

# Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi

Selda TAŞYÜREK\*

## Ayrımcılık Sebebi İle İş Akdinin Haksız Feshinde Ayrımcılık Tazminatı İle İş Güvencesi Tazminatına Birlikte Hükmedilip Hükmedilemeyeceği Sorunu

“T.C.YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ<sup>1</sup>

E. 2010/13065  
K. 2012/23353  
T. 18.6.2012

• AYRIMCILIK TAZMİNATI (İşe İade Davasına Bakan Mahkemenin Feshin Geçersizliğinin Tespitine ve İşe İade ile İşe Başlatmama Tazminatına Hükmedip İşe Başlatmama Tazminatı Yanında Ayrıca Ayrımcılık Tazminatına Hükmedilemeyeceği)

• İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI (Hamilelik Nedeniyle Yapılan Fesih İşlemi İşe İade Davasında Yasa Uyarınca Geçersiz Sayılıp İşçinin İşe İadesi ile İşe Başlatılmaması Halinde İş Güvencesi Tazminatına Hükmedileceği - İşe İade Davası)

• İŞE İADE DAVASI (Davasına Bakan Mahkemenin Feshin Geçersizliğinin Tespitine ve İşe İade ile İşe Başlatmama Tazminatına Hükmedip İşe Başlatmama Tazminatı Yanında Ayrıca Ayrımcılık Tazminatına Hükmedilemeyeceği)

• İŞÇİNİN HAMİLELİĞİ (Nedeniyle Yapılan Fesih İşlemi İşe İade Davasında Yasa Uyarınca Geçersiz Sayılıp İşçinin İşe İadesi ile İşe Başlatılmaması Halinde İş Güvencesi Tazminatına Hükmedileceği - Ayrımcılık Tazminatı İstemi)

ÖZET: Dava, ayrımcılık tazminatının ödetilmesine ilişkindir. İşçinin hamileliği fesih için geçerli neden oluşturmaz. Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, işe iade davasında yasa uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatına hükmedilir. İşverenin yaptığı fesih

<sup>1</sup> Yargıtay Kararları Dergisi 2012/9 Cilt:38 , s.1710-1712

\* Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans

işlemi ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmez ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilir. İşe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedip, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemez.

DAVA: Davacı, ayrımcılık tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR:**

**A )Davacı İsteminin Özeti:**

Davacı, doğum izninin bitiminde işyerine gittiğini ve işveren tarafından işten çıkarıldığını, açtığı işe iade davasını kazanmasına rağmen işe başlatılmadığını, iş güvencesi tazminatı, boшта geçen süre ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, ancak feshin hamilelik nedeniyle yapıldığını, bu hususun işe iade davasında tespit edildiğini iddia ederek İş Kanunu 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

**B )Davalı Cevabının Özeti:**

Davalı, davacının çalıştığı bölümün kapatıldığı için ekonomik nedenlerle işine son verildiğini ve ayrımcılık yapılmadığını savunmuştur.

**C )Yerel Mahkeme Kararının Özeti:**

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, işyerinde işten çıkarılan 17 işçiden 5 tanesinin hamile olduğu, işe iade davası dosyasında dinlenen tanıkların da feshin hamilelik nedeniyle yapıldığını söylediği, işe iade davasında feshin hamilelik nedeniyle ve feshin son çare olması ilkesine aykırı olarak yapıldığının kesinleşmesiyle işverenin ayrımcılık yaptığı sabit olduğundan, 2 aylık ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatı hüküm altına alınmıştır.

**Ç )Temyiz:**

Kararı davalı temyiz etmiştir.

**D )Gerekçe:**

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte hüküm altına alınıp alınamayacağı noktasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

Uyumsuzluğun normatif dayanağı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5, 18 ve 21. maddeleridir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3-d bendinde işçinin hamileliğinin fesih için geçerli neden oluşturmayacağı düzenlenmiştir.

Yasa'nın 21. maddesinde, işverenin yaptığı feshin geçersizliğine ve işçinin işe

iadesine karar verilmesine rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin, en az 4 aylık en çok 8 aylık ücret tutarındaki tazminatı, işçiye ödemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Aynı Yasa'nın 5. maddesinde ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı, buna aykırı davranan işverenin, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminat ile yoksun bırakılan haklarını ödemesi gerektiği, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, davacı işçinin iş sözleşmesi, İş Kanunu'nun 18. maddesine göre ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek işveren tarafından feshedilmiştir.

