

^HTÜRK İŞ HUKUKUNDA ORANTILILIK İLKESİ

*Yrd. Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**

I. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku alanlarında ortaya çıkan ve daha sonra özel hukukta da kullanılmaya başlayan bir ilke olan ölçülülük ilkesi, asli olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kullanılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi uyarınca bir değerlendirme yapılarak, sınırlamanın makul seviyede olup olmadığı belirlenmektedir. Bir amaca ulaşmak için daha yumuşak önlemler olmasına rağmen, amaca katkısı olmayan, bir temel hak ve özgürlüğü sınırlayan düzenlemeleri “ölçülülük ilkesi” önlemektedir¹.

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasanın 13.maddesinin gerekçesinde² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden alınmış bir ilke olarak belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında “meşru amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki, yani müdahale ile elde edilecek yarar ile sınırlamadan doğan bireysel zarar arasındaki ölçüyü kaçırmamak, sınırlamanın demokratik bir toplumda ancak gerektiği ölçüde kullanılması” olarak ifade edilmiştir³.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Yavuz, **Sabuncu**, *Anayasaya Giriş*, B.14, İmaj Yayınları, Ankara 2006, s. 66.

² Kemal **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa 2010, s. 132, yazar, ölçülülük ilkesinin Anayasanın 13.maddesine 2001 yılında gerçekleştirilen değişiklik sonucunda dahil olduğunu, bu tarihten önce ölçülülük ilkesinin madde kapsamında bulunmadığını ifade etmektedir.

³ Aynen, Şeref **Gözübüyük**, *Anayasa Hukuku*, B.16, 2008 Ankara, s. 178.

Ölçülülük ilkesi, anayasal düzeyde korunan iki hak arasındaki çatışma durumunda yorum ilkesi olarak da kullanılmaktadır. Kamu gücünü sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacı taşıyan ölçülülük ilkesi çerçevesinde bir denetimde, izlenen bir *amaca ulaşmak için kullanılan aracın bir değer ölçüsüne göre değerlendirilmesi* yapılır. Ölçülülük ilkesinin, üç alt ilkedен oluştuğu genel olarak kabul gören bir görüştür. Bunlar *elverişlilik*, *gereklilik* ve dar anlamda ölçülülük olarak da adlandırılan *orantılılıktır*⁴.

Ölçülülük denetiminde araç ile amaç arasında makul bir ilişkinin olup olmadığı incelenmektedir. Özel hukukta ölçülülük denetimi ise karşı karşıya gelen ve hukukça korunan iki değer arasında yapılan karşılaştırmadır. Örneğin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 63.maddesinde “hukuka aykırılığı kaldıran haller” arasında düzenlenmiş olan meşru müdafaa için saldırı ile saldırıyı önlemek için başvurulmuş aracın “orantılı” olması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanununun 64.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan

⁴ İbrahim **Kaboğlu**, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)” *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 8 (1991), s. 303-304, yazar, Anayasal anlamda orantılılık ilkesinin hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğunu, orantılılık ve ölçülülük ilkesinin Alman Federal Mahkemesi tarafından geliştirilen bir “hukukun genel ilkesi” olarak nitelendirilebileceğini ifade etmektedir; aynı yönde, Tor-Inge **Harbo**, “The Function of The Proportionality Principle in EU Law” *European Law Journal*, Vol. 16,(2010) No. 2, s. 158, 165; **Sabuncu**, 2006, s. 66-67; Hasan **Tunç** - Faruk **Bilir** - Bülent **Yavuz**, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Yayınevi, Ankara 2009, s. 86-87; Bülent **Tanör**-Necmi **Yüzbaşıoğlu**, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 151; **Gözler**, 2010, s. 131-132; Yüksel **Metin**, *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 20-21, ölçülülük ilkesinin yorum ilkesi olarak kullanılması konusunda geniş bilgi için bkz. Aynı yazar, s. 141 vd; Yücel **Oğurlu**, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 21, alt ilkelerle ilgili olarak ayrıntılı açıklama için bkz, s. 36 vd.; Rona **Serozan**, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 25, ayırım gözeten bir uygulamanın meşru bir amaç için yapılması, bu durumun izlenen amaca ulaşmak için elverişli ve zorunlu olması, yani izlenen amaç ile yapılan ayırıcı davranışın ölçülü olması durumunda yapılan uygulamanın eşitlik ilkesine, dolayısıyla da adalete uygun olduğu ifade edilmiştir. Bu alt ilkelerle ilgili olarak ayrıca bkz. Mustafa **Alp**, “Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-” *Yasa Hukuk Dergisi*, Ocak 1999, s. 1520 vd.

zaruret hali için de karşı karşıya kalınan tehlike ile üçüncü şahsın malına verilen zarar arasında orantı olması aranmaktadır⁵.

Ölçülülük ilkesi, bir normun, kişilere, diğer kişilerin hukuk alanında onlar aleyhine sonuç doğuracak bir hakkın kullanımına izin verdiği ancak somut sınırlama getirmediği alanlarda kullanılır⁶. Bu kapsamda olmak üzere özel hukuk alanında yasa ile kişilere tanınan ve üçüncü kişilerin hukuk kuralları ile korunan haklarına müdahale yetkisi veren “yenilik doğuran haklar” ölçülülük denetimine konu olacaktır⁷.

Avrupa Birliği hukuku açısından da ölçülülük ilkesi, Adalet Divanı tarafından pek çok uyuşmazlıkta *genel bir ilke* olarak nitelendirilmiştir. Divan, Hollandalı bir öğretim üyesinin İrlanda’da çalıştığı sırada, İrlanda dilini yeterli ölçüde bilmemesi nedeniyle işine son verilmesi ile ilgili davada ölçülülük ilkesi açısından bir denetim yapmıştır. Bu değerlendirmenin sonucunda bir üye devletin, ülkede çalışmak için resmi dilin bilinmesi yönünde koyduğu şartın, o devletin dilin teşvik edilmesi amacıyla yürüttüğü politikanın uygulanması amacı ile *orantılı* olduğunu, bu yönde bir kuralın çalışma ve seyahat özgürlüklerine aykırılık yaratmadığına karar vermiştir⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir başka davada da “...Ayrım, objektif ve makul bir nedene dayanmadığı takdirde ki eşitlik ilkesine aykırı olur...şayet kullanılan araçla güdülen amaç arasında makul bir ölçü yok ise 14.madde ihlal edilmiş olur...” ifadeleri ile *ölçülülük ilkesine* değinmiştir⁹.

⁵ **Metin**, 2002, s. 74-75, 77; **Oğurlu**, 2002, s. 26-28; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M.Kemal **Oğuzman**-M.Turgut **Öz**, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.2, İstanbul 2012, 27 vd; Ahmet **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B.15, Ankara 2012, 273 vd; Gökhan **Antalya**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, İstanbul 2012, 446-448.

⁶ **Alp**, 1999, s. 1519.

⁷ **Alp**, 1999, s. 1525; İş hukukunda yenilik doğuran haklar ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. Gaye **Baycık**, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2011.

⁸ Groener kararı, 28.11.1989, 379/87, **Metin**, 2002, s. 94-95, 119-120.

⁹ Bkz. Can **Tuncay**, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 15.

II. İŞ HUKUKU VE ORANTILILIK İLKESİ

Dar anlamda ölçülülük yani orantılılık ilkesi, araç ile amacı karşılaştırarak müdahalenin ağırlığı ile söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin önemi arasında değerlendirme yapılmasını sağlamaktadır¹⁰. Dolayısıyla orantılılık ilkesi, tarafların yarar ve çıkarlarını birbiri ile kıyaslar¹¹. Orantılılık ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerinin gerek bireysel gerek toplu açıdan korunması ile yakından ilişkilidir¹².

