

YENİDEN YAPILANMA SÜRECİNDE İŞ HUKUKU AÇISINDAN EŞİTLİK İLKESİ VE UYGULAMASI

Prof.Dr. DEVRİM ULUCAN
İ.T.Ü. İşletme Fakültesi

Giriş

Eşitlik ilkesini değişik yön ve boyutları ile incelemek mümkün. Bu konuda yayınlanmış bilimsel eserlerin yanı sıra, bir çok yargı kararı da bulunmaktadır. Ancak eşitlik ilkesinin her zaman uygulama alanı bulduğu ve pratik sonuçlar verdiği söylenemez. Genellikle ortaya çıkan bir soruna somut düzenlemelerle bir çözüm bulanamadığı zaman, uygunluğu ölçüsünde eşitlik ilkesine başvurulduğu görülmektedir.

Eşitlik ilkesinin ölçülerinin, kapsam ve sınırlarının az çok nesnel bir biçimde ortaya konmuş olmasına karşın, gene de her somut olayda eşitlik ilkesi ölçülerinin içeriği yeniden araştırılıp, uygulanmaya çalışılır. Burada ana hatları ile İş Hukuku kapsamında eşitlik ilkesi ve uygulaması bir ölçüde karşılaştırmalı hukuk açısından da irdelenerek, özellikle bu uygulama çerçevesinde eşitliği sağlamaya çalışırken ortaya çıkabilecek eşitsizliklere de değinilecektir¹.

I. Eşitlik İlkesi Kavramı

Eşitlik ilkesini kamu hukuku açısından incelersek bunun dayanağının Anayasa m.10 da bulabiliriz. Anayasa m.10 hükmüne göre "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir...".

Anayasa m.11 hükmüne göre de "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır...".

Görüldüğü gibi Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi öncelikle kamu hukuku açısından kamu erkini kullanan yasama, yürütme, yargı, idare makamları gibi kamu organlarını bağlamakta ve bunların işlevlerini yerine

¹ Eşitlik ilkesi konusunda ayrıntılı ve kapsamlı bilgiler için bak. *C. Tuncay*, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982; *Z. Altan*, Cinsiyetler arasında eşit davranma, AB Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri, Fethiye 16-19 Mayıs 1997, s.157 vd; *N. Çelik*, İş Hukuku Dersleri, 1996, s.133 vd.)

getirirken vatandaşlara karşı eşitlik ilkesini gözetmekle yükümlü kılmaktadır. Ancak Anayasa bununla da yetinmemekte Anayasa hükümlerinin diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını düzenleyerek sadece dikey bakımdan değil, yatay olarak da, kuruluş ve kişiler arasındaki ilişkilerde de eşitlik ilkesinin geçerli olacağını kabul etmektedir.

Böylece Anayasa eşitlik ilkesini salt bir kamu hukuku kurumu olarak görmekte, özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli bir temel ilke olarak benimsemektedir (Yabancı hukuklarda bu sonuca yorum yolu ile ulaşılmaktadır). Bu temel ilke, İş Hukuku alanında iş yasalarındaki düzenlemelerle veya kabul gören bir temel ilke olan *eşit işlem yapma ilkesi* olarak işverenin hareket alanını sınırlayan veya biçimlendiren bir kurum olarak somutlaşmaktadır.

Ancak eşitlik ilkesini özel hukuk (iş hukuku) alanında kamu hukukunda olduğu kapsamda ve genişlikte uygulamak mümkün değildir. Bu kapsam ve genişlikte uygulamaya konması halinde özel hukukta geçerli olan ve Anayasada güvence altına alınmış olan çalışma ve sözleşme özgürlüğü (AY. m.48); herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (AY.m.17); mülkiyet hakkı (AY.m.35) ilkeleri ile açık bir çelişkinin ortaya çıkması olasılığı artacaktır. O nedenle özel hukuk alanında eşit davranma veya eşit işlem yapma ilkelerine dönüşen eşitlik ilkesi kamu hukuku alanında olduğu biçimde kapsamlı ve geniş olmadığı kabul edilir².

Anayasa m.10 da ifadesini bulan eşitlik ilkesi, devletin vatandaşlara karşı tarafsızlığını ve bu tarafsızlık çerçevesinde kamu organlarının işlevlerini yerine getirirken vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olmalarını; yasama, yürütme ve yargının dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin herkesi kanun önünde eşit kabul edip ona göre davranmalarını güvence altına almaktadır. Bu açıdan bakınca çok kapsamlıdır ve keyifliliği önleyicidir.

Oysa, örneğin özel hukuk ilişkisi içinde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişilerin birbirlerine karşı bu kapsamda bir eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Özel hukuk kişilerinin herkese her bakımdan eşit davranma yükümlülüğü olduğu söylenemez. Gerçi özel hukuk kişilerinin de AY m.10 da sayılan nedenlerle açık bir biçimde din, dil, ırk ayrımı yapmaları gene de mümkün değildir. Ancak alım satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet akdi yapan tarafların çıkarlarını korumak, maddi varlıklarını korumak ve geliştirmek amacı ile sözleşmenin tarafını seçmeye, içeriğini kendi yararına oluşturmaya ve usulüne uygun olarak sona erdirmeye hakkı vardır.