Davacı işçinin açtığı ve Dairemiz incelemesinden geçerek kesinleşen işe iade davası sonucunda, feshin hamilelik nedeniyle ve son çare olma ilkesine aykırı olarak yapıldığından, davacının işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde, İş Kanunu madde 21'deki tazminat ve alacakları hüküm altına alınmıştır.

İşe iade kararının kesinleşmesine ve işçinin işe başlatılma başvurusuna rağmen işverence işe başlatılmamış; ancak kıdem ve ihbar tazminatı ile iş güvencesi tazminatı, boşa geçen süre ücreti işçiye ödenmiştir.

Davacı işçi açtığı bu davada, fesih işlemi kötüniyetle ve hamilelik nedeniyle yapıldığından, İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatı istemektedir.

Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, işe iade davasında İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde 21. madde uyarınca iş güvencesi tazminatına hükmedilmiştir. İşverenin yaptığı fesih işlemi, ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmeyecek ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilecektir. Yasa'nın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Üstelik 21. maddedeki tazminat en az dört aya kadarki ücret tutarında, 5. maddedeki tazminat ise en çok 4 aya kadarki ücret tutarında olup 21. madde işçi lehinedir. Aksinin kabulü halinde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında, davayı kabul eden mahkeme, hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek zorunda kalacaktır.

İşçinin işe başlatılma başvurusunun işverence reddedilmesi, Dairemizin 14.10.2008 tarih, 2008/29383 Esas, 2008/27243 Karar sayılı kararında ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.12.2009 tarih, 2009/9-526 Esas, 2009/ 583 Karar sayılı kararında ve Dairemizin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi yeni bir fesih sayılmaktadır. Dolayısıyla burada, ayrımcılık söz konusu olmayıp kanundan doğan sonuç gerçekleşmektedir. Müeyyidesi ise Yasa'nın 21. maddesinde iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada, ayrıca 5. maddedeki ayırım yasaklarının tartışılması da mümkün değildir.

Somut olayda, davalı işveren, işe iade davasını kazanan davacıyı işe başlatmamış ve iş güvencesi tazminatını ödediğinden uygulama yeri olmayan

ayrımcılık tazminatının reddi yerine hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.06.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

## Olay Özeti

İş güvencesi olan bir işyerinde çalışan hamile işçi, hamileliği sebebi ile doğum iznine ayrılmıştır. İzin süresi sona erdiğinde işe başlamak için iş yerine dönmüş ve işveren tarafından işten çıkarıldığını öğrenmiştir. İşçi feshin geçersizliğinin tespiti için yargıya başvurmuştur. Yerel mahkeme kanıtları ve bilirkişi raporunu incelemiş ve mahkeme dinlediği tanıkların da ifadesine dayanarak feshin geçersiz olduğunu tespit etmiştir. Geçersiz fesih sebebi ile de işçinin işe iadesine karar vermiştir. Bunun sonucunda işçi “işe iade” için işverene başvurduğunda, işveren işçiyi işe başlatmamıştır. Bunun yerine mahkemenin belirlediği iş güvencesi, kıdem ve ihbar tazminatları ile boşa geçen süre için ücret alacağını işçiye ödemiştir.

İşçi bundan sonra ayrıca bir dava açarak feshin hamilelik sebebi ile olduğunu, ayrımcılık yasaklarının ihlali sebebi ile ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme de 2 aylık ücret tuttarında ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir. Davalı bu kararı temyiz etmiş ve karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelerek incelediğimiz karara konu olmuştur.

Davacı hamileliği sebebi ile yasal hakkı olan doğum iznini kullandığını ve doğum izninden döndüğünde işe başlamak için işverene başvurduğunda, işverenin kendisine iş akdini feshettiğini söylediğini iddia etmiştir. Açtığı dava sonucu feshin geçersizliğine karar verilip, işe iade kararı verilmesine rağmen işveren tarafından işe başlatılmamıştır. İşe başlatılmamasının sonucu olan iş güvencesi tazminatı, ihbar ve kıdem tazminatı ile boşa geçen süre ücreti kendisine ödenmiş olsa dahi fesih işleminin hamilelik sebebi ile yapıldığını; bu hususun işe iade davasında açıkça tespit edildiğini ve bu durumun İş Kanunu 5. maddesi gereğince ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Bunun sonucunda aynı maddede öngörölmüş ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi talep etmektedir.

