

Durmuş ÖZCAN

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi

**T.C. YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ**

Esas No : 2010/13065
Karar No : 2012/23353
Tarihi : 18.06.2012

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.

YARGITAY KARARI**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, boşta geçen süre ücreti ile kıdem ve ihbar tazminatının ödendiğini, ancak fesihin 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 çık-

rılan 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.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) 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 uyuşmazlık bulunmaktadır.

Uyuşmazlığın 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.

Yasanın 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 yasanın 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 eko-

nomik 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 kötü niyetle 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. Yasanın 21. maddesindeki özel düzenleme nedeniyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatılmama tazminatına hükmedecek, işe başlatılmama 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 yasanın 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 da-

vasını kazanan davacıyı işe başlatmamış ve iş güvencesi tazminatını ödediğinden uygulama yeri olmayan ayrımcılık tazminatının reddi yerine hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) 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.

1. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı öğretide, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmasının müeyyidesi olarak tanımlanmaktadır¹. İş Kanunu'nun 5. maddesine göre, iş ilişkisi sürerken veya sona ermesinde, işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranması halinde işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki tazminatı ve yoksun bırakıldığı haklarını talep edebilir. Bu hükmün Anayasal dayanağı ise, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesidir. İş hukukunda eşitlik ilkesi, hem ayrımcılık yasağını hem de eşit işlem yapma borcunu kapsar². Yasada, tazminat miktarı yönünden alt sınır öngörülmemiştir. Tazminat miktarına ilişkin düzenleme nisbi emredici nitelikte olduğundan, sözleşme ile işçi lehine artırılabilir³. Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işverenin karşılaşacağı diğer yaptırımlar, İş Kanunu'nun 99. maddesindeki idari para cezası ile, işverenin gerçek kişi olması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesindeki cezalardır⁴.

Ayrımcılık tazminatı, zarar koşuluna bağlı olmayan, götürü bir tazminattır⁵. İş ilişkisi devam ederken veya sözleşmenin feshiyle birlikte doğabilir ve istenebilir. Ayrımcılık tazmina-

tı hesabına esas alınacak ücret, işçinin çıplak brüt ücretidir. Çünkü kötüniyet tazminatı gibi İş Kanunu'nun 17. maddesinden değil, Yasanın 5. maddesinden doğmaktadır. Tazminat miktarı, ihlal edilen hakkın ağırlığı, işçinin kıdemi, işverenin kusuru dikkate alınarak, dört aylık ücret tutarını geçmemek üzere hakim tarafından takdir edilecektir⁶. Ayrımcılık tazminatı, tazminat niteliğinde bir alacak olduğu için, gelir vergisi ve damga vergisine tabidir. Ancak sosyal güvenlik primi kesintisi yapılmamalıdır.

Ayrımcılık tazminatı, ücret niteliğinde bir alacak olmadığı için, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde faize ilişkin bir düzenleme olmadığından, ayrımcılık tazminatına, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. Ancak davacı net tutar üzerinden hüküm kurulmasını istemiş ise, talep aşamaz.

Ayrımcılık tazminatı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davasına veya kısmi davaya konu olabilir. Çünkü yasada, tazminat miktarının alt sınırı belirtilmemiş ve miktar konusu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Ayrıca işçinin aldığı ücret miktarı taraflar arasında çekişmeli ise, bu durum da ayrı bir belirsizlik hali sayılacaktır.

