

**T.C.**  
**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ**  
**ANABİLİM DALI**  
**İNSAN KAYNAKLARI PROGRAMI**  
**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN**  
**KÖTÜNİYET VE İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI**  
**HÜKÜMLERİYLE YARIŞMASI**

**Selçuk ZENGİN**

**Danışman**  
**Prof. Dr. Serkan ODAMAN**

**İZMİR-2018**



**TEZ ONAY SAYFASI**

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

27/11/2018

Selçuk ZENGİN

**ÖZET**  
**Yüksek Lisans Tezi**  
**Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün**  
**Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması**  
**Selçuk ZENGİN**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Ana Bilim Dalı**  
**İnsan Kaynakları Programı**

Anayasa'mızın 10. maddesinde yer alan 'eşitlik ilkesi'nin çalışma hayatına ilişkin yansıması kaçınılmaz olmuş ve İş Kanunu'muzdaki 'eşit davranma ilkesi' başlığı altında düzenlenen 5'inci maddeyle birlikte söz konusu ilke iş hukukunda da özel olarak vurgulanmıştır. Buna göre çalışanlar arasında iş ilişkisi veya fesih esnasında işveren tarafından yapılacak keyfi ve gerekçesiz uygulamalar, ilkenin ihlaline sebebiyet vererek ayrımcılık tazminatını gündeme getirecektir.

Bununla beraber işverenin fesih esnasında ayrımcılık tazminatına yol açan uygulamalarının, işçinin iş güvencesine sahip olup olmamasına göre diğer yandan kötüniyet veya iş güvencesi tazminatının şartlarını oluşturması, işbu tazminat hükümlerinin birbirleriyle yarışmasına neden olmaktadır. Bu durumda yarışmanın niteliğine bağlı olarak çeşitli ihtimaller sonucu farklı sonuçlar mevzubahis olacaktır ki zaten tam da bu konu iş hukuku literatürünün en tartışmalı alanlarından birisini teşkil etmektedir. Çalışmamızın da amacı, şu ana kadar yapılmadığı üzere konuyu "hükümlerin yarışması" kapsamında ele alarak tartışmaya yeni bir kavramsal ve sistematik bakış açısı kazandırmaktır.

Çalışmamız esnasında ayrımcılık, kötüniyet ve iş güvencesi tazminatlarının şartlarını göz önünde bulundurarak bu tazminat hükümlerinin

yarışmaları için gerekli ve yeterli olacak tek koşulun ‘eşit davranma ilkesine aykırı ya da ayrımcılık temelli fesih’ durumu olduğunu saptadık.

Bu itibarla ayrımcılık tazminatının fesih esnasında gündeme geldiği istisnasız tüm durumlarda, çalışmamızda ele aldığımız yarışmalardan birinin yürürlüğe girdiği görölmektedir ki, bu açıdan yarışmanın kapsamının oldukça geniş olduğunu söylemek gerekir.

Sonuç olarak, Türk hukuk sisteminde ve özellikle iş hukukunda geçerli olan yorum yöntemleri uygulanarak ve konuya ilişkin literatürde yer alan görüşler ile Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararları da göz önünde bulundurularak yapılan değerlendirme neticesinde her iki yarışmanın da kümülatif nitelikte olduğu kanısına varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Eşitlik, Eşit Davranma İlkesi, Ayrımcılık Tazminatı, Kötüniyet Tazminatı, İş Güvencesi Tazminatı, Hükümlerin Yarışması.

## **ABSTRACT**

**Master's Thesis**

**The Competition of the Discrimination Compensation Provision  
with the Malice and Job Security Compensation Provisions**

**Selçuk ZENGİN**

**Dokuz Eylül University**

**Graduate School of Social Sciences**

**Department of Labour Economics and Industrial Relations**

**Human Resources Program**

The reflection of the ‘principle of equality’, guaranteed by Dam 10 of the Constitution, about working life was inevitable, and with the Dam 5 of the Labor Law “*the principle of equal treatment*”, this principle was also emphasized in labor law. Accordingly, discrimination practices by the employer during the employment relationship or termination of employees will result in violation of the principle and will lead to discrimination compensation.

However, in so far as practices of employer which resulted discrimination compensation during termination, the conditions of the employee's job security or not, and also the conditions of the compensation of malice or job security, cause the compensation of legal provisions to compete with each other. Under the circumstances, depending on type of competition, there are different results as a result of various possibilities, that's the biggest controversial areas of labor law literature. The main objective of this work is leading a new conceptual and systematic perspective to the discussion by taking the subject as the in ‘competition of legal provisions’ as it has not been done so far.

Over the course of investigation, it is determined that only condition that will be necessary and sufficient for the competition of the legal provisions is the ‘discrimination based termination of the labor contract’ by taking into

**consideration the conditions of discrimination, malice and job security compensation.**

**In this respect, in all cases where the discrimination compensation is brought to agenda while termination of labor contract, one of the competitions we have discussed in our study came into force in this connection, the scope of the competition is quite wide.**

**After all, it's concluded that both competitions are cumulative by applying the interpretation methods of Turkish legal system in particular labor law, taking into consiredation the opinions on related literature with the Chancery & Constitutional Court decisions.**

**Key Words: Equality, The Principle of Equal Treatment, Discrimination Compensation, Malice Compensation, Job Security Compensation, Competition of Legal Provisions.**

**AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN  
KÖTÜNİYET VE İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI HÜKÜMLERİYLE  
YARIŞMASI**

**İÇİNDEKİLER**

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

**BİRİNCİ BÖLÜM**

**İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ**

1.1. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI	3
1.1.1. Hukuki Niteliği	3
1.1.2. Hukuki Dayanağı	5
1.1.2.1. Anayasal Dayanağı	5
1.1.2.2. Yasal Dayanağı	7
1.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI	8
1.2.1. Aynı İşyerinin İşçileri Olma (İşyerinde Birlik)	8
1.2.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Mevcudiyeti	10
1.2.3. Kolektif Bir Uygulamada Bulunulması	11
1.2.4. Uygulama Bir ya da Bir Kısım İşçinin Aleyhine Olmalı	13
1.2.5. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma (Zamanda Birlik)	14
1.2.6. İşveren ile İşçi Arasında İş İlişkinin Bulunması	15
1.3. İŞE ALMADA EŞİT DAVRANMA BORCU	16



1.4. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU	19
---	----

## İKİNCİ BÖLÜM

### İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

2.1. GENEL OLARAK	22
2.2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCUNUN MEVCUDİYETİ SORUNU	23
2.2.1. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcunun Bulunmadığını İleri Süren Görüş	23
2.2.2. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcunun Bulunduğunu İleri Süren Görüş	26
2.2.3. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Uygulaması ve Sosyal Seçim Ölçütü	29
2.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin Görüşümüz	34
2.2.4.1. Ayrımcılık Yasakları ve Kötüniyetli Fesihlerde	34
2.2.4.2. İşçilerin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde	34
2.2.4.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde	36

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AYRIMCILIK, KÖTÜNİYET VE İŞGÜVENCESİ TAZMİNATLARI

3.1. AYRIMCILIK TAZMİNATI	38
3.1.1. Ayrımcılık Tazminatının Hukuki Niteliği ve Dayanağı	38
3.1.2. Ayrımcılık Tazminatını Gerektiren Sebepler	40
3.1.2.1. İş İlişkisinde Dil, Irk, Cinsiyet, Siyasal Düşünce, Felsefi İnanç, Din ve Mezhep vb. Sebeplerle Ayrım Yapılması	41
3.1.2.2. İş Sözleşmesi Türleri Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması	42
3.1.2.3. Cinsiyet Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması	45

3.1.3. Ayrımcılık Tazminatında İspat Yüğü	48
3.1.4. Ayrımcılık Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması	50
3.1.5. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı, Borçlusı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi	52
3.1.6. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden Ayrımcılık Tazminatı	54
3.2. KÖTÜNİYET TAZMİNATI	55
3.2.1. Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği	56
3.2.2. Kötüniyet Tazminatının Şartları	58
3.2.2.1. İş Güvencesi Hükümlerine Tabi Olmama	58
3.2.2.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması	60
3.2.2.3. Fesih Bildiriminin, Hakkın Kötüye Kullanılmasına Yol Açması	62
3.2.3. Kötüniyet ve Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasında Ölçüt	63
3.2.4. Kötüniyet Tazminatında İspat Yüğü	66
3.2.5. Kötüniyet Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması	68
3.2.6. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı, Borçlusı, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi	69
3.2.7. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden Kötüniyet Tazminatı	70
3.3. İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI	71
3.3.1. İş Güvencesi Tazminatının Hukuki Niteliği	73
3.3.2. İş Güvencesi Tazminatının Şartları	77
3.3.2.1. İşyerine İlişkin Şartlar	77
3.3.2.2. İşçiye İlişkin Şartlar	78
3.3.2.2.1. İşçinin, İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'na Tabi Olması	78
3.3.2.2.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması	79
3.3.2.2.3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdeminin Olması	81
3.3.2.2.4. İşçinin Belirli Düzeyde İşveren Vekili veya Yardımcısı Olmaması	82

3.3.2.2.5. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmiş Olması	83
3.3.3. İş Güvencesi Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması	85
3.3.4. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi	87
3.3.5. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden İş Güvencesi Tazminatı	89

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **BOŞLUK VE YARIŞMA KAVRAMLARI**

4.1. BOŞLUK KAVRAMI	91
4.2. BOŞLUK TÜRLERİ	93
4.2.1. Kural İçi Boşluk	94
4.2.2. Açık Boşluk	94
4.2.3. Örtülü Boşluk	95
4.2.4. Bilinçli-Bilinçsiz Boşluk ve “Bilinçli Susma” Kavramı	96
4.3. BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI KAPSAMINDA İŞ KANUNU HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASI	98
4.3.1. Yorumda Kullanılan Araçlar	99
4.3.1.1. Asli Yorum Araçları	99
4.3.1.1.1. Kanunun Lafzı	99
4.3.1.1.2. Kanunun Tarihçesi ve Düzenlenme Amacı	99
4.3.1.1.3. Kanunların Sistematiği	100
4.3.1.2. Yardımcı Yorum Araçları	100
4.3.2. Yorum Faaliyetinde Kullanılan İlkeler	101
4.3.2.1. Amaçsal Yorum İlkesi	101
4.3.2.2. İşçi Lehine Yorum İlkesi	101
4.3.2.3. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi	102
4.3.2.4. İstisnai ve Sınırlandırıcı Hükümlerin Dar Yorumlanması	103
4.4. HÜKÜMLERİN YARIŞMASI KAVRAMI	104
4.4.1. Yarışmanın Sebebi	104

4.4.2. Hükümlerin Yarışmasında Çeşitli Durumlar	105
4.4.2.1. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarışması	105
4.4.2.2. Hükümlerin Kümülatif Yarışması	106
4.4.2.3. Hükümlerin Seçimlik Yarışması	107

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN KÖTÜNİYET VE İŞGÜVENCESİ TAZMİNATI HÜKÜMLERİYLE YARIŞMASI**

5.1. AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN KÖTÜNİYET TAZMİNATI HÜKMÜYLE YARIŞMASI	109
5.1.1. Hükümlerin Kümülatif Yarıştığını Savunan Görüş	109
5.1.2. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarıştığını Savunan Görüş	112
5.1.3. Hükümlerin Seçimlik Yarıştığını Savunan Görüş	113
5.1.4. Konuya İlişkin Görüşümüz	116
5.2. AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI HÜKMÜYLE YARIŞMASI	120
5.2.1. Hükümlerin Kümülatif Yarıştığını Savunan Görüş	121
5.2.2. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarıştığını Savunan Görüş	125
5.2.3. Hükümlerin Seçimlik Yarıştığını Savunan Görüş	126
5.2.4. Konuya İlişkin Görüşümüz	129
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	147

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	Avrupa Birliği
<b>ATAD</b>	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
<b>AÜHF</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AYM</b>	Anayasa Mahkemesi
<b>BATIDER</b>	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>bkz.</b>	Bakınız
<b>CEDAW</b>	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
<b>DEÜHFD</b>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	Esas
<b>EÜHFD</b>	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>EÜSBED</b>	Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi
<b>ILO</b>	International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
<b>İBY</b>	İş Bankası Yayınları
<b>İSGH</b>	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
<b>İş K.</b>	İş Kanunu
<b>İÜHFM</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	Karar
<b>Kamu-İş</b>	Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
<b>Legal İSGHD</b>	LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
<b>Legal YKİD</b>	Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi
<b>m.</b>	Madde
<b>Prof. Dr.</b>	Profesör Doktor
<b>RG</b>	Resmi Gazete
<b>s.</b>	Sayfa No
<b>ss.</b>	Sayfadan Sayfaya
<b>TAAD</b>	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

<b>TBB</b>	Türkiye Barolar Birliği
<b>TBK</b>	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>Türk-İş</b>	Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu
<b>TÜSİAD</b>	Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
<b>T.C.</b>	Türkiye Cumhuriyeti
<b>UNICEF</b>	Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu
<b>vb.</b>	Ve Benzeri
<b>vd.</b>	Ve Diğerleri
<b>YBHD</b>	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
<b>YİBK</b>	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>Y.</b>	Yargıtay

## GİRİŞ

Adalet ve hakkaniyet gibi kavramların çekirdeğini oluşturarak tarih boyunca çeşitli yönlerden pek çok çalışmaya konu olan ‘eşitlik ilkesi’, toplum hayatında bir türlü çözümü bulunamayan adaletsizlik olgusunun panzehiri olarak ortaya konulmuştur. Ne var ki teoride fikir birliğine varılan bu ilkenin gündelik hayatta ve özellikle çalışma yaşamında uygulamaya geçirilebilmesi her zaman kolay olmamıştır.

‘Eşit davranma ilkesi’ de genel anlamda kabul gören eşitlik ilkesinin Türk İş Hukukundaki görünüm şekli olarak ifade edilebilir. Buna göre çalışanlar arasında makul ve haklı bir gerekçe olmaksızın tamamen keyfi şekilde farklı uygulamalar yapılması, bu ilkeye aykırılık oluşturacaktır.

Çalışma hayatının her alanında baş gösterebilen ayrımcı ve eşitsizlik temelli uygulamaların ortadan kaldırılması ve bunlara maruz kalan çalışanların haklarının korunması için İş mevzuatımızda çeşitli düzenlemeler ve yaptırımlar söz konusudur. Nitekim işverenin eşit davranma borcu ve bu borca aykırılığın temel yaptırımı olan ayrımcılık tazminatına ilişkin İş Kanunu’muzdaki temel düzenleme, 5’inci maddede yer almaktadır. Her ne kadar madde metninden, sözleşme süresince ya da fesihte bu borca aykırılık durumunda ayrımcılık tazminatının gündeme geleceği anlaşılıyorsa da uygulamada daha çok fesih esnasında ayrımcılık tazminatının söz konusu olduğu bir gerçektir.

Diğer yandan eşit davranma ilkesine aykırı şekilde iş sözleşmesinin işverence feshi durumunda, ayrımcılık tazminatından başka kötüniyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatı gibi bazı diğer tazminatların da talep edilebilmesine ilişkin koşulların gerçekleşebildiği görülmektedir. Bu takdirde işçi bu tazminatların hepsine birden hak kazanabilecek midir? Yoksa sadece birini mi talep edebilecektir? İşte tam da bu nokta, tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Çalışmamız da eşit davranma ilkesine aykırı fesihlerde ayrımcılık tazminatı ile birlikte gündeme gelen kötüniyet ya da iş güvencesi tazminatları arasındaki ilişkiyi konu edinmiştir. Bununla birlikte okumakta olduğunuz bu çalışma, literatürde daha önceden yapılmadığı üzere, tartışmayı

'hükümlerin yarışması' kapsamında ele alarak, konuya yeni bir kavramsal ve sistematik bakış açısıyla farklı bir boyut getirmeyi hedeflemiştir.

Toplam beş bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde İş Hukukunda 'eşit davranma ilkesi' genel olarak ele alınarak bu ilkenin hukuki niteliği ve dayandığı esaslar açıklanmış ve bu ilkenin uygulama şartları incelenmiştir.

İkinci bölümde ise özellikle İş Hukukundaki en tartışmalı alanlardan biri olan iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun mevcudiyetine yönelik literatürde yer alan farklı görüşler ve dayandıkları hukuki gerekçeler belirtildikten sonra konuya ilişkin Yargıtay kararları da göz önünde bulundurularak iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma ilkesine ilişkin savunduğumuz görüş, üç kategori halinde gruplandırılarak gerekçeli şekilde ortaya konulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrımcılık, kötüniyet ve iş güvencesi tazminatlarına ilişkin ayrıntılı bir çalışma yer almaktadır. Bu tazminatların hukuki niteliği ve dayanakları, mevcudiyet şartları, ispat yükleri, zamanaşımaları, miktarları ve hesaplanması ayrı ayrı izah edilmiştir.

Boşluk ve yarışma kavramlarının irdelendiği dördüncü bölümde de öncelikle boşluk türleri ve bu boşlukların doldurulması kapsamında İş Kanunu hükümlerinin yorumlanması faaliyetinde kullanılan araçlar ve ana ilkeler ortaya konulmuştur. Sonrasında çalışmamıza esas teşkil eden 'hükümlerin yarışması' kavramı açıklanarak hukuk sistemlerinde hükümlerin yarışmasına sebep olan olgular incelenmiş özellikle hükümlerin yarışmasında gündeme gelen üç ihtimal belirtilmiştir.

Son bölümde ise ayrımcılık tazminatı hükmünün kötüniyet ve iş güvencesi tazminatı hükümleriyle yarışması ele alınarak literatürde derin fikir ayrılıkları bulunan bu konuya ilişkin serdedilen görüşler, hükümlerin yarışmasına ilişkin kavramsal çerçeve de göz önünde bulundurulmak suretiyle sistematik olarak incelenerek üç ana grupta toplanmıştır: Hükümlerin kümülatif yarıştığını savunan görüş, hükümlerin birbirlerini bertaraf ederek yarıştığını savunan görüş ve hükümlerin seçimlik yarıştığını savunan görüş. Bu üç farklı yarışma kategorisine ilişkin literatürde savunulan gerekçeler ve Yargıtay'ın konuya bakış açısı özetlendikten sonra ise ayrımcılık tazminatının kötüniyet ve iş güvencesi tazminatı hükümleriyle yarışmasına ilişkin görüşümüz ayrı ayrı olarak ayrıntılı ve gerekçeli şekilde belirtilmiştir.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİ

#### 1.1. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

##### 1.1.1. Hukuki Niteliği

Tüm vatandaşların birbirlerinden farksız yaratılıştta olmaları sebebiyle birbiriyle eşit haklara sahip oldukları düşüncesi, günlük hayatta sık sık gündeme gelen eşitlik ilkesinin temelini oluşturmaktadır<sup>1</sup>.

Eşitlik ilkesi, tarihin hemen her döneminde tartışılmış; insanların eşit olmadığı, görel olarak eşit olduğu ve mutlak bir şekilde eşit oldukları biçiminde birçok fikir öne sürülmüştür. Günümüze geldiğimizde ise insanların eşit bir biçimde doğduklarının hemen hemen tüm ulusal ve uluslararası belgelerde yer aldığını görmekteyiz<sup>2</sup>. Eşit davranma ilkesi de, hukukun genel prensiplerinden biri olan ‘eşitlik ilkesi’nin iş hukukunda ete kemiğe bürünmüş halini yansıtmaktadır.

Genel eşitlik ilkesinin çalışma hayatındaki yansıması olan bu ilke, işverenin farklı işlem yapmasını gerektiren haklı nedenlerin var olmaması halinde, çalışanlara eşit davranılmasını, çalışanlar arasında gerekçesiz ve haksız ayırım yapılmamasını; diğer yandan haklı sebeplerin varlığında da farklı davranılmasını gerektirmektedir<sup>3</sup>. Bir başka ifade ile eşit davranma ilkesi, işçiler arasında keyfi farklılıklar oluşturulmasını men eder ve böylece söz konusu ilke, işverene bir yandan eşit davranma borcu yüklerken bir yandan da onun keyfi davranışlarını yasaklamış olur<sup>4</sup>. Özetle; işverenin eşit davranma borcunu, benzer nitelikteki çalışanlara eşit davranma, farklı durumda olanlara ise farklı davranma yükümlülüğü olarak tanımlayabiliriz.

<sup>1</sup> Pir Ali Kaya, **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2009, s. 1.

<sup>2</sup> Ertuğrul Yuvalı, **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 38.

<sup>3</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, ss. 722-723; 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 Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, (Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum), s. 21.

<sup>4</sup> A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, (Eşit Davranma İlkesi-Kitap), s. 5.

Bu anlamı ile eşit davranma ilkesi sadece bireysel iş ilişkisini ilgilendirmektedir. Buna karşılık eşitlik, ayniyet anlamına gelmekte olup aritmetik olarak birbirine eşitliği ifade eder. Hâlbuki doğada olduğu gibi hukuk alanında da benzer şekilde aritmetik eşitlikten söz etmek mümkün değildir<sup>5</sup>. İş Hukukundaki bu temel ilke; genel ve soyut norm olarak işçi menfaatine işlemektedir. Buradaki amaç uğranılan haksızlıkta değil yararlanılan hakta eşitliği sağlamaktır<sup>6</sup>. Dolayısıyla da söz konusu ilke, maddi eşitliği değil işçiler arasındaki hak eşitliğini güvence altına almaktadır.

İşverenin işçiler arasında ayırım yapmaması ve onlara eşit davranması, iş hukukunun temel ilkelerindedir. Şüphesiz ki; iş hukukunun bu özelliği, iş sözleşmesinin kişisel bir ilişki kurmasından ve işçinin, işverenin yönetimi altında iş görmesinden kaynaklanmaktadır<sup>7</sup>.

İşverenin eşit davranma borcunun, hukukun genel ilkelerinden olan hakkaniyet ve adalet esaslarından kaynaklandığı genel olarak kabul edilmektedir<sup>8</sup>. Nitekim eşitlik, adalet kavramının çekirdeğidir<sup>9</sup>. Diğer yandan; eşitlik, hakkaniyet ve adalet kavramları, birbirleriyle çok yakın ilişki içerisindedirler. Bunlardan biri olmadan diğerlerinin var olabileceğini düşünmek olanaksızdır. Öğretide eşit davranma borcu; iş hukukunun işçiyi koruyucu karakteri<sup>10</sup>, işverenin işçiyi gözetme borcu (özen yükümlülüğü)<sup>11</sup>, dürüstlük kuralı<sup>12</sup>, ahlak kuralı<sup>13</sup>, anayasal eşitlik

<sup>5</sup> Şükran Ertürk, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 96.

<sup>6</sup> Sera Reyhani Yüksel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi (Legal İSGHD)**, Cilt:10, Sayı:39, Yıl:2013, s. 57.

<sup>7</sup> Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 155.

<sup>8</sup> Sarper Süzek, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, (İş Hukuku), s. 493; Fevzi Demir, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayırım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İSGHD**, Cilt:11, Sayı:41, Yıl:2014, (Ayırım Yasağı), s. 16; Gaye Burcu Yıldız, **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss. 32, 33, 60; Esin Karacan, **İş Hukuku**, Umuttepe Kitabevi, Kocaeli, 2010, s. 84; Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:11, İstanbul, 2006, (Ayırmacılık Yasağı), s. 63.

<sup>9</sup> Ayrıca Tuncay, eşit davranma ilkesini “Jus suum cuique tribuere” (herkese hakkını, layık olduğu şeyi verme) prensibinin doğal bir sonucu olarak nitelendirmektedir.

<sup>10</sup> Alman Hukukunda H. Dersch tarafından ortaya atılan bu görüşe ilişkin detaylı malumat hakkında Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 52-54; Ertürk, s. 97. Ayrıca bu görüşü destekleyen Yargıtay (Y.) kararı için bakınız (bkz.) “Y.9. Hukuk Dairesi (HD), 20.02.2018, Esas (E.) 2016/22291, Karar (K.) 2018/3576”; “Y.9.HD, 11.09.1967, E.8479, K.7519” ve “Y.9.HD, 26.09.1968, E.9127, K.11140”, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>11</sup> Mustafa Çenberci, **İş Kanunu Şerhi**, Dördüncü Bası, Ankara, 1978, s. 554; Demir, s. 16.

<sup>12</sup> Devrim Ulucan, “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, s. 193.

ilkesi<sup>14</sup> gibi farklı kavramlara da dayandırılmakta ayrıca söz konusu ilkeyi genel hukuk prensiplerine dayandırmayan (fiili durumlara dayandıran) görüşler de bulunmaktadır<sup>15</sup>.

Doktrinde kargaşaya yol açacak şekilde, eşitlikle ilgili birçok kavram kullanılmaktadır. Bunlar arasında eşit davranma veya eşitlik ilkesi, eşit ölçüde davranma veya adalet eşitliği, ayrımcılık yasağı ve ayırım yapmama borcu sıklıkla kullanılan kavramlar olarak göze çarpmaktadır<sup>16</sup>. Şüphesiz ki; bu durum, eşitliğin çok yönlü ve fonksiyonlu anlamlara sahip olmasından ileri gelir. Tüm bu kavramlar yakın anlamlara sahip olsalar da kavram birliğini sağlama açısından bu kavramlardan ‘eşit davranma ilkesi’ni ve bu ilke sonucunda ortaya çıkan yükümlülük bakımından da ‘eşit davranma borcu’nu çalışmamızda kullanmayı tercih etmekteyiz.

## **1.1.2. Hukuki Dayanağı**

### **1.1.2.1. Anayasal Dayanağı**

Hukuk devleti olma iddiasındaki anayasal demokrasiler, temel olarak vatandaşların eşitliğine dayanmaktadırlar. Bu nedenle demokratik bir hukuk devletinde hukukun tüm alanları eşitlik ilkesinin etkisi altındadır<sup>17</sup>.

Eşitlik, toplum huzuru için elzemdir. Bu sebeple hukuk sistemlerinde önemli konuma sahiptir. İç Hukukumuz açısından konuyu ele aldığımızda; tüm vatandaşların etnik köken, ten rengi, lehçe, politik seçimi, dünya görüşü vb. yönlerden farklı muamele uygulanmaksızın kanun önünde eşit olduğunu düzenleyen Anayasamızın<sup>18</sup> 10. maddesi, temel hukuk kurallarından birini teşkil etmektedir<sup>19</sup>.

Anayasa’ımızda yer alan eşitlik ilkesi, yasa karşısında eşit muamele görme anlamına sahip olmakla birlikte tüm vatandaşlara eşit sorumluluklar yüklediği

---

<sup>13</sup> Bu görüşlerin detaylı malumatına ilişkin bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 54-55; Ertürk, s. 98.

<sup>14</sup> Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978, ss. 252-255.

<sup>15</sup> Bu görüşlerin detaylı malumatına ilişkin bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 77-100.

<sup>16</sup> Ertürk, s. 96.

<sup>17</sup> Ulaş Baysal, “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İSGHD**, Sayı:25, Yıl:2010, s. 61.

<sup>18</sup> Resmi Gazete (RG) (09.11.1982 Tarih ve 17863 (Mükerrer) Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (03.06.2017).

<sup>19</sup> Rabia Sever, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal İSGHD**, Cilt:9, Sayı:34, Yıl:2012, s. 33.

manasına gelmemektedir. Bu ilke tüm yönlerden benzer hukuki statüye sahip bulunanlar bakımından geçerlidir. Sıklıkla kullanılan tabiriyle ‘eşitlerin eşitliği’ anlamındadır ve mefhumu muhalifi olarak ‘eşit olmayan vatandaşların eşitsizliği’, bu ilkeye mugayeret etmemektedir. Diğer yandan, yasa karşısında eşitlik ilkesinin hukuki niteliği tartışma konusudur. Temel haklar arasında mütalaa edildiği gibi devlet yönetiminde esas ilkeler arasında da nitelendirilmektedir. Eşitlik ilkesinin, bu ilkeden faydalananlar yönünden eşit işlem görmeyi talep hakkını doğurduğu kuşkusuzdur. Diğer bir yandan, 1961 Anayasasında bu ilkenin “*Temel Hak ve Ödevler*” bölümünde geçmesine karşın 1982’de kabul edilen Anayasada “*Genel Esaslar*” başlığında düzenlenmesi de eşitliğin devlet idaresindeki ana esaslardan biri olduğunu göstermektedir<sup>20</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Yargıtay’ın pek çok kararında da bu ilkenin hukuki statüleri benzerlik gösterenler açısından geçerli olacağı ve böylece eylemselden ziyade hukuki eşitliğin amaçlandığı ve benzer durumdaki vatandaşlara farklı kaideler uygulanmak suretiyle “*kanun önünde eşitlik*” ilkesinin çiğnenmesinin yasaklandığı vurgulanmıştır<sup>21</sup>.

Bununla birlikte; Anayasada yer alan ilkelerin, özel hukuk ilişkilerinde de etkili olduğu görüşü, öğretilerde çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Dolayısıyla yargıç tarafından takdir hakkı kullanılırken veya kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve kanun hükümlerindeki boşlukların doldurulmasında bu kural yol gösterici olacaktır<sup>23</sup>.

Anayasa Hukukumuzda “*eşitlik ilkesi*” şeklinde ifadesini bulan söz konusu mefhum, çalışma mevzuatında “*eşit davranma ilkesi*”ne dönüşmektedir. Bir başka deyişle; eşit davranma ilkesi, anayasadaki eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünüm şeklidir<sup>24</sup>. Fransa hukuk sistemindeki yargı organları için de “*eşit davranma ilkesi*” anayasal nitelikte değerlendirilmektedir<sup>25</sup>. Her ne kadar iş hukukunda sözleşme

---

<sup>20</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, ss. 181-188; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1993, s. 112.

<sup>21</sup> AYM, 05.11.2015 tarihli 2013/7063 başvuru numaralı bireysel başvuru kararı, (RG 02.02.2016); AYM, 10.02.2004, E.2001/143, K.2004/11, RG 12.05.2004, Sa.25460; Y.9.HD, 09.03.2015, E.2013/15144, K.2015/9441; Y.9.HD, 02.12.2009, E.2009/33837, K.2009/32939; Y.9.HD, 25.07.2008, E.2008/27310, K.2008/22095, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>22</sup> Tanör, s. 249; Tuncay, *Eşit Davranma İlkesi-Kitap*, ss. 24-25; Yıldız, s. 55; Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, ss. 156-157.

<sup>23</sup> Tuncay, *Eşit Davranma İlkesi-Kitap*, ss. 69-70.

<sup>24</sup> Tuncay, *Eşit Davranma İlkesi-Kitap*, ss. 8-9.

<sup>25</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 729.

serbestliği esas olsa da eşitlik ilkesi de temel bir anayasal ilke olarak daima gözetilmektedir.

Genel anlamda eşit davranma borcu, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti prensibinin gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre “*Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir...hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerinde oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur*”<sup>26</sup>. Ayrıca eşitlik ilkesi, ülkemizin onay verdiği milletlerarası temel hak sözleşmelerinde de yer almıştır<sup>27</sup>.

Gerek öğretilerde gerek AYM kararlarında belirtildiği üzere, Anayasanın 10. maddesi, hem ilk fıkrasında ifade edilen ayrımcılık yasaklarını hem de bunların haricinde kalan genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir<sup>28</sup>.

### 1.1.2.2. Yasal Dayanağı

Temel dayanağını Anayasanın 10. maddesinden alan eşit davranma ilkesi<sup>29</sup>, 4857 sayılı İş Kanunu’nun<sup>30</sup> 2003 senesinde kabul edilmesiyle beraber pozitif çalışma hukukuna dâhil olmuş ve işveren yükümlülüklerinden birisi olmasının haricinde çalışma mevzuatının ana esasları arasında yerini almıştır. Böylece söz konusu ilke anayasal dayanağının yanında özel bir yasal dayanağa kavuşmuştur. Yeni yasadan önceki dönemde eşit davranma ilkesinin dayanak noktasını, sadece Anayasanın 10’uncu maddesindeki “*eşitlik ilkesi*” oluşturmaktaydı. Nitekim eski yasa döneminde eşit davranma borcu düzenlenmese de o döneme ilişkin Yargıtay

<sup>26</sup> AYM, 27.01.1977, 43/4, AMKD, 15, 118; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:12, 2008, (Eşit Davranma Borcu-Makale), s. 25.

<sup>27</sup> Konuya dair detaylı malumat için bkz. Ceyhun Demirkollu, **Ayrımcılığa İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, ss. 61-100; Murat Turpçu, **Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, ss. 15-71; Ebru Kılıç, İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)**, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6, 2011, ss. 214-218; Yuvalı, ss. 15-38.

<sup>28</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 594.

<sup>29</sup> Nitekim İş Kanunu’muzun “Eşit Davranma İlkesi” başlığındaki 5’inci maddesinin gerekçesinde söz konusu ilkenin pozitif dayanağı şu şekilde ifade edilmektedir: “İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu, en önemli dayanağını Anayasanın 10. maddesinde bulmaktadır.”

<sup>30</sup> Resmi Gazete (10.06.2003 Tarih ve 25134 Sayılı),

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>, (03.06.2017).

kararlarında da eşitlik ilkesine vurgu yapıldığı ve bunun bir yükümlülük olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>31</sup>.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde, genel ve özel ayırım yasakları, bunlara aykırılığın yaptırımı ve ispat yükü ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Madde başlığında “Eşit Davranma İlkesi” yer alsa da burada düzenlenmiş olan hususların somut ayrımcılık yasaklarına ilişkin olduğu görülmektedir. Ancak Anayasanın 10. maddesinde olduğu gibi burada da yalnızca ayrımcılık yapmanın yasaklanmadığı aynı zamanda genel anlamda eşit davranma konusunda da işverene yükümlülük getirildiği kabul edilmektedir<sup>32</sup>.

İşverene ait eşit davranma yükümlülüğünün genel olarak düzenlendiği İş Kanunu'muzun 5'inci maddesinden başka mezkûr kanunun 12, 13 ve 14. maddelerinde iş sözleşmenin türüne göre ayırım yapılamayacağı belirtilmiş<sup>33</sup>, bunun yanında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun<sup>34</sup> 25'inci maddesiyle işçiler arasında sendika üyeliği açısından ayrımcılığın yapılamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bununla beraber İş Kanunu'nun daha pek çok yerinde kaynağını eşitlik ilkesinden alan düzenlemelerin yer aldığını görmekteyiz.

## 1.2. EŞİT DAVRANMA BORCUNUN UYGULANMA KOŞULLARI

### 1.2.1. Aynı İşyerinin İşçileri Olma (İşyerinde Birlik)

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü, tek bir işyerinde çalıştırdığı işçileri açısından sorumlu olacağı borcu ifade eder. Bu itibarla farklı işverenlerin

<sup>31</sup> Nitekim, “Yargıtay, 4857 sayılı İş Kanunu öncesindeki döneme ilişkin vermiş olduğu kararda, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddeleriyle Anayasa'nın 10. maddesine atıf yaparak, hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini, kötüniyetli fesih saymıştır.” Y.9.HD, 28.04.2005, E.2004/25538, K.2005/14932; ayrıca aynı yönde kararlar için bkz. Y.9.HD, 23.11.2000, E.2000/12061, K.2000/17190; Y.9.HD, 04.06.2001, E.2001/9131, K.2001/9265, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>32</sup> Öğretide bu husus, “dar ve geniş anlamda eşit davranma ilkesi” olarak ifade edilmektedir. İşverenin işçileri arasında keyfi ayırım yapmaması, ilkenin dar anlamını (olumsuz boyutu, yapmama-kaçınma borcu); işverenin işçilerine eşit davranması ise ilkenin geniş anlamını (olumlu boyutu, yapma borcu) ifade etmektedir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 5-6; Mollamahmutoğlu vd. s. 728; Yıldız, s. 64; Baysal, s. 62.

<sup>33</sup> Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof.Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, 2011, s. 427; Yıldız, s. 63.

<sup>34</sup> Resmi Gazete (07.11.2012 Tarih ve 28460 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6356.pdf>, (03.06.2017).

işyerlerindeki uygulamaları hatta aynı işverene ait farklı işyerlerindeki uygulamaları açısından bu borç kural olarak doğmayacaktır<sup>35</sup>. Nitekim farklı işyerleri, farklı çalışma koşulları (işyerinin yapısı, coğrafi konum, merkeze uzaklık, ulaşım durumu, yerel piyasa, geçerli olan toplu iş sözleşmesinde farklılıklar vb.) anlamına gelebileceğinden farklı işlemi haklı kılabilir<sup>36</sup>.

Eşit davranma borcu esas olarak aynı çalışma yerinin işçilerine karşı söz konusu olur. Bununla birlikte, işyerlerinin nitelikleri yönünden değişik muameleyi gerektiren objektif makul nedenler bulunmuyorsa çeşitli çalışma yerlerindeki benzer işçileri açısından işverenin eşit davranmakla yükümlü olduğunu belirtmek gerekir<sup>37</sup>. Buna göre, işyeri devri veya birleşme halinde de işveren emsal işçiler bakımından da eşit davranmakla yükümlüdür<sup>38</sup>.

Alman Hukukunda uzun süre boyunca eşit davranma borcunun sadece aynı işyerinde olanlar için söz konusu olacağı kabul edilmekle beraber, Federal İş Mahkemesi yakın tarihli kararlarında bu içtihadını terk ederek, işverenin yetkisi dâhilindeki tüm yerlerin eşit davranma borcunun uygulama alanına gireceğinden bahisle burada göz önüne alınması gereken hususun işyeri değil işletme olması gerektiğini kabul etmiştir<sup>39</sup>.

Eşit davranma borcunun hukuki niteliğinden hareketle yola çıkıldığında bu borcun işvereni muhatap aldığı aşikârdır. Bu nedenle de işverenin bu borcu uygulamakla yükümlü olduğu yer, işletmenin organizasyon yapısı esas alınarak belirlenemez. Eğer işveren aynı işyerinde farklı esaslara göre çalışan birimler arasındaki farklı uygulamayı objektif bir biçimde haklılaştırabiliyorsa bu takdirde aynı işyerine bağlı iki birim arasında dahi eşit davranma borcu bulunmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan aynı işletme bünyesinde olmalarının yanı sıra birbirleriyle benzer iş şartlarını haiz farklı çalışma yerlerinde de aynı yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmelidir<sup>40</sup>. Bir görüşe göre de eşit davranma

---

<sup>35</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 730; Ayrıca konuya dair Yargıtay kararları için bkz.

Y.22.HD, 19.4.2018, E.2018/1633, K.2018/9113; Y.9.HD, 12.02.2008, E.2007/33247, K.2008/114, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>36</sup> Baysal, s. 70.

<sup>37</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 731-732.

<sup>38</sup> Yıldız, s. 185.

<sup>39</sup> Rudi Müller Glöge, **Münchener Kommentar Zum Bürgerliches Gesetzbuch (Hennsler)**, München, 2005, s. 253'den aktaran Ulaş Baysal, "İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması", **Legal İSGHD**, Sayı:25, Yıl:2010, s. 70.

<sup>40</sup> Yıldız, s. 180.

yükümlülüğünün işyeri seviyesinden daha kapsamlı uygulanabilmesinin gerekliliği belirtilmiştir. Nitekim eşit davranma yükümlülüğünün işyeri düzeyiyle sınırlı olacağına ilişkin İş Hukukumuzda kanuni mecburiyet yer almamaktadır. Borcun teorik kaynaklarından da böyle bir zorunluluğa ulaşmak mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla Türk hukuk sistemi yönünden eşit davranma yükümlülüğü, işletme seviyesinde geçerliliği bulunan borçtur<sup>41</sup>.

Kanaatimizce de eşit davranma borcunun yer bakımından uygulanma kapsamı belirlenirken işyeri ve işletme gibi organizasyon yapılarından ziyade öncelikle yapılan iş ve çalışma koşullarının göz önüne alınmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

### 1.2.2. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Mevcudiyeti

Bir diğer şart ise aralarında mukayese yapılabilecek bir işçi topluluğunun (en az iki işçi) varlığıdır. Ancak bu durumda bir işçiye diğerinden farklı davranıldığı iddia edilebilir<sup>42</sup>.

İşverene ait “eşit davranma borcu”, kendisine sözleşmeyle bağlanan çalışanlar bakımından söz konusudur<sup>43</sup>. Diğer bir ifadeyle, işyerinde iş sözleşmesiyle çalışmayanlar (işyerinde bulunması iş sözleşmesine dayanmayanlar), geçici iş ilişkisiyle işyerinde çalışan işçiler ve alt işverenin işçileri, kanun aksi yönde bir hüküm öngörmediği sürece eşit davranma borcuna konu olmayacaktır<sup>44</sup>. Bununla beraber, geçici sözleşmeyle gönderilen çalışan, makul ve objektif bir sebep bulunmadıkça, gönderen işverenin uygulamaları bakımından işyerinde iş görmeye devam eden işçilerden farklı bir işleme tabi tutulamaz<sup>45</sup>. Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da alt işverenlik ilişkisinde muvazaalı bir işlem söz konusu ise alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin de asıl işverenin işçisi sayılarak eşit davranma borcuna bu işçiler bakımından da uyulması gerektiğidir<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Kübra Doğan Yenisey, **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, (İşyeri ve İşletme), ss. 102-106.

<sup>42</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 149.

<sup>43</sup> Yıldız, s. 185.

<sup>44</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 732; Yuvalı, s. 58.

<sup>45</sup> Baysal, s. 68.

<sup>46</sup> Yuvalı, ss. 58-59; Baysal, ss. 68-69. Aynı doğrultudaki kararlar için bkz. Y.22.HD, 26.02.2018, E.2017/11180, K.2018/4767; Y.9.HD, 04.03.2011, E.2010/49665, K.2011/5998; Y.9.HD, 27.03.2006,



Kamuya ait işyerlerinde ortaya çıkabilecek bir sorun ise, işyerinde var olan bir işçi topluluğunun yanında memurların da bulunmasıdır. Böyle bir durumda, memur kadrosundakilerle işçi kadrosunda bulunan kişilerin karşılaştırılarak eşit davranma borcunun içeriğinin belirlenmesi teknik olarak mümkün değildir<sup>47</sup>.

Bununla beraber bazı durumlar bu kurala istisna teşkil edebilir. İşyerinde tek bir işçi dahi olsa yine de işverenin ayrımcılık içeren davranışı söz konusu olabileceğinden bu ilkenin mutlak olarak uygulanamayacağını düşünmekteyiz<sup>48</sup>. Örnek olarak, işyerindeki tek çalışanın cinsel seçiminin fark edilmesinin akabinde sözleşmenin “*cinsel tercih sebebiyle*” sona erdirilmesi, şüphesiz ki söz konusu yasağa aykırılık oluşturacaktır<sup>49</sup>. Böylece çekirdek alanı ayrımcılık yasağı olan eşit davranma ilkesinin ihlali gündeme gelecektir.

### 1.2.3. Kolektif Bir Uygulamada Bulunulması

Öğretide bir görüşe göre, ancak işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren (genele yayılan), hukuken kolektif nitelikteki uygulama söz konusu olduğunda eşit davranma borcunun doğduğu kabul edilmiştir. Kolektif nitelikteki bir kural; genel, soyut ve objektif nitelikteki kurallardır. Bu itibarla eşit davranma borcunun ihlali için, işverenin bir veya bir kısım işçiye söz konusu kolektif kuralı veya davranışı uygulamaması gerekmektedir. Bu görüşe göre işverenin işçilerine ikramiye dağıtırken bazı işçilerini bu uygulamanın dışında tutması eşit davranma ilkesinin ihlaline yol açar. Diğer yandan, işverenin münferit ve bireysel nitelikteki işlem ve uygulamalarında, örneğin bir veya birkaç işçinin çalışkanlığı sebebiyle

---

E.2006/4860, K.2006/7479. Diğer bir kararıdaysa Yargıtay konuyu şöyle özetlemektedir: “...*Asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı eşit işlem yapma borcu bulunmamaktadır. Alt işverenin işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından alt işverenin işçileri, eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak asıl işverenden herhangi bir talepte bulunamazlar. Eğer bu ilişki muvazaaya dayanıyorsa kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçileri başlangıçtan beri asıl işverenin işçiler sayılacağından, işçiler eşit işlem yapma borcuna dayalı olarak da asıl işverenden yasal haklarını talep edebileceklerdir...*” Y.9.HD, 28.02.2011, E.2010/23498, K.2011/5236, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>47</sup> Yıldız, ss. 185-186; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 149; Yuvalı, s. 59; Baysal, s. 69. Aynı doğrultuda bir karar için bkz. Y.9.HD, 29.01.2007, E.2006/17010, K.2007/955, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>48</sup> Ercan Akyiğit, **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 314; Gülsevil Alpagut, **İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2005**, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Ankara, 2007, s. 94.

<sup>49</sup> Yıldız, s. 186; Ertürk ve Gürsel, ss. 432-433.

ödüllendirilmesi durumunda, sözleşme özgürlüğü ilkesi esas alınarak eşit davranma borcunun ihlali söz konusu olmayacaktır<sup>50</sup>.

Öğretideki diğer görüşe göre ise işverenin münferit bir işlemi ile bazı işçilere farklı uygulamada bulunulmasında bile bunu haklı kılacak nedenlerin (verimi, çalışkanlığı vb.) varlığı aranmalıdır. Dolayısıyla işverenin eşit davranma borcunun doğumu için mutlaka toplu nitelik taşıyan bir uygulama yapılması gerekmemektedir<sup>51</sup>.

İlk görüşe göre bu ilke, kimi çalışanların diğer çalışanlara nazaran olumsuz şartlara indirilmesini men eder. Bununla beraber çalışanların diğerlerine göre daha pozitif imkânlarla sahip olmasını engellemez. Buna ilişkin gerekçe ise kimi çalışanların daha olumlu şartlara kavuşturulmasının diğerlerini menfi seviyeye indirme manasına gelmeyecek olmasıdır. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Eşit davranma ilkesinin bazı işçileri diğerlerinden daha iyi duruma getirmeyi engellemeyeceği düşüncesine herhangi bir itirazımız olmamakla birlikte, işverenin işçileri arasındaki farklı yöndeki uygulamasını haklılaştıracak objektif bir sebep bulunmaksızın bazı işçilerini daha iyi duruma getirmesinin, mutlak manada olmasa da göreceli olarak diğer işçileri daha kötü duruma düşüreceği aşıkardır. Hemen ifade etmek gerekir ki, işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bazı işçilerine daha fazla imkan tanınmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bununla beraber bu farklılığın keyfiliğe değil dürüstlük ilkesine aykırılık oluşturmayacak şekilde objektif haklı nedenlere dayanması gerekmektedir. İşverenin bu farklılığı açıklama yükümlülüğü bulunmalıdır. Örneğin farklı uygulamaya tabi tutulan işçilerin farklı konumda oldukları veya farklılığın objektif sebebe dayandığı (performans vb.) yönündeki argümanların ortaya konulması gerekir<sup>52</sup>.

Aksi bir kabulde, işveren tarafından hiçbir haklı gerekçe olmaksızın, aynı işi aynı verimle yapan, aynı niteliklere sahip olan işçiler arasından bazılarını daha fazla oranda zam uygulanması durumunda; aynı özelliklere sahip diğer işçilerin de,

<sup>50</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 149-150; Mollamahmutoğlu vd. ss. 733-734; Kaya, s. 158.

<sup>51</sup> Yıldız, ss. 186-188; Ertürk ve Gürsel, ss. 433-434; Sever, ss. 45-46.

<sup>52</sup> Fransız Yargıtayı'na göre işçinin hukuki statüsü bile oluşturulan farklılıkların meşrulaştırılmasına başlı başına gerekçe oluşturamaz. Söz konusu karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem Özdemir, Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:33, ss. 49-50, dipnot:12-13.

işverenin eşit davranma borcuna dayanarak söz konusu zam oranını talep edemeyeceği sonucuna ulaşılır ki<sup>53</sup> bu durum, temel hukuki dayanağını anayasadaki eşitlik ilkesinden alan eşit davranma ilkesinin ruhuna ve amacına aykırı olduğu gibi adalet ve hakkaniyet esaslarına da aykırıdır. Farklı bir siyasal görüş ya da etnik kökene sahip işçinin ücret zammı uygulamasının dışında bırakılması örneğinde de durum aynıdır.

Benzer durum, işverenin vereceği disiplin cezaları için de geçerlidir. Nitekim yönetim hakkı kullanılırken söz konusu ilkeye uygun hareket edilmelidir. Örneğin, işin dağıtımını, çeşitli yasaklar, giriş-çıkış kontrolleri gibi konularda işveren haklı nedenlere sahip olmadıkça ayırım yapamamalıdır. Aksi durum, hakkın kötüye kullanımı ve ayrımcılık yasağı olasılıklarını gündeme getirecektir<sup>54</sup>.

#### 1.2.4. Uygulama Bir ya da Bir Kısım İşçinin Aleyhine Olmalı

Çalışanlara menfaat tesis etmek amacıyla düzenleme yapılması ya da davranışta bulunulması durumunda, bazı çalışanlar haklı bir neden olmaksızın (keyfi bir şekilde) bu kuralın veya davranışın dışında bırakılmamalı, kural veya davranışa muhatap olanlardan daha kötü bir duruma düşürülmemelidir. Aksi durum, eşit davranma ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Eşit davranma ilkesinin ihlali için belirli sayıdaki çalışanın olumsuz anlamda etkilenmiş olmasının mecburiyeti bulunmamaktadır. Sadece bir çalışan dahi diğerlerine kıyasla negatif davranışa muhatap tutulduğunda, işçi çalıştıran söz konusu farklılığı objektif olarak

<sup>53</sup> "...Davalı işverenin 2011 yılında işçileri yaptıkları işlere göre gruplandığı ve aldığı ücret miktarlarını da dikkate alarak işçilere farklı oranlarda zam uyguladığı, bazı gruplara ise hiçbir zam uygulamadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu uygulamada davacı ayrı bir grupta değerlendirilmiş ve bu gruba herhangi bir zam verilmemiştir. Davalı işyerinde aynı ünvanda çalışan ...' a zam uyguladığı ileri sürülmüşse de, yukarıda açıklandığı üzere davacı ile bu işçinin yaptıkları işlerin kapsamı ile sorumluluklarının aynı olmadığı açıktır. Davacı ile aynı grupta olup da zam verilen başka bir işçinin bulunduğu da ortaya konulmuş değildir. Belirtilen sebeplerle; işverence 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki mutlak ayırım yasaklarına aykırı hareket edilmediği ve Kanun'da düzenlenen ayrımcılık tazminatına hak kazanma şartlarının somut olayda oluşmadığı anlaşıldığından..." Y.22.HD, 19.4.2018, E.2018/1633, K.2018/9113; "...Aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmamalıdır. İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir..." Y.9.HD, 05.02.2018, E.2017/1905, K.2018/1595; Haklı ve makul bir neden bulunmadıkça işverenin aynı durumda bulunan işçilerine farklı oranlarda zam yapmasının eşit davranma ilkesini ihlal edeceğine ilişkin diğer Yargıtay kararları için bkz. Y.9.HD, 09.02.2004, E.2004/12524, K.2004/1674; Y.9.HD, 03.04.2000, E.2000/1034, K.2000/4713, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>54</sup> Baysal, ss. 67-68; Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, ss. 86-88.

haklılaştıramadığı takdirde işverenin genel anlamda eşitlik ilkesine aykırı davrandığı kabul edilmelidir<sup>55</sup>.

Bu koşulda esas olan, keyfi bir işleme bir veya birden fazla işçinin diğerlerinden daha kötü bir duruma sokulmasıdır. Rasyonel temelden yoksun ya da amaç-araç ilişkisinde orantısızlığın mevcut olduğu işlemler keyfidir. Bu duruma örnek olarak, işverenin iştirak edilmesi zorunlu olmayan şirket etkinliklerine katılmayan işçisinin şirkete bağlılığından kuşku duyarak bu nedenle ikramiyesini kesmesi verilebilir<sup>56</sup>.

Son olarak, işverenin aleyhe durum oluşturan kural ya da işlemi yasal zorunluluktan kaynaklanıyorsa bu durumda eşit davranma borcundan söz edilemeyecektir.

### **1.2.5. Aynı Zaman Dilimi İçinde Yer Alma (Zamanda Birlik)**

Eşit davranma ilkesine aykırılığının tespitinde kural olarak benzer tarih aralıklarında gerçekleştirilmiş işveren uygulamaları, mukayeseye temel alınmalıdır<sup>57</sup>. Karşılaştırma esnasında, eski tarihli uygulamalar, güncel uygulamalar için kıstas alınmamalıdır<sup>58</sup>.

Bu hususta, aynı zaman dilimi kavramından ne anlaşılması gerektiği, inceleme konusu yapılmalıdır. Doktrinde ileri sürülen ve katıldığımız görüşe göre söz konusu husus sadece aynı günü veya haftayı içerecek şekilde sınırlı yorumlanmamalıdır. İşyerindeki mukayese edilebilir niteliğe sahip işçilerin iş şartlarının benzer kapsamda olduğu müddette gerçekleştirilen uygulamalar “*aynı zaman dilimi içinde*” değerlendirilmelidir. Nitekim benzer iş şartları çerçevesinde çalışan, benzer nitelikteki işleri benzer performansla gerçekleştiren, şahsi nitelikleri yönünden benzer işçilere eşit davranılması gerekmektedir<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Yıldız, s. 192; Sever, s. 47; Baysal, s. 69.

<sup>56</sup> Baysal, s. 69; Yuvalı, ss. 67-68.

<sup>57</sup> “...Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, **zamanda birlik** ve iş sözleşmesiyle çalışmak şartları gerekmektedir...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.03.2018 tarihli ve E. 2015/22-1621, K. 2018/484 sayılı kararı. Buna ilişkin diğer bir Yargıtay kararı için bkz. Y.9.HD, 11.03.2002, E.2002/18348, K.2002/3479, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>58</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 150; Yıldız, s. 189; Sever, s. 46.

<sup>59</sup> Yıldız, s. 190-191; Ertürk ve Gürsel, s. 433-434; Yüksel, s. 64. Bu görüşü destekleyen diğer kararlar için bkz. Y.22.HD, 12.10.2017, E.2017/41342, K.2017/21527; Y.9.HD, 04.06.2001, E.2001/9131,

Bu koşula dair Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu bir karara ilişkin olayda bir kadın işçi kendisiyle aynı işte çalışan bir erkek işçiden daha az ücret aldığını ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmiştir. Buna karşılık mahkeme, arada zaman farkı olduğunu ve geçen sure içerisinde ekonomik durumun veya şirketin gelirlerinde bir değişim yaşanmış olduğunu belirterek ayrımcılık yapıldığı iddiasını reddetmiştir<sup>60</sup>.

### 1.2.6. İşveren ile İşçi Arasında İş İlişkisinin Bulunması

Eşit davranma yukmllğ kural olarak, iki taraf arasındaki hukuki ilişkinin mevcudiyeti halinde ortaya çıkacaktır<sup>61</sup>. Nitekim bu husus, 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki 5'inci maddede sarıh bir biçimde ifade edilmiştir.

Daha alışma ilişkisi kurulmamış veya sözleşme ilişkisi bitmiş kişilere karşı işverenin söz konusu yukmllğ kural olarak doğmayacaktır. Diğer yandan ayrımcılık yasakları için durum farklıdır. Bu yasaklar, çalışma ilişkisinin kurulmasından önceki aşamada dahi geçerlidir. Mutlak ayırım yasaklarının mevcudiyetinde artık sözleşmenin kurulup kurulmamasının bir önemi kalmayacaktır<sup>62</sup>. Dolayısıyla bir işçi, işe alınma sürecinde; dil, din ırk, cinsiyet ve siyasi görüş gibi ayrımcılık yasakları kapsamındaki bir nedenden ötürü farklı muameleye tabi tutulursa, taraflar arasında henüz iş ilişkisi kurulmamış da olsa erit davranma yukmllğne aykırılık bahse konu olacaktır.