Davalı davacının işten çıkarılmasının geçerli bir sebebe dayandığını iddia etmiştir. Davacının çalıştığı bölümün ekonomik nedenlerle kapatıldığı için işine son verildiğini ve ortada bir ayrımcılık olmadığını belirtmiştir.

Yerel mahkeme toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporunu incelediğinde işten çıkarılan 17 kişiden 5'inin hamile olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca işe iade davasında dinlenen tanıklar da feshin hamilelik sebebi ile yapıldığını doğrulamıştır. Bu bilgiler ışığında mahkeme feshin hamilelik nedeniyle ve feshin son çare olması ilkesine aykırı şekilde yapıldığını sabit bulmuş ve 2 aylık ücret tutarında ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir.

## Yargıtay'ın Kararı ve Gerekçeleri

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına göre, uyuşmazlığın temeli iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceğidir. İK madde 18/3-d bendinde hamileliğin işçinin iş akdini feshetmek için geçerli bir sebep olamayacağı düzenlenmiştir. İşverenin geçersiz feshi sonucunda işe iadesine karar verilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımını da Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, bu durumda işveren hakkında işçiye en az 4 en çok 8 aylık ücret tutarında tazminat ödemeye hükmedilecektir.

İş Kanunu madde 5'e göre iş ilişkisinde dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılamayacağı; böyle bir durumda buna aykırı davranan işverene, işçinin 4 aya kadarki ücreti tutarında tazminatı ve yoksun bırakılan haklarını işçiye ödemelidir. Sendikalar Kanunu madde 31 saklı tutulmuştur.

Karara konu olayda işveren iş akdini ekonomik nedenler dolayısıyla sona erdirdiğini iddia etmektedir. Ancak; davacının iş akdinin feshi sebebiyle açtığı ve Yargıtay 9. Dairesinin incelemesinden geçerek kesinleşen davasında feshin hamilelik sebebi ile ve feshin son çare olması ilkesine aykırı olarak yapıldığı kesinleşmiştir. Bunun sonucunda işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda İK madde 21 çerçevesinde işçinin hak kazanacağı tazminat ve diğer alacakları hüküm altına alınmıştır.

Hüküm altına alınan tazminat ve alacaklar işveren tarafından işçiye ödenmiştir; fakat işçi söz konusu feshin kötü niyetle ve hamilelik sebebi ile yapılmasından dolayı İK madde 5 çerçevesinde ayrımcılık tazminatı talep etmektedir.

İşverenin yaptığı fesih geçerli bir sebebe dayanmıyor ise, işçinin işe iadesine karar verilecek ve işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatına hükmedilecektir. Bu fesih ayrımcılık yasaklarını ihlal etmese dahi sonuç değişmeyecektir. Bunun yanında ayrımcılık tazminatına hükmedilmeyecektir. Aksinin kabulünde, ayrımcılık yasağının gündeme geldiği her işe iade davasında mahkeme hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmetmek durumunda kalacaktır.

Yargıtayın yerleşik kararlarına göre, işverenin işçiyi işe başlatmaması yeni bir fesih anlamına gelmektedir.<sup>2</sup> Bu nedenle bu fesihle ayrımcılık olmayıp kanundan doğan sonuç uygulanmalıdır. Bu sonuç da İK madde 21'de iş güvencesi tazminatı şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle burada ayrımcılık yasaklarının konuşulması gereksizdir. Somut olayda da işveren işçinin tazminat ve alacaklarını ödemediğinden ayrımcılık tazminatına ayrıca hükmedilmemelidir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu gerekçelerle ayrımcılık tazminatına hükmeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

<sup>2</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 14.10.2008 tarihli 29383/27243 sayılı ilamı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.12.2009 tarihli 9-526/583 sayılı ilamı

## Kararın Tahlili ve Eleştirisi

### İş Akdinin Feshi

İş akdinin sona ermesi birçok şekilde olabilir. Belirli süreli iş sözleşmelerinde iş akdi belirlenen sürenin bitmesiyle sona erer. İş akdi taraflardan birinin ölümü<sup>3</sup> ya da tarafların anlaşarak ikâle sözleşmesi yapmasıyla da sona erebilir. Bunların dışında kalan hallerde işçinin ya da işverenin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmesine fesih denir. Fesih, süreli fesih bildirim ve süresiz fesih bildirim olarak ikiye ayrılır.

