

AYRIMCILIK TAZMİNATI-
SENDİKAL TAZMİNAT
(DAYANDIKLARI ESASLAR
VE FARKLILIKLARI)

Av. Gülmelihat DOĞAN*

* Ankara Barosu, LL.M.

GİRİŞ

Hukuk ve adaletin temel kavramlarından olan “Eşitlik” sosyal devletler açısından vazgeçilemez uygulamalardandır. Her alanda hayat bulan bu kavram iş hayatında da esaslı unsur olarak yerini almıştır. İşveren aynı iş yerinde çalışan işçilerine eşit davranma borcu altındadır. Türk Hukukunda eşit davranma borcunun dayanakları Anayasamızın 10. maddesinde yer alan Eşitlik İlkesi ve İş Kanunumuzun 5. maddesinde yer alan Eşit Davranma İlkesidir. İş Kanununda yer alan eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımını ayrımcılık tazminatıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı sendikal nedenden doğmakta ise bu durumda sendikal tazminat söz konusu olacaktır. İşçiler işe alınmaları, işte çalıştırılmaları ya da iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi aşamalarında işverence yapılan sendikal nedenlere dayalı ayrımcılıkla karşılaşmamalıdır. Bu tür bir ayrımcılıkla karşılaşan işçi bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hak kazanacaktır.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımını oluşturan “Ayrımcılık tazminatı” incelenmiş, ayrımcılığın sendikal boyutta gerçekleşmesi durumunda doğan “Sendikal Tazminat” ın incelenmesi 7/11/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında İkinci Bölümde yapılmış ve son bölümde iki tazminatın somut özellikleri değerlendirilerek farklı oldukları noktalar belirlenmeye çalışılmıştır.

AYRIMCILIK TAZMİNATI

I. İşverenin Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu, işverenin, işçileri arasında haksız ayırmada, keyfi davranışlarda bulunmaması, haklı nedenler olmaksızın işçilerine farklı uygulamalarda bulunmamasıdır. Ancak bu kural mutlak eşitlik olarak değil, eğer haklı nedenler varsa işverenin işçileri arasında ayırım yapması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Başka bir ifade ile nispi eşitliğin varlığı kabul edilmelidir. İşveren ayırım yapma kastı bulunmaksızın, haklı nedenlerle işçilerine farklı davranabilir.^[1]

[1] MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin ; İş Hukuku, s.654-655, Ankara 2012. , YILDIZ, Gaye Burcu : İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 66, Ankara 2008. , ÇELİK, N. ; İş Hukuku Dersleri, s.147, İstanbul 2000. , ÇANKAYA, Osman Güven / GÜNAY, Cevdet İlhan / GÖKTAŞ, Seracettin ; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, s.57, Ankara 2006.

Birbirinin aynı olmayan durumlarda farklı kuralların uygulanabilmesi keyfi nitelik taşınamalı, haklı sayılabilmesi için gerekçeleri, ölçütleri olmalıdır. Yapılan bu farklı işlemler, nesnel, makul, inandırıcı, daha genel bir ifade ile haklı nedenlere dayanıyorsa ayrımcılık olarak kabul edilmez.^[2] İşveren açısından eşit davranma borcunun mutlak olarak aranacağı haller sınırlı olup, İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebepler olarak sıralanmıştır.

İşverenin eşit davranma borcu, yönetim yetkisini kullanma, sosyal yardımların verilmesi, giriş çıkış kontrolü gibi durumlarda mutlak olarak uygulama alanı bulmalıyken, işe alma, ücretler, disiplin ve işten çıkarma alanlarında mutlak olarak uygulanma alanı bulmayabilir. Zira, kanunun emredici hükümlerinin dışında iş hayatında egemen olan ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir.^[3]

II. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Niteliği (Anayasa ve İş Kanunu Açısından Dayanakları)

Ayrımcılık, bireyin ırk, cinsiyet, cinsel eğilim, uyruk, etnik köken ya da din gibi, gerçek veya algılanan durumları nedeniyle olumsuz ve ayırt edici muamele görmesidir, başka bir ifadeyle ayrımcılık hukuk dışı farklı davranıştır.

İşverenin eşit davranma borcunun Anayasal dayanağı Anayasanın 10. maddesidir. 10. maddenin başlığı “*Kanun Önünde Eşitlik*” olup, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkelerine uygun olarak hareket etmek zorundadır.*” şeklindedir. Anayasanın 10. maddesiyle güdülen amaç, aynı durumda bulunan kimselerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak ve vatandaşlara yasa karşısında dil, ırk, renk cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımcılık uygulanmasını önlemektir.^[4] Anayasanın kural ve ilkeleri devlet-kişi arasında dikey düzeyde uygulandığı gibi, kişiler arasında

[2] GÜLMEZ, Mesut ; “*İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler*”, Çalışma ve Toplum S. 2, s.222, İstanbul 2010.

[3] MOLLAMAHMUTOĞLU, H/ ASTARLI, M. ; age, s.656. , ÖZDEMİR, Erdem ; “*Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet*”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S.5, s.258, İstanbul 2005.

[4] İNCEOĞLU, Sibel ; “*Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasası*”, Çalışma ve Toplum, S. 4., s. 53, 2006.

yatay düzeyde de uygulama alanı bulur. Bunun dayanağı Anayasanın “*Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” şeklindeki düzenlemeyi içeren 11. maddesidir.^[5]

Hukukta eşitlik ilkesi ile aynı veya benzer durumda olanlara aynı şekilde davranılması, bu kişilere farklı işlem yapılmaması, aynı durumda olanlar arasında haklı nedenlere dayanmayan, keyfi ayrımların önlenmesi amaçlanmıştır.^[6]

İş Kanunu anlamında ayrımcılık yasağının dayanağı ise “*Eşit Davranma İlkesi*” başlıklı 5. maddedir.^[7] İş Kanunu 5. maddesinin başlığı “*Eşit Davranma İlkesi*” ise de aslında madde içeriğinde iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile ayrımcılık yapma yasağı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddede, işverenin esaslı nedenler olmadıkça işçiler arasında farklı işlem yapamayacağına da yer verilmiştir.^[8]

Ayrıca Türkiye ILO’nun sekiz esas konvansiyonundan eşit ücret (C100) ve ayrımcılık konvansiyonları ve Birleşmiş Milletler’in kadına karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırılmasına dair konvansiyona taraftır.^[9]

[5] YILDIZ, G. B. ; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, s. 65, Ankara 2008.

[6] YILDIZ, G. B. ; age. s.57.

[7] İş Kanunu 5. Madde “İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

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 Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci 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.”

[8] SÜZEK, Şarper ; İş Hukuku, s. 398. , YILDIZ, G. B. ; s.63.

[9] KILIÇOĞLU, Mustafa : “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı*”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S. 36. , s.42, İstanbul 2012.

III. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Uygulama Şartları

İşverenin eşit davranma borcunun uygulanabilirliğinden söz edebilmek için işveren ve işçi arasında bir iş ilişkisi bulunmalı, aynı işyerinde çalışan işçiler olmalı, işyerinde bir işçi topluluğu bulunmalı, işveren kollektif nitelikte davranışta bulunmalı ve uygulamalar açısından zaman diliminde birlik bulunmalıdır.

