispatlanamayacağı durumlarda ayrımcı uygulamayı yapan kişiye hukukun denetiminden kaçırılmış bir alan oluşturma fırsatı verilmiş olur” (par 65).

Anayasa Mahkemesi'nin anılan karar ile AB hukukuna paralel olarak ispatın hafifletilmesi yoluyla ayrımcılık yasağının etkin bir biçimde uygulanması amacına uygun bir biçimde hareket ettiği kanaatindeyiz. Eşit davranma borcunun ihlali iddialarında ilk aşama davacının ispat yükünü yerine getirmesi olmakla birlikte işçinin bu iddiayı genel hatları ile ortaya koyması halinde ispat yükü yer değiştirecek ve işverene geçecektir. Aksi durumun kabulü ispatsızlığın riskinin davacının üzerinde kalmasına sebep olarak eşit davranma ilkesinin içinin boşaltılması sonucunu doğuracak ve anılan ilke kâğıt üzerinde soyut bir kavram olarak varlığını sürdürecektir. Terfi ettirilen tüm işçilerin işveren ile aynı etnik gruba mensup olması ve terfi ettirilmeyen işçinin farklı bir etnik gruptan olması yahut bir kadın işçinin kendisi ile eşit değerde iş gören erkek işçiden daha düşük ücret aldığı ortaya koyması ihlal ihtimalini güçlü şekilde gösteren durumlar olarak kabul edilebilir<sup>48</sup>. Nitekim Avrupa Adalet Divanı *Brunnhofner kararı* ile

“davacının kadın ve erkek çalışanlar arasında ücrette farklılık olduğuna ve işin mukayese edilebilir türden olduğuna dair delil göstermesi halinde, ilk bakışta bir ayrımcılığın kabul edileceğine ve bunu takiben eşit ücret ilkesine ilişkin bir ihlal olmadığını ispatlama yükünün işverene ait olacağına”

hükmetmiştir<sup>49</sup>. 1993 yılında vermiş olduğu *Enderby* kararında da ayrımcılık konusunda ispat yükünün kural olarak, buna maruz kaldığını iddia ederek işverene karşı bu ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını talep eden işçiye ait olduğunu ancak açık bir ayrımcılığa maruz kaldığı görülen işçiler bakımından ispat yükünün yer değiştirebileceğini ifade etmiştir<sup>50</sup>.

Kararda başvurucu, durumları benzer olan kadın işçiler arasında işverenin kreş uygulamasından yararlandırma bakımından farklılık oluşturduğunu tanık beyanları ile ortaya koyduğundan, diğer bir deyimle karşılaştırılabilir durumda bulunanlara nazaran farklı işlemi ortaya koyduğundan ispat yükünün yer değiştireceği kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Bu durumda işçi eşit davranma borcunun ihlal edildiğini genel hatları ile ortaya koymuş olduğundan, işveren objektif ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğü altında olacaktır<sup>52</sup>. Ayrımcılığa uğradığını ileri süren işçinin aynı işyerinde karşılaştırılabilir durumda olan işçiye göre görünüşte haklı bir neden olmaksızın farklı işleme tabi tutulduğu iddiası ilk bakışta eşit davranma borcunun ihlal edildiği yönünde kanaat oluşturabilecektir<sup>53</sup>.

Yıldız'a göre, İş Kanunu m.5/son hükmü hem ayrımcılık yasağına aykırılık hem de dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta kullanılacaktır<sup>54</sup>. Olması gereken hukuk açısından ispat yükünün geniş anlamda eşit davranma borcunun iki bileşenine de uygulamak gerekse de, maddenin lafzı dikkate alındığında, “işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür” ifadesi yukarıdaki hükümlerde sadece ayrımcılık yasağına aykırılık durumları düzenlediğinden, işverenin ayrımcılık iddiasını ispatlamak için özellikle dolaylı ayrımcılıkta kullanılan ayrımcılığa konu olan grupların istatistiksel veya nicelik bakımından analizi olarak ifade edilen istatistik yöntemi kullanılmaktadır<sup>55</sup>. Oysa dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın ispatında

<sup>47</sup> Bu yönde, Yargıtay 9.HD, 13.10.2021; E.2021/10025, K.2021/14235; Yargıtay HGK, 05.10.2021; E.2018/880, K.2021/1153; Yargıtay 9.HD, 17.3.2021; E.2020/9093, K.2021/6337.

<sup>48</sup> BAYSAL, s.94; ALBAYRAK/YUVALI, s.91.

<sup>49</sup> ATAD C-381/99 Susanna Brunnhofer v Bank der österreichischen Postsparkasse AG, ECR [2001].

<sup>50</sup> ATAD C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, ECR [1993] I-05535.

