

KADIN İŞÇİLERİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMLARININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Dr. İştar (URHANOĞLU) CENGİZ
Kırkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi,
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı
Araştırma Görevlisi

GİRİŐ

Çalışma hayatında kadın işçinin hamilelik ve analık durumları onu çoğu zaman, erkek işçiye göre olumsuz yönde etkilemektedir¹. Gerek uluslararası mevzuatta gerek Türk İş Hukuku mevzuatında bu durum göz önünde bulundurulmuş ve kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde korunmalarına yönelik bazı özel düzenlemeler getirilmiřtir².

Kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde korunmaları genel olarak işverenin eşit davranma borcu bağlamında incelenmesi gereken bir konudur³. Türk Hukukunda, işverenin kadın ve erkek işçiler arasında ayırım yapma yasağı, hukuki kaynağını Anayasa m.10' da yer alan "eşitlik ilkesi" ile 4857 sayılı İş Kanunu m.5' de yer alan "eşit davranma ilkesi" nden almaktadır⁴. Anayasanın 10. maddesini temel alan İş Kanunu m.5' in gerekçesinde ifade edildiği üzere, işçilere

¹ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Kasım 2008, Ankara, s.546vd. ; Melek ONARAN YÜKSEL, Karşılaştırılmal Hukuk İşiğinde Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.231.

² E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, s.69, 94-95 ; E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, "İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis' e Armağan, İzmir 2000, s.709, 713 ; Murat KANDEMİR, "4857 Sayılı İş Kanunu' nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay' a Armağan, LEGAL Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 49, Birinci Bası, Mayıs 2005, s.428.

³ işverenin eşit işlem borcu ile ilgili olarak bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.535vd.

⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.541-542.

eşit davranma ilkesi; Türkiye tarafından onaylanan⁵ Birleşmiş Milletlerin “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ne ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amacıyla İş Kanununda yer almıştır⁶.

4857 sayılı İş Kanunu m.5/III’ e göre; “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 ve dolaylı farklı işlem yapamaz.” (m.5/III)⁷.

Bu bağlamda öncelikle doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına açıklık getirilmesi gerekmektedir. “İşe Alınma, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair 76/207/EEC sayılı Yönerge⁸nin, 2002/73/EEC sayılı Yönerge ile değiştirilen 2. maddesinde; eşit muamele ilkesinin, doğrudan veya özellikle medeni duruma veya aile durumuna atıfta bulunacak şekilde dolaylı olarak, cinsiyet temelinde her türlü ayrımcılığın yapılamayacağı anlamına geldiği ifade edildikten sonra doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına yer verilmiştir. Buna göre; doğrudan ayrımcılık, bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu ya da görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulmasıdır⁹. Dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, bir kriterin veya uygulamanın; bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında belirli şekilde daha aşağı bir konuma düşürmesi halinde (ve bu hüküm, kıstas veya uygulama; meşru bir amaçla nesnel olarak haklılık kazanmamışsa ve

⁵ RG 14.10.1985, 18898.

⁶ Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Baskı, Ağustos 2008, İstanbul, s.174 ; E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 7, 2003, Sayı: 2, s.13 ; KANDEMİR, a.g.e., s.420 ; Bünyamin BACAK/ Yusuf YİĞİT, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s.5-6.

⁷ ÇELİK, İş Hukuku, s.174-175; E. Tuncay KAPLAN-SENYEN (A. Nizamettin AKTAY/Kadir ARICI), İş Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Eylül 2007, Ankara, s.160; KANDEMİR, a.g.e., s.420 ; BACAK/ YİĞİT, a.g.e., s.6.

⁸ adı geçen Yönerge için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>, 25.11.2008.

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., 537 ; “... bütün işçilere yapılan ücret zammından, hiçbir haklı neden olmaksızın bir işçinin yararlandırılmaması doğrudan ayrımcı davranıştır. Buna karşılık, görünürde tarafsız bir uygulama işçilerden bir gruba yönelik olarak eşit olmayan bir duruma yol açabilir ki, kadın ve erkek işçiler arasında ücret ve iş koşullarına ilişkin ayrımcı davranışlar daha ziyade bu türdür...” (MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.537).

söz konusu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar uygun ve gerekli değilse) sözkonusu olur¹⁰.

Hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin özel risk tehdidi altında yer alan bir grup olarak değerlendirilmesinin sonucu olarak, 92/85/EEC sayılı "Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesi Hakkında Yönerge" 19 Ekim 1992' de kabul edilmiştir¹¹. Yönerge ile işverene getirilen ilk yükümlülük hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin işyerinde maruz kalacakları riskler ve bu konuda alınacak önlemler konusunda bilgilendirilmesidir (m.6). Ayrıca 7. madde ile üye devletlere hamile ve loğusa kadın işçilerin gece çalışmasına kalmamaları için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü de getirilmiştir. Ülkemizde 4857 sayılı İş Kanununun "Gebe veya çocuk emziren kadınlar için yönetmelik" başlığını taşıyan 88. maddesi¹² uyarınca "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"¹³ hazırlanmıştır. Yönetmeliğin "Genel Değerlendirme" başlığını taşıyan 5. maddesinde; hamile, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin güvenlik ve sağlığı için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçiler üzerindeki etkileri değerlendirilerek bunlar için alınacak önlemler belirtilmiştir. Aynı Yönetmeliğin "Özel Riskler" başlığını taşıyan 6. maddesinde; hamile, yeni doğum yapmış ve emziren işçinin güvenlik ve sağlığı için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçinin üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi sonucu, bunlar için alınacak genel önlemlerle birlikte özel riskler ve alınacak özel önlemler, Yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerinde ise "Değerlendirme" ve değerlendirme

¹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.537 ; "...Dolaylı ayrımcılıkta tarafsız gibi görünen bir ölçütün sonucu bakımından bariz bir şekilde cinslerden biri aleyhine sonuç doğurması, doğrudan ayrımcılıktan farkını oluşturmaktadır; ayrımcılığın kaynağında ölçütün kendisi değil, yarattığı sonuçlar yatmaktadır." (MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.537) ; ayrıca bkz. Kübra DOĞAN YENİSEY, "Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi", LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 7, s.992.

¹¹ adı geçen Yönerge için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>, 25.11.2008.

¹² "Gebe veya çocuk emziren kadınlar için yönetmelik" başlığını taşıyan İş Kanunu m.88' e göre; (15/5/2008 tarihli ve 5763 sayılı Kanunun 6. maddesiyle; bu maddede yer alan "kurulması gerektiği" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya hangi hallerde dışarıdan hizmet alabilecekleri" ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.) "Gebe veya çocuk emziren kadınların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğu ve bunların çalışmalarında sakınca olmayan işlerde hangi şartlar ve usullere uyacakları, ne suretle emzirme odaları veya çocuk bakım yurdu (kreş) kurulması gerektiği veya hangi hallerde dışarıdan hizmet alabilecekleri Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir."

¹³ RG 14.07.2004, 25522 ; ayrıca bkz. <http://ab.calisma.gov.tr/>, 26.11.2008.

sonuçlarına göre işveren tarafından alınması gereken tedbirler belirtilmiştir¹⁴.

I- KADIN İŞÇİLERİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMLARININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

A) GENEL OLARAK

Avrupa Birliği düzeyinde kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde özel olarak korunmalarını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bulunan 92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin hükümleri; hamilelik döneminde doktor kontrolleri için işveren tarafından kullanılması gerekli izinler ve hamile kadın işçinin işinin değiştirilmesi, doğum izni ve fesih yasağı hususlarında önem kazanmaktadır.

92/85/EEC sayılı Yönergenin “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesine göre; “hamile çalışan”, kendi durumunu ulusal yasa ve/veya uygulamalara göre işverenine haber veren bir hamile çalışanı (m.2/a) ; “loğusa çalışan”, ulusal yasa ve/veya uygulamalara göre loğusa sayılan ve bu yasa ve/veya uygulamalara göre içinde bulunduğu durumdan işverenini haberdar eden çalışanı (m.2/b) ; “emzikli çalışan” ise, ulusal yasa ve/veya uygulamalara göre emzikli kadın sayılan ve bu yasa ve/veya uygulamalara göre içinde bulunduğu durumdan işvereni haberdar eden çalışanı ifade eder (m.2/c). Bu bağlamda Yönergeye göre; kadın işçinin hamilelik dönemi, hamilelik durumunun tespit edildiği andan başlayarak çocuğun doğumu anına kadar geçen süredir. Analık dönemi ise, çocuğun doğumundan başlayarak, kadının loğusalık ve emzirme dönemleriyle, çocuğun büyütülmesi ve bakımı için geçen süreleri kapsayan dönemdir.

4857 sayılı İş Kanununda kadın işçilerin hamilelik, analık ve emzirme dönemleriyle ilgili olarak tanımlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık ilgili Yönetmeliğe göre; “gebe işçi”, işverenini, durumu hakkında herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile bilgilendiren gebe işçiyi; “yeni doğum yapmış işçi”, yeni doğum yapmış

¹⁴ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 81. madde gereğince çıkarılan 1987 tarihli Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğün 3. maddesindeki 12 haftalık çalışma yasağı dışında, 5. maddesinde emzikli işçilerin Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde belirtilmiş işlerde çalıştırılabilmeleri için hekim raporu aranmıştır. Ağırlığı ne olursa olsun hamilelik ve emziklilikle bağdaşmadığı doktor raporu ile saptanan her işte kadın işçilerin sakıncalı görüldüğü sürece çalışamayacağına dair özel çalışma yasağının varlığına dikkat çekilmiştir. (bkz. KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.154vd.).

ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi; “emziren işçi” ise 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi ifade eder (m.4).

O halde, Yönergede verilmiş bulunan tanımları da göz önünde bulundurarak, Türk Hukukunda kadın işçinin “hamilelik ve analık” durumu ifadesinin, hamile işçi kadın ile yeni doğum yapmış emzikli işçi kadın ve emzirme dönemini tamamlamış küçük çocuklu işçi kadını kapsadığı söylenebilecektir¹⁵.

B) İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASINDA KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMUNUN ETKİSİ

İş sözleşmesinin kurulması sırasında yapılacak ayrımcılık bazı meslek tiplerinin kadınlara yasaklanması veya işçinin kadın olması nedeniyle tercih edilmemesi biçimlerinde karşımıza çıkabilir.

76/207/EEC sayılı Yönerge ile sektörü veya faaliyet alanı ne olursa olsun, işe alınma veya belirli bir göreve atanmada cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı her türlü ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır (m.3/ 1).

Sadece erkeklerin işe alınacağını belirten iş ilanları, işe almada kullanılan ölçütler, iş görüşmesi sırasında sorulan sorular doğrudan veya dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. 76/207/EEC sayılı Yönergede kişinin medeni hali ve aile durumu hakkında sorular sorulması yasaklanmıştır (m.2/ 1). Bu bağlamda iş görüşmeleri sırasında sorulan soruların aday tarafından yanıtlanma zorunluluğu konunun diğer bir boyutunu oluşturmaktadır¹⁶.

Hukukumuzda iş ilişkisinin kurulması aşamasında işverenin eşit işlem borcuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmayıp, Anayasa m.10 ve 70’ de kamu hizmetlerine girme bakımından kadın ve erkek eşitliği belirtilmiştir. Bu husus ayrıca Türkiye'nin onayladığı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”nde de vurgulanmaktadır (m.11/b). Madde hükmünde, çalışma hayatında işe kabulde kadın ve erkeklerin

¹⁵ KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.69, 94 (dn.135) ; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.231, 250 ; Ö. Zühtü ALTAN, Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması, Eskişehir 1980, s.159-160 ; Teoman OZANOĞLU, “Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1988, Cilt: 2, Sayı: 6, s.3.

¹⁶ ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s. 153vd.

eşit seçim ölçütleri uygulanması da dahil olmak üzere, erkeklerle eşit çalışma olanaklarının sağlanması ve özgürce iş ve meslek seçmek hakkının sağlanması konusu düzenlenmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu m.5/III' e göre; "İşveren, ..., bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, ..., cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.". Söz konusu hüküm, iş almada işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

İş Hukuku öğretisinin bir bölümüne göre, iş almada işverenin eşit davranma borcu söz konusu değildir¹⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre; Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünün (AY m.48) bir gereği olarak işveren, iş sözleşmesinin kurulmasında hangi işçiyle işi en verimli ve uyumlu bir biçimde yürütebileceğini belirleme yetkisine de sahiptir. Zira İş Kanunu m.5/I' de "iş ilişkisinde" ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. O halde eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ile işveren arasında iş ilişkisi olarak adlandırdığımız hukuki ilişkinin kurulmuş olması gerekir. Bu bağlamda işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayırım yapma yasağına uyması şeklinde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aynı şekilde İş Kanunu m.5/VI' da "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" denilmek suretiyle öngörülen yaptırımın iş ilişkisinin doğumundan sonra uygulanacak bir yaptırım olduğu hükme bağlanmıştır¹⁸.

Buna karşılık öğretilerde¹⁹, 4857 sayılı İş Kanunu m.5/III' de yer alan "İşveren, ..., bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, ..., cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." şeklindeki ifade nedeniyle işverenin iş sözleşmesinin kurulmasında da eşit işlem yapma yükümlülüğünün bulunduğu savunulmaktadır. İş almada ayırım yapma yasağını açıkça düzenleyen bu hüküm uyarınca, işveren işin niteliği haklı göstermedikçe adayın sırf hamileliği nedeniyle iş sözleşmesi yapmaktan kaçınamayacaktır. Her ne kadar İş Kanunu m.5/ VI' da ayrımcılık tazminatı düzenlenirken "İş ilişkisinde veya sona ermesinde..." ifadesi kullanılmış olsa da, bu ifade işverenin iş

¹⁷ A. Can TUNCAY, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.153-154; Öner EYRENCİ/ Savaş TAŞKENT/ Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006, s.145; Tankut CENTEL, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.140; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s.402-403.

¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.403; Fevzi ŞAHLANAN, "4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri", 4857 Sayılı İş Kanununu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s.74.

¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.546-547.

sözleşmesinin kurulması aşamasında ayırım yapmama borcu bulunmadığı anlamına gelmez. İş Kanununun iş sözleşmesinin kurulması aşamasındaki ayırım yasaklarına aykırı davranışı özel bir yaptırıma bağlamamış olması, bu konuda işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı anlamına gelmemektedir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayırım yasaklarına aykırı davranan işveren açısından ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir, ancak bu durum “culpa in contrahendo” çerçevesinde değerlendirilip, genel hükümlere göre bir tazminata hükmedilmesi mümkün olabilecektir²⁰.

İşverenin sözleşme öncesi görüşmelerde, adaya hamile olup olmadığı veya hamile kalmayı düşünüp düşünmediği şeklinde sorular yönelmesi uygulamada çok sık rastlanılan bir durumdur. Bu tür sorular ile işverenler, iş ilişkisinin kurulmasından kısa bir süre sonra doğabilecek ekonomik külfetleri veya çalışma şartlarında bu nedenle oluşabilecek değişiklikleri tahmin etme amacı gütmektedir²¹. Hukukumuzda bazı yazarlar, işin niteliği gerektirsin veya gerektirmesin, hamileliğin işveren bakımından zorunlu bir külfet yaratacağı düşüncesi ile işverenin bu durumu bilmekte haklı bir çıkarının bulunduğunu buna bağlı olarak da, işverenin hamilelikle ilgili soruları sorabileceğini kabul etmektedirler²². Buna karşılık TAŞKENT, yapılacak işin özelliği kadın işçiye böyle bir soru yöneltilmesini haklı kılıyorsa, soruya doğru yanıt verilmesi gerektiğini, aksi halde bu tür bir sorunun Anayasa m.20’ de güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesini zedeleyeceğini kabul etmektedir²³. EYRENCİ ise, Türkiye’ nin “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ni onaylamasından

²⁰ Kübra DOĞAN YENİSEY, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’ nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan, Cilt: 6, 2002, Sayı: 4, s.69 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.404; ÇELİK, İş Hukuku, s.175; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, a.g.e., s.145 ; A. Can TUNCAY, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007, s.35 ; ERTÜRK, a.g.e., s.163; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.334vd.; Cavit DEMİRAL, “4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı”, E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, Sayı: 37, s.21-22.

²¹ Şükran ERTÜRK, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası, AB’ ye Sosyal Uyum Dizisi, 1. Baskı, Mart 2008, s.156.

²² Ali Nazım SÖZER, “Hamilelik ve İş Hukukunda Sonuçları”, Adalet Dergisi, Kasım- Aralık 1982, Cilt: 73, Sayı: 6, s.1051; Ercan AKYİĞİT, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990, s.44 ; Ercan AKYİĞİT, İş Hukuku, Ankara 2002, s.102.

²³ Öner EYRENCİ, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.253-255; Savaş TAŞKENT, “İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982, s.179-180 ; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.158-159; SÖZER, a.g.e., s. 1050-1052; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük, s.44.

sonra, çalışma yerinin ve işin niteliği gerektirmiyorsa, bayan işçiye hamilelikle ilgili soru sorulması bir cinsiyet ayrımı yaratacağından bu tür soruların geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmektedir²⁴. Bu bağlamda işverenlerin adaydan hamilelik testi sonucunu gösteren bir rapor istemeleri de yasal değildir.

Kanımızca, kadın işçinin kural olarak işyeri veya görülen işle ilgisi bulunmayan soruları cevaplandırmakla yükümlü olmadığı, ancak hamileliği nedeniyle üstlendiği işi yerine getiremeyecekse yahut sözkonusu işin niteliği hamilelikle bağdaşmıyorsa bu tip soruları cevaplandırmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir²⁵. Zira İş Kanunu m.25/II, a maddesine göre; *“iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vererek veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması”* durumunda işveren, sözleşmenin esaslı bir unsurunda yanıltılması sebebiyle iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin, haklı sebeple feshedebilir²⁶. Ancak işveren tarafından yanıltılma, sözleşmenin esaslı bir noktası bakımından gerçekleşmiş olmalıdır²⁷. Öğretide kadın işçinin doğru bilgi vermeyerek sözleşmenin kurulmasını sağlaması durumunda, işverenin sözleşme kurulduktan sonra genel hükümlerden yararlanmak suretiyle iş sözleşmesini hile (BK m.28) sebebine dayanarak iptal ettirebilme olanağına sahip olduğu kabul edilmektedir²⁸. Bu durumda yazarların bir kısmı sadece fesih hakkının kullanılabileceğini savunurken²⁹, diğer bir kısmı hakların yarışabileceğini kabul etmektedirler³⁰.

İş sözleşmesi kurulduktan sonra kadın işçinin hamileliğinin ortaya çıkması durumunda, hamilelik işin yerine getirilmesi bakımından vazgeçilmez koşul değilse, işveren işçinin bu durumunu bilseydi iş sözleşmesini kurmayacağını bu nedenle sözleşmeyi İş Kanunu m.25/ II, a' ya göre feshettiğini ileri süremeyeceği gibi, sözleşmenin

²⁴ EYRENCİ, a.g.e., s.254-255.

²⁵ aynı yönde bkz.TAŞKENT, a.g.e., s.179-180; EYRENCİ, a.g.e., s.253-255; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.158-159; SÖZER, a.g.e., s.1050-1052 ; AKYİĞİT, Kesin Hükümsüzlük, s.44; ERTÜRK, a.g.e., s.160.

²⁶ Münir EKONOMİ, İş Hukuku, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul 1987, s.198 ; ERTÜRK, a.g.e., s.161

²⁷ ERTÜRK, a.g.e., s.161.

²⁸ Kemal OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.56; Ferit SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.571-572 ; Kenan TUNÇOMAĞ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, s.214.

²⁹ EKONOMİ, İş Hukuku, s.198.