2. İş Hukukunda Kötüniyet Tazminatı ve Sendikal Tazminat

Kötüniyet tazminatı, İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiş ve yasada tanımı yapılmamıştır. Kötüniyet tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimli olarak feshedilen ve iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçinin, işverenin yaptığı bu feshin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olduğunu öne sürerek istediği tazminattır. İşverenin, bildirimli fakat kötüniyetli olarak yaptığı feshin yaptırımıdır. İşverenin yaptığı bildirimli fesih, aynı zamanda usulsüz bir fesih ise, yani fesih sırasında ihbar öneli verilmemiş veya peşin ödeme yoluyla fesihte, yapılan ödeme tutarı yanlış hesaplanmış ise, işçi hem ihbar tazminatı hem de kötüniyet tazminatı isteyebilir⁷. Sözleşmesi işveren tarafından bildirimli ve kötüniyetle feshedilen işçi, iş güvencesi hükümlerine tabi ise, İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca iş güvencesi tazminatı istemesi gerekir. Öğretideki görüş ve Yargıtay kararlarına göre, aynı fesih nedeniyle hem kötüniyet tazminatı hem de iş güvencesi tazminatı istenemez⁸. Çünkü kötüniyet tazminatı İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiş olup bu madde, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli sözleşmesinin bildirimli feshini düzenlemektedir. İşverenin, İş Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca yaptığı bildirimsiz feshin haksız olması ve sözleşmenin belirsiz süreli olup işçinin iş güvencesi kapsamında olmaması halinde de kötüniyet tazminatı istenebilir. Çünkü her haksız fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri yönünden aynı zamanda usulsüz bir fesih sayılır. Bu durumda kötüniyet tazminatı hakkının doğması için, feshin hem haksız olarak hem de kötüniyetle yapılmış olması gerekir.

İş Kanunu'nun 17. maddesinde, hangi hallerin kötüniyetli fesih olduğu belirtilmemiştir. Yasanın 17. maddesinin gerekçesi, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve Yargıtay kararlarına göre; işçinin sendikaya üye olması veya sendikal faaliyette bulunması nedeniyle işine son verilmesi, işçinin şikayet hakkını kullanması ya da sosyal güvenlik mevzuatından doğan

bir hakkını istemesi nedeniyle işten çıkarılması, çok sayıda işçi çıkarılıp yerlerine başka işçiler alınması, evli kadının sırf hamileliği nedeniyle aldığı rapor sonrasında işten çıkarılması hallerinde kötüniyet tazminatı istenebilir⁹. İşçinin istirahat raporu aldığı dönemde iş sözleşmesinin feshinde, Yargıtay'a göre kötüniyet tazminatının koşulları oluşmaz¹⁰.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin iş sözleşmesi, eğer sendikal nedenle ve kötüniyetle feshedilirse, bu durumda kötüniyet tazminatının yerini, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen sendikal tazminat alır. Sendikal tazminat, sadece sendikal nedenle yapılan fesihlerde değil, sendikal faaliyette bulunma özgürlüğüne aykırılık nedeniyle yapılan fesihlerde de uygulanır. Sendikal tazminatın miktarı, işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. Kötüniyet tazminatı davasında ispat yükü işçide iken, sendikal tazminat davasında ispat yükü işverendedir¹¹. Hem kötüniyet tazminatı hem de sendikal tazminat alacakları, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Her iki alacağa da, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır¹².

Kötüniyet tazminatı, işçinin son giydirilmiş brüt ücreti üzerinden hesaplanırken, sendikal tazminat son çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanmalıdır¹³. Her iki alacak da sosyal güvenlik hukuku açısından prime esas kazançta dahil edilmez. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulur. Ancak davacının isteği net tutardan ise, talep aşılıamaz. Kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminatın hesaplanan brüt tutarından gelir vergisi ve damga vergisi kesilerek net tutar bulunur.

İşçinin aldığı ücret miktarı, sözleşmeyi kimin feshettiği, fesih tarihi, işçinin çalışma süresi, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı taraflar arasında çekişmeli ise, kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat alacakları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davasına veya kısmi davaya konu olabilir. Ayrıca, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde sendikal tazminatın alt sınırı belli olup üst sınır öngö-

rülmediğinden ve miktarı mahkemece belirlendiğinden, ayrı bir belirsizlik durumu daha söz konusudur¹⁴.