Bu kuralın bir diğer istisnası da iş sözleşmesinin feshedildiği esnada çalışma yerindeki herhangi uygulamanın (ikramiye verilmesinde olduğu gibi) sözleşmesi biten çalışanın evvelki görevlerini ilgilendirmesi durumunda söz konusu olur. Nitekim bahse konu çalışan da erit davranma ilkesinin ihlalini gerekçe göstererek

---

K.2001/9265; Y.9.HD, 13.06.2005, E.2005/18241, K.2005/21007, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

<sup>60</sup> Macarths Ltd. v. Wendy Smith, 27.3.1980, C-129/79, ECR, 1980, 1275; Brian Bercusson, **European Labour Law**, Butterworths, 1996, s. 177'den aktaran Yuvalı, s. 67. Bu karara ilişkin eleştiriler için bkz. Yıldız, ss. 191-192.

<sup>61</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 151; Yıldız, s. 92; Yüksel, s. 63.

<sup>62</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 29; Ertürk ve Grsel, s. 433; Baysal, s. 65; Sever, s. 47.

talepte bulunabilecektir. Bu durum, söz konusu borcun önceye etkisi olarak ifade edilmektedir<sup>63</sup>.

İşverenin yeni istihdam ettiği bir işçisine yönelik sorumlu olduğu bu borç, iş sözleşmesinin başlamış olduğu tarihten sonrasında sınırlı olduğundan söz konusu işçi, hukuki ilişkiden önceki dönemdeki kolektif niteliği haiz işveren işlemleriyle ilintili olarak bu borca uyulmasını talep edemez<sup>64</sup>. Diğer yandan, sözleşme feshinin akabinde, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunmayacağına ilişkin kuralın istisnası da usulsüz fesihlerdir<sup>65</sup>.

İşveren ile işçinin kişisel ilişkilerinden kaynaklanan ve işyeri, işletme ya da iş ilişkisi ile ilgili olmayan uygulamalar, eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilmez. İşverenin bir işçisinin düğününde takı takması, bazılarını evinde yemeğe davet etmesi gibi durumlar buna örnek olarak verilebilir<sup>66</sup>.

Son olarak, alt işveren çalışanlarıyla asıl işverenin çalışanları arasında sözleşme ilişkisi olmadığından bu çalışanların, eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin asıl işverene karşı talep hakları bulunmamaktadır. Meğerki asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaaya dayanıyor olmasın<sup>67</sup>.

### 1.3. İŞE ALMADA EŞİT DAVRANMA BORCU

Sözleşmenin kurulması esnasında işverenin eşit davranma yükümlülüğüne dair öğretilerde çeşitli görüşler ve bu görüşlerin dayanağı olarak farklı esaslar öne sürülmektedir.

İşe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmadığını savunan görüşe<sup>68</sup> göre işe alma sürecinde hangi işçinin tercih edileceğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bu görüşü benimseyenlerin temel argümanlarından birisi, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olan sözleşme özgürlüğü ilkesi olup bu durum anayasa ile

<sup>63</sup> Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:30-31, Yıl:2014, s. 14.

<sup>64</sup> Yuvalı, s. 64.

<sup>65</sup> Bu kuralın diğer istisnaları 6356 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 25/2-3 fıkraları ile 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanun'un 14/2 fıkrasında belirtilmiş olup bunlara ilaveten mutlak ayrımcılık yasakları da bu kapsamda söz konusu kuralın istisnasını teşkil etmektedir.

<sup>66</sup> Yıldız, s. 192; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 29.

<sup>67</sup> Yıldız, s. 193.

<sup>68</sup> Ertürk, s. 64; Ertürk ve Gürsel, s. 438; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 34; Ayrıca, Tuncay'a göre işe alma sürecinde ayrımcılığa dair yasağı, yalnızca cinsiyet ile sınırlamayı mutlak ayrımcılık addedilen bütün durumlarda uygulamak gerekir.

güvence altına alınmıştır. Bir diğer argüman ise işveren-işçi arasında bir hizmet sözleşmesi ilişkisinin (bir başka ifadeyle hukuki ilişki) henüz kurulmamış olmasıdır. Nitekim, eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için prensip itibarıyla iki taraf arasındaki hukuki ilişkinin mevcudiyeti gerekmektedir ki ortada böyle münasebet bulunmadan söz konusu yükümlülüğün doğduğu iddia edilemeyecektir.

İş Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesinin yer aldığı 5. maddenin 1. fıkrasında da bu görüşü destekler nitelikte '*iş ilişkisinde*' ayırım yapılamayacağı vurgulandığı görülmektedir. Yine benzer şekilde aynı maddenin 6'ncı fıkrasındaki "*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*" ifadesi kullanılarak işe alma sürecinin hükmün kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir. Nitekim '*iş ilişkisi*' ibaresi, iş ilişkisinin kurulmasından sonrasını işaret eden anlama sahip olduğundan bu ilişki kurulmadan evvelsini kapsamamaktadır. Her ne kadar bu sonuç, söz konusu hükmün gerekçesine aykırı olsa da<sup>69</sup> lafzi yorumun sınırlarında kalmaktan başka çare olmadığı görülmektedir.

Diğer yandan, İş mevzuatında ve diğer mevzuatlarda yer alan bazı düzenlemelerin iş ilişkisi kurulurken ayrımcılık yapılmasını yasakladığı görülmektedir. Örneğin; İş K. m.5/3'te "*biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak işveren tarafından farklı işlem uygulanamayacağı*" düzenlenmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki 25. maddenin 1. fıkrasında yine buna yakın bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; "*işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.*"<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> "*İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslararası hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.*" cümlesiyle başlayan İş Kanunu'nun 5. maddesinin gerekçesi, yapılan düzenlemelerin bu müktesebatlara uygun olması gerektiği düşüncesiyle devam etmektedir.

<sup>70</sup> Serkan Odaman ve Eda Karaçöp, "Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu madde (m.) 29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:6, Sayı:23, 2011, s. 188.

Ayrıca 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun<sup>71</sup> m. 14/2’de de engellilerin işçi olarak alınmasında eşit davranma ilkesinin uygulanmasına ilişkin zorunluluk şu şekilde ifade edilmektedir: *“İşe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.”*

Son olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>72</sup> madde 122 kapsamında işverenin işe alırken ayrımcılık uygulaması, suç olarak düzenlenerek cezai müeyyideye bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre; *“dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan sebeplerle ayrımcılık yaparak bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Hüküm dikkatle incelendiğinde, ayrımcılık yapılması yasaklanan sebeplerin sayma yoluyla (tahdidi olarak) belirlendiği görülmektedir. Buna göre sadece söz konusu hüküm kapsamında yer alan (maddede sayılan) durumlara ilişkin işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu görülmektedir.

Tüm bu düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>73</sup> cinsiyet, gebelik, özürlülük ve sendikal nedenlerle ya da dil, ırk, milliyet, din, mezhep gibi farklılıklardan kaynaklanan sebeplerle ayrımcılık yapılamayacağını düzenleme altına alan mezkûr maddeler, iş ilişkisinin kurulmasında ayrımcılık yapılabileceğine ilişkin prensibin istisnasından ziyade, buna ilişkin zaten mevcut bulunan ayrımcılık yasaklarının farklı kanunlardaki hususi düzenlemelerini ifade etmektedir. Sonuç olarak, işverenin çalışma ilişkisi kurulmadan önce de mutlak ayrımcılık yasaklarına riayet etmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bununla beraber İş K. m. 5/6’da öngörülen *“ayrımcılık tazminatı”* sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonraki süreçte uygulanabileceğinden, işe alma esnasında

---

<sup>71</sup> Resmi Gazete (07.07.2005 Tarih ve 25868 Sayılı),  
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf>, (01.03.2018).

<sup>72</sup> Resmi Gazete (12.10.2004 Tarih ve 25611 Sayılı),  
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, (01.03.2018).

<sup>73</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 28; Sever, s. 59-60; Ertürk ve Gürsel, ss. 438-439;



yapılan ayrımcılığa ilişkin İş Kanunu'nda herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır<sup>74</sup>. Doktrinde de iş ilişkisinin kurulmasında meydana gelebilecek ayrımcılık durumunda uygulanması gereken tazminata ilişkin genel hükümlerdeki “*culpa in contrahendo*” sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir<sup>75</sup>.

#### 1.4. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMINDA EŞİT DAVRANMA BORCU

İş ilişkisi, iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar olan süreci ifade etmektedir ki bu süreçte işveren eşit davranma yükümlülüğüne muvafık davranmakla yükümlüdür. Sözleşme ilişkisi içerisinde, işverenin yönetim hakkı veya disiplin hükümleri kapsamındaki birtakım uygulamaları söz konusu olmaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, haklı ve objektif nedenler bulunmadıkça, işverenin yönetim hakkı ve disiplin hükümleri ile ilgili olarak işçilerine eşit davranması gerekmektedir. Örneğin; faklı muamele yapmayı gerektirecek bir durum olmaksızın, işyerinde aynı seviye ve durumda olan işçilerin bazılarının üstleri aranırken bazılarının üstlerinin aranmaması, yönetim hakkı bakımından işverenin eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmesine sebebiyet verir. Diğer yandan farklı muamele yapmayı gerektirecek haklı bir gerekçenin var olduğu durumlarda varacağımız sonuç değişecektir. Örneğin, taşımacılık yapan bir kuruluşta, araçları kullanan işçiler için alkol testi yapılırken diğerleri için böyle bir uygulama yapılmaması, eşit davranma ilkesinin ihlalini oluşturmaz. Nitekim bu örnekte, iş güvenliği gibi haklı bir gerekçe mevcuttur. Araç kullanan işçiler, iş güvenliği kapsamında (objektif kriter) söz konusu teste tabi tutulmaktadırlar<sup>76</sup>.

İş ilişkisinin devamı sürecinde eşit davranma ilkesinin gündeme gelebileceği bir diğer durum da ‘sosyal yardımlar’dır. Sosyal yardımlar, işverenin belli dönem ya da amaçlarla (yardım etme, ödüllendirme, özendirme vb.) ve kendi iradesiyle işçilerine temin ettiği parasal yardımlardır. Örneğin; ikramiye, prim, emeklilik, çocuk, evlenme, doğum, bayram, yemek ve yakacak yardımları, sosyal yardım olarak

---

<sup>74</sup> Tuncay’a göre bu durumda henüz iş ilişkisi kurulmadığından sendikal tazminat da söz konusu olamaz.

<sup>75</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 28; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, ss. 34-35; Yüksel, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 145.

<sup>76</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 30; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 28; Ertürk ve Gürsel, ss. 440-441; Sevimli, s. 88

değerlendirilmektedir. Kural olarak işveren, bu yardımları yapacağı işçilerini belirlerken eşit davranma borcu altındadır. Bununla beraber işçilerin, bir takım objektif kriterler belirlenerek, bazı özelliklerine göre gruplanması halinde, bu gruplar arasında farklı uygulamalar söz konusu olabilir. Yeter ki işveren, bu grupları oluştururken keyfi davranmasın ve farklı gruplar oluşturmak için meşru gerekçelere sahip olsun. Örneğin; işveren çocuk parasını sadece birden fazla çocuğa sahip işçilerine verebilir, ya da ikramiye ve primi sadece ağır işte çalışan işçilere, ya da nitelikli/uzman işçilere, belirli bir yaşa veya kıdeme ulaşanlara, o ay içinde başarı gösterenlere verebilir<sup>77</sup>.

İş ilişkisinin devamı sürecinde eşit davranma ilkesinin gözetilmesi gereken hususlardan bir diğeri de işçilere ödenen ücretlere ilişkindir. Daha önceden de belirtildiği üzere, eşit davranma borcu, eşit durumda bulunan işçilere yönelik bir yükümlülüktür. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, farklı durum ve şartlarda bulunan işçilere de farklı davranmak şüphesiz ki, eşit davranma ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla ücretler konusunda da eğer haklı gerekçeler mevcutsa, işverenin farklı uygulamalarda bulunarak işçilere ödemiş olduğu ücretlerde farklılık oluşturması mümkündür. Bu itibarla farklı niteliklere sahip işçilere farklı, aynı ya da benzer niteliklere sahip işçilere de aynı ya da benzer ücret ödenmesi, aynı zamanda eşit davranma ilkesinin uygulamasını oluşturmaktadır. Nitekim bu husus ücret zamları bakımından da farksızdır. İşveren, işçileri arasında oluşturacağı ücret zammı farklılıklarını, haklı ve objektif esaslara (başarı ve liyakat gibi) dayandırmalıdır<sup>78</sup>. Aksi durum, eşit davranma ilkesinin ihlalini doğuracaktır<sup>79</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesindeki ücrete, ikramiyeye, prime ilişkin hükümler, işverenin bu yükümlülüğüne ilişkin istisnaları oluşturmaktadır. Nitekim bu husus, 6356 sayılı Kanun m. 25/2'de sarih bir şekilde ifade edilmiştir<sup>80</sup>. Bu hüküm uyarınca toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçilerle

<sup>77</sup> Sever, s. 50; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 28-29; Ertürk ve Gürsel, s. 441;

<sup>78</sup> Nitekim Yargıtay, diğer çalışanların ücretine zam yapıldığı halde kendisine zam yapılmadığı gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı talebinde bulunan davacıya ilişkin, söz konusu işçinin ücret zammı yapılan diğer işçilerle aynı kategori içinde değerlendirilmeyeceğinden bahisle emsal işçi olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek işçinin ayrımcılık tazminatı talebini reddetmiştir. Y.22.HD, 19.4.2018, E.2018/1633, K.2018/9113, <http://www.kazanci.com>, (28.09.2018).

<sup>79</sup> Ertürk, ss. 102-105; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 29; Ertürk ve Gürsel, s. 441;

<sup>80</sup> Söz konusu hüküm, şu şekildedir: “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son

bu kapsama girmeyen işçiler arasında oluşacak farklılık, eşit davranma ilkesinin ihlalini oluşturmayacaktır. Bu durum, sadece toplu sözleşmedeki parasal konulara ilişkindir. Bu itibarla, parasal konulara ilişkin olmayan, örneğin; iş sürelerine, işverenin yönetim hakkına, disiplin cezalarına, iş akdinin feshine, “*iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri*” eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacak şekilde söz konusu sendika üyesi olmayan çalışanlara da aynı şekilde uygulanır<sup>81</sup>.



---

*verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.”*

<sup>81</sup> Sever, s. 52; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 29.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCU

#### 2.1. GENEL OLARAK

Ayrımcılık tazminatı talebinin kötüniyet ve iş güvencesi tazminatı talepleriyle yarışabilmesi ancak iş sözleşmesinin hukuka aykırı bir şekilde işveren tarafından feshedilmesi sonucu ortaya çıkabileceğinden, çalışmamızın bu bölümünde iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna ilişkin ayrı bir bölüm oluşturma ihtiyacı doğmuştur. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bu konuya ilişkin öğretilerde çok farklı görüşler bulunmaktadır. Aynı durum yargı kararlarında da kendini göstermektedir.

Öğretilerde bir grup yazara göre iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde prensip olarak eşit davranma yükümlülüğünden bahsedilemez<sup>82</sup>. Diğer yandan mezkûr görüşün yumuşatılmış halini öne süren bazı görüşler, sözleşme serbestliği ilkesinin istisnalarının olabileceğini, örneğin fesih hakkının kötüniyetle kullanılmasının bunlardan biri olduğu savunmaktadır<sup>83</sup>. Bir diğer yandan bazı yazarlarca da sözleşmenin feshedilmesinde eşit davranma yükümlülüğünün geçerliliğini koruduğu ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Öncelikle bu görüşler ve dayandıkları hukuki gerekçeler

<sup>82</sup> Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Tuncay Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 207, dipnot: 226.

<sup>83</sup> Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981, s. 83; Murat Demircioğlu, Tankut Centel, **İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 123; Erdem Özdemir, “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:5, 2005, s. 258; Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, İzmir, 2005, (İş Hukuku-Kitap) ss. 126-127; Fatih Uşan, “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?”, **Legal İSGHD**, 2005, Cilt:2, Sayı:8, ss. 1630-1631; Kübra Doğan Yenisey, “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2006, (Fesihte Eşit Davranma Borcu), ss. 62-65; Şahin Çil, “Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:6, s. 675; Şahin Çil, “Geçerli Nedene Dayanan Fesihte İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi (Legal YKİD)**, Sayı:5, 2007, (Fesihte Eşit Davranma Borcu), ss. 304-306, Mollamahmutoğlu vd. s. 727; (Çil ve Mollamahmutoğlu, işverenin fesihte eşit davranma borcunun, ayırım yasağının mutlak olduğu sebeplerle sınırlı olduğunu savunmaktadır.) Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, 20.Baskı, İstanbul, 2007, (İş Hukuku-Kitap) s. 179; Nuri Çelik, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, 2006, (Fesihte Eşit Davranma-Makale) ss. 5-6; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Emine Tuncay Senyen-Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2015, s. 181.

<sup>84</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 213-217; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, ss. 32-33; Süzek, İş Hukuku, ss. 502-507; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 30-32; Ertürk, ss. 110-112; Yıldız, ss. 294-299; Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 70; Akıyigit, ss. 292, 315; E. Murat Engin, **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 112;

belirtildikten sonra konuya ilişkin Yargıtay kararları da ele alınarak iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma ilkesine ilişkin savunduğumuz görüş ortaya konulacaktır<sup>85</sup>.

## 2.2. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EŞİT DAVRANMA BORCUNUN MEVCUDİYETİ SORUNU

### 2.2.1. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcunun Bulunmadığını İleri Süren Görüş

Bu görüşü savunan yazarlar arasında görüş birliği olduğunu söylemek oldukça güçtür. Buna göre; bazı görüşler, sözleşmenin feshedilmesinde eşit davranma borcunun mutlak olarak bulunmadığını savunurken bir kısım yazarlar ise sadece ayırım yasakları haricindeki durumlarda söz konusu borçtan bahsedilebileceğini ifade etmektedir. Yine bir kısım yazarlara göre ise fesihte eşit davranma ilkesinin uygulanıp uygulanmamasında feshin niteliği (olağan-olağanüstü, süreli-süresiz) ve işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.

İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun mutlak olarak bulunmadığını savunan görüşü benimseyenler; fesih hakkının kullanılmasının tamamen işverenin istek ve iradesine bırakılmış yenilik doğurucu bir hak olmasından hareketle, bu hakkın kullanılmasının herhangi bir şarta bağlı tutulamayacağını ancak işveren tarafından fesih yetkisi önceden kendisi tarafından sınırlandırılmışsa eşit davranma borcunun doğabileceğini ifade etmişlerdir<sup>86</sup>.

---

Baysal s. 80; Durmuş Özcan, **İş Hukukunda İşçilik Alacakları**, Adalet Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2016, (İşçilik Alacakları) s. 190; Seda Tanyeliler, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, (Yayınlanmamış Tezsiz Yüksek Lisans Projesi) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, ss. 73-74; Ertürk ve Gürsel, s. 445; Veli Karagöz, "İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı", **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (EÜSBED)**, Cilt:5, Sayı:1, 2012, s. 65; Kaya, s. 164; Sever, ss. 58-59.

<sup>85</sup> Ayrıca, Almanya'da iş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin eşit davranma borcuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hediye Ergin, "Almanya'da 'Genel Eşit Davranma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri", **Legal İSGHD**, Sayı:14, 2007, ss. 661-662.

<sup>86</sup> Yenisey, Fesihte Eşit Davranma Borcu, s. 61. Bu görüş aynı zamanda Alman öğretisinde klasik görüş olarak nitelendirilen çoğunluk görüşüdür. Ayrıca, bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 207-209.

Mezkûr görüşü savunanlar, bildirimli ve bildirimsiz feshi ayrı ayrı ele alarak eşit davranma borcunun fesih alanında uygulanmayacağını ifade etmişlerdir. Buna göre sözleşmenin feshedilmesinde eşit davranma yükümlülüğünün olmadığını ifade eden bazı yazarlar, süreli (olağan) fesihte eşit davranma ilkesinin ancak toplu bir uygulamanın (kolektif nitelikli bir feshin) yapıldığı durumlarda söz konusu olabileceğinden<sup>87</sup> bahisle bireysel nitelikteki (sadece bir işçiyi ilgilendiren) fesihlerde eşit davranma ilkesinin uygulanmasının mümkün olamayacağını dile getirmektedir<sup>88</sup>. Bununla beraber bazı yazarlara göre birden fazla işçinin toplu olarak iş sözleşmelerinin süreli feshinde dahi işveren eşit davranma borcu altında bulunmayacaktır<sup>89</sup>.

Başka bir görüş ise iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde mezkûr borcun mutlak manaya gelmediğini belirterek söze konu borcun ayırım yasağının mutlak olduğu sebeplerle sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Bu itibarla, İş Kanunu'nun 18. maddesi ile 5. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen sebeplerin fesih için haklı ve geçerli bir neden olamayacağını dile getirmektedir<sup>90</sup>.

Yine bir başka görüş ise iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesine daha da ılımlı yaklaşarak ikili bir ayırım yapmış ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinde işverenin "*dil, ırk, renk, cinsiyet, gebelik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, sendikaya üyelik ve benzeri sebeplerle*" kötüniyetli olarak ayırimcılık yapamayacağını, bununla beraber bu ayırimcılık halleri dışında işverenin hangi işçisinin iş sözleşmesini sona erdirip ve hangilerini devam ettireceğini belirlemekte takdir yetkisinin bulunduğunu<sup>91</sup> ancak söz konusu farklılığı işçilerinin kişisel durumu

---

<sup>87</sup> Eşit davranma borcunun sadece kolektif nitelikteki uygulamalarda söz konusu olabileceğine dair görüşler için bkz. Çelik, Fesihte Eşit Davranma-Makale, s. 6; Yenisey, Fesihte Eşit Davranma Borcu, s. 62; Yuvalı, s. 237; Baysal, s. 78.

<sup>88</sup> Yıldız, s. 285.

<sup>89</sup> Demir, İş Hukuku-Kitap, ss. 126-127; Çelik, Fesihte Eşit Davranma-Makale, s. 6; Uşan, s. 1630; Aktay, Arıcı ve Kaplan, s. 161; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2007, s. 125. (İş sözleşmesinin feshinde işverenin kural olarak eşit davranma yükümlülüğü altında olmadığını savunan bu yazarlara göre işveren, benzer pozisyondaki işçilerin seçimine ilişkin fesih hakkının kötüye kullanılması hali hariç olmak üzere, iş sözleşmesinin geçerli sebeplerle süreli feshinde ve haklı nedenle derhal feshinde eşit davranmakla yükümlü değildir.)

<sup>90</sup> Mollamahmutoğlu vd. ss. 727-728.

<sup>91</sup> Ayrıca Baysal'a göre iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinde kaynaklanan nedenlerle feshedilmesi durumunda, feshe muhatap olacak işçilerin seçimine yönelik Toplu İş Sözleşmesinde genel kurallar veya bir sistem belirlenerek olası bir tartışmanın önüne geçilebilecektir. (Baysal, ss. 88-89.)

ve özellikleri gibi haklı ve geçerli nedenlere dayandırması gerektiğini dile getirerek<sup>92</sup> özetle, işverenin, objektif kriterleri ihlal eden ve subjektif ya da kötüniyetli bir biçimde kimi işçilerin iş sözleşmelerini feshedip, diğerlerininkini feshetmemesi halinde eşit davranma ilkesinin uygulama alanı bulacağını savunmuştur<sup>93</sup>.

Diğer yandan, haklı nedenle derhal fesih durumlarında, işverenin bu hakkını kullanıp kullanmamada serbest olduğu, ayrıca işçiler bakımından aynı sebebe dayanılarak bu hakkın kullanılmasında bile işçilerin oldukça fazla kıstas açısından mukayese edilebileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda, bildirimsiz fesih olanağı tanıyan bir davranışı birden fazla işçinin birlikte gerçekleştirmesine rağmen, bazı işçilerin kıdemi, çalışkanlığı, işyeri için önemi veya daha önce benzer davranışlarının tekerrür edip etmemesi gibi ölçütler işverence dikkate alınmak suretiyle söz konusu işçilerin davranışlarının affedilerek iş sözleşmelerinin feshedilmeyebileceği, ancak bunun diğer işçilerin iş sözleşmelerinin de feshedilemeyeceği anlamına gelmediği, zira haklı nedenle derhal fesih hakkından feragatin yani affın, işverenin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir hak ve bireysel bir işlem olduğu, bu sebeple de iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin eşit davranma ilkesine dayanamayacakları ileri sürülmektedir. Aynı şekilde ortaya çıkan haklı neden, tüm işçiler için geçerli olsa dahi işverenin bunlardan birini veya birkaçını işten çıkartmayabileceğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>94</sup>. Örneğin, işyerinde kavgaya karışan işçilerden bazılarının iş sözleşmesi feshedilebileceği gibi bazılarınınki feshedilmeyebilir meğer ki fesih hakkı kötüye kullanılmamış olsun<sup>95</sup>.

İş sözleşmesinin bildirimsiz sona erdirilmesinde, sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde serbest olduğunu savunan diğer görüş ise, aynı vakaya dâhil olan bazı işçilerin sözleşmelerini fesheden işverenin sonradan bu işçilerden bazılarını yeniden işe alması noktasında takdir hakkı olduğu, bu takdirde işe alınmayan işçinin eşit davranma ilkesine aykırılık iddiasında bulunamayacağından bahisle ilk andan

---

<sup>92</sup> Yenisey'e göre sözleşmenin feshinde eşit davranma ilkesi sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır. (Yenisey, Fesihte Eşit Davranma Borcu, s. 61.)

<sup>93</sup> Kübra Doğan Yenisey, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", **Legal İSGHD**, Sayı:7, 2005, (Metodoloji), s. 997; Yenisey, Fesihte Eşit Davranma Borcu, ss. 61-62. Ayrıca benzer yönde görüşe sahip Manav'a göre fesihte kural itibarıyla işveren tarafının eşit davranma yükümlülüğü olmamakla birlikte ayrımcılık yasalarına aykırı davranılmamalı ve dürüstlük kurallarına uygun hareket edilmelidir.

<sup>94</sup> Battal Şener, **İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 135; Ayrıca bu görüşteki yazarlar için bkz. Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 209; Yıldız, s. 249;

<sup>95</sup> Güven ve Aydın, s. 106.

itibaren sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı değerlendirilmektedir<sup>96</sup>.

Toparlayacak olursak, bu konudaki görüşe göre sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş ilişkisini kurma hakkı işverene verildiği gibi aynı şekilde bu ilişkiyi sonlandırma hakkının da işverende olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>97</sup>. Bununla beraber iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığını savunan yazarların bile genel olarak mutlak ayrımcılık yasaklarını ve kötüniyetli fesihleri<sup>98</sup> bu kapsamın dışında tuttukları görülmektedir. Bu itibarla, aslında bu yazarların iş sözleşmesinin feshinde sınırlı da olsa eşit davranma ilkesinin uygulanacağını kabul ettikleri görülmektedir.

### 2.2.2. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcunun Bulunduğunu İleri Süren Görüş

Sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit davranma borcunun bulunduğunu ileri süren görüş uyarınca eşitlik ilkesi, iş hukukunun tüm alanlarında kabul edilen ve uyulması gerekli bir ilkedir, dolayısıyla fesih durumu da bunun dışında değerlendirilemez<sup>99</sup>. İş mevzuatının işçiyi koruyucu özelliği uyarınca, ayrımcı işlemleri mazur gösterebilecek makul sebepler bulunmadıkça, işverenin iş sözleşmesini sona erdirirken keyfi kararlar veremeyeceği kabul edilmelidir<sup>100</sup>. Böylece işveren, haklı nedenlerin bulunması halinde işçilerine farklı davranabilecek, bu durum eşit davranma ilkesine aykırılık olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin

<sup>96</sup> Uşan, s. 1630; Aynı yönde görüşü bulunan yazarlar için bkz. Yıldız, ss. 249-250.

<sup>97</sup> Tanyeliler, s. 73.

<sup>98</sup> İşverenin fesih hakkını kötüye kullanmamasına ilişkin detaylı malumat hakkında bakınız; Eda Manav, **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, (Geçersiz Fesih), ss. 141-143.

<sup>99</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 30-32; Yıldız, s. 250; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 213; Ertürk, s. 112. Ayrıca Tuncay, işverenin ayırım yapmayı haklı kılan bir nedeni olmadıkça işçilerine eşit davranmakla yükümlü olduğunu kabul edildiğini belirterek fesih konusunun da bu kapsamın dışında tutulmasının tutarlı bir davranış olmayacağını, nitekim eşit davranma ilkesinin uygulama alanının bugüne kadar gösterdiği gelişme ve genişlemenin de bunu haklı kıldığını ifade etmiştir. (Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 213.)

<sup>100</sup> Onaran da benzer şekilde, eşit davranma ilkesinin, hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen genel bir hukuk ilkesi olduğunu belirterek söz konusu ilkenin yalnızca kamu hukukunda değil tüm hukuk alanında doğrudan geçerli olduğunu ifade etmiş ve bu sebeple işverenin yönetim hakkı kapsamındaki fesih kararının da eşit davranma ilkesinin denetiminde olması gerektiğini, dolayısıyla fesih yetkisinin temel hukuk ilkelerine aykırı olarak kullanılamayacağını belirtmiştir. (Melek Onaran Yüksel, **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, (Kadın-Erkek Eşitliği), ss. 223-224.)



yasadışı greve katılan işçilerden sendikalı olanların iş sözleşmesi feshedilmiş, bununla beraber diğerlerinin iş sözleşmeleri hiçbir haklı neden yokken devam ettiriliyorsa, bu durum eşit davranma ilkesinin ihlali olarak değerlendirilecekken; diğer yandan işçilerden birinin kişisel özellikleri (liyakat, beceri, tecrübe, kıdem, eğitim düzeyi, yabancı dil bilgisi... vb.) ya da işin, işyerinin veya işletmenin meşru menfaatleri (aynı özelliklere sahip başka bir işçinin kısa bir sürede bulunamayacak olması) gibi haklı gerekçelerle iş sözleşmesinin feshedilmemesi, eşit davranma ilkesinin ihlali olarak kabul edilemeyecektir<sup>101</sup>. Böylece feshin ayrımcı bir nitelik taşımadığı ve keyfilikten uzak olduğu ortaya konulmuş olacaktır.

Buna göre, iş sözleşmesinin hem süreli hem de haklı nedenle derhal feshinde eşit davranma yükümlülüğü uygulama alanı bulsa da, söz konusu borç daha çok haklı nedenle derhal fesih durumunda ortaya çıkacaktır. Zira anayasal temel hakların iş hukukunda uygulanmasının temel sebebi, işçi-işveren arasındaki güç dengesizliğini sınırlamaktır. Bu itibarla, feshe yol açması muhtemel nedenlerin, iş sözleşmesi fesih ile sona erdirilecek olan işçiler arasında keyfi ayrımlar yaratacak şekilde kullanılmaması gerekmektedir<sup>102</sup>. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması yasağının da bir gereğidir.

Bu görüşteki yazarlar, İş Hukukunun ortaya çıkmasındaki en büyük etkenin işçi-işveren arasındaki güç dengesizliğinin sınırlandırılması ve işçilerin sömürülmesinin engellenmesi olduğundan hareketle aynı olaylarda farklı işlemi haklı gösteren sebepler bulunmadıkça, işverenin hangi işçilerin iş sözleşmelerini feshedeceğini keyfi iradesiyle belirlemeyerek eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 32; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 209-214; Yıldız, ss. 250-256; Nitekim birden çok işçinin, haklı nedenle iş sözleşmesinin derhal feshini gerektiren bir davranışta bulunmalarına rağmen, işverenin bunlardan bazılarını çalıştırmaya devam edip diğerlerinin işine son vermesi ve bu durumu gerekçelendirememesi halinde, derhal fesih sebebi sayılan bu davranışların, iş sözleşmesini çekilmez hale getiren bir neden olmadığı ortaya çıkmaktadır. (Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 211.)

<sup>102</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 31-32; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 209-215; Yıldız, s. 250. Bununla beraber Yıldız, gerçekleştirilen fesih işleminin nev'i ve işine son verilecek işçi sayısının önemi olmaksızın, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesine uygun davranması gerektiğini savunmaktayken Tuncay ise eşit davranma ilkesinden söz edebilmek için öncelikle karşılaştırılabilir nitelikteki olayların bir diğer ifadeyle kolektif uygulamaların bulunması gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>103</sup> Yuvalı, s. 215. Bu görüşteki yazarlar için bakınız: Tuncay, Eşit Davranma, ss. 210-211, dipnot: 239-248. Ayrıca Kocabıyık konuya ilişkin, eşitlik ilkesinin, çalışma akdinin kişiselliğini sona erdirmedikten bahisle "sözleşme özgürlüğü" prensibine dayanılarak işverenin iş ilişkisine son

Bu görüşü savunan yazarlardan Tuncay, iş sözleşmesinin feshinin yenilik doğuran bir hak olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesinin bulunmadığını öne süren görüşe karşı çıkararak söz konusu gerekçenin doğru olması halinde yenilik doğurucu başka bir hak olan işverenin yönetim hakkının kullanılmasında da eşit davranma ilkesinin uygulanamayacağını, oysa işverenin yönetim hakkını kullanmasında eşit davranmakla yükümlü olduğuna göre, iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma ilkesinin uygulanması gerektiğini belirterek tutarlı olmayan bu görüşü eleştirmiştir. Zira aksinin kabulü işverenin yönetim hakkını kullanmasında da eşit davranma borcuna uymayabileceği anlamına gelir ki; bu da neredeyse eşitlik ilkesinin İş Hukuku alanında tamamen göz ardı edilmesine yol açacaktır<sup>104</sup>. Ayrıca aynı yazar, işçiyi feshe karşı korumayı amaçlayan yasa hükümlerinin özünde de eşit davranma ilkesinin bulunduğunu, bu ilkenin fesihte uygulanması sonucu işçiye mümkün olduğunca iş güvencesi sağlanacağını dile getirmiştir<sup>105</sup>. Ancak yazar daha sonra bu görüşünü hafifleterek ikili bir ayrıma gitmiş ve mutlak ayırım yasaklarında eşit davranma ilkesine uymanın zorunlu olduğunu, fakat nisbi ayırım yasaklarının söz konusu olduğu durumlarda işçilerin objektif ve sübjektif niteliklerine dayalı farklılık oluşturulabileceğini belirtmiştir<sup>106</sup>.

Süzek de Tuncay'ın görüşünü destekler nitelikte, sadece ayırım yapma yasağının değil, genel anlamda eşit davranma borcunun da Anayasa'nın 10. maddesinin bir gereği olduğunu ve yine Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca eşitlik ilkesinin tüm hukuk düzenimizde ve iş ilişkilerinde de kişileri bağlayan bir ilke olduğundan genel anlamda eşit davranma borcunun, Anayasa'mız uyarınca çalışma hayatını ilgilendiren bütün konularda uyulması gerekli olan yükümlülük olduğunu belirttiikten sonra çalışma akdinin feshi konusunun da bu ilkenin dışında düşünülemeyeceğini ifade etmiştir<sup>107</sup>.

---

verirken nisbi eşit muamele yükümlülüğü altında olduğunu, ayrımcılık kastıyla hareket edilmeksizin geçerli nedenle farklı davranılabileceğini ifade etmiştir. (Selçuk Kocabıyık, "Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:13, 2009, s. 230.)

<sup>104</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, s. 210.

<sup>105</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Kitap, ss. 213-216.

<sup>106</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, ss. 32-33.

<sup>107</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 31. (1475 sayılı kanun döneminde, bu görüşünden farklı olarak Süzek, eşit davranma borcunun fesihte uygulanmayacağı düşüncesindeydi. "...kural olarak iş sözleşmesinin feshinde işveren eşit davranma borcu altında değildir... hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan haller- dışında, bildirimli fesih hakkını kullanan işverenin eşit davranma yükümlülüğünden söz edilemez..." Sarper Süzek, **İş Hukuku**, İstanbul, 2002, s. 397.)

Aynı görüşü savunan Çil, İş K. m. 5/6'da, çalışma ilişkisinin sonlandırılmasında evvelki fıkradaki hükümlere aykırılığın kesin olarak yasaklandığından bahisle yasanın açık hükmü göz önüne alınarak iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesine uyulması gerektiğine işaret etmektedir<sup>108</sup>.

Ertürk ve Gürsel ise iş ilişkisinin devamı süresince işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edip diğer yandan da işçinin ekonomik geleceği ile ilgili ciddi neticeler oluşturan fesih esnasında işverenin mezkûr yükümlülüğünün bulunmadığını savunmanın işçiyi bu hayati süreçte işverenin subjektif kararlarıyla karşı karşıya bırakacağından fesihte eşit davranma ilkesine uygun hareket edilmesinin en hakkaniyetli sonucu vereceğini belirtmektedir<sup>109</sup>.

Aynı olay kapsamında bazı işçilerin sözleşmesini fesheden işverenin sonradan bu işçilerden bazılarının yeniden işe alınmasında takdir hakkı bulunduğundan bahisle en başından itibaren fesihte eşit davranma yükümlülüğünün olmadığını öne süren görüşü<sup>110</sup> eleştiren Baysal da böyle bir işlem kanuna karşı hile niteliğinde olduğundan bu durumda haksız feshe bağlı tüm hakların talep edilebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca aynı yazar, birçok işçinin katıldığı yasadışı grevde, farklı davranmayı gerektiren haklı nedenler olmadıkça<sup>111</sup>, bu işçilerden sadece bazılarının iş sözleşmesinin feshedilmesini, iş ilişkisindeki güven temelini çökmesine dayanan fesihten ziyade derebeyinin kendine isyan eden serflerin bir kısmını diğerlerine ibret olsun diye cezalandırmasına benzetmektedir<sup>112</sup>.

### 2.2.3. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Uygulaması ve Sosyal Seçim Ölçütü

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu konudaki Yargıtay uygulamalarına baktığımızda Yüksek Mahkemenin yerleşik bir içtihat geliştirdiği söylenemese de genel olarak işverenin fesihte eşit davranma borcu altında bulunduğunu kabul ettiği görülmektedir. Öğretinin de katkısıyla Yargıtay'ın bazı görüşlerini terk etmesi de dikkat çeken bir diğer husustur.

<sup>108</sup> Çil, Fesihte Eşit Davranma Borcu, s. 304. (Benzer görüş için bkz. Ezgi Moraloğlu, **İnsan Kaynakları Yönetiminde Eşit Davranma İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014, s. 107.

<sup>109</sup> Ertürk ve Gürsel, s. 445.

<sup>110</sup> Söz konusu görüş için bkz. dipnot: 77.

<sup>111</sup> Aynı yazar, sözleşmenin türünün haklı neden olamayacağını belirtmektedir. (Baysal, s. 91.)

<sup>112</sup> Baysal, s. 86.

Haklı nedenle derhal feshe ilişkin Yargıtay'ın 1475 sayılı İş Kanunu'nun<sup>113</sup> uygulandığı dönemde verdiği kararında, mesai sonrası kavga eden iki işçiden birinin sözleşmesi haklı nedenle ihbarsız ve tazminatsız feshedilirken, kavganın başlamasına sebep olan diğer işçinin çalıştırılmaya devam edilmesini, eşit davranma ilkesine aykırı bulmuş ve çıkarılan işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödenmesine hükmetmiştir<sup>114</sup>. Başka bir olayda yüksek mahkeme, işverenin diğer bıyıklı işçileri çalıştırmaya devam ederken bıyıklarını kesmeyi reddeden işçinin işine ihbarsız ve tazminatsız son vermesini eşit davranma ilkesine aykırı bularak işlemi haksız fesih kabul etmiştir<sup>115</sup>. Ayrıca usulsüz bankacılık işlemlerinden dolayı birinci derecede sorumlu kişi yerine ikinci derecede sorumlu kişinin işten çıkarılmasını da eşit davranma ilkesine aykırı bulmuştur<sup>116</sup>.

Benzer yönde bir başka kararında da Yargıtay, mesai saatinde işletme müdürüne bilgi verilerek, 30 işçinin katılımıyla yapılan toplantı gerekçe gösterilerek toplantıya katılan işçilerden sadece dördünün iş sözleşmesinin feshedilmesini, eşit davranma ilkesine aykırı bulmuştur<sup>117</sup>. Aksi yöndeki kararında ise Yargıtay, amirinin hakareti sonucu işçinin amirini darp ederek yaralaması olayında, işçinin iş sözleşmesi feshedilirken amire herhangi bir yaptırım uygulanmamış olmasını, amirin sarf ettiği söz ile işçinin eylemi arasındaki açık oransızlık nedeniyle Yüksek Mahkeme eşit

---

<sup>113</sup> Resmi Gazete (01.09.1971 Tarih ve 13943 Sayılı), [http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.1475&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch,\(03.06.2017\).](http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.1475&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch,(03.06.2017).)

<sup>114</sup> Y.9.HD, 04.11.2004, E.8413, K.24957, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017). Ayrıca, kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Uşan, s. 1625. Yıldız, mezkûr hadisedeki çalışanların aynı şartlarda olmadıklarını, birinin diğer işçiye oranla kusurunun fazla olduğunu, kıdemler bakımından eşitlik olmadığını, aralarında benzerlik taşıyan noktanın yalnızca kavga etme olduğunu, bundan dolayı mezkûr çalışanların aynılık ya da benzerlik taşıyan duruma sahip bulunduğunun söylenemeyeceğini ifade etmektedir. (Yıldız, s. 253)

<sup>115</sup> Y.9.HD, 06.03.2003, E.15937, K.3176. Benzer yönde Y.9.HD kararları için bkz. 01.11.2004, E.2004/27598, K.2004/24585; 29.06.2004, E.2004/20351, K.2004/16186; 04.11.2004, E.2004/8413, K.2004/24957; 10.01.2005, E.2004/26556, K.2005/117; 02.05.2005, E.2004/26530, K.2005/15033; 26.09.2005, E.2005/21938, K.2005/31156; 24.10.2005, E.2005/5997, K.2005/34111; 15.5.2006, E.2006/10807, K.2006/13509; 18.09.2007, E.2007/28933, K.2007/26947; 12.02.2008, E.2007/31462, K.2008/108; 11.10.2010, E.2009/27653, K.2010/28510, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>116</sup> Y.9.HD, 01.02.2005, E.7540, K.2732. Söz konusu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Alpagut, ss. 94-95, Yıldız, ss. 290-291. Yeni tarihli benzer bir karar için bkz. Y.7.HD, 11.6.2014, E.2014/503, K.2014/13063. Ayrıca Yargıtay'ın eşit davranma ilkesi uygulanırken mukayese edilecek işçilerin seçiminde hata yapılmasını bozma sebebi saydığına ilişkin karar için bkz. Y.7.HD, 25.4.2016, E.2016/13286, K.2016/9203, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>117</sup> Y.9.HD, 25.04.2005, E.11204, K.14365, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017). Ayrıca, söz konusu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Alpagut, ss. 94-95, Yıldız, ss. 291-292.

davranma ilkesine aykırı bulmamıştır<sup>118</sup>. Bu kararları genel olarak değerlendirdiğimizde, işverenin bildirimsiz fesih hakkını keyfi şekilde kullanmasını ve neden benzer davranışı gerçekleştiren diğer işçilere karşı aynı yola başvurmadiğinin gerekçelendirilememesini, Yargıtay'ın eşit davranma ilkesine aykırı bulunduğunu görmekteyiz. Nitekim işverenin farklı davranmasını gerektirecek nitelikte haklı bir gerekçesi olduğu takdirde, eşit davranma borcuna aykırılıktan bahsedilemeyeceği de muhakkaktır.

Başka bir kararında ise Yargıtay, haklı nedenle fesihte eşit davranma ilkesine aykırı davranılmasının, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabileceğini, ancak geçersiz hale getirmeyeceğini ifade ederek işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımının geçersizlik olmadığını belirtmiştir<sup>119</sup>.

Mutlak ayrımcılık yasağına ilişkin bir kararında ise Yargıtay, norm kadro uygulaması uyarınca geçici işçilerin öncelikle işten çıkarılması gerekirken, bunların yerine aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacıyla, sadece kadın işçileri işten çıkarmasını eşit davranma borcuna aykırı bulmuştur<sup>120</sup>. Nitekim mutlak ayrımcılık yasakları söz konusu olduğunda işverenin fesihte eşit davranma borcu altında olduğu Yargıtay'ca da benimsenmiştir.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Y.9.HD, 10.04.2006, E.2006/7385, K.2007/9027. Ayrıca, bu tür olaylarda eşit davranma borcu değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken kriterleri Yargıtay şu şekilde özetlemektedir: “*Olay günü meydana geldiği tartışmasız olan kavgaya kimin sebebiyet verdiği belirlenmeden ve kavgaya karışan diğer işçinin de kusurlu olup olmadığı yargılama sonucu açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme ve araştırmayla sonuca gidilmesi hatalıdır. Yapılacak iş tarafların gösterdiği tanıklar çağrılıp dinlenmeli, kavgaya kimin sebebiyet verdiği ve diğer işçinin kusurlu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalı, işverenin eşit davranma borcuna uygun işlem yapıp yapmadığı belirlenmeli ve oluşacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.*” Y.22.HD, 03.10.2011, E.2011/447, K.2011/1829, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>119</sup> Y.9.HD, 08.05.2007, E.2007/6364, K.2007/14593, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>120</sup> Y.9.HD, 11.09.2006, E.2006/18576, K.2006/21357. Yargıtay benzer yönde başka bir kararında, “*hamilelik sebebiyle doğumuna 3 ay kala işten çıkarıldığını ve işten çıkarılmadan 2 ay önce yerine başka bir çalışan alındığını*” iddia eden kadın işçiyi haklı bularak işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davrandığını tespit etmiştir. Y.9.HD, 14.04.2016, E.2015/29051, K.2016/9441, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

<sup>121</sup> Bununla beraber, ayrımcılığı sadece mutlak ayırım yasakları ile sınırlandıran şu Yargıtay kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz: “*4857 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için madde de mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Her ne kadar somut uyuşmazlıkta davalı işverence eşit işlem borcuna aykırı davranılarak farklı ücret uygulandığı kabul edilmiş ise de bu aykırılığın mutlak olarak belirlenen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklandığını ortaya koyan bir saptamanın dosyada bulunmadığı görülmüştür. Bu sebeple Mahkemece ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*” Y.9.HD, 20.2.2018, E. 2016/22291, K. 2018/3576, <http://www.kazanci.com>, (28.09.2018);

Performans düşüklüğüne dayalı fesih işlemini incelediği başka bir kararında da Yargıtay'ın sözleşmesi feshedilen işçiye yakın performans notu olan diğer işçilere de fesih işlemi uygulanıp uygulanmadığını, eşit davranma borcu çerçevesinde incelediği görülmektedir<sup>122</sup>.

Diğer yandan, Yargıtay'ın önceleri vermiş olduğu bazı kararlarında, “işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri sebebiyle” sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin seçilmesi konusunda, Alman hukukunda<sup>123</sup> yer alan düzenlemelere benzer şekilde ‘sosyal seçim kriterleri’ belirlediği görülmektedir. Alman hukukunda yer aldığı üzere, işveren tarafından dikkate alınması elzem olan “objektif sosyal seçim kriterleri” işçinin kıdem, yaş, geçinme sorumlulukları ve özür durumu iken subjektif ölçüler ise verimlilik, hastalık sebebiyle işe gelememe, çalışma yükümlülüğünde özensizlik gibi niteliklerdir<sup>124</sup>. Türk hukuk öğretisinde sosyal seçim ölçütü ise, “işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde” sosyal yönden dezavantajlı konumdaki işçinin korunması maksadıyla, işine son verilecek işçilerin belli kıstaslar gözetilerek seçilmesi şeklinde ifade edilmiştir<sup>125</sup>. Bu kriterler, Yargıtay'ın verdiği bir kararda şu şekilde özetlemektedir: “...İşyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, iş görme borcunu yerine getirmede özen göstermeme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalı ve sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır<sup>126</sup>...” Yasal dayanağı olmayan bu kriterlerin mahkeme içtihatlarıyla yaratılmasının hukuk devleti anlayışıyla, hukuki güven ve açıklık esaslarıyla bağdaşmayacağı, söze konu kriterlerin işçi-işveren arasında oluşan çıkar çatışmasından ziyade işine son verilen

---

Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. Y.22.HD, 02.02.2015, E.2013/30769, K.2015/1902, <http://www.kazanci.com>, (28.09.2018).

<sup>122</sup> Y.9.HD, 02.02.2009, E.2008/9781, K.2009/996, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>123</sup> Fransız İş Kodunda da sosyal seçim yükümlülüğüne uymamanın yaptırımı olarak herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte Fransız Yargıtay'ının yerleşik içtihadı gereğince, tek ebeveynler başta olmak üzere ailevi bakım yükümlülüklerinden, işyerinde veya işletmede geçen kıdem süresinden, bilhassa yaşlılık ve özürllülük olmak üzere işçilerin iş yaşamına dönmelerini güçleştiren durumlardan ve mesleki niteliklerden oluşan kriterler dikkate alınmadan sözleşmesi feshedilen işçi, iş sözleşmesinin sona ermesinden ötürü uğradığı zararı genel hükümler uyarınca tazmin edebilecektir. (Ali GÜZEL ve Emre ERTAN, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD**, C:4, Sayı:15, 2007, s. 1269.)

<sup>124</sup> Baysal, ss. 80-81; Yıldız, s. 244; Engin, s. 112.

<sup>125</sup> Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:4, Aralık, 2006, (Sosyal Seçim), s. 99.

<sup>126</sup> Y.9.HD, 03.04.2006, E.2006/4878, K.2006/8253. Benzer yönde başka bir karar için bkz. Y.9.HD, 10.04.2006, E.2006/5883, K.2006/9359, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

işçiyle son verilmeyen işçi arasında oluşan çıkar uyumsuzluğundan kaynaklanması, kıstaslar arasındaki öncelik sırasının belirlenmemesi, içeriğinin ve koşullarının belirsiz olması, ispat yükümlülüğü sorunları yaratması gibi gerekçelerle doktrinde sosyal seçim kriterleri sıklıkla eleştirilmiştir<sup>127</sup>. Yargıtay'ın sonradan vermiş olduğu kimi kararlarında, sosyal seçim kriterlerinden vazgeçilerek işçilerin seçiminde objektif kriterlerin göz önüne alınması gerektiği belirtmişse de bu kriterlerin neler olduğu hususunu açıklığa kavuşturamamıştır<sup>128</sup>. Ayrıca öğretide işletme gereksinimleriyle gerçekleştirilen fesih işlemlerinin geçerlilik denetleminde “objektif kriter” mefhumundan ziyade, Anayasa ve İş Kanunu ile düzenleme altına alınan “eşitlik ilkesi” kavramının kullanılmasının hakkaniyet açısından daha münasip olacağı belirtilmiştir<sup>129</sup>.

Özetle Yargıtay kararlarında<sup>130</sup>, işverenin yönetim hakkını sınırlayan eşitlik ilkesinin, sözleşmenin feshinde göz önünde bulundurulması elzem işveren yükümlülüğü olduğu vurgulanmaktadır.

---

<sup>127</sup> Çelik, Fesihte Eşit Davranma-Makale, s. 7; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 33; Alpagut, Sosyal Seçim, s. 104; Baysal, ss. 81-83.

<sup>128</sup> Sevil Doğan, “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, **TAAD**, Yıl:3, Sayı:9, 2012, (Eşitlik İlkesi), ss. 193-194; Baysal, s. 82; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 33. Fesihte objektif kriterlerin dikkate alınmasına ilişkin karar için bkz. Y.9.HD, 14.05.2007, E.2007/9579, K.2007/14901. Ayrıca Yargıtay daha sonraki kararlarında; işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihlerde işvereni bağlayan bir kuralın olmadığını ifade ederek işverenin fesih işleminde keyfi davrandığını iddia eden işçinin genel ispat kuralı gereği bu durumu kanıtlaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Y.9.HD, 22.06.2009, E.2008/34144, K.2009/17161; Y.9.HD, 24.03.2008, 2008/7977, K.2008/6091. Bununla beraber Yüksek Mahkeme yeni tarihli kararlarında bu görüşünü yumuşatarak şu ifadelerle yer vermiştir: “İşten çıkarılacak işçiler yönünden yasal bir kriter ve sosyal seçim şartı hukuk düzeninde yer almamakla birlikte, işverence işten çıkarmada birtakım kriterler gözetildiği ileri sürülmüş ise işverenin kendisini bağlayan bu kriterlere uyup uymadığı, keyfi davranıp davranmadığının da mahkemece denetlenmesi gerekmektedir.” Y.9.HD, 08.12.2010, E.2010/8024, K.2010/32060; Y.9.HD, 12.2.2015, E.2015/1199, K.2015/6314. Benzer yönde bir diğer Yargıtay kararında da işverenin fesih nedeni olarak öne sürdüğü performans yetersizliği iddiasını ispatlayacak herhangi bir delil sunmaması, eşit davranma ilkesine aykırı bulunmuştur. Y.9.HD, 30.6.2011, E.2009/17321, K.2011/19795, <http://www.kazanci.com>, (05.06.2017).

<sup>129</sup> Ertürk ve Gürsel, s. 447; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 33-34. Ayrıca, Yargıtay'ın konuya ilişkin son içtihatları ışığındaki çalışma için bkz. Gönenç Gürkaynak, Ceyda Karaoğlan ve Tolga Uluay, “Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:32, 2014, ss. 171-182.

<sup>130</sup> “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2018 tarihli ve E. 2015/22-1621, K. 2018/484 sayılı kararı. Benzer kararlar için bkz. Y.9.HD, 14.03.2011, E.2010/26762, K.2011/6747; Y.9.HD, 19.10.2010, E.2010/802, K.2010/29784, <http://www.kazanci.com>, (09.10.2018).

#### **2.2.4. İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin Görüşümüz**

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mademki eşit davranma ilkesi iş hukukunun her alanında kabul edilen ve uyulması gerekli bir ilkedir o halde fesih konusunu da bunun dışında tutmamak gerekir. Sistematik açıdan eşit davranma ilkesinin uygulama alanına ilişkin değerlendirmelerimiz müteakip başlıklarda ayrıntılı olarak dile getirilecektir.

##### **2.2.4.1. Ayrımcılık Yasakları ve Kötüniyetli Fesihlerde**

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, sözleşmenin sona erdirilmesinde eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığını (veya çok sınırlı kapsamda bulunduğunu) savunan yazarlar bile genel olarak mutlak ayrımcılık yasaklarını ve kötüniyetli fesihleri ayrı değerlendirerek ancak bu durumlarda işverenin eşit davranma borcundan bahsedebileceğini belirtmişlerdir. Aynı konudaki Yargıtay uygulamalarına da baktığımızda aynı görüşte içtihat geliştirildiğini söyleyebiliriz. Özetle, hem öğreti hem de Yargıtay tarafından kötüniyetli veya mutlak ayırım yasaklarına aykırı şekilde iş sözleşmesinin feshedilmesi, eşit davranma ilkesine aykırı olduğundan buna ilişkin bir tartışma olmadığını söyleyebiliriz. Kanaatimizce de Anayasa'mızın 10'uncu, Türk Medeni Kanunu'muzun<sup>131</sup> 2'nci, İş Kanunu'muzun 5, 17, ve 18'inci maddeleri karşısında, aksi bir görüş söz konusu olamaz.

