

Doç. Dr. Serkan ODAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler

Giriş

2 Ocak 2009 günü sezaryenle bir doğum gerçekleştiren Fransa Adalet Bakanı Rachida Dati, 7 Ocak 2009 günlü Bakanlar Kurulu toplantısına katılınca, gerek Fransa gerekse diğer ülkeler kendilerini ilginç bir tartışmanın içinde buldular. Doğum yapan bir kadın olarak, Dati son derece sevimli karşılanabilirdi. Ama öyle olmadı. Fransız Bakan aslında çocuğunun babasının kim olduğunu söyleyemeyerek tartışma başlatmıştı. Ne var ki, doğumdan sadece beş gün sonra kızını bakıcıya bırakıp, siyah tayyörü ve siyah çelik topuklu ayakkabıları üzerine çok bakımlı ve makyajlı olarak Bakanlar Kurulu toplantısına katılınca ilk tartışmalar gölgede kaldı. Acaba Dati doğru mu yapmıştı? Bir başka deyişle, Bakan olması, anne ve kadın olmasının önüne mi geçmişti? Erkek egemen bir siyaset dünyasında başka çaresi mi yoktu? Feminist çevreler ve kadın hakları savunucuları da bu durumun kadın haklarını olumsuz yönde etkileyeceğini belirtti. Üstelik tam da bu dönemde Avrupa'daki on altı haftalık doğum izninin on sekiz haftaya çıkarılması tartışılıyordu. Kadın haklarının bu derece önem kazandığı, örneğin Türk hukukunda İş Kanunu'nun 5. maddesi

vasıtasıyla açık bir madde olarak cinsiyet eşitliğinin düzenlendiği bir ortamda Bakan'ın davranışı hem ülkesinde hem de ülkemizde çok yadırgandı.

Doğal olarak, söz konusu durum ortaya çıkınca aynı olay Türkiye'de olsaydı ne olurdu diye düşündüm. Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesi hükmüne göre; kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Ayrıca, isteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir.

Görüldüğü üzere, kadınların belki de bu en önemli dönemlerinde dinlenmeleri ve çalışma-

İş Kanunu m. 5 her ne kadar genel bir “eşitlik” kavramı üzerinde şekillenmiş olsa da, maddenin ağırlıklı olarak cinsiyet ayrımcılığını konu aldığı anlaşılabilir.

maları esastır. Hatta 16 haftanın az olabileceği düşüncesiyle ayrıca altı aya kadar ücretsiz izin de alınabilecektir. Geçmişte ülkemizde daha düşük olan bu on altı haftalık sürenin artması kadın hakları açısından son derece olumlu olmuştur. Ne var ki, kadınların işlerini en çok kaybettikleri dönemin de hamilelik dönemleri ve doğum yaptıkları dönemler olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu anlamda, acaba Fransız Bakan da, Sarkozy ile aralarının kötü olduğu dönemde, siyasi geleceği açısından “gol yememek” için mi her şeye rağmen Bakanlar Kurulu toplantısına gitmişti? Bir başka deyişle Dati'nin başka şansı yok muydu? Kanımca her anne hele hele ilk günlerde çocuğunun yanında olmak ve onu en azından koklayabilmek ister. O bebek kokusunu hissetmeye annenin de, çocuğun da hatta biz babaların da ihtiyacı ve hakkı bulunmaktadır. Bu anlamda, ülkemiz açısından İş Kanunu'nun yukarıda bahsettiğimiz 5. maddesinin varlığı önemli bir kazanımdır. Ne var ki, genel uygulamaya bakıldığında söz konusu düzenlemeye rağmen yine de bu dönemdeki fesihlerin yoğun olduğunu tespit edebiliyoruz. Bir işçi için karşı karşıya kalınabilecek tehlike “fesih” iken, bir Bakan için “siyasi geleceği”dir belki de. Ancak bu noktada tartışılmayacak kadar açık olan husus ise kadınların ciddi bir ayrımcılıkla bu özel dönemlerinde karşı karşıya kaldıkları gerçeğidir.

Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

4857 sayılı Kanunla mevzuatımıza dahil olan bu önemli müessese bugün hala uygulamada tartışılan bir husus olarak varlığını devam ettiriyor. Kanunun 5. maddesine göre iş ilişkisinde muhtelif nedenlerle ayırım yapılamaz. Buradaki nedenlerden biri de cinsiyet konusunda ayırım yapılamayacağı hususudur. Nitekim aynı mad-

denin 3. fıkrasında da işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılma-dıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde 4. fıkrada aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmayacağı ve 5. fıkrada da işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük ücretin uygulanmasını haklı kılmayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, İş Kanunu m. 5 her ne kadar genel bir “eşitlik” kavramı üzerinde şekillenmiş olsa da, maddenin ağırlıklı olarak cinsiyet ayrımcılığını konu aldığı anlaşılabilir. Nitekim bu husus 5. maddenin gerekçesinin aşağıdaki geniş bölümünde de açıkça görülmektedir: “İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Ülkemizde çalışma şartları yönünden cinsiyet ayrımına gidilmemesi çok eskiye giden geleneklerimizden biridir. Bununla beraber, hukuki çerçevenin belirlenmesi de gereklidir. Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi”ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanununa düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”ne uyum Kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır. Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında doğrudan ve dolaylı ayırım için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanının çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergeler (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Ka-

nununa alınması gerekli olmuştur. Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşmelerinde eşit davranılmasına, arkadan cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir”.

İş Kanunu'nda “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı belirtilmiş olduğundan, maddede belirtilen ayrımcılık tazminatının talep edilebilmesi için elbette iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmemektedir. Bu anlamda, iş ilişkisinin devamı esnasında da İş Kanunu'nun 5. maddesine riayet edilmemesi halinde, bir başka deyişle eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda ayrımcılık tazminatı istenebilecektir. Ancak

göre; “maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin “dört aya kadar ücreti tutarındaki” tazminat için esas olacak ücret “asıl ücret” olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir”. Ayrımcılık tazminatının tutarı doğal olarak olayın özelliğine ve ihlalin ağırlığına göre hakim tarafından belirlenecektir. Ayrıca işverenin eşitlik ilkesini ihlali, tazminatın konusu olduğundan, işçinin bu ihlal dolayısıyla bir zararı olmasa da ayrımcılık tazminatı talep edilebilecektir³. Demir'e göre; işçi işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davranışta bulunması nedeniyle genel hükümler çerçevesinde varsa maddi ve manevi zararları karşılığı bir tazminat da talep edebilecektir⁴. Nihayet, söz konusu tazminat miktarının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile artırılmasına da bir engel bulunmamaktadır⁵.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İş Kanunu m. 5'in uygulaması özellikle kadın-erkek eşit-

Kötüniyet tazminatı iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence feshinin kötüye kullanılması halinde mevcuttur.

doğal olarak işe alma görüşmeleri esnasında İş Kanunu m.5'in uygulanabilirliği bulunmaktadır, burada sözleşme öncesi sorumluluk çerçevesinde neticeye ulaşılmalıdır¹. Ne var ki, madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere ve uygulamaya da bakıldığında, İş Kanunu'nun 5. maddesiyle ilgili uyumsuzlukların da ciddi bir bölümünün kadın-erkek eşitliği (eşitsizliği) üzerinde yoğunlaştığı² ve her ne kadar “iş ilişkisinde” ayırım yapılamayacağı belirtilmiş olsa da, genellikle feshin sonrasında bu hususun yargılama konusu olduğu tespit edilebilmektedir.

Maddenin 6. fıkrasında kuralın ihlalinin müeyyidesi düzenlenmiştir. Buna göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde ilkeye aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Azımsanmayacak bir miktar olan dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatının açılımı da yine maddenin gerekçesinde yer almaktadır. Buna

liğin ihlali üzerinde yoğunlaşmakta ve genellikle feshin sonrasında yargılama konusu olmaktadır. Oysaki feshin sonrasında söz konusu olabilecek tek tazminat ayrımcılık tazminatı değildir. Feshin türüne ve işçinin konumuna göre farklı tazminatlar devreye girebilmektedir. Üstelik bu tazminatların bazılarının varlık nedeni de ayrımcılık tazminatının varlık nedeniyle benzerlik gösterebilmektedir. Maddeye bakıldığında ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla eş zamanlı olarak mevcudiyeti hususunda tek açıklık sendikal tazminat konusundadır. Zira İş Kanunu m. 5/6'da işçinin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde ayrımcılık tazminatı talep edebileceği ifade edildikten sonra, Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu eklenmiştir. Ancak diğer tazminatların ayrımcılık tazminatıyla eş zamanlı varlığı hususu incelemeye muhtaçtır.