A. İşveren ile İşçi Arasında Bir İş İlişkisinin Bulunması ve Aynı İşyerinin İşçileri Olma

Eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için işçi ve işveren arasında bir hukuki ilişkinin varlığı gerekir, bir hukuki ilişkinin varlığı olmadan eşit davranma borcunun varlığından söz edilemez.^[10] Eşit davranma borcu aynı işyerinde çalışan işçiler arasında uygulanması gereken bir borçtur. Kural birlikte istihdam edilen işçiler yönünden eşit davranma borcunun aranacağı olmakla beraber, İş Kanununun 12. maddesinin son fıkrası ve 13. maddesinin 3 fıkrasında yer alan “*emsal işçi*” kavramı dikkate alındığında bu kuralın mutlak olmadığı düşünülebilecektir.^[11] İş Kanununun 12. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça sadece iş sözleşmesinin belirli süreli olması nedeniyle belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiş, aynı maddenin son fıkrasında ise emsal işçinin tanımı verilmiştir. Buna göre emsal işçi, iş yerinde aynı veya benzer işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi olarak belirlenmiş, işyerinde böyle bir işçi bulunmaması halinde ise o iş kolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi olarak belirlenmiştir. Aynı tanım İş Kanununun 13. maddesinin son fıkrasında da kısmi süreli ve tam süreli işçi açısından düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında işverenin eşit davranma borcunun kapsamı kural olarak aynı işyerinin işçileri olmakla beraber, işyerinin özellikleri bakımından farklı davranmayı haklı kılan objektif neden bulunmuyor ise işveren, farklı işyerlerinde çalışan ve emsal işçi konumundaki işçiler arasında eşit davranma borcu altındadır.^[12]

İşverenin işçiye karşı eşit davranma borcu, iş ilişkisinin başladığı dönemden sonrası ile sınırlıdır, işçi kendi iş ilişkisi başlamadan önce işverenin yaptığı kolektif işlemlerle ilgili eşit davranma borcuna uyulması talebinde bulunamayacaktır. Ancak usulsüz fesihle olduğu gibi, iş ilişkisi fiilen ortadan kalkmakla

[10] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, 402. , MOLLAMAHMUTOĞLU, H. , ASTARLI, M. ; age, s. 662, YILDIZ, G. B. ; age, s.192.

[11] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. , ASTARLI, M. ; age, s. 661.

[12] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. , ASTARLI, M. ; age, s. 661. ; YILDIZ, G. B. ; age, s.181.

birlikte bildirim süresi içinde doğacak işçilik haklarından işçinin yararlandığı hallerde bildirim süresinin sonuna kadar eşit davranma borcunun var olduğu kabul edilmelidir.^[13]

Ancak bazı hallerde henüz işe alma aşamasında dahi ayırım yapma yasağını düzenleyen kurallar bulunmaktadır. Örneğin İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan ya da dolaylı farklı uygulama yapılamayacağı şeklindeki düzenleme, Sendikalar Kanununda işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri koşuluna bağlı tutulamayacağı, Özürlüler Hakkında Kanunda yer alan özürlülerin işe alınması ve çalışma koşulları konusunda işverene eşitlik ilkesi ve ayırım yasağına uyma yükümlülüğü getirilmiştir.^[14]

B. İşyerinde Bir İşçi Topluluğunun Varlığı

Eşitlik ilkesine aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti açısından karşılaştırma yapılabilmesi için işyerinde en az iki işçi bulunmalıdır.^[15]

Bir işçinin çalıştığı işyerinde, birden fazla çalışan bulunmakla beraber, diğer çalışanların işçi sıfatını taşıyamaması halinde bir işçi topluluğu oluşmama için eşit davranma borcundan da bahsedilemeyecektir. Kanunda ayrı bir yükümlülük öngörülmediği sürece ödünç ya da taşeron işçilerin varlığında da aynı durum söz konusudur.^[16]

C. İşverenin Kollektif Nitelikte Davranışta Bulunması

Eşit davranma borcu doğuran kollektif nitelikteki davranışlar, iş yerindeki işçi topluluğunu ilgilendiren genel ve objektif nitelikteki uygulamalardır. Bir ya da birden fazla işçi bu genel uygulamaların dışında tutulduklarında eşit davranma borcunun ihlali edildiğini iddia edebilirler.^[17]

Sözleşme özgürlüğü bulunduğundan, işverenin bir ya da birkaç işçisine diğer işçilerden farklı oranlarda haklar tanıması, ücret zammı uygulaması eşit işlem yapma borcu açısından değerlendirmeye tabi tutulmaz. Bu durumda söz konusu işçilerin bireysel nitelikleri, yaptıkları işler dikkate alınarak eşit işlem yapma borcunun ihlal edilip edilmediği değerlendirilmelidir. Eşit davranma

[13] BAYSAL, Ulaş ; “*İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması*”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, s. 65, İstanbul 2010.

[14] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s. 403.

[15] TUNCAY, A. Can ; “*İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku-Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 28, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 yılı Sempozyumu, İstanbul 2007.

[16] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. ; age. S. 662. , MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; İş Hukuku, s. 544. Ankara 2008. , TUNCAY, A. C. ; agm, s. 51.

[17] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. ; age. S. 663. , MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 544.

ilkesi, bazı işçilerin diğerlerine göre kötü duruma düşürülmesini engeller, ancak işçilerin diğer işçilerden daha iyi duruma getirilmesinde uygulanmaz. Bunun nedeni bazı işçilerin iyi duruma getirilmiş olmasının diğerlerinin kötü duruma düşürme anlamına gelmemesidir. Kendilerine bazı ek yararlar sağlanan işçiler ile aynı durumda olan işçiler dahi eşit davranma ilkesi kapsamında hak tale^[18]p edemez. Çünkü bu durumda işverenin kollektif nitelikte davranışı değil, bireysel nitelikte, sözleşme serbestisine dayanan bir işlemi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle bireysel nitelikli işlemler eşit davranma ilkesi kapsamında değerlendirilmemelidir.^[19]

Bir başka görüşe göre, aynı niteliklere sahip işçilerden bazılarının farklı yönde yapılmış olan uygulamayı haklı kılacak neden olmaksızın daha iyi şartlara taşınmasının, işin doğası gereği diğer işçileri daha kötü duruma getirdiği ve bu tür uygulamaların hukukun geçerli sayılabilmesi için keyfi yapılmış olmamaları gerektiği ifade edilmektedir.^[20]

Yargıtay, işverenin işçiye daha az ücret zammı vermesini haklı ve objektif nedenlere dayandıramaması halinde, eşit davranma borcunu ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca işverenin ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamayacağına karar verilmiştir.^[21]

D. Zaman Diliminde Birlik

İşverenin eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıp davranmadığı tespit edilmeye çalışılırken aynı zaman dilimi içinde gerçekleşen uygulamalar karşılaştırmaya esas alınmalıdır. Geçmişte yapılan bir uygulama bugün yapılan bir uygulama ile karşılaştırmada ölçüt alınmamalıdır.^[22]

Aynı zaman dilimi kavramı, hiçbir zaman kısa bir dönemi karşılayacak kadar dar yorumlanmamalıdır. Bir işyerinde karşılaştırılabilir durumdaki işçilerin çalışma şartlarının aynı şekilde devam ettiği süre içinde gerçekleşen uygulamaların “*aynı zaman dilimi*” kavramı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.^[23]

[18] YILDIZ, G. B. ; age, s.188.

[19] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. ;age. S. 663. , MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 544. , SEVER, Rabia ; “*İşverenin Eşit Davranma Borcu*” ,Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 34, s.45, İstanbul 2012.

[20] YILDIZ, G. , B. ; age, s.187.

[21] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 18.02.2003, 13208/1836, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 09.03.2005, 3551/7831 sayılı kararları (SÜZEK, *İş Hukuku*, s.404-405)

[22] TUNCAY, A. C. ; agm, s.28- 29.

[23] YILDIZ, G. B. ; age, s. 190.

IV. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNUN TÜRLERİ

A. İşçinin Kişisel Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasına göre iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayalı olarak ayırım yapılamaz. Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasında iş sözleşmesinin kurulması, devamı ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı da düzenlenmiştir.

Ayrımcılıkla Mücadele Ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağı'nın "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3. maddesi 2. fıkrasında da "Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, etnik köken, felsefi ve siyasi görüş, sosyal statü, medeni hal, sağlık durumu, özürlülük, yaş ve benzeri temellere dayalı ayrımcılık yasaktır." şeklinde düzenleme mevcuttur.^[24]

Sözleşme görüşmeleri sırasında iş başvurusu yapmış kadın adaya, yapılacak işin niteliği gereği esaslı bir neden bulunmadığı hallerde, medeni durumu, hamile olup olmadığı, çocuk sahibi olmayı düşünüp düşünmediği gibi soruların sorulması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelenmiştir.^[25] Ayrıca işçi ailevi durumu, evli ya da boşanmış olması ya da evlilik dışı birliktelik yaşamaması gibi kişisel nedenlerle ayrımcılığa uğramamalıdır.^[26]

İşçinin kişisel özellikleri arasında yer alan ırk ve cinsiyet, eşit davranma borcu kapsamında özel bir öneme sahiptir. Çalışma hayatında özellikle farklı ırksal ve cinsiyete dayalı ayrımlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Uluslararası belgelerde, eşit davranma ilkesi, özellikle ırk ve cinsiyet esasları ile ele alınmıştır.^[27] Avrupa Birliği Eşit Davranma İlkesinin Irka ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımla Yapılmaksızın Uygulanmasına İlişkin 2000/43/CE sayılı Direktifinde işe, istihdama ve ücret mukabili olmayan faaliyetlere girişte; mesleki eğitim, gelişim programları ve uygulamaya ilişkin deneyim kazandırma faaliyetlerine girişte; ücret ve işten çıkarma dahil olmak üzere çalışma koşullarında; çalışanların örgütlenme haklarını kullandıkları faaliyetlere ilişkin konularda; sosyal sigorta ve sağlık yardımlarını kapsayacak şekilde tüm sosyal koruma alanlarında; bunun dışında sağlanan sosyal yardımlarda ve eğitim alanında uygulanacağı belirtilmiş, ırka ve etnik kökene dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yasaklanmıştır.^[28]

[24] http://www.icisleri.gov.tr/default.icisleri_2.aspx?id=5692 Erişim Tarihi: 24/03/2013.