Süresiz fesih bildirim için iş sözleşmesinin derhal sona erdirilmesinde sebep, işçi için İK madde 24, işveren için ise 25'deki haklı nedenlerden birine dayanmalıdır. Bu durumlarda iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin derhal fesih yapılabilir. Süresiz fesih belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabilir. İş güvencesi kapsamındaki işçiler haksız fesih sonucunda İK madde 21'deki haklardan yararlanabilirler.

İş Kanunu madde 18'de iş güvencesinin çerçevesi belirlenmiştir. İşveren iş güvencesine tabi işçinin sözleşmesini sona erdirmek istiyorsa feshi geçerli bir sebebe dayandırılmalıdır. Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları ise İK madde 21'de düzenlenmiştir. Buna göre, feshin geçersizliği mahkeme ya da hakem yoluyla sabit ise işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçinin başvurusuna rağmen işveren işçiyi işe başlatmazsa, en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. İşçi çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarına da hak kazanır. Fesih esnasında kıdem ve ihbar tazminatları ödenmemiş ise bunlara ayrıca hükmedilir.

İş güvencesi olmayan işçiler ise fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır. İK 17. madde kapsamında bu işçiler kötü niyet tazminatı ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu madde 31 çerçevesinde sendikal tazminata hak kazanacaktır.

Karara konu olan olayda işveren karardan anlaşıldığı kadarıyla iş güvencesi hükümlerine tabi bir iş yeri sahibidir. Böyle bir işveren iş sözleşmesini sona erdirirken geçerli bir sebebe dayanmalıdır. Eğer dayanmazsa geçersiz bir fesih söz konusu olacaktır. Geçersiz bir fesih söz konusu olmak üzere işçi yargı yoluna başvurduğunda yargı kararı bir tespit niteliğindedir. Eğer feshin geçersiz olduğunu tespit ederse, işverene seçimlik bir hak tanınır. İşçiyi işe başlatma ya da işe başlatmayarak iş sözleşmesini feshetme.<sup>4</sup> İK madde 21'e göre yargı organları tarafından feshin geçersiz olduğu kararı verildikten itibaren bir ay içinde işveren işçiyi işe başlatmazsa iş akdini feshetmiş olacaktır. Geçersiz olan ilk fesih anında

<sup>3</sup> 6098 sayılı Borçlar Kanunu madde 440'da işçinin ölümünün iş sözleşmesini sona erdirileceği düzenlenmiştir. Kanunun 441'inci maddesinde ise işverenin ölümü düzenlenmiştir. Buna göre işverenin ölümünde sözleşme mirasçılara kalır. İstisnası sözleşmenin ağırlıklı olarak iş verenin kişiliği dikkate alınarak yapılmasıdır.

<sup>4</sup> Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2012 s. 643

değil, işçinin işe başlatılmaması anında sözleşme sona ermiş kabul edilir.<sup>5</sup>

Yargıtay da ilgili içtihatlarında bu görüşe katılmaktadır. İşçinin işe başlatılmamasının yeni bir fesih olduğunun ve kanundan doğan sonucun uygulanacağını söylemiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yerleşmiş içtihadına göre; “İşçinin işe iade sonrasında başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde, işe başlatılmayacağına sözlü yada eylemli olarak açıklandığı tarihte ve ya bir aylık başlatma süresinin sonunda iş sözleşmesi işverence feshedilmiş sayılır.”<sup>6</sup> İlgili kararlarında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “İşçinin kesinleşen işe iade kararı ve süresi içinde başvuruya rağmen işe başlatılmaması halinde de önceki fesih ortadan kalkmakta ve işçinin işe başlatılmadığı tarih fesih tarihi olarak değerlendirilmektedir.” diyerek dairenin bu konudaki kararlarının istikrar kazandığını belirtmiştir.<sup>7</sup>