Bu durumda özel hukukta eşitlik ilkesi, eşit işlem yapma yükümlülüğü olarak özellikle iş hukuku alanında anlam kazanmaktadır. Çünkü çalışma yaşamında

² Kort, Zur Gleichbehandlung im deutschen und europaeischen Arbeitsrecht, RdA 1997, Heft 5. s.277.

işçinin korunması ve işverenin yönetim yetkisini kullanması sırasında kendisine bağımlı olarak çalışan işçilere eşit davranması hakkaniyet gereği olarak kabul edilmekten öteye, bu konuda özel düzenlemeler de getirilmiştir.

Özel hukuk ilişkileri için doğrudan geçerli olacak başlıca düzenleme gene AY m.50'de yer almaktadır. Buradaki düzenleme "Kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırmayacağını; küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaklarını" hükme bağlamıştır.

Bu düzenleme eşitliği sağlamaktan çok, sosyal korumayı hem devlet, hem de işverenler bakımından bir yükümlülük olarak görmektedir. Aslında sosyal korumanın amacının bir bakıma eşitliği sağlamak olduğu düşünülürse bu düzenlemeyi de bu yönde değerlendirebiliriz.

Doğrudan eşitlik ilkesi ile ilgili olarak örneğin İşK. m.26'ya göre "Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz".

Aynı şekilde Sendikalar Kanununun 31/III maddesi de "işveren sendika üyesi olan işçilerle üye olmayan işçiler veya ayrı sendikaya üye olan işçiler arasında işe almada, işin dağıtımında, işçinin ücret ikramiye veya primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırılmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ancak, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır (m.31/IV)" kuralını koymuştur.

Ayrıca Türk Medeni Kanununun 2. maddesi dürüstlük kuralı düzenlenmesi ile bu konuda genel bir ilkeyi kabul etmiş bulunmaktadır³. Özel olarak düzenlemeye konu olan yukarıda sayılan haller dışında yazılı olmayan fakat İş Hukukunda geçerli kabul edilen genel bir ilke olarak da işveren dürüstlük kuralı gereği işçilerine karşı eşit işlem yapmakla yükümlüdür. Bu nedenlerle işyerinde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama çağdaş iş hukukunun tanıdığı genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan bir borçtur. Hizmet akdinin ve toplu iş sözleşmesinin yapılması ve uygulanmasında da bu yüzden eşitlik esası ile işverenin eşit işlem yapma borcu vardır.

Burada önemli olan nokta, sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçiler arasında eşitliği sağlama esası ile bağdaştırılmasıdır. İşverenin sözleşme özgürlüğü gereği

³ Yargıtay 9.HD. 24.10.1995 tarihinde verdiği bir kararda "SenK. m.31/3 işçiler arasında ücret ikramiye ve primlerin ödenmesi konusunda, bir ayırım yapılamayacağını öngörmüştür. MK'nun 2. maddesi de haklı bir neden olmadan, işçiler arasında ücret, ikramiye, prim ve sosyal yardımlar hakkında farklı işlem yapılmasına cevaz vermez. Böyle bir ayırım dürüstlük kuralına uygun düşmez. Esasen AY. m.10 aynı konumda bulunanlar arasında haklı bir neden olmadan ayırım yapılamayacağı kuralına yer vermiştir" görüşündedir. (Y.9.HD. 24.10.1995, E.12077, K.32880 Tekstil İşveren, Şubat 1996, S.196, s.14-15).

işçilerini seçmede, çalışma koşullarını belirlemede önemli çıkarı vardır. Yatırım riskini üstlendiği için işin ve işyerinin yönetiminde en geniş yetkiye sahip olmak ister. Buna karşılık yetkisinin sınırsız olduğu düşünülemez. İşçinin de hak ve çıkarlarını koruma hakkı dışında, korunma hakkı vardır.

Bunun için, bir yandan işyerinde birliğe ve uyuma dayanan sağlam bir çalışma düzeninin kurulması, öte yandan eşit işlem yapma ilkesinin sözcük anlamıyla mutlak olarak anlaşılmadan, eşit işte çalışanlara eşit haklar sağlanması şeklinde ele alınarak, bunun sınırının çizilmesi ve istisnalarının belirtilmesi gerekir⁴.

Alman Federal İş Mahkemesi sözleşme özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı ilişkisi açısından verdiği bir kararda bir kadın işçinin sırf sendikalı olması nedeni ile işe alınmamasını Anayasa aykırı bulmuş bundan öteye bu konuda işverenin sözleşme özgürlüğü ilkesinden yararlanamayacağına karar vermiştir.