[25] YILDIZ, G. B. ; age, s.199.

[26] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 545.

[27] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. ; age, s. 664-665.

[28] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s.545. , AYDINÖZ, Gonca ; "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı" Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 163-192, s. 169, 2009/3.

İşveren aynı ve eşit değerinde işlerde çalışan kadın ve erkek işçileri arasında sadece cinsiyetleri nedeniyle farklı ücret uygulayamayacaktır.^[29] Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı bu cinsiyet ayrımı yasağını sadece iki cinsten birine ait olmaktan kaynaklanan ayrımlarla sınırlamamış, cinsiyet değiştirmeden kaynaklanan ayrımları da bu kapsamda tutmuştur. Bu doğrultuda Kanunun öngördüğü cinsiyet ayrımı yasağını, kadın ve erkek cinsi ile sınırlamadan, cinsiyet değiştirme ve cinsel eğilimler de dikkate alınarak yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.^[30]

İş İlişkisinde ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesine ilişkin Avrupa Birliği Direktiflerinden Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifine göre, özellikle ücretin belirlenmesinde bir mesleki sınıflandırma sisteminin uygulandığı hallerde, bu sistem kadın ve erkek işçiler için ortak olan kriterlere dayanmalı ve cinsiyet temeline dayalı ayrımcılığa sebep olmayacak şekilde düzenlenmelidir.^[31]

B. İşçinin Mesleki Durumu Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu

İş Kanunu 5. maddesi uyarınca esaslı nedenler bulunmadıkça işveren, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlemler uygulayamayacaktır. Ayrıca İş Kanununun 13. maddesi 2. fıkrası ve 12. maddesi 1. fıkrasında, ayrımı haklı kılan bir neden bulunmadıkça, sadece iş sözleşmesi kısmi süreli olduğu için, kısmi süreli işçiye tam süreli emsal işçiye göre, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre farklı işlem uygulanamayacağı düzenlenmiştir.

Avrupa Birliğinin Kısmi Zamanlı Çalışmaya İlişkin 97/81/CE sayılı Konsey Direktifinin kısmi zamanlı çalışmada ayrımcılık yasağının içeriğini açıklayan 4. maddesine göre çalışma koşulları açısından kısmi zamanla çalışan işçiler için, tam zamanlı çalışan işçilere oranla daha az elverişli olan şartlar öngörülemez. Öngörülen daha az elverişli şartların, kısmi zamanlı çalışmadan farklı ve objektif sebeplerle gerekçelendirilmesi hali kuralın istisnası olarak belirlenmiştir.^[32] Aynı şekilde Avrupa Birliğinin 1999/70 sayılı Çerçeve Yönergesinde de belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışanların ancak objektif bir nedenin mevcudiyeti halinde belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışanlardan farklı uygulamaya tabi tutulabileceği

[29] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. : age, s. 548.

[30] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. : age, s. 546.

[31] AYDINÖZ, G. ; agm, s. 166.

[32] AYDINÖZ, G. ; agm, s.168.

belirtilmektedir. Her iki durum için aranan objektif nedenlerin eğitim durumu, iş verimi, kıdem ve benzeri haller olabileceği belirtilmiştir.^[33]

C. İşçinin Sendikal Durumu Bakımından Eşit Davranma Borcu

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde işçilerin işe alınmalarının; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddede işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacağı, ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklı olduğu düzenlenmiştir.

Ayrıca işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamayacakları veya farklı işleme tabi tutulamayacakları düzenlenmiştir.

V. İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA BORCUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

İşverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılığın yaptırımı İş Kanunu 5. maddede düzenlenmiştir. Eşit davranma ilkesi iş akdinin devamı ya da sona ermesinde ihlal edilirse işçi dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminat talep edebilecektir, bu tazminat ayrımcılık tazminatı olarak isimlendirilmiştir.

Ayrımcılık tazminatı, zarar koşuluna bağlı olmayan, talep edilmesi için iş akdinin feshedilmiş olması gerekmeyen bir tazminattır.^[34]

Ayrımcılık yasağına aykırılık halinde işveren tazminatın yanında idari para cezası ödemek durumundadır. Ayrımcı davranış sendikal nedenden kaynaklanıyor ise ayrımcılık tazminatının yerini çalışmamızın ilerleyen bölümünde işlenecek olan sendikal tazminat alacaktır. Eğer yasal koşulları mevcut ise işçi maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. İşçi yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilecektir.^[35]

Ayrıca ayrımcılığa uğrayan işçi İş Kanunu 24/II-e uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.^[36]

[33] BAYSAL, U. ; agm, s. 72-73.

[34] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s. 414.

[35] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s.552.

[36] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. İ age, s. 552, BAYSAL, U. ; agm, s. 74.

Türk Ceza Kanununun 122. Maddesinde de ayrımcılık cezai yaptırıma bağlanmıştır. Hükme göre kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak kişinin işe alınmasını veya alınmamasına neden olan kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği öngörülmüştür. Ayrıca İş Kanununun 99. maddesinde yer alan idari para cezası uygulanacaktır.

VI. AYRIMCILIK TAZMİNATININ DİĞER TAZMİNATLAR KARŞISINDA DURUMU

Ayrımcılık tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve kıdem tazminatı ile birlikte istenebilecektir. Yasa kapsamında sadece ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceği açıkça düzenlenmiş olup, yasa koyucunun ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla birlikte istenemeyeceği iradesi olsa idi bu hususu da yasada açıkça belirtileceği, yasa da böyle bir sınırlama bulunmaması nedeniyle özel bir tazminat olan ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat dışındaki tazminatlarla birlikte istenebileceği kabul edilmektedir.^[37]

Söz konusu tazminatların amaçları ve nitelikleri de birbirinden farklıdır. Örneğin iş güvencesi tazminatı, yapılan feshin geçersizliğinin mahkeme kararı ile belirlenmiş olmasına rağmen, işe başlamak üzere başvuran işçinin işverence işe başlatılmaması sonucu hükmedilen bir yaptırım iken, ayrımcılık tazminatı, iş akdinin feshinde işverence ayrımcılık yapılmış olması sebebiyle talep edilecek özel bir tazminattır. Başka bir deyişle, iş güvencesi tazminatı işe başlatmama nedenine dayanırken, ayrımcılık tazminatı işverenin ayrımcılık oluşturan davranışının yaptırımıdır.^[38] Doktrinde diğer bir görüşe göre aynı fiilin, aynı amaca yönelik iki tazminatın birlikte uygulanması yoluyla iki defa cezalandırılmış olacağı gerekçesi ile iş güvencesi ve ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyeceği yönündedir.^[39] Yargıtay'ın 2012 tarihli bir kararında da işverenin aynı davranışı nedeniyle birden fazla hukuki yaptırım ile karşılaşmasının mümkün olmaması nedeniyle, iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir.^[40]

[37] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 554-555, SÜZEK; S. ; İş Hukuku, s. 416-417, YILDIZ, G. B. ; age, s. 333.

[38] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s. 417. , ODAMAN, Serkan ; "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti" Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S.14, S. 82, s.77-83, İstanbul 2009.

[39] TUNCAY, A. C. ; agm, s.37.

