

İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK TAZMİNATI

DISCRIMINATION COMPENSATION AT LABOUR LAW

*Yrd. Doç. Dr. Veli KARAGÖZ**

ÖZET

Ayrımcılık tazminatı işveren tarafından işçiye ödenen tazminatlardan biridir. Bu tazminat, eşit davranma borcunun ihlali sonucunda ortaya çıkar. Eşit davranma borcunun kaynağı ise Anayasa m. 10 ve İş Kanunu m. 5 tir. Eşit davranma borcu aynı nitelikteki işçiler için söz konusudur.

Anahtar kelimeler: Ayrımcılık Tazminatı, Eşitlik İlkesi, İşveren.

ABSTRACT

Discrimination Compensation is one of the compensation paid by the employer to the employee. This Compensation arises the violation of the employer's "principle of equality". The principle of equality is depends on Constitution Article 10 and Turkish Labour Act Article 5. "Principle of equality" applicable to workers of the same situation.

Key words: Discrimination Compensation, principle of equality, employer.

I. GİRİŞ

Ayrımcılık tazminatı, işverenin eşit davranma yükümlülüğünün ihlali durumunda işçiye dört aya kadar ücreti tutarında verilebilecek olan tazminattır. İşçi ayrımcılık tazminatından başka yoksun kaldığı diğer haklarını da talep edebilir. Bunlara sosyal yardımlar, ikramiye ve seyyanen uygulanan zamlar örnek gösterilebilir.

Çalışmamızın birinci ve ikinci bölümünde, eşit davranma borcunun kapsamı, nispiyeti ve eşit davranma borcunun uygulanma koşullarından bahsedilecektir. Eşit davranma borcu Anayasa'nın 10. maddesinde ve İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırma bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması; haklı nedenler varsa ayırma bulunması, farklı davranmaması yükümlülüğünü ifade eder. Eşit

*Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

davranma borcu aynı nitelikteki işçiler arasında uygulanır. İşverenin farklı nitelikteki işçiler arasında ayırım yapması da gerekebilir ki, bu da eşit davranma yükümlülüğünün kapsamına girer. Zira, aynı niteliğe sahip olmayan kimselere mutlak manada eşit davranılması da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu nedenle eşit davranma borcunun uygulanma koşulları üzerinde de ayrıntılı olarak durmak gerekmektedir.

Üçüncü bölümde ise, ayrımcılık tazminatına hak kazandıran haller, ayrımcılık tazminatının miktarı ve ispat yükü konuları üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Ayrımcılık tazminatına hak kazandıran halleri incelerken borcun mutlak olarak uygulanacağı haller ile borcun mutlak olarak uygulanmayacağı hallere değinmek gerekir. Eşit davranma borcunun uygulanacağı haller; sosyal yardımlar, işverenin yönetim hakkı, greve katılmayan işçilerin çalıştırılması durumudur. İşverenin eşit davranma borcunun olmadığı haller ise, iş sözleşmesinin feshi ve işçinin ücretidir. Ancak kural olarak, işverenin işçiye yapmış olduğu farklı işlemleri haklılaştırabilmesi, diğer deyişle ayırımı haklı kılan objektif nedenleri ortaya koyması gerekmektedir.

Son bölümde, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi, sendikal tazminat ve kötüniyet tazminatı arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Ayrıca, Yargıtay uygulamasında ayrımcılık tazminatının iş sözleşmesinin sona ermesinde hangi hallerde talep edilebileceğine de değinilecektir.

II. EŞİT DAVRANMA İLKESİ

A. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

İşverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de eşit davranma yükümlülüğüdür. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet ve hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır¹. 4857 sayılı İş Kanunu ile beraber eşit davranma ilkesinin, işverenin borçlarından biri olmasından ziyade iş hukukunun temel ilkelerinden biri haline geldiği söylenebilir².

¹ **Tuncay Can**, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s. 10.

² **Doğan Yenisey Kübra**, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.2, S.7, 2005, s. 974-1003, s. 974; Öğretideki bir görüşe göre ise, İş K. m. 5’de yer alan düzenleme, sadece 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler açısından söz konusudur. Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler açısından AY. m. 10’da yer alan genel kural uygulanır (**Alpagut Gülsevil**, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrımlaştırma ve Oransallık İlkesi”, Ali Güzel’e Armağan, İstanbul 2010, C. I, s. 29).

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin dayanaklarını Anayasa'nın 10. maddesi ile İş Kanunu'nun 5. maddesi oluşturmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde “*kanun önünde eşitlik*” başlığı altında *eşitlik ilkesi* düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*”. Anayasa'nın 10. maddesi tüm hukuk düzenimizde geçerli, bireyler arası ilişkilerde daima göz önünde tutulması gereken bir eşitlik ilkesi öngörmüştür³.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesi, İş Kanunu'nun 5. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. İş hukukunda eşit davranma borcu, işverenin işçileri arasında ayırım yapmaması şeklinde bir borç olarak somutlaşır. Ayırım yapmama yükümlülüğü, şekli eşitlik anlayışının, eşit davranma borcunda görünüş biçimidir. Objektif olarak işverenin, işçileri arasında ayırım yapmasını gerektiren durumlar söz konusu olduğunda şekli eşitlik eşitsizliğe yol açabilir. Bu gibi durumlarda işveren, işçileri arasında ayırım yapmak zorundadır. İşte bu zorunluluk da eşit davranma borcu içinde yer alır ve eşit davranma borcunun, maddi anlamda görünüşünün sonucu olarak karşımıza çıkar⁴.