Olayda 6 işçi çalışan bir moda evinin işvereni satıcı olarak bir hanım işçiyi işe almak istemiş, ancak bayan işçinin işe girmesi için sendikasıdan istifa etmesi koşulunu getirmiştir. Kadın işçinin durumu sendikasına bildirmesi üzerine, sendika işvereni dava etmiştir. Uzan dava safhalarından geçilmesinden sonra Federal Mahkeme, işverenin sendika özgürlüğüne aykırı olarak bir işçinin sendikaya girmesine veya girmemesine karar verme yetkisi bulunmadığını ayrıca işverenin sözleşme özgürlüğünün ve irade özerkliğinin hangi işçiyi işe alacağı veya almayacağı konusunda bu ölçüde geniş olmadığı, çünkü işe almanın hukuka aykırı bir nedene bağlanamayacağı sonucuna varmıştır.

Ayrıca kararda, Anayasada güvence altına alınmış olan irade özerkliğinin öncelikli bir hak olarak ileri sürülemeyeceği; burada açık olarak uygulanan ekonomik baskının düşünce özgürlüğünün kapsamını hukuka aykırı bir biçimde aştığı kabul edilmiştir⁵.

Hukukumuzda da yukarıda belirtildiği gibi AY. m.10, eşitlik ilkesi bakımından getirdiği ölçüler ile bir bakıma mutlak bir ayrımcılık yasağı getirmiş bulunmaktadır. Bu yasak hem kamu hukuku bakımından hem de özel hukuk ilişkileri bakımından geçerlidir. Kriterler oldukça açıktır işveren işçiyi işe alırken, çalışma koşullarını belirlerken ve işçinin işine son verirken kesin olarak onu dini inançlarından veya konuştuğu dilden veya mensup olduğu ırktan dolayı açık bir biçimde ayrı işlem yapamaz. Bu anlamda ayrımcılık yasağı bir bakıma mutlaktır. Cinsiyetten dolayı da farklı ücret ödenmesi de aynı niteliktedir⁶. Bu konuda sözleşme özgürlüğünün bir önceliği olduğu söylenemez.

Ancak bunun dışında özel hukukta ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma yükümlülüğü kademelendirilmiştir ve açık ayrımcılık dışında mutlak değildir. Bu

⁴ Bkz. Çelik, s.133.

⁵ Bak. G. Engelbrecht, Union Internationale des Avocats, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Semineri 3-4 Nisan 1998, yayınlanmamış tebliğ, s.12 de belirtilen karar.

⁶ Bu konuda bak. Z. Altan, s.160 vd.; Çelik 134.

bakımdan eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı davranışları belirlemek her zaman kolay olmayacağı gibi, günümüz koşulları içinde bazı durumlar ve koşullarda eşitsizliklere dahi yol açabilmektedir. Bir bakıma biçimsel anlamda eşitlik ilkesinin ters işlemesi olarak nitelendirilebilecek bu durumun konunun başka bir gözle yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kıldığı yönünde görüşler ileri sürülmeye başlanmıştır.

II. Yeniden Yapılanma Süreci İçinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülüğü İle İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Uygulaması

Endüstri toplumundan bilgi toplumuna geçiş, teknolojisinin olağanüstü boyutlarda gelişmesi, ekonomilerin küreselleşmesi sonucu rekabetin artması endüstri ilişkilerini ciddi bir biçimde etkilemekte yapısal değişikliklere yol açmaktadır.

Teknolojinin gelişmesi, emek yoğun üretimi arka plana ittikçe geniş işçi kitesine gereksinimi azaltıp, bilgi birikimi ve donanımı olan, yeni teknolojiye çabuk uyum sağlayan az sayıda kişi ile üretme yöntemlerinin ortaya çıkmasını zorlamaktadır.

Bu olgu karşısında işletmeler, rekabet edebilmek ve ayakta kalabilmek için teknoloji yoğun yatırımları tercih etmekte ve maliyetleri düşürmek amacı ile az sayıda işçi çalıştırma yollarını aramaktadır. Ucuz işgücü politikaları bile bu eğilimi durduramamaktadır. Böyle olunca bir yandan emeğe talep azalırken, işverenlerin daha seçici olmaları ve ürenkenliği ön plana almaları kaçınılmaz olmaktadır.

Sosyal devlet ve iş hukukunun vazgeçilmez kabul edilen temel koruma ilkesi gittikçe anlamını yitirmektedir. Bu eğilim ve gelişme yalnız ülkemizde değil ekonomisi gelişmiş ve sosyal devlet ilkesini geniş bir biçimde yaşama geçirmiş ülkelerde dahi sosyal devlet ilkesini, işsizi ve çalışanı koruma düşüncelerini adeta anlamsız hale getirmektedir.