Somut olayda hamilelik sebebiyle bir fesih olduğu ve bu fesihnin açıkça geçerli bir sebebe dayanmadığı görülmektedir. İK madde 18/3-d bendinde hamilelik ve doğumun geçerli bir fesih sebebi olmadığı düzenlenmiştir. İşçi işe iade davası sonucunda işe başlamak için işverene başvurduğu halde işveren işçiyi işe başlatmamıştır. Bu nedenle işçinin çalıştırılmadığı süre için ücreti ve ile iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi; ayrıca fesih anında kıdem ve ihbar tazminatı ödenmedi ise bunun da hüküm altına alınması gerekmektedir.

## Ayrımcılık Yasağı ve Eşit Davranma İlkesi

İşverenin genel anlamda eşit davranma borcunun yanında ayırım yapma yasağına da uyması gerekmektedir. Eşit davranma borcu TC Anayasası 10. madde ile de koruma altına alınmış bir haktır. Bununla birlikte çeşitli uluslararası belgelerde ve sözleşmelerde de eşitlik ilkesi benimsenmiştir. <sup>8</sup>Ayrımcılık yasağı ise, kişilere farklılıklarından dolayı olumsuz bir davranışta bulunulmasını önlemek amacıyla taşır.

İş Kanunu 5. Maddesi ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu madde Anayasamızdaki eşitlik ilkesine de paralel bir düzenlemedir. Maddede açıkça “İş ilişkisinde dil, din, ırk, cinsiyeti siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım” yapılamayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. Fıkrasında “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kalmadıkça, bir işçiyeye... ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem” yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>5</sup> Şahlanan, Fevzi: 4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve Güvencesine İlişkin Hükümleri, 4857 Sayılı Yeni İş Kanununu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İŞ 2003 s.90; Çelik, Nuri: İş Güvencesi, İstanbul 2003 s.16; Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, İstanbul 2003 s.85; Eyrenci, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, 2004 s.37; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Ankara 2008 2. 765; Süzek, S: İş Hukuku s. 656

<sup>6</sup> Y9.HD 14.10.2008 tarih, 2938/27243 sayılı ilamı

<sup>7</sup> YHGK 23.12.2009 tarih, 9-526/583 sayılı ilamı

<sup>8</sup> Eşitlik ilkesinin, uluslararası metinlerdeki karşılığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Gaye Burcu İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s.34 vd.

Ayrımcılık yasaklarının ihlali durumunda işçinin hak kazanacağı tazminat İş Kanununun 5. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenlerden biri sebebi ile iş akdi sona erdirilen işçi, diğer haklarının yanında ayrımcılık tazminatı da isteyebilecektir. Madde metni “... *aykırı davranıldığı*nda işçi dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.” demektedir. Buradan da açıkça anlaşıldığı üzere ayrımcılık tazminatı tamamen işverenin işçiye ayrımcılık yapma davranışından doğan bir tazminattır. Talep edilmesi için fesih şartı aranmamaktadır. İşveren başka bir şekilde de madde 5 düzenlemesini ihlal etmiş olsa idi işçi bu tazminata hak kazanacaktı. Bu nedenle ayrımcılık tazminatının başka bir tazminatla arasında bağ bulunmamaktadır. Somut olayda iki farklı tazminat hakkı birbirinden bağımsız doğduysa bunlar birlikte talep edebilecektir. Tek istisnası maddenin son cümlesinden anlaşılan Sendikalar Kanunu 31. maddedeki sendikal tazminattır.

Olayımızda İK m.5’deki istisnaya ilişkin bir durum mevcut olmamakla birlikte, işçinin gebeliği sebebiyle iş akdinin feshedilmesi açıkça ilgili maddenin ihlalini doğurmaktadır.