Eşit davranma borcu, işverenin, haklı nedenler bulunmaksızın işçileri arasında farklı davranmaması, haksız ayırımında bulunmaması, keyfi davranışlardan kaçınması; haklı nedenler varsa ayırımında bulunması, farklı davranması yükümlülüğünü ifade eder⁵.

İşverenin, eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışı doğrudan ya da dolaylı şekilde olabilir. Örneğin, bütün işçilere yapılan ücret zammından, hiçbir haklı neden olmaksızın bir işçinin yararlandırılmaması doğrudan ayırımci davranıştır. Buna karşılık tarafsız bir uygulama olarak görünen, ancak

³ **Süzek Sarper**, İş Hukuku, 5. bs., İstanbul 2009, s. 397.

⁴ **Mollamahmutoğlu Hamdi**, İş Hukuku, 3. bs., Ankara 2008, s. 536; **Tuncay**, s.5-6.

⁵ **Mollamahmutoğlu**, s. 536; **Tunçomağ/Centel**, s. 130; **Narmanlıoğlu Ünal**, İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I), Yeniden Gözden Geçirilmiş 2.bs., Ankara 1994; **Sümer Haluk Hadi**, İş Hukuku, 10. bs., Konya 2004, s. 79; **Doğan Yenisey**, Kübra, “ İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayırıcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S, 11, 2006, s. 66; **Ertürk Şükran/Gürsel İlke**, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul 2011, C. I, s. 429. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 22.04.2008, 13930/9895 (Kazancı İçtihat Bankası).

işçilerden bir gruba yönelik olarak eşit olmayan bir duruma yol açan uygulamalar, örneğin kadın ve erkek işçiler arasında ücret ve iş koşullarına ilişkin ayrımcı davranışlar dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilebilir⁶.

B. Eşit Davranma Borcunun Nispiliği

Eşit işlem borcu, işverenin tüm işçilere mutlak biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. İş hukukunda eşit davranma ilkesi mutlak değil nispi bir nitelik taşır⁷. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, işçinin yaptığı işin niteliği, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlerden dolayı ayırım yapabileceği gibi çalışkanlık, yetenek gibi subjektif (haklı) nedenlere dayanarak da farklı işlem yapabilir⁸. Ayrıca işveren ölçülülük ilkesi uyarınca ayırım gözetmede haklı bir amaç izlemişse daha doğrusu bu davranışını haklılaştırabilir ve yapılan ayırım izlenen bu amaçla orantılı ise, eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olmaz⁹. Eğer işveren, işçileri arasında *farklı davranmasını gerektiren* haklı ve objektif nedenlerin varlığına rağmen bu durumu göz önünde bulundurmaz ise somut olayın özelliğine göre eşit davranma borcunu ihlal etmiş olabilir¹⁰.

Bununla birlikte eşit davranma borcu, bazı sınırlı hallerde mutlak bir nitelik taşır. İşveren, işçileri arasında bazı nedenlere bağlı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz. Örneğin ırk, etnik köken, cinsiyet gibi nedenlerden dolayı ayırım yapmama borcu mutlaktır. Bu gibi durumlarda işçiler arasında, işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda daha önce belirtilen sebeplerden dolayı ayırım yapmamakla yükümlüdür. Ancak işverenin kanun tarafından cinsiyet, uyrukluk bakımından öngörmüş olduğu kurallara göre uygun davranması eşit davranma borcuna aykırılık olarak

⁶ **Mollamahmutoglu**, s. 537.

⁷ **Tuncay**, s. 120-121; **Süzek**, s. 401; **Keser Hakan**, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Resul Arslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş 2004, C. 7, S. 3, s. 60.

⁸ **Süzek**, s. 401; **Tuncay**, s. 5, 23; **Narmanhoğlu**, s. 234; **Yıldız**, s. 66.

⁹ **Yenisey Doğan**, s. 996 vd. Bu yöndeki kararlar için bkz. Y9HD, 03.07.2007, 14473/21553; Y9HD, 25.07.2008, 27309/22094 (Kazancı İçtihat Bankası). Aksine sözleşme hükümlerinin geçersizliği için bkz. Y9HD, 07.07.2009, 25544/20096 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰ **Yıldız** Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 66.

nitelendirilemez. Diğer ifade ile, kanun hükümlerinin gereği olarak işverenin farklı davranması, eşit davranma borcunun dışında kalır¹¹.

C. Eşit Davranma Borcunun Uygulanma Koşulları

İşverenin eşit davranma borcu, aşağıdaki koşulların varlığı halinde söz konusu olan bir borçtur.

1. Aynı İşyerinin İşçileri Olma

Eşit davranma borcu, işverenin, aynı işyerinde çalışan işçilerine karşı yükümlü olduğu bir borçtur. Aynı işverenlerin işyerindeki uygulamalar, aynı işverenin aynı işyerindeki uygulamalar bakımından eşit davranma borcuna konu olmazlar¹². Öğretideki bir görüşe göre ise, tamamen birbirine benzeyip tekdüzen esaslarla yönetilen, yer itibarıyla birbirlerine yakın bulunan veya işçilerin birinden diğerine nakli sık olarak gerçekleşen aynı işletmeye bağlı işyerlerinin oluşturduğu özel durumlarda, istisnaen, işverenin eşit davranma borcundan söz edilebilir¹³.