##### **2.2.4.2. İşçilerin Yeterliliğinden veya Davranışlarından Kaynaklanan Fesihlerde**

Birden fazla işçiyi ilgilendiren, haklı nedenle derhal fesih durumlarında eşit davranma ilkesinin uygulama alanının belirlenmesi, öğretilerde en çok tartışılan ve Yargıtay tarafından da yerleşik bir içtihat geliştirilememiş konuların başında gelmektedir. Buradaki tartışmanın temel kaynaklarından birisi, işverenin eşit

<sup>131</sup> Resmi Gazete (08.12.2001 Tarih ve 24607 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> , (03.06.2017).



davranma yükümlülüğü kapsamında aynı vakaya dâhil olan tüm işçilerin sözleşmelerinin feshedilip feshedilmemesine ilişkindir. Kanaatimizce böyle bir durumda, işverenin işçilerin davranışlarının ağırlığını da dikkate alarak tümünü işten çıkarması yahut affetme yoluna giderek hiçbir işçinin iş sözleşmesini feshetmemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bununla beraber, işveren bazı işçilerinin sözleşmelerini feshedip bazılarınınkini de feshetmiyorsa, yaptığı bu ayrımı objektif (işyeri menfaati gibi) ve subjektif (kıdem, eğitim durumu, liyakat, beceri, fiilinin tekerrür edip etmemesi gibi) esaslara göre gerekçelendirmelidir. Aslında bu aşamada işveren, yapmış olduğu farklılığı haklılaştırabilmek için pek çok kıstasa sahiptir. Diğer yandan işveren, bu imkanlara rağmen aynı olaya karışan işçilerden neden bazılarının sözleşmesini feshederken diğerleri için bu yola başvurmadığını gerekçelendiremezse, işverenin keyfi davranışı açığa çıkmış olur ki bu da eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki en büyük fonksiyonlarından biri de işverenin keyfi davranışlarını önlemek olan eşit davranma ilkesi, işçinin en korumasız olduğu fesih sırasında uygulanmayacaksa ne zaman uygulanabilecektir? Bu itibarla eşit davranma ilkesinin her şeyden önce fesih esnasında daha yoğun bir şekilde söz konusu olacağını ifade etmeliyiz. Aksi bir anlayış, işverene mutlak ve sınırsız bir fesih hakkı tanınması anlamına gelecektir.

İşin ilginç tarafı, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma ilkesinin uygulanmayacağını veya uygulansa da ayırım yasakları ve hakkın kötüye kullanılması gibi sınırlı durumları kapsayacağını ileri süren görüşlerin buna gerekçe olarak işverenin işçilerden bazılarının sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilmesi gerektiğini, bunun yanında diğer bazı işçilerin geçmişteki verimliliği, uzun seneler hizmet vermiş olması ve yerlerinin doldurulamayacak olması gibi gerekçelerle işverence çalıştırılmaya devam ettirilebilmesi gerektiğini ifade etmeleridir. Aslında eşit davranma ilkesi de tam olarak bunu ifade etmektedir. Dolayısıyla burada bir yanılğı söz konusudur. Nitekim farklı durumda olanlara eşit davranılmasını, bizzat eşit davranma ilkesi yasaklamaktadır. Bu itibarla; eşit davranma ilkesini, aynı olay kapsamındaki bütün işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilmesi ya da sona erdirilmemesi biçiminde yorumlayarak, fesih esnasında eşit davranma yükümlülüğünün olmadığını öne süren bu görüşün kendi içerisinde çelişkiler barındırdığını düşünmekteyiz.

Diğer yandan tek bir işçinin davranışından kaynaklanan fesih durumlarında eşit davranma ilkesinin oldukça dar olsa da uygulanabileceğini düşünmekteyiz. Nitekim her ne kadar tek bir işçinin sözleşmesi feshedilmiş olsa da ayrımcılık yasakları söz konusu ise veya aynı işi yapan benzer nitelikteki diğer bir işçinin daha önceden yapmış olduğu benzer davranış sonrası farklı yaptırım uygulanmışsa kanaatimizce yine eşit davranma ilkesine aykırılık gündeme gelebilecektir. Örneğin aynı işi yapan benzer nitelikteki iki işçinin sık sık işe geç gelmesi sonucunda işveren tarafından bu işçilerden sadece birinin sözleşmesinin feshedilip diğerine herhangi bir yaptırım uygulanmaması, gerekçelendirilemediği takdirde<sup>132</sup> eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

#### **2.2.4.3. İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gereklerinden Kaynaklanan Fesihlerde**

İşletme ya da iş gereksinimlerinden ötürü yapılan fesihler, işçilerin yeterliliği veya davranışları dolayısıyla yapılan fesihlere nazaran çok daha fazla tartışmaya neden olmuştur. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda olduğu gibi işverenin; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle sözleşmesini feshedeceği işçileri belirlemede de mutlak bir hakka mı sahip olduğu, yoksa belirli bazı kıstaslara göre mi hareket etmesi gerektiği konusu öğretilerde yoğun tartışmalara sebebiyet vermiştir. Diğer yandan mahkeme kararlarının da bu konuda tam bir istikrar kazandığı söylenemez. Önceleri sosyal seçim ölçütünü benimseyen Yargıtay'ın sonrasında bu görüşünü değiştirmesi, öğretilerde çoklarının da ifade ettiği gibi bizce de isabetli olmuştur. Her ne kadar yasal bir dayanağı olmayan sosyal seçim ölçütlerinin “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle” yapılan fesihlerde kıstas olarak alınamayacağını ifade etsek de bu durumun eşit davranma ilkesinin uygulanamamasına sebebiyet vereceğini söyleyemeyiz. Her seferinde ifade ettiğimiz gibi keyfilik denetimi burada da söz konusu olacaktır. Diğer yandan, işverenin işletmeye özgü yönetsel kararları, yargı organınca yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Bir başka ifadeyle, işletmeye ilişkin

<sup>132</sup> Bu durumda örneğin, sözleşmesi devam ettirilen işçinin pozisyonuna kısa sürede başka bir işçinin bulunamayacak olması, haklı bir gerekçe olarak kabul edilebilir.

kararların neden alındığı, alınmasının gerekli olup olmadığı ya da o karar yerine başka bir kararın alınıp alınamayacağı gibi hususlar yargı mercilerince inceleme konusu yapılamaz. Bununla beraber işletmesel karar perdesi altında uygulanacak keyfi fesihler, elbette ki eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden yargı denetimine tabi olacaktır.

Sonuç olarak, işverenin keyfi davranışlarının denetimini sağlayan eşit davranma ilkesinin oldukça esnek ve çok fonksiyonlu bir kavram olmasından bahisle sınırlarının çizilmesinin oldukça zor olduğunu ifade etmeliyiz. Bu itibarla somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla çeşitli başlıklar ve durumlar üzerinden eşit davranma ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirerek kesin genellemelere ulaşmanın hatalı sonuçlar verebileceği kanaatindeyiz. Bu konuda son söz olarak diyebiliriz ki, fesih işleminde işverenin keyfi (gerekçelendiremediği) davranışlarının başladığı yerde eşit davranma ilkesinin de uygulama alanı başlayacaktır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### AYRIMCILIK, KÖTÜNİYET VE İŞGÜVENCESİ TAZMİNATLARI

#### 3.1. AYRIMCILIK TAZMİNATI

##### 3.1.1. Ayrımcılık Tazminatının Hukuki Niteliği ve Dayanağı

Ayrımcılık tazminatını, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırılığının İş Kanunu'ndaki müeyyidesi olarak tanımlayabiliriz. 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun aksine 4857 sayılı İş Kanunu, eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık durumlarına ilişkin özel bir tazminat yaptırımını öngörmüştür. Zira 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 6. fıkrası uyarınca, *“iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminata hükmedileceği”* düzenlenmiştir. Ayrıca bu düzenleme nisbi emredici niteliktedir ve tazminat miktarı iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle arttırılabilir<sup>133</sup>.

Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesinden tevarüs eden eşit davranma yükümlülüğü ve mezkûr ilkenin ihlali durumunda tatbik edilecek yaptırımın İş Kanunu m. 5'de düzenlendiği görülmektedir. Anılan hükmün 1. fıkrasında genel olarak İş Hukukunda uygulanacak eşit davranma ilkesi vurgulandıktan sonra 2. fıkrasında da münhasıran kısmi zamanlı işçiler ile tam zamanlı işçiler bakımından ayırım yapılamayacağı belirtilmektedir. Mezkûr hükmün 3, 4 ve 5. fıkralarında ise İş mevzuatımızın daha öncesinde yabancı olan cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Gerçi 1475 sayılı eski İş Kanunu'muzun 26'ncı maddesinde, *“benzer işi yapan işçiler arasında cinsiyet nedeniyle ücret ayrımcılığı yapılamayacağı”* belirtilse de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun getirdiği düzenleme ile cinsiyet ayrımcılığının ücret bahsinden daha geniş çerçeveli olarak, çalışma yaşamının tüm aşamalarında yasaklandığı görülmektedir. Böylece işe alınmadan başlayarak sözleşmesinin feshedilmesine kadar olan süreçlerde *“cinsiyet ayrımcılığı”* mutlak manada men edilmektedir. Hatta kanunun lafzı daha liberal biçimde doğrudan ayrımcılıkların yanında, dolaylı ayrımcılıkları ve hususi şekilde de

---

<sup>133</sup> Sami Narter, *İş ve Borçlar Hukuku'nda İş Güvencesi ve Akdin Sona Ermesinden Doğan Tazminatlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, ss. 647-648.

hamilelik nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır<sup>134</sup>. Bununla beraber 5. maddede düzenlenen eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımına ilişkin hususların yer aldığı 6. fıkrada ise söz konusu yaptırımın ancak ve ancak iş ilişkisinde veya sona ermesinde söz konusu olacağı vurgulanarak ‘iş sözleşmesinin kurulması’ sürecindeki mezkûr hüküm kapsamına aykırılıklar, yaptırım kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, lafzi yorum yöntemiyle bu hükmü ele aldığımızda, örneğin, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında cinsiyet ayrımcılığı uygulayan bir işverenin bu davranışı sözü geçen 5. maddenin 3. fıkrasında yasaklanmasına rağmen bu davranış, 5. maddenin 6. fıkrasında düzenlenen ayrımcılık tazminatı kapsamına girmeyecektir. Ne var ki, eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı sadece ayrımcılık tazminatı olmadığından bu örnekte genel hükümler kapsamında işveren aleyhine maddi-manevi tazminat talebinde bulunulması ya da sözleşme öncesi sorumluluk “*culpa in contrahendo*” kapsamında tazminat talep edilebilmesi mümkündür

İş K. m. 5/6’da öngörülen ayrımcılık tazminatı, teknik manadaki tazminatlar arasında bulunmayıp “*eşit davranma ilkesine muhalefetin hukuki yaptırımı*” kabul edildiğinden işçi tarafından mezkûr tazminatın talebi için salt ayrımcılık meydana getiren uygulama veya eyleme maruz kalınması yeterli görülmekte, ayrımcılıktan dolayı ilave zararın doğmasına gerek bulunmamaktadır<sup>135</sup>. Ayrıca ayrımcılık tazminatının talebi için iş sözleşmesinin sona erdirilme mecburiyeti de bulunmamaktadır. Sözleşme ilişkisi devam ederken de ayrımcılık tazminatı talep edilebilir<sup>136</sup>.

Ayrımcılık tazminatı talebine ilişkin açılacak davanın da eda davası olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim mahkemeden talep edilen hukuksal korumanın türleri kapsamında davalar sınıflandırıldığında karşımıza eda, tespit ve inşai davalar çıkmaktadır. Eda davasındaki dava açan taraf; davalı tarafın bir şeyi vermesini, yapmasını, ya da yapmaktan men edilmesi talebini dile getirir. Eda davasının kabulü halinde kurulan hüküm ilk olarak davacı tarafın dayanak gösterdiği hak ya da hukuksal bağlantının mevcudiyetinin tespit edilmesini ihtiva eder. Buna ilaveten bu hüküm ayrıca davacının talep ettiği edanın gerçekleştirilmesi hususunda

---

<sup>134</sup> Yuvalı, s. 468.

<sup>135</sup> Serkan Odaman, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İSGHD**, Sayı:25, Yıl:2010, s. 34; Baysal, s. 76; Yüksel, s. 76;

<sup>136</sup> Yüksel, s. 76.

davalı tarafa yöneltilen müeyyideyi içerir. Eda davasının belirttiğimiz bu özellikleri bir arada değerlendirildiğinde, 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatını ilgilendiren talepler için dava türünün eda davası olarak kabul edilmesi gerektiği görülmektedir<sup>137</sup>.

Ayrımcılığın ihlaline ilişkin müeyyidenin “*etkili, orantılı ve caydırıcı*” olabilmesi için cezai yaptırımların da uygulanmasının gerekliliği ifade edilmiş ise de sadece cezai yaptırımın gündeme gelmesinin isabetli olmadığı değerlendirilmektedir. Nitekim cezai müeyyideler, doğasından kaynaklanan nedenlerle mağdur tarafın kişisel zararlarını tazmin etmeyi amaçlamazlar. Ayrıca ceza hukuku yaptırımları için fiili gerçekleştirenin kusurunun bulunması elzemdir, diğer yandan ayrımcılık kapsamında söz konusu olacak özel hukuktaki yaptırımlarda kusur şartı aranmaz. AB Adalet Divanı’nın Dekker davasında<sup>138</sup> da belirtildiği gibi, eşitliğe aykırı hallerde işveren tarafının ilave kusurunun bulunması gerekli olmamakta; mezkûr ilkenin ihlali, tazminat sorumluluğu için tek yeter şartı oluşturmaktadır. Özetle; ceza hukuku ile özel hukukta yer alan yaptırımlar, gerek tazmin ettikleri zararların nitelikleri gerekse de ispat koşullarındaki farklılıklar nedeniyle farklı kategorilerde değerlendirildiklerinden dolayı ayrımcılık durumlarında sadece cezai yaptırımların düzenlenmiş olması, yeterli ve hakkaniyetli bulunmamaktadır<sup>139</sup>.

### 3.1.2. Ayrımcılık Tazminatını Gerektiren Sebepler

Ayrımcılık tazminatını gerektiren sebeplerden herhangi birisinin mevcudiyeti, ayrımcılık tazminatının gündeme gelmesi için yeterlidir. Bu sebepler, İş Kanunu’nuzun 5’inci maddesindeki ilk üç fıkrada zikredilmiştir. Sistematik bir yaklaşımla, ayrımcılık tazminatını doğuran bu durumları sırasıyla ele alacağız.

<sup>137</sup> Seçkin Nazlı, “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM) Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı, C:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 578-579.

<sup>138</sup> Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV – Centrum) Plus, Dava C-177/88 [1990] ECR I-3941, 8 Kasım 1990. ([http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK\\_TR.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf)), (01.03.2018)

<sup>139</sup> Yıldız, s. 318.

### 3.1.2.1. İş İlişkisinde Dil, Irk, Cinsiyet, Siyasal Düşünce, Felsefi İnanç, Din ve Mezhep vb. Sebeplerle Ayrım Yapılması

İş Kanunu'muzun 5'inci maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme uyarınca “iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.” Hükmün lafzında ‘ve benzeri’ ifadesi yer aldığından, bu kapsamdaki ayrımcılığı doğuran sebepler, maddede sayılan durumlarla sınırlı olmayıp tadadı<sup>140</sup> niteliktedir. Bu itibarla, madde metninde sarih bir şekilde yer almasa da işçilerin siyasi görüşleri, aile durumları (boşanmaları ya da evlilik harici hayat sürdürmeleri) veya özürllülük durumları gibi nedenlerle de ayrımcılık yapılamayacağı şüphesizdir<sup>141</sup>.

Çalışma yaşamı içerisinde özellikle farklı ırk, siyasi görüş ve cinsiyete yönelik ayırım<sup>142</sup> dikkat çekici yoğunlukta olduğundan ötürü işçilerin şahsi nitelikleri arasında sayılan “ırk ve cinsiyet durumları,” bu açıdan özel bir öneme sahiptir. Uluslararası belgelerde de ırk ve cinsiyet ayırımına ilişkin mücadelenin özellikle vurgulandığı görülmektedir<sup>143</sup>. Nitekim İş Kanunu'muzun 5. maddesinin 3 fıkra hükmü de cinsiyete dayalı ayırım yasağına ilişkin düzenlemeler içermektedir<sup>144</sup>.

Etnik farklılığın örneklerinden olan “dile dayalı ayrımcılık” da aynı kategoride etnik ayrımcılık olarak değerlendirilmelidir. Dile dayalı ayırım yapılmaması, salt anadilin farklılığı sebebiyle ayırım yapılmamasını ifade etmektedir. Bununla beraber, iletişim güçlüğü ve işin niteliği gibi durumlar dikkate alınarak Türkçe bilmeyen bir kişinin işe alınmaması, dile dayalı ayrımcılık kapsamına sokulamaz. Nitekim, İş mevzuatında açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu çerçevedeki işlemlerin (yazılı sözleşmeler veya belgeler, iş belgeleri, ücrete ilişkin hesap pusulaları, vs.) resmi dil olması hasebiyle Türkçe yapılmasının elzem olduğu görülmektedir<sup>145</sup>.

<sup>140</sup> Tadadi, “örnek olarak sayılmış” anlamına gelmektedir. <https://www.seslisozluk.net>, (09.10.2018)

<sup>141</sup> Özcan, İşçilik Alacakları, s. 188; Mollamahmutoğlu vd. s. 734; Süzek, İş Hukuku, s. 494.

<sup>142</sup> “İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasî sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.” Y.22.HD, 21.6.2017, E.2016/15581, K.2017/15077, <http://www.kazanci.com>, (01.03.2018).

<sup>143</sup> Bkz. dipnot: 27.

<sup>144</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 735.

<sup>145</sup> Narter, ss. 652-653; Mollamahmutoğlu vd. s. 736.

Genellikle karıştırıldığı üzere, iş yaşamında yabancılara yönelik uygulanan farklı muamelenin, ırksal ayrımcılıkla bağlantısı bulunmamaktadır. Yabancılık, vatandaşlar haricindekileri tanımlayan hukuksal kavram olduğundan yabancıların işe alınma ve çalışma koşulları gibi durumlara ilişkin düzenlemeler, Devletler Özel Hukuku ilkeleri de gözetilerek, vatandaşlardan farklı şekilde ve bizzat bu konuya ilişkin ayrı bir mevzuatla hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, münhasıran yabancılar için öngörülen ve kamu düzenine yönelik olan; ülkeye belirli bir vize ile girme, oturma ve çalışma izni alma zorunluluğu gibi uygulamalar ayrımcılık oluşturmayacaktır<sup>146</sup>.

Benzer şekilde, durum ve şartların gerektirdiği veya haklı kıldığı farklılıklar ve icra edilen mesleğin doğal özelliğinden kaynaklanan farklı uygulamalar, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez. Örneğin; kadın giyimi alanında faaliyet gösteren bir firmada tanıtım için kadın manken ya da Çin, Hint, Tayland lokantasında Asyalı garson istihdamı, ayrımcılık yasağı teşkil etmez. Aynı şekilde Japon firmasının belirli pozisyonlarda Japonca bilinmesini zorunlu kılması, ayrımcılık yasağına takılmaz. Nitekim 2000/43 sayılı AB Yönergesine<sup>147</sup> göre de belirli bir mesleğin icrası, ırk veya etnik kökene ilişkin bir nitelik şartına bağlı ise ve ayrımcı davranışta bulunmak bu amaca ulaşmayı gerektiriyorsa amacın meşru ve gereğinde orantılı olması şartıyla ayrımcılığa izin verileceği öngörülmüştür<sup>148</sup>.

### 3.1.2.2. İş Sözleşmesi Türleri Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması

İş Kanunu'muzun 5'inci maddesinde yer alan 2'nci fıkraya göre "*işveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.*" Yine aynı fıkra hükmüne göre "*kısmi süreli işçinin ücret ve paraya ilişkin*

<sup>146</sup> A. Can Tuncay, "Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I**, İstanbul, 2011, (Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık) s. 728; Mollamahmutoğlu vd. s. 736.

<sup>147</sup> Türkçe metin için bkz. [http://ab.calisma.gov.tr/index\\_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc](http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc) İngilizce metin için bkz. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043\(01.03.2018\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043(01.03.2018)).

<sup>148</sup> Tuncay, Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, ss. 752-753; Mollamahmutoğlu vd. ss. 736-737.



*bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.”*

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere açıkça görülmektedir ki, İş Kanunu'nun m.5/2 hükmü, Avrupa Birliği (AB) normlarına paralel bir düzenleme olmuştur<sup>149</sup>. Nitekim, AB'nin 6 Haziran 1997 tarihli çerçeve anlaşmasında (97/81)<sup>150</sup> da benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; *“kısmi süreli işçilerin, çalışma koşulları bakımından, tam süreli emsal işçiye göre salt kısmi süreli çalışmaları nedeniyle daha az elverişli tarzda bir işleme tabi tutulamayacakları; bunun dışında ancak ve ancak “objektif nedenler”in varlığı halinde farklı bir işlemin istisnaen kabul edilebileceği; (m. 4/1) ücretler konusunda da ‘prorata temporis ilkesi’ uyarınca emsal işte, tam süreli işçiye göre çalıştığı süreye oranla ücret ödeneceği (m. 4/2)”* öngörülmektedir. Objektif sebeplere örnek olarak işçinin verimi, kıdemi ve eğitim durumu verilebilir<sup>151</sup>.

Belirli ve belirsiz zamanlı sözleşmeyle çalıştırılan işçilere yönelik ayırım yasağına ilişkin AB düzenlemeleri, yukarıda belirtilen kısmi süreli ve tam süreli sözleşmeyle çalıştırılan işçiler arasındaki ayırım yasağına dair düzenlemeyle paralellik arz etmektedir. AB'nin 18 Mart 1999 tarihli çerçeve anlaşmasının m. 4/1 ve 4/2 hükümlerine göre ‘objektif neden’ ve ‘prorata temporis’ kriterleri, belirli ve belirsiz zamanlı sözleşmeyle çalıştırılan işçiler bakımından da söz konusu olacaktır<sup>152</sup>. Bu düzenlemelerin İş Kanunu'na doğrudan yansımaları, 5. maddenin 2. fıkrasına ilave olarak, 12. maddenin 1. ve 2. fıkralarında<sup>153</sup> da görmekteyiz<sup>154</sup>.

<sup>149</sup> Konuya ilişkin yapılan düzenlemelerin AB müktesebatıyla uyumlu olarak gerçekleştirildiği, İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir.”*

<sup>150</sup> “97/81/CE sayılı ve 15 Aralık 1997 tarihli Direktif, kısmi zamanlı çalışmaya ilişkin olarak 6 Haziran 1997 tarihinde meslekler arası örgütler ile yapılan anlaşmayı uygulamaya koymaktadır. Söz konusu çerçeve anlaşma, ‘EKLER’ bölümü vasıtasıyla Direktif’e eklenmiştir.”

Direktif'in İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0081&from=EN> (01.03.2018)

<sup>151</sup> Gonca Aydınöz, “Avrupa Birliği Direktifleri ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2009/3, Sayı:22, s. 168; Baysal, s. 72; Mollamahmutoğlu vd. ss. 740-741.

<sup>152</sup> Baysal, s. 73; Mollamahmutoğlu vd. s. 743.

<sup>153</sup> Buna göre, *“belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçütü*

Kısmi ve tam zamanlı sözleşmeyle ile çalıştırılan işçiler arasında ayırım yapılamayacağına dair diğer hüküm ise İş K. m. 13/2'de bulunmaktadır. Buna göre, *“kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz ve kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak (pro rata temporis ilkesi) ödenir.”* Burada yer alan *“ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça”* ibaresi dikkat çekicidir. Şu halde, pro rata temporis ilkesi her durum için geçerli değildir. Doktrindeki bir görüşe göre de ek menfaatlerin sağlanma amacı, işçinin çalışma süresinden tamamen ayrık olduğu kabul edilebilecek nitelikteyse söz konusu ilkenin devreye girmesi mümkün olmaz, söz konusu menfaatin tam olarak sağlanması gerekir. Personelin işyerinden alışveriş yapması halinde indirim sağlanması örneğinde olduğu gibi<sup>155</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, esaslı sebepler olmadıkça tam zamanlı ya da belirsiz süreli sözleşmeyle çalıştırılıp çalıştırılmama, ayrımcı uygulamalara gerekçe teşkil edemez. Belirtilen sözleşme türlerine göre ayırım yapılıp yapılmadığı, emsal işçiye bakılarak tespit edilir. İş K. m. 12/3 ve 13/3'e göre *“belirli süreli/kısmi süreli çalışan için emsal işçi, bu işçinin çalıştığı işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli/tam süreli çalıştırılan işçidir.”* Yine aynı madde hükümlerine göre *“işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli/tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır. Tam süreli çalışan işçinin emsal olabilmesi için kural olarak belirsiz süreli sözleşmeyle çalışması gerekmez.”*

Kanun lafzında yer alan *‘aynı veya benzeri iş’* ibaresinden işçinin kıdem ve eğitim gibi kişisel niteliklerinin göz ardı edilmesi sonucu çıkartılmamalıdır. Bu hususlar, emsal işçiyle yapılacak olan mukayesede değerlendirmeye alınırlar. Karşılaştırma için aynı işi yapan işçinin mevcut olmadığı durumlarda benzer işçi

---

*alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir.”*

<sup>154</sup> İstar Cengiz (Urhanoglu), “4857 Sayılı İş Kanunu'nun Avrupa Birliği'nin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, Yıl:2008, ss. 77-92.

<sup>155</sup> Gülsevil Alpagut, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, **Ali Güzel'e Armağan I**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, (Oransallık), s. 40; Mollamahmutoğlu vd. s. 741.

dikkate alınır. Benzer iş; işin gerektirdiği çaba, sorumluluk, üretim sürecindeki yeri, işçiye getirdiği bedensel/ruhsal yük ve piyasa değeri bakımından birbirleriyle karşılaştırılabilir işlerdir. Eğer işkolu esasına dayanan mukayese yapılacaksa, işyerlerinin faaliyet konusu, bilançoları, mevcut ve potansiyel iş durumları ve ilgili sektördeki konumu gibi kriterlerin de tespit edilerek karşılaştırmaya elverişli işyerinin tespiti gereklidir<sup>156</sup>.

### 3.1.2.3. Cinsiyet Nedeniyle İşçiler Arasında Ayrım Yapılması

Kadın, erkek ya da çift cinsiyetli olma, kişiye ait biyolojik özelliklerdendir. Cinsiyet ayrımcılığı da salt biyolojik nitelik veya bu niteliğe özgü durum (analık, hamilelik) dolayısıyla kişiye keyfi uygulamalar yapılarak mağdur edilmesidir. İş Hukuku özelinde cinsiyet ayrımcılığı ise çalışanın sırf kadın ya da erkek olmasının iş görüşmesi süresince, sözleşme kurulduktan sonraki periyotta, işçinin mesleki eğitimi, ücretlendirilmesi gibi durumlarda ve sözleşmenin sona erdirilmesinde aleyhine durum oluşturması ya da diğerlerine nazaran daha dezavantajlı şartlar sunulmasına sebep olması şeklinde tanımlanabilir<sup>157</sup>.

Birleşmiş Milletler'in Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmesi'nde (CEDAW)<sup>158</sup> yer aldığı şekliyle “kadınlara karşı ayrımcılık” kavramı, “*siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama*” olarak tanımlanmıştır<sup>159</sup>.

Sosyal bakımdan ilerleme sağlayarak hayat ve çalışma koşullarında iyileştirme ve geliştirme sağlamak için de önemli bir yere sahip olan cinsiyet

<sup>156</sup> Alpagut, Oransallık, ss. 34-35.

<sup>157</sup> Onaran, Kadın-Erkek Eşitliği, ss. 96-99;

<sup>158</sup> Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1 Mart 1980'de imzaya açılarak 3 Eylül 1981'de yürürlük kazanmıştır. 3232 sayılı Kanun düzenlemesi ve ilgili Bakanlar Kurulu kararının ardından söz konusu uluslararası sözleşme, Türk Hukuk Sisteminde 19.01.1986 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Sözleşme metni için bkz. Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) <https://www.unicef.org/turkey/pdf/gi18.pdf> (01.03.2018).

<sup>159</sup> Demet Özdamar, **CEDAW Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 531.

ayrımcılığının engellenmesi konusu, AB Hukukunda da oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>160</sup>. Nitekim, 2006/54 sayılı Direktifte<sup>161</sup>, AB Hukuku'nun ana prensipleri arasında “kadın erkek eşitliği” gösterilerek, mezkur eşitliğin sağlanmasının AB'nin görevi ve maksadı olduğu (m.2) vurgulanmıştır. Direktifin 3 ve 4. maddelerinde, “üye devletlerin çalışma hayatında kadın ve erkekler arasında gerçek anlamda eşitliği hayata geçirmek amacıyla tedbirler alıp, bu yöndeki tedbirleri sürdürebileceği” özel olarak düzenlenmiştir<sup>162</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) normları ve Avrupa Birliği Mevzuatında yer alan cinsiyete dayalı ayırım yasağı düzenlemelerinin, Türk İş Hukuku'nda da geniş yansımalarının olduğunu görmekteyiz. Genel olarak ayırım yasaklarının düzenlendiği İş Kanunu'nun 5. maddesinde, özellikle cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesine vurgu yapıldığı açıkça görülmektedir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasının getirmiş olduğu önemli bir yenilik, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki farklı ayrımcılık çeşidini ilk kez ele alarak her ikisini de, (özellikle dolaylı ayrımcılık) açıkça yasak kapsamına almış olmasıdır. Bununla beraber, ne doğrudan ayrımcılığa ne de dolaylı ayrımcılığa ilişkin bir tanım maddede yer almamaktadır<sup>163</sup>.

Doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, kişinin cinsiyeti nedeniyle veya cinsiyete dayalı sebeple farklı bir uygulamaya maruz bırakılarak mağdur edilmesidir. Örneğin, bir kimsenin cinsiyetini veya hamileliğini gerekçe göstererek onu işe almamak ya da cinsiyeti sebebiyle ona daha az ücret zammında bulunmak, doğrudan cinsiyet ayrımcılığıdır<sup>164</sup>. Askerlik yapmayanların işe alınmaması, sadece erkek işçilerin yurtdışına eğitime gönderilmesi de kadın işçilere yönelik açık ayrımcılık uygulamalarındandır<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde Kaya, **Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Avrupa Birliği Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012, ss. 127-291.

<sup>161</sup> <http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a94a2369dc31550b3ac48/13-2006-54.doc> (01.03.2018)

<sup>162</sup> Eda Manav, “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Özel Sayı, Yıl:2013, (Ayrımcılık), s. 745.

<sup>163</sup> Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye – İş Yayınları, Ankara, 2009, s. 606.

<sup>164</sup> Erdem Özdemir, **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 222; Onaran, **Kadın-Erkek Eşitliği**, s. 96.

<sup>165</sup> Özgü Kurşun, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006, s. 65.

Dolaylı ayrımcılık ise görünürde nötr yani tarafsız olan bir düzenlemenin uygulandığı zaman bir grubu diğerlerine nazaran olumsuz etkilenmesi ve bu durumun objektif, makul ve haklı bir nedenle açıklanamaması halinde ortaya çıkmaktadır<sup>166</sup>. Doğrudan ayrımcılıktan farklı olarak burada, görünüşte cinsiyetle alakası olmayan ve herkese uygulanabilecek bir uygulamanın varlığı söz konusudur. Bu tarafsız uygulamanın ciddi bir şekilde cinslerden birini olumsuz etkilemesi gerekmektedir<sup>167</sup>. Sözelimi işe almada bir boy şartı getirilmiş ise -1.80 boyundan uzun olmak gibi- bu şartı sağlayan kadınların oranı düşük olduğundan, dolaylı cinsiyet ayrımcılığından bahsedilebilir. Fakat bu şart, o işyerindeki yüksek makinelerin kullanılması için gerekliyse ve bu tip makineler de o işyerindeki üretimin büyük bir kısmında kullanılıyorsa bu durumda cinsiyet ayrımcılığından bahsedilemez. Ayrıca, doğrudan ya da dolaylı cinsiyet ayrımcılığının söz konusu olabilmesi için işverenin bu yöndeki bir kastının ya da ayırım yapma niyetinin varlığının zorunlu bir unsur olmadığını da belirtmemiz gerekir<sup>168</sup>.

İş K. m. 5 uyarınca, *“aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı gibi işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu nitelikteki hükümlerin uygulanması da, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı göstermeyecektir.”* Bununla beraber, değişik özellikleri haiz işçiler arasında, bilhassa ücret bakımından, nitelik esaslı ayırım yapılabilir. Örneğin; işçilerin öğrenim dereceleri, yaşları, kıdemleri vb. objektif nitelikleri ile çalışkanlıkları, beceriklilikleri, kabiliyetleri, liyakatları vb. subjektif nitelikleri, oluşturulacak ücret farklılıklarına gerekçe olabilir. Bu kriterler işçilerde genelde eşit olarak bulunmayacağından, çoğu zaman işçilerin ücretleri arasında farklılık olması kabul edilebilir bir durumdur. Ancak işçilere eşit ölçüde bir zam tatbikinde çalışanların şahsi niteliklerine bakılmaksızın eşit muamele görmeleri ve bazılarının zam dışında bırakılmaması gerekmektedir<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Ulaş Karan, **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayınları, Ankara, 2009, s. 10; Tamer Soysal, “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:8, Sayı:4, Yıl:2006, s. 8. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf>, (26.11.2017).

<sup>167</sup> Ulucan, s. 200; Yenisey, Metodoloji, s. 992.

<sup>168</sup> Ece Bilir, **Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 85-86; Yenisey, Metodoloji, s. 984.

<sup>169</sup> Narter, ss. 656-658;

### 3.1.3. Ayrımcılık Tazminatında İspat Yükü

İş K. m. 5'in son fıkrasına göre<sup>170</sup> “işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır.” Fakat buradaki ispat zorluğu değerlendirilerek işçilerin ispat yükü yumuşatılmış, belli hallerde mezkûr yükün işverende bırakılacağı düzenlenmiştir. Böylece işçinin ispat yükü hafifletilmiştir<sup>171</sup>.

Mezkûr fıkra gereğince, genel ispat kuralının tersine çevrilerek ispat yükünün işverene geçmesini sağlayan iki durum söz konusudur: İlk durum, iş güvencesine ilişkin İş Kanunu'nun 20. maddesinin uygulanmasıyla, ikinci durum ise işçinin, mevcut bir ihlalin mevcudiyeti olasılığını güçlü şekilde ortaya koymasıyla gerçekleşecektir<sup>172</sup>.

İlk duruma örnek teşkil edecek şekilde; iş güvencesine sahip bir işçinin sözleşmesinin işverence İş K. m. 20'de geçtiği üzere “sebeup gösterilmeksizin veya geçerli sebeup olmaksızın” feshedilmesi sonucunda eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık oluştuğunun iddia edilmesi durumunda, (sözleşmenin, etnik köken ya da siyasi görüş vb. nedenle sona erdirildiğine ilişkin iddiaya -işe iade davası- yönelik) fesih işleminin hukuki geçerliliğe sahip olduğu, İş K. m. 20/2 uyarınca işverence ispatlanmalıdır<sup>173</sup>. İşverenin fesih için geçerli bir neden ortaya koyup ispatlaması durumunda (örneğin işveren; işletme gereklerinin, belirli sayıda işçinin iş sözleşmelerinin feshini gerektirdiğini ispat etmiş olabilir) ise bu kez ispat yükü tekrar işçiye geçer. İşçi de bu durumda ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyarak (ikinci durum) ispat yükünün tekrar işverene geçmesine sebep olabilir. Örneğin müddei işçi, iş sözleşmesi feshedilenlerin büyük çoğunluğunun veya tamamının belirli bir siyasi görüşe sahip olanlar arasından seçildiğini, bu nedenle aslında feshin başka bir gerekçeye dayandığını öne sürerek ayrımcılık yasaklarına aykırı davranıldığını ortaya koyabilir. Bu iddianın genel

<sup>170</sup> Mezkûr fıkranın tam metni şu şekildedir: "20. madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

<sup>171</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 36; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 35; Narter, s. 658; Baysal, s. 92; Ertürk ve Gürsel, s. 455; Yüksel, s. 77; Sever, ss. 60-61.

<sup>172</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 35; Baysal, s. 92; Narter, s. 658; Yüksel, s. 77; Karagöz, s. 70; Sever, ss. 60-61.

<sup>173</sup> Mollamahmutoğlu vd. s. 747; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 35; Ertürk ve Gürsel, s. 455; Yüksel, s. 77; Karagöz, s. 70; Sever, ss. 60-61; Narter, s. 658.

hatlarıyla ortaya koyulması yeterlidir. Böylece, ayrımcılık yapmadığını ispatlama yükümlülüğü işverene geçmiş olur. Burada işveren, sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde hukuka uygun ve objektif kriterler uyguladığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Aksi takdirde fesih geçersiz sayılacak ve işçi, ayrımcılık tazminatına hak kazanacaktır<sup>174</sup>.

İkinci duruma göre çalışan tarafından ayrımcılık iddiası ispatlanamamakla beraber ihlal olasılığı güçlü biçimde ortaya konulursa, işveren mezkûr ihlalin bulunmadığını ispatlamakla yükümlü olacaktır. Bu halde ispat yükünün yer değiştirerek işveren tarafına geçebilmesi için ihlal durumunun kuvvetli olasılık olduğuna ilişkin yargıçta kanaat oluşturabilecek somut, objektif olaylar çalışan tarafından öne sürülmelidir<sup>175</sup>. Misal olarak; kadın çalışanın benzer değerdeki başka görevi icra eden erkek çalışana nazaran çalışma ücretinin gözle görülür biçimde eksik olduğunun ortaya konulması, muhalif adaya destek veren belediye çalışanının seçim akabinde işinin ya da çalışma yerinin gözden geçirilmesi ya da terfi alan bütün çalışanların işverenle aynı din ya da etnik kökene sahip bulunması, yasanın aramış olduğu manada mezkur ilkenin ihlali ihtimalini kuvvetli biçimde ortaya koyan ve ispat yükünün tersine çevrilerek işverene geçmesine sebep olan durumlar olarak değerlendirilebilir<sup>176</sup>. Özetle, işçi kendisine sağlanan hafifletilmiş ispat kolaylığından yararlanmak için bir takım ispatlanması kolay olan ve genel hayat tecrübelerine dayanıldığında bir ayrımcılığın varlığını muhtemel gösteren vakıaları ortaya koyacak, bunun sonucunda da işveren davranışının hukuka uygunluğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır<sup>177</sup>.

Yargıtay'ın eleştirmiş olduğumuz bir kararında<sup>178</sup> ise davalı şirkette doğum sonrası işe başladığı süreçte işverenlikçe hamileliği, doğum ve süt izni sebebiyle kendisinden yeterli verim alınamayacağı ve üstelik eşinin başka bir şirkette çalıştığı gerekçe gösterilerek iş sözleşmesinin feshedilen kadın işçinin ayrımcılık tazminatı talebine karşılık; davalı şirketin ayrımcılık yapılmadığına ilişkin herhangi bir

<sup>174</sup> Nuri Çelik, "İşyeri Gereklere Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebebi İspatlama ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATIDER)**, Cilt:21, Sayı:2, 2007, (Fesihle Eşit Davranma-Makale), s. 29; Baysal, ss. 92-93;

<sup>175</sup> Narter, s. 658; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 35; Ertürk ve Gürsel, s. 455; Yüksel, s. 77; Karagöz, s. 70; Sever, ss. 60-61.

<sup>176</sup> Yüksel, s. 77; Mollamahmutoğlu vd. s. 747.

<sup>177</sup> Baysal, s. 94.

<sup>178</sup> Y.9.HD, 01.12.2015, E.2014/20902, K.2015/34115, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

argüman ortaya koyamayarak sadece ayrımcılık yapılmadığını ve davacıya iş güvencesi tazminatıyla beraber boşa geçen sürenin ücretinin ödendiğini savunarak, davanın reddini istediği görülmektedir. Ayrımcılığın varlığını muhtemel gösteren vakıaları ortaya koyan işçinin hafifletilmiş ispat kolaylığından yararlanarak ayrımcılık yapılmadığını işverenin ispatlaması gerekirken somut olayda verilen kararda “İşçinin iddialarına rağmen dosya kapsamı ve tanık beyanları ayrımcılığı ispatlanmaya yeterli değildir. Bu durum karşısında ispatlanamayan ayrımcılık tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” yönündeki tespitle ispat yükünün işçinin üstünde bırakılması hatalı olmuştur.

#### 3.1.4. Ayrımcılık Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

Eşit davranma ilkesine aykırılığın müeyyidesi, İş Kanunu'nda şu şekilde düzenlenmiştir: (m.5/6) “İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, **dört aya kadar ücreti tutarındaki** uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümleri saklıdır.”

Görüleceği üzere ayrımcılık tazminatı için dört aylık ücret tutarında bir üst sınır belirlenmiştir. Bununla beraber herhangi bir alt sınırın konulmadığı da görülmektedir<sup>179</sup>. Bu itibarla, tazminatın miktarı; somut olayın özelliğine, işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, somut olayda bir veya birden fazla fıkra hükmünün ihlal edilip edilmediğine, işçinin işyerindeki konumuna ve kıdemine uygun olarak yargıç tarafından tespit edilecektir. Gerekçede de ifade edildiği üzere<sup>180</sup>, bu tazminat için temel alınacak ücret, “*asıl (çıplak) ücret*”tir. Dolayısıyla,

<sup>179</sup> Yıldız'a göre “İş Kanunu'nun 5. maddesinin ayrımcılık tazminatı için getirdiği üst sınır, yasa değişikliğiyle kaldırılmalıdır. Üst tavanın kaldırılması gerekliliğinde Yıldız'a göre ilk ve en önemli neden; ayrımcılığın engellenmesi, yaptırımın etkin ve caydırıcı olmasını sağlamak, bu sayede yapılan ayrımcılığın niteliğine ve ağırlığına göre tazminat miktarının hâkim tarafından belirlenmesinin sağlanmasıdır. Diğer bir sebep de AB ile mevzuatların uyumlaştırılması çerçevesinde ayrımcılıkla ilgili tüm direktiflerde tazminata üst sınır konulmamasının hükme bağlanmış olmasıdır. Yıldız'a göre söz konusu üst sınır kaldırılmalı, bunun yerine ayrımcılık tazminatı için dört aylık ücret tutarı, bir alt sınır olarak düzenlenmelidir.” (Yıldız, ss. 169, 370-372, 388-389); Gerçekten, üst sınıra bağlı olmama kuralı, 2006/54 sayılı Direktif'in 18'inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

<sup>180</sup> Mezkûr maddenin gerekçe metninin son paragrafında şu ifadeler yer almaktadır: “Maddenin altıncı fıkrasında hukukî yaptırım olarak öngörülen işçinin ‘dört aya kadar ücreti tutarındaki’ tazminat için esas olacak ücret ‘*asıl ücret*’ olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dâhil değildir.”



ücret eki niteliğindeki “*ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların (yakacak yardımı, yemek yardımı vb.)*” ayrımcılık tazminatı hesabına esas olacak asıl ücrete dâhil olmayacağı anlaşılmaktadır<sup>181</sup>.

Ayrımcılık tazminatı, teknik manadaki tazminatlardan olmayıp mezkûr ilkeye muhalefetin hukuki yaptırımını (bir tür medeni ceza)<sup>182</sup> olduğundan, işçilerin, ayrımcılık tazminatını talebi için salt ayırım yaratan uygulama veya eyleme dâçar olması kifayetli olmakta, ilaveten zararın doğmuş bulunması ya da işverenin kusuru aranmamaktadır. Ayrıca İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrası, nisbi emredici hüküm niteliğinde olduğundan, toplu iş sözleşmesi ya da bireysel sözleşmelerle ile ayrımcılık tazminatının üst sınırının yükseltilebilmesi mümkündür. Bununla beraber işçi aleyhine olacak şekilde söz konusu hükme aykırı sözleşme kuralları ise geçersiz olacaktır. Söz gelimi, iş sözleşmesi ile ayrımcılık tazminatı için üst sınırın 2 aylık çıplak ücret olarak kararlaştırılması, geçersiz sayılacaktır. Geçersizlik sebebiyle meydana gelen kural boşluğu, “*eşit davranma ilkesinin temel prensiplerine uygun olarak*” doldurulmalıdır<sup>183</sup>.

Ayrımcılığa neden olan eylemin işçi tarafından öğrenildiği tarih itibariyle ayrımcılık tazminatı alacağı muaccel hale gelir. Ayrımcılık tazminatı hesabında esas alınacak ücret ise fesih tarihindeki veya ayrımcılık yasağına aykırı davranışın işçi tarafından öğrenildiği tarihteki çıplak brüt ücrettir. Fakat davacı olan işçi, net tutar üzerinden hüküm kurulmasını istemişse, taleple bağlılık ilkesi gereğince, hâkim bu talebin üzerinde bir tazminat belirleyemeyecektir<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 36; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 34; Ertürk ve Gürsel, s. 448; Yüksel, s. 76; Karagöz, s. 69; Sever, ss. 62-63; Narter, ss. 658-660; Mollamahmutoğlu vd. s. 746; Özcan, İşçilik Alacakları, s. 191; Yıldız, s. 329.

<sup>182</sup> Yenisey, ayrımcılık tazminatının uğranılan zararın karşılığı olarak öngörülmediğinden bahisle, gerçek tazminatlardan olmadığını, “*götürü niteliğinde bir tazminat (medeni ceza)*” sayılması gerektiğini dile getirmektedir. (Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 77.)

<sup>183</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, s. 36; Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 34; Ertürk ve Gürsel, s. 448; Yüksel, s. 76; Karagöz, s. 69; Sever, ss. 62-63; Narter, ss. 658-660; Mollamahmutoğlu vd. s. 746; Özcan, İşçilik Alacakları, s. 191; Yıldız, s. 329.

<sup>184</sup> Özcan, İşçilik Alacakları, s. 191.

### 3.1.5. Ayrımcılık Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi

Bu tazminatın alacaklı tarafı; iş ilişkisi devam ederken veya işin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalan işçidir. Eşit davranma ilkesini ihlal ederek ayırım yapma yasağına aykırı davranan işveren ise ayrımcılık tazminatının borçlusudur<sup>185</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 12 Ekim 2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun<sup>186</sup> 15. maddesi uyarınca 4857 sayılı Kanun'a ilave edilen 'Ek Madde 3/d' uyarınca iş sözleşmelerinin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı şekilde sona erdirilmesinden doğan ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi 5 yıl olarak düzenlenmiştir. Mezkûr hükmün lafzından ve madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere sadece fesih esnasında eşit davranma ilkesine aykırılık sebebiyle hak kazanılan ayrımcılık tazminatı için zamanaşımı süresi 5 yıl olarak belirlenmiştir<sup>187</sup>. Bilindiği üzere fesih söz konusu olmaksızın iş ilişkisinin devam ettiği sırada işveren tarafından eşit davranma ilkesinin ihlal edilmesi de işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanmasına sebep olacaktır. Bu itibarla söz konusu düzenlemeyle birlikte ayrımcılık tazminatında zamanaşımı uygulamasına yönelik tazminatı doğuran sebepler açısından ikili ayırım getirildiği gözlenmektedir. Buna göre, eğer ayrımcılık tazminatı, iş sözleşmesinin feshinde gündeme gelir ise zamanaşımı süresi 5 yıl olacak, diğer yandan iş ilişkisinin yürütülmesi esnasında

<sup>185</sup> Yıldız, s. 348; Narter, s. 660;

<sup>186</sup> Resmi Gazete (25.10.2017 Tarih ve 30221 Sayılı),

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/10/20171025-8.htm>, (09.10.2018).

<sup>187</sup> Bahsi geçen zamanaşımı düzenlemesinin sadece fesih esnasında ortaya çıkan alacaklar için yapıldığını düzenleyen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin gerekçe metninde de bu husus şu ifadelerle vurgulanmaktadır: "...Feshe bağlı alacaklar, 6098 sayılı Kanunun 147 nci maddesinde tahdidi olarak sayılan ve beş yıllık zamanaşımına tabi alacaklar arasında sayılmadığı için anılan Kanunun 146 ncı maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir. İşverenler yönünden bu sürenin uzun olduğu, yapılan bir fesih sebebiyle on yıl boyunca dava tehdidi ile karşı karşıya kalınmasının yeni yatırımlar yapılması konusunda işverenlerin cesaretini kırdığı ve ekonomik anlamda önünü görme ve plan yapma konusunda sıkıntılar yaşanmasına sebep olduğu sıklıkla dile getirilmektedir. İşçiler yönünden ise fesih tarihinin tartışmasız ve net bir şekilde bilindiği, feshe bağlı alacağını dava etmek isteyen işçi için günümüz iletişim imkanları ve bilgilendirilme durumu dikkate alındığında, feshi itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin çok uzun olduğu, kendi alacağına karşı uzun süre kayıtsız kalmanın hukuk düzeni tarafından korunmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bu sürenin kısaltulmasının, işçinin yeni iş bulma ve geleceğini planlamasına katkı sağlayacağı ve feshe bağlı alacağını talep etmek konusunda bir an önce harekete geçmesinin lehine olan delillerin korunmasına yardımcı olacağı da dile getirilmektedir. Bu kapsamda işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın olabilecek en kısa sürede çözümlenmesinin sosyal barışa katkı sağlayacağı da düşünülmektedir..."

meydana gelir ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>188</sup> m. 146 gereğince, “*genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içinde*” ayrımcılık tazminatı talep edilebilecektir ki kanımızca aynı tazminat için iş ilişkisinin devamı ve fesih durumları bakımından iki farklı zamanaşımı süresinin getirilmesi yerinde olmamıştır<sup>189</sup>.

Diğer yandan ayrımcılığa neden olan eylemin işçi tarafından öğrenildiği tarihte ayrımcılık tazminatı alacağı, muaccel hale gelir ve belirtilen “*5 ya da 10 yıllık zamanaşımı süresi*” de muacceliyet anı itibariyle işlemeye başlayacaktır. İşçilerin ücret ödemelerinde eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık durumunda söz konusu olacak bakiye ücret alacaklarına ilişkin talep de TBK’nun 147. maddesi ve İş Kanunu’nun 32/ek fıkrası kapsamında 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Buradaki beş yıllık sürenin her ücret alacağı için mezkur ücret alacağının doğduğu an itibariyle işletileceği de gözden kaçırılmamalıdır<sup>190</sup>.

Ayrımcılık tazminatı ile ilgili özel bir faiz uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu tazminata temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır<sup>191</sup>. Faiz başlangıcı ise haksız fiilde olduğu gibi ayrımcılığın yapıldığı zamandır<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Resmi Gazete (04.02.2011 Tarih ve 27836 Sayılı),

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (01.03.2018).

<sup>189</sup> Hatırlatmak gerekir ki, ayrımcılık tazminatıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresinin öngörülmediği ve fesih durumu için ayrı bir düzenlemenin yapılmadığı 7036 sayılı yasa öncesindeki durumda ayrımcılık tazminatı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 147 kapsamına da dâhil olmadığından TBK 146’ncı madde uyarınca, genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zaman diliminde talebi gerekiyordu.

<sup>190</sup> Özcan, İşçilik Alacakları, s. 194; Yıldız, s. 348; Narter, s. 660;

<sup>191</sup> 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un 1. maddesine göre “*Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.*” Madde hükmünde, “*miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse*” ibaresi bulunduğundan, yasal faizin üstünde bir faizin ödenmesi, sözleşme ile kararlaştırılabilir. Eğer sözleşme ile bir faiz oranı belirlenmişse, bu oranın uygulanması gerekir. Osman Usta, **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, Feryal Matbaaları, Ankara, 1998, ss. 915-916.

<sup>192</sup> Özcan’a göre, “*davanın 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde açılması veya kısmi dava olarak açılması halinde temerrüt tarihinden itibaren faiz işlemeye başlar. Davalı, dava tarihinden önce temerrüde düşürülmemiş ise dava dilekçesinde istenen tutar için dava tarihi, ıslahla artırılan kısım için ıslah dilekçesinde faiz istenmesi koşuluyla, ıslah tarihi faiz başlangıcı olur. Diğer yandan, dava 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca tahsil talebiyle belirsiz olacak davası şeklinde açılmış ve davalı evvelce temerrüde düşürülmemişse dava tarihi itibariyle faiz işlemeye başlayacaktır. Dava açıldıktan sonra alacağın belirlenmesi aşamasında, davacı temerrüt tarihinden veya dava tarihinden itibaren faiz istemiş ise belirlenen alacağın tamamı için davacının talebine göre faiz başlangıcı belirlenecektir.*” (Durmuş Özcan, **Uygulamalı İş Davaları**, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara, 2016, (İş Davaları), s. 192)

### 3.1.6. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden Ayrımcılık Tazminatı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>193</sup> “*prime esas kazançlar*” başlıklı 80'inci maddesinin ‘a’ bendinde, sigortalıların prime esas kazançlarının hesabına dâhil edilecek ödemeler sayılırken; “*Hak edilen ücretlerin; prim, ikramiye ve benzeri nitelikte olup o ay içinde sigortalılara yapılan ödemelerin*” bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Mezkûr maddenin ‘b’ bendinde ise prime esas kazançta tabi tutulacak ödemelerin istisnaları zikredilmiş olmakla beraber ayrımcılık tazminatının bu bent kapsamındaki istisnalar arasında yer almadığı görülmektedir.

Sosyal sigorta primleri yönünden ayrımcılık tazminatı incelenirken, ikili bir ayrıma gidilmelidir. İşe alımda iş sözleşmesi hiç kurulmadığından ve iş sözleşmesinin feshinde de işçilerin çalışma yeriyle aralarındaki hukuksal bağlantı, sözleşme feshiyle sonlandığından mezkur tazminat, prime esas kazançlara dâhil edilmeyecektir. İşe devam ederken yapılan ayrımcılık halinde ise tazminat tutarı sigorta primine esas aylık kazançta dâhil edilebilecektir<sup>194</sup>.

Vergi Hukuku yönünden ayrımcılık tazminatı incelendiğinde, öncelikle belirtmek gerekir ki, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun<sup>195</sup> 61'inci maddesinin ilk fıkrasında ücretin tanımı yapılmış ve sonra yine aynı maddenin diğer fıkrasında ise; “*evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatlerin de ücret sayılacağı*” belirtilmiştir<sup>196</sup>. Ayrıca mezkûr maddede, “*ücretin ödenek, tazminat, ... prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği*” de ifade edilmiştir. Buna göre İş K. m. 5 uyarınca yapılacak ödeme; işverenin eşit davranma

<sup>193</sup> Resmi Gazete (16.06.2006 Tarih ve 26200 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5510.doc>, (01.03.2018).

<sup>194</sup> Müjdat Şakar ve Ayşe Yiğit Şakar, **İşçiye Ödenecek Tazminatlar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010, ss. 107-108; Narter, s. 661; Bununla beraber, Özcan'a göre hesaplanan ayrımcılık tazminatından hiçbir şekilde SGK kesintisi yapılmaz. (Özcan, İş Davaları, s. 192.)

<sup>195</sup> Resmi Gazete (06.01.1961 Tarih ve 10700 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.193.pdf>, (01.03.2018).