## **İş Güvencesi Tazminatı İle Ayrımcılık Tazminatına Birlikte Hükmedilmesi Sorunu**

Doktrinde iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre işveren aynı davranışından dolayı iki farklı yaptırıma tabi tutulamaz.<sup>9</sup> Yargıtay da yerleşik içtihatları ile bu görüşe katılmaktadır. Diğer görüş ise İK madde 5’in son cümlesinde Sendikal Tazminat ile ilgili bir istisna getirildiği ve maddenin mefumu muhalifinden her iki tazminatın birlikte istenebileceğinin anlaşıldığını söylemektedir.<sup>10</sup>

Kanımızca, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının amaçları aynı değildir ve birbirleriyle bir bağları bulunmamaktadır. İş güvencesi tazminatı, geçersiz bir feshin mahkemece saptanmış olması durumunda dahi işçinin işe başlatılmamasının yaptırımını iken, ayrımcılık tazminatı işverenin olumsuz ve yasaya

<sup>9</sup> Çankaya-Günay-Göktaş s.57-58 ; Çelik, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, İHSGHD 2007 s. 493; Tuncay, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu-GS Üniversitesi, İstanbul 2007 s. 36-37; Süzek, S: İş Hukuku s.490

<sup>10</sup> Süzek,Şarper: İş Verenin Eşit Davranma Borcu, Sicil 2008 s. 35; Odaman, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, İHSGHD 2010 s.38 vd.; Süzek, S: İş Hukuku s. 490,



aykırı bir davranışından kaynaklanmaktadır.<sup>11</sup> Yargıtay'ın yerleşik görüşü aynı ihlalden iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceğidir; fakat burada tek bir fiil yani işçinin iş akdini geçersiz ve ayrımcılık yasağına aykırı bir sebepten feshetme ile İş Kanunu'nda iki farklı düzenleme açıkça ihlal edilmiştir. Biri ayrımcılık yasağı diğeri de feshin geçerli sebebe dayandırılmasıdır. Bu nedenle burada iki farklı ihlal olduğu açıkça ortadadır.

Ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin feshedilmesi ile ortaya çıkan bir tazminat değildir. Kanun maddesinde de açıkça düzenlendiği gibi işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranışından çıkan bir tazminattır. İş ilişkisi baştan hiç feshedilmemiş olsaydı ve iş ilişkisi sürerken ayrımcılık yasağına aykırılıktan kaynaklı bir ihlal olmuş olsa idi de bunun sonucunda hak kazanılan bir tazminat olacaktı. İşveren ayrımcılık sebebi ile iş akdini geçersiz sebeple feshettiği işçiyi, işe iade davası sonucunda tekrar işe başlatması durumunda dahi; ayrımcılık tazminatını ödemekle yükümlüdür.<sup>12</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin konumuz kararında yorumladığı gibi *"işe iade davası sonucunda işçiyi işe başlatmayan işverenin bu davranışın yeni bir fesih oluşturduğu"* kabul edilse dahi, işverenin ilk fesih esnasında ayrımcılık yaratan bir davranışı olduğu gerçeği değişmeyecektir. İş güvencesi tazminatının işçiyi ödenmesinin sebebi işverenin işçiyi mahkeme kararına rağmen işe başlatmamasıdır. İşverenin ayrımcılık yasağı ihlali ortadan kalkmamıştır. Yasa koyucunun amacının ayrımcılığı önlemek ve işe alımda, iş akdi süresince ve sona ermesinde işverenin ayrımcılık yasaklarına uymasını sağlamak olduğunu kabul etmek gerekir. İK madde 5 metni işçinin ayrımcılık tazminatına, işverenin bu davranışı ile hak kazanacağını açıkça düzenlemekte ve başka bir şart aramamaktadır.

Yargıtay'ın *"... işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmediş, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemez."* düşüncesine katılırsak ayrımcılık yasağı ihlali ile feshin birleştiği durumlarda ayrımcılık tazminatı uygulanabilirliğini kaybeder. Çünkü ayrımcılık yasaklarını ihlal eden her fesih geçersiz fesihtir ve bunun sonuçları uygulanacaktır. Bu durumda ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir. Ayrıca Yargıtay'ın eşit işlem yapma borcuna aykırılık söz konusu olduğunda, feshin de geçersiz olduğuna dair kararları bulunmaktadır.<sup>13</sup>

Yasa koyucu ayrımcılık yasaklarını ihlal etmeyi şüpheye yer bırakmayacak şekilde tazminata bağlamıştır. Bunun yanında işçinin yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği belirtilmiştir. Bunun tek istisnası Sendikalar Kanunu madde 31'dir.

