

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA KADIN İŞÇİLER
CİNSİYET AYRIMI VE EŞİTLİK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERVE KAFTAN YILMAZ
1104010137

Ana Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Ü. Ender DEMİR

Haziran, 2022

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA KADIN İŞÇİLER

CİNSİYET AYRIMI VE EŞİTLİK İLKESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERVE KAFTAN YILMAZ

1104010137

Ana Bilim Dalı: ÖZEL HUKUK

Programı: ÖZEL HUKUK

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Didem YARDIMCIOĞLU

Haziran, 2022

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
ÖZET	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
CİNSİYET AYRIMI YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ.....	5
1. DÜNYADA KADIN İŞÇİLERİN İŞ HAYATINDA YER ALMALARININ TARİHSEL SÜRECİ	5
1.1. Sanayi Devrimi öncesi dönem	6
1.2. Sanayi Devrimi sonrası dönem	7
2. TÜRKİYE’DE KADIN İŞÇİLERİN İŞ HAYATINDA YER ALMALARININ TARİHSEL SÜRECİ	10
2.1. Osmanlı dönemi	10
2.2. Cumhuriyet’in ilanı ve Cumhuriyet’in ilk yılları	16
2.3. 1980 sonrası dönem	19
3. EŞİTLİK İLKESİ.....	23
3.1. Anayasa’da Eşitlik İlkesi	27
3.2. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi	32
4. AYRIMCILIK YASAĞI.....	36
4.1. Ayrımcılık Türleri.....	38
4.2. Cinsiyet Ayrımcılığı.....	43
5. İŞE GİRME VE ÇALIŞMA ŞARTLARININ TESPİTİNDE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ.....	45
5.1. Kadınların İş Hayatına Girişte Karşılaştıkları Zorluklar	45
5.2. İşe Alma Sürecinde Yapılan Ayrımcılığın İş Kanunundaki Görünümü	51
6. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE EŞİT DAVRANMA İLKESİ.....	66
6.1. Ücretlendirmede Eşitlik İlkesi	66
6.2. İş Sözleşmesinin Türlerine Göre Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi	71
7. İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ	74
8. AYRIMCILIK YASAĞI OLARAK KABUL EDİLMİYEN DURUMLAR	78
9. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİNİN İHLALİNİN SONUÇLARI	81
9.1. Ayrımcılık Tazminatı.....	81
9.2. Sendikal Tazminat	88
9.3. Cezai Yaptırım.....	91
9.4. İdari Yaptırım.....	93
10. AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİNİ İSPAT YÜKÜ	95

İKİNCİ BÖLÜM.....	99
POZİTİF AYRIMCILIK VE İŞ KANUNU'NDA KADIN İŞÇİLERE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER.....	99
1. POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI.....	99
2. YER VE SU ALTI İŞLERİNDE ÇALIŞTIRMA YASAĞI	100
3. KADINLARIN GECE ÇALIŞTIRILMASI	102
4. KADINLARIN AĞIR VE TEHLİKELİ İŞLERDE ÇALIŞTIRILMASI.....	107
5. KADIN İŞÇİLERİN GEBELİK VE ANALIK DURUMLARINDA ÇALIŞTIRILMASI	109
5.1. Analık İzni	110
5.2. Yarım Çalışma Hakkı	117
5.3. Ücretsiz İzin	128
5.4. Ebeveynlere Verilen Kısmi Süreli Çalışma Hakkı.....	130
5.5. Süt İzni	137
5.6. Evlat Edinme İzni	143
5.7. Gebe ve Emziren İşçilerin Çalışma Şartları	144
5.7.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hakları	144
5.7.2. İş Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerde Düzenlenen Hakları.....	145
5.7.2.1. İşçinin işvereni bilgilendirme yükümlülüğü	145
5.7.2.2. Gebe ve emziren işçiler için alınması gereken önlemler.....	146
5.7.2.3. Gece çalıştırılma yasağı	148
5.7.2.4. Fazla çalıştırılma yasağı ve muayene izni.....	148
5.7.2.5. İşverenin bakım evi ve emzirme odası açma yükümlülüğü	149
6. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA BULUNAN KADIN İŞÇİLERİN HAKLARI	151
7. KADIN İŞÇİLERİN İŞYERİNDE CİNSEL TACİZE KARŞI HAKLARI	155
8. KADIN İŞÇİLERİN İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZE (MOBBİNG) KARŞI HAKLARI.....	164
8.1. Mobbingin Tanımı ve Tanımın Ortaya Çıkış Süreci.....	164
8.2. Mobbingin Unsurları ve Benzer Kavramlardan Farkı	166
8.3. Mobbingin Ortaya Çıkış Sebepleri ve Sınıflandırılması	169
8.4. Mobbingin Mağdur ve Fail Üzerinde Bıraktığı Etkiler.....	173
8.5. Mobbingin Mevzuatımızdaki Görünümü.....	174
9. KADIN İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI AÇISINDAN HAKLARI	181
SONUÇ	187
KAYNAKÇA.....	192

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ASEAD	: Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz	: Bakınız
E.	: Esas
et	: erişim tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
İBB	: İtihat Bilgi Bankası
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İşK.	: 4857 sayılı İş Kanunu
K.	: Karar
md	: madde
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
STİSK	: 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	: 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu

UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü

vb. : ve benzeri

Y. : Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YY. : Yüzyıl



ÖZET

İnsanoğlunun temel ihtiyaçlarını karşılayabilmek için çalışması ve maddi bir kazanç sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla tarih boyunca hem kadın hem de erkek iş hayatında aktif rol almıştır. Ancak hayatın her alanında olduğu gibi iş hayatında da kadının karşılaştığı zorluklar erkeklerden fazla olmuştur. Kadınların iş hayatında karşılarına çıkan ilk zorluk, “asıl” değil, “ikincil” veya “tâli” kişi olarak görülmeleri, gösterdikleri emek veya aldıkları eğitimin sonucunda hak ettikleri saygıyı görememeleridir. Kadınlar sırf cinsiyetleri dolayısıyla iş hayatında bazen erkeklerden bazen de hemcinsleri olan kadınlardan ayrımcılık görmektedir. Kadınların karşılaştığı ikinci zorluk, iş hayatıyla aile hayatını bir arada götürme sorumluluğunun Türk toplumu gibi geleneksel ve ataerkil toplumlarda büyük çoğunlukla kadınların üzerine bırakılmış olmasıdır. İş hayatında cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele ederek hak ettikleri yerlere gelebilmek için erkeklere nazaran daha fazla çaba göstermek zorunda kalan kadınlar, işten eve geldiklerinde de çocuklarının bakımı, evin düzeni gibi konularda yalnız bırakılmakta, bir kefedeki iki ayrı yük taşımak kadınları fiziksel ve psikolojik olarak zorlamaktadır.

Gerek insan sağlığının korunması gerekse aile hayatının sağlıklı devam edebilmesi için yasal düzenlemelerle kadının iş hayatında çeşitli haklara sahip olması sağlanmış, kadın işçinin evlenmesi, anne olması gibi durumlarda çeşitli izin hakları verilmiştir. Bazı işlerde kadın işçilerin çalıştırılması tamamen yasaklanmış, bazı işlerde çalıştırılması ise sıkı şartlara tâbi tutulmuştur.

Bu yüksek lisans tezinin amacı, kadın işçilerin iş hayatında karşılaştığı cinsiyet ayrımcılığı ve diğer zorlukları, evrensel bir ilke olan eşitlik ilkesinin kadın işçiler bakımından iş hayatındaki tezahürünü ve 4857 sayılı İş Kanunu ile kadın işçilere verilen hakları ortaya koyarak kadın işçilerin iş hayatında daha mutlu ve sağlıklı olabilmeleri için neler yapılabileceğine dair literatüre bir katkı sunmaktır.

Anahtar kelimeler : Kadın işçi, cinsiyet ayrımcılığı, eşitlik ilkesi, analık izni, ücretsiz izin, yarım çalışma izni.

ABSTRACT

Because of providing the basic needs of human beings, it is necessary to work and earn a financial gain. Therefore, both men and women have taken an active role in business life throughout history. However, as in all areas of life, the difficulties faced by women in business life were more than men. The first difficulty that women face in business life is that they are seen as "secondary" or "subordinate" people, not "main" , and they do not get respect they deserve due to their labor or education. In business life women are discriminated sometimes by men and sometimes by women of their same sex just because of their gender. The second challenge faced by women is that in traditional and patriarchal societies such as Turkish society, the responsibility of both work life and family life is mostly left to them. Women, who have to struggle with gender discrimination in business life and have to work harder than men to reach the places they deserve, when came to home from work are left alone in matters such as the care of their children and the order of the house. Wearing more than one hat oppresses women physically and psychologically.

In order to protect human health and to continue family life in good health, women have been ensured to have rights in business life with various regulations such as the granting of leave rights in cases such as marriage and motherhood. Employment of female workers in some jobs was completely prohibited and subjected to strict conditions.

The aim of this master thesis is to express gender discrimination and other difficulties faced by women workers in business life and to examine the manifestation of the principle of universal equality in business life for women workers and the rights granted to women workers by the Labor Law, and to contribute to the literature on what can be done for female workers to be happier and healthier in business life.

Keywords: female worker, gender-based discrimination, equality principle, maternity leave, free permission, half-paid maternity leave.

GİRİŞ

Çalışma, “insanların fiziksel ve/veya zihinsel kuvvet ve/veya becerilerini, bilgi birikimi ve tecrübelerini belli bir amaca ulaşmak amacıyla ve belli bir ücret karşılığında planlı bir şekilde kullanmaları” şeklinde tanımlanabilir. Başka bir deyişle çalışma, insanın bir işi gerçekleştirebilmek için gerekli araçları kullanarak ekonomik bir güç üretmesi, harcadığı kuvvet ile yaptığı faaliyetler zinciridir. “Çalışma” ifadesinin ekonomik bir karşılığının olduğu kabul edildiğinden kadınların kendileri veya aileleri için her gün sürekli olarak yaptıkları bakım, beslenme, düzenleme ve üretim faaliyetleri özellikle ataerkil toplumlarda ve geleneksel bakış açısında “çalışma” olarak kabul edilmemiştir. Zira kadınların yaptığı bu çalışmanın ailenin ve neslin devamı için son derece önemli olduğu tartışmasız olmakla birlikte ekonomik bir karşılığı olmamıştır. Kadına öncelikle eş ve anne olma vazifeleri yüklendiğinden çalışma hayatında kadın, ikincil planda kalmış ve ekonomik bir karşılığı olan “çalışma” kavramı öncelikli olarak erkeklere mahsus bir görev olarak görülmüştür. Evrensel olarak kabul edilen bu rol paylaşımı ile erkekler ekonomik olarak üretken olmuş, toplumsal değer kazanmıştır. Kadın ise hem ekonomik olarak erkeğe bağımlı olmuş hem de yaptığı işin ekonomik bir karşılığı olmadığından toplumsal değersizliğe itilmiştir. Dolayısıyla kadınların yaşadığı bu cinsiyet ayrımı çalışma hayatında kendilerine yer bulmalarını geciktirmiştir.¹

¹ Erkan, Duygu: “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kadın İşçilerin Hakları”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Yönetim ve Çalışma Psikolojisi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s. 3, 2016; Bolcan, Aybike Elif: “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadının Yeri ve Kadın İşsizliği”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 4; Baytekin, İnci: “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Hakları”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, s. 1, 2018, İstanbul; Karabıyık İlyas: “Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadın İstihdamı”, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt XXXII, Sayı I, 2012, s. 232; Hüseyinli, Namık/ Hüseyinli, Tahire: “Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler”, Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2016, Sayı 34, s. 112; Negiz, Nilüfer/ Yemen, Aysun: “Kamu Örgütlerinde Kadın Yöneticiler: Yönetici ve Çalışanlar Açısından Yönetimde Kadın Sorunsalı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011, Sayı 24, s. 200; Karatepe, Selma/ Nalcı Arıbaş, Nazlı: “İş hayatında Kadın Yöneticilere İlişkin Cinsiyet Ayrımcılığı: Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, Yasama Dergisi, Sayı 31, 2015, s. 20; Karabulut, Eda: “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık Kaynaklı Uyuşmazlıklar”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 5; Aksoy, Nihal: “Kadın Çalışmasında İşverenlerin Hak İhlalleri”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 1.

Kadınların iş hayatına girmeye başlamasının ilk amacı aileye ek gelir sağlamak olmuştur. Bunun dışında zaman içinde kadınların eğitim seviyesi yükseldikçe ekonomik neden dışında aldığı eğitimi değerlendirme, meslek sahibi olma, ekonomik bağımlılıktan kurtulma, kendini geliştirme ve geleceğini güvence altına alma istekleri de kadınların iş hayatına giriş sebepleri arasında önemli bir yer tutmuştur.² Kadınlar zaman içinde iş hayatına dâhil olmakla geleneksel toplum yapısından kaynaklanan birçok olumsuzluğu aşmaya, toplum içinde kendi statüsünü geliştirmeye, erkeklerle eşit bireyler olarak toplumda yer almaya başlamışlardır. Ancak çalışma hayatıyla birlikte toplumun onlara yüklediği eş ve anne olma vazifelerini bir kenara bırakmamış, aksine kadınlar evlerinin dışında ekonomik karşılığı olan bir iş hayatı yürütürken evdeki sorumluluklarını da aynı derecede yürütmek zorunda kalmıştır. Zira mevcut toplumsal cinsiyet kalıplarının dışına çıkamayan ve geleneksel rollerinden kurtulamayan kadınlar, iş hayatına girmekle birlikte mevcut rollerine yenilerini eklemek, bunları bir arada yürütmek ve dengelemek zorunda kalmıştır.³ Bu dengeyi sağlamakta zorlanan kadınlar ise çift taraflı bir baskı ve zorlamayla karşı karşıya kalmış, kadınlara yüklenen psikolojik ve fiziksel iş yoğunluğu kapasitelerini aşmıştır. Evde ayrı, iş hayatında ayrı sorumluluklar üstlenen kadınlar yüklendikleri bu roller arasında uyum sağlayamayınca “rol çatışması” veya “çoklu rol üstlenme” adı verilen durumu yaşamışlardır.⁴

² Arslan Ertürk, Arzu: “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2017, s. 345; Yılmaz, Abdullah/ Bozkurt, Yavuz/ İzci, Ferit: “Kamu Örgütlerinde Çalışan Kadın İş görenlerin Çalışma Yaşamlarında Karşılaştıkları Sorunlar Üzerine Bir Çalışma”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2008, s. 93;

³ Durmaz, Şerife: “İşgücü Piyasasında Kadınlar ve Karşılaştıkları Engeller”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 2, Sayı 3, 2016, s. 37; Arslan Ertürk, s. 347; Bacak Bünyamin/ Yiğit Yusuf: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s. 2; Taşkent, Savaş/ Kurt, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçilerin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014 Sayı 1, s. 30;

⁴ Coşkun, Hakan: “Kıralık Cübbe Çalışan Kadının Hukuk Elkitabı”, Togan Yayıncılık, 2011, s. 50; Özyer, Kubilay/ Azizoglu, Öznur: “İş Hayatında Kadınların Önündeki Cam Tavan Engelleri ile Algılanan Örgütsel Adalet Arasındaki İlişki”, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 2014, Cilt 10, Sayı 1, s. 97; Mızrahi, Rozi/ Aracı, Hakan: “Kadın Yöneticiler ve Cam Tavan Sendromu Üzerine Bir Araştırma”, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2010; s. 150; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 12; Yılmaz, Tülay/ Şahin, Nevin H: “İş-Aile Çatışması ve Kadın Yaşamı Üzerine Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi, Cilt 16, Sayı 63, 2008, s. 188; Adakale, Demirhan, Fatma Elif/ Ekonomi, Münir: “Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Korumaya Yönelik Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni Getirilen Yenilikler”, İstanbul Teknik Üniversitesi Dergisi Seri D: Mühendislik, Cilt 4, Sayı 5, 2005, s. 57; İŞÇİ BAŞ, Gül: “4857 Sayılı İş Kanununa Tâbi Olan Kadın İşçilere Tanınan Hakların İhlalinden Doğan Uyuşmazlıkların İlgili

Kadınların iş hayatında yaşadığı zorluklar yalnızca iş hayatı ile ev hayatı arasında denge kurmaya çalışmaktan ibaret olmamıştır. Kadınların iş hayatında işe alımlarda tercih edilmemeleri veya yedek işgücü olarak kabul edilmeleri, işten çıkarılan ilk grup olmaları, mesleki ve eğitici imkânlardan erkeklere göre daha az faydalandırılmaları, cinsel taciz, ücretlendirmede eşitsizlik, kayıt dışı çalışma gibi başka pek çok sorunları da olmuş ve hâlâ da olmaktadır. Bu tür durumlar kadınların iş hayatında maruz kaldığı “cinsiyet ayrımı” olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵

Cinsiyet ayrımı, erkekler ile kadınların hem iş hayatında hem de toplumun genel düzeni içerisinde eşit şartlar altında olmasını engellediğinden kadınların iş hayatında korunması ihtiyacını doğurarak devletin kadınlar lehine birtakım ayrıcalıklar tanımasını zorunlu kılmıştır. Çünkü kadınların fiziksel özellikleri ve geleneksel rolleri emek piyasasında özel olarak korunmalarını gerektirmiştir. Zira kadınların işe alınma ve işe devam etmesinin kolaylaşması, çalışma şartlarını iyileştirebilmesi ve iş seçimlerinin korunabilmesi bu hükümlerle daha mümkün hale gelmektedir. Kadınlara iş hayatına ilişkin olarak verilen en temel haklar yaşa, cinsiyete ve gücüne uygun olan işlerde çalıştırılma, işyerlerinin sağlık ve çalışma şartlarına uygun olmasını isteme, iş güvenliğinin sağlanması gibi haklardır. Bu haklar iş hayatında kadınların varlığını devam ettirebilmesinin yanı sıra annelik, eş olma, ev düzeni gibi diğer konulardaki sorumluluklarını yerine getirmelerini de kolaylaştırarak toplumun refah ve huzurunun korunmasını amaçlamaktadır.⁶ Bu amaçla başta Anayasamızın 50. Maddesi Olmak Üzere 4857 sayılı İş Kanunu (İŞK), 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha

Mevzuat ve Yüksek Mahkeme Kararları Kapsamında İncelenmesi”, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 1; Zeytinlioğlu Çamcı, Seda: “Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Gebe ve Yeni Doğum Yapmış Kadın İşçilerin Korunması”, T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. Viii; Çarıkçı, İlker H./ Çelikkol, Özlem: “İş-Aile Çatışmasının Örgütsel Bağlılık ve İşten Ayrılma Niyetine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 9, 2009/1, s. 154; Oduncu, Fulya: “Çalışma hayatında Kadınlara Yönelik Bir Cinsiyet Ayrımcılığı: Tokenism”, Route Educational and Social Science Journal, Volume 6(3), 2019, s. 569; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 109; Yıldırım Dalyan, Sera: “Türkiye’de İş-Aile Yaşamına Yönelik Düzenlemelerin Uluslararası Normlar ve Refah Rejimleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2020, s. 371; Negiz/ Yemen, s. 213; Önder, s. 43; Karabulut, s. 2; Aksoy, s. 7.

⁵ Yılmaz, Abdullah/ Bozkurt, Yavuz/ İzci, Ferit, s. 91.

⁶ Baytekin, s. 19; Erkan, s. 20; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 94; Oğuz, Özgür: “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, Sayı 134, s. 568; Özyer/ Azizoglu, s. 96; İşçi Baş, s. 34; Çalışkan, Aslı: “İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. iii; Karabulut, s. 2; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 1; Oduncu, s. 569; Aksoy, s. 7.

Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) gibi pek çok mevzuatta işçinin kadın olması sebebiyle özel olarak korunması gereken hamilelik dönemi, doğum izni, analık izni gibi durumlar bakımından özel haklar içeren hükümler mevcuttur. Örneğin 1930 yılında çıkarılan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda gebe kadınların doğum öncesi üç ay içinde çocuğuna ve kendisinin sağlığına zarar veren işlerde çalıştırılmaması, doğumu izleyen üç ay içinde de bir işe başladıktan sonra 6 ay boyunca çalışma süresi içerisinde yarımşar saatlik iki emzirme izni verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁷ Bu hükümlerin temel dayanağı ise Anayasamızın 50. maddesi olup, “Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı” başlıklı söz konusu hükümde “*Kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçük ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.*” ifadeleri yer almaktadır. Bu norm, cinsiyete ve kadınlara yönelik ilk pozitif ve koruyucu tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hüküm ile kadınlar; biyolojik ve fizyolojik yapıları nedeniyle iş hayatında risk altında oldukları düşüncesiyle çocuklar, güçsüzler ve ruhi yetersizliği olanların sınıfında değerlendirilmektedir. Bu hükmün amacı kadın fizyolojisinin özelliklerini gözeterek onları korumak ve aynı zamanda çocuk bakımı ve eğitimi, kadınların ailevi yükümlülükleri gibi görevlerini de aksatmadan yürütebilmelerini sağlamaktır.⁸ Anayasada yer alan bu hüküm doğrultusunda iş hayatımızı düzenlemek için yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu da kadın işçiler açısından özellik arz eden hükümler içermektedir.

Bu çalışmada 4857 sayılı İş Kanunu'nda kadın işçilere verilmiş olan haklar incelenmiş olup, çalışmanın amacı söz konusu hakları cinsiyet ayrımı ve eşitlik ilkeleri bakımından inceleyip uygulamadaki görünümünü ortaya koymak, İş

⁷ Bolcan, s. 117; Arslan Ertürk, s. 347; Bacak/ Yiğit, s. 3; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 62.

⁸ Yuvalı, Ertuğrul: “4857 Sayılı İş Kanunu'nun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, TBB Dergisi, Sayı 106, 2013, s. 94; Zeytinioğlu, Emin: “İş Sözleşmesinin Kuruluş Aşamasında Cinsiyet Ayrımcılığı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 2018, Sayı 36, Güz 2019/2, s. 30; Yiğit, Yusuf/ Topkaya, Selda: “Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt 6, Yıl 6, Sayı 14, 2017/1, s. 52; Bolcan, s. 1; Baytekin, s. 2, 2018; Coşkun, s. 53; Arslan Ertürk, s. 353; Bacak/ Yiğit, s. 4; Oğuz, s. 575; Taşkent/ Kurt, s. 34; Köseoğlu, Ali Cengiz/ Kaya, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, Legal Hukuk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı 29, 2011, s. 48; Mülayim, Baki Oğuz: “İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2017, s. 104; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 24; Taşdemir, Yasemin: “Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, 2018, s. 56.

Kanunu'nda kadın işçilere verilen bu hakların iş hayatında kadın işçilerin durumlarını ne derece kolaylaştırdığını yahut zorlaştırdığını irdelemektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CİNSİYET AYRIMI YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

1. DÜNYADA KADIN İŞÇİLERİN İŞ HAYATINDA YER ALMALARININ TARİHSEL SÜRECİ

Kadınların bugünkü anlamda işçi olarak iş hayatında yer almaya başlaması, sanayileşmenin getirdiği ekonomik ve toplumsal değişimlerle birlikte başlamış ise de kadınların iş hayatında sanayileşmeden çok önce de yer aldıkları bilinmektedir. Sanayi Devrimi öncesinde kadınlar, ücretsiz aile işçisi olarak görülmüş ve sömürüye maruz kalmıştır. Sanayi Devrimi sonrasında ise düşük ücretlerle, ağır işlerde, uzun sürelerle çalıştırılmak suretiyle kadınların yaşadığı bu sömürü artarak devam etmiştir. Geçen zaman içerisinde bu durumun aile hayatında, çocukların sağlığı ve toplum yapısında ortaya çıkardığı bozulmalar neticesinde kadınların biyolojik ve fizyolojik farklılıkları kabul edilerek iş hayatında korunmaları gerektiği anlaşılmıştır.⁹

Kadınların ücretli bir şekilde ve bugünkü anlamda işçi statüsünde iş hayatına dâhil olmaları, sanayi devrimi ile birlikte olmuştur. Sanayi Devrimine kadar kadının görevi son derece belirgin bir şekilde ev ve el işi olarak belirlenmişken, Sanayi Devriminden sonra kadınların toplumdaki yerinde önemli değişiklikler yaşanmıştır.¹⁰ Bu nedenle kadınların iş hayatında yer almalarının tarihsel süreci dünyada “Sanayi Devrimi öncesi dönem” ve “Sanayi Devrimi sonrası dönem” olmak üzere iki ayrı dönemde incelenmektedir.

⁹ Erkan, s. 1; Bolcan, s. 4; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 115; Aksoy, s. 63.

¹⁰ Özyılmaz, Ahmet Merih: “Türkiye’de Kadın Girişimciliği ve Girişimci Kadınların Karşılaştıkları Sorunlar Üzerine Bir Araştırma”, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji, Yüksek Lisans Tezi, 2016, S. 1; Özbucak Albar, Banu: “Kadınlara Yönelik Ayrımcılık”, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 8, 2019, s. 275; Süzek, Sarper, “İş Hukuku”, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, 2021, sayfa 8; Bolcan, s. 1; Durmaz, s. 39; Çalışkan, s. 1; İşçi Baş, s. 8.

1.1. Sanayi Devrimi öncesi dönem

Göçebe hayat tarzının benimsendiği ilkel toplumlarda geçimini avcılık ve toplayıcılıkla sürdüren insanlar, cinsiyete dayalı bir iş bölümü yapmıştır. Genelde erkekler avcılık yaparak ailenin fiziksel ve maddi ihtiyaçlarını karşılamış, kadınlar ise bitki toplayıcılığı, çocukların ve yaralıların bakımı, yiyeceklerin hazırlanması, hayvanların evcilleştirilmesi gibi işler yapmışlardır. Dolayısıyla aslında kadınlar, insanlık tarihi boyunca erkeklerle omuz omuza çalışmış ve çalışma hayatında yer almıştır. Ancak çalışma hayatında kadınlara cinsiyete dayalı geleneksel roller yüklenmiştir. Cinsiyete dayalı olarak ortaya çıkan bu iş bölümü, erkek ve kadının aile ve toplum içindeki konum ve davranışlarını da etkilemiştir. Kadının toplumsal değeri daha fazla olmuş, böylelikle anaerkil toplum yapısı meydana gelmiştir.

Zamanla başlayan yerleşik hayat, toplumların ekonomik, sosyolojik ve siyasi hayatlarını da değiştirmiştir. Yerleşik hayat ve tarım faaliyetlerinin başlaması ile erkekler, üretim araçlarının yapılması ve kullanılması, madencilik, avcılık gibi işlerle uğraşarak fiziksel güçleri sayesinde ailenin ekonomik gücünü elinde tutan taraf olmuştur. Kadınlar ise yemek, temizlik ve çocuk bakımı gibi geleneksel işlerle uğraşmış ve aktif üretim sürecinden uzaklaşarak ikincil plana itilmişlerdir. Üretimden uzak kalan kadınların hayatı ev hayatı ve özel hayat ile sınırlandırılmış, böylelikle kadınlar ekonomik açıdan erkeklere bağımlı hale gelmiştir. Dolayısıyla kadın ve erkeğin toplumsal rollerinde de değişimler yaşanmış, erkeğin toplumsal değeri kadından daha fazla olmuş ve anaerkil toplum yapısından ataerkil toplum yapısına geçilmiştir.¹¹

İlk çağlardan X. yüzyıla kadar olan dönem ise kölelik düzeninin hâkim olduğu dönemdir. Kölelik düzeni, emeğin yarattığı değere bir başkası tarafından el konması ve bunun toplumsal bir kurum olarak varlığını sürdürmesidir. Bu dönemde işgücü ihtiyacı büyük oranda aile bireyleri ve kölelerden karşılanmıştır. Bu dönemde erkek,

¹¹ Aydın, Harun: “Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e Türkiye’de Kadın”, Current Research in Social Sciences, Cilt 1, Sayı 3, 2015, s. 85; Özbucak Albar, s. 275; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 95; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 110; Yılmaz/ Şahin, s. 189; Yemişken, Elçin: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Tezli Yüksek Lisans, 2018, İstanbul, s. 4; Kılıç, Ebru: “İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, s. 236; Bilgin, Birgül: “Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 25, Sayı 99, 2012, s. 312; Oskay, Barlas: “Analık Halinin Korunması ve İş Sözleşmesine Etkisi”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans tezi, 2019, S. 4; Karabulut, s. 1; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 3.

ailenin reisi konumunda olduğundan kölelerin de sahibi ve reisiydi. Erkek ve kadın köleler arasında ise herhangi bir fark yoktu.¹²

X-XV. yüzyıllar arasında geçen dönem ise feodal düzenin hâkim olduğu dönemdir. Feodal düzende tarımsal faaliyetler, işledikleri toprak üzerinde yalnızca kullanım hakları bulunan serfler tarafından senyörlerin otoritesi altında yürütülmüştür. Bu dönemlerde kadınlar da üretimde aktif olarak yer almış, daha çok evlerde önce kendi bakımları karşılığında daha sonra ise ücret karşılığı hizmetçilik yapmışlardır.¹³

XV-XVIII. yüzyıllar arasında el emeğine dayalı küçük sanat kollarında yaşanan gelişmelerle aynı mesleği icra eden esnaf ve zanaatkârların oluşturduğu meslek örgütleri olan loncalar önem kazanmıştır. Loncalara fazla yoğun ve yaygın olmamakla birlikte kadınlar da dâhil olmuş, zamanla sadece kadınların çalıştığı bazı iş kolları dahi ortaya çıkmıştır.¹⁴

Görüldüğü üzere kadınlar, sanayi devrimi öncesi dönemde iş hayatında aktif veya pasif de olsa sürekli yer almışlar, ancak hiçbir zaman sanayi devriminin gerçekleşmesinden sonraki dönemde ortaya çıkan işçi kavramı içinde yer alamamışlardır.¹⁵

1.2. Sanayi Devrimi sonrası dönem

XVIII. yüzyıldan sonra yaşanan teknik gelişmeler ile önce İngiltere’de, daha sonra da Avrupa’da sanayileşme ortaya çıkmıştır. Buhar gücü makinelerde kullanılmaya başlanmış ve kitle üretimine imkân sağlanmıştır. Dolayısıyla küçük ölçekli atölyeler ve tezgâh üretiminin yerini fabrikalardaki seri üretim almaya başlamış ve artan işçi ihtiyacı ile kadınlar iş hayatında aktif şekilde rol almaya başlamışlardır. Daha öncesinde aile içi üretimde yer alarak aile bütçesine katkı sağlayan kadınlar, Sanayi Devrimi ile birlikte kamusal alanda boy göstermeye başlamış, emeğini satarak para kazanmaya, farklı sosyal rollere bürünmeye, ev

¹² Erkan, s. 5.

¹³ Erkan, s. 6.

¹⁴ Erkan, s. 6; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 3; Süzek, s. 13

¹⁵ Erkan, s. 4.

dışında çalışmaya ve sosyal çevresini değiştirmeye başlamıştır.¹⁶ Kadınların iş hayatında daha aktif ve etkin bir şekilde yer almaları, onların toplumdaki konumlarının güçlenmesine, toplumların gelişmişlik düzeyinin yükselmesine, gelir dağılımındaki adaletsizliklerin ortadan kalkmasına önemli ölçüde katkı sağlamıştır.¹⁷

18. YY’da başlayan Sanayi Devrimi, yalnızca yeni buluşlar ve üretimi arttırmamış, aynı zamanda kapitalizmin kurumsallaşmasına da neden olmuştur. Fabrikalarda seri üretimin artmasıyla kendi küçük tezgâh ve atölyelerinde esnaf, sanatkâr ve zanaatkâr olarak kendi işlerinde bağımsız şekilde çalışan kişiler kendi işlerini bırakıp fabrikalarda çalışmak zorunda kalmış, böylece ilk ve orta çağdaki kölelere kıyasen daha özgür ancak ekonomik olarak başkasına bağımlı olan ve emeğini başkasının hizmetine sunmak zorunda kalan işçi sınıfı ortaya çıkmıştır. Ayrıca sanayi devrimiyle kırsal kesimlerden kentlere göçler artmış, toplumların gelenek ve göreneklerinde de değişimler yaşanmıştır. Kadınlar da başkası hesabına ücret mukabilinde çalışmaya ilk defa sanayi devriminden sonra başlamıştır. XIX.yüzyılda pek çok batı devletinde sanayileşme tekstil sanayiinde başlamış ve kadınlar, ücretli işçi olarak endüstri işçileri arasında önemli bir kesim haline gelmiştir. Bu dönemde ekonomik mecburiyetler dolayısıyla kadınlar ailelerine ek gelir sağlamaya çalışmışlardır.¹⁸ Dolayısıyla Sanayi Devrimi, bugünkü anlamda ücretli kadın işgücü kavramının ortaya çıkmasını sağlayan en önemli tarihi gelişmedir.

Sanayi Devrimi’nden sonraki dönemde hâkim olan vahşi kapitalizm ve üretimi arttırma çabası, özellikle kadınların ve çocukların iş hayatında ağır şartlar altında ezilmelerine ve sömürülmelerine neden olmuş, Sanayi Devrimi öncesinde “ücretsiz işgücü” olarak kabul edilen kadınlar Sanayi Devrimiyle birlikte erkeklerle birlikte işgücü piyasasında yer almaya başlamış ancak “ucuz işgücü” olarak kullanılmaya başlanmışlardır.¹⁹ Çünkü Sanayi Devrimi ile birlikte üretimin örgütlenmesi ihtiyacı

¹⁶ Durmaz, s. 37; Baytekin s. 5; Süzek, s. 8; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 111; Yılmaz/ Şahin, 188; Yemişken, s. 5; Oskay, s. 5; Karabulut, s. 6; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 6; Oduncu, s. 570; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 91.

¹⁷ Özyılmaz, s. V.

¹⁸ Bolcan, s. 18; Önder, s. 41; Yemişken, s. 5; Bilgin, s. 311; Oskay, s. 5; Karabulut, s. 6; Çelik Nuri/ Caniklioğlu Nurşen/ Canbolat Talat/ Özkaraca, Ercüment: “İş Hukuku Dersleri”, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayıncılık, 2021, s. 4.

¹⁹ Sayar Özkan, Gökçen/ Özkan Bülent: “Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma”, Çalışma ve Toplum Dergisi, sayı 1, 2010, s. 93; Negiz/ Yemen, s. 196; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 91. Süzek, s. 9; Önder, Nurcan: “Türkiye’de Kadın İşgücünün Görünümü”, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Dünyası Dergisi,

ortaya çıkmış, düşük ücretle çalıştırılabilecek işgücü ihtiyacı doğmuştur. Böylece kadınlar, ekonomik alanda emeğini bir ücret karşılığında satmaya başlamış, zorlaşan ekonomik sistem içerisinde ezilen sınıf haline gelmiştir. “Sözleşme serbestisi” ilkesiyle devletin müdahalesinin söz konusu olmadığı vahşi kapitalizm nedeniyle kadınlar ve çocuklar uzun saatler boyunca iş güvenliğinden mahrum bir şekilde düşük ücretle çalıştırılmış, iş kazalarına kurban gitmiş ve sömürüye maruz kalmışlardır. Kırsal kesimlerden kentlere yaşanan göçlerle işçi arzının yükselmesi işçi ücretlerini düşürmüştür. Böylelikle başlangıçta işçi ile işverenin eşit şartlarda anlaşması temeline dayanan sözleşme serbestisi ilkesi, mevcut işini kaybetmek istemeyen veya iş bulma mecburiyetinde olan işçilerin, işverenin dikte ettiği ağır şartları kabul etmek zorunda kalması sonucu ezildikleri bir sisteme dönüşmüştür. Bunlar sonucunda da devlet, “sosyal devlet” anlayışı ile işçi ve işveren arasındaki ilişkiye müdahale etmek zorunda kalarak yasal düzenlemeler ile işverene göre zayıf durumda olan işçiyi korumaya çalışmıştır. Çalışma hakkı ilk olarak 1792 yılında Fransız Anayasası’nda düzenlenmiş, 1802 yılında İngiltere’de çocuk işçileri koruyan bir yasa yürürlüğe girmiş ve daha sonra da Sanayi Devriminin gerçekleştiği diğer ülkelerde işçileri koruyucu hükümler getirilmiştir. 1880’li yıllardan itibaren düzenlenen çeşitli kongreler ile kadınların gece çalışmasının yasaklanması başta olmak üzere çalışma sürelerinin sınırlandırılması gibi koruyucu düzenlemelerin getirilmesi gündeme gelmiştir. Bu şekilde günümüz İş Hukuku prensipleri yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylelikle eşit davranma ilkesi, iş hukukunda sözleşme serbestisinin önüne geçmiş ve onu sınırlandırmıştır.²⁰ Kadın işçilerin iş hayatını düzenleyen yasalar çok dar tutulsa da ilk defa İngiltere’de düzenlenmiş ve diğer toplumlara yayılmıştır.

I. ve II. Dünya Savaşı’nın yaşandığı yıllara gelindiğindeyse kadınlar, özellikle silahaltında bulunan erkeklerin yerine başta savaş sanayii olmak üzere pek çok alanda istihdam edilmiştir. Bu dönemde kadın istihdamının artmasında hem erkeklerin silah altında olması nedeniyle çalışmıyor olması hem de gelişen savaş sanayiinde işçi açığının doğması etkili olmuştur. Ancak bu dönemde de kadın işçiler, geçmişte olduğu gibi erkeklerin olmadığı yerde istihdam edilen “ikame” ve “yedek”

2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 35; Yemişken, s. 3; Oskay, s. 4; Karabulut, s. 7; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 4; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 5.

²⁰ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 6; Baytekin, s. 23; Bolcan, s. 17; Durmaz, s. 38; Süzek, s. 9; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 111; Yusuf/ Topkaya, s. 49; Oskay, s. 5; Karabulut, s. 7; Oduncu, s. 570.

işçi olma niteliğini maalesef korumuştur. 1940'lı yıllara gelindiğinde ise birçok OECD ülkesinde kadın istihdamında artış devam etmiştir. Bu artışın sebepleri ücret oranları ve vergi sistemleri gibi finansal etmenlerdeki değişiklikler veya toplumlardaki iş mevzuatlarında yaşanan gelişmeler olmuştur.²¹

Zaman içinde yaşanan gelişmeler, toplumun huzur ve refahının korunabilmesi için iş hayatında kadınlar, çocuklar veya engelliler gibi bireylerin özel olarak korunması gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmış ve devletler bu yönde yasal düzenlemeler yapmıştır. Zamanla pek çok ülke İş Kanunlarını geliştirmiş, eşit şartlarda çalışmaya eşit ücret, annelerin, çocukların ve ailenin korunması gibi hükümlere bu kanunlarda yer verilmiştir.²²

2. TÜRKİYE'DE KADIN İŞÇİLERİN İŞ HAYATINDA YER ALMALARININ TARİHSEL SÜRECİ

Ülkemizde kadın hakları iş gücü ihtiyacından ziyade gönüllü bir hak verme süreci şeklinde gelişmiştir. Halbuki pek çok kapitalist sistemde kadın hakları gelişen işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla ortaya çıkmış ve kadınlar ekonomik bir özne haline gelmiştir.²³ Türkiye'de kadın işçilerin iş hayatında yer almaya başlamaları ile sanayileşme arasında sıkı bir bağ vardır. İngiltere'de başlayıp Batı Avrupa'ya yayılan sanayileşme hareketi Osmanlı Devleti'nde XIX. YY sonlarında başlamış ancak ülkemizde asıl sanayileşme Cumhuriyet ile beraber hız kazanmış, 1980 sonrası dönemde bu hız daha da artmıştır. Bu nedenle Türkiye'de kadın işçilerin iş hayatında yer almalarının tarihsel süreci, "Osmanlı dönemi", "Cumhuriyet'in ilanından sonraki dönem ve Cumhuriyet'in ilk yılları" ve "1980 sonrası dönem" şeklinde üçe ayrılarak incelenmiştir.

2.1. Osmanlı dönemi

Osmanlı Devleti'nde ekonomik hayat, XIX. YY sonlarına kadar ticaret, tarım, hayvancılık, el sanatları ve ev sanatlarına dayalı olarak yürümüştür. Avrupa'da yaşanan sanayileşme hareketi ülkemizde çok geç başlamış, bu sebeple bugünkü anlamda işçi sınıfının ortaya çıkması ve kadınların iş hayatında "işçi" olarak yer alması da oldukça geç olmuştur.

²¹ Durmaz, s. 39; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 92; Yusuf/ Topkaya, s. 50; Yemişken, s. 5; Oduncu, s. 570.

²² Erkan, s. 8; Yıldırım Dalyan, s. 372.

²³ Coşkun, s. 18.

Osmanlı döneminde baskın görüş kadınların meslek sahibi olmasına gerek olmadığı yönündedir ve bu sebeple kadınlara meslek edinmeleri için eğitim verilmemiştir. Kadınlar belli bir yaşa gelinceye kadar yalnızca dini eğitim almak veya el becerilerini geliştirmek amacıyla sübyan okullarında eğitim almışlardır. Kadınların iş hayatında bugünkü anlamda yer alması, her ne kadar Osmanlı Devleti'nin son yıllarına kadar neredeyse hiç olmamış ise de kadınlar, Osmanlı Döneminde çalışma hayatına katılmışlardır. Özellikle devletin kuruluş döneminde kadınlar çok aktif rol almıştır. Bu konuda İbni Batuta'nın Seyahatnamesinde Osmanlı dönemindeki kadınlardan övgüyle söz edilmiş, kadınların birçok ilde toplumsal faaliyette olduğu ve ahilik teşkilatlarında örgütlendikleri ifade edilmiştir. Nitekim “Bacıyan-ı Rum” adlı ahilik teşkilatı kadınlardan oluşmaktadır.²⁴

Bu dönemde diğer geleneksel toplumlarda da olduğu gibi kadınlar, kırsal kesimde tarımsal üretimde aktif olarak yer almış ancak sanayi, ticaret ve hizmet gibi sektörlerde kadınlar çok daha sonraları görülmeye başlanmıştır.

Kırsal kesimde yaşayan kadınlar tarımsal faaliyetleriyle ev ekonomisine katkıda bulunurken dokuma işiyle de uğraşmış, ev halkının kıyafet ve diğer dokuma ihtiyaçlarını karşılamıştır. Türk kadını özellikle kırsal kesimde sosyal hayattan uzaklaşmayı pek kabul etmemiştir. Karadeniz’de fındık, Ege’de zeytin, Çukurova’da pamuk işçilerinin çoğunluğunu kadınlar oluşturmuştur. Şehirde yaşayan kadınlar ise geleneksel toplum yapısı ve dini anlayış sebebiyle dışarıda aktif olamamıştır.²⁵

Bu dönemde şehirde yaşayan kadınlar ile kırsalda yaşayan kadınların iş hayatına katılımı noktasındaki konum farklarının sebepleri hakkında değişik görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden ilkinde göre İslâm dininin kabulü ile birlikte kadınlar geri plana itilmiş, iş hayatındaki aktif rolleri ellerinden alınarak eve kapatılmıştır.²⁶ Ancak kadının kırsalda iş hayatında son derece aktif olması ve ahilik teşkilatlarında rol alması kanaatimizce bu görüşü haksız çıkarmaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise Osmanlı Devleti özellikle İstanbul’un fethi ile birlikte Bizans kurumları ile tanışmış, kadının rolü değişiklik göstermiş ve harem

²⁴ Bolcan, s. 23; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 6; Yusuf/ Topkaya, s. 49; Yemişken, s. 6.

²⁵ Coşkun, s. 47; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 124; Önder, s. 37; Yusuf/ Topkaya, s. 49; Yemişken, s. 7; Oskay, s. 6.

²⁶ Tokcan Halil/ Kolyiğit, Emre: “ Türk Tarihinde Yer Alan Kadın Şahsiyetler Hakkında Öğrenci Bilgi Düzeyleri” Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi, cilt 1, sayı 1, 2017, sayfa 33.

olgusu oluşmuştur. İstanbul'un fethiyle birlikte sarayda başlayan harem hayatıyla şehirde yaşayan kadın ile kırsalda yaşayan kadın arasında farklılık başlamış, harem hayatı vezir ve beylerin konaklarına kadar yayılmıştır. Bizans'taki kölelik hayatı Osmanlı Devleti'nde kendini harem olarak göstermiş, bu durum erkek topluluğunun lehine olduğundan toplumsal kültür içinde kısa zamanda yerleşmiştir. Böylece erkek egemen yapı sosyal, siyasi ve ekonomik tüm toplumsal hayatı ele geçirmiştir. İslam dininin de bunu destekler nitelikte olmasıyla şehirde yaşayan kadınlar iş hayatında geri plana itilmişlerdir. Öyle ki Kanuni Sultan Süleyman Döneminde çamaşırcı kadınların dükkân açmasına izin verilmekte iken daha sonra kadın-erkek münasebetleri nedeniyle kadınların dükkân tutmasına izin verilmemiştir.²⁷

Bu konudaki üçüncü görüşe göre ise Sanayi Devrimi Osmanlı ekonomisini olumsuz etkilediğinden atölyelerin kapatılmasına, tarımın azalmasına ve kadınların eve kapanmasına sebep olmuştur.²⁸ Kanaatimizce tüm bu görüşlerde kısmen de olsa haklılık payı bulunmakta olup, tüm bu hususlar kadının iş hayatını olumsuz etkilemiştir.²⁹

XIX. YY başlarında üretimde makinelerin kullanılmaya başlanması ile atölye üretimlerinin yerini fabrika üretimleri almış ve kadınlar ilk defa sanayi sektöründe boy göstermiştir. Dönemin toplumsal, hukuki ve kültürel yapısı nedeniyle fabrikalarda çalışmaya başlayan ilk kadın işçiler gayrimüslim kadınlar olmuş, müslüman kadınların fabrikalarda işçi olarak çalışmaya başlaması XIX. YY ortalarına doğru olmuştur. 1839'da Osmanlı Devleti sınırlarında bulunan Bulgaristan'daki bir fabrikada kadınlar tarafından işsiz kalma korkusuyla makineleşmeye karşı eylem yapılmıştır. 1851 yılında Samarkov'da bir tekstil fabrikasında eylem girişiminde bulunulmuş, 1876'da ise ilk bağımsız kadın grevi gerçekleşmiştir. Osmanlı ordusunun fes ve aba ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulan Feshane'de yapılan grev, bu fabrikada çalışan 50 kadın işçi tarafından başlatılmıştır.

²⁷ Dulum, Sibel: "Osmanlı Devleti'nde Kadının Statütüsü, Eğitimi ve Çalışma Hayatı (1839-1918)", Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, sayfa 14.

²⁸ Yılmaz, Merve/ Zoğal, Yeliz: "Kadının İş Gücüne Katılımının Tarihsel Gelişimi ve Kadın İstihdamını Etkileyen Faktörler: Türkiye ve Avrupa Örneği", Econ World, IRES, Torino 2015, s 1-25.

²⁹ Yemişken, s. 7; Oskay, s. 6.

1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı, Osmanlı Devleti'nde sosyal, hukuki, ekonomik ve kültürel pek çok değişimin başlangıcı olmuştur. Bir anayasa olmayan ancak temel haklar fermanı olan Tanzimat Fermanı ile birlikte Osmanlı Devleti'nde hâkim olan dini ve örfi geleneksel yapı yavaş yavaş değişmeye başlamıştır. 1847 yılında kölelik ve cariyelik kaldırılmış, 1857 yılında kız ve erkek çocuklar mirasçılık bakımından eşit haklara sahip olmuştur.

Tanzimat ve Meşrutiyet'in ilanı ile birlikte Osmanlı Devleti'nde hızlanan sanayileşme hareketleri, çalışma hayatına ilişkin düzenlemeler yapılması ihtiyacını da arttırmıştır. Tanzimat öncesi dönemde üretim teknolojisinin basit nitelikte olması; işçi, işveren ve işyeri sayısının azlığı gibi sebeplerle iş kazası ve meslek hastalığının çokluğundan söz etmek mümkün olmadığından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelere de ihtiyaç duyulmamıştır. 1863 yılında ilk sanayi okullarının açılması ile birlikte iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ilk düzenlemelerin yer aldığı Maden Nizamnamesi işçinin ücret-i lâyika ve kendi rızası ile çalışacağını öngörmüş, 1865'de Dilaver Paşa Nizamnamesi hazırlanmış ancak uygulamaya konamamış, bu nizamnameyi tamamlayıcı nitelikteki Maadin Nizamnamesi de 1869 yılında yürürlüğe girmiştir. 151 sayılı Ereğli Havzai Fehmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun ile çalışma süreleri, fazla çalışma, çalışma yaşı, iş kazaları halinde ücretsiz tedavi, ölümlü iş kazaları halinde ölenlerin mirasçılarının işverene karşı tazminat davası açma hakkı gibi konularda düzenlemeler yapılmış, böylece iş sağlığı ve güvenliği Osmanlı'da önem kazanmaya başlamıştır.³⁰

Tanzimat Döneminin en önemli gelişmelerinden bir diğeri Mecellenin çıkarılmasıdır. Tanzimat Döneminde Türkçü, Batıcı ve İslamcı aydınlar kadının toplumsal hayattaki durumunu sıklıkla tartışmış, bu dönemde resmi nikahın kayıt altına alınması, evlenme yaşının yükseltilmesi, kadına boşanma hakkı verilmesi gibi gelişmeler yaşanmıştır. Mecelle'de çalışma hayatına ilişkin bazı düzenlemeler yapılarak pozitif hukuka ilk kez geçilmiştir. İnsan çalışması Mecelle'de kira akdi içerisinde “icare-i âdemi” olarak (adam kirası) olarak düzenlenmiş ve işçi, nefisini kiraya veren kişi olarak tanımlanmıştır. Mecelle'de işçi ve işveren taraflara sözleşme

³⁰ Kandemir, Murat: “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler”, Legal Yayıncılık A.Ş., 2017, s. 103; Çakır, Serpil: “Osmanlı Kadın Hareketi: XX. Yüzyılın Başında Kadınların Hak Mücadelesi, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar”, Derleyenler: Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 101; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 8; Süzek, s. 14; Yemişken, s. 8; İşçi Baş, s. 10; Oskay, s. 6.

serbestisi içinde iş ilişkisini düzenleyebilme imkânı getirilmiş, emredici nitelikte kurallar öngörülmemiştir. Ayrıca kadın işçiler ile ilgili olarak özel koruyucu hükümlere yer verilmemiştir.³¹

Tanzimat Döneminde eğitim-öğretim hayatında da önemli gelişmeler yaşanmıştır. 1842 yılına kadar yalnızca sıbyan mektebine gitme hakkı bulunan kadınlara bu dönemde ebe olabilmeleri için tıp okulunda dersleri izleme hakkı verilmiş, ilk ebelik okulları açılmıştır. 1858 yılında rüştiyeler kadınlara açılmış, 1865 yılında ise yetim kızlara ders vermek amacıyla ilk meslek mektebi kurulmuştur. 1869 yılında ise kız sanayi mektepleri kurulmuştur. Kadınların eğitimi için yaşanan en önemli gelişme ise 1870 yılında açılan Darûlmuallimât'tır. Bu okul ile kız çocuklarının okuyup öğretmen olması ve bu öğretmenlerin daha çok kız çocuğuna eğitim vermesi amaçlanmıştır. 1913 yılında kız liseleri, 1914'te İnas Sanayi-i Nefise Mektebi açılmıştır ve böylelikle kadınlara yüksek öğrenim görme imkânı tanınmıştır. Bu okullarda kadınlara biçki, dikiş, nakış, halı dokuma, makine örme işleri, tatlıcılık gibi uygulamalı dersler verilerek kadınlar çalışma hayatına hazırlanmış ve nitelikli elemanlar haline getirilmişlerdir.³² Eğitim alanında yaşanan bu gelişmeler, kadınların iş hayatına her geçen gün daha fazla katılmasını sağlamıştır.