İş Güvencesine Tabi Olmayan İşçiler Açısından:

4857 sayılı İş Kanunu m. 17/6 uyarınca, aynı Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, kanunun 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenecektir. Fesih için bildirim şartına uyulmaması ayrıca ihbar tazminatı ödenmesini de gerektirecektir. Bir başka deyişle, burada tanımı verilen ve sadece iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi hakkının işverence kötüye kullanılması hali için öngörülmüş olan kötüniyet tazminatıyla ihbar tazminatının aynı anda var olabileceği belirtilmiştir.

Gerçekten de kötüniyet tazminatı iş güvencesine tabi olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin işverence feshinin kötüye kullanılması halinde mevcuttur. Konuyla ilgili olarak Mollamahmutoğlu ayrımcı bir feshin aynı zamanda kötü niyetli bir fesih olduğunu, İş Kanunu m. 5/6'da genel olarak ayrımcılık halinde bir tazminat öngörüldüğünü, buna göre ayrımcı bir feshin ayırım tazminatını gerektirdiğini, ancak diğer ayrımcılık oluşturan hallerden farklı olarak feshi kötü niyetin yaptırımı ayrıca öngörülmüş olduğundan, ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayırım hem kötüniyet tazminatının talep edilebileceğini belirtmekte ve her iki tazminatın hukuki dayanaklarının farklı olduğunu ifade etmektedir⁶. Süzek ise aynı sonuca ulaşmakla birlikte, farklı bir yorumla Kanunun lafzına değinmekte, İş Kanunu m. 5/6'nın Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi hükümlerini saklı tuttuğunu, bir başka deyişle ayrımcılık tazminatı ile birlikte sadece sendikal tazminatın talep edilemeyeceğini hükme bağladığını, anılan hükmün mefhumu muhalifinden de ayrımcılık tazminatının kötüniyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılması gerektiğini belirtmektedir⁷. Demir ise aksi yönde bir yorumla, işçilerin hem ayrımcılık tazminatına hem de kötüniyet tazminatına hak kazanmalarının mümkün olmadığını ifade etmektedir⁸. Aynı yönde görüş bildiren Bakırcı da, kötü

niyetli olarak nitelendirilen davranışların aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlar olduğunu ifade ederek, aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemeyeceğini belirtmektedir⁹. Çelik ise, işveren fesih hakkını kötüye kullandığında sadece 17. maddedeki tazminatın uygulanması gerektiğini, ilk bakışta ayrımcılık kötü niyetin özel bir hali gibi gözükse de, İş Kanunu m. 5'deki tazminatın yalnız iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili olmayıp uygulanması ile de ilgili bulunduğunu, bunun da daha genel nitelikli bir düzenleme çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin işverence eşitlik ilkesine aykırı davranılarak feshi de açık bir kötü niyetli fesihtir. Bu anlamda, ayrımcılık tazminatı ve kötüniyet tazminatı talep edildiğinde, bunların her ikisine birden hükmedilmesi kanımızca isabetli değildir. Böyle bir durumda tazminatlardan hangisi işçi lehine ise ilgili tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Elbette işçi de kötüniyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatından dilediğini talep etmekte serbesttir. Zira bu iki tazminatın varlık nedeni tümüyle birbiriyle kesişmektedir. Ancak bu yorumumuz, işçinin iş sözleşmesinin feshinin, işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması neticesinde vuku bulması halinde anlamlı olacaktır. Ancak işveren iş sözleşmesini feshederken birden fazla nedenle, fesih hakkını kötüye kullanmış olabilir. Bu durumda ise her iki tazminatın varlık gerekçeleri değişiklik gösterecektir ve böyle bir ihtimalde de her ikisinin aynı zamanda mevcudiyetinde bir sorun bulunmayacaktır.

İş güvencesine tabi olmayan bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshinde ise çok farklı bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğmaktadır. Şöyle ki; İş Kanunu'nun "Eşit

Feshin sendikal nedenle yapılması durumunda sendikal tazminat söz konusu olacağından, zaten kötüniyet tazminatına hükmedilmeyecek, sadece sendikal tazminata hükmedilecektir.

