



Av. Hamit TIRYAKI
İş Hukuku Uzmanı

PANDEMİ DÖNEMİNDE EŞİT İŞLEM BORCUNA AYKIRI BİÇİMDE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ/NAKDİ ÜCRET DESTEĞİ ALDIRILARAK MAĞDUR EDİLEN İŞÇİNİN OLASI HAKLARI

I.GİRİŞ

Ülkemiz ve dünya uzun bir süreden beri, pandemiyle boğuşmaktadır. Covid-19 nedeniyle ülkemizde işten çıkarılma yasağı uygulanmaya başlamış, kısa çalışma ödeneği de alamayan kişiler için nakdi ücret desteği getirilmiştir. Koronavirüs (Covid-19) salgınının ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması amacıyla, 4447 sayılı Kanunun geçici 24 üncü maddesi kapsamındaki kişilere ücretsiz izne çıkarıldıkları veya işsiz kaldıkları dönem için İşsizlik Sigortası Fonundan ve İŞKUR tarafından yapılan günlük 47.70 TL ödenmektedir. Aylık nakdi ücret desteği kişi için net 1.420 TL olmaktadır. Kısa çalışma ödeneği ise net 2.825,90 TL asgari ücret alan için – tam zamanlı çalışmadığı takdirde - 2.146,50 TL olmaktadır.

5510 sayılı Kanunun geçici 14'üncü maddesi kapsamında yaşlılık aylığı almakta iken 4/a bendi kapsamında sigortalı çalışan işçiler, kısa çalışma ödeneğinden ve nakdi ücret desteğinden yararlanamamaktadır.

Kimi işverenler, pandemi döneminin olumsuzluklarını azaltıcı bu tedbirleri, işçilerine karşı bir tehdit hatta mağdur edici bir sopa olarak kullanabilmektedir. Bu makalemizde, mağdur edilen işçilerin olası hakları ifade edilmeye çalışılacaktır.

II. PANDEMİ DÖNEMİNDE İŞVERENİN YÖNETİM YETKİSİNİN SINIRLARI

İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

Yönetim yetkisine sahip olan işveren, bazı tercihlerinde keyfi davranamaz. Tıpkı iş güvencesi hükümlerinde olduğu gibi işveren, hangi işçilerini neden ücretsiz izne gönderip, diğerlerini göndermediğini objektif olarak ortaya koymak zorundadır. Zira işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğü vardır.

Eşit işlem borcunun yasal dayanağı Anayasanın 10 uncu maddesidir. Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesinden hareketle 4857 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinde işverenin eşit davranma ve ayırım yapmama borcu düzenlenmiştir. Maddeye göre, *iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz, iş ilişkisinde veya sona ermesinde aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun*

bırakıldığı haklarını da talep edebilir. Madde içerisinde geçen “ve benzeri sebeplerle” ifadesinden eşitliğe aykırılık oluşturan ve ayrımcılık tazminatını gerektirecek hâllerin tahdidi olarak sayılmadığı anlaşılmaktadır.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için işçi işveren ilişkisinin bulunması, işçilerin aynı işyerinde çalışması, işyerinde aynı işi yapan birden fazla işçinin olması, işverenin aynı durumda olan tüm işçilere yönelik bir işleminin olması, işveren işleminin aynı zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenlerle işveren krizin etkisiyle kimi işçilerini, kısa çalışma/nakdi ücret desteği kapsamına alacak olursa keyfi davranmamalı, bu tedbirleri cezalandırma aracı olarak kullanmamalıdır. Zira işçinin aylık geliri azaldığında, temel giderleri (kira, taksit, ısınma, beslenme ...vs) sabit olduğundan geçim sıkıntısı çekeceği aşikardır. Temel ihtiyaçlarını karşılamakta zorlanan işçi, çalışmadığı dönemdeki emeğini de biriktiremediği için gelir açısından yok olan bir dönemi yaşayacaktır. Bu nedenlerle, işverenliğin krizin olumsuz etkilerini işçilere eşit işlem yaparak/ayrımcılık yapmayarak yaşatması gerekmektedir.

Eşit işlem borcuna göre işveren, aynı durumdaki işçilere “objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadıkça” eşit davranmak zorundadır. Aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmaması bir işveren yükümlülüğüdür.

İşveren aynı durumdaki işçilerin bir kısmını sürekli ücretsiz izne çıkartırken diğerlerini çalıştırmaya devam etmesi ayrımcılık, olarak değerlendirilmektedir. İşveren, bu ayrımı haklı kılacak objektif bir neden göstermek zorundadır.

Eşit işlem yapma borcu, kural olarak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borçtur¹. İşverenin eşit davranma borcu, tüm işçilere eşit menfaat sağlama değil, menfaat sağlarken ya da yükümlülük getirip mağdur edici sonucu olan işlemlerde keyfi ve sübjektif nedenlerle ayırım yapmamaktır.