II. Meşrutiyet dönemi, kadınlara eğitim hakkının gerçek anlamda tanınmaya başladığı bir dönem olmuş, bu dönemde kadınlar yüksek öğrenim görme ve memur olabilme hakkı kazanmıştır. Bu dönemde ağır çalışma şartlarına tepki gösterilmiş ve birbiri ardına otuza yakın grev düzenlenmiş, bunun üzerine 1909 yılında "Ta'til-i Eşgal Kanunu" çıkarılmıştır. Bu kanunla hükümetten imtiyaz ve ruhsat alarak kurulan ve genel hizmetlerle ilgili faaliyetlerde bulunan müesseselerde sendika kurulması yasaklanmış ve işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların seçilen temsilciler aracılığıyla çözümlenmesi için uzlaştırmacılık esasına yer verilmiştir. Uzlaştırma sonuna kadar işçilerin işi bırakması ise yasaklanmıştır. Ayrıca sanayi hareketlerini geliştirmek amacıyla 1913'te Teşviki Sanayii Kanunu Muvakkatı çıkarılmıştır.³³

II. Meşrutiyet dönemi ile birlikte kadınların ticaret hayatında daha başarılı olmalarını sağlamak amacıyla Ticaret Mekteb-i Âlisi adında İnas Darulfünunu'nda

³¹ Coşkuner, s. 48; Durmaz, s. 39; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 7; Süzek, s. 14; Önder, s. 39; Oskay, s. 6.

³² Bolcan, s. 23; Çakır, s. 102; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 92; İşçi Baş, s. 10.

³³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 9; Yusuf/ Topkaya, s. 49.

bir şube açılmış ve burada kadınlara ticaret eğitimi verilmiştir. Kadınların iş hayatına girmesi teşvik edilmiş ve büyük savaşların ortaya çıkardığı erkek nüfustaki işgücü açığı kadınlarla kapatılmaya çalışılmıştır. Bohçacılık, pazarcılık, çamaşırcılık, ziraat ve madencilik gibi pek çok alanda çalışan kadın sayısı artmaya başlamıştır. Yine ilk kez II. Meşrutiyet döneminde kadınlar için tarlada çalışma fetvası verilmiş, bu dönemde kadınlar çıkardıkları dergilerle hem yönetici hem de yazar olarak topluma seslenmeye başlamışlardır. Bu dönemde çıkarılan “Kadınlar Dünyası Dergisi” kadınların sosyal hayat ve çalışma hayatındaki yeriyle ilgili büyük ses getirmiştir.³⁴

Kadınların iş hayatına girmesini sağlayan en önemli etken savaşlar olmuştur. Kadınlar tarih boyunca asıl görev olarak ev işlerini üstlenmiş, ancak mecburiyet hallerinde dışarıdaki iş hayatına dâhil olmuşlardır. Erkeklerin savaşımaya gitmesiyle iş hayatında oluşan boşluk kadınlar tarafından doldurulmuş, kadınlar para karşılığı emek harcayarak çalışmak, evlerine ek gelir sağlamak zorunda kalmışlardır. Savaş yıllarında kadınlar başta sanayi kuruluşlarında işçi olmak üzere esnaf ve tacir olarak da çalışmaya başlamış, resmi dairelerde memur olmuşlardır.³⁵ Ayrıca bu dönemde kadınların sağlık alanında yardımcı olması için hastabakıcılık eğitimi almalarını sağlayan kurslar açılmıştır. Bunun sebebi de savaş yıllarında yaralanan askerlerin tedavisinde hemşire ve hasta bakıcıya ihtiyaç duyulmasıdır. 1913 yılında kadınlara devlet memuru olma hakkı verilmiş ve Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti, Asr-i Kadınlar Cemiyeti, Teal-i Nisvan Cemiyeti kurulmuştur. Osmanlı Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan Cemiyeti, feminist düşüncelerle kadın haklarının savunulması için kurulan Osmanlı’daki ilk kanuni kadın derneğidir. Bu dernek iş hayatında ayrımcılığın yasaklanmasının işe girme aşamasından başlaması için ön ayak olmuştur.

Daha sonra 1916 yılında kadınların iş hayatında daha çok yer almasını sağlamak amacıyla kurulan İslam Kadınlarını Çalıştırma Derneği, kadınların iş hayatında yer almasının toplum tarafından kabul edilmesini sağlayan en önemli gelişmelerden biri olmuştur.³⁶ Ülkemizde kadınların iş hayatına giriş sebebi her ne kadar zorunluluk neticesi gerçekleşmiş olsa da zaman içinde eğitim seviyesi arttıkça kadınlar sosyal çevre edinme, meslek edinme, kendini geliştirme, başkasına bağımlı

³⁴ Aydın, s. 86-87; Coşkun, s. 49; Yemişken, s. 9; İşçi Baş, s. 11.

³⁵ Aydın, s. 90; Durmaz, s. 39; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 124; Önder, s. 39; Oskay, s. 6.

³⁶ Erkan, s. 9-11; Durmaz, s. 39; Özbucak Albar, s. 275; Zeytinoglu, s. 39; Önder, s. 39; İşçi Baş, s. 10.

olmaktan kurtulma gibi amaçlarla iş hayatında öğretmenlik, mühendislik, doktorluk, avukatlık, öğretmenlik gibi mesleklerde yer almaya başlamışlardır.³⁷

2.2. Cumhuriyet'in ilanı ve Cumhuriyet'in ilk yılları

Cumhuriyet'in ilan edilmesiyle kadınların eğitimlerine verilen önem artmış, bu durum kadınların meslek sahibi olması ve iş hayatına katılmasına da katkı sağlamıştır. 1924 yılında çıkarılan Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile birlikte kadınlar erkekler ile aynı eğitim sistemi içine dahil edilmiş ve kamusal alanda kadınlar da erkeklerle birlikte görev almaya başlamışlardır.³⁸

Cumhuriyetle birlikte atılan ve kadınların iş hayatına girişi için önemli sayılabilecek adımlardan ilki 1923 yılında İzmir'de gerçekleştirilen Türkiye İktisat Kongresi'dir. Bu kongreye Türkiye'nin her tarafından tarım, sanayi, ticaret ve işçi kesiminden seçilen temsilciler katılmış, Misakı İktisadi Esasları ve Yabancı Sermaye Hakkında Hükümete Sunulan Esaslar ile Çiftçi, Tüccar Sanayi ve İşçi Gruplarının İktisadi Esasları saptanmıştır. Bu kongreye kadın işçileri temsilen Elif, Şefika, Münire, Hayriye, Emine ve Nigâr Hanımlar katılmışlardır. Bu durumun temelinde savaşların sebep olduğu ağır ekonomik sorunlar ve erkek işçi sayısında yaşanan ciddi azalma bulunmaktadır. Türkiye İktisat Kongresinde kadın işçilere doğum öncesinde ve doğum sonrasına kullandırılmak üzere sekiz haftalık ücretli izin verilmesine, kadın işçilerin Türkiye genelinde madenlerde çalıştırılmasının yasaklanmasına ve ayrıca ayda 3 gün ücretli izin kullandırılmasına dair yasa teklifi sunulması kararlaştırılmıştır.³⁹

Türkiye'de kadınlarla ilgili ilk çarpıcı mevzuat değişiklikleri 1920'lerde başlamıştır.⁴⁰ 1924 Anayasasının 87. maddesi ile getirilen ve eğitimin tüm Türk çocukları için zorunlu ve devlet okullarında parasız olduğuna dair hüküm ile özellikle şehirlerde yaşayan kadınların eğitimin her kademesine ulaşabilmesinin yolu açılmış, böylece kadınların hem eğitimine hem istihdamına yönelik çok önemli bir adım daha atılmıştır. Aynı yıl yürürlüğe giren Hafta Tatili Kanunu ile işçilere haftada bir gün dinlenme hakkı tanınmıştır. 1924 Anayasasında ekonomik haklara yer

³⁷ Baytekin, s. 19; Özbucak Albar, s. 279; Önder, s. 41; Yılmaz/ Şahin, s. 188; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 56; İşçi Baş, s. 32.

³⁸ Bolcan, s. 23; Negiz/ Yemen, s. 199; Önder, s. 39; Yemişken, s. 10; İşçi Baş, s. 30; Oskay, s. 7.

³⁹ Önder, s. 39; Oskay, s. 7.

⁴⁰ Baytekin, s. 2.

verilmiş ancak sosyal haklara yer verilmemiş, konut edinme, sosyal güvenlik, grev, sendika, toplu iş sözleşmesi, dinlenme hakkı, sağlığın korunması gibi haklar bu anayasada yer almamıştır. Zira bu haklar bu anayasanın yapıldığı dönemde şimdiki kadar yaygın olmamış, sosyal haklar dünyada daha çok II. Dünya Savaşı'ndan sonra düzenlenmeye başlamıştır. 1924 Anayasasının yapıldığı dönemde I. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı'ndan yeni çıkmış olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ekonomik ve mali imkanlarının oldukça kısıtlı olması sebebiyle bu tür sosyal hakları anayasasında düzenlemeyi düşünememiş olması ve toplumda henüz böyle bir ihtiyacın doğmamış olması da etkili olmuştur.⁴¹

1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile kadınlara boşanma hakkı verilmesi, mirasta kız ve erkek çocuğa eşit hak tanınması, resmi nikah mecburiyeti ve mahkemede kadının tek başına tanıklık etmesinin kabul edilmesi gibi yenilikler ile aynı yıl yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunu ile hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler ve işverene işçileri koruyucu önlemler alma yükümlülüğü getirilmiştir. 1930 yılında kadınlara belediye seçimlerine katılma hakkı, 1933'te muhtar ve ihtiyar heyeti üyesi seçilme hakkı, 1934'te ise milletvekili seçilme hakkı verilerek kadının hem sosyal hayatta hem de siyasi hayatta statüsü geliştirilmiştir.⁴² Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte kadınların kamusal alandaki görevleri artarak devam etmiştir. İlk kadın hekimler 1930 yılında Sağlık Bakanlığı bünyesinde görev almaya, kadın avukatlar da 1928 yılında baroya girmeye başlamışlardır.⁴³

Kadın işçileri hamileyken çalıştırma yasağı ve iş sözleşmesinin askıda kalması sebebiyle işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına dair ilk hukuki düzenleme 1930 yılında Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yapılmıştır. Bu kanun ile yetişkin işçilerin yanı sıra kadın ve çocuk işçilerin de çalışma yaşı, çalışma süresi ve diğer çalışma şartlarına ilişkin koruyucu hükümler getirilmiştir. Bu dönemde devletin öncülüğü ile ulusal sanayinin kurulmaya başlaması ve işçi sayısının giderek artması karşısında iş ilişkilerini düzenleyecek bir yasaya duyulan ihtiyaç artmıştır. Bu ihtiyaç neticesinde 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı ilk İş Kanunumuz devletin işçi-işveren

⁴¹ Kandemir, s. 103; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkara, s. 10; Taşkent/ Kurt, s. 31; HÜSEYİNLİ, Namık/ YİĞİT, Yusuf: "İş Hukukunda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2017, Cilt 25, Sayı 2, s. 285; Yusuf/ Topkaya, s. 50.

⁴² Erkan, s. 13; Kandemir, s. 103; Hüseyinli/ Yiğit, s. 285; İşçi Baş, s. 30; Oskay, s. 7; Süzek, s. 14.

⁴³ Aydın, s. 92; Taşkent/ Kurt, s. 31; Yemişken, s. 10; İşçi Baş, s. 30;

ilişkinine yaptığı en kapsamlı müdahaledir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, ilk İş Kanunumuz yürürlüğe girinceye kadar kadınları koruyan tek hukuki düzenleme olmuştur. İlk İş Kanunu ile kadın işçilerin gebelik durumunda kullanabileceği izinler belirlenmiş, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltı ve su altı işlerinde istisnasız her yaştaki kadınların çalışması yasaklanmıştır. Aynı şekilde bazı istisnalar dışında sanayiye ait işlerde her yaştaki kadınların gece çalıştırılması bu kanun ile yasaklanmıştır.

1945 yılına gelindiğinde ise ülkemizdeki ilk sigorta kanunu olma özelliği taşıyan 4772 sayılı İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortası Kanunu kabul edilmiş olup, bu kanun ile kadın işçilere analık halinde sosyal güvenceden yararlanma imkânı verilmiştir. Kadınlara tanınan sosyal güvenlik hakları daha sonra çıkarılan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile şu an yürürlükte olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile genişletilerek devam etmiştir.⁴⁴

Bu dönemde hız kazanan sanayileşme, kadınların iş hayatında daha fazla rol almasına katkı sağlamıştır ve bu dönemde kadınlara önemli haklar sağlayan pek çok devrim gerçekleşmiştir. Ancak sağlanan bu hakların kadınlar tarafından çeşitli sebeplerle yeterince ve aktif şekilde kullanılmaması nedeniyle kadınların iş hayatına girişi gecikmiştir.⁴⁵ Bu nedenle ülkemizde kadınların bugünkü anlamda “işçi” sıfatı ile iş hayatında yer alması ancak 1950’li yıllarda mümkün olmuştur.

1950’lerde ülkemizde sanayi gelişmeye başlamış, bu nedenle sanayide çalışan işçi sayısı hızlı bir şekilde artmaya başlamıştır. 1952 yılında basın çalışanlarının, 1954 yılında ise denizde çalışanların iş ilişkilerini düzenleyen özel kanunlar yürürlüğe girmiştir.

Kırsal kesimde iş imkanlarının ve kamu hizmetlerinin yetersiz olması, toprak düzenindeki aksaklıklar sebebiyle kırsaldan kente göçler başlamış, şehre göçen ailelerde ekonomik yetersizlikler nedeniyle kadın-erkek tüm bireyler iş hayatında daha fazla yer almaya, tarım sektöründen diğer sektörler geçmeye başlamışlardır. Kadınların hukuki ve ekonomik durumlarının düzeltilmesi ve iş hayatında daha etkin

⁴⁴ Baytekin, s. 2-3; Erkan, s. 14; Kandemir, s. 103; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 11; Hüseyinli/ Yiğit, s. 285; Önder, s. 39; Taşkent/ Kurt, s. 31; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 63; Yusuf/ Topkaya, s. 49; Oskay, s. 7.

⁴⁵ Aydın, s. 94; Durmaz, s. 39.

şekilde rol alabilmeleri için kanunlar çıkarılmış ve kalkınma planlarında cinsiyet eşitliği, aile, kadın ve çocuk konusunda ilkeler ve politikalar belirlenerek kadın okuryazarlığına önem verilmiş, kadınların toplumdaki olumsuz şartlarının iyileştirilmesi amaçlanmıştır.⁴⁶

1961 Anayasası ile kabul edilen “sosyal hukuk devleti” ilkesi iş hayatında yeni bir çığır açmış, bu yeni Anayasa’da “Çalışma ile ilgili hükümler” başlığı altında çalışma hakkı (md 42), çalışma şartları (md 43), dinlenme hakkı (md 44), ücrette adaletin sağlanması (md 45), sendika kurma hakkı (md 46), toplu sözleşme ve grev hakkı (md 47), sosyal güvenlik hakkı (md 48) düzenlenmiş ve kadınların ve çocukların iş hayatında korunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ilke neticesinde 1967 yılında 931 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. Ancak bu kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu ile birlikte hukukumuzda ilk kez “eşit işe eşit ücret” ilkesi girmiştir.⁴⁷

2.3. 1980 sonrası dönem

1950’li yıllarda ülkemizde başlayan kırdan kente göç hareketleri, 1980’li yıllara gelindiğinde şehirlerde mevcut kapasitenin üstünde bir nüfusun birikmesine, düzensiz yapılaşmaya, iş hayatında ise işgücünde arz fazlalığına sebep olmuştur. Kentlerdeki iş gücünün sektörlerdeki istihdam kapasitesinden fazla olması sebebiyle şehirlerde iş bulma zorluğu yaşanmaya başlamış ve istihdam oranları düşmüştür. Kırsalda tarımda ücretsiz aile işçisi dahi olsa üretken olan kadınlar, şehirlere göç ettikten sonra eğitim seviyelerinin düşüklüğü sebebiyle ev kadını olarak istihdamdan uzak kalmışlardır.⁴⁸

1982 yılında yürürlüğe giren yeni Anayasa ile 1961 Anayasası’nda da yer alan sosyal devlet ilkesi tekrar benimsenmiş, bu Anayasanın üçüncü bölümünde sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenmiştir. Ayrıca bu bölümde çalışma hakkı ve ödevi (md 49), küçüklerin ve kadın işçilerin korunması ile dinlenme hakkı (md 50), adil ücret (md 55) ve sosyal güvenlik hakkı (md 60-62) düzenlenmiştir.

⁴⁶ Durmaz, s. 40; Erkan, s. 15; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 124; Taşkent/ Kurt, s. 31; İşçi Baş, s. 11.

⁴⁷ Baytekin, s. 3; Erkan, s. 15; Kandemir, s. 103; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 13; Süzek, s. 15; Taşkent/ Kurt, s. 31; Yusuf/ Topkaya, s. 49; Aksoy, s. 41.

⁴⁸ Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 93; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 115; Negiz/ Yemen, s. 199; Önder, s. 36.

1982 Anayasasına uygun olarak 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe girmiştir.

1985-1990 yıllarını kapsayan Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, kadın haklarıyla ilgili olarak pozitif ayrımcılığı ele alan ilk kalkınma planı olmuş ve kadın işçi istihdamının artırılması, kadınlara fırsat eşitliği sağlanması konusunda takip edilmesi gereken stratejiler ile alınacak önlemler bu planda belirlenmiştir. 1990-1994 yıllarını kapsayan Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda kadın konusu ilk kez başlı başına bir sektör olarak yer almıştır. Zira 1990 yılına kadar kalkınma planlarında toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadınlarla ilgili politikalar ayrı başlıklar olarak yer almamıştır. Bu kalkınma planı ile ilk defa eğitim, sağlık ve istihdam gibi alanlarda sağlanacak olan iyileşmelerin kadınları da etkileyeceği kabul edilmiş, kadınların eğitim düzeyinin artırılması, işgücüne katılımının yükseltilmesi, ev eksenli çalışma, aile içi şiddet ve kadın girişimciliği konularına yer verilmiştir. Dolayısıyla kadın-erkek eşitliğine yönelik plan ve politikalar sosyal hizmet anlayışı ile ele alınmıştır.

Yedinci (1996-2000) ve Sekizinci (2001-2005) Beş Yıllık Kalkınma Planlarında ise kadın konusuna nüfus ve aile planlaması bölümünde yer verilmiş, kadınların toplumdaki olumsuz şartlarının iyileştirilmesi, kadın okur-yazarlığı, kadın istihdamı, kadınların eğitim ve sağlık hizmetlerinden yararlanmasının artırılması, kalkınma ve karar alma süreçlerine katılımlarının artırılabilmesi için alınabilecek önlemler belirlenmiştir.

1971 yılında yürürlüğe konan ve 30 yılı aşkın bir süre boyunca yürürlükte kalan 1475 sayılı İş Kanunu zaman içinde uluslararası standartlara cevap veremez hale gelince bu kanunu Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile uyumlu hale getirmek amacıyla 2003 yılında şu an halihazırda uygulanmakta olan 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanun Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri ve AB Direktifleri göz önüne alınarak hazırlandığından kadın işçileri koruyucu düzenlemeler bu kanunda çağdaş ölçütlere uygun şekilde yeniden ele alınmıştır.⁴⁹

İş Kanununun yanı sıra kadınların çalışma şartlarını düzenlemek üzere yönetmelikler de çıkarılmış, bu kapsamda 2004 yılında Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk bakım Yurtlarına Dair

⁴⁹ Baytekin, s. 3; Süzek, s. 15; Önder, s. 40-41; Taşkent/ Kurt, s. 31; Köseoğlu/ Kaya, s. 47; Bozkurt, s. 47.

Yönetmelik, 2013 yılında Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, 2016 yılında ise Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Çalışmalar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konmuştur.⁵⁰ Kanunların yanı sıra çıkarılan bu alt mevzuat, kadınların çalışma hayatının kolaylaştırılması için en önemli adımlar olmuştur.

Bir ülkenin kalkınmasında istihdamın artırılması hiç şüphesiz en önemli konulardan bir tanesidir. Kadınlar ise bir toplumun ön planda olmayan fakat ilerlemesinde önemli etkileri olan üyeleridir. Zira toplumun yarısını kadınlar oluşturmaktadır. Potansiyel işgücü olan bu nüfusun bilgi, yetenek ve tecrübelerinden yeterince yararlanmamak ciddi bir kayıptır. Ekonomik ve sosyal gelişme, her iki cinsiyetin de katılımına bağlı olduğundan bir toplumda kadınlar ne kadar üretken ve etkin ise toplum o denli gelişmiştir. Dolayısıyla erkeklerin yanında kadınların da istihdam edilerek ekonomik hayata katılması ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması üretimi, verimliliği ve toplumsal refahı arttıracaktır. Çünkü cinsiyet ayrımcılığı toplumsal cinsiyet eşitliğinin topluma kazandırdığı faydaları azaltmaktadır.

Kadınların istihdama katılması ekonomik ve sosyal kalkınmayı sağlarken yoksulluğun azalmasında da etkilidir. Çünkü kadınlar çalışarak elde ettiği gelirle çocuklarının eğitim ve bakımı için gerekli ihtiyaçları daha rahat karşılayabilmektedir. Kadınların elde ettikleri ekonomik özgürlük toplumsal saygınlıkları ve kendilerine duydukları güven ile birlikte kendilerine ve ailelerine dair kazanımlarını da arttırmaktadır. Ekonomik gelirin sadece erkek üzerinden sağlandığı tek kazananlı aile modelinde erkeğin işsiz kalması veya kaza, hastalık gibi sebeplerle çalışamaz hale gelmesi durumlarında aile yoksulluğa düşmektedir. Kadının da çalıştığı çift kazananlı aile modelinde ise ailenin gelir düzeyi yükselmekte ve yoksulluğa dair riskler minimuma indirilmektedir. Bu nedenle bugün pek çok ülke yoksullukla mücadele ederken tek kazananlı aile modelinden çift kazananlı aile modeline geçmeye çalışmaktadır.

Çalışma hayatında yer alan ve ekonomik bağımsızlığını kazanan kadının aile içi şiddet ve taciz, ekonomik şiddet, erken evlenme gibi maruz kaldığı pek çok sosyal ve psikolojik problem de azalmaktadır. Geleneksel rolleri ile her gün aynı rutin işleri

⁵⁰ Hüseyinli/ Yiğit, s. 286.

yapmak zorunda kalan kadınlar iş hayatına girerek yeteneklerini, ilgi ve yaratıcılıklarını ortaya çıkarma imkânı bulmakta, ev içinde de daha çok söz hakkı bulmaktadır. Dışarıdaki ekonomik sorumluluklar kadın ve erkek arasında eşitlenirken ev içi sorumluluklar da eşitlenmekte, aile hayatı demokratik ve özgürlükçü bir şekilde devam ettirilebilmektedir. Bazı çalışmalar çalışan kadınların menopoz yakınmalarının daha az olduğunu, ev kadınlarından daha uzun süre yaşadıklarını, sosyo-ekonomik yapısı düşük olan kadınların çalışmasının psikolojik olarak daha koruyucu olduğunu, çalışan kadının evlilik uyumlarının çalışmayan kadınlara göre daha iyi olduğunu göstermiştir.⁵¹

Türkiye’de kadın istihdamı, erkeklerin istihdam oranlarından düşük seyretmekte olup, bu durumun sebepleri arasında toplumsal cinsiyet temelli iş bölümü, kente yönelen göç hareketleri, tarımsal yapı ve geleneksel aile yapısındaki çözülme, aile ve iş hayatı arasında denge kurmanın zorluğu, kadınların eğitim seviyelerinin düşük olması gibi etkenler sayılabilir.⁵²

Türkiye İstatistik Kurumu’nun (TÜİK) 2020 verilerine göre ülkemizdeki nüfusun %49,9’unu kadınlar, %50,1’ini ise erkekler oluşturmaktadır. 2019 yılına ait verilere göre Türkiye’de 15 yaş ve üzeri kadınların istihdam oranı %28,7, erkeklerin istihdam oranı ise %63,1’dir. Hanesinde 3 yaş altı çocuğu olan 25-49 yaş aralığındaki kadınların istihdam oranı %26,7, erkeklerin oranı ise %87,3’tür.⁵³ Bu verilerden kadınların istihdam oranlarının erkeklere kıyasla çok düşük olduğu yani işsizliğin kadınlar bakımından erkeklere kıyasla daha büyük bir sorun olduğu anlaşılmaktadır. 3 yaşından küçük çocuğu olan kadınların da erkeklere nazaran istihdamdan daha fazla uzak kaldıklarını gösteren bu veriler bize toplumsal ekonomik kalkınmanın sağlanabilmesi için kadınların cinsiyet eşitsizliğine karşı ve

⁵¹ Erkan, s. 16; Durmaz, s. 40; Karabıyık, s. 231-240; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 110; Hüseyinli/ Yiğit, s. 281; Yılmaz/ Şahin, s. 192; Keskin, Sevtap: “Türkiye’de Kadın Girişimcilerin Durumu”, Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, 2014, Cilt 9, Sayı 1, s. 72; Gökçeoğlu Balcı, Şebnem: “Koruma mı, Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017, Sayı 3, s. 1265; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 6; Taşdemir, s. 11; Eren, Mehmet Vahit: “Cinsiyet Eşit(siz)liğinde Genç Kadın İşsizliği ile Kalkınma Arasındaki İlişki: Avrupa Birliği Ülkeleri Üzerine Ekonometrik Bir Analiz”, Yaşar Üniversitesi E-Dergi, Cilt 15, Sayı 59, 2020, s. 598.

⁵² Karabıyık, s. 237; Kalem Berk, Seda: “Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği” Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 2013, Cilt 16, sayı 1, s. 85; Taşdemir, s. 13.

⁵³ <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Kadin-2020-37221>; et: 16.8.2021; Erkan, s. 17; Taşdemir, s. 14.

annelik sebebiyle istihdamdan uzak kaldıkları süreler bakımından yasal düzenlemeler ile desteklenmeleri gerektiğini ifade etmektedir.

3. EŞİTLİK İLKESİ

Hem uluslararası mevzuatta hem de ulusal mevzuatımızda eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ile birlikte ele alınmaktadır. Gerçekten de bu iki kavram bir madalyonun biri olumlu diğeri ise olumsuz iki yüzünü oluşturmaktadır. Zira aşağıda detaylı şekilde izah edeceğimiz üzere eşitlik ilkesi devlete eşit şartlar altındaki bireylere eşit şekilde davranılması şeklinde pozitif bir görev yüklemekte iken ayrımcılık yasağı ise kişinin manevi varlığını oluşturan dil, ırk, din, mezhep, siyasi düşünce, felsefi inanç, yaş, engellilik, cinsiyet vb sebeplerle farklı muameleye maruz bırakılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi devlete yüklenen pozitif bir yükümlülük iken ayrımcılık yasağında negatif bir yükümlülük söz konusudur.⁵⁴

Eşitlik, kelime anlamı olarak iki veya daha çok şeyin yapı, değer, nitelik veya nicelik bakımından aynı olması, birbirinden fazla veya eksik olmamasıdır. Eşitlik ilkesi, hukukun tüm alanlarında geçerli olan bir ilke olup, tüm insanların yaradılışının eşit olduğunu, bu nedenle birbirleriyle aynı haklara sahip özdeş varlıklar olduğunu ifade etmektedir. Eşitlikten bahsedebilmek için birden çok şeyin var olması ve bunların karşılaştırılması gerekmektedir.⁵⁵

Eşitlik ilkesi tarihte ilk olarak Antik Yunan düşünürlerince ortaya atılmış olup, ilerleyen dönemde Platon ve Aristo'nun eşitlik hakkındaki görüşleri öne çıkmıştır. Aristo, eşitliği adaletin ön şartı olarak kabul etmiş, adaleti de “değiştirici adalet” ve “dağıtıcı adalet” şeklinde sınıflandırmıştır. Bu ayrıma göre denkleştirici adalet, bireyler arası ilişkilerde kanunlar ile sağlanmış olan eşitliğin bozulduğu durumlarda tekrar sağlanmasıdır. Dağıtıcı adalet ise bir toplumda kazançların, siyasi hakların ve şereflerin dağıtımı ile ilgilidir. Bireyler, dağıtıcı adalet doğrultusunda toplumda eşit oldukları oranda eşit pay, eşitsizlikleri oranında da eşitsiz pay alırlar. Eşitliğin ortaya

⁵⁴ Aksoy, s. 79.

⁵⁵ Kandemir, Murat/ Yardımcıoğlu, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, s. 3; Devci, Zeynep Sümeyra: “İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi”, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 2, 2020, s. 16; Yemişken, s. 11; Çolakoğlu, s. 3; Karabulut, s. 16.

çıkış amacı sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmak olmuş, bu ilke ilk defa 1789 yılında İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile normlaştırılmıştır.⁵⁶

Aristo'nun eşitliği adaletin ön şartı olarak göstermesine rağmen Kant, adaletin eşitlikten kaynaklandığını ileri sürmüştür. Her iki görüş de birlikte değerlendirildiğinde eşitlik ve adalet kavramlarının birbirinden ayrılmaz ve birbirini tamamlamayan kavramlar olduğunu kabul etmek gerekir.⁵⁷

Platon'a göre mutlak eşitlik mümkün olmayıp ancak birbirine benzeyen şeylerden bahsetmek mümkündür. Zira, eşitliğin gerçekleşmesi nesneler dünyasında mümkün değildir. Platon, varlığı nesneler ve idealar olmak üzere iki sınıfa ayırmış ve eşitliğin ancak idealar dünyasında mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. İdealar dünyası gerçek olmayan, her şeyin en doğru ve olması gerektiği şekilde olduğu varsayımsal mükemmel düzendir. Nesneler kusurludur ve Platon'a göre mükemmel olmayan nesneler dünyasında eşitliğin sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle de nesneler dünyasında eşitlik sağlanmış gibi davranmak da eşitsizlik meydana getirir. Platon, nesneler dünyasında mutlak eşitlik yerine orantılı eşitlik ile adaletin sağlanacağını ileri sürer.⁵⁸

VII. YY'da ortaya çıkan ve yayılan İslam dinine göre ise eşitlik, “müsâvât” kelimesiyle ifade edilmiştir. Kelime anlamı olarak “eşitlik” anlamına gelen müsâvât, insanların eşit olmasını ifade eder. Hz. Muhammed “Arab'ın Arap olmayana, beyazın siyaha üstünlüğü, takva dışında yoktur.” ve “insanlar tıraşın dişleri gibi eşittirler.” hadis-i şerifleriyle İslam dininin eşitlik anlayışına vurgu yapmıştır. İslam'a göre insanlar ancak ibadet, ahlak ve takva yönünden birbirlerinden üstün olabilir. Bunlar dışında İslam dini insanlar arasında dil, renk, ırk, mal, mülk, servet, statü, cinsiyet gibi konularda hiçbir şekilde ayırım yapmamıştır. Yalnızca Araplara değil tüm insanlığa gönderilen İslam dini tüm Müslümanlara mahkeme önünde, sosyal menfaatlerde, kanun önünde, kamu hizmetlerine girmede, menfaat

⁵⁶ Özçmak, Zülal: “Eşitlik İlkesi ve İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu”, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 2; Karabulut, s. 18; Yuvalı, Ertuğrul: “İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2011, Ankara, s. 9.

⁵⁷ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 4; Kılıçoğlu, Mustafa: “İş Hukukunda Ayrımcılık”, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3627/kilicogluayrimcilik.pdf>, et: 21.12.2021, sayfa 2; Şener, s. 15;; Bozkurt, Metin: “ İşverenin Eşit Davranma Borcu” İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 3-5.

⁵⁸ Bozkurt, s. 6.

dağıtımında ve maddi sorumluluklarda eşit davranılması gerektiğini emretmiştir. Kölelik, İslamiyet'ten önce Eski Yunan, Roma, Mısır başta olmak üzere pek çok toplumda çok köklü bir kurum olduğundan İslam dini köleliği tamamen yasaklamamış, ancak köleliğin devam etmesini de istememiş, tam tersi kölelerin azat edilmesini teşvik eden ayetler indirilmiştir. Hür insanların sahip olduğu haklara kölelerin de sahip olduğu ifade edilerek köle edinmek zorlaştırılmıştır.⁵⁹

Çok yönlü ve soyut bir kavram olan eşitlik, tarihsel süreç içerisinde çok farklı ve kapsamlı şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan biri de biçimsel (şekli) eşitlik olup, bu eşitlik anlayışına göre kıyaslanan varlık veya öznelerin birbirine eşit olduğu ve benzer şekilde muamele görmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin biçimsel eşitlik anlayışı kadınlar ile erkeklerin, çoğunluktakiler ile azınlıktakilerin aynı muameleyi görmesi gerektiğini savunmaktadır.⁶⁰

Biçimsel eşitlik anlayışı belli gruplarda var olan dezavantajların ortadan kaldırılması imkânı vermemektedir. Örneğin kadınlar, engelliler veya yaşlılar yaradılıştan gelen fiziksel özellikleri veya toplumun onlara yüklediği sosyal roller sebebiyle bazı durumlarda dezavantajlı konumda olabilmektedirler. Biçimsel eşitlik anlayışı ile herkese uygulanan muamelenin onlara da aynı şekilde uygulanması, onların bu dezavantajlı durumunu ortadan kaldırmadığı gibi daha da zorlaştırabilmektedir. Bu durumun ortadan kalkabilmesi bu kişilere muamele ederken dezavantajının da göz önüne alınması, korunması gereken bu kişiler için önlemler alınması gerekmektedir. Dolayısıyla biçimsel eşitlik, zamanla yerini fiili (gerçek) eşitlik anlayışına bırakmıştır. Fiili eşitlik anlayışında önemli olan sonuçlarda ve çıktılarda eşitliği sağlamak olup, bu eşitliğin gerçekleşmesi için başvuru yöntemlerinden biri pozitif (olumlu) ayrımcılıktır.⁶¹

Eşitliği biçimsel eşitliğin aksi şekilde yorumlayan bir başka türü nispi (normatif) eşitliktir. Nispi eşitlik anlayışına göre haklı şartların varlığı halinde insanlar arasında farklı uygulamalar yapılması mümkündür. Bu eşitlik anlayışı sayısal olarak bir eşitlik öngörmediği gibi insanlar arasındaki farklı nitelikleri de göz önünde bulundurur.

⁵⁹ Özaçmak, s. 2.

⁶⁰ Bakırcı, Kadriye: "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", Kadın Araştırmaları Dergisi, sayı 10, Yıl 2012/1, s. 2; Yemişken, s. 13; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 11; Karabulut, s. 21; Çolakoğlu, s. 16.

⁶¹ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 2; Yemişken, s. 13.

Nispi eşitliğin amacı insanlar arasında keyfi ve haksız ayrımlar yapmadan yükümlülük ve yararlar arasında eşitsizliğin en aza indirilmesini sağlamaktır.⁶²

Eşitliğin bir başka türü fırsat eşitliği olup, bu eşitlik türü Avrupa Birliği tarafından benimsenmiş olan eşitlik türüdür. Bu eşitlik anlayışı biçimsel eşitlik ile fiili eşitlik arasında kalmış bir modeldir. Bu eşitlik türü, eşitliğin önündeki engelleri kaldırmayı öngörmektedir. Bu anlayışa göre eşitliğin sağlanabilmesi ve dezavantajlı grupların faydalanabilmesi için daha fazla fırsat yaratılmalıdır. Ancak bu anlayış fırsatları arttırmakla birlikte dezavantajlı grupların bu fırsatlardan yararlanmasını garanti etmemektedir. Dolayısıyla kadınlar, engelliler, eşcinseller gibi gruplar açısından söz konusu dezavantajlar var olduğu sürece fırsatların arttırılmasının pratikte pek fazla anlamı da olmamaktadır.⁶³

Eşitlik ilkesi iş hukukunda “eşit davranma ilkesi” olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşit davranma ilkesi doktrinde dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmakta olup, dar anlamda eşit davranma ilkesi, işverenin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçilere keyfi olarak farklı şekilde davranmaması, aynı şartlardaki işçilere farklı şekilde davranmasını gerektiren haklı ve makul sebepler bulunmadıkça eşit muamele uygulaması anlamında kullanılmakta olup, bireysel iş ilişkilerinde geçerlidir. Geniş anlamda eşitlik ilkesi ise hem bireysel hem de toplu iş ilişkilerinde işverenin tüm işçilere eşit davranmakla yükümlü olması anlamında kullanılmakta olup, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunun her alanında geçerlidir. İşverenin ayırım yapmama yükümlülüğü, şekli eşitlik anlayışının eşit davranma borcunda görünüş biçimidir. Çünkü işverenin işçileri arasında objektif olarak ayırım yapmasını gerektiren sebepler olabilir. Bu zorunluluk işverenin eşit davranma borcu içinde yer alır ve fiili eşitliğin ortaya çıkmasını sağlar.⁶⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu güncel

⁶² Yemişken, s. 14; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 12; Karabulut, s. 22.

⁶³ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 3.

⁶⁴ Coşkun, s. 54; Kandemir, s. 199; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 5; Süzek, s. 472; Gökçeoğlu Balcı, s. 1273; Deveci, s. 17; Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Yıl 2006, sayı 4, s. 66; Savaş, Fatma Burcu: “İşyerinde Manevi Taciz”, Beta Yayınları, 2007, İstanbul, s. 25; Karagöz, Veli: “İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2012, s. 59; Şener, s. 11; Çolakoğlu, s. 8; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 54; Muzır, Esra: “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, İstanbul, s. 4; Karabulut, s. 57; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 31; Özçmak, s. 19; Kökkılınç, Ayşe Gül: “İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması”, Legal Yayınevi, 2013, İstanbul, s. 79; Süral,

bir kararında eşitlik ilkesinin hukuk ve adaletin temel kavramları içinde yer alan ve sosyal devletler için vazgeçilmez bir ilke olduğunu ve aynı durumda bulunan kişiler arasında haklı bir sebep olmaksızın farklı davranılmasını engelleyerek nihai olarak adalete hizmet ettiğini ifade etmiştir.⁶⁵

Eşit davranma ilkesi işverenin işçiler arasında keyfi şekilde ayırım yapmasını yasaklar, işverenin davranış özgürlüğünü sınırlandırır, insan onuruna yaraşır bir hayatın özünü oluşturur, benzer durumda olan kişiler arasında objektif ve haklı bir neden olmadıkça ayırım yapılmasını engeller. Bu ilke ile kast edilen mutlak bir eşitlik değil, aynı nitelikteki işçilere aynı şekilde davranılması gerektiğidir. Birbirinden farklı nitelikteki işçilerin aynı işleme tâbi tutulması da bu ilkeye aykırılık teşkil eder. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bireysel başvuru kararlarında da ifade edilmiştir. Bu ilkenin temelinde adalet ve hakkaniyet bulunmaktadır. Eşit davranma ilkesinin temel amacı ekonomik olarak güçlü konumda olan işverenin işçinin mecburiyetlerinden faydalanıp bu gücünü kötüye kullanarak onu sömürmesini engellemektir.⁶⁶

3.1. Anayasa'da Eşitlik İlkesi

İşçi, bir işverene hizmet veya mal üreterek onun kazancını arttıran, karşılığında ise işverenden ücret alan çalışandır.⁶⁷ Çalışma hayatında yer almak, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için önemli bir etkidir. Aktif çalışma hayatının içinde yer almak, bireyin kişiliğinin gelişimine de katkı sağlar. Dolayısıyla kişinin çalışma hakkının bulunmaması maddi ve manevi varlığı ile kişiliğinin gelişmesine engel olacaktır. Bu sebeple çalışma, Anayasamızın 48. ve 49. maddelerinde kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın herkese temel hak ve özgürlük olarak tanınmıştır. Anayasada yer alan bu iki madde ile devlet, kadın-erkek ayrımı yapmaksızın çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek, çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemek için gerekli tedbirleri almak ile görevlendirilmiştir. Çalışma hakkının sağlandığını söyleyebilmek için

Nurhan; "Türkiye'de Kadın İstihdamı Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 282.

⁶⁵ YHGK 2018/22-592 E. 2021/1129 K. 30.09.2021 T, Kazancı İBB, et:20.04.2022.

⁶⁶ Kökkılınç, s. 80; Aksoy, s. 46; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 458; AYM'nin E. 2009/47, K. 2011/51 nolu ve 17/3/2011 tarihli kararı; Bozkurt, s. 40.

⁶⁷ Coşkun, s. 20.

elbette çalışanların keyfi olarak işten çıkarılmalarının da önüne geçilmesi yani iş güvencesinin sağlanması gerekmektedir.

Eşitlik ilkesi Anayasanın 10. maddesinde düzenlenmiş olup, iş hukukunda kadın ve erkek eşitliği Anayasamızın 10. maddesine dayanmaktadır. Anayasanın 70. maddesinde ise kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmiştir. Bu maddenin 2. fıkrası uyarınca hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez. Bu düzenleme ile her ne kadar kamu sektörü kast edilmekte ise de fırsat eşitliğini sağlamaya ilişkin bu hüküm özel sektörü de kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa’da yer alan bu hüküm uyarınca işe almada cinsiyet ayrımcılığı da dahil olmak üzere ayrımcılığın hiçbir türü yapılamayacaktır.⁶⁸ Mülga İş Kanunlarımız ve 4857 sayılı İş Kanunu da Anayasa’daki bu amaç ile daha çok işçiyi korumayı hedeflemiş, işverenin keyfi uygulamalar yapmasını, sermaye gücü ve işçinin ekonomik bağımlılığını kullanarak işçiyi suiistimal etmesini önlemeye çalışmıştır.⁶⁹

Türk hukukunda eşitlik ilkesi ilk defa 1839 yılında yayımlanan Tanzimat Fermanı’nda yer almıştır. Eşitlik ilkesinin anayasal bir ilke olarak Türk hukukunda yer alması ise 1876 yılında ilan edilen Kanun-i Esasi ile olmuştur. 1924 Anayasası’nda da yer alan eşitlik ilkesi 1961 Anayasası’nda “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” başlığını almış ve “sosyal devlet” kavramı da ilk defa 1961 Anayasasında yer almıştır.

1961 Anayasasından sonra 1982 Anayasasının 2. Maddesinde de düzenlenen sosyal devlet ilkesi, toplumdaki korunmaya muhtaç kişilerin insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşaması için devlete birtakım yükümlülükler yüklemekte olup, kadınların iş hayatında korunması açısından özel bir öneme sahiptir. Anayasamızda kadınlar, sosyal devlet ilkesinin yanı sıra ayrıca 10. maddede düzenlenen eşitlik ilkesi ile de korunmuşlardır. İş hukukunda yer alan eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayrımı yasağının temeli bu maddeye dayanmaktadır. Anayasamızın 10. maddesine göre, “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve

⁶⁸ Baytekin, s. 20; Coşkun, s. 55; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 454; Şener, Battal: “İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 26; Ünsal, Engin: “Türkiye’de Kadın İstihdamı ve Sorunları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2008, s. 330; Bozkurt, s. 9.

⁶⁹ Coşkun, s. 20; Bolcan, s. 120; Çolakoğlu, Ebru: “Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 10; Bozkurt, s. 43.

*benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar”.*⁷⁰ Anayasamızdaki bu düzenleme kanun önünde eşitlik, Anayasa’da belirtilen nedenlerle ayırım yapma yasağı, kişi ve topluluklara imtiyaz tanıma yasağı ve temel hak ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanma olmak üzere dört farklı ilkeyi içermektedir. Madde metninde yer alan ayrımcılık yasağı halleri sınırlı sayıda sayılmamış “*ve benzeri sebeplerle*” ifadesiyle 1961 Anayasasına kıyasla geniş bir koruma alanı sağlanmıştır. Madde hükmünde yer alan “*herkes*” ve “*ve benzeri sebeplerle*” ifadeleriyle Anayasada ayrımcılık yasağının uygulanacağı kişiler ve ayrımcılık temelleri bakımından sınırlı bir yaklaşım benimsenmediği, maddede sayılan ayrımcılık temellerinin örnek kabilinde olduğu AYM kararlarında da ifade edilmiştir.⁷¹

Maddenin düzenleniş yeri itibariyle de 1982 Anayasası ile 1961 Anayasası arasında çok önemli bir fark bulunmaktadır. Eşitlik ilkesi 1961 Anayasasında “temel hak ve ödevler” kısmında yer almakta iken 1982 Anayasası’nda I. Kısımda “Genel Esaslar” başlığı altına eklenmiştir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi 1982 Anayasası’nda devletin kuruluş unsurlarından ve dayanaklarından biri olarak kabul edilmiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde de eşitliğin demokrasinin en temel ilkelerinden biri olduğu, insanların insan olarak doğmaları sebebiyle doğumdan itibaren bir değere sahip olduğu ve insanlar arasında hiçbir nedenle ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. Böylece hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayanan bu hüküm, hem

⁷⁰ Bolcan, 117; Arslan Ertürk, s. 353; Özbucak Albar, s. 276; Zeytinoğlu, s. 32; Kılıçoğlu, s. 9; Hüseyinli/ Yiğit, s. 286; Oğuz, s. 569; Taşkent/ Kurt, s. 34; Adakale Demirhan/ Ekonomi, 62; Yusuf/ Topkaya, s. 52; Deveci, s. 18; Karagöz, s. 59; Aksoy, s. 42; Özçmak, s. 21; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 24; Karabulut, s. 20; Oskay, s. 27; Mülâyim, s. 104; Şahin Emir, Asiye: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, 2019, s. 12; Muzır, s. 3; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 41-42; İşçi Baş, 21; Çolakoğlu, s. 5; Şener, s. 52; Kaplan, Tuncay Senyen: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 30, Sayı 133-2 (Özel sayı), 2017, s. 226.

⁷¹ AYM’nin Başvuru no: 2013/3440, 20.04.2016 tarihli bireysel başvuru kararı; Erkan, s. 40; Bacak/ Yiğit, s. 6; Çolakoğlu, s. 6; Şener, s. 52.

dil, din, ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, cinsiyet vb. sebeplerle ortaya çıkan ayrımcılıkları yasaklamış hem de bu durumlar dışında başka sebeplerle gerçekleştirilecek genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemiştir.⁷²

Maddenin 4. fıkrası ile devlet organlarının vatandaşlara eşit davranma yükümlülüğü açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda yasama, yürütme ve yargı organları yaptıkları tüm işlemlerde eşitlik ilkesine uymak zorundadır. Bu husus AYM'nin bireysel başvuru kararlarında da açıkça ifade edilmiştir.⁷³ Ayrıca maddeye AB uyum yasaları çerçevesinde kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu da açıkça yazılarak devlete bu eşitliği sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylelikle devletin kadın ve erkek arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi yükümlülüğü anayasada açık ve somut bir şekilde yer almıştır. Maddeye daha sonra getirilen *“Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”* cümlesi ile pozitif ayrımcılık olarak yapılacak düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı düzenlenmiş ve bu yönde olumlu bir adım atılmıştır. Dolayısıyla düzenlemede mutlak eşitlik değil, nispi eşitlik anlayışı hâkimdir.⁷⁴ *“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”* cümlesi ile de toplumda dezavantajlı olan gruplar için yapılacak pozitif ayrımcılık uygulamalarına hukuki zemin hazırlanmıştır. Ancak bu kişiler sınırlı sayıda sayılmış, korunma ihtiyacı bulunan diğer gruplar kapsam dışında bırakılmıştır. Bu nedenle bu cümleye de maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi *“ve benzeri durumdaki kişiler”* şeklinde bir ifade getirilerek korumanın kapsamı genişletilmelidir.

Eşitlik ilkesi yalnız kamu hukuku ile alakalı değil, hukukun tüm alanlarını ilgilendiren, özel hukuk alanında da geçerliliği olan temel bir hukuk ilkesidir. Zira anayasal hükümler devlet ve kişiler arasında dikey olarak (kanun karşısında eşitlik ilkesi), bireyler arasında ise yatay olarak (eşit davranma yükümlülüğü) uygulanır. Bu

⁷² Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 454; Süzek, s. 468; Kandemir, s. 199; Savaş, s. 28; Doğan Yenisey, s. 64; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 2; Bilgili, Abbas: *“İş Hukukunda Mobbing”*, Karahan Kitabevi, 2015, s. 44; Manav Özdemir, Eda: *“İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması”*, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Yayınları, 2017, İstanbul, s. 136; Şener, s. 53; Kılıç, s. 223; Kökkılınç, s. 78.

⁷³ AYM'nin B. No: 2013/9880, 11/11/2015 tarihli ve B. No: 2013/7979, 11/11/2015 tarihli bireysel başvuru kararları; Bozkurt, s. 46.