2. İşyerinde Bir İşçi Topuluğunun Varlığı

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için işverenin aynı işyerinde birden fazla işçisinin bulunması zorunludur. Bu nedenle, bir işçinin çalıştığı işyerinde veya birden fazla çalışan bulunmakla birlikte diğerlerinin bu sıfatı taşımadıkları işyerlerinde işverenin eşit davranma borcundan bahsedilemez. Kısaca eşit davranma borcunun söz konusu olabilmesi için işyerinde çalışanların işçi sıfatına sahip olması gerekir¹⁴. Ancak, ayırım yasakları söz konusu olduğunda, işveren o işyerinde tek bir kişi dahi çalışsa ayırım yasaklarını ihlal etmiş olabilir¹⁵.

İşverenin diğer bir işverenle geçici iş ilişkisi kurması halinde, diğer bir ifadeyle geçici iş ilişkisi içindeki ödünç işçilere karşı da işverenin eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşyerinde birden fazla işçi çalışmakla birlikte, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı bir işçisi bulunan,

¹¹ **Mollamahmutoğlu**, s. 538.

¹² **Centel Tankut/Demircioğlu** Murat, İş Hukuku,12. bs., İstanbul 2007, s. 119; **Yıldız**, s. 179; **Tuncay**, s. 148. Aynı yöndeki karar için bkz. Y9HD, 12.02.2008, 33247/114 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³ **Centel/Demircioğlu**, s. 119; **Tuncay**, s. 149.

¹⁴ **Mollamahmutoğlu**, s. 544.

¹⁵ **Akyiğit** Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s. 314; **Yıldız**, s. 186.

diğerleri ödünç işçi ya da taşeron işçisi olan işverenin ne kendi işçisi karşısında ne de ödünç ve taşeron işçiler karşısında eşit davranma borcu yoktur¹⁶. İşyerinde birden fazla işçi bulunmakla beraber, işverene *iş sözleşmesiyle bağlı olan ve bir topluluk oluşturan* (en az iki işçi) işçilere karşı eşit davranma borcundan bahsedilebilir. Ayrıca eşit davranma borcu işçi topluluğunu ilgilendiren konularda söz konusu olabilir. Örneğin, çalışkan bir işçinin ödüllendirilmesi biçimindeki kişisel uygulamalar, işyerindeki işçi topluluğunu ilgilendirmediği sürece, eşit davranma borcundan söz edilemez¹⁷.

İşveren ile işçi arasında var olması zorunlu olan iş ilişkisinin tamamen sona ermesinden ya da işçi ile işveren arasında iş ilişkisi kurulmadan önce işverenden eşit davranması istenemez¹⁸.

3. Hukuken Kollektif Nitelikte Davranışta Bulunma

İşverenin eşit davranma borcu işyerinde yapmış olduğu kolektif uygulamalarda söz konusu olur. Hukuken kolektif nitelikteki davranışlar, genel, objektif nitelikteki uygulamalardır. Bir veya bir kısım işçi, bu nitelikteki uygulamaların dışında tutulduklarında eşit davranma borcunun ihlalinde bahsedilebilir. Bir veya birkaç işçiye ikramiye verilmemesi, ikramiye kolektif nitelikte bir uygulama olduğundan, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur¹⁹.

4. Zamanda Birlik

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için işverenin işyerinde yapmış olduğu uygulamaların aynı zaman birimi içinde meydana gelmiş olması gerekir. Yoksa geçmişte yapılan bir uygulama eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendirilemez ve bir şeyi talep etme hakkını vermez²⁰. Aynı zaman dilimi kavramından anlaşılması gereken, işyerindeki

¹⁶ Mollamahmutoğlu, s. 544.

¹⁷ Demircioğlu/Centel, s. 120.

¹⁸ Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2. bs., İstanbul 1999, s. 131; Tuncay, s. 151; Aktay Nizamettin/Arıcı Kadir/Senyen-Kaplan Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007, s. 158.

¹⁹ Mollamahmutoğlu, s. 544; Tuncay, s. 150.

²⁰ Tuncay, s. 150; Yıldız, s. 189.

karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma koşullarının aynı şekilde devam ettiği süredir²¹.

III. AYRIMCILIK TAZMİNATI

A. Genel Olarak Ayrımcılık Tazminatı

Eşit işlem yapma borcuna aykırı davranışın yaptırımı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre iş ilişkisinde veya sona ermesinde 5. maddede belirtilen 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. Kanun açıkça “*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*” bu tazminatı öngördüğünden iş ilişkisinin kurulmasında eşit davranma borcuna aykırılık halinde talep edilmemesi gerekmektedir. Bu durumda ayrımcılığa maruz kalan işçi genel hükümlere göre tazminat talep edebilir.

İş hukukunda işverenin eşit davranma borcu iş ilişkisi içerisinde bulunduğu işçiler arasında keyfi uygulamaları önleme amacı güttüğü halde, 5. maddenin 3. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet ayrımcılığı yasağı özel olarak düzenlemiştir. Ancak 5. maddenin 6. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet ayrımı yapılmasını ayrımcılık tazminatına hak kazandıran haller içine dâhil etmemiştir. Kanunun açık düzenlemesi dolayısıyla iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet ayrımcılığı ayrımcılık tazminatının kapsamına sokulamaz. Ancak, bu davranışın Borçlar Hukuku anlamında haksız fiil teşkil ettiği, bu nedenle diğer şartların oluşması halinde, iş başvurusu ayrımcılık nedeniyle reddedilen kişinin, Borçlar Kanunu hükümlerine göre uğradığı zararın tazminini haksız fiil esasları çerçevesinde talep edebileceği de öğretide ifade edilmektedir²². Ancak bu halde, cinsiyet ayrımcılığı yasağının amacının haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat talep etmekten çok, bu kişilerin iş ilişkisinin kurulmasında cinsiyet ayrımcılığına uğramamaları olduğu hususunun da göz ardı edilmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır²³.