İş Hukukunda diğer özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak taraflar arasında eşitlik olmadığı, işçinin işverene bağımlı olarak iş görme borcunu yerine getirmesi esasları dolayısıyla işçinin korunması gerekmektedir. Bu korumaya en çok işçinin çalışma koşullarının değiştirilmesi ya da iş ilişkisinin işverence sona erdirilmesi¹³ alanlarında ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla genel bir ifadeyle, işverence yapılan ve işçinin haklarına olumsuz etkisi olan işlemlerin orantılılık ilkesi uyarınca denetimi mümkündür. Bunun yanı sıra orantılılık ilkesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı alanında da başvurulan bir değerlendirme ölçütüdür. Özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı uygulamasında AB hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilen orantılılık ilkesi¹⁴ uyarınca denetim, eşitlik ilkesine dayalı taleplerde de yapılmaktadır.

Aşağıda öncelikle Avrupa Birliği Adalet Divanı uygulamasında orantılılık ilkesinin uygulanma alanına değinilecek, ardından Türk iş hukuku açısından orantılılık ilkesi incelenecektir.

A. ADALET DİVANİ UYGULAMASINDA ORANTILILIK DENETİMİ

Avrupa Birliği Adalet Divanı “orantılılık” denetimini iş hukukunu ilgilendiren Bilka kararında uygulamıştır. Söz konusu karara esas olan uyuş-

¹⁰ **Metin**, 2002, s. 130.

¹¹ ALP, 1999, s. 1523.

¹² Isabelle **Cornesse**, *La Proportionnalite en Droit du Travail*, Litec, Paris 2001, s. 31.

¹³ Mustafa **Kılıçoğlu-Kemal Şenocak**, “İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu”, *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Ankara 2010, s. 183-184.

¹⁴ **Harbo**, 2010, s. 158.

mazlığın konusu işverenin ayrımcılık yapıp yapmadığının belirlenmesidir. Divan, işverence yapılan ve ayrımcılık oluşturduğu ileri sürülen bir uygulama ya da ölçütle ulaşılmak istenen amaç ile bu amacın elde edilebilmesi için kullanılan araçlar arasında makul bir denge bulunması gerektiğini ifade etmiştir. İşverence yapılan uygulamanın işyerinin ya da işletmenin gerçek bir ihtiyacını karşılamak için zorunlu olduğu durumlarda, bu amaca ulaşmak için uygun bir araç seçen işverenin “eşitlik ilkesine” aykırı davranmadığını da belirtilmiştir. İşverenin söz konusu amaca ulaşmak için başvurduğu yöntemin uygunluğu, işverenin bu amaca ulaşmak için daha az zarar doğuran bir başka araca sahip olup olmadığına göre belirlenir¹⁵. Sonuç olarak işverence ulaşılmak istenen ve işletmenin/işyerinin haklı bir ihtiyacını karşılayan *uygulama* ile bu uygulama sonucunda ortaya çıkan *işçi mağduriyeti* arasında *orantı* olması gerekmektedir¹⁶.

İşveren tarafından yapılan bir uygulamanın sadece iktisadi açıdan makul olması, Adalet Divanı tarafından bu uygulamanın objektif bir temele dayandığını belirleme açısından yeterli bulunmamakta, uygulamanın “işletmenin/işyerinin gerçek bir ihtiyacını karşılaması/hizmet etmesi” gereğini aramaktadır¹⁷. İşletmenin/işyerinin gerçek bir ihtiyacına hizmet etme ölçütü şüphesiz ki sadece “iktisadi açıdan makul/elverişli olması” ölçütünden çok daha sıkı bir incelemeyi gerektirmektedir.

Adalet Divanı uygulamasında cinsiyetin görülecek iş için belirleyici olduğu mankenlik, yapılacak işten etkilenecek bireylerin temel haklarını koruma amacı taşıyan hasta bakıcılık ya da gardiyanlık, yapılan işin biyolojik açıdan kadınlar için tehlike yarattığı yer altı ve su altı işlerinde kadın işçi istihdam edilmesi ya da edilmemesi işin niteliğinden kaynaklanan uygula-

¹⁵ Melek Onaran **Yüksel**, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 107-108, bu yöndeki diğer bazı kararlar için bkz. aynı yazar 107, dn.30; *gereklilik ve elverişlilik* ilkelerinin Anayasa Hukuku açısından incelenmesi konusunda bkz. **Metin**, 2002, s. 26 vd; konunun idare hukuku açısından incelenmesi için bkz, **Oğurlu**, 2002, s. 36 vd.

¹⁶ **Yüksel**, 2000, s. 375; Kübra Doğan **Yenisey**, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, *Legal İSGHD*, C.2 (2005), S. 7, s. 1001-1002; Erdem **Özdemir**, *İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları*, Beta, İstanbul 2006, s. 226.

¹⁷ **Yüksel**, 2000, s. 125.

malar olarak kabul edilmektedir. Ancak hamilelik nedeniyle işe devam edemeyen işçinin yarattığı maliyet ya da işçinin yokluğu nedeniyle karşılaşılan zorluklar işveren açısından feshi haklılaştıran gerekçeler olarak kabul edilmiştir¹⁸.

Orantılılık ilkesinin dolaylı ayrımcılık iddialarında da önemi büyüktür. Dolaylı ayrımcılık iddiaları işçi tarafından güçlü bir ihtimal olarak ortaya konulmuş olsa bile işveren dolaylı ayrımcılık yarattığı iddia edilen ölçütün temelinde haklı ve objektif bir nedenin yer aldığını kanıtlayabilir. ATAD uygulamasında ölçütün objektif, orantılı ve ölçülü olması aranmaktadır. Örneğin işçinin performansı, eğitimi, kıdemi ya da işyerindeki yeniden yapılanma, mali zorluklar objektif ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Burada önem taşıyan nokta, haklılaştırmak için ileri sürülen ölçütün cinsiyete dayalı olmamasıdır¹⁹.

B. TÜRK İŞ HUKUKUNDA ORANTILILIK İLKESİ

1. Yönetim Hakkının Kullanılmasında

İş hukukunun kaynaklarından biri olan yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer alır. Yönetim hakkı, işveren tarafından başka bir kaynak ile düzenlenmemiş bulunan tamamen boş alanda kullanılabilir²⁰. Dolayısıyla yönetim hakkı, kendinden daha önce gelen iş hukuku kaynakları ile sınırlandırılmıştır. Burada belirtmek gerekmektedir ki, hukukun genel ilkeleri, Anayasal ilke ve kurallar da yönetim hakkını sınırlamaktadır.

İşverenin yönetim hakkı, işyerinde uyulması gerekli düzeni sağlamaya yönelik olabileceği gibi, işçinin mevcut çalışma koşullarını değiştiren ya da etkileyen şekilde, bazen de disiplin cezalarının uygulanması ile ilgili olarak

¹⁸ Yenisey, 2005, s. 999-1000; Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen, C-177/88 [1990] kararında Adalet divanı hamile olduğu için işe alınmayan davacıya cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığına hükmetmiştir, Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, OUP, İngiltere, 2005, s. 228; Webb v. EMO Air Cargo, C-32/93[1994] kararında hamilelik nedeniyle işten çıkarılmayı doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirmiştir, Ellis, 2005, s. 229.

¹⁹ Yenisey, 2005, s. 1001.