⁷⁴ Coşkun, s. 54; Manav Özdemir, s. 143; Arslan Ertürk, s. 353; Hüseyinli/ Yiğit, s. 51; Taşkent/ Kurt, s. 34; Gökçeoğlu Balcı, 1266; Kaplan, s. 236; Şener, s. 53; Çolakoğlu, s. 6; Yemişken, s. 83; İşçi Baş, s. 50; Bilgin, s. 313; Köseoğlu/ Kaya, s. 46; Oskay, s. 27; Karabulut, s. 50; Özçmak, s. 20; Süral, s. 282; Aksoy, s. 41.

nedenle Anayasa'daki hükümler devleti ve devleti oluşturan organları bağladığı gibi bireyleri de bağlayacağından işverenler de Anayasa md 10 kapsamında işçilerine karşı eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla işverenin kadın, engelli gibi dezavantajlı konumda olabilecek işçilerine uygulayacağı pozitif ayrımcılıklar eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Zira lehine pozitif ayrımcılık yapılan kişiler geçmişte belli nedenlerle ayrımcılığa maruz kalmış ve diğer kişilerle aralarında olması gereken eşitlik bozulmuştur. Pozitif ayrımcılığın amacı ise bozulan bu eşitliğin yeniden kurulmasını sağlamaktır. Bu nedenle pozitif ayrımcılık uygulamaları ceza hukuku anlamında da eşitliğe aykırılık veya ayrımcılık suçu oluşturmaz.⁷⁵

Anayasamız pozitif ayrımcılık uygulamalarını eşitliğe aykırı kabul etmemiş ise de hangi uygulamaların haklı neden sayılarak eşitliğe aykırı kabul edilemeyeceği yasalarımızda açıkça belirlenmemiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararlarında bu haklı nedenler “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler” şeklinde açıklanmıştır.⁷⁶

Çalışma hayatındaki eşitlik ilkesi Anayasamızda kendine 48 ve 49. maddelerde yer bulmuş olup, Anayasanın 49/2. maddesine göre devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Anayasa'nın 50. maddesi ile 49. maddede yer alan bu yükümlülük kadınlar lehine daha da arttırılarak kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Doktrinde bazı yazarlara göre Anayasanın 50/2. maddesinde kadınlara da yer verilmesiyle kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi yetersizliği olan kişilerle aynı düzenlemeye tâbi tutulmuştur.⁷⁷ Bu hükümle kadınlar, eşit bireyler olarak değil zayıf, güçsüz, kısıtlı ve korunmaya muhtaç varlıklar olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle bu düşüncedeki yazarlara göre bu hüküm eşitlik ilkesine aykırılık teşkil

⁷⁵ Baytekin, s. 39-42; Kandemir, s. 201; Manav Özdemir, s. 142; Zeytinoğlu, s. 31; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 8; Gökçeoğlu Balcı, s. 1266; Kaplan, s. 236; Şener, s. 9; Çolakoğlu, s. 7; Yemişken, s. 85; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 46; Süzek, s. 474; Oskay, s. 27; Aksoy, s. 42.

⁷⁶ Şener, s. 54.

⁷⁷ Karabulut, s. 53; Oskay, s. 28; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 4; Gökçeoğlu Balcı, s. 1270.

etmektedir. Anayasanın 50/2. maddesi bu bakımdan eleştirilmekte ve bu hükmün kaldırılarak kadınlara karşı doğrudan veya dolaylı ayrımcılığın yasaklandığının açıkça düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Her ne kadar bazı açılardan eksik ve yetersiz görülmekte ise de çalışma hayatındaki eşitlik ilkesini düzenleyen bu anayasal hükümler, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan devletin ailenin ve çocukların korunması konusundaki yükümlülüğünün de bir gereğidir.⁷⁸ Zira kadınların çalışma hayatında korunmasının asıl sebebi ailelerin ve gelecek nesilleri oluşturacak çocukların korunması bakımından da elzemdir.

3.2. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

Eşitlik ilkesi iş hukuku bakımından değerlendirildiğinde, diğer özel hukuk ilişkilerinin aksine, iş ilişkilerinin temel özneleri olan işçi ve işveren arasında eşitliğin olmadığı görülmektedir. İş hukukunun doğması ve gelişmesinin temel nedeni de zayıf taraf olan işçinin bu eşitsizliğe karşı korunmasını sağlamaktır. İş hayatında işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkide işçinin işverene kıyasla daha zayıf konumda olduğu tartışmasız bir gerçektir. Zira işçi hem kendi hem ailesinin ekonomik ve sosyal varlığını devam ettirebilmek için işveren tarafından istihdam edilmeye muhtaçtır. Bu nedenle Anayasa'daki sosyal devlet ilkesi ve eşitlik ilkesi gereği iş hukuku mevzuatında da düzenlemeler yapılmıştır.

Eşitlik ilkesi iş hukukunda ilk kez 4857 sayılı İş Kanunumuzun 5. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre *"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin*

⁷⁸ Çalışkan, s. 37; Gökçeoğlu Balcı, s. 1270; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 4; Yusuf/ Topkaya, s. 52; Şener, s. 54; Yemişken, s. 87; İşçi Baş, s. 5; Oskay, s. 28; Karabulut, s. 53; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 26.

cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

Anayasal eşitlik ilkesi devletin kişiler arasında ayırım yapmasını, İşK'daki eşit davranma ilkesi ise işverenin işçileri arasında ayırım yapmasını haklı kılacak sebepler olmadığı sürece işçileri arasında ayırım yapmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla eşitlik ilkesi, İşK md 5 ile işverenin yönetim hakkı işçiler lehine olacak şekilde sınırlandırılmış ve anayasa dışında iş hukukunda başka bir pozitif düzenlemeyle de güvence altına alınmıştır. İşveren, işçiyi gözetme borcuna aykırı olarak işçinin iş sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşüren bir talimat veremez. Yargıtay kararlarında işverenin işçiyi gözetme borcu, *“işçilerin maddi ve manevi vücut bütünlüğünün, şeref, haysiyet ve özel yaşam gibi kişisel değerlerinin korunması”* olarak tanımlanmıştır.⁷⁹ Dolayısıyla eşit davranma borcu ve eşit davranma ilkesi, işverenin işçilerine karşı borçlarından biri ve iş hukukunun işçinin temel hak ve özgürlüklerini koruyan en temel ilkelerinden biri haline gelmiştir.

Eşit davranma borcu uyarınca işveren, iş ilişkisinin devamı süresince ücret, işin yönetimi, çalışma şartları ve diğer tüm haklar bakımından işçilerine karşı –aksini haklı kılacak makul ve mantıklı bir gerekçe olmadığı sürece- eşit davranmakla yükümlüdür. Maddede *“biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça”* ifadesi yer aldığından iş hukukunda mutlak bir eşit davranma borcu bulunmadığı, işverenin bu borcunun nispi nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Nispi ayırım yasaklarının uygulanmasında benzer durumdaki işçiler arasında bir kıyaslama yapmak gerekmektedir.⁸⁰ Dolayısıyla eşit davranma borcunun farklılıkları ve

⁷⁹ Y. 9. HD. 2009/42452 E. 2012/3132 K. 13.02.2012 T; Y. 9 HD. E. 2010/15688, K. 2010/38732, T. 20.12.2010.

⁸⁰ Bolcan, s. 120; Coşkun, s. 21; Baytekin, s. 44-46; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 455; Süzek, s. 471; Kandemir, s. 200; Savaş, s. 28-30; Arslan Ertürk, s. 354; Özbucak Albar, s. 276; Bacak/

ayrımları dışlamadığı, ancak keyfi ayrımcılık yapılmasını yasakladığı ifade edilebilir. Eşit davranma ilkesinin amacı herkese aynı şeyi vermek değil, herkese hakkını vermek olup, temel işlevi işçiyi ekonomik gücü elinde bulunduran işverene karşı korumaktır. Eşit davranma ilkesinin bu niteliği “eşit davranma borcunun koruyucu işlevi” olarak adlandırılmaktadır.⁸¹

Yiğit, s. 5; Zeytinoğlu, s. 30; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 4; Kılıçoğlu, s. 3; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 10; Doğan Yenisey, s. 64; Oğuz, s. 570; Gökçeoğlu Balcı, s. 1273; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 63; Yusuf/ Topkaya, s. 52; Deveci, s. 17; Karagöz, s. 60; Şener, s. 55; Çolakoğlu, s. 8; Yemişken, s. 99; İşçi Baş, s. 22; Kılıç, s. 213; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 38-39; Muzır, s. 6; Köseoğlu/ Kaya, s. 64; Şahin Emir, s. 226; Oskay, s. 33; Karabulut, s. 58; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 28; Özaçmak, s. 20; Kökkılınç, s. 77; Ünsal, s. 330; Süral, s. 284; Aksoy, s. 44; Bozkurt, s. 37; Y. 9. HD. E. 2020/4817, K. 2021/2405, T. 26.1.2021: “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.). İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K). İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli- kısmi süreli işçi ile belirli süreli- belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir.” Kazancı İBB, et: 06.05.2021.

⁸¹ Savaş, s. 32; Zeytinoğlu, s. 50; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 5; Kaplan, s. 236; Deveci, s. 17; Karagöz, s. 59; Şener, 12; Çolakoğlu, s. 11; Kılıç, s. 213; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 44; Özaçmak, s. 24; Bozkurt, s. 43.

İşK md 5 incelendiğinde 1. fıkrada bazı ayrımcılık yasaklarının, 2. fıkrada iş sözleşmesinin türüne göre ayrımcılık yapılmasının, 3. 4. ve 5. fıkralarda ise iş akdinin kurulmasında, ücret ve çalışma şartlarının belirlenmesinde ve sözleşmenin sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılığın yasaklandığı görülmektedir. Dolayısıyla AY md 10 hem ayrımcılık yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemekte iken İşK md 5 yalnızca ayrımcılık yasaklarını düzenlemektedir. Anayasa'daki hükümler tüm özel hukuk ilişkileri bakımından da geçerli olduğundan hem Anayasa'da hem de İşK'da ayrımcılık yasaklarının düzenlenmiş olması, iş hayatında ayrımcılığın önlenmesi bakımından iki katlı bir koruma mekanizması oluşturmuştur.

İşyerinde işçiler ile işveren arasında çalışma barışının sağlanmasının en önemli şartı aynı koşullar içerisinde bulunan kişiler arasında ayırım yapmamak, adil bir çalışma düzeni oluşturmaktır. Bu nedenle işyerinde huzurlu bir çalışma ortamı ve verimli bir iş üretimi için işveren ile işçiler arasındaki sözleşme serbestisi ilkesinin işçiler arasında eşitlik ilkesi ile dengeli bir şekilde yürütülmesi gerekmekte olup, eşit davranma ilkesinin amacı da bunu gerçekleştirmektir. Eşit davranma ilkesinin çalışma barışını sağlama işlevine “düzen sağlama işlevi” adı verilmektedir. Eşit davranma ilkesinin düzen sağlamanın yanında yorumlayıcı ve boşluk doldurucu işlevi de bulunmaktadır. Zira iş hukuku kaynaklarının herhangi birinde yer alan bir kuralın yorumlanması gerektiğinde bu yorum eşitlik ilkesine uygun şekilde yapılmalıdır. Bu sebeple eşitlik ilkesinin yorumlayıcı ve boşluk doldurucu işlevleri birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olan işlevlerdir. Özellikle toplu iş sözleşmeleri ve işverenin tek taraflı kolektif düzenlemelerinde eşit davranma ilkesinin bu iki işlevi birleşmektedir.⁸²

İşK'da düzenlenen eşit davranma ilkesinin hem “yapmama” biçiminde negatif bir yönü, hem de “yapma” şeklinde pozitif bir yönü vardır. Haklı ve makul bir gerekçe olmadığı sürece işçilere farklı muamele yapmama yükümlülüğü eşit davranma ilkesinin negatif görünümü, eşit şartlarda bulunan işçilere eşit şekilde davranma

⁸² Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 455; Savaş, s. 33; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 8; Kaplan, s. 236; Şener, s. 56; Yemişken, s. 100; Kılıç, s. 219; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 45; Bilgin, s. 313; Karabulut, s. 60-61; Bozkurt, s. 43.

yükümlülüğü ise pozitif görünümüdür. Dolayısıyla eşit davranma ilkesi çift yönlü bir ilkedir.⁸³

4. AYRIMCILIK YASAĞI

Ayrımcılık kelime anlamı olarak fark gözetme, farklı davranış göstermek demektir. Ayrımcılık kavramı “*meşru bir gerekçeyle dayanmayan eşitlik bozucu eylemler*” olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ayrımcılığı “*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın benzer durumda olan kişilere konuyla ilgili olarak farklı muamele edilmesi*” şeklinde tanımlamıştır.⁸⁴ Doktrinde ayrımcılığın unsurları belli bir grupta kategorize edilme, olumsuz bir davranışa maruz kalma ve bunun geçerli bir sebebinin olmaması şeklinde ifade edilmektedir.⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişiler arasında uygulanan farklı muameleyi nesnel ve makul bir gerekçeyle dayanmaması halinde ayrımcı olarak nitelendirmektedir. AİHM içtihatlarına göre farklı muamele, meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantı olmadığı takdirde ayrımcılık meydana gelmektedir.⁸⁶

Toplum içinde çok farklı dilde konuşan, farklı dine, inanca, dünya görüşüne sahip pek çok insan bulunmaktadır. Bu farklılıklar da insanlar arasında eşitsizliklerin yaşanmasına sebep olmaktadır. Hayatın her alanında yaşanan eşitsizlikleri ortadan kaldırmak, ayrımcılıkla mücadele etmek ve ayrımcılığa maruz kalan kişilerin haklarını korumak devletin temel görevlerinden biridir. Çünkü çalışma ve işini özgürce seçme, adil çalışma şartlarına sahip olma, işsizlikten korunma her insanın temel hakları olup, bu hakları sağlamak modern, çağdaş bir devlet olmanın gereğidir.

Ayrımcılık kavramı hukuk literatürüne ilk kez 1878 yılında Amerikan Hukukunda bir mahkeme kararı ile girmiştir. Nitekim Amerika Birleşik

⁸³ Baytekin, s. 47; Savaş, s. 29; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 4; Deveci, s. 17; Şener, s. 12; Çolakoğlu, s. 11-12; Muzır, s. 5; Kökkılınç, s. 81; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 456.

⁸⁴ AYM’nin 2018/18505 Başvuru nolu ve 16/6/2021 tarihli bireysel başvuru kararı.

⁸⁵ Aksoy, s. 77.

⁸⁶ AİHM’in Fabris/Fransa kararı, Başvuru No: 16574/10, T: 7/2/2013.

Devletleri’nde birçok etnik kökende insan bir arada yaşamakta olup, bu sebeple bu kavramın hukuk literatürüne ilk kez ABD’de girmesi doğaldır.⁸⁷

Ayrımcılık yasağı genellikle eşitlik ilkesi ile aynı anlamda kullanılmaktadır ancak ayrımcılık yasağı eşitlik ilkesinin bütünleyici parçasıdır. Bu nedenle doktrinde eşit davranma ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasında “bütünsellik” ve “bölünmezlik” olduğu görüşü hakimdir.⁸⁸

Ayrımcılık kişinin cinsiyet, dil, din, ırk, uyruk, etnik köken gibi kişisel özgürlükler kapsamında koruma altına alınan durumları sebebiyle hukuk dışı farklı muamelelere maruz kalması, farklı işleme tâbi tutulması; kişinin kişisel özellikleri sebebiyle ona diğer kişilerden farklı davranılması ve kişinin bu durumdan mağdur olmasıdır. Dolayısıyla ayrımcılıkta işçinin işiyle ilgili olamayan özellikleri sebebiyle işveren tarafından farklı bir muamele görmesi söz konusudur. Ayrımcılıkta olumsuz bir farklı davranış, kişiyi benzer durumdaki kişilerden daha kötü duruma sokma söz konusu iken eşitlik ilkesinde aynı şartlardaki kişilere aynı işlem yapılması, keyfi ayırım yapılmaması söz konusudur. Ayrımcılık yasakları negatif, dar kapsamlı ve hayata geçirilmesi daha kolay bir ilke olup, temel hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Eşitlik ilkesi ise işverenin yönetim hakkı ile ilgilidir.⁸⁹

Kişilerin ayrımcılığa uğramasına neden olan özellikleri ırk, yaş, cinsiyet, renk gibi yaradılıştan gelen ve değiştirilmesi mümkün olmayan nitelikleri ile din, siyasi görüş, medeni hal, felsefi inanç gibi biyolojik olmayan ancak kişinin manevi varlığını teşkil etmesi sebebiyle değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek olan nitelikleri olup, işverenin kişinin bu tür nitelikleri nedeniyle o kişiye karşı ayrımcılık yapması mutlak olarak yasaktır. Bu nedenle kişilerin bu sebeplerle uğradığı ayrımcılık türleri “mutlak ayırım yasakları” olarak isimlendirilmiştir. Mutlak ayırım yasakları, insanı insan yapan bu değerlerin korunmasını amaçladığından temel insan haklarından olup, işveren cinsiyet gibi mutlak ayırım yasağının olduğu durumlarda uyguladığı farklı işlemlerde bu farklılığı sözleşme özgürlüğüne dayandıramaz. Bu bağlamda iş hukukunda karşımıza çıkan işverenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yapmaması yükümlülüğünün hukuki dayanağı, uluslararası sözleşmeler, Anayasa ve

⁸⁷ Manav Özdemir, s. 123; Şener, s. 65; Çolakoğlu, s. 15; Yemişken, s. 17; İşçi Baş, s. 19; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 100; Karabulut, s. 23; Eren, s. 600; Bozkurt, s. 44.

⁸⁸ Karabulut, s. 24.

⁸⁹ Sayar Özkan/ Özkan, s. 92; Özbucak Albar, s. 274

İş Kanunudur. Mutlak ayırım yasakları hukuki normlarla açık ve kesin olarak yasaklandığından bu yasakların uygulanmasında hizmet ilişkisinin kurulmuş olup olmamasının veya karşılaştırma yapılabilecek bir topluluğun olup olmamasının önemi yoktur.⁹⁰

Ayrımcılık yasağının amacı sadece bu davranışları gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması değil, aynı zamanda ayrımcılık oluşturan davranışları ortadan kaldırmak, aynı konumdaki kişilerin eşit muamele görmesini sağlamak veya farklı konumdaki kişilere olabildiğinde eşit davranmaktır. Dolayısıyla işverenin söz konusu davranışı gerçekleştirirken taşıdığı niyetin, fiilin hukuka aykırılığı bakımından bir önemi yoktur. Önemli olan işverenin bu davranışının işçinin üzerinde bıraktığı etkidir.⁹¹

4.1.Ayrımcılık Türleri

Doktrinde ve uluslararası hukukta ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak sınıflandırılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kanuni düzenleme, idari işlem veya bir sözleşmede yer alan hükümle açıkça ayırım yasağına aykırı bir uygulama getirilmesi, kişinin cinsiyeti veya hamilelik gibi doğrudan cinsiyete dayalı nedenlerle olumsuz bir muameleye maruz bırakılmasıdır. İşverenin ayırım yasağı olarak kabul edilen bir ölçüte dayanarak yani dil, din, ırk, cinsiyet, etnik köken, engellilik vb. sebeplerle bir kişi veya gruba farklı işlem yapmasıdır. Kadın işçiyi sırf kadın olması sebebiyle işe almamak, daha düşük ücret ödemek, hamile kaldığını öğrenince iş akdini feshetmek, farklı çalışma şartlarına tâbi tutmak doğrudan ayrımcılığa örnek verilebilir. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılıktan söz edebilmek için öncelikle aynı veya benzer konumdaki birden çok kişiye birbirinden farklı muamele uygulanıp uygulanmadığının tespit edilmesi gerekir. Farklı muamelenin varlığının tespiti halinde ise bu farklılığı meşru kılacak haklı bir sebebin olup olmadığına bakılır. Bu sebep de yok ise doğrudan ayrımcılık yapıldığı kabul edilir.⁹²

⁹⁰ Baytekin, s. 46;

⁹¹ Coşkun, s. 81; Kandemir, s. 200; Savaş, s. 29; Manav Özdemir, s. 146;; Bacak/ Yiğit, s. 5; Zeytinoğlu, s. 30; Doğan Yenisey, s. 66; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 14; Deveci, s. 25; Karagöz, s. 60; Şener, s. 65; Çolakoğlu, s. 14; Yemişken, s. 17; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 70; Muzır, s. 20; Özaçmak, s. 44; Kökkılınç, s. 81; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 459; Süzek, s. 481.

⁹² Manav Özdemir, s. 136-137; Özbucak Albar, s. 280; Zeytinoğlu, s. 30; Doğan Yenisey, s. 71; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 15; Oğuz, s. 572; Gökçeoğlu Balcı, s. 1273; Kaplan, s. 240; Karagöz, s. 59; Şener, s. 65; Çolakoğlu, s. 12; Yemişken, s. 20; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından

Dolaylı ayrımcılık ise görünüşte tarafsız olan bir hüküm, uygulama, tedbir veya ölçütün belirli kişileri diğerlerine oranla olumsuz etkilemesi ve bu olumsuzluğun objektif ve haklı gerekçelere dayandırılmamasıdır.⁹³ Uygulamada dolaylı ayrımcılığa en çok cinsiyete dayalı olarak rastlanmaktadır. Bu nedenle ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerle kişilerin kişisel özellikleri nedeniyle olumsuz davranışlara muhatap olması engellenmeye çalışılmaktadır. Örneğin terfi için kesintisiz olarak çalışmış olma şartı gibi bir şart koymak dolaylı ayrımcılık yasağıdır. Zira kadınların hamilelik, doğum gibi cinsiyete özgü sebeplerle işe ara vermek zorunda kalması kaçınılmazdır. Dolaylı ayrımcılık, kadın ve erkeğe birlikte uygulanan, cinsiyetle ilgisi yokmuş gibi görünen ancak uygulanması neticesinde bir cinsi mağdur eden ölçüt veya düzenlemedir. Aynı işte çalışan kadın ve erkek işçilerden kadın işçilere daha düşük ücret ödenmesi doğrudan ayrımcılıktır. İşyerinde kısmi süreli çalışan işçilerin saat ücreti daha düşük olarak belirlenmiş ve kısmi süreli çalışan kadın işçilerin sayısı kısmi süreli çalışan erkek işçilerden daha fazla ise burada dolaylı ayrımcılık söz konusu olabilir. Benzer şekilde terfi hususunda veya zam oranlarının belirlenmesinde işçinin kıdemini esas alınması, işçinin asgari belirli bir boyda olması gibi kıstasların ileri sürülmesi dolaylı ayrımcılık teşkil edebilir. Çok fazla seyahat gerektiren işler için bekar kadınların tercih edilmesi, işçilere verilecek primlerde tam zamanlı çalışan işçilerin tercih edilmesi ve yarı zamanlı çalışan işçilerin daha çok kadınlardan oluşması gibi durumlar da dolaylı ayrımcılığa örnektir.

20.04.2016 tarihli ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun (TİHEKK) 2. maddesinin (d) bendinde doğrudan ayrımcılık, *“bir gerçek veya tüzel kişinin hukukten tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele”*; aynı maddenin (e) bendinde ise dolaylı ayrımcılık, *“bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukukten tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan*

İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 102; Köseoğlu/ Kaya, s. 63; Karabulut, s. 26; Özaçmak, s. 81; Aksoy, s. 79.

⁹³ Manav Özdemir, s. 138-139; Özbucak Albar, s. 280; Şener, s. 66; Karagöz, s. 60; Kaplan, s. 240; Gökçeoğlu Balcı, s. 1273; Oğuz, s. 572; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 15; Zeytinoğlu, s. 30; Doğan Yenisey, s. 71; Çolakoğlu, s. 12; Yemişken, s. 23; Kılıç, s. 230; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 105; Köseoğlu/ Kaya, s. 63; Karabulut, s. 27; Özaçmak, s. 81; Aksoy, s. 81.

dezavantajlı bir konuma sokulması” şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye bu kanunu Avrupa Birliğine (AB) uyum sürecinde ayrımcılıkla daha kurumsal şekilde mücadele edebilmek amacıyla yürürlüğe sokmuş ve bu kanunla ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlayan AB müktesebatını iç hukukuna aktarmıştır. Kanunun amacı Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kurumsal kapasitesini güçlendirmek, etkinliğini arttırmak, işkence ve kötü muameleye karşı ulusal engelleme mekanizmasının etkinliğini ve işlerliğini arttırmaktır. Kanun hem kamu kuruluşlarında hem de özel sektörde istihdam ve iş ilişkisinin kurulmasından itibaren sona ermesine kadar sürecin tamamında ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu kanun uyarınca ayrımcılığa uğrayan bir kişi bu ayrımcılığın tespiti için Türkiye İnsan Hakları Kurumu’na başvurabilecektir. Kurumun yaptığı tespit, ayrımcılık mağdurunun açacağı bir davada kendisi lehine delil teşkil edecektir.⁹⁴

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramları Türk hukukuna ilk kez 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu md 5 ile girmiş ancak her ne kadar 2016 yılında getirilen TİHEKK’de bu kavramların tanımları yapılmış ise de 2003 yılında yürürlüğe giren İş Kanunu’nda ayrımcılık tanımı yapılmamıştır. İşK’da yalnızca cinsiyet ve gebelik açısından dolaylı ayrımcılığa özel olarak yer verilmiştir. Böylece bizim hukukumuzda da biçimsel eşitlik anlayışından maddi eşitliğe geçiş için önemli bir adım atılmıştır. Ancak yine de İşK md 5 hükmünde doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarının tanımlarına açıkça yer verilmemiş olması büyük bir eksiklik olup, eklenmesi yerinde olacaktır. İşK md 5’te ayrımcılık kavramının tanımının yer almamasının yanı sıra iş sözleşmesinin kurulması aşamasında yapılan ayrımcılık ile iş ilanlarında yer alan ayrımcılık kavramlarına da yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce ayrımcılık yasağını düzenleyen İşK md 5 bu yönüyle eksik bir düzenlemedir.⁹⁵

⁹⁴ Arslan Ertürk, s. 356; Deveci, s. 20; Yemişken, s. 21; Kökkılınç, s. 83; Aksoy, s. 80; Bozkurt, s. 45-46; Yemişken, s. 25.

⁹⁵ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 457; Manav Özdemir, s. 141; Doğan Yenisey, s. 72; Kılıçoğlu, s. 12; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 10; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 63; Yemişken, s. 142; Alparslan, Ali Murat/ Çetinkaya Bozkurt, Özlem/ Özgöz, Ayşe: “İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı Ve Kadın Çalışanların Sorunları”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl 2, Cilt 2, Sayı 3, 2015, s. 68; Bakırcı, Kadriye: “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 265; Köseoğlu/ Kaya, s. 63; Aksoy, s. 80; Yemişken, s. 24.

Doğrudan veya dolaylı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için başvurulacak yol pozitif ayrımcılıktır. Pozitif ayrımcılık, toplumda belli gruplara nazaran daha dezavantajlı konumda bulunan veya daha az temsil edilen grupların bu dezavantajını kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilmek ve fırsat eşitliğini sağlayabilmek için onlara özgü olarak tanınan ayrıcalıklardır. Pozitif ayrımcılığın temelinde, zarar henüz doğmadan doğmasını engellemek amacıyla tedbirler alınması düşüncesi yer almaktadır. Doğrudan veya dolaylı ayrımcılıkta olduğu gibi bir yasaklama veya zarar gören kişinin zararını tazmin düşüncesi yoktur.⁹⁶

Geçmişte yapılan ayrımcılıkları engellemek ve fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla taşıyan pozitif ayrımcılık, iş hayatında en çok kadınların veya engellilerin istedikleri işe girebilmeleri için onlar lehine getirilen ayrıcalıklar şeklinde görülmektedir. Örneğin bazı sektörlerde kadın çalışanların sayısını arttırabilmek amacıyla belli sayıda kadın işçi çalıştırma zorunluluğu getirilmektedir. Böylelikle fiili eşitsizlik mağduru olan bazı işçi grupları lehine ayrımcılık yapılarak pozitif ayrımcılık yapılmaktadır. Örneğin aile yükümlülüklerinin dağılımında gebelik ve annelik sebebiyle kadınların sorumluluğu daha fazla olmaktadır. Fiili eşitsizlik oluşturan bu durumdan kadınların daha az zararla çıkabilmesini sağlamak amacıyla iş hayatında kadınlar lehine yapılan düzenlemeler pozitif ayrımcılık teşkil etmektedir. Kadınların iş hayatında daha az temsil edilmesi sebebiyle belirli pozisyonlar için kadın işçi kotası getirilmesi pozitif ayrımcılığa başka bir örnektir. Zira kadınlar iş görüşmelerinde, iş ilişkisinin devamı ve terfilerde erkeklere oranla daha fazla ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Belli pozisyonlar için kadın kotası getirmek bu ayrımcılıkları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Kadın işçilere pozitif ayrımcılık yapılırken onların istihdam edilebilirliği azaltılmamalı, yani işverenin kadın işçi tercih etmek istememesine sebep olunmamalıdır. Pozitif ayrımcılık ile kadınların iş hayatında daha fazla yer almasını sağlayacak düzenlemeler yapılırken bu düzenlemelerin işyeri uygulamalarını olumsuz yönde etkilemesine engel olunmalı ve toplumda zaten var olan cinsiyet ayrımcılığının pekişmesine sebep olunmamalıdır. Aynı şekilde pozitif ayrımcılık oluşturan uygulamaların erkeklerin durumunu kötüleştirilmesi de engellenmelidir.

⁹⁶ Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 108; Karabulut, s. 29; Baytekin, s. 38; Zeytinoglu, s. 31; Doğan Yenisey, s. 72; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 15; Kaplan, s. 241; İşçi Baş, s. 21;

Örneğin sırf kadın olduğu için ve işyerinde belli sayıda kadın çalışan istihdam ederek devletin sağladığı maddi teşviklerden faydalanmak için kadın işçileri yetersiz oldukları pozisyonlarda işe almak ve o pozisyonu asıl hak eden erkek işçiyi işsiz bırakmak pozitif ayrımcılık olarak kabul edilemez. Nitekim pozitif ayrımcılık, eşit eğitim ve nitelikte olan iki işçi arasından kadın olan işçinin işe alınması olarak ifade edilmektedir. Nitelikleri ve eğitimleri aynı olmayan kadın ve erkek işçiler arasında pozitif ayrımcılık yapılamaz.⁹⁷

İşK md 5'te sayılan ve mutlak ayrımcılık yasağına giren hususlar madde metninde genel nitelikte ifade edilmiş ve sınırlı sayıda sayılmamıştır. “ve benzeri” ifadesi kullanılmış olduğundan maddede yer almayan başka hususlarda yapılan ayrımcılığın da haklı kabul edilmeyeceği kabul edilmiştir. Zira mutlak ayırım yasakları kişinin temel hak ve özgürlüklerini ilgilendirmekte olup ne işe başlarken ne çalışırken ne de işten ayrılırken hiçbir şekilde ayırım sebebi olarak kabul edilemezler. Hukuk düzeni mutlak ayırım yasaklarını açık ve kesin bir şekilde yasakladığından bunların uygulanması için karşılaştırma yapılabilecek bir ortam veya topluluğun bulunmasına da gerek yoktur.

TİHEKK'in 1. maddesinde ise Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kuruluş amaçları “*insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek*” şeklinde sayılmış olup, kanunun 3. maddesinde mutlak ayrımcılık yasakları “*Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir. 3. maddede yer alan mutlak ayrımcılık yasağına tâbi olan hususların “ve benzeri sebepler” ifadesiyle geniş tutulmaması doktrinde eleştirilmektedir.⁹⁸

⁹⁷ Baytekin, s. 37-39; Manav Özdemir, s. 141-143; Zeytinoğlu, s. 31; Doğan Yenisey, s. 72; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 15; Yemişken, s. 27; Kılıç, s. 232; Karabulut, s. 29-30; Bozkurt, s. 46.

⁹⁸ Baytekin, s. 48-55; Savaş s. 29; Arslan Ertürk, s. 356; Kaplan, s. 243; Deveci, s. 18; Şener, s. 57; Çolakoglu, s. 10; Oskay, s. 38; Karabulut, s. 101; Özçmak, s. 25; Aksoy, s. 56; Bozkurt, s. 13; Süzek, s. 495.

4.2.Cinsiyet Ayrımcılığı

Cinsiyet, kişiye doğuştan verilen biyolojik özelliklerdir. Cinsiyet ayrımcılığı kişinin sırf cinsiyeti veya cinsiyetine dayalı nitelikleri nedeniyle keyfi bir uygulamaya maruz kalması veya mağdur edilmesidir. Birleşmiş Milletler (BM) tanımına göre, “kadınlara karşı ayrımcılık, medeni durumları ne olursa olsun siyasi, sosyal, ekonomik, kültürel, kişisel vb. alanlarda kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan hakları ve temel özgürlüklerin kadınlara tanınmasını ve kadınların bu haklardan yararlanmasını önleme veya hükümsüz kılmaya dayalı her türlü ayırım, dışlama veya kısıtlamadır”. Kadınların uğradığı cinsiyet ayrımcılığı, bir kişinin bir kadına kadın olması sebebiyle bir erkeğe davrandığından daha olumsuz veya daha az olumlu davranmasıdır. Bu durum eşitliği zedelemenin yanı sıra çalışma hayatına kadınların erkeklerle eşit şekilde dahil olmasına da engel olmaktadır.⁹⁹

Cinsiyet kavramı, biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet olarak iki farklı şekilde sınıflandırılmaktadır. Biyolojik cinsiyet, kadın ve erkek arasındaki fizyolojik farklılıkları, toplumsal cinsiyet ise toplumun kadın ve erkeğe sosyal açıdan yüklediği rolleri ifade etmektedir. Dolayısıyla biyolojik cinsiyet kadınları erkeklerden ayıran fizyolojik özellikleri, toplumsal cinsiyet ise kadınlar ve erkekler arasındaki sosyal farklılıkları ifade etmektedir. Toplum içinde kadınlara ve erkeklere yüklenen sorumluluklar ile kadınlar ve erkeklerden beklentiler farklıdır. Bu farklılıklar toplumsal cinsiyet kavramını oluşturmaktadır. Kadın ve erkeğe sosyal, kültürel ve ekonomik anlamda farklı roller yüklenmektedir. Bu rollerin temeli de biyolojik cinsiyete dayanmaktadır. Dolayısıyla toplumsal cinsiyeti oluşturan faktörleri kişinin biyolojik cinsiyeti belirlemektedir.¹⁰⁰

“Toplumsal cinsiyet” terimi ilk defa 19. YY’da feminist hareketlerin temsilcileri tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Bu kavramı ilk kez kullanan kişilerden biri olan Ann Oakley’e göre cinsiyet, biyolojik olarak kadın-erkek ayrımını ifade etmekte iken toplumsal cinsiyet kavramı kadın-erkek arasında toplumsal açıdan eşitsiz

⁹⁹ Manav Özdemir, s. 123; Özbucak Albar, s. 274; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 116; Çolakoğlu, s. 18; İşçi Baş, s. 19; Gül, Hasan/ Oktay, Ercan: “Türkiye ve Dünya’da Kadınların Çalışma Hayatında Yaşadıkları Cam Tavan Algıları Üzerine Kavramsal Bir Çalışma”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt 9, Sayı 18, 2009, s. 430; Kılıç, s. 231; Karabulut, s. 14; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 9; Eren, s. 600.

¹⁰⁰ Durmaz, s. 37.

bölünmeyi ifade etmektedir.¹⁰¹ Dolayısıyla toplumsal cinsiyet bir kültür sorunu olup, sosyal açıdan kadınların dişil, erkeklerin ise eril olarak sınıflandırılması anlamına gelmektedir. Toplumsal cinsiyet kavramı Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 13.12.2019 tarih, E. 2019/6, K. 2019/7 sayılı kararında *“kadınlar ve erkekler için toplum tarafından uygun görülen ve sosyal olarak inşa edilen roller, davranışlar, eylemler ve nitelikler”* şeklinde tanımlanmıştır. Toplumun kişiden cinsiyeti sebebiyle gerçekleştirmesini beklediği davranışlar toplumsal cinsiyet algısını oluşturmaktadır.¹⁰²

İş hukukunda cinsiyet ayrımı yasağı; farklı cinslerin eşit haklara sahip olması, işçinin sırf cinsiyeti sebebiyle zarar görmemesi veya daha iyi bir duruma getirilmemesi anlamına gelmektedir. Kadınların sırf yaradılıştan gelen cinsiyetleri sebebiyle ayrımcılığa maruz kalması doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil eder. Kişinin şeklen eşit gibi görünen davranış veya uygulamalarının kadın üzerinde sonradan ayrımcı sonuçlar doğurması ise dolaylı ayrımcılık oluşturmaktadır.¹⁰³ Cinsiyet ayrımcılığında kişinin sırf cinsiyeti nedeniyle işe alınma, işin devamı, ücret, meslekte ilerleme ve iş sözleşmesinin feshi gibi konularda başkalarıyla aynı fırsatlardan yararlanamaması söz konusudur.

Cinsiyet, iş hayatında karşımıza en önemli belirleyicilerden biri olarak çıkmakta olup, ataerkil toplumlarda erkeğin kadınlardan daha üstün olduğunu kabul eden görüş, iş hayatında da kendini göstermektedir. Bu anlayışın bir sonucu olarak ortaya çıkan cinsiyet ayrımı, iş hayatında karşımıza kadın ve erkeğin iş ilişkisinde sırf cinsiyetlerinin farklı olması sebebiyle farklı işleme tâbi tutulması ve mesleki olarak karşılıklarına çıkan fırsatlardan eşit şekilde faydalanamaması şeklinde çıkmaktadır. Kadınlar eğitim, mesleki eğitim ve iş imkanlarından erkeklere kıyasla çok daha az yararlanabilmiş ve dolayısıyla da çalışmaları karşılığında daha düşük ücretler almışlardır. Dünya nüfusunun yarısının kadınlardan oluşması ve dünyadaki işlerin

¹⁰¹ Karabulut, s. 15.

¹⁰² Manav Özdemir, s. 126-134; Sayar Özkan/ Özkan, s. 93; İşçi Baş, s. 16; Kılıç, s. 232; Karabulut, s. 14-15; Eren, s. 600.

¹⁰³ Manav Özdemir, s. 134; Bolcan, s. 27; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 68; Zeytinoğlu, s. 31; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 119; Karabulut, s. 77; Kökkılınç, s. 82; Aksoy, s. 80.

üçte ikisini kadınlar yapmasına rağmen kadınların dünyada oluşan gelirin yalnızca onda birine sahip olabilmesi ayrımcılığı net bir şekilde gözler önüne sermektedir.¹⁰⁴

Cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan düzenlemelerin temel amacı insan haklarını, insan saygınlığını korumak ve cinsler arası eşitliği sağlamaktır. Dolayısıyla cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan düzenlemelerin kadınları erkeklerin karşısında üstün tutmak yerine onlar karşısında mağdur olmalarını önleme amacı vardır. Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi, nüfusun yarısı olarak son derece büyük bir iş gücü potansiyeli bulunan kadınların bu potansiyeli daha rahat bir şekilde ülke ekonomisine katmalarını sağlayarak toplumun ekonomik ve refah seviyesinin yükselmesini sağlayacaktır.¹⁰⁵

Kadınlar başta iş hayatı olmak üzere hayatın her alanında ayrımcılıkla karşı karşıya kalmaktadır. İş hayatında cinsiyete dayalı ayrımcılık çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Mesleklerin “kadın işi” ve “erkek işi” olarak ayrılması, belli mesleklere kadınların alınmaması, terfilerde kadınlara eşit davranılmaması, kadınların evlilik ve çocuk sahibi olma sebepleriyle işten çıkarılmaları iş hayatında maruz kaldıkları cinsiyete dayalı ayrımcılıklardan yalnızca bir kaçıdır.¹⁰⁶ Kadınların iş hayatında maruz kaldıkları ayrımcılıklar çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde işe giriş, işin devamı, iş ilişkisinin sona erme süreçleri ve iş sözleşmesinin türleri de dikkate alınarak detaylı şekilde irdelenecektir.

5. İŞE GİRME VE ÇALIŞMA ŞARTLARININ TESPİTİNDE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

5.1. Kadınların İş Hayatına Girişte Karşılaştıkları Zorluklar

Kadınların iş hayatında rol almalarının önündeki ilk engel daha en başta iş ararken karşılaştıkları sorunlardır. Zira toplum, tarihin ilk çağlarından beri kişilerden cinsiyetlerinin farklı olmasından dolayı farklı roller beklemektedir. Toplumda erkekler evin gelirini sağlayan kişi, kadınlar ise ev işleri ile çocuk ve yaşlı bakımıyla ilgilenen kişi olarak görüldüğünden kadınlar, genellikle çocukluklarından itibaren hiç

¹⁰⁴ Baytekin, s. 50; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 68; Manav Özdemir, s. 135; Gül/ Oktay, s. 426; Hüseyinli/ Hüseyinli, s.116; İşçi Baş, s. 39; Kökkılınç, s. 82.

¹⁰⁵ Manav Özdemir, s. 123; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 114; Kaplan, s. 226; Çolakoğlu, s. 19; Kökkılınç, s. 83; Eren, s. 602.

¹⁰⁶ Bolcan, s. 28; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 67; Manav Özdemir, s. 156; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 95; Şener, s. 70; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 195; Karabulut, s. 83; Eren, s. 610; Oduncu, s. 569.

çalışmayacakmış gibi yönlendirilmekte, işgücü piyasasının gerektirdiği eğitimi almaları aileleri tarafından engellenmektedir. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet ayrımcılığı henüz iş hayatı başlamadan aile içerisinde başlamaktadır. Yeterli eğitim ve tecrübeye sahip olma imkânı bulamayan kadınlar iş bulmakta zorlanmakta, bir şekilde iş bulmayı başarmış çalışan kadınlar ise bu eğitim ve tecrübe yetersizliği nedeniyle kariyer yapma, işinde ilerleme ve yöneticilik vasfı kazanma şansı bulamamaktadır.

Kadınlar çalışmak istedikleri zaman ise toplumsal sorumlulukları ile birlikte yürütebilecekleri işler aramakta, buna engel olacak türden işleri zaten kendi zihinlerinde doğrudan elemektedirler. Haliyle kadınların iş aradığı sektörler ve meslek türleri kendiliğinden sınırlanmaktadır. İş hayatına “anne” ve “eş” kimlikleriyle birlikte katılmak zorunda kalan kadınlar, toplumsal sorumlulukları ile birlikte yürütebilecekleri işler bulduklarında ise ön yargılarla karşılaşmakta, işçi çıkarılacağı vakit gözden çıkarılan ilk kesim olmaktadır.

İşletmelerin işleri kadın işi-erkek işi şeklinde sınıflandırmaları iş başvurularında cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa sebep olmaktadır. “kadın işi-erkek işi” sınıflandırması, belli mesleklerin yalnızca kadınlara özgü kabul edilirken bazı mesleklerin ise tamamen erkek işi olarak görülmesidir. Toplumdaki bu genel kanaat dolayısıyla kadınlar, meslek seçimlerini “kadınlara özgü” olarak kabul edilen mesleklerden yana kullanmakta, geleneksel rollerini ve sorumluluklarını aksatmamak için eğitimlerini de bu yönde tamamlamayı tercih etmektedir. Erkekler yöneticilik ve teknik meslekler başta olmak üzere fiziksel üstünlüğü göze çarpan ve “erkek işi” olarak nitelendirilen mesleklere yönlendirilmekte, kadınlar ise annelik ve eşlik görevlerinin uzantısı olarak kabul edilebilecek olan okul öncesi öğretmenliği, sekreterlik, hemşirelik, ebelik, kadın giyim terziliği gibi işlere yönlendirilmektedir. Yöneticiliğin risk alma, cesaret, rekabet etme gibi özellikler gerektirdiği ve bu özelliklerin kadınlara nazaran erkeklerde daha fazla olduğu inancı yöneticiliklere erkeklerin yönlendirilmesinde etkili olmuştur. Kadınlar ülkemizde özellikle 1980’den sonra geleneksel olarak erkeklere özgülenmiş olan yöneticilik, girişimcilik, turizmcilik, bankacılık, sigortacılık vb. alanlarda boy göstermeye başlamıştır. Ancak günümüzde kadın araba tamircisi, kadın pilot veya kadın siyasetçi sayısının düşük olması toplumda hâlâ bu düşüncenin baskın olduğunu göstermektedir.

Kadınlar toplum tarafından “erkek işi” olarak kabul edilen bir işi yapmak istediklerinde aynı işi yapan erkeklere oranla daha dezavantajlı bir durumda olmaktadır. Zira toplumda, kadınların taşıdıkları özelliklerin bu işi yapmakta onlara engel olacağına dair önyargılar hâkimdir. Çoğunlukla erkeklerin çalıştığı, erkek egemen mesleklerde kadın işçilerin erkeklerle aynı niteliklere sahip oldukları halde daha düşük ücret, daha dezavantajlı terfi süreçleri gibi ayrımcılıklarla karşılaşmalarına “değersel ayrımcılık” adı verilmektedir. Çünkü kadınların toplum tarafından “erkek işi” olarak görülen mesleklerde çalışması halinde daha az değer gördükleri bir gerçektir.¹⁰⁷

İşverenler, daha iş başvurusu esnasında adayların görünüşüne ve bedenlerine bakarak edindiği izlenimle ayrımcılığa başlamakta olup, bu ayrımcılığa “görünümculük ayrımcılığı” adı verilmektedir. Çalışanların dış görünüşüne dayanan görünümculük olgusu, işe alım ve sonraki süreçlerde fiziksel olarak daha iyi görünen, daha çekici olan kişilerin daha az çekici olan kişilere tercih edilmesi anlamında kullanılmaktadır. İşyerlerinin rekabet için önemli bir araç olarak kullanmaya başladığı estetik kaygısı, kadınların maruz kaldığı en önemli cinsiyet ayrımcılığı hallerinden biri durumuna gelmiştir. Çünkü kadın bedeninin estetik görünümü, işveren tarafından rekabette avantaj sağlamak için araç olarak kullanılmaktadır. Özellikle işe giriş aşaması ve sonrasında ise eğitim, izleme, ödüllendirme gibi süreçlerde işveren, estetik kaygılarını ön planda tutarak müşteri ile doğrudan yüz yüze iletişim kuran çalışanlarının fiziksel görünümüne özel önem vermektedir. Müşteriyi cezbetme çabasıyla kadın işçi metalaştırılmakta, bedeni ticari bir araç haline getirilmektedir. Dolayısıyla estetik emeğin en çok harcandığı sektörler ağırlıklı olarak kadın çalışanların yer aldığı kozmetik, konfeksiyon, güzellik veya havayolu sektörleridir. Örneğin havayolu şirketlerinde işe başlayacak olan kadın işçiler boy, kilo, diş ve cilt kontrollerinden geçirilmekte, işe alındıktan sonra da periyodik aralıkla bu kontroller tekrarlanmaktadır. Güzellik ve kozmetik sektöründe

¹⁰⁷ Bolcan, s. 28; Durmaz, s. 40; Manav Özdemir, s. 156; Sayar Özkan/ Özkan, s. 93; Özbucak Albar, s. 275; Kümbül Gürler/ Kiren Gürler, s. 53; Karabıyık, s. 243; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 5; Yılmaz/ Bozkurt/ İzci, s. 93; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 109; Negiz/ Yemen, s. 197-198; Önder, s. 41; Kalem Berk, s. 79; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 8; Yılmaz/ Şahin, s. 190; Köseoğlu, Ali Cengiz: “Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, 2016, s. 99; Yemişken, s. 109-110; İşçi Baş, s. 26-28; Kılıç, s. 229; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 196; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 8; Ünsal, s. 329; Çarıkçı/ Çelikkol, s. 166; Süral, s. 281; Eren, s. 601; Oduncu, s. 577; Yıldırım Dalyan, s. 372.

çalışanlarından ise saç modeli, cilt bakımı, makyaj ve kıyafetlerine dikkat etmeleri istenmektedir.¹⁰⁸

Kadınlar genellikle iş ararken eş, dost ve akraba gibi yakın çevre aracılığı ile iş aramaya başlamaktadır. Bu durum kadınların bulabileceği iş yelpazesini sınırlandırmaktadır. Kendilerinden beklenen öncelikli vazifeler ev işleri ve çocuk bakımı olduğundan daha çok kısmi süreli çalışabilecekleri işleri tercih etmektedirler. Bu tür işler de sayıca çok az olduğundan kadınların iş bulma ihtimali daha da düşmektedir.¹⁰⁹

İşverenler tarafından kadınların çalışmaya başladıktan bir süre sonra evlenme veya çocuk sahibi olma gerekçesiyle işe ara vereceği veya işten tamamen ayrılacağı düşünülmekte, bu nedenle kadınlar “düşük verimli işçi” olarak görülerek işe alımlarda işverenlerce daha az tercih edilmekte veya daha düşük ücretlerle işe alınmaktadır. İşverenlerin kadınlardan işe alındıktan sonra belli bir süre evlenmeyeceği veya çocuk sahibi olmayacağı yönünde taahhüt almaya çalıştıkları da görülmektedir.

İşverenlerin kadın işçi tercih etmemelerinin bir diğer sebebi fiziksel güç veya seyahat zorunluluğu gerektiren işlerde kadınların daha zayıf olduklarını düşünmeleridir. Kadınlarda duygusallığın daha yüksek, özgüvenin ise daha düşük olduğunu düşünen işverenler veya insan kaynakları yöneticileri, kadınların ailelerini işlerinin önüne koyduğu inancındadır. İşverenlere göre kadın çalışanların olayları kişiselleştirmesi, duygusallığını işine yansıtması, alıngan, kararsız, fiziksel olarak dayanıksız, uzun mesailere karşı isteksiz olması, desteğe ihtiyaç duyması ve geri planda kalmak istemesi gibi nitelikleri onların verimini düşürmekte ve işyerinin imajını zedelemektedir.¹¹⁰

Kadınların işe alım sürecinde karşılaştıkları bir başka zorluk da uzun süreli işsizlik yaşamış olmalarıdır. Uzun süreli işsizlik oranı kadınlarda erkeklere nazaran çok daha yüksektir. Zira kadınlar evlendikten veya çocuk sahibi olduktan sonra işe ara vermeyi tercih edebilmektedir. Tekrar çalışmaya dönmek istediğinde ise uzun bir

¹⁰⁸ Özbucak Albar, s. 281; Yemişken, s. 110; Oduncu, s. 568.

¹⁰⁹ Bolcan, s. 19; Sayar Özkan/ Özkan, s. 96; Özbucak Albar, s. 282; Kümbül Gürler/ Kiren Gürler, 63; Önder, s. 51.

¹¹⁰ Erkan, s. 21; Bolcan, s. 19; Özbucak Albar, s. 282; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 119; Negiz/ Yemen, s. 198; Önder, s. 55; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 10; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 8; Ünsal, s. 333.

süre iş arayıp da bulamayan kadınlar çalışma konusunda motivasyon düşüklüğü yaşayarak çalışmanın kendisine ikinci bir yük olacağı inancıyla iş aramaktan vazgeçmektedir. Mesleğinden uzun süre ayrı kalması ise tecrübe eksikliğine neden olmakta, kadınların kariyerinde ilerlemesi ve yöneticilik pozisyonlarına gelmesini engelleyerek işverenler tarafından tercih edilmemesine sebep olmaktadır.

İş hayatında daima ikincil planda tutulan ve çalışmamasının toplum tarafından “normal, olağan” kabul edilmesi, kadınlara iş hayatına katılma konusunda bir serbestlik tanımaktadır. Kadınların çalışmaması ailevi sorumluluklarına zarar verdiği gerekçesiyle hoş görülmüş ve teşvik edilmiş, ekonomik zorunluluk olmadıkça kadının çalışmasının doğru olmadığı düşünülmüştür. Çünkü kadınlar, eşinin iş hayatında daha başarılı olabilmesi için çaba harcayan, kendini eşine ve çocuklarına adayan bireyler olarak görülmüştür. Bu nedenle kadınlar, ev içine çekilerek iş gücü piyasasından kolaylıkla kaybolan işgücü gruplarıdır. “Her başarılı erkeğin arkasında bir kadın vardır.” anlayışı bunun en somut örneğidir.¹¹¹

Kadınlar “işçi” olmaya çalışırken olduğu gibi “iş kurmaya” çalışırken de bazı zorluklarla karşılaşmaktadır. İş hayatında bir işverene bağımlı olarak çalışan kadın sayısının azlığının yanı sıra kendi işini kurmaya çalışan “girişimci” kadın sayısı da her ne kadar her geçen gün artmakta ise de yine de istenen seviyede değildir.