³⁰ OĞUZMAN, Fesih, s.56 ; SAYMEN, a.g.e., s.571-572 ; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku, s.214.

esaslı unsurlarında hataya düştüğünü ileri sürerek Borçlar Kanunu hükümlerine göre sözleşmeyi iptal de ettiremez³¹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı da, 1991 yılında vermiş olduğu bir kararında³², hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir. Divana göre; kadın işçi iş görüşmesi sırasında işverene hamile olduğunu söylemek zorunda değildir. Eğer kadın işçinin bu konuda işvereni haberdar etme yükümlülüğü kabul edilecek olursa, 92/85/EEC sayılı Yönergenin 10. maddesi ile getirilen işten çıkarma yasağına ilişkin güvencenin bir anlamı kalmayacaktır³³.

C) KADIN İŞÇİLERİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMLARININ ÇALIŞMA KOŞULLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

1-Genel Olarak

İş Kanunu m.5' in gerekçesinde de belirtildiği üzere, işverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10. maddesinde bulmaktadır. 1982 Anayasasının "Genel Esaslar" başlığını taşıyan birinci kısmında yer alan m.10/ II' ye göre; *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür."*(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.)³⁴. Zira İş Kanunu m.5/ III' e göre de; *"İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin ..., şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ..., cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz."* Söz konusu hüküm uyarınca, işverenler işe almada cinsiyet veya gebelik nedenleriyle ayırım yapamayacakları gibi, işin devamı süresince de ücret ve çalışma koşullarında aynı nedenlerle ayırım yapamayacaklardır(İş Kanunu m.5/ III).

Madde hükmünde işveren tarafından ayırım yapılmasını veya eşit davranma borcuna aykırı davranılmasını haklı kılan nedenler de belirtilmiştir. Bunlar; biyolojik veya işin niteliğine ilişkin nedenlerdir. Söz konusu nedenlerin bulunması ve ayırım yapılmasını zorunlu kılması durumunda, işverenin farklı işlem yapması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacak ve ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir.

³¹ ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.162-163 ; ERTÜRK, a.g.e., s.161

³² In Case C-177/88 (<http://eur-lex.europa.eu/> 25.11.2008).

³³ In Case C-109/00 (<http://curia.europa.eu/> 25.11.2008).

³⁴ 1982 Anayasasının metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, 25.11.2008.

Hamilelik, kadın işçinin iş sözleşmesinde yer alan çalışma şartlarının yeniden düzenlenmesini gerektiren bir durumdur. Kadın işçinin hamileliğinin çalışma şartlarına etkisi tıbbi muayeneye gitmesi için izin verilmesi, daha hafif bir işte çalıştırılması ve doğumdan önceki sekiz haftalık dönemde çalıştırılmaması şeklinde ortaya çıkarken, kadın işçinin doğum yapmasıyla başlayan analık döneminin çalışma şartlarına etkisi doğumdan sonraki sekiz hafta çalıştırılmama yani doğum izni, süt izni ve ücretsiz izin olarak karşımıza çıkmaktadır.

a) Hamilelik Süresince Tıbbi Muayeneye Gitme İzni

4857 sayılı İş Kanunu m.74/ III ve adı geçen Yönetmelik m.12' de; hamile kadın işçilere hamilelikleri süresince, periyodik kontroller için ücretli izin verileceği düzenlenmiştir³⁵. Söz konusu hükümler ile, kadın işçinin ve doğacak bebeğin sağlığının ve hayatının korunması amaçlanmaktadır.

92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesine göre de; üye devletler, hamile çalışanın muayeneleri iş saatleri içinde yapılması gerekiyorsa, ulusal mevzuat ve/ veya uygulamaya uygun olarak ücretli izin sağlanması yönünde gerekli önlemleri alacaklardır (m.9).

b) Doğum İzni

4857 sayılı İş Kanununun "Analık halinde çalışma ve süt izni" başlığını taşıyan 74. maddesine göre; *"Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı 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 artırılabılır. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir."

³⁵ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 81. madde gereğince çıkarılan 1987 tarihli Gebe ve Emzikli Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzükte; gebe ve emzikli kadınların çalışma şartları düzenlenmişti. Tüzüğün 4. maddesine göre; kadın işçiler başvurulursa gebeliğin ilk üç ayında işyeri, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde ise, sırasıyla en yakın SSK sağlık tesisleri, sağlık ocakları, hükümet veya belediye hekimlerince muayene ve tedavi edilirler. Yine ilk üç aydan sonraki aylarda da, ayda en az bir defa tıbbi muayeneye gitme izni verilir.

Kadın açısından bir hak olarak düzenlenen onaltı haftalık çalıştırılmama durumu³⁶ işveren açısından ise bir yasağı teşkil etmektedir. Bu süre içinde hamile veya loğusa kadın işçinin çalıştırılması yasağa aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca bu sürelerin toplu iş sözleşmeleriyle ve iş sözleşmeleriyle artırılmaları da mümkündür³⁷.

İş Kanunu m.74, "İşin Düzenlenmesi" başlığını taşıyan 4. Bölümde yer almaktadır. Ancak maddenin konulmasındaki asıl amaç işin düzenlenmesinden öte, kadınların korunmasıdır. Bu yönüyle, yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasal bir kökene sahiptir ve kamu yararı düşüncesi ağır basmaktadır³⁸.

4857 sayılı İş Kanunu m.88 uyarınca çıkarılmış olan Gebe ve Emziren Kadınların Çalışma Şartıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin "Analık İzni" başlıklı 11. maddesine göre; *"Gebe işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmaması esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, hekimin onayı ile gebe işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Ancak bu durumda gece çalışması yaptırılmaz ve gebe 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."*

92/85/EEC sayılı Yönerge ile de işverene doğum izni ile ilgili olarak önemli bir yükümlülük getirilmiştir. Yönergenin 8. maddesi

³⁶ Aynı hususları düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu m.70' e göre; kadın işçi hamile kalması halinde doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere toplam 12 hafta çalışmama hakkına sahipti (KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.95 ; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.240); 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bu konu ayrıca 1987 tarihli "Gebe ve Emziren Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzük" ün 3. maddesinde de yer almaktaydı (KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.95-96). Tüzükte bu konu "Çalıştırma Yasağı" başlığı altında düzenlenmiştir (m.3). Tüzükte kadın işçinin hamilelik durumunu işverene bildirme yükümlülüğü konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Sadece İş Kanunu m.70' de, sürelerin hekim raporu ile belirleneceği hususu düzenlenmiştir. İşveren, doktorun vereceği rapora göre koruyucu süreyi işletecektir. Kadın işçi, doğumdan sonraki 6 haftadan sonra 6 aya kadar ücretsiz izin hakkına sahiptir. İş Kanununda ve Tüzükte doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması veya doğumdan sonra çocuğun ölmesi hallerinde, kadının doğumdan sonra kullanacağı 6 haftalık çalışmama süresinin nasıl düzenleneceği hususuna bir açıklık getirilmemiştir (KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.96 ; ALTAN, a.g.e., s.163).

³⁷ Binnur TULLUKÇU, "Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü", Prof. Dr. Nuri Çelik' e Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s.1352vd.

³⁸ Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 6. bası, Ankara 1986, s.947.

uyarınca üye devletler, hamile işçilere doğumdan önce ve sonra olmak üzere en az 14 hafta devamlı doğum izni verilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu iznin en az iki haftalık kısmının mutlaka doğumdan önce ve veya sonra kullanılması zorunludur (m. 8/ 2).

4857 sayılı İş Kanunu m.74' de ve ilgili Yönetmeliğin 11. maddesinde yer alan düzenlemeler, süre açısından değerlendirildiğinde 92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile uyumludur. Ancak Yönergede, çocuğun doğumunda sözkonusu olan bu izin hakkı erkek işçiler için de kabul edilmektedir ve ayrıca evlat edinme halinde de kadın ve erkek işçiler bakımından aynı izin hakkı mevcuttur. Avrupa Birliği Hukukunda "ebeveyn izni"³⁹ olarak adlandırılan bu izin, bağımlı çalışan kadın ve erkeklere, doğum veya evlat edinme yoluyla anne-baba olmaları halinde, çocuklarının bakımını sağlamak için tanınan izin hakkından ibarettir⁴⁰. Türk Hukukunda erkeğin analık izninden yararlanması veya evlat edinme durumunda gerek kadının gerek erkeğin analık izninden yararlanması konusuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yönergeye göre, analık iznine çıkmış bir kadın, izin süresi bittikten sonra eski işine dönme ya da kendisi için eski işinden daha aşağı şartlarda olmayan eşdeğer bir işe başlama ve yokluğunda iş koşullarında oluşup da hak kazanacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakkına sahiptir (m.2/ 7). Türk Hukukunda, kadınların analık izni sonrasında işe geri dönüşlerinde eski işlerine eşdeğer bir işe başlamaları veya izinde buldukları süre içinde meydana gelen her iyileşmeden yararlanma hakkına sahip olmaları konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda Yönerge hükümleri ile Türk Hukuku arasında bir uyumsuzluk sözkonusu olmaktadır. Ancak Yargıtay' ın yakın tarihli bir kararına konu olan olaya göre⁴¹; *"Dosya içeriğine göre davacı işçinin yönetici pozisyonunda çalışmakta iken doğum nedeni ile yasal izinlerini kullandığı sırada yerine yönetici atanan davacıya izin bitiminde 15.03.2007 tarihli yazı ile Terminal Yönetimi Biriminde Takım Üyeliği görevinde çalışmasının teklif edildiği ve İş Kanununun 22. maddesi uyarınca 6 iş günü içinde yazılı cevap verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Davacı sözü edilen görevlendirme yazısına karşı 22.03.2007 tarihli dilekçe ile verilen görevi kabul etmediğini, yöneticilik görevinin tevdi edilmesini talep etmiştir.*

³⁹ Ebeveyn izni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.Ayşegül KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, "Avrupa Birliği Hukukunda Ebeveyn İzni", LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 3, Sayı: 9, s.111-132.