Gelişmenin bu yönde sürmesi durumunda ortaya çıkabilecek sorunların nasıl çözüleceği ayrı bir konudur. Ancak bu gelişme karşısında insan ve özellikle çalışanlar unsurunu gözardı etmeyen ekonomik ve sosyal önlemlerin neler olabileceği konusunda gecikmeksizin çalışmalar yapma zorunluluğu vardır. Bu çerçevede ve anlayış içinde ana başlıklar halinde günümüz koşullarında eşit işlem yapma yükümlülüğü ile ilgili bazı somut yaklaşımları irdelemeye çalışacağız.

1. Ücretler Açısından Eşit İşlem Yükümlülüğü

İşK. m.26 düzenlenmesi çerçevesinde dahi sözleşme özgürlüğü ve kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme ilkesi açısından işveren gene de farklı yeteneklere ve niteliklere sahip işçiler arasında özellikle ücretler yönünden ayırım yapması mümkündür ve bunun eşit işlem yapma yükümlülüğüne aykırı bir yönü yoktur. Bu yönde bir mutlak eşitlikten sözedilemez. Eşitlik sadece eşit nitelikte ve konumda olanlar arasında söz konusu olabileceğinden, eşit işlem

borcu öğrenim derecesi, yaş kıdem gibi nesnel ve çalışkanlık, verimlilik, yetenek, liyakat gibi subjektif niteliklerle sınırlandırılmış olmaktadır. İşveren bakımından her zaman böyle bir farklılık öne sürülebileceğine göre efektif olarak eşitlik ilkesinin ücretler konusunda uygulama alanı bulması pek olası değildir. Ancak örneğin seyyanen ücret zammı yapılması halinde işçiler arasında bir ayırım yapılması ve bazı işçilerin bu zamdan yararlandırılmaması eşit işlem borcuna aykırı olur. Bu arada kadın işçilerin seyyanen yapılan ücret zammından yararlandırılmaması açık bir şekilde eşit işlem borcuna aykırılık oluşturur. Ancak eşit işlem borcunun erkek işçilerin durumlarının kötüleşmesine de yol açmaması gerekir. Örneğin buna karşılık kadın işçiler yararı gözetilerek getirilen eşit sayıda kadın ve erkek işçi çalıştırılmasına ve bunlara eşit ücret ödenmesine ilişkin bir düzenleme erkek işçiler aleyhine sonuç doğurabilir. Bir kere eşit sayıda kadın ve erkek çalıştırılması esas alınarak, ayırımı kaldırma savı ile aynı ücret almalarının kabulünün de eşitlikle bir ilgili yoktur. Aksine sırf kadın olmaları nedeni ile belli sayıyı tutturmak ve bu yoldan eşitliği sağlamak amacı ile aslında hak etmediği halde daha nitelikli bir erkek işçinin yerine bir kadın işçinin alınması ve bundan da öteye gene olası bir nitelik farkına bakmadan aynı ücretin ödenmesini öngörmekte eşitlik ilkesinin ters işlemesi sonucunu doğurabilir⁷.

2. Eşit veya Eşit Değerdeki İş Esasına Göre Eşit İşlem Yapma

Eşit işlem yapma yükümlülüğü ile ilgili sınır İşK. m.26/14 hükmü bakımından önemlidir. Yasa hükmüne göre bir işyerinde aynı nitelikte ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere cinsiyet aykırılığı nedeni ile farklı ücret verilemez.

Benzer bir ilke Alman Medeni Kanunu § 612/3 düzenlenmesi ile getirilmiştir. Orada benzer veya eş değerde iş yapan kadın ve erkek işçi arasında cinsiyetlerinden dolayı farklı ücret ödenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Alman Federal İş Mahkemesine göre eş değerde iş karşılaştırılan işlerin aynı iş değerine sahip olması halinde vardır. Bunun saptanması için genel kanaati ve toplu iş sözleşmesi taraflarının uygulamaları ölçü olabilir. Örneğin toplu iş sözleşmelerinde tarafların oluşturdukları iş grupları gibi⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda "En derby" davasında benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Bu kararda, İngiltere'de yapılan bir toplu iş sözleşmesinde dil özürülülerinin tedavileri ile ilgilenen sağlık personelinin ücretleri düşük belirlenmiş (bölümde ağırlıklı olarak kadın personel görev almaktadır) aynı TİS taraflarının imzalandığı bir toplu iş sözleşmesinde ise klinik psikologları ile eczacılara (ağırlıklı bir biçimde erkeklerdir) daha yüksek ücret belirlenmiştir. Adalet divanı sözleşmeyi doğrudan eşitliğe aykırı görmemiştir. Adalet divanı köklü bir biçimde birbirinden farklı bu işler açısından eş değerlilik olup olmadığı konusunda, eşit işlem yapma yükümlülüğüne bir aykırılık olup olmadığına karar vermeye üye ülke mahkemelerini yetkili görmüştür.

⁷ Bak. *Kort*, RdA 1997, Heft 5, s.278.

⁸ BAG. 20.11.1996; 5 A2R 401/95. N2A 1997, s.724, 726, *Kort*, s.279.