²⁰ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Beta, İstanbul 2008, s. 80; Öner Eyrenci-Savaş Taşkent-Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, s. 34.

kullanılabilir²¹. İşyerine giriş çıkış kapılarına kartlı sistem konmasına, araç park yerlerinin düzenlemesine ilişkin bir karar işverenin yönetim hakkı kapsamına girdiği gibi işçinin çalışmasını doğrudan etkileyen kararların alınması ve talimat verilmesi de bu hakkın kapsamına girmektedir. İşyerinin düzenine ilişkin kurallar bir tarafa bırakılırsa işçinin çalışma koşulları üzerinde etki doğuran ya da işçinin aleyhine bir durum yaratacak konularla ilgili olarak yönetim hakkının kullanılmasında da *ölçülülük ilkesine* uyulması gerekmektedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamındaki konularda işverence tek taraflı değişiklik yapılabilir²². Çalışma koşullarında *esaslı değişiklik* ise İş Kanununun 22.maddesinde düzenlenmiş olan usule tabidir²³. Esaslı değişiklik ise öğretide iş akdinin objektif esaslı unsurlarına müdahale oluşturan, sözleşme ile kurulan denge ve düzen ilişkisini belirli ölçüde bozan değişiklikler olarak kabul edilmektedir²⁴. İşçinin ücretinin düşürülmesi, ücret eki niteliğindeki ayni ya da nakdi ödemelerin düşürülmesi ya da tamamen ortadan kaldırılması, işçinin yaptığı işin değiştirilmesi, işyerinin değiştirilmesi, çalışma saatlerinde değişiklik²⁵ yapılması esaslı değişiklik kavramına girmektedir²⁶.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, 2008, 71 vd; Nuri **Çelik**, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 114-116. Orantılılık ilkesi özellikle ceza ve disiplin hukukunda cezaların türü ve miktarı belirlenirken ihlal edilebilmektedir, **Gözler**, 2010, s. 132.

²² Yönetim hakkının kullanılması ile iş sözleşmesinin değiştirilmesi arasındaki farklılıklar ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. **Yenisey**, Kübra, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, *III. Yılında İş Yasası Semineri*, İstanbul 2005, s. 114-118 vd.; aynı yazar “Hizmet Akdine Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, *İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni*, S. 5, 2001, s. 118-120.

²³ **Süzek**, 2008, s. 601, yazar işverence yönetim hakkının çerçevesini aşan her değişikliğin esaslı sayılmayacağını ifade etmektedir, ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Süzek**, Sarper, “Değişiklik Feshi”, *TISK Akademi* 2006/1, 6-31; Mustafa **Alp**, “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul 2007, s. 114.

²⁴ **Süzek**, 2008, s. 601; Gülsevil **Alpagut**, “İş Sözleşmesini Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi”, *Çimento İşveren*, Eylül 2004, s. 56; **Alp**, 2007, s. 114.

²⁵ Çalışma saatindeki değişiklik işçinin ücretinde değişiklik yaratmasa dahi işçinin yaşamını etkiliyor, çalışma koşullarını ağırlaştırıyorsa Yargıtay tarafından esaslı değişiklik

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu çalışma koşulları kavramının “iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümünü” kapsadığını belirtmiştir²⁷. Aynı kararda, iş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespitinin yeterli olmadığı, işveren tarafından yapılan değişiklik önerisinin kanuna, toplu iş sözleşmesine, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerektiğini de ifade eden HGK, değişiklik önerisinin kabul edilmemesi üzerine yapılacak fesih ile ilgili olarak da “...değişiklik feshinin geçerliliğine ilişkin denetiminin ikinci aşamasında, değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla ölçülülük denetimi yapılmalıdır. (Yargıtay 9. HD. 07.07.2008 gün 2007/24548 E., 2008/19209 K.)...” ifadelerine yer vermektedir. Bu kapsamda işverenden çalışma koşullarını esaslı şekilde değiştirmeden önce işçiye daha az zarar veren önlemler alması, değişikliğin işçi tarafından kabul edilmesinin beklenebilir olması ve değişikliğin kabul edilmemesi üzerine yapılan feshin de yapılan denetim sonucunda makul görülebilmektedir.

İşin yürütümü sırasında işverenin bir ya da bir kaç işçiye diğerlerinden farklı davranması söz konusu uygulamanın eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı sorusunu da beraberinde getirebilmektedir. Bu sorunun çözümünde işveren, yaptığı işlemin temelinde ayrımcı veya eşit işlem yapma borcuna aykırılık oluşturan bir nedeninin bulunmadığını ortaya koymak ya da ilk başta böyle bir neden görünse bile işverenin bu yönde davranma gereke-

olarak kabul edilmekte ve işçinin rızası aranmaktadır. Bu konuda bkz. Y9HD, 7.12.1995, 20913/35276, Tekstil İşv, Mart 1997, 15.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, 2008, s. 602 vd.; **Yenisey**, 2005, s. 121 vd.

²⁷ “...İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9. HD. 27.10.2008 gün 2008/ 29715 E., 2008/ 28944 K.)...” YHGK, 4.11.2009, 9-416/474. Aynı yönde, Y9HD, 11.7.2011, 19275/23293 (Kazancı İhtihat Bankası) erişim tarihi 26.04.2012.

sinin hukuken meşru görülebilen bir amaca ulaşmak için gerekli ve orantılı olduğunu, yapılan işin gereği olarak bu yönde bir karar verdiğini ortaya koymalıdır. Şayet eşitlik ilkesine ya da ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturduğu iddia edilen uygulama işverence bu şekilde haklılaştırılabiliyorsa hukuka uygun bir durum söz konusu olacaktır²⁸.

Ayrımcılık yasakları kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili olduğundan işverence gerçekleştirilen bir davranışın, uygulamanın ya da aranan ölçütün orantılılık ilkesi gereğince haklılaştırılması, genel anlamda eşit davranma borcuna (eşit işlem yapma borcu) aykırılık durumlarının haklılaştırılmasına oranla çok daha zordur²⁹. Örneğin işyerinde aynı işi yapan, aynı kıdeme sahip iki işçiden birine sadece kadın olduğu için daha az ücret ödemesi cinsiyet ayrımcılığı oluşturmaktadır. Ancak işyerindeki iki işçiden birine daha yüksek ücret ödeme sebebi işçiler arasındaki eğitim, kıdem ya da nitelik farkına dayalı ise işveren bu durumları ispatlayabildiği oranda yaptığı işlem hukuka uygun hale gelecektir.

İş Kanununun 12. ve 13.maddelerinde “ayrımı haklı kılacak bir neden olmadıkça” iş sözleşmesinin türüne göre işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağına ilişkin düzenleme, öğretilerde orantılılık ilkesinin açık bir ifadesi olarak yorumlanmıştır. Buna göre işveren, belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli çalışanlar arasında işletme menfaatleri gereğince farklı bir uygulama yapılmasını objektif olarak haklılaştırabiliyorsa ayrımcılıktan söz edilemeyecektir. Örneğin çalışma süresi ile orantılı olarak verimliliğin arttığı ortaya konulabiliyorsa tam süreli çalışanlar ile kısmi süreli çalışanlar arasında farklı uygulamaya gidilebilecektir. Burada önem taşıyan nokta, özellikle dolaylı cinsiyet ayrımcılığı iddialarında, işletme gerekleri olarak ileri sürülen durumun belli bir cinsi esaslı olarak aleyhe etkilememesidir. Böyle bir durum olduğunda anılan uygulama ya da ölçütün orantılı olduğu kabul edilemez. Aksine burada dolaylı ayrımcılık bulunmaktadır³⁰.

²⁸ Gaye Burcu **Yıldız**, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 206-209, 302-303.

²⁹ **Yenisey**, 2005, s. 997.

