

İŞ HUKUKUNDA AYRIMCILIK TAZMİNATI

1. EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir.

“Eşitlik İlkesi” en temel anlamda Anayasa'nın 10 uncu ve 55 inci maddelerinde ifade edilmiştir.¹

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı Anayasanın genel ilkelerinden olup, bu ilke aynı zamanda İş hukukunda işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır ve “işverenin eşit işlem borcu” olarak adlandırılmaktadır.²

İş Hukukunda eşitlik ilkesi/işverenin eşit işlem yapma borcu iki işlev görmektedir; birinci işlevi ayrımcılık yapmama yükümlülüğüdür. İkinci işlevi ise eşit davranma borcudur.³

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde düzenlenmiş olan “Eşit davranma ilkesi” uyarınca, “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi 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.”

Eşitlik ilkesini düzenleyen İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz

¹ Anayasanın 10 uncu maddesi uyarınca, “Herkes, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Anayasanın 55 inci maddesi uyarınca ise “Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.”

² Melda Sur, İş İlişkisinde eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, MESS Sicil Dergisi, sayı 37 (2017), sayfa 33-51

³ Murat Özveri, Türkiye İşçi Hukuku, E.Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı Yayını, Ekim 2023, Cilt 1 ,sayfa 838-839, “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.” T.C. YHGK., T.18.12.2018, E.2015/22-2677, K.2018/1954

edilmiştir. İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel/objektif nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.

İş Hukuku bakımından eşit davranma ilkesi işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu yönden işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır.

Bununla birlikte, işverenin eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Eşit davranma ilkesi, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.

Eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için ilkin işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir.

Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. İşverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından ise eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisi söz konusudur.⁴

Farklı çalışma koşullarına tabi işçiler için eşitlik ilkesinden söz edilemez. Bu işçiler arasında ayırım yapılabilir. Ancak bunun yapılan işin niteliğine, objektif ölçülere uygun olması gerekir. Yüksek Mahkemeye göre, işverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.⁵

İşveren gerek işçinin yaptığı işi, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi subjektif nedenlere dayanarak farklı çalışma koşulları yaratabilir.⁶

Yüksek Mahkemeye göre, eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçinin bulunması gerekmektedir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

Eşitlik ilkesini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir.

⁴ "Eşit davranma borcu, nispi, göreceli nitelikte bir işveren borcudur. Ayırım yasağının mutlak olduğu sınırlı nedenler dışında eşit davranma borcu nispi bir nitelik taşır. Buna göre işveren farklı işçiler arasında sözleşme özgürlüğüne dayanarak işe alma, ücretler ve iş ilişkisinin sona erdirilmesi konularında nispi bir eşit davranma borcu altındadır. İşveren ayırım yapma kastı bulunmaksızın haklı nedenlerle farklı davranabilir. Bununla birlikte eşit davranma borcu, kimi sınırlı hallerde mutlak bir nitelik taşır. İşveren, işçileri arasında bazı nedenlere bağlı olarak hiçbir şekilde ayırım yapamaz; kişi hak ve özgürlüklerinin mutlak olarak riayet gerektirdiği alanlarda eşit davranma borcu mutlak bir uygulama alanı bulur. Örneğin, farklı ırk, etnik köken, cins, cinsel eğilim, dinden işçiler arasında işe almadan iş ilişkisinin devamı ve sona ermesine kadar tüm konularda salt bu nedenlerle işveren ayırım yapmamak, eşit davranmak zorundadır." H. Mollamahmutoğlu, M. Astarlı, U. Baysal, İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 7.Baskı, sayfa 726

⁵ Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K.

⁶ T.C.YHGK.E.2015/22-2677, K.2018/1954, T.18.12.2018

Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Yargıtay tarafından yasal düzenleme paralelinde “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” işverenin bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır.⁷

Buna göre, biyolojik sebepler ve işin niteliğine ilişkin sebeplerle işverenin, işe almada, iş koşullarında ve iş ilişkisinin sona erdirilmesinde cinsiyet esasına dayanan farklı işlem yapması, ayrımcı bir işlem sayılmayacaktır.