Adalet divanının bu kararı, eş değerliliğin saptanması konusunda toplu iş sözleşmesi taraflarını yetkili görmeyip mahkemeleri yetkili kıldığı için eleştirilmiştir. Çünkü öğretiyeye göre bir işin eş değerliliğinin saptanması özellikle toplu iş sözleşmesi taraflarının yetkisi alanı içindedir. Ayrıca bu karardan genel bir ilke çıkarmanın doğru olmayacağı görüşü ileri sürülmüştür. Çünkü davada iki ayrı toplu iş sözleşmesinin aynı işyerinde uygulanması söz konusudur⁹.

Hukumumuz açısından da eşdeğerliliğin mahkemelerce mi? yoksa toplu iş sözleşmesi taraflarınca mı? Saptanacağı konusu tartışılabilir. Önce toplu iş sözleşmesi taraflarına bu konuda geniş bir takdir alanı bırakmakta yarar vardır. Ancak TİS taraflarının bu yetkisi sınırsız olamaz. Son tahlilde TİS kapsamına giren her işçinin eşitliğe aykırılığın saptanmasını yargıdan isteme hakkının olduğunu kabul etmek gerekir. Yargının, TİS taraflarının bu konudaki düzenleme getirme yetkilerinin alanını ve sınırlarını yürürlükteki mevzuatımız ve genel ilkeler açısından belirlemede yetkili olduğu açıktır.

Yarg.9.HD'si 19.6.1996 tarihinde bu konuda verdiği bir kararda, "işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 25. Maddesinde "SSK'dan emekliliğine 3 yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılamazlar. Çıkarıldıkları takdirde hesaplanan kıdem tazminatı iki katı kadar ödenir" şeklindeki düzenleme ile, iş akdinin fesih hakkını tamamen ortadan kaldıracak şekilde hizmet sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesine hüküm konamaz. Pozitif hukukumuz meşru ve makul sebeplerin bulunması halinde de işverene tanınan fesih yetkisinin alınamayacağını kabul eder.... TİS'de öngörülen düzenlemenin ikinci bölümünde kıdem tazminatının iki katı kadar ödeme yapılır biçimindeki kural tavan sınırı ilkesini de ortadan kaldırır niteliktedir. Böyle olunca TİS'den kaynaklanan bu talebin reddi gerekir" sonucuna varmıştır. Yüksek mahkeme olaya eşit işlem borcu açısından bakmamıştır¹⁰.

Mahkemenin mutlak fesih yasağı ve kıdem tazminatı açısından vardığı sonuç hukukumuz açısından doğrudur. Ancak, Toplu iş sözleşmelerine işverenin fesih yetkisini sınırlayan veya belirli koşullara bağlayan, fakat tamamen, ortadan kaldırmayan, özellikle haklı nedenlerle fesih hakkını engellemeyen hükümler konması mümkündür. Olayda ete alınmayan, belirli grup işçinin ayrıcalıklı bir biçimde korunmasıdır. TİS'ne göre işveren, emekliliğine 3 yıl kalan kişilere karşı fesih yetkisini kullanamayacaktır. Bu düzenleme fesih için haklı nedenlerin bulunması halinde geçerli kabul edilemez. Acaba aynı düzenleme, İşK. m.13'e dayanılarak süre vererek yapılan fesihler için ne anlam ifade edecektir. Böyle bir düzenlemenin eşit işlem yapma borcuna aykırı olmadığı kabul edilirse, düzenlemenin geçerli olması gerekir¹¹, aksi halde bu defa eşit işlem borcuna aykırılıktan geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır.

⁹ Kort, s.279.

¹⁰ Y.9.HD., 19.6.1996, E.1783, K.1403. Bu konuda bak. M. Özmen, İşverenin Aczi Halli, İflas, İşyerinin Kapatılması, İstanbul Barosu, Galatasaray Üniversitesi Semineri, 14 Nisan 1998, s.90 vd.

¹¹ Y.9.HD., 24.9.1992, E.3064, K.10375; Çelik, s.

Örneğin, işverenin İşK. m.24'de belirtilen, çıkartılan işçinin yerine 6 ay içinde başka işçi alınamayacağına dair hükmünü veya toplu iş sözleşmeleri ile getirilen ücret zamlarını aşmak için önce asgari ücretle işçi alıp, daha sonra aldığı işçi kadar kıdemli işçiyi işten çıkarması ve bu yoldan toplu iş sözleşmesi ile getirilen zamları, asgari ücretle çalışan işçilere uygulaması söz konusu ise, kıdemli işçileri korumak amacı ile getirilen bu TİS Sözleşmesi hükmünün eşit işlem borcuna aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Aksine emekliliği yaklaşan işçileri sırf sendika üyeliklerinin ötesinde, o işyerine özgü olarak sendika ile olan özel ilişkilerinden ötürü korundukları (delege seçiminde etkin olmaları gibi) ortaya çıkıyorsa bu durumda düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve bu nedenle geçersiz sayılması gerektiği söylenebilir¹².