Davranma İlkesi” başlıklı 5. maddesinde, söz konusu ilkeye aykırı davranışın müeyyidesi, işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarının ödenmesi şeklinde ifade edildikten sonra, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu eklenmiştir. Bilindiği üzere, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği düşüncesindeyse, işe iade davası açma imkanı olmadığından, doğrudan sendikal tazminat talep edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, feshin sendikal nedenle yapılması durumunda sendikal tazminat söz konusu olacağından, zaten kötüniyet tazminatına hükmedilmeyecek, sadece sendikal tazminata hükmedilecektir. Bir başka deyişle, kötüniyet tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olmaları mümkün değildir. Bu durumda da, İş Kanunu m. 5/6’daki, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu hususundaki hüküm nedeniyle, iş güvencesine tabi olmayan bir işçi için sadece sendikal tazminata hükmedilmesi, ayrımcılık tazminatına ise hükmedilmemesi gerekmektedir¹¹.

İş Güvencesine Tabi Olan İşçiler Açısından:

Bilindiği üzere, işçinin çalıştığı işyerinde en az 30 işçinin bulunması, işçinin en az 6 ay kıdemli olması ve iş sözleşmesinin de belirsiz süreli olması halinde, işçi iş güvencesine tabi olacaktır. İşverenin iş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesini feshederken geçerli bir sebebe dayanma mecburiyeti bulunmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir sebebe dayanmaması ya da işçinin gösterilen sebebin geçersiz olduğunu iddia etmesi halinde, bir aylık hak düşürücü süre içerisinde işçi işe iade davası açabilecektir. İş Kanunu’nun 21. maddesi uyarınca işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı kanısına varılırsa, işveren işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda kalacak, işçinin süresi içindeki başvurusu halinde söz konusu bir aylık süre içerisinde işçiyi işe başlatmayan işveren de işçiye en az dört aylık en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır.

İşte tam da bu noktadaki bir diğer sorun da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceğidir. Süzek bu konuda da yukarıda kötüniyet tazminatı hususundaki lafzi yorumu tekrar etmekte ve İş Kanunu m. 5/6’nın ayrımcılık tazminatıyla sadece sendikal tazminatın bir arada olamayacağını belirttiğini ve maddenin mefhumu muhalifinden ayrımcılık tazminatıyla iş güvencesi tazminatının aynı anda mevcut olabileceği yönünde görüş belirtmektedir. Yazar ayrıca bu iki tazminatın amaçlarının da birbirinden farklı olduğunu, bu nedenle de her iki tazminatın bir arada talep edilebileceğini ifade etmektedir¹². Mollamahmutoğlu da ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının bir araya gelebileceğini, bu iki tazminatın dayandığı esasların farklı olduğunu, hatta bu farklılığın kötüniyet tazminatına oranla tartışma yaratmayacak kadar açık olduğunu, iş güvencesi tazminatının, işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olduğunu, nitekim yargı kararlarında da “işe başlatmama tazminatı” olarak adlandırıldığını ifade etmektedir¹³. Demir ise işverenin aynı fesih eylemi nedeniyle aynı amaca yönelik olarak işçinin hem işe iade edilmesinin hem de ayrımcılık tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını, ancak işverenin ayrı ayrı hem fesih hem de işe başlatmama eylemleri nedeniyle ayrı amaçlara yönelik iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatına işçinin hak kazanabileceğini belirtmektedir¹⁴. Süzek ise işçinin işe iade edilmesi ihtimalinde Demir’den farklı düşünerek, işveren işçiyi işe başlattığında iş güvencesi tazminatı ödemeyeceğini, ancak ayrımcılık tazminatı ödemek durumunda olduğunu ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar doktrindeki baskın görüş her iki tazminatın bir arada olabileceği yönünde olsa da¹⁵, aksi yönde görüş belirtenler, işverenin aynı davranışına birden fazla yaptırım bağlanmasının mümkün olmayacağını ifade etmektedirler¹⁶. Yargıtay da ayrımcılık ile iş güvencesi tazminatlarının aynı eylem nedeniyle söz konusu olduğunu ve aynı eylem nedeniyle iki tazminata karar verilemeyeceğini ifade ederek, böyle bir durumda iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerektiğini, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca

ayrımcılık tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷.