²¹ Yıldız, s. 190 vd.

²² Demiral Cavit, “ 4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı “, E – Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, S. 37, 2005, s. 21- 22.

²³ Demiral Cavit, “ 4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı “, E – Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, S. 37, 2005, s. 21- 22.

B. Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazandıran Haller

Ayrımcılık tazminatına hak kazanabilmek için eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar ve borcun mutlak olarak uygulanacağı durumları ayrı başlıklar altında incelemek gerekir.

1. Borcun Mutlak Olarak Uygulanamayacağı Durumlar

Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinde söz edilemez. Bu durumdaki işçiler arasında ayırım yapılabilir. Ancak bunun işin niteliğine ve objektif ölçülere uygun olması gerekir²⁴.

a) İşçinin Ücretinde

Farklı yeteneklere sahip işçiler arasında ücretler yönünden, işçilerin nitelikleri göz önünde tutularak ayırım yapılabilir. Eşitlik ilkesi sadece eşit niteliklerin varlığı halinde söz konusu olabileceğinden, eşit davranma borcu yaş, kıdem gibi objektif niteliklerle ve kabiliyet, liyakat, beceriklilik gibi subjektif niteliklerle sınırlı bulunmaktadır.²⁵

İşveren, belli bir gruplandırma esasına ya da performans değerlendirmesine dayanmayan ücret zammı (seyyanen zam) uygulamakta ise bu zam oranından bütün işçilerin yararlandırılması gerekir²⁶.

İşveren genç işçilere daha fazla zam oranı uygularken emeklilik hakkını kazanmış ancak çalışmasını sürdüren yaşlı işçilere daha düşük bir zam oranı uygulayamaz²⁷.

Öğretideki bir görüşe göre, işverenin farklı zam uygulamasını haklılaştırabildiği durumlarda bu farklı uygulama geçerli sayılmalıdır. İşverenin bireysel nitelikteki ücret zamlarının sözleşme özgürlüğü ilkesine tabi olduğu ancak işverenin ücret konusunda eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı şeklinde bir genelleme yapılması doğru değildir²⁸.

İşveren, kıdemi teşvik ya da üretimin belli seviyeyi geçmesi durumunda veya herhangi başka bir nedene dayanarak işçilerine prim ödüyor ise, burada da işverenin eşit davranma borcundan söz edilebilir. Ayrıca toplu iş

²⁴ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. bs., İstanbul 2010, s. 180.

²⁵ Doğan Yenisey, Kübra, “ İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S, 11, 2006, s. 66- 67.

²⁶ Yıldız, s. 212.

²⁷ Özdemir Erdem, “Ücret Artışında Eşitlik Ve Adalet “, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, C. 2, S.5, Ocak-Mart 2005, s. 252-253.

²⁸ Yıldız, s. 214.

sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde, taraf işçi sendikasına üye olan ya da dayanışma aidatı ödeyenler ile bunların dışında kalan işçiler arasında ücret farklılığının bulunması eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz²⁹.

b) İş Sözleşmesinin Feshinde

İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun söz konusu olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.

Öğretideki bazı yazarlara göre, iş sözleşmesinin feshi hallerinde kural olarak eşit davranma borcundan söz edilemez. Fesih hakkının kötüye kullanılması durumları dışında, işveren aynı durumdaki işçilerden istediği işçinin iş sözleşmesine süreli fesih yolu ile son verebilir. Ancak bu durumda fesih hakkının kötüye kullanılmaması gerektiği de ifade edilmektedir³⁰. İş Hukuku öğretisindeki karşı görüşteki bazı yazara göre ise, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcu söz konusudur³¹. İşverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun bulunduğunu savunan bir görüşe göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi dava açtığında, işveren görünürde davacı işçi ile aynı durumda olan işçiler arasında neden onu seçerek iş sözleşmesini feshettiğini, neden diğer işçileri çalıştırmaya devam ettiğini, işçinin kişisel özellikleri ya da işin, işyerinin ya da işletmenin meşru menfaatleri açısından haklılaştırılabilir. İşveren fesihle ilgili olarak almış olduğu kararın ayrımcı nitelik taşımadığını ispatlayamazsa yapılan fesih eşitlik ilkesine aykırı sayılmalıdır³².

Kanaatimizce, işverenin işçinin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığını somut olaya göre değerlendirmek gerekir.

Ayrımlar yasaklarındaki durum şu şekildedir: Anayasa'nın 10. maddesi ve İş Kanunu'nun 5. maddesi ile 18. maddesinin 3/a, b ve d fıkralarında düzenlenmiş bulunan dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, sendikal nedenlerle iş sözleşmesini feshederek ayrımlar yasaklarını ihlal eden işveren eşitlik ilkesine aykırı davranmış olur.

Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu bazı örnek kararları zikretmekte fayda görüyoruz. Yargıtay, işyerinde çalışan işçiler için farklı fesih bildirim süreleri öngören sözleşme hükümlerini (kıdemli işçiler için artırılmış, buna karşılık belirli bir tarihten sonra işe giren daha az kıdeme sahip işçiler için

²⁹ Yıldız, s. 214- 215.

³⁰ Çelik, s. 181; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s.69.

³¹ Tuncay, s. 213 vd; Yıldız, s. 257-258.

³² Yıldız, s. 258.

yasal fesih bildirim sürelerinin uygulanması) eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır³³.

Yargıtay'ın bu konudaki başka bir kararına göre, norm kadro uygulaması uyarınca geçici işçilerin öncelikle işten çıkarılması gerekirken, bunların yerine aynı işi daha düşük ücretli işçilere yaptırmak amacıyla, sadece kadın işçileri işten çıkarması eşit davranma borcuna aykırı bir davranıştır³⁴.