3. Sosyal Koruma ve Eşit İşlem:

a) Kıdemli İşçiler Bakımından

Sosyal korumanın, özellikle yaşlı, kıdemi fazla ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler olan işçiler bakımından Almanya'da yeni bir tartışma açılması ilginçtir ve hukukumuz açısından da bir tartışma açılmasını gerektirebilir.

Almanya'da gittikçe artan geniş işsizlik, iş hukukunun getirdiği iş ilişkisinin korunmasını (iş güvencesini) tehlikeye sokmaya başlamıştır. İşsiz sayısının 4.3 milyon ve % 11.4 düzeyinde olduğu kabul edilmektedir. Yasakoyucu ve toplu iş sözleşmesi tarafları bu durumu saptamışlar ve ücretler ile ücret ekleri maliyetini bir ölçüde indirmek için girişimlere başlamışlardır. Bu önlemlerin dahi yeterli olmayacağı görülerek, başka önlemlerin de gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Önlemler üretim faktörü olan işin maliyetinin düşürülmesi yolunda gelişmektedir. Küreselleşme çerçevesinde rekabeti sağlayabilmek için bunun kaçınılmaz olduğu kabul edilmektedir.

Çok tartışmalı olmasına ve büyük savaşımara karşın inşaat sektöründe yapılan ve teşmil edilen toplu iş sözleşmesi ile asgari işçi ücretleri Batı Alm. için 17 DM saat ücreti 16 DM'a indirilmiş, Doğu için 16 DM'den 15.14 DM indirilmiştir.

Asıl önemlisi üretkenlik önplanda tutulduğu için sosyal korumaya ilişkin bazı düzenlemeler de yeniden gözden geçirilmeye başlanmıştır.

Özellikle iş ilişkisi içinde olanları, kıdemi fazla olanları ve yaşlıları koruyan feshe karşı koruma yasası eleştirilmekte ve henüz iş bulamamış fakat bilgi ve yetenekli olan gençler aleyhine bir sonuç ortaya çıktığı ileri sürülmekte, bunların iş alanında rekabet dışı kaldıkları, üretkenliklerinden yararlanılamadığı kabul edilmektedir. Ayrıca daha üretken olabilecek, genç, dinamik ve kıdemi az olduğu için ücret maliyetlerini de düşürecek bu işçilerin, piyasada işletmenin rekabet şansını artırabileceği, işletmenin verim ve kârlılığını da artırarak ayak da kalmasını

¹² Bak. M. Özveri, s.34.

sağlayacakları ve bu yoldan da işsizliğin önlenebileceği kabul edilmektedir¹³. Tartışmaların boyutu bu yönde geliştikçe yasa koyucunun yanısıra, tis taraflarının da sosyal korumayı gözardı ederek işletme verimliliğini dikkate alan ve bu yoldan rekabet şansını artıran düzenlemeler getirilmeleri de söz konusu olabilmektedir. Bu yönden bakınca yukarıda değinilen toplu iş sözleşmesinin emekliliklerine üç yıl kalan işçilerin işten çıkarılmayacaklarına ilişkin düzenlemesinin, günümüzde eşitlik açısından ele alınması bir yana, belki de yeni ekonomik dayatmalar karşısında anlamını tamamen yitirmekte olduğu söylenebilir¹⁴.

b) Eski Hükümlü ve Sakatların Korunması Bakımından İşverenlerin Sakat İşçi Çalıştırma Zorunlulukları

İşK. m.25 uyarınca işverenler 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde % 3 oranında sakat kimseyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun bir işte çalıştırmakla yükümlüdürler. Benzer düzenleme eski hükümlüler içinde getirilmiştir. Bu düzenleme ile sosyal koruma sağlandığı kabul edildiği için, işe alma bakımından sakat olmayanlara karşılık daha üstün bir nitelik ve becerileri veya bilgi birikimi olmasa dahi belirli oranda sakat ve eski hükümlü işçinin işe alınması herhangi bir eleştiriye uğramamıştır.

Tam istihdamın olduğu dönemde sakatların ayrıcalıklı olarak belirli oranda işe alınmaları zorunluluğu, Almanya'da da sadece sakat olmayanlarla eş değerlendirme ve eşitliği sağlama olarak kabul edilmiştir.

Yüksek işsizliğin baş gösterdiği günümüzdeyse bu uygulama ile sakat olmayan kişilerin işsiz kalmasına yol açıldığı ve bunun göze alındığı ileri sürülmeye başlanmıştır. Ulusal rekabet koşulları içinde dahi işverenlerin sakat işçi (birlikte) çalıştırarak aynı yük altına girmelerine rağmen, bu uygulama salt üretim faktörü olarak işin maliyetini artırdığı için eleştiriye uğramaktadır. Başka ülkelerin (girişimcileri), işverenleri ile bir karşılaştırma yapıldığında bunların sakat işçi ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülükleri bulunmadığı için bu durum Almanya'da üretim faktörü olarak işin daha pahalıya mal olmasına, yol açmaktadır. Alman işverenlerinin uluslararası piyasada rekabet şansı azalmakta, sakatlar için işyeri açılması ve gerekli donanımların bulundurulmasının ek maliyetlere neden olduğu kabul edilmektedir¹⁵.