2. MUTLAK AYRIMCILIK SAYILAN HALLER VE AYRIMCILIK TAZMİNATI

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin birinci fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, engellilik, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Yasanın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında tam süreli- kısmi süreli işçi ile belirli süreli- belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüş, üçüncü fıkrada ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı getirilerek bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aynı düzenlemede işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapamayacağı düzenlenmiştir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücrettir ve ücretin dışında kalan ikramiye, prim vb. ödemeleri de kapsamaktadır.

4857 sayılı Kanunu'nun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamındadır.

Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. Yargıtay uygulamasına göre işçinin, işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı ile yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılığa karşı da korunması gerekmektedir.

Belirtilen bu hususların tamamı işverenin mutlak ayırım yasağının kapsamını oluşturmaktadır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın söz konusu olması için yukarıda belirtilen mutlak ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekmektedir.⁸

⁷ T.C.Y. 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.

⁸ T.C.Y.9.HD. E.2015/23051, K.2018/17844, T.09.10.2018 “Somut uyuşmazlıkta; işyeri hekimi olarak çalışan davacı, davalı işveren tarafından işçiler arasında ayrımcılık yapılarak kendisine ikramiye ödenmediğinden ve bu ikramiye alacağına Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2014/14936 Esas, 2014/17434 karar sayılı ilamıyla onanarak kesinleşen ... 1. İş Mahkemesi'nin 2009/590 Esas, 2011/851 Karar sayılı dava dosyasında hükmedildiğinden bahisle ayrımcılık tazminatı talebinde bulunmuştur. Mahkemece ayrımcılık durumunun yargı kararı ile kesinleştiği, bu nedenle davacının ayrımcılık tazminatına hak kazandığından hareketle ayrımcılık tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda zikredilen 4857 sayılı Kanunun 5. maddesi ile Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Her ne kadar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2014/14936 Esas, 2014/17434 karar sayılı ilamıyla onanarak kesinleşen ... 1. İş Mahkemesi'nin 2009/590 Esas, 2011/851 Karar sayılı dava dosyasında, davalı işverence eşit işlem borcuna aykırı davranıldığı ve davacının da ikramiye alacağına hak kazandığı kabul edilmiş ise de bu aykırılığın mutlak olarak

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatı ancak "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" yapılan farklı işlemler halinde uygulanır. Buna göre iş sözleşmesi yapılırken uğranılan ayrımcılıkta ise ancak 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazminat talep edilebilecektir.⁹

Yargıç tarafından iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık tazminatına karar verilmesi için, ayrımcılık olarak nitelendirilen eylemin ya İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde sıralananlardan biri olması veya benzer nitelikte olması ya da iş sözleşmesinin türünden kaynaklanıyor olması gerekmektedir.

Öte yandan, İş Kanununun 5 inci maddesi hükmü, Borçlar Kanunu'nun 20 nci maddesi uyarınca emredici nitelikte bulunduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu, eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulması gerekmektedir.

Yüksek Mahkeme, ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi bakımından İş Kanunu'nun 5 inci maddesi hükmünü (mutlak ayrımcılık sayılan halleri) esasa almakta; bu madde kapsamına girmeyen haller bakımından ayrımcılık tazminatına hükmedilmeyeceğini kabul etmektedir.¹⁰

Örneğin işçinin beş yıl boyunca mobbinge maruz kaldığını kabul eden Yüksek Mahkeme, bu uygulamanın dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayandığının ispatlanamadığı gerekçesiyle İş Kanunu'nun 5 inci maddesi uyarınca ayrımcılık tazminatının şartlarının bulunmadığına hükmetmiş; ancak işçiye maruz kaldığı mobbing sebebiyle makul oranda bir manevi tazminata hükmedilmesi, gerektiğine karar vermiştir.¹¹

belirlenen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklandığını ortaya koyan bir saptamanın ayrımcılık tazminatı talebine konu olan dava dosyasında bulunmadığı anlaşıldığından Mahkemece ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."