İşçilerin davranışlarına dayanan fesihte, işveren koşulları gerçekleşmişse iş sözleşmesini işçinin davranışlarına dayandırarak bildirim sürelerine uymak suretiyle İş Kanunu'nun 18. maddesine göre süreli fesih veya İş Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası uyarınca derhal haklı nedenle fesih yoluyla sona erdirebilir. Ancak bu fesihler ayırım yasağına aykırı olabileceği olayın özelliğine göre eşit davranma borcuna aykırılık da oluşturabilir³⁵.

Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu bir karara göre: “*Davacı, davalıya ait bankada operasyon yönetmeni olarak görev yapmıştır. Aynı şubede pazarlama yetkilisi olarak çalışan S.A'nın yapmış olduğu usulsüz bankacılık işlemleri sebebiyle bankanın zarara uğratıldığı ve davacının da... denetim görevini yapmadığı ileri sürülerek... iş sözleşmesi feshedilmiştir.. Öte yandan, şube müdürünün bankadaki işlemlerden birinci derecede sorumlu olduğu belirtildiği halde, aynı karar doğrultusunda şube müdürü hakkında ihtar cezası uygulandığı görülmektedir... adı geçen şahsın usulsüz işlemlerinden sorumluluk birinci derecede şube müdürüne ait olmalıdır. Bu durum Müfettiş raporu ile disiplin kurulu kararında da belirtilmiştir. Buna rağmen şube müdürü, uyarı cezası ile cezalandırılmıştır ve olayda daha az sorumluluğu olan davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bu şekilde davalı işveren, işçiye karşı eşit işlem yapma borcuna aykırı davranmıştır. Bu sebeple feshin haklı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir*”³⁶.

İşverenin eşit davranma borcu, iş akdinin işçilerin davranışları nedeniyle haklı nedenle ya da süreli feshinde değil olayın özelliğine göre sözleşmenin işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle sona erdirilmesinde de uygulanabilir. Yargıtay'ın vermiş olduğu isabetli bir karara göre, işletme gereği olarak reorganizasyon nedeniyle yapılan süreli fesihlerde işten çıkarılan müdürün durumunun diğer müdürle karşılaştırılması gerektiğini

³³ Y9HD, 7. 12. 2006, 12851/ 32166 (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁴ Y9HD, 11. 9. 2006, 18576/ 21357, Kamu- İş Bülteni, 2007, S.53, s. 22.

³⁵ **Süzek**, s. 409.

³⁶ Y9HD, 1. 2. 2005, 7540/2732 (Kazancı İçtihat Bankası).

belirtmek suretiyle eşit işlem yapma ilkesine uygun davranma zorunluluğuna işaret etmiştir. Yargıtay'a göre: “Yönetim kurulu kararı gereği yapılan organizasyon değişikliği sebebiyle... yalnız davacının hizmet akdinin feshedildiği görülmüştür... Mahkemece yapılacak iş davacı ile aynı görevi yapan merkez şube müdürlüklerinin kapanması nedeniyle işverenin diğer bir işinde görevlendirilen 34 eski merkez müdürünün durumu ile karşılaştırılarak tek davacı hakkında sözleşmenin feshi yoluna gidilmesinin haklı nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmalı tüm dosya birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir”³⁷.

2.Eşit Davranma Borcunun Mutlak Olarak Uygulanabileceği Durumlar

a) Sosyal Yardımların Verilmesinde

Sosyal yardımlar, eşit davranma borcunun asıl uygulama alanını oluşturur³⁸. İşveren tarafından işçilere, belirli bazı niteliklere sahip olmalarına göre bazı sosyal yardımlar verilebilir. Burada işverenin kendi isteğiyle işçilere karşı yerine getirdiği edimler söz konusudur. Bu durumda işverence tespit edilen esasların gerçekleşmesiyle işçinin eşit davranma borcuna dayanarak söz konusu yardımın verilmesine ilişkin talep hakkı doğacaktır. Ancak bu talep hakkı toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesine dayanıyor ise, eşit davranma borcu değil, bu hukuk kaynaklarından birinin uygulanması söz konusudur.

b) Yönetim Hakkına İlişkin Konularda

Yönetim hakkı; işverenin, işin yapılması konusunda tek yanlı düzenlemeler getirme yetkisini ifade eder. İşverenin emir ve talimat verme hakkında da eşit davranma borcu önemli yer tutar. Örneğin, sigara içme yasağının uygulanmasında işverenin tüm işçiler arasında ancak giriş- çıkış kontrollerinde, fazla çalışmalarda, tatil ve gece çalışmalarında, işin işçilere dağıtımında ise aynı nitelikteki işçiler arasında ayırım yapmaması gerekir³⁹.

c) Greve Katılmayan İşçilerin Çalıştırılmasında

İşveren, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçileri çalıştırıp çalıştırmamakta serbesttir (TSGLK m. 33/II). Kanun bu durumda işçiler arasında, işverenin bu işçileri çalıştırıp çalıştırmaması yönünden ayırım yapma olanağının bulunup bulunmadığı konusunda açık değildir.

³⁷ Y9HD, 11. 12. 2003, 20222/20604 (Kazancı İçtihat Bankası).

³⁸ Tunçomağ/Centel, s. 131.