[40] ÖZCAN, Durmuş ; İş Hukukunda İşçi Alacakları, s.85, Ankara 2013. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18.06.2012 tarihli2012/13065 E, 2012/23353 K. Sayılı ilamı)

Yine feshin kötüniyetle yapılmasının yaptırımı İş Kanunu 17. maddede kötüniyet tazminatı olarak belirlenmiş olduğundan, ayrımcılık oluşturan bir fesih söz konusu olduğunda, her iki tazminatın hukuki dayanakları farklı olduğu için, hem ayrımcılık hem de kötüniyet tazminatı birlikte talep edilebilecektir.^[41] İş Kanununun 5. maddesinin mefhumu muhalifinden (*karşıt kavramından*) de bu iki tazminatın birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır.^[42] Ayrıca ayrımcılık tazminatı ile kötüniyet tazminatı işçi lehine yorum ilkesi gereğince de birlikte talep edilebilecektir.^[43]

Doktrinde, belirtilen tazminatlar ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceğini savunan yazarlar da vardır. Bu fikre göre ayrımcılık kötüniyetin özel bir halidir ve işverenin aynı davranışı sebebiyle iki ayrı tazminata, baka bir ifade ile kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir.^[44] Yargıtay'ın görüşü de kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceği yönündedir.^[45]

Yargıtay kararlarında ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatlarının aynı eylem nedeniyle söz konusu olduğunu ve aynı eylem nedeni ile iki tazminatın uygulanmasının mümkün olmadığı, bu gibi hallerde yalnızca iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[46]

Ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat ile birlikte istenemeyeceği hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Çünkü İş Kanununun 5. maddesinin 6. fıkrasında dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır”. düzenlemesi getirilmiştir. Bu açık yasal düzenleme sebebiyle sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir.^[47] Çünkü ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminat aynı amaçla getirilmiştir. Bu tazminatlara birlikte

[41] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 555.

[42] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s. 416., YILDIZ, G. B. ; age, s. 334.

[43] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. / ASTARLI, M. ; age, s.677. , SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s.416.

[44] ÇELİK, Nuri, ; “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 4, S.14, s. 493. İstanbul 2007. ; BAKIRCI, Kadriye ; “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı. 2, Yıl. 1, s. 114-121, s.119. , İstanbul 2006. ; ODAMAN, S. ; agm, s. 83. ; ODAMAN, Serkan ; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti” , Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.7, S. 25, s.32-40, İstanbul 2010.

[45] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 25.09.2006 tarihli ve 2006/22213 E., 2006/24598 K. Sayılı ilamı. (ÖZCAN, D. ; agm, s.121.

[46] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18/06/2012 tarihli ve 2010/13065 E. , K. 2012/23353 K. sayılı ilamı. (www.kazanci.com Erişim Tarihi:28.02.2013)

[47] SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s. 415.

hükmedilmesi halinde işverenin aynı eylemine birden fazla yaptırım uygulanmış olacaktır ki bu durum hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturur.^[48]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. maddesi 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı, işveren tarafından belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haklı neden bulunmaksızın derhal feshedilmesi halinde, hakimin bütün durum ve koşulları dikkate alarak, miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olmamak kaydıyla belirleyeceği tazminat olarak tanımlanabilir. Haksız fesih tazminatı işverenin haksız feshinin, hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır. Doktrinde ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatının birlikte talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Gerekçe olarak ise TBK'nın 438. maddesinde hakimin haksız fesih tazminatına “*bütün durum ve koşulları gözönünde tutarak*” hükmedebileceği, ayrımcılığında bu “*durum ve koşullar*” dan biri olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[49]

VII. AYRIMCILIK TAZMİNATINDA İSPAT YÜKÜ

Eşit davranma borcuna aykırı davranışın ispat yükü İş Kanununun 5. maddesi, son fıkrası uyarınca işçiye aittir. Ancak iş sözleşmesinin sebep belirtilmeksizin ya da geçerli sebep olmaksızın feshedildiği, başka bir ifade ile iş sözleşmesinin sona ermesinin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu iddiası varsa, feshin hukuken geçerli nedenle yapıldığını ispatlama yükü işverene ait olacaktır. Ayrıca işçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini doğrudan ispat edememekle birlikte, varlığı ihtimalini güçlü şekilde ortaya koyar ise işveren böyle bir ihtimalin mevcut olmadığını ispatlamalıdır.^[50]

VIII. Ayrımcılık Tazminatının Miktarı, Hesaplanması ve Zamanaşımı

Ayrımcılık tazminatı İş Kanununda işçinin 4 aylık ücreti tutarında belirlenmiş olup, hesabına esas alınacak ücret, işçinin çıplak brüt ücretidir. Tazminata esas olacak ücret, işçinin asıl ücreti olup, ücrete ek olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar tazminatın hesaplamasına dahil olmayacaktır.^[51] Tazminatın hangi ücret üzerinden hesaplanacağı konusunda yasada açık düzenleme bulunmamakla beraber, ihlalin gerçekleştiği tarihteki ücret üzerinden tazminatın hesaplanması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir.^[52]

[48] ÇİL, Şahin ; “*Sendikal Tazminata Dair Karar İncelemesi*” , Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:6, s.665-678, s. 675, 2005 İstanbul.

[49] MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi ; “*Türk Borçlar Kanununun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi*”, Erzurumluoğlu Armağanı Editör; Emel Badur, s. 592, Ankara 2012.

[50] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s.553. , SÜZEK, S. ; İş Hukuku, s.418.

[51] ODAMAN, S. ; agm, s.83

[52] GÜNAY, Cevdet İlhan ; İş Kanunu Şerhi, s. 257, Ankara 2006.

Mahkeme hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm kurmalıdır, ancak davacının talebi net tutar üzerinden hüküm kurulması yolunda ise mahkeme taleple bağlıdır.^[53]

İşverenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi nedeniyle doğan ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için, işçinin bu ihlal dolayısıyla zarar görmesi gerekmektedir. İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması nedeniyle işçi, genel hükümler çerçevesinde varsa maddi ve manevi zararları için de tazminat talep edebilecektir.^[54]

Ayrımcılık tazminatı gelir vergisi ve damga vergisine tabidir. Ayrımcılık tazminatına, temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanır.

Yasada tazminat miktarının alt sınırının belirtilmemiş olması ve hükmedilecek miktar konusunda takdirin mahkemeye bırakılmış olması nedeniyle ayrımcılık tazminatı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi kapsamında belirsiz alacak davası ya da kısmi dava konusu yapılabilecektir.^[55]

Ayrımcılık tazminatı miktarının iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile arttırılması mümkündür.^[56]

Ayrımcılık tazminatı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 146. Maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabidir. (*Eski Borçlar Kanunu 125. Madde*)

SENDİKAL TAZMİNAT

I. SENDİKAL TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

“*Sendikal Tazminat*” tazminat olarak adlandırılıyorsa da niteliği itibariyle teknik anlamda bir tazminat olmayıp “*medeni ceza*”, “*özel ceza*” olarak kabul edilmektedir. Hizmet sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetle feshini gösteren sendikal amaçla işten çıkarmaların vasıflı hali sendikal tazminattır.^[57] Sendikal tazminatın doğması için, işçinin mutlaka sendika üyesi olması zorunlu değildir.^[58]

[53] ÖZCAN, Durmuş ; “ *İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi*” Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27. s. 116-124, İstanbul 2012.

[54] ODAMAN, s. ; agm, s.79.

[55] ÖZCAN, D. ; agm, s.118.

[56] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s. 553, SÜZEK, S. ; İş Hukuku, 415.

[57] GÜNAY, Cevdet İlhan ; İş Hukuku Yeni İş Yasaları, s. 441, Ankara 2004.

