

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/19835

Karar No. 2011/46440

Tarihi: 29.11.2011

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İŞK/5, 17-21

•

- **DOĞUM YAPAN İŞÇİ**
- **AYRIMCILIK YASAPINA AYKIRI DAVRANIŞ**
- **EŞİT İŞLEM BORCU**

ÖZETİ dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir.

Mahkemece dosya içinde bulunan hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak davaya konu isteklerle ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde isteklerin reddi hatalıdır

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi, 01.05.1999 tarihinde çalışmaya başladığını, başlangıçta işverenin 8 işçisi olduğu halde dava tarihinde 150 çalışanın olduğunu, satış servislerini davacının oluşturduğunu, performans değerlendirme puanlarının hep çok yüksek olduğunu, davacının doğum izninin bittiği ve iş başı yaptığı 15.02.2005 tarihinde işverence iş sözleşmesinin feshedildiğini, doğum izninde olduğu bir sırada yerine başka birinin atandığı, davacıya ise daha düşük bir görevin teklif edildiği, bu görevi kabul etmemesi üzerine işverence çıkarıldığı gerekçesiyle işe iade kararının verildiği ve Yargıtay'ca bu kararn onandığını, Anayasa madde 10, İş Kanunu madde 5, İLO sözleşmelerine göre bu ayrımcılık sebebiyle davacının zor duruma düştüğünü, 2 çocuk annesi 37 yaşına gelmiş biri olarak iş bulamadığını, işverence 2 çocuklu bir bayanın iş temposuna ayak uyduramayacağı gerekçesiyle feshedildiğini belirterek İş Kanunu'nun 5. maddesindeki tazminatı ve yoksun kaldığı haklarını (özel sağlık sigortası, araç temini ve benzin gideri, yemek parası) talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren, bireysel emeklilik sisteminin Türkiye 'de Eylül 2001 tarihinde yürürlüğe girdiğini, şirketin de 25.7.2003 tarihinde ruhsat aldığını, işverence rekabet ve piyasa koşullarında organizasyonda değişikliğe gittiğini, Yönetim Kurulunun 05.10.2004 tarihli kararı ile bir dizi organizasyon değişikliğine gidildiğini, davacının pazarlama müdürlüğü görevinden İstanbul Anadolu bölge müdürlüğüne getirildiğini, davacının kabul etmemesi üzerine hakları ödenerek iş sözleşmesinin sona erdirildiğini belirtmiştir. Şirketin % 54 ünün kadınlardan oluştuğunu ve kadına yönelik bir ayrımcılık yapılmadığını belirtmiştir. Hamilelik doğum ya da kadın olması sebebiyle bir uygulamaya gidilmediğini savunmuştur.

A) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, tanık beyanlarına göre eşit davranma borcuna aykırılığın kanıtlanamadığı, işverence genel müdürlük düzeyinde bir organizasyon değişikliğine gidildiğini, davacının kadın kimliği ve hamileliği ile ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasının kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

B) Temyiz:

Kararı yasal sürfesi içinde davacı vekili temyiz etmiştir.

C) Gerekçe:

Uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden 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 gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke hakların sınırlandırılmasına yerine korunmasına hizmet eder.

Eşitlik İlkesi ise en temel anlamda Anayasa'nın 10.ve 55. maddelerinde de ifade edilmiş, 10. maddede "Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" kuralına yer verilmiştir. 55. maddenin kenar başlığı ise "Ücrette Adalet Sağlanması" şeklindedir.

Bundan başka eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, Uluslar Arası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli biçimlerde ele alınmıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15.maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden, işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapılmıştır.

Avrupa Sosyal Şartının 8. maddesinde "Çalışan Kadınların Analığının Korunması Hakkı" öngörülmüş olup Türkiye ilgili hükmü çekincesiz olarak onaylamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu sistematüğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak " esaslı nedenler olmadıkça" ve " biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça" bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır^ Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.).

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez(Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir

5. maddenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesini 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır, işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen hükümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. ve 18/111. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

İş Kanunu'nun 5. maddesi emredici nitelikte olduğundan anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

Somut olayda davacı işçinin davalıya ait işyerinde satış müdürü olarak görev yaptığı, doğum iznini kullandığı sırada yerine başka bir işçinin atandığı, doğum izni sonrası davacıya İstanbul Anadolu bölge müdürlüğü görevinin teklif edildiği hususları taraflar arasında tartışmasızdır.

Davacı işçi yapılan bu değişikliğin 2 çocuklu bir bayanın satış müdürlüğü görevini yerine getiremeyeceği düşüncesiyle yapıldığını iler sürmüştü, davalı işveren ise genel müdür düzeyinde organizasyon değişikliğine gidildiğini, davacının görev değişikliğinin de bu kapsamda yapıldığını açıklamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı işçinin daha önce açtığı işe iade davasında, doğum izninde olduğu bir dönemde davacının yerine başka bir kişinin atanması ve izin sonrası davacıya başka bir görev teklifi İş Kanunu hükümlerine aykırı olarak değerlendirilmiş ve davacının yapılan görev değişikliğini kabul etmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshi haklı ve geçerli bulunmamış, davacının önceki işine iadesine karar verilmiştir.

Davalı işverenin temyizi üzerine kesinleşen karara dayanılarak davacı işçi tarafından yapılan işe başvuru da işverence reddedilmiş ve işe başlatılmayarak tazminatları ödenmiştir. Kesinleşen işe iade kararı da işverence yapılan değişikliğin organizasyon değişikliği kapsamında geçerli bir nedene dayanmadığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan davacı tanıkları üç kadın işçi olup, davacının doğum izni sonrasında bir alt göreve atanmak istendiğini, yeni görevin sık sık şehir dışına seyahatleri gerektireceğini açıklamışlardır. Yine davacı tanıkları, işverence doğum izninin kullandırmama yönünde

baskıları ifade etmişler, tanıklardan biri bu yüzden işten ayrıldığını, diğeri ise doğum izni kullanmadığı için doğum sonrası terfi ettirilerek işe başlatıldığını açıklamıştır.

Davacı işçi, 06.09.2004 tarihinde doğum öncesi izne ayrılmış, 24.09.2004 tarihinde doğum yapmış ve 12.02.2005 tarihine kadar doğum sonrası iznini kullanmıştır.

Dosya içinde davalıya ait işyerinde 15.02.2005 ve 15.09.2006 tarihlerinde cinsiyet ve medeni duruma göre çalışan işçi sayılarına yer verildiği tablolar bulunmakta olup,

15.02.2005 tarihinde çalışan 179 kadın işçiden 72'sinin evli, 107' sinin bekar olduğu, 15.09.2006 tarihinde kadın işçi sayısı 248'e çıktığı halde evli kadın işçi sayısının 65'e gerilediği anlaşılmaktadır.

Yapılan bu açıklamalara, dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir.

Mahkemece dosya içinde bulunan hesap raporu bir değerlendirmeye tabi tutularak davaya konu isteklerle ilgili olarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde isteklerin reddi hatalıdır.

C) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, Davacı yararına takdir edilen 825.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.11.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.