⁴⁰ KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, a.g.e., s.112, 129

⁴¹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 23.06.2008, Esas No: 2007/ 41015, Karar No: 2008/ 17093.

Davalı işveren, bu kez 30.03.2007 tarihli yazı ile, kullanılan izinlerin uzun olması nedeni ile yapılan reorganizasyon çalışmaları kapsamında yerine yönetici atandığını, yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 02.04.2007 tarihi itibarıyla nakledildiğini bildirmiştir. Davacı yönetici sıfatı taşıdığını ve önerilen görevi kabul etmediğine ilişkin kaydı düşerek anılan yazıyı aldıktan sonra 02.04.2007 tarihli dilekçesi ile izin bitimi döneceğinin belli olmasına rağmen Mart 2006 tarihinde belirlenen enflasyon zammı ile 2007 yılında yapılan zamdan yararlandırılmadığını, önerilen görevi kabul etmediğini belirttiği halde atanmasının aralarında mevcut çalışma barışını bozduğunu belirterek, bu durumda yönetici unvanının korunarak, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, 02.04.2007 tarihli cevap yazısında 4857 sayılı İş Kanunu' nun 18. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği için iş sözleşmesini feshetmeyeceklerini, önerilen görevde çalışmak istenmiyorsa iş sözleşmesini İş Kanununun 24/ II. maddesi uyarınca bildirimsiz ve fakat tazminatlı ya da aynı Kanununun 17. maddesi gereğince istifa yolu ile sona erdirebileceğini davacı işçiye ihtaren bildirmiştir. Davacıya aynı gün davalı şirket yetkilisi tarafından elektronik posta ile istifa dilekçesi örneği gönderilmiş, davacı bildirilen örneğe uygun olarak iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır.”. Yargıtay sözkonusu olay hakkında “Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan iş gücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kullanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir.” şeklinde görüş belirtmiştir. Sözkonusu kararda ifade edilen görüş, gerek Avrupa Birliği düzenlemelerine gerek İş Kanunumuzda yer alan ve kadın işçiyi hamilelik ve analık durumlarında korumaya yönelik düzenlemelere uygun düşmektedir.

İş Kanunu m.74' e göre sözkonusu olan 16 haftalık çalıştırılma yasağına ilişkin süre bir koruma süresi olduğu için, doğumun erken olması halinde, kalan süreyi doğumdan sonraki süreye eklemek doğru olacaktır. Çocuğun ölü doğması veya doğumdan kısa bir süre sonra ölmesi durumlarında ise, doğumdan sonraki 8 haftalık süre kısaltılamaz. Hatta İş Kanunu m.74'e göre doktor raporuyla uzatılması dahi mümkündür⁴².

⁴² KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.96 ; ALTAN, a.g.e., s.163.

İş Kanunu m.74/III' de; kadın işçiye hamilelik süresince periyodik kontroller için ücretli izin verileceği açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık İş Kanunu m.25/ I' de yer alan düzenleme uyarınca, kadın işçinin sahip olduğu 16 haftalık kanuni izin hakkını kullanması sırasında ücrete hak kazanması mümkün değildir⁴³. Zira bu süre içerisinde 5510 sayılı Kanununun 18. maddesine göre; kadın işçiye geçici işgöremezlik ödeneği ödenecektir.

Avrupa Birliği Hukukuna göre de bu süre boyunca hamile işçinin iş sözleşmesinden doğan ücret dışındaki bütün hakları devam etmelidir. Aslında 92/85/EEC sayılı Yönerge'deki açık düzenlemeden önce de Divan 76/207/EEC sayılı Yönerge çerçevesinde hamileliği nedeniyle kadın işçinin bir takım haklardan yararlandırılmamasını ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı vermiş olduğu bir kararında⁴⁴ kadın işçinin hamilelik sırasında işten uzak kaldığı dönemin verimlilik değerlendirmesinde dikkate alınmadığını, çünkü doğum izni süresinin devamsızlık olarak nitelendirildiğini ve bu durumun ayrımcılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Kadın işçinin hamilelik durumunun başka biriyle kıyaslanmasının mümkün olmadığı gerekçeyle Divan bu kararda ayrımcılık yasağı ilkesi gereği, doğum izni sırasında iş sözleşmesi devam eden kadın işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan ve her iki cinse de uygulanan çalışma şartlarından yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda Divana göre; kadın işçi eğer hamile olmasaydı ve doğum iznine çıkmasaydı bu verimlilik değerlendirmesinden yararlanacaktı.

Ayrıca belirtmek gerekir ki İş Kanunu m.55'e göre; kadın işçilerin m.74 gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılan hallerdendir (İş Kanunu m.55/ b).

c) Ücretsiz İzin Hakkı

Kadın işçinin doğumdan sonraki 8 haftalık çalıştırılmasının yasak olduğu süre sonunda, ücretsiz izin talep edebilmesi hakkı, İş Kanunu m.74/ V ve adı geçen yönetmelik m.11/III' de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre; *"İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz."* Bu izin kadın işçinin isteği

⁴³ bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. SÖZER, a.g.e., s.1061 ; TULUKÇU, a.g.e., s.1359-1360.

⁴⁴ In Case C-136/95 (<http://eurlex.europa.eu/>, 28.11.2008).

üzerine verilir. Ayrıca bu süre zarfında ücret ödenmediği için, kadın işçiden sigorta primi kesilmesi de söz konusu değildir⁴⁵.

Görüldüğü üzere bu hükümlerde; kadın işçinin, çocuğunun henüz anne şefkatine ve bakımına ihtiyacı olduğu bir dönemde, kendi yanında olmasını temin etmek amacıyla bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu izin kadın işçinin isteği üzerine verilir. Bu süre, ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (İş Kanunu m.70/IV). Yani çalışılmış günler gibi sayılmaz.

d) Süt İzni

Emzikli kadın işçi, doğumdan sonraki sekizinci haftanın bitiminden sonra çalışmaya başlayan, 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren kadın işçidir. İşveren, çocukların sağlıklı olmaları için, İş Kanunu m.74/ son ve Yönetmelik m.14 uyarınca, çocuk emziren kadın işçilere günün belli saatlerinde emzirme izni vermekle yükümlüdür. Söz konusu hükümlere göre; *“Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.”* İş Kanunu m.66/ e’ ye göre de; çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler çalışma sürelerinden sayılmaktadır.

Annenin herhangi bir nedenle çocuğunu emzirememesi halinde de sözkonusu iznin işveren tarafından kullanılması gerekmektedir. Zira bu hususun düzenlenmesindeki amaç, bu süreler içerisinde annenin çocuğuyla yakından ilgilenebilmesine olanak vermektir.

Yönetmeliğin, işverenlerin oda ve yurt açma yükümlülüğün düzenleyen 15. maddesine göre; yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur (m.15/I). Bu hükme göre; 100’ den az işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenin, emzirme odası veya yurt açma yükümlülüğü mevcut değildir. Bu yükümlülük sadece, yaşları ve medeni halleri ne

⁴⁵ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde de; kadın işçinin doğumdan sonraki 6 haftalık çalıştırılmasının yasak olduğu süre sonunda, ücretsiz izin talep edebilmesi hakkı, m.70/ IV ve adı geçen tüzüğün 3. maddesinin III. fıkrasında düzenlenmişti. Bu hükümlere göre; isteği halinde kadın işçiye, doğumdan sonraki 6 haftadan sonra 6 aya kadar ücretsiz izin verilir.

olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerleri işverenleri için sözkonusudur⁴⁶.

Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150' den çok kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması ve bakılması, emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt açma yükümlülüğünde olan işverenler yurt içinde anaokulu da açmak zorundadırlar. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür(Yönetmelik m.15/ II).

İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, bu Yönetmelikte öngörülen nitelikleri taşıyan yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler(Yönetmelik m.15/ III).

Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan yükümlülük sadece kadın işçi sayısı dikkate alınarak öngörülmüştür.

Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın işçilerin toplam sayısı dikkate alınır (Yönetmelik m.15/ son).

e) İşverenin Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadın İşçiyi Daha Hafif İşlerde Çalıştırması Yükümlülüğü

İş Kanununa göre; hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması gerekir (m74/ IV).

⁴⁶ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde 81. madde uyarınca çıkarılan 1987 tarihli Gebe ve Emzikli Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzüğü'nün 6. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; emzikli işçilere, oda ve yurtlarda bulunan bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için, İş Kanunu m.64 gereğince verilecek ara dinlenmesinden önce ve sonra, uygun saatlerde ayrı ayrı iki defa kırkbeşer dakikalık emzirme izni verilir. Tüzüğü'nün 6. maddesi 2. fıkrası hükmüne göre ise; 100' den az işçi çalıştırılan işyerlerinde, emzikli işçilere de, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için biri ara dinlenmesinden, biri işin bitiminden önce, ayrı ayrı iki defa kırkbeşer dakikalık emzirme izni verilir. Bu izinler iş süresinden sayılmıştır (Tüzük m.6/ III; İş Kanunu m.62/ d). Bu hükme göre; 100' den az işçi çalıştırılan işyerlerinde işverenin, emzirme odası veya yurt açma yükümlülüğü mevcut değildir. Bu yükümlülük sadece, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerleri işverenleri için sözkonusudur. Emzikli kadının çocuğunun anne sütü ile beslenmesi ve bir yaşından küçük çocukların bırakılması için, işveren tarafından, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun 100-150 kadın çalıştırılan işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulması zorunludur (Tüzük m.7). Eğer işyerinde 150' den fazla kadın işçi çalıştırılıyorsa, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulması zorunlu olup, yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (Tüzük m.7/ II). İşverenin oda ve yurt açma yükümlülüğü, belediye hudutları içinde kalan bütün işyerlerinde çalışan kadın işçilerin toplam sayısına göre belirlenir (Tüzük m.7/ III).

Yönetmeliğe göre de; kadın işçiler, hamile olduklarının hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacaklardır (m.10).