Kanımızca ayrımcılık tazminatının ve iş güvencesi tazminatının varlık nedenlerine bakılarak sağlıklı bir neticeye ulaşılabilir. İş güvencesi tazminatı işe iade davasının kabulü neticesinde işçinin süresi içinde başvurusu durumunda işçinin işe iade edilmemesinin müeyyidesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcılık tazminatı ise işverenin eşitlik ilkesine aykırı davranması halinde talep edilebilecek bir tazminattır. Bu anlamda, her iki tazminatın varlık gerekçeleri birbirinden tümüyle farklıdır ve aynı anda hükmedilmelerinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Ancak buradaki bir başka sorun da işçinin işe iade davasının kabul edilmesi neticesinde işverenin süresi içinde işçiyi işe iade etmesi olasılığıdır. Zira böyle bir durumda, iş güvencesi tazminatı için belirttiğimiz, “işe iade edilmemenin müeyyidesi” mefhumu ortadan kalkacaktır, zira işçi işe iade edilmiştir. Ancak bu durumda da, bir başka deyişle, işçi işe iade edilse de, iş güvencesi tazminatı doğal olarak ödenmemekle birlikte, ayrımcılık tazminatının bundan bağımsız olarak ödenmesinin hakkaniyete uygun olacağı kanısındayız. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, İş Kanunu m. 5 hükmünde korunan sadece iş sözleşmesinin feshindeki eşitlik ilkesinin ihlali değil, iş ilişkisinin devamı müddetince eşitlik ilkesine riayet edilmesidir. Doktrinde Yenisey tarafından isabetli bir örnekte de ifade edildiği üzere, örneğin gebelik nedeniyle bir fesih söz konusu olursa ve bu durum ispatlanırsa, işçiyi işe iade etmeyen işveren iş güvencesi tazminatı ödemek durumunda kalacaktır. Bundan başka ayrımcılık tazminatı da söz konusu olacaktır. Ancak işveren işçiyi işe başlatırsa elbette iş güvencesi tazminatı ödemeyecek, ancak kanımızca ayrımcılık tazminatını ödemek durumunda kalacaktır¹⁸. Çünkü İş Kanunu m. 5 hükmüyle amaçlanan sadece ayrımcılık nedeniyle işçinin işinden olmasını engellemek değil, işverenin tüm iş ilişkisi boyunca eşitlik ilkesine riayet etmesidir.

İş güvencesine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi durumundaysa, ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olamayacakları gibi bir izlenim doğ-

maktadır. Zira 4857 sayılı Kanun m. 5/6'nın son cümlesinde, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesi hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir. Bu açık hüküm karşısında ayrımcılık tazminatıyla sendikal tazminatın bir arada olamayacakları konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ne var ki, bu durumda, ilgili tazminatın teknik olarak niteliğini tespit gereği doğmaktadır. Zira Sendikalar Kanunu m. 31/6 hükmünde sendika üyeliği ve sendikal faaliyetlerden dolayı iş sözleşmesinin feshi halinde İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18, 19, 20 ve 21. madde hükümlerinin uygulanacağı, ancak İş Kanunu m. 21/1 uyarınca ödenecek tazminatın işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacağı belirtilmektedir. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen iş güvencesine tabi işçi, bildiği üzere doğrudan sendikal tazminat talebinde bulunamayacak, ancak İş Kanunu hükümleri çerçevesinde işe iade davası açacaktır. Mahkemece işe iadesine karar verilmesi ve işverenin de işçiyi bir aylık süre içerisinde işe başlatmaması halinde, işçiye ödemek durumunda olduğu tazminat, her ne kadar miktarı sendikal tazminat ile aynı olsa da, teknik olarak iş güvencesi tazminatıdır. Bu durumda, her ne kadar yukarıda iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının bir arada olabileceğini belirtmiş olsak da, sendikal nedenle yapılan bir fesihte bu mümkün olmayacak, işverenin sadece en az bir yıllık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ödemesine hükmedilmesi gerekecektir. Zira söz konusu hüküm 4857 sayılı Kanunda değil, 2821 sayılı Kanunda düzenlenmiştir ve İş Kanunu m. 5 uyarınca da 2821 sayılı Kanun hükümleri saklıdır, bir başka deyişle, 2821 sayılı Kanununun 31. maddesinde düzenlenen bir tazminat ile ayrımcılık tazminatının bir arada bulunması söz konusu olmayacaktır¹⁹.

Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde “Eşit Davranma İlkesi” düzenlenmektedir. Bu maddede her ne kadar farklı nedenlerle ayrımcılık müeyyidelenirilmiş olsa da, uyuşmazlıkların ciddi bölümü kadın-erkek eşitliği (eşitsizliği) üzerinde düğümlenmektedir. Madenin 6. fıkrasında kuralın ihlalinin müeyyidesi

düzenlenmiştir. Buna göre; iş ilişkisinde veya sona ermesinde ilkeye aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Her ne kadar madde “iş ilişkisi”nde ayırım yasağını düzenlemekte olsa da, özellikle fesih sonrasında başka bazı tazminatların da ödenmesinin ihtimal dahilinde olması, bu tazminatların, İş Kanunu m. 5’de düzenlenen ayrımcılık tazminatıyla eş zamanlı olarak var olup olamayacakları sorununu da beraberinde getirmektedir. Bu anlamda, genel olarak belirtmek gerekirse, ayrımcılık tazminatıyla kötüniyet tazminatının bir arada olamayacağı, iş güvencesi tazminatıyla ise aynı anda bulunabileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatının ise, İş Kanunu m. 5 hükmü çerçevesinde birlikte mevcut olamayacakları konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, S.: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008, s. 414; Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 552; Ayrıca bkz. Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul, 2008, s. 175, dn. 208.
- 2 “Çalışma hayatında kadın-erkek eşitliği ilkesi, erkeklere tanınan her türlü imkanın (ilerleme, geliştirme, terfi, karar verme gibi) kadınlara da tanınmasını gerektirir”. Bkz. Aktay, N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E.T.: İş Hukuku, Ankara, 2006, s. 161.
- 3 Süzek, s. 415; Mollamahmutoglu, s. 553.
- 4 Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir, 2009, s. 161.
- 5 Süzek, s. 415; Mollamahmutoglu, s. 553.
- 6 Mollamahmutoglu, s. 555.
- 7 Süzek, s. 416.
- 8 Demir, s. 162-163.
- 9 Bakırcı, K.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, MESS-Sicil Dergisi, Haziran-2006, s. 119.
- 10 Çelik, N.: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14, s. 489.
- 11 Aynı yönde bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 489-490.
- 12 Süzek, s. 416-417.
- 13 Mollamahmutoglu, s. 555.
- 14 Demir, s. 164.
- 15 Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2006, s. 79; Yıldız, G.B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, s. 336; Sarıbay, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007, s. 283; Çil, Ş.: “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, s. 677.
- 16 Çankaya, O. G./Günay, C. İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s. 57-58; Çelik’e göre; “... iş güvencesi kapsamındaki işçinin sendikacılık nedeniyle işten çıkarılmasında, sadece Sendikalar Kanunu’nun 31. maddesinin altıncı fıkrasındaki iş güvencesi tazminatına ilişkin hüküm uygulanabilecek, İş Kanunu’nun 5. maddesindeki ayrımcılık tazminatına ise hükmedilemeyecektir”. Bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 493.
- 17 Yargıtay 9. HD., 06.06.2007, E. 2006/30630, K. 2007/18174, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 15, s. 217-218.
- 18 Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 11, s. 79.
- 19 Aynı yönde bkz. Çelik, Tazminatlar, s. 493.

KAYNAKÇA

- Aktay, N./Arıcı, K./Senyen Kaplan, E. T.: İş Hukuku, Ankara, 2006.
- Bakırcı, K.: “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, MESS-Sicil Dergisi, Haziran-2006.
- Çankaya, O. G./Günay, C. İ./Göktaş, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul, 2008, s. 175.
- Çelik, N.: “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 14 (Tazminatlar).
- Çil, Ş.: “Karar İncelemesi (Sendikal Tazminat)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6.
- Demir, F.: İş Hukuku ve Uygulaması, 5. Bası, İzmir, 2009.
- Mollamahmutoglu, H.: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008.
- Sarıbay, G.: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul, 2007.
- Süzek, S.: İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2008.
- Yenisey, K. D.: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2006.
- Yıldız, G. B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008.