[58] BASKAN, E. ; 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, s. 167, Ankara 2013.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı, sendikal nedene dayalı bir ayrımcılık oluşturuyor ise, İş Kanunu kapsamında öngörülen ve yukarıda anlatılan ayrımcılık tazminatı değil, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde öngörülen sendikal tazminat söz konusu olacaktır.^[59]

Sendikal tazminat sadece sendikal nedene dayanan işten çıkarmalarda değil, sendikal faaliyette bulunma özgürlüğüne aykırılık nedeniyle yapılan fesihlerde de uygulama alanı bulacaktır.^[60]

Sendikal tazminat miktarının alt sınırı kanunla belirlenmiş olan götürü nitelikte bir tazminattır. Bu nedenle sendikal tazminat talep edebilmesi için işçinin zarara uğradığını ispat etmesi gerekmemektedir.^[61]

Sendikal tazminatın amacı, ortaya çıkan maddi bir zararı tazmin etmek değil, işvereni fesih hakkını kötüye kullanmaktan kaçınmaya zorlamaktır.^[62]

TCK'nın 118. maddesinde yer alan “*Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir ve tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cebir ve tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.*” düzenlemesi incelendiğinde işverenin sendikal faaliyetleri engellemek amacıyla iş akdinin feshini ileri sürmesi tehdit olarak nitelenebilecektir. Yargıtay 2010 yılında vermiş olduğu kararında işçinin sendika üyeliğinden ayrılmaması halinde işten çıkarılacağına söylenmesinin TCK 118. maddesine aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir.^[63]

II. SENDİKAL ÖZGÜRLÜK

1961 Anayasasının 46. maddesinde sendika özgürlüğü “*İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler.*” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece dilediği sendikaya üye olma, üye olunan sendikadan istenildiği zaman ayrılma, başka bir sendikaya üye olma, üye olunan sendikanın faaliyetlerine katılma özgürlüğü olarak tanımlanan bireysel sendika özgürlüğü anayasal boyutta

[59] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s.556.

[60] ÖZCAN, D. ; age, s.83.

[61] BASKAN, Ş. E. ; age, s. 167.

[62] SARPER, Sarper ; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s.163, Ankara, 1976.

[63] Yargıtay 4. Ceza Dairesi 14/07/2010 tarihli 15172/13899 sayılı karar (BASKAN, E. ; age, s.221.)

güvence altına alınmıştır.^[64] Sendika özgürlüğü anayasal bir hak olduğu için hiçbir yasa, idari düzenleme ya da işlemlerle sınırlandırılmamalıdır.^[65]

1982 Anayasasının 51. maddesine göre ise, işçiler ve işverenler önceden izin almaksızın sendikalarını kurabilirler, bunlara serbestçe üye olabilirler ve üyelikten ayrılabilirler. Hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma ve sendikaya üye olma pozitif sendika özgürlüğü, sendikadan ayrılma, sendikaya üye olmama, uzak kalma özgürlüğü ise negatif sendika özgürlüğü olarak isimlendirilmektedir.^[66]

III. SENDİKAL TAZMİNATI DOĞURAN HALLER

Sendikal tazminat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde düzenlenmiştir.^[67] 6356 sayılı Kanunun gerekçesi incelendiğinde 25.

[64] ÖZVERİ, Murat; “*Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları*”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.8, s.1521-1544, İstanbul 2005.

[65] BASKAN, E. ; age, s.54.

[66] ÇELİK, N. ; age, s. 309-310.

[67] “Sendika özgürlüğünün güvencesi

MADDE 25 – (1) İşçilerin 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.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

madde ile getirilen sendikal tazminatın, sendikal nedenle işten çıkarılma veya farklı işlem uygulanması halinde öngörüldüğü düzenlenmiştir.^[68] Aynı maddenin 7. bendinde fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını ispat yükü işçiye verilmiştir. İşçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi 5. fıkrasına göre iş güvencesi kapsamındaki işçiler sendikal tazminat talep etmeden önce İş Kanunu hükümleri kapsamında işe iade davası açma hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra 6356 sayılı Kanunun 25. maddesi 5. fıkrasında yer alan “*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.*” düzenlemesi kapsamında işçi işe iade davası açmasa veya işe iade kararı üzerine işe başlatılması için işverene başvurmasa da, sendikal tazminata hak kazanabilecektir. 6356 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenleme oldukça isabetli bulunmaktadır. Çünkü 2821 sayılı Kanunda yer almayan bu düzenleme, işçinin işe iade istememesi, dava açma veya işverene başvurma süresini kaçırmaması gibi durumlarda sendikal tazminat alamaması durumunu ortadan kaldırmıştır.^[69]

6356 sayılı Kanun ile getirilen bir başka olumlu düzenleme ise, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin, açmış olduğu işe iade davası kapsamında işe başlatılsa da sendikal tazminata hak kazanacak olmasıdır. Önceki düzenleme uygulamasında, işverenin sendikal özgürlüğe aykırı davranışı, işe iade davası sonucu işçinin işe başlatılması ile yaptırımsız kalmaktaydı. Ancak yeni düzenleme ile işçi işe iade kararı üzerine işe başlatılsa da sendikal tazminat alabilecektir.^[70]

Bu yeni yasal düzenlemede eleştirilen bir nokta, işçinin açmış olduğu işe iade davası sonucunda mahkemece işe iadesine karar verilmiş, ancak işveren

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”
[68] “*Sendikal neden, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılması veya farklı bir işleme tabi tutulması olarak tanımlanmıştır. Sendikal nedenle işten çıkarılma veya farklı işlem uygulanması halinde sendikal tazminat öngörülmüştür.*” 6356 Sayılı Yasanın 25. Madde Gerekçesi, s. 13. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0567.pdf> (Erişim Tarihi:21/04/2013)

[69] BASKAN, E. ; age, s.191.

[70] BASKAN, E. ; age, s.191.

buna rağmen işçiyi işe başlatmamış ise işçinin sadece sendikal tazminata hak kazanacak olması, bunun dışında iş güvencesi tazminatı talebinde bulunamayacağına yasada açıkça düzenlenmiş olmasıdır. Zira iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminat farklı amaçlı yaptırımlardır^[71]. İş güvencesi işe başlatmamanın, sendikal tazminat ise sendikal özgürlüğün ihlalinin yaptırımıdır. Ayrıca bu düzenleme işverenleri işçiyi işe başlatmamaya teşvik edecektir, çünkü işveren işçiyi işe başlatmasa da sadece sendikal tazminattan sorumlu olacaktır.^[72]

İş güvencesi kapsamında olmayan ve sendikal nedenle hizmet sözleşmesi feshedilen işçi İş Kanununun 17. maddesine göre kötüniyet tazminatına ya da 6356 sayılı Kanunun 25. Maddesine göre sendikal tazminata hak kazanabilecektir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin sendikal nedene dayalı haksız feshi halinde işçi bildirim süresi içinde kazanacağı miktar tutarında tazminatın yanı sıra sendikal tazminata da hak kazanacaktır.

IV. SENDİKAL TAZMİNATININ DİĞER TAZMİNATLAR KARŞISINDA DURUMU

İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilmiş ise işe iade davası açma imkanı olamayacağı için doğrudan sendikal tazminat talep etmelidir. Feshin sendikal nedenle olması halinde sendikal tazminat söz konusu olacağından kötüniyet tazminatına hükmedilemeyecektir.^[73]

Kötüniyet tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimli olarak feshedilen ve iş güvencesine tabi olmayan işçinin, işverenin yapmış olduğu feshin Medeni Kanunun 2. maddesine aykırı olduğunu öne sürerek istediği tazminat olup, iş güvencesi kapsamı dışındaki işçinin iş sözleşmesi, sendikal nedenle ve kötüniyetli feshedilir ise, bu durumda kötüniyet tazminatının yerini sendikal tazminat almaktadır.^[74]

Her ne kadar sendikal tazminat hem özel hüküm niteliğinde olması hem de miktar açısından işçinin lehine olması nedeniyle öncelikli olarak tercih edilse de kötüniyet tazminatının bazen miktar açısından işçinin daha lehine olduğu düşünüülerek işçinin kötüniyet tazminatı ve sendikal tazminat talep etme konusunda seçim hakkına sahip olması gerektiği doktrinde savunulmaktadır.^[75] Sendikal tazminat kötüniyet tazminatının özel bir halini oluşturduğundan, aynı hukuki nedenle iki yaptırım uygulanamayacağından sendikal tazminat ile kötüniyet

[71] BASKAN, E. ; age, s.181.

[72] BASKAN, E. ; age, s.191-192.

[73] ODAMAN, S. ; agm, s. 81.

[74] ÖZCAN, D. ; agm, s.119., ÇANKAYA, O. G./ GÜNAY, C. İ./ GÖKTAŞ, S. ; age, s.51.