Yönetmelik m.13' e göre ise; emziren işçilerin, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği⁴⁷nde kadınların çalıştırılabilecekleri belirtilmiş olan işlerde çalıştırılabilmeleri için, doğumdan sonraki sekiz haftanın bitiminde ve işe başlamalarından önce, işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, Sağlık Ocağı, Hükümet veya belediye hekimlerine muayene ettirilerek çalışmalarına engel durumları olmadığının raporla belirlenmesi gerekir (m.13/ I).

Muayene sonunda ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğu hekim raporuyla belirlenen işçi, doğumdan sonra ilk altı ay içinde bu işlerde çalıştırılmaz (m.13/ II).⁴⁸

92/85/EEC sayılı Yönergeye göre ise; alınması gereken önlemler, kadın işçinin gündüz işine geçirilmesi, naklin teknik veya objektif açıdan mümkün olmaması ya da somut nedenlerle talep edilememesi durumunda işten izinli sayılmayı veya doğum izninin uzatılmasını içermelidir (m.7/ 2).

Hamile kadın işçinin daha hafif işlerde çalıştırılması halinde ücretinde bir indirim yapılamayacaktır⁴⁹.

f) Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadın İşçinin Gece Çalıştırılması Yasağı

Yönetmeliğe göre; emziren işçinin doğumu izleyen ilk 6 ay boyunca gece çalıştırılması yasaktır (m.9/I). Yeni doğum yapmış işçinin doğumu izleyen sekiz haftalık süre sonunda, emziren işçinin ise, 6 aylık süreden sonra gece çalışması yapmasının güvenlik ve sağlık

⁴⁷ RG 25494, 16.06.2004.

⁴⁸ 1475 sayılı İş Kanununda da, doğumdan sonraki 6. haftanın bitiminden itibaren, eğer doktor raporu ile süre arttırılmamışsa (İş Kanunu m.70/ II; Tüzük m.3/ II), emzikli kadın işçinin çalışmaya başlayacağı düzenlenmiştir. Tüzüğün 5. maddesine, emzikli işçilerin, Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğünde belirtilen ve kadınların çalıştırılabilecekleri ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilmesi için, doğumdan sonraki 6 haftanın bitiminde ve işe başlamadan önce çalıştırılmalarına engel bir durumun olmadığına ilişkin hekim raporunun alınması şartı öngörülmüştür. Muayene neticesinde ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının mahzurlu olduğu belirlenmişse, bu durumda artık emzikli kadın işçinin doğumdan sonra ilk 6 ay içinde, bu işlerde çalıştırılması mümkün değildir (Tüzük m.5/ II).

⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.529; Bu konuyla ilgili olarak 1475 sayılı İş Kanunu döneminde belirtilen görüşler için bkz. KAPLAN-SENYEN, Kadın İşçi, s.107; Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998, s.185.

açısından sakıncalı olduğunun hekim raporu ile belirlendiği dönem boyunca, gece çalıştırılması yasaktır (m.9/ II).⁵⁰

Ayrıca doğumdan önceki dönem içinde kadın işçiler hamile olduklarının hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacaklardır (m.9/III).

92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesine göre de; hamile, loğusa veya emzikli çalışanların, gece çalışmalarının sağlık veya güvenlik bakımından tehlikeli olacağı, üye devletlerce öngörülen prosedüre uygun olarak sağlık ve güvenlikle ilgili ulusal merciler tarafından sağlık raporu ile belirlenecek olursa, hamilelik ve doğum sonrası dönemde bunlar gece çalışması yapmaya zorlanamayacaklardır (m.7/1).

D) İŞ SÖZLEŞMESİNİN KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİK VE ANALIK DURUMU NEDENİYLE İŞVEREN TARAFINDAN FESHEDİLMESİ

Hamilelik ve doğum nedeniyle geçici bir süre işçinin işgörmeye edimini yerine getirmesinin imkânsız olduğu dönemde iş sözleşmesi askıda kalır. İş Kanunu m.25/I, a' ya göre; gebelik ve doğum hallerinde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı kadın işçinin çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini sekiz hafta aşmasından sonra doğar. Bu süre doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz olmak üzere 16 haftadır. İşverenin hamilelik ve doğum hallerinde kadın işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için geçmesi gereken sürede iş sözleşmesi askıda kalır ve bu süre zarfında ücret işlemez⁵¹. Bu süre içinde belirsiz süreli iş sözleşmeleri bildirim sürelerine uyularak sona erdirilirse bildirim süreleri işlemez. Ancak belirli süreli iş sözleşmelerinde askıda kalma süresi sözleşmenin süresinin işlemesine engel olmaz⁵².

1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay' ın vermiş olduğu isabetsiz bir karara göre⁵³; *"hamilelik nedeniyle fesih, işin verimliliği noktasından, işverenin takdirine dayanan ve 13. maddenin işverene fesih hakkı tanıyan hükmüne girmektedir. Bu itibarla olayda kötüniyet*

⁵⁰ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde hazırlanmış olan Tüzüğün 6 maddesine göre; emzikli kadın işçilerin doğum tarihinden itibaren 6 ay süre ile gece çalışmaları yasaklanmış, ancak bu süre içinde gebe ve emzikli kadın işçilerin çalışma koşullarını düzenleyen tüzük hükümleri saklı kalmak kaydıyla, gündüz postalarında çalıştırılabilecekleri hükme bağlanmıştır.

⁵¹ KAPLAN-SENYEN (AKTAY/ ARICI), a.g.e., s.166 , ERTÜRK, a.g.e., s.162.

⁵² E. Tuncay KAPLAN-SENYEN, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik' e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s.1236; Sarper SÜZEK, İş Akdinin Askıya Alınması, Ankara 1989, s.90vd.; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.240-241; SÖZER, a.g.e., s.1066-1067; ÇENBERCİ, a.g.e., s. 559.

⁵³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 15.09.1987, Esas No:1987/ 7104, Karar No: 1987/ 7858.

yoktur. Mahkemenin bazı ihtimalleri sayarak ve kötüniyet kavramını genişletici anlama gelecek şekilde isteği kabul etmiş olması isabet-sizdir.”. Hamilelik durumunun kadın işçinin verimini etkileyeceği hususu muhtemeldir. Ancak bu halin taraflar arasında, iş ilişkisine devamı çekilmez hale getirmesi durumunda usulüne uygun kullanılmış bir fesih hakkından sözedilebilir. Yargıtay bu kararında hamileliğin işçinin verimini etkilemesi durumundaki bir feshi kötüniyetli kabul etmeyerek hamilelik durumunda yapılacak fesihlerde verimi meşru bir mazeret olarak kabul etmiştir. Ancak kadın işçinin hamileliliğinin iş ediminin yerine getirilmesini imkânsızlaştırdığı veya önemli ölçüde etkilediği durumlarda iyiniyetle kullanılmış fesih hakkından sözedilebilir. Yoksa olayda olduğu gibi sırf hamilelik nedeniyle ve bunun verimlilikle bağlantısı kurulmadan hareket edilirse, bu durum 4857 sayılı İş Kanunu m.17 uyarınca kötüniyetli fesih olarak değerlendirilir (ayrıca bkz. 1475 sayılı İş Kanunu m.13)⁵⁴. Nitekim Yargıtay 1997 yılında vermiş olduğu bir diğer kararında ilk içtihadını değiştirmiş ve "Bir bayan işçinin yaşı itibarıyla hamile kalması ve raporlar alması kadar doğal bir şey olamaz. Anayasamıza göre herkesin sağlık hakkı güvence altına alınıp, aile de toplumun temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan olayda hamile kadını çalıştırmam şeklinde bir beyanla hizmet sözleşmesinin feshinin kötüniyete dayandığının kabulü gerekir."⁵⁵ şeklinde görüş bildirmiştir. Bu kararda Yargıtay, kadın işçinin iş sözleşmesinin sırf hamilelik nedeniyle feshedilmesinin kötüniyetli davranış oluşturacağını kabul etmiştir⁵⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, sadece kadın işçilerin çalıştığı bir işyerinin sözkonusu olması durumunda kadın işçinin iş sözleşmesinin hamileliği nedeniyle feshedilmesinin İş Kanunu m.5' e aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. İş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı konusu bağlamında, öğretide bir grup yazara göre; iş sözleşmesinin süreli veya haklı nedenle feshinde kural olarak işverenin eşit davranma borcundan sözedilemez. Ancak bu görüşü savunan yazarlar serbestinin mutlak olmadığını, işverenin hakkını kötüye kullanmaması gerektiğini kabul etmektedirler⁵⁷. Buna karşılık İş Hukuku öğretisinden diğer bir

⁵⁴ ERTÜRK, a.g.e., s.162.

⁵⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 27.03.1997, Esas No: 1996/22900, Karar No: 1997/6115.

⁵⁶ Cevdet İlhan GÜNAY, Şerhli İş Kanunu, Cilt: 1, Ankara 1998, s.362, dn.106.

⁵⁷ Tankut CENTEL, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994, s.168; Fevzi DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir 2005, s.126-127; Kübra DOĞAN YENİSEY, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı: 11, 2006/ 4, s.69 ; Ercan GÜVEN/ Ufuk AYDIN, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Eskişehir 2007, s.125.

grup yazar tarafından iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun bulunduğu görüşü ifade edilmektedir⁵⁸.

İş sözleşmesi feshedilen kadın işçi iş güvencesi hükümlerinin kapsamında olan bir işçi olabileceği gibi, iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışına kalan bir işçi de olabilir. İş sözleşmesinin sona erdirilmesinde hamilelik ve analık durumu tek başına haklı bir sebep oluşturmayacağı gibi, geçerli bir sebep de oluşturmaz (4857 sayılı İş Kanunu m.18/III,e). Zira İş Kanunu m.18' de, iş güvencesine tabi olan işçiler bakımından fesih için geçerli sebep oluşturmayacak durumlar açıkça sayılmıştır. İş Kanunu m.18/III, d hükmüne göre; geçerli sebep kabul edilmeyen durumlar arasında “ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” sayılmaktadır.