³⁹ Tuncay, s. 157 vd.; Süzek, s. 407; Çelik, s. 183.

d) İşçinin Mesleki Durumunda

1. Kısmi Süreli Çalışan İşçiye Karşı Ayrım Yasağı

İş Kanunu'nun 5. maddesi 2. fıkrasında esaslı nedenler olmadıkça işverenin tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamayacağı hükmü yer almaktadır. İş Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında da ayrımı haklı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından ötürü kısmi süreli işçiye tam süreli emsal işçiye göre farklı işlem yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne göre, kısmi süreli işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

2. Belirli Süreli Çalışan İşçiye Karşı Ayrım Yasağı

5. maddenin 2. fıkrasına göre, esaslı nedenler olmadıkça, belirli süreli çalışan işçi, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında farklı işleme tabi tutulamaz. Bu fıkra hükmünde yer alan ayrım yasağı, 12. maddenin 1. fıkrasında da “*Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.*” hükmüyle ifade edilmiştir.

C. Ayrımcılık Tazminatının Özellikleri

1. Genel Olarak İşçilerin Hakları

4857 sayılı İş Kanununda işverenin ayrım yapma yasağına aykırı davranmasının yaptırımı özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrası gereğince “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki belirtilen fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında, işçi dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 . maddesi hükümleri saklıdır*”.

İşçi, eşit davranma borcunu ihlal etmesinden dolayı işverenin ödemek zorunda olduğu ayrımcılık tazminatının dışında ödemek zorunda yoksun kaldığı hakları her şeyden önce talep edebilir. İşçi örneğin eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen veya eksik ödenen ücretini, ikramiyesini veya sosyal yardımları isteyebilir.

Ayrıca, yoksun kaldığı hakları talep hakkından başka, işçi ücretinin ödenmemesi nedeniyle İK 24/II-e uyarınca ya da İK 24/ II-f fıkrasında yer

verilen “çalışma koşullarının uygulanmaması” hükmüne dayanarak iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebilir.⁴⁰

Yargıtay’ın ücret artışında eşit davranma borcunailişkin bir kararında, “Eşit işe eşit ücret prensibi gereği Ocak 2000 tarihinde uygulanan zam sonucu davacı ile aynı statüde bulunan modelist şeflerin ücretlerinin ne kadar olduğu belirlemeli, aynı kıdem ve aynı statüdeki işçilerden davacının daha az ücret almak konumunda kaldığı belirlenirse şimdiki gibi davacının sözleşmeyi fesihinde haklı olduğu kabul edilerek kıdem tazminatı isteği hüküm altına alınmalıdır”⁴¹. denilerek, borca aykırılığın haklı fesih nedeni olduğu açıkça ifade edilmiştir.

2. Ayrımcılık Tazminatında Miktar Ve İspat Yükü

Ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat, işçinin çıplak ücreti esas alınarak hesaplanır. Ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar bu tazminatın içerisinde yer almaz. Ayrımcılık tazminatı işçinin dört aya kadar ücreti tutarında olduğundan, tazminatın tutarı, dört aylık ücret tutarını aşmamak üzere ve olayın özelliğine göre işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve konumuna, kıdemine uygun olarak hakim tarafından belirlenecektir.

Ayrımcılık tazminatı, teknik anlamda bir tazminat olmayıp eşit davranma borcuna aykırılığın hukuki yaptırımı olduğundan dolayı, işçinin ayrımcılık tazminatını talep edebilmesi için salt ayrımcılık oluşturan bir işleme ya da davranışa maruz kalması yeterli olup ayrıca bir zararın ortaya çıkması gerekmez⁴².

Öğretide, eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı olarak kanunda düzenlenen ayrımcılık tazminatının miktarının nisbi emredici olduğu ve tazminat miktarının toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile artırılmasına bir engel bulunmadığı da ifade edilmektedir⁴³.

Ayrımcılık tazminatında ispat yükü, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını ispat yükü işçiye düşer (m. 5/son fıkra). Ancak aynı fıkra hükmüne göre, ispat yükü iki halde yer değiştirir ve işveren ispatla yükümlü olur. Bu haller şunlardır:

⁴⁰ Yıldız, s. 327; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 76.

⁴¹ Y9HD, 18. 2. 2003, 13208/1836 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴² Mollamahmutoglu, s. 553; Süzek, s. 415; Yenisey, Eşitlik İlkesi, s. 77; Yıldız, s. 329.

⁴³ Süzek, s. 415; Tuncay, s. 36; Mollamahmutoglu, s. 553.

Eşit davranma borcuna aykırılık iddiası iş sözleşmesinin işveren tarafından 20. maddede belirtildiği gibi sebep gösterilmeksizin veya geçerli sebep olmaksızın feshedildiği bağlamında ise, kısaca iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırılık iddiası halinde, örneğin iş sözleşmesinin, işçinin etnik kökeni ya da siyasi düşüncesi buna benzer sebeplerle feshedildiği iddiasına karşı feshin hukuken geçerli bir nedeni bulunduğunu, 20. maddenin 2. fıkrası gereğince işveren ispatla yükümlü olur. Feshin geçerli sebebe dayandığını 20. madde hükmüne göre kanıtlamasına rağmen feshin etnik kökeni veya siyasal düşüncesi veya benzeri sebeplere dayandığı iddiasını sürdüren işçi 20. maddenin 2. fıkrası gereğince iddiasını ispatlamakla yükümlü olur⁴⁴.

İşçi, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğini ispat edememekle birlikte, bir ihlalin varlığı ihtimalini kuvvetli bir şekilde gösteren bir durumu ortaya koyduğu takdirde, işveren, böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispatlamak zorundadır⁴⁵.