<sup>196</sup> 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 25'de gelir vergisinden müstesna tutulacak tazminatlar sayılmış olup bu kapsamda ayrımcılık, kötüniyet ve iş güvencesi tazminatlarının, gelir vergisinin istisna hükmünde yer almadıkları görülmektedir.

ilkesini ihlaline yönelik, işçisine yapacağı ücret ödemesi olması sebebiyle hangi isim altında yapıldığının önemi olmaksızın gelir vergisi kesintisine uğrayacaktır<sup>197</sup>.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, ayrımcılık tazminatı damga vergisine de tabidir<sup>198</sup>.

### 3.2. KÖTÜNİYET TAZMİNATI

İş sözleşmesini fesih hakkını kötüye kullanmanın müeyyidesi olan “*kötüniyet tazminatı*”, İş Kanunu’nun 17. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir<sup>199</sup>. Olmayan bir hakkın kötüye kullanımı mevzubahis olamayacağına göre ilk olarak, süreli fesih hakkının mevcudiyeti gerekir. Nitekim, “*süreli fesih hakkı*” da prensip itibariyle, belirsiz süreli sözleşmelerde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, kötüniyet tazminatının süreli fesih hakkına münhasır bir müessese olmasından bahisle belirli süreli sözleşmelerde uygulanamayacağı, sadece belirsiz süreli sözleşmelerde bahse konu olabileceği anlaşılmaktadır. Özetle; bu tazminat, işgüvencesi kapsamının dışındaki işçilerle yapılan belirsiz süreli iş sözleşmelerinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde feshedilmesinde gündeme gelecektir<sup>200</sup>.

<sup>197</sup> Gülmelihat Doğan, “Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2014/1, 2014, (Ayrımcılık Tazminatı), s. 375; Usta, s. 883.

<sup>198</sup> 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu m. 9’da; damga vergisinden muaf tutulacak kâğıtların, mezkûr Kanun’a ekli (2) sayılı tabloda yer aldığı belirtilmiştir. İstisnaların yer aldığı söz konusu tablo incelendiğinde; ayrımcılık, kötüniyet ve iş güvencesi tazminatlarının damga vergisinden müstesna olmadıkları anlaşılmaktadır. 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu’nun (1) Sayılı Tablosunun “Damga Vergisine Tâbi Kâğıtlar” başlığının “IV. Makbuzlar ve diğer kâğıtlar” bölümünün “1. Makbuzlar” maddesinin ‘b’ fıkrası kapsamındaki “*Maaş, ücret, gündelik, huzur hakkı, aidat, ihtisas zammı, ikramiye, yemek ve mesken bedeli, harcırah, tazminat ve benzeri her ne adla olursa olsun hizmet karşılığı alınan paralar (avans olarak ödenenler dâhil) için verilen makbuzlar ile bu paraların nakden ödenmeyerek kişiler adına açılmış veya açılacak carî hesaplara nakledildiği veya emir ve havalelerine tediye olunduğu takdirde nakli veya tediye temin eden kâğıtlar*” için uygulanan damga vergisi oranının “**Binde 7,59**” olduğu belirtilmektedir. Konumuz kapsamındaki tazminatlar için bu oranın geçerli olduğu görülmektedir.

<sup>199</sup> Buna göre, “*18’inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21’inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir.*”

<sup>200</sup> Şükran Ertürk, “4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih Hakkı”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 243-282; Mollamahmutoglu vd. ss. 940-941; Süzek, İş Hukuku, s. 583.

### 3.2.1. Kötüniyet Tazminatının Hukuki Niteliği

Belirsiz süreli sözleşmelerin işveren tarafından gerekçe gösterilmeksizin önelli ya da peşin ödemeyeyle feshedilmesi mümkün olduğundan, bu feshin arkasında, zaman zaman hukuken mazur görülemeyecek düşüncelerin yatabilmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin, bir işçinin sözleşmesi, “işçi yasal bir hakkını aradığı, işveren aleyhine mahkemede tanıklık yaptığı veya işverenle farklı bir siyasi eğilime mensup olduğu için” feshedilmiş olabilir. Bu tür hallerde kötüniyetli fesih, bir diğer ifadeyle fesih hakkının kötüye kullanılması söz konusu olacaktır<sup>201</sup>.

Kötüniyetli fesih uygulamasının müeyyidesi, feshin geçersizliği değil “kötüniyet tazminatı” şeklinde tanımlanan tazminattır. Bu tazminat; “ihbar tazminatının nitelikli bir şekli”<sup>202</sup>, onun üç katı tutarındaki, kesin ve götürü bir miktar olarak, kanunen belirlenmiş maktu bir tazminattır<sup>203</sup>. Hükmün nisbi niteliğinden ötürü, sözleşmelerle doğrudan bu tazminatın miktarının artırılması olanağı olduğu gibi fesih bildirim önellerinin artırılmasıyla da kötüniyet tazminatı artırılabilir<sup>204</sup>.

TBK'nun 434. maddesinde, bu kanuna tabi işçiler için geçerli olmak üzere benzer bir hüküm yer almaktadır<sup>205</sup>. ‘Feshe karşı koruma’ başlıklı mezkûr hüküm, şu şekildedir: “Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin **üç katı** tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür.” Genel kanun olması hasebiyle Borçlar Kanunu'nun, 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na<sup>206</sup> göre çalışanlara uygulanması söz konusu olmasa da (nitekim bahsi geçen kanunlarda, konuya ilişkin

<sup>201</sup> Ercan Akyiğit, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, (İş Güvencesi), s. 132.

<sup>202</sup> Bu tanımlama, Yargıtay kararında da benzer şekilde göze çarpmaktadır: “...Kötüniyet tazminatının ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olduğu kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla kötüniyet tazminatının içinde ihbar tazminatı da vardır...” Y.9.HD, 07.03.2005, E.2004/13414, K.2005/7439, <http://www.kazanci.com>, (22.02.2018).

<sup>203</sup> Fevzi Demir, “Karar İncelemesi-Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu-İş**, Cilt:9, Sayı:1, 2007, (Kötüniyet Tazminatı), s. 48.

<sup>204</sup> Narter, s. 444; Mollamahmutoglu vd. s. 940.

<sup>205</sup> Borçlar Kanunu ve İş Kanunu açısından kötüniyet tazminatının mukayeseli değerlendirmesi için bkz. Erdem Özdemir, “Yeni Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:7, Sayı:27, Eylül-2012, s. 28.

<sup>206</sup> Resmi Gazete (29.04.1967 Tarih ve 12586 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.854.pdf>, (01.03.2018).

özel hüküm bulunmaktadır.) bu konuda boşluk bulunan ve herhangi bir düzenlemeye sahip olmayan 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na<sup>207</sup> tabi çalışanlar hakkında mezkûr Borçlar Kanunu hükmü uygulanabilecektir<sup>208</sup>.

Sorumluluk hukukunun genel esası, haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık hallerinde zarara uğrayan tarafın gerçek zararının karşılanmasıdır. Hâlbuki, iş hukukunda bazı yaptırımlar götürü tazminat<sup>209</sup> şeklindedir. Diğer bir ifade ile iş mevzuatında bazı tazminatlar kesin ve götürü şekilde hesaplanmakta, bazılarının ise asgari ve/veya azami sınırı kanunla götürü olarak belirlenmiştir<sup>210</sup>. Kötüniyet tazminatı da, ayrımcılık tazminatına benzer şekilde “zarar kavramından bağımsız, maktu ve götürü nitelikte” bir tazminat çeşididir. İşverenin süreli fesih hakkını kötüye kullandığının ispatı, kötüniyet tazminatına hak kazanmak için yeterli olup işçinin buna ilave olarak fesihten dolayı zarar gördüğünü, zarar miktarı ve büyüklüğünü ispatlama yükümlülüğü yoktur. Buradaki hükmün gayesi, işvereni hakkı kötüye kullanmaktan çekinmeye zorlamaktır. Tazminatın bu niteliği göz önünde bulundurulduğunda, teknik manada tazminat sayılamayacağı açıktır<sup>211</sup>. Nitelik ve fonksiyon bakımından taşıdığı bu özellikleri nedeniyle, kötüniyet tazminatı, hukuken “medeni ceza veya hususi ceza (peine privee)” şeklinde nitelendirilmektedir<sup>212</sup>.

İş Kanunu'nun, 17. maddesinin 6. fıkrasına göre “fesih için bildirim şartına da uyulmaması, ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.” Buradan da anlaşılacağı üzere, gerekli şartlar bulunduğu takdirde kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatına birlikte hak kazanılabileceği, hükmün lafzında özellikle vurgulanmıştır. Bu itibarla, iş sözleşmesi ihbar sürelerine uyulmadan ve dürüstlük

<sup>207</sup> Resmi Gazete (20.06.1952 Tarih ve 8140 Sayılı),  
www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5953.doc, (01.03.2018).

<sup>208</sup> Durmuş Özcan, **İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Fesih ve İş Güvencesi), s. 461.

<sup>209</sup> Götürü tazminatların caydırıcı niteliği için bkz. Mehmet İstemi, “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt:3**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 2707-2708.

<sup>210</sup> Mehmet Nusret Bedük, “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt:1**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 938-939.

<sup>211</sup> “Nitekim hem teknik hem klasik manada, tazminatın ödenmesi için ortada bir zarar olması gerekir ki bu zararın miktarı göz önüne alınarak tazminat hesaplanır.”

<sup>212</sup> Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1976, (Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması), s. 125; Narter, s. 443; Mollamahmutoğlu vd. s. 941; Özcan, Fesih ve İş Güvencesi, ss. 461-462.

kurallarına da aykırı bir şekilde feshedildiği durumda, kötüniet tazminatı ile ihbar tazminatına beraber hükmolunacaktır.

Söz konusu hükümde sadece işverence fesih hakkının kötüye kullanılması hali düzenleme altına alınmış, işçi tarafından bu hakkın kötüye kullanılmasına değinilmemiştir. Hükmün lafzı, tereddüte mahal bırakmamaktadır. Bu itibarla, işçi tarafından fesih hakkı kötüye kullanıldığında, işverence kötüniet tazminatı talep edilemeyecektir. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinin 2. fıkrası<sup>213</sup> uygulanarak genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminata hükmedilebilecektir<sup>214</sup>. Buna ilave olarak, iş sözleşmesi haklı sebeple de olsa işçi tarafından feshedildiğinde artık bu işçinin kötüniet tazminatına hak kazanması mümkün olmayacaktır<sup>215</sup>.

### **3.2.2. Kötüniet Tazminatının Şartları**

#### **3.2.2.1. İş Güvencesi Hükümlerine Tabi Olmama**

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrasında “*bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21'inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilere*” kötüniet tazminatı ödenebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, 18-21. maddeler arasında düzenlenen iş güvencesi hükümlerine tabi işçilerin, diğer koşulları taşısalar da kötüniet tazminatına hak kazanamayacağını söyleyebiliriz<sup>216</sup>.

<sup>213</sup> ‘Sınırsız hak sınırsız adaletsizliğe yol açar’ düşüncesinden ortaya çıkan hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralına paralel olarak TMK m. 2/2’de düzenlenmiştir. “*Kişiyeye hukuktan tanınan bir hakkın, açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumlarında ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesidir.*”

<sup>214</sup> Algan Gültan, **İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, ss. 64-65; Mollamahmutoğlu vd. s. 940; Özcan, Fesih ve İş Güvencesi, s. 461; Süzek, İş Hukuku, s. 584.

<sup>215</sup> “...İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı sebeple feshedilmesi sebebiyle kötüniet tazminatının unsurları gerçekleşmemiştir...” (Y.22.HD, 2012/28268, E.2013/26377, K.21/11/2013), <http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminatı-ile-ilgili-yargıtay-kararları/>, (25.02.2018).

<sup>216</sup> “...4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmü gereğince, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötüniet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir. Somut olayda, davacının kıdeminin altı aydan fazla olması, işveren vekili veya yardımcısı konumunda bulunmaması ve davalının aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçi sayısı toplamının otuz rakamının üzerinde olması nazara alındığında, davacının iş güvencesi kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır. Anılan nedenle, 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrası gereğince, davacının kötüniet tazminatı talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”



Kötüniyet tazminatı, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçinin iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedilmesini engellemeye yönelik işvereni sınırlayan bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. İş güvencesi hükümlerinden faydalanan işçilere kötüniyet tazminatı talebi yerine işe iade hakkının verilmesiyle alakalı kanuni düzenlemelerin gerekçesinde, işe iade prosedürünün işçilere daha kuvvetli himaye tesis ettiği ve işçilerin mutlaka bunu tercih edecekleri görüşü yer almaktadır. Bununla beraber iş güvencesi hükümlerine göre çalışırken kötüniyetli şekilde sözleşmeleri feshedilen işçilerin eski işlerine tekrar başlama isteğinde olmaması ya da işe tekrar başlama imkânının fiili olarak bulunmaması durumlarında mevcut düzenleme yeterli olmamaktadır. Bu durumlarda işçi, iş güvencesi tazminatından da kötüniyet tazminatından da mahrum kalmaktadır<sup>217</sup>. Nitekim, işgüvencesi kapsamındaki çalışanlar, fesih işleminin geçersizliğine karar verilebileceği ve işe iade imkânından yararlanılabileceği için kötüniyet tazminatı talebinde bulunamaz. Bu nedenle, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesinin kötüniyetli feshedilmesinde, işverenin bu davranışının karşılığı olarak ayrıca bir yaptırım uygulanmaması, işverenin fesih hakkını çok rahat bir şekilde kullanmasına imkân sağlamaktadır<sup>218</sup>.

İş Kanunu'muzun 18. maddesinin 1. fıkrasında işçinin iş güvencesine sahip olabilmesi için gereken şartlar belirtilmiştir. Buna göre, “*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.*” Bu durumda, “*otuzdan az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan veya altı aydan az kıdemi olan işçiler,*” iş güvencesinden yararlanamayacağından kötüniyet tazminatı uygulaması söz konusu olabilecektir.

---

(Y.22.HD, 2014/5140, E.2014/5624, K.11.03.2014), <http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminat-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>, (25.02.2018).

<sup>217</sup> Nuri Çelik, “İş Güvencesi - Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:5, Sayı:10, Güz-2006/2, ss. 1-6.

<sup>218</sup> Bedük, s. 931; Narter, ss. 445-446.

### 3.2.2.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

İş güvencesi hükümlerinden faydalanmamakla birlikte “*belirli süreli iş sözleşmesiyle*” çalıştırılan işçilerin kötüniyet tazminatını talep edebilmeleri mümkün gözükmemektedir. Nitekim bu halde işveren tarafının süreli fesih hakkı da bulunmamaktadır

Süreli fesih hakkı, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin karakteristik tarafını teşkil etmektedir. Belirli süreli sözleşmeler, süre bitiminden evvel haklı sebep bulunmaksızın tek taraflı sonlandırılırsa, “*sözleşmenin kötüniyetle feshi*” değil “*haksız fesih*” söz konusu olur<sup>219</sup>.

İş K. m. 11/1’de belirsiz süreli sözleşmelerin şu özelliği vurgulanmaktadır: “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır.*” Mezkûr fıkranın devamında da belirli süreli sözleşmelere ilişkin tanım, şu şekilde yapılmıştır: “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.*” Bu doğrultuda, yalnızca hukuksal ilişkinin sonlanacağı tarihin kararlaştırılmasının, belirli süreli sözleşme yapabilmeye yetmeyeceği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin kararlaştırılmasından öte sözleşmenin kurulması esnasında bitiş tarihinin bilinmesi/bilinebilir olması gerekmektedir<sup>220</sup>.

Örneğin “*bir iş seyahati veya belli bir yolculuk için işe alınan şoför, hastalık veya doğum izni nedeniyle işyerinde olmayan işçinin yerine alınan işçi veya inşaatta eksik olan işlerin yaptırılması için işe alınan işçiler*” göz önüne alındığında sözleşme süresi işin maksadından anlaşılabilir. Bununla beraber işin maksadından ya da özelliğinden bahisle belirli süreli sözleşme olduğunun anlaşılabilir olmasının sözleşmeyi belirli süreli hale getirmesi için, tarafların sözleşmeyi ilgili iş için yaptıklarını anlayabilmeleri gereklidir. Böylece sözleşmenin yapılmış olduğu

<sup>219</sup> Süzek, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, s. 135.

<sup>220</sup> Sarp Şahankaya, “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2016/4, 2016, ss. 180-181; Şahin Çil, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi” **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Beta Yayınları, Ankara, 2010, s. 33.

zamanda işçinin, amaç ya da nitelik yönünden belirli süreli olduğu fark edilebilen görevde çalışacağını anlaması gerekir<sup>221</sup>.

İş K. m. 11/2 uyarınca, “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.*”. Bu hüküm kapsamında belirsiz süreli iş sözleşmesi mevzu bahis olduğunda, bu tip sözleşmelerin özelliklerinden ve feshe karşı korumaya yönelik hükümlerinden yararlanılabilecek böylece iş sözleşmesi dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde feshedildiğinde kötüniet tazminatı talep edilebilecektir<sup>222</sup>.

Asgari süreli sözleşmeler, “*sözleşmenin belirli bir süre boyunca bildirimli fesih yolu ile sona erdirilmesinin taraflarca konulan hükümle engellendiği*” sözleşmelerdir<sup>223</sup>. Bu tür sözleşmelerde, belirlenen asgari süre içerisinde bildirimli feshin yasaklanması, belirli süreli sözleşmelerle benzerlik oluşturmaktadır. Bu itibarla kanaatimizce, belirlenen asgari süre içerisinde süreli fesih hakkı bulunmayacağından bu dönemde kötüniet tazminatı talebi de söz konusu olamayacaktır. Bununla beraber, kararlaştırılmış olan zamanın bitmesiyle beraber işçi ve işveren bildirimli fesih hakkına kavuşacağından bu andan itibaren kötüniet tazminatı hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Azami süreli sözleşmeler ise “*kararlaştırılan süre boyunca bildirimli fesih imkânının saklı tutulduğu ve belirlenen sürenin sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği sözleşmeler*” olarak tanımlanmaktadır. Böylece sözleşmenin en çok hangi tarihe kadar geçerli olacağı taraflarca belirlenir. Mezkur sözleşmeler, süreli fesih yoluyla sonlandırılabilmesi yönüyle “*belirsiz süreli iş sözleşmelerine*”; süre bitiminde re’sen sonlanması yönüyle de “*belirli süreli iş sözleşmelerine*” benzemektedirler. Dolayısıyla sözleşmenin hukuksal niteliği tartışmalı olsa da genel kanı, karma nitelikli bir sözleşme olduğu yönündedir.<sup>224</sup>. Kanaatimizce; bu tür

<sup>221</sup> Serkan Ayan, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, Cilt:54, Sayı:4, 2005, s. 442; Gültan, s. 72.

<sup>222</sup> Ayan, s. 459; Gültan, s. 75.

<sup>223</sup> “*Bu tür sözleşmelerde karar verilen husus; sözleşmenin hangi tarihte sonlanacağı değil, hangi tarihe kadar sonlandırılmayacağıdır. Kararlaştırılan bu sürenin dolması ile birlikte taraflar sözleşmeyi bildirimli fesih yolu ile feshetme imkânına kavuşmaktadırlar.*” Şahankaya, ss. 182-183.

<sup>224</sup> “*Karma teoriye göre kararlaştırılan sürenin sonuna kadar belirsiz süreli iş sözleşmesi hükümleri, sürenin dolması ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin olarak ise belirli süreli iş sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır.*” Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 22; Şahankaya, ss. 183-184.

sözleşmeler, kararlaştırılan azami süre sona ermeden işverence dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde feshedildiğinde, kötüniyet tazminatı hükümleri uygulanabilecektir.

Bozucu şarta bağlı sözleşmelerde ise “*ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirli olmayan bir husus*” mevzubahistir. Bu noktada eğer ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan bir bozucu şart kararlaştırılmışsa sözleşmenin belirsiz süreli olacağı değerlendirilmektedir. Bozucu şart, sözleşmenin sonlanacağı zamanın objektif olarak öngörülebilmesine imkan verdiği takdirde ise belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir<sup>225</sup>. Dolayısıyla, bozucu şartın belirli bir tarihte gerçekleşeceğinin bilinip bilinmemesine göre sözleşme türü değişiklik göstereceğinden, kötüniyet tazminatının sadece gerçekleşeceği tarih belli olmayan bir bozucu şart kararlaştırıldığı durumlar için geçerli olabileceği görülmektedir.

Son olarak ilave etmek gerekir ki, kötüniyet tazminatına hak kazanılabilmesi için sözleşmenin belirsiz süreli olması yeterli olup, sözleşmenin kısmi ya da tam süreli olmasının bu açıdan bir önemi yoktur<sup>226</sup>.

### **3.2.2.3. Fesih Bildiriminin, Hakkın Kötüye Kullanılmasına Yol Açması**

Kötüniyet tazminatına hak kazanabilmek için iş güvencesine sahip olmama (menfi şart) ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmanın yanı sıra fesih hakkının kötüye de kullanılması gerekmektedir<sup>227</sup>. Nitekim feshe ilişkin kötüniyet ortaya konulmadıkça kötüniyet tazminatı söz konusu olamayacaktır<sup>228</sup>. Diğer yandan, süreli fesih hakkı kötüye kullanıldığında fesih işlemi geçerliliğini sürdürecektir. Bu itibarla dürüstlük kuralına uyan fesihten farkı bulunmamaktadır fakat başta kötüniyet tazminatı olmak üzere bazı tazminatların ödenmesi gerekecektir<sup>229</sup>.

<sup>225</sup> Gümrükçüoğlu, s. 32; Şahankaya, ss. 184-185; Ayan, s. 440.

<sup>226</sup> Narter, s. 447.

<sup>227</sup> “...Davacının hizmet akdinin ekonomik kriz nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı, feshin kötüniyetle gerçekleştirildiğini kanıtlayamadığından, kötüniyet tazminatı talebinin reddi gerekir...” Y.9.HD, 3.10.1995, E.1995, K.1995/30169, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Şubat-1996, Cilt:22, Sayı:2, ss. 220-221. (<https://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/subat1996.pdf>), (25.02.2018).

<sup>228</sup> Y.9.HD'nin 3.5.2013, E.2011/9265, K.2013/13394 sayılı kararına göre “İşverenin iş akdini kötüniyetle feshettiği iddiasında bulunan işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Aksi halde, kötüniyet tazminatına hak kazanamayacaktır.” ([http://www.hurses.com.tr/Haber-Is\\_Hukukunda\\_Fesih\\_Hakkinin\\_Kotuye\\_Kullanilmasi\\_Kotuniyet\\_Tazminati-2758.htm](http://www.hurses.com.tr/Haber-Is_Hukukunda_Fesih_Hakkinin_Kotuye_Kullanilmasi_Kotuniyet_Tazminati-2758.htm)), (25.02.2018).

<sup>229</sup> Bedük, ss. 953-954; Gültan, s. 77.

Sonuç olarak, kötünîyet tazminatına hak kazanabilmek için sayılan üç koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Müteakip başlıkta da hangi durumların objektif iyiniyet kurallarına aykırı olacağı ve fesih hakkının kötüye kullanılmasına sebebiyet vereceği ayrıntılı olarak incelenecektir.

### 3.2.3. Kötünîyet ve Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasında Ölçüt

İş Kanunu'nda hangi hallerin kötünîyetli sayılacağı tek tek belirtilmiş değildir. Gerçi, kanun gerekçesinde<sup>230</sup> kötünîyetli fesihlere misal verilerek “işçinin işvereni hakkında şikâyetle bulunması”, “aleyhine dava açması” veya “şahitlik yapması” bu kapsama sokulmuştur. Bununla beraber, kanunun değişmesinden evvelki deyimiyile, “genel olarak hizmet sözleşmesini fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren (bütün) diğer durumlarda” da mezkur tazminat gündeme gelecektir<sup>231</sup>.

İş sözleşmesini fesih hakkının hangi noktadan itibaren hukukilikten uzaklaşarak “hakkın kötüye kullanılması” sınırına girdiğinin tespitinde kullanılacak ölçütün ne olması gerektiğine ilişkin çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. “Objektif iyiniyet kurallarına aykırılık ölçütü” diğerlerine nazaran daha geniş kapsamlı olduğundan “iş hukukunun işçiyi koruyucu amacına” daha uygun düşmektedir. Objektif iyiniyet ölçütü gereğince işveren tarafından fesih hakkı kullanılırken şahsi durumdan bağımsız şekilde aynı hal ve şartlar altında olan “dürüst, namuslu ve makul işveren” nasıl davranacak idiyse o yönde davranması beklenir. Fesih hakkı kullanılırken mezkur kötünîyet ölçütlerinden herhangi birisine uyan işveren davranışı tespiti durumunda “bu hakkın kötüye kullanıldığı” neticesine varılacaktır. Yargıtay’a göre de “objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına aykırılık ölçütü” fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde başvurulması gereken kriterdir<sup>232</sup>.

<sup>230</sup> [https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski/pdf\\_is\\_kanunu\\_yenilenmis\\_4\\_baski.pdf](https://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf), s. 94, (25.02.2018).

<sup>231</sup> “Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmaması, her somut olayda o olayın özelliği dikkate alınarak ‘objektif iyiniyet kurallarına aykırılık’ ölçütüne göre belirleneceğinden, kanunda ayrıca örnek belirtilmemesi isabetli bulunmuştur.” Çankaya vd, s. 44; Demir, Kötünîyet Tazminatı, s. 44.

<sup>232</sup> “Gerçekten bu ölçüt, öğretide önerilen diğer ölçütleri de kapsayıcı nitelikte olup işverenin fesih hakkını kullanırken zarar verme kastı ya da kusuru da menfaatler arasında aşırı dengesizlik meydana getirmesi de bu hakkın meşru bir menfaat bulunmaksızın veya sosyal amacından saptırarak kullanılması da objektif iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturacaktır.” Mustafa Alp, “İşçinin Feshe

İş sözleşmesinin kötünîyetle feshi durumunda kötünîyetin somut bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Bunun için de insanlar arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesi gerekir. ‘Kötünîyet’ veya ‘iyîniyet’; “*kanun, tüzük, yönetmelik ve hatta örf ve adet hukuku gibi düzenlemeler dışında sosyal ve kültürel ilerleme içinde ahlak, dürüstlük gibi esaslardan esinlenerek toplumun değer yargısı ile oluşan kurallar*” kapsamında şekillenmektedir<sup>233</sup>.

Konuyla ilgili Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, fesih işleminin disiplin kurulundan geçirilmemesinin tek başına kötünîyeti ispat için yeterli olmayacağı görülmektedir<sup>234</sup>. Diğer yandan işçinin işverenini şikâyet etmesi sebebiyle yapılan fesihlerde, kötünîyetin kabul edilmesi için şikâyetin haklılık payının bulunup bulunmadığına, resmi veya özel kuruluşlara yapılıp yapılmamasına bakılmamıştır. Çalışanın şikâyetiyle iş akdinin sonlandırılması arasında illiyet bağı olması durumunda kötünîyetin varlığı da kabul edilmiştir<sup>235</sup>. Misalen, “*işvereni Bölge*

---

Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD)**, Sayı:1, 2003, ss. 13-14, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, (25.02.2018); Süzek, İş Hukuku, s. 579; Narter, s. 448; Bedük, ss. 926-927.

<sup>233</sup> Alp, ss. 13-14; Narter, s. 444.

<sup>234</sup> “*Bu nedenle olayın özel koşullar, oluşumu ve diğer yanları itibarıyla genel değer yargıya göre iyîniyet kurallarına uygun düşen bir fiil ve davranış bir düzenleme ile kötünîyet kuralı olarak ortaya konulamayacağı gibi akside olamaz. Nitekim İş Yasasının 13/C-3. fıkrasında; işçinin sendikaya üye olması şikâyete başvurusu gibi sebeplerle işinden çıkarılması diye bazı örnekler verilmiştir. Onun için genel değer yargıya göre kötünîyet sayılabilecek somut olay ortaya konulup kanıtlanmadıkça sadece ve sadece disiplin kurulu kararı olmadan ve fakat haklı nedenlere dayanan bir fesih kötünîyet sayılamaz. Bu nedenle davacının anılan toplu iş sözleşmesinin 65. maddesinde kabul edilen disiplin kuruluna başvurulmadan çıkarılmasının kötünîyet sayılması doğru değildir. Davada objektif kötünîyeti gösteren somut bir olay kanıtlanmadığına göre mahkemenin kötünîyet tazminatına hükmetmesi doğru değildir.*” (Y.9.HD, 15.10.1983, E.1985/7070, K.1985/9454, Cevdet İlhan Günay, **Şerhli İş Kanunu**, Genişletilmiş 2. Baskı, Cilt:1, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2001, s. 709.)

<sup>235</sup> Şikâyet nedeniyle fesih iddialarında illiyet bağının önemini gösteren Yargıtay Kararları şu şekildedir: “*...Somut olayda, yerel mahkemeye SSK İstanbul Sigorta İl Müdürlüğüne yazılan 17.09.2007 tarihli müzekkere ile ‘davacı Ç.K.’nin 20.04.2007 tarihli başvuru akibetinin ne olduğu’ sorulmuş, ancak anılan müzekkereye cevap verilmemiş ve mahkemeye bu husus üzerinde de durulmamıştır. Davalı vekili dava esnasındaki yazılı beyanlarında ısrarlı şekilde işverenin yukarıda anılan şikâyet dilekçesinden haberdar olmadığı savunmasında bulunmuştur. Yerel mahkemeye, davacının hizmet akdinin kötünîyetli feshedildiği kabul edilerek kötünîyet tazminatına hükmedilmiş ise de bu kabulün gerekçeleri kararda açıklanıp tartışılmamıştır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının işveren hakkında SSK’ya yaptığı şikâyetin işveren tarafından öğrenildiği ve feshin şikâyet nedeniyle yapıldığı hususu yeterince araştırılmamıştır. Mahkemeye SSK’ya yazılan yazı cevabı beklenip gerekirse tekrar yazışma yapılarak davacının şikâyeti üzerine ne tür işlem yapıldığının, bu şikâyet üzerine işverenden bilgi-belge istenilip istenilmediğinin, işyerinde denetim yapılıp yapılmadığının tarihleri ile birlikte tespit edilip, sonucuna göre feshin şikâyete bağlı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken eksik araştırmayla gerekçesiz şekilde davanın kabulü hatalıdır.*” (Y.9.HD, 27.10.2011, E.2009/26652, K.2011/41380) “*...Somut olayda davacının iş sözleşmesinin işvereni SGK ya şikâyeti üzerine yapılan denetimi takiben feshedildiği anlaşıldığından davacının kötünîyet tazminat talebinin kabulü yerine reddi hatalıdır.*” Y.9.HD, 13.05.2013, E.2011/11965,

*Çalışma Müdürlüğüne, SSK'ya veya Cumhuriyet Savcılığına şikayet eden işçinin işten çıkarılması*”, kötüniyetli fesih olarak değerlendirildiği gibi; *“iş kazasından doğan tazminat davası açtığı için”*, *“ücret, kıdem ve izin ücreti farklarının ödenmemesi halinde dava açacağını işverene ihtarname çekerek bildirdiği için”* iş akdi sonlandırılan işçiler, kötüniyet tazminatına hak kazanmışlardır. Bunun yanında, işçinin *“dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istediği için”* ve *“evli kadın işçinin surf hamile kalması ve rapor alması üzerine işten çıkarılması”* da kötüniyetli fesih kabul edilmiştir<sup>236</sup>.

Diğer yandan; *“işverenin zarar etmesi nedeniyle işçi tenkisi yapması ve işçileri mağdur etmemek amacıyla öncelikle emeklilik hakkını kazanmış olanları işten çıkarması”*, *“emeklilik hakkını kazanmasına beş yıl ve daha az süre kalan (üç yıl) işçilerin tenkisi nedeniyle işten çıkarılmayacaklarına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmüne uyulmamış olması”*, *“ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek işten çıkarılan işçi hakkında ‘ilk giren son çıkar’ ilkesine uyulmadan işlem yapılması ve ayrıca çıkarma işleminin İş Kurumuna bildirilmeden yapılması”*, *“yeni katsayı nedeniyle kıdem tazminatı tavanında meydana gelecek artıştan kısa bir süre önce iş sözleşmesinin feshedilmesi”* ve nihayet *“işçinin raporlu olduğu süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmesi”* durumları, tek başına kötüniyetli feshi ispat için yeterli görülmemiştir. Benzer şekilde, *“yerel seçimler sonunda seçilen yeni belediye başkanının önceki dönemde işe alınan işçilerin hizmet akitlerini haklı bir neden olmaksızın feshedip yerine yeni işçi almaması halinde yapılan fesihlerin”* kötüniyet taşımadığı kabul edilmiştir. Yine, *“ekonomik kriz sonucu ödenemeyen ikramiye ve sosyal yardımlar nedeniyle işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini feshetmesi”* kötüniyet tazminatı için yeterli görülmemiştir<sup>237</sup>.

Ailevi durum, cinsiyet, ırk ve köken gibi doğuştan gelen özelliklere dayalı olarak gerçekleştirilen fesih, kötüniyetlidir. Benzer şekilde; din, dünya görüşü, giyim tarzı, yaş, kırmızı saç gibi genel görünüşe ait bir özellik, içine kapanıklık, aşırı titizlik gibi karakter çizgilerine dayalı fesihler de dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu bağlamda homoseksüellik veya cinsiyet değiştirme de fesih nedeni olamaz. Aynı

---

K.2013/14285, (<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>), (25.02.2018).

<sup>236</sup> Demir, Kötüniyet Tazminatı, ss. 45-46; Bedük, ss. 928-930; Narter, s. 450.

<sup>237</sup> Demir, Kötüniyet Tazminatı, s. 46; Bedük, ss. 928-930.

şekilde üçüncü kişi ile akrabalık, arkadaşlık da meşru fesih nedeni olmadığından kötüniyetli feshe sebebiyet verecektir<sup>238</sup>.

### 3.2.4. Kötüniyet Tazminatında İspat Yükü

Ne gerekçeye olursa olsun, işverenin fesih hakkının kötüye kullanıldığına ispat yükü iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedildiğini iddia ederek bunu mahkemeye taşımış taraf olan işçiye aittir. Bu itibarla, kötüniyet iddiasını somut olgularla ispat etme yükümlülüğü, işçiye aittir<sup>239</sup>. Öyleyse, iş güvencesi hükümlerine

<sup>238</sup> Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 318; Narter, ss. 448-449.

<sup>239</sup> Yargıtay'ın kötüniyet tazminatında ispat yüküne ilişkin görüşünü yansıtan kararlarından bazıları şunlardır:

*“Sırf iş kazası sonrası iş akdinin işverence feshi kötü niyetli olduğunu kabule yeterli değildir.” (9.HD, 15.7.2010, E.2008/32278, K.2010/24142); “Raporlu olan işçinin rapor süresi sonunda işe başlatılmaması, fesih hakkının kötüye kullanıldığının kanıtı olamaz. İşçinin uzun süreli raporu kendisinden gereken verimin elde edilememesi sonucunu meydana getirdiğinden işveren bu durumu geçeri bir fesih sebebi yaparak sözleşmeyi feshedebilir.” (9.HD, 10.12.2010, E.2008/44735, K.2010/37283); “Davacının emekliliğe hak kazanma prim gün sayısı dolmadan işten çıkartılması, fesih hakkının işveren tarafından kötü niyetli olarak feshedildiği anlamına gelmez.” (9.HD, 14.03.2012, E.2009/48750, K.2012/8412); “Davacı lehine karar gerekçesinde belirtilmeyen ancak fesih sırasında gerçekleştiği iddia edilen küfür nedeniyle kötüniyet tazminatına hükmedilmişse de, kötüniyet tazminatı talebinin fesih nedenine göre değerlendirilmesi gerekir. Fesih anında gelişen olay ve sözler başlı başına kötüniyet tazminatına hükmedilmesini gerektirmez.” (9.HD, 07.06.2012, E.2010/13916, K.2012/19885); “Uyuşmazlık 6 aylık kıdeminin dolmasına 5 gün kala iş sözleşmesi performansının yetersizliği gerekçesiyle feshedilen davacının iş sözleşmesinin işverence feshinin kötü niyetli olup olmadığı noktasındadır. Mahkemece davacının performansına ilişkin hiçbir belge bulunmadığı ve işin yürütümü açısından yazılı bir uyarıda olmadığı, 6 aylık kıdemini doldurmasına beş gün kala akdin feshedilmesinin kötüniyetli olduğu kabul edilerek kötü niyet tazminatı isteği hüküm altına alınmıştır. Dinlenen davacı Tanıkları işyerinde genellikle 6 aylık çalışma süresi dolmadan işverenin işe iade koşullarından yararlandırmamak için çalışanların iş sözleşmelerinin feshedildiğini ifade etmişlerdir. Davalı tanıkları ise davacının performansının yeterli olmadığını belirtmişlerdir. Ancak tanık beyanlarının denetimi yönünden işverenin kayıtları üzerinde herhangi bir inceleme yapılmamıştır. Mahkemece işyerinde 6 aylık kıdemini doldurmadan işçi çıkarılmasına yönelik genel bir uygulamanın bulunup bulunmadığı, fesihten sonra yeni işçi alınıp alınmadığı gibi hususlarla birlikte işverenin kötü niyetli olup olmadığı etraflıca araştırılarak; tarafların bu konuda delilleri toplanarak sonucuna göre iş sözleşmesinin feshinin kötü niyetli olup olmadığının belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. Dairemizin emsal kararları da bu yöndedir.” (9.HD, 21.04.2010, E.2008/24861, K.2010/11656); “Davacının iş akdinin feshinden sonra yerine aynı pozisyonda yeni işçi alınmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan fesih tarihinin yönetim değişikliğinden yaklaşık 8 ay sonra olduğu dikkate alındığında, davacının iş akdinin siyasi veya sendikal nedenle kötüniyetli olarak feshedildiği ispat yükü kendisinde olan davacı işçi tarafından usulünce ispat da edilememiştir.” (9.HD, 13.06.2007, E.2006/32144, K.2007/18862); “İşverenin kötüniyetli hareket ettiğini gösterir somut olguların dosyada bulunan delil durumu dikkate alındığında ispatlanamadığı, davalı belediyenin ekonomik nedenlerle içinde davacının da olduğu 5 işçiyi işten çıkardığı ama fesihden 6-7 ay sonra bu işçileri işe almak istediği halde davacının gelmemesi üzerine diğer 4 işçinin işe tekrar alındıkları ve davacı iddiası dikkate alındığında 29.03.2009 tarihinde yapılan yerel seçimlerden 1,5 yıl sonra seçimde kendisinin desteklenmediğinden bahisle işçinin iş aktinin feshinin hayatın olağan akışına da uygun olmadığından davacının kötüniyet tazminatını*



tabi işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde işverene yüklenen ispat külfeti<sup>240</sup>, iş güvencesi hükümlerine tabi olmayan işçilerin üzerinde bırakılmıştır. Gerçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan ‘işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları’ ile “işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi ise alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin’ iş sözleşmelerinin feshinde geçerli bir sebebe dayanıldığına ispat yükümlülüğü de işverene ait olacaktır. Bununla beraber işveren fesih için geçerli bir sebebe dayandığını ispat etmesine rağmen işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ederse<sup>241</sup> bu iddiasını ispatla yükümlü olacaktır<sup>242</sup>.

Diğer yandan, işçinin işveren aleyhine dava açması<sup>243</sup> veya tanıklık yapması<sup>244</sup> nedeniyle işten çıkarılması, aynı şekilde iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan hakkını talep etmesi nedeniyle yapılan fesihlerin kötüniyetle yapıldığı kabul edilir ve kötüniyet tazminatını gerektirir. Bu durumlar karine olarak kabul edilir. İşveren bu durumun aksini iddia ediyorsa bunu kanıtlamakla ancak bu yükümlülükten kurtulur<sup>245</sup>.

---

gerektirecek nedenleri ispat edemediği sabittir.” (7.HD, 21.01.2014, E.2013/27255, K.2014/670); <http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>, (05.02.2018).

<sup>240</sup> İş K. m. 20/2 uyarınca “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.”

<sup>241</sup> İş K. m. 20/2 uyarınca “İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür”.

<sup>242</sup> Demir, Kötüniyet Tazminatı, ss. 44-45.

<sup>243</sup> “...Somut olayda davacının hizmet akdinin davalı yönetime 16.04.2008 tarihinde tebliğ edilen hizmet tespiti davası nedeni ile feshedildiği anlaşıldığından hak arama talebi üzerine yapılan feshin kötüniyetli oluşu karşısında davacının kötüniyet tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.” (Y.9.HD, 16.09.2013, E.2011/25455, K.2013/22603).

(<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>), (05.02.2018).

<sup>244</sup> “...Somut olayda, davacı işyeri arkadaşı U.A.’ın davalı aleyhine açtığı İstanbul 3. İş Mahkemesinin 2002/1093 e sayılı dosyasında davacı tanığı olarak bir başka çalışan ile birlikte 26.11.2002 tarihinde ifade vermiştir. Her iki işçinin iş sözleşmesi 17.01.2003 tarihli fesih bildirim ile 1475 sayılı İş Kanununa göre feshedilmiştir. İş akdi feshedilen diğer işçinin açtığı Bakırköy 1. İş Mahkemesinin 2003/1449 E, 2005/1955 K sayılı davasında mahkemece kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatları kısmen kabul edilmiş karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Davacının 26.11.2002 tarihinde tanıklık yaptıktan kısa bir süre sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda kötüniyetlidir. Saptanan bu durum karşısında kötüniyet tazminatının kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (Y.9.HD, 27.10.2011, E.2011/36179, K.2011/41305) (<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>), (05.02.2018).

<sup>245</sup> Narter, s. 450; Ayrıca, Yargıtay kararında da bu husus şu şekilde vurgulanmaktadır: “...Dairemizce işçinin işvereni şikâyet etmesi, aleyhine dava açması veya tanıklık yapması nedenlerine bağlı fesihlerin kötüniyete dayandığı kabul edilmektedir” (Y.9.HD, 14.5.2013, E.2012/6777, K.2013/14385) (<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>), (05.02.2018).

Son olarak, Yargıtay kararına konu olan olayda, davacı işçinin iş akdinin gerekçe sunulmaksızın sonlandırılması ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlali, kötüniyet tazminatına hükmedilebilmesi için yeterli gerekçeler olarak görülmemiştir<sup>246</sup>.

### 3.2.5. Kötüniyet Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

Mezkûr tazminatın miktarı, “*işçinin bildirim sürelerine (ihbar önellerine) ait ücretin üç katı*” olarak tespit edilmiştir. Bu yüzden öncelikle işçinin işyerindeki çalışma süresi belirlenmek suretiyle işçi için geçerli olacak bildirim süresi, İş Kanunu’na göre tespit edilmelidir<sup>247</sup>. Bununla beraber, kanunda yazılı olan bildirim süreleri asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir<sup>248</sup>. Dolayısıyla, ferdi veya toplu iş sözleşmeleriyle arttırılmış ihbar süreleri olan bir iş sözleşmesi, işverence kötüniyetli olarak feshedildiği takdirde, kötüniyet tazminatının da artırılmış bu ihbar sürelerine göre hesaplanması gerekecektir. Bildirim süreleri taraflarca sözleşmeyle kararlaştırılmamışsa ya da kararlaştırılan bildirim sürelerinin hukuki geçerliliği bulunmuyorsa kanunda yer alan bildirim sürelerinin uygulanması gerekecektir. Ayrıca unutulmaması gerekir ki, hesaplanacak olan söz konusu miktar, bildirim sürelerine uyulmaksızın gerçekleştirilen fesih ödenmesi gereken “*ihbar tazminatına ilave olarak*”, ayrıca ödenecek tazminat olacaktır<sup>249</sup>.

Kötüniyet tazminatı hesaplanırken, İş Kanunu’nun 17. maddesinde hafta olarak ifade edilen fesih bildirim süresinin önce 3 katı alınacak sonrasında her haftası yedi gün sayılmak suretiyle tespit edilen haftalık süre, günlük süreye çevrilecektir. Akabinde işçinin son günlük asıl ücretine ilave olarak son bir yıl içinde kanundan ya da sözleşme ilişkisinden doğan, sürekli niteliği haiz, “*para veya para ile ölçülmesi*

<sup>246</sup> (Y.9.HD, 30.11.2011, E.2009/29096, K.2011/46619) (<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>), (05.02.2018).

<sup>247</sup> Çalışma sürelerine tekabül eden bildirim süreleri, İş Kanunu’nun 17’nci maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenmiş olup bu hüküm işçi yararına değiştirilebileceğinden nisbi emredici niteliği haizdir.

<sup>248</sup> Bkz. İş K. m. 17/3.

<sup>249</sup> Demir, Kötüniyet Tazminatı, ss. 43-44; Narter, s. 453; Mollamahmutoğlu vd. ss. 942-943; “*Ayrıca işçinin bildirim süresinin belirlenmesinde esas alınan çalışma süresi işe fiilen başladığı işverene emeğini sunduğu gün ile fesih bildiriminin kendisine ulaştığı gün arasında geçen süredir. Belirtilen süre içerisindeki deneme süresi ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de işçinin çalışma süresinden sayılır.*” Bedük, ss. 940-942; Gültaş, s. 77.

*mümkün olan*”, işçinin hak kazandığı ödeme ya da menfaatlerin tümü giydirilmiş ücrete eklenerek<sup>250</sup> günlük brüt tutar tespit edilir. Kötüniyet tazminatı alacağında matrah, işçinin giydirilmiş ücreti olduğundan, bulunan toplam gün sayısı ile de tazminata esas son brüt giydirilmiş günlük ücret<sup>251</sup> çarpılacaktır. Bu yolla hesaplanmış olan meblağ, brüt kötüniyet tazminatı olacaktır. Bu kazanç üzerinden işçinin yıllık toplam gelir vergisi matrahının hangi tevkifat dilimine giriyorsa bu oran üzerinde gelir vergisi ve ayrıca brüt kazancın üzerinden damga vergisi kesintisi yapılarak ödenmesi gereken net kötüniyet tazminatı tutarı hesaplanacaktır<sup>252</sup>.

### 3.2.6. Kötüniyet Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi

Kötüniyet tazminatı sadece işçiler tarafından talep edilebilecek bir tazminat türü olduğundan alacaklısı, “*belirsiz süreli iş sözleşmesi*” kötüniyetli olarak feshedilen ve “*iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayan*” işçidir. İş sözleşmesi işçi tarafından kötüniyetle feshedilse dahi hükmün lafzındaki sarih ifade karşısında işveren bu durumda kötüniyet tazminatı alacaklısı olamayacaktır. Kötüniyet tazminatının borçlusu ise iş güvencesine tabi olmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini, objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına aykırı olarak fesheden işveren olacaktır<sup>253</sup>.

<sup>250</sup> Yargıtay’ın 15.05.1957 tarihli ve E.1956/13, K.1957/10 sayılı içtihadı birleştirme kararında, “*asıl ücrete ek olarak işçinin gıda, mesken, sağlık, yakacak ve aydınlatma gibi zaruri ihtiyaçlarını karşılayacak kıfayette olmak üzere iş karşılığında para ve ayın olarak ve arızı olmayan her türlü ödemelerin ve bu arada hususi surette iyi olan bir hizmeti karşılığı olarak ödenen primlerin veya bu mahiyetteki yıllık ikramiyelerin giydirilmiş ücret içerisinde yer alacağı*” ifade edilmiştir. Bu yöndeki benzer kararlar için bkz. Y.9.HD, 03.07.2008, E.2007/24019, K.2008/18755; Y.9.HD, 15.02.2010, E.2008/16806, K.2010/3579, (www.kazanci.com.tr), (05.02.2018).

<sup>251</sup> “*Kötüniyet tazminatının işçinin son ücreti üzerinden hesaplanması gerekir. İşçinin son ücreti, bildirim süresinin son günündeki ücretidir. İhbar tazminatı peşin ödenmeden iş sözleşmesi feshedilmiş ise, işçi bildirim süresi içerisinde gerçekleşen ücret ve kıdem tazminatı tavanı gibi işçilik haklarındaki artışlardan yararlandırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, iş sözleşmesi bildirim süresi boyunca taraflar arasında yürürlükte olduğundan, bu süre içerisinde örneğin toplu iş sözleşmesi ile işçilere bir zam yapılır ise, bu zammın da işçinin ücretinde göz önünde tutulması gerekecektir.*” (Süzek, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması).

<sup>252</sup> Emre Ertan, “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:34, Yıl:2015, s. 120; Narter, ss. 453-454; Bedük, ss. 957-958; Ayrıca, örnek hesaplama için bkz. Özcan, İş Davaları, ss. 858-859; Özcan, Fesih ve İş Güvencesi, s. 467.

<sup>253</sup> Bedük, ss. 954-955; Narter, s. 454.

12 Ekim 2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'na ilave edilen 'Ek Madde 3/c' uyarınca kötüniet tazminatı için zamanaşımı süresi 5 yıla indirilmiştir<sup>254</sup>.

Ayrımcılık tazminatında olduğu gibi kötüniet tazminatı ile ilgili de özel bir faiz uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, kötüniet tazminatının ödenmesindeki gecikmelerden dolayı temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır. Temerrüde düşürmek için işverene ihtarname çekilmiş ve ödemenin yapılması için süre tanınmışsa bu sürenin bitimini takip eden günden itibaren faiz yürütülür. İşveren temerrüde düşürülmemiş ise yasal faiz dava tarihinden itibaren hesaplanır. Eğer dava, kısmi dava olarak açılmış ve ıslah ile artırılmış ise ıslah ile artırılan kısım için ıslah dilekçesinde faiz istenmesi koşuluyla, ıslah tarihi faiz başlangıcı olacaktır<sup>255</sup>.

### **3.2.7. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden Kötüniet Tazminatı**

5510 sayılı Kanun'un "*prime esas kazançlar*" başlıklı 80'inci maddesinin "a" bendinde, sigortalı olanların prime esas kazançlarının hesabına dâhil edilecek ödemeler sayılırken; "*Hak edilen ücretlerin; prim, ikramiye ve benzeri nitelikte olup o ay içinde sigortalılara yapılan ödemelerin*" bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Mezkûr maddenin 'b' bendinde ise prime esas kazançta tabi tutulacak ödemelerin istisnaları zikredilmiş olmakla beraber kötüniet tazminatının bu bent kapsamındaki istisnalar arasında yer almadığı görülmektedir. Bununla beraber; kötüniet tazminatı, ancak işçinin işyeriyle arasındaki hukuksal bağın sonlandırılmasıyla (iş akdinin feshedilmesi) söz konusu olabileceğinden, işçiye ödenen bu tazminat, prime esas kazançta dâhil edilemeyecektir<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> Hatırlatmak gerekir ki, kötüniet tazminatıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresinin öngörülmediği 7036 sayılı yasa öncesindeki durumda bu tazminat, TBK m. 147 kapsamına da dâhil olmadığından TBK m. 146 uyarınca, "*genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içinde*" talep edilmesi gerekiyordu. Yapılan değişiklikle bu süre 5 yıla indirilmiştir.

<sup>255</sup> M.Şakar ve Y.Şakar, ss. 107-108; Özcan, Fesih ve İş Güvencesi, s. 468; Bedük, s. 960; Ayrıca bkz. dipnot:173.

<sup>256</sup> Yusuf Alper, "5510 Sayılı Kanun'da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:12, Aralık-2008, s. 170; Narter, s. 588; M.Şakar ve Y.Şakar, ss. 107-108.

Vergi Hukuku yönünden söz konusu tazminat incelendiğinde, öncelikle belirtmek gerekir ki, 193 Sayılı Kanun m. 61/1’de ücretin tanımı yapılmış ve sonra yine aynı maddenin diğer fıkrasında ise; “*evvelce yapılmış veya gelecekte yapılacak hizmetler karşılığında verilen para ve ayınlarla sağlanan diğer menfaatlerin de ücret sayılacağı*” belirtilmiştir<sup>257</sup>. Ayrıca mezkûr maddede, “*ücretin ödenek, tazminat, ... prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olmasının onun mahiyetini değiştirmeyeceği*” de vurgulanmıştır. Buna göre İş K. m. 17/6 uyarınca yapılan ödeme; işverenin fesih hakkını kötüye kullanarak sözleşmeyi sonlandırmasına karşılık, çalışana yapılan ücret ödemesi olması sebebiyle hangi isim altında yapıldığının önemi olmaksızın gelir vergisi kesintisine uğrayacaktır<sup>258</sup>.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, kötüniyet tazminatı damga vergisine de tabidir<sup>259</sup>.

### 3.3. İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI

İşçilerin geleceklerine güvenle bakmasını sağlamak amacıyla, sürekli biçimde işlerini kaybedeceğine ve ailelerinin geçim kaynağından mahrum kalacaklarına ilişkin endişeden soyutlanması, günümüz iş hukuku sistemlerinin ana amaçlarından birisidir. Mezkûr toplumsal sebeplerden ötürü de işçinin feshe karşı korunması gerekmekte olup bunu sağlamak için işçiye etkili kanuni güvencelerin verilmesi zaruridir. İşte tam bu noktada iş güvencesi kavramı anlam kazanmaktadır. Çalışmaya ilişkin hakkın soyutluktan çıkarılabilmesi ve güvenceye alınabilmesi, pratikte iş güvencesi müessesesinin kabul edilmesiyle meydana gelmektedir. İşçinin fesih işlemine karşı korunamadığı hukuk düzenlerinde; “*çalışma hakkı, sendika özgürlüğü, toplu iş sözleşmesi özerkliği ve grev hakkı*” gerekli fonksiyonu eda

<sup>257</sup> Bkz. dipnot:189.

<sup>258</sup> Ramazan Cenk, **Ücretler, Tazminatlar ve Harciraahlar**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1999, s. 528;

<sup>259</sup> “*Dairemizin yerleşik kararlarına göre, kural olarak işçilik alacakları hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının istemi net tutar üzerinden ise talep aşımayaacağından, net tutara göre hüküm kurulmalıdır. İhbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi ücret niteliğinde olmayan tazminat alacaklarında net tutar bulunurken, 5510 Sayılı Kanun’un 80. maddesi uyarınca % 14 oranında sosyal güvenlik primi ve % 1 oranında işsizlik sigortası kesintisi yapılmaz, sadece vergi kesintisi (gelir vergisi ve damga vergisi) yapılır.*” Y.9.HD, 28.3.2016, E.2015/14168, K.2016/7406, (www.kazanci.com.tr), (05.02.2018).

edemez. İş güvencesinin bulunmadığı, (işverenin iş sözleşmesini sebep göstermeksizin sona erdirebilme imkânına sahip olduğu) bir sistemde, işçinin verilmeyen hakları için mücadele etmesi zorlaşmaktadır. Nitekim işten çıkarılma endişesi taşıyan işçilerin kanundan ya da sözleşmeden doğacak haklarını talep ederken tereddüt yaşamaları doğaldır. Örneğin; Türkiye’de “fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ve asgari ücret farkı” kapsamındaki davaların genellikle iş sözleşmesi sonlandıktan sonra açılması tesadüf değildir. Pratikte işçinin kendine münasip bir işe girmesi yeterli bulunmayarak, işçinin çalışma yaşamının kaidelerine uyduğu müddetçe, işini kaybetmemesi sağlanabilmelidir. Zaten iş güvencesi müessesesinin de en mühim amacı, işverenlerin fesih haklarına birtakım sınırlandırmalar getirerek keyfi uygulamalarla sözleşme feshedebilmelerini önlemektir. Burada geçen keyfilikten maksat, işverence gerçekleştirilen fesih işleminin, makul görülmeyecek sebebe dayanması hatta hiçbir sebebe dayanmamasıdır. Bununla beraber iş güvencesi, iş sözleşmesinin hiçbir şekilde işverence feshedilemeyeceği anlamına da gelmemektedir. Nitekim iş güvencesi sisteminde de işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkündür; ancak bunun için kanunda belirtilen nedenlerin varlığı aranacaktır<sup>260</sup>.