Kadınlar yeteneklerini ve becerilerini kullanabilme, bağımsız olabilme, esnek çalışma saatlerine sahip olma, “işçi” değil de “işveren” veya “girişimci” olarak toplumsal rolünü değiştirme ve bu sayede toplumda daha saygın bir yer edinme, ücretli çalışmak yerine kendi işini yaparak kendi gelirini elde etme gibi nedenlerle iş kurmayı tercih etmektedirler. Aile gelirinin yetersiz olması veya boşanma, eşin hastalığı/ölümü gibi ailesel sebeplerin yanı sıra kadın-erkek arasındaki ücret eşitsizliği, katlanması zor uzun çalışma saatleri ve cinsiyet ayrımı da kadınları kendi işini kurmaya teşvik eden olumsuz sebepler arasındadır.

Kitlesel işsizliğin ve yoksulluğun azaltılmasında kadın girişimcilere ihtiyaç bulunmaktadır. Çünkü kadınlar, ekonomik hayata katılımı girişimcilik ile daha fazla fırsat elde etmektedir. Kadın girişimciler, bulundukları bölgede finansal

¹¹¹ Bolcan, s. 20; Durmaz, s. 46; Karabıyık, s. 243; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 113; Negiz/ Yemen, s. 206; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 56.; İşçi Baş, s. 32; Oyuryüz, Zeynep/ Gürel, Aydın: “Girişimci Kadınlar ve İş-Yaşam Dengesinin Sağlanmasında Engel ve Fırsatların Analizi”, Türkiye Tarımsal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2015, s. 50; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 8; Oduncu, s. 569.

kurumların, işyerlerinin, iş ağlarının yeniden belirlenmesine ve şekillenmesine, istihdamın arttırılmasına katkı sağlamakta, kendilerini daha rahat ifade etme imkânı bulmaktadır.¹¹²

Kadın girişimcilerin çoğunluğu kendi işini yukarıda detaylıca izah ettiğimiz geleneksel bakış açısı sebebiyle kadınlara özgü olarak görülen meslek dallarında kurmaktadır.¹¹³ Kadınların iş bulmakta zorlanması ve iş hayatında tecrübesiz olmaları, onları girişimcilikte de çoğunlukla evdeki işlerinin uzantısı olan işlere yönlendirmektedir. Çocuk bakımı, tekstil, konfeksiyon, eğitim gibi alanlar bunların başında gelmektedir. Perakende ticaret ile uğraşan kadınların çoğu ise kadın ve çocuk dış giyimi, kadın iç giyimi, parfümeri, bijuteri, tuhafıye, hediyeelik eşya ticareti gibi yine kadınlara ve çocuklara özgü veya bunlarla alakalı ürünlerin ticaretini yapmaktadır. Zira geçmişten bugüne bu tür mesleklere yönlendirilmiş olan kadınlar, girişimcilikte de en iyi bildikleri işleri yapmayı tercih etmektedirler. Kırsal kesimde ise kadın girişimciler köy veya mahallelerde bakkallık yapmakta veya kendi tarla, bahçesinde yetiştirdiği ürünleri kasaba ve şehir pazarlarında satmaktadır.¹¹⁴

Kendi işini kurmanın önündeki ilk büyük zorluk, başlangıç için gerekli olan sermayeyi temin etmektir. Kadın girişimcilerin de karşılaştıkları ilk problem sermaye bulmaktır. Kadınlar genellikle bankaların kredi için talep ettiği teminatları sağlayamamakta, çevresindeki insanlar –sırf kadın olduğu için bu işi başaramayacağı- düşüncesiyle kendilerine güvenmediğinden kefil bulamamakta, kredi vadelerinin kısa olması, faizlerin yüksek olması, kredi talebinin geç sonuçlanması gibi sebeplerle de kredi başvurusu yapmaktan imtina etmektedir. Krediyi başvurdıklarında ise kadınlar, işlerinin iyi gitmeyeceği ve kazanamayacağı korkusuyla ödeyemeyeceğini düşünüp düşük tutarlarda krediler çekmektedir. Sermaye miktarı düşük olunca da kadınların kurduğu işletmeler küçük ölçekli olmaktadır. Kadınların iş kurarken başvurdıkları bir diğer sermaye kaynakları ise eşleri ve akrabalarından aldıkları yardımlardır.

Eğitim seviyesinin yetersiz oluşu, düşük mesleki tecrübe işe girişte olduğu gibi girişimcilikte de kadınların önündeki en büyük engeldir. Zira girişimcilik belli bir özgüven gerektirmekte olup, bu özgüveni sağlamak ise ancak eğitim ve o meslek

¹¹² Özyılmaz, s. 2; Keskin, s. 72; Oyuryüz/ Gürel, s. 48; Eren, s. 601.

¹¹³ Bkz. 1. Bölüm, 5.1. Başlık s. 47.

¹¹⁴ Bolcan, s. 41; Keskin, s. 86.

dalında tecrübe kazanmakla mümkün olmaktadır. Müşteri ilişkilerinde tecrübesizlik, personel temin edememe, uzun çalışma saatleri, araç-gereç temininin zorluğu gibi durumlar da kadınları kendi işini kurmaktan alıkoymaktadır. İş dünyasında kadınlara daha az güven duyulması kadınların kendine duyduğu güveni de sarsmaktadır. Zira kadınlar, iş dünyasının erkeklerin egemenliğinde olduğuna inanmakta ve erkek egemen bir piyasada ticari ilişkilere uyum sağlamakta zorlanmaktadır. Girişimcilikte başarılı olabilmek ve iş-yaşam dengesi kurabilmek için iyi bir dinleyici olmak, işi çalışan diğer kadınlardan öğrenmek, çok çalışmaktan korkmamak, tecrübe kazanabilmek için diğer kadın girişimcilerin hayatları hakkında araştırma ve okumalar yapmak, hata yapmaktan korkmamak, enerjik, tutkulu ve fedakâr olmak gerekmektedir.¹¹⁵

Zaman yönetimi, kadınları iş hayatında en çok zorlayan hususlardandır. Özellikle girişimci kadınlar zamanı doğru kullanma beceresine sahip olmadıklarında iş hayatında uzun süre barınamamaktadır. Zira aynı anda çekip çevirmek zorunda olduğu hem evi hem de kendi işletmesi bulunmaktadır. Aile ve çocuklarıyla ilgilenmek zorunda olan girişimci kadın işlerini büyütebilmek için işyerine gereken zamanı ayırmakta zorlanmaktadır. Zaman yetersizliği nedeniyle girişimci kadınlar kredi, bilgi ve danışmanlık için destek kuruluşlarına, bankalara veya diğer finans kurumlarına gitmekte, yetenek ve eğitim programlarına katılmaya, daha iyi müşteri ve tedarikçiler araştırmaya yeterli zaman bulamamaktadır.¹¹⁶

5.2. İşe Alma Sürecinde Yapılan Ayrımcılığın İş Kanunundaki Görünümü

İşverenler kural olarak hiç kimseyi işe almaya ve onunla iş ilişkisi kurmaya zorlanamaz. Zira Anayasanın 48. maddesine göre herkesin sözleşme yapma ve ekonomik girişimlerde bulunma hakkı vardır. Ayrıca sözleşme serbestisi Borçlar Hukukunun da en temel prensiplerinden biridir. Dolayısıyla işverenin kendisine iş başvurusu yapmış aynı nitelikteki kadın veya erkek adaylar arasından dilediğini seçme özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak Anayasanın 10. maddesiyle eşitlik ilkesi de güvence altına alınmıştır. İlk bakışta sözleşme özgürlüğü ilkesi ile eşitlik ilkesi, iş ilişkisinin kurulması aşamasında birbiriyle çelişiyor gibi görünmektedir. Halbuki iki ilkenin birbirine üstünlüğü söz konusu değildir. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü

¹¹⁵ Bolcan, s. 42; Özyılmaz, s. 2; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 114; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 16; Keskin, s. 81; Oyuryüz/ Gürel, s. 49.

¹¹⁶ Oyuryüz/ Gürel, s. 53.

esas olsa da işveren, bu özgürlüğünü ve takdir hakkını kullanırken cinsiyet ayrımcılığı yapamaz. Anayasal ilkelere ve kanunun emredici hükümlerine uygun davranmak zorundadır. İşverenin bu aşamada ayırım yapma kastı yok ise sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçi adaylarına karşı haklı nedenlerle ve Anayasa ile kanunun emredici hükümlerine uygun olarak farklı işlemler yapması mümkündür.¹¹⁷

İşverenin işçilere eşit davranma borcunun varlığından söz edebilmek için öncelikle işçi ve işveren arasında bir iş ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Kural olarak henüz işe alınmamış veya iş akdi feshedilmiş olan işçiye karşı işverenin eşit davranma veya ayrımcılık yapmama yükümlülüğü yoktur.¹¹⁸ Ancak İşK. cinsiyete dayalı ayrımcılığı tüm yönleriyle ortadan kaldırmayı hedeflemektedir. Zira Anayasanın 50. maddesini temel alan İşK. md 5'te cinsiyet ayrımı yapılması mutlak ayrımcılık yasağı kapsamında yer almış, bu maddenin 3. fıkrasında da işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı ifade edilmiştir. Her ne kadar kural olarak işverenin işe almada eşit davranma borcu olmasa da bu hüküm, işverenin işe almada da ayrımcılık yapamayacağını ve eşit davranmakla yükümlü olduğunu açıkça düzenlemektedir. Dolayısıyla çok sayıda işçinin alınacağı bir işyeri örneğinde aranan niteliklere sahip olan kadın adaylar bulunmasına rağmen işe alınan tüm işçilerin erkek olması halinde işveren, işe alımda cinsiyet ayrımı yapmış olacaktır. Aynı şekilde kanundaki bu emredici hüküm uyarınca tarafların anlaşmasıyla işçinin gebe kalması durumunda iş ilişkisinin kendiliğinden sona ereceğine dair iş sözleşmesine hüküm konması mümkün değildir.¹¹⁹

İşK. md 5 işe almada da cinsiyet ayrımını yasaklamakta iken söz konusu hükmün 6. fıkrası bu yasağa aykırı davranılması halinde uygulanacak yaptırımla ilgili eksik bir düzenleme içermekte, dolayısıyla işe alım süreci için öngörülen ayrımcılık yasağı etkisizleşmektedir. Altıncı fıkra da yer alan **“İş ilişkisinde veya sona ermesinde**

¹¹⁷ Manav Özdemir, s. 146; Bacak/ Yiğit, s. 6; Zeytinoğlu, s. 37; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 16; Taşkent/ Kurt, s. 39; Devci, s. 34; Şener, s. 85; Çolakoğlu, s. 37; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 199; Muzır, s. 40; Köseoğlu/ Kaya, s. 66; Şahin Emir, s. 12; Karabulut, s. 78; Özaçmak, s. 37; Kökkılınç, s. 83; Bozkurt, s. 43; Süzek, s. 477.

¹¹⁸ Baytekin, s. 60; Süzek, s. 476; Kandemir, s. 202; Kaplan, s. 239; Devci, s. 28; Şener, s. 98; Çolakoğlu, s. 38; Kılıç, s. 214; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 63; Karabulut, s. 106; Özaçmak, s. 36; Kökkılınç, s. 83; Bozkurt, s. 44.

¹¹⁹ Süzek, s. 475.

yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir...” ifadesi cinsiyet ayrımına maruz kalan işçinin talep edebileceği bu tazminatı ancak bu ayrımın “iş ilişkisinde veya sona ermesi” hallerinde yapılmasına bağlamaktadır. Bu fıkranın lafzi hükmüne sıkı sıkıya bağlı kalındığında bu tazminata hak kazanabilmenin temel şartının işçi ve işveren arasında iş ilişkisinin kurulmuş olması, cinsiyet ayrımının ise iş ilişkisinin devamı sırasında veya sona ermesi anında gerçekleşmesi olduğu sonucu çıkarılmaktadır. Dolayısıyla hüküm bu yönde yorumlandığında henüz iş ilişkisinin başlamamış olduğu işe alım süreci ve iş görüşmeleri esnasında işçinin uğrayacağı cinsiyet ayrımcılığı, bu tazminat kapsamında kabul edilmeyecektir. Bu durum da 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan “işe alımda ayrımcılık yasağını” uygulanması imkânsız, kâğıt üstünde bir yasak haline getirmektedir.¹²⁰ Bu nedenle kanaatimizce İşK. md. 5’te yer alan cinsiyet ayrımı yasağı ve bu yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırım işe alım sürecini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Bazı yazarlara göre işverenin işe alım sürecinde eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹²¹ Bu görüşteki yazarlara göre işverenin eşit davranma yükümlülüğünün olması için işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişkinin olması gerekmektedir. Bu yazarlar yasa koyucunun amacının Anayasa ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğünün gereği olarak işçi alırken işverene esneklik sağlamak, işi hangi işçi ile daha iyi şekilde yürütebileceği konusunda ona seçim şansı tanımak olduğunu kabul etmektedir.

Bu görüşün aksine bazı yazarlar ise her ne kadar İşK’da işe alım sırasında eşit davranma yükümlülüğüne uymamak ayrımcılık tazminatı biçiminde bir yaptırıma bağlanmamış ise de yine de işverenin işe alım sürecinde de eşit davranma

¹²⁰ Yuvalı, s. 96; Baytekin, s. 23-64; Bilgili, s. 45; Kandemir, s. 202; Manav Özdemir, s. 147; Bakırcı, s. 267; Arslan Ertürk, s. 354; Bacak/ Yiğit , s. 6; Doğan Yenisey, s. 68; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 36; Hüseyinli/ Yiğit, s. 296; Oğuz, 572; Taşkent/ Kurt s. 37; Gökçeoğlu Balcı, s. 1274; Kaplan, s. 242; Karagöz, s. 63; Şener, s. 99; Çolakoğlu, s. 86; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 10; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 199-201; Muzır, s. 40; Şahin Emir, s. 33-36; Oskay, s. 37; Karabulut, s. 79; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 36; Özaçmak, s. 37; Kökkılınç, s. 83; Bozkurt, s. 78.

¹²¹ Baytekin, s. 25; Şener, s. 101; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 199; Muzır, s. 40; Kaplan, s. 239; Deveci, s. 34.

yükümlülüğü altında olduğu görüşündedir.¹²² Zira iş sözleşmesinin yapılması sırasında eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmış bir işveren Türk Borçlar Kanununun (TBK) genel hükümleri çerçevesinde “culpa in contrahendo” sorumluluğu uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. “sözleşme öncesi kusur sorumluluğu” veya “sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk” olarak ifade edilen bu ilkeye göre sözleşme görüşmelerine başlayan taraflar arasında özel bir güven ilişkisi oluşur. Bu güven ilişkisine taraflardan biri kusurlu bir davranışı ile zarar vererek dürüstlük kuralına aykırı davranır ise karşı taraf, bundan doğan zararını sözleşmeye ilişkin talep şeklinde tazmin edebilecektir. Bu zarar ise kişi işe girseydi alacak olduğu aylık ücretin en fazla dört katıdır. Zira kanun, işçiye dört aya kadar olan ücret tutarını talep etme hakkı vermiştir. Örneğin işverenin, kadın işçi adayına yapılacak işin gebeler için uygun olup olmadığı konusunda bilgi vermemesi halinde culpa in contrahendo ilkesi uyarınca işçi kusuruna dayalı tazminat talebinde bulunabilir. Burada işverenin karşılamak zorunda olduğu zarar işçinin menfi zararıdır.¹²³

İşe alma sürecinde en çok karşılaşılan durumlardan biri kadın adaylara sorulan gebe olup olmadığı veya gebelik planlayıp planlamadığı sorusudur. İşveren bu tür durumlarda kadın işçinin performansının düşmesi, doğum ve analık izinleri sürecinde işe gelmeyecek olması sebepleriyle gebe olan veya yakın zamanda çocuk sahibi olmayı planlayan kadın işçi ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaktadır. İşverenin işe alma sürecinde bilgi toplama hakkı ve söz konusu işi en iyi şekilde yapacak olan işçi adayını bulma amacı ile bu tür sorular sorması makuldür. İşçi adayının görülecek iş ve işyeri ile ilgisi bulunan soruları cevaplandırması gerekir. Ancak bunun dışına taşan nitelikteki sorular, özel hayatın gizliliğinin ihlali sonucunu doğuracaktır. İşK. md. 5/3’te işin niteliği zorunlu kılmadıkça işçiye gebelik dolayısıyla farklı bir işlem yapılamayacağı açıkça belirtilerek kadın işçi adayının gebelik dolayısıyla işe alınmaması halinde cinsiyet ayrımı yapılmış olacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde TİHEKK md 6/3’te düzenlenen “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle

¹²² Deveci, s. 48; Karagöz, s. 63; Bacak/ Yiğit, s. 24; Şener, s. 100; Yemişken, s. 113, Muzır, s. 4; Süzek, s. 487.

¹²³ Baytekin, s. 25; Coşkun, s. 30; Süzek, s. 487-488; Bacak/ Yiğit, s. 24; Oğuz, 574; Kaplan, s. 262; Deveci, s. 48; Karagöz, s. 63; Şener, s. 100; Yemişken, s. 113; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 203; Muzır, s. 40; Köseoğlu/ Kaya, s. 68; Şahin Emir, s. 32; Özaçmak, s. 85; Kökkılınç, s. 98.

reddedemez.” hükmü ile de kadınların iş hayatına girişte annelik sebebiyle karşılaşabilecekleri cinsiyet ayrımcılığına karşı güvence sağlanmaya çalışılmıştır. Her ne kadar İşK md 5/6’da ayrımcılık tazminatı işe giriş sürecini kapsamıyor ise de kanaatimizce TİHEKK md 6/3’teki bu hüküm uyarınca cinsiyet ayrımcılığının işe alım sırasında yapılması durumunda da ayrımcılık tazminatı talep edilebilmesi mümkündür.

Doktrinde işçinin sağlığının korunması açısından gebelerin çalışmasının uygun olmadığı veya işin niteliğinin işçinin gebe olmamasını gerektirdiği hallerde işçi adayına iş görüşmelerinde gebeliğin sorulmasının mümkün olduğu, bu durumda cinsiyet ayrımının söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Buna göre örneğin işçinin çalışırken radyasyona maruz kalma ihtimali varsa veya mankenlik gibi fiziksel özelliklerin ön plana çıktığı, spor eğitmenliği gibi gebeliğe uygun olmayan aşırı hareketli işlerde iş görüşmesinde gebeliğin sorulması cinsiyet ayrımı olarak kabul edilmemelidir.¹²⁴ Bu görüş kanaatimizce de isabetlidir. Hatta şayet yapılacak olan iş gebelik için uygun değilse kadın işçi adayı, işveren kendisine hamile olup olmadığını sormasa dahi kendi sağlığı açısından gebeliğini işverene açıklamalıdır. Aksi takdirde işveren, işçinin gebeliğini öğrendiği andan itibaren yanıltıldığını ileri sürerek İşK md 25/II uyarınca iş akdini hak nedenle feshedebilecektir. Bu durumda kadın işçinin İşK md 18’e dayanarak gebeliğinin iş akdinin feshinde geçerli neden sayılamayacağını ileri sürmesi de mümkün değildir. Ancak işçi, işverenin iş akdini feshinin yanıltma sebebine uygun olmadığını ileri sürerek İşK md 18, 20 ve 21’e göre işe iade davası açabilir.

İş görüşmesinde gebeliğin sorulmasının cinsiyet ayrımı teşkil etmeyeceği bir başka durum ise iş sözleşmesinin belirli süreli olması durumudur. İşin niteliği gereği süreli olması ve işverenin belli bir süre içinde işi tamamlamasının zorunlu olduğu hallerde zaten baştan belli olan çalışma süresinin büyük bir kısmında gebelik veya analık nedeniyle işten uzak kalacak olan işçinin verimliliğinin düşük olacağı tartışmasızdır. Bu nedenle belirli süreli işlerde işi kesintisiz bir şekilde yürütüp

¹²⁴ Yuvalı, s. 98; Baytekin, s. 27; Çalışkan, s. 20; Arslan Ertürk, s. 358; Zeytinoğlu, s. 40; Kandemir/Yardımcıoğlu, s. 20; Oğuz, s. 573.

tamamlamak isteyen işverenin kadın işçi adayına gebelik ile ilgisi sorular sorması, doktrinde cinsiyet ayrımı olarak kabul edilmemiştir.¹²⁵

İşveren, iş ilanını verirken yalnızca bir cinsiyete özgü bir ilan verirse bu durumda cinsiyet ayrımı yaptığı kabul edilmektedir. Örneğin yapılacak iş 20 kg yük taşımak ise bu işi yapabilecek nitelikte olan herkes ilanda işe çağırılmalı, özel olarak kadın veya erkek şeklinde cinsiyet belirtilmemelidir. “... *adlı işyerine “erkek” veya “kadın” eleman alınacaktır.*” şeklindeki iş ilanları açıkça cinsiyet ayrımcılığıdır. Aynı şekilde avukatlık, öğretmenlik gibi cinsiyete özgü olmayan mesleklerde yalnızca kadın veya yalnızca erkek işçilerin işe alınması, bu tür mesleklerde iş ilanlarına bu yönde ibareler konması açıkça cinsiyet ayrımcılığıdır. İşin niteliği gerektirmediği halde doğrudan cinsiyetin ifade edildiği ilanların yanı sıra ilanda kriter olarak cinsiyet yerine belli bir cinsiyete özgü özelliklerin sıralanması da örtülü olarak doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil eder. Örneğin “*askerliğini yapmış, iyi derecede İngilizce bilen makine mühendisi*” ifadesinden ilanda erkek aday arandığı ortada olup, bu ilan kadınların bu işe başvurmasını engellediğinden doğrudan cinsiyet ayrımcılığı oluşturmaktadır. Bu sebeple işveren, işin niteliği haklılaştırmadıkça bir işçinin sırf hamile olması veya askerliğini yapmamış olması gibi cinsiyete dayalı nedenlerle onunla iş sözleşmesi yapmaktan kaçınamaz. Başvuran adayların hepsinin kadın olması halinde de gebe olan kadın işçiye ayırım yapılması mümkün değildir.¹²⁶

Açık iş ilanlarının belirli bir cinsiyete özgü şekilde verilebilmesinin makul olacağı tek alan, yapılacak işin tek bir cinsiyete özgü olması halidir. Örneğin kadın kıyafetlerinin tanıtılacağı bir defile için erkek değil de kadın manken aranan bir ilanda cinsiyet ayrımından söz edilemez. Uygulamada cinsiyet ayrımı yasağını ihlal eden bu şekilde iş ilanlarına rastlanması maalesef mümkündür. Ancak mevzuatımızda bu tür ilanlara karşı herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu tür

¹²⁵ Yuvalı, s. 97-100; Baytekin, s. 27-29; Coşkun, s. 61; Kandemir, s. 202; Manav Özdemir, s. 124; Zeytinoğlu, s. 38; Önder, s. 52; Taşkent/ Kurt, s. 37; Gökçeoğlu Balcı, s. 1274; Kaplan, s. 245-246; Yusuf/ Topkaya, s. 54; Deveci, s. 20; Şener, s. 99; Çolakoğlu, s. 41-42; Yemişken, s. 114-115; Kılıç, s. 235; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 203-205; Muzır, s. 45; Köseoğlu/ Kaya, s. 67; Şahin Emir, s. 13-16; Oskay, s. 33-35; Karabulut, s. 80-81; Özaçmak, s. 39; Kökkılınç, s. 85; Aksoy, s. 82; Bozkurt, s. 14.

¹²⁶ Coşkun, s. 26; Erkan, s. 20; Manav Özdemir, s. 148; Arslan Ertürk, s. 357; Zeytinoğlu, s. 39; Kaplan, s. 244; Şener, s. 71; Yemişken, s. 115; Kılıç, s. 235; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 120; Muzır, s. 45; Köseoğlu/ Kaya, s. 66; Şahin Emir, s. 12; Karabulut, s. 80; Kökkılınç, s. 85.

ayrımcı iş ilanlarına karşı doktrinde TCK 122 uyarınca suç duyurusunda bulunabileceği ve culpa in contrahendo ilkesi uyarınca tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.¹²⁷

5. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

İş sözleşmesi kurulurken işçinin yapacağı işin tüm ayrıntıları ile öngörülmesi mümkün değildir. Bu nedenle işveren, yönetim hakkı çerçevesinde hangi işin ne şekilde, nasıl, ne zaman, hangi vasıtalarla görüleceğini işin görülmesi anında tespit etme ve işçiye bu konularda direktifler verme yetkisine sahiptir. İşverenin kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinde yer alan kurallara aykırı olmamak kaydı ile vereceği talimatlarla işi yürütme ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denmektedir. İşverenin yönetim hakkı TBK md 399’da düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca *“işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.”*

Kaynaklar hiyerarşisinin en altında yer alan yönetim hakkı diğer kaynaklar tarafından sınırlanır. İş ilişkisinin düzenlenmesinde yönetim hakkı, hiçbir hukuki düzenlemenin bulunmadığı noktada devreye girer. İş ilişkisinin devamında ayrımcılık yapılması veya eşit davranma borcuna aykırılık genellikle işverenin yönetim hakkını keyfi olarak kullanmasından ortaya çıkmaktadır. Ayrıca iş ilişkisini düzenleyen kaynaklar da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı olabilmektedir. Eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağına aykırı hükümler içeren toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik vb. kaynaklar geçersiz kabul edilmelidir. Elbette işveren, iş ilişkisinin devamında kullanacağı bu yönetim hakkını cinsiyet ayrımcılığı yapmadan ve eşitlik ilkesine uygun şekilde kullanmalıdır. Örneğin işverenin yüksek gürültülü olan bir işte istihdam ettiği kadın işçinin iş sözleşmesine işçinin hamile kalması halinde daha alt bir pozisyona ve daha vasıfsız bir işe kaydırılacağına veya gebelik söz konusu olduğunda işçinin gebelik nedeniyle

¹²⁷ Baytekin, s. 32; Manav Özdemir, s. 148; Arslan Ertürk, s. 355; Zeytinoğlu, s. 39; Gökçeoğlu Balcı, s. 1275; Kaplan, s. 244; Çolakoglu, s. 86; Yemişken, s. 112; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 208; Köseoğlu/ Kaya, s. 66; Kökkılınç, s. 85.

kanunen verilen haklarını kullanamayacağına dair hüküm konması cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Kanunun emredici hükümlerine aykırı bu tür iş sözleşmesi hükümleri kesin hükümsüzdür. Bu sebeple işveren, iş ilişkisinin devamı süresince çalışma şartlarının belirlenmesi bakımından da eşit davranma yükümlülüğüne ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Ancak işverenin bu yükümlülüğüne rağmen kadınlar, iş hayatına girdikten sonra pek çok sebeple ayrımcılığa maruz kalmaktadır.¹²⁸

İş hayatında kadınların erkeklere nazaran daha dezavantajlı olmalarına sebep olan ilk unsur eğitimidir. Zira iş hayatına katılmayı arttıran en önemli unsur insanın o meslekle ilgili olarak aldığı eğitimidir. Eğitim, iş hayatına girişin yanı sıra işin devamını sağlayan ve kazancını arttıran en önemli unsurdur. Meslek sahibi olan ve yüksek öğrenim görmüş kadınların, daha az eğitim almış kadınlara nazaran iş hayatında daha uzun yıllar yer aldıkları görülmektedir. Aynı şekilde yüksek öğrenim görmüş kadınların sayısının az olmasının ise yönetici pozisyonlarından uzak kalmalarına neden olduğu göze çarpmaktadır.¹²⁹

Kadınların geçici olarak çalıştığı, aslolan görevlerinin kocalarına iyi bir eş ve çocuklarına iyi bir anne olmak olduğu, iş hayatının ise ikinci planda kaldığı, işlerini erkeklere oranla daha az önemsedikleri gibi önyargılar işverenlerin kadınlara işe alma sürecinin yanı sıra iş ilişkisinin devamında da ayrımcılık yapmalarına neden olmaktadır.¹³⁰ İşverenlerdeki bu önyargılar sebebiyle kadınların gerekli mesleki eğitim ve donanımına sahip oldukları halde iş ilişkisinin devamında hak ettiği terfiyi elde etmekte zorlandıkları gözlemlenmektedir. Bu nedenle cinsiyet ayrımcılığının en çok yaşandığı alanlardan biri de iş ilişkisinin devamında karşılaşılan terfi süreçleridir. İşçinin terfi süreci, işverenin yönetim hakkı kapsamında kullandığı bir yetki olup, işveren iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde, işyeri yönetmeliğinde veya işyeri uygulamasında bir kural olmadığı müddetçe işçisini terfi ettirmek zorunda değildir. İşçi bu durumda terfi ettirilmemesi nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshedemez. Ancak aynı konum ve şartlarda çalışan işçilerin bir kısmı terfi ettirildiği halde diğer kısmının terfi ettirilmemesi ve işverence bu durumun objektif ve haklı bir sebebe dayandırılmaması işverenin eşit davranma borcuna aykırılık

¹²⁸ Manav Özdemir, s. 155; Şener, s. 102; Çolakoğlu, s. 43- 44; Yemişken, s. 122; Şahin Emir, s. 36; Karabulut, s. 67-68; Özaçmak, s. 44-46; Bozkurt, s. 83; Süzek, s. 478.

¹²⁹ Bolcan, s. 21; Durmaz, s. 46; Karabıyık, s. 251; Oduncu, s. 569.

¹³⁰ Durmaz, s. 45; Oduncu, s. 569.

teşkil eder. İşverenin terfi yetkisini önyargıları sebebiyle kadınlar aleyhine kullanması veya keyfi ayırım yapması aynı zamanda cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmektedir.

Kadının geleneksel rollerinin gerekçe gösterilerek iş hayatında ilerlemesinin engellenmesi şeklinde görülen bu eğilime “cam tavan sendromu” adı verilmektedir. Cam tavan kavramı, kadınların iş hayatında ilerlemelerini engelleyen görünmeyen duvarları ifade etmek için kullanılmakta olup; “tavan” yukarıya çıkmanın engelini, “cam” ifadesi ise resmi olmayan, fiziksel olarak görünmeyen fakat varlığı hissedebilen ve görünmeyen engeli temsil etmektedir. Bu engeller kadınların mesleki tecrübe ve eğitim açısından erkeklerle aynı nitelikte olmalarına rağmen sırf kadın olmaları sebebiyle terfi etmekte önlerine keyfi olarak çıkarılan zorluklardır. Bir başka ifadeyle cam tavan, kadınların hak ettikleri halde hak ettiklerini alamamaları durumu olup, işyerlerinin verimliliğine katkı sağlayabilecek yeteneklerin kullanılamamasına da sebep olmaktadır.¹³¹

Kadınlar mesleklerinde ilerleyebilmek için erkeklere oranla daha fazla çalışmak ve daha uzun süre beklemek zorunda kalmaktadır. İşverenler kadınların hamilelik ve annelik ile ilgili psikolojilerini gerekçe göstererek önemli görevlere erkekleri getirmeyi tercih etmektedir. Yapılan bir araştırma personel yöneticilerinin kadın çalışanların en önemli özelliğinin yumuşak başlılık olduğunu, erkeklerin ise kadınlara göre daha çalışkan, işlerine sadık, güvenilir ve dakik olduklarını düşündüğünü ve kadınlarla çalışmaktan rahatsız olduklarını göstermektedir.¹³² Cam tavan sendromu sebebiyle kadınlar, önemli görevlere getirilmek istenmediği gibi getirildikleri takdirde ise erkeklere gösterilen tolerans kendilerine gösterilmemekte ve daha sıkı denetime tâbi tutulmaktadırlar.

“Cam tavan” kavramı ilk defa 1986 yılında Wall Street gazetesinde yayımlanan “İş Yaşamında Kadın” konulu bir makalede Hymowitz ve Schellhardt tarafından kullanılmış olup, bu kavram ile kadınların iş hayatında yaşadığı belirsiz sorunlar ve kariyer ilerlemesinde yaşadıkları zorluklar kast edilmektedir. Bu zorlukların bir kısmı da kadınların yine kendilerinden kaynaklanmakta olup, üst kademeye

¹³¹ Yemişken, s. 43; Kalem Berk, s. 77; Mızrahi/ Aracı, s. 150; Önder, s. 52; Negiz/ Yemen, 204; Özzyer/ Azizoğlu, s. 96; Gül/ Oktay, s. 426.

¹³² Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 69; Manav Özdemir, s. 156; Kalem Berk, s. 77; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 13; Oduncu, s. 569.

yükselmesi halinde aile hayatının zarar göreceği, yöneticiliğin sorumluluklarını taşıyamayacağı inancı ve zaten yükselemeyeceği şeklindeki düşük beklenti ile özgüven eksikliği bunların başında gelmektedir. Zira kadınlar eşleri ve çocuklarının istediği yer ve zamanda hazır olmayı benimsediğinden kendi zamanını ve sınırlarını tanımlamakta zorlanmakta, kariyerinde yükselmenin getireceği zorlukları göze alamamaktadır. Dolayısıyla kadınların cam tavan sendromu yaşamalarının altında “öğrenilmiş çaresizlik” kavramı da yer almaktadır. Kadınlar veya iş hayatında dezavantajlı olan diğer grupların iş hayatında karşılaştıkları zorlukların bir sebebi de kendilerini çaresiz hissetmeleri ve mücadele etmekten vazgeçmeleridir. Kadınların liderlik vasfı taşımadığı ve erkekleri yönetemeyeceği şeklindeki çevresel etkenler de eklendiğinde kadınların iş hayatında karşılaştıkları cam tavanları aşması oldukça zorlaşmaktadır.¹³³

Kadınların cam tavan ile karşılaşmasının yani kariyerlerinde ilerlerken karşılaştıkları zorlukların pek çok sebebi vardır. Bunlardan en önemlisi de erkeklerin kadınlar hakkında sahip oldukları önyargılardır. Erkek yöneticiler kadınların üst düzey işleri yapamayacağını ve yetersiz kalacaklarını düşünmektedirler. Erkeklerin gücü ve otoriteyi ellerinde tutma çabası onları bu önyargıya sürüklemektedir.¹³⁴

Kadınlar iş ilişkisinin devamında yaşanan yatay bölünmeler, dikey bölünmeler ve sözleşmesel bölünmeler sebebiyle de ayrımcılığa maruz kalmaktadır. Yatay bölünme, kadınların belli işkollarındaki mesleklerde yoğunlaşmasıdır. Dikey bölünme ise aynı işkolunda veya meslekte kadınların alt kademedede, erkeklerin ise üst kademedede bulunmasıdır. Örneğin doktorluğun çoğunlukla erkekler tarafından yapılan bir meslek olmasının yanında hemşireliğin daha çok kadınlar tarafından tercih edilmesi dikey bölünmedir. Sözleşmesel bölünme ise erkeklerin genellikle tam zamanlı ve sürekli iş sözleşmesi ile çalışması, kadınların ise genellikle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmasıdır. Cam tavan sendromunun bir sonucu olan yatay ve

¹³³ Erkan, s. 22; Bolcan, s. 30-31; Durmaz, s. 51; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 67; Sayar Özkan/ Özkan, s. 94; Özbucak Albar, s. 282; Gül/ Oktay, s. 422; Özyer/ Azizoğlu, s. 97; Önder, s. 53; Mızrahi/ Aracı, s. 150; Kalem Berk, s. 87; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 15.

¹³⁴ Özbucak Albar, s. 282; Gül/ Oktay, s. 428; Mızrahi/ Aracı, s. 150; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 14; Oduncu, s. 569.

dikey bölünmeler ile kadınların toplumun kendilerine uygun görmediği meslek dallarında kariyer yapmaları veya terfi etmeleri zorlaştırılmaktadır.¹³⁵

Kadınların iş hayatında cam tavan olarak karşılaştıkları bir başka durum “kraliçe arı sendromu” ’dur. Üst kademeye gelmiş olan bir kadın çalışanın bu pozisyonunu koruyabilmek için erkek yöneticilerin benimsediği tutumları benimseyerek diğer kadın işçileri baskı altına alma, kendisine rakip çıkmalarını engelleme veya onların kariyerlerinde ilerlemelerini istememe, çekememe gibi durumlar kadınlara iş hayatında karşı cinsten değil hemcinsinden gelen kötülüklerdir. Kraliçe arı sendromu yaşayan kadınlar, sadece diğer kadın çalışanların hayatını zorlaştırmakla kalmaz, yetenekli ve dikkate değer kadınların iş çevresine ulaşmasına ya da işe alınmasına sistematik bir şekilde engel olurlar. Yapılan çalışmalar bu tür davranışlar sergileyen kadınların iş hayatında ciddi cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığını göstermiştir. Özetle bazen işyerinde önemli bir pozisyona gelmeyi başarmış olan bir kadın çalışan, yıllarca yaşadığı ayrımcılıklar ve verdiği psikolojik savaşları yenerek ulaştığı bu makamı kendince korumak adına diğer kadın çalışanlara da kendi yaşadıklarını yaşatabilmektedir. Kariyerine en baştan yüksek bir tanımlama ile başlayan ve cinsiyet ayrımcılığı yaşamamış olan kadın işçilerde ise kraliçe arı sendromunun hiç olmadığı veya daha az olduğu görülmüştür.¹³⁶

İş ilişkisinin devamında kadınların maruz kaldığı bir başka cinsiyet ayrımcılığı performans değerlendirmede karşımıza çıkmaktadır. Toplumun geleneksel bakış açısı ile “erkek işi” olarak nitelendirdiği bir işte kadın ve erkek çalışan eşit üretkenlik gösterdiğinde işverenler genellikle erkeğin başarısını yeteneğine bağlar iken kadın başarısını ise şans faktörü ile açıklamaktadır. Başarısızlık halinde ise erkeğin başarısızlık sebebi şanssızlığı olarak görülürken kadının başarısızlığı yetenek ve beceri eksikliğine bağlanmaktadır.

Kadınların işe devam ettiği süreçte karşılaştığı bir diğer cinsiyet ayrımcılığı meslek içi eğitimlerdir. İşverenler çalışanlarının teknik bilgi ve donanımını arttırmak ihtiyacı ile onlara meslek içi eğitim vermek istediğinde genelde erkek çalışanları seçmektedir. Zira kadın çalışanın ev veya çocuk gerekçesiyle her an işten ayrılma

¹³⁵ Bolcan, s. 37; Gül/ Oktay, s. 431; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 17; Önder, s. 51; Kalem Berk, s. 78; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 13; İşçi Baş, s. 34; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 118; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 76.

¹³⁶ Durmaz, s. 53; Özbucak Albar, s. 283; Gül/ Oktay, s. 428; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 14; Yemişken, s. 43.

ihtimali vardır ve bu bakış açısı ile işverenler kadın çalışanlarına yatırım yapmaktan kaçınmaktadır. Kadın çalışanların da ev içi sorumluluklar ve annelik görevleri dolayısı ile meslek içi eğitimlere isteksiz davranmaları, eğitimlerin şehir dışında olması halinde katılmakta sorun yaşamaları da işverenlerin bu düşüncesini pekiştirmektedir.¹³⁷

İşveren, işe alma sürecinde olduğu gibi iş ilişkisinin devamı süresince de işin yürütülmesinde ve iş şartlarının oluşturulmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı davranamaz. İşveren, kural olarak başta ücret olmak üzere işin yürütülmesi hususunda iş sözleşmesinin türüne göre işçiler arasında eşit işlem yapma yükümlülüğü altındadır. Aynı şekilde işverenin tek taraflı iradesiyle işçilerine sağladığı prim, ikramiye, çocuk yardımı gibi sosyal yardımlar –ayrımcılık yapılmasını gerektiren objektif bir sebep bulunmadıkça- aynı şartlarda bulunan işçilere eşit şekilde uygulanmalıdır.¹³⁸

İşverenin eşit davranma yükümlülüğü kapsamına giren bir başka husus da yönetim hakkıdır. İşveren, eşit davranma yükümlülüğü doğrultusunda yönetim hakkını eşit durumda olan işçiler üzerinde eşit şekilde kullanmalıdır. Örneğin giriş-çıkış kontrolleri, fazla çalışma, gece çalışması, işçilerin işe dağıtımı, disiplin cezası verilmesi, sigara yasağı, işçilerin üstünün aranması, e-postalarının takip edilmesi gibi yönetim hakkı kapsamına giren durumlar aynı nitelikteki işçiler arasında ayırım yapılmadan uygulanmalıdır. Bu kapsamda işveren, denkleştirme için bir fark ödemediği sürece işçilerine karşı eşit iş dağıtmak zorundadır.¹³⁹

İşçilerin hoşuna giden kazançlı işlerde olduğu gibi hoşlarına gitmeyen külfetli işlerde de eşit bir dağıtım olmalıdır. Örneğin işyerindeki umumi tuvaletin temizliği sürekli belli ya da belirli işçilere veriliyor ve bunun için bu işi yapanlara ek ücret ödenmiyorsa veya pek çok işçinin yapmak istediği bir iş sürekli olarak yalnızca belli bir grup işçiye veriliyorsa burada eşit davranma ilkesine aykırılık söz konusudur. Bu durumun tek istisnası, iş dağılımı ile ilgili işçilerin açık rızasının alınmış olmasıdır. İşveren, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde ve çalışma yerlerinin belirlenmesinde de eşit davranma yükümlülüğü altındadır. Postalar halinde çalışılan bir işte gece

¹³⁷ Bolcan, s. 32.

¹³⁸ Baytekin, s. 33; Manav Özdemir, 155; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 13; Kaplan, s. 250; Deveci, s. 20; Karagöz, s. 67; Şener, s. 102; Yemişken, s. 89;

¹³⁹ Manav Özdemir, 155; Doğan Yenisey, s. 66; Karagöz, s. 67; Şener, s. 104; Çolakoğlu, s. 35; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 62; Muzır, s. 14;

postaları sürekli aynı işçilere veriliyorsa bu durum eşit davranma yükümlülüğünün ihlalidir. Aynı şekilde pazar ve tatil günlerinde fazla çalışma ücretinin olması sebebiyle işçilerin çalışmak istemesi halinde bugünlerdeki işler sürekli aynı işçilere veriliyorsa yine eşit davranma ilkesine aykırılık söz konusudur. Benzer şekilde eşit davranma yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı işçiler arasındaki görev dağılımında, meslek içi eğitimlerde ve mesleki yükselmelerde de uygulanır. Bu husus TİHEKK md 6/2’de açıkça ifade edilmiştir.¹⁴⁰

İşçinin, işverenin eşitlik ilkesine aykırı olan emir ve talimatlarına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda işveren, emir ve talimatlarına uymadığı gerekçesi ile işçinin iş akdini haklı veya geçerli nedenle feshedemez. Aksi halde bu fesih iş güvencesine tâbi işçi bakımından geçersiz fesih, iş güvencesine tâbi olmayan işçi bakımından ise kötü niyetli fesih olarak kabul edilecektir.¹⁴¹

İşverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edebilmek için işçilerin aynı işyerinde ve benzer şartlarda çalışıyor olmaları gerekir. Bu sebeple birbirinden bağımsız ayrı işyerlerindeki işveren uygulamaları veya aynı işverene ait farklı ve birbirinden bağımsız olan işyerlerindeki uygulamalarda işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Çünkü eşit davranma borcundan söz edebilmek için kıyas yapılabilir bir ortamın olması şarttır. Doktrinde buna “işyerinde birlik şartı” denmektedir. Ancak aynı işverenin aynı işkolunda faaliyet yürüten birden çok işyeri var (aynı bankanın birden çok şubesi olması gibi) ve bu işyerlerindeki çalışma şartları birbirlerine benzer olup, işçiler arası nakil sık sık yaşıyorsa bu durumda işverenin tüm işçileri aynı işyerinde çalışıyormuş gibi eşit davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Zira hukukumuzda eşit davranma borcu işyeri düzeyinde değil, işletme düzeyinde esas alınmaktadır.¹⁴²

Eşit davranma borcu işvereni merkezine alan bir borçtur. Bu nedenle işverenin eşit davranma borcunun olup olmadığına çalışma yerinden ziyade işverenin işçilere uyguladığı çalışma şartlarının benzerliğine göre karar verilmektedir. Dolayısıyla aynı işyerinde fakat farklı faaliyet alanları ve çalışma şartları uygulanan işçilere karşı

¹⁴⁰ Süzek, s. 496; Savaş, s. 33; Şener, s. 103; Muzır, s. 15; Karabulut, s. 66; Özaçmak, s. 41; Çelik/Caniklioglu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 464; Bozkurt, s. 84.

¹⁴¹ Muzır, s. 71; Bozkurt, s. 85.

¹⁴² Erkan, s. 41; Zeytinoglu, s. 39; Kandemir/ Yardımcioğlu, s. 10; Kılıçoğlu, s. 18; Deveci, s. 29; Karagöz, s. 61; Şener, s. 86; Çolakoğlu, s. 32; Yemişken, s. 103; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 55; Muzır, s. 7; Karabulut, s. 63; Özaçmak, s. 31; Bozkurt, s. 64.

işverenin eşit davranma borcu olduğu söylenemez. Holdinglerde ise her işletme bağımsız olarak yönetildiğinden işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır.¹⁴³

İşyerinde birlik şartıyla ilgili bir başka husus, işyerinin devridir. İşyerinin devri halinde işverenin kendi işyerindeki işçiler ile devraldığı işyerindeki işçilere karşı eşit davranma borcu bulunup bulunmadığına işyerinin devri konusunu düzenleyen İşK md 6'ya göre karar vermek gerekir. Bu hüküm uyarınca devralınan işyerindeki iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçer. Dolayısıyla devralan işverenin mevcut işyerinde çalıştırdığı işçilerinin yanı sıra devraldığı işyerindeki işçilere karşı da devir tarihi itibarıyla ücret ödeme, koruma ve gözetme, eşit davranma borcu başlamaktadır.¹⁴⁴

İşverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edebilmenin bir başka şartı ise aynı işyerinde çalışan en az iki işçinin bulunmasıdır. Bu nedenle eşit davranma borcunun şartlarından bir diğeri işyerinde bir işçi topluluğunun bulunuyor olmasıdır. Yalnız bir işçinin çalıştığı veya birden çok çalışan olmakla birlikte işçi sıfatında birden fazla kişi bulunmadığı durumlarda işverenin eşit davranma borcu bulunmaz. Ayrıca kanunda açıkça düzenlenmediği sürece işverenin ödünç veya taşeron işçilere karşı da eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Ancak alt işverenlik ilişkisinde muvazaanın tespiti halinde İşK uyarınca alt işverenin işçileri asıl işverenin işçileri olarak kabul edileceğinden bu durumda asıl işveren bakımından alt işverenin işçilerine karşı da eşit davranma borcu söz konusu olacaktır.¹⁴⁵

İşverenin eşit davranma borcu bakımından birden çok işçinin varlığı gerekmekte ise de ayrımcılık yasağı bakımından böyle bir şart söz konusu değildir. Çünkü işyerinde tek bir işçi de olsa işverenin ayrımcılık yapma ihtimali bulunmaktadır. Örneğin işyerinde çalışan tek bir işçinin ırkı veya cinsel tercihi nedeniyle iş akdinin feshedilmesi durumunda işveren ayrımcılık yasağını ihlal etmiş olur.¹⁴⁶

¹⁴³ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 11; Şener, s. 88; Çolakoğlu, s. 33; Yemişken, s. 103; Kılıç, s. 214; Muzır, s. 7; Karabulut, s. 63; Özaçmak, s. 31.

¹⁴⁴ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 11; Deveci, s. 30; Şener, s. 89; Yemişken, s. 104; Bozkurt, s. 65.

¹⁴⁵ Erkan, s. 41; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 12; Kılıçoğlu, s. 18; Kaplan, s. 239; Deveci, s. 27; Karagöz, s. 61; Şener, s. 91; Çolakoğlu, s. 33; Yemişken, s. 105; Kılıç, s. 214; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 58; Muzır, s. 10; Karabulut, s. 64; Özaçmak, s. 33; Bozkurt, s. 67.

¹⁴⁶ Deveci, s. 27; Karagöz, s. 61; Şener, s. 92; Karabulut, s. 64; Özaçmak, s. 33; Bozkurt, s. 68, Süzek, s. 473.

İşverenin işyerindeki kolektif uygulamalarında yani işçi topluluğunun genelini ilgilendiren ve objektif nitelikli uygulamalarında eşit davranma borcu söz konusudur. Örneğin işverenin on işçiden altı tanesine ikramiye verip dördüne vermemesi veya bir kısım işçinin üstü aranırken diğerlerinin üstünün aranmaması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Doktrinde bazı yazarlara göre işverenin münferit işlem ve uygulamalarında, belli zamanlarda çalışan olarak gördüğü işçilerden bazılarına teşvik ve ödüllendirme amaçlı ikramiye vermesi, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.¹⁴⁷ Zira bu durumda sözleşme hürriyeti çerçevesinde oluşan bir bireysel ilişki söz konusudur. Burada önemli olan bu tür bireysel işlemlerin keyfi şekilde uygulanmamasıdır. Bu görüşteki yazarlara göre burada işverenin kolektif nitelikli bir uygulaması değil, ikramiye verilen işçilerin çalışkanlığını ödüllendirilen bireysel nitelikli bir uygulaması mevcut olup, bu görüş bizce de uygundur.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığını tespit ederken aynı zaman dilimi içerisindeki uygulamaları incelenmeli, geçmişteki bir uygulama bugün yapılmakta olan bir uygulamaya esas alınmamalıdır. Fakat karşılaştırılabilir durumda olan işçilerin çalışma şartları aynı şekilde devam ettiği süre içerisindeki işveren uygulamaları aynı zaman dilimi içerisinde değerlendirilmelidir. Doktrinde işverenin eşit davranma borcunun varlığı için gerekli olan bu koşula “zamanda birlik şartı” adı verilmektedir.¹⁴⁸ Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararda, aynı nitelikteki işi yapmak üzere sonradan işe alınan işçilere ödenecek ücretin halihazırda o işi yapmakta olan işçilere ödenen ücretten daha yüksek olması halinde işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığını, eşit davranma borcunun iş ilişkisi kurulduktan sonra söz konusu olduğunu ve sözleşme görüşmeleri aşamasında işveren ile yeni işçiler arasında kararlaştırılan ücretin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 12; Deveci, s. 31; Karagöz, s. 62; Şener, s. 92; Çolakoğlu, s. 35; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 60; Muzır, s. 11; Karabulut, s. 64; Özaçmak, s. 34; Bozkurt, s. 68; Zeytinoğlu, s. 39; Kılıçoğlu, s. 18; Kaplan, s. 239; Yemişken, s. 106-107.