Bu nedenle; işveren, kural olarak iş yerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun resen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak eşit işlem borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, işçiler arasında gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlığı, yeteneği, performansı gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir². Yine yapılan işin benzer iş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde eğitim seviyesi, işin yapılmasında gösterilen çaba ve sorumluluk ile sahip olunması gereken becerinin benzer olması gerekmektedir³.

Eşit davranma yükümlülüğü aynı nitelikte işçiler için söz konusudur. Fakat farklı yeteneklere sahip olan işçiler arasında, özellikle ücretler yönünden, işçilerin nitelikleri gözönünde tutularak ayırım yapılabilir. Eşitlik sadece eşit niteliklerin varlığı hâlinde söz konusu olabileceğinden, eşit davranma borcu öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif niteliklerle ve çalışkanlık, beceriklilik, kabiliyet, liyakat gibi sübjektif niteliklerle sınırlı

¹ Gaye Burcu YILDIZ İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 68 .

² Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 443.

³ Gaye Burcu YILDIZ, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 2015 Yılı İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi (Seminer-İstanbul, 25-26 Kasım 2016), İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul Kasım 2017, s. 151 .

bulunmaktadır. Bu niteliklerin işçilerde eşit olarak var olduğu genellikle düşünülmemeyeceğine göre, çoğu zaman işçilerin ücretleri arasında farklılık yapılabilir⁴.

Bu yükümlülüklerine rağmen işveren, işçiyi mağdur edecek şekilde eşit işlem borcuna aykırı davranırsa işçisi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatını alabileceği gibi, ayrımcılık tazminatını ve gelir kaybını da talep edebilir.

İşçi İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshedebilir

İşveren kural olarak iş yerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak, eşit çalışma koşullarını uygulamak zorundadır. İşveren, haklı bir neden olmadıkça farklı davranmama, sosyal yardım ve parasal menfaatlerden eşit olarak yararlandırma borcu altında olup kamu düzenine ilişkin eşit işlem borcunun resen gözetilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

İşveren eşit işlem yapmayarak eşitlik ilkesini ihlal etmişse işçi, İş Kanunu madde 24/II, e ve f bendleri uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Haklı nedenle fesh durumunda işçi, kıdem tazminatını hak edecektir.

İşçi Ayrımcılık Tazminatı Alabilir

İşveren iş ilişkisinin devamı süresince çalışma koşullarını oluşturan ücret ve diğer alanlarda işçiler arasında ayırım yapmamalıdır. Ücret ve eklentilerinde eşit davranma borcunun ihlali halinde yoksun kaldığı hakların verilmesi konusunda çok sayıda Yargıtay kararı olsa da, davranma borcuna aykırılık tazminatı konusunda Yargıtay daha ileri bir kasti aramaktadır⁵.

Ayrımcılık tazminatının miktarını kanun göstermiştir. “*Dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat*”ı alabilmek için salt ayırımı oluşturan bir işlem ve davranışa maruz kalınması yeterli olup ayrıca zararın doğmuş bulunması gerekmez⁶.

İşçi Gelir Kaybını Da İsteyebilir

4857 sayılı İş Kanununun 5 inci maddesinde işverenin eşit işlem borcuna “*aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir*”. Bu nedenle, işçi, işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranarak kendisine kasıtlı davranıldığını ispatlayabilirse, uğradığı zararları da talep edebilecektir. Bu kapsamda, eşit işlem borcuna aykırı bir şekilde ücretsiz izne çıkarılmış ise ücretsiz izin süresinde aldığı gelir desteği ile ücreti arasındaki farkı işverenden dava yoluyla talep edebilir.

Bazen de işçi, emekli olduğu için nakdi ücret desteği dahi alamamaktadır. Bu kapsamdaki işçiler ise, kendisine ödenmeyen ücretin tamamını alabilecektir.

III. SONUÇ

Pandemi nedeniyle zor günler geçiren işverenler, olası krizin etkisini azaltıcı tedbirleri uygularken eşit işlem yapma borcuna uygun davranıp işçileri arasında ayrımcılık yapmamalıdır. İşyerinin ve işçilerin şartlarını gözönünde tutarak dengeli bir yol almaya çalışmalılar.

İşverenler, aynı durumda bulunan işçiler arasında ayırım yapmayarak kısa çalışma ödeneği/nakdi ücret desteği uygulaması kapsamına girebilirler. Aksi durumda mağdur olan işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip kıdem tazminatından başka, dört aylık ücreti kadar ayrımcılık tazminatı ve yoksun bırakıldığı ücretini de alabilir.

⁴ Nuri ÇELİK, Nurşen CANIKLIOĞLU, Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 406.

⁵ Şahin ÇİL, İş Hukukunda İşçinin Ücreti, Ankara 2010, s.199

⁶ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, Muhittin ASTARLI, İş Hukuku, Ankara 2011, s. 660.