158 sayılı ILO Sözleşmesinin<sup>261</sup> 4, 5 ve 6. maddelerinde “işçinin yeterliliğinden veya tutumundan kaynaklanan ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayalı geçerli bir fesih sebebi olmadıkça işçinin iş ilişkisine son verilemeyeceği” ifade edilerek, sözleşmenin feshedilmesine ilişkin kurallar ortaya konulmuştur. Nitekim İş K. m. 18/1’de de fesih işleminin geçerli sebebe dayandırılmasına ilişkin benzer ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Mezkûr hükme göre iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilebilmesi için

---

<sup>260</sup> Eda Karaçöp, “Özürlü Statüsünde Çalışan İşçinin Başka İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:30, 2013, ss. 72-73; Fevzi Demir, **İş Güvencesi Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 1999, (İş Güvencesi), s. 1; Bektaş Kar, “İş Güvencesi Kavramı”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:6, Yıl:2005, s. 563; Hakan Keser, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 37; Savaş Taşkent, **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Türkiye Belediye İş Sendikası, Ankara, 2002, s. 11; Gözde Demet, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davasının Sonuçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 3; Tankut Centel, **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 10.

<sup>261</sup> [http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377301/lang--tr/index.htm](http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm) (02.03.2018).

geçerli sebep gösterme zorunluluğu vardır<sup>262</sup>. Bununla beraber söz konusu maddede geçerli fesih nedenleri ayrıntılı olarak belirtilmemiş bunun yerine, “işçinin yeterliliği veya davranışları<sup>263</sup>” ve “işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri” olmak üzere iki ana başlık yer almıştır.

İş güvencesi tazminatı da iş güvencesine sahip bir işçinin iş sözleşmesinin işverence geçerli sebebe dayanılmadan feshedilmesinde gündeme gelecektir. Buna göre yargı kararıyla geçersiz bir feshin varlığı tespit edildiği durumda, işçinin başvurusu üzerine işçi işe başlatılmazsa, iş güvencesi tazminatına hak kazanılacaktır.

### 3.3.1. İş Güvencesi Tazminatının Hukuki Niteliği

İş güvencesi tazminatına ilişkin hususlar, İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “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<sup>264</sup> tazminat ödemekle yükümlü olur<sup>265</sup>.” Mezkûr hükümde herhangi isimlendirme yapılmayan bu tazminata

<sup>262</sup> Mezkûr maddenin gerekçesinde “Geçerli sebep” kavramı şu şekilde ifade edilmiştir: “Geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir. Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir...”

<sup>263</sup> Fransız ve Türk Hukukunda işçilerin davranışları temelli fesih nedenlerine ilişkin mukayeseli karşılaştırma için bkz. Serkan Odaman, “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2003, Cilt:17, Sayı:3, ss. 20-32.

<sup>264</sup> Tazminat hesabında kullanılan bu süre, 4773 Sayılı Kanunla değişik eski İş Kanunu'nda, “işçinin en az altı ay en çok bir yıllık ücret tutarı” şeklinde düzenlenmişti. (m.13/D/1)

<sup>265</sup> Mukayeseli hukuk kapsamında Fransız Hukukuna bakacak olursak; fesih nedeninin gerçek ve ciddi bir nedene dayanmadığının mahkeme kararıyla saptanması halinde işveren hakkında üç tür yaptırım söz konusu olabilmektedir. Ancak, bunların birlikte kararlaştırılması olanaklı değildir. Fesih bildiriminin somut bir sebepten kaynaklanmadığı neticesine varan yargıç, işçinin işine iadesini öngörebilecektir. İşçi veya işverenden birinin işe iade önerisini reddetmesi halinde, mahkeme işçiye bir tazminatın ödenmesini kararlaştıracaktır. Bu tazminat işçinin son altı aylık ücretinden az olamaz. Anılan bu tazminat işçinin herhangi bir zararı olmasa dahi ödenecektir. Söz konusu tazminat bu yönüyle kusurlu işveren için bir tür medeni ceza niteliğindedir. Eğer işçi daha fazla bir zarara maruz kalmışsa, örneğin uzun süre işsiz kalmışsa maruz kaldığı zararın tamamını karşılayacak bir tazminata hakkı olacaktır. (Güneş Topal, **Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin**

ilişkin yargı kararlarına bakıldığında; iş güvencesi tazminatı<sup>266</sup>, işe başlatmama tazminatı<sup>267</sup>, işe alınmama tazminatı<sup>268</sup> ve işe iade tazminatı<sup>269</sup> gibi çeşitli isimlendirmeler yapıldığı, hatta bazı kararlarda<sup>270</sup> her ikisinin birden kullanıldığı görülmektedir. Bahsi geçen tazminat, iş güvencesi kurumuna özgü bir tazminat olduğundan, öğretide genellikle kullanıldığı şekliyle bu çalışmada da ‘iş güvencesi tazminatı’ olarak ifade edilecektir.

Bu tazminat, işe iadeye ilişkin dava sonucunda, feshin geçersiz sayılarak davacının eski görevine iadesi kararı verildiğinde, işveren tarafından davacının görevine iade edilmeme ihtimaline yönelik hüküm altına alınan tazminat şeklinde tanımlanabilir<sup>271</sup>. İşçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için mahkemece verilen feshin geçersizliğine ilişkin kararın (bir diğer ifade ile işe iade) kesinleşmesi ve işe iade olgusunu içeren bir mahkeme veya özel hakem kararının olması, işçinin işverene süresi içinde başvurması ve işverence bu başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması gerekmektedir. İşverenin işe başlatmama iradesini açık veya zımni (örtülü) şekilde açıklamasının önemi yoktur. İşveren tarafının bir aylık süre zarfında eski işçisini işine başlatmayacağını yazılı şekilde bildirmesi, açık bir işe başlatmama iradesinin; işverenin suskun kalarak bir ayın bitiminde işçiyi fiilen işe başlatmaması da örtülü bir işe başlatmama iradesinin varlığına işaret eder<sup>272</sup>.

Geçersiz fesih neticesinde işe başlatılmayan işçinin iş güvencesi tazminatını dava dilekçesinde ayrıca talep etmiş olması gerekmemekte olup işçinin işe iadeyi talep etmesi yeterlidir. Nitekim kamu düzeninden olduğundan mahkemece resen

---

**Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, ss. 202-203.)

<sup>266</sup> Y.22.HD, 19.9.2017, E.2017/37575, K.2017/18470; Y.22.HD, 18.4.2017, E.2017/16489, K.2017/8834; Y.9.HD, 9.3.2017, E.2017/14570, K.2017/3561, <http://www.kazanci.com>, (02.03.2018).

<sup>267</sup> Y.9.HD, 8.11.2017, E.2017/19841, K.2017/17723; Y.9.HD, 16.10.2017, E.2017/1003, K.2017/15696; Y.22.HD, 6.7.2017, E.2017/33407, K.2017/16377, <http://www.kazanci.com>, (02.03.2018).

<sup>268</sup> Y.9.HD, 18.10.2016, E.2016/33304, K.2016/18185, <http://www.kazanci.com>, (02.03.2018).

<sup>269</sup> Y.9.HD, 23.5.2017, E.2017/20656, K.2017/8724; Y.22.HD, 3.4.2017, E.2017/30670, K.2017/7334, <http://www.kazanci.com>, (02.03.2018).

<sup>270</sup> Y.22.HD, 21.9.2017, E.2017/36294, K.2017/18735; Y.22.HD, 19.4.2017, E.2017/32161, K.2017/9086; Y.9.HD, 23.5.2017, E.2017/20656, K.2017/8724, <http://www.kazanci.com>, (02.03.2018)

<sup>271</sup> Fuat Bayram, İş Güvencesi Tazminatının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler, **Legal İSGHD**, Sayı:20, 2008, s. 1375.

<sup>272</sup> Öcal Kemal Evren, “İş Güvencesi Tazminatı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:15, Kasım 2007, s. 56.



hüküm altına alınan bu tazminat, işe iade kararı sonucu işverene başvuran işçinin işverence işe iade edilmemesinin yaptırımını niteliğindedir. Dolayısıyla işe iade isteğinde bulunmaksızın yalnızca iş güvencesi tazminatı talebinde bulunmak, hukuki dayanaktan yoksun olacaktır<sup>273</sup>. Buradan da anlaşıldığı üzere, fesih işleminin geçersizliği ve işe iade kararı veren yargılama makamının aynı zamanda yasal süresinde başvuran çalışanın işine başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminata da kararında yer vermesi gerekir<sup>274</sup>. Bu olgu, feshin geçersizliğinin ve işe iadenin doğal bir sonucu olarak yasada belirtilmiştir<sup>275</sup>.

Yargı makamlarının verdiği tazminata ilişkin hüküm, kararın verildiği tarih itibariyle henüz gerçekleşen bir tazminat değildir. Sadece fesih işleminin geçersizliği ile işe iade kararı verilmiştir. Mezkûr karar tespit niteliğinde ve şarta bağlı olduğundan, henüz uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla işveren tarafından söz konusu işçinin işe başlatılmaması halinde ödenen tazminat, hemen muacceliyet kazanmadığından, işverenden talep edilebilir olmayacaktır<sup>276</sup>. Ayrıca iş güvencesi tazminatı da ayrımcılık ve kötüniyet tazminatlarıyla benzer olarak, zarar koşuluna bağlı olmayan götürü bir tazminat niteliğindedir<sup>277</sup>.

İşverenin işçiyi işe iade etme ve iş güvencesi tazminatı ödeme yükümlülüğü arasındaki ilişkiye dair öğretilerde çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>278</sup>, burada işverenin seçimlik bir hakkı vardır ve bu kapsamda işveren, işçiyi işine iade etme ya da iş güvencesi tazminatı ödeme seçeneklerinden birini tercih etmelidir.

---

<sup>273</sup> Ömer Ekmekçi, "Yargıtay'ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, Cilt:1, Sayı:1, 2004, s. 178; Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı - İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, 1. Basım, İstanbul, Eylül 2004, s. 108; Bayram, s. 1375.

<sup>274</sup> İş Kanunu md. 21/2.

<sup>275</sup> Fevzi Şahlanan, "İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi", **Tekstil İşveren Dergisi**, Nisan 2005, ss. 44-45; Narter, s. 485.

<sup>276</sup> Zeycan Ünüvar, **İş Hukukunda İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2010, ss. 84, 88.

<sup>277</sup> Bayram, s. 1376; Bununla beraber iş güvencesi tazminatını tazminat niteliğinde görmeyen görüşler için bkz. Murat Engin, **İşe İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri**, İş Bankası Yayınları (İBY), 1. Basım, 2005, s. 76.

<sup>278</sup> Münir Ekonomi, "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren Dergisi Özel Eki**, Cilt:17, Sayı:2, Mart 2003, s. 16; A. Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt:17, Sayı:1, Ocak 2003, (İş Güvencesi), s. 10; Polat Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı**, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Mayıs 2005, ss. 64-65; Murat Şen, **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 239; Akyiğit, İş Güvencesi, ss. 320,324; Ekmekçi, s. 178; Güzel, s. 106; Çankaya vd, s. 298.

Diğer görüşe göre ise, burada işverenin seçim hakkı söz konusu değildir. Buna göre İş Kanunu'nda işçinin işe başlatılmasının seçimlik değil zorunlu olduğu vurgulandığından, burada yer alan tazminat, işverenin işçiyi işe başlatma yükümlülüğüne uymamasının yaptırımını olmalıdır<sup>279</sup>. Bununla beraber her iki görüşe göre de mahkeme, burada seçimlik karar veremeyeceğinden işe iade yerine iş güvencesi tazminatı ödenmesine hükmedemeyecektir<sup>280</sup>. Kanaatimizce de işverene kanun koyucu tarafından 'işçiyi işe başlatma' ya da 'iş güvencesi tazminatını ödeme' seçenekleriyle sınırlı olmak üzere seçimlik bir hak tanınmıştır.

Ayrıca, iş güvencesi tazminatının işverene seçimlik bir hak olarak verilmesinin iş güvencesini etkisizleştirdiğinden bahisle İş Kanunu'nun 18, 20 ve 21. madde hükümlerinin, Anayasa'nın 2, 5, 11, 13, 48, 49 ve 53. maddelerine aykırılık taşıdığı gerekçesi ile iptali istemi, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar<sup>281</sup> ile reddedilmiştir<sup>282</sup>.

İş güvencesi tazminatı ile "toplular iş sözleşmesinde belirlenen iş güvencesi tazminatı" arasında bir ilişki olup olmadığına dair öğretide ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, toplular iş sözleşmesinde fesihle ilgili bir prosedür öngörülmesine rağmen işveren tarafından buna riayet edilmeden fesih bildiriminde bulunulması veya feshin geçerli sebebe dayandırılmaması hallerinde ödenecek tazminat, toplular iş sözleşmesi ile kararlaştırılmış olsa dahi, bu cezai şart ile İş Kanunu'nun 21. maddesi kapsamındaki iş güvencesi tazminatı arasında bir bağlantı kurulamaz. Nitekim iş güvencesi tazminatı, işçinin işverence işe başlatılmamasının yaptırımıdır. Toplular iş sözleşmesinde öngörülen tazminat ise farklı niteliktedir. Geçerli sebebe dayanmayan fesihler için toplular iş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi, feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işçinin feshe itiraz davası açması,

---

<sup>279</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu, "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:7, Sayı:4, 2004, s. 32; Nizamettin Aktay, "İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:3, Eylül 2006, s. 109.

<sup>280</sup> Gizem Sarıbay, **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü-Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 258.

<sup>281</sup> Anayasa Mahkemesi'nin, 19.10.2005 tarihli ve E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararının gerekçesinde yer alan şu ifadeler dikkat çekmektedir: "İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi çalıştırmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasaya aykırılık görülmemiştir." <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071124-4.htm>, (03.03.2018).

<sup>282</sup> Bektaş Kar, **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, (İş Güvencesi), s. 754.

ancak daha sonra işine geri dönmek için başvuru yapmaması durumunda fesih geçerli bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için toplu iş sözleşmesinde öngörülen geçersizlik koşuluna bağlı cezai şartın koşulları oluşmayacaktır. Buna karşın, işçinin feshe itiraz davası açmaması halinde, bu durum mutlak olarak işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığını göstermez. Feshe itiraz davası açmamış olan işçi feshin geçersiz olduğu iddiasıyla toplu iş sözleşmesindeki geçersiz feshin neticesine bağlı olan cezai şartı talep edebilir<sup>283</sup>.

### 3.3.2. İş Güvencesi Tazminatının Şartları

Daha önce de ifade edildiği üzere, iş güvencesi tazminatının ödenebilmesi için öncelikle yargı mercileri tarafından geçersizliği hüküm altına alınmış bir fesih olmalı ve bu fesih sonucu iş sözleşmesi feshedilerek işten çıkartılan işçi lehine işe iade kararının verilmiş olması gerekir. Yani işçinin iş güvencesi tazminatına hak kazanabilmesi için mahkemece verilen feshin geçersiz olduğuna ilişkin kararın kesinleşmesi ve işe iade olgusunu içeren bir mahkeme veya özel hakem kararının olması, işçinin işverene süresi içinde başvurması ve işverence bu başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatılmaması gerekmektedir<sup>284</sup>. Ancak iş güvencesi tazminatının söz konusu olabilmesi için işe iade müessesesi kapsamında gerçekleşmesi gereken bu şartlardan önce işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olması gerekmektedir. Bunun için de işyerine ve işçiye dair birtakım kriterlerin sağlanması zaruridir.

#### 3.3.2.1. İşyerine İlişkin Şartlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki iş güvencesi tazminatı, sadece iş güvencesi hükümlerinin geçerli olduğu işyerlerinde söz konusu olacaktır. İş K. m. 18/1 uyarınca, “*otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri*” iş güvencesi kapsamında sayılmaktadır<sup>285</sup>. Bu itibarla iş güvencesi tazminatı talep eden işçinin buna hak

<sup>283</sup> Manav, Geçersiz Fesih, ss. 473-474; Ayrıca bu konudaki kararlar için bkz. Şahin Çil, “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, ss. 52-76.

<sup>284</sup> Narter, s. 486.

<sup>285</sup> Otuz işçi sınırlamasına getirilen eleştiriler için bkz. Sarper Süzek, “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, (Bireysel İş Hukuku), s. 17; Devrim Ulucan,

kazanabilmesi için çalıştığı işyerinde kendisi dâhil en az 30 işçinin çalışması gerekmektedir<sup>286</sup>. Mefhumu muhalifiyle ifade edecek olursak, “29 veya daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde” iş güvencesi tazminatı yaptırımını uygulanamayacaktır.

Otuz işçinin belirlenmesinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan üst düzey yöneticiler, belirli süreli iş sözleşmesi ve kısmi zamanlı sözleşmeyle çalışanlar, dönemlik ve çağrı üzerine çalışanlar, fesih esnasında rapor ve izin durumu bulunanlar göz önüne alınacaktır<sup>287</sup>.

İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrasına göre, “otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde belirsiz süreli bir iş sözleşmesini fesheden işveren geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” Hükmün lafzındaki “çalıştırılan” kavramı, sözleşmenin sonlandırıldığı anda çalışma yerinde fiili olarak çalıştırılan işçilerden ibaret değildir. Dolayısıyla işyeriyle işverene hukuksal olarak sözleşmeyle bağlanmış bütün çalışanlar, sigortalı-sigortasız ayrımı yapılmaksızın otuz sayısının hesabında esas alınmalıdır. İşyerinde çalışan ve otuz sayısının belirlenmesinde hesaba katılan işçinin iş sözleşmesine dayalı olarak çalışması yeterlidir, hangi kanun hükümlerine tabi bir iş ilişkisinin olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>288</sup>.

### 3.3.2.2. İşçiye İlişkin Şartlar

#### 3.3.2.2.1. İşçinin, İş Kanunu veya Basın İş Kanunu'na Tabi Olması

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde çalışıyor olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile İş K. kapsamının dışındaki kamu personeli ya da sözleşmeli personel, iş güvencesi hükümlerinin korumasından yararlanamayacaktır. Aynı şekilde iş sözleşmesiyle çalışmakla beraber İş K. m. 4 uyarınca İş Kanunu kapsamı dışında bırakılan “deniz

---

“İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, (İşyeri Devri), s. 40.

<sup>286</sup> Tarım ve orman işlerinin yürütüldüğü işyerlerinin İş Kanunu'na tabi olması (böylece de iş güvencesi kapsamında olması) için en az 50 işçi çalıştırılması gerektiğinden, tarım ve orman işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde 30 işçi çalıştırılması, iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli olmayacaktır. (İş Kanunu m. 4)

<sup>287</sup> Şefik Çalık, **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 163.

<sup>288</sup> Erdal Gökçe, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davası**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 61.

ve hava taşıma işlerinde çalışanlar ve Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışanlar” için de iş güvencesi hükümleri geçerli olmayacaktır<sup>289</sup>.

Bununla beraber bu kuralın istisnasını Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlar oluşturmaktadır. Nitekim Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin son fıkrası uyarınca mezkûr Kanun kapsamında çalışan gazeteciler de iş güvencesi kapsamında sayılmıştır. Basın İş Kanunu anlamında gazeteci olanlar söz konusu hükümle iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilme imkânına sahipken; Deniz İş Kanunu anlamında gemi adamları için buna benzer herhangi bir düzenleme bulunmaması, öğretide sıklıkla eleştirilmektedir<sup>290</sup>.

### 3.3.2.2.2. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrasında açıkça yer aldığı üzere iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmenin bir diğer şartı da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmaktır. Bu itibarla belirli süreli sözleşmeyle çalışanlar hakkında iş güvencesi hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim iş güvencesi hükümlerine temel teşkil eden 158 sayılı ILO Sözleşmesi<sup>291</sup> incelendiğinde, işgüvencesi kapsamının dışında bırakılan durumlar arasında “*belirli süreli veya belli bir işin tamamlanmasına dair sözleşmelerin*” de yer aldığı görülmektedir<sup>292</sup>.

Belirli süreli sözleşmeler, prensip itibariyle fesih beyanı gerekmeksizin, kararlaştırılan müddetin bitmesiyle re'sen sonlanır. Belirsiz süreli sözleşmelerde ise belirli süreli iş sözleşmelerinden farklı şekilde açık veya zımni olarak bir vade söz konusu olmadığı için bunların sona ermesi için fesih beyanı gerekir. Bu itibarla belirli süreli iş sözleşmesi süresince işçiye bir tür iş güvencesi sağlanmış olacaktır. Aslında işçinin feshe karşı korunması kural olarak, iş ilişkisinin süresiz olması halinde meydana gelen gereksinimdir. Belirli süreli sözleşmeler, iş ilişkilerine belirli bir zaman dilimi içinde süreklilik sağladığı ve süreli fesihle ortadan

<sup>289</sup> Manav, Geçersiz Fesih, s. 74.

<sup>290</sup> Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, **III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, (İş Güvencesi), s. 206; Güzel, ss. 21-22; Soyer, s. 29; Manav, Geçersiz Fesih, ss. 74-75.

<sup>291</sup> Bkz. [http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377301/lang--tr/index.htm](http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm), (03.03.2018).

<sup>292</sup> Savaş Taşkent, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:9, 2008, (Belirli Süreli İş Sözleşmesi), s. 15.

kaldırılmayacağı için daha evvel de yer verildiği üzere, zaten işçi açısından nisbi bir iş güvencesi sağlamaktadır<sup>293</sup>.

İş K. m. 11 uyarınca, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.” Ancak ve ancak “esaslı nedene dayalı belirli süreli zincirleme iş sözleşmelerinin, belirli süreli olma özelliğini koruyacağı” düzenlenerek belirli süreli sözleşmelerin kapsamı daraltılmak istenmiştir.

İş Hukukumuzda asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışmadır. Sadece işin karakterinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin belirli süreli yapılmasına haklılık atfedilebilir. Belirli süreli sözleşmelerin objektif kriterle sınırlandırılması, belirli süreli sözleşme yapmaya ilişkin hakkın işverence kötüye kullanılmasını önleme amacına yöneliktir<sup>294</sup>.

Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasına bakıldığında özellikle vasıfsız işçiler ile düzenlenen belirli süreli sözleşmelerin, belirsiz süreli sayıldığı görülmektedir. Örneğin nitelikleri gereği süreklilik arz eden işlerde imalat işçisi, yükleme elemanı, güvenlik personeli, temizlik işçisi olarak ya da asgari ücretli eleman olarak çalışan işçiler ile düzenlenen belirli süreli iş sözleşmeleri, esaslı neden veya objektif koşullar bulunmadığı gerekçesiyle belirsiz süreli kabul edilmiştir. Benzer şekilde Yargıtay; satın alma sorumlusunun, uzman mühendisin, montaj işçisinin, işyeri hekiminin, su sayacı okuyan işçinin yaptıkları işleri ‘belirli süreli iş’ niteliğinde görmeyerek bunlar hakkında iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını karara bağlamıştır<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> Kar, İş Güvencesi, s. 132; Ünüvar, ss. 14-15; Ekonomi, İş Güvencesi, s. 4; Soyer, s. 29; Seracettin Göktaş, “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, s. 22.

<sup>294</sup> Akyiğit, İş Güvencesi, s. 218; Alpagut, İş Güvencesi, s. 209.

<sup>295</sup> Fevzi Demir, “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, **Legal İSGHD**, Yıl:2008, Sayı:19, (İşe İade), s. 890; Demet, ss. 16-17.

### 3.3.2.2.3. İşçinin En Az Altı Aylık Kıdemini Olması

İş güvencesi sisteminin benimsendiği hukuk sistemlerinde, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma şartı olarak belirli bir kıdeme sahip olma kriteri kabul edilse de bu kıdem süresinin uzunluğu noktasında farklı hukuk sistemlerinde farklı süreler belirlenmiştir<sup>296</sup>. Türk Hukuk sisteminde bu süre, İş Kanunu'nun 18. maddesinin ilk fıkrası gereğince 6 aydır.

Bekleme süresi adı verilen altı aylık kıdem süresi, işçinin işyerine bağlılığı, aidiyetinin sağlanması ve korunması, işverenin işçiyi deneyerek onun niteliklerini, işe ve iş ortamına uyumunu görebilmesi için getirilmiştir. Bu süre içinde işveren neden göstermeden ihbar öneli vererek işçinin işine son verebilme imkânına sahip olacaktır. Bununla beraber bu süre, teknik anlamda bir deneme süresi olmayıp işçinin diğer unsurlarla birlikte işveren tarafından değerlendirildiği ve gözlemlendiği bir süreçtir. Deneme süresi içinde işverence ihbarsız ve tazminatsız olarak iş sözleşmesi feshedilebilirken, bu altı aylık sürede ise süreli fesih hakkı kullanılarak, iş güvencesi hükümlerine tabi olmaksızın iş sözleşmesi feshedilebilmektedir<sup>297</sup>.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına<sup>298</sup> göre; *“kanunda kıdem esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih göz önünde tutulduğundan, iş güvencesine ilişkin kıdem başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır”*<sup>299</sup>. İşçi hastalık sebebiyle karşılaştırılan tarihte işe başlamasa veya işveren ifayı kabulde temerrüde düşse dahi kıdem süresi işlemeye başlar<sup>300</sup>. İş Kanunu'nun 18. maddesinde askı sürelerine dair sınırlama olmadığından sözleşmenin devam ettiği tüm sürelerin kıdem hesabında dikkate

<sup>296</sup> “Bu süre Almanya, Avusturya ve İtalya’da 6 ay; İngiltere’de 52 hafta, işyerinde işçi sayısı 20’den az ise 2 yıl; Fransa’da 2 yıldır.” (Manav, Geçersiz Fesih, s. 81.)

<sup>297</sup> Ünüvar, s. 25.

<sup>298</sup> Y.9.HD, 15.10.2010, E.2009/30688, K.2010/29172, <http://www.calismatoplum.org/sayi29/abc/11-17.pdf>, (25.02.2018).

<sup>299</sup> Ulaş Baysal, “İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi” **Legal İSGHD**, Yıl:2011, Sayı:32, (Altı Aylık Kıdem), s. 1323; Münir Ekonomi, “İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi”, **Legal İSGHD**, Yıl:2012, Sayı:34, s. 9; Gökçe, Altı Aylık Kıdem, s. 65.

<sup>300</sup> Münir Ekonomi, **Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi I**, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), İstanbul, 2005, (Seminer), s. 42.

alınması gerekir. Ücretli veya ücretsiz izin süreleri ile grev ve lokavtta geçmiş olan süreler de altı aylık kıdeme ilişkin hesapta göz önünde bulundurulmalıdır<sup>301</sup>.

Ayrıca Yargıtay, altı aylık sürenin bitimine birkaç gün kala işçisinin iş güvencesinden faydalanmasını engelleme maksadıyla işverence yapılan feshin, dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı geçersiz kılınabileceğine hükmederek kötü niyetli uygulamaların önüne geçmek istemiştir<sup>302</sup>.

#### **3.3.2.2.4. İşçinin Belirli Düzeyde İşveren Vekili veya Yardımcısı Olmaması**

İş K. m. 2/4 uyarınca işveren vekili, “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin, işletmenin yönetiminde görev alan kimselerdir.” Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 2/1.e kapsamında “işveren vekili” ise “işveren adına işletmenin bütünüünü yönetenleri” ifade etmektedir. İşveren namına hareket edilebilmesi için buna dair verilecek temsil yetkisinin bulunması gerekir. Bu yetkinin dayandığı nokta “iş, vekâlet veya şirket sözleşmesi” olabildiği gibi “kanun” da olabilmektedir. Ayrıca, iş ve işyeri kapasitesine göre işveren vekili sayısının iki ve daha fazla olması da mümkündür<sup>303</sup>.

İş Kanunu’nun 18. maddesinin son fıkrasında şu hüküm düzenlenmektedir: “İşletmenin bütünüünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünüünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.” Bu hüküm çerçevesinde iş güvencesinden yararlanabilmenin diğer bir koşulunu da ilgili işçinin üst düzey işveren vekili niteliğini taşıması oluşturmaktadır<sup>304</sup>. 158 Sayılı ILO Sözleşmesi (m.2/5) de özel istihdam şartları dikkate alınarak belirli kişilerin koruma kapsamı dışında bırakılmalarına olanak tanıdığından, mezkûr hüküm sözleşmeye aykırılık taşımamaktadır.

<sup>301</sup> Soyer, ss. 36-37; Ekonomi, s. 5.

<sup>302</sup> Y.9.HD, 23.02.2009, E.2008/1307, K.2009/3265, <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018); Ayrıca öğretilde bu yönde görüş için bkz. Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, (İş Güvencesi), s. 167.

<sup>303</sup> Seracettin Göktepe, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:20, (İşveren Vekili), s. 62, (<http://www.calismatoplum.org/sayi20/goktas.pdf>), (25.02.2018); Kar, İş Güvencesi, s. 163.

<sup>304</sup> Ercan Akyiğit, “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl:2004, Cilt:7, Sayı:4, (İşveren Vekili), s. 73.



Görüldüğü üzere İş Kanunu iş güvencesinin kapsamı dışında kalan üç grup işveren vekili saymıştır. Bunlar: İşletmenin bütününe idare eden işveren vekilleri, işletmenin bütününe yöneten işveren vekili yardımcıları ile işyerinin tümünü yöneterek işçilerin işyerine alınması-çıkarılması yetkisini haiz işveren vekilleridir<sup>305</sup>. Bunlar işe iade hükümlerinden yararlanamayacak ve sonuç olarak iş güvencesi tazminatına hak kazanamayacaklardır. Bununla beraber tüm işveren vekillerinin iş güvencesinin haricinde bırakıldığını söylemek hatalı olur. İşveren vekili olmakla beraber İş Kanunu'nun 18/son maddesindeki özellikleri taşımayan (mezkûr üç gruba girmeyen) işveren vekilleri ve yardımcıları da iş güvencesi kapsamında olacaklardır. Örneğin; işçilerin işe alınması/işten çıkarılması yetkisini bulunduran fakat işyerinin tamamını yönetmeye ilişkin yetkisi olmayan (İnsan Kaynakları veya Personel Müdürü gibi) çalışanlar, iş güvencesinden yararlanacaktır. Sonuç olarak, fesih bildiri işleminin yapılmış olduğu anda kanunun istediği niteliklere sahip olmayan işveren vekili, iş güvencesinden tamamıyla yararlanacak ve iş güvencesi tazminatına hak kazanabilme imkânına sahip olacaktır<sup>306</sup>.

### 3.3.2.2.5. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshedilmiş Olması

İş güvencesi, işverence yapılacak süreli feshe karşı işçiyi korumayı amaçlayan bir kurum olduğundan iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmediği durumlarda işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz. Dolayısıyla belirli veya belirsiz süreli sözleşmenin işçi tarafıyla feshedilmesi, işçinin istifa etmesi<sup>307</sup> veyahut belirli süreli sözleşmenin kendiliğinden sonlanması ya da

<sup>305</sup> Narter, s. 66.

<sup>306</sup> Göktaş, İşveren Vekili, ss. 64-65.

<sup>307</sup> “Z... Bankasında çalışırken istifa ederek bankadan ayrılan işçinin, yerel seçimlerde aday gösterilmemesi nedeni ile tekrar işe alınma istemi, banka tarafından reddedilmiştir. İşçinin; iş güvencesi kapsamında feshin geçersizliğini isteyebilmesi için sözleşmenin işveren tarafından feshedilmesi gerekli olup, davalı banka İnsan Kaynakları Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinde personelin siyasi faaliyette bulunamayacağı, seçimlerde aday olmak isteyenlerin seçimlerin başlangıcından bir ay önce istifa etmek zorunda oldukları, seçimi veya adaylığı kaybetmeleri halinde Yüksek Seçim Kurulu'nca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla banka tarafından durumları uygun görülenlerin eski görevine veya uygun bir pozisyona atanmasının yapılmasının bankanın takdirinde olduğu belirtildiğinden, kendisi istifa eden işçinin işe iade şartları oluşmamıştır...” Y.22.HD, 24.05.2012, E.2011/17921, K.2012/11140, <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018).

sözleşmenin ikale<sup>308</sup> ile ( tarafların karşılıklı anlaşması suretiyle) sona ermesi hallerinde iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır<sup>309</sup>. Ancak bu hallerde işveren baskısının söz konusu olup olmadığı ve feshin işçinin serbest iradesi ile gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Nitekim Yargıtay’a konu olan bir karara göre de işçinin serbest iradesinin bulunmadığının anlaşılması halinde işçilerin iş güvencesi hükümlerinden faydalanması gerektiği değerlendirilmiştir<sup>310</sup>.

İş sözleşmesinin uygulamada işçinin talebi ve tazminatları ödenmek suretiyle sona erdirilmesi halinde, bu durumda talep işçi tarafından geldiği için fesih işveren tarafından yapılırsa bile “işe iade davası” açılmaz. Bu halde işçi genelde kıdem tazminatı ile ihbar tazminatının ödenmesi şartıyla iş sözleşmesinin sona ermesini talep etmekte, işveren de bu haklarını ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmektedir. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmesine rağmen bu husus geçerli fesih nedeni sayılarak işe iade davası açılmayacaktır<sup>311</sup>. Diğer yandan işçinin hiçbir karşılık almadan sözleşmesinin sona erdirilmesini kabul etmesi hayatın olağan akışına aykırı olduğundan Yargıtay da bu tür durumlarda “makul yarar” ölçütünün uygulanmasını ve işçiye ek bir ödeme yapılması gerektiğini düşünmektedir<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> “Somut uyumsuzlukta; işverenden gelen teklif üzerine ilave bir menfaat sağlanmaksızın, sadece kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek davacının iş akdi **örtülü ikale sözleşmesi** ile sonlandırılmış ancak, görünürde davacının istifa ederek ayrıldığı izlenimi oluşturmak için işverenin talebiyle davacının vermek durumunda kaldığı istifa dilekçesi sebebiyle iş akdi sona ermiştir. Bu oluşa göre, davalı işverenin yönlendirmesiyle yazıldığı açık olan istifa dilekçesine değer verilemeyeceğinden, davacının işe iadesine karar verilmesi doğru ise de; anlatıldığı şekliyle gerçekleşen feshin sendikal nedene dayandığının kabulü mümkün değildir.” Y.9.HD, 22.3.2018, E.2017/21961, K.2018/6119, <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018).

<sup>309</sup> Manav, Geçersiz Fesih, s. 78.

<sup>310</sup> “Geçerli bir neden olmadığı halde, davacının başka bir ildeki işyerine nakli ve davacının bu nakil sebebiyle ailevi nedenlerle il dışında çalışamayacağını belirterek, iş sözleşmesinin feshini istemesindeki iradesinin serbest iradeye dayalı olduğunu söyleme olanağı bulunmamaktadır. İşverence düzenlenen işten ayrılma bildirgesinde iş sözleşmesinin İş Kanunu’nun 17.maddesi gereğince feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında iş sözleşmesinin davacının istifası ile sona erdiğinin kabulüne imkân yoktur. Mevcut olgulara göre, iş sözleşmesi davalı işverence geçerli neden olmadan feshedilmiş olduğundan davacının işe iade isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddedilmesi hatalıdır.” Y.9.HD, 19.02.2007, E.2006/32938, K.2007/4686, <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay14.htm>, (25.02.2018); “İrade fesadı halleri açıkça kanuna aykırılık teşkil eder. İş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sonlanması durumunda icap işverenden gelmiş ise işçinin kıdem ve ihbar tazminatı dışında ayrıca bir makul yararının olması gerekir. Aksi halde işçinin fesih iradesinin olmadığı, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmelidir.” Y.9.HD, 8.11.2017, E.2017/19841, K.2017/17723, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (09.10.2018).

<sup>311</sup> Fevzi Şahlanan, İkale (Sona Erdirme) Sözleşmesine Karşın Açılan İşe İade Davası (Karar İnceleme), **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı:340, Temmuz 2008, (İkale), s. 4.

<sup>312</sup> “...Dosya içeriğine göre iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma ile sona ermesinde icap işverenden gelmiştir. Ancak bu icaba rağmen davacı işçiye sadece kıdem ve ihbar tazminatı ödenmiş, ayrıca bir menfaat sağlanmamıştır. Davacı işçinin anlaşma ile sona ermede (ikalede) makul yararı

### 3.3.3. İş Güvencesi Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

Yargı organları ya da özel hakemce hükmedilecek iş güvencesi tazminatı miktarına ilişkin İş Kanunu'nda “*en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur*” ibaresiyle (m.21/1) alt ve üst sınır belirlenmiş olsa da miktarın tespitinde değerlendirilmesi gereken kriterlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla tazminat miktarı, mahkeme veya özel hakem tarafından kanuni sınırlar çerçevesinde ve her olayın somut özellikleri dikkate alınarak tespit edilse de uygulamada iş güvencesi tazminatı miktarının ‘süre’ olarak belirlenmesi, öğretide kanunun amir hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>313</sup>. Nitekim 7036 sayılı Kanun m. 12 uyarınca İş K. m. 21’e ilave edilen “*Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.*” fıkrası ile birlikte artık iş güvencesi tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden parasal olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İş Kanunu'muzun 21'inci maddesinin gerekçe metninde iş güvencesi tazminatının hesaplanmasına ilişkin “*iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işe başlatmama sebeplerinin*” dikkate alınacağından söz edilmiş fakat işçinin kıdemine yer verilmemiştir. Mahkemenin veya özel hakemin işe başlatmama sebeplerini öngörmesinin mümkün olmayacağından bahisle işçinin buna ilişkin yargılama aşamasında bir savunma ileri sürmesinin ihtimal dâhilinde olamayacağından ötürü, öğretide de mezkûr madde gerekçesi, sıklıkla eleştiri konusu olmuştur<sup>314</sup>. Nitekim öğretide ve Yüksek Mahkeme kararlarında<sup>315</sup> istikrar kazanan

---

*bulunmamaktadır...*” Y.9.HD, 8.11.2017, E.2017/19841, K.2017/17723; Benzer kararlar için bkz. Y.22.HD, 21.9.2017, E.2017/36294, K.2017/18735; Y.22.HD, 04.06.2012, E.2012/15076, K.2012/12171; Y.9.HD, 01.06.2012, E.2012/9013, K.2012/12073, www.kazanci.com, (01.02.2018).

<sup>313</sup> Abdurrahman Duran, “Yargıtay Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. Maddesi, Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları”, **Legal İSGHD**, Yıl:2004, Sayı:3, s. 811; Ömer Ekmekçi, “Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi” **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku (İSGH) 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, 1.Bası, Mayıs-2005, (Tebliğ), s. 179.

<sup>314</sup> Fevzi Şahlanan, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2005, (Kararların Değerlendirilmesi), s. 106; Bayram, s. 1381.

<sup>315</sup> Y.22.HD, 06.07.2017, E.2017/33407, K.2017/16377; Y.22.HD, 21.09.2017, E.2017/36294, K.2017/18735, http://www.kazanci.com, (25.02.2018).

görüş, tazminat miktarı hesabında işçinin kıdemi<sup>316</sup> ve fesih sebeplerinin göz önünde bulundurulması yönündedir. Buna karşın emeklilik sebebiyle yapılan fesihlerde, kararlılık kazanan uygulama uyarınca alt sınırdan tazminat ödenmesine karar verildiği görülmektedir<sup>317</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise, tazminat miktarı tespitinde dikkate alınması gereken kanunda öngörülen alt sınır olup, mahkemelerin alt sınırın üzerinde tazminata hükmedebilmesi için, bunu gerekçelendirmesi, diğer bir ifade ile tazminatın ağırlaştırılmasının nedenini belirtmesi gerekmektedir<sup>318</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, tazminatın belirlenmesinde işverenin kötü niyeti de dikkate alınmalıdır<sup>319</sup>.

İş güvencesi tazminatının miktarı belirlenirken, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak işçi-işverenin karşılıklı hak ve menfaatlerini koruyacak şekilde hüküm kurulması gerekir. Mahkeme veya özel hakemin iş güvencesi tazminatı miktarının artırılması yönünde kuracağı hükümleri objektif kriterlere göre gerekçelendirmesi, takdir yetkisini keyfi olarak kullanmadığının da bir göstergesi olacaktır<sup>320</sup>.

Ayrıca, iş güvencesi tazminatının giydirilmiş ücretten mi yoksa çıplak ücretten mi hesap edileceği kanunda açık şekilde düzenlenmemiş olsa da Yargıtay kararlarında<sup>321</sup> da istikrarlı bir şekilde yer aldığı üzere, mezkûr tazminatın miktarının

---

<sup>316</sup> Farklı görüşte olan Ekmekçi ise iş güvencesi tazminatının belirlenmesinde kıdeme değil hukuka aykırı davranışın ağırlığına bakmak gerektiğini, aynı fesih nedeniyle iş sözleşmeleri sona erdirilen işçiler arasında salt kıdemlerine göre farklılık yaratmanın haklı görülemeyeceğini, bu işçiler arasındaki farklılığın zaten ihbar ve kıdem tazminatları açısından mevcut olduğunu savunmuştur. (Ekmekçi, ss. 175-176.)

<sup>317</sup> “Dosya kapsamına göre, işe başlatmama tazminatının davacının altı aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesine karar verilmesi hatalı olmuştur. Davacı işçinin emekliliğe hak kazanmış olmasına göre, anılan tazminatın davacının dört aylık ücreti tutarı olarak belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir.” Y.22.HD, 19.04.2017, E.2017/32161, K.2017/9086; Mezkûr kararın ‘karşı oy’ yazısında geçen şu ifadeler de dikkat çekicidir: “Somut olayda davacı 27 yıllık çalışan olup aynı sebeple yapılan fesihlerde diğer işçilerden farklı olarak emekliliği hak etmiş olması sebebiyle sadece 4 aylık işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacaktır. Davacı işçinin emeklilikle ilgili sigorta primlerinin işçi hissesine isabet eden bölümünün ücretinden kesilmesi, çalıştığı süre içerisinde davalı işverene sağladığı katkı gözönüne alındığında işçiler arasında bu şekilde bir ayırım yapılmasının başta eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, kanunun yorumu ile sadece işçinin iş akdinin fesih nedeni ve kıdemi gözüne alınarak işe başlatmama tazminatının belirlenebileceği, emeklilik nedeni ile iş akdinin feshi halinde 4 aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatı ödeneceği yolunda bir açıklama bulunmadığı anlaşıldığından kararın onanması görüşündeyiz.” <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018).

<sup>318</sup> Ekmekçi, s. 175.

<sup>319</sup> Sarıbay, s. 260.

<sup>320</sup> Bayram, s. 1380.

<sup>321</sup> Y.9.HD, 8.11.2017, E.2017/19841, K.2017/17723; Y.22.HD, 21.9.2017, E.2017/36294, K.2017/18735, <http://www.kazanci.com>, (25.07.2018).

tespitinde işçilerin brüt ücreti<sup>322</sup> esas alınarak hesap yapılmalı, “*ikramiye ve diğer sosyal haklar*” tazminat miktarı hesabında göz ardı edilmelidir.

### 3.3.4. İş Güvencesi Tazminatının Alacaklısı, Borçlusu, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin geçersiz bir şekilde feshedildiği, mahkemece hüküm altına alındığında, eski işine iade edilmeyen işçi, iş güvencesi tazminatının alacaklısı konumuna gelir. Bu durumda, iş sözleşmesini geçersiz sebeple fesheden işveren de iş güvencesi tazminatının borçlu tarafı olacaktır.

İş K. m. 21/1’de düzenlenmiş olan iş güvencesi tazminatıyla ilgili olarak kanunlarda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ayrıca, işçinin çalıştırılmaması nedeniyle ödenmesi gereken bir tazminat olduğundan ücret alacağı da değildir<sup>323</sup>. Bu itibarla, TBK 146. madde uyarınca<sup>324</sup> “*genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl içinde*” talep edilmesi gerekmektedir<sup>325</sup>. Zamanaşımı süresi de TBK madde 149 gereği alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, mahkemenin vereceği işe iade kararları tespit niteliğinde olacaktır. İşçinin işe iade edilmeme ihtimali göz önünde bulundurulmak suretiyle mezkûr kararlarda işçiye ödenmek üzere iş güvencesi tazminatının miktarı belirlenmekle birlikte söz konusu tazminatın ödenmesine ilişkin bir eda kararı verilmemektedir. Dolayısıyla işçinin işine başlatılmasına yönelik başvurusunun akabinde, işverenin bir aylık yasal süre zarfında işe başlatmayacağını işçisine tebliğ ettiği ya da işçiye cevap vermeyerek mezkûr süreyi tamamladığı tarihte iş güvencesi tazminatı talep edilebilir duruma gelerek tazminat muaccel olacak ve 10 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır<sup>326</sup>.

<sup>322</sup> Brüt ücret yasal kesintiler yapılmamış, net ücret ise yasal kesintilerin yapılmış olduğu ücret türüdür.

<sup>323</sup> Nitekim ücret alacakları, TBK m.147/1 gereği 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

<sup>324</sup> Hükme göre, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*”

<sup>325</sup> Cevdet İlhan Günay, “Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, **Yargıç Güven Çankaya’ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008, s. 143; Narter, s. 490.

<sup>326</sup> Kılıçoğlu ve Şenocak, İş Güvencesi, s. 484; Duran, s. 811; Kar, İş Güvencesi, s.753; Bayram, s. 1389.

İş güvencesi tazminatının zamanında ödenmemesi durumunda bu tazminata hangi tarihten itibaren faiz işletileceği konusu tartışma konusu olsa da doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen, Yargıtay'ın da kabul ettiği<sup>327</sup> ve kanaatimizce de isabetli görülen görüşe göre, yukarıda ifade edilen ve aynı zamanda zamanaşımı süresinin de işlemeye başladığı muacceliyet tarihinden itibaren bu tazminata faiz işletilmeye başlanmalıdır<sup>328</sup>. Ayrıca, iş güvencesi tazminatına uygulanacak faize ilişkin mer'i mevzuatta başkaca düzenleme yer olmadığından, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun<sup>329</sup> çerçevesinde yasal faiz hükümleri uygulanmalıdır<sup>330</sup>.

Aksi görüşe göre söz konusu tazminata faiz işletilirken muacceliyet tarihi değil, temerrüt tarihi dikkate alınmalıdır. Buna göre faizin başlangıcı, işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih olup, bu tarih iş güvencesi tazminatı alacağıının işverenden yazılı olarak talep edildiği ya da icra takibinin açıldığı gün olacaktır. Nitekim muacceliyet tarihinden itibaren faiz uygulanabilmesi için kanuni düzenlemenin varlığı şarttır<sup>331</sup>.

<sup>327</sup> "...İş güvencesi tazminatı, işe iadeye dair kararın kesinleşmesini takiben işçinin süresi içinde işverene başvurusu ve bir aylık süre içinde işverence işe başlatılmaması halinde muaccel olur. Böyle olunca bu tazminat için dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi de doğru değildir..." Y.9.HD, 17.03.2008, E.2007/40624, K.2008/5165; Bu yöndeki diğer bir karar için bkz. Y.9.HD, 22.01.2010, E.2009/13227, K.2010/834, <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018).

<sup>328</sup> Tankut Centel, "Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, (Karar İncelemesi)", **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı:286, Ekim 2003, s. 34; Muhammet Özekes, "Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları", **Legal İSGH 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Mayıs 2005, İstanbul, s. 168; Hale Manav, **İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 139-140; Duran, s. 811; Ekmekçi, s. 177; Güzel, s. 115; Soyer, s. 62.

<sup>329</sup> Resmi Gazete (19.12.1984 Tarih ve 18610 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3095.pdf>, (03.03.2018).

<sup>330</sup> Abdurrahman Duran, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, (Alacak Davaları), s. 342; Ekmekçi, s. 177. Ayrıca, bu yöndeki kararlar için bkz. "4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmişse de, işe başlatmama tazminatı ücret olmayıp tazminat niteliğindedir. Böyle olunca sözü edilen tazminata yasal faiz yerine bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi hatalı olmuştur." Y.9.HD, 06.05.2008, E.2008/12697, K.2008/11509; "...İşe başlatmama tazminatı, niteliği itibarıyla tazminat olmakla uygulanması gereken faiz, yasal faiz olmalıdır." Y.22.HD, 10.10.2011, E.2011/6903, K.2011/2513, <http://www.kazanci.com>, (25.02.2018).

<sup>331</sup> Sarıbay, ss. 262-263; Kar, İş Güvencesi, s. 753; Erol Akı, "İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, s. 314;

### 3.3.5. Sosyal Sigorta Primleri ve Vergi Hukuku Yönünden İş Güvencesi Tazminatı

04/03/2005 tarih ve 16-330 sayılı SSK Başkanlığı Genelgesinde de belirtildiği üzere<sup>332</sup>, “İş Mahkemesi tarafından feshin geçersizliğine ve işçinin işe iade edilmesine karar verilmesi sonrasında işçinin 1 ay içinde işverene işe başlamak üzere başvurmasına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmayarak tazminat ödeme yolunu seçmesi halinde gündeme gelen ve en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarındaki işe başlatmama tazminatı; niteliği itibariyle ücret sayılabilecek bir kazanç olmaması ve işçinin işe başlatılmaması nedeniyle sigortalılık vasfının da kalmaması, ödenecek tazminatın işçiyi himaye gayesi ve işe başlatmama nedeniyle işverene verilen bir medeni ceza niteliğinde olması nedenleriyle prime tabi tutulmayacaktır” ve bu tazminatın miktarının tespitinde geçen süre işçinin hizmet süresine eklenmeyecektir<sup>333</sup>.

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>334</sup>, 3 Temmuz 2009 tarih ve 27277 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Mezkûr kanunla yapılan düzenlemelerden biri de, gelir vergisinden muaf olan tazminatları düzenleyen Gelir Vergisi Kanunu’nun 25. maddesini ilgilendirmektedir. Bu değişiklikte beraber, Gelir Vergisi Kanunu m. 25/1’de düzenlenen “ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat” ifadesi “ve işsizlik sebepleriyle (işe başlatmama tazminatı dâhil) verilen tazminat” biçiminde değiştirilmiştir. Parantez içinde getirilmiş olan mezkûr ibare neticesinde “işe başlatmama tazminatı” 3 Temmuz 2009 tarihinden itibaren Gelir Vergisi’nden muaf tutulmaktadır. Maliye Bakanlığı’nın verdiği görüşler çerçevesinde iş güvencesi tazminatına ücret sınıfında gelir vergisi uygulanmasına karşın, mahkemelerin ve öğretinin bu tarz ödemelerin

<sup>332</sup> Mezkûr genelgeyle alakalı detaylı malumat için bkz. Ömer Ekmekçi, “S.S. Kurumu Başkanlığı’nın, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine”, **Legal İSGHD**, Yıl:2005, Sayı:7, (16-330 Sayılı Genelge Üzerine), s. 7.

<sup>333</sup> Resul Kurt, “İşe İade Davalarında SGK İşlemleri ve Uygulama Sorunları”, **Mali Çözüm**, Sayı:112, Temmuz-Ağustos 2012, ss. 126-127.

<sup>334</sup> Resmi Gazete (03.07.2009 Tarih ve 27277 Sayılı), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5904.doc>, (03.03.2018).

ücret niteliğinde olmadığına yönelik verdiği karar ve değerlendirmeler, mezkûr değişikliklerin yapılmasındaki ana unsur olmuştur<sup>335</sup>.

Sonuç olarak, iş güvencesi tazminatı, damga vergisi müstesna olmak üzere herhangi bir vergiye tabi tutulmayacaktır<sup>336</sup>.



---

<sup>335</sup> Hakan Üzeltürk, “İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:15, Eylül, 2009, s. 240; Narter, ss. 636-637.

<sup>336</sup> Üzeltürk s. 205.



## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### BOŞLUK VE YARIŞMA KAVRAMLARI

#### 4.1. BOŞLUK KAVRAMI

Hukuk sistemlerinde hukuki kuralları oluşturmaya yetki verilen organlar, oluşturdukları kuralın, iradi şekilde muaf tuttukları hariç, gelecekteki olayların hepsini kapsamış olmasını hedefler. Bununla beraber mezkûr gayeye neredeyse hiçbir zaman tamamıyla ulaşamaz. Bu durumun iki temel sebebi bulunmaktadır: İlki, hayatın kendisinin dinamik yapıda oluşu; ikincisi de beşer itibariyle sınırlı bir kapasiteyi haiz olmamızdır. İşte hukukta yer alan boşluklar da bu iki durumdan ötürü ortaya çıkar. Dolayısıyla mer’i mevzuattaki boşluk, sosyal hayatın sürekli değişen karakteristiğinden ve insan tabiatından kaynaklanmaktadır. Bu çerçeveden değerlendirildiğinde, kanunilik kaidesinin salt şekilde uygulanmakta olduğu “*suç, ceza ve vergi yükümlülüğüne ilişkin*” birtakım alanların haricinde boşluk, hukuk sistemlerinde olağan durumdur<sup>337</sup>. Tersine, boşlukları kabul etmemenin ya da hukuki düzenlemelerin boşluk içermeyeceğini savunmanın tutarlı olmayacağı bir gerçektir. Nitekim bu hatalı varsayım, bir yandan kanunkoyucunun öngörüsüne kusursuzluk atfederken öte yandan hukuki düzenlemelerin mükemmel yapıda olduğuna ilişkin sabit fikirliliği gerektirmektedir. Böyle bir hatalı varsayım ise hâkimlere hukuk oluşturma yetkisi verilmesini engelleyecek, pozitif hukukun değişik koşullara adapte olmasını imkânsız duruma getirecektir<sup>338</sup>.

Literatürde boşluk kavramına ilişkin çeşitli yazarlar tarafından farklı tanımlar yapılmıştır. Örneğin bir görüşe göre kanunun kendi planına aykırı bir şekilde sustuğu objektif olarak değerlendirilebiliyorsa kanundaki boşluktan söz edilebilir<sup>339</sup>. Diğer bir yazar da hukuk boşluğunu “*bir hukukî sorun hakkında yasanın, örf-adet hukukunun ve diğer herhangi bir hukuk kaynağının cevap veremediği durumlar*”

---

<sup>337</sup> Şafak Ertan Çomaklı, **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, 2010.

<sup>338</sup> Sururi Aktaş, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD)**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 2010, s. 1; Şafak Çomaklı, Ahmet Ak ve Zülküf Ayrangöl, **Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Esaslar**, Savaş Yayınları, Ankara, 2014, s. 83.

<sup>339</sup> Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 157.

biçiminde tanımlamaktadır<sup>340</sup>. Benzer bir tanıma göre kanun boşluğu, gerekli yasal düzenlemelerin yapılmaması ya da eksik yapılmasıdır<sup>341</sup>. Aynı şekilde bir başka yazar da mezkûr kavramı “*gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olması*” ifadesiyle tanımlayarak, buradaki “*gerekli*” kelimesinin öneminin bulunduğunu, dolayısıyla, kanuni düzenlemelerdeki tüm eksikliklerin boşluk olarak ifade edilemeyeceğini; boşluğun kabulü için “*düzenlenmesi gerekli olan bir noktanın düzenlenmemiş olması*” hususunu vurgulamaktadır<sup>342</sup>. Yine bu tanımlara paralel şekilde boşluk kavramı, “*somut olaya uygulanacak hükmün hiç olmaması ya da yetersiz olması*” şeklinde de tarif edilmiştir<sup>343</sup>.