¹⁴⁸ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 13; Kılıçoğlu, s. 18; Kaplan, s. 239; Deveci, s. 33; Karagöz, s. 62; Şener, s. 93; Çolakoğlu, s. 37; Yemişken, s. 108; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 64; Muzır, s. 12; Karabulut, s. 65; Özaçmak, s. 35; Bozkurt, s. 69; Zeytinoğlu, s. 39.

¹⁴⁹ Y 9. HD. E. 2016/34297, K. 2020/18304, T. 14.12.2020 “*Davalı işyerinde Toplu İş Sözleşmesi ile çalışan davacının belirlenen ücretine Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin olması gerektiği gibi uygulandığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, davacının iddia ettiği gibi çalıştırmak üzere işe yeni işçi almıştır. Yeni alınan işçilerin ücretleri ise davacı ile aynı nitelik ve görevde olmasına rağmen daha*

Eşit davranma ilkesi kapsamına giren durumlar, yalnızca işverenden kaynaklanan durumlar olup, toplu iş sözleşmesi veya kanundan kaynaklanan uygulama farklılıkları eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmez. Ayrıca işverenin işçisinin düğününde hediye olarak bilezik takması gibi iş ilişkisini ilgilendirmeyen uygulamalar eşit davranma ilkesine aykırı kabul edilmeyecektir.¹⁵⁰

6. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVAMI SÜRESİNCE EŞİT DAVRANMA İLKESİ

6.1. Ücretlendirmede Eşitlik İlkesi

İnsanların ekonomik refahını sağlayabilmesi için en önemli etken, yaptığı iş karşılığında kazandığı ücrettir. Ücret aynı zamanda milli gelirin belirli sosyal gruplar arasında dağılımını göstermesiyle de önemli bir sosyal adalet göstergesidir. Dar anlamı ile ücret, belirli bir hizmeti karşılığında kişiye ödenen bedel olup, geniş anlamı ile ücret ise asıl ücret yanında ücret eki niteliğinde olan ve işçiye ödenen tüm menfaatleri içerir.¹⁵¹

Kadınların eğitim seviyesi arttıkça iş hayatına katılım oranları artsa bile kadınlar, erkeklerden daha az kazanmaktadır. TÜİK'in Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ile birlikte yaptığı bir araştırmaya göre 2018 yılında kadınlar ile erkekler arasındaki

yüksek ücret olarak belirlenmiştir. Davacı yeni alınan işçilere daha yüksek ücret verilmesinin eşit işlem borcuna aykırılık olduğunu iddia ederek aradaki fark ücretlerin kendisine ödenmesini talep etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere işverenin aynı nitelikte olsa bile çalışan ile yeni işe aldığı işçi arasında eşit işlem borcu bulunmamaktadır. Zira eşit işlem borcu iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır ve iş ilişkisi kurulma aşamasında işveren yeni işçi ile ücret konusunda iradi olarak anlaşmak zorundadır. Yaptırılacak iş aynı nitelikte olsa bile işyerinde çalışan işçilerin ücretlerinden daha yüksek olabilir. Davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için kararlaştırılan ücretin daha yüksek olması eşit işlem borcuna aykırı olmadığından, işverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kaldığından, davacının fark alacaklarının ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı istemlerinin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Kazancı İBB, et: 18.06.2021.

¹⁵⁰ Baytekin, s. 61; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 13; Çolakoğlu, s. 35; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu s. 63; Deveci, s. 32; Özaçmak, s. 34; Yemişken, s. 107; Y. 9. HD, E. 2020/4817, K. 2021/2405, T. 26.1.2021: “...Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır...” Kazancı İBB, et: 14.06.2021.

¹⁵¹ Erkan, s. 22; Çolakoğlu, s. 22; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 82; Karabulut, s. 69.

cinsiyete dayalı ücret farkı %15,6 olmuştur.¹⁵² Bu çalışmaya göre kadınlar, erkeklere göre %15,6 oranında daha az ücret kazanmışlardır. Bunun sebepleri arasında eğitim, yaş, annelik gibi unsurlar bulunmaktadır. Bu çalışmanın da açıkça ortaya koyduğu üzere kadınların iş hayatında maruz kaldıkları en büyük ayrımcılıklardan biri ücrette yapılan ayrımcılıktır. Dünyada kadına erkeğe göre daha az ücret verilmesi ve kadının erkeğe kıyasla daha zor iş bulabilmesi bir takım sosyal, biyolojik, dini, siyasi, ailevi sebeplere dayandırılmıştır. Genellikle kadınların eğitim seviyelerinin erkeklere göre daha düşük olması, daha düşük nitelikteki işlerde çalıştırılmaları ve üst kademelerdeki işlerin erkeklere yaptırılması, evi geçindirme yükümlülüğünün erkeğin asıl sorumluluğu olduğu, kadınların kazancının ise ek gelir niteliğinde olduğu, bu nedenle de erkeğe daha fazla ücret ödenmesi gerektiği şeklindeki bakış açılarıyla kadınlar, erkeklerden daha düşük ücret almaktadır. Yüksek gelir getiren yöneticilik gibi kademeler erkekler tarafından ele geçirilmiş, kadınlara ise daha çok tarım ve hizmet gibi daha az ücretle çalışılabilen hatta aile işçiliği gibi ücretsiz çalışılan işler kalmıştır. Aile içinde veya dışarıda ücretsiz çalışan kadın işçiler emeğinin karşılığı olan ücretten mahrum kaldığı gibi sosyal güvenlik şemsiyesinden de mahrum kalmıştır.¹⁵³

Kadınların erkeklere göre daha düşük ücretlerle çalıştırılmasının altında yatan bir başka sebep kadınların belli mesleklerde yoğunlaşmış olmalarıdır. Geleneksel roller nedeniyle belli mesleklerde yoğunlaşan kadınlar bu meslek dallarında bir arz fazlalığına sebep olmakta, piyasadaki talebin arzdan düşük olması ise ücretlerin azalmasına ve ucuz işçiliğe sebep olmaktadır. Bu ayrımcılığa “dağılım ayrımcılığı” adı verilmektedir. Zira burada bazı mesleklerdeki kadın işçi dağılımı kadınlar bakımından ücret eşitsizliğine sebep olmaktadır. Bazı neo-klasik iktisatçılara göre ise kadınların daha düşük ücretle çalışması yine kadınların seçimleri sonucudur. Bu yazarlara göre kişinin kazandığı ücret, aldığı eğitim ve kazandığı iş tecrübesi ile doğru orantılıdır. Kadınlar ise evlilik ve annelik gibi sebeplerle mesleki eğitime

¹⁵² https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_756659.pdf, et:27.05.2022; <https://www.pwc.com.tr/tr/Hizmetlerimiz/insan-yonetimi-ve-organizasyon-danismanligi/yayinlar/calisma-hayatinda-cinsiyet-ve-ucret-esitligi.pdf>, et: 27.05.2022.

¹⁵³ Bolcan, s. 34; Durmaz, s. 43; Özbucak Albar, s. 279; Gül/ Oktay, s. 428; Karabıyık, s. 245; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 111; Kümbül Güler, Burcu/ Kiren Gürler, Özlem: “Türkiye’de Kadın İşgücünün Ücret Düzeyini Belirleyen Faktörler ve Ücrette Ayrımcılık”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, Sayı 4, 2016 Nisan, s. 52; Kılıç, s. 234; Muzır, s. 64; Bilgin, s. 313; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 34; Özaçmak, s. 47; Kökkılınç, s. 86; Oduncu, s. 569.

önem vermemekte, kariyerlerine de ara vermektedirler. Bu sebeple tekrar işe başlarken de daha düşük ücretle çalışmaya başlamaktadırlar.¹⁵⁴

Kadın-erkek arasında ücretlendirmede yaşanan eşitsizlik, çoğunlukla kadınların iş hayatından uzak kalışlarının bir sonucu olarak ortaya çıksa da bazen bu durumun kadınların iş bulması konusunda kendilerine avantaj sağlaması da mümkündür. Zira işveren kadın işçileri tecrübe yetersizliği veya talep fazlalığı nedeniyle düşük ücretle çalıştırarak işçi maliyetini düşürmeyi hedeflemekte, böylelikle erkek işçi istihdam etmek yerine aynı işi kadınlara daha ucuza yaptırmak için kadın işçi çalıştırmayı tercih edebilmektedir. Böylelikle kadınlar ucuz işgücü olarak iş hayatındaki boşlukları doldurmaktadır. Bu durum her ne kadar iş bulma konusunda kadınlar için avantaj gibi görünse de ücret ve diğer parasal haklar bakımından kadın işçilere ayrımcılık teşkil etmektedir.¹⁵⁵

Kadınlara verilen ücretin erkeklere verilen ücretten farklı olması, özellikle II. Dünya Savaşı ile birlikte savaşa giden erkeklerin yerini iş hayatında kadınların doldurması ile birlikte bir sorun olarak görülmüş ve ülkeler hem kendi içlerinde hem de uluslararası alanda bu sorunu çözmek için çeşitli adımlar atmışlardır. Bu konuda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 23. maddesinin 2. fıkrası ile “*Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır.*” şeklinde düzenleme getirilmiş, daha pek çok uluslararası sözleşme ile eşit işe eşit ücret ilkesi güvence altına alınmaya çalışılmıştır. Zira ideal bir iş hayatında aynı işi yapan, eğitimi, tecrübesi ve etkinliği aynı olan iki işçinin aldığı ücretin de aynı olması gerekmektedir.¹⁵⁶

Anayasamızın 55. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.*” Bu hüküm ile iç hukukumuzda da eşit işe eşit ücret ilkesi getirilerek herkesin çalışmasının karşılığını alması ve her yapılan işin değerine göre ücretlendirilmesi şeklinde nispi bir eşitlik öngörülmektedir. Eşit işe eşit ücret ilkesi ücretin ne şekilde ödendiği önemli olmaksızın tüm ücret ve eklerini

¹⁵⁴ Bolcan, s. 35; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 71; Sayar Özkan/ Özkan, s. 95; Özbucak Albar, s. 282; Kümbül Gürler/ Kiren Gürler, s. 55; Gül/ Oktay, s. 429; Yemişken, s. 129.

¹⁵⁵ Sayar Özkan/ Özkan, s. 94; Köseoğlu/ Kaya, s. 69; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 34.

¹⁵⁶ Baytekin, s. 56; Erkan, s. 23; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz s. 70; Kümbül Gürler/ Kiren Gürler, s. 64; Kaplan, s. 247; Çolakoğlu, s. 21; Kılıç, s. 234; Muzır, s. 66; Bilgin, s. 313; Karabulut, s. 73; Özaçmak, s. 47.

kapsamaktadır. Dolayısıyla işveren yalnızca ücrette değil, tamamen kendi iradesine dayanarak verdiği ikramiye, prim gibi edimlerin verilmesinde de ayrımcılık yapamaz.¹⁵⁷

Kadınların erkeklere göre daha düşük ücretle çalıştırılması onların iş hayatına girişini de olumsuz etkilemektedir. Alacağı ücretin kendisine yetmeyeceğini düşünen kadın işe girmekten vazgeçmektedir. Erkeklerle aynı işi yapmasına rağmen daha az ücret alması kadınların verimliliğini, motivasyonunu ve iş tatminini de düşürmektedir. Bu nedenle kadınlar iş hayatından soğuyabilmektedir. Bir kadının aynı işi yapan erkek bir işçiden daha düşük ücret alması haline “işten kaynaklanan ücret ayrımcılığı” adı verilmektedir.¹⁵⁸

İşK. md. 5/4’te ise aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacağı öngörülmüş olup, bu hüküm uyarınca bir işi yapan erkek işçiye beş bin lira ücret ödenirken onunla aynı nitelikte olan ve aynı işi yapan kadın işçiye sırf kadın olması sebebiyle daha az ücret ödenmesi cinsiyet ayrımcılığıdır. Bu durumun cinsiyet ayrımı olarak kabul edilmesi için ücret farklılığının yalnızca cinsiyet farkından kaynaklanıyor olması gerekir. İşçiler arasında yaş, kıdem, eğitim gibi objektif veya çalışkanlık, beceriklilik gibi sübjektif farklar olması halinde farklı şekilde ücret kararlaştırılması elbette mümkün olup bu durumlarda cinsiyet ayrımcılığından söz edilemez. Ancak farklı niteliklerde olsa dahi kadın ve erkek tarafından yapılan işin aynı değerde olması halinde de sırf cinsiyet nedeniyle farklı ücret kararlaştırılmaz.¹⁵⁹

Ücretlendirmede eşitliği sağlamak amacıyla getirilen bir başka düzenleme ise İşK. md. 5/5. maddesi olup, bu hükümde işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlere tâbi olmasının daha düşük ücret ödenmesini haklı kılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca kanunun 74/5. maddesinde hamile işçinin sağlığını korumak amacıyla daha hafif işlerde çalıştırılması halinde ücretinde indirimle gidilemeyeceği

¹⁵⁷ Baytekin, s. 44; Kaplan, s. 248; Yemişken, s. 87; Köseoğlu/ Kaya, s. 48; Özaçmak, s. 46

¹⁵⁸ Sayar Özkan/ Özkan, s. 95.

¹⁵⁹ Manav Özdemir, s. 157; Özbucak Albar, s. 282; Kümbül Gürler/ Kiren Gürler, s. 52; Şener, s. 105; Karabulut, s. 69; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 34; 46; Kökkılınç, s. 78; Oduncu, s. 569.

ifade edilerek hamileliğin kadın işçinin ücretinde azalmaya yol açması engellenmeye çalışılmıştır.¹⁶⁰

Yalnızca İşK'da değil, diğer mevzuat hükümleriyle de ücrette işçiler arasında ayrımcılık yapılması engellenmeye çalışılmıştır. 01.08.2004 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan Asgari Ücret Yönetmeliğinin 5. maddesine göre “*Asgari ücretin belirlenmesinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ile benzeri sebeplere dayalı herhangi bir ayırım yapılamaz.*”

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun (STİSK) 25. maddesi uyarınca “*İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.*” Bu hükmün 2. fıkrasına göre toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında işçiler arasında farklılıklar olabilecektir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi de ücrette ayırım yasaklarının istisnalarından birini oluşturmaktadır. Bu hüküm uyarınca bir işyerinde sendika üyesi olan veya dayanışma aidatı ödeyen işçiler ile sendika üyesi olmayanlar arasında ücretlendirmenin farklı olması, o işçilere ayni veya nakdi olarak daha fazla yardımda bulunulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.¹⁶¹

Sendikalaşma ve toplu iş sözleşmeleri işçilerin birlik olarak haklarını işverene karşı daha güçlü bir şekilde savunmalarını sağladığından işçilerin alacağı ücretin artmasını sağlayan önemli bir unsurdur. Ancak kadın işçilerdeki sendikalaşma oranı

¹⁶⁰ Yuvalı, s. 100-101; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 462; Süzek, s. 479; Savaş, s. 30; Manav Özdemir, s. 157; Ertürk Arslan, s. 354; Bacak/ Yiğit, s. 7; Doğan Yenisey, s. 66; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 23; Kılıçoğlu, s. 11; Hüseyinli/ Yiğit, s. 298; Oğuz, 573-574; Taşkent/ Kurt, s. 38; Değer Erumcu, s. 2002; Kaplan, s. 249; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Yusuf/ Topkaya, s. 55; Devci, s. 27; Karagöz, s. 64; Şener, s. 106; Çolakoğlu, s. 12; Yemişken, s. 130; İşçi Baş, s. 65; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 81; Muzır, s. 65; Köseoğlu/ Kaya, s. 69; Karabulut, s. 71; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 34; Özçamak, s. 48; Kökkılınç, s. 87; Ünsal, s. 331; Aksoy, s. 45.

¹⁶¹ Baytekin, s. 60; Süzek, s. 480; Savaş s. 29; Doğan Yenisey, s. 67; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 9; Kaplan, s. 249; Şener, s. 58; Çolakoğlu, s. 51; Yemişken, s. 142; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 79; Muzır, s. 57; Karabulut, s. 69; Özçamak, s. 49.

erkek işçilere nazaran daha düşük durumdadır. Bu durum da kadınların daha düşük ücret almasının sebeplerinden biri olmaktadır. Ülkemizde 1970’lerde yapılan bir çalışmada kadın işgücü arttıkça sendikalaşma oranının azaldığı görülmüştür. Bunun sebebi ise işverenlerin sendikalaşmadan vazgeçmeleri için kadın işçilere erkek işçilere kıyasla daha kolay baskı uygulayabilmeleridir. İşverenler kadın işçilere eşleri veya aileleri üzerinden sendikalaşmaktan vazgeçmesi veya sendikadan istifa etmesi için baskı uygulamış, sendikalı kadın işçilere fiziksel ve sözlü tacizler uygulanmış, “kadının sendika ile işi olmaz” gibi cinsiyetçi söylemlerle sendikalaşma oranını düşürmeye çalışmış, hamile veya çocuklu kadın işçileri sendikadan istifa etmesi için mesaiye bırakmış veya çalışma sürelerini uzatmışlardır.¹⁶²

İşverenin henüz işe almadığı işçiler ile halihazırda çalıştırmakta olduğu işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira henüz işe alınmamış işçiler bakımından sözleşme serbestisi geçerli olup, hizmet akdi henüz başlarken işçi ve işveren kendi aralarında diledikleri ücreti kararlaştırabilirler. Bu kuralın istisnaları ise asgari ücretin altında bir ücret kararlaştırılamaması ile işçinin sendika üyesi olması durumudur. Ücretin toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılması halinde işçi, işe başlarken toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın üyesi olarak başlıyor ise bu durumda işçi işe başlarken toplu iş sözleşmesinin tarafı olduğundan işveren o işçiye toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan ücreti ödemek zorundadır.¹⁶³

6.2. İş Sözleşmesinin Türlerine Göre Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

İşK md 5 ile yalnızca işçinin din, mezhep, ırk, felsefi inanç, siyasi düşünce gibi temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmamış, aynı zamanda işçiler iş sözleşmesinin türü sebebiyle ayrımcılığa maruz kalmaktan da korunmaya çalışılmıştır. İşK md 5/2’de yer alan “*İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.*” hükmü uyarınca işveren, sırf işçinin tâbi olduğu iş sözleşmesi türü farklı diye ona farklı bir muamelede bulunamaz.

¹⁶² Durmaz, s. 48.

¹⁶³ Şener, s. 104; Çolakoğlu, s. 35; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 75-76; Muzır, s. 56-57.

Kısmi süreli çalışma, mevzuatımıza ilk defa 2003 tarihli 4857 sayılı İşK ile girmiş olup, md 13/1’de “*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. İşK. md. 5’te belirtilen kısmi süreli çalışma ve belirli süreli çalışma kadınların iş hayatı ile aile hayatlarını dengede tutmak maksadı ile sıkça başvurdukları çalışma biçimidir. Dolayısıyla bu madde hükmüyle de en başta korunmaya çalışılan kesim yine kadınlar olmaktadır. Örneğin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadınlar çalışma sürelerini kısaltma veya esnek çalışma imkânı elde ederek ailevi sorumluluklarını ihmal etmeden iş hayatında aktif şekilde rol alabilmektedir. Esnek çalışma biçimlerinden biri olan kısmi süreli çalışmanın kadınların istihdama katılması ve kayıt dışılığı azaltması gibi olumlu tarafları da bulunmaktadır. Özellikle çocukları yaşça küçük olan ve bu nedenle evine ve çocuklarına daha fazla zaman ayırmak isteyen kadınlar, bu dönemde kısmi süreli çalışarak iş hayatından tamamen kopmanın ve tecrübe eksikliğinin önüne geçmekte, şartları uygun olduğunda yeniden tam zamanlı çalışmaya dönebilmektedir.

Esnek çalışma sistemi, kadınların işgücüne katılımını arttırmakla beraber, esnek şekilde yapılabilen işlerin tam zamanlı yapılan işlere kıyasla birtakım olumsuz tarafları da bulunmaktadır. Standart dışı olan bu işlerden kadınları çıkarmak daha kolay olmaktadır. Dolayısıyla esnek çalışılabilen işlerde çalışma hayatı kadınlar için daha kısa sürmektedir. Esnek çalışılabilen işler genellikle düşük vasıf gerektirdiğinden kazancı da daha düşük olmaktadır. Bu işlerde sosyal vasıf ve kariyer edinme şansı da tam zamanlı işlere göre daha düşüktür. Ancak kadınların evlerine ve çocuklarına daha fazla zaman ayırmasına imkân sağlaması ve daha az yorucu olması nedeniyle bu tür işler yine de kadınlar tarafından daha çok tercih edilmektedir.¹⁶⁴

İş hukukunda temel iş sözleşmesi türü belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, İşK md 11’e göre “*İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır.*” Dolayısıyla iş hukukumuzda belirsiz süreli iş sözleşmesi asıl,

¹⁶⁴ Baytekin 48-49; Erkan, s. 67; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 23; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 116-117; Önder, s. 43; Oğuz, s. 570; Taşkent/ Kurt, s. 30; Kaplan, s. 237; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 66; Yusuf/ Topkaya, s. 57; Deveci, s. 20; Karagöz, s. 68; Şener, s. 57; Çolakoğlu, s. 51; Değer Ermumcu, Senem: “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı- Ödeneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt 19, Özel sayı, 2017, sayfa 2000; Kılıç, s. 228; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 89; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 48; Aksoy, s. 45.

belirli süreli iş sözleşmesi istisnadır. Taraflar arasında işin sona ereceği tarih belirlenmemişse belirsiz süreli sözleşme söz konusudur. Maddenin devamında iş sözleşmesinin hangi hallerde belirli süreli olabileceği de hüküm altına alınmış ve belirli süreli iş sözleşmesi “*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. İşK md 12 ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ayrımcılık yapılması yasaklanmış olup söz konusu hüküm şu şekildedir: “*Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.*”

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır.” Maddenin son fıkrasında ise emsal işçi “*İşyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi*” şeklinde tanımlanmış olup, işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.¹⁶⁵

Kısmi süreli çalışanlar ile ilgili ayrımcılık yasağı ise İşK. md. 13/2’de düzenlenmiş olup bu hüküm uyarınca “*Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.*” Bu hüküm uyarınca işverenin tek taraflı tasarrufuyla işçilere ödenen prim, ikramiye, yol parası, evlenme ve çocuk yardımı gibi ödemelerden kısmi süreli çalışanlar da çalıştıkları süreyle orantılı olarak

¹⁶⁵ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 24; Kılıçoğlu, s. 10; Yusuf/ Topkaya, s. 57; Deveci, s. 20; Karagöz, s. 68; Şener, s. 57; Çolakoglu, s. 52-54; Değer Ermumcu, s. 1999; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 91; Karabulut, s. 74; Özaçmak, s. 26;

yararlanır. Ancak kısmi süreli olarak haftada iki gün çalışan işçi hafta tatili ücretine hak kazanamaz. Aynı şekilde öğleden sonraları çalışan işçi de öğleden önce işe gelen işçiler için tahsis edilen servisten ya da öğle yemeğinden faydalanamaz.¹⁶⁶

Tam zamanlı çalışma en yaygın ve en eski çalışma biçimi olduğundan kısmi çalışma istisna olarak kabul edilmiş ve kısmi süreli çalışan kişilerin haklarının tespitinde yine tam zamanlı çalışan işçiler aynı maddenin üçüncü fıkrasında emsal işçi olarak kabul edilmiştir. Dördüncü fıkra göre işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde ise o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.¹⁶⁷

7. İŞ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİNDE AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİ

İşten çıkarmaların yoğun olduğu ekonomik kriz gibi durumlarda işverenler tarafından ilk gözden çıkarılan işçiler maalesef kadın işçiler olmaktadır. İşçi çıkarma konusunda bir tercih yapmak zorunda kalan işverenlerin bu tercihini erkeklere nazaran kadınlar üzerinde kullanmasında evi geçindirme yükümlülüğünün kadının değil erkeğin görevi olduğu, kadının kazancının ailenin temel geçim kaynağı değil ek gelir niteliğinde olduğu şeklindeki düşünceler etkili olmaktadır. Aynı şekilde kadının işini, evine ve çocuklarına nazaran ikinci planda tuttuğuna dair önyargılar da bu dezavantajlı durumun yaşanmasında etkilidir.¹⁶⁸ Ancak kadın işçilerin iş sözleşmelerine son verirken mutlak ayrımcılık yasakları ile getirilen düzenlemelere uyulması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin sona ermesinde işverenin genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı hususu doktrinde tartışmalı olup, bazı yazarlara göre işverenin eşit davranma borcu iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde de uygulanmalıdır.¹⁶⁹ Zira işçinin korunmaya en muhtaç olduğu an işten çıkarılma

¹⁶⁶ Manav Özdemir, s. 140; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 25; Yusuf/ Topkaya, s. 57; Karagöz, s. 68; Şener, s. 57; Çolakoğlu, s. 56; Değer Ermumcu, s. 1999; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 89; Şahin Emir, s. 201; Karabulut, s. 73; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 49; Özaçmak, s. 26; Taşdemir, s. 113;

¹⁶⁷ Baytekin, s. 50; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 213; Süzek, s. 494; Çolakoğlu, s. 54; Muzır, s. 10; Aksoy, s. 45; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 89.

¹⁶⁸ Erkan, s. 21; Bolcan, s. 20; Sayar Özkan/ Özkan, s. 96; Kılıç, s. 236.

¹⁶⁹ Özaçmak, s. 50; Muzır, s. 72; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 214.

anıdır. Bu nedenle bu görüşteki yazarlara göre haklı nedenle iş akdi feshedilecek olan işçiler arasında keyfi şekilde ayırım yapılmamalıdır. Dolayısıyla bu görüş uyarınca işverenin eşit davranma yükümlülüğü, iş akdinin kurulmasından sona ermesine kadar tüm aşamalarda devam eden kesintisiz bir yükümlülüktür. Kanun lafzına bakıldığında da iş sözleşmesi haklı ya da geçerli nedenle feshedilirken işten çıkarılacak olan işçilerin seçiminde eşit davranma ilkesine uygun davranılması gerektiği görülmektedir.¹⁷⁰

Aksi görüşteki yazarlara göre ise iş sözleşmesinin feshinde sözleşme serbestisi ilkesinin üstün tutulması, bu nedenle fesih sırasında eşit davranma yükümlülüğünün uygulanmaması veya çok sınırlı şekilde uygulanması gerekmektedir. Zira iş sözleşmesinin sona erdirilmesi sürecinin doğası gereği ayırım yapılmasını haklı kılan nedenler olabilir. Fesih hakkını kötüye kullanmadığı sürece işveren, istediği işçinin iş akdini sona erdirebilir. Örneğin işin devamı için bazı işçilerin çalıştırılmaya devam ettirilmesi gerekebilir veya işçinin geçmişteki tutumu iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde etkili olabilir.¹⁷¹

Bu görüş iş akdinin feshini, haklı nedenle derhal fesih veya süreli fesih olup olmamasına göre iki şekilde incelemektedir. Bu görüşe göre süreli fesihlerde eşit davranma yükümlülüğü, feshin kolektif bir işlem olması yani aynı anda birden çok işçinin iş akdinin süreli olarak feshedilmesi halinde uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bu görüş uyarınca tek bir işçinin iş akdinin süreli şekilde feshedilmesi halinde eşit davranma yükümlülüğü uygulanmayacak, işverenin fesih hakkı herhangi bir şarta tâbi tutulamayacaktır. Haklı nedenle fesih durumunda da aynı şekilde işveren, fesih hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olup, aynı haklı sebebi gerçekleştiren işçiler arasında yaş, kıdem, işyerinin gereklilikleri gibi sebeplerle işveren tarafından seçim yapılabilir.¹⁷²

Eşit davranma ilkesi, her türlü ayırımı değil, keyfi şekilde ayırım yapmayı engellemeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle iş akdinin sona ermesinde farklı işlem

¹⁷⁰ Şener, s. 140; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 215;

¹⁷¹ Doğan Yenisey, s. 69; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 27; Kaplan, s. 259; Deveci, s. 38; Karagöz, s. 65; Yemişken, s. 131; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 214; Muzır, s. 72;

¹⁷² Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 28; Kaplan, s. 259; Deveci, s. 44; Şener, s. 135; Çolakoğlu, s. 64; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 214;

yapılmasını haklı hale getiren birçok sebep bulunabilir ve eşit davranma ilkesi işyerinin menfaatlerine ters düşecek şekilde uygulanamaz.¹⁷³

Bu görüş uyarınca iş sözleşmesinin geçerli nedenle sona erdirilmesi halinde işverenin eşit davranma yükümlülüğü söz konusu değildir. İşletme, işyeri ve işin gereklerine dayalı fesihlerde ise işçilerin kişisel nitelikleri ve durumları dikkate alınarak bazı işçilerin iş akdi sona erdirilmeyebilir. İş sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesinde de kural olarak eşit davranma borcu söz konusu değildir. İşK md 5/1 ve md 18/3'ün (a), (b) ve (d) bentlerinde yer alan ayrımcılık yasakları sadece belirtilen durumlar için geçerli ve sınırlıdır. Yani işveren, bu maddeler dışında yer alan sebeplerle işçi çıkaracağı vakit keyfi olmamak şartıyla aynı durumda bulunan birden fazla işçiden istediğini seçebilir.¹⁷⁴

İş sözleşmesinin işletme gerekleri nedeniyle feshedilmesi durumlarında da AY md 10, İşK md 5 ve İşK md 18/3 uyarınca ayırım yasaklarına, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun davranmalıdır. Bu tür fesihler genellikle birden çok işçiyi ilgilendiren kolektif nitelikteki fesihlerdir. Bu nedenle işveren bakımından eşit davranma yükümlülüğü devreye girer. Örneğin eşit verimle çalışan iki işçiden daha kıdemli olanı işten çıkarmak yerine daha kıdemli olanı işten çıkarmak eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. İşletme gerekleri nedeniyle yapılan fesihlerde işveren, feshin son çare olması ilkesine uygun davranmalıdır. Bu kapsamda öncelikle çalışma saatlerinin azaltılması, işçinin ücretsiz izne çıkarılması, kısmi süreli çalışmaya geçilmesi gibi alternatifler uygulanmalı, zorunlu olmadıkça iş akdi feshedilmemelidir. Bu seçeneklerden biriyle feshin önlenmesi mümkün iken yapılan fesih geçersiz kabul edilir. İşletme gerekleri nedeniyle işten çıkarmaların ardından yeni işçilerin işe alınması halinde işletmesel kararın tutarlı uygulanmadığı kabul edilerek işçinin işe iadesine karar verilmelidir.¹⁷⁵

Eşit davranma ilkesinin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanması gerektiğini savunan yazarlara göre ise sadece ayırım yasağı değil, genel anlamda eşit davranma

¹⁷³ Doğan Yenisey, s. 68; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 27; Kaplan, s. 261; Deveci, s. 46; Karagöz, s. 65; Çolakoğlu, s. 65; Yemişken, s. 131; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 216; Muzır, s. 72; Kökılınç, s. 89; Çelik/ Canıklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 461.

¹⁷⁴ Kaplan, s. 260; Deveci, s. 44; Karagöz, s. 65; Şener, s. 136; Çolakoğlu, s. 66; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 220;

¹⁷⁵ Deveci, s. 40; Çolakoğlu, s. 68; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 222; Muzır, s. 73;

borcu da dikkate alınmalıdır. Zira genel anlamda eşit davranma borcu AY md 10 ve AY md 11 gereği tüm hukuki ilişkilerde geçerli olup, bu bağlamda iş sözleşmelerinde de kişileri bağlayıcı niteliktedir. İşveren işyerinde yaşanan bir olay nedeniyle işçilerin iş akdini haklı veya geçerli nedenle feshedecekse işçilerin bazıları daha az kusurlu iken onları işten çıkarır ise bu durum adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağından eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. İşveren, böyle bir durumda işten çıkaracağı işçileri seçerken keyfi ve kötü niyetli davranmamalı ve yaptığı seçimi objektif olarak haklılaştırabilmelidir.¹⁷⁶

İşverenin iş akdinin sona erdirilmesi sürecinde de ayrımcılık yasaklarına uyması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur. Ayrımcılık yasakları AY md 10, İşK. md. 5 ve md 18/3'te düzenlenmiş olup, işveren lehine haklı veya geçerli bir fesih sebebi doğmuş olsa dahi işten çıkarılacak olan işçilerin seçiminde dil, din, ırk, felsefi inanç, siyasi düşünce, cinsiyet, mezhep, sendika üyeliği vb. sebeplerle ayırım yapılır ise fesih hakkı kötüye kullanılmış olur. Bu durumda işverenin feshi haksız veya geçersiz fesih olarak kabul edileceği gibi işçi, ayrımcılık tazminatı ve yoksun kaldığı diğer haklarını da talep etme hakkına sahiptir.¹⁷⁷

Yargı kararlarında da iş akdinin sona erdirilmesinde işverenin eşit davranma borcunun olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁸ 4857 sayılı İşK, iş akdinin ayrımcılık yapılarak sona erdirilmesini üç farklı şekilde tazminat yaptırımına bağlamış olup, bunlardan ilki İşK md 18'de iş güvencesi olan işçiler için öngörülen geçersiz fesih halinde işe başlatmama tazminatıdır. Diğerleri İşK md 17'de düzenlenen ve iş güvencesine tâbi olmayan işçiler için kötü niyetli fesih halinde öngörülen kötü niyet tazminatıdır. İşK md 5 ile de tüm işçiler için iş sözleşmesinin ayrımcılık yasaklarının ihlal edilerek feshi halinde ayrımcılık tazminatı öngörülmüştür. İş sözleşmesinin sendikal sebeplerle sona erdirilmesi halinde ise işçi, iş güvencesi olsa da olmasa da İşK md 5, md 18 ve 6356 sayılı STİSK md 25 uyarınca sendikal tazminat talebinde bulunabilir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Deveci, s. 46; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 215;

¹⁷⁷ Deveci, s. 39; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 216; Muzır, s. 74.

¹⁷⁸ Y. 9. HD 2004/7540 E. 2005/2732 K. 01.02.2005 T. Kazancı İBB, et: 16.07.2022.

¹⁷⁹ Baytekin, s. 119-122, Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 462; Süzek, s. 481-485; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 28; Kılıçoğlu, s. 9; Kaplan, s. 259; Deveci, s. 38; Şener, s. 96; Yuvalı,

8. AYRIMCILIK YASAĞI OLARAK KABUL EDİLMİYEN DURUMLAR

Bazı durumlar ayrımcılık teşkil ediyor gibi görünse de mevzuatımızda açıkça düzenlenerek ayrımcılık hali olmaktan çıkarılmıştır. İşK. md 5, f. (2) ve (3) şu şekildedir: “İşveren, **esaslı sebepler olmadıkça** tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, **biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça**, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.”

İşK. md. 5/3’te yer alan “biyolojik nedenler” ifadesinden anlaşılması gereken, kadınlara ve erkek cinsine özgü psikik ve anatomik özelliklerdir. “işin niteliğine ilişkin zorunlu sebepler” ise belirli bir cinse has olup, diğer cinsten beklenemeyecek olan nedenlerdir. Örneğin kadın giysilerinin sergileneceği bir defilede kadın mankenlerin işe alınması işin niteliği gereğidir. Belli bir mesleğin sadece belli bir cins tarafından icra edilmesi hayatın olağan akışına uygun olmalı ve tüm toplum tarafından makul karşılanmalıdır. Maddenin 3. fıkrasına göre işveren, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde işçiye doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.¹⁸⁰ Bu hükme göre cinsiyet ve gebelik halleri işçiye farklı işlem yapılmasını haklı kılıyor ise bu durumda işverenin ayrımcılık yasağına aykırı hareket ettiğinden söz edilemez. Bu sebeple doktrinde, kısa süre önce doğum yapmış işçilere ilk yıl bebeğin anne bakımı ve şefkatine çok fazla ihtiyaç duyması sebebiyle fazla çalışma yaptırılmaması, çalışma saatlerinin bebeğin varlığı dikkate alınarak belirlenmesi, bebeği olan kadın işçilerin

İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 241; Muzır, s. 74-75; Karabulut, s. 71; Özçmak, s. 52; Kökkılınç, s. 90.

¹⁸⁰ Manav Özdemir, s. 147; Bacak/ Yiğit, s. 6; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 17; Kılıçoğlu, s. 11; Çolakoğlu, s. 20; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 192; Muzır, s. 21; Emir Şahin, s. 17; Özçmak, s. 73; Kökkılınç, s. 81; Çelik/ Canıklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 459.

trafiğe yakalanmaması için on dakika erken paydos etmesi gibi uygulamaların sosyal düşüncelerle yapıldığı ve işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu istisnalar, mutlaka gebelik ve cinsiyet ile sınırlı olarak düşünülmelidir.¹⁸¹

TİHEKK md 7’de de ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller belirtilmiş olup bu haller şunlardır:¹⁸²

a) *İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.*

b) *Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.*

c) *İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.*

ç) *Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.*

d) *Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.*

e) *Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.*

f) *Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.*

g) *Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.*¹⁸³

TİHEKK md 7/1, (a) bendinde yer alan “*İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.*” ayrımcılık oluşturmayacak genel nitelikteki bir hükümdür. Buna göre eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı amaçlayan, somut olayın özelliğine göre gerekli olan, amaca uygun ve orantılı farklı işlem ayrımcılık teşkil etmez. Genel nitelikteki bu haklı sebebin en önemli örneği pozitif ayrımcılıktır.

¹⁸¹ Manav Özdemir, s. 155; Hüseyinli/ Yiğit, s. 296; Oğuz, 573; Çolakoğlu, s. 20; Kılıç, s. 232; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 192; Karabulut, s. 72; Süzek, s. 471.

¹⁸² Baytekin, s. 55; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 465.

¹⁸³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 466.

TİHEKK md 7/1, (b) bendinde düzenlenen bir diğer ayrımcılık oluşturmeyen hal ise cinsiyete ilişkin olup, sadece belirli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan işlerde ayrımcılık yasağının ihlalinin söz edilemeyecektir.

Maddenin (c) bendinde yaş temelli bir ayrımcılık oluşturmeyen hal düzenlenmiş olup, yaş sınırının belirlenmesi ve uygulanması hizmetin sürdürülebilmesi için gerekli ve amaçla orantılı ise bu durumda yaş sınırı konması ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Yaş temelli bir başka ayrımcılık oluşturmeyen durum, aynı maddenin (ç) bendinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre çocuklar veya ileri derecede zihinsel engelliler gibi kişilerin bu özellikleri nedeniyle özel tedbirler ve koruma önlemlerine tâbi tutulması ayrımcılık olarak kabul edilemez. Bu hüküm uyarınca çocuklar için alınacak tedbirler de ayrımcılık teşkil etmeyecektir.¹⁸⁴

Kişinin dini sebebiyle ayrımcılığa maruz kalması şeklinde kabul edilmeyecek olan bir başka durum, TİHEKK md 7/1, (d) bendinde düzenlenmiş olup, bu hükme göre bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdam edilmesi o dine mensup olmayan kişilerin ayrımcılığa maruz kalması şeklinde yorumlanamayacaktır.

Ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek olan bir başka durum, kanunun 7/1, (e) bendinde dernekler, vakıflar, sendikalar, siyasi partiler ve meslek örgütleri lehine düzenlenmiş olup, sivil toplum örgütü niteliğindeki bu kurum ve kuruluşların tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerlere uygun nitelikteki kişileri üyeliğe kabul ederek diğer kişileri üyeliğe kabul etmemeleri ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemez.

TİHEKK’de yer alan ve ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek durumlardan sonuncusu vatandaş olan kişi ile vatandaş olmayan kişilere ilişkindir. Kanunun 7/1, (g) bendinde yer alan hükme göre vatandaş olmayan kişilerin ülkeye giriş ve ülkede ikamet etmek için kendilerinde aranan şartlar ayrımcılık olarak kabul edilemez.

TİHEKK’de yer alan ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek bu durumlar, yalnızca bu kanunda yer alan ayrımcılık halleri için uygulanacak olup, kanaatimizce bu durumlar, bu kanun kapsamında olmayan diğer ayrımcılık halleri için de kıyasen uygulanmalıdır.

¹⁸⁴ Deveci, s. 23.

STİSK md 25/2’de yer alan sendikalı işçilerin paraya ilişkin hakları ve sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri uyarınca farklı muameleye tâbi tutulabileceklerine ilişkin hüküm de ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek bir başka durumdur.¹⁸⁵

9. AYRIMCILIK YASAĞI VE EŞİTLİK İLKESİNİN İHLALİNİN SONUÇLARI

9.1. Ayrımcılık Tazminatı

İşverenin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde 4857 sayılı İşK md 5/6’da “ayrımcılık tazminatı” öngörülmüş olup, söz konusu madde hükmü “*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir...*” şeklindedir. Kanundaki ayrımcılık tazminatının hukuki dayanağı ise Anayasamızın 10. maddesidir.

Ayrımcılık tazminatı talep edebilmek için işverenin kusurunun olması ve işçinin zarara uğramış olması gerekmektedir. Dolayısı ile ayrımcılık tazminatı teknik olarak bir tazminat olmayıp götürü nitelikte olan medeni bir cezadır. Bu hüküm ile amaçlanan işçinin zararını karşılamak değil, işverenin yaptığı ayrımcılığı ve eşit davranma borcuna aykırı davranışını cezalandırmaktır.¹⁸⁶

Ayrımcılık tazminatını düzenleyen İşK md 5/6’ya göre işçi, ayrımcılığa maruz kalması halinde dört aya kadar olan ücretinin yanı sıra şartları varsa TBK uyarınca maddi ve manevi tazminat ve/veya kendisine eksik ödenen ücret zammı, kıdem farkı alacağı, ikramiye, prim gibi yoksun kaldığı diğer alacaklarını da talep edebilir. Bu hükümle amaçlanan, işçiyi parasal haklarından mahrum kalmasaydı içinde bulunacağı duruma geri getirmektir. İşçi, bu parasal haklarının yanı sıra ayrımcılığa

¹⁸⁵ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 466; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 13; Çolakoğlu, s. 28; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 96; Süzek, s. 479.

¹⁸⁶ Baytekin, s. 62; Erkan, s. 42; Manav Özdemir, s. 163; Arslan Ertürk, s. 355; Bacak/ Yiğit, s. 23; Doğan Yenisey, s. 77; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 34; Kılıçoğlu, s. 11; Hüseyinli/ Yiğit, s. 297; Taşkent/ Kurt, s. 38; Kaplan, s. 262; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Yusuf/ Topkaya, s. 64; Deveci, s. 47; Karagöz, s. 68; Şener, s. 66; Çolakoğlu, s. 22; Yemişken, s. 142; İşçi Baş, s. 74; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 12; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 257; Muzır, s. 102; Oskay, s. 97; Karabulut, s. 106; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 36; Özçmak, s. 83;

uğraması nedeniyle iş sözleşmesini İşK md 24/II, (e) veya 24/II, (f) bendine göre haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca şartları bulunuyorsa İşK. md. 22 uyarınca iş sözleşmesinde değişiklik yapılması nedeniyle fesih hakkını da kullanabilir.

Ayrımcılık tazminatının amacı işçinin ayrımcılığa uğramasını engellemek ve kişilik haklarını korumaktır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatı işverenin eşit davranma borcunu ihlal eden her türlü davranışında değil, mutlak ayrımcılık yasaklarını ihlal etmesi durumunda gündeme gelir.¹⁸⁷

Ayrımcılıkla ilgili olarak işçinin İşK dışında genel hükümler çerçevesinde de birtakım hakları bulunmaktadır. Kişilik hakları, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md 24 ve devamında düzenlenmiş olup, bu hükümlere göre kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi hâkimden bu saldırıya karşı korunmasını, saldırı tehlikesinin engellenmesini, sürmekte olan saldırının durdurulmasını, saldırı sona ermişse bile etkileri devam ediyorsa saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Bunların yanı sıra ayrımcılığa maruz kalan işçinin TBK md 106 ve 408 hükümleri uyarınca iş görmekten kaçınma hakkı da vardır. Bu durumda iş görmeden de ücret ve diğer haklarını kazanır.¹⁸⁸ Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararda psikoseksüel bozukluk (eşcinsellik) nedeniyle askerlikten muaf tutulması nedeniyle hakemlik görevi verilmeyen bir kişi hakkında ayrımcılık yasağının ve özel hayata saygı ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁸⁹

Ayrımcılık tazminatı talep edebilmek için mutlaka iş ilişkisinin sona ermesi gerekmez. İş ilişkisinin devamı süresince yapılan ayrımcılık halinde de ayrımcılık tazminatı talep etmek mümkündür. Ancak uygulamada işçinin işini kaybetme korkusuyla çalışırken ayrımcılık tazminatı talep etmediği, iş akdi sona erdiğinde diğer işçilik alacakları varsa onlarla birlikte ayrımcılık tazminatı talep ettiği görülmektedir.

¹⁸⁷ Baytekin, s. 63; Erkan, s. 42; Manav Özdemir, s. 164; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 35; Kılıçoğlu, s. 11; Taşkent/ Kurt, s. 40; Kaplan, s. 263; Yusuf/ Topkaya, s. 64; Karagöz, s. 68; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 258; Muzır, s. 102; Karabulut, s. 106; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 36; Özaçmak, s. 85;

¹⁸⁸ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 470; Süzek, s. 485; Manav Özdemir, s. 166; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 34; Yusuf/ Topkaya, s. 64; Yemişken, s. 142; Kökkılınç, s. 97; Süral, s. 285; Aksoy, s. 45; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 258; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 37; Özaçmak, s. 87;

¹⁸⁹ Y. 4. HD, E. 2020/3822, K. 2021/1035, T. 8.3.2021, Kazancı İBB, et: 14.06.2021.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmak suretiyle iş akdini haksız feshetmesi halinde işçi, iş güvencesine tâbi ise İşK md 18 kapsamında işe iade davası açma hakkına sahiptir. Feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde hükmedilecek olan işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının aynı anda talep edilemeyeceği, zira işverenin aynı davranışının birden fazla tazminat yaptırımına konu edilemeyeceği doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir.¹⁹⁰

Doktrindeki diğer baskın görüşe göre işe başlatmama tazminatı, işverenin mahkemenin verdiği işe iade kararına uymayan ve işçiyi işe başlatmayan işverenin ödemesi gereken bir tazminat, ayrımcılık tazminatı ise iş akdinin feshinde ayrımcılık yapmasının hukuki sonucudur.¹⁹¹ İşe başlatmama tazminatı işverenin yargı kararına rağmen işçiyi işe başlatmamasının yaptırımı, ayrımcılık tazminatı ise işverenin İşK md 5'te yer alan sebeplerle yaptığı ayrımcılığa uygulanan yaptırımdır. Dolayısı ile işveren işe iade kararı sonrası işçiyi işe başlatır ise işe başlatmama tazminatı ödemekten kurtulacaktır. Ancak ayrımcılık tazminatı ödemekten kurtulamaz. Ayrıca kanunda sendikal tazminat dışında ayrımcılık tazminatı ile birlikte istenemeyeceği düzenlenmiş olan başka hiç bir tazminat çeşidi bulunmamaktadır. Kanunda bu yönde açık bir hüküm bulunmadığı sürece işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceğini savunmak, işçi lehine yorum ilkesine aykırıdır. Tüm bu sebeplerle bu iki tazminatın hukuki sebepleri ve amaçları birbirinden farklı olup, kanaatimizce bu sebeple her iki tazminatı da ayrı ayrı talep edebilmek mümkün olmalıdır.

İş güvencesinden faydalanamayan işçiye ayrımcılık yapılarak iş akdinin feshedilmesi halinde ise kötü niyetli fesih söz konusu olur ve işçinin kötü niyet tazminatı isteme hakkı doğar. Doktrinde kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenip istenemeyeceği hususu da tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre ayrımcılık durumu kötü niyetin özel bir hali olduğundan kötü niyetin içinde kabul edilmeli ve bir davranışa karşılık birden fazla tazminat talep edilemeyeceğinden kötü niyet tazminatının yanı sıra ayrımcılık tazminatı talep

¹⁹⁰ Baytekin, s. 64; Yusuf/ Topkaya, s. 65; Deveci, s. 53. Karagöz, s. 71; Çolakoğlu, s. 92; ; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 267; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 37.

¹⁹¹ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 39; Baytekin, s. 64; Deveci, s. 53; Karagöz, s. 72; Şener, s. 180; Çolakoğlu, s. 92; ; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 269; Köseoğlu/ Kaya, s. 72; Oskay, s. 99; Karabulut, s. 107; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 37; Süzek, s. 491.

edilememelidir¹⁹² Bu görüşü kabul eden yazarlara göre bu iki tazminat açısından seçimlik hakkı bulunan ve iş güvencesi kapsamı dışında olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi üç yıldan daha az sürmüştü İşK. md. 5 yönünden talepte bulunması tazminat açısından daha lehine iken iş akdi üç yıldan uzun sürmüş olan işçinin İşK. md. 17 yönünden talepte bulunması daha lehinedir. Zira iş akdi üç yıldan daha uzun sürmüş olan işçinin bildirim süresi İşK md 17/2, (d) bendi uyarınca sekiz hafta olup, bu işçi 8 haftalık ücretini ihbar tazminatı olarak talep etmenin yanı sıra ayrıca $8 \times 3 = 24$ haftalık ücretini de kötü niyet tazminatı olarak talep edebilecektir.

Aksi görüşe göre ise bu tazminatların hukuki dayanakları farklı olduğundan her ikisini birlikte talep edebilmek mümkündür. Zira İşK. md 5'e düzenlenen ayrımcılık tazminatı, ayrımcılık yasağına aykırılığın yaptırımını iken İşK. md 17'de düzenlenen kötü niyet tazminatı kötü niyetle yapılan feshin yaptırımıdır. Dolayısıyla bu iki tazminatın koruyucu işlevi birbirinden farklıdır. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlara göre kötü niyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilemeyeceğini düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmadıkça iki tazminatının bir arada istenemeyeceğini kabul etmek, işçi lehine yorum ilkesiyle bağdaşmamaktadır.¹⁹³ Örneğin işveren, kendisi aleyhine tanıklık eden kadın işçiyi işten çıkarır da erkek işçiyi işten çıkarmaz ise veya iş güvencesine tâbi olmayan bir kadın işçi cinsel tacize uğramak suretiyle işten çıkarılmış işe işveren bu durumda hem ayrımcılık yasağını ihlal etmiş hem de kötü niyetli fesih yapmış olur. Çünkü işveren fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmamıştır. Bu durumda işten çıkarılan kadın işçilerin hem kötü niyet tazminatı hem ayrımcılık tazminatı talep etme hakkı doğar. Bu görüş işçi lehine yorum ilkesine de daha uygun düşmektedir.

Kanaatimizce de iş güvencesine tâbi olmayan bir işçinin ayrımcılığa maruz kalması halinde bu davranış, işveren bakımından hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira işveren, bu durumda işçinin sırf cinsiyeti nedeniyle onu mağdur etmek amacıyla hareket etmektedir. Bu nedenle bu davranışın kötü niyetin içinde kabul edilerek işçinin yalnızca kötü niyet tazminatı talep edebileceğini kabul etmek daha uygundur.