92/85/EEC sayılı Yönerge uyarınca da, hamilelik döneminin başından analık izninin sonuna kadar kadın işçiler istisnai haller dışında işten çıkarılamaz. Bu dönemde gerçekleşecek ve kadın işçinin hamileliğine bağlı olmayan nedenlerden kaynaklanan istisnai fesihlerde işveren haklı nedenleri yazılı olarak kadın işçiye bildirmelidir (m.10). Divana göre Yönergenin 10. maddesi belirsiz süreli iş sözleşmeleri kadar belirli süreli iş sözleşmelerini de kapsamaktadır⁵⁹.

Divan çeşitli kararlarında işverenin uğrayacağı maddi zararın veya işletme gereklerinin hamile kadın işçinin işten çıkarılması bakımından haklı neden olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü işverenin kadın işçinin hamileliğinin getirdiği ekonomik ve çalışma düzenine ilişkin riskleri üstlendiğini belirtmiştir⁶⁰.

Divana göre⁶¹; kadın işçinin hamileliği veya doğum yapması nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi 92/85/EEC sayılı Yönergenin

⁵⁸ EKONOMİ, İş Hukuku, s.157 ; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s.213vd.; Ercan AKYIĞIT, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2006, s.292 ; Mustafa ALP, “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, Karar İncelemesi, YKİ, 4, 2007, s.72-73; E. Murat ENGİN, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003, s.112.

⁵⁹ In Case C-438/99 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 05.12.2008); In Case C-109/00 (www.europa.eu.int/eur-lex, 06.12.2008). Divan işverenin süresi dolan bir iş sözleşmesinin kadın işçinin hamile olması nedeniyle yenilenmediği iddia ediliyorsa, bu durumun 10. madde anlamında yasaklanan bir fesih hali oluşturmayacağı yönünde görüş belirtmiştir. Ancak bu durumda kadın işçinin hamile olduğu için işe alınmaması söz konusu olabilecektir ki bu 76/207/EEC sayılı Yönerge m.2/ I, 3' e aykırıdır (In Case C-438/99 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 05.12.2008).

⁶⁰ In Case C-32/93 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008); In Case C-109/00(<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008).

⁶¹ In Case C-460/06 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008); In Case C-32/93(<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008); In Case C- 421/92 (<http://eur-lex.europa.eu/>, 15.12.2008); In Case C-179/88 (<http://eur-lex.europa.eu/>,15.12.2008); In Case C-109/00 (www.europa.eu.int/eur-lex, 18.12.2008).

10. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi aynı zamanda 76/207/EEC sayılı Yönerge m.5/1 hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.

Divan kararları incelendiğinde hamilelik ve loğusalığa ilişkin kararların önemli bir bölümünde, hamile kadının durumunun kiminle kıyaslanacağı probleminin sorgulandığını görmekteyiz. Divan, konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında genel olarak; hamilelik nedeniyle işgöremeyen kadının durumunun hiç bir şekilde tıbbi veya diğer bir nedenle işgöremeyen bir erkekle karşılaştırılmayacağı ve hamileliğin hiç bir biçimde bir kadının işten çıkarılabilesine imkan veren patolojik bir durum veya tıbbi nedenlerden kaynaklanan bir devamsızlık haline indirgenemeyeceği yönünde görüş belirtmektedir. Bu nedenle de Divan olumsuz veya aleyhte tutumun hamilelik veya buna bağlı bir nedenden kaynaklandığının tespit edilmesi durumunda başka herhangi bir kıyasa gerek kalmaksızın ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmaktadır.

II- KADIN İŞÇİNİN HAMİLELİĞİ VE ANALIĞI NEDENİYLE AYRIMCILIK YAPAN İŞVERENE KARŞI UYGULANABİLECEK YAPTIRIMLAR

A) GENEL OLARAK

4857 sayılı İş Kanunu m.5 çerçevesinde değerlendirildiğinde madde hükmünde öngörülmüş bulunan, işçinin dört aylık ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasındaki ayırım yasağına aykırı davranışının hukuki yaptırımı bulunmamaktadır. İşe almada yapılan ayrımcılığa karşı İş Kanununda bir tazminat yaptırımının getirilmemiş olması, bu düzenlemenin etkinliğini azaltıcı niteliktedir⁶². Hükümde öngörülen dört aylık ücret tutarındaki tazminat sadece iş ilişkisinin devamı sırasında veya iş ilişkisinin sona ermesinde işveren davranışlarına yaptırım getirmektedir⁶³. Kanımızca işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasındaki davranışları, yukarıda da belirttiğimiz üzere⁶⁴, “culpa in contrahendo” çerçevesinde değerlendirilip, genel hükümlere göre bir tazminata hük-

⁶² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.552 ; DEMİRAL, a.g.e., s.21-22; kanunun bu düzenlemesinin Avrupa Birliğinin 76/207/EEC sayılı Yönergesine uygun olmadığı ve Yönergeye uygun yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. DEMİRAL, a.g.e., s.21-22, 33.

⁶³ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.552; DEMİRAL, a.g.e., s.21-22 ; ERTÜRK, a.g.e., s.163.

⁶⁴ bkz. yukarıda s.6

medilmesi mümkün olabilecektir⁶⁵. Bu halde işçi işverenin kusurunu ispatlamak zorunda kalmaksızın sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan maddi zararını (yeni işe başvurmama nedeniyle uğranılan ücret kaybı, daha elverişli sözleşme fırsatlarının kaçırılmasından veya eski işin yitirilmesinden doğan zararları ispatladığı takdirde) talep edebilecektir.

Ancak ayrımcı iş ilanının mevcut olduğu hallerde bu konuda güvenin sarsıldığı iddia edilemeyeceği için bu çerçevede tazminat talebi de mümkün olmayacaktır.

B) HUKUKİ YAPTIRIMLAR

İş Kanunu m.5/ VI uyarınca, iş ilişkisinin devamı sırasında ve sona ermesinde ayırım yasalarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceği gibi⁶⁶ işçi yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir⁶⁷.

YENİSEY, ayrımcılık tazminatının işçinin dört aya kadar ücreti tutarı ile sınırlandırılmasının Avrupa Birliği normlarına aykırı olduğu ve yapılacak değişiklik ile üst sınırın kaldırılması gerektiği yönünde görüş belirtmektedir⁶⁸.

Kanunda “iş ilişkisi” ifadesi yer aldığı için, bu tazminat iş sözleşmesinin sona ermesi halinde talep edilebileceği gibi, iş sözleşmesi devam ederken de talep edilebilir. İşe almada ayırım yapılması halinde ise sadece genel hükümler (culpa in contrahendo) uygulanabilir⁶⁹.

Kanunun gerekçesine göre ayrımcılık tazminatı için esas olacak ücret asıl (çıplak) ücrettir⁷⁰.

⁶⁵ DOĞAN YENİSEY, Kadın-Erkek Eşitliği, s.69 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.404; ÇELİK, İş Hukuku, s.175; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, a.g.e., s.145; TUNCAY, Eşit Davranma, s.35; ERTÜRK, a.g.e., s.163 ; ONARAN YÜKSEL, a.g.e., s.334vd. ; DEMİRAL, a.g.e., s.21-22.

⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.553 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; KAPLAN-SENYEN (AKTAY/ARICI), a.g.e., s.161 ; KANDEMİR, a.g.e., s.420.

⁶⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 06.10.2003, Esas No: 2003/ 3501, Karar No: 2003/16308; ayrıca bkz. Mikdat GÜLER, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 5, s.59; KAPLAN-SENYEN (AKTAY/ ARICI), a.g.e., s.161 ; KANDEMİR, a.g.e., s.420.

⁶⁸ DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.77.

⁶⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.414; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, a.g.e., s.145; TUNCAY, Eşit Davranma, s.34-35 ; BACAĞI/ YİĞİT, a.g.e., s.24.

⁷⁰ ÇELİK, İş Hukuku, s.175; KAPLAN-SENYEN (AKTAY/ARICI), a.g.e., s.161; Fevzi, ŞAHLANAN, “Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul 2003, s.35-36; Nurşen CANIKLIOĞLU/Talat CANBOLAT, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Yargıç Resul Aslanköylü’ ye Armağan, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 7, 2004, Sayı:3, s.230 ; BACAĞI/ YİĞİT, a.g.e., s.24.

Öğretide, sözkonusu tazminatın nispi emredici nitelikte olduğu ve bu nedenle de toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile artırılmasına bir engel bulunmadığı yönünde görüş belirtilmektedir⁷¹. Ayrımcılık tazminatı İş Kanunu m.5/VI' da işverenin salt ayırım yapmama borcuna aykırılığın hukuki yaptırımı olduğundan, işçi bu tazminatı herhangi bir zararı olmasa da isteyebilir⁷².

Ayırım yapma yasağını ihlal ederek iş sözleşmesini fesheden işveren duruma göre, fesih hakkını kötüye kullanmış veya geçersiz veya haksız fesih yapmış sayılır⁷³.

Öğretide, işverenin aynı davranışına birden fazla hukuki yaptırım bağlanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile, ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına hükmedilemeyeceği görüşü ileri sürülmektedir⁷⁴. Buna karşılık öğretilerdeki baskın görüş, her iki tazminatın birlikte hükmedilebileceği yönündedir⁷⁵.

İşveren ayırım yasağını ihlal etmek suretiyle iş sözleşmelerini feshediyor ve iş sözleşmeleri bu şekilde feshedilen işçiler iş güvencesi kapsamına giriyor ise, geçersiz feshin hüküm ve sonuçları doğar. Ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı ile bir araya gelebilir⁷⁶. Örneğin hamileliği nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirildiğini iddia eden iş güvencesine tabi bir işçi, feshin bu nedene dayandığının ispatlanmasına ve feshin geçersizliğinin tespit edilmesine karşın işverence işe başlatılmazsa, diğer hakları yanında iş güvencesi tazminatına hak kazanır (İş Kanunu m.18/III, d ve 21/I). Ayrıca fesih işçinin hamileliği nedeniyle yapıldığından işçi ayrımcılık tazminatı da

⁷¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.553 ; SÜZEK, a.g.e.,s.414 ; bu konuda ayrıca bkz. TUNCAY, Eşit Davranma, s.36 ; Osman Güven ÇANKAYA/ Cevdet İlhan GÜNAY/ Seracettin GÖKTAŞ, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.55 ; Şahin ÇİL, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2007, s.321.

⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.553; SÜZEK, İş Hukuku, s.415; bu konuda ayrıca bkz. DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.77; TUNCAY, Eşit Davranma, s.66; BACAĞI/YİĞİT, a.g.e., s.24.

⁷³ SÜZEK, İş Hukuku, 409; ENGIN, a.g.e., s.112; Münir EKONOMİ, "Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul 2005, s.54.

⁷⁴ ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, a.g.e., s.57-58 ; Nuri ÇELİK, "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 14, 2007, s.493; TUNCAY, Eşit Davranma, 36-37; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 06.06.2007, Esas No: 2007/ 30630, Karar No: 2007/ 18174.

⁷⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.555; SÜZEK, İş Hukuku, s.416-417, DEMİR, a.g.e., s.123-125; Şahin ÇİL, Sendikal Tazminat, Karar İncelemesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,6,2005,s.676-677;GÜVEN/AYDIN,a.g.e.,s.124-125; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı,s.78-79; Gaye Burcu YILDIZ,İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu,Ankara 2008,s.335-337.

⁷⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.555.

talep edebilir. Hatta işveren işçiyi işe başlattığı için iş güvencesi tazminatı ödemesi de ayrımcılık tazminatını ödemek zorundadır⁷⁷. İş güvencesinin kapsamına girmeyen işçiler bakımından ise, bu durum kural olarak fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturur⁷⁸. Bu durumda kötüniyet tazminatının ayrımcılık tazminatı ile birlikte talep edilip edilemeyeceği problemi ortaya çıkar. Zira İş Kanunu m.17 anlamında kötüniyet tazminatını sadece iş güvencesinden yararlanmayan işçilerin istemesi mümkündür.

Öğretide, iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerini fesih hakkının işverence kötüye kullanıldığı durumlarda, kötüniyet tazminatı (İş Kanununun.17/VI) ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceği, ayrımcılığın kötüniyetin özel bir hali olması ve işverenin aynı davranışı nedeniyle iki ayrı tazminata hükmedilemeyeceği görüşü savunulmaktadır⁷⁹. Bu konuda bizim de katıldığımız diğer görüşe göre; İş Kanunu m.5/VI, son cümle Sendikalar Kanunu m.31 hükmünü saklı tutmuştur. Anılan hükmün mefhumu muhafifinden sözkonusu tazminatın kötüniyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır⁸⁰. Ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi, işçinin Kanununun başka hükümlerine göre zarar koşuluna bakılmaksızın sahip olacağı tazminat taleplerini etkilemez. Ayrımcı bir fesih ayrımcılık tazminatını gerektirir. Ancak diğer ayrımcılık oluşturan hallerden farklı olarak fesih kötüniyetin yaptırımını ayrıca öngörülmesi olduğundan (m.17) ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayrımcılık hem kötüniyet tazminatı talep edilebilmelidir⁸¹.

İş Kanunu m.5/VI' ya göre; dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra "2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır" kuralına yer verilmiştir. Bu açık hüküm karşısında yargı organı tarafından Sendikalar Kanunu m.31' de yer alan sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir⁸². Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında, sendikal tazminatın kabulüne ve eşit davranma borcuna aykırılıktan

⁷⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.554 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.417 ; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.79.

⁷⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.415.

⁷⁹ ÇELİK, Tazminatlar, s.489; DEMİR, a.g.e., s.123; DOĞAN YENİSEY, Ayrımcılık Yasağı, s.80 ; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, a.g.e., s.57; Kadriye BAKIRCI, "İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi", SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Haziran 2006, s.119.

⁸⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.554-556 ; SÜZEK, İş Hukuku, s.416.

⁸¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.554-555.

⁸² SÜZEK, İş Hukuku, s.415; bu konuda ayrıca bkz. ÇELİK, Tazminatlar, s.490; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; TUNCAY, Eşit Davranma, s.36 ; KAPLAN-SENEN (AKTAY/ ARICI), a.g.e., s.161; ÇANKAYA/ GÜNAY/ GÖKTAŞ, a.g.e., s.56-57 ; ÇİL, Sendikal Tazminat, s.675-676.

doğan tazminatın (ayrımcılık tazminatı) reddine dair yerel mahkeme kararını onaylamıştır⁸³.

C) İDARİ VE CEZAI YAPTIRIMLAR

İş Kanununun 99. maddesinde, 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verileceği (m.99/a), 74. maddedeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verileceği öngörülmüştür (İş Kanunu m.104).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁸⁴nun “Ayrımcılık” başlığını taşıyan 122. maddesinde ise; kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği düzenlenmiştir (m.122).

D) İSPAT YÜKÜ

Ayrımcılık yasaklarının etkin uygulanabilmesinin en önemli koşullarından biri de ispat yükünün düzenlenmesidir.

İş Kanunu m.5/ son’ a göre; işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır⁸⁵. Ancak bu konudaki ispat güçlüğü göz önünde tutan yasa koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Hükme göre; “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.”.

⁸³ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarihi: 11.01.2005, Esas No: 2005/ 12988, Karar No: 2005/ 477.

⁸⁴ RG 12.10.2004, 25611; kanun metni için ayrıca bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html> .

⁸⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, a.g.e., s.553 ; ÇELİK, İş Hukuku, s.175 ; KAPLAN-SENYEN (AKTAY/ ARICI), a.g.e., s.161; 1475 sayılı İş Kanunu döneminde Hukukumuzda bu konuya ilişkin özel bir düzenleme yoktu ve ayrımcılık iddiasında bulunan işçi genel ispat kuralları uyarınca iddiasını ispatla yükümlüydü.

Yönergenin 4. maddesi uyarınca üye devletler ulusal usul hukuku sistemlerine göre, ayrımcılığa uğradığını düşünen bir işçinin, mahkemede veya diğer yetkili bir merci önünde doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın varolduğu kanaatini uyandıracak vakıaları sunması halinde, cinsiyete dayalı bir ayrımcılığın olmadığını iddia eden tarafın iddiasını ispatlaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.

SONUÇ

- Çalışma hayatında kadın işçinin hamile kalması ve doğum yapması onu çoğu zaman, erkek işçiye göre olumsuz yönde etkilemektedir. Bu durum gerek uluslararası mevzuatta gerek Türk İş Hukuku mevzuatında göz önünde bulundurulmuş ve kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde korunmalarına yönelik bazı özel düzenlemeler getirilmiştir.

- Kadın işçilerin hamilelik ve analık dönemlerinde korunmaları genel olarak işverenin eşit davranma borcu bağlamında incelenmekte ve bu borç Türk Hukukundaki kaynağını, Anayasa m.10' da yer alan "eşitlik ilkesi" ile 4857 sayılı İş Kanunu m.5' de yer alan "eşit davranma ilkesi" nden almaktadır." (m.5/III).

- Hamile, loğusa ve emzikli kadın işçilerin özel risk tehdidi altında bir grup olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak, 19 Ekim 1992' de kabul edilen ve 92/85/EEC sayılı "Hamile, Loğusa ve Emzikli Kadın Çalışanların İşyerinde Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesi Hakkında Yönerge" de verilmiş bulunan tanımları da göz önünde bulundurarak, Türk Hukukunda kadın işçinin "hamilelik ve analık" durumu ifadesinin, hamile işçi kadın ile yeni doğum yapmış emzikli işçi kadın ve emzirme dönemini tamamlamış küçük çocuklu işçi kadını kapsadığı söylenebilecektir.

- İş sözleşmesinin kurulması sırasında yapılacak ayrımcılık bazı meslek tiplerinin kadınlara yasaklanması veya işçinin kadın olması nedeniyle tercih edilmemesi biçimlerinde karşımıza çıkabilir. Sadece erkeklerin işe alınacağını belirten iş ilanları, işe almada kullanılan ölçütler, iş görüşmesi sırasında sorulan sorular doğrudan veya dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. İşverenin sözleşme öncesi görüşmelerde, adaya hamile olup olmadığı veya hamile kalmayı düşünüp düşünmediği şeklinde sorular yöneltmesi uygulamada çok sık rastlanılan bir durumdur. Kanımızca, kadın işçinin kural olarak işyeri

veya görülen işle ilgisi bulunmayan soruları cevaplandırmakla yükümlü olmadığı, ancak hamileliği nedeniyle üstlendiği işi yerine getiremeyecekse yahut sözkonusu işin niteliği hamilelikle bağdaşmıyorsa bu tip soruları cevaplandırmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesi kurulduktan sonra kadın işçinin hamileliğinin ortaya çıkması durumunda ise hamilelik işin yerine getirilmesi bakımından vazgeçilmez koşul değilse, işveren işçinin bu durumunu bilseydi iş sözleşmesini kurmayacağını bu nedenle sözleşmeyi İş Kanunu m.25/ II, a' ya göre feshettiğini ileri sürmeyeceği gibi, sözleşmenin esaslı unsurlarında hataya düştüğünü ileri sürerek Borçlar Kanunu hükümlerine göre iptal de ettiremez.

- Hamilelik, kadın işçinin iş sözleşmesinde yer alan çalışma şartlarının yeniden düzenlenmesini gerektiren bir durumdur. Kadın işçinin hamileliğinin çalışma şartlarına etkisi tıbbi muayeneye gitmesi için izin verilmesi, daha hafif bir işte çalıştırılması ve doğumdan önceki sekiz haftalık dönemde çalıştırılmaması şeklinde ortaya çıkarken, kadın işçinin doğum yapmasıyla başlayan analık döneminin çalışma şartlarına etkisi doğumdan sonraki sekiz hafta çalıştırılmama yani doğum izni, süt izni ve ücretsiz izin olarak karşımıza çıkmaktadır.