Bu ikinci halde ispat yükünün işverene düşmesi için, işçinin hâkimde ihlalin kuvvetli bir ihtimal olduğu yönünde kanaat oluşturacak somut ve objektif durumları ortaya koymalıdır. Örneğin, rakip adaya destek veren belediye işçisinin seçimi takiben işinin ve işyerinin değiştirilmesi bir ihlalin varlığı olasılığını güçlü bir biçimde gösteren durum olarak kabul edilmelidir. İşçinin yapılan bu değişikliği reddi, İş Kanunu'nun 22. maddesi kapsamında fesihle sonuçlanmamış olsa bile işveren, 5. maddenin son fıkrası hükmü uyarınca değişikliğin objektif nedenlere dayandığını ve bu nedenle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmedikçe tazminat ödemek zorundadır⁴⁶.

D. Ayrımcılık Tazminatının Kötüniyet Tazminatı İş Güvencesi Tazminatı ve Sendikal Tazminat İle İlişkisi

Kural olarak, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi, işçinin Kanunun başka hükümlerine göre zarar koşuluna bakılmaksızın talep edebileceği tazminatları etkilemez. İşçi iş sözleşmesinin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalmış ise, ayrımcılık tazminatından başka ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı talebinde de bulunabilir.

⁴⁴ Mollamahmutoğlu, s. 553.

⁴⁵ Mollamahmutoğlu, s. 554.

⁴⁶ Mollamahmutoğlu, s. 554.

İş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yapılması durumunda, aynı zamanda kötüniyet tazminatı veya iş güvencesi tazminatı da talep edilip edilemeyeceği konusu ise tartışmalıdır.

1- Ayrımcılık Tazminatı – Kötüniyet Tazminatı İlişkisi

Öncelikle, ayrımcılık tazminatı – kötüniyet tazminatı ilişkisi ele alınacak olursa, işveren tarafından yapılmış olan ayrımcılık, ahlak ve iyiniyet kurallarına da aykırı aynı zamanda kötüniyetli bir davranış olarak da nitelendirilebilir. Bu sebeple, ayrımcı bir fesih aynı zamanda kötüniyetli bir fesihtir. İşçinin ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatını birlikte isteyip isteyemeyeceği konusunda öğretide fikir ayrılığı mevcuttur.

Öğretideki bir görüşe göre, ayrımcılık sureti ile yapılan fesih, ayrımcılık tazminatını gerektirir. Ancak diğer ayrımcılık hallerinden farklı olarak fesihte kötüniyetin yaptırımı ayrıca öngörülmüş olduğundan (m. 17) ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayrımcılık hem de kötüniyet tazminatı talep edilebilir⁴⁷.

Öğretideki aksi görüşe göre ise, kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilmesi olanaklı değildir. Çünkü, her iki tazminatın talep edilebilmesi için bunun kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, kötüniyetli olarak nitelendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğundan aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez⁴⁸.

2- Ayrımcılık Tazminatı – İş Güvencesi Tazminatı İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği hususu da öğretide tartışmalıdır.

Ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına hükmedilemeyeceği görüşü, işverenin aynı davranışının birden fazla hukuki yaptırıma bağlanmasının mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktadır⁴⁹.

⁴⁷ **Mollamahmutoğlu**, s. 555; **Süzek**, s. 417.

⁴⁸ **Bakırcı Kadriye**, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 2, Haziran 2006, s. 119; **Odaman Serkan**, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2008, s. 80; **Akyiğit**, s. 319; **Çelik**, Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S. 14, 2007, s. 489.

⁴⁹ **Çelik**, *Tazminatlar*, s. 493. Aynı yönde Yargıtay Kararı için bkz. Y9HD, 6. 6. 2007, 30630/18174.

Aksi görüşte olan yazarlar ise ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilebileceğine ilişkin görüşlerini şu şekilde gerekçelendirmektedirler: bu iki tazminatın dayandığı esaslar birbirinden farklıdır. İş güvencesi tazminatı, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımıdır. Örneğin ekonomik neden gösterilerek işten çıkarılan ancak feshin ekonomik nedenden değil ırki mensubiyetinden kaynaklandığını m. 20/ II ye istinaden kanıtlayan siyahi bir işçinin işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatından başka, geçersiz fesih mutlak ayırım yasaklarından birine aykırılık da teşkil ettiğinden, ayrımcılık tazminatı talep etme hakkı da olmalıdır⁵⁰.

3- Ayrımcılık Tazminatı – Sendikal Tazminat İlişkisi

Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte talep edilmesi mümkün değildir. İK 5/ VI da bu konuda açık düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemede, dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır” kuralına yer vermiştir. Bu hüküm karşısında SK m. 31' de yer alan sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyeceği açıktır⁵¹. Yine, iş güvencesi kapsamında olsun ya da olmasın işçinin iş sözleşmesi feshedilmeksizin işveren tarafından sendikal bir nedenle farklı muameleye tabi tutulması durumunda da, işçi hem sendikal tazminatı hem de ayrımcılık tazminatını talep edemez⁵².

Sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi ayrımcılık tazminatı isteyemeyeceği gibi sendikal tazminatı da talep edemez. Sendikal ayrımcılık nedeniyle öngörülen yaptırım sendikal tazminat olduğundan ayrıca ayrımcılık tazminatı talep edemez. İş güvencesi kapsamındaki işçi ise bu durumda doğrudan sendikal tazminatı da talep edemeyecektir. Çünkü, işgüvencesi kapsamındaki işçinin geçersiz sayılan fesih sonucunda işe başlatılmaması halinde talep edebileceği iş güvencesi tazminatı, 2821 sayılı Kanunun sendikal ayrımcılığı düzenleyen m. 31/VI' da düzenlenen sendikal tazminat miktarı göz önünde tutularak belirlenecektir. Diğer bir ifadeyle, iş güvencesi kapsamındaki işçinin sözleşmesinin sendikal sebeple feshedilmesi halinde, İK' da m. 21/ I' de öngörülen iş güvencesi tazminatının miktarı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde belirtilen bir

⁵⁰ Mollamahmutoğlu, s. 555; Odaman, s. 80; Süzek, s. 417.