¹⁹² Doğan Yenisey, s. 81; Baytekin, s. 65; Taşkent/ Kurt, s. 40; Yusuf/ Topkaya, s. 65; Karagöz, s. 71; Şener, s. 178; Çolakoğlu, 90; Muzır, s. 81; Köseoğlu/ Kaya, s. 72; Özaçmak, s. 83.

¹⁹³ Manav Özdemir, s. 165; Doğan Yenisey, s. 79; Bakırcı, s. 273; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 38; Baytekin, s. 65; Deveci, s. 52; Karagöz, s. 71; Şener, s. 179; Çolakoğlu, s. 91; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 266; Köseoğlu/ Kaya, s. 72; Oskay, s. 102; Karabulut, s. 107; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 38; Özaçmak, s. 83; Süzek, s. 491.

Çünkü aynı davranışa birden fazla tazminat yaptırımı bağlanamaz. İş güvencesi kapsamında olan işçinin ise İşK md 5'e dayanarak ayrımcılık tazminatı mı yoksa İşK md 17 uyarınca işe başlatmama tazminatı mı isteyeceği hususunda seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu durumda hangi tazminat miktarı işçinin daha lehine olacaksa onu hesaplamak ve talep etmek daha uygun olacaktır.¹⁹⁴

Kanunda ayrımcılık tazminatının üst sınırının dört aylık ücret olarak belirlenmiş olması doktrinde eleştirilmekte¹⁹⁵ olup, kanunda bir üst sınır belirlenmesi kanaatimizce hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi açısından gerekli ve yerindedir. Kanunda dört aylık ücretin yanı sıra yoksun kalınan diğer hakların da talep edilebileceği de göz önüne alındığında dört aylık üst sınır işçinin tatmin edilmesi açısından yeterli ve uygundur. Dört aylık ücretin hesabında işçinin çıplak ücreti esas alınır. Prim, ikramiye ve diğer sosyal haklar bu dört aylık ücrete dahil değildir. Doktrinde dört aylık ücret tutarının nispi emredici nitelikte olup, sözleşme hükümleriyle işçi lehine olacak şekilde arttırılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Ayrımcılık tazminatı kanun tarafından maktu olarak belirlenmemiş olup, yalnızca üst sınır belirlenmiş olduğundan hâkim, tazminat tutarına her somut olayda ayrımcılığın ağırlığı, işçinin kıdemi, işyerindeki pozisyonu ve unvanı vb. durumlara göre hakkaniyete uygun şekilde karar vermelidir.

Ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi, daha evvel TBK md 146 uyarınca genel zamanaşımı olan on yıl olarak kabul edilmekte iken 25.10.2017'de yürürlüğe giren İş Mahkemeleri Kanununun 15. maddesi ile 4857 sayılı İşK' ya eklenen ek md 3-c bendi uyarınca kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatının zamanaşımı süresi 5 yıl olarak kabul edilmiştir.¹⁹⁷

Ayrımcılık işe alma ve işten çıkarma konusunda yetkilendirilmiş işveren vekili tarafından yapıldığı takdirde de işçiye karşı bu zarardan doğrudan işveren sorumlu

¹⁹⁴ Kaplan, s. 263; Şener, s. 177; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 25.

¹⁹⁵ Baytekin, s. 66; Manav Özdemir, s. 164; Bakırcı, s. 267; Arslan Ertürk, s. 355.

¹⁹⁶ Özaçmak, s. 84; Yemişken, s. 143; Karabulut, s. 107; Oskay, s. 97; Muzır, s. 106; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 38; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 263.

¹⁹⁷ Baytekin, s. 66; Bilgili, s. 46; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 471; Süzek, 486; Manav Özdemir, s. 163-164; Bacak/ Yiğit, s. 24; Doğan Yenisey, s. 77; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 36; Kılıçoğlu, s. 11; Taşkent/ Kurt, s. 38; Kaplan, s. 262; Deveci, s. 48; Karagöz, s. 69; Çolakoğlu, s. 88; Yemişken, s. 142; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 12; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 262; Muzır, s. 105; Oskay, s. 39; Karabulut, s. 107; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 38; Özaçmak, s. 84.

olacaktır. Çünkü kanunda ayrımcılık yapılmasını engelleme yükümlülüğü hukuki bir sorumluluk olarak işveren üzerine yüklenmiştir.¹⁹⁸

Yargıtay, son yıllarda verdiği kararlarda ayrımcılık tazminatı ile ilgili olarak İşK. md. 5 hükmünün dar yorumlanması gerektiği ve işçinin ayrımcılık tazminatı hak edebilmesi için işverence yapılmış olan farklı muamelenin dil, din, ırk, siyasi düşünce gibi sebeplerden kaynaklandığının işçi tarafından ispat edilmesi gerektiği, bu ispat sağlanmadığı takdirde işçinin ayrımcılık tazminatına hak kazanamayacağı yönünde kararlar vermiştir.¹⁹⁹ İşverenin genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması halinde yoksun kaldığı diğer hakları talep etmesi mümkündür, ancak ayrımcılık tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Örneğin işçinin iş akdinin hamileliği dolayısıyla haksız şekilde feshedildiğini iddia ettiği bir davada Yargıtay, feshin performans düşüklüğü sebebiyle gerçekleştiği, işverenin elinde bu yönde belgeler bulunduğu ve asıl fesih sebebinin hamilelik olduğunun işçi tarafından ispat edilemediği gerekçesiyle işçinin ayrımcılık tazminatı talebini reddetmiştir.²⁰⁰ Aynı şekilde Yargıtay'a göre her ne kadar iş sözleşmesinin belirli-belirsiz olması veya kısmi süreli-tam süreli olması gibi sebeplerle işçiler arasında farklı işlem yapılamayacağı da İşK md 5'te belirtilmekte ise de bu yasaklar ayırım yasakları arasında yer almadığından iş sözleşmesinin türü nedeniyle ayrımcılık yapılması halinde de işçi, yoksun kaldığı ücret, prim, ikramiye gibi diğer haklarını talep etme hakkına sahip olsa bile ayrımcılık tazminatı talep edemez.²⁰¹ İşe alımda yapılan

¹⁹⁸ Bacak/ Yiğit, s. 25.

¹⁹⁹ Özaçmak, s. 86; Y. 9. HD, E: 2018/7135, K: 2021/920 T: 14.01.2021 “...ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Davacı işçi bu madde kapsamında değerlendirilebilecek bir sebebe dayalı olarak kendisine ayrımcılık yapıldığını yöntemince ve yeterli delillerle ispatlayamamıştır. Dolayısıyla, salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca; İş Kanunu'nda öngörülen tazminata karar verilmesi kanuna açık aykırılık hali oluşturduğundan temyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.” Kaynak: Legalbank İBB, et: 21.05.2021.

²⁰⁰ Y. 22. HD. E. 2018/7697, K. 2018/17200, T. 5.7.2018, Kazancı İBB, et: 03.11.2021; Manav Özdemir, s. 166;

²⁰¹ Y. 9. HD, E. 2020/9093, K. 2021/6337, T. 17.3.2021 “Taraflar arasında ayrımcılık tazminatı uyumsuzluk konusudur. Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinden hareketle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde işverenin eşit davranma ve ayırım yapmama borcu yer almıştır. Eşit davranma ilkesi olarak da adlandırılan bu yükümlülükte işveren, işyerinde çalışan işçilere eşit işlem yapmak zorundadır. Anılan maddeye göre işveren iş akdinin kurulması, ücret ve çalışma koşullarında, sözleşmenin sona ermesinde farklı işlem yapamaz. Aynı durumdaki işçilere objektif ve farklı davranmayı haklı kılacak nedenler bulunmadıkça eşit davranılması zorunludur. Kısaca aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratılmamalıdır. İşçilerin kişisel niteliklerinden bağımsız olarak önceden belirlenmiş bir esasa göre ücret ödemesi yapılıyor ise, bu göreve atanan

ayrımcılığı kapsamına almayan bu madde hükmünün Yargıtay tarafından bu şekilde dar yorumlanması ve ispat yükünün işçiye bırakılması, kanaatimizce işçinin bu yönde bir hak talep etmesini daha da zorlaştırarak ayrımcılık tazminatı yaptırımını daha da etkisiz hale getirmiştir. AYM, bizim görüşümüze paralel olarak güncel bir kararında işverenin, işçilerin çocuklarının bakımı için kreş imkânı sağlaması halinde bu imkânı aynı şartlarda bulunan tüm işçilerine eşit şekilde sağlaması gerektiğine, aksi halde kreş imkânından faydalandırmadığı işçisine ayrımcılık tazminatı ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Bu karara göre işveren, haklı ve makul bir gerekçesi olmadığı sürece tüm işçilerine kreş imkânı tanımadığı sürece ayrımcılık yasağını

işçilere önceden belirlenen esasa göre öngörülen ücretin ödenmesi gerekir. Aynı nitelikteki işçilerden bir kısmını koruyucu hükümler dışında tutmak hem Anayasa'nın eşitlik ilkesine hem de 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesindeki temel kurala uygun düşmez. (Dairemizin 11.09.1967 gün ve 8479-7519 Sayılı ilamı). Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder. Eşitlik ilkesi aynı durumda olan işçiler yönünden geçerlidir. Başka bir anlatımla işverenin, farklı konumda olan işçiler bakımından eşit davranma yükümü yerine, yönetim hakkı kapsamında farklı davranma serbestisinden söz edilir. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işveren ile arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir. Eşitlik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının belirlenmesinde bu yönde bir iddiayı ileri süren işçi ile aynı işverene bağlı olarak, aynı ya da benzer işte, aynı ya da benzer verim ile çalışan, eğitim dereceleri aynı ya da benzer olan, kıdemleri eşit olan, kısacası objektif ve sübjektif nitelikleri itibarıyla karşılaştırılabilir iki veya daha fazla işçi bulunmalıdır. Eşitlik ilkesini düzenleyen 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. Dairemiz kararlarında “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğün bulunmadığı vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/ 27310 E, 2008/ 22095 K.). İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/ 32939 K.). İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli- kısmi süreli işçi ile belirli süreli- belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir. Somut uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesince eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle tazminat koşullarının oluştuğu kabul edilerek talebin kabulüne karar verilmiş, Bölge Adliye Mahkemesince de eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. Yukarıda zikredilen 4857 Sayılı Kanun'un 5. Maddesiyle Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce vb.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Somut olayda farklı davranmanın dil, ırk, cinsiyet, siyasal ırk, cinsiyet vb. sebeplere dayalı olduğu iddia ve ispat olunmadığından şartları bulunmayan ayrımcılık tazminatını reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Kaynak: Kazancı İBB, et: 11.06.2021; Süzek, s. 485; Muzır, s. 108; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 470.

ihlâl etmiş olacaktır. Kreş imkânının bazı işçilere sağlanmamasının Anayasa’da sayılmış olan ayrımcılık temellerine dayanmış olması da gerekmemektedir. Söz konusu ayrımcılığın temeli her ne olursa olsun haklı ve makul bir sebep değilse ayrımcılığın varlığından söz edilir. Zira Anayasada sayılı ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda sayılmamıştır. Kanaatimizce AYM’nin bu kararı son derece yerindedir. Zira Anayasa md 10’un varlık sebebi ayrımcılığı ortadan kaldırmak olup, ayrımcılığın temelinin 10. maddede sayılı sebeplerden biri olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan sebebi her ne olursa olsun ayrımcılığın tamamen ortadan kaldırılmasıdır.²⁰²

9.2. Sendikal Tazminat

İş hayatında işçiler, yalnızca dil, din, ırk, siyasi düşünce, cinsiyet gibi biyolojik ve sosyal sebeplerle değil, sendika üyeliği veya sendikacılık faaliyetleri nedeniyle de ayrımcılığa maruz kalabilmektedir. Sendika özgürlüğü anayasal bir hak olup; kanun, idari işlem, iş sözleşmesi veya başka hiçbir işlemle sınırlandırılması mümkün değildir. Sendika özgürlüğü Anayasamızın 51. maddesinde “*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*” hükmüyle yer almaktadır.

Ayrımcılık tazminatını düzenleyen İşK. md. 5/6’nın 2. cümlesi “ *2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.*” şeklinde olup, burada yer alan 2821 sayılı kanun 07.10.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yerine 6356 sayılı STİSK yürürlüğe girmiştir. İşK’daki bu atıf ile de artık 6356 sayılı STİSK’in 25. maddesi kast edilmektedir. Bu hüküm uyarınca sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminatına aynı anda hükmedilemeyeceği doktrinde savunulmakta olup, Yargıtay 9. Hukuk dairesi 2005 tarihli bir kararında sendikal tazminat talebinin kabulüne karar verirken ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar vermiştir.

²⁰² AYM’nin 2016/5824 nolu ve 28/12/2021 tarihli bireysel başvuru kararı; Süzek, s. 890.

İşçinin maruz kaldığı ayrımcılığın sendikal sebeple gerçekleşmesi halinde ayrımcılık tazminatı değil, sendikal tazminat söz konusu olur.²⁰³

STİSK md 25'te sendika özgürlüğünün güvencesi yer almakta olup, söz konusu hüküm şu şekildedir: *“İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz. İşverenin (...) ⁽¹⁾ yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir...”*. Bu hüküm ile işverenin, sendikal faaliyetleri dolayısıyla işçisine diğer işçilerinden farklı bir muamelede bulunamayacağı öngörülmekte ve sendikal sebeplerle ayrımcılık yapılması yasaklanmaktadır.

Maddenin ilk cümlesinden de anlaşılacağı üzere sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatından farklı olarak yalnızca iş ilişkisinin devamı veya feshi anını değil, işe alınma sürecini de kapsamaktadır. Emredici nitelikteki bu hükmün aksine düzenlenmiş olan iş sözleşmesi hükümleri geçersiz olacak ve bu durumda işveren, eşit davranma borcuna aykırı davranmış olacaktır. Bu hüküm uyarınca örneğin işveren, işe başvuru yapan adaylardan yalnızca sendika üyesi olmayanları veya belli bir sendikaya üye olan işçileri işe alır ise sendikal sebeplerle ayrımcılık yapmış olacaktır.

İşçi sendikal tazminat talep edebilmesi için mutlaka sendika üyesi olmak zorunda değildir. Sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle iş akdi feshedilen işçinin de sendikal tazminat talep etme hakkı

²⁰³ Süzek, s. 487; Y. 9. HD. 11.01.2005 T. 12988/477; Kandemir, s. 200; Bacak/ Yiğit, s. 24; Doğan Yenisey, s. 79; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 37; Kılıçoğlu, s. 11; Kaplan, s. 263; Deveci, s. 49; Karagöz, s. 72; Şener, s. 182; Çolakoğlu, s. 97; Yemişken, s. 95; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 272; Muzır, s. 108; Karabulut, s. 108; Özaçmak, s. 88.

bulunmaktadır. Bunun için işçinin ayrıca zarara uğradığını ispat etme zorunluluğu da yoktur. Çünkü tazminatın amacı işçinin uğradığı zararı tazmin etmek değil, işverenin fesih hakkının kötüye kullanmasını engellemektir. Sendikal sebeple yapılan ayrımcılık nedeniyle işçinin işe alınmaması halinde belirlenecek olan tazminat tutarının işe alım halinde işçiye ödenecek emsal ücret üzerinden belirleneceği doktrinde kabul edilmektedir.²⁰⁴

STİSK md 25/5 hükmü “*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...) ⁽²⁾, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.*” şeklindedir. Bu madde uyarınca iş akdinin sendikal sebeplerle ayrımcılık yapılmak suretiyle feshi halinde işçi, işe iade davası açmasa veya işe iade davası açıp, bu davayı kazanıp da işverene işe iade başvurusunda bulunmasa dahi sendikal tazminata hak kazanabilecektir. İşe iadesine karar verilen işçinin başvurusuna rağmen işveren tarafından işe tekrar başlatılmaması halinde ise işçi, yalnızca sendikal tazminata hak kazanacak olup, bu durumda işe başlatmama tazminatına hak kazanamayacağı madde hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Son cümlede ise işçinin işe iade davası açmamış olmasının sendikal tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin amacı sendikal tazminatı şarta bağlı olmayan bir yaptırım haline getirmek ve işçinin bir aylık hak düşürücü sürede işe iade davası açmamış olsa dahi sendikal tazminat hakkını elinde tutabilmektir. Zira iş güvencesine dayalı olarak açılan işe iade davalarında yargılamanın uzun sürmesi, işçinin işe başlayabilmek için işverene başvuru yapma zorunluluğunun olması, işverenin işçiye işe başlatmak ya da tazminat ödemek şeklinde seçimlik haklarının olması gibi prosedürler mevcut olup, bizce de yerinde olacak şekilde kanun koyucu sendikal tazminatı bu prosedürlerden ayrı tutmayı istemiştir.

²⁰⁴ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 32; Gökçeoğlu Balcı, s. 1276; Kaplan, s. 237; Devenci, s. 20; Şener, s. 58; Yemişken, s. 97; Kılıç, s. 228; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 64; Muzır, s. 48; Özaçmak, s. 90; Bozkurt, s. 12.

Doktrinde iş güvencesine tâbi olmayan yani işe iade davası açma hakkı bulunmayan işçilerin de sendikal tazminat talep etme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir.²⁰⁵ Zira mevzuatımızda iş güvencesine tâbi olmayan işçilerin sendikal tazminat talep edemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında iş güvencesine tâbi olmayan işçinin iş akdinin işverence kötü niyetli olarak ve sendikal sebeplerle feshedilmesi halinde işçinin kötü niyet tazminatı ile birlikte sendikal tazminat talep edebileceğine, iş güvencesine tâbi işçinin ise işe iade davası açma ve sendikal tazminat talep etme hakkı olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁶

Kanunda sendikal tazminatın alt sınırı belirlenmiş olup, iş sözleşmesiyle bu miktarın arttırılması mümkündür. Tazminat miktarı belirlenirken işçinin kıdemi, sendikal ayrımcılık teşkil eden davranışın ölçüsü ve iş sözleşmesini sona erdiren diğer nedenler dikkate alınacaktır. Ancak belirlenecek olan bu tazminat miktarı işçinin bir yıllık ücretinin toplamından daha az olamayacaktır. Sendikal tazminat için kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle TBK md 146’da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı sendikal tazminat için de geçerli olacaktır.²⁰⁷

9.3. Cezai Yaptırım

Cinsiyet ayrımı, Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) bir suç olarak düzenlenmiş olup, kanunun 122. maddesinde “ *Kişiler arasında dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle ... bir kişinin işe alınmasını engelleyen kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*” ifadeleri yer almaktadır. Bu madde ile ayrımcılık hukukumuzda ilk kez suç olarak kabul edilmiştir. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere hukukumuzda işe alımda cinsiyet ayrımı yapılması kesin bir şekilde yasaklanmış olup hapis cezası gerektiren bir suç türüdür. Bu suçun oluşabilmesi için failde aynı zamanda ayrımcılık yapma kastının varlığı da aranmaktadır. Bu nedenle işveren veya işveren vekili tarafından yapılan dolaylı ayrımcılık halinde TCK md 122 kapsamında failin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Söz konusu cezai

²⁰⁵ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 33; Taşkent/ Kurt, s. 38; Muzır, s. 48; Özçmak, s. 90.

²⁰⁶ YHGK E. 2015/22-2548, K. 2019/92, T. 7.2.2019, Kazancı İBB, et: 03.11.21.

²⁰⁷ Baytekin, s. 67-70.

yaptırım, yalnızca işe alım sürecinde yaşanan cinsiyet ayrımcılığını düzenlemesi ve dolaylı ayrımcılığa karşı etkisiz olması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir.²⁰⁸

TCK md 122 ile düzenlenen ayrımcılık suçunun failleri sadece gerçek kişiler olup, tüzel kişilerin bu hüküm sebebiyle cezalandırılması mümkün değildir. Bu sebeple örneğin bir şirketin ayrımcılık içeren düzenlemeleri çalışma prensibi olarak kabul etmesi halinde bu şirketin ancak kanuni temsilcileri TCK md 122’de düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçundan ötürü cezalandırılabilir.

Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak tanımlanmış olan işe alımda ayrımcılık yapılması, İşK. açısından yaptırıma tâbi tutulmamıştır. Zira İşK. md. 5/6’da öngörülen tazminat, işe alım sürecini kapsamamakta olup, işe alındıktan sonraki ve iş ilişkisinin feshi dönemini kapsamaktadır.²⁰⁹

TCK’da işçinin sendikal faaliyetleri md 118 ile koruma altına almış olup bu hüküm uyarınca “*Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” Dolayısıyla işçilerin sendikal faaliyetleri nedeniyle iş akitlerinin feshi durumunda işveren bu madde kapsamında tehdit suçu işlemiş kabul edilebilecektir.

İş hukukunda ayrımcılık olarak kabul edilen cinsel taciz de TCK md 105’te suç olarak düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca iş yerinde cinsel tacize uğrayan işçi TCK md 105 kapsamında şikâyetle de bulunabilir.²¹⁰

²⁰⁸ Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 18; Kılıçoğlu, s. 12; Yuvalı, s. 97; Baytekin, s. 25; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 473; Manav Özdemir, s. 169; Bakırcı, s. 266; Zeytinoğlu, s. 33; Taşkent/ Kurt, s. 39; Kaplan, s. 265; Deveci, s. 55; Şener, s. 61; Çolakoğlu, s. 100; Yemişken, s. 133; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 11; Kılıç, s. 223; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 202; Muzır, s. 114; Köseoğlu/ Kaya, s. 64; Şahin Emir, s. 34; Oskay, s. 40; Karabulut, s. 79; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 28; Özçmak, s. 30; Süral, s. 285; Bozkurt, s. 15.

²⁰⁹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 473; Şener, s. 62; Çolakoğlu, s. 100; Yemişken, s. 133; Kılıç, s. 223; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 202; Muzır, s. 114.

²¹⁰ Baytekin, s. 71; Yemişken, s. 98; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 39; Ünsal, s. 331.

9.4. İdari Yaptırım

İşK md 99'da İşK md 5'e aykırı davranan işveren aleyhine, bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.²¹¹ Bu hüküm uyarınca işçi, ayrımcılığa maruz kalması halinde işverene idari para cezası uygulanması için de ayrıca şikâyetle bulunabilir. Kanunda "işçi" ifadesi kullanıldığından idari yaptırım için başvuru hakkı yalnızca iş sözleşmesi kurulmuş olan kişilere aittir.

Kanunda öngörülen para cezası miktarı son derece düşük olduğundan bu hükmün caydırıcı olamayacağı ortadadır.²¹² Bu nedenle doktrinde yer alan bir görüşe göre idari yaptırımın caydırıcı olabilmesi için ayrımcılık yapan işverenin işyerinin kapatılması cezası da uygulanabilir.²¹³ Ancak kanaatimizce ayrımcılığı önlemek amacıyla getirilecek işyeri kapatma cezası o işyerinden para kazanan ve ailesinin geçimi için orada çalışmaya mecbur olan diğer işçiler bakımından ağır ekonomik sonuçlar doğuracağı gibi o işyerinde üretilen gelire ihtiyacı olan ülke ekonomisi için de ağır sonuçları olacaktır. Bu nedenle ayrımcılıkla mücadele için işyeri kapatma cezası yerine daha yüksek meblağlı bir idari para cezası uygulanması daha makuldür.²¹⁴

İşyerinde işçiye psikolojik taciz biçiminde bir ayrımcılık uygulanması halinde işçi, Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumuna başvurma hakkına sahiptir. İşçinin başvurusunda ayrımcılık teşkil ettiği iddia edilen fiillerin 6701 sayılı TİHEKK kapsamına girdiği tespit edilmesi halinde kurum, re 'sen yapacağı inceleme sonucunda ayrımcılık yapıldığı kanaatine varırsa ihlalden sorumlu olan kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında 1000 ile 15000 TL arasında değişen idari para cezası

²¹¹ İş Kanunundaki idari para cezaları miktarları her yıl yeniden değerlendirilme oranında artırılmaktadır. 2022 yılı için yeniden değerlendirme oranı %36,2 olarak belirlenmiştir. Bu idari para cezaları Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğünce uygulanır. Eşit davranma ilkesine aykırı davranan işverene verilecek olan idari para cezası 2022 yılında her işçi başına 398 Türk Lirasıdır.

²¹² Baytekin, s. 72; Erkan, s. 42; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 472; Bakırcı, s. 267; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 35; Hüseyinli/ Yiğit, s. 298; Kaplan, s. 264; Yusuf/ Topkaya, s. 63; Deveci, s. 55; Şener, s. 183; Çolakoğlu, s. 99; Yemişken, s. 133; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 277; Muzır, s. 116; Köseoğlu/ Kaya, s. 64; Şahin Emir, s. 35; Oskay, s. 39; Karabulut, s. 109; Özaçmak, s. 99; Süzek, s. 492.

²¹³ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 11.

²¹⁴ Manav Özdemir, s. 167; Bakırcı, s. 266; Doğan Yenisey, s. 81;; Oskay, s. 39.

uygulayacaktır (md. 25/1). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu bir yargı organı olmadığından vereceği kararlar yargı kararı niteliğinde değildir ve tarafları bağlayıcılığı yoktur. Kurumun vereceği cezalar idari para cezası niteliğindedir.²¹⁵

Kanunun 17/5. maddesinde 4857 sayılı Kanunun 5 inci maddesi kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin başvuruların, 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatında belirlenen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı hâllerde yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ayrımcılığa karşı 6701 sayılı kanuna göre Türkiye İnsan Hakları Kurumu'na başvurmak isteyen bir işçinin öncelikle İş Kanunu'na göre başvuru yaparak bu başvurudan olumsuz sonuç alması gerekmektedir. Ancak İşK md 99'da idari başvurunun nereye ve nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmediği gibi 6701 sayılı TİHEKK'de düzenlenen idari yaptırımın da İş Kanunu'na tâbi işçiler için uygulanıp uygulanmayacağı hususu ve bu başvuru hakkının İşK'daki ayrımcılık yasağı ile ilişkisi açık şekilde düzenlenmemiştir. Bu bakımdan kanaatimizce ayrımcılığa karşı idari yaptırım açısından öncelikle İşK md 99 yeniden düzenlenerek madde metninde yer alan şikâyeteye ilişkin başvuru şekli, başvurulacak yer, başvurunun ne şekilde incelenip karara bağlanacağına dair belirsizlikler ortadan kaldırılmalıdır. Böylece işçinin ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasını Türkiye İnsan Hakları Kurumuna taşımadan önce izlemek zorunda bırakılacağı ayrı bir prosedür varsa bu prosedür İşK'da açıkça düzenlenmelidir.

Ayrıca kanaatimizce Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun idari para cezası uygulama yetkisinin İş Kanunu uyarınca iş müfettişleri tarafından da uygulanması gerektiğini ve İşK' ya tâbi işçileri de kapsadığını kabul etmek, zayıf konumdaki işçiyi koruma ilkesiyle daha çok bağdaşmaktadır. Ancak her iki idari yaptırımın bir arada uygulanarak mükerrer cezalandırmanın önüne geçilmelidir. TİHEKK md 17/5'in getirilme amacının da mükerrer cezalandırmayı engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Ancak İşK md 99'daki hüküm, başvuru usulünün açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle işçinin ayrımcılığa karşı korunmasında yetersiz kaldığından TİHEKK md 17/5 hükmü işçiyi idari açıdan ayrımcılığa karşı daha da savunmasız bırakmaktadır.²¹⁶

²¹⁵ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 473; Manav Özdemir, s. 168; Arslan Ertürk, s. 356; Kaplan, s. 265; Deveci, s. 23; Yemişken, s. 45; Muzır, s. 119; Şahin Emir, s. 35; Özaçmak, s. 100; Süzek, s. 498.

²¹⁶ Manav Özdemir, s. 168; Deveci, s. 24; Yemişken, s. 91; Muzır, s. 117; Karabulut, s. 104.

10. AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİNİ İSPAT YÜKÜ

İşK. md. 5/7 “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.” hükmünü haiz olup, bu hüküm uyarınca ayrımcılık yapıldığını ispat etmekle mükellef olan kişi işçidir. Örneğin işyerinde ücretlere zam yapılması halinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını ve kendisine zam yapılmadığını iddia eden kadın işçi, kendisine sırf cinsiyetinden dolayı zam uygulanmadığını yani cinsiyeti dışında erkek işçilerle tamamen aynı vasıfları taşıdığını ispat etmek zorundadır. Ancak işçi, eşit davranma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ispat edemese bile bu durumun varlığını güçlü emarelerle ortaya koyduğunda ispat yükü yer değiştirecek ve eşit davranma yükümlülüğünü ihlal etmediğini işveren ispatlamak zorunda kalacaktır. Hâkimde kanaat oluşabilmesi için işçinin iddiasının varlığını ortaya koyan somut ve objektif vakıaları ortaya koyması yeterlidir.²¹⁷

Hukuk yargılamalarında iddia edenin iddiasını ispatla mükellef olmasına rağmen ayrımcılık yasağının varlığının ispat yükünün yer değiştirmesi, işçinin ayrımcılık iddiasını ispat ederken karşılaştığı zorlukları hafifletmek ve zayıf konumdaki işçiyi koruma düşüncesiyle getirilmiştir. Dolayısıyla kanun her ne kadar ispat yükünü işçi üzerinde bıraksa da ancak işçi tarafından güçlü emareler mahkemeye sunulduğu takdirde ispat yükü işverene geçecek ve işveren bu durumda ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispat edecektir. Dolayısıyla ayrımcılığın ispatı konusunda işçinin hafifletilmiş bir ispat yükü bulunmaktadır.²¹⁸

İş güvencesine tâbi işçilerin iş akdinin feshi halinde işçi, işverenin iş sözleşmesini feshetmek için geçerli bir nedeninin bulunmadığı ve ayrımcılık

²¹⁷ Bolcan, s. 128; Bilgili, s. 46; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 467; Süzek, s. 494; Manav Özdemir, s. 169; Arslan Ertürk, s. 355; Bacak/ Yiğit, s. 25; Doğan Yenisey, s. 75; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 33; Kılıçoğlu, s. 12; Taşkent/ Kurt, s. 39; Kaplan, s. 265; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Deveci, s. 55; Karagöz, s. 70; Şener, s. 161; Çolakoğlu, s. 80; Yemişken, s. 144; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 28; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 244; Muzır, s. 86; Bilgin, s. 313; Karabulut, s. 108; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 33; Özaçmak, s. 75; Süral, s. 285; Aksoy, s. 46; Y. 9. HD. 2016/1423 E. 2019/11167 K. 15.05.2019 T.

²¹⁸ Manav Özdemir, s. 170; Bacak/ Yiğit, s. 25; Deveci, s. 56; Karagöz, s. 70; Şener, s. 161; Çolakoğlu, s. 81; Yemişken, s. 145; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 28; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 245; Karabulut, s. 109; Özaçmak, s. 76.

yasaklarına aykırı davrandığı iddiasında ise işveren, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatlamak zorundadır. İşveren geçerli bir sebep ileri sürer ve bu sebebin varlığını ispatlar, işçi ise asıl fesih sebebinin bu olmadığını iddia eder ise asıl fesih sebebi olduğunu iddia ettiği vakıayı ispatlamak zorundadır. Örneğin işyerinde iş güvencesine tâbi bazı işçilerin iş sözleşmesi feshedilmiş ve işçiler işe iade davası açmış ise işveren, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispatlamak zorundadır. İşverenin feshin işletme gereklerinden kaynaklandığını ispat etmesi ancak iş akdi feshedilen işçilerin tamamının veya büyük kısmının kadınlar olması halinde işçilerin bu durumu genel hatlarıyla ortaya koyması feshin geçersizliğini ispat yükünün sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Bu durumda ispat yükü tekrar işverene geçecek, işverenin iş akdi feshedilen işçilerin kadın olmaları nedeniyle değil, objektif kriterlere göre işten çıkarıldıklarını ve feshin son çare olması ilkesine uygun davranıldığını ispatlaması gerekecek, aksi halde fesih geçersiz sayılacaktır.²¹⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yakın zamanda verdiği bir kararda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespit edilmesi halinde bu durumun aynı vakıalara dayanılarak talep edilen işçilik alacakları ve ayrımcılık tazminatı talebinde unsur etkisi nedeniyle kuvvetli delil teşkil edeceğine karar vermiştir.²²⁰ Yüksek mahkeme bir başka kararında işletme gerekleri sebebiyle iş akdinin feshi halinde işten çıkarılacak olan işçi seçilirken işyerinde aynı işi üstlenen işçiler arasında karşılaştırma yapılması, iş görme borcunu yerine getirmede özen, kıdem ve emekliliğe hak kazanma, evli, çocuklu veya genç olma gibi kriterler oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir.²²¹

²¹⁹ Doğan Yenisey, s. 75; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 33;

²²⁰ YHGK E. 2016/7-1247, K. 2021/54, T. 9.2.2021 “Dava; eksik ödenen işçilik alacakları ile ayrımcılık tazminatı istemine ilişkindir. Davacı işçinin davalı şirketler aleyhine asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayalı olduğu ve iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedildiği iddiası ile açtığı feshin geçersizliğinin tespiti davası sonucunda Yargıtay kararı ile davalılar arasındaki alt işverenlik ilişkisinin yasal unsurlarını taşınamaması nedeniyle muvazaalı olduğu gerekçesiyle davacının davalı şirketteki işe iadesine karar verilmiştir. Bu durumda feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yasal unsurlarını taşınamaması nedeniyle muvazaaya dayandığına ilişkin tespitin, aynı vakalara dayanılarak işçilik alacaklarının talep edildiği eldeki alacak davasında, unsur etkisi nedeni ile kuvvetli delil teşkil ettiği, bu nedenle eldeki davada bağlayıcı niteliği bulunduğu da kabul edilmelidir. O hâlde, davalı işveren ile dava dışı şirketler arasında 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 2. Maddesine göre geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmayıp asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yasal unsurlarını taşımadığından ve davacı başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılacağından işyerinde davacı ile aynı işi yapan ve aynı vasıftaki emsal işçilere ödenen ücretlerin tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekmektedir.” Kazancı İBB, et: 18.06.2021.

²²¹ Çolakoğlu, s. 80-81; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 227; Muzır, s. 76;

İşveren, işçilere farklı muameleler uygulamasının objektif ve haklı nedenleri olduğunu ve ayrımcılık yasağını ihlal etmediğini ispatlamak zorundadır. Zira eşit davranma yükümlülüğü kural, farklı muamele istisnai olandır. Bu sebeple işçiler arasında farklılık yapma hakkı olduğunu iddia eden taraf bu hakkını ispat etmek zorundadır. Bu durum TMK md 6'da yer alan *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* kuralına da uygundur. Bu hususta eşit davranma yükümlülüğünün hizmet akdinden doğan bir borç olduğu düşüncesiyle ispat yükünün yer değiştireceğini düşünmek doğru olmaz. Zira eşit davranma ilkesinin ihlalinde kusur aranmamaktadır. İşveren, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmakta kusursuz olsa dahi yine de sorumludur. Kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz.²²²

Feshin işveren tarafından hiçbir sebep gösterilmeden yapılması veya işçi tarafından eşit davranma ilkesinin ihlalinin iş sözleşmesinin feshinde meydana geldiği iddia edildiğinde İşK. md. 20 uyarınca iş sözleşmesinin hukuken geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işveren üzerinde olacaktır. İşveren, feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat ederse bu durumda işçi, iş sözleşmesinin ayrımcılık yapılarak feshedildiğini ispat etmekle yükümlü olur.²²³

Doğrudan ayrımcılık olduğu iddiası var ise işveren, ayrımcılık yapmadığını, ayrımcılığa maruz kaldığını iddia eden işçilerle diğer işçilerin niteliklerinin aynı olmadığını, aralarında farklılık olduğunu ispat etmek zorundadır. Dolaylı ayrımcılık iddiasında ise işverenin, yaptığı farklı muamelenin objektif ve haklı sebepleri olduğunu, farklı uygulanan işlemin meşru bir nedene dayandığını ispat etmesi gerekir.²²⁴

STİSK md 25/6 uyarınca *“İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.”* Bu hükme göre iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçinin açtığı davada fesih sebebini ispat yükümlülüğü işçidedir. Ancak işçi, iş akdinin sendikal ayrımcılık yapılarak feshedildiğini gösteren

²²² Baytekin, s. 73; Manav Özdemir, s. 170; Bakırcı, s. 275;

²²³ Bacak/ Yiğit, s. 25; Deveci, s. 56; Karagöz, s. 70; Özçmak, s. 76

²²⁴ Baytekin, s. 73.

ciddi emareler ortaya koyduğunda bunun aksini işveren ispat etmek zorundadır. Yargıtay, sendikal tazminat talep edilen davalarda ispat yükünün işçi üzerinde olması halinde işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlemiştir.²²⁵

6701 sayılı TİHEKK'in "ispat yükü" başlıklı 21. maddesi "*Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.*" hükmünü içermekte olup, bu madde ile kuruma yapılacak olan eşitlik ihlalleri iddialarının başvuru açısından ispat edilmesi kolaylaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak olumlu sonuç alabilmek için başvuru tek başına yeterli olmayıp, başvurunun ayrımcılık yapıldığına dair ayrıca kuvvetli emareler de ortaya koyması gerekir. Yoksa her başvuru işveren aleyhine sonuçlanacak olup, bu durum da hakkaniyetle bağdaşmaz. Başvurucunun ayrımcılık yapıldığına dair kuvvetli emareler ortaya koyması halinde ise işveren, bu emarelerin gerçek olmadığını ispatlayamazsa başvuru aleyhine sonuçlanacaktır. Kanunun gerekçesinde bu hüküm ile "ispat yükünün paylaştırılması ilkesinin" benimsendiği ifade edilmiş olup, söz konusu hüküm İŞK md 5/7 ile de uyumludur.

Ayrımcılık yasağının ihlalinin ispatı bakımından 6701 sayılı TİHEKK md 21 ile 4857 sayılı İŞK md 5 arasındaki ilişkiye değinmek gerekirse; 6701 sayılı TİHEKK md 21'de yer alan ispat yükü ve ispat yükünün paylaştırılması için gerekli sıralama yalnızca kuruma yapılan başvurular açısından geçerlidir. Bu nedenle bu hükmü özel hukuk uyuşmazlıklarında ve özellikle İŞK md 5'te düzenlenen "ayrımcılık tazminatına" ilişkin uyuşmazlıklarda uygulamak mümkün değildir. Zira TİHEKK md

²²⁵ Baytekin, s. 74; Bacak/ Yiğit, s. 25; Doğan Yenisey, s. 75; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 34; Deveci, s. 56; Şener, s. 163; Muzır, s. 98; Y. 9. HD. E. 2020/9027, K. 2021/1327, T. 18.1.2021, Kazancı İBB, et: 18.06.2021; Özaçmak, s. 79.

21'in “kuruma yapılacak başvurularda” uygulanacağı madde hükmünde açıkça düzenlenmiştir.²²⁶

İKİNCİ BÖLÜM

POZİTİF AYRIMCILIK VE İŞ KANUNU'NDA KADIN İŞÇİLERE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

1. POZİTİF AYRIMCILIK KAVRAMI

Anayasanın 50. maddesi ile kadınların çalışma özgürlüğü sınırlandırılmış gibi görünse de bu hüküm kadınların yararı için düzenlenmiş olup, kadınları gerekli hallerde kendilerine karşı dahi korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kadınların fiziksel ve biyolojik nitelikleri itibarıyla bazı işlerde çalışmalarının yasaklanması veya çalışma özgürlüklerinin sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemeyiz. Bu yasaklar kadınların fiziksel sağlığını ve analık halini korumayı amaçladığından cinsiyet ayrımı yasağının istisnalarıdır. Zira analık hali, kadın işçiler için çok özel ve anlamlı bir dönemdir. Analık halinin korunması ise sadece annenin değil, çocuğun, ailenin ve toplumun da korunması anlamına gelmektedir. Bu düşünceyle Adalet Divanı'nın bir kararında, Alman hükümetinin kadınlara ücreti devlet tarafından ödenmek üzere analık tatili uygulaması ayrımcılık olarak kabul edilmemiştir.²²⁷

Mevzuatımızda kadınlar lehine pek çok düzenleme bulunmakta olup, kadın işçilerin hamile iken belli işlerde çalışmalarının yasaklanması veya çalışma sürelerinin sınırlandırılması, doğum sonrasında belirli dönemlerde çalıştırılmalarının yasaklanması gibi düzenlemeler bunlara örnektir. Kadınların biyolojik varlığını tehlikeye sokacak, ağır bedensel kuvvet isteyen, kadınların fizyolojik ve biyolojik yapısına uygun olmadığı düşünülen bazı işlerin kadınlar tarafından yapılması yasaklanmıştır. Her ne kadar bu düzenlemeler yasa koyucu tarafından kadınların hayatını kolaylaştırmak amacıyla getirilmiş olsalar da bunların “kadın işi-erkek işi” ayrımını derinleştirmesine neden olmak, kadınların erkeklerle eşit fırsatlarla iş bulmalarını engellemek, bu yasakların tamamını pozitif ayrımcılık olarak kabul etmek isabetli değildir. Zira pozitif ayrımcılık, dezavantajlı kabul edilerek ayrımcılığa maruz kalmasını engellemeye çalışan, kadının iş hayatından

²²⁶ Baytekin, s. 75; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkara, s. 467; Manav Özdemir, s. 170; Kaplan, s. 266; Deveci, s. 24; Yemişken, s. 145; Muzır, s. 97; Özçmak, s. 77; Aksoy, s. 59.

²²⁷ Yuvalı, s. 103; Baytekin, s. 76; Manav Özdemir, s. 155; Arslan Ertürk s. 348; Oğuz, s. 575; Taşkent/ Kurt, s. 30; Köseoğlu, s. 98; Şener, s. 71; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 7; Kökkılınç, s. 81.

uzaklaşmasını değil, iş hayatında daha uzun süre kalabilmesini amaçlayan tedbirlerdir. Kadınların biyolojik cinsiyetine bağlı olarak yaşadıkları değişiklikler ve aile sorumlulukları nedeniyle kendilerine yasal düzenlemeler ile verilen haklar, çalışma hayatından dışlanmalarına neden olabilmektedir. Zira yasal zorunluluk sebebiyle işverence kadın işçiye doğum sonrasında ücretli izin verilmesi, kadın işçinin ücretli izninin ardından altı aylık ücretsiz izin hakkının bulunması gibi durumlar işveren açısından kadın işçi çalıştırmanın maliyetini yükseltmekte, kanunların kadın işçilere verdiği haklar işverence olumlu karşılanmamaktadır.²²⁸ Ancak bu düzenlemelerin işverenlerin kadın işçi çalıştırmayı tercih etmelerine bir nebze engel teşkil etseler bile kadınların iş hayatı ve aile hayatı arasında denge kurmasını kolaylaştırmayı amaçladığı, annelik ve kariyer arasında bir seçim yapmak yerine iki farklı toplumsal rolü bir arada yürütebilmeleri için yardımcı olmayı ve kadın istihdamını arttırmayı hedeflediğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle kanaatimizce 4857 sayılı İş Kanunu ile kadın işçilere verilen hakların pozitif ayrımcılığa aykırı olduğunu değil, toplumsal cinsiyet ayrımcılığını azaltmaya yönelik olduğunu kabul etmek daha uygundur.²²⁹

4857 sayılı İş Kanunu'nda kadınları korumak amacıyla getirilen bazı özel düzenlemeler şunlardır:

2. YER VE SU ALTI İŞLERİNDE ÇALIŞTIRMA YASAĞI

İşK. md. 72 uyarınca maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır. Yasağın kapsamı, yapılan işin yer altında olup olmamasına göre belirlenecektir. İşK'daki bu düzenlemenin kaynağı 1953 tarihli Kadınların Her Türlü Maden Ocaklarının Yer Altı İşlerinde Çalışması Hakkında 45 Nolu Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) sözleşmesidir. Ancak bu sözleşmenin bizim mevzuatımızdaki bu yasaktan farkı, uluslararası sözleşmede söz konusu yasağın istisnalarının da düzenlenmiş olmasıdır. Sözleşme uyarınca bedensel iş yapmayan yönetici kadınlar, sağlık ve sosyal hizmetlerde çalışan kadınlar, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden

²²⁸ Manav Özdemir, s. 146-153; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 119, Hüseyinli/ Yiğit, s. 280; Yemişken, s. 128; Taşdemir, s. 16; Ünsal, s. 329.

²²⁹ Yıldırım Dalyan, s. 373.

oçağında staj görmelerine izin verilen kadınlar ve bedensel nitelikte olmayan bir işin icrası için maden ocaklarının yer altı kısmına tesadüfi inmek zorunda kalan kadınlar bu yasaktan istisna kabul edilmiştir.

Uluslararası sözleşmede kadınlara yasak olmakla beraber istisnai durumların düzenlenmesine rağmen ülkemiz mevzuatında yer altı ve su altı işlerinin istisnasız bir şekilde kadınlara yasaklanarak bir cinsiyete özgü hale getirilmesi doktrinde cinsiyet ayrımcılığı olarak nitelendirilerek yasaklamanın amacına ve eşitliğe aykırı kabul edilmekte ve eleştirilmektedir.²³⁰ Çünkü bu yasaklama ve kısıtlamalar özellikle kadın mühendislerin istihdamını olumsuz etkilemektedir.

Bu düzenlemeyi eleştiren bir başka görüşe göre ise hem kadınlar hem de erkekler için tehlike arz eden işlerden yalnızca kadın işçileri korumak için kadınları doğrudan belli bir işi yapmaktan yasaklamak yerine işçileri koruyucu ek tedbirler almak daha isabetli ve eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Bu amaçla bu işlerde çalışacak işçilerin sağlık açısından bu işlerde çalışmaya uygun olup olmadığının anlaşılabilmesi için belli aralıklarla sağlık kontrolünden geçirilmesi gibi düzenlemeler getirilebilir.²³¹

Kanaatimizce bu yasal düzenlemeyi eleştiren görüşlerin haklılık payı vardır. Zira her ne kadar bu tür işler kadınların biyolojik yapısına ağır gelmesi nedeniyle kadınların sağlığını korumak amacıyla kadınlara yasak edilmiş ise de yaşanan teknolojik gelişmeler sayesinde bedensel güce duyulan ihtiyaç azalmış, iş sağlığı ve güvenliği için alınabilecek önlemlerde de önemli kazanımlar elde edilmiştir. Dolayısıyla yer altı ve su altı işlerinde kadınların fizyolojisine zarar gelmesi ihtimali her geçen gün daha da azalmakta olup, bazı işler ise kadınlar için ağır ve tehlikeli nitelikte olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle kadınların fizyolojisine zarar vermeyecek nitelikte olan işlerde çalışabilmeleri mümkün olmalıdır ve bu yasal düzenleme bu haliyle kadınlar aleyhine cinsiyet ayrımcılığı oluşturmaktadır. Kadınlar, yalnızca fizyolojilerine zarar verme riskinin yüksek olduğu bilimsel çalışmalarla kanıtlanmış

²³⁰ Erkan, s. 45; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 291; Süzek, s. 885; Manav Özdemir, s. 151; Bakırcı, s. 269; Arslan Ertürk, s. 357; Bacak/ Yiğit, s. 8; Zeytinoğlu, s. 40; Hüseyinli/ Yiğit, s. 304; Oğuz, s. 576; Taşkent/ Kurt, s. 36; Gökçeoğlu Balcı, s. 1277; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Yusuf/ Topkaya, s. 54; Yemişken, s. 121-122; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 13; Köseoğlu/ Kaya, s. 52; Şahin Emir, s. 144; Karabulut, s. 95; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 41; Özaçmak, s. 73; Süral, s. 287; Karaahmetoğlu, s. 393; Aksoy, s. 47; Bakırcı, s. 269.

²³¹ Manav Özdemir, s. 152; Gökçeoğlu Balcı, s. 1277; Yemişken, s. 121-122;

olan işlerde çalışmaktan yasaklanmalıdır. Diğer işlerde çalışmaları ise mümkün olmalıdır.

Kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasını yasaklayan düzenlemenin uygulamasını güçlendirmek amacıyla getirilen İşK'nın 102. maddesine göre ise bu yasağa uymayanlara 2200 TL idari para cezası uygulanacaktır. Bu yasağa rağmen söz konusu işlerde çalıştırılmış olan kadınlar, çalıştığı süreye ilişkin İşK'dan doğan haklarından faydalandırılmalıdırlar.²³²

3. KADINLARIN GECE ÇALIŞTIRILMASI

Gece çalışması hukukumuzda çeşitli aşamalardan geçmiştir. Cumhuriyet öncesi dönemde gece çalışma, tarafların sözleşme ile karşılıklı olarak anlaşması ile mümkündü. Gece çalışan işçinin ücreti ise gündüz çalışan işçinin ücretinden daha fazlaydı. Cumhuriyet sonrasında gece çalışması 3008 sayılı İş Kanunu ile ilk defa hukuki düzenlemeye kavuşmuş ve bu kanunda “gece” kavramının tanımı yapılarak gece çalışma sürelerinin mevsim, bölge, kadın ve çocuk olma gibi durumlara bağlı olarak değişebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu kanunda gece çalışmasına ilişkin yasaklar da öngörülmüştür.

1475 sayılı İşK döneminde çıkarılan Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşullarına İlişkin Tüzük ile kadınların gece çalıştırılabilmesi için bazı şartlar belirlenmiştir. Bunlar kadının on sekiz yaşını bitirmiş olması, yapacağı işin tüzükte yer alan işler dışında bir iş olması ve beceriklilik, çabukluk, sürekli dikkat isteyen, fazla enerji ve kuvvet isteyen bir iş olmaması, Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınmış olması ve işverenin işçileri işyerine götürüp getirmeyi üstlenmiş olmasıdır. Ayrıca bu tüzük ile emziren annelerin doğumdan itibaren altı ay boyunca gece çalıştırılması yasaklanmıştır.

4857 sayılı İşK. md. 69'a göre ise gece, en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'da biten ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir. Gece çalışmak mesleki ve fizyolojik riskler barındırması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin ve yoruculuğunun daha fazla olması, başta aile olmak üzere kişinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişilik oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileme ihtimali

²³² Hüseyinli/ Yiğit, s. 304; Oğuz, s. 576; Yusuf/ Topkaya, s. 54.

nedeniyle bazı kısıtlamalara tâbi tutulmuştur. Nitekim İşK. md. 73 uyarınca sanayie ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir.²³³

Kadınların gece vardiyasında çalıştırılması halinde kadınlar, aile ve özel hayat içerisindeki rollerinin gereklerini yerine getirememekte ve bu nedenle aile hayatında sıkıntılar yaşayabilmektedir. Dolayısıyla gece çalışması kadın işçilerin aile bireylerini ve sosyal çevresini de etkilemektedir. Kadın işçilerin gece çalıştırılmasının mevzuatımızda sıkı bir şekilde düzenlenmesi bu bakımdan büyük önem arz etmektedir.²³⁴

Kadın işçilerin gece çalıştırılması ile ilgili hususlar 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun (İSGK) 30. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 24.07.2013 tarihli ve 28717 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” ile belirlenmiştir. Bu yönetmelik uyarınca kadınların gece çalışma süresi en fazla yedi buçuk saat olarak kabul edilmiştir. İşK md 69 hükmünde 2015 yılında yapılan ve 07.04.2004 tarihli Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 7. maddesinde 2017 yılında yapılan değişiklik ile turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin onayı alınarak geceleri yedi buçuk saatten fazla çalışabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak bu onayın işçiden yazılı olarak alınması şarttır. Dolayısıyla turizm, özel güvenlik ve sağlık sektörlerinde çalışan kadın işçi yazılı onay vererek geceleri yedi buçuk saatten daha uzun çalışabilir. Bu durumda gece çalışan kadın işçinin azami çalışma süresinin ne olacağı sorusu gündeme gelmekte olup, İşK md 63’e göre günlük azami çalışma süresi 11 saat olduğundan kadınların gece çalışmasının da 11 saati aşamayacağı kabul edilmelidir.