³⁰ **Yenisey**, 2005, s. 998. Dolaylı ayrımcılık hakkında bilgi için bkz. **Yıldız**, 2008, s. 75 vd.

2. İş Sözleşmesinin Feshinde

a. İş Güvencesi Kapsamı Dışında Kalan İş İlişkileri

İş sözleşmelerinin feshi ile ilgili olarak yapılacak bir değerlendirmede öncelikle iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin durumu ele alınmalıdır. İş güvencesi sistemi dışında kalan iş ilişkilerinde fesih hakkı her iki taraf açısından sözleşmeye devam etmenin dürüstlük kuralları gereği beklenemeyecek hale geldiği, taraflar arasındaki güven ilişkisinin çöktüğü durumlarda haklı nedenle fesih ya da akdi ilişkiye devam etmenin herhangi bir sebeple istenmediği durumlarda süreli fesih olarak kullanılabilir.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde işveren süreli fesih hakkını kullanma açısından daha fazla serbestiye sahiptir. İş güvencesi sistemi dışında kalan iş ilişkilerinde süreli fesih hakkının tanınmasının temelinde kişi özgürlüğü ilkesi yer almaktadır. İşveren, ihbar önelerine uyararak, herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın³¹ işçinin iş sözleşmesini İK 17.madde uyarınca feshedebilir. Bu feshin yargı denetimine tabi olması durumunda fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı³² ya da İK 5.maddede düzenlenmiş bulunan ayrımcılık yasağına aykırılık içerip içermediği³³ incelenecektir. Bu durumlar yargı organınca tespit edilse dahi işçiye bu hukuka aykırı davranışın karşılığında tazminat ödenmesinin ötesinde bir yaptırım uygulamak mümkün olmayacaktır.

Hakkın kötüye kullanımı ile ölçülülük denetimi arasındaki temel fark, hakkın kötüye kullanımında mevcut bir hakkın amacı dışında kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken, ölçülülük denetiminde amacına uygun olarak kullanılan bir hakkın karşı tarafta neden olduğu zararın inceleme konusu oluşturmasıdır³⁴.

İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde şayet işveren iş sözleşmesi ile bağlı kalmak istemiyorsa başvurabileceği tek araç iş sözleşmesini feshetmektir. Burada feshin gerekli olup olmadığı, elverişli olup olmadığı

³¹ Süzek, 2008, s. 456, 458.

³² Süzek, 2008, s. 476

³³ Yıldız, 2008, s. 241-242.

³⁴ Alp, 1999, s. 1521.

incelemesi yapılamaz. İş güvencesi kapsamı dışında kalan iş sözleşmelerinde işverence yapılan, süreli fesihlerde, yargı denetimi ihbar sürelerine uyulup uyulmadığı, fesih hakkının kötü niyetle kullanılıp kullanılmadığı³⁵ ve ayrımcılık yasağı ile eşit davranma borcuna aykırılık bulunup bulunmadığı noktalara ilişkindir. Bunun ötesinde işverence yapılan feshin ölçülülük denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

Haklı nedenle yapılan bir fesihte ise yapılacak denetim öncelikle işverence ileri sürülen sebebin İş Kanununda düzenlenen haklı nedenle feshe olanak sağlayan bir sebep olup olmadığı ve işveren tarafından İK 26.madde-deki süreye uygun olarak fesih hakkının kullanılıp kullanılmadığı noktalara ilişkin olacaktır. İş Kanununda düzenlenen haklı nedenle fesih sebeplerinden birinin varlığı halinde işverenin başkaca bir sınırlamaya tabi olmaksızın bu hakkı kullanabileceği düşünülebilirse de yapılan fesih ile işçinin davranışı arasında “orantı” olması gerektiği de savunulabilir. Bu görüşün temelinde haklı nedenle fesih hakkının hukuk sistemince tanınmasının sebebi olan *akdi ilişkiye devamın katlanılmaz hale* gelip gelmediğinin belirlenmesi yer almaktadır. Haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için bu hakkı kullanan taraf açısından akdi ilişkiye devam etmek çekilmez hale gelmiş olmalıdır. Söz konusu durumun bu ağırlıkta olup olmadığını belirlemek için ise dürüstlük kuralı ölçüt oluşturur³⁶. Uzun yıllardır sorunsuz devam eden bir iş sözleşmesinde işçi tarafından yapılan, taraflar arasındaki güven ilişkisini temelinden çökertmeyen bazı davranışların haklı nedenle feshe zemin oluşturmasının işçi açısından çok ağır sonuçları olabilmektedir. Özellikle ülkemiz açısından kıdem tazminatı hakkının kaybı gibi ağır bir sonuç doğuran bu duruma yargı organı da dikkat etmektedir.

Türk hukuk uygulamasında Yargıtay’ın orantılılık ilkesine değindiği kararlardan birinde işveren tarafından iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından işçinin eylemi ile uygulanacak yaptırım arasındaki orantı incelenmiş ve bu yapılırken de işçinin kıdemi belirleyici bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Bu uyuşmazlıkta uzun yıllar işyerinde bekçi olarak çalışan işçinin birkaç kez saati kurmaması ya da geç kurması nedeniyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. İşçi tarafından

³⁵ Sützek, 2008, s. 479-481.

³⁶ Sützek, 2008, s. 632.

açılan dava yerel mahkeme tarafından reddedilmiş, ancak Yargıtay "...Eylem ile ceza arasında adil bir oranın olması gerektiği hukuk devletinin de bir unsurudur. Bu olayda da üç beş dakika gecikme ile saatin kurulması nedeniyle fesih yoluna gidilmesi ağır bir ceza niteliği taşır. Daha hafif bir ceza ile yetinilebilirdi. Tüm bu hususlar dikkate alınarak feshin haksız olduğu kabul edilmeli ve ihbar, kıdem tazminatları hesaplattırılarak hüküm kurulmalıdır..." ifadeleri ile yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁷.

Yüksek mahkemenin kararında eylem ile ceza arasında orantı bulunmadığına karar vermesi, işyerinde uzun yıllardır çalışan bir işçinin karara konu olan davranışının aslında haklı nedenle feshin doğumuna neden olan " taraflar arasındaki akdi ilişkiye devamın katlanılmaz" derecede ağır bir ihlal olarak değerlendirilmediği anlamına da gelmektedir. Haklı nedenle fesih hakkının doğumu için gerekli şart olan "akdi ilişkiye devamın katlanılmaz" hale gelip gelmediğinin tespitinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, objektif iyi niyet kuralları ölçüt oluşturur. Bu durumun tespiti halinde haklı nedenle fesih hukuka uygun olacaktır. Aksi durumda ise haklı nedenle fesih hakkının doğmadığı kabul edilmelidir.