[75] ÇİL, Ş. ; age, s.6711, BASKAN, E. ; age, s.175.

tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir.^[76] Davacının kötüniyet tazminatı talep ettiği hallerde de talep aşılarak sendikal tazminata hükmedilemeyecektir.^[77]

Doktrinde sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen iş güvencesi kapsamındaki işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade isteğinde bulunabileceği, başka bir ifade ile iş güvencesi hükümlerinden yararlanacağından, sendikal tazminat talep edemeyeceği belirtilmiş ve Yargıtay iş güvencesi olan fakat işe iade davası açmak yerine sendikal tazminat talebi ile dava açan işçinin talebinin reddedilmesi gerektiğine hükmünde yer vermiştir.^[78] Ancak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi 5. fıkrasında yer alan yeni yasal düzenleme sonucu işçi işe iade davası açmasa veya işe iade kararı üzerine işe başlatılması için işverene başvurmasa da sendikal tazminata hak kazanabilecektir. 6356 sayılı Yasa ile getirilen bir başka önemli yenilik ise işe iade davası sonucunda işveren tarafından işe başlatılan işçinin dahi sendikal tazminata hak kazanacak olmasıdır.^[79]

İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin açmış olduğu işe iade davası sonucu alınan işe iade kararına rağmen işveren işçiyi işe başlatmaz ise, işçi sendikal tazminat talebinde bulunacaktır, ancak bu durumda işçi 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında ayrıca iş güvencesi tazminatına hak kazanamayacaktır. İşe iade kararına rağmen işçiyi işe başlatmayan işverenin sadece sendikal tazminattan sorumlu olması, ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmemesi bu iki tazminatın farklı amaçlara hizmet eden yaptırımlar olması, birbirinin alternatifi sayılmaması gerektiği belirtilerek eleştirilmektedir. İş güvencesi tazminatı işe başlatmamanın, sendikal tazminat ise sendikal özgürlüğün ihlal edilmesi sonucu doğan yaptırımlardır.^[80]

İş Kanununun 17. maddesinde yer alan düzenlemeye göre iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bakılmaksızın belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesinin süreli feshinde işçiye bildirim süresi verilmek zorundadır. Bu düzenlemede yer alan bildirim süreleri verilmeksizin iş sözleşmesinin feshi halinde, işveren işçiye bildirim süresi kadar ücreti tutarında ihbar tazminatı ödemek zorundadır. Sendikal nedenle yapılan fesihde de bildirim sürelerine uyulmadığında ihbar tazminatı doğacaktır. Kaldı ki 6356 sayılı Sendikalar

[76] NARMANLIOĞLU, Ünal ; “*İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Sendikal Tazminat Talebi*” Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, s.239-263, s. 249, İstanbul 2005. ; MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; age, s.698, BASKAN, E. ; age, s.176. ; ÇİL, Ş. ; agm, s.672.

[77] GÜNAY, C. İ. ; age, s.443. ,

[78] BAKIRCI, K. ; agm, s. 120.

[79] BASKAN, E. ; age, s.191.

[80] BASKAN, E. ; age, s.191.

Kanununun 25. maddesi, son fıkrasında işçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakların saklı olduğu belirtilmektedir.^[81]

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. maddesi 3. fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatı, işverenin haksız feshinin, hukuka aykırı davranışının yaptırımıdır. Doktrinde sendikal tazminat ile haksız fesih tazminatının birlikte talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Gerekçe olarak ise TBK'nın 438. maddesinde hakimin haksız fesih tazminatına “*bütün durum ve koşulları gözönünde tutarak*” hükmedebileceği, sendikal ayrımcılığında bu “*durum ve koşullar*” dan biri olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.^[82]

İş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, asgari bir yıl çalışmış olmak koşuluyla kıdem tazminatı isteyebilecektir.^[83]

İşçi sendikal tazminat ile birlikte maddi ve manevi tazminat da talep edebilecektir. Bunun için işçi zararın varlığını ispatlamalıdır. İşçi sendikal tazminata hak kazanırsa, maddi tazminatın konusunu sendikal tazminat ile karşılanmayan zarar oluşturur. Manevi tazminat talep edilebilmesi için ise sendikal fesih nedeniyle işçinin kişilik haklarının ihlal edilmiş ve bunun sonucu olarak manevi zararın oluşmuş olması gerekir.^[84]

V. SENDİKAL TAZMİNATTA İSPAT YÜKÜ

Sendikal nedenle fesihte ispat yükü, 6356 Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi, 6. fıkrasında düzenlenmiş olup “*İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.*” şeklindedir.

Yeni düzenleme ile eski kanun döneminde varolan iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından ispat yükünün işçide, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler yönünden ispat yükünün işverende olması ayrımı kaldırılmıştır.

6356 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme eleştirilmektedir. İspat yükünün işverene getirilmesinin pratikte bir faydasının bulunmadığı, zira işverenin iş sözleşmesini sendikal nedenle feshettiğini kabul etmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. İşverenin genel iddiası farklı bir nedenle sözleşmenin feshedildiği yönünde olacaktır. Yasada her ne kadar bu şekilde düzenleme yapılmış ise de işveren fesih nedenini ispat etse de etmese de, sendikal nedenle fesih olduğunu iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi zorunludur. İşçinin sendikal

[81] BASKAN, E. ; age, s.178.

[82] MOLLAMAHMUTOĞLU, H. ; agm, s.592.

[83] SÜMER, Haluk Hadi ; “*İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*” , Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s. 1623-1664, s.1662, İstanbul 2011.

[84] BASKAN, E. ; age, s. 206.

nedeni ispat etmesi ise oldukça zordur, çünkü işverenin saikini ispatlaması gerekmektedir.^[85]

Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır.

Sendikal tazminat müessesesinin sağlıklı sonuçlar verememesinin en önemli nedenlerinden biri nihayetinde ispat yükünün işçide olması, işçinin durumu tanık ifadeleriyle kanıtlanmasının gerekmesi, Yargıtay'ın ise tanık anlatımlarını yetersiz bulması, bunun yanında fiili karine olarak görülebilecek, olağan mantık kurallarıyla bir olaydan başka bir olayın olduğunun çıkartılabileceği durumların da genel olarak açık ve net olmadıkça yeterli bulunmamasıdır.^[86]

İşveren iş güvencesi sistemi içerisinde olan işçilerin iş sözleşmelerini geçerli bir nedenle feshettiğini ortaya koyduğunda, işçi fesih nedeninin işverence ortaya konulan sebep olmadığını, sendikal bir neden olduğunu iddia ediyor ise bunu ispatlamalıdır.^[87]

Yargıtay tarafından genel olarak işverenin işçilere sendika üyeliğinde istifa etmeleri konusunda baskı yapması, istifa etmeyen işçilerin sözleşmelerinin feshedilmesi, toplu işten çıkarmalarda büyük çoğunluğun sendika işçilerinden olması, sendika organlarında görev almak isteyen veya alan işçilere baskı yapılması veya sözleşmelerinin feshedilmesi sendikal nedene dayalı feshin varlığı konusunda karine teşkil edecek davranışlar olarak belirlenmiştir.^[88]

Doktrine göre sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, sendikal tazminat talep etmesi halinde bir zarara uğradığını ispat etmesi gerekmez, çünkü sendikal tazminatın amacı, işçinin maddi zararını tazmin etmekten ziyade, işçinin sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerinin güvencesini sağlamak ve işverenin sendikal nedenle feshine karşı işçiyi korumaktır.^[89]

[85] BASKAN, E. ; age, s. 214.

[86] ÖZVERİ, M. ; age, s. 1538.

[87] ALBAYRAK, Hakan / YUVALI, Ertuğrul ; “ İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S.34, s. 99, s. 73-112. İstanbul 2012.

[88] ALBAYRAK, H. / YUVALI, E. ; agm, s. 103.

[89] SÜZEK, Sarper ; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, s.163, Ankara 1976.

VI. SENDİKAL TAZMİNATIN MİKTARI, HESAPLANMASI VE ZAMANAŞIMI

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 4. fıkrasında sendikal tazminatın miktarı işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere belirlenmiştir.