3. İş Hukukunda İş Güvencesi Tazminatı (İşe Başlatmama Tazminatı)

İş güvencesi tazminatı, İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiş ve yasada tanımı yapılmamıştır. İş güvencesi hükümlerine tabi bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin, İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işveren tarafından bildirimli olarak feshedilip, işçinin açtığı işe iade davasında mahkemece, feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde, bunun yanında işverenin işçiyi işe başlatmamasının güvencesi olarak en az dört aylık ücret tutarında hükmedilen ve zarar koşuluna bağlı olmayan bir tazminattır. İşveren tarafından yapılan bildirimsiz fesihlerde de, İş Kanunu'nun 25/son maddesi uyarınca koşullarının varlığı halinde işe iade davası açılabilir ve iş güvencesi tazminatı istenebilir. Ancak bu halde, işe iade davasına bakan mahkemece, fesih bildiriminin yazılı ve gerekçeli olması, fesihten önce savunma alınması, 6 işgünlük süre içinde feshin yapılmış olması koşulları araştırılmaz; feshin haklı nedenle yapıлып yapılmadığına ya da işçinin feshe neden olan davranışının en azından geçerli neden oluşturacak ağırlıkta olup olmadığına bakılır.

İş güvencesi tazminatının miktarı, en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında olmak üzere işçinin kıdemi, fesih sebebi ve kusurun ağırlığına göre mahkemece belirlenir¹⁵. İş Kanunu'nun 21/1,2,3 fıkraları mutlak emredici nitelikte hükümler olduğundan, buna aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir.

İş Kanunu'nun 21. maddesine göre, mahkemenin işe iade kararının kesinleşmesi üzerine işçi, kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmaması halinde, işverenin yaptığı fesih geçerli hale geleceğinden, bu durumda iş güvencesi tazminatı istenemez. İşçi, kararın kesinleşme tarihinden itibaren 10 işgünü içinde işverene başvurmuş ve işveren de 1 aylık süre

çinde işçiyi işe başlatmış ise, yine iş güvencesi tazminatı hakkı doğmaz. İşçinin süresi içinde işe başlamak için işverene başvurup, işverenin 1 aylık süre içinde işçiyi işe başlatmayacağını bildirmesi veya bu süre içinde sessiz kalması halinde, işverenin bu tutumu, öğretide çoğunluk görüş ve Yargıtay kararlarına göre yeni bir fesih sayılmaktadır. İşverenin, işçiyi işe başlatmayacağını bildirdiği tarihte veya 1 aylık süre sonunda, iş güvencesi tazminatı alacağı muaccel hale gelecektir. Alacak bu tarihte muaccel olsa da, faize hak kazanmak için, kural olarak işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. İşçinin işe iade başvurusunda, işe alınmadığı takdirde iş güvencesi tazminatının ödenmesini de talep etmesi halinde, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmeyip, faiz bu tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁶.

İş güvencesi tazminatı, işe başlatmamanın kesinleştiği tarihteki çıplak brüt ücret üzerinden, işe iade kararında belirlenen 4-8 ay arasındaki süreye göre hesaplanmalıdır. Hesaplanan brüt tutardan damga vergisi kesilerek net tutar bulunur. İş güvencesi tazminatı, gerçek anlamda bir gelir olmadığından, bulunan brüt tutardan gelir vergisi ve sosyal güvenlik primi kesilmez¹⁷. Mahkemece, hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. Ancak davacının isteği net tutara göre ise, talep aşılamaacağından, net tutar üzerinden hüküm kurulmalıdır. İş güvencesi tazminatı alacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi) 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, gecikme faizi olarak temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır.

İşçinin işe başlatılmadığı tarihin çekişmesiz olması ya da bu durumun ücretle ilgili bir fark yaratmaması, fesih (işe başlatmamanın kesinleştiği tarih) tarihindeki ücret miktarının çekişmesiz olması halinde, iş güvencesi tazminatı belirli durumda olacağından, bu halde iş güvencesi tazminatı alacağı için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi uyarınca belirsiz alacak davası veya kısmi dava açılmaz. Yukarıdaki unsurlar belirsiz veya çekişmeli ise, davacı, belirsiz alacak davası ya da kısmi dava ile iş güvencesi tazminatı isteyebilir.

4. Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte İstenip İstenemeyeceği Sorunu

a. Ayrımcılık Tazminatı ve Kötüniyet Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin devamı veya sözleşmenin feshinden sonra istenebilen bir alacak iken, kötüniyet tazminatı sadece işveren tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan fesihlerde istenebilir. Bu nedenle her iki tazminatın birlikte istenebileceği tartışması, ancak işveren tarafından yapılan fesihlerde yapılabilecektir. Yine, kötüniyet tazminatını, iş güvencesi hükümlerine tabi veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler talep edemeyeceğinden, her iki tazminatın birlikte olarak iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik fesihlerde yahut belirli süreli iş sözleşmelerinde gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır.

O halde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile ve iş güvencesi kapsamı dışında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi ve yapılan bu feshin hem kötüniyetli olması, hem de İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık yasağını veya eşit işlem yapma borcunu ihlal etmesi halinde, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide; İş Kanunu'nun 5. ve 17. maddelerindeki sebepler arasında hiçbir farklılık olmamasına rağmen, ispat kuralları ve tazminat miktarları konusunda farklılıklar olduğu, kötüniyeti oluşturan sebeplerle, ayrımcılığı oluşturan sebeplerin aynı olduğu¹⁸ savunulduğu gibi, kötüniyet tazminatına vücut veren sebeplerin, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri de kapsadığı, ancak bu sebeplerin tamamen aynı olmadığı da savunulmuştur¹⁹. İşveren, kendisini bölge çalışma müdürlüğüne şikayet eden işçilerin tamamını bu nedenle işten çıkarırsa, bu durumda yapılan fesih işlemi kötüniyetli bir fesih olacaktır. Ancak işveren bu fesihle herhangi bir ayırım yapmadığı için, ayrımcılık tazminatı gündeme gelmeyecektir. Fakat aynı olayda, işverenin, kendisini bölge çalışma müdürlüğüne şikayet eden işçilerden sadece ka-

dın olanları işten çıkarması halinde, bu fesih işlemi hem kötüniyetli hem de ayrımcılık yasağını ihlal kapsamında olacak ve her iki tazminatın birlikte istenmesi gündeme gelecektir.

Öğretide, bu gibi durumlarda her iki tazminatın da birlikte istenebileceğini kabul eden görüşler olduğu gibi, aksini savunan görüşler de bulunmaktadır. Her iki tazminatın birlikte istenebileceğini savunan görüş gerekçe olarak, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine atıf yapıp 17. maddeye atıfta bulunulmamasına dayanarak bu konuda bir yasal boşluk olduğunu, hakimin bu boşluğu meydana gelen ihlalin ağırlığına göre doldurup her iki hak ihlalinin de cezalandırması gerektiğini öne sürmüştür²⁰. Aksi görüş ise, her iki tazminatın da aynı davranışların yaptırımı olup, işverenin aynı eylemden dolayı iki kez cezalandırılmayacağına dayanmıştır²¹. Yargıtay da aynı gerekçe ile, her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği görüşündedir²².

İş Kanunu'nun 5. maddesi, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesine atıf yaptığından, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan bir işçi, sendikal nedenlerle bir ayırma maruz kaldığında, ayrımcılık tazminatı değil sendikal tazminat isteyebilecektir.

b. Ayrımcılık Tazminatı ve İş Güvencesi Tazminatı

Ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin devamı veya feshi sırasında istenebilen bir alacak iken, iş güvencesi tazminatı sadece işveren tarafından geçersiz olarak yapılan fesihlerde istenebilir. Bu nedenle, her iki tazminatın, birlikte istenebileceği tartışması, ancak işveren tarafından yapılan fesihlerde yapılabilecektir. Yine iş güvencesi tazminatını, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçiler talep edemeyeceğinden, her iki tazminatın birlikte istenebilmesi sorunu, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilere yönelik fesihlerde yahut belirli süreli iş sözleşmelerindeki fesihlerde gündeme gelmeyecektir.