Haklı nedenle yapılan bir feshin orantılılık denetimine tabi tutulması isabetlidir. Taraflar arasındaki ilişkide olması gereken güveni, akdi ilişkiye devamı katlanılmaz kılacak derecede ortadan kaldıran bir fiilin haklı nedenle feshe konu oluşturması tartışma dışıdır. Ancak somut olayda taraflar arasındaki ilişkide bu kadar ağır sonuçları olmamakla birlikte İş Kanununda haklı

³⁷ Y9HD, 16.01.2002, 15510/266, Kararın tam metni ve bu kararın incelemesi için bkz. Tankut **Centel**, "Saati Gecikmeli Kuran Bekçiyeye Verilecek Ceza", <http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/34.html>, erişim tarihi 15.04.2012. Karar incelemesinde orantılılık ilkesinin iş ilişkisinin sona erdirilmesinde dikkate alınması ve bu ilkenin hukuk devleti ile ilişkilendirilmesi isabetli bulunmuş ancak somut olayla ilgili olarak Y9HD'nin kararı eleştirilmiştir; ayrıca bkz. Kübra Doğan **Yenisey**, "İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", *Sicil*, Haziran 2006, S. 2, s. 62. Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin daha önceki yıllarda verdiği kararlarda, her hak gibi haklı nedenle fesih hakkının da kötüye kullanılabilceği görüşünü belirttiği görülmektedir, bkz. Sarper **Süzek**, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Kazancı, Ankara 1976, s. 19-22, yazar, haklı sebeple fesih hakkının kötüye kullanılmayacağını belirtmektedir, s. 22-25.

nedenle fesih sebebi olarak gösterilmiş olan bir eylem nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshi, orantılı olmaktan uzaklaştığı ölçüde hakkaniyete de aykırılık teşkil edecektir. Bu konuda genel geçer bir ilke konmasının mümkün olmaması karşısında her somut olayda yargı organı bu değerlendirmeyi yaparak bir sonuca ulaşma olanağına sahiptir.

b. İş Güvencesine Tabi İş İlişkilerinde

İş sözleşmesinin feshinde orantılılık açısından yapılacak bir denetim, esas itibarıyla iş güvencesine tabi olan ilişkilerde sıklıkla kullanılacaktır. İş güvencesi sistemi içindeki iş ilişkilerinin işveren tarafından süreli feshi, yasa tarafından hem sebep hem de şekil açısından sınırlandırılmıştır. İş güvencesi sisteminde işverenin süreli fesih hakkının doğumu ve işveren tarafından kullanılması çeşitli sebeplere bağlanmıştır. İş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinin feshinde yargı denetimi, işverenin feshe gerekçe olarak sunduğu sebebe ve/veya feshin tabi olduğu usul kurallarına ilişkindir.

İş güvencesine tabi iş ilişkilerinde uyulması gereken usul kurallarına uyulmaması durumunda fesih geçersiz sayılacak ve işe iade kararı verilecektir. İş güvencesi sisteminde işçinin savunması alınmadan davranışlarına ya da yetersizliğine dayalı olarak yapılan fesih, fesih sebebinin açıkça belirtilmediği ya da yazılı fesih bildirim yapılmadığı durumlarda iş sözleşmesi geçersiz feshedilmiş sayılacaktır. Usule ilişkin denetim şekli bir nitelik taşıdığından bu aşamada orantılılık ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır.

Ancak işçinin davranışlarından, yeterliliğinden kaynaklanan fesihler ile işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde orantılılık ilkesi feshin geçerliliği açısından bir denetim ölçütü olarak kullanılmalıdır. Dolayısıyla iş güvencesi sistemine tabi iş ilişkilerinde öncelikle işverence yapılan feshin gerekli olup olmadığı incelenmelidir. Burada belirleyici unsur, işverenin fesih ile ulaşmayı istediği amaca uygun başka bir önlem olup olmadığının belirlenmesidir³⁸.

İş güvencesi sistemindeki iş ilişkilerinde geçerli fesih hakkının doğumu için, işverenin öncelikle fesihden daha hafif önlemlere başvurmuş olması

³⁸ Kılıçoğlu-Şenocak, 2010, s. 190; Eda Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, 132-135.

ancak bu önlemlerin uygulanması sonucunda dahi ilişkiyi sürdürmenin mümkün olmaması gerekmektedir. Bu durum “*feshin son çare olması*” ilkesi olarak adlandırılmaktadır³⁹.

Feshin son çare olması ilkesi, temelini Medeni Kanununun 2.maddesindeki dürüstlük kuralında bulur ve iş hukukunda ölçülülük ilkesinin somutlaşmış halidir⁴⁰.

Feshin son çare olması ilkesi gereğince, işçinin veriminden ya da davranışlarından kaynaklanan bir nedenle iş sözleşmesinin feshinden önce, somut olayın özelliğine göre işverenin işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi, eğitim vermesi gibi fesihten daha hafif ve iş ilişkisinin devamını sağlayabilecek önlemleri uygulaması beklenmektedir. Feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenin başvuracağı tedbirlerin uygulanabilir olması, işverenin işletmede izlediği amaca uygun olması gerekmektedir. Ancak bu ilke çerçevesinde işveren tarafından işçiye yeni iş yaratması ya da aşırı masraflı tedbirler alması beklenemez⁴¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda “... , iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda, fesih için geçerli nedenin bulunduğu kabul edilmelidir.” ifadesi ile geçerli neden kavramı somutlaştırılmıştır⁴². Yüksek mahkeme işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshinden önce

³⁹ **Süzek**, 2008, s. 538-539; **Çelik**, 2009, s. 227; **Eyrenci-Taşkent-Ulucan**, 2006, s. 169-170; Ali **Güzel**, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 yılı Toplantısı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 67. **Alp**, 1999, s. 1530; A. Nizamettin **Aktay-Kadir Arıcı-E. Tuncay Senyen Kaplan**, *İş Hukuku*, B.4, Gazi Kitabevi, Ankara 2011, s. 164-165; Hamdi **Mollamahmutoglu-Muhittin Astarlı**, *İş Hukuku*, Turhan Kitabevi, B.4, Ankara 2011, s. 882-885; **Manav**, 2009, s. 109 vd.; Bektaş **Kar**, *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 621-623.

⁴⁰ Gülsevil **Alpagut**, “İş sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi -İkale Sözleşmesi-”, *Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11.Toplantı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 21. **Güzel**, 2004, s. 75-76.

⁴¹ **Süzek**, 2008, s. 540.

⁴² Y9HD, 17.3.2008, 27583/5294 (Kazancı İçtihat Bankası) erişim tarihi 26.04.2012.

ihbar edilmesi gerekliliğini aynı kararda vurgulamakta ve ölçülülük ilkesinin bir diğer gereği olarak da fesihden önce işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesinin düşünülmesi gerektiğini şu şekilde belirtmektedir; “ ... Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihbardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır (Rebmann, K./Säcker, F.J./Rixercker, R./Hesse, D.: Münchener Kommentar, §1 KSchG Rdnr. 224 sh.1023; Fiebig, S./Gallner, I./Griebeling, J./Mestewerdt, W./Nägele, S./Pfeifer, G., Hako, §1 KSchG Teil D Rz.284 sh.181. Ayrıca bkz. BAG, 16.1.1997, DStR 1997, sh.1056; BAG, 31.03.1993, AP §626 BGB, Nr. 32; BAG, 22.07.1982, §1 KSchG 1969, Nr. 5). İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir.”

İşletme gerekleriyle yapılan fesihlerde, yargı tarafından yapılan inceleme işletmesel kararın yerindeliği ile ilgili değildir. Aksine işletmesel kararın yerindeliği yargı denetiminin dışındadır⁴³. Daha açık bir ifadeyle, yargı, işverenin söz konusu kararı neden aldığını, almasının gerekli olup olmadığını ya da o karar yerine başka bir karar alıp alamayacağını inceleyemez. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, incelediği bir uyuşmazlıkta bu esası “...İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz; kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır... Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir

⁴³ **Süzek**, 2008, s. 527-528; Y9HD, 19.11.2007, 22157/34396; Y9HD, 20.7.2009, 18870/21761; Y9HD, 26.10.2009, 1984/29312 (Kazancı İçtihat Bankası) erişim tarihi 26.04.2012.

başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemekte özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır. ...⁴⁴.

İşçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak işyeri/işletmeden kaynaklanan sebepler gösterilmişse bu feshin dava konusu yapılması halinde yargı organı sadece işletmesel kararın uygulanması sonucunda işçinin iş sözleşmesinin bu nedenle feshedilmesinin gerekli olup olmadığını, işverenin ulaşmak istediği amaç açısından feshin elverişli bir araç olup olmadığını⁴⁵ incelemektedir.

⁴⁴ Y9HD, 24.9.2008, 30742/24595; aynı yönde Y9HD, 20.7.2009, 18870/21761, Y9HD, 26.10.2009, 1984/29312; Y9HD, 14.2.2011, 6396/2628 (Kazancı İçtihat Bankası) erişim tarihi 26.04.2012.

⁴⁵ **Kılıçoğlu-Şenocak**, 2010, s. 194.

Dolayısıyla işverenin, ekonomik güçlük, yeniden yapılanma veya teknolojik sebepler dolayısıyla aldığı işletmesel karar sonucunda işgücü fazlalığının ortaya çıkmış olması, bu fazlalığın da fesih dışında başka bir önlem ile bertaraf edilememesi gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak bir denetimde, iş sözleşmesi feshedilen işçi yerine işyerine başka işçi alınıp alınmadığı, işyerinde fazla çalışmaların kaldırılıp kaldırılmadığı, işçiye işyeri içinde başka bir iş verilmesinin mümkün olup olmadığı, işveren tarafından işçiye İK 22 çerçevesinde iş sözleşmesinde değişiklik yapılmasının teklif edilip edilmediği gibi somut olayın özelliklerine uygun daha hafif tedbirlere başvurulup başvurulmadığı da incelenecektir⁴⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işletme gereklerinden kaynaklanan bir fesihle ilgili olarak verdiği kararda şu ifadelerle yer vermiştir; "...Ölçülülük denetiminde işletmesel kararın amacı ve bu amacın gerçekten gerekli olup olmadığı yargı denetimi dışında kaldığı için, feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır. İşletmesel kararlar varılmak istenen hedefe fesihle başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak ya da meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir."⁴⁷.

3. İş Hukukuna Özgü Bazı Yaptırımlarda Orantılılık İlkesi

İş Hukukunda, bu hukuk dalına özgü, bir zarar karşılığı olmayan ancak "tazminat" adı taşıyan, *götürü* nitelikte bazı yaptırımların miktarını belirleme hakimin takdirine bırakılmıştır. İş Kanunu bazı tazminatların alt ve üst sınırlarını bazılarının da yalnızca üst sınırını belirlemekte ve bu sınırlar içerisinde hakime takdir hakkını tanımaktadır⁴⁸. İş hukukuna özgü bu tazminatlar, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminattır.

⁴⁶ Süzek, 2008, s. 536-538.

⁴⁷ Y9HD, 19.11.2007, 22157/34396 (Kazancı İçtihat Bankası) erişim tarihi 26.04.2012.

⁴⁸ Süzek, 2008, s. 109.

Aşağıda bu tazminatların belirlenmesinde orantılılık ilkesinin etkisi incelenecektir.

a. Ayrımcılık Tazminatı

İş Kanununun 5.maddesinin altıncı fıkrası uyarınca işveren, iş ilişkisinde veya sona ermesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ya da iş sözleşmesinin şekli nedeniyle kısmi süreli çalışan işçiye tam süreli çalışan işçiyle, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiyle karşılaştırıldığında farklı işlem yapıyorsa dört aylık ücreti tutarına kadar “ayrımcılık tazminatı” ödemekle yükümlü tutulabilecektir.

İş ilişkisinde ayrımcılığın yaptırımını konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları önemlidir. Divan, ayrımcılık durumunda ödenmesi gereken tazminatın üst sınıra bağlı olmaması gerektiğini kararlarında ifade etmektedir. Adalet Divanı, ayrımcılığa maruz kalan bir işçinin zararının tazmini aşamasında bu kimsenin uğradığı zararla orantılı bir tazminata hükmedilmesi gerektiğini, bunun eşit davranma ilkesinin etkin olarak uygulanması açısından gerekli olduğunu karara bağlamıştır. Bunun yanında tazminata ilişkin olarak önceden bir üst sınır koymamak gerektiğini, koyulacak bir üst sınırın tazminatın etkinliğini zarara uğratacağı, zarara ilişkin olarak faiz talebini dışlayan bir sisteme izin verilmemesi gerektiğini de karara bağlamıştır⁴⁹.

Avrupa Birliği’nde bu alanda çıkarılan en son yasal düzenleme olan ve ayrımcılıkla ilgili daha önce çıkarılmış bazı direktiflerin getirdiği sistemi, ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda değerlendirerek tek bir metin halinde toplayan 2006/54 sayılı direktifin 18.maddesi de yaptırımların niteliğiyle ilgili açıklamalar içermektedir. Bu madde uyarınca üye devletler cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kalan kimsenin uğradığı zarar ile orantılı, caydırıcı ve eşitlik ilkesinin etkin uygulanmasını sağlayacak önlemler/yaptırımlar öngörmelidirler. Bu tazminat için önceden üst sınır belirlenmemelidir. Ancak davacının uğradığı yegâne zararın, bu direktif uyarınca ayrımcılık

⁴⁹ Case C-180/95, Draehmpaehl, [1997] ECR I-2195, Case C-271/91, Marshall [1993] ECR I-4367. Ayrıca bkz. Von Colson, C-14/83, www.curia.eu.int; Ellis, 2005, s. 262-263; Christa Tobler, *Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law*, Belçika, 2005, s. 36.

oluşturan bir davranış nedeniyle iş başvurusunun değerlendirmeye alınmaması veya reddedilmesi olduğunun işverence kanıtlandığı durumlar için ödenecek tazminata bir üst sınır konulabilir⁵⁰.

Bunun yanı sıra üye devletler, ayrımcılık sonucunda zarar gören kimsenin zararının tazmini için etkili bir tazminat sistemi öngörmelidirler. Anılan tazminat uğranılmış olan zarar ile *orantılı* ve onu tazmin edecek nitelikte olmalıdır. Ayrımcılık yasakları ile ilgili daha önceki AB direktifleri (76/207, 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktifler) de incelendiğinde mağdura tazminat ödenmesi yönünde bir yaptırım uygulanacaksa bunun etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği, bu nedenle de sembolik bir tazminatın öngörülmesi olmasının direktiflerin amaçlarını gerçekleştirme açısından yeterli görülmemeyeceği anlaşılmaktadır⁵¹. Gerçekten de yapılan ihlalin ağırlığının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek mağdurun uğradığı zarara uygun bir yaptırımın belirlenebilmesi için ayrımcılık tazminatına üst sınır öngörülmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık tazminatı konusunda Avrupa Birliği mevzuatının bu tazminatın etkin, caydırıcı ve yeterli bir hukuki korumayı sağlayıcı niteliğe sahip olması için önceden üst sınır konulmaması gerektiğini vurguladığı görülmektedir⁵².

Bazı AB üyesi devletlerde mağdurun uğradığı maddi zararı karşılama amacını güden ayrımcılık tazminatına üst sınır konduğu görülebilmektedir.

⁵⁰ Nitekim Avusturya'da işveren, ayrımcılık yapılmamış olsaydı dahi, ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin işe alınmayacağını ya da terfi ettirilemeyeceğini ispat edebiliyorsa tazminatın üst sınırı 500 € olarak belirlenmiştir. Bkz. **Tobler**, 2005, s. 37; **Yıldız**, 2008, s. 330.