Eşit işlem açısından tartışılacak nokta sakat bir işçiyi işe almak için, sakat olmayan daha üretken olabilecek bir kişinin işe alınmamasıdır.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bk. *D.v. Stebut*, Die Kosten des Produktions faktors Arbeit, RdA 1997, Heft 5, s.293 vd.

¹⁴ Alman Feshe Karşı Koruma Yasasının S.1, fıkra 3 cümle 2 'de yapılan bir değişiklik ile "çalışmalarının sürdürülmesi, özellikle bilgi düzeyleri, yetenekleri ve üretkenlikleri dengeli personel yapısı bakımından işletmenin menfaatleri içinde sayılabilecekler çalışma süresi, yaşı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler gibi sosyal seçim ölçülerine tabi olmayacaklardır. Bu yeni düzenleme de kıdem ayrıcalığını bir ölçüde ortadan kaldırır niteliktedir.

¹⁵ *Stebut*, s.295.

Bir yanda sosyal koruma düşüncesi ve sakat olanların çıkarları ve diğer yanda genç ve sağlıklı işçilerin çıkarları ve hakları ciddi bir çelişki ve sorun yaratmaktadır.

Oysa sakatlığın bir ayrıcalık yarattığı ve dolayısı ile eşitliğe aykırı bir biçimde yasal bir korumanın getirildiğini söylemek doğru olmaz. Sosyal devlet sakatları koruyarak aslında bir anlamda eşitliği sağlamaya çalışmaktadır. Rekabet koşulları ve ekonomik nedenler görüldüğü gibi bu konuda da koruma ilkesini bile tartışmaya açmıştır.

c) Kadınların ve Hamilelerin Korunması Bakımından Eşit İşlem Yapma

Avrupa Birliği Sözleşmesinin 119 maddesi doğrudan olmayan dolaylı ayrımcılıkta dahi kadınların korunması ve ayrımcılığa uğramamasını düzenlemiştir. Sözleşmenin bu hükmüne göre, farklı bir işleme tabi tutulma, cinsiyet farklılığından kaynaklanmasada; ayrı işlemi her iki cinsiyette de bulunabilecek özellikler gözönünde tutularak gerçekleşse dahi, işlem sonuçta büyük ölçüde ve farklı bir biçimde cinsiyetleri (kadın veya erkek işçiyi) etkiliyorsa bu durumda dolaylı bir ayrımcılığın bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Dolaylı yoldan ayrımcılığın ortaya çıkması için, işi kamufle amacının veya böyle bir kastın bulunması da zorunlu değildir. Dolaylı ayrımcılığın saptanabilmesinin temeli, yapılan işlemin veya alınan önlemin belli bir cinsiyet (kural olarak kadınlar) üzerinde istatistiki olarak diğer cinse göre daha ağır bir biçimde olumsuz etki yapmasıdır.

Ücretler konusunda bu yönde farklı işlem yapılıp, ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmak oldukça güçtür. İşin dağıtımı, işten çıkarma, işe alma gibi konularda böyle bir durum çıkarsa, örneğin işlemde çoğunlukla kadın işçiler olumsuz yönde etkilendiklerini ileri sürerlerse, işverenin ayrı işlem yapma konusunda cinsiyetin rol oynamadığını kanıtlaması gerekir. Bu ilke sadece AB hukuku için değil Alman hukuku içinde geçerlidir¹⁶.

Dolaylı yoldan ayrımcılık yasağı AB hukukunda geliştiği ve üye ülkelere de kabul edildiği biçimde bazı eleştirilere uğramaktadır.

Bir görüşe göre, kadın-erkek işçi arasındaki gelir farklılığı ücretlerde ayrımcılık yapıldığı için değil; kadının işyerindeki yapısal etkenler dolayısı ile karşılaştığı olumsuzluklar nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Çünkü kadınlar mesleki açıdan daha az iddialı işleri yapmak istemektedirler; bazı kadınlar bazı işleri kesinlikle yapmaktan kaçınmaktadırlar. Aile, çocukların bakımı daha önplandadır. Daha çok eğitim, bakım yardım işlerine eğilimleri vardır¹⁷.

Bu görüş, iş hukuku düzenlemelerinin, kadın erkek arasında eşitliği, özellikle ücretler açısından eşitliği sağlayamayacağı yönündedir.

¹⁶ *Kart, RdA 1977, s.280.*

¹⁷ *Lorenz, in Festschrift for Wb Wlotzke, 1996, s.45.*

Empirik ve sosyolojik açıdan bu görüş statükoyu belki bir ölçüde yansıtmaktadır. Fakat bu durumun hem iş hukuku düzenlemeleri ile hem de kadının toplum içinde üstlendiği yeni rolü ile süratle değişikliğe uğradığını kabul etmek gerekmektedir.