O halde somut olayda olduğu gibi, iş güvencesi kapsamında çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi ve yapılan bu feshin, geçersiz fesih olup aynı zamanda İş Kanunu'nun 5. maddesine göre ayrımcılık ya-

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği tartışmasına yönelik görüşümüz yasada özel hüküm bulunmadığından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği şeklindedir.

sağını veya eşit işlem yapma borcunu da ihlal etmesi halinde, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide, her iki tazminatın birlikte istenip istenemeyeceğine dair farklı görüşler vardır. İki tazminatın birlikte istenemeyeceğini savunan görüşe göre²³, işverenin aynı davranışının iki kez yaptırımı bağlanması adil olmayacağından, işe iade davasıyla sadece iş güvencesi tazminatı istenebileceğidir. Her iki tazminatın birlikte istenebileceğini savunan görüş ise, tazminatların koruduğu hukuki yararların farklı olduğunu, iş güvencesi tazminatının sadece işe iade etmenin yaptırımı olup, ayrımcılık yasağına aykırılığı yaptırimsız bıraktığını, hem geçersiz hem de ayrımcılığa dayalı fesihlerin daha ağır yaptırımlara tabi olması gerektiğini öne sürmüştür²⁴. Yargıtay ise, yukarıdaki içtihatla belirtilen kurallar doğrultusunda, her iki tazminatın birlikte istenemeyeceğine karar vermektedir.

II. SONUÇ

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının aynı olayda birlikte istenip istenemeyeceği konusundaki görüşümüz, yasada özel hüküm bulunmadığından bu iki tazminatın birlikte istenemeyeceği, yasanın mevcut haline göre bu konuda işçinin seçimlik hakkı olup, işçi hangisini istemiş ise o alacağın hüküm altına alınması gerektiği şeklindedir. Türk hukuk sisteminde yaptırımlar belirlenirken, bir kimsenin aynı eyleminden dolayı iki kez cezalandırılmayacağı, eylemin birden fazla hukuk kuralını ihlal etmesi halinde, yaptırımı ağır olan kuralın uygulanması gerektiği genel kural olarak benimsenmiştir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda ve Kabahatler

Kanunu'nda da bu kriter esas alınmıştır. Her iki tazminat türü de İş Kanunu'nda düzenlendiğinden, yasa koyucu bu genel kuralı gözeterek, konuyu özel hükümle düzenlemeyip, genel kurala bağlı kalmıştır. Sendikalar Kanunu, İş Kanunu'na göre özel kanun olduğundan, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece bu yasaya atıfta bulunmakla yetinilmiştir. Yasa koyucu, her iki tazminatın da birlikte istenebileceğini düşünseydi, bu kuralı özel olarak düzenlemesi gerekirdi. Çünkü asıl kural, aynı eylemden dolayı birden fazla yaptırımın uygulanmamasıdır. Genel kuralın dışına çıkılabilmesi için, yasada özel düzenleme gerekmektedir. Sonuç olarak, her iki tazminatın birlikte istenebilmesinin ancak işverenin yaptığı kötüniyetli fesihden önce bir ayrımcılık yasağını ihlal etmesi halinde mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının çakıştığı durumda, işçinin ayrımcılık tazminatını seçmesi halinde, mahkeme feshin aynı zamanda kötüniyetle yapıldığını da gözetip alt sınırdan uzaklaşarak yasadaki bu boşluğu giderebilir ise de, kötüniyet tazminatı için yasada alt sınır-üst sınır öngörülmediğinden kötüniyet tazminatının tercihi halinde böyle bir imkân bulunmaması ve diğer sakıncalar gözetilerek, bu konuda yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği tartışmasına yönelik görüşümüz ise, yasada özel hüküm bulunmadığından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği şeklindedir. İşçinin, iş güvencesi tazminatı isteyebilmesi için, "feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade" davası açması ve feshin geçerli olmayan nedenle yapıldığının mahkemece tespit edilip işverenin, işçiyi işe başlatmaması gerekmektedir. İş güvencesi hükümlerine tabi olan bir işçi, işe iade davası açmak yerine, kötüniyet tazminatı dışındaki hakları ve ayrımcılık tazminatı için alacak davası açabilme hakkına sahiptir. Çünkü ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatından farklı olarak, hem iş güvencesi hükümlerine tabi işçiler hem de bu güvenceye tabi olmayan işçiler için istenebilen bir haktır. İşçinin böyle bir tercihte bulunması halinde, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenebilme-

si gündeme gelmeyip, mahkeme, 5. maddenin koşullarına göre ayrımcılık tazminatı talebini değerlendirecektir. Mahkeme, her iki hakkın da ihlal edildiğini gözeterek, ayrımcılık tazminatı miktarını alt sınırdan uzaklaşarak belirlemelidir.