²³³ Erkan, s. 46; Baytekin, s. 79; Bolcan, s. 123; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 292; Süzek, s. 886; Manav Özdemir, s. 152; Arslan Ertürk, s. 357; Bacak/ Yiğit, s. 11; Hüseyinli/ Yiğit, s. 305; Oğuz, s. 577; Taşkent, s. 36; Gökçeoğlu Balcı, s. 1277; Yusuf/ Topkaya, s. 58; Köseoğlu, s. 100; Yemişken, s. 118-119; Köseoğlu/ Kaya, s. 49; Şahin Emir, s. 138; Mülâyim, s. 103; Karabulut, s. 93; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 27; Ünsal, s. 331; Süral, s. 287; Karaahmetoğlu, Atanur: “İş Hukuku Açısından Kadınların Gece Postalarında (Vardiyasında) Çalışması, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), Cilt 7, Sayı 6, 2020, sayfa 381; Aksoy, s. 48.

²³⁴ Karaahmetoğlu, s. 384.

Bu durumda kadın işçinin geceleri yedi buçuk saatin üzerinde çalıştırılması halinde yedi buçuk saati aşan süreler için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur. Kadın işçinin gece çalışma süresi yedi buçuk saatten kısa sürüyor ise kanunda yapılan bu değişiklik sebebiyle kadın işçinin onayı alınmak suretiyle gece çalışma süresinin yedi buçuk saate kadar uzatılması mümkündür.²³⁵

Yönetmeliğin 4. Maddesinin (b) bendinde “kadın çalışan” tanımlanmıştır. Bu maddeye göre kadın çalışan, on sekiz yaşını doldurmuş olan kadın çalışanı ifade etmektedir. Dolayısı ile on sekiz yaşını doldurmamış olan kadın çalışanlar, hiçbir şekilde gece saatlerinde çalıştırılmazlar. On sekiz yaşını doldurmuş olan kadın işçilerin ise gece çalışma süresi en fazla yedi buçuk saat olacaktır.

Yönetmeliğin 6. Maddesi şu şekildedir: “Belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde toplu taşıma araçları ile gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlüdür.” İşverenin bu yükümlülüğü işin niteliğinden değil, kadın işçilerin gece çalışmasında korunması amacıyla getirilmiş olduğundan yolda geçen süreler iş saatinden sayılmaz. Ulaşım aracı sağlama yükümlülüğü, yalnızca kadınlar bakımından getirilmiş olduğundan kadın-erkek ayrımına sebep olduğu ve işverenlerin bu yükümlülüğünden kaçabilmek için geceleri kadın yerine erkek işçileri çalıştırmayı tercih edeceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.²³⁶

Yönetmeliğin 7. Maddesiyle sağlık gözetimi yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılabilmesi için, işe başlamadan önce, gece postalarında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına ilişkin sağlık raporu işyerinde görevli işyeri hekiminden alınır. Ayrıca işveren, işin devamı süresince, çalışanın özel durumunu, işyerinde maruz

²³⁵ Yuvalı, s. 104; Baytekin, s. 80; Coşkun, s. 69; Bacak/ Yiğit, s. 12; Hüseyinli/ Yiğit, s. 306; Oğuz, s. 577-578; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278; Yusuf/ Topkaya, s. 58; Şahin Emir, s. 139; Oskay, s. 87; Karabulut, s. 94; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 44; Süral, s. 287; Karaahmetoğlu, s. 385; Y. 9. HD. 2011/36448 E. 2012/7871 K. 12.03.2012 T. <https://www.alomaliye.com/2012/03/12/gece-calismasi-ve-ucreti/>;

²³⁶ Gökçeoğlu Balcı, s. 1278.

kalınan sağlık ve güvenlik risklerini de dikkate alarak işyeri hekimince belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlar.”

Gece alıştırılacak olan kadın işçinin kocasının da postalar halinde çalışması durumunda eşlerin aynı gece postasında çalışması engellenecektir. Yani kadın işçinin eşinin gece postasında çalıştığı dönemde kadın işçinin çalışma saatleri değiştirilerek onun gece çalışmaması sağlanacaktır. Bu hüküm emredici olup “mümkünse” ifadesi yer almadığından kadın işçinin bu yönde bir talebi olduğu takdirde işveren işçinin bu talebini reddedemez. Buradaki amaç postalar halinde çalışan işçilerin aynı anda çalışarak evlerinden ve çocuklarından aynı anda uzak kalmalarına engel olmaktır.

Aynı işyerinde çalışan eşlerin aynı gece postasında çalışma isteği olması halinde ise bu istek işverence imknlar ölçüsünde karşılanacaktır. Aynı işyerinde çalışan karı-koca işçiler açısından işverenin bu talebi karşılama yükümlülüğü bulunmamakta olup, işin veya işyerinin durumu izin vermiyorsa işveren söz konusu talebi reddedebilir. Bu hükmün amacı, aile düzenini sağlamak ve korumak hususunda kadın işçiye yardım etmek, eşler arasındaki aile içi sorumluluğun rahat bir şekilde paylaşılmasına katkıda bulunarak kadın istihdamını artırmak ve devamlılığını sağlamaktır. Çalıştığı postanın değiştirilmesi konusunda talepte bulunma hakkı, erkek işçiye değil kadın işçiye verilmiştir.

Yönetmeliğin 9. Maddesi ile gebelik ve analık durumunda gece çalıştırılma yasağı getirilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “*Kadın alışanlar, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında alıştırılamazlar. (2) Ancak emziren kadın çalışanlarda bu süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde altı ay daha uzatılır. (3) Bu alışanların anılan srelerdeki çalışmaları, 14/7/2004 tarihli ve 25522 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Gebe veya Emziren Kadınların alıştırılma şartlarıyla Emzirme Odaları ve ocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik hükümleri saklı kalmak üzere gündüz postalarına rastlayacak şekilde düzenlenir.”*

İşK md 104 hükmü uyarınca kadın işçilerin geceleri yedi buçuk saatten fazla çalıştırılması, gebelik ve analık hallerinde gece çalıştırılmaları veya başka şekillerde bu yönetmeliğe aykırı davranılması durumunda aykırılığa neden olan işçi veya işveren vekiline her yıl güncellenen tutarlarda idari para cezası uygulanacaktır. “İşin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık” başlıklı bu madde şu şekildedir: “*Bu Kanunun 63 üncü maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran veya 68 inci maddesindeki ara dinlenmelerini bu maddeye göre uygulamayan veya işçileri 69 uncu maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen, 71 inci maddesi hükmüne ve bu maddenin son fıkrasında anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden, 72 nci maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73 üncü maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden 74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, 75 inci maddesindeki işçi özlük dosyalarını düzenlemeyen, 76 ncı maddesinde belirtilen yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilir.*”²³⁷

İşveren, iş müfettişlerince yapılacak olan denetimlerde kendilerine sunmak üzere gece çalışacak olan kadın işçilerin listesini işyerinde saklamak zorundadır. Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te de gece çalışmaları hakkında benzer düzenlemelere yer verilmiş olup, bu yönetmeliğin 7/2. maddesi uyarınca çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır. Bu hüküm uyarınca gece ve gündüz çalışma süreleri eşit olması halinde işçi sağlığının

²³⁷ Yuvalı, s. 104; Baytekin, s. 78-81; Coşkun, s. 69; Erkan, s. 64; Bolcan, s. 123; Bacak/ Yiğit, s. 12; Hüseyinli/ Yiğit, s. 306; Oğuz, s. 577-578; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278; Yusuf/ Topkaya, s. 58; Köseoğlu, s. 101; Yemişken, s. 119-120; Köseoğlu/ Kaya, s. 50; Şahin Emir, s. 39; Mülâyim, s. 114; Oskay, s. 86; Karabulut, s. 94; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 43; Ünsal, s. 331; Süral, s. 287; Karaahmetoğlu, s. 385;

korunması açısından işçi lehine yorum yapılarak işin gece çalışması olduğu kabul edilmelidir.²³⁸

4. KADINLARIN AĞIR VE TEHLİKELİ İŞLERDE ÇALIŞTIRILMASI

Ağır ve tehlikeli işler insan sağlığına zarar verebilir. Bu nedenle fiziksel açıdan daha narin yapıda olan kadınların bu tür işlerde çalışmaları kadın sağlığı açısından sakıncalı olabilir. Bu hususta İşK. md. 85'te yer alan düzenleme, İSGK md 37 ile yürürlükten kaldırılmıştır. İSGK md 4 ile işverenlere risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü getirilmiş olup, halihazırda işverenlerin risk değerlendirmesine ilişkin yükümlülükleri, 29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinde belirlenmiştir. Bu yönetmelik hükümlerine göre gebe ve emziren işçiler gibi özel politika gerektiren kadınların risk değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gerekmektedir.

İSGK md 3/(p) ve (r) bendi ile işyerlerini tehlike sınıflarına göre ayırmış, tehlikeli halleri ve tehlike sınıflarının belirlenmesi amacıyla da 13.07.2013 tarihli ve 28706 sayılı Resmî Gazete ile Tehlikeli ve Çok Tehlikeli Sınıfta Yer Alan İşlerde Çalıştırılacakların Mesleki Eğitimlerine Dair Yönetmelik yürürlüğe konmuştur. Bu yönetmelik uyarınca tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacak işçilerin öncelikle mesleki eğitim alması gerekmektedir. Kanunun 15/2. maddesi uyarınca da tehlikeli ve çok tehlikeli işlerde çalışacak olan işçilerin yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporları olmadan işe başlatılmaları yasaklanmıştır. Böylelikle mevzuatımızda ağır ve tehlikeli işler bakımından kadın-erkek ayrımı yapılmamakta olup, mevzuatta öngörülen mesleki eğitim ve sağlık raporu gibi şartları taşıyan kadın işçilerin de ağır ve tehlikeli işlerde çalışması mümkündür.²³⁹

Ağır ve tehlikeli işler, İSGK yürürlüğe girmeden evvel mevzuatımızda İşK ve 2004 tarihli Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde düzenlenmekteydi. Bu yönetmelik İSGK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 2013 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga yönetmelik ile kadınların hangi tür ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacağı liste ile belirlenmiş, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçinin

²³⁸ Baytekin, s. 81; Bacak/ Yiğit, s. 26; Mülâyim, s. 115; Karaahmetoğlu, s. 387.

²³⁹ Hüseyinli/ Yiğit, s. 305; Taşkent/ Kurt, s. 35; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278; Köseoğlu, s. 102; Köseoğlu/ Kaya, s. 51; Şahin Emir, s. 142; Karabulut, s. 95; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 44; Ünsal, s. 331; Karaahmetoğlu, s. 393; Aksoy, s. 48.

işin niteliği ve şartlarına bedence uygun olup olmadığının işe girişinde hekim raporu ile belirlenmesi zorunlu kılınmıştı. Ayrıca kadınların ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştı.²⁴⁰

2013 yılında yürürlükten kaldırılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde yer alan kadınların ay haline ilişkin düzenleme, doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre kadınların ay hali cinsiyet nedeniyle farklı muameleyi zorunlu kılan biyolojik bir sebeptir.²⁴¹

Doktrinde yer alan bir başka göre ise bu durumun biyolojik bir sebep olarak ayrımcılık oluşturması mümkün değildir.²⁴² Kadınların ay hali normal bir hastalık olarak kabul edilmeli ve bu dönemdeki çalışma şartları buna göre belirlenmelidir. Dolayısıyla bu görüş, mülga Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde yer alan kadınların ay hali ile ilgili düzenlemeyi kadın istihdamını daraltıcı olarak yorumlamakta ve eleştirmiştir. Zira işverenin ayda 5 gün boyunca çalıştıramayacağı bir işçiyi işe almak istemeyeceği ortadadır. Bu nedenle bilimsel çalışmalar ışığında kadınların ay halindeyken çalışmasının sakıncalı olacağı ağır ve tehlikeli işlerin tek tek tespit edilmesi ve düzenlemenin buna göre yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce bu görüş yerinde olup, kadınların sırf cinsiyetleri dolayısıyla aylık rutin olarak yaşadıkları bu dönemin kategorik olarak ayda 5 gün boyunca iş hayatından uzaklaşmalarına neden olması cinsiyet ayrımcılığıdır. Zira tüm kadınlar ay hali geçirmemekte veya her kadında bu dönem işten uzaklaşıp evde izin kullanmasını gerektirecek kadar zor geçmemektedir. Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinin 2013 yılında yürürlükten kaldırılması ile kadınların ay hali nedeniyle ayrımcılığa uğramasına zemin hazırlayabilecek bu düzenleme de ortadan kalkmıştır.²⁴³

²⁴⁰ Yuvalı, s. 106; Baytekin, s. 78; Coşkun, s. 69; Bacak/ Yiğit, s. 9-10; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Bilgin, s. 314; Şahin Emir, s. 142; Karaahmetoğlu, s. 393; Aksoy, s. 48.

²⁴¹ Manav Özdemir, s. 155.

²⁴² Manav Özdemir, s. 156.

²⁴³ Manav Özdemir, s. 157; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 15.

5. KADIN İŞÇİLERİN GEBELİK VE ANALIK DURUMLARINDA ÇALIŞTIRILMASI

Kadınların en doğal haklarından biri de anne olmaktır. Nesillerin devamı için de gerekli olan bu durumda kadın işçi hem anne hem de işçi olarak iki taraflı bir üretkenlik içerisine girmekte, haliyle iki ayrı yük altında kalmaktadır. Kadınların iş hayatına girmesiyle evdeki sorumluluklarının üstüne işteki sorumlulukların da eklendiği, bir kefesinde ev işleri ve çocukları, bir kefesinde ise iş hayatındaki sorumlulukları olan ağır bir teraziye dengelemeye çalıştığı tartışmasız bir gerçektir. Zira toplum kadınlardan öncelikle ev işlerini yapmasını ve çocuk bakımını beklemekte, erkekleri ise bu sorumluluklardan muaf tutmaktadır. Çalışan kadınlar eşlerinin ev işlerindeki desteği ve teknolojik imkanların gelişmesi ile ev işlerindeki yüklerini bir nebze olsun hafifletseler bile çocuk bakımı ile ilgili yine tüm sorumluluk kadınlar üzerinde olmaktadır. Bu nedenle kadın işçilerin en çok korunması gereken dönem, şüphesiz gebelik dönemi ve doğum sonrası analık dönemidir.²⁴⁴

Bir annenin ev dışında da ayrı bir iş hayatı sürdürebilmesinin tek yolu kendisi isteyken çocuklarının bakımını üstlenecek kişi ya da kurumların olmasıdır. Doğum sonrası izinlerin kısa olması anneyi izni sona erdiği takdirde çocuğuna kimin bakacağı sorunu ile karşı karşıya bırakmaktadır. Çocuğun bakımını ya yakın akrabalar üstlenmekte ya da kreş veya bakıcılar tercih edilmektedir. Pek çok işyerinde kreş olmaması veya mevcut kreşlerin yetersiz oluşu sebebi ile anneler özel kreşleri tercih etmektedir. Bu durumda da yüksek kreş ücretleri annenin belini bükmemektedir. Zira çalışarak kazandığı tüm parayı veya bu paranın büyük bir kısmını kreşe harcayan anne, elinde maddi bir kazancı kalmayınca çalışmaya gerek duymamakta, sadece kreş için para kazanmaktansa çalışma hayatını sonlandırıp kreşe para ödmeden çocuğuna kendi bakmayı tercih etmektedir. Böylelikle annenin çocuğunu bırakıp işe gidişi ile çocuğuna karşı hissettiği vicdan azabı sona ermekte ancak anne, ekonomik kayba uğradığı gibi mesleğinden ve kariyerinden de uzak kalmanın yarattığı sorunlarla baş etmek zorunda kalmaktadır. Sonuç olarak getirilecek yasal düzenlemeler ile kadınların istihdamı, verimlilik ve üretimlerinin artırılması ve ülke ekonomisine katkı sağlayabilmeleri için özellikle annelik

²⁴⁴ Baytekin s. 83; Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 9; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 56; Yemişken, s. 123; İşçi Baş, s. 43; Köseoğlu/ Kaya, s. 54; Şahin Emir, s. 1; Taşdemir, s. 2.

dönemlerinin başlamasıyla birlikte çalışma hayatında desteklenmesi gerekmektedir.²⁴⁵ Zira çocuk bakımının hem ekonomik hem de toplumsal sonuçları bulunmakta ve çocukların sağlıklı şekilde büyütülebilmesi sadece anneyi değil tüm toplumu ve ülke ekonomisini de ilgilendirmektedir. Erken çocukluk döneminde bakım ve eğitim hizmetlerinin ucuz ve ulaşılabilir olması toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin ortadan kaldırılması için de önem arz etmektedir. Çocuk bakımı konusunda destek alabilen aileler çifte kazançla hem kendi ekonomik düzeylerini yükseltebilecek hem de ülke ekonomisinin gelişmesine katkıda bulunabilecek, böylece toplumun refah seviyesi de yükselmiş olacaktır.²⁴⁶

5.1. Analık İzni

Analık izni kadın işçiye doğum öncesi ve sonrası fiziksel sağlığını korumak amacıyla verilen izindir. Bu izin çocuğun doğumundan hemen önce başlayacak olup, hem annenin doğumdan sonra fiziksel ve psikolojik olarak kendini toparlayabilmesi hem de bebeğinin bakımını rahatça yerine getirebilmesini amaçlamaktadır.²⁴⁷

Kadın işçilerin doğum halinde korunması amacıyla çalıştırılmasının yasaklanması ve iş sözleşmesinin belli bir süre askıda kalmasına ilişkin ilk hukuki düzenleme Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yapılmıştır. Bu kanunun 155. maddesine göre kadın işçinin kendisinin ve doğacak çocuğunun sağlığına zararlı olmadığı doktor raporuyla tespit edilmediği sürece doğumdan önceki ve doğumdan sonraki üç hafta boyunca fabrika, imalathane, umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaktır. Toplamda bu altı haftalık süre zarfında kadın işçinin iş sözleşmesi askıda kalmakta olup, işveren işçinin bu süreler içinde iş görme borcunu yerine getirmediği iddiası ile iş sözleşmesini feshedemez. Yani işçinin bu sürelerde işe gelmemesi işveren bakımından iş akdinin feshi için haklı sebep oluşturmaz. İşverenin bu süreler içerisinde bildirimli (ihbarlı) fesih yoluna gitmesi halinde de ihbar süreleri işlemeyecektir.²⁴⁸

²⁴⁵ Bolcan, s. 45; Durmaz, s. 43; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 109; Önder, s. 46; Şahin Emir, s. 1; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 7.

²⁴⁶ Durmaz, s. 50; Alparslan/ Çetinkaya Bozkurt/ Özgöz, s. 77; İşçi Baş, s. 46.

²⁴⁷ Şahin Emir, s. 40; Sarıkaya, Ece: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2020, sayfa 147; Caniklioğlu, Nurşen: "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği" Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editörler: Av. Prof. Dr. Necdet Basa, Av. Sema Uçakhan Güleç, 2016, Ankara, sayfa 115.

²⁴⁸ Arslan Ertürk, s. 359; Yusuf/ Topkaya, s. 50; Köseoğlu/ Kaya, s. 58.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunundaki bu maddeye paralel olarak düzenlenmiş olan İşK. md. 74'e göre de kadın işçinin doğum öncesinde sekiz, doğum sonrası da sekiz olmak üzere toplam on altı hafta çalıştırılmaması esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak olan süreye iki hafta eklenir ve bu durumda izin süresi on sekiz hafta olur. Kadın işçinin on altı haftalık (çoğul gebelikte on sekiz hafta) bu izin süresinde iş sözleşmesi sona ermez, askıda kalır, işçi işverene karşı iş görme borcu altında değildir ve işveren işçiye ücret ödemez.²⁴⁹ Ancak kadın işçi kanunen çalışması yasak olan bu süre için hak ettiği ücretin üçte ikisini Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan (SGK) geçici iş göremez ödeneği alabilir. Kadın işçinin doğumdan sonra geçici iş göremez ödeneğinden faydalanabilmesi için doğumdan önceki son 1 yıl içerisinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması gerekmektedir.

Kadın işçinin analık izni kullanabilmesi için o işyerinde belirli bir süre çalışmış olma şartı yoktur. Bu izin sona erdiğinde işçi, eski işine veya aynı işveren bünyesinde eski işi ile eşdeğer şartlardaki başka bir işe geri dönme hakkına sahiptir. Dolayısıyla analık izni kadın işçi bakımından hem bir hak hem de yasak ihtiva etmektedir. Kanunda kadın işçinin bu haktan yararlanabilmek için belli bir kıdem şartı da konmamıştır. Yalnızca analık sigortası kapsamında iş göremezlik ödeneğine hak kazanabilmek için doğum izninin başladığı tarihte sigortalı olmak, sigortalılığın sona ermemiş olması ve doğumdan önceki bir yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi ödenmiş olması gerekmektedir.²⁵⁰

Kadın işçinin sağlık durumu uygun olduğu takdirde, isterse doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Doktor onayı ve kadın işçinin isteği bu konuda yeterli olup, işverenin onayı aranmaz. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Böylece kadın işçi, doğumdan sonra on üç hafta (çoğul gebeliklerde on beş hafta) bebeğiyle ilgilenme imkânı

²⁴⁹ Coşkuner, s. 83; Bolcan, s. 125; Manav Özdemir, s. 153; Arslan Ertürk, s. 359; Bacak/ Yiğit, s. 14; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 580; Taşkent/ Kurt, s. 41; Değer Erumcu, s. 2001; Gökçeoğlu Balcı, s. 1280; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Yusuf/ Topkaya, s. 59; Köseoğlu, s. 104; Yemişken, s. 123; Köseoğlu/ Kaya, s. 54; Şahin Emir, s. 52; Mülâyim, s. 113; Oskay, s. 40; Sarıkaya, s. 147; Karabulut, s. 98; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 50; Taşdemir, s. 57; Ünsal, s. 331; Süral, s. 289; Yıldırım Dallyan, s. 377; Aksoy, s. 49; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 292; Süzek, s. 888.

²⁵⁰ Çalışkan, s. 47; Bacak/ Yiğit, s. 14; Gökçeoğlu Balcı, s. 1280; Köseoğlu, s. 104; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 16; İşçi Baş, s. 66; Köseoğlu/ Kaya, s. 56; Şahin Emir, s. 53; Oskay, s. 41.

bulmuş olur. Bu durum kadın işçiye verilmiş bir hak olup doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışmak veya 32. haftada izne ayrılmak işçinin sağlık durumuna ve isteğine bağlıdır. Şayet işçi bu hakkı kullanmak istemez ve 32. haftada izne ayrılmak isterse işverenin işçiye doğumuna üç hafta kalıncaya kadar çalıştırması mümkün değildir.

İşK'nın çocuğunu doğurup yeni çocuklu hayatına alışabilmesi, kendisi işe döndükten sonra çocuğuna bakacak birini bulması için kadın işçiye özlük haklarını kısmen koruyarak verdiği süre maalesef yalnızca on altı haftadan ibarettir. Uygulamada kadın işçiler, çocuğuyla geçirebileceği süreyi mümkün olduğunca uzatabilmek amacıyla sağlık durumları elverdiği ölçüde çalışmaya devam etmekte, gebeliğin 32. haftasında hekimden “37. haftaya kadar çalışabilir” raporu alarak 37. haftada izne ayrılmakta ve geriye kalan on iki haftalık ücretli izin süresini çocuğuyla birlikte geçirmektedir.

Bu hüküm ile hamile işçinin çalışabileceği azami süre belirlenmiş olup, işverenin kadın işçiye doğuma üç haftadan daha az bir süre kaldığı halde çalıştırmaya devam etmesi hukuken mümkün değildir. Kadın işçi böyle bir durumda iş görmekten kaçınma hakkına sahip olduğu gibi daha evvel işverene bu yönde bir taahhüt vermişse bu taahhüt de hukuken geçersizdir.²⁵¹

Gebelik sırasında düşük yapmış veya bebeğini aldırılmış olan kadın işçinin analık izninden faydalanması mümkün değildir. Zira bu durumda gerçek anlamda bir doğum gerçekleşmemiştir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullandırılır. Dolayısıyla erken doğum halinde on altı haftalık iznin kısaltılması söz konusu değildir. Gebeliğinin 32. haftası veya daha öncesinde doğum yapan ya da 32-37 hafta arasında doğum yapmış ancak doğum öncesinde doktorundan “37. haftaya kadar çalışabilir” raporunu almış olan bir kadın işçi, bu durumda on altı haftalık iznin tamamını doğum sonrasında kullanmış olur.

Bir başka ihtimal kadın işçinin tahmini doğum süresine üç hafta kala izne ayrılmasına rağmen doğumun daha geç gerçekleşmesi durumudur. “Geç doğum”

²⁵¹ Coşkuner, s. 63; Çalışkan, s. 49; Değer Ermumcu, s. 2001; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Yusuf/ Topkaya, s. 59; Köseoğlu, s. 104; İşçi Baş, s. 66; Köseoğlu/ Kaya, s. 56; Şahin Emir, s. 56; Mülâyim, s. 113; Oskay, s. 41; Sarıkaya, s. 147; Taşdemir, s. 57; Süral, s. 289; Aksoy, s. 50; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 292; Süzek, s. 888.

olarak adlandırılan bu durumda doğum öncesinde uzamış olan izin süresinin doğum sonrasındaki izin süresini ne şekilde etkileyeceğini tespit etmek gerekmektedir. Mevzuatımızda bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamakta olup, doğum öncesinde uzayan izin süresinin doğum sonrası kalan izin süresinden mahsup edilmesi gerektiği düşünülebilir. Yani geç doğum halinde de toplam analık izni süresi on altı hafta olarak kabul edilip bunun 3 haftası yerine 5 haftası doğum öncesinde kullanılır ise kadın işçiye doğumu sonrasında geriye 13 hafta yerine 11 hafta kalmış olacaktır. Stres, diyabet, obezite gibi çeşitli sebeplerle oluşabilen geç doğum, erken doğum gibi hem anne hem de bebeğin sağlığı için tehlike arz etmektedir. Bu nedenle hem anne ve bebek sağlığını korumak hem de doğum sonrasında bebeğin anneye olan muhtaçlığının ne denli fazla olduğu hususları dikkate alınarak doğum sonrası kalan izin süresinin kısaltılmaması daha uygun olacaktır.

Doğumla ilgili bir başka ihtimal, bebeğin ölü doğması veya doğumdan kısa bir süre sonra vefat etmesi halidir. Kanaatimizce bu durumlarda da kadın işçiye analık izni tam olarak kullanılmalıdır. Zira bebek sağ veya ölü ne şekilde doğmuş olursa olsun kadın işçinin ruhsal, fiziksel ve psikolojik olarak toparlanabilmesi için zamana ihtiyacı vardır. Bu sebeple analık iznini yalnızca kadın işçinin çocuğuna bakabilmesi için gerekli olan süre olarak değil, kendi sağlığı için de gerekli olan bir süre olarak kabul etmek gerekir. Aynı şekilde doğumdan bir süre geçip analık izni başladıktan sonra çocuğun ölmesi durumunda da kadın işçinin izninin yarıda kesilmesinin doğru olmayacağı görüşündeyiz.²⁵²

Doğumda veya doğum sonrasında analık izni süresi bitmeden annenin ölümü hâlinde ise doğum sonrası kullanılamayan süreler babaya kullanılır. Annenin ölümü halinde bebeğin bakımını babanın üstleneceği düşüncesiyle getirilen bu hüküm son derece yerindedir. Bunun için annenin doğum iznine çıkmış ve doğumdan sonra izin süresi bitmeden vefat etmiş olması, babanın da işçi olması ve bu yönde işvereninden bir talepte bulunması gerekmektedir. Babanın bu hakkı kullanabilmek için ölümün doğum sebebiyle veya doğum sonrası gelişen bir komplikasyon sonucu veya doğumla ilgisi olmayan başka bir sebeple gerçekleşmiş

²⁵² Çalışkan, s. 50; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 581; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1280; Köseoğlu, s. 105; Şahin Emir, s. 55; Yıldırım Dalyan, s. 381; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 292.

olması gerekmez. Babanın bu hakkı kullanabilmek için annenin ölüm sebebi her ne olursa olsun ölümün doğum anında veya doğumdan sonra analık izni süresi bitmeden gerçekleşmiş olması yeterli olup, babanın bu izni kullanması isteğine bağlıdır. Dolayısıyla baba dilerse işvereninden talepte bulunarak bu izni kullanabileceği gibi izni kullanmaya başladıktan sonra izin süresi bitmeden isterse işine geri dönmesi de mümkündür.²⁵³

İşK'daki bu düzenleme ile hayatını kaybeden annenin kullanamadığı izinler babaya kullandırılırken 5510 sayılı kanunda analık sigortasından verilen geçici iş göremezlik ödeneğinin annenin hayatını kaybetmesi halinde babaya ödenmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla yeni getirilen bu düzenlemenin hukukumuzda baba açısından maddi bir karşılığı bulunmamakta olup, iki kanun hükmünün bu bakımdan bir an evvel birbiriyle uyumlu hale getirilmesi, annenin doğum sonrası kullanamadığı izin günlerinin ücretinin annenin ölümü halinde SGK tarafından babaya ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu durumda babaya kullandırılacak izin ve ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği hesaplanırken İşK ek md 2/1'de "eşi doğum yapan işçiye beş gün, eşi vefat eden işçiye üç gün izin verilmesini" öngören düzenlemenin de hesaba katılması, kanunun düzenleme amacına uygun olacaktır.²⁵⁴

Doğum anında veya doğumdan kısa bir süre sonra hem annenin hem de bebeğin ölmesi durumunda analık izni süresinin babaya kullandırılıp kullandırılmayacağı mevzuatımızda belirsizdir. Annenin ölümü halinde bu iznin babaya kullandırılmasının sebebi çocuğa anne yerine artık babanın bakmak zorunda kalmasıdır. Hem annenin hem bebeğin vefatı halinde baba açısından böyle bir zorunluluk kalmayacağından kanaatimizce bu durumda analık izninin babaya kullandırılması gerekmemektedir.²⁵⁵

Annenin ölümü halinde analık izninin babaya kullandırılabilmesi için anne ve babanın evli olması şartı bulunmamaktadır. Zira mevzuatta bu izin "kocaya" değil

²⁵³ Çalışkan, s. 52-59; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 581; Değer Ermumcu, s. 2002-2003; Yusuf/ Topkaya, s. 59; İşçi Baş, s. 66; Şahin Emir, s. 64; Oskay, s. 44; Karabulut, s. 98; Yıldırım Dalyan, s. 381; Aksoy, s. 48; Caniklioğlu, s. 139.

²⁵⁴ Baytekin, s. 88; Erkan, s. 54; Çalışkan, s. 45; Şahin Emir, s. 65; Oskay, s. 44; Taşdemir, s. 58.

²⁵⁵ Çalışkan, s. 52.

“babaya” verilmiş bir haktır. Dolayısıyla babanın bu haktan faydalanabilmek için çocuk ile arasında hukuken soy bağının kurulmuş olması yeterlidir.

Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene de çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır. Doğum yapan işçi bakımından analık izni on altı hafta iken evlat edinen işçi için bu süre kanunda sekiz hafta olarak belirlenmiştir. Çoğul doğum halinde analık izni on hafta olarak düzenlenmiş iken birden çok çocuğun evlat edinilmesi halinde analık izninin arttırılması yönünde yasal bir hüküm bulunmadığından kullanılacak olan analık izni yine azami sekiz hafta olacaktır. Bu iznin başlangıç tarihi ise çocuğun fiilen teslim edildiği tarihtir. Kanundaki şartları taşıması halinde bu izni evlat edinen babanın da kullanması mümkündür. Doğum halinde analık izni süresi kendiliğinden başlamakta iken evlat edinme halinde bu iznin kullanılabilmesi için işçinin talepte bulunması gerekir. Dolayısıyla evlat edinme halinde evlat edinenin bu haktan faydalanma mecburiyeti yoktur. Doğum yapan işçi bakımından on altı haftalık analık izni aynı zamanda bir çalışma yasağı dönemi teşkil etmekte iken evlat edinen bakımından analık izni kullanımı isteğe bağlı olduğundan evlat edinen dilerse sekiz haftalık analık iznini tamamlamadan işvereninden talepte bulunarak işine geri dönebilir.²⁵⁶

Kanunda üç yaşından küçük çocuğu evlat edinenlerin analık izni kullanması için talepte bulunma süresi ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından evlat edinenin analık izni talebini çocuğun fiilen tesliminden önce veya teslim alındıktan sonra işverene bildirebileceği kabul edilebilir. Ancak süre çocuğun teslim tarihinden itibaren başlayacağından evlat edinen çocuğu teslim aldığı tarihten ne kadar süre sonra talepte bulunmuşsa o süre sekiz haftalık izinden mahsup edilir.²⁵⁷

Yıllık izni düzenleyen İşK. md. 55 uyarınca doğum öncesi ve sonrası kullandırılan bu izin, yıllık iznin hesaplanmasında çalışılmış gibi kabul edilir. Yani

²⁵⁶ Çalışkan, s. 59; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 581; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1284; Yusuf/ Topkaya, s. 59; Köseoğlu, s. 105; İşçi Baş, s. 67; Şahin Emir, s. 70; Karabulut, s. 99; Taşdemir, s. 59; Yıldırım Dalyan, s. 381; Aksoy, s. 51.

²⁵⁷ Çalışkan, s. 53-55.

bir kadın işçi analık izni süresince çalışmış gibi kabul edilecek ve yıllık izin süresi de buna göre belirlenecektir.²⁵⁸

Kadın işçinin analık izni boyunca çalışması yasak olduğundan bu izin süresince başka bir işveren bünyesinde çalışması da dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. İşverenin kadın işçinin analık iznindeyken başka bir işte çalışmaya başladığını öğrenmesi halinde İşK md 25/2 uyarınca bu durumu öğrendiği günden itibaren altı iş günü içinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı bulunmaktadır. Bu durumda işçinin, iş akdini fesheden işverene karşı herhangi bir işçilik alacağı talebinde bulunması mümkün olmayacaktır.²⁵⁹

On altı haftalık analık izni süresi, kadın işçinin talebi ve sağlık durumunun çalışmaya elverişli olmadığına hekim raporu ile belgelendirilmesi halinde uzatılabilecektir. Bu durumda analık izni süresi raporda belirlenmiş süre olarak uygulanacaktır. Burada önemli olan çocuğun sağlık durumu değil, doğum yapan annenin durumudur. Dolayısıyla evlat edinmek suretiyle analık iznine hak kazanan kadın işçi için bu durum söz konusu olmayacaktır. Analık izninin hekim raporuyla uzatılması halinde işçiye ücret ödenip ödenmeyeceğine ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İşK md 25/I,(b) maddesi uyarınca işçinin uzatılan bu süre boyunca işe gelmemesi işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi oluşturmaz ve iş sözleşmesi askıda kalır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece bu süreler için işçiye ücret ödenmez. Analık izni süresince işçi zaten ücretini işverenden değil geçici iş göremezlik ödeneği olarak SGK'dan aldığı için uzatılan izin süresince de işverenden ücret ödemesini beklemek makul olmaz.²⁶⁰

Doğum yapan ve on altı haftalık analık iznini kullanan kadın işçinin işe geri dönebilmesi için mevzuatımızda özel bir şart öngörülmüş olup, Gebe veya Emziren Çalışanlar Yönetmeliğinin 12. maddesi uyarınca emziren çalışanların, doğum izninin bitiminde ve işe başlamalarından önce, çalışmalarına engel durumları olmadığının raporla belirlenmesi gerekir. Çalışmasının sakıncalı olduğu hekim raporu ile belirlenen çalışan, raporda belirtilen süre ve işlerde çalıştırılmaz. Bu hüküm

²⁵⁸ Yuvalı, s. 108; Çalışkan, s. 48; Manav Özdemir, s. 154; Yemişken, s. 125; İşçi Baş, s. 68; Şahin Emir, s. 241; Oskay, s. 41; Karabulut, s. 98.

²⁵⁹ Çalışkan, s. 47.

²⁶⁰ Çalışkan, s. 48; Arslan Ertürk, s. 359; Bacak/ Yiğit, s. 14; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Köseoğlu, s. 104; Köseoğlu, s. 110; Köseoğlu/ Kaya, s. 55; Şahin Emir, s. 70; Taşdemir, s. 61; Süral, s. 289.

uyarınca analık izni bitiminde kadın işçinin çalışmasında herhangi bir sakınca olmadığına dair hekim raporu alması, şayet bir sakınca var ise analık izni süresinin yine bu hekim raporu ile uzatılması ve rapor süresi sonuna kadar çalıştırılmaması gerekmektedir.²⁶¹

Analık izni sona ererek işe geri dönen kadın işçinin doğum öncesinde çalıştığı işe veya o işe eşdeğer nitelikteki başka bir işe dönme hakkı bulunmakta olup, bu hak işverenin doğum yapan işçiye karşı eşit davranma borcunun bir gereğidir. Dolayısıyla kadın işçinin analık iznindeyken eski pozisyonu ile ilgili yapılan iyileştirmeleri çalışmaya tekrar başladıktan sonra kendisi için de uygulanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

Analık izninde olan bir işçinin iş sözleşmesi her ne kadar askıda da olsa ihbar sürelerine uyularak feshedilebilir. Ancak TBK md 432'ye göre hizmet sözleşmesinin askıda alındığı hallerde ihbar süreleri işlemez. Bu durumda her ne kadar işçi analık iznindeyken kendisine iş akdinin geçerli bir sebeple feshedildiği bildirilebilir ise de iş sözleşmesi analık izninin bitim tarihinden itibaren ihbar süresi sonuna kadar devam edecektir. Analık izni içerisinde iş akdinin bildirimli feshi halinde işverenin işçinin analığı dolayısıyla iş akdini feshettiği ve dolayısıyla bu feshin kötü niyetli fesih olabileceği elbette göz ardı edilmemelidir.

Kadın işçinin ihbar süresi devam ederken analık izninin başlaması halinde ihbar süresi durur ve analık izninin bitim tarihinden itibaren kaldığı yerden tekrar devam eder. Zira TBK md 432 uyarınca iş sözleşmesinin askıda olduğu sürede ihbar süreleri işlemeyecektir. Analık izni süresince sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün olmadığından ihbar süresinin ücretinin peşin ödenerek analık izni bitmeden iş sözleşmesinin feshedilmesi mümkün değildir. Bu durumda iş sözleşmesi, yine en erken analık izninin bitim tarihinde sona erecektir.²⁶²

5.2.Yarım Çalışma Hakkı

İşK. md. 74/2 uyarınca *birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat*

²⁶¹ Çalışkan, s. 59; Taşkent/ Kurt, s. 41.

²⁶² Çalışkan, s. 60; Şahin Emir, s. 259-260; Oskay, s. 43; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 56.

edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelerle otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz. Bu hüküm İşK md 74'e 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı kanunun 22. maddesi ile eklenmiş yeni bir hüküm olup, kadın işçilerin doğum sonrası ve analık izinlerinin bitiminden sonra da çocuklarına daha iyi bakabilmeleri ve onlarla daha fazla ilgilenebilmeleri amacıyla getirilmiştir. Bu hüküm uyarınca kadın işçinin verilen analık izninin akabinde “yarım çalışma” hakkı bulunmaktadır.

“Haftalık çalışma süresinin yarısı kadar” ifadesinin karşılığı “yarım çalışma” olarak adlandırılabilir. Bu durumda işçiye ücretsiz izin hakkı öngörüldüğünden çalışma karşılığı olan ücreti de yarım olacaktır. Buna göre işçinin ücret, ikramiye, prim, yol ve yemek gibi tüm hakları çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenecektir. İşçinin iş görme borcunun olmadığı ve çalışmadığı süreler için işverenin ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. Yarım çalışma hakkının kullanılması durumunda işçinin iş sözleşmesinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Dolayısıyla tam süreli çalışan bir işçi yarım çalışma hakkını kullanarak kısmi süreli çalışmaya geçmemekte, yalnızca belli süreler boyunca çalışma süresinin yarısında iş görme borcundan kurtulmaktadır.

Yeni getirilen bu düzenleme annenin çocuğuyla daha fazla vakit geçirmesini sağlamanın yanı sıra annelik, ev hayatı ve iş hayatı üçgeni arasında daha sağlıklı bir denge kurabilmesi, uzun süre işinden uzak kalmasını engellemesi ve çocuğunu hakkıyla büyütürken mesleki tecrübe edinmesini sağlayabilmesi açısından da önemli bir imkandır. Zira analık izni, çocuğun ebeveynine olan ihtiyacını karşılayacak kadar uzun değildir.

Yarım çalışma hakkından faydalanabilmek için işçinin tam zamanlı çalışıyor olması, amaç çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini sağlamak olduğundan çocuğun hayatta olması ve işçinin bu yönde bir talebinin olması gerekmektedir. Bu haktan yararlanabilecek olan kişiler ise doğum yapan kadın işçi ile evlat edinen kadın veya erkek işçidir. Dolayısı ile doğum halinde yalnızca annenin yarım çalışma hakkı bulunmakta, çocukla arasında hukuki soy bağı kurulmuş olan babanın ise yarım

çalışma hakkı bulunmamaktadır. Doğum halinde bu hakkın yalnızca anneye verilmesi ise kanaatimizce önemli bir eksikliktir. Zira çocuğun bakım yükümlülüğü yalnızca anneye ait değil, aynı oranda babaya da aittir. Bu nedenle bu hakkın doğum veya evlat edinme fark etmeksizin “ebeveynlere” eşit şekilde verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu haktan faydalanabilmek için doğumun gerçekleşmesi veya üç yaşından küçük çocuğu evlat edinenler bakımından çocuğun fiilen teslim edilmiş olması gereklidir. Doğum halinde yarım çalışma hakkına sahip olan kişi anne, evlat edinme halinde yarım çalışma hakkına sahip olan kişi ise birlikte evlat edinen eşlerden sadece biri veya münferiden evlat edinen kişidir.²⁶³

Kanun yarım çalışma izni için “... verilir.” şeklinde emredici ifade kullandığından gerekli şartları taşıyan ve başvuran işçinin yarım çalışma hakkı talebini işverenin reddetme veya yarım çalışma hakkını kullandığı için işçiye herhangi bir yaptırım uygulama hakkı bulunmamaktadır. Yarım çalışma talebinin reddi halinde işçi, iş akdini haklı nedenle feshederek varsa hak ettiği işçilik alacaklarına hak kazanabilecektir.²⁶⁴

Yarım çalışma hakkının kullanılarak çalışılmayan sürelerin yıllık izin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgili olarak ise yıllık izin hakkında İşK md 55’e göre *“kadın işçilerin İşK md 74’e göre doğum öncesinde ve doğum sonrasında çalıştırılmadığı süreler yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılır.”* hükmünü içerdiğinden yarım çalışma hakkını kullanan işçi her ne kadar bu izin süresince çalışmadığı süreler olsa da yıllık izni hesaplanırken tam çalışmış kabul edilecek ve yarım çalışma hakkı boyunca çalışılmayan süreler yıllık izinden mahsup edilmeyecektir. Çünkü ücretsiz iznin yıllık izin hesabında dikkate alınmayacağı açıkça bir yasal hükümle ifade edilmiş ise de yarım çalışma hakkı bakımından böyle bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak doktrinde İşK md 74’te yer alan sürelerin kadın işçinin çalışmasının yasak olduğu analık izni süresini içerdiği, işçinin talebine bağlı olan yarım çalışma hakkını kapsamadığı yönünde görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre İşK md 55, İşK md 74’e 6663 sayılı kanunla eklenen hükümden daha

²⁶³ Erkan, s. 68; Çalışkan, s. 62; Baytekin, s. 92; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca s. 863; Arslan Ertürk, s. 360; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 130; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1283; Yusuf/ Topkaya, s. 60; Köseoğlu, s. 106; Yemişken, s. 125; İşçi Baş, s. 69; Şahin Emir, s. 76; Oskay, s. 45; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 52; Taşdemir, s. 1; Aksoy, s. 50; Süzek, s. 888; Sarıkaya, s. 158; Caniklioğlu, s. 141.

²⁶⁴ Değer Ermumcu, s. 2014; Oskay, s. 53; Süzek, s. 889.

önce getirilmiş olduğundan yarım çalışma hakkı İŞK md 55 kapsamında kabul edilmemeli ve yarım çalışma hakkını kullanan işçinin çalışmadığı süreler yıllık izin hesabında dikkate alınmamalıdır.²⁶⁵

İŞK' ya yarım çalışma hakkını getiren 6663 sayılı kanunun 20. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Kanununa ek 5. madde getirilmiş olup, “doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği” başlıklı bu madde uyarınca işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması şartlarının bulunması halinde işçinin doğum veya evlat edinme sonrası yarım çalışma hakkı kapsamında çalışmadığı sürelerin ücreti İşsizlik Sigortası Fonundan ödenir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Geçici iş göremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmez. Dolayısıyla işçi, analık izni süresince geçici iş göremezlik ödeneğinden faydalanacağından bu süreler için yarım çalışma ödeneğinden faydalanamaz. Kaldı ki zaten bu süreler içinde yarım dahi olsa çalıştırılması mümkün değildir.

Bu hüküm uyarınca doğum veya evlat edinme öncesindeki son 3 yıl içerisinde en az 600 gün işsizlik sigortası primi ödenmiş olan işçi, doğum veya evlat edinme sonrasında yarım çalışma hakkını kullansa dahi ekonomik olarak herhangi bir kayba uğramayacaktır. Dolayısıyla her ne kadar İŞK'da yarım çalışma hakkı ücretsiz izin olarak ifade edilmişse de İşsizlik Sigortası Kanunundaki bu hüküm uyarınca şartları taşıyan kişiler için yarım çalışma hakkı ücretsiz değildir. Şartları taşıyan ve süresi içinde gerekli başvuruyu yapan işçilerin çalışmadığı sürelerin ücreti günlük asgari ücretin brüt tutarı oranında devlet tarafından kendisine ödenecek olup, 2022 yılı için bu ücret günlük 166,80 TL'dir. Dolayısıyla işçiye ödenen ücret yasal düzenlemeyle belirlenmiş olup, prime esas kazancının herhangi bir önemi yoktur. Böylelikle yarım

²⁶⁵ Değer Ermumcu, s. 2015; Oskay, s. 52, Süzek, s. 889.

çalışma halinde işçiye ücret güvencesi getirilmiştir. Zira kadınlar genelde doğum sonrasında ekonomik kayba uğramamak için işe tam zamanlı olarak geri dönmeye kendilerini mecbur hissetmektedir.

4447 sayılı kanunun ek 5. maddesinin devamında yarım çalışma ödeneğinden faydalanacak olan işçinin çalıştığı sürelerin SGK primlerinin işveren tarafından, çalışmadığı sürelerin SGK primlerinin ise Fon tarafından SGK'ya ödeneceği belirtilmiş olup, böylece doğum veya evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinden faydalanacak olan işçinin prim gün kaybının olmaması sağlanmıştır. İşçinin yarım çalışma ödeneğinden faydalanabilmek için yarım çalışmaya başlamadan evvel tam zamanlı çalışıyor olması gerekir. Kısmi süreli çalışan işçilerin yarım çalışma ödeneğinden faydalanması mümkün değildir.²⁶⁶

Yarım çalışma hakkından faydalanabilmenin şartlarından biri çocuğun hayatta olması olduğundan yarım çalışma izninin kullanıldığı süre içerisinde çocuğun vefat etmesi halinde izin de sona erecektir. Aynı şekilde izin süresi içinde izni kullanan ebeveynin vefat etmesi halinde de yarım çalışma hakkı sona erer. Zira yasada yarım çalışma hakkının kapsamı analık izninde olduğu gibi vefat halinde hayatta kalan diğer ebeveyne kullanılacak şekilde geniş tutulmamıştır. Yarım çalışma hakkı kanundan doğan, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple bu hakkın kullanılabilmesi için işverenin onayı gerekmez. İşçinin yalnızca işverenden usulüne uygun talepte bulunması yeterlidir. Ancak işverenin bu talebe olumsuz cevap vermesi veya hiç cevap vermemesi sonucu değiştirmeyecek, işçi iznini kullanmaya başlayacaktır.²⁶⁷

Yarım çalışma izni boyunca işçi, çalışmadığı sürelerde başka bir işe girdiği takdirde yarım çalışma ödeneğinden faydalanamaz. Zira kanun hükmünün amacı işçinin çalışma süresini yarı yarıya azaltarak çocuğu ile daha uzun süre vakit geçirmesini sağlamak olup, işçinin çalışmadığı sürelerde başka yerde işe girmesi bu hükmün amacıyla bağdaşmamaktadır.

²⁶⁶ Çalışkan, s. 79-82; Baytekin, s. 93; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 865; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 130; Değer Ermumcu, s. 2015-2016; Gökçeoğlu Balcı, s. 1283; Köseoğlu, s. 108; Yemişken, s. 126; Şahin Emir, s. 77; Oskay, s. 48; Sarıkaya, s. 160; Taşdemir, s. 4; Caniklioğlu, s. 145.

²⁶⁷ Çalışkan, s. 83; Baytekin, s. 93; Değer Ermumcu, s. 2016; Taşdemir, s. 219.

Yarım çalışma ödeneğinden faydalanırken işten ayrılan bir işçinin bu ödeneği kesilir. Zira işçi, işten ayrılma tarihi itibarıyla artık ödenekten faydalanma şartı olan “yarım çalışma” yükümlülüğünü yerine getirmemektedir. İşçinin yarım çalışma hakkının süresi bitmeden başka bir işyerinde yeniden işe başlaması halinde ise kalan süre için yarım çalışma ödeneği kaldığı yerden devam eder.