⁵¹ Çelik, Tazminatlar, s. 490; Mollamahmutoğlu, s. 555; Süzek, s. 415; Akyiğit, s. 319.

⁵² Tuncay A. Can, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?” Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008, s. 109.

yıllık ücret tutarından az olamayacaktır. İşte belirtilen bu sebeplerden dolayı, işçi işgüvencesi kapsamında ise sendikal ayrımcılığa uğraması halinde sadece iş güvencesi tazminatı isteyebilecek ancak bu tazminatın miktarı bir yıllık ücretten az olamayacaktır. Eğer işçi işgüvencesi kapsamındaki bir işçi değil ise ve sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilirse işçi bu durumda sadece sendikal tazminat isteyebilecektir. Çünkü sendikal nedenlerle ayırım, İK m.5’de belirtilen ayırım yasağının özel bir halidir ve bu işçilerin sendikal tazminat yanında ayrımcılık tazminatı talep etmesi mümkün olamayacaktır. Sonuç olarak bu durumdaki işçi, bu sendikal tazminat ile ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı dışında her hangi bir tazminat talep edemeyecektir⁵³.

IV. SONUÇ

Ayrımcılık tazminatı, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması sonucunda İş Kanununun 5. maddesinde belirtilen dört aylık ücret tutarına kadar verilebilecek olan tazminattır. Ancak ayrımcılık tazminatının iş ilişkisinin devamında veya iş sözleşmesinin sona ermesinde uygulama alanı bulması işçi lehine olan bir durum değildir. Çünkü, işveren tarafından yapılan ayrımcılık kişilerin işe alınması ya da alınmaması durumunda da söz konusu olabilir. Ancak İş Kanununun 5. maddesi iş ilişkisinin kurulmasında yapılan ayırımı ayrımcılık tazminatına hak kazandıran haller kapsamına almamıştır. Bu hususunda, ayrımcılık tazminatı kapsamına alınmasında yarar vardır.

Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile birlikte talep edilip edilemeyeceği konusu tartışmalı olan bir husustur. Tazminat bir zenginleşme aracı olmadığından, kanunda aksi ön görülmedikçe, hukuka aykırı davranışın karşılığı olan zarar bir defa tazmin edilir. Dolayısıyla, ayrımcılık tazminatı işgüvencesi tazminatıyla birlikte talep edilemez. Zira, ayrımcılıkla yapılan fesih geçerli bir nedene dayanan fesih değildir.

Bununla birlikte, yapılması gereken öncelikle tazminatlar arasındaki ilişkinin açıkça kanunla düzenlenmesidir. Bu düzenleme yapılırken, işçiye iş güvencesi hükümlerine başvurma veya ayrımcılık tazminatı talep etme konusunda seçimlik hak tanınmalıdır. Böylelikle işçi, feshin geçersizliğine karar verilmesi durumunda -arzusu hilafına- işverene başvurma ve tekrar aynı işyerinde çalışmak zorunda bırakılmamış olacaktır.

⁵³ Mollamahmutoglu, s. 556.

Sendikal tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarında olabileceği için sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, iş güvencesi kapsamında ise iş güvencesi tazminatı bir yıllık ücreti tutarından az olamaz. Sendikal nedenle fesih aynı zamanda ayrımcılık oluşturan bir hal olduğu için sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı birlikte talep edilemez. Kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatı da birlikte talep edilemez. Çünkü, kötüniyet tazminatı sebepleri aynı zamanda ayrımcılık tazminatı sebepleridir.

Sonuç olarak, ayrımcılık tazminatı iş ilişkisi kurulmasından öncesini de kapsamalı ve bu tazminatın diğer tazminatlarla olan ilişkisi açıkça düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktay** Nizamettin/**Arıcı Kadir/Senyen-Kaplan** Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2007.
- Akyiğit** Ercan, İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008.
- Alpagut** Gülsevil, “Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi”, Ali Güzel’e Armağan, C. I, İstanbul 2010.
- Bakırcı** Kadriye, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 2, Haziran 2006.
- Centel** Tankut/ **Demircioğlu** Murat, İş Hukuku, 12. bs., İstanbul 2007.
- Çelik** Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14, 2007.
- Çelik** Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14, 2007.
- Çelik** Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. bs., İstanbul 2010.
- Demiral** Cavit, “ 4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı “, E – Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, S. 37, 2005.
- Doğan Yenisey** Kübra, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji Ve Orantılılık İlkesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.7, 2005.
- Doğan Yenisey**, Kübra, “ İş Hukukunda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı “, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.11, 2006.
- Ertürk** Şükran/Gürsel İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul 2011.
- Keser** Hakan, “4857 sayılı İş Kanunu’na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar”, Resul Arslanköylü’ye Armağan, C. 7, S. 3, Kamu-İş 2004.
- Mollamahmutoglu** Hamdi, İş Hukuku, 3. bs., Ankara 2008.
- Odaman** Serkan, “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008.

Özdemir Erdem, “Ücret Artışında Eşitlik Ve Adalet “, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, C. 2, S.5, Ocak-Mart 2005.

Süzek Sarper, İş Hukuku, 5. bs. , İstanbul 2009.

Tuncay A. Can, “Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir?” Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2008.

Tuncay Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.

Yıldız Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