İşçinin işe iade davası açması halinde mahkemece yapılacak araştırmalar, yasanın 18. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Feshin İş Kanunu'nun 18. maddesine göre yapılması halinde işe iade davasına bakan mahkeme; feshin geçerli nedenle yapılıp yapılmadığı, yazılı ve gerekçeli fesih bildiriminde bulunulup bulunulmadığı, işçinin davranışları veya yetersizliği nedeniyle yapılan fesihte, fesihten önce işçinin savunmasının alınıp alınmadığı, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı ve davanın süresinde açılıp açılmadığına yönelik sınırlı bir denetim yapmaktadır. Feshin İş Kanunu'nun 25. maddesine göre yapılması halinde ise; maddedeki haklı nedenlerin bulunup bulunmadığı, davanın süresinde açılıp açılmadığı, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı, haklı neden bulunmasa bile feshe neden olan davranışın fesih için geçerli neden oluşturup oluşturmadığını araştıracaktır. Mahkeme işe iade davasında, feshin kötüniyetle yapılıp yapılmadığı veya ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini araştırmayacaktır. Bu nedenle, işverenin yaptığı geçersiz veya haksız feshin, aynı zamanda kötüniyetli veya ayrımcılık yasağını ihlal niteliğinde olması, işe iade davasının sonucunu değiştirmeyecektir. Üstelik iş güvencesi tazminatı, miktar yönünden ayrımcılık tazminatına göre işçi lehinedir. Somut olayda olduğu gibi, işverenin hamilelik nedeniyle yaptığı fesih işlemi, hem yasanın 18. maddesine hem de 5. maddesine aykırı olsa da, mahkemenin vereceği karar yine işe iade ile iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınmasından ibaret olacaktır. Ancak, eylemin her iki kuralı da ihlal etmesi nedeniyle mahkemenin, 4 ay ile 8 ay arasındaki iş güvencesi tazminatına esas süreyi belirlerken, alt sınırdan uzaklaşması hakkaniyete uygun olacaktır.

İşe iade davasının niteliği nedeniyle, bu davada ayrıca ayrımcılık tazminatı veya kıdem

ve ihbar tazminatı ile diğer alacakların birlikte görülüp hükme bağlanması mümkün değildir. Böyle bir dava açılması halinde, mahkemenin alacak taleplerine ilişkin davaları ayırıp, işe iade davasının sonucunu beklemesi gerekir. İşe iade davasında mahkeme, ayrımcılık yasağının ihlalini değerlendirmemiş ise, ayrımcılık tazminatı davasının yine de reddedilmesi gerekir. Çünkü bu durumda da karşımıza, yasada özel düzenleme olmadığından, aynı eylemden dolayı iki kez ceza verilemeyeceği kuralı çıkacaktır.

Mahkemenin işe iade kararına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmamasının sonuçları İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. İşverenin işçiyi işe başlatmaması, gerçek anlamda bir fesih olmayıp, kanundan doğan bir sonuçtur ve işe başlatıp başlatmama yönündeki seçimlik hakkın kullanılmasıdır. Müeyyidesi ise, iş güvencesi tazminatıdır. İşverenin işçiyi işe başlatmaması ile iş güvencesi tazminatı muaccel hale gelmektedir. İşverenin işçiyi işe başlatmama eylemi, bir ayrımcılık yasağı ihlali de olmadığından, bu ihtimalde işçinin ayrımcılık tazminatı talep hakkı doğmayacaktır.

Sonuç olarak, ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniyet tazminatı ya da iş güvencesi tazminatının istenebilmesi için yasada özel düzenlemeye ihtiyaç olduğu, İş Kanunu'ndaki mevcut düzenlemelere göre bu imkânın bulunmadığı görüşündeyiz.