<sup>51</sup> Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi cinsiyet ayrımcılığı iddiasında bulunan davacının tanık dinletmemesi ve dinlenen davalı tanıklarının da iddiayı doğrulamamış olması karşısında davacının İş Kanunu m. 5/son hükmünden kaynaklanan ispat yükünü yerine getirmede sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay 9.HD, 08.09.2014; E.2012/33335, K.2014/25434 (Sinerji); Doktrinde Okur işçinin asıl ispat faaliyetini yerine getirdikten sonra ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olmayacağını, davalı işverenin gerçekleştirilmesi gereken faaliyetin karşı ispat olduğunu ifade etmektedir. OKUR, s.591-592.

<sup>52</sup> Doktrinde Özdemir tarafından da isabetle belirtildiği üzere işveren bu durumda farklı davranıldığı iddia edilen işçilerin yaptığı işin kıyaslanabilir olmadığı yahut bunlar arasında başarı, verim vb. konularda farklılıklar olduğu gibi objektif sebepleri ileri sürebilir. ÖZDEMİR, s.225.

<sup>53</sup> OKUR, s.591.

<sup>54</sup> YILDIZ, s.301.

<sup>55</sup> ÖZDEMİR, s.221-223.

kıyas yapılacak bir başka grup olmadığından, bu yöntemle başvurmak mümkün olamayabilecektir. Kanaatimizce, ayrımcılık tazminatına hak kazanma konusunda olduğu gibi burada da genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemiş olduğunu kabul ederek, ispatla ilgili hususu da, sadece ayrımcılık durumlarına özgülememek gerekmektedir.

## V. ANAYASA MAHKEMESİNCE VERİLEN YENİDEN YARGILAMA KARARININ UYUŞMAZLIK AÇISINDAN ÖNEMİ

İncelemekte olduğumuz bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı vermiş olduğu görülmektedir. Özü itibarıyla bir tespit kararı niteliğinde olan ihlal kararı ile ilgili olarak ifade edilmesi gereken ilk husus, iş yargısı tarafından verilen hükmü kendiliğinden ortadan kaldırıcı nitelikte olmadığıdır<sup>56</sup>. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararlarında, ihlal kararı ile birlikte; yeniden yargılamaya, tazminata hükmetme ve genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterme ve nihayet ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme kararından bir ya da birden fazlası da ihlal kararına eşlik etmektedir<sup>57</sup>.

Somut olay bakımından değerlendirdiğimizde, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda başvurucu işçiye kreş imkanı sunulmamasının aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak, "ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna" ve dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere yerel iş mahkemesine gönderilmesine" hükmedildiği görülmektedir.

Bu noktada derece mahkemesinin yeniden yargılama yaparken ilk dikkat etmesi gereken, önceki kararını kaldırmak olmalıdır. Ardından ihlale sebep olan husus, derece mahkemesinin kararının sonucunda doğmuşsa ve bu durum usuli bir işlem hatasından kaynaklanmamışsa, mahkemenin önceki kararının aksi yönünde karar vermesi gerekmektedir. Bu durumda, yerel iş mahkemesinin işçiye ayrımcılık yapıldığının kabulü yönünde karar verebileceği kanaatindeyiz. Ancak iş mevzuatı açısından, ayrımcılıktan söz edebilmek için İş Kanunu m.5'de sayılan, "dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı" bir farklı muamelenin ortaya çıkması gerekmektedir. Somut olay bakımından sayılan ayrımcılık temellerine dayanan bir davranış olmadığına göre, kanaatimizce yeniden yargılamada derece mahkemesinin ayrımcılığın varlığına ve dolayısıyla ayrımcılık tazminatına hükmetmesi İş Kanunu'nun bakış açısına göre, mümkün olmamalıdır. Fakat yukarıda yaptığımız değerlendirmeler doğrultusunda, İş Kanunu m.5'de açık bir düzenleme yapılması gerektiği, bu yapılmıyaya kadar iş yargıcının ayrımcılık temelli eşit davranmama durumlarına ilişkin tazminatı, ayrımcılık temelli olmayan keyfi farklı muamelelere de kıyas yoluyla uygulaması isabetli olacaktır.

Ayrıca hatırlamak gerekir ki, ortada başvurucunun uğradığı bir zarar bulunmaktadır. Bunu gidermek amacıyla derece mahkemesinin başvurucunun ilk talebi doğrultusunda yapmış olduğu kreş masraflarının kendisine ödenmesine de hükmebileceği kanaatindeyiz.

Nihayet, Anayasa Mahkemesi başvurucunun tazminat talebini reddetmiştir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, tartışmaya konu ettiğimiz ayrımcılık tazminatı olmayıp, yeniden yargılama yapılmasının yeterli bir giderim sağlamaması durumunda başvurucuya verilecek tazminattır. Kararda yeniden yargılama yapılması ihlali ortadan kaldırmaya yeterli görülmüş olduğundan, isabetli bir şekilde tazminat ödenmesine gerek duyulmamıştır (par 78).

## VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İşverenin işçileri arasında eşitlik ilkesine aykırı davranmasının sonuçlarını tartıştığımız çalışmamızda, İş Kanunu m.5 kapsamında düzenlenen genel (geniş) anlamda eşit davranma borcunun dar anlamda eşit davranma borcu ile ayrımcılık yapma yasağı biçiminde ikili görünümü olması bunun ve sonuçları ele alınmıştır. Özellikle dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımının İş Kanunu m.5'in ifade ediliş biçimine bağlı kalındığında, mevcut olmaması ve iş mahkemelerinin yerleşik içtihadının da bu yönde olması, iş hukuku öğretisinde eleştiriye konu olmaktadır. Eleştirilerin ortak noktası, işverenin ayrımcılık temelli olmayan farklı muamelesine maruz kalan işçinin gerektiği gibi korunmamasıdır. Bu da, işvereni dar anlamda eşit davranma borcunu ihlal etme noktasında cesaretlendirmekte ve yapılan her farklı muamelenin işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirmesine yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen bireysel başvuruda, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ikili görünümü olsa da, her iki ihlalin de, işverenin ayrımcı davranışı olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. İş yargısının ve Yargıtay'ın öteden beri kabul ettiği anlayışa yeni bir bakış açısı kazandıran Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı isabetli olarak görme konusunda bir kuşku bulunmamakla birlikte, kanaatimizce yapılması gereken, İş Kanunu m.5'deki düzenlemenin sadece ayrımcılık yasaklarına özgüldüğü algısına neden olan ifadelerin yasa koyucu tarafından yeniden kaleme alınması olacaktır. Böylece ayrımcılık tazminatının hem dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta hem de ayrımcılık yapıldığında işçiye ödenmesinin önü açılacaktır. Tazminata hükmedilirken ayrımcılık temelli olanlara üst sınırdan, diğerlerine daha düşük olacak şekilde belirleme yapılması da geniş anlamda eşit davranma borcunun iş hukukundaki ikili oluşumundan da ayrılmamış olacaktır.

<sup>56</sup> DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, s.92.

<sup>57</sup> GÜMÜŞAY, Ramazan: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Ankara 2019, s.48.

**Yazar Beyanı | Author's Declaration**

**Mali Destek | Atıf Şekli:** Yazarlar Dilek DULAY YANGIN ve Hatice Duygu ÖZER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamışlardır. | **Dilek DULAY YANGIN ve Hatice Duygu ÖZER who are the authors of this paper, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.**

**Yazarların Katkıları | Authors's Contributions:** Yazarların makaleye katkı oranları eşittir. | **Authors' contribution rates to the article are equal.**

**Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest:** Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | **No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.**

**Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval:** Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | **The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.**

**Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics:** Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | **The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.**

**KAYNAKÇA**

- AYKAÇ, Hande Bahar: Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması, Tankut Centel (Ed), İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul Ekim 2016.
- BAŞÖZEN, Ahmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2014, (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan.
- BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, (25), 2010.
- CRAIG, Paul/BURCA, De Grainne: EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2011
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nursen/CANBOLAT, Taalat/ÖZKARACA, Arcument: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021. (İş Hukuku).
- DEMİR, Kübra: “İşverenin Eşit Davranma Borcunun Sınırı: 6701 sayılı Kanun’da Ayrımcılık Yasağının İstisnaları”, Sosyal Güvenlik Dergisi (Journal of Social Security), 12(1), 2022.
- DEMİR, Kübra: İş Hukukunda 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2021.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 11(4), 2006.
- DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012.
- EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ, Hilal: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, İstanbul 2022.
- ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta 2011.
- GÜLMEZ, Mesut: “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi”, 25(2), 2010.
- KARAN, Ulaş: Uluslararası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul 2017.
- GÜMÜŞAY, Ramazan: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Ankara 2019.
- DULAY YANGIN, Dilek: “Türk İş Hukuku Mevzuatında İşverenlerin Kreş Açma Yükümlülüğüne İlişkin Getirilen Hükümlerin Çalışma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Özel Hukukun Güncel Sorunları ve Anayasanın Özel Hukuka Etkileri Sempozyumu, 17-19 Nisan 2021, Yayınlanmamış Tebliğ.
- KARAN, Ulaş: Öğreti ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, İstanbul 2018.
- KUTSAL SAVAŞ, Fatma: “İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu İle İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL: Ulaş, İş Hukuku Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
- OKUR, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, (74), 2016.
- ÖZDEMİR, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları: Beta, İstanbul, 2006.
- ÖZKARACA, Arcument/ÜNAL ADINIR, Canan: “Dar Anlamda Eşit Davranma Borcunda Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (46), 2021.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C.2, İstanbul 2015.
- SCHLACHTER- ErfK: 22. Aufl. 2022, AGG § 1 Rn. 2.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021,
- SÜZEK, Sarper: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık (12), 2008. (Eşit Davranma)
- TUNCAY, A. Can: İş hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 69(2), 2021.
- ÜNAL, Canan: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul, 2017.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.