Kadınların kısmi süreli çalışmalara yöneldikleri bilinen bir gerçektir, fakat bu durum kısmi süreli çalışmaların daha kötü koşullara tabi olmasını ve tam süreli çalışmaların ayrıcalıklarından yararlandırılmamasını haklı kılmaz. Kaldı ki kısmi süreli çalışmalar kadınların tercihi olmaktan çok aile ve işin bağdaştırılması ve ekonomik zorunluluk dolayısı ile bir bakıma dayatılmaktadır.¹⁸

İş Hukukuna özgü yasa ve toplu iş sözleşmesi düzenlemeleri ile getirilen kadın ayrımcılığını ortadan kaldırmaya yönelik girişimlere karşın, kadın işçilerin, erkek işçilere göre daha kötü koşullarda çalıştırıldıkları da bir gerçektir. Bunun nedeni olarak kadın işçilerin erkek işçilere göre işveren bakımından daha yüksek maliyetli çalışmaları gösterilmektedir. Doğum izni, kreş, erken işten ayrılma gibi nedenler maliyeti artırdığı ve verimliliği düşürdüğü kabul edilmektedir.¹⁹

Oysa kadın işçilerin maliyetlerinin yüksek olduğu yönündeki sav, Amerika Birleşik Devletlerindeki uygulamaya tamamen ters düşmektedir. Dolaylı ayrımcılığın yasaklanması ABD'de geliştirilmiş bir ilkedir. Orada çok katı bir biçimde uygulama alanı bulmuştur. Bu nedenle de ayrımcılık yapma yasağının katı bir biçimde uygulanmasının orada da maliyet patlamasına yol açacağı ve işyerlerinin yok olacağı beklentisi ortaya çıkmıştır. Ancak böyle bir maliyet patlaması olmadığı gibi, ABD'de Avrupa Birliğine göre son yıllarda milyonlarca yeni işyeri açılabilmiştir. Daha önceki yıllarda kadın işçilerin ayrımcılığa tabi tutulup, daha az ücretle çalışmaları ise, aksine ekonomik açıdan bir yarar sağlamamıştır. Kadınların farklı işleme tabi tutulmamaları, ABD'de kalifiye işçiye gereksinim duyulan işlerde kadın işçilerin payının önemli ölçüde artmasını neden olmuştur.

Bugün ABD'de kadınların da katkısını içeren ekonomik açıdan rasyonelleşme ve yapısal değişiklik prosesleri, fiilen kadınların ayrımcılığa uğramalarının kesin bir biçimde ortadan kaldırılmasına, bu konudaki katı ayrımcılık yasağı düzenlemelerine dayanmakta ve maliyet patlamalarına neden olmak yerine, olumlu ekonomik sonuçlar ortaya çıkartmaktadır.²⁰

Görüldüğü gibi eşitlik ilkesinin içeriğini, kriterlerini ve kapsamını belirlemek o kadar kolay olmamaktadır. Ülkeden ülkeye, farklı ekonomik yapılar, hukuki düzenlemelere, sosyal devlet anlayışının uzantısı sosyal anlayışa göre değişik bir eşitlik anlayışı ortaya çıkarabilmektedir.

Ülkemiz açısından da değerlendirmeyi yaparken ülke dışındaki gelişmeleri ve ülkemize özgü koşulları dikkate olarak sonuca ulaşmak doğru olan yoldur.

¹⁸ Kort, s.280.

¹⁹ Stebut, s.295.

²⁰ Bak. Kort, s.280.

Öncelikle soruna salt bir işletme karlılığı ve verimliliği açısından bakmak ve insan unsurunu gözardı etmek değerlendirmelerde büyük yanlışlara yol açabilir.

Sosyal korumadan yoksun ve bundan da öteye eşit işlem yapma ilkesini gözardı eden bir anlayış, ileri sürüldüğünün aksine ters yönde verimliliği ve ekonomik gelişmeyi engelleyebilir. Sosyal güvenlik ve dayanışmanın az olduğu, işsizlik sigortasının bulunmadığı ülkelerde zayıf kesimin korumasının kaldırılması yoluna gidilirse, eşitsizlik daha büyük boyutlarda devreye girebilir.

Ekonomik açıdan küreselleşmenin ortaya çıkardığı koşullar dolayısı ile sosyal korumanın artak geçersiz olduğu ileri sürülüyorsa; buna karşı sosyal korumanın da küreselleşmesini istemek sosyal korumadan yoksun kalanların en doğal hakkı olması gerekir. Aksi takdirde işsiz ve işlevsiz bırakılmış geniş bir kitlenin yaratılması gündeme gelecektir. Böyle bir durumda sosyal patlamalar kaçınılmaz olacaktır.