DİPNOTLAR

- 1 YILDIZ Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 baskı, Yetkin Yayınları, s. 328; Mollamahmutoglu bu tazminatı, uğranılan zararın karşılığı için öngörülmuş gerçek bir tazminat olmayıp, götürü nitelikte bir tazminat, medeni bir ceza olarak tanımlamıştır, (MOLLA-MAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, 2. baskı, Ankara 2005, s.441,442).
- 2 YILDIZ, S.329; Yarg. 9.HD, 18.09.2007 tarih, 28933/26947 E.K (YILDIZ, s.330).
- 3 YILDIZ, s.330; SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2005, s.368.
- 4 YILDIZ, s.342-343.
- 5 SÜZEK, s.368.
- 6 YILDIZ, s.329.
- 7 ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. baskı, İstanbul 2010, Beta Yayıncılık, s.206.

- 8 Yargıtay 9. HD, 28.09.2011 tarih, 20784/33779 E.K; ÇELİK, İş Hukuku, s.206.
- 9 Yargıtay 9. HD, 09.05.2008 tarih, 12847/11903 E.K.
- 10 Yargıtay 9. HD, 09.05.2008 tarih, 12847/11903 E.K.
- 11 Yargıtay 9. HD, 12.10.2010 tarih, 26836/28653 E.K.
- 12 Yargıtay 9. HD, 04.06.2012 tarih, 14007/19391 E.K.
- 13 ŞAKAR Müjdat/ŞAKAR YİĞİT Ayşe, İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2010 Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, s.106-110.
- 14 ÇİL Şahin/KAR Bektaş, İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, Yetkin Yayınları, s.54.
- 15 AKYİĞİT Ercan, İş Güvencesi, Ankara 2007 Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.327; Yargıtay 9. HD, 05.06.2006 tarih, 11496/16238 E.K; Yargıtay 9. HD, 21.07.2008 tarih, 11572/20918 E.K.
- 16 ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayınları, s.307; Yargıtay 9. HD, 05.12.2008 tarih, 29659/33704 E.K.
- 17 Yargıtay 9. HD, 05.05.2010 tarih, 27695/12571 E.K; Danıştay 3. Dairesi, 15.02.2007 tarih, 3799/414 E.K.
- 18 BAKIRCI Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı 2, s.116.
- 19 YILDIZ, s.331.
- 20 SÜZEK, s.368; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.442; YILDIZ, s.333.
- 21 ÇELİK Nuri, İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14, s.489; YENİSEY Kübra Doğan, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, 2006/4, s.80; ÇİL Şahin, Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 6, s.676; BAKIRCI, s.119.
- 22 Yargıtay 9. HD, 21.02.2005 tarih, 14422/5811 E.K; Yargıtay 9. HD, 25.09.2006 tarih, 22213/24598 E.K.
- 23 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, s.36; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.57; ÇELİK, Tazminat Sorunları, s.493.
- 24 SÜZEK, s.485; YILDIZ, s.335; BAKIRCI, s.117; YENİSEY, s.78.

dikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi.

- ÇANKAYA Osman Güven/GÜNAY Cevdet İlhan/GÖKTAŞ Seracettin, İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, Yetkin Yayınları.
- ÇELİK Nuri: İş Hukuku Dersleri, 23. Baskı, İstanbul 2010, Beta Yayıncılık (Anılış: İş Hukuku).
- ÇELİK Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 14 (Anılış: Tazminat Sorunları).
- ÇİL Şahin: Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 2, Sayı 6.
- ÇİL Şahin/KAR Bektaş: İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, Ankara 2012, Yetkin Yayınları.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi: İş Hukuku, 2. baskı, Ankara 2005.
- SÜZEK Sarper: İş Hukuku, 2. baskı, İstanbul 2005.
- ŞAKAR Müjdat/ŞAKAR YİĞİT Ayşe: İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2010 Baskı, Yaklaşım Yayıncılık.
- 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.
- YENİSEY Kübra Doğan: İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, Sayı 11, 2006/4.
- YILDIZ Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008 Baskı, Yetkin Yayınları.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT Ercan: İş Güvencesi, Ankara 2007 Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- BAKIRCI Kadriye: İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sen-