⁹ Melda Sur, İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, MESS Sicil Dergisi, sayı 37 (2017), sayfa 33-51, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122 inci maddesine göre; "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak...kişinin işe alınmasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan ...kimse hakkında 6 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. İşverenin işe almada ayırım yasaklarına aykırı davranışı cezai yaptırıma bağlanmakla birlikte, İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin 6 ıncı fıkrası uyarınca ayırım yasaklarına ve eşit davranma borcuna aykırılığın hukuksal yaptırımı olan ayırım tazminatının işverenden talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü İş Kanunu iş ilişkisinde ve sona ermesinde bu tazminatı öngörmüştür. H. Mollamahmutoğlu, M. Astarlı, U. Baysal, İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Güncellenmiş 7.Baskı, sayfa 736

¹⁰ "Somut olayda, davacı, davalı işveren tarafından kendisine sendikaya üye olması sebebi ile ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunarak sendikal tazminat talebinde bulunmuş, davacının bu talebi dosyaya sunulan delillere göre ispatlanamadığından reddedilmiş ve bu husus davacı tarafından temyiz edilmemiştir. Davacı işçi, ayrıca aynı bölümde çalışan diğer işçilerin ücretlerine zam yapılmasına rağmen kendisine zam verilmediğini belirterek İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminatın hüküm altına alınmasını istemiştir. Mahkemece davacının bu isteği kabul edilmiştir. Dosya kapsamına göre aynı bölümde çalışan işçilere zam verildiği halde davacının ücretine zam yapılmamıştır. Davalı işveren farklı davranılmasını haklı gösteren bir delil dosyaya sunmamıştır. Buna göre, davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, salt davalının ücretine zam yapılmamış olması ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. Dosya içeriğine göre eşit davranma borcuna aykırılık mevcut ise de davalı işverenin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kanıtlanmıştır. Hal böyle olunca İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminata karar verilemez. Mahkemece anılan tazminatın hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y.22.HD. (Kapatılan) E.2017/23268, K.2019/14998, T.03.07.2019

¹¹ T.C.Y.9.HD. T.08.10.2019, E.2016/9885, K.2019/17630

Yargıtay, doğum izni kullanması nedeniyle işçiye daha alt bir görev önerilmesini ise ayrımcılık olarak kabul etmiştir.¹²

Yargıtay yine konuyla ilgili bir uyuşmazlıkta; emsal işçiye göre daha az ücret zammı yapılarak ayrımcılığa uğratıldığını ileri süren işçinin ayrımcılık tazminatı alabilmesi için ayrımcılığın yasal düzenlemede yazılı nedenlerden (mutlak anlamda ayrımcılık sayılan hallerden birine) birine dayalı olarak yapılması gerektiğini, tek başına farklı ücret zammı uygulanmasının ayrımcılık tazminatına karar verilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir.¹³

3. AYRIMCILIK TAZMİNATININ MİKTARI VE HESAPLANMASI

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının/mutlak anlamda ayrımcılık yapmasının yaptırımı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında ayrımcılık tazminatı olarak düzenlenmiştir.

Ayrımcılık tazminatı, olayın özelliğine, ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve kıdemine göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat olarak yargıç tarafından belirlenir. Ayrımcılık tazminatı için esas alınacak ücret asıl ücret (brüt, çıplak, giydirilmemiş ücret) olup, ücret ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.

İşçinin ayrımcılık tazminatı yanında yoksun bırakıldığı haklarını da (ücret, sosyal haklar v. b.) talep imkanı bulunmaktadır.

İş ilişkisinin İş Kanunu kapsamında bulunması koşuluyla işçi iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın koşulların varlığı halinde ayrımcılık tazminatı talep edebilir.

Ayrıca İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında işverenin salt ayırım yapmama borcunu ihlal etmesi yaptırımı bağlandığından, işçi bu tazminatı herhangi bir zararı olmasa da talep edebilir. Öte yandan ayrımcılık tazminatı miktarı nispi emredici nitelik taşıdığından söz konusu tazminatın toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle artırılması da mümkündür.¹⁴

Ayrımcılık tazminatının kanuni dayanağı İş Kanunu'nun 5 inci maddesi olduğundan dolayı, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar için bu tazminat söz konusu değildir.¹⁵

Ayrımcılık sebebiyle eşit davranma borcuna aykırılığı işçi ispat etmek yükümlülüğü altındadır. Buna karşın işçi ayrımcılığın varlığını güçlü bir biçimde ortaya koyarsa aksini ispat yükümlülüğü işverene geçer.