Yarım çalışma hakkının süresi, kanunda kademeli olarak uzatılmıştır. Buna göre doğum yapan işçinin yarım çalışma hakkı ilk doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, üçüncü doğumda ise yüz seksen gündür. Bu süreler iş günü değil takvim günü olarak belirlenmiştir. Evlat edinenler için ise böyle açık bir düzenleme olmadığından işçinin kaçınıcı evlat edinmesi olduğuna göre bu süreleri uzatmanın mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca bu haktan faydalanabilmek için işçi ile çocuk arasında kurulan soy bağının doğumla mı yoksa evlat edinme ile mi olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Buna göre örneğin ilk çocuğunu evlat edinmiş ve altmış gün yarım çalışma hakkı kullanmış bir işçi sonradan doğumla ikinci kez çocuk sahibi olmuş ise bu durumda bu işçinin ikinci çocuk bakımından yüz yirmi gün yarım çalışma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde yarım çalışma hakkının süresini belirlerken önceki çocukların hayatta olup olmamasının da bir önemi yoktur. Buna göre ilk çocuğu vefat etmiş bir işçi ikinci doğumunda altmış değil yüz yirmi gün yarım çalışma hakkına sahiptir.

Çoğul doğum halinde yarım çalışma sürelerine otuzar gün ekleneceği İşK md 74/2 ve Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik md 6/2’de belirlenmiş olup, bu durumda işçinin ilk doğumunun çoğul olması halinde yarım çalışma süresi doksan gün, ikinci doğumunun çoğul olması halinde yüz elli gün şeklinde uygulanır. Kanaatimizce bu süreler evlat edinen işçiler bakımından da birden çok çocuğun evlat edinilmesi halinde de aynı şekilde uygulanmalıdır. Çocuğun engelli doğması halinde ise kaçınıcı gebelik olduğu dikkate alınmaksızın yarım çalışma hakkı süresi üç yüz altmış gün olarak uygulanacaktır. Aynı şekilde engelli bir çocuğun evlat edinilmesi halinde de bu hüküm uygulanmalıdır. Çoğul doğumlar ve engelli çocuklarda bakım yükümlülüğünün daha fazla olması nedeniyle yarım çalışma hakkı süresi de uzatılmıştır. Bu durumlarda yarım çalışma hakkı süresi uzatılacağından yarım çalışma ödeneği de daha uzun süre ödenmiş olacaktır. Ancak çoğul doğum veya

çocuğun engelli doğması halinde yarım çalışma ödeneğinde süre dışında başka bir artırım uygulanmayacaktır.²⁶⁸

Yönetmeliğin 6/3 maddesi uyarınca çocuğun engelli doğduğunun hekim raporu ile tespit edilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla çocuğun engelli doğduğunun doğumdan sonraki bir yıllık süre içinde anlaşılması halinde de bu durumun anlaşıldığı tarihten itibaren yarım çalışma hakkının var olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu düzenlemelerde doğum öncesi veya doğum anında gerçekleşen bir nedenle çocuğun engelli olması düzenlenmiş ancak sağlıklı doğan bir bebeğin doğumdan kısa bir süre sonra herhangi bir sebeple engelli olması ihtimali düzenlenmemiştir. Kanaatimizce yarım çalışma hakkının bu ihtimalde de kullanılabileceğinin açıkça düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Aynı şekilde kanunda engelli bir çocuğun evlat edinilmesi hali de düzenlenmemiş olup, kanaatimizce bu durum büyük bir eksiklikler. Zira engelli doğan veya doğumundan kısa bir süre sonra engelli hale gelen bir çocuk ile evlat edinilen bir engelli çocuğun eşit derece ilgi ve bakıma ihtiyacı bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu izin süresi engelli bir çocuğun evlat edinilmesi halinde de üç yüz altmış gün olarak uygulanmalı, hüküm bu yönde yeniden düzenlenmelidir.

Çoğul doğum ile dünyaya gelen bebeklerin engelli olması ihtimali de mevzuatta düzenlenmemiş olan durumlar olup, bu durumda kanaatimizce yönetmelikte öngörülen üç yüz altmış günlük yarım çalışma hakkı süresine ayrıca otuz gün eklemek daha uygundur. Zira zaten anne ve baba için maddi ve manevi ciddi zorluklar içeren engelli bebek büyütme durumu aynı anda dünyaya gelen birden çok çocuk için geçerli olduğunda daha da zorlaşmaktadır.

İşK. md. 74/3 uyarınca birinci ve ikinci fıkrada öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir. Dolayısı ile kanun ile belirlenmiş olan bu süreler asgari süreler olup, kadın işçinin sağlık durumu gerektirdiği takdirde hekim raporuyla belirtilmek kaydıyla arttırılabilecektir. Ancak kanun hükmünün açık lafzı uyarınca yarım çalışma hakkını kullanacak olan işçinin analık izninin bitiminden itibaren haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışması gerekmektedir. Dolayısıyla

²⁶⁸ Çalışkan, s. 81; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 866; Değer Ermumcu 2020-2021; Şahin Emir, s. 88; Oskay, s. 47; Sarıkaya, s. 159; Caniklioğlu, s. 148-149.

işçinin sağlık durumunun çalışmaya elverişli olmaması halinde yarım çalışma süresinin değil, analık izni süresinin hekim raporu ile uzatılması ihtimali gündeme gelecektir. Bu nedenle bu hükmün yarım çalışma hakkı bakımından uygulanması pek mümkün değildir. Ayrıca uygulamada pek rastlanmamak ile birlikte işverenin kadın işçi ve çocuk lehine olacak şekilde ücretli izin süresini veya yarım çalışma süresini kendisinin artırmasında da hukuken herhangi bir engel yoktur.²⁶⁹

İşK. md. 74/8 uyarınca bu hükümlerden yalnızca İş Kanunu değil Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında olan işçiler de faydalanabilecektir. Böylece İşK’da kadın işçilere 73. maddede verilen hakların kapsamı genişletilmiş, İş Kanunu’na tâbi olmayan kadın işçiler için de geçerli hale getirilmiştir.²⁷⁰

Yarım çalışma izninin işverenden ne zaman talep edilmesi gerektiği konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde yarım çalışma hakkını kullanmak üzere işverene bildirilecek olan talebin İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 5’te yarım çalışma ödeneği için öngörülen 30 günlük süre içerisinde yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁷¹ Kanaatimizce bu dönemde anne ve bebeğin daha uzun süre birlikte vakit geçirmesinin önemi dikkate alınarak yarım çalışma hakkından faydalanma imkânı açısından 30 günlük süreyi hak düşürücü süre olarak yorumlamamak ve analık izni bitiminden 30 gün geçtikten sonra yapılmış olan başvurularda dahi yarım çalışma hakkının varlığını kabul etmek daha uygundur. Sonuç olarak kanaatimizce yarım çalışma ödeneği için başvurunun 30 günlük süre içerisinde yapılmamış olması ödeneğin azaltılmasına neden olacak ise de işverene yapılacak olan başvuruda bu süreye uyulmamasının yarım çalışma süresini kısaltması doğru olmayacaktır. Bu bakımdan ödenek ile yarım çalışma hakkı süresini birbirinden ayırmak gerekmektedir.

Yarım çalışma hakkının kullanılacağıın işverene ne zaman bildirileceği konusunda 08.11.2016 tarihli, 29882 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik’in 8/1. maddesi de önem arz etmektedir. Bu hüküm uyarınca işçi, *5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6’ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7’nci*

²⁶⁹ Çalışkan, s. 71-73; Köseoğlu, s. 106; İşçi Baş, s. 66; Şahin Emir, s. 89-90; Oskay, s. 47.

²⁷⁰ Baytekin, s. 96; Çalışkan, s. 62; Yemişken, s. 126; Sarıkaya, s. 159; Caniklioğlu, s. 142.

²⁷¹ Baytekin, s. 94; Çalışkan, s. 65.

maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağıının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.

*Kısmi süreli çalışma talebi, 7'nci maddede belirtilen ücretsiz izin süresi kesilerek de yapılabilir. Ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmaz. **Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir.** Kısmi süreli çalışmaya ilişkin bu hükmün kıyasen yarım çalışma hakkı bakımından da uygulanması gerektiği yönünde doktrinde görüşler bulunmaktadır.²⁷² Bizim görüşümüze göre ise bu hüküm, hak düşürücü süre olarak değil, yarım çalışma hakkının başvuru tarihinden itibaren en geç ne zaman kullanılmaya başlayacağına ilişkin bir hüküm olarak yorumlanmalıdır. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca yarım çalışma hakkı için işverenine talepte bulunan işçi en geç bir ay sonra bu haktan faydalanmaya başlayabilecektir. Ayrıca bu hükümde yer alan “en az otuz gün önceden yazılı olarak işverene bildirme” yükümlülüğünün yarım çalışma hakkı bakımından geçerlilik şartı değil ispat şartı olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece işçinin talebini en az bir ay önceden alan işverenin yarım çalışma nedeniyle oluşacak işgücü açığını kapatması ve işin aksamasının engellenmesi açısından da yeterli süresi olacaktır.²⁷³*

Yarım çalışma hakkı ile yarım çalışma ödeneği birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte yarım çalışma ödeneğinden faydalanmak için gerekli şartların taşınmıyor olması, örneğin işçinin en az 600 günlük işsizlik sigortası priminin ödenmemiş olması yarım çalışma hakkından faydalanamayacağı anlamına gelmez. Bu durumda işçi, yarım çalışma ödeneğinden faydalanamasa dahi ücretsiz olarak yarım çalışma hakkından faydalanabilecektir. Yarım çalışma ödeneği için öngörülen 30 günlük başvuru süresinin yarım çalışma hakkı bakımından uygulanmaması gerektiğinin bir başka gerekçesi de budur.²⁷⁴

Yarım çalışma hakkını kullanan işçinin çalışma süresi, izinden önce tam zamanlı çalışıyor iken o işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresi ne kadar ise o sürenin yarısı kadar olacaktır. Bu süre İşK md 63 uyarınca haftalık en çok kırk beş

²⁷² Çalışkan, s. 66; Caniklioğlu, s. 144.

²⁷³ Baytekin, s. 94; Çalışkan, s. 66; Köseoğlu, s. 106; Şahin Emir, s. 82-84; Oskay, s. 53; Sarıkaya, s. 160.

²⁷⁴ Çalışkan, s. 66.

saat, yer altı ve maden işlerinde çalışan işçiler bakımından ise en çok haftalık 37,5 saattir. Ancak işyerinde bu sürelerden daha az çalışma yapılması da mümkündür. Örneğin haftalık çalışma süresi 40 saat olan bir işyerinde yarım çalışma hakkını kullanan bir işçinin haftalık çalışma süresi 20 saat olacak, yarım çalışma ödeneğinden faydalanacağı süre ise geri kalan haftalık 20 saat olacaktır. Kanun hükmünün açık lafzı uyarınca haftalık çalışma süresinden daha az süre çalışan işçinin yarım çalışma ödeneğinden faydalanma hakkı olmayacaktır. Örneğin haftalık çalışma süresi 45 saat olan bir işyerinde yarım çalışma hakkını kullanan işçinin çalışma süresi 22,5 saat olup, bu işçi haftada 18 saat çalışır ise kanundaki şartları taşısa bile yarım çalışma ödeneğinden faydalanamaz.²⁷⁵

Yarım çalışma hakkının ne şekilde kullanılacağına dair mevzuatta açık bir düzenleme yoktur. Bir görüşe göre bu iznin haftanın çalışılan günlerinin tamamında yarım gün olacak şekilde kullanılması gerekmekte olup, topluca kullanılması mümkün değildir.²⁷⁶ Yarım çalışma hakkı kullanıldığı sürece süt izni kullanılamayacağına ilişkin hüküm de bu görüşü desteklemektedir. Bir başka görüşe göre ise yarım çalışma hakkı haftanın belli günlerinde çalışılıp diğer günlerinde çalışmamak şeklinde de kullanılabilir.²⁷⁷ Mevzuatta yarım çalışma süresi olarak “haftalık çalışma süresi” baz alındığından kanaatimizce işçi ve işveren bu konuda mutabakata varırlar ise bu iznin her iki şekilde de kullanılması mümkündür. Ancak bu iznin toplu şekilde kullanılması örneğin altmış gün yarım çalışma hakkı olan bir işçinin 30 gün tam zamanlı çalışıp 30 gün tam izin kullanması, iznin verilmiş amacına aykırıdır.²⁷⁸

Yarım çalışma hakkının sona ermesi bakımından da çeşitli ihtimaller mevcuttur. Bu hakkın sona erdiği ilk ve olağan durum, süresinin bitmiş olmasıdır. Örneğin ilk kez doğum yapmış bir işçi analık izni bitiminden itibaren altmış gün yarım çalışma yaptığı vakit bu hakkı sona erer. Bir başka ihtimal, çocuğun vefat etmesidir. Bu durumda çocuk yarım çalışma süresi içerisinde vefat ederse bu süre tamamlanmamış olsa bile kendiliğinden sona erer. İşçinin iş sözleşmesinin fesih veya ölüm gibi herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda da yarım çalışma hakkı sona erecektir. Örneğin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi yarım çalışma

²⁷⁵ Çalışkan, s. 70; Değer Ermumcu, s. 2017; Köseoğlu, s. 107; Şahin Emir, s. 95-96.

²⁷⁶ Köseoğlu, s. 107; Şahin Emir, s. 93; Oskay, s. 51; Caniklioğlu, s. 144.

²⁷⁷ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 749.

²⁷⁸ Çalışkan, s. 75; Köseoğlu, s. 107; Şahin Emir, s. 93-94.

hakkını kullanıyor iken sözleşme süresi sona ererse yarım çalışma hakkı da sona erer. İşçinin ölümü halinde kullanamadığı yarım çalışma süresinin babaya kullandırılması yasal olarak mümkün değildir. Bu durum yarım çalışma hakkının analık izninden ayrılan bir başka yönüdür.²⁷⁹

Doğum yapan veya evlat edinen işçinin öncelikle toplamda on altı haftalık analık izni, ardından İşK md 74/2 ve bu yönetmeliğin 6. maddesinde öngörülen yarım çalışma hakkı (altmış gün, yüz yirmi gün veya yüz seksen gün) bulunmaktadır. İşK md 74/6'da yer alan ücretsiz izin ile 74/2'deki yarım çalışma hakkının birbirini tamamlar nitelikte mi olduğu yoksa kadın işçinin bu iki haktan birini seçmesi mi gerektiği hususunda ise doktrinde tartışma vardır. Bu iki düzenlemenin birbirini tamamladığı kabul edilirse kadın işçi analık izninin bitiminden itibaren yarım çalışma hakkını kullanabilecek, bu iznin süresi bittikten sonra ise altı aylık süre doluncaya kadar İşK md 74/6'daki ücretsiz iznini kullanabilecektir.²⁸⁰ Diğer görüşteki yazarlara göre yarım çalışma hakkı ve ücretsiz izin hakkı birbirinin alternatifidir. Zira yasal düzenlemede “veya” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle her iki iznin de başlangıç süresi analık izninin bitiş tarihi olduğundan analık izninden sonra işçi hangi hakkını kullanmayı tercih ediyor ise o hakkını işverene bildirmelidir.²⁸¹

Kanaatimizce kadın işçilerin doğum sonrasında gündeme gelen bu hakları, çalışma hayatı ile anneliği bir arada yürütmenin zaten çok zor olduğu, bebeğin doğumundan sonraki ilk yıllarında annesine ne denli muhtaç olduğu ve ülkemizin ekonomik gelişimi açısından kadın istihdamını arttırmanın zorunlu olduğu da göz önüne alınarak birbirini tamamlayıcı şekilde yorumlanmalıdır. Mevzuat yarım çalışma hakkını analık izninin bitiminden itibaren öngördüğünden kadın işçinin 16 haftalık analık izni sona erdiğinde öncelikle yarım çalışma hakkı, bu izni sona erdiğinde ise 6 ay doluncaya kadar ücretsiz izni olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda kadın işçi analık izninin bitiminden itibaren yarım çalışma hakkını kullanarak şartları taşıyor ise işsizlik sigortasından da faydalanarak daha az çalışmayla gelir elde etmek ve kalan sürede de İşK md 74/6'daki ücretsiz izinden faydalanmak imkanına sahiptir. Yani kadın işçi analık izninin bitiminden itibaren

²⁷⁹ Çalışkan, s. 78; Şahin Emir, s. 98.

²⁸⁰ Baytekin, s. 95; Süzek, s. 889.

²⁸¹ Çalışkan, s. 77; Şahin Emir, s. 104; Oskay, s. 49; Süzek, s. 889.

dilerse yarım çalışma hakkını kullanabilmeli ve bu izni kullanması bakiye ücretsiz iznine halel getirmemelidir. Bunun yerine kadın işçi isterse analık izninin bitiminden itibaren 6 aya kadar yalnızca ücretsiz izin kullanarak ekonomik kayıp ile de olsa çocuğu ile daha fazla vakit geçirmeyi de tercih edebilir. Kadın işçi, altı aylık ücretsiz izni henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra kısmi süreli çalışmak üzere işverene yazılı bildirimde bulunduğu takdirde artık çocuğu zorunlu ilköğretim yaşına gelinceye kadar kısmi süreli çalışabilecektir.

İşçinin analık izninden sonra yarım çalışma şeklinde işe geri dönmesi ve ardından tekrar ücretsiz izne ayrılarak işi bırakması elbette hem hukuken hem de uygulamada çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle yarım çalışma süresinin başlangıç tarihinin “analık izni bitimi” değil de “analık izni veya ücretsiz izin bitimi” şeklinde düzenlenmesi kanaatimizce daha isabetli olurdu. Zira analık izni süresince işe ara vermiş olan işçi ücretsiz iznini de tamamladıktan sonra yarım çalışma şeklinde işe geri döner ise çocuğunun ilk on ayında tam zamanlı olarak yanında bulunabilecek, ardından da yarım çalışma hakkını kullanarak hem kendisi hem de bebeği iş hayatına daha rahat adapte olabilecektir. Şartları taşıyor ise yarım çalışma ödeneğinden de faydalanır ise işçinin altı aya kadar olan ücretsiz izin dışında herhangi bir ekonomik kaybı da olmayacaktır.

5.3.Ücretsiz İzin

İşK. md. 74/6 uyarınca isteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene de verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz ve çalışılmış gibi sayılmaz. Bu altı aylık süre boyunca iş sözleşmesi askıda olmasına rağmen bu süre hizmet süresinden sayılmaz. Dolayısıyla altı aylık ücretsiz izin süresi kıdem tazminatı hesabında da dikkate alınmaz.²⁸² Bu süre için kadın işçiye ücret ödenmediğinden işçiden sigorta primi kesilmesi de söz konusu değildir. Kadın işçinin on altı haftalık analık izni sonrası kullanabileceği en fazla altı ay süreli bu izin ise ücretsiz izindir ve azami süredir.

²⁸² Coşkun, s. 64; Erkan, s. 55; Çalışkan, s. 83; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 867; Arslan Ertürk, s. 360; Bacak/ Yiğit, s. 14; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 582; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1280; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Yusuf/ Topkaya, s. 60; Köseoğlu, s. 110; Köseoğlu/ Kaya, s. 57; Şahin Emir, s. 100; Mülâyim, s. 113; Oskay, s. 54; Sarıkaya, s. 148; Karabulut, s. 99; Taşdemir, s. 63; Süral, s. 292; Süzek, s. 888.

Mutlaka altı ay olması gerekmez. Daha kısa bir süre de olabilir. İşçi dilerse altı ay dolmadan da işine geri dönebilir.

On altı haftalık izin ise doğum yapmış olan her kadına verilmesi zorunlu bir izindir. Zira on altı haftalık izin ile ilgili olarak kanun hükmü kadın işçi için “çalıştırılmaz” ifadesini kullanmaktadır. Yani yeni doğum yapmış olan kadın işçinin toplamda en az on altı hafta boyunca çalıştırılması yasaktır. Ancak altı aya kadar olan ücretsiz izin, işçinin talebine bağlıdır. İşçi isterse işverene bu yönde bir beyanda bulunmak kaydı ile altı aya kadar ücretsiz izin kullanabilir. İşçinin bu yönde talebini iletmesi halinde ise işverenin bu talebi reddetme veya işçinin iş akdini sırf doğum sonrası altı aylık ücretsiz izin kullandığı iddiasıyla feshetme hakkı yoktur. Zira kanun “ücretsiz izin verilir.” diyerek bu hakkı işverenin takdirine bırakmamış ve emredici şekilde düzenlenmiştir. Bu iznin amacı da annenin çocuğuyla daha iyi bir şekilde ilgilenbilmesini sağlamak olup, işverenin iş akdini sırf işçinin doğum sonrası ücretsiz izin kullanmak istemesi sebebiyle feshetmesi halinde işçi, İşK’den kaynaklanan işe iade veya işçilik alacakları talebinde bulunabilir. Ancak bunun için feshin yalnızca ücretsiz izin döneminde yapılmış olması yeterli değildir. Asıl fesih sebebinin cinsiyet, analık gibi sebeplerle yani cinsiyet ayrımcılığı ile yapıldığının işçi tarafından kanıtlanması gerekmektedir.²⁸³

İşK md 74/6’ya 09.01.2016 tarihli 6663 sayılı kanunun 22. maddesi ile getirilen bir sonraki cümle ile altı aylık bu ücretsiz izin, üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinmiş olan kişiye verilmektedir. Bu durumda bu ücretsiz izni yalnızca kadın değil evlat edinmiş olan erkek de kullanabilir. Ancak doğum halinde ücretsiz izin hakkı yalnızca anneye ait olup, eşi doğum yapan erkek işçinin ücretsiz izin hakkı bulunmamaktadır.

İşK md 104 uyarınca 74. maddede öngörülen analık iznini ve ücretsiz izni kullandırmayan işveren veya işveren vekili hakkında idari para cezası uygulanır.

²⁸³ Yuvalı, s. 111; Baytekin, s. 91; Manav Özdemir, s. 159; Arslan Ertürk, s. 361; Hüseyinli/Hüseyinli, s. 127; Oğuz, s. 582; Taşkent/ Kurt, s. 41; İşçi Baş, s. 68; Şahin Emir, s. 100; Oskay, s. 55; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 51; Taşdemir, s. 63; Aksoy, s. 50; Süzek, s. 889.

Ayrıca işçinin ücretsiz iznini tamamladıktan sonra işe geri dönme iradesi olur ancak işveren işçiyi işe başlatmaz ise iş akdini işveren feshetmiş sayılacaktır.²⁸⁴

5.4.Ebeveynlere Verilen Kısmi Süreli Çalışma Hakkı

Tarih boyunca işçinin geçimini sağlayabilmesinin tek yolu emeğinin karşılığı olan ücreti olduğundan iş ilişkilerinin tam zamanlı olması gerektiği düşünülmüştür. Bu nedenle işyeri ve iş hayatı insanın vaktini en fazla geçirdiği alan haline gelmiştir. İnsan hayatında işine ayırdığı zaman arttıkça aile hayatına ayrılan vakit azalmış, insanlar çocuk sahibi olma konusunda daha çekingen davranmaya başlamıştır. Bu durum toplumun nüfus artış hızının azalmasına ve yaşlı nüfusun artmasına sebep olmuştur. Yirminci yüzyılın sonlarından itibaren dünya nüfusunda yaşanan bu durumla birlikte gerçekleşen ekonomik ve teknolojik gelişmeler iş ilişkilerinde esnekleşmeyi, bu esnekleşme de kısmi süreli çalışmayı gündeme getirmiştir. Zira iş ve aile hayatı arasında denge kurulmasının sağlanması nüfusun devamı açısından elzem hale gelmiştir.

Kısmi süreli çalışma ülkemizde daha çok kadınlar, öğrenciler ve emekliler tarafından tercih edilmektedir. Kadınların tercih etme sebebi evine ve özellikle varsa çocuklarına daha fazla vakit ayırmak istemeleridir. Avrupa’da ise kısmi süreli çalışma insanların daha fazla boş vakit geçirmek istemelerinden dolayı tercih edilmektedir. Kısmi süreli sözleşme işsizliği ortadan kaldırma ve istihdamı arttırmada da etkilidir. Çünkü bu çalışma biçiminde işin bölünmesi işçi ihtiyacını ortaya çıkarmakta ve işsizlerin iş bulma imkânı böylece kolaylaşmaktadır.²⁸⁵

Kısmi süreli çalışma hakkı İşK md 13’te düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca kısmi süreli iş sözleşmesi, *“İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.”* “Önemli ölçüde az” ifadesi 2004 tarihli İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği ve Yargıtay kararlarında işyerindeki toplam çalışma süresinin üçte ikisi olarak netleştirilmiştir. Örneğin bir

²⁸⁴ Baytekin, s. 91; Çalışkan, s. 85; Arslan Ertürk, s. 361; Hüseyinli/ Yiğit, s. 308; Oğuz, s. 582; Taşkent/ Kurt, s. 41; Yusuf/ Topkaya, s. 63; İşçi Baş, s. 73; Şahin Emir, s. 71; Oskay, s. 55; Karabulut, s. 99; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 58; Taşdemir, s. 63.

²⁸⁵ Erkan, s. 66; Durmaz, s. 49; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 213; Süzek, s. 272; Arslan Ertürk, s. 347; Önder, s. 43; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 94; Şahin Emir, s. 150; Sarıkaya, s. 148; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 46; Taşdemir, s. 2; Yıldırım Dalgan, s. 371.

işyerinde haftalık 45 saat çalışılıyor ise en fazla 30 saate kadar çalışan işçi kısmi süreli çalışan olarak kabul edilecektir. Kısmi süreli iş sözleşmesi belirsiz süreli olabileceği gibi İşK md 112’de yer alan şartları taşıyor ise belirli süreli de yapılabilir.²⁸⁶ Kısmi süreli çalışma hakkının detayları ise Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik’te yer almaktadır.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin amacı işçilerin iş hayatı dışında eğitimlerine, ev işlerine, şahsi işlerine ve çocuklarına da vakit ayırabilmelerini sağlamaktır. İş hayatına engel olan bu durumları yönetmek zorunda kalan kişiler işsiz kalmaktansa en azından bu durumlardan arta kalan sürelerde kısmi süreli çalışma ile istihdama katılma, mesleki tecrübe edinme ve gelir elde etme imkanına sahip olmaktadır. Bu tür sözleşmelere İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve Borçlar Kanununun uygulandığı ev hizmetlerinde oldukça sık rastlanmaktadır. Ayrıca küçük işyerlerindeki temizlik işleri, büro hizmetleri ile hukuk, vergi, muhasebe gibi danışmanlık hizmetlerinde de kısmi süreli çalışma yapıldığı görülmektedir.

İşK md 13/5 ve devamına göre kısmi süreli çalışma hakkı yalnızca kadın işçilere verilmemiştir. Madde hükmüne göre bu hak “ebeveynlere” verilmiş olup hem kadın hem de erkek bu haktan faydalanabilecektir. Bu sebeple İşK md 13’te yer alan kısmi süreli çalışma hakkına doktrinde “ebeveyn izni” de denmektedir.²⁸⁷

İşK md 13’e göre ebeveynlerden biri, kısmi süreli çalışma hakkını ancak çocuğun mecburi ilköğretim yaşı doluncaya kadar kullanabilecektir. Dolayısıyla işçinin bu hakkına kanunla belli bir süre sınırı getirilmiştir. Dolayısıyla ilköğretim çağına gelmiş ancak bakıma muhtaç olan çocukların ebeveynleri bu haktan yararlanamazlar. Doktrinde yer alan bir görüşe göre kısmi süreli çalışmaya süre sınırı getirilmiş olması engelli çocuklar bakımından isabetsizdir. Bu görüşe göre %50 veya üzeri engelli olan çocukların ebeveynleri, çocuk ilköğretim yaşını doldurmuş olsa

²⁸⁶ Baytekin, S. 108; Erkan, S. 67; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, S. 213; Süzek, S. 273; Hüseyinli/ Yiğit, S. 317; Değer Ermumcu, S. 2000; Yusuf/ Topkaya, S. 57; Şahin Emir, S. 151; Oskay, S. 76; Sarıkaya, S. 149; Taşdemir, S. 111; Y. 9. HD E. 2009/44744, K. 2009/33940, T. 08.12.2009, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/kismi-sureli-calisma-1>, et: 19.07.2022.

²⁸⁷ Çalışkan, s. 36; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 216; Arslan Ertürk, s. 361; Değer Ermumcu, s. 1999; Gökçeoğlu Balcı, s. 1286; Köseoğlu, s. 113; Yemişken, s. 127; Şahin Emir, s. 152; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 47; Taşdemir, s. 109; Süzek, s. 891; Caniklioğlu, s. 116.

bile kısmi süreli çalışma hakkına sahip olabilmelidir.²⁸⁸ Zira çocuğun engelli olması bakımını daha da zorlaştırmaktadır.

Çocuğun mecburi ilköğretim yaşını doldurmadan vefat etmesi halinde ise bu hak da kendiliğinden sona erecek ve kadın işçi tekrar tam zamanlı çalışmaya dönecektir. Kısmi süreli çalışma talebinin işverene en az bir ay önceden yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Bu hak değiştirici yenilik doğuran bir hak olup, işçinin bu hakkı kullanabilmesi için işverenin onayı gerekmemektedir. İşçi, en az bir ay önceden yapacağı yazılı bildirim ile kendiliğinden kısmi süreli çalışmaya geçer. Ücret ve ücret ekleri ise çalışma süresi ise orantılı olarak azalır. İşçi, bir daha aynı çocuk için aynı haktan faydalanmamak kaydıyla çocuğu ilköğretim yaşını doldurmadan da tekrar tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Ancak bu durumda aynı çocuk için yeniden kısmi süreli çalışmaya dönme hakkı olmaz.

İşK. md. 13/5'in 2. cümlesinde *"bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih sebebi sayılmaz."* ifadesi yer almakta olup, bu hüküm uyarınca işveren, işçi sırf kısmi çalışma hakkını kullanıyor diye bunu geçerli bir sebep olarak göstererek onu işten çıkaramayacaktır. Böyle bir durumda işçi, şartlarını taşıyor ise işe iade davası veya işçilik alacaklarının tahsili için dava açabilecektir. Aynı şekilde işveren işçinin bu talebini haklı bir sebep olmadığı halde karşılamaz ise işçi, iş akdini haklı nedenle feshederek varsa kıdem tazminatını ve diğer alacaklarını talep edebilir. İş güvencesine tâbi olan işçi böyle bir durumda işe iade davası açabilir. İş güvencesine tâbi olmayanlar ise kötü niyet tazminatı talep edebilecektir. İşverenin, işçinin yazılı ve usulüne uygun şekilde ilettiği kısmi çalışma talebini bu talebi aldığı günden itibaren bir ay içinde kabul etmesi gerekmektedir.²⁸⁹

İşçinin kısmi süreli çalışmaya başlaması halinde işçinin tamamlamadığı iş için çoğunlukla yeni bir işçinin işe alınması söz konusu olacaktır. İşçinin kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya dönmek istemesi halinde işverenin bu talebi de reddetme hakkı bulunmamaktadır. Bu durumda yani kısmi süreli çalışan işçinin tam zamanlı çalışmaya geri dönmesi halinde ise yerine işe alınan işçinin akıbetinin ne olacağı sorusu gündeme gelmekte olup, İşK md 13/5 uyarınca bu durumda kısmi

²⁸⁸ Caniklioğlu, s. 119.

²⁸⁹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkara, s. 225; Süzek, s. 891; Arslan Ertürk, s. 361; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 130; Değer Ermumcu, s. 2001; Gökçeoğlu Balcı, s. 1286; Yusuf/ Topkaya, s. 57; Köseoğlu, s. 114; Şahin Emir, s. 153; Oskay, s. 61; Sarıkaya, s. 150; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 47; Yıldırım Dalyan, s. 379; Caniklioğlu, s. 117.

süreliden tam zamanlı çalışmaya dönen işçinin yerine alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Yani kanun, kadın işçinin kısmi süreliden tam zamanlı çalışmaya başlaması halinde onun yokluğunda işe alınan diğer işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden, herhangi bir ihbara gerek kalmaksızın sona ereceğini hüküm altına almaktadır. Bu durumda ise bu işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanunda bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte 1475 sayılı İşK md 14 uyarınca iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erip işçiye kıdem tazminatına hak kazandıran hal olarak yalnızca işçinin ölümü kabul edilmektedir. Bu nedenle bu işçinin kendiliğinden sona eren iş sözleşmesinden kıdem tazminatına hak kazanamayacağı kabul edilebilir. Bu durum kısmi süreli işçi yerine işe giren işçi bakımından son derece adaletsizdir.²⁹⁰

Yönetmeliğin 14. maddesinin son fıkrasında kısmi süreli işçinin iş akdini feshetmesi halinde yerine alınan işçinin yazılı onayı alınmak suretiyle onun iş sözleşmesinin fesih tarihinden itibaren belirsiz süreli olarak tam zamanlı şekilde değişeceği hüküm altına alınmıştır. Yani işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi halinde onun çalışmadığı süreler için başka bir işçinin daha kısmi süreli işe alınması durumunda ilk işçi iş akdini feshederse ilk işçi yerine alınan ikinci işçi yazılı onay verdiği takdirde artık belirsiz süreli iş sözleşmesiyle tam zamanlı olarak çalışabilecektir.

İşK md 13/5'in son cümlesinde kısmi süreli çalışma hakkının üç yaşından küçük bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinen işçiye de verileceği ifade edilmiştir. Münferiden evlat edinme bir kadın veya erkeğin evli olmadan evlat edinmesi hali olup, bu kişilere de kısmi süreli çalışma hakkının verilmesi evlat edinmenin özendirici olması açısından yerinde olmuştur.

Kısmi süreli çalışma hakkından faydalanabilmek için yarım çalışma hakkı veya altı aylık ücretsiz iznin tamamının kullanılmış olması gerekmez. Bu izinler kanunun kadın işçilere tanıdığı diğer izin hakları olup, bu izinlerden bir veya birkaçından faydalanılmamış olması kısmi süreli çalışma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Ancak doğum sonrası sekiz haftalık sürede kadın işçinin çalıştırılması yasak olduğundan doğum sonrası kısmi süreli çalışma hakkının

²⁹⁰ Caniklioğlu, s. 135.

kullanılabilmesi için en azından bu sekiz haftalık sürenin tamamlanması gerekmektedir.

Kısmi süreli çalışma talebinin şartları, yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde işçinin kısmi süreli çalışma hakkı bulunmamaktadır. Yani kısmi süreli çalışma hakkının varlığı her iki eşin de çalışıyor olmasına bağlıdır. Kısmi süreli çalışmanın amacı çocuğun bakımına daha fazla zaman ayırabilmek olduğuna göre eşlerden biri çalışmıyor ve tam zamanlı olarak çocuğuna bakabiliyor ise diğer eşe kısmi süreli çalışma hakkı tanınmanın bir anlamı yoktur. Dolayısıyla bu hüküm kısmi süreli çalışma mantığına uygundur. Kısmi süreli çalışma talep eden işçi, eşinin de çalışıyor olduğunu talep dilekçesine ekleyeceği belge ile ispatlamak zorundadır.²⁹¹

Bu hükümden anlaşılmaktadır ki eşi çalışan erkek işçi de kısmi süreli çalışma hakkına sahiptir. Ancak eşin çalışıyor olması bu hakkın yalnızca başlaması için gerekmekte olup, işçinin kısmi süreli çalışmaya başlamasından sonra eşinin işten ayrılması halinde kısmi süreli çalışma hakkı sona ermez. Eşinin İşK kapsamında değil de memur olarak çalışması veya Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu kapsamında çalışıyor olmasının ise herhangi bir önemi yoktur. İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için belli bir kıdeme sahip olması veya işyerinin belli sayıda işçi çalıştırması, belli büyüklükte olması gibi şartlar da söz konusu değildir. Ayrıca kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı için ebeveyn olmak yani çocuk ile soybağının kurulmuş olması yeterlidir. Dolayısıyla velayet hakkına sahip olma, diğer ebeveyn ile resmi nikahlı evli olmak veya çocuk ile aynı evde yaşıyor olmak gerekmemektedir.²⁹²

Maddenin devamında ebeveynlerden ikisinin de çalışması şartının aranmayacağı haller de düzenlenmiş olup, bu hüküm uyarınca ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi, velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması, üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi hâllerinde kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmek

²⁹¹ Baytekin, s. 109-111; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraça, s. 226; Arslan Ertürk, s. 361; Köseoğlu, s. 115; Oskay, s. 61; Sarıkaya, s. 150; Süzek, s. 892; Caniklioğlu, s. 120.

²⁹² Baytekin, s. 110; Çalışkan, s. 5; Şahin Emir, s. 161; Oskay, s. 63; Caniklioğlu, s. 117.

için her iki ebeveynin de çalışması gerekmemektedir. Özetle işçinin eşi sürekli bakıma muhtaç ve bu sebeple çocuğa bakamayacak durumda ise, velayete tek başına sahip ise veya üç yaşından küçük bir çocuğu münferiden evlat edinmiş ise bu durumda eşi çalışmıyor olsa dahi kısmi süreli çalışma hakkına sahip olacaktır. Örneğin eşi cezaevinde olduğu için velayet kendisine verilmiş olan eş kısmi süreli çalışma hakkına sahiptir. Aynı şekilde münferiden evlat edinme halinde evlat edinen evli olmadığından tabii olarak “eşin çalışıyor olması” şartı aranmayacaktır.²⁹³

Kısmi süreli çalışmanın nasıl başlayacağı ile ilgili İşK md 13'te iki farklı ihtimal düzenlenmiştir. Birinci ihtimal işçinin işe başlarken doğrudan kısmi süreli çalışmaya başlaması olup, bu durum tarafların inisiyatifiyle mümkündür. Diğer ihtimal ise tam zamanlı çalışmakta olan işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi halidir. Bu ihtimalle ilgili olarak İşK md 13/4'te “*İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreliden tam süreliye veya tam süreliden kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur.*” hükmü âmir olduğundan işverenin tam zamanlıdan kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçiler için uygun pozisyonları düzenli olarak duyurma ve işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını dikkate alma mecburiyeti bulunmaktadır. Yani işverenin, işçinin bu talebini şayet işyerinde bunun için uygun pozisyon yok ise kabul etme zorunluluğu yoktur. Ancak işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmek istemesinin sebebi “çocuğunun bakımı” olması halinde işveren işçinin bu talebini her şekilde kabul etmek zorundadır.²⁹⁴

Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca bazı işlerde işçinin kısmi süreli çalışması işverenin uygun bulmasına bağlı kılınmıştır. Bu işler özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işler, nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işler, nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işleri, iş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerdir. Bu tür işlerde işverenin uygun bulmaması halinde işçinin kısmi süreli çalışma hakkı bulunmamaktadır.

²⁹³ Değer Ermumcu, s. 2005; Köseoğlu, s. 114; Şahin Emir, s. 173; Oskay, s. 64; Caniklioğlu, s. 121.

²⁹⁴ Değer Ermumcu, s. 2008; Köseoğlu, s. 117; Çolakoğlu, s. 56; Şahin Emir, s. 203.

Kısmi süreli çalışmayı işverenin uygun bulması şartı, yalnızca çocuğun bakımı için kullanılacak olan kısmi süreli çalışma hakkı için geçerli olup, diğer sebeplerle yapılacak olan kısmi süreli çalışmalarda bu işler bakımından işverenin onayı aranmayacaktır. Doktrinde bu durum eşitlik ilkesine aykırı kabul edilerek eleştirilmektedir.²⁹⁵ Zira bu işlerde çalışan bir işçi çocuğunun bakımı için kısmi süreli çalışma talep ettiğinde işverenin onayı aranacak, aynı işte farklı sebeple kısmi süreli çalışma talep eden işçi için ise bu onay aranmayacaktır. Bu düzenlemede öncelik çocuğun bakımı ve sağlıklı gelişimi olduğuna göre işveren onayının işin niteliği gözetilmeden tamamen kaldırılması bizce de daha uygundur. Bu maddede sayılan işler dışındaki işlerde ise işverenin onayı aranmaksızın işçinin kısmi süreli çalışma hakkı bulunmaktadır. Yönetmeliğin 13. maddesinde ise toplu iş sözleşmelerinde kısmi süreli olarak yapılabilecek olan işlerin 12. madde ile bağlı olmaksızın taraflarca da kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin olduğu hallerde hiçbir şekilde işverenin onayı aranmadan kısmi süreli çalışmaya geçmek mümkündür.

Yönetmeliğin 15. maddesinde kısmi süreli çalışmada çalışma sürelerinin nasıl belirleneceği de netleştirilmiştir. Bu hüküm uyarınca kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir. Bu hüküm, kısmi çalışmanın işçinin ihtiyacı nedeniyle doğduğu ve bu nedenle işçinin inisiyatifine bırakılması gerektiği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.²⁹⁶ Her ne kadar kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin çalışma saatlerini belirleme yetkisi işverende ise de işçinin kısmi süreli çalışmasının amacı çocuğuna daha iyi bakabilmek olduğundan işveren işçinin çalışma saatlerini belirlerken bunu dikkate almalı ve bu yetkisini gece çalışması gibi çocuğun bakımına zarar verecek şekilde kullanmamalıdır. Aksi halde işveren yönetim hakkını kötüye kullanmış ve işçiyi iş akdini feshetmeye zorlamış olacaktır. Doktrinde bir görüşe göre kısmi süreli çalışmak isteyen işçinin çalışma saatlerini işçinin çalışmasını zorlaştıracak şekilde düzenleyen ve dürüstlük kuralına aykırı davranan işverene karşı işçi, iş akdini haklı nedenle feshedebilecek veya somut

²⁹⁵ Şahin Emir, s. 192; Değer Ermumcu, s. 2009; Caniklioğlu, s. 128.

²⁹⁶ Caniklioğlu, s. 130.

olayın özelliklerine göre şartları varsa işe iade davası açabilecektir.²⁹⁷ Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin çalıştığı süre ile orantılı şekilde ödeneceği yine bu hükümde tekrar edilmiştir.²⁹⁸

Yukarıda detaylıca izah edildiği üzere kadın işçilere verilen doğum sonrası yarım çalışma hakkı²⁹⁹, kısmi süreli çalışma hakkından farklıdır. Yarım çalışma hakkı analık izninin bitiminden itibaren 60 gün, 90 gün veya 180 gün olarak kullanılmakta iken kısmi süreli çalışma hakkı çocuk mecburi ilköğretim yaşına gelinceye kadar kullanılabilir. Yarım çalışma hakkı kullanırken işçinin çalışmadığı süreler için şayet şartları varsa 4447 sayılı kanun uyarınca İşsizlik Sigortası Fonundan ödeme yapılması mümkün iken kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin ücreti, çalıştığı sürelerle orantılı olarak işveren tarafından ödenir. Aynı şekilde yarım çalışma hakkından faydalanan işçinin çalışmadığı sürelerin SGK primleri de gerekli şartları taşıyor ise Fon tarafından karşılanmaktadır. Ancak kısmi süreli çalışan işçi, çalışmadığı süreler için gerekli olan SGK primlerini isteğe bağlı sigortadan faydalanmak suretiyle kendisi ödeyebilir. Kısmi süreli çalışan işçinin süt izninden faydalanıp faydalanamayacağı konusunda mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır.³⁰⁰

5.5.Süt İzni

Hukukumuzda süt izninin geçmişi Umumi Hıfzıssıhha Kanununa dayanmaktadır. Bu kanunun 177. maddesine göre doğumdan sonra kadınların çalıştırılmasının yasak olduğu üç haftalık sürenin bitiminden itibaren emziren kadınlara ilk altı ay boyunca çocuğunu emzirmesi için çalışma saatleri içerisinde günde yarım saatlik iki izin verilir.

Daha sonra süt izni 3008 sayılı İş Kanunu'nda yer alarak çalışma süresinden sayılmış, iznin nasıl kullanılacağı ise bu kanuna göre çıkarılan 1953 tarihli “Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Kreşler Hakkında Nizamname”de düzenlenmiştir. Bu nizamname 1967 yılında yürürlüğe giren 931 sayılı İş Kanunu döneminde de geçerliliğini korumuştur. Bu kanunun

²⁹⁷ Caniklioğlu, s. 131.

²⁹⁸ Caniklioğlu, s. 132.

²⁹⁹ Bkz. 2. Bölüm, 5.2. Başlık. s. 118.

³⁰⁰ Baytekin, s. 113; Çalışkan, s. 85; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 229; Değer Ermumcu, s. 2009; Köseoğlu, s. 116; Şahin Emir, s. 192; Oskay, s. 69; Taşdemir, s. 112; Süzek, s. 894.

Anayasa Mahkemesince iptalinin ardından yürürlüğe giren 1475 sayılı İş Kanunu da önceki düzenlemelerle benzer düzenlemeler ihtiva etmiş, süt izniyle ilgili 1987 tarihli bir tüzük yürürlüğe girmiştir. Nihayetinde süt izni 4857 sayılı İş Kanunu ile son şeklini almıştır.³⁰¹

İşK md 74/7 uyarınca kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır. Görüldüğü üzere kadın işçinin bu haktan faydalanabilmek için bebeğini fiilen emziriyor olması gerekmez. Bebek mama ile besleniyor olsa bile kadın işçiye bebeği bir yaşına gelinceye kadar günlük bir buçuk saat süt izni verilmesi kanunen zorunludur. Bu düzenlemenin önceki düzenlemelerden farkı, süt izni 4857 sayılı İşK ile birlikte toplamda bir buçuk saate yükseltilmiş, iznin nasıl kullanılacağına ise eski düzenlemelerin aksine müdahale edilmeksizin tamamen işçinin inisiyatifine bırakılmıştır.³⁰²

Süt izni kullanma hakkı yalnızca doğum yapmış olan işçiye verilmiştir. Diğer izinlerin aksine süt izni evlat edinen işçiye verilmemiştir. Emzirme doğum yapan kadınlara özgü bir durum olduğundan hükmün bu şekilde düzenlenmiş olması kabul edilebilir ise de evlat edinilmiş çocuğun süt anne aracılığıyla beslenmesi mümkündür. Bu nedenle kanaatimizce süt izni yalnızca doğum yapan kadına değil evlat edinen ebeveynlere de tanınmalıdır.

Süt izni kullanabilmek için kadının fiilen çalışıyor olması ve bebeğin sağ olarak dünyaya gelmiş olması ve izin süresi boyunca sağ olması gerekmektedir. Doğumun geç veya erken olması ile normal veya sezaryen olmasının herhangi bir önemi yoktur. Bu iznin amacı çocuğun sağlıklı beslenmesi olduğundan izin süresi içinde çocuğun vefat etmesi halinde de süt izni kendiliğinden sona erer. Anne işsizken doğum yapmış ancak çocuğu bir yaşına girmeden işe başlamış ise bu durumda çocuğu bir yaşına girinceye kadar yine süt izni kullandırılmalıdır. Bu izin

³⁰¹ Erener Yılmaz, Ebru: “Türk İş Hukukunda Süt İzni”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, Sayfa 384-385.

³⁰² Yuvalı, s. 109; Baytekin, s. 96; Coşkun, s. 83; Erkan, s. 56; Bolcan, s. 126; Manav Özdemir, s. 153; Arslan Ertürk, s. 361; Hüseyinli/ Yiğit, 292; Oğuz, s. 582; Taşkent/ Kurt, s. 42; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1282; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Yusuf/ Topkaya, s. 60; Köseoğlu, s. 111; Erener Yılmaz, s. 385; İşçi Baş, s. 73; Köseoğlu/ Kaya, s. 59; Şahin Emir, s. 106; Oskay, s. 56; Sarıkaya, s. 148; Karabulut, s. 99; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 52; Taşdemir, s. 64; Süral, s. 294; Yıldırım Dalyan, s. 378; Aksoy, s. 51; Süzek, s. 889.

Ücretli olduğundan süt izni kullanan işçinin ücretinden herhangi bir kesinti yapılması mümkün değildir.³⁰³

Süt izni yalnızca kadın işçilere verilmiş bir hak olup, bu durum iznin getirili  amacına uygundur. Ancak tıbbi zorunluluk veya annenin tercihi sebebiyle sütünü çocuğuna sağarak bırakması ve çocuğun baba veya bakım verenlerce bu sütle beslenmesi de mümkündür. Bu sebeple kanaatimizce süt izni yalnızca anneye değil babaya da verilmelidir. Bu durumda annenin herhangi bir sebeple süt iznini kullanamaması halinde baba bu izni kullanarak çocuğun anne sütü alması kolaylaştırılabilir.³⁰⁴

Süt izninin ne şekilde kullanılacağı kanun tarafından tamamen kadın işçinin inisiyatifine bırakılmıştır. Buna göre kadın işçi günlük bir buçuk saati dilerse sabah i e bir buçuk saat geç gelerek, ak am bir buçuk saat erken çıkararak veya gün içinde parça parça kullanabilir. Elbette dürüstlük kuralı gereği bu iznini ne şekilde kullanacağını işverene önceden bildirmesi gerekmektedir. Her ne kadar yasal düzenleme bu şekilde ise de uygulamada kadın işçiler, kanunun kendilerine verdiği bu bir buçuk saatlik süreleri toplayarak haftanın bir gününde i e gelmemek şeklinde topluca kullanmakta, diğer günler ise çalışırken bebeğini emzirmemektedir. Ancak süt iznini topluca kullanmak yasal olarak mümkün olmadığı gibi aslında bu izni topluca kullanmak, iznin verili  amacına da aykırıdır. Zira süt izninin amacı çocuğun her gün düzenli olarak anne sütü almasını sağlamak olup, süt izninin topluca kullanılmasında bu mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla işverenin işçinin süt iznini topluca kullanma talebini kabul etme mecburiyeti yoktur. Süt iznini toplu kullanan kadın işçiler işverenin inisiyatif alarak bunu kabul etmesiyle bu imkana kavu maktadır.

2017 yılında ev dışında çalışan annelerin emzirme durumuyla ilgili yapılmış bir araştırmaya göre ülkemizde emzirme süresi en az 12 ay olup, Türkiye emzirme oranının en yüksek olduğu ülkelerden biridir. Ancak  lkemizde ev dışında çalışan annelerin %60'ı süt iznini kullanamamaktadır. Süt iznini kullanamayanların %36'sı servis saatlerinin uygun olmaması veya işyerinin eve uzaklığı, %23'  yöneticisinin tutumu, %41'i ise i  yoğunluğu sebebiyle süt iznini kullanamadığını ifade etmiştir.

³⁰³  alı kan, s. 86; Erener Yılmaz, s. 387;  ahin Emir, s. 106.

³⁰⁴  alı kan, s. 86; Erener Yılmaz, s. 387.

Ülkemizde emzirme oranı yüksek olmasına rağmen süt izni kullanma oranının düşük olması ev dışında çalışan annelerin işine devam etmek ile çocuğunu emzirmek arasında bir tercih yapmak zorunda bırakıldığının göstergesidir.

Bu araştırma sonuçlarından da görülmektedir ki bu hüküm kadın işçilerin doğum sonrası ilk bir yıl boyunca çocuklarını emzirmeleri için getirilmiş ancak kanaatimizce son derece yetersizdir. Bu sebeple kanaatimizce bu izin en az üç saat olmalı, yasayla kadın işçinin bu izni topluca kullanmasına imkân tanınmalı ve bu iznin geçerlilik süresi de bir yaş değil iki yaş olmalıdır. Zira bir bebeğin özellikle