Sendikal tazminat, işçinin son çıplak brüt ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Davacının talebi net ücret tutarı üzerinde hüküm kurulması ise mahkeme taleple bağlı kalacaktır. Brüt tutar üzerinde hesaplanan sendikal tazminat üzerinden damga vergisi ve gelir vergisi kesilerek net tutar bulunur.^[90]

İşçinin aldığı ücret miktarı, sözleşmeyi kimin feshettiği, fesih tarihi, işçinin çalışma süresi, işçinin iş güvencesi hükümlerine tabi olup olmadığı hususunda taraflar arasında çekişme olması halinde ve ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde sendikal tazminatın alt sınırı belirli olsa da miktarın belirlenmesi konusunda mahkemenin yetkisi bulunduğu sendikal tazminat alacakları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 107. maddesi kapsamında belirsiz alacak davasına veya kısmi davaya konu olabilecektir.^[91]

Sendikal tazminat Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda bir yıllık ücret tutarı olarak belirlenmiş ise de toplu iş sözleşmesinde düzenleme yapılarak bu miktar arttırılabilecektir.^[92] Ayrıca mahkeme önüne gelen somut olayda işçinin kıdemi, iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin nedenler ve işverenin hukuka aykırı davranışlarının ölçüsünü dikkate alarak sendikal tazminat miktarını bir yıllık ücretin üzerinde de belirleyebilecektir.^[93]

Sendikal tazminat işçinin kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle ödenen bir manevi tazminat değil, hukuka aykırı fesih nedeniyle meydana gelen maddi kayıpları karşılamaya yönelik bir tazminat olduğundan TBK. 183. madde kapsamında devri ve miras yoluyla intikali mümkün görülmektedir.^[94]

Sendikal tazminata yasal faiz uygulanacaktır.^[95]

Sendikalar Kanununda sendikal tazminat için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, Borçlar Kanununda yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Yargıtay kararlarında kabul edilen zamanaşımı süresi de bu şekildedir.^[96]

[90] ÖZCAN, D. ; agm, s.119.

[91] ÖZCAN, D. ; s. 119.

[92] BASKAN; E. ; age, s.169.

[93] SÜMER, H. H. ; agm, s.1651.

[94] BASKAN, Ş. E. ; s. 168.

[95] TERZİOĞLU, Ahmet ; “İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 1, s. 49-75. 2008.

[96] SÜMER, H. H. ; agm, s.1659.

AYRIMCILIK TAZMİNATI İLE SENDİKAL TAZMİNATIN FARKLILIKLARI

I. Dayanaklarındaki Farklılıklar

Ayrımcılık tazminatının Anayasal dayanağı Anayasanın 10. maddesidir. İş Kanunu anlamında ayrımcılık yasağının dayanağı ise “Eşit Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddedir. İşverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılığın yaptırımı olarak İş Kanunu 5. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Sendikal tazminatın dayanağı ise 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. Maddesidir. Aslında her iki tazminatta işverenin eşit davranma borcuna aykırılığının sonucu doğmakla birlikte ayrımcılığın sendikal nedene dayanması halinde sendikal tazminat talep edilecektir.

II. Miktarlarındaki Farklılıklar

Ayrımcılık tazminatı İş Kanununda işçinin dört aylık ücreti tutarı kadar belirlenmiş olup, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 4. fıkrasında sendikal tazminatın miktarı ise işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olmamak üzere belirlenmiştir. Her iki tazminatın hesabında da işçinin çıplak brüt ücreti esas alınacaktır. Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminat miktarının iş sözleşmesi ve ya toplu iş sözleşmesi ile arttırılması mümkündür.

III. Akdi Durumda Farklılıklar

İşverenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi nedeniyle doğan ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için, işçinin bu ihlal dolayısıyla zarar görmesi, iş sözleşmesinin sona ermiş olması gerekmemektedir. Sendikal tazminat talep edebilmek için de iş akdinin feshedilmiş olması gerekmemekle birlikte, genellikle sendikal nedenle iş akdinin feshinin ardından bu tür tazminat talepleri gerçekleşmektedir.

IV. İspat Yükü Açısından Farklılıklar

Eşit davranma borcuna aykırı davranışın ispat yükü İş Kanununun 5. maddesi, son fıkrası uyarınca işçiye aittir. Ancak iş sözleşmesinin sebep belirlilmeksizin ya da geçerli sebep olmaksızın feshedildiği, başka bir ifade ile iş sözleşmesinin sona ermesinin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu iddiası varsa, feshin hukuken geçerli nedenle yapıldığını ispatlama yük işverene ait olacaktır. Ayrıca işçi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini doğrudan ispat edememekle birlikte, varlığı ihtimalini güçlü şekilde ortaya koyar ise işveren böyle bir ihtimalin mevcut olmadığını ispatlamalıdır.

Sendikal nedenle fesihle ispat yükü ise, 6356 Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi, 6. fıkrasında düzenlenmiş olup “İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.” şeklindedir. Yasada bu yeni düzenleme yapılmış ise de işveren fesih nedenini ispat etse de etmese de, sendikal nedenle fesih olduğunu iddia eden işçinin bu iddiasını ispat etmesi zorunludur. Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 7. bendinde fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçinin ispat etmesi gerektiği, ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işverenin davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Yasal düzenlemeler incelendiğinde sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatında ispat yükü farklı taraflarda gibi görünse de her iki tazminatta da ispat yükü dolaylı olarak işçinin üzerindedir.

V. Diğer Tazminatlarla Durumları Açısından Farklılıklar

Ayrımcılık tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, iş güvencesi tazminatı ve kıdem tazminatı ile birlikte istenebilecektir. Yasa kapsamında sadece ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceği açıkça düzenlenmiş olup, yasa koyucunun ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla birlikte istenemeyeceği iradesi olsa idi bu hususu da yasa da açıkça belirtileceği, yasa da böyle bir sınırlama bulunmaması nedeniyle özel bir tazminat olan ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat dışındaki tazminatlarla birlikte istenebileceği kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay’ın 2012 tarihli bir kararında da işverenin aynı davranışı nedeniyle birden fazla hukuki yaptırım ile karşılaşmasının mümkün olmaması nedeniyle, iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Yargıtay kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının da birlikte istenemeyeceğini kabul etmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 438. Maddesi 3. Fıkrasında düzenlenen haksız fesih tazminatının sendikal tazminat ve ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilmesi mümkün değildir.

Feshin sendikal nedenle olması halinde sendikal tazminat söz konusu olacağından kötüniyet tazminatına hükmedilemeyecektir. Ayrımcılık tazminatının aksine doktrin ve Yargıtay sendikal tazminat ile kötüniyet tazminatının bir arada bulunamayacağı konusunda hemfikirdir.

Doktrinde sendikal tazminat ile iş güvencesi tazminatının amaçlarının farklı olması nedeniyle birlikte istenebileceği savunulsa da Yargıtay sendikal tazminat

ile iş güvencesi tazminatının birlikte istenemeyeceğini kabul etmektedir. Aynı durum ayrımcılık tazminatında da geçerlidir.

VI. Hukuki Nitelikleri Açısından Farklılıklar

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranışı, sendikal nedene dayalı bir ayrımcılık oluşturuyor ise, İş Kanunu kapsamında öngörülen ve yukarıda anlatılan ayrımcılık tazminatı değil, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde öngörülen sendikal tazminat söz konusu olacaktır.

Ayrımcılık, bireyin ırk, cinsiyet, cinsel eğilim, uyruk, siyasi düşünce, felsefi inanç, etnik köken ya da din gibi, gerçek veya algılanan durumları nedeniyle olumsuz ve ayırt edici muamele görmesidir, başka bir ifadeyle ayrımcılık hukuk dışı farklı davranış olup işverenin işçileri arasında bu tür ayrımcılık yapması halinde ayrımcılık tazminatı doğarken, sendikal tazminat işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi veya işçinin sendikal nedenle farklı davranışa maruz kalması halinde doğacaktır.

Ayrımcılık yasağına aykırı davranan işveren ayrıca, İş Kanununun 99. maddesinde yer alan idari para cezası ve gerçek kişi işverenler açısından ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122. maddesinde yer alan yaptırımlarla karşılaşacaktır. Sendikal tazminat doğuran hallerin ceza hukuku anlamında yaptırımı açısından ise TCK'nın 118. maddesinde düzenleme öngörülmüştür.

“Sendikal Tazminat” tazminat olarak adlandırılıyorsa da niteliği itibarıyla teknik anlamda bir tazminat olmayıp “medeni ceza”, “özel ceza” olarak kabul edilmektedir.