Bazı yazarlar ise hukuk boşluğu ve kanun boşluğu şeklinde ikili bir ayrıma giderek, yazılı hukukta -varlık nedeni dikkate alındığında- somut olaya ilişkin kural olmadığında kanun boşluğu; ne mer’i hukuk ve ne de örf-adet hukukuna ilişkin hüküm bulunmadığında ise hukuk boşluğu söz konusu olacağını ifade etmişlerdir<sup>344</sup>.

Kanun boşluğunun Canaris tarafından ise şöyle tanımlandığı görülmektedir: “*Boşluk, yürürlükte olan hukuk düzeni ölçüsü esas alındığında, pozitif hukukun sınırlan içerisindeki plâna aykırı eksikliklerdir. Hukuk düzeninin bir bütün olarak pozitif bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen (kelimelerden çıkanlabilen anlam çerçevesinde), kanun veya örf ve adet hukuku bunu düzenlememiş ise, boşluk söz konusudur*”<sup>345</sup>.” Özetle kanunda düzenlenmesi beklenen bir hususun eksik bırakılması durumunda ‘boşluk’ kavramı gündeme gelecektir.

Bu şekilde tanımlanan boşluk kavramı, genellikle sadece kanun metninden ilk bakışta anlaşılacak açıklıkta olmamaktadır. Kanundaki boşluğun varlığı, bir takım faaliyetler sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu faaliyetlerin başlangıcı, somut bir

<sup>340</sup> Abdullah Dinçkol, **Hukuka Giriş**, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s. 271.

<sup>341</sup> Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)**, Cilt I, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2007, s. 126; Turhan Esener, **Hukuk Başlangıcı, (Yeniden Gözden Geçirilmiş)**, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 256; Mustafa Dural ve Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Cilt I, (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 108; Bilge Öztan, **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 143.

<sup>342</sup> Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **AÜHFİD**, Cilt: 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, s. 91.

<sup>343</sup> Aydın Aybay ve Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Aybay Yayınları, İstanbul, 2000, s. 235; Aynı yöndeki diğer tanımlama için bakınız; Yahya Deryal, **Hukukun Temel Kavramları**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2008, s. 52.

<sup>344</sup> Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 227; Ali Nazım Sözer, **Hukukta Yöntem Bilim**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İzmir, 2008, ss. 116, 124.

<sup>345</sup> Kırcı, s. 92.

olayın çözümü için kanuna başvurmadır<sup>346</sup>. İş Hukuku perspektifinden konuyu değerlendirecek olursak; bu kapsamda karşılaştığımız bir olaya ilişkin başta İş Kanunu olmak üzere diğer ilgili mevzuat, yararlanmamız gereken temel kanunlar olacaktır.

Somut olayı çözüme kavuşturmak için İş Kanunu'na başvurulduğunda, sistematik yönden ilk basamak olan hükmün lafzının yorumlanması suretiyle kelimelerin ve cümle anlamlarının incelenmesinin akabinde yasanın tümüyle hüküm arasındaki sistematik bağlantı (sistematik yorum) ve yasakoyucunun hedefleri açısından yorum (amaçsal yorum) uygulandıktan sonra hüküm somut duruma tatbik edilerek de neticeye varılamıyorsa “*kanun boşluğu*” mevzubahis olacaktır. Bu konuda yasakoyucunun saydığı yorum yöntemlerinin aralarında öncelik-sonralık ilişkisinin bulunmadığını söylemek gerekir. Böylece yorum faaliyetinin bütünlük arz edecek şekilde yapılmasının akabinde yasanın somut olayın çözümüne katkı sunması mevzubahis olmazsa, duruma uygulanabilecek hüküm bulunmadığından “*kanun boşluğu*” doğacaktır<sup>347</sup>.

Sonuç olarak, kanun boşluğu mefhumu açısından en mühim husus, yasadaki eksikliklerdir. Kanunun lafzı, somut olaya ilişkin uygulanabilir bir düzenleme ihtiva etmiyorsa ve yasa hükmünün yorumlanmasıyla (secundum legem) da çözüm bulunamıyorsa, bahsedilen eksiklik mevzubahis olacaktır. Nitekim mezkûr eksikliğin sebebiyet verdiği kanun boşluğundan dolayı hüküm, somut duruma uygulanamamaktadır<sup>348</sup>.

## 4.2. BOŞLUK TÜRLERİ

Boşluklar farklı yönlerden sınıflandırılmakla birlikte literatürde genelde üçe ayrılarak incelendiği görülmektedir: “*Kural içi boşluk, açık boşluk, örtülü (gizli) boşluk.*” Ayrıca bölümün sonunda da bilinçli-bilinçsiz boşluklara değinilecektir.

---

<sup>346</sup> İmran Arıtı Erdem, “Vergi Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)**, 2016/2, ss. 3-4.

<sup>347</sup> Erdem, s. 4.

<sup>348</sup> İdris Hakan Furtun, **Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 62.

### 4.2.1. Kural İçi Boşluk

Bu tür boşluklarda yazılı hukukta düzenleme mevcuttur. Bununla beraber, ilgili norm çerçeve biçiminde belirtilmiş, içerik kısmının doldurulması hâkime bırakılmıştır<sup>349</sup>.

Bu durumda, hüküm dışındaki öğelerle söz konusu norm tamamlanacağından, kural içi boşluklar, yargıçlara takdir yetkisi tanıyan ve bilinçli olarak bırakılan boşluklardır. Aynı zamanda kural içi boşluk, içeriğinin doldurulması için çerçeve bir norma ihtiyaç duyduğundan, geniş anlamda bir boşluk olarak nitelendirilebilir<sup>350</sup>.

Pozitif hukukumuzda da kural içi boşluğun pek çok örnekleri vardır<sup>351</sup>.

### 4.2.2. Açık Boşluk

Açık boşluk, kanunun belli bir soruna plâna aykırı olarak çözüm getirmemesi durumunda söz konusu olacaktır. Yasanın lafzı da, yorumu da uyumsuzluk konusuna ilişkin menfi ya da müspet hiçbir çözüm getirici kural barındırmıyorsa, açık boşluk gündeme gelecektir<sup>352</sup>.

Buna ilişkin verilecek en iyi misal, terekesinde cenaze giderini karşılayabilecek malvarlığına sahip bulunmayanların cenaze masrafının ne şekilde karşılanacağı hususudur. TMK m. 507/2 uyarınca, miras bırakan kişinin cenaze masrafları terekeden karşılanmakla birlikte eğer terekede cenaze giderlerini karşılayacak mal varlığı bulunmadığında bu giderlerin nasıl karşılanacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına paralel olarak

---

<sup>349</sup> Kırca, s. 93.

<sup>350</sup> Aktaş, ss. 14-15; Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Altıncı Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, ss. 243-244; Deryal, s. 52.

<sup>351</sup> Bu tür boşluklara şu üç hüküm örnek verilebilir: “*Medeni Kanun’un 27. maddesinin 1. fıkrası, ‘Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir’ biçiminde bir hüküm getirmiştir. Bu hükümdeki haklı nedenlerin ne olduğu belirlenmeyip, bunun takdiri yargıca bırakılmıştır. Yine, Borçlar Kanunu’nun 47. maddesinin getirdiği, ‘Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevî zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir’ biçimindeki hükümde yer alan ‘adalete muvafık’ tanımlamasının içi boştur. Yargıç, özel durumları dikkate alarak, adalete uygunluğu kendisi belirleyecektir. Yine Borçlar Kanunu’nun 20. maddesinin 1. fıkrası, ‘Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (âdâba) mugayir olursa o akit batıldır’ demektedir. Bu hükümdeki ahlaka aykırılık, pozitif hukukun dışındaki bir ölçüttür; nelerin ahlaka aykırı olduğunu ise yargıç kendisi belirleyecektir.*” (Aktaş, s. 15)

<sup>352</sup> Kırca, s. 94.

Türk Öğretisince mezkûr boşluk, TMK m. 364 ve 365 kıyasen tatbik edilerek terekedeki malvarlığıyla karşılanamamış olan cenaze giderleri, nafaka borçlusu olanlara yüklenmek suretiyle doldurulacaktır<sup>353</sup>.

Açık boşluk, kanundaki düzenlemelerin birbirine açıkça aykırı olması durumunda da gündeme gelir. Tamamen birbirine zıt olan bu normlar kendilerini ortadan kaldırarak ‘çatışma boşluğu’nu oluşturur<sup>354</sup>.

### 4.2.3. Örtülü Boşluk

Kanunda duruma ilişkin bir kural olmakla birlikte, olayın gerektirdiği istisnai durumlara yer verilmeyerek, kural kapsamının oldukça geniş bırakılması sebebiyle kanun lafzının doğrudan tatbik edilmesinin hakkaniyete aykırılık oluşturduğunda “örtülü boşluk” gündeme gelir<sup>355</sup>. Bir diğer deyişle, bir hükmün uygulanmasının hakkın kötüye kullanılmasına yol açması, örtülü boşluğa sebebiyet verir<sup>356</sup>. Bu durumda, yasada somut duruma tatbiki olanaksız kuralın sarih şekilde düzenlendiği görülebilmektedir, fakat daha önce de belirttiğimiz gibi yasanın amaç ve ruhu gözetildiğinde, bu düzenlemenin somut olayda uygulanması hakkaniyete aykırılık oluşturacaktır. Nitekim burada kanun yapıcının özen eksikliği söz konusudur. Hükmün lafzının çerçevesi oldukça geniş tutulduğundan, somut olaydaki istisnai özelliklere uygunluk taşımamakta, adalete muhalif neticeler doğurmaktadır<sup>357</sup>.

Örtülü boşluğa ve bu boşluğun amaca uygun sınırlandırma yöntemi ile doldurulmasına örnek olarak Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesini gösterebiliriz. Mezkûr hükümde yer alan tehlike sorumluluğu, istisnai bir sorumluluktur ve istisnaların dar yorumlanması ilkesi gereğince de bu istisnai hükmün dar yorumlanması gerekmektedir. Buradaki hükmün lafzına baktığımızda, tehlike sorumluluğuna gidebilmemiz için işletmenin faaliyetinin söz konusu olması gerektiği ifade ediliyor. Fakat burada işletmenin her faaliyetinden kaynaklanan zarar bu kapsamda değerlendirilemez. İşletmenin karakteristik özelliğinden kaynaklanan, ona özgü bir faaliyet olması gerekmektedir. Burada hükmün lafzında herhangi sınırlama

<sup>353</sup> Yasemin Işıқтаç, **Hukuk Başlangıcı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 202; Aktaş, s. 19.

<sup>354</sup> Kırca, s. 95.

<sup>355</sup> Işıқтаç ve Metin, s. 229; Kırca, s. 96; Aktaş, s. 20.

<sup>356</sup> Aktaş, s. 20; Işıқтаç, s. 203; Kırca, s. 98.

<sup>357</sup> Kırca, s. 96;

bulunmamaktadır. İşletmenin her türlü faaliyetinden tehlike sorumluluğu doğacağına ilişkin bir anlam çıkıyor. Kapsamı çok geniş olan bu hükmün anlamının sınırlandırılması gerekiyor. Çünkü burada kanunun ruhuna ve amacına uymayan çelişkili bir durum mevcuttur. Dolayısıyla burada meydana gelen örtülü boşluğun amaca uygun sınırlama ile doldurulması gerekiyor. Bu sınırlamayı da gerekçelendirmemiz gerekmektedir. Bahsi geçen hükmün lafzının her türlü işletme faaliyetini de içine alacak şekilde geniş olduğunu ifade etmiştik. Hükmün amacına baktığımızda ise daha dar bir kapsamın olduğunu görüyoruz. Sadece işletmenin karakteristik faaliyetinden kaynaklanan durumlarda tehlike sorumluluğunun söz konusu olabileceğinin hükmün amacına daha uygun olduğunu ifade ediyoruz. Buna contra legem (kanuna karşı) yorum denir. Her ne kadar lafız geniş olsa da hükmün amacı dar olduğundan yorumumuz da dar olacaktır.

#### **4.2.4. Bilinçli-Bilinçsiz Boşluk ve “Bilinçli Susma” Kavramı**

Kanunkoyucunun istek ve iradesi ile boşluğun oluşması durumunda “*bilinçli kanun boşluğu*” gündeme gelir. Buna dair Türk hukukundaki nadir örneklerden birisi TMK’da “*taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin geçerli bir iktisap sebebine dayanması gerektiği*” belirtilmiş olduğu halde “*taşınır mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin geçerli bir sebebe bağlı olup olmadığının*” belirtilmemesidir. Burada bilerek ve isteyerek bir düzenleme yapılmamıştır. Konunun öğretisi ile yargı içtihatları doğrultusunda şekillenmesi istenmiş olabilir. Dolayısıyla ihmal, unutma ya da dikkat eksikliği mevzubahis değildir. “*Hüküm içi boşluklar*” da bu kapsamda “*bilinçli boşluk*” olarak değerlendirilmektedir. Nitekim kanunkoyucu hakkaniyeti sağlamak amacıyla “*kazuistik kurallar*” getirmektense birbirlerinden farklılık arz eden durumlarda tatbik edilebilecek, olayın gereksinimleri itibarıyla yargıca takdir yetkisinin tanıdığı “*genel ve soyut kurallar*” düzenlemiştir.

Bilinçli olmayan boşlukta bu durum kanunkoyucunun istek ve bilgisi haricinde oluşmuştur. Esas itibarıyla üç nedene dayanmaktadır: Özen eksikliği, öngörülemeyen ekonomik-toplumsal-teknolojik gelişmeler, halihazırdaki yasa

normunun yürürlüğünün sona ermesi ve uygulanılabilir yeni normun yürürlük kazanmasının süre alması<sup>358</sup>.

Bilinçli boşluklarla karıştırılabilen “*bilinçli susma*” durumunda ise kanunkoyucu olayı normun zıt manasıyla çözmektedir. Nitekim normun ilk manası haricindeki noktalar bakımından kanun boşluğu olduğunu söylemek hatalı olur. Dolayısıyla bilinçli susma durumunda kanundaki boşluktan bahsedilemez bilakis yasa normu, çözülmesi gerekli olan durumu mefhumu muhalifiyle zaten çözüme kavuşturmuştur. TMK m. 129 buna ilişkin güzel bir örnek teşkil eder. Mezkûr maddede evlilik müessesesinin hangi akrabalar arasında yasaklandığı belirtilir. Bununla beraber mezkûr yasaklar, yalnızca normda yer verilenleri kapsar. Bir diğer ifadeyle sınırlı sayıda sayılmıştır (numerus clausus). Dolayısıyla maddede sayılan kişiler dışında kalanlar ise evlenebilirler.

Yukarıda da ifade edildiği üzere yasada düzenleme olmaması, mutlaka kanundaki boşluğu akla getirmemelidir. Bilinçli veya diğer ifadeyle “*kasıtlı susma*,” kanun boşluklarından oldukça farklılık gösteren bir mefhumdur. Yasanın belli konulara ilişkin müspet çözüm getirmediği hallerde bilinçli susma mevzubahis olacaktır. Bu durumda, kanun koyucunun müspet çözümden ziyade özellikle bu olumsuz yöntemi seçtiğinin ve bunun aksini öngörmek istemediğinin kabul edilmesi gerekir. Kanun lafzının bazen iradi şekilde susması, meseleyi menfi biçimde halletmek istediğini göstermektedir. Çözümün olduğu yerde ise boşluk söz konusu olmayacaktır. Boşluklarla menfi çözümler arasında yer alan en büyük farklılık, yargıcın hukuk yaratma yetkisine sahip bulunup bulunmadığı noktasındadır. Menfi çözümlerde bu şekilde bir yetki bulunmamaktadır. Nitekim kanunkoyucu menfi de olsa meseleyi halledecek bir düzenlemeyi zaten yapmıştır. Yargıç tarafından yapılması gerekli olansa boşluk ve menfi çözümden hangisinin meselede bulunduğu tespitidir. Kanun koyucu tarafından bir müessesenin koşulları ve neticeleri tamamıyla düzenleme altına alınmış bunların haricindeki hallere ilişkin norm koyulmamışsa “*menfi çözüm*” mevzubahistir. Diğer ifadeyle, yasadaki

---

<sup>358</sup> Aktaş, ss. 21-22.

kapsamlı düzenlemenin mefhumu muhalifinden yasakoyucunun bunun haricindeki hallere yönelik çözüm getirme arzusunda olmadığı anlaşılmalıdır<sup>359</sup>.

Ayrıca kıyas müessesesinin tatbiki için yasada boşluğun bulunması gereklidir. Bu itibarla “*bilinçli susma*” durumu, yasadaki boşluklar arasında mütalaa edilmediğinden kıyasa başvurmak mümkün gözükmemektedir. Benzer duruma ilişkin hükmün kıyasen somut olaya uygulanabilmesi için kanunkoyucunun yukarıda ifade edildiği üzere boşluğu sarih şekilde veya ihmalen bırakmış olması ya da sonrasında zuhur eden durumlar neticesinde boşluğun oluşması gerekmektedir. Dolayısıyla “*kasıtlı susma*” durumlarında ‘kıyas’ müessesesinin uygulanabilme koşulları oluşmamaktadır. Bunun yerine “*karşıt kavram kanıtı ilkesi (mefhumu muhalif)*” geçerlilik taşıyacak, mesele bu yöntemle değerlendirilecektir<sup>360</sup>.

#### **4.3. BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI KAPSAMINDA İŞ KANUNU HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASI**

Çalışma hayatının devamlı yenilenen ve güncellenen bir süreç olduğu göz önüne alınırsa kanun koyucunun iş mevzuatına ilişkin bütün ihtimalleri önceden sezip kanun hükmüne bağlamasını beklemek, tutarlı ve gerçekçi olmayacaktır. Bu sebeple, genel ve soyut olarak belirlenmiş olan kanun maddelerinin yorumlanmasına ihtiyaç duymamız, kaçınılmaz olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; İş Hukuku, bağımsız bir hukuk dalı olduğundan kendine has kavram ve kurumlara sahiptir. İş Hukuku hükümlerinin yorumlanması faaliyetinde de bu alanın sahip olduğu kendine özgü yorum yöntemlerine ve kurallarına başvurmak gerekecektir. Bununla beraber, yoruma başvurabilmemiz için öncelikle somut olaya ilişkin kanun hükmünün/hükümlerinin bulunması gerekmektedir. Bu sebeple uyumsuzluğa ilişkin herhangi kural ya da hükmün bulunmaması durumunda açık boşluk kavramı gündeme gelecek dolayısıyla bu durumda da yorum faaliyetinden ziyade kıyas yöntemi söz konusu olacaktır. Buna ilave olarak da ayrıca bu kanun hükmünün anlamının ve içeriğinin açık

<sup>359</sup> Selda Taşyürek, “Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:38, İstanbul, 2013, ss. 424-425.

<sup>360</sup> Taşyürek, ss. 424-425.



olmaması da yorum faaliyetine başvurabilmemiz için gereken diğer şartı teşkil eder. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında<sup>361</sup> da yer aldığı üzere “*Bir metin okunur okunmaz anlaşılmaz, başka başka anlamlara olanak verecek kadar duraksamalar (tereddütler) doğuracak nitelikte kapalı ve yanlışlık apaçık ise o zaman yoruma gidilir ve yorum da kanun koyucunun o metni koymasındaki ereklere (hükümün amacı) göre yapılır.*”

### **4.3.1. Yorumda Kullanılan Araçlar**

Yorumda kullanılan araçları; asli yorum araçları ve yardımcı yorum araçları şeklinde iki ayrı başlık altında incelememiz sistematik açıdan daha sağlıklı olacaktır.

#### **4.3.1.1. Asli Yorum Araçları**

##### **4.3.1.1.1. Kanunun Lafzı**

Yorumlama faaliyetinde hiç şüphesiz ilk başvurulacak yer, kanun koyucunun iradesinin ete kemiğe bürünmüş hali olan kanun metnidir. Metinde yer alan kelimeler, terimler, noktalama işaretleri, başlık, kenar başlığı ve dilbilgisi kuralları bir bütün olarak göz önüne alınarak cümleler analiz edilir. Bununla beraber kanun lafzı, her zaman somut olaya uygulanacak kuralların belirlenmesinde yeterli olmayabilir. Dolayısıyla bu aşamadan sonra genellikle diğer yorumlama araçlarına da başvurulması gerekecektir.

##### **4.3.1.1.2. Kanunun Tarihçesi ve Düzenlenme Amacı**

Her ne kadar yorumlama faaliyetinde lafız esas olsa da, kanun koyucunun metni oluşturmadan önceki hazırlık çalışmaları, ön tasarılar, kanun teklif ve tasarıları, gerekçeler ve görüşme tutanakları, kanun koyucunun iradesini ve amacını

---

<sup>361</sup> Anayasa Mahkemesinin 26/27.09.1967 tarih ve E.63/336, K.67/29 sayılı kararı, (13031 sayılı ve 19.10.1968 tarihli Resmi Gazete).

öğrenmemizi sağlayan önemli parametreleri teşkil ettiğinden bu veriler, yorumlama faaliyetinde ayrı bir önem arz eder. Bu hususlar, kanun metninin muğlak kalan ve anlaşılması zor noktalarını aydınlatılabilmek için kullanışlı bir araçtır. Bununla beraber kanun hükmü, yürürlüğe girdiği an itibariyle artık kanun koyucunun iradesinden ayrılarak objektif niteliği haiz olduğundan kanun lafzı her zaman gerekçe metni ve hazırlık faaliyeti çalışmalarına üstün tutulur.

#### **4.3.1.1.3. Kanunların Sistematiği**

Bu kavram kanunun kendi içindeki ve diğer kanunlarla arasındaki bütünlüğü ifade eder. Yorumlama faaliyetinde bu bütünlük ve uyumun da incelenmesi faydalı olabilir. Dolayısıyla İş Kanunu hükümleri açısından konuyu ele alacak olursak, öncelikle bütünlük ve sistematik bir bakış açısıyla somut uyuşmazlığa ilişkin hüküm, diğer İş Kanunu hükümleri ile birlikte değerlendirmeye tabi tutularak aynı ya da benzer duruma ilişkin farklı hükümlerle mukayese yapılır. Böylece kanun koyucunun iradesi ortaya konmaya çalışılır. Sonrasında niteliği uygun düştüğü ölçüde öncelikle Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu olmak üzere diğer düzenlemeler de göz önüne alınarak sistematik yorum tamamlanır. Bu yöntem uygulanırken göz önüne alınması gereken kıyas, aksi ile kanıt ve evleviyet gibi mantık kuralları, yorumlama sürecince faydalı araçlar olacaktır.

#### **4.3.1.2. Yardımcı Yorum Araçları**

Asli yorum araçlarına yardımcı olarak doktrin ve mahkeme içtihatlarından da sıklıkla faydalanılır. Ayrıca Medeni Hukukun başlangıç hükümleri ile Borçlar Kanunu'nun genel esasları da İş Hukuku mevzuatının yorumlanmasında kullanılabilen diğer kaynaklardır.

Mahkeme içtihat ve kararlarının bağlayıcılığı olmasa da<sup>362</sup> İş Mahkemelerinin, Yargıtay'ın İş Davalarına Bakan Dairelerinin ve Anayasa

---

<sup>362</sup> Bu durumun istisnası, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararlarıdır. Bunların bağlayıcılığı olduğundan diğer mahkemelerin bu kararlara uyması zorunludur.

Mahkemesinin İş Hukuku alanına giren konulara ilişkin vermiş olduğu kararlar, hâkimlerin konuya ilişkin görüşünü yansıtan yol gösterici kaynak niteliğindedir.

### 4.3.2. Yorum Faaliyetinde Kullanılan İlkeler

#### 4.3.2.1. Amaçsal Yorum İlkesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hangi yorum yöntemi uygulanırsa uygulansın aslolan kanunun vazediliş nedeninin (ratio legis) saptanması olduğundan en temel yorum kaidelerinden biri hiç kuşkusuz amaçsal (gai/teolojik) yorum ilkesidir<sup>363</sup>. Bu yorum yönteminde; normun metni hazırlanırken alınan görüşler ve gerekçeler yanında normun amacı ile özellikle dönemin ihtiyaçları, konjonktürel gelişmeler göz önünde bulundurulur<sup>364</sup>.

Esasen Medeni Kanunu'muzun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasındaki “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*” hükmü gereğince, kanun normunun ruhunun araştırılarak, özünün yani amacının ortaya konulmasının zorunluluk olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yorum faaliyetinde bulunurken incelemeye konu olan İş Kanunu kuralının toplumsal amacının araştırılması büyük önem taşımaktadır.

Son olarak, Kanun hükmünün özünden çıkan anlam, sözünden çıkan anlamdan farklı ise hükmün uygulanması özünden çıkan anlama göre yapılacaktır<sup>365</sup>.

#### 4.3.2.2. İşçi Lehine Yorum İlkesi

İşveren-işçi arasında hiyerarşik bir bağ ve bağımlılık olduğu aşikardır. İşçilerin işveren ile olan ilişkisi, iş sözleşmesine dayandığı için hukuki bağımlılık; işçileri şahsi biçimde işverene bağladığından da şahsi bağımlılık meydana gelir. Hukukun genel kaidelerinden biri olan “*güçlü karşısında güçsüzün korunması ilkesi*” ışığında, çalışma mevzuatının tesis edilme sebebi iş sözleşmelerinin zayıf kanadındaki

<sup>363</sup> Mollamahmutoğlu vd, s. 130.

<sup>364</sup> Bektaş Kar, “İş Hukukunda Yorum”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı:28, 2012, (İş Hukukunda Yorum), s. 74.

<sup>365</sup> Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, Ankara, 1979, ss. 175, 181, 182.

işçilerin korunmaları düşüncesidir. İşçilerin ekonomik, hukuksal ve şahsi yönlerden işverenlere karşı bağımlılıkları sebebiyle, işverenler karşısında korunmaları amacına matuf olarak çalışma hukuku kurallarının yorumlanmasında “işçi lehine yorum yöntemi,” temel prensip olarak kabul edilmektedir<sup>366</sup>. Nitekim bu görüş 1958 tarihli içtihadı birleştirme kararındaki şu ifadeler ile vurgulanmıştır: “*Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında zaif olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyarak içtimai muvazeneyi ve cemiyetin sükununu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır*<sup>367</sup>.”

Ayrıca, genel olarak İş Hukuku kurallarının düzenlenmesinin ardında yatan amaç, işçinin korunması olduğundan<sup>368</sup> işçi lehine yorum kuralı ile yine bir diğer yorum kuralı olarak amaçsal yorum örtüşmüş olur<sup>369</sup>. Bununla beraber, işçilerin belirli oranda korunmaları iş hukukumuzun ana prensibi olsa da, çalışma mevzuatındaki bütün hükümlerin somut amaçları, buradaki esas amaçtan üstün tutulmalıdır. Dolayısıyla iş kanunlarındaki hükümlerin yorumlanmasında, çalışma hukukumuzun genel amacından ziyade her kuralın/hükmün konuluş gayesi dikkate alınmalıdır<sup>370</sup>.

#### 4.3.2.3. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi

Çalışma yaşamına ilişkin birçok ilke ve kural Anayasa’da öngörüldüğünden ve çalışanların temel hakları anayasal güvence altına alındığından Anayasa’ya uygun yorum ilkesi, iş hukukunda özel bir önem taşımaktadır. İş mevzuatının yorumlanması

<sup>366</sup> Ercan Akyiğit, **Toplu İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 40-41; Kar, İş Hukukunda Yorum, ss. 79-80; Süzek, Amaca Uygun Yorum, s. 14.

<sup>367</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK), 28.5.1958, 15/5, (26.9.1958 tarihli ve 10017 sayılı Resmi Gazete).

<sup>368</sup> “İş hukukunun işçiyi koruma amacı anayasal eşitlik ilkesine aykırı düşmez. Çünkü kuramsal olarak işçi ve işvereni eşit kabul etmek pratikte kaçınılmaz bir biçimde bu ilişkinin güçsüz tarafı olan işçi aleyhine eşitsizlik yaratır.” Sarper Süzek, “İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:34, 2015, (Amaca Uygun Yorum), s. 11.

<sup>369</sup> Sarper Süzek, “İş Hukukunda Yorum”, **İnan Kıraç’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 1994, (İş Hukukunda Yorum), s. 234;

<sup>370</sup> Süzek, Amaca Uygun Yorum, s. 17.

faaliyetinde, Anayasa ilkeleri ve Anayasa'nın çalışma yaşamı ile ilgili kuralları, her zaman göz önünde tutulmalıdır. Bir hukuk devletinde temel prensip, yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığı değil uygunluğudur. Çünkü kuralın Anayasa'ya aykırılık nedeniyle geçersiz olmasının değil, yürürlükte kalmasının istendiği varsayılır. Bu nedenle, iş yasaları mümkün olduğu ölçüde Anayasa'ya uygun sonuç doğuracak biçimde yorumlanmalıdır. Buna rağmen yargıç uygulayacağı iş yasası kuralını Anayasa'nın ilke ve kuralları ile bağdaştırmak olanağını bulamazsa, Anayasa'ya aykırılık (somut norm) denetimini harekete geçirmelidir. Aynı şekilde, iş hukukuna ilişkin tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlerle, toplu iş sözleşmeleri ve iş akitleri gibi kişiler arası hukuki işlemlerin de anayasanın ilke ve kuralları ışığında yorumlanması gerekir<sup>371</sup>.

Buna ilave olarak, Anayasa'mızın 11. maddesinde yer alan “*Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi*” gereğince anayasal esas ve hükümler, kanunun yorumlanmasında da dikkate alınmak zorundadır<sup>372</sup>.

#### **4.3.2.4. İstisnai ve Sınırlandırıcı Hükümlerin Dar Yorumlanması**

Latince “*singularia non sunt extenda*” ifadesiyle belirtilen, genelde “*istisnalar geniş yorumlanamaz*” biçiminde Türkçemize çevrilmiş olan ve Türk literatüründe çoğu zaman “*istisnalar dar yorumlanır*” ifadesiyle kullanılmış olan mezkur kaidenin oldukça eskiye dayandığı hatta temellerinin Roma hukukuna kadar gittiği değerlendirilmektedir. Bu ilkenin en yaygın uygulama alanlarından biri de iş hukukudur. İş hukukunda birçok istisna getiren, sınırlandıran ve daraltan hükümlere yer verildiğinden bu hükümlerin dar yorumlanması gerektiğine ilişkin yargı kararlarına da sıklıkla rastlanmaktadır<sup>373</sup>. Nitekim Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme kararında yer alan ‘*istisnai hükmün genişletilerek değil, dar bir şekilde tefsiri gerekir*’ ibaresi ile de bu ilke teyit edilmiştir<sup>374</sup>.

Sınırlandırıcı hükümlere örnek olarak işveren tarafından haklı fesih gerekçelerine ilişkin hükümler gösterilebilir. Bilindiği üzere İş Hukukunun işçiyi

<sup>371</sup> Kar, İş Hukukunda Yorum, s. 75.

<sup>372</sup> Mollamahmutoğlu vd, s. 134.

<sup>373</sup> Kar, İş Hukukunda Yorum, s. 79.

<sup>374</sup> YİBK'nun 23.05.1960 tarih ve E.11, K.10 sayılı kararı, www.kazanci.com, (01.02.2018).

koruyucu ilkesi gereğince, genel kural, işveren tarafından işçiye önel verilerek veya tazminatları ödenerek iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Bu nedenle geçerli veya haklı nedeni veyahut işçinin haklı neden olmaksızın ayrıldığını ispat yükü işverene yükletilmiştir. İşçinin sendikal nedenle fesih dolayısı, fesih nedeninin ispat yükümlülüğünün işverende kabul edilmesi bunun göstergesidir. İş Kanunu'nun 25'inci maddesinde işveren açısından özellikle haklı nedenler sayılmış ve sınırlandırılmıştır. Bu nedenler sınırlandırılan hükümler olduğundan, dar yoruma tabii tutulmalıdır. Ancak işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini iddia etmesi veya işverenin iş sözleşmesini sendikal yada ayrımcılık nedenleri ile feshettiğini ileri sürmesinde, İş Kanunu'nun 24'üncü maddesindeki veya sendikal, ayrımcılık gibi nedenler geniş yorumlanmalıdır<sup>375</sup>.

#### **4.4. HÜKÜMLERİN YARIŞMASI KAVRAMI**

Aynı olay ya da duruma yönelik çeşitli hukuki sonuçlar bağlayan birden fazla kanun hükmü bulunması ve somut olayın tüm bu hükümler tarafından altlanması, bir diğer ifade ile tüm bu hükümlerin uygulanabilmesine imkan vermesi, vakianın birden fazla hükmün kapsamında mütalaa edilmesi ya da birden fazla hükümle kesişmesi, hükümlerin yarışması (ya da çatışması) olarak tanımlanabilir.

Gerçekten de günlük hayatta sıklıkla karşılaşıldığı üzere birden fazla kanun hükmü tek bir olay sebebiyle ilişkiye girebilmekte ve tüm bu hükümlerin beraber uygulanmasına sebep olabilmektedir. Bu ilişkilerden birisi de çalışmamıza da temel teşkil eden yönü ile aynı olayın birden fazla tazminat hükmü tarafından altlanması bir diğer ifade ile birden fazla tazminat talebi şartlarının aynı olay sonucunda birlikte gerçekleşmesidir. Bu durumda ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

##### **4.4.1. Yarışmanın Sebebi**

Bilindiği üzere hukuk sistemlerinde, her olayın hukuki önemi ve sonucu bulunmamaktadır. Hayata dair dış dünyamızda vuku bulan hadiselerin bazıları

---

<sup>375</sup> Kar, İş Hukukunda Yorum, s. 79.

hukuksal yönlerden önem taşır. Bu anlamda hukuk düzenlerinde mühim görülerek kendilerine hukuki sonuçlar bağlanan hadiselere, “*hukuki olay*” denmektedir. Hukuk normlarının ise bazı istisnalar göz ardı edilecek olursa genellikle iki unsurdan ibaret oldukları görülmektedir. Bunlar: hukuk düzeninin kendisine hukuki sonuç bağladığı şartların bütünü olarak tanımlayabileceğimiz ‘maddi unsur’ ile bu maddi unsurun gerçekleşmesi halinde hukuk düzeninde meydana gelen değişiklik olarak tanımlayabileceğimiz ‘hukuki sonuç’tur. Bu iki unsur da birbirlerine kanun koyucu tarafından belirlenen ‘hukuk kuralı’ ile bağlanır. Maddi unsur gerçekleşince hukuk kuralının müeyyidesi gereği hukuki sonuç da kendiliğinden doğmuş olur<sup>376</sup>. Aynı maddi unsurun birden fazla hüküm tarafından hukuki sonuca bağlanması durumunda ise bu hükümler, hukuki sonuçlarını yürürlüğe sokabilmek için yarışacaklardır. Şüphesiz ki bu hüküm ya da kuralların yarışmasının/çatışmasının sebebi ise bu hükümlerin aynı maddi olayı düzenleme noktasındaki iddialarıdır.

#### **4.4.2. Hükümlerin Yarışmasında Çeşitli Durumlar**

Günlük hayattaki bir yarışmada olduğu gibi hükümlerin yarışmasında da bir takım olasılıklar mevcuttur. Yarışmanın ve yarışanların niteliğine göre bazen yarışmanın tek bir galibi vardır bazen de iki.. Hatta yarışmanın özelliğine göre bazı durumlarda bütün yarışmacılar da yarışmayı eşit olarak bitirdiğinden yarışmayı kazanmış sayılabilir. Hükümlerin yarışmasında da benzer bir durum söz konusudur. Temel olarak bu ihtimalleri üç başlık altında toplayabiliriz: Hükümlerin birbirlerini bertaraf ederek yarışması, kümülatif yarışması ve seçimlik yarışması.

##### **4.4.2.1. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarışması**

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu kategoriye giren yarışmalarda iki farklı durum mevcut olabilir. Bu durumlardan ilkinde, kanun koyucu birbirleriyle yarışan hükümlerden sadece birisinin olaya uygulanmasını yasada açıkça öngörebilir. Aynı olaya uygulanması muhtemel iki farklı hükmün yarışması durumunun, bu şekilde

---

<sup>376</sup> Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, 2011, s. 38; Ferhat Canbolat, “Hukuki İşlemlerde Amaç”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2012, s. 61.

kanun koyucu tarafından bizzat engellenerek, yarışmanın galibinin doğrudan belirlenmesi, aslında yarışmanın başlamadan sona ermesine, bir diğer ifade ile ölü bir doğuma sebebiyet verir<sup>377</sup>. Örneğin İş Kanunu m.5/6'da kanun koyucu, aynı olayda sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı hükümlerinin uygulanabileceği durumlara ilişkin yarışmanın galibini doğrudan ilan ederek; sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı hükümlerinin yarışmasında, sendikal tazminat hükmünün ayrımcılık tazminatı hükmünü bertaraf ederek yarışmanın kazananı olacağını ilan etmiştir<sup>378</sup>. Bu itibarla, hem sendikal tazminat hem de ayrımcılık tazminatı hükümlerinin uygulama alanına giren bir olayda, sadece sendikal tazminata hükmedilebilecektir.

Bununla beraber kanun koyucunun düzenlemiş olduğu bir normda maddi unsur ile hukuki sonuç arasındaki bağlantının belirli hallerde kesilmesi yolundaki iradesinin kanunda daima açık bir şekilde belirtilmesi mümkün olmayabilir. Bu yarışmaya sebep olan çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir. Örneğin bir ihtimalde bertaraf eden hüküm, diğerine nazaran özel niteliktedir ve yarışmış olduğu genel nitelikli hükme nazaran alt bir olayı düzenlemektedir. Diğer bir ihtimalde ise yarışan normlar arasında bu şekilde özel-genel norm ilişkisi olmadan normun amacından dolayı diğer normun uygulanmasını engellemektedir. Özetle birbirleriyle yarışan hükümlerden birisinin kanun koyucunun açık (birinci durum) ya da zımnî iradesiyle (ikinci durum) diğerlerinin önüne geçirilerek bir anlamda yarışmanın galibi ilan edilmesine bertaraf edici yarışma denilmektedir<sup>379</sup>.

#### 4.4.2.2. Hükümlerin Kümülatif Yarışması

Yarışan ya da bir diğer ifade ile karşı karşıya gelen hükümlerin farklı hukuki sonuçlarının, hep birlikte ve herhangi bir sınırlama olmaksızın yanyana bulunması, 'hükümlerin kümülatif yarışması' olarak adlandırılmaktadır. Bu nitelikteki yarışmada, tek bir maddi unsur sebebiyle çeşitli tazminat hükümlerinin işlerliğe girmesi ve bu farklı tazminatların hak sahibi tarafından aynı anda hak

<sup>377</sup> Mustafa Fadıl Yıldırım, **Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle (BK. m. 194 vd.) Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin (BK. m. 21-24-28-41-96) Yarışması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 51.

<sup>378</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.2.2017 tarihli ve 2015/9-305, K. 2017/323 sayılı kararında da bu husus vurgulanmıştır. <http://www.kazanci.com>, (28.09.2018).

<sup>379</sup> Yıldırım, ss. 51-52.



kazanılabilmesi söz konusu olur. Bu durumda iki tazminat hükmü de birbirlerine üstünlük kuramamış ve her ikisi de yarışmanın galibi olmuştur. Usul hukukunda bu duruma taleplerin yığılması da denilmektedir. Bu tür yarışmaya örnek olarak, alıcının satın aldığı malın ayıplı olması sonucunda uğradığı cismani zarar, manevi zarar ve ayıbın malvarlığında yol açtığı zararlara ilişkin tazminat hükümlerinin kümülatif yarışarak her üç tazminata birden hak kazanılabilmesi verilebilir<sup>380</sup>.

Bu yarışma türüne ilişkin bir başka örnek, Borçlar Kanunu kapsamındaki haksız fiilin, genellikle ceza hukuku kapsamında da bazı suçlara sebebiyet vermesi durumudur. Diğer ifadeyle, ceza yasalarının yasakladığı davranışlar, mezkûr yasaların garanti altına aldıkları hakları çiğnerken aynı zamanda özel hukuk kapsamında tazmin edilmesi gerekli bir davranışın nitelik ve şartlarını da taşımaktadırlar. Zimmet, hırsızlık, ölüm ve yaralamayla sonuçlanan fiiller, kişisel haklara tecavüz oluşturan eylemler gibi pek çok misal verilebilir. Böyle durumlarda Ceza Kanunu hükümleri ile Borçlar Kanunu hükümleri kümülatif yarışır<sup>381</sup>.

#### 4.4.2.3. Hükümlerin Seçimlik Yarışması

Hükümlerin yarışmasına ilişkin son ihtimalde ise yarışan hükümlerin hukuki sonuçları hep birlikte bulunmakla beraber seçimlik bir halde bulunmaktadır. Yani hak sahibi hukuki sonuçlardan birini ya da diğerini gerçekleştirmek hususunda seçim hakkına sahiptir. Bu çeşit yarışmaya doktrinde seçimlik (alternatif) yarışma adı verilmektedir. Bu durumda, hak sahibi olan kişi, yarışan hükümlere ilişkin seçim hakkına sahip olmakla birlikte ancak ve ancak tek bir hükmün temeline dayanma ve bu hükmün sağladığı imkânlardan faydalanabilme hakkına sahiptir. Özetle, yarışan hükümlerden birinin seçilmesi, artık diğerlerinin ileri sürülmesini engeller<sup>382</sup>.

Anlaşılabacağı üzere bu ihtimalde yarışan hükümlerden birisi iradi olarak yarışmanın galibi sayılmaktadır. Bu durumun, hükümlerin birbirlerini bertaraf ederek yarışmasından farkı ise yarışmanın galibinin kanun koyucu tarafından değil hak sahibi tarafından belirlenmesidir. Örneğin hak sahibi tarafından iradi olarak seçilen

<sup>380</sup> Fikret Eren, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt:3, 2. Bası, Ankara, 1991, s. 317; Yıldırım, s. 52.

<sup>381</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi", **AÜHF**, Cilt: 29, Sayı: 3, Ankara, 1951, s. 186.

<sup>382</sup> Yıldırım, s. 53.

tazminat hükmü, diğer tazminat hükümlerini bir anlamda dışlamaktadır. Bu iki yarışma türünün ortak özelliği ise tek bir kazananın olmasıdır.

Bu nitelikteki yarışmaya şu örnek verilebilir. Borçlunun zarar görenle arasındaki sözleşmeye aykırı bir davranışı aynı zamanda genel bir davranış kuralının ihlalini teşkil etmekteyse, aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri hem de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler söz konusu olur. Şüphesiz bu durumun ortaya çıkabilmesi, her iki sorumluluğu gerektiren olguların aynı anda gerçekleşmesine bağlıdır. Bunun için zarar gören ile sorumlu kişi arasında sözleşmeden doğan bir ilişki bulunmalı ve sözleşmeye aykırılık ile TBK m. 49 anlamında hukuka aykırılığa yol açacak nitelikte bir genel davranış kuralının ihlali aynı anda gerçekleşmelidir<sup>383</sup>. Nitekim zarar verici fiil veya olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluğun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarının gerçekleşmesi hâlinde zarar gören kişi bir seçim imkânına sahip olup, tazminat davasını dilerse sözleşmenin ihlaline ilişkin hükümlere dilerse haksız fiile ilişkin hükümlere dayandırabilir. Ne var ki, sözleşmeye veya haksız fiile dayandırılan tazminat taleplerinden biri yerine getirilmiş ve böylece amaca ulaşılmış olursa, diğeri ortadan kalkar. Başka bir deyişle, bu taleplerden birinin kabulü hâlinde diğerrinin konusu kalmaz.

---

<sup>383</sup> Yeliz Karan, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 724-727.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN KÖTÜNİYET VE İŞGÜVENCESİ TAZMİNATI HÜKÜMLERİYLE YARIŞMASI

#### 5.1. AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN KÖTÜNİYET TAZMİNATI HÜKMÜYLE YARIŞMASI

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 gündeme gelecektir. Yine, kötüniyet tazminatını, iş güvencesi hükümlerince veya belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler talep edemeyeceğinden, her iki tazminatın birlikte olarak iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik fesihlerde yahut belirli süreli iş sözleşmelerinde tartışılması söz konusu olmayacaktır. O halde, belirsiz süreli sözleşmeyle ve iş güvencesi kapsamı haricinde çalışan bir işçinin iş akdinin işverence feshedilmesi ve yapılan bu feshin hem kötüniyetli olması, ayrımcılık yasağını veya eşit işlem yapma borcunu ihlal etmesi halinde, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır<sup>384</sup>.

Bu durumda da bu iki tazminat hükmünün birlikte yarışması söz konusu olacaktır. Bahsi geçen yarışmaya ilişkin daha önce de kavramsal çerçevesi verilen bilgiler ışığında, literatürde savunulan görüşlerin hangi tür yarışma kapsamına girdiği incelendikten sonra konuya ilişkin görüşümüz ayrıntılı olarak belirtilecektir.

##### 5.1.1. Hükümlerin Kümülatif Yarıştığını Savunan Görüş

Öncelikle belirtmek gerekir ki, doktrindeki baskın görüş, ayrımcılık ve kötüniyet tazminatı hükümlerinin kümülatif yarıştığı, bir diğer ifade ile bu iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir. Buna göre, iş sözleşmesinin

---

<sup>384</sup> Durmuş Özcan, “İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı:27, 2012, (Karar İncelemesi), s. 121.

kötüniyetle feshinin yaptırımını olarak İş Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen kötüniyet tazminatı hükmü, eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edilmesinin yaptırımını olarak İş Kanunu'muzun 5'inci maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı hükmü ile kümülatif yarıdır.

Bu görüşteki yazarlar, ayrımcı ve kötüniyetli bir fesih durumunda, mezkûr tazminatların hukuksal dayanaklarının birbirlerinden farklı olmasından bahisle, bu tazminatların birlikte istenemeyeceğini savunmaktadır<sup>385</sup>. Ayrıca İş K. m. 5'in lafzının mefhumu muhalifinin de aynı sonuca varmayı gerektirdiği serdedilmiştir. Nitekim İş K. m. 5/6, ayrımcılık tazminatıyla birlikte yalnızca sendikal tazminatın talep edilemeyeceğine ilişkin istisnai düzenleme getirmektedir. Mezkûr normun mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatıyla birlikte kötüniyet tazminatının hüküm altına alınabileceği anlaşılmaktadır<sup>386</sup>. Ayrıca bahsi geçen tazminatlara, "*işçi lehine yorum ilkesi*" mucibince de aynı anda hak kazanılabilecektir<sup>387</sup>.

Gerçekten kötüniyet tazminatıyla korunması arzu edilen menfaatlerin ayrımcılık tazminatıyla korunması hedeflenen işçi menfaatlerinden farklı olduğu görülmektedir. Kötüniyet tazminatı, iş akdinin hukuki geçerlilikten yoksun biçimde sonlandırıldığı hallerde işçilerin iş güvencelerini tesis edebilmeyi hedefleyen bir düzenlemedir. Ayrımcılık tazminatıysa insan haklarının çiğnenmesi olarak addedilen ayrımcılığa ilişkin yasağın, İş Kanunu'nda düzenlenen müeyyidesi olmaktadır. Dolayısıyla aynı vakada ayrımcılık tazminatına hak kazanılması, işçinin lehine kötü niyet tazminatının da hükmedilmesine engel teşkil etmeyecektir<sup>388</sup>.

Ayrıca, İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin, ayrımcı muameleye maruz bırakılan işçileri koruyucu amacıyla tereddütün bulunmasında uygulamaya giren "*işçi lehine yorum ilkesi*" de aynı neticeye varılmasını gerektirmektedir. Aksi durumda ağır haksızlıklarla karşı karşıya kalan söz konusu işçiler, çok sınırlı haklarla yetinmek mecburiyetinde kalacaklardır<sup>389</sup>. Örneğin işveren aleyhine tanıklık yapmış veya şikâyette bulunmuş iş güvencesi haricindeki çalışanlardan yalnızca kadınların

<sup>385</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, (İş Hukuku Ders Kitabı), ss. 244-245.

<sup>386</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 35;

<sup>387</sup> Doğan, Ayrımcılık Tazminatı, s. 373.

<sup>388</sup> S. Alp Limoncuoğlu, "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi Ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", **Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi**, Sayı:105, 2013, s. 70.

<sup>389</sup> Yıldız, s. 331; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 80.

veya belli siyasal görüşleri benimseyenlerin işinden çıkarılması durumunda; hem kötünietli, hem de ayrımcılık taşıyan feshin mevcudiyeti söz konusu olmaktadır. Mezkûr örnekteki işçilerin yalnızca kötü niyet tazminatını<sup>390</sup> alabileceklerini buna karşılık ayrımcılık tazminatını talep edemeyeceklerini iddia etmek, kanunun ayrımcı davranışların engellenmesi ve işçileri koruyucu gayesine muhalif düşer<sup>391</sup>.

Öte yandan her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğinin kabulü halinde, ayrımcılık tazminatı hükmü işlevini oldukça yitirecektir. Şöyle ki; her ayrımcı fesih aynı zamanda kötünietli bir fesih olduğundan ayrımcı bir feshe maruz kalan işçi ayrımcılık veya kötüniet tazminatından birini seçmek durumunda bırakılırsa muhtemelen daha yüksek bir meblağ tutacak olan kötüniet tazminatını seçecektir. Bu durumda İş K. m. 5 kapsamındaki tazminat, yalnızca iş sözleşmesinin devamı esnasında gerçekleştirilen ayrımcı davranışların müeyyidesi olarak kalacaktır ki; uygulamada iş ilişkisinin devamı esnasında, bilhassa işten atılma korkusuyla, ayrımcılık yapıldığından hareketle bu tazminatın talep edildiğine neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Dolayısıyla her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini kabul etmek, hiç şüphe yok ki, belirsiz süreli sözleşmeyle çalıştırılanlar bakımından, İş K. m. 5/6'da öngörülen yaptırımı oldukça işlevsiz hale getirecektir<sup>392</sup>.

Mezkûr tazminatlara bir arada hak kazanılabileceği düşüncesini destekleyen farklı bir gerekçeyle kıdemli işçilerin yalnızca kötüniet tazminatı şartlarını oluşturan sebeple sözleşmelerinin sonlandırılması durumunda yüksekçe tazminatlar alabilecek olmalarına karşın, ayrımcılık yasaklarının yoğun biçimde çiğnenerek, daha da ötesinde birden çok ayrımcılık barındıran eyleme maruz bırakılarak sözleşmeleri sonlandırılan kıdemsiz işçilerin, yalnızca ayrımcılık tazminatıyla uğradıkları haksızlıkları tazmin etme fikrinin meydana getireceği adalete muhalif tablodur. Örneğin işverenini şikâyet ettiği gerekçesiyle çalışma yerinde 5 yıl kıdeme sahip işçinin sözleşmesi sonlandırılarak maruz bırakıldığı kötünietli fesih işlemi, bahse konu işçiye, 24 haftalık ücret tutarınca tespit edilecek tazminatın ödenmesini gerektirecektir. Diğer yandan 1 yıl kıdeme sahip kadın işçinin, cinsiyeti ve siyasi görüşü dolayısıyla sözleşmesinin sonlandırılması halinde alacağı tazminatın ancak 4 aylık ücretle sınırlı olduğu görülmektedir. Hatta işverenleri aleyhinde tanık

<sup>390</sup> Üstelik bu tazminat miktarı, kıdemsiz işçiler için oldukça düşük olacaktır.

<sup>391</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 35; Doğan, Eşitlik İlkesi, ss. 202-203.

<sup>392</sup> Yuvalı, ss. 266-267.

sandalyesine oturan çalışanlardan yalnızca kadınların veya belirli yaş üzerindekiilerin sözleşmeleri sonlandırılmışsa hem kötünietli hem de ayrımcı özellik gösteren fesih yapılmış olmaktadır. Böyle yoğun hak ihlalinde işçilerin yalnızca tek bir tazminata hak kazanabileceklerinin savunulması, ayrımcılığın önlenmesi amacına ters olduğu gibi hukuki dayanaktan da yoksundur<sup>393</sup>.

### **5.1.2. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarıştığını Savunan Görüş**

Bu görüşü savunan yazarlar, ayrımcılık tazminatı ile kötüniet tazminatı hükümlerinin yarışmasına ilişkin; işveren tarafından uygulanan ayrımcılığın, “*ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı*” ve bunun yanında kötü niyetli bir eylem biçiminde de nitelendirilebilmesi sebebiyle, ayrımcı fesihlerin diğer yandan kötü niyetli fesih de olduğunu iddia ederler. Bu itibarla, kötüniet tazminatı sebeplerinin aynı zamanda ayrımcılık tazminatı sebeplerinden olması nedeniyle bu iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceğini öne sürerler<sup>394</sup>.

Bununla beraber, bu iki tazminat hükmünün birbirini bertaraf ederek yarıştığını savunan bu yazarların görüş birliği içinde olduğunu söylemek zordur. Nitekim yazarların bir kısmı, ayrımcılık tazminatı hükmünün kötüniet tazminatı hükmünü bertaraf edeceğini, bir diğer ifade ile bu iki tazminatın aynı olay neticesinde şartlarının oluşması durumunda sadece ayrımcılık tazminatına hak kazanılabileceğini savunurken diğer bir kısmı da kötüniet tazminatı hükmünün ayrımcılık tazminatı hükmünü bertaraf ederek bu iki tazminatın çatışması durumunda sadece kötüniet tazminatının söz konusu olacağını savunmaktadır.

Ayrımcılık tazminatının kötüniet tazminatını bertaraf ettiğini savunan görüşe göre ayrımcılığa ilişkin eylem, kötü niyetin bariz emaresi olduğundan bu durumda ayrımcılık tazminatı, kötüniet tazminatının yerini almaktadır<sup>395</sup>.

Bu iki tazminat hükümlerinin yarışmasında, bertaraf edenin kötüniet tazminatı olduğunu savunan diğer görüşe göre ise kötüniet tazminatından daha

<sup>393</sup> Yıldız, s. 393.

<sup>394</sup> Karagöz, ss. 71, 74.

<sup>395</sup> Emin Zeytinoğlu, “İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği Ve Yaş Açısından Ayrımcılık Yasağı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi - 10. Yıl'a Armağan*, Sayı:22, Yıl:11, 2012/2, s. 197.

umumi nitelik taşıyan ayrımcılık tazminatından ziyade, sözleşmenin sonlandırılmasına münhasır olarak daha fazla miktarlara söz konusu olabilen kötüniyet tazminatı, işçilerin daha çok menfaatindedir. Özetle ayrımcı davranışlar, kötü niyetin hususi hâli olduğundan mezkûr tazminatlara birlikte hükmedilememesi gerekmektedir<sup>396</sup>. İki hükmün yarışması durumunda kötüniyet tazminatının ayrımcılık tazminatını bertaraf edeceğini savunan bir başka yazar da benzer konuyla ilişkili olan iki farklı tazminatın birlikte hüküm altına alınamamasının yanında bu tazminatlardan herhangi birisini seçim imkânı veren kanuni düzenlemeler de bulunmadığından bu hükümlerin seçimlik yarıştığını savunan görüşün benimsenemeyeceğini ifade ederek yarışma halinde sadece kötüniyet tazminatına hükmedilebileceğini savunmaktadır. Buna göre ayrımcı davranış, kötü niyetin hususi hali biçiminde gözükmese de ayrımcılık tazminatının sadece iş akdinin sonlanmasıyla ilişkili olmadığı, diğer yandan uygulanmasıyla da ilişkili olduğu dikkate alındığında, ayrımcılık tazminatının nispeten daha umumi nitelik taşıdığına değerlendirilmesi gerekir. Yazar bu görüşünün gerekçesine ilişkin son olarak “*fesih bildirim süresi 6 ve 8 hafta olan işçiler*” bakımından ayrımcılık tazminatı tutarının daha düşük olmasını, bundan da ötede ayrımcılık tazminatı miktarının işçilerin 4 aylık ücretinden düşük tespit edilmesi ihtimalinin bu sonuca varmayı desteklediğini düşünmektedir<sup>397</sup>.