<sup>11</sup> Doğan Yenisey, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı, 2006 s. 335-337; Süzek, S: İş Hukuku s. 490

<sup>12</sup> Doğan Yenisey, Kübra: Eşitlik İlkesi s. 79; Süzek, S: İş Hukuku s. 490

<sup>13</sup> Y9HD 25.4.2005 Tarihli 11204/14365 Sayılı ilamında, mesai saatleri içerisinde toplantı yapan otuz işçiden, bu sebeple yalnız 4 işçinin iş akdininin feshedilmesinin eşit işlem yapma borcuna aykırı olduğuna ve feshin geçersiz olduğuna karar verilmiştir.

Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminat birlikte uygulanamayacaktır. Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları da açıktır.<sup>14</sup> Yasa koyucu ayrımcılık tazminatına hükmedilebilecek hallerin istisnasını madde metninde açıkça belirtmiştir; iş güvencesi tazminatı burada düzenlenmemiştir. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmamasının bir kanun boşluğu değil, bilinçli susma olduğu kabul edilmelidir.

Kanunda bir düzenlemenin bulunmaması her zaman kanunda bir boşluk bulunduğu anlamına gelmez. Bilinçli ya da başka bir deyişle kasıtlı susma, boşluktan tamamen farklı bir kavramdır. Kanunun belirli bir meselede olumlu bir çözüm verebilen bir düzenleme yapmadığı durumlarda söz konusu olur; çünkü olumsuz çözümler kanunda genellikle yer almaz. Bu durumda olumlu çözümün yorumu yapılır, kanun koyucunun özellikle bu boşluğu bırakarak aksini öngörmek istemediğini kabul edilmek gerekir.<sup>15</sup> Kanunun bazı hallerde bilerek susmuş olması kanunun o olayı menfi olarak çözmek istediğini gösterir. <sup>16</sup> Kanunda boşluk olması için, kanun koyucunun bir ihmali, unutkanlığı bulunmalıdır. Boşluk ile menfi çözüm arasındaki fark, hakimin hukuk yaratma yetkisinin olup olmadığıdır. Menfi çözümde hakimin böyle bir yetkisi yoktur. Çünkü kanun koyucu menfi de olsa burada bir çözüm getirmiştir. Hakimin yapması gereken burada boşluk mu menfi çözüm mü olduğunun belirlenmesidir. Kanunkoyucu bir kurumun şartları ve sonuçlarını tamamen düzenlemiş bunun dışında kalan durumlarda bir hüküm koymamışsa bu menfi çözümdür. Başka bir deyişle, kanundaki etraflı ve kapsamlı bir düzenlemenin zıt kavramından kanun koyucunun bunlar dışında kalan haller için bir çözüm getirmek istemediği anlaşılmalıdır.

Kanunda bir boşluk değil de bilinçli susma söz konusu olduğunda kıyas yöntemine başvurulması mümkün değildir. Kıyasın uygulanabilmesi için kanunda boşluk olmalıdır. Bu boşluk kanun koyucu tarafından açıkça ve ya ihmalle bırakılmış olmalı veya sonradan ortaya çıkan bir olay olmalıdır. Bu durumda benzer norm kıyasen uygulanır. Kasıtlı susma bir boşluk değil bilinçli olarak kanun koyucunun bu konuda bir düzenleme yapmamasıdır. Bu nedenle kasıtlı susma olan yerde kıyasen uygulama şartları oluşmayacaktır. Kıyas yoluyla boşluk doldurmaya gelmeden önce, kanunda bir boşluk bulunup bulunmadığı hususu tespit edilmelidir.

<sup>14</sup> Y22HD 12.7.2012 Tarihli 13064/16519 Sayılı Sendikal Tazminat ile ilgili ilamında, “İşe iade davası sonucunda verilen işe başlatmama tazminatının sendikal nedene dayalı fesih gereğiyle bir yıllık ücret olarak belirlendiği dikkate alındığında işverenin sendikalaşmaya karşı olan bu eylemi için yasal bir yaptırma maruz kaldığı artık aynı sebep için ikinci defa tazminat ödeme durumunda bırakılmasının mümkün olmadığı düşünülmelidir.” Şeklinde karar vermiştir.