SONUÇ

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. Eşit davranma ilkesi işverenin yönetim hakkının sınırlamasını oluşturmaktadır. Ayrımcılık yasağı, aynı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi davranışlarla ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bu ilke aynı durumda olan işçilerin farklı uygulamaya maruz kalmalarını engellemektedir. Ancak, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesi anlamını taşımamaktadır. İşverenin eşit davranma borcu, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu olarak anlaşılmamalıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Ayrımcılık yasağına aykırı davranılması halinde işçinin, dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka, yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkanı bulunmaktadır.

Ayrımcılığın sendikal nedenden kaynaklanması halinde ise işçi tarafından sendikal tazminat talep edilebilecektir. Sendikal tazminat 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin bir yıllık ücreti tutarında bir tazminat olarak düzenlenmiştir. Ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat ile birlikte istenemeyeceği hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. İş Kanununun 5. maddesi 6 fıkrasında dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra "2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu yasal düzenleme sebebiyle sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir. Ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminat aynı amaçla getirilmiş olup, bu tazminatlara birlikte hükmedilmesi halinde işverenin aynı eylemine birden fazla yaptırım uygulanmış olacaktır ki bu durum hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturacaktır.

Sendikalar Kanununun değiştirilmesinin ardından iş güvencesi kapsamındaki işçinin sendikal tazminat talep edebilmek için öncelikle işe iade davası açması, bu davanın işçi lehine sonuçlanması halinde işe başlamak için işverene başvurma, ancak bu başvuru üzerine işveren işçiyi işe başlatmaz ise sendikal tazminat talebinde bulunulabileceği şeklindeki düzenleme yürürlükten kaldırılarak, hakkaniyete uygun olarak işçinin işe iade davası açmadan doğrudan sendikal tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu yönüyle yeni yasal düzenleme oldukça yerinde olmakla birlikte, işçinin işe başlama başvurusuna rağmen işe başlatılmaması halinde sadece sendikal tazminat talep edebileceği,

iş güvencesi tazminatı talep edemeyeceği şeklindeki düzenleme yeni yasanın büyük eksikliklerinden biridir. Zira bu iki tazminat nitelikleri itibariyle birbirlerinden farklıdır. Sendikal tazminat işçinin sendikal haklarının engellenmesinin yaptırımıyken, iş güvencesi tazminatı işçinin hizmet akdinin haksız feshinin yaptırımıdır. Bu nedenle bu iki tazminatın birlikte uygulanmasının mümkün olmadığının yasada açıkça düzenlenmesi eleştirilmektedir.

Ayrıca ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminatın iş güvencesi ile birlikte talep edilebileceği doktrinde kabul edilmekle birlikte Yargıtay İçtihatlarına göre bu iki tazminata birlikte hükmedilememesi hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır. Birbirlerinden farklı nitelik taşıyan ve farklı amaçlara hizmet eden sendikal tazminat ile birlikte iş güvencesi tazminatına, ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi ve kötüniyet tazminatlarına birlikte hükmedilebilmesi gerekmektedir.

Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatı esaslı olarak hukuki dayanakları ve miktarları konusunda farklılıklar içermektedir. İspat yükü anlamında madde metinlerinde farklı düzenlemeler göze çarpsa da dolaylı olarak ispat yükünün işçide olması nedeniyle bu noktada benzer nitelikte oldukları kabul edilmelidir. Ayrıca zamanaşımı, hukuki nitelikleri ve talep edilebilmeleri açısından iş akdinin feshedilmiş olmasının gerekmemesi yönlerinden farklılık taşımamaktadır. İki tazminatın diğer tazminatlarla birlikte talep edilebilmesi konusunda doktrin görüşü ayrımcılık tazminatının sendikal tazminat ile TBK'da düzenlenen haksız fesih tazminatı dışında diğer iş hukuku tazminatları ile birlikte istenebileceği yönünde olmakla birlikte Yargıtay iş güvencesi tazminatı ve kötüniyet tazminatının ayrımcılık tazminatı ile birlikte uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Sendikal tazminat konusunda ise doktrin görüşü iş güvencesi tazminatı ile sendikal tazminatın farklı nitelikte tazminatlar olduğu ve birlikte uygulanmasının mümkün olduğu yönündeyken Yargıtay aynı eylemin iki kere cezalandırılması mümkün olmadığından bahisle bu iki tazminatın birlikte istenemeyeceğini ifade etmektedir. Ayrımcılık tazminatından farklı olarak farklı olarak Yargıtay ve doktrin sendikal tazminat ile kötüniyet tazminatının bir arada bulunamayacağı konusunda fikir birliğindedir.

Netice itibariyle, özellikle işçinin sendikal tazminatı hak etmesi halinde iş güvencesi tazminatı alamayacağı yolundaki Yargıtay uygulamasını destekler nitelikteki 6356 sayılı Yasa düzenlemesi haklı olarak eleştirilmektedir. İşveren sendikal nedenle fesih yaptığında da sadece tek bir tazminat ödeyecektir, olması gereken ise işverenin iş güvencesi tazminatının yanında ayrıca yapmış olduğu sendikal hak ihlalinin cezasını da ödemesidir. Bu haliyle yeni düzenlemenin de sendikal hakları yeterince güvence altına aldığını söylemek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Hakan / YUVALI, Ertuğrul ; “ İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S.34, s. 73-112. İstanbul 2012.

AYDİNÖZ, Gonca ; “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı” Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 163-192, 2009/3.

BAKIRCI, Kadriye ; “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı. 2, Yıl. 1, s. 114-121, İstanbul 2006.

BASKAN, Ş. Esra ; 6356 sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013.

BAYSAL, Ulaş ; “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, s. 60-99, İstanbul 2010.

ÇANKAYA, Osman Güven/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin ; Türk İş Hukukunda İşe İade Davalar, Ankara 2006.

ÇELİK, Nuri ; İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2000.

ÇELİK, Nuri ; “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 4, S.14, İstanbul 2007.

ÇİL, Şahin ; “Sendikal Tazminata Dair Karar İncelemesi”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:6, İstanbul 2005.

GÜLMEZ, Mesut ; “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum S. 2, İstanbul 2010.

GÜNAY, Cevdet İlhan ; İş Hukuku Yeni İş Yasaları, Ankara 2004.

GÜNAY, Cevdet İlhan ; İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006.

İNCEOĞLU, Sibel ; “Türk Anayasa Mahkemesi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, S. 4., s. 45-62., 2006.

KILIÇOĞLU, Mustafa ; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı” Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S. 36. s.37-58. İstanbul 2012.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi ; İş Hukuku, Ankara 2008.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin ; İş Hukuku, Ankara 2012.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi ; “Türk Borçlar Kanununun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi”, Erzurumluoğlu Armağanı Editör; Emel Badur, Ankara 2012.

NARMANLIOĞLU, Ünal ; “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Sendikal Tazminat Talebi” Legal İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 5, s.239-263, İstanbul 2005.

ODAMAN, Serkan ; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti” Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S.14, s.77-83, İstanbul 2009.

ODAMAN, Serkan ; “Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.7, S. 25, s.32-40, İstanbul 2010.

ÖZCAN, Durmuş ; “ İş Güvencesi Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatının Birlikte İstenilip İstenilemeyeceğine Dair Karar İncelemesi” Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27. İstanbul 2012.

ÖZCAN, Durmuş ; İş Hukukunda İşçi Alacakları, Ankara 2013.

ÖZDEMİR, Erdem ; “Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.5, İstanbul 2005.

ÖZVERİ, Murat ; “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.8, s.1521-1544, İstanbul 2005.

SEVER, Rabia ; “İşverenin Eşit Davranma Borcu” ,Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 34, s.33-71, İstanbul 2012.

SÜMER, Haluk Hadi ; “İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi” , Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, s. 1623-1664, İstanbul 2011.

SÜZEK, Sarper ; İş Hukuku, İstanbul 2011,

SÜZEK, Sarper ; İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976.

TERZİOĞLU, Ahmet ; “İş Güvencesi Hükümleri Karşısında Sendikal Fesih Sonucunda İşçinin Hak Kazanabileceği Tazminatlar”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 1, s. 49-75. 2008.

TUNCA, A. Can ; “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku-Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 19-53, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu 2006 yılı Sempozyumu, İstanbul 2007.

YILDIZ, Gaye Burcu : İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

www.kazanci.com