¹² Murat Özveri, Türkiye İşçi Hukuku, E.Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı Yayını, Ekim 2023, Cilt 1, sayfa 843, "...Dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir." T.C.Y.9.HD. T.29.11.2011, E.2009/19835, K.2011/46440

¹³ A. g. e., sayfa 843, "Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin ücretinin emsal işçiden az ödenmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilen ayrımcılık kapsamında değerlendirilemez. Davacıya emsal işçilere nazaran zam yapılmadığı sabit olmakla birlikte bunun ayrımcılık tazminatına hükmedilmesini gerektirecek şekilde cinsiyet, dil, ırk, sosyal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayandığı iddia ve ispat edilemediğinden, şartları bulunmayan ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır." T.C.Y.9.HD. T.01.04.2019, E.2017/9096, K.2019/7347

¹⁴ Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta Yayınları, 22. Baskı, sayfa 486

¹⁵ Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, sayfa 296

İş Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesi uyarınca ayrımcılığa dayanan fesihlerde 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. İş sözleşmesi feshedilmeksizin ayrımcılık halinde ise zamanaşımı süresi 10 yıldır.¹⁶ Mahkeme tarafından hükmedilen ayrımcılık tazminatının işveren tarafından ödenmemesi halinde yasal faiz uygulanır.

4. SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde düzenlenmiş olan eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yer almaktadır.

Eşitlik ilkesini düzenleyen İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir.

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel/objektif nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez.

İşveren gerek işçinin yaptığı işi, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, gerek çalışkanlık, yetenek, liyakat gibi subjektif nedenlere dayanarak farklı çalışma koşulları yaratabilir.

Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, objektif ve subjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçinin bulunması gerekmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre, eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

4857 sayılı Yasanın 5 inci maddesinin birinci fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, engellilik, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasaklanmıştır.

Yasanın 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında tam süreli- kısmi süreli işçi ile belirli süreli- belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüş, üçüncü fıkrada ise cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayırım yasağı getirilerek bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, aynı düzenlemede işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında ise işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yapamayacağı düzenlenmiştir.

4857 sayılı Kanunu'nun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayırım yasağı da mutlak ayırım yasağı kapsamındadır.



¹⁶ Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, sayfa 296

Yasanın 5 inci maddesiyle 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. Yargıtay uygulamasına göre işçinin, işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı ile yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılığa karşı da korunması gerekmektedir.

Belirtilen bu hususların tamamı işverenin mutlak ayırım yasağının kapsamını oluşturmaktadır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının/mutlak anlamda ayrımcılık yapmasının yaptırımını İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında ayrımcılık tazminatı olarak düzenlenmiştir.

Ayrımcılık tazminatı, olayın özelliğine, ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve kıdemine göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat olarak yargıç tarafından belirlenir. Ayrımcılık tazminatı için esas alınacak ücret asıl ücret (brüt, çıplak, giydirilmemiş ücret) olup, ücret ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir.

İşçinin ayrımcılık tazminatı yanında yoksun bırakıldığı haklarını da (ücret, sosyal haklar vb.) talep imkanı bulunmaktadır.

İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiş olan ayrımcılık tazminatı ancak "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" yapılan farklı işlemler halinde uygulanır.

İş ilişkisi İş Kanunu kapsamında bulunması koşuluyla işçi iş güvencesi kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın koşulların varlığı halinde ayrımcılık tazminatı talep edebilir.

İşçi ayrımcılık tazminatını herhangi bir zararı olmasa da talep edebilir. Ayrıca ayrımcılık tazminatı miktarı nispi emredici nitelik taşıdığından söz konusu tazminatın toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle artırılması da mümkündür.

Ayrımcılık tazminatının kanuni dayanağı İş Kanunu'nun 5 inci maddesi olduğundan dolayı, 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar için bu tazminat söz konusu değildir.

Ayrımcılık sebebiyle eşit davranma borcuna aykırılığı işçi ispat etmek yükümlülüğü altındadır. Buna karşın işçi ayrımcılığın varlığını güçlü bir biçimde ortaya koyarsa aksini ispat yükümlülüğü işverene geçer.

İş Kanunu'nun Ek 3 üncü maddesi uyarınca ayrımcılığa dayanan fesihlerde 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. İş sözleşmesi feshedilmeksizin ayrımcılık halinde ise zamanaşımı süresi 10 yıldır.

Mahkeme tarafından hükmedilen ayrımcılık tazminatının işveren tarafından ödenmemesi halinde yasal faiz uygulanır.



BARIŞ ERDEM DANIŞMANLIK İŞ HUKUKU EKİBİ