- Hamilelik ve doğum nedeniyle geçici bir süre işçinin işgörmeye edimini yerine getirmesinin imkansız olduğu dönemde iş sözleşmesi askıda kalır. İş Kanunu m.25/I, a' ya göre; hamilelik ve doğum hallerinde işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı kadın işçinin çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini sekiz hafta aşmasından sonra doğar.

- 4857 sayılı İş Kanunu m.5' e aykırı davranan işverene yönelik olarak öngörülmüş bulunan, işçinin dört aylık ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatı sadece iş ilişkisinin kurulmasından sonra veya sona ermesinde uygulanacağından, işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasındaki ayırım yasağına aykırı davranışının, bu hüküm çerçevesinde hukuki yaptırımı bulunmamaktadır. İşe almada yapılan ayrımcılığa karşı İş Kanununda bir tazminat yaptırımının getirilmemiş olması, bu yaptırımın etkinliğini azaltıcı niteliktedir. Kanımızca işverenin iş sözleşmesinin kurulması aşamasındaki davranışları "culpa in contrahendo" çerçevesinde değerlendirilip, genel hükümlere göre bir tazminata hükmedilmesi mümkün olabilecektir.

- İş Kanunu m.5/ VI uyarınca, iş ilişkisinin devamı sırasında ve sona ermesinde ayırım yasaklarına aykırı davranıldığı takdirde işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminatına

Kamu-İş; C:10, S:4/2009

hükmedilebileceği gibi işçi yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. Kanunda “iş ilişkisi” ifadesi yer aldığı için, ayrımcılık tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi halinde talep edilebileceği gibi, iş sözleşmesi devam ederken de talep edilebilecektir.

- Kanunun gerekçesine göre ayrımcılık tazminatı için esas olacak ücret asıl (çıplak) ücrettir.

- Ayrım yapma yasağını ihlal ederek iş sözleşmesini fesheden işveren duruma göre, fesih hakkını kötüye kullanmış veya geçersiz ya da haksız fesih yapmış sayılır. İşveren ayırım yasağını ihlal etmek suretiyle iş sözleşmelerini feshediyor ve iş sözleşmeleri bu şekilde feshedilen işçiler iş güvencesi kapsamına giriyor ise, geçersiz feshin hüküm ve sonuçları doğar. Ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı ile bir araya gelebilir. Hatta işveren işçiyi işe başlattığı için iş güvencesi tazminatı ödemesi de ayrımcılık tazminatını ödemek zorundadır. İş güvencesinin kapsamına girmeyen işçiler bakımından ise, bu durum kural olarak fesih hakkının kötüye kullanılması oluşturur. Kanımızca, İş Kanunu m.5/VI, son cümle Sendikalar Kanunu m.31 hükmünü saklı tutmuştur. Anılan hükmün mefhumu muhalifinden sözkonusu tazminatın kötüniyet tazminatı ile birlikte istenebileceği sonucuna varılmalıdır. Ayrım tazminatına hükmedilmesi, işçinin Kanunun başka hükümlerine göre zarar koşuluna bakılmaksızın sahip olacağı tazminat taleplerini etkilemez. Ayrımcı bir fesih ayırım tazminatını gerektirir. Ancak diğer ayrımcılık oluşturan hallerden farklı olarak fesihte kötüniyetin yaptırımı ayrıca öngörülmüş olduğundan (m.17) ayrımcılık oluşturan bir fesih halinde hem ayırım hem kötüniyet tazminatı talep edilebilmelidir. İş Kanunu m.5/VI' ya göre; dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı öngörüldükten sonra “2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır” kuralına yer verilmiştir. Bu açık hüküm karşısında yargı organı tarafından Sendikalar Kanunu m.31' de yer alan sendikal tazminatla ayrımcılık tazminatına birlikte hükmedilemeyecektir.

- İş Kanunu m.5' e aykırı davranan işverenler için hukuki yaptırımların yanı sıra bazı idari ve cezai yaptırımlar da öngörülmektedir. İş Kanununun 99. maddesinde, 5. maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan, işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verileceği (m.99/a), 74. maddedeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verileceği öngörülmüştür(İş Kanunu

m.104). Ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Ayrımcılık” başlığını taşıyan 122. maddesinde ise; kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak; kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan, kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verileceği düzenlenmiştir (m.122).

- Ayrımcılık yasaklarının etkin uygulanabilmesinin en önemli koşullarından biri de ispat yükünün düzenlenmesidir. İş Kanunu m.5/son’ a göre; işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kural olarak işçi ispat etmek zorundadır. Ancak bu konudaki ispat güçlüğünü göz önünde tutan yasa koyucu işçinin ispat yükünü yumuşatmış ve belirli durumlarda bu yükün yer değiştirebileceğini hükme bağlamıştır. Hükme göre; “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.”.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, İş Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Eylül 2007, Ankara.

AKYİĞİT, Ercan, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2006. (Şerh)

AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Ankara 2002. (İş Hukuku)

AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990. (Kesin Hükümsüzlük)

ALP, Mustafa, “Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi”, Karar İncelemesi, YKİ, 4, 2007, s.171-189.

ALTAN, Ö. Zühtü, Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 sayılı İş Kanunu ile Korunması, Eskişehir 1980.

BACAĞ, Bünyamin/ YİĞİT, Yusuf, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s.1-31.

Kamu-İş; C:10, S:4/2009

BAKIRCI, Kadriye, “İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi”, SİCİL, İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2, Haziran 2006, s.114-121.

CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Yargıç Resul Aslanköylü’ ye Armağan, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 7, 2004, Sayı: 3, s.221-227.

CENTEL, Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988. (Ücret)

CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Cilt I, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994. (İş Hukuku)

ÇANKAYA, Osman/ GÜNAY, Cevdet İlhan/ GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 21. Bası, Ağustos 2008, İstanbul. (İş Hukuku)

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 1998. (1998)

ÇELİK, Nuri, “İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 14, 2007, s.485-496. (Tazminatlar)

ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. bası, Ankara 1986.

ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, 2. Bası, Ankara 2007. (Şerh)

ÇİL, Şahin, Sendikal Tazminat, Karar İncelemesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 6, 2005, s.666-678. (Sendikal Tazminat)

DEMİR, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4. Bası, İzmir 2005.

DEMİRAL, Cavit, “4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı”, E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, Sayı: 37, s.1-51.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Sayı: 11, 2006/4, s.63-81. (Ayrımcılık Yasağı)

- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 7, s.974-1003. (Eşit Davranma İlkesi)
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’ nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul’ a Armağan, Cilt: 6, 2002, Sayı: 4, s.31-72. (Kadın-Erkek Eşitliği)
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul 1987. (İş Sözleşmesi)
- EKONOMİ, Münir, “Yeni İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, TÜSİAD Semineri, İş Kanunu Toplantı Dizisi I, İstanbul 2005, s.16-60. (İş Sözleşmesinin Feshi)
- ENGİN, E. Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003.
- ERTÜRK, Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Belediye-İş Sendikası, AB’ ye Sosyal Uyum Dizisi, 1. Baskı, Mart 2008.
- EYRENCİ, Öner, “İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.239-262.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- GÜLER, Mikdat, “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 5, s.28-82.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, Cilt: 1, Ankara 1998.
- GÜVEN, Ercan/ AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Eskişehir 2007.
- KANDEMİR, Murat, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri”, A. Can Tuncay’a Armağan, LEGAL Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi: 49, Birinci Bası, Mayıs 2005, s.415-444.
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt: 7, 2003, Sayı: 2, s.2-16. (Koruma ve Gözetme Borcu)

Kamu-İş; C:10, S:4/2009

- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “İsviçre ve Türk Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s.709-722. (Hamilelik ve Analık)
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999. (Kadın İşçi)
- KAPLAN-SENYEN, E. Tuncay, “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 1224-1238. (Feshe Karşı Korunma)
- KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül, “Avrupa Birliği Hukukunda Ebeveyn İzni”, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 9, s.111-132.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Kasım 2008, Ankara.
- OĞUZMAN, Kemal, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955. (Fesih)
- ONARAN YÜKSEL, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.
- OZANOĞLU, Teoman, “Analık Sigortası ve Analık Sigortasına İlişkin Davalar”, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 1988, Cilt: 2, Sayı: 6, s.3-9.
- SAYMEN, Ferit, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SÖZER, Ali Nazım, “Hamilelik ve İş Hukukundaki Sonuçları”, Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı, (Eğitim İşleri Genel Müdürlüğü), Yıl: 73, Kasım-Aralık 1982, Sayı: 6, s.1049-1072.
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması, Ankara 1989. (Askıya Alınma)
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008. (İş Hukuku)
- ŞAHLANAN, Fevzi, “4857 Sayılı Yasanın Genel Hükümleri, Sözleşme Türleri, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesine İlişkin Hükümleri”, 4857 Sayılı İş Kanununu Değerlendirme Konferans Notları, 2003, s.87-123. (4857 Sayılı Yasa)
- ŞAHLANAN, Fevzi, “Genel Hükümler ve Temel Kavramlar”, İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu (30 Mayıs 2003-31 Mayıs 2003 Galatasaray Üniversitesi), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003. (Temel Kavramlar)

TAŞKENT, Savaş, "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", Prof. Dr. Ümit Doğanay' ın Anısına Armağan II, İstanbul 1982, s.169-181.

TULUKÇU, Binnur, "Türk Hukukunda ve Milletlerarası Alanda İşverenin Doğum Öncesi ve Doğum Sonrası İzin Verme Yükümlülüğü", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s.1350-1372.

TUNCAY, A. Can, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2007, s.21-38. (Eşit Davranma)

TUNCAY, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982. (Eşit Davranma İlkesi)

TUNÇOMAĞ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989. (İş Hukuku)

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