⁵¹ Kübra Doğan **Yenisey**, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, *Kamu-İş*, C.6, S. 4, 2002 (Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan), s. 68; tazminatla ilgili bu sınırın yerinde olduğu konusunda bkz. A. Can **Tuncay**, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı*, İstanbul 2007, s. 45-46; ATAD'ın yaptırımların etkili olmasını gerektiğini bildirdiği bir kararı için bkz. Rémy **Hernu**, *Principe D'Égalité et Principe de Non-Discrimination Dans La Jurisprudence De La Cour De Justice Des Communautés Européennes*, 2003 Paris, s. 168.

⁵² Bu direktifler ve hükümleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldız**, 2008, s. 315-318.

Ancak bu ülkelerdeki üst sınırlar, İş Kanununun 5.maddesinde düzenlenen üst sınır ile oldukça farklıdır. Örneğin Estonya'da ayrımcı nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iadeyi tercih etmezse 6 aylık ücreti tutarında bir tazminata hak kazanabilmektedir. İsveç'te on yıldan fazla süreli iş ilişkilerinde ayrımcı nedenle fesih yapılmışsa 32 aylık ücret tutarında, eğer mağdur 60 yaş veya daha üstünde ise 48 aylık ücreti tutarında tazminat söz konusu olabilmektedir. Almanya ve İngiltere'de ise herhangi bir üst sınır düzenlenmemiştir⁵³.

Avrupa Birliğine üye ülkelerin ulusal yargı organlarının ilgili direktiflere aykırılık durumunda hükmedecekleri yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği de ifade edilmektedir. Tazminatın orantılı olmasından anlaşılması gereken, yapılan ihlalin ağırlığına uygun, mağdurun uğradığı zararı ve/veya çektiği acıyı karşılayabilen nitelikte olmasıdır. Caydırıcı olmasıyla izlenen amaç ise yaptırımın gelecekte yapılabilecek ayrımcılık fiillerini engelleyebilme yeterliliğidir.

Ayrımcılığa karşı öngörülen yaptırımın etkili, orantılı ve caydırıcı olabilmesi için bazı ayrımcılık durumlarının cezai yaptırıma bağlanması gerektiği dile getirilmiştir. Ancak sadece cezai yaptırım uygulanması da isabetli görülmemektedir. Çünkü cezai yaptırımlar, nitelikleri gereği mağdurun şahsi zararlarını tazmine yönelik değildirler. Bunun yanı sıra ceza hukuku yaptırımları için failin kusurlu olması şarttır, oysa ayrımcılık nedeniyle gündeme gelebilecek hukuki yaptırımlarda kusur aranmaz. Adalet Divanının Dekker davasında⁵⁴ belirtmiş olduğu üzere, eşitliğe aykırılık durumunda işverenin ayrıca kusurlu olması gerekmemekte, eşitlik ilkesine aykırılık, tazminattan sorumlu olabilmek için tek başına yeterli olmaktadır. Bu gerekçelerden dolayı da ayrımcılık durumunda sadece cezai yaptırım öngörülmüş olması isabetli bulunmamaktadır⁵⁵.

Türk hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede iş ilişkisinde ya da sona ermesinde işveren tarafından İş Kanununun 5.maddesine aykırı

⁵³ **Tobler**, 2005, s. 37, Çek Cumhuriyeti, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Slovakya ve İspanya'da da üst sınır öngörülmemiştir.

⁵⁴ Dekker v. VJV Centrum, C-177/88, 8.11.1990. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0177:EN:HTML>

⁵⁵ **Tobler**, 2005, s. 34.

davranış halinde ödenecek tazminatın işçinin en çok dört aylık ücret tutarıyla sınırlandırılmış olması yaptırımı orantılı ve caydırıcı nitelikten uzaklaştırmaktadır. Özellikle çoklu ayrımcılık olarak ifade edilen, işçinin şahsında birden çok ayrımcılık nedeninin bir arada bulunması, örneğin sendikalı kadın işçi, farklı dine mensup kadın işçi, cinsel kimliği ve politik görüşü nedeniyle ayrımcılığa maruz kalan işçi gibi durumlarda mevcut ayrımcılık tazminatının “sembolik” kalacağı tartışma dışıdır. Olması gereken hukuk açısından, yapılacak bir kanun değişikliği ile İş Kanununun 5.maddesindeki üst sınır kaldırılmalıdır⁵⁶.

b. İş Güvencesi Tazminatı

İş Kanununun 21.maddesinin birinci fıkrası uyarınca “İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.”

İş güvencesi tazminatı, işçinin uğradığı bir zararın karşılığı olarak değil, işverence işe başlatılmaması durumunda ödenen götürü nitelikte bir tazminattır⁵⁷. Bu tazminatın miktarı, yasada belirlenen alt ve üst sınır arasında kalmak kaydıyla hakim tarafından belirlenecektir. Yasada tazminat miktarının belirlenmesinde kullanılacak herhangi bir ölçüt belirlenmediğinden işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı ile işçinin kıdeminin dikkate alınması öğretide ileri sürülmüştür⁵⁸. Bu esaslar da ödenecek iş güvencesi tazminatı ile işverenin hukuka aykırı davranışı arasında bir orantı olması gerektiğine işaret etmektedir. Gerçekten de kıdemi fazla olan bir kadın işçinin iş sözleşmesinin cinsiyete dayalı bir nedenle işverence feshedilmesi ile kıdemi daha az olan bir işçinin iş sözleşmesinin savunması alınmaksızın verimi ile ilgili bir nedenden dolayı feshedilmesi farklı ağırlıkta iş güvencesi tazminatı ödenmesini gerektirmelidir.

⁵⁶ Yıldız, 2008, s. 330.

⁵⁷ Süzek, 2008, s. 109.

⁵⁸ Süzek, 2008, s. 586.

Yüksek mahkemenin kararlarında çoğunlukla tazminatın alt sınırı olan dört aylık ücret tutarında tazminata hükmettiği, üst sınır olan sekiz aylık ücret tutarındaki tazminata ise pek başvurmadığı görülmektedir. Nitekim incelediği bir uyuşmazlıkta "...Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin davalıya ait işyerinde 25 yıldan fazla süre ile çalıştığı, iş sözleşmesinin ekonomik, yeniden yapılanma, personelin eğitim durumu, norm kadro oluşturulması gibi işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle emekliliğe hak kazandığı da belirtilerek feshedildiği, davalı işverenin aldığı işletmesel karar sonucu davacının istihdam fazlası olduğunu, bu kararı tutarlı şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmazlığını ve feshe son çare olarak başvurulduğunu kanıtlayamadığı, fesih nedenleri ile çelişen uygulamalara girdiği ve işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak fesih nedeni ve davacının emekliliğe hak kazanmasına göre mahkemece işe başlatmama tazminatının davacının 6 aylık ücreti tutarında belirlenmesi doğru bulunmamıştır. Bu tazminatın davacının 4 aylık ücreti oranında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir..." ifadelerine yer vermiştir⁵⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2005 yılında verdiği bir diğer kararda "...İşe başlatmama tazminatının davacının kıdemi, akdin sona erdirilme şekli dikkate alınarak belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde üst haddten belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." ifadesi ile iş güvencesi tazminatının miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlara işaret etmiştir⁶⁰. Yüksek mahkeme bir diğer kararında ise davacının kıdemi esas alındığında iş güvencesi tazminatının altı aylık brüt ücret üzerinden hükmedilmesini isabetli bulmamıştır⁶¹.

Çalışma koşulları esaslı şekilde değiştirilen ardından da iş sözleşmesi feshedilen bir işçi ile ilgili olarak da Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, işçinin kıde-

⁵⁹ Y9HD, 22.6.2009, 21757/16642 (www.kazanci.com.tr)

⁶⁰ Y9HD, 11.4.2005, 10916/12802 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde, Y9HD, 7.6.2004, 2149/14212. Osman Güven **Çankaya-Cevdet İlhan Günay-Seracettin Gökteş**, *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 666; Y9HD, 27.9.2004, 4338/20733, **Çankaya-Günay-Gökteş**, 2005, s. 668.