<sup>15</sup> ÖZTAN, Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2001 s.136

<sup>16</sup> OĞUZMAN/BARLAS, Medeni Hukuk, 2008 İstanbul s.88; DURAL Mustafa, SARI Suat, Türk Özel Hukuku Cilt 1, İstanbul 2006 s.109; ERMAN Hasan, Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü, İstanbul 2007 s.38-19;

<sup>15</sup> ÖZTAN, Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2001 s.149

Çünkü kanun koyucu bazen belli bir olay için belli bir kural öngörmüşken, benzer bir olay için bir çözüme gitmemişse bu tutumu o hukuki ilişkide aynı çözümü benimsemek istemediği anlamına gelebilir. Bu durumda karşıt kavram kanıtı ilkesi geçerli olacaktır. Karşıt kavram kanıtında, kanun koyucu sadece o kuralın içerdiği olguyu esas almış, ona bir hukuki sonuç bağlamış sadece o olguyu değerlendirmiştir.<sup>17</sup>

İş Kanunu madde 5'in yalnızca Sendikal Tazminatı istisna olarak düzenlemesi ve iş güvencesi tazminatı ile ilgili bir düzenleme yapmaması bilinçli susma olarak nitelendirilmelidir. Yukarıdaki bilgiler ışığında, bilinçli susma olan bu hükme Sendikal Tazminat düzenlemesinin kıyasen uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Böyle bir düzenlemenin yapılmaması, bu konuda bilerek bir düzenleme yapmadığının ve bu durumu bir istisna olarak tutmak istemediğinin kanıtıdır. Sendikal Tazminat'ın istisna olarak düzenlenmesinin sebebi ise, sendikal tazminatın Sendikalar Kanunu madde 31'de oldukça yüksek olarak düzenlenmiş olmasıdır. Ayrımcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarındadır ve doktrindeki yaygın görüşe göre de bu ücret çıplak ücret üzerindedir. Sendikal tazminat ise Sendikalar Kanunu m. 31'e göre işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere belirlenen bir tazminattır. Sendikal tazminatın asgarisi bir yıllık ücretken, ayrımcılık tazminatının azamisi dört aylık ücrettir. Sendikal tazminat bu kadar yüksek hesaplandığı için sendikal tazminatla birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğine karar verilmiştir. Ayrıca Sendikal Tazminat, işçinin sendikal hareketlerinden kaynaklı bir ayrıma tutulması durumunda söz konusu olan bir tazminattır ve bu yönüyle ayrımcılık tazminatıyla aynı amaca hizmet etmektedir. Bu durumda aynı amaca hizmet eden iki tazminattan yüksek olanına hükmedilmesi durumu söz konusudur.<sup>18</sup> İş güvencesi tazminatı açısından ise böyle bir istisna getirilmeyerek, aslında iş güvencesi tazminatının ayrımcılık tazminatıyla birlikte talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Kanaatimizce, incelediğimiz Yargıtay kararında açıkça ayrımcılık yasaklarından biri ihlal edilmiştir. Buna ilaveten ortada bir de geçersiz fesih vardır. Her ne kadar geçersiz fesih sonucu işçinin işe başlatılmamasın yaptırımı uygulanmış olsa da ayrımcılık tazminatına hükmetmeyerek, işverenin bu olumsuz ve kanunun açık hükmüne aykırı davranışı yaptırımsız bırakılmıştır. İş Kanunu 5. maddede sayılan yasaklardan birini ihlal etmeye, işçinin diğer alacakları ile birlikte talep edilebilecek ayrıca bir tazminat yaptırımı düzenlemiştir. Bu nedenle yasanın düzenlediği gibi işçi diğer haklarının yanında ayrımcılık tazminatına da hak kazanmalıdır; ilgili Yargıtay kararı isabetsizdir.

---

<sup>18</sup> Y9HD 11.1.2005 Tarihli 12988/477 sayılı kararı ile sendikal tazminatla, eşit işlem yapma borcuna aykırılıktan doğan tazminatın birlikte istenemeyeceğine dair yerel mahkeme kararı onanmıştır.