### 5.1.3. Hükümlerin Seçimlik Yarıştığını Savunan Görüş

Bu görüşteki yazarlara göre her iki tazminatın birlikte talebi olanaklı değildir. Buna göre, her iki tazminatın ayrı ayrı talebi için buna açıkça olanak veren bir yasal düzenlemeye gereksinim vardır. Ayrıca, kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebepler aynı olduğundan kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı

<sup>396</sup> Melda Sur, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, s. 50.

<sup>397</sup> Nuri Çelik, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, **Legal İHSGHD**, Sayı:14, 2007, (Tazminatlara İlişkin Sorunlar) s. 489.

anda ayrımcılık da içeren davranış olacaktır. Bu itibarla benzer özellikteki eylem dolayısıyla iki farklı tazminata hak kazanılamaz<sup>398</sup>.

Bilindiği üzere iş ilişkisinin sona ermesi bakımından, iş güvencesi kapsamında olmayanlar için kötüniyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı olmak üzere çifte düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla İş K.'na tabi olup iş güvencesinin kapsamı dışında kalan bu çalışanlar, seçimsiz bir hakka sahiptirler: Dilerlerse, kötüniyet tazminatının düzenlendiği 17. madde yerine ayrımcılık tazminatının düzenlendiği 5. maddeye dayanarak dava açabilirler. Nitekim kıdemi 2-4 hafta arasında olan işçiler, İş Kanunu'nun 5'inci maddesi gereğince daha yüksek tazminat alabileceklerinden, bu hükme dayanarak dava açmaları daha elverişli olacak, ayrıca yine mezkûr madde uyarınca hafifletilmiş ispat yükü avantajından da faydalanabilmiş olacaklardır. Bununla birlikte kıdemi 6-8 hafta arasında olan işçiler açısından İş K. m.17, daha yüksek tazminat seçeneği sunduğundan kötüniyet tazminatı daha elverişli hale gelecektir. Diğer yandan bu sefer de kötüniyetin ispatı açısından görece zorluk yaşanacaktır. Çünkü Medeni Kanundaki genel ispat kuralı (m.6) gereğince, feshin kötüniyetli olduğunun ispat yükü işçiye aittir ve yukarıda da belirtildiği gibi, işverenin iyiniyetli olup olmadığının ispatlanması yükü, işçi için büyük bir güçlük arz etmektedir<sup>399</sup>.

Bu görüş uyarınca sözleşmenin işveren tarafından eşitlik ilkesinin ihlal edilerek feshedilmesi de bariz bir kötüniyetli davranış oluşturacaktır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatıyla kötüniyet tazminatının birlikte talebi halinde, mezkûr tazminatların tümüne hak kazanılabilmesi kabul edilemezdir. Bu halde tazminatların hangisi işçi lehineyse o tazminatın hüküm altına alınması gerekecektir. Hiç şüphe yok ki işçilerin de mezkûr tazminatlardan arzu ettiklerini istemesinde herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Zira bahsi geçen tazminatların konuluş sebepleri tamamıyla örtüşmektedir. Bununla beraber, konuya ihtiyatla yaklaşan Odaman'a göre bu yorum, işçinin iş sözleşmesinin feshinin, eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi neticesinde vuku bulması halinde anlamlı hale gelecektir. Ancak işveren iş sözleşmesini feshederken birden fazla nedenle, fesih hakkını kötüye kullanmış

---

<sup>398</sup> Kadriye Bakırcı, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2006, (Kötüniyet ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi), ss. 116, 119.

<sup>399</sup> Bakırcı, Kötüniyet ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, s. 118.



olabilir. Bu durumda ise her iki tazminatın varlık gerekçeleri değişiklik gösterecek ve böyle bir ihtimalde de her ikisinin aynı zamanda mevcudiyetinde bir sorun bulunmayacaktır<sup>400</sup>.

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniet tazminatının aynı olayda seçimlik yarışabileceğini öne süren bir başka görüşe göre, 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 belirtilmiştir. Buna gerekçe olarak da bir kimsenin aynı eyleminden dolayı iki kez cezalandırılmayacağına ve eylemin birden fazla hukuk kuralını ihlal etmesi halinde, yaptırım ağır olan kuralın uygulanması gerektiğine ilişkin genel kural gösterilmiştir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda ve Kabahatler Kanunu'nda da bu kriterin esas alındığı savunularak aynı kuralın İş Hukukunda da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bir diğer gerekçe olarak da her iki tazminat türünün de İş Kanunu'nda düzenlenmiş olduğundan bahisle, yasa koyucunun bu genel kuralı gözeterek, konuyu özel hükümle düzenlemeyip, genel kurala bağlı kalınmasının gerekliliği gösterilmiştir. Bilindiği üzere Sendikalar Kanunu, İş Kanunu'na göre özel kanun olduğundan, İş Kanunu'nun 5. maddesinde sadece bu yasaya atıfta bulunmakla yetinilmiştir. Buna göre 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 kötünietli fesihten önce bir ayrımcılık yasağını ihlal etmesi halinde mümkün olabileceği savunulmaktadır. Kötüniet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının çakıştığı durumda, işçinin ayrımcılık tazminatını seçmesi halinde, mahkeme feshin aynı zamanda kötünietle yapıldığını da gözetip alt sınırdan uzaklaşarak yasadaki bu boşluğu giderebilir ise de, kötüniet tazminatı için yasada alt sınır-üst sınır öngörülmediğinden kötüniet tazminatının tercihi halinde böyle bir

---

<sup>400</sup> Serkan Odaman, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:14, 2009, (Ayrımcılık Tazminatı), s. 80.

imkân bulunmaması ve diğer sakıncalar gözetilerek, bu konuda yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu belirtilmiştir<sup>401</sup>.

İşçinin hem ayrımcılık tazminatı hem de kötüniyet tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını ve bu durumda işçiye tazminatlardan birini ‘tercih hakkı’ tanımak gerektiğini savunan Demir ise konuya aynı görüşü savunan diğer yazarlardan biraz daha farklı yaklaşarak “işverenin aynı fesih eylemi nedeniyle aynı amaca yönelik” şekilde işçilerin işine iade edilmesinin yanında ayrımcılık tazminatının da gündeme gelmesinin imkân dâhilinde olmadığını, bununla beraber “işverenin ayrı ayrı hem fesih hem de işe başlatmama eylemi sebebiyle ayrı amaçlara yönelik iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına” işçinin hak kazanabileceğini belirtmektedir<sup>402</sup>.

#### 5.1.4. Konuya İlişkin Görüşümüz

Yukarıda da ayrıntılı olarak değinildiği üzere ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı arasındaki ilişkiye dair literatürde oldukça farklı ve çeşitli görüşlere yer verildiği görülmektedir. Bu bölümde de literatürde konuya ilişkin yer alan gerekçeler tek tek ve ayrıntılı olarak incelenerek bu iki tazminatın aynı olayda mevcudiyetine ilişkin görüşümüz gerekçeli şekilde zikredilecektir.

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının birbirlerini bertaraf ederek yarıştığını savunan yazarlar ile bu iki tazminatın seçimlik yarıştığını benimseyen yazarların gerekçeleri birbirleriyle benzerlik gösterdiği için mezkûr gerekçeleri aynı başlık altında şu 3 ana grupta toplayabiliriz:

1. Her iki tazminata da sebep teşkil eden davranışlar aynı olduğundan iki ayrı tazminat, aynı nitelikteki bir davranış kapsamında birlikte talep edilemez. Zira bu tazminatların varlık sebepleri tamamıyla örtüşmektedir.

---

<sup>401</sup> Özcan, Karar İncelemesi, s. 122; Bedük de benzer görüşü paylaşarak her iki tazminatın düzenlenme amacı ile uygulama kapsamı birbirinden farklı olduğunu öne sürdükten sonra bu tazminatların birlikte istenebileceğine ya da işçinin bunlardan birini seçebileceğine dair yasal düzenleme bulunmadığını ifade etmektedir. Bu itibarla iki tazminata birden hükmedilmesi hakkaniyete de aykırı olacağından, iş güvencesinin haricindeki işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından “fesih hakkı kötüye kullanılarak ve ayrımcılık taşıyan nitelikte” sona erdirilmesi durumunda işçi, bahsi geçen iki tazminattan dilediğini seçebilir. (Bedük, s. 948.)

<sup>402</sup> Demir, Ayrımcılık Yasası, s. 21.

2. Ceza Hukukunun genel kaidelerinden olan fikri içtima (bir kimsenin aynı eyleminden dolayı iki kez cezalandırılmaması) prensibi İş Hukukuna kıyas yoluyla uygulandığında, aynı olay için her iki tazminatın birlikte talebi kabul edilemez.

3. Her iki tazminatın ayrı ayrı talep edilebilmesine açıkça olanak veren yasal düzenleme olmadığından aynı olay neticesinde bu iki tazminata birden hak kazanılamaz<sup>403</sup>.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; hükümlerin kümülatif yarıştığını savunan yazarların da işaret ettiği üzere kötüniyet oluşturan sebeplerle ayrımcılık oluşturan sebeplerin tamamen birbirinin aynı olduğu tezine katılmıyoruz. Nitekim ayrımcılık temelli her davranışın aslında kötüniyetli bir davranış niteliğinde olduğu fikri doğruysa da, kötüniyetli bütün davranışların aynı zamanda ayrımcılık içerdiğini söylemek zordur. Bir diğer ifade ile her ayrımcı davranış kötüniyet kategorisindedir fakat her kötüniyetli davranış ayrımcılık kategorisinde değildir. Dolayısıyla kötüniyet tazminatının talebine imkân veren sebepler, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran sebepleri kapsamaktadır. Bununla beraber bu sebepler tamamen aynı değildir<sup>404</sup>. Örneğin, işvereni aleyhinde şahitlikte bulunması nedeniyle bir işçinin iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, kötüniyetli fesih olarak nitelendirilebilirse de somut örnekte herhangi bir ayrımcılık durumu söz konusu değildir. Bu itibarla her iki tazminatın bir arada talep edilemeyeceğini ileri süren görüşlerin kısmen haklılık payı inkâr edilemezse de ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının varlık nedenlerinin tümüyle birbiriyle kesiştiğini savunan fikre katılmamız güçtür.

---

<sup>403</sup> Nitekim Yargıtay da aynı gerekçeyle bu iki tazminatın kümülatif yarışamayacağını ifade etmektedir. “...Aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötüniyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşmamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” Y.9.HD, 29.11.2013, E.2012/29053, K.2013/27095; Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Y.9.HD, 28.09.2011, E.20784, K.33779; Y.9.HD, 21.02.2005, E.14422, K.5811; Y.9.HD, 25.09.2006, E.22213, K.24598, <http://www.kazanci.com>, (01.02.2018).

<sup>404</sup> Yuvalı, s. 264; Ayrıca Yıldız’a göre “yukarıda ifade edilen ve ayrımcı fesihlerle kötü niyetli fesihleri birbirinin aynı olarak kabul eden görüş benimsendiği takdirde işverence yapılan ve haklaştırılmayan her türlü uygulama ayrımcılık sayılacaktır. Bugün için bu yönde bir genel kabul, ortaya çıkacak yaptırımlar açısından farklılık yaratmayacaktır. Ancak bu kavramlarının birbirinden farklarının ortaya konması, ileride yapılması gereken kanun açısından ayrımcılık yasağı, eşit işlem yapma borcunun ihlali, geçersiz fesih durumları ve kötü niyet tazminatına yol açacak nedenlerin tekrar ele alınarak düzenlenmesi noktasında önem taşımaktadır.” (Yıldız, s. 390).

Kanımızca yukarıda üç ana başlık altında toplanan gerekçelerden en zayıf olanı ikinci grupta yer alan fikri içtima görüşüdür. Aslında burada ortaya konulan argüman, Ceza Hukukuna ait olan bir kavramın kıyas yoluyla İş Hukukuna tatbik edilmesi anlamına gelmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Ceza Hukukunun dinamikleri ve dayandıkları esaslar ile Özel Kürsünün temel prensipleri, sistematik özellikleri ve kavramsal çerçevesi oldukça farklılık göstermektedir<sup>405</sup>. Her ne kadar TMK m. 5<sup>406</sup> kapsamında TMK ve TBK'nın genel nitelikteki hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla Özel hukukta uygulamasına engel bir durum bulunmadığı ifade edilebilirse de aynı durumun Ceza Hukuku için de söz konusu olduğunu söylemek oldukça güçtür.

Nitekim TBK'nın "*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*" kısmının "*Yargılama*" bölümünün "*Ceza hukuku ile ilişkisinde*" başlığında yer alan 74'üncü maddesinde "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*" hükmüyle kanun koyucu Ceza Hukuku kaidelerinin Özel Hukukta uygulanmaya en elverişli konusu olan haksız fiil temelli tazminat davalarında bile Ceza Hukuku esaslarının doğrudan uygulanmasını men ederek Borçlar Kanunu'nun Ceza Kanunu'ndan bağımsızlığını özel olarak vurgulamıştır.

Her şeyden önce kıyas yönteminin uygulanabilmesi için hukukî ilişkilerin aralarında makul benzerliklerin bulunması gerekir. Her ne kadar bahse konu tazminatların literatürdeki bazı yazarlar tarafından 'medeni ceza' olarak nitelendirildiği görülse de tek başına bu durum söz konusu tazminatların Ceza Hukuku kapsamında birer ceza oldukları ve Ceza Hukuku prensiplerinin uygulanmasının gerektiği düşüncesine meydan vermemektedir. Aksi durum bu tazminatlar ile ilgili kanun boşluğu hallerinde tekerrür, teşebbüs, zincirleme ve bileşik suç gibi diğer benzer Ceza Hukuku prensiplerinin uygulanmasına kapı aralar

---

<sup>405</sup> Örneğin Medeni Hukukta belli koşullar altında kıyas serbestisi varken Ceza Hukukunda kıyas yasağı vardır.

<sup>406</sup> TMK m.5: "*Bu Kanun ve Borçlar kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*"

ki, bu da oldukça hatalı neticelere varılmasına sebep olur. Kanımızca Ceza Hukuku prensiplerinin İş Hukukuna kıyas yoluyla uygulanması isabetli değildir. Nitekim aynı fiil için tek bir ceza öngören fikri içtima kuralının ayrımcılık teşkil eden fesihlerde uygulanması gerektiği düşüncesi benimsendiği takdirde işveren aleyhine hem İş Kanunu'nun 5'inci maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatı hem de 99/1 kapsamındaki idari para cezası verilebilmesi nasıl mümkün olacaktır? Bu durumda fikri içtima kuralı gereğince bu iki cezadan en ağır olanı mı uygulanacaktır?

Tekrar vurgulamak gerekir ki, İş K. m. 5/6'da ayrımcılık tazminatıyla birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceği yönünde istisnai bir düzenleme bulunmaktadır. Bir önceki bölümde de incelendiği üzere yorum faaliyetinde kullanılan temel ilkelerden olan 'istisnai ve sınırlandırıcı hükümlerin dar yorumlanması' prensibi gereğince mezkûr istisnai hükmün dar yorumlanması gerekmektedir. Ayrımcılık tazminatı ile sadece sendikal tazminatın bir arada bulunamayacağına ilişkin bu istisnai hükmü genişletmek suretiyle kötüniyet tazminatını da sendikal tazminatla beraber istisna kapsamına sokarak ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının da birlikte talep edilemeyeceğini savunmak, hukukun genel esaslarına uygun düşmeyecektir. Bu itibarla dar yorumlanması gereken bu istisnai hükmün karşıt kavramından hareketle ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniyet tazminatının kümülatif yarışarak birlikte hükmedilebileceği görüşü, hukuka en uygun sonucu doğuracaktır.

Diğer yandan ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının yarışması haline ilişkin İş Kanunu'nda herhangi boşluk olmadığını savunduğumuzdan kıyas yoluyla benzer olduğu düşünülen farklı hüküm ya da kuralların uygulanmasına imkân bulunmadığı kanısındayız. Nitekim bahsi geçen yarışmaya esas teşkil eden İş K. m. 5/6'da '**bilinçli susma**' durumunun bulunduğu düşüncesindeyiz. Hatırlanacağı üzere evvelki bölümde ayrıntılı olarak incelenen bilinçli susma durumunda yasa koyucu meseleyi hükmün zıt anlamıyla çözmektedir. Dolayısıyla bilinçli susma durumunda kanundaki boşluktan söz edilemez nitekim yasakoyucu olası bir karışıklığı mefhumu muhalifiyle zaten çözüme kavuşturmuştur. Mezkûr hükümde de, kanun koyucunun özellikle bu olumsuz (istisnai) yöntemi seçtiği ve bunun aksini öngörmek istemediği kabul edilerek olayı menfi olarak çözmek istediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kanun boşluğu durumunun aksine kanun koyucunun getirmiş olduğu bu çözüm tarzı

karşısında hâkimin hukuk yaratma yetkisi bulunmayacaktır. Nitekim menfi çözümde<sup>407</sup> hâkimin böyle bir yetkisi yoktur. Dolayısıyla kıyasın uygulanabilmesi için kanunda boşluk bulunmasının gerekliliği karşısında tartışmayı ele aldığımızda İş K. m. 5/6'da boşluktan ziyade “*bilinçli susma*” durumunun mevzubahis olması sebebiyle kıyasa başvurabilmenin imkânı bulunmamaktadır. Özetle kasıtlı susma olan mezkûr hükümde ‘kıyas’ müessesesinin uygulama şartları oluşmayacağından bunun yerine ‘mefhumu muhalif ilkesi’ geçerli olacaktır. Buradan da ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı hükümlerinin kümülatif yarışacağı sonucuna ulaşılabılır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yukarıda 3’üncü grupta zikrettiğimiz ve Yargıtay’ın da konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda gerekçe olarak esas aldığı “*kanunda işçinin her iki tazminatı birden talep edebilmesi için bu yönde açıkça bir düzenlemenin olmasının gerekliliği*” kabul edilemezdir. Nitekim bu iki tazminata birlikte hükmedilebilmesi için bunu açıkça öngören müspet bir düzenlemeden ziyade, aksine bunu açıkça yasaklayan menfi bir hükmün bulunmaması gerekli ve yeterli olacaktır. Diğer bir ifadeyle, kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatına bir arada hükmedilememesi için İş K. m. 5/6’da yer alan ayrımcılık tazminatı ile birlikte sendikal tazminatın talep edilemeyeceğine ilişkin düzenlemede olduğu gibi ayrımcılık tazminatıyla birlikte kötüniyet tazminatının da talep edilemeyeceğine ilişkin menfi bir hükmün bulunması gerekirdi. Aksi düşünce, hukuk düzeninin yasaklamadığı bir durumu yargı kararlarıyla sınırlandırma anlamına gelecektir ki bu da hukuk güvenliğini zedeleyen neticeye sebebiyet verecektir.

## **5.2. AYRIMCILIK TAZMİNATI HÜKMÜNÜN İŞ GÜVENCESİ TAZMİNATI HÜKMÜYLE YARIŞMASI**

Öncelikle hatırlatmak gerekir ki; ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinin devamı veya feshi sırasında istenebilen bir alacak iken, iş güvencesi tazminatı sadece işveren tarafından geçersiz olarak yapılan fesihlerde söz konusu olur. Bu nedenle, her iki tazminatın, birlikte istenebileceği tartışması, ancak işveren tarafından yapılan

---

<sup>407</sup> “*Kanun koyucu bir kurumun şartları ve sonuçlarını tamamen düzenlemiş bunun dışında kalan durumlarda bir hüküm koymamışsa bu menfi çözümdür.*”

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. Özetle, iş güvencesinden faydalanan bir işçinin iş akdinin işverence sonlandırılması ve yapılan bu feshin, hem geçersiz fesih hem de ayrımcılık yasağını veya eşit işlem yapma borcunu da ihlal eden bir fesih olması durumunda, işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır<sup>408</sup>.

Bu bölümde de ayrımcılık tazminatının kötüniyet tazminatı ile yarışmasında olduğu gibi sistemsal ve kavramsal bir çerçevede bu sefer ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hükmünün birlikte yarışması ele alınacaktır. Bu yarışmaya ilişkin savunulan görüşler genel olarak değerlendirildiğinde, bir kısım yazarların ilk (ayrımcılık ile kötüniyet tazminatları arasındaki) yarışmaya ait sahip oldukları görüşleri aynı şekilde ve benzer gerekçelerle devam ettirdikleri görülürken bazı yazarların da ilk yarışmada öne sürmüş olduğu görüşlerden farklı olarak ortaya koydukları yeni argümanlar neticesinde yarışmanın niteliğine ilişkin fikirlerinde değişiklik meydana geldiği gözlenmektedir.

### **5.2.1. Hükümlerin Kümülatif Yarıştığını Savunan Görüş**

Kötüniyet tazminatında olduğu gibi bu konuda da doktrine hâkim olan görüş, bu iki tazminatın birlikte talep edilebileceği yönündedir. Bu görüşe göre, iş güvencesi tazminatı hükmü, ayrımcılık tazminatı hükmü ile kümülatif yarışır.

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre geçersiz fesih dolayısıyla işçinin işe iadesinin yapılmaması durumunda iş güvencesi tazminatı talep edilebilmekle beraber, işverence aynı zamanda eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunulması durumunda ayrımcılık tazminatının da istenebilir duruma geleceği belirtilmektedir. “Ayrımcılık” ve “fesih işleminin geçersizliği” İş Kanunu’nun farklı hükümleriyle yaptırıma bağlanmış farklı müesseselerdir. Dolayısıyla geçerliliği bulunmayan fesih işleminde; sözleşmesinin feshi nedeniyle farklı, ayrımcı davranış nedeniyle farklı tazminat gündeme gelecektir. Konuya ilişkin mukayese yapmak

---

<sup>408</sup> Özcan, Karar İncelemesi, s. 121.

gerekirse, misalen, siyah ten rengine sahip bir işçinin yalnızca bu özelliğinden dolayı sözleşmesinin feshedilmesini ve ayrımcılık içeren eylem içermeksizin fakat geçerli nedenden de yoksun olarak sözleşmesi feshedilen bir başka işverenin işçisini örnek olarak aldığımızda, bahse konu işçiler fesih işleminin geçerlilik taşımadığı argümanı ile davalarını açarak kazanırlar, işlerine başlayabilme isteğiyle başvurularını yaparlar, bununla beraber talepleri işverenlerince reddedilirse, bu iki işveren de aynı yaptırımla (işgüvencesi tazminatı) karşılaşacaktır ki bu durum da adalete muvafık olmayacaktır. Gerçekten siyah ten rengine sahip işçinin ayrımcı davranışla sözleşmesinin sonlandırılması, fesih işleminin geçersizliğinin yanında eşit davranma ilkesinin de ihlaline sebebiyet verecektir. Dolayısıyla diğerine nazaran daha ağır bir ihlal söz konusudur. Sonuç olarak geçerliliği bulunmayan fesih işleminin yaptırımı olarak “iş güvencesi tazminatı”, ayrımcılık yasağının ihlali olarak da “ayrımcılık tazminatı” gündeme gelecektir<sup>409</sup>.

Süzek bu konuda lafzi yorum yöntemini uygulayarak İş K. m. 5/6'nın ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatın bir arada olamayacağını belirttiğini ve maddenin mefhumu muhalifinden (karşıt kavramından) ayrımcılık tazminatıyla iş güvencesi tazminatının aynı anda mevcut olabileceği yönünde görüş belirtmektedir. Yazar ayrıca bu iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğunu, bu nedenle de her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini savunmaktadır<sup>410</sup>.

Bunun yanında, mezkûr tazminatların konuluş gayeleri de birbirlerinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı, geçersiz fesih işleminin mahkemece tespit edilmesinin akabinde, işine geri dönmek için başvuru yapan çalışanın işveren tarafından işine başlatılmaması durumuna ilişkin düzenlenmiş bir müeyyidedir. Diğer yandan ayrımcılık tazminatıysa sözleşmenin feshi esnasında ayrımcı fiillerin mevcudiyeti durumuna yönelik düzenlenen bir tazminattır. Görüldüğü üzere her iki tazminatın korudukları müesseseler farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla mezkûr

---

<sup>409</sup> Manav, Ayrımcılık, ss. 772-773.

<sup>410</sup> Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, ss. 34-35; Benzer gerekçeler neticesinde aynı görüşe ulaşan diğer bir çalışma için bkz. Mehmet Uçum, **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 47.



tazminatların aynı hadisede birlikte hüküm altına alınabilmesine mani oluşturacak husus bulunmamaktadır<sup>411</sup>.

Gerçekten ayrımcılık tazminatının ve iş güvencesi tazminatının varlık nedenlerine bakılarak sağlıklı bir neticeye ulaşılabilir. İşgüvencesi tazminatı, işe iade davasının kabul edilmesi sonucunda süresi içinde başvurulması durumunda işçinin işe iade işleminin yapılmamasının yaptırımı şeklinde düzenlenmiştir. Ayrımcılık tazminatıysa işverenin eşitlik ilkesini ihlali durumunda talebi mümkün olabilecek bir tazminat olduğundan mezkûr tazminatların konuluş sebepleri birbirlerinden tamamıyla farklılık arz etmektedir ve birlikte hükmedilebilmeleri mümkündür. Ancak buradaki bir başka sorun da işçinin işe iade davasının kabul edilmesi neticesinde işverenin süresi içinde işçiyi işe iade etmesi olasılığıdır. Zira böyle bir durumda, iş güvencesi tazminatı için belirttiğimiz, 'işe iade edilmemenin müeyyidesi' mefhumu ortadan kalkacaktır, zira işçi işe iade edilmiştir. Ancak bu durumda da, bir başka deyişle, işçi işe iade edilse de, iş güvencesi tazminatı doğal olarak ödenmemekle birlikte, ayrımcılık tazminatına bu olaydan bağımsız biçimde hak kazanılabilmemesinin adalete uygun düşeceği savunulmuştur. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu m. 5 hükmünde korunan sadece iş sözleşmesinin feshindeki eşitlik ilkesinin ihlali değil, iş ilişkisinin devamı müddetince eşitlik ilkesine riayet edilmesidir. Örneğin gebelik nedeniyle bir fesih söz konusu olursa ve bu durum ispatlanırsa, işçiyi işe iade etmeyen işveren iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Bundan başka ayrımcılık tazminatı da söz konusu olacaktır. Ancak işçi işine başlatılırsa elbette iş güvencesi tazminatı ödenmeyecek, ancak ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerekecektir. Çünkü İş Kanunu m. 5 hükmüyle amaçlanan sadece ayrımcılık nedeniyle işçinin işinden olmasını engellemek değil, işverenin tüm iş ilişkisi boyunca eşitlik ilkesine riayet etmesinin sağlanmasıdır<sup>412</sup>.

<sup>411</sup> Yıldız, ss. 335-337; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 78.

<sup>412</sup> Odaman, Ayrımcılık Tazminatı, s. 82; Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 79; Benzer yönde görüş belirten bir başka yazar da işe iade davasının neticesinde işçinin işine başlatılmaması olgusunun yaptırımı olan iş güvencesi tazminatı ile eşit davranma borcuna aykırılığın neticesi olan ayrımcılık tazminatının koşulları itibarıyla farklılıklar gösterdiğini ifade ederek her iki tazminat farklı işlevlere yöneldiğini öne sürmektedir. Buna göre İş Kanunu (İş K.) m. 5'de öngörülen tazminat, fesihte eşitlik ilkesine uymamayı yaptırımı bağlarken, İş K. m. 21'de düzenlenen iş güvencesi tazminatı ise, geçersiz feshe rağmen işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımı olarak düzenlenmiştir. İş K. m. 5, feshi eşitlik ilkesi bağlamında ele almakta, sadece bu yönünü yaptırımı bağlamaktadır. Ancak iş güvencesi tazminatı, geçerli nedene dayanmayan fesihle ilgilidir. Eşitlik ilkesine aykırı bir feshin, geçerli nedene dayanıyor olması ihtimal dâhilindedir. Örneğin işletme ve işyeri gerekleri ile ilgili fesihlerde, ortada

Mollamahmutoğlu da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir araya gelebileceğini, bu iki tazminatın dayandığı esasların farklı olduğunu, hatta bu farklılığın kötüniyet tazminatına oranla tartışma yaratmayacak kadar açık olduğunu, iş güvencesi tazminatının, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımını olduğunu, nitekim yargı kararlarında da ‘işe başlatmama tazminatı’ olarak adlandırıldığını ifade etmektedir<sup>413</sup>.

Bu konuda Süzek ve Mollamahmutoğlu’nun görüşlerine katılan bir başka yazar da benzer gerekçelerle iş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatını doğuran sebeplerin birbirinden farklı durumda olduğunu, hatta iki tazminatın telafi etmeye çalıştıkları zararların da birbirlerinden farklılık gösterdiğini öne sürmektedir. Buna göre, iş güvencesi tazminatı iş sözleşmesinin feshe karşı korumasının yaptırımırken ayrımcılık tazminatı, fesihten ziyade işçinin ırk, dil, renk, cinsiyet vb. farklılıklarından dolayı maruz kaldıkları haksız ayrımcı uygulamalara bağlanan bir sonuçtur. Bu tazminatın amacı iş yerlerinde yapılacak ayrımcı uygulamaların önüne geçmektir. Ayrımcı uygulamaların olduğu işyerleri iş güvencesi kapsamındaki bir işyeri de olabilir. Dolayısıyla orada yapılacak ayrımcı uygulamalara caydırıcı olabilecek ayrımcılık tazminatı işverence ödenmelidir. Bununla beraber ayrımcı uygulamalara maruz kalmış iş güvencesine tabi olan işçinin aynı zamanda iş sözleşmesi feshedilmiş ve işveren mahkeme kararına rağmen işe başlatmamış ise ayrımcılık tazminatı yanında iş güvencesi tazminatı da ödemelidir<sup>414</sup>.

Her iki tazminatın birlikte istenebileceğini savunan diğer bir yazar da bu iki tazminatın nitelik ve amaç yönünden farklı olduğunu belirterek ayrımcılık tazminatının özellikli olmasıyla, “*işe başlatmamadan farklı, spesifik bir davranışı karşılayan*” bir yaptırım olduğunu ifade etmektedir<sup>415</sup>.

Mezkûr tazminatlara birlikte hükmedilememesinin hakkaniyete aykırılık oluşturduğunu savunan görüşe göre birbirlerinden farklılık arz eden özellikler

---

geçerli bir neden bulunduğu halde, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin seçiminde İş K. m. 5'deki ayrımcılık yasağına aykırı hareket edilmiş olabilir. (Sarıbay, s. 283.)

<sup>413</sup> Mollamahmutoğlu vd, İş Hukuku Ders Kitabı, ss. 244-245.

<sup>414</sup> Narter, s. 598.

<sup>415</sup> Sur, s. 50; Bu yönde görüş bildiren diğer bir yazara göre de “*iş güvencesi tazminatı, işe iade davasının kabulü neticesinde işçinin süresinde işverene başvurması üzerine işe iade edilmemesinin yaptırımını olarak düzenlenirken, ayrımcılık tazminatı ise işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde talep edilebilecek bir tazminattır. İş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının dayandığı gerekçeler birbirinden tamamen farklı olduğundan iki tazminatın bir arada istenebilmesi mümkündür.*” (Doğan, Eşitlik İlkesi, s. 203.)

barındıran, değişik varlık gerekçeleri bulunan bu iki tazminata beraber hükmedilebilmesi gerekmektedir. Ayrıca kanun lafzıyla ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatının beraber talep edilemeyeceği sarıh şekilde düzenlendiğinden<sup>416</sup>, kanunkoyucunun İş K. m. 5 kapsamındaki tazminatın diğer tazminatlar ile beraber talep edilemeyeceğine ilişkin iradesinin olması durumunda mezkûr hususun kanunda sarıh şekilde belirtilmiş olacağı, yasada bu şekilde sınırlamanın yer almaması sebebiyle hususi tazminat özelliği taşıyan ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat haricindeki tazminatlar ile beraber talep edilebileceği ifade edilmektedir. Mezkûr tazminat hükümlerinin gerekçeleri ve özellikleri farklılık taşımaktadır.<sup>417</sup>

### **5.2.2. Hükümlerin Birbirlerini Bertaraf Ederek Yarıştığını Savunan Görüş**

İş güvencesi tazminatının ayrımcılık tazminatını bertaraf ettiğini savunan bu görüşe göre çalışanın yaptığı başvuruya işverence olumsuz cevap verilerek bahsi geçen işçinin eski işine alınmamasının –eski feshin geçerliliği bulunmadığından– yeni bir fesih işlemi olduğu kabul edilmektedir. Buna ilişkin müeyyidenin de İş K. m. 21’de iş güvencesi tazminatı olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla, aynı hadise gerekçesiyle tekrardan tazminat talep edilebilmesinin kabul edilemeyeceği öne sürülmektedir<sup>418</sup>. Diğer bir ifadeyle, işverenin bir davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanması mümkün olamayacağından iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda istenemeyeceği savunulmaktadır<sup>419</sup>.

Ayrıca, tazminatın zenginleştirme fonksiyonu bulunmadığından, yasada tersi düzenlenmedikçe, hukuka muhalif eylemin karşılığında zararın bir kez tazmini

---

<sup>416</sup> Nitekim İş Kanunu m.5/6, ayrımcılık tazminatıyla birlikte yalnızca sendikal tazminatın talep edilemeyeceğine ilişkin istisnai bir düzenleme getirmektedir. Mezkûr normun mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatıyla birlikte iş güvencesi tazminatının hüküm altına alınabileceği değerlendirilmektedir. (Süzek, Eşit Davranma Borcu-Makale, s. 35.)

<sup>417</sup> Doğan, Ayrımcılık Tazminatı, s. 388.

<sup>418</sup> Savaş Taşkent ve Dilek Kurt, “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Cilt:1, Sayı:40, 2014, s. 40.

<sup>419</sup> Osman Güven Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Gökteş, **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, ss. 57-58.

mümkündür. Bu itibarla, mezkûr tazminatlar beraber istenemeyecektir. Zira ayrımcılık taşıyan fesihler, geçerli sebebe dayanmamaktadır<sup>420</sup>.

Özetle yukarıda yer verilen görüşlerin çerçevesinde işgüvencesine sahip çalışanların alabilecekleri işgüvencesi tazminatı, ayrımcılık tazminatıyla beraber talep edilemeyecektir. Diğer yandan Yargıtay da mezkûr tazminatların tek fiil sebebiyle bahse konu olması dolayısıyla işverenin aynı fiili neticesinde iki farklı tazminatın istenemeyeceğini ifade ederek bu halde yalnızca işgüvencesi tazminatının hüküm altına alınabileceğini vurgulamıştır. Bununla beraber işveren tarafının işçisini işine geri döndürüp döndürmemesi olgusunun incelemeye konu edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Zira işçiyi tekrar işe almak, işvereni iş güvencesi tazminatı mükellefiyetinden kurtaracaktır. Bununla beraber yapılan ayrımcı davranış karşılıksız bırakılacaktır. Bu durumda ayrımcılık tazminatına hükmolunabileceği neticesine varılabilir<sup>421</sup>.

### **5.2.3. Hükümlerin Seçimlik Yarıştığını Savunan Görüş**

İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen iş güvencesi tazminatı, tazminatları oluşturan sebepler bakımından kötünîyet ve ayrımcılık tazminatını da kapsamaktadır. Dolayısıyla bu durumda iş güvencesi tazminatının talep edilebilmesinde hiç bir tereddüt yoktur. Diğer yandan İş Kanunu'nun lafzı göz önüne alınarak iş güvencesi kapsamındaki işçilerin İş Kanunu'nun 5'inci maddesi çerçevesinde, iş sözleşmesinin ayrımcılık nedeniyle feshinde doğrudan ayrımcılık tazminatı da talep edebilmelerinde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>422</sup>. Bu görüşe göre işçinin iki tür seçimlik hakkı mevcuttur: İsterse işçi doğrudan ayrımcılık tazminatı talep edebilecek fakat bu durumda iş güvencesi tazminatından mahrum kalacak ya da isterse işe iade prosedürünü izleyerek geçersiz feshin ispatlanması neticesinde işverenin işçiyi işe iade etmemesi durumunda da iş güvencesi tazminatına hak kazanabilecektir. Bu sefer de ayrımcılık tazminatından mahrum kalacaktır. Özetle işçinin bu iki tazminat hükmünden herhangi birini tercih etmesi, diğer tazminata ilişkin sahip olduğu hakkın düşmesine sebep olacaktır.

---

<sup>420</sup> Karagöz, s. 73.

<sup>421</sup> Zeytinoğlu, s. 197.

<sup>422</sup> Bakırcı, Kötünîyet ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, ss. 117-118.

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının seçimlik yarıştığını savunan bir diğer yazara göre de yasada özel hüküm bulunmadığından her iki tazminatın birlikte istenemeyeceği belirtilmiştir. Bilindiği üzere, iş güvencesine tabi bir çalışanın, iş güvencesi tazminatı isteyebilmesi için, “*feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade*” davası açması ve fesih işleminin geçerli olmayan nedenle yapıldığının mahkemece tespit edilip işverenin, işçiyi işe başlatmaması gerekmektedir. Bu görüşe göre işçi, işe iade davası açmak yerine, 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 istenebilmesi gündeme gelmeyip, ayrımcılık tazminatı talebi değerlendirilecektir<sup>423</sup>. İşçinin kendi iradesi ile yapmış olduğu seçim sonucunda da ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatını bertaraf etmiş olacaktır. Bir diğer ifade ile işçinin ayrımcılık tazminatına kavuşması, iş güvencesi tazminatına ilişkin hakkını talep edememesine sebep olacaktır.

Bu görüşe paralel olarak, mahkemenin işe iade kararına rağmen, işverenin işçiyi işe başlatmaması, gerçek anlamda bir fesih olmayıp, kanundan doğan bir sonuçtur ve işe başlatıp başlatmama yönündeki seçimlik hakkın kullanılmasıdır. İşverenin işçiyi işe başlatmamayı tercih etmesi halinde ise iş güvencesi tazminatı muaccel hale gelmektedir. İşverenin işçiyi işe başlatmama kararı, bir ayrımcılık yasağı ihlali de olmadığından, bu ihtimalde işçinin ayrımcılık tazminatı talep hakkı doğmayacaktır. Sonuç olarak, bu iki tazminatın bir arada istenebilmesi için yasada özel düzenlemeye ihtiyaç olduğu belirtilerek, İş Kanunu’ndaki mevcut düzenlemelere göre bu imkânın bulunmadığı öne sürülmektedir<sup>424</sup>.

Benzer yönde görüşü savunarak bu iki tazminatın aynı anda mevcudiyeti halinde işçinin lehine olan tazminata hükmedilmesi gerektiğini benimseyen bir diğer yazara göre ortada işverenin aslında “*tek bir eylemi*” bulunmaktadır: İşçisini geçersiz sebeple işten çıkarmak. Buna göre mahkeme kararına rağmen işçinin işe iade edilmemesi, yeni bir fiil teşkil etmemektedir. İşverenin “*fikir birliği, amaç tekliği*

<sup>423</sup> Özcan, Karar İncelemesi, ss. 122-123.

<sup>424</sup> Özcan, Karar İncelemesi, s. 123.

yani işten çıkardığı işçiyi geri almama eylemi” devam etmektedir. Yine aynı yazara göre ortada işverenin birbirinden bağımsız iki ayrı eylemi varmış gibi yorum yapmak suretiyle ortaya yapay bir eylem çıkartarak iki tazminata birden hükmedilmesi gerektiğini öne sürmek hatalıdır. Yazara göre bu hatalı görüş benimsenirse, işçiye hem işe iade etmeme tazminatı ve boşta geçen süre ücreti, hem de eşit davranma ilkesine aykırılıktan doğan 4 aylık ücret tutarında tazminat ödenmiş olacaktır ki, bu da aynı eyleme birden fazla hukuki yaptırım bağlanması anlamına gelecektir. İşçinin birden fazla tazminata hak kazanabileceğini kabul etmek güçtür. Bu durumda işçinin ister iş güvencesi tazminatını ister ayrımcılık tazminatını isteme gibi seçimlik bir talep hakkı olmalıdır. Ancak işçi birden çok tazminat talep etmişse işçinin en lehine olana hükmetmek gerekir<sup>425</sup>. Bununla beraber; aynı yazar, farklı bir çalışmasında yine aynı gerekçelerle farklı bir sonuca şu şekilde ulaşmıştır: “İşçinin iş sözleşmesinin feshi hem Eşit Davranma İlkesine hem de iş güvencesi hükümlerine aykırılık oluşturuyorsa işveren hakkında yine aynı şekilde sadece İş Kanunu md. 18 ve devamı hükümlerinin uygulanabileceği fakat İş Kanunu 5/6’daki ayrımcılık tazminatının uygulanamayacağı söylenebilir. Çünkü aynı fiil nedeniyle aynı amaca yönelik iki tazminatın birlikte hüküm altına alınması, bir kusurun iki kez cezalandırılması anlamına geldiğinden adil bir çözüm değildir<sup>426</sup>.” Görüldüğü üzere aynen alıntı yaptığımız bu çalışmada yazarın, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatı hükümlerinin seçimlik yarıştığına ilişkin görüşünden farklı olarak iş güvencesi tazminatının ayrımcılık tazminatını bertaraf ederek yarıştığını savunduğu gözlemlenmektedir.

Aynı yazarın tek eylem nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilmemesi gerektiğine ilişkin görüşünü savunurken ortaya koyduğu bir diğer argüman da Ceza Hukukundaki ‘fikri içtima’ kuralıdır. Gerçekten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 44 uyarınca “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Yani fiil ya da hareket tek olursa buna ilişkin ceza da tek olacaktır. Ayrıca tek bir fiil ister aynı yasada düzenlenmiş birden fazla ceza maddesinin kapsamına girsin ister farklı yasalardaki ceza hükümlerinin kapsamına girsin yine tek bir ceza fakat en ağır olanı

<sup>425</sup> A. Can Tuncay, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran 2008, (Birden Fazla Tazminat), s. 108.

<sup>426</sup> Tuncay, Eşit Davranma İlkesi-Sempozyum, ss. 36-37.

uygulanır. Yazara göre ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının hatta kötüniet tazminatının bir tür medeni ceza olarak nitelendirilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir<sup>427</sup>.

Son olarak Demir de konuya ilişkin “iş güvencesi” ve “ayrımcılık tazminatı” arasındaki hukuki nitelik farkı nedeniyle, işverenin aynı amaca yönelik olarak gerçekleştirmiş olduğu tek fesih eyleminin işçilerin mezkûr tazminatlara aynı anda hak kazanmasına engel teşkil ettiğini belirterek işçilerin bu tazminatlar arasında tercih yapma hakkına sahip olduğunu dile getirmektedir<sup>428</sup>.

#### 5.2.4. Konuya İlişkin Görüşümüz

Bu konuda da yukarıda ifade edildiği üzere kötüniet tazminatında olduğu gibi üç ana görüş bulunmaktadır. İlk gruptaki yazarlar iki tazminatın kümülatif yarıştığını savunarak birlikte talep edilebileceğini ifade ederken diğerleri ise bu iki tazminatın birlikte istenemeyeceğini savunmaktadır ki bu yazarlar da kendi aralarında bahsi geçen tazminat hükümlerinin seçimlik ya da bertaraf ederek yarıştığı noktasında ikiye ayrılmaktadır. Buna göre her iki tazminatın seçimlik yarışmasını benimseyen görüşte işçinin istifade etmek istediği tazminat hükmünü iradi olarak seçme imkânı bulunurken, hükümlerin birbirlerini bertaraf ederek yarıştığını savunan görüşte ise işçi iş güvencesi ya da ayrımcılık tazminatından sadece birine hak kazanabilecek fakat bu konuya ilişkin seçim hakkı bulunmayacaktır. Diğer yandan bahse konu tazminatların birbirlerini bertaraf ederek yarıştığını savunan yazarlar da kendi içinde ikiye ayrılmış olup bir kısmı yarışma halinde sadece iş güvencesi tazminatına hükmedilebileceğini ifade ederken diğer kısmı da bu durumda sadece ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğini savunmaktadırlar. Görüleceği üzere incelemeye konu bu yarışmaya ilişkin literatürde muhtelif gerekçeler içeren ve birbirlerinden oldukça farklı pek çok görüş mevcuttur.

Mezkûr yarışmaya dair görüşümüze geçmeden önce Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarına baktığımızda, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına bir arada hükmedilemeyeceği sonucuna varıldığı görülmektedir<sup>429</sup>. Ayrıca Yargıtay’ın

<sup>427</sup> Tuncay, Birden Fazla Tazminat, s. 108.

<sup>428</sup> Demir, Ayrım Yasağı, ss. 21-22.

<sup>429</sup> Y.9.HD, 18.06.2012, E.2010/13065, K.2012/23353, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

daha önceki kararlarında iş güvencesi tazminatının cezai şart mahiyetinde değerlendirildiği<sup>430</sup>, sonraki kararlarında ise bu tespitten vazgeçilerek gerekçe metninde farklı ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına konu olan olayda, hamile olması nedeniyle doğumdan kısa bir süre önce sözleşmesinin feshedildiğini ve mezkûr fesihten kısa süre önce eski pozisyonuna diğer bir işçinin başlatıldığını öne süren kadın çalışan, feshin hamilelik nedeniyle gerçekleştirildiğini dile getirerek; işe iadenin yanında ayrımcılık tazminatı talep etmektedir. Söz konusu Yargıtay kararında ayrımcılık tazminatı hükmü ile iş güvencesi hükmünün kümülatif yarışamayacağı şu şekilde ifade edilmektedir<sup>431</sup>:

*“Hamilelik sebebiyle yapılan fesih işlemi, İş Kanunu'nun 18/3-d maddesi uyarınca geçersiz bir fesih olup işçinin işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken iş güvencesi tazminatında değerlendirilecektir.*

*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 sebebiyle işe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedecek, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemeyecektir. Çünkü bu husus işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılmalıdır. 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. Bu açıdan davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi gerekirken bu konuda karar verilmesi hatalıdır.*

---

<sup>430</sup> Y.9.HD, 06.06.2007, E.2006/30630, K.2007/18174, Tuncay, Birden Fazla Tazminat, ss. 105-106.

<sup>431</sup> Alıntı yapılan ifadeler, söz konusu yarışmanın varlığı halinde Yargıtay'ın kullanmış olduğu standart metin haline gelmiştir.



*Davalının ayrımcılık yasağını ihlal eden davranışı, feshin geçersizliği noktasında ve işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken tartışılması gerekir<sup>432</sup>.”*

Başka bir kararda<sup>433</sup> ise sözleşmenin hamilelik nedeniyle feshedildiğini dolayısıyla fesih işleminin geçerlilik taşımadığını kabul eden Yargıtay, iş güvencesi tazminatına ilişkin hususi düzenleme göz önünde bulundurulduğunda ayrımcılık tazminatı talebinin reddedilmesini doğru bulmuştur. Diğer yandan “*davacının hamile olması sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin kabulüne göre işe başlatmama tazminatının alt sınırdan uzaklaşarak 6 ay tutarında belirlenmesi gerekirken yalnızca kıdem süresine göre<sup>434</sup> 4 ay tutarında belirlenmesi*” hatalı kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay geçersiz fesihlerde ayrımcılık sebebinin ayrımcılık tazminatına sebebiyet vermeyeceğini ifade etmekle beraber bunun yerine geçecek şekilde iş güvencesi tazminatının miktarının artırılması gerektiğini de değerlendirmektedir.

Yargıtay’ın bu görüşünün aksine Anayasa Mahkemesi, her ne kadar iş güvencesi tazminatına hak kazanmış olsa da eğer ayrımcılık iddiaları da söz konusu ise bunların da araştırılarak ayrımcılık tazminatının şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim “*cinsiyet ayrımcılığı sonucu işten çıkarılmadan bahisle açılan tazminat davasının reddi nedeniyle eşitlik ilkesi ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği*” iddialarına ilişkin yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen kararda<sup>435</sup> Anayasa Mahkemesi’nin konuya bakışı çok net görülmektedir. Bireysel başvuru evvelinde davacının açmış olduğu işe iade davası neticesinde, doğum iznini kullanırken kendisinin pozisyonuna diğer çalışanlardan birinin görevlendirildiği, izninin bitiminde kendisine farklı pozisyonda çalışmasının teklif edildiği göz önünde bulundurulduğunda mezkûr durumun çalışma mevzuatına

---

<sup>432</sup> Y.9.HD, 14.04.2016, E.2015/29051, K.2016/9441, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

Aynı yönde ve gerekçedeki bir başka karar için bkz. Y.9.HD, 17.09.2015, E.2015/18355, K.2015/26031, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

<sup>433</sup> Y.9.HD, 17.09.2015, E.2015/18686, K.2015/26045, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

<sup>434</sup> Aynı kararda yer aldığı üzere Yargıtay’ın 9’uncu Dairesi, “*yıllık ücretli izinle ilgili 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarları azami sınır olan 8 aya kadar da çıkarabilmektedir.*”

<sup>435</sup> Anayasa Mahkemesinin 5/11/2015 tarih ve 2013/7063 başvuru numaralı kararı, (29612 sayılı ve 2 Şubat 2016 tarihli Resmi Gazete).

muhalef olduğu belirtilmiş ve işverenin gerçekleştirdiği pozisyon değişikliğinin onaylanmaması nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi haklı ve geçerli sayılmamış, evvelki işe iade edilmesinin hüküm altına alınmasına rağmen işveren tarafından işe başlatılmadığı için de işçiye iş güvencesi tazminatı ödenmiştir. Daha sonra fesihle ayırmcılık yapıldığı, yalnızca cinsiyeti sebebiyle işine son verildiği iddialarıyla ayırmcılık yasağı tazminatının hüküm altına alınması istemiyle açtığı dava ise aynı olaya dayalı olarak bir de ayırmcılık tazminatı verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvuruya konu olayda Anayasa Mahkemesi, anılan Derece Mahkemeleri kararlarında başvurucu işçinin cinsiyet temelli ayırmcılık kapsamında işine son verildiği yönünde bir tespit mevcut olmadığı ve başvurucunun iddialarını kanıtlayacak herhangi bir delil sunmadığını ifade ederek bu durumun ayırmcılığın değerlendirilmesi konusunda yeterli çıkarımlar yapılmasına müsait olmadığı tespitini yapmıştır. Dolayısıyla ayırmcılığa dair iddiaları ve iddiaların merkezindeki olgunun ispat edilmesine yönelik yetersiz açıklamada bulunan başvurucu işçinin iddialarını kanıtlayamadığı neticesine ulaşarak eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği yönünde karar verse de yüksek mahkeme, başvurucunun ayırmcılık iddialarının derece mahkemelerinde tartışılmamasını ve araştırılmamasını eleştirerek gerekçeli karar hakkı ihlaline ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur:

*“60. Yargıtay kararlarında 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesi hükmünün emredici nitelikte olduğu, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması hâlinde işçiye, dört aya kadar creti tutarındaki uygun bir tazminatın verileceği, bundan başka işçinin yoksun bırakıldığı diğer haklarını da talep edebileceği, ayırmcı davranışın sonuçları para veya para ile ölçülebilen menfaatlere dair değilse sadece eşit davranma borcuna aykırılık tazminatının detileceği belirtilmektedir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 8/12/2009 tarihli, E.2009/44744, K.2009/33940 sayılı; 28/11/2011 tarihli, E.2011/37636, K.2011/45760 sayılı kararları).*

*61. Anılan Kanun hükmü ve Yargıtay kararlarına göre söz konusu tazminata hükmedilebilmesi için işverenin eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğu bir durumda bu yükümlülüğünü yerine getirmediğinin mahkeme kararıyla ortaya konulmasının yeterli olduğu, böyle bir durumda işçinin diğer ücret ve tazminat alacaklarından bağımsız olarak söz konusu tazminata hükmedileceği anlaşılmıştır.*

62. Somut olayda, başvurucunun ayrımcılık yasağı tazminatına hükmedilmesi istemiyle açtığı dava, Antalya 4, İş Mahkemesinin, 24/2/2011 tarihli ve E.2009/668, K.2011/53 sayılı kararıyla daha Önce verilen yargı kararıyla başvurucunun iş akdinin feshinin geçersizliğine ve başvurucunun işe iadesine karar verildiği, böylece eşitsizlik doğuran işlemin ortadan kaldırıldığı, aynı olaya dayalı olarak başvurucuya tazminat verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir (bkz. § 12).

63. Derece Mahkemesinin anılan kararında başvurucunun sırf kadın olduğu için işten çıkarıldığı, diğer çalışanın ise erkek olduğu için işten çıkarılmadığı, bu şekilde cinsiyet ayrımcılığı temeline dayalı olarak işten çıkarıldığı iddiaları yönünden hiçbir değerlendirme ve tartışmanın yapılmadığı, olayda gerçekten işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadığının ortaya konulmadığı görülmüştür. Bunun yanı sıra başvurucu tarafından dile getirilen, ücret ve benzeri gibi yoksun kaldığı alacaklarından bağımsız olarak ayrımcılık yasağı tazminatı ödenmesi gerektiğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunduğu, üstelik işe iade davasının lehine sonuçlanmasına rağmen işe iade de edilmediği yolundaki iddialarının da dikkate alınmadığı, kararın temyiz aşamasında da aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

64. Bu durumda başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyumsuzluğun çözümü için esaslı bir iddia olan cinsiyet ayrımcılığı temeline dayalı olarak işten çıkarıldığı, işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı iddiaları; İlk Derece Mahkemesi kararında tartışılmamıştır. Başvurucu, tüketilmesi gereken ve etkili kanun yolu olan temyiz yolunda da aynı iddiaları dile getirmiş ise de Yargıtay kararında da bu iddialar karşılanmamış ve İlk Derece Mahkemesinin iddiayı cevapsız bırakması tutumu aynen kabul görmüştür. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

...

68. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama

*yapılmak üzere kararın Antalya 4. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.”*

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi bizce de isabetli olarak derece mahkemeleri ve Yargıtay’ın iş güvencesi tazminatına hak kazanan işçinin artık ayrımcılık iddialarının tartışılmasına gerek olmadığına ilişkin görüşünü hatalı bulmuş ve işçi iş güvencesi tazminatını almış olsa da işverenin söz konusu geçersiz fesih eylemine ilişkin eşit davranma ilkesine aykırı davranışının mevcut olup olmadığının araştırılabilmesi, bir diğer ifade ile ayrımcılık tazminatının şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilebilmesi için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir. Nitekim Yargıtay sonraki kararlarında artık bu Anayasa Mahkemesi kararını da dikkate alarak geçersiz fesihte ayrımcılık iddialarına ilişkin inceleme yapmaktadır<sup>436</sup>.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bizim bu konudaki görüşümüz, bir önceki yarışmayla aynı şekilde, ayrımcılık tazminatı hükmü ile iş güvencesi tazminatı hükmünün de kümülatif yarışıkları yönündedir. Nitekim ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının güvence altına alarak korudukları hukuki değerler, telafi etmeye çalıştıkları zararlar, düzenlenme amaçları, madde gerekçeleri ve mevcudiyet nedenleri tümüyle birbirinden farklıdır. Zira iş güvencesi tazminatı, işe iade davasının işveren aleyhine neticelenmesi durumunda işe iadenin gerçekleştirilmemesinin yaptırımı, iş güvencesi olan bir işçiyi feshe karşı koruma sisteminin dayanağı olarak düzenlenmişken, ayrımcılık tazminatı ise işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışının yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla Yargıtay’ın tek bir davranışla ve aynı ihlalden iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği görüşüne katılmıyoruz. Nitekim bu durumda tek bir fiil fakat iki farklı ihlal söz konusu olacaktır. Bunun sonucunda da birisi ayrımcılığa ilişkin yasak diğeri fesih işleminin geçerli nedene dayandırılması olmak üzere çalışma

---

<sup>436</sup> “Somut uyumsuzlukta; mahkemece davacının iş akdinin feshinin doğum sonrası döneme denk gelmesi, diğer çalışanlara yapılan zammın davacıya yapılmaması, davacının süt izninde olduğu dönemde iş akdinin feshedildiği hususları değerlendirilerek davacıya ayrımcılık yapıldığı kabul edilmiş ise de; davacının bu dava ile aynı gün işe iade davası açtığı, işe iade talepli dava dilekçesinde bu iddialardan bahsedilmediği, işe iade davası kararından feshin süt izni kullanılması ile ilgisi olmadığının anlaşıldığı, bu sebeple salt davacının iş akdinin feshedilmesinin süt izninin kullanıldığı döneme denk gelmesinin ayrımcılık tazminatına hak kazanma açısından yeterli olmadığı anlaşıldığından, mahkemece eşit davranma ilkesine aykırılık tazminatı talebinin reddi gerekirken, kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y.9.HD, 15.2.2016, E.2014/29678, K.2016/2553, <http://www.kazanci.com>, (01.10.2018).

mevzuatımızdaki iki farklı düzenlemenin bariz şekilde ihlali meydana gelecektir. Bu ihlallerin de sonucu olarak ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatına ayrı ayrı hak kazanılabilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, Yargıtay'ın kararlarında sıklıkla dile getirdiği üzere “işe iade davası sonucunda işçiyi işe başlatmayan işverenin bu davranışının yeni bir fesih oluşturduğu” tespitini benimsemekle beraber bu durumun işveren tarafının başlangıçtaki feshinin ayrımcı eylem içerdiği gerçeğini değiştirmeyeceği düşüncesindeyiz Aksi halde işverenin işe iadeye ilişkin karara karşı işçiyi işine başlatmaması sonucunda iş güvencesi tazminatı ödemesini, işverenin ayrımcılık yasağı ihlalini ortadan kaldıracağını düşünmek gerekecektir ki bunun da hiçbir yorumla telifi mümkün değildir. Sonuçta işveren, iş güvencesi tazminatını ödemek suretiyle yapmış olduğu ayrımcılığın tazminini yerine getirmiş olmamaktadır ki işte tam da bu yüzden iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının kümülatif yarıştıklarını savunmaktayız.

Bu konuda ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının yarışmasına ilişkin düşüncemizi belirtirken kullandığımız ‘**bilinçli susma**’ görüşümüzü aynen tekrar ettiğimizi belirtmek istiyoruz. Bilindiği üzere bilinçli susma durumlarında mefhum-u muhalif ilkesi uygulanır. İş K. m. 5/6’da da ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatın talep edilemeyeceğinin belirtilmesi karşısında, bu ifadenin mefhum-u muhalifinden ayrımcılık tazminatının iş güvencesi tazminatı ile birlikte talep edilebileceği sonucu çıkmaktadır ki bu netice de ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı hükümlerinin kümülatif yarışacağını destekleyen bir diğer argümandır.

Diğer yandan iş güvencesi tazminatıyla ayrımcılık tazminatının birlikte bulunamayacağına ilişkin görüşün uygulanması durumunda, ayrımcı nitelik taşımayan geçersiz fesih durumu ile ayrımcılık sebepleri kapsamındaki geçersiz fesih durumuna ilişkin yaptırımlar eşitlenmiş olacaktır ki bu netice de ‘*orantılılık*’ ve ‘*hakkaniyet*’ ilkelerine uygun düşmeyecektir. Nitekim hem ayrımcı fesih hem geçersiz fesih niteliği taşıyan durumda meydana gelen ihlal, ayrımcı feshin söz konusu olmadığı geçersiz fesih durumuna nazaran daha ağırdır. O halde nicelikleri farklı olan bu iki ihlalin de yaptırımlarının farklı olması gerekir ki aksi durum İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile İş Kanunu’nun 5’inci maddesinin ayrımcılığı önleme fonksiyonuna aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda ayrımcılık tazminatının

ayırıcı uygulamalar karşısında caydırıcılığı önemli ölçüde azalacaktır ve bu sonuç da İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin düzenlenme amacına ters olacaktır.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere çalışmamıza esas teşkil eden hükümlerin yarışmaları için gerekli ve yeterli olacak tek koşul '*ayırıcılık oluşturan fesih*' durumlarıdır. Bu şartın gerçekleşmesinden sonra tespit edilmesi gereken ilk husus, ayırıcı nitelik taşıyan feshe maruz kalan işçinin iş güvencesi kapsamında yer alıp almadığı olmalıdır. Bu soruya verilecek cevaba göre söz konusu fesih, ya geçersiz fesih kapsamında değerlendirilecek ya da kötüniyetli fesih olarak nitelendirilecektir. Böylece ayırıcılık tazminatının kötüniyet tazminatı ile mi yoksa iş güvencesi tazminatıyla mı yarışacağı belirlenmiş olacaktır. Bu tespiti yapmamızın sebebi ise belirsiz süreli sözleşmelere ilişkin '*ayırıcı fesih*' durumlarında her hâlükârda, ya ayırıcılık tazminatı-kötüniyet tazminatı ya da ayırıcılık tazminatı-iş güvencesi tazminatı yarışmasının söz konusu olacağını göstermektir. Bu tespit karşısında eğer bu tazminatların kümülatif yarışamayacakları kabul edilirse ayırıcılık tazminatı, sadece iş ilişkisinin devamı sırasında gündeme gelen ayırıcılıkların yaptırımına hapsolacak, fesih durumunda ayırıcılık tazminatının hükmü kalmayacak ve tazminat kapsamı oldukça daralacaktır<sup>437</sup>. Oysa İş K. m. 5/6 lafzı incelendiğinde, fesih durumunda da ayırıcılık tazminatına hükmedilebileceğinin sarih bir şekilde vurgulandığı görülmektedir. Bir önceki bölümde de izah edildiği üzere yorum faaliyetinde kullanılacak ilk araç, hükmün lafzıdır. Lafzında tereddüt edilen ve başka anlamlara gelebilecek hükümlerde lafzi yorumun dışında diğer yöntemler uygulanabilirse de örneğimizde olduğu üzere lafzın açık, net ve farklı anlamlara mahal bırakmayacak şekilde olması karşısında, artık hükmün lafza aykırı olacak şekilde daraltılarak yorumlanması mümkün olmayacaktır. Bu itibarla İş Kanunu hükümleri de hiçbir şekilde lafzın kapsamı

---

<sup>437</sup> Ayırıcılık tazminatının kapsamı, sadece iş ilişkisi süresince yapılan ayırıcılıkların yaptırımı olarak daraltıldığı takdirde meydana gelecek bir diğer mahzurlu durum şudur ki, uygulamada özellikle işten atılma korkusunun da etkisiyle iş ilişkisinin devamı esnasında, ayırıcılık tazminatının talep edildiğine pek rastlanmamaktadır. Dolayısıyla ayırıcılık tazminatı daha çok ayırıcı fesih durumlarında uygulama alanı bulabilecektir. Bu sebepten dolayı ayırıcılık tazminatının ayırıcı fesih durumlarında söz konusu olmadığı benimsenirse bu tazminatın uygulama alanı oldukça daraltılmış olacaktır.

Kaldı ki iş ilişkisinin devamı esnasında meydana gelen ayırıcılıkta ayırıcılık tazminatına hak kazanılabileceğini, bununla beraber bundan daha ağır bir şekilde işçinin işini kaybetmesine yol açan ayırıcı fesihlerde ayırıcılık tazminatının geçerli olmayacağını savunmak, ayrı bir çelişki oluşturacaktır.

daraltılmak suretiyle yorumlanamaz. Üstelik bu daraltma faaliyeti, işçinin aleyhine de bir durum oluşturduğundan İş Hukukunda uygulanan temel yorum ilkelerinden olan 'işçi lehine yorum ilkesine' de aykırılık oluşturacaktır. Netice itibariyle, ayrımcılık tazminatını düzenleyen hükmün lafzında belirtilen kapsamı daraltıcı sonuç doğuran 'ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı/iş güvencesi tazminatlarının kümülatif yarışamayacağına ilişkin görüş' kabul edilemezdir.



## SONUÇ

Hakkaniyet ve adalet kavramları ile doğrudan ilişkili olan eşitlik ilkesi, tarihin tüm dönemlerinde tartışılmış olsa da gelinen noktada insanların eşit bir biçimde olduklarının hemen hemen tüm ulusal ve uluslararası belgelerde yer aldığını görmekteyiz.

Eşitlik ilkesi, ideal bir hukuk devleti ve huzurlu bir toplum için vazgeçilmez unsurlar arasında olduğundan hukuk sisteminin tüm bileşenleri bu ilkeyle uyumlu olarak tasarlanmalıdır.

Türk hukuk sistemi bu açıdan ele alındığında, eşitlik ilkesinin Anayasa'mızın 10'uncu maddesinde düzenlenmiş olduğu ve Anayasa'mızın 11'inci maddesi uyarınca da bu ilkenin tüm özel hukuk ilişkilerinde bağlayıcılığının bulunduğu görülmektedir.

Eşitlik ilkesinin iş yaşamına ilişkin yansımalarına baktığımızda ise işveren tarafının iş ilişkisinin kurulmasından sonlanmasına kadar işçisine yönelik eşit muamele, keyfi ayırimlarda bulunmama yükümlülüğünün iş yaşamının mühim unsurlarından birisi olduğu, böylece bütün hukuk sistemlerinin, uluslararası ve hatta uluslararası hukuk sisteminin ilgi alanına girdiği ve pek çok kaynaktan yerini aldığı görülmektedir. Nitekim her bir çalışanın anayasal haklarını ihlal etmeyen bir iş düzeninde, onuruna yaraşır bir işte çalışmasını sağlamak ve bu amaca yönelik olarak gerekli tüm hukuki altyapıyı eksiksiz bir şekilde inşa etmek, modern iş hukuku ve sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışma hayatına ilişkin de tüm bu gelişme ve düzenlemelere paralel olarak, genel eşitlik kaidelerinin adeta çalışma mevzuatımızdaki görünüm biçimi niteliğinde "eşit davranma ilkesi" düzenlenmiş ve bu ilke ile birlikte artık işverenin farklı işlem yapmasını gerektiren haklı nedenlerin var olmaması halinde, işçisine eşit muamelede bulunması, keyfi ve haksız ayırimlar uygulamaması; diğer yandan haklı nedenler varsa da ayırmda bulunması, farklı davranması yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece söz konusu ilke anayasal dayanağının yanında özel bir yasal dayanağa da kavuşarak işveren tarafının işçileri arasında keyfi ayırimlar gerçekleştirmesini men etmiş ve aynı zamanda bu kuralın ihlali halinde de 'ayırıcılık tazminatı' yaptırımını öngörülmüştür.



İş Kanunu'nun 5. maddesi ile getirilen bu düzenlemeyle birlikte artık işverenin eşit davranma borcunun bulunduğuna ilişkin literatürde görüş birliği olsa da, bununla birlikte bu borcun kapsamı, uygulama alanı, uygulanma şartları ve bu borca aykırılık durumlarında gündeme gelen ayrımcılık tazminatının kimlere, hangi şartlarda ve nasıl verileceği gibi pek çok konuda birbirlerinden oldukça farklı fikirler söz konusudur. Müteakip kısımda da eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık tazminatına ilişkin çalışmamızı ilgilendiren tartışmalı konulara ait literatürdeki farklı görüşler ve bizim bunlara yönelik düşüncemiz belirtilecektir.

İlk olarak işverenin iş ilişkisinin kurulması esnasında eşit davranma borcuyla yükümlü olup olmadığına dair öğretilerde çeşitli görüşler öne sürülmekte olup, işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmadığını savunan görüşe göre sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında işe alma sürecinde hangi işçinin tercih edileceğini belirleme yetkisi işverene aittir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre de cinsiyet, gebelik, özürllülük ve sendikal nedenlerle ya da dil, ırk, milliyet, din, mezhep gibi farklılıklardan kaynaklanan sebeplerle işverenin ayırım yapma yasağını düzenleyen İş K. m.5 işveren tarafının işe alım sürecinde ayrımcılık gerçekleştirebileceği prensibinin istisnai durumundan ziyade mezkûr düzenlemede genel şekilde yer verilen ayrımcılığa dair yasağın hususi düzenlenen şeklini oluşturmaktadır. Bununla beraber her ne kadar işverenin iş ilişkisi kurulmadan önce de mutlak ayrımcılık yasaklarına riayet etmesi gerektiğini kabul etsek de İş K. m.5/6'da ayrımcılık tazminatının kapsamı belirtilirken kullanılan '*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*' ifadesi ile ayrımcılık tazminatının sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonraki süreçte uygulanabileceğinin hükmün lafzında açık olarak vurgulanması karşısında, işe alma esnasında yapılan ayrımcılığa ilişkin ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyeceğini belirtmemiz gerekir.

Çalışmamızın da odak noktasını oluşturan ayrımcılık tazminatı hükmünün kötüniyet ve iş güvencesi tazminatı hükümleriyle yarışabilmesi durumu ancak iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine aykırı bir şekilde işveren tarafından feshedilmesi sonucu ortaya çıkabileceğinden, buna ilişkin öğretilerdeki farklı görüş ve yargı kararlarının da değerlendirilmesi çalışmamız açısından ayrı bir önem arz etmiştir.

Bir görüşe göre iş sözleşmesinin feshinde prensip itibariyle eşit muamele yükümlülüğünden söz edilemezken farklı görüştekilere göre de sözleşmenin feshinde işveren tarafının eşit muamele borcunun geçerliliğini koruduğu ifade edilmektedir. Üçüncü olarak da bu iki görüşün arasında, sözleşme serbestliği ilkesinin mutlak olmadığını, bu durumda işverenin fesih hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini kabul eden görüşler de vardır. Bu konudaki Yargıtay uygulamalarına bakıldığında yerleşik bir içtihat geliştirildiği söylenemese de genel olarak işverenin fesihte eşit davranma borcu altında bulunduğu kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay'ın önceleri vermiş olduğu bazı kararlarında; işletme, işyeri ve iş gereksinimleri nedeniyle sözleşmeleri sonlandırılacak işçilerin seçilmesi noktasında, benzer pozisyondaki işçilerin karşılaştırılarak aralarında performans, sık hastalanma, çalışmada özensizlik, kıdem, yaş, emeklilik durumları, medeni durumları vb. kriterler kapsamında yapılacak sıranın dikkate alınmasını ifade etmiş, böylece “sosyal seçim kriterlerinin” esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte, yasal dayanaktan yoksun bu kriterlerin mahkemelerce dayatılmasının hukuk devleti ilkesiyle hukuki güven ve açıklık esaslarıyla bağdaşmayacağı, bahse konu kriterlerin işçi-işveren menfaatlerinin çatışmasından ziyade sözleşmeleri sonlandırılan çalışanlarla sonlandırılmayan çalışanlar arasındaki menfaat çatışmasından kaynaklanması, mezkûr kriterlerin öncelik sırasının, içeriğinin ve koşullarının belirsiz olması, ispat yükümlülüğü sorunları yaratması gibi gerekçelerle eleştirilmiş ve Yüksek Mahkemenin takip eden yıllarda vermiş olduğu birtakım kararlarında, “sosyal seçim kriterlerinden” vazgeçerek işçilerin seçiminde “objektif kriterlerin” göz önüne alınması gerektiğini belirtmişse de bu kriterlerin neler olduğu hususunu açıklığa kavuşturamamıştır.

Kanaatimizce, mademki eşit davranma ilkesi iş hukukunun her alanında kabul edilen ve uyulması gerekli bir ilkedir o halde fesih konusunun da bu kapsamın dışında bırakılmaması gerekir. Diğer yandan fesihte eşit davranma ilkesinin, feshi doğuran sebepler bakımından sistematik olarak 3 farklı grupta değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İlk kategoride ayrımcılık temelli veya kötüniyetli fesihleri ele alacak olursak, bu duruma ilişkin gerek literatürde gerekse de yargı kararlarında eşit davranma ilkesinin uygulanması gerektiğine yönelik görüş birliği olduğunu söylemek gerekir. Bir diğer ifade ile öğretisi ve Yargıtay tarafından

kötüniyetli veya mutlak ayırım yasaklarına aykırı şekilde iş sözleşmesinin feshedilmesi, eşit davranma ilkesine aykırı bulunmaktadır. Kanaatimizce de Anayasa'nın 10. maddesi, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. 17. ve 18. maddeleri karşısında, aksi bir görüş söz konusu olamaz.

İşçilerin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan fesihleri ele aldığımız ikinci kategori, öğretide en çok tartışılan ve Yargıtay tarafından da yerleşik bir içtihat geliştirilememiş konuların başında gelmektedir. Buradaki tartışmanın ana kaynaklarından birisi, işverenin eşit davranma yükümlülüğü mucibince aynı hadiseye karışan tüm işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesine dair zorunluluğun bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda, işçilerin davranışlarının ağırlığını da dikkate alarak tümünün işten çıkarılması yahut affetme yoluna gidilerek hiçbirinin sözleşmesinin feshedilmemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Bununla beraber, işveren bazı işçilerinin sözleşmelerini feshedip bazılarınınkini de feshetmiyorsa, yaptığı bu ayırımı objektif (işyeri menfaati gibi) ve subjektif (kıdem, eğitim durumu, liyakat, beceri, fiilinın tekerrür edip etmemesi gibi) esaslara göre gerekçelendirmelidir. Aksi durumda işverenin keyfi davranışı açığa çıkmış olur ki bu da eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki en büyük fonksiyonlarından biri de işverenin keyfi davranışlarını önlemek olan eşit davranma ilkesi, işçinin en korumasız olduğu fesih sırasında uygulanmayacaksa ne zaman uygulanabilecektir? Bu itibarla eşit davranma ilkesinin her şeyden önce fesih esnasında daha yoğun bir şekilde söz konusu olacağını ifade etmeliyiz. Aksini ileri süren görüşlerin buna gerekçe olarak işverenin işçilerden bazılarının sözleşmesini geçerli nedene dayalı olarak feshedebilmesi gerektiğini, bunun yanında diğer bazı işçilerin geçmişteki verimliliği, uzun seneler hizmet vermiş olması ve yerlerinin doldurulamayacak olması gibi gerekçelerle işverence çalıştırılmaya devam ettirilebilmesi gerektiğini ifade etmeleri aslında eşit davranma ilkesi ile çatışmamaktadır. Dolayısıyla burada bir yanlgı söz konusu olup farklı durumda olanlara eşit davranılmasını, bizzat eşit davranma ilkesi yasaklamaktadır. Bu itibarla; eşit davranma ilkesini, benzer eylemde bulunan çalışanların hepsinin iş akitlerinin sonlandırılması veya sonlandırılmaması biçiminde yorumlayan, dolayısıyla da sözleşmenin feshedilmesinde eşit davranma yükümlülüğünün olmadığını serdeden bu görüşün kendi içerisinde çelişkiler barındırdığını düşünmekteyiz.

Üçüncü grupta incelediğimiz “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden” doğan sebeplerle gerçekleştirilen fesihlerde işverenin; bu nedenlerle sözleşmesini feshedeceği işçileri belirlemede de mutlak bir hakka mı sahip olduğu, yoksa belirli bazı kıstaslara göre mi hareket etmesi gerektiği konusu öğretilerde yoğun tartışmalara sebebiyet vermiş, mahkeme kararlarında da konuya ilişkin tam bir istikrar oluşmamıştır. Her seferinde ifade ettiğimiz gibi keyfilik denetiminin burada da söz konusu olacağını vurgulamamız gerekir. Diğer yandan, işletmeye ilişkin kararların neden alındığı, alınmasının gerekli olup olmadığı ya da o karar yerine başka bir kararın alınıp alınamayacağı gibi hususların yargı mercilerince inceleme konusu yapılamayacağını da hatırlatmamız gerekir. İşverenin keyfi davranışlarının denetimini sağlayan eşit davranma ilkesinin oldukça esnek ve çok fonksiyonlu bir kavram olması, sınırlarının belirlenmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce burada çok ince ve hassas bir çizgi söz konusudur. Bu itibarla işletmesel karar perdesi altında uygulanacak keyfi fesihler, elbette ki eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden yargı denetimine tabi olacaktır. Özetle diyebiliriz ki, fesih işleminde işverenin keyfi (gerekçelendiremediği) davranışlarının başladığı yerde eşit davranma ilkesinin de uygulama şartları oluşmuş olacaktır.

Nihayet, literatür ve yargı kararlarında bir türlü fikir birliğine varılamayan ve çalışmamızın da ana eksenini oluşturan ayrımcılık tazminatının kötüniyet ve iş güvencesi tazminatları ile yarışması meselesine geçmeden önce tartışmanın sebebini kavramsal temel olarak incelediğimizde; hukuk normlarının, biri ‘maddi unsur’ diğeri ise ‘hukuki sonuç’ olmak üzere genellikle iki unsurdan ibaret olduklarını, bu iki unsurun da birbirlerine ‘hukuk kuralı’ ile bağlandıklarını ve maddi unsur gerçekleşince hukuk kuralının müeyyidesi gereği hukuki sonucun da kendiliğinden doğduğunu, bununla beraber aynı maddi unsura birden fazla hüküm tarafından hukuki sonuç bağlanması durumunda ise bu hükümlerin hukuki sonuçlarını yürürlüğe sokabilmek için birbirleriyle yarıştıklarını ifade etmeliyiz. Konumuz açısından değerlendirirsek, aynı maddi olayı yaptırıma bağlama iddiası olan birden fazla tazminat şartlarının aynı olay sonucunda birlikte gerçekleşmesi sonucu bu tazminat hükümleri birbirleriyle yarışacaklardır.

Çalışmamızın sonucunda ayrımcılık, kötüniyet ve iş güvencesi tazminatlarının şartlarını göz önünde bulundurarak bu tazminat hükümlerinin

yarışmaları için gerekli ve yeterli olacak tek koşulun ‘eşit davranma ilkesine aykırı ya da ayrımcılık temelli fesih’ durumu olduğunu saptadık. Bir diğer ifade ile eğer işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmesi sonucunda ayrımcılık tazminatının şartı oluşuyorsa mutlak bir surette eğer işçi iş güvencesi kapsamında değilse ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı yarışması eğer iş güvencesi kapsamında ise ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı yarışması söz konusu olacaktır. Bu itibarla belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından aslında ayrımcılık tazminatının fesih esnasında gündeme geldiği istisnasız tüm durumlarda, işçinin iş güvencesine sahip olup olmamasına göre çalışmamızda ele aldığımız yarışmalardan bir tanesi yürürlüğe girmiş olacaktır. Bu açıdan yarışmanın kapsamı oldukça geniştir.

Aynı olay ya da duruma yönelik çeşitli hukuki sonuçlar bağlayan birden fazla tazminat hükmü bulunması nedeniyle somut olayın tüm bu tazminat hükümleri tarafından altlanarak tüm bu tazminatların uygulanabilmesine imkan vermesi, bir diğer ifade ile vakıanın birden fazla tazminat kapsamında mütalaa edilerek birden fazla hükümle kesişmesi olarak tanımladığımız ‘tazminat hükümlerinin yarışması’ kavramı kapsamında tartışmayı ele aldığımızda literatürde bu yarışmalara dair öne sürülen görüşlerin aslında üç farklı yarışma kategorisine girdiğini saptamış olduk: Hükümlerin birbirlerini bertaraf ederek yarışması, kümülatif yarışması ve seçimlik yarışması.

İlk olarak ayrımcılık tazminatı hükmünün kötüniyet tazminatı hükmüyle yarışması açısından meseleyi ele alacak olursak, biraz önce de ifade ettiğimiz üzere işçinin her iki tazminatı da birlikte isteyip isteyemeyeceği sorunu ‘eşit davranma ilkesine aykırı ya da ayrımcılık temelli fesih’ durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bir diğer ifade ile iş güvencesine sahip olmayan işçiler açısından ayrımcılık tazminatının fesih esnasında gündeme geldiği tüm durumlar, ayrımcılık tazminatı-kötüniyet tazminatı yarışmasına sahne olacaktır. Nitekim iş güvencesine sahip olmayan işçilere yönelik kötüniyetli fesihler, eşit davranma ilkesine aykırı ya da ayrımcılık temelli fesihleri de kapsayan bir üst küme niteliğinde olduğundan aslında her İş K.m.5’e aykırı fesih, aynı zamanda bir kötüniyetli fesih niteliği taşıyarak kötüniyet tazminatının da şartını yerine getirmiş olacaktır.

Ayrımcılık tazminatı-kötüniyet tazminatı yarışmasına ilişkin yapmış olduğumuz literatür incelemesi sonucunda bu iki tazminatın birbirlerini bertaraf

ederek yarıştığını savunan görüş ile bunların seçimlik yarıştığını benimseyen görüşlerin gerekçelerinin birbirleriyle benzerlik gösterdiğini saptayarak bu gerekçeleri 3 ana grupta topladık: ‘Aynı nitelikteki bir davranış kapsamında varlık nedeni tümüyle birbiriyle kesişen iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceği gerekçesi’, ‘ceza hukukundaki fikri içtima gereğince aynı olay için her iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceği gerekçesi’ ve ‘her iki tazminatın ayrı ayrı talep edilebilmesine açıkça olanak veren yasal düzenlemenin yokluğu.’

Ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatının kümülatif yarışamayacağına ilişkin ifade edilen gerekçelerden ilki aslında bu iki tazminatın neden bir arada bulunamayacağından ziyade söz konusu yarışmanın sebebine ilişkin saptamayı ortaya koymaktadır. Bir diğer ifade ile ileri sürülen ‘aynı nitelikteki bir davranış kapsamında varlık nedeni tümüyle birbiriyle kesişen iki tazminatın birlikte talep edilemeyeceği gerekçesi’ ancak yarışmanın temel kaynağına ilişkin bir gerekçe olabilir, yarışmanın niteliğine ilişkin değil. Bu itibarla, Yargıtay’ın da kararlarında bu tazminatların kümülatif yarışamayacaklarını ifade ederken kullandığı mezkur tespit in doğruluğuna katılmakla birlikte varılan sonuca katılamıyoruz.

Bu iki tazminatın kümülatif yarışamayacağına dair ikinci gerekçe olarak yer verdiğimiz ceza hukukuna ait olan fikri içtima ilkesinin kıyas yoluyla iş hukukunda uygulanması görüşüne ise hiçbir yönden katılmamız mümkün değildir. İlk olarak bu iki farklı kürsünün dinamikleri, dayandıkları esaslar, temel prensipleri, sistematik özellikleri, kavramsal çerçevesi oldukça farklı olduğundan kıyas yapmaya elverişli gözükmemektedir. Nitekim kanun koyucu, ceza hukukunun özel hukukta uygulanmaya en elverişli konusu olan haksız fiil temelli tazminat davalarında bile ceza hukuku esaslarının doğrudan uygulanmasını yasaklayarak Borçlar Kanunu’nun Ceza Kanunu’ndan bağımsızlığını özel olarak vurgulamıştır. Her ne kadar bu tazminatlar, bir görüşe göre ‘medeni ceza’ olarak nitelendirilse de tek başına bu durum bahse konu tazminatların ceza hukuku kapsamında birer ceza oldukları ve ceza hukuku prensiplerinin uygulanmasının gerektiği düşüncesine meydan vermemelidir. Aksi durum bu tazminatlar ile ilgili her tereddüt halinde tekerrür, teşebbüs, zincirleme ve bileşik suç gibi diğer benzer ceza hukuku prensiplerinin kıyasen uygulanmasına meydan verir ki, bu da kanımızca oldukça hatalı neticelere varılmasına yol açtığından isabetli olmayacaktır. Nitekim bu görüşün kabulü halinde

işveren aleyhine hem ayrımcılık tazminatı hem de İş K. m.99/1 kapsamındaki idari para cezası verilebilmesi nasıl mümkün olacaktır? Bu durumda fikri içtima kuralı gereğince bu iki cezadan en ağır olanı mı uygulanacaktır?

Son olarak 3'üncü grupta zikrettiğimiz ve Yargıtay'ın da benimsediği *“kanunda işçinin her iki tazminatı birden talep edebilmesi için bu yönde açıkça bir düzenlemenin olmasının gerekliliği”* görüşüne de katılmamaktayız. Nitekim bu iki tazminata birlikte hükmedilebilmesi için bunu açıkça öngören müspet bir düzenlemeden ziyade, aksine bunu açıkça yasaklayan menfi bir hükmün bulunmaması gerekli ve yeterli olacaktır. Aksi düşünce, hukuk düzeninin yasaklamadığı bir durumu yargı kararlarıyla sınırlandırma anlamına gelecektir ki bu da hukuk güvenliğini zedeleyen neticeye sebebiyet verecektir.

Ayrımcılık tazminatı-iş güvencesi tazminatı yarışmasının kümülatif nitelikte olmadığını savunan görüşün gerekçelerinin ayrımcılık tazminatı-kötüniyet tazminatı yarışmasındakiyle benzer olması sebebiyle kötüniyet tazminatı kapsamında ifade ettiğimiz görüşlerin iş güvencesi tazminatı yarışması için de geçerli olduğunu söylememiz gerekir.

Kanaatimizce her iki yarışma da kümülatif nitelikte olup buna ilişkin ortak gerekçelerimizi şu şekilde sıralayabiliriz.

Öncelikle İş K. m.5/6'da ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın istenemeyeceği yönünde istisnai bir düzenleme bulunması karşısında 'istisnai ve sınırlandırıcı hükümlerin dar yorumlanması' prensibi gereğince mezkûr istisnai hükmün dar yorumlanması gerekmektedir. Bu istisnai hükmü genişletmek suretiyle başka tazminatları da sendikal tazminatla beraber istisna kapsamına sokarak bunların birlikte talep edilemeyeceğini savunmak, hukukun genel esaslarına uygun düşmeyecektir. Bu itibarla mezkur istisnai hükmün karşıt kavramından hareketle ayrımcılık tazminatı ile birlikte kötüniyet veya iş güvencesi tazminatlarının kümülatif yarışarak birlikte hükmedilebileceği görüşü, hukuka en uygun sonucu verecektir.

Diğer yandan söz konusu iki yarışma açısından İş Kanunu'nda herhangi boşluk olmadığı, aksine 'bilinçli susma' durumunun bulunduğu düşüncesindeyiz. Bu itibarla, kanun koyucunun özellikle bu olumsuz (istisnai) yöntemi seçtiğini ve bunun aksini öngörmek istemediğini kabul ederek olayı menfi şekilde çözüme arzusu içinde olduğunu savunuyoruz. Dolayısıyla kanun boşluğu durumunun aksine kanun

koyucunun getirmiş olduğu bu çözüm tarzı karşısında hâkimin hukuk yaratma yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca ‘bilinçli susma’ durumunu kabul ettiğimizden kıyas yöntemine başvurulması da mümkün gözükmemektedir ki zaten buna ihtiyaç kalmamaktadır. Bunun yerine ‘mefhumu muhalif ilkesi’ geçerli olacaktır ki böylece bu tazminatların kümülatif yarışacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

Ayrıca ayrımcılık tazminatının belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshedilmesi sırasında oluştuğu tüm durumlarda, ayrımcılık tazminatı-kötüniyet tazminatı ya da ayrımcılık tazminatı-işgüvencesi tazminatı yarışmalarından biri mutlaka oluşacağından bu tazminatların kümülatif yarışamayacaklarının kabulü halinde ayrımcılık tazminatı, sadece iş ilişkisinin devamı sırasında gündeme gelen ayrımcılıkların yaptırımına hapsolacak, fesih durumunda ayrımcılık tazminatının hükmü anlamını oldukça yitirerek tazminat kapsamı ciddi biçimde daralacaktır. Oysa İş K. m.5/6’da fesih durumunda da ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğinin sarih bir şekilde vurgulandığı görülmektedir. Yorum faaliyetinde ilk aracın hükmün lafzı olması ve ancak lafzında tereddüt edilen durumlarda lafzi yorumun dışında başka yöntemlere geçilmesi esastır. İş K. m.5/6 lafzının açık ve net olması karşısında, artık hükmün lafza aykırı olacak şekilde daraltılarak yorumlanması mümkün olmayacaktır ki üstelik bu daraltma, işçinin aleyhine de bir durum oluşturduğundan iş hukukunda uygulanan ‘işçi lehine yorum ilkesine’ de aykırılık yaratacaktır.

Bir diğer yandan bu tazminatların kümülatif yarışamayacaklarının kabulü halinde, ayrımcı nitelik taşıyan ve taşımayan geçersiz/kötüniyetli fesihlere ilişkin yaptırımlar eşitlenmiş olacaktır ki bu netice de ‘orantılılık’ ve ‘hakkaniyet’ ilkelerine aykırı olacaktır. O halde nicelikleri farklı olan bu iki ihlalin de yaptırımlarının farklı olması gerekir ki aksi durum İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği ile İş Kanunu’nun 5’inci maddesinin ayrımcılığı önleme fonksiyonuna aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda ayrımcılık tazminatının ayrımcı uygulamalar karşısında caydırıcılığı önemli ölçüde azalacaktır ve bu sonuç da İş Kanunu’nun 5’inci maddesinin düzenlenme amacına ters olacaktır.



## KAYNAKÇA

Akı, Erol. “İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Sonuçları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 283-321.

Akipek, Jale G. ve Turgut Akıntürk. **Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)**, Cilt I, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul, 2007.

Aktaş, Sururi. “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, **EÜHFD**, Cilt: 14, Sayı: 1-2, 2010, ss. 1-28.

Aktay, Nizamettin. “İşe İade Davası Sonrası İşçinin İşverence İşe Davet Edilmesine Rağmen İşe Başlamamasının Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:3, Eylül 2006, ss. 103-110.

Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı ve Emine Tuncay Senyen-Kaplan. **Bireysel İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, 2015.

Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Akyiğit, Ercan. “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Yıl:2004, Cilt:7, Sayı:4, ss. 62-79.

Akyiğit, Ercan. **Toplu İş Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Akyiğit, Ercan. **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Alp, Mustafa. “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, **DEÜHFD**, Sayı:1, 2003, ss. 1-40, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, (25.02.2018).

Alpagut, Gülsevil. “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, **Ali Güzel’e Armağan I**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 25-44.

Alpagut, Gülsevil. **İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi-2005**, Türk-İş, Ankara, 2007.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S:4, Aralık, 2006, ss. 95-105.

Alpagut, Gülsevil. “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, **III. Yılında İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, ss. 203-240.

Alper, Yusuf. “5510 Sayılı Kanun’da 4/1-a Kapsamındaki Sigortalılar Bakımından Prime Esas Kazançlar”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:12, Aralık-2008, ss. 161-175.

Aral, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, **Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı**, Haziran 2010,  
[http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK\\_TR.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_TR.pdf), (02.10.2018).

Ayan, Serkan. “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **AÜHFD**, Cilt:54, Sayı:4, 2005, ss. 431-487.

Aybay, Aydın ve Rona Aybay. **Hukuka Giriş**, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Aybay Yayınları, İstanbul, 2000.

Aydınöz, Gonca. “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2009/3, Sayı:22, ss. 163-192.

Bakırcı, Kadriye. “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2006, ss. 114-121.

Bayram, Fuat. İş Güvencesi Tazminatının Belirlenmesine İlişkin Ölçütler, **Legal İSGHD**, Sayı:20, 2008, ss. 1373-1394.

Baysal, Ulaş. “İş Güvencesinde Altı Aylık Kıdem Koşuluna İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi” **Legal İSGHD**, Yıl:2011, Sayı:32, ss. 1321-1338.

Baysal, Ulaş. “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, **Legal İSGHD**, Sayı:25, Yıl:2010, ss. 59-100.

Bedük, Mehmet Nusret. “İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt:1**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 921-967.

Bilir, Ece. **Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Canbolat, Ferhat. “Hukuki İşlemlerde Amaç”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:20, Sayı:1, Yıl:2012, ss. 61-77.

Cenk, Ramazan. **Ücretler, Tazminatlar ve Harcırahlar**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1999.

Centel, Tankut. **İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Centel, Tankut. “Ekonomik Nedenle İşten Çıkarma, (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı:286, Ekim 2003, ss. 32-37.

Çalık, Şefik. **İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş. **Türk İş Hukukunda İş İade Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş. **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Çelik, Nuri. “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, **Legal İSGHD**, Sayı:14, 2007, ss. 485-496.

Çelik, Nuri. “İşyeri Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Geçerli Sebepi İspatlama ve Çıkarılacak İşçinin Seçiminde Objektif Davranma Yükümlülüğü”, **BATIDER**, Cilt:21, Sayı:2, 2007, ss. 21-30.

Çelik, Nuri. “İş Güvencesi - Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi)”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:5, Sayı:10, Güz-2006/2, s. 1-6.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, 20.Baskı, İstanbul, 2007.

Çelik, Nuri. “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklere Sebepiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:4, 2006, ss. 5-12.

Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, Dördüncü Bası, Ankara, 1978.

Çil, Şahin. “Belirli Süreli İş Sözleşmesi” **Osman Güven Çankaya’ya Armağan**, Beta Yayınları, Ankara, 2010, ss. 33-65.

Çil, Şahin. “Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal YKİD**, Sayı:5, 2007, ss. 293-311.

Çil, Şahin. “Karar İncelemesi, Sendikal Tazminat”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:6, ss. 665-678.

Çil, Şahin. “Kesinleşen İşe İade Davasının Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, ss. 44-86.

Çomaklı, Şafak Ertan. **Vergi Hukuku**, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, 2010.

Çomaklı, Şafak Ertan, Ahmet Ak ve Zülküf Ayrangöl. **Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Esaslar**, Savaş Yayınları, Ankara, 2014.

Demet, Gözde. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davasının Sonuçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 4. Baskı, İzmir, 2005.

Demir, Fevzi. “İşe İade (Feshin Geçersizliği) Hükümlerinden Yararlanma Koşulları ve Uygulama Sonuçları”, **Legal İSGHD**, Yıl:2008, Sayı:19, ss. 885-898.

Demir, Fevzi. “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, **Legal İSGHD**, Cilt:11, Sayı:41, Yıl:2014, ss. 15-26.

Demir, Fevzi. **İş Güvencesi Hukuku**, Barış Yayınları, İzmir, 1999.

Demir, Fevzi. “Karar İncelemesi-Temsilcinin İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı ve Cezai Şart”, **Kamu-İş**, Cilt:9, Sayı:1, 2007, ss. 29-52.

Demircioğlu, Murat ve Tankut Centel. **İş Hukuku**, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Demirkollu, Ceyhun. **Ayrımcılığa İlişkin Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Deryal, Yahya. **Hukukun Temel Kavramları**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2008.

Dinçkol, Abdullah. **Hukuka Giriş**, Genişletilmiş Dördüncü Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2007.

Doğan, Gülmelahat. “Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2014/1, 2014, ss. 361-390.

Doğan, Sevil. “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, **TAAD**, Yıl:3, Sayı:9, 2012, ss. 177-207.

Dural, Mustafa ve Suat Sarı. **Türk Özel Hukuku**, Cilt I, (Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Duran, Abdurrahman. “Yargı Kararları Doğrultusunda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 21. Maddesi, Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları”, **Legal İSGHD**, Yıl:2004, Sayı:3, ss. 809-815.

Duran, Abdurrahman. “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Ertesinde Açılan Alacak Davaları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 333-347.

Edis, Seyfullah. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1979.

Ekmekçi, Ömer. “S.S. Kurumu Başkanlığı’nın, İşe İade Kararı Alan Sigortalılar İçin Prim Belgelerinin Verilmesi ve Primlerin Ödenmesi Sürelerine İlişkin 04.03.2004 Tarih ve 16-330 Sayılı Genelgesi Üzerine”, **Legal İSGHD**, Yıl:2005, Sayı:7, ss. 1-9.

Ekmekçi, Ömer. “Sunulan Tebliğlerin Değerlendirilmesi” **Legal İSGH 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, 1.Bası, Mayıs-2005, İstanbul, ss. 173-210.

Ekmekçi, Ömer. “Yargıtay’ın İşe İade Davalarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Legal İSGHD**, Cilt:1, Sayı:1, 2004, ss. 165-182.

Ekonomi, Münir. “İş Güvencesinden Yararlanma Şartı Olarak İşçinin Altı Aylık Kıdemi”, **Legal İSGHD**, Yıl:2012, Sayı:34, ss. 3-32.

Ekonomi, Münir. **Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi I**, TÜSİAD, İstanbul, 2005, ss. 16-60.

Ekonomi, Münir. "Hizmet Aktinin Feshi ve İş Güvencesi", **Çimento İşveren Dergisi Özel Eki**, Cilt:17, Sayı:2, Mart 2003, ss. 1-40.

Engin, Murat. **İşe İade ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku Sorunları ve Çözüm Önerileri**, İBY, 1. Basım, 2005.

Engin, Murat. **İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

Erdem, İmran Arıtı. “Vergi Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, **YBHD**, 2016/2, ss. 1-26.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt:3, 2. Bası, Ankara, 1991.

Ergin, Hediye. “Almanya’da ‘Genel Eşit Davranma Yasası’nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri”, **Legal İSGHD**, Sayı:14, 2007, ss. 635-664.

Ertan, Emre. “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:34, Yıl:2015, ss. 103-124.

Ertürk, Şükran. **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

Ertürk, Şükran ve İlke Gürsel. “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof.Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, İstanbul, 2011, ss. 425-458.

Ertürk, Şükran. “4857 Sayılı Yasadan Sonra Süreli Fesih Hakkı”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss. 243-282;

Esener, Turhan. **Hukuk Başlangıcı, (Yeniden Gözden Geçirilmiş)**, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.

Evren, Öcal Kemal. “İş Güvencesi Tazminatı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:15, Kasım 2007, ss. 49-59.

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Furtun, İdris Hakan. **Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.



**Gerekçeli İş Kanunu Metni,**

<https://tisk.org.tr/tr/e->

yayinlar/is\_kanunu\_yenilenmis\_4\_\_baski/pdf\_is\_kanunu\_yenilenmis\_4\_\_ baski.pdf,  
(25.02.2018).

Gökçe, Erdal. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davası**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Göktaş, Seracettin. “İşveren Vekilinin İş Güvencesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Yıl:2009, Sayı:20, (İşveren Vekili), ss. 61-74,  
<http://www.calismatoplum.org/sayi20/goktas.pdf>, (25.02.2018).

Göktaş, Seracettin. “İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008, ss. 16-44.

Gözler, Kemal. **Hukuka Giriş**, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2009.

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.

Gülmez, Mesut. **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Belediye – İş Yayınları, Ankara, 2009.

Gültan, Algan. **İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

Gümrükçüoğlu, Yeliz Bozkurt. **Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012.

Günay, Cevdet İlhan. **Şerhli İş Kanunu**, Genişletilmiş 2. Baskı, Cilt:1, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2001.

Günay, Cevdet İlhan. “Geçersiz Feshin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Yargıtay Uygulaması”, **Yargıç Güven Çankaya’ya Armağan Semineri**, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi, Ankara, 2008, ss. 93-147.

Gürkaynak, Gönenç, Ceyda Karaoğlan ve Tolga Uluay. “Yargıtay Uygulamasındaki Değişiklikler Işığında İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal ve Objektif Seçim Kriterleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:32, 2014, ss. 171-182.

Güven, Ercan ve Ufuk Aydın. **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2007.

Güzel, Ali. “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı - İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri**, 28–29 Mayıs 2004, İstanbul Barosu Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Basım, İstanbul, Eylül 2004, ss. 15–145.

Güzel, Ali ve Emre Ertan. “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri”, **Legal İSGHD**, C:4, Sayı:15, 2007, ss. 1219-1306.

Işıқтаç, Yasemin. **Hukuk Başlangıcı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin. **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

İstemi, Mehmet. “Sözleşmenin Cüretkârane İhlali ve Cezalandırıcı Tazminat”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt:3**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 2685-2722.

Kandemir, Murat ve Didem Yardımcıoğlu. “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Sayı:30-31, Yıl:2014, ss. 1-44.

Kar, Bektaş. “İş Güvencesi Kavramı”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:6, Yıl:2005, ss. 559-568.

Kar, Bektaş. **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Kar, Bektaş. “İş Hukukunda Yorum”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:28, 2012, ss. 72-81.

Karacan, Esin. **İş Hukuku**, Umuttepe Kitabevi, Kocaeli, 2010.

Karaçöp, Eda. “Özürlü Statüsünde Çalışan İşçinin Başka İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:30, 2013, ss. 67-76.

Karagöz, Veli. “İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı”, **EÜSBED**, Cilt:5, Sayı:1, 2012, ss. 57-76.

Karan, Ulaş. **Avrupa Birliği Ülkelerinde Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik Kurumları**, İnsan Hakları Ortak Platformu Yayınları, Ankara, 2009.

Karan, Yeliz. “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 723-748.

Kaya, Pir Ali. **Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2009.

Kaya, Gözde. **Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı**, Avrupa Birliği Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012.

**Kazancı Hukuk Otomasyon Programı**, <http://www.kazanci.com>, (02.10.2018).

Keser, Hakan. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Kılıç, Ebru. İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, **TAAD**, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6, 2011, ss. 211-240.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, 2011.

Kılıçoğlu, Ahmet. “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 29, Sayı: 3, Ankara, 1951, ss. 185-225.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. **İş Kanunu Şerhi**, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Kılıçoğlu, Mustafa ve Kemal Şenocak. **İş Güvencesi Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Kırca, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 1, Yıl: 2001, ss. 91-119.

Kocabıyık, Selçuk. “Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Çalışma Yaşı Sınırına İlişkin Düzenleme Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder Mi?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:13, 2009, ss. 227-235.

**Kötüniyet Tazminatı**, [http://www.hurses.com.tr/Haber-Is\\_Hukukunda\\_Fesih\\_Hakkinin\\_Kotuye\\_Kullanilmasi\\_Kotuniyet\\_Tazminati-2758.htm](http://www.hurses.com.tr/Haber-Is_Hukukunda_Fesih_Hakkinin_Kotuye_Kullanilmasi_Kotuniyet_Tazminati-2758.htm), (25.02.2018).

**Kötüniyet Tazminatı İle İlgili Yargıtay Kararları**,

<http://ismahkemesi.com/2015/09/kotuniyet-tazminati-ile-ilgili-yargitay-kararlari/>, (02.10.2018).

Kurşun, Özgü. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi ve Cinsiyet Temelli Ayrımcılık**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2006.

Kurt, Resul. “İşe İade Davalarında SGK İşlemleri ve Uygulama Sorunları”, **Mali Çözüm**, Sayı:112, Temmuz-Ağustos 2012, ss. 111-132.

Limoncuoğlu, S. Alp. “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, **TBB Dergisi**, Sayı:105, 2013, ss. 51-88.

Manav, Eda. **İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Manav, Eda. “2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:15, Özel Sayı, Yıl:2013, ss. 731-779.

Manav, Hale. **İş Sözleşmesinde Feshin Geçersizliğinin Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

**Mevzuat Bilgi Sistemi (E-Mevzuat)**, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (02.10.2018).

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I: Bireysel İş Hukuku**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2017, (İş Hukuku Ders Kitabı).

Mollamahmutoğlu, Hamdi. “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:7, Sayı:4, 2004, ss. 1-37.

Moralioğlu, Ezgi. **İnsan Kaynakları Yönetiminde Eşit Davranma İlkesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014.

Narter, Sami. **İş ve Borçlar Hukuku'nda İş Güvencesi ve Akdin Sona Ermesinden Doğan Tazminatlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Nazlı, Seçkin. “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFM Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı, C:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 571-586.

Odaman, Serkan. “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, **Legal İSGHD**, Sayı:25, Yıl:2010, ss. 30-40.

Odaman, Serkan. “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:14, 2009, ss. 77-83.

Odaman, Serkan. “Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs-2003, Cilt:17, Sayı:3, ss. 20-32.

Odaman, Serkan ve Eda Karaçöp. “Görevi Sona Eren Sendika Yöneticisi İşçinin Sendikalar Kanunu m. 29 Çerçevesinde Başvurusuna Karşın İşverence İşe Başlatılmamasının Hukuksal Yaptırımına İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:6, Sayı:23, 2011, ss. 183-194.

Onaran Yüksel, Melek. **Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1993.

Özcan, Durmuş. **İş Hukukunda İşçilik Alacakları**, Adalet Yayınevi, 4.Baskı, Ankara, 2016.

Özcan, Durmuş. **Uygulamalı İş Davaları**, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara, 2016.

Özcan, Durmuş. **İş Hukukunda Fesih ve İş Güvencesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Özcan, Durmuş. “İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:27, 2012, ss. 116-124.

Özdamar, Demet. **CEDAW Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Özdemir, Erdem. “Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur Mu?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:2015, Sayı:33, ss. 45-55.

Özdemir, Erdem. “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, **Legal İSGHD**, Cilt:2, Sayı:5, 2005, ss. 252-264.

Özdemir, Erdem. **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Özdemir, Erdem. “Yeni Borçlar Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:7, Sayı:27, Eylül-2012, ss. 25-46.

Özekes, Muhammet. “Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları”, **Legal İSGH 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Mayıs 2005, İstanbul, ss. 143-173.

Öztaş, Bilge. **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, 31. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

**Resmî Gazete**, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (03.10.2018).

Sarıbay, Gizem. **Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü-Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.

Sever, Rabia. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Legal İSGHD**, Cilt:9, Sayı:34, Yıl:2012, ss. 33-72.

Sevimli, Ahmet. **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

Soyer, Polat. "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları**, Mayıs 2005, ss. 27-69.

Soysal, Tamer. “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:8, Sayı:4, Yıl:2006, ss. 1-48, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/843.pdf>, (02.10.2018).

Sözer, Ali Nazım. **Hukukta Yöntem Bilim**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İzmir, 2008.

Sur, Melda. “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:37, 2017, ss. 33-51.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.



Süzek, Sarper. “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:12, 2008, ss. 24-38.

Süzek, Sarper. **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1976.

Süzek, Sarper. “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, ss. 5-28.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Amaca Uygun Yorum”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:34, 2015, ss. 9-25.

Süzek, Sarper. “İş Hukukunda Yorum”, **İnan Kıraç’a Armağan**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 1996, ss. 231-238.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku**, İstanbul, 2002.

Şahankaya, Sarp. “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:2016/4, 2016, ss. 177-208.

Şahlanan, Fevzi. “İşe İade Kararının Uygulanmaması Durumunda Dört Aylık Çalıştırılmayan Sürenin Kıdem Süresine Eklenmesi”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Nisan 2005, ss. 41-49.

Şahlanan, Fevzi. İ kale (Sona Erdirme) Sözleşmesine Karşın Açılan İşe İade Davası (Karar İnceleme), **Tekstil İşveren Dergisi**, Sayı:340, Temmuz 2008, (İ kale), ss. 1-9.

Şahlanan, Fevzi. “Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi**, Ankara, 2005.

Şakar, Müjdat ve Ayşe Yiğit Şakar. **İşçiye Ödenecek Tazminatlar**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010.

Şen, Murat. **İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

Şener, Battal. **İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

Tanör, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978.

Tanyeliler, Seda. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, (Yayınlanmamış Tezsiz Yüksek Lisans Projesi) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.

Taşkent, Savaş. **İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme**, Türkiye Belediye İş Sendikası, Ankara, 2002.

Taşkent, Savaş. **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, 1981.

Taşkent, Savaş. “Belirli Sureli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:3, Sayı:9, 2008, ss. 14-22.

Taşkent, Savaş ve Dilek Kurt. “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Cilt:1, Sayı:40, 2014, ss. 29-50.

Taşyürek, Selda. “Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.06.2012 Tarihli 2010/13065 Esas 2012/23353 Karar Sayılı İlamının Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:38, İstanbul, 2013, ss. 415-426.

Topal, Güneş. **Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Tuncay, A. Can. “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:10, Haziran 2008, ss. 105-110.

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 Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 21-38.

Tuncay, A. Can. “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I**, İstanbul, 2011, ss. 725-770.

Tuncay, A. Can. “İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor”, **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt:17, Sayı:1, Ocak 2003, ss. 3-18.

Tuncay, A. Can. **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.

Turpçu, Murat. **Avrupa Birliği Hukukunda İşyerinde Ayrımcılık**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004.

Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

Ulucan, Devrim. “Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, ss. 191-203.

Ulucan, Devrim. “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Yıl:4, Sayı:14, ss. 34-46.

UNICEF, **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme**, 2004, [https://www.unicef.org/turkey/pdf/\\_gi18.pdf](https://www.unicef.org/turkey/pdf/_gi18.pdf), (02.10.2018).

Urhanoglu, İştar Cengiz. “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Avrupa Birliği’nin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt:10, Sayı:1, Yıl:2008, ss. 77-92.

Usta, Osman. **İş Hukukunda Akdin Feshinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamaları**, Feryal Matbaaları, Ankara, 1998.

Uşan, Fatih. “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır?”, **Legal İSGHD**, 2005, Cilt:2, Sayı:8, s. 1623-1633.

Ünüvar, Zeycan. **İş Hukukunda İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2010.

Üzeltürk, Hakan. “İşe Başlatmama Tazminatının Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:15, Eylül, 2009, ss. 240-241.

#### **Yargıtay Kararları,**

<http://www.calismatoplum.org/sayi29/abc/11-17.pdf>, (25.02.2018).

#### **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt:22, Sayı:2, Şubat-1996,

<https://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/subat1996.pdf>, (25.02.2018).

#### **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararları,**

<http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay14.htm>, (25.02.2018).

Yenisey, Kübra Doğan. **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

Yenisey, Kübra Doğan. “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:11, İstanbul, 2006, ss. 63-82.

Yenisey, Kübra Doğan. “İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı:2, 2006, s. 60-65;

Yenisey, Kübra Doğan. “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, **Legal İSGHD**, Sayı:7, 2005, ss. 973-1004.

Yıldırım, Mustafa Fadıl. **Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle (BK. m. 194 vd.) Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin (BK. m. 21-24-28-41-96) Yarışması**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992.

Yıldız, Gaye Burcu. **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Yuvalı, Ertuğrul. **İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Yüksel, Sera Reyhani. “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Legal İSGHD**, Cilt:10, Sayı:39, Yıl:2013, ss. 57-80.

Zeytinoğlu, Emin. “İş Hukukunda Özürlülük, Sendika Üyeliği Ve Yaş Açışından Ayrımcılık Yasağı”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi - 10. Yıl'a Armağan**, Sayı:22, Yıl:11, 2012/2, ss. 177-202.

**158 sayılı ILO Sözleşmesi,**

[http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377301/lang--tr/index.htm](http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm), (02.03.2018).

**2000/43 sayılı AB Yönergesi - Türkçe Metni,**

[http://ab.calisma.gov.tr/index\\_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc](http://ab.calisma.gov.tr/index_dosyalar/mevzuat/tablolari/tablo2000-43.doc),  
(02.10.2018).

**2000/43 sayılı AB Yönergesi - İngilizce Metni,**

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32000L0043>,  
(02.10.2018).

**2006/54 sayılı AB Direktifi,**

<http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a94a2369dc31550b3ac48/13-2006-54.doc>,  
(01.03.2018).

**97/81/CE sayılı ve 15 Aralık 1997 tarihli AB Direktifi - İngilizce Metni,**

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0081&from=EN>, (02.10.2018).