⁶¹ Y9HD, 13.1.2005, 26393/898. **Çankaya-Günay-Gökteş**, 2005, s. 646.

mini esas olarak altı aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ödenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır⁶².

Kanaatimizce, kıdemi yüksek işçilerin iş sözleşmelerinin geçersiz şekilde feshedilmesi ya da geçersiz feshin cinsiyet, ırk, dil, politik görüş gibi ayrımcılık içeren bir nedenden dolayı feshi halinde iş güvencesi tazminatının üst sınırdan verilmesi orantılılık ilkesi açısından isabetli olacaktır.

İş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedildiğinde (SK 31/VI) ya da işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi sadece temsilcilik faaliyeti nedeniyle feshedildiğinde (SK 30/II) bu işçilere İK 21/I uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz. Bu durumlarda da hakim yapılan ihlalin ağırlığına göre tazminat miktarını belirleyecektir. Ancak uygulamada bir yıllık alt sınırın yaygın olarak uygulandığı, bu tutarın üzerinde bir tazminata hükmedildiği görülmektedir⁶³. Burada da yargı organı tarafından yapılan ihlal dikkate alınarak, sendikal nedenle birlikte diğer ayrımcılık nedenlerinin bulunması ya da sendikal nedenle birlikte kıdemi yüksek işçilerin iş sözleşmelerinin feshi durumlarında bir yıllık alt sınır üzerinden değil on sekiz ay ya da iki yıllık ücret tutarında tazminata hükmedilmelidir. Sadece alt sınırın belirlendiği bu tazminatın, somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından, işverence yapılan ihlalle orantılı ağırlıkta belirlenmesi mümkündür.

c. Sendikal Tazminat

Sendikalar Kanununun 31/VI. fıkrası uyarınca, işveren tarafından işe alma ve işin yürütümü aşamasında sendikal nedenle yapılan ayrımcılıkta işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere tazminata hükmedilecektir. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedilmesi durumunda da aynı maddenin yedinci fıkrası uyarınca sendikal tazminat hakkı doğacaktır.

Sendikal tazminat, İş Kanununun 5. ve 17.maddesindeki açık ifadeler nedeniyle ayrımcılık tazminatı⁶⁴ ve kötü niyet tazminatı ile birlikte istene-

⁶² Y9HD, 15.12.2008, 13026/33685 (www.kazanci.com.tr)

⁶³ Y9HD, 5.3.2007, 32146/5741; Y9HD, 8.6.2009, 19744/16045; Y9HD, 14.2.2011, 8031/3223 (www.kazanci.com.tr)

⁶⁴ Yıldız, 2008, s. 337 vd.

mez. Ancak İş Kanununa göre talep edilecek olan bir diğer tazminat olan ihbar tazminatının koşulları varsa işçi sendikal tazminattan başka ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatına da hak kazanacaktır. Sendikal tazminat, bir zarar karşılığı olmayan, işverence yapılan sendikal ayrımcılığı yaptırma bağlayan, kesin ve götürü⁶⁵ bir niteliğe sahiptir.

Yukarıda açıkladığımız esaslar doğrultusunda hakim, iş güvencesi kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinin sendikal nedenle feshinde yada iş ilişkisinin kurulması veya yürütümünde yapılan sendikal nedenle ayrımlara somut olaydaki ihlalin ağırlığını esas alarak tazminat miktarını belirleme olanağına sahiptir. Ancak uygulamada bu tazminatın da bir yıllık alt sınır üzerinden verildiği görülmektedir.

Özellikle sendikal nedenle diğer ayrımcılık sebeplerinin bir arada bulunduğu ihlallerde alt sınırdan uzaklaşmak gerektiğini, bu durumun orantılılık ilkesine de uygun düşeceği yolundaki görüşümüzü belirtmekle yetiniyoruz.

⁶⁵ **Süzek**, 2008, s. 482; bu konuda ayrıca bkz. **Çelik**, 2009, s. 405 vd.; A. Can **Tuncay**, *Toplu İş Hukuku*, Beta Yayınları, B.2, İstanbul 2010, s. 86-94; Melda **Sur**, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, Turhan Kitabevi, B.4, Ankara 2011, s. 50 vd.; **Aktay-Arıcı-Senyen Kaplan**, 2011, s. 278-281.

Kaynakça

- Aktay**, A. Nizamettin-**Arıcı**, Kadir-**Senyen Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, B.4, Ankara 2011.
- Alp**, Mustafa: Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre-, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1999 (1519-1534).
- Alp**, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007 (56-77).
- Alpagut**, Gülsevil: İş Sözleşmesini Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi, Çimento İşveren, Eylül 2004 (52-62).
- Alpagut**, Gülsevil: İş sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi -İkale Sözleşmesi-, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11.Toplantı, İstanbul 2008 (19-52).
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2012.
- Baycık**, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
- Centel**, Tankut: Saati Gecikmeli Kuran Bekçiye Verilecek Ceza, Karar İncelemesi,<http://www.tekstilisveren.org.tr/dergi/2003/subat/34.html>.
- Cornesse**, Isabelle: La Proportionnalite en Droit du Travail, Paris 2001.
- Çankaya**, Osman Güven-**Günay**, Cevdet İlhan-**Göktaş**, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2005
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, B.22, İstanbul 2009.
- Ellis**, Evelyn: EU Anti-Discrimination Law, İngiltere, 2005.
- Eyrenci**, Öner-**Taşkent**, Savaş-**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.3, İstanbul 2006.
- Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010.

- Gözübüyük**, Şeref: Anayasa Hukuku, B.16, Ankara 2008.
- Güzel**, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004.
- Harbo**, Tor-Inge: The Function of The Proportionality Principle in EU Law, European Law Journal, Vol. 16, No. 2, March 2010, pp. (158-185).
- Hernu**, Rémy: Principe D'Égalité et Principe de Non-Discrimination Dans La Jurisprudence De La Cour De Justice Des Communautés Européennes, 2003 Paris.
- Kaboğlu**, İbrahim: Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım), Anayasa Yargısı Dergisi, 1991, C.8, (291-322).
- Kar**, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.15, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu**, Mustafa-Şenocak, Kemal: İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensiplerinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010 (181-211).
- Manav**, Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Metin**, Yüksel: Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.
- Mollamahmutoglu**, Hamdi-Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, B.4, Ankara 2011.
- Oğurlu**, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.
- Oğuzman**, M. Kemal-Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2012.
- Özdemir**, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Sabuncu**, Yavuz: Anayasaya Giriş, B.14, Ankara 2006.

- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004.
- Sur**, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, B.4, Ankara 2011.
- Süzek**, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, B.4, İstanbul 2008.
- Tanör**, Bülent-**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.
- Tobler**, Christa: Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law, Belçika, 2005.
- Tuncay**, A.Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Tuncay**, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007 (21-53).
- Tuncay**, A.Can: Toplu İş Hukuku, B.2, İstanbul 2010.
- Tunç**, Hasan-**Bilir**, Faruk-**Yavuz**, Bülent: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009.
- Yenisey**, Kübra Doğan: Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002 (Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL'a Armağan), (31-72).
- Yenisey**, Kübra Doğan: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, Legal İSGHD, 2005, C.2, S.7, (974-1003).
- Yenisey**, Kübra Doğan: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, (60-65).
- Yıldız**, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.
- Yüksel**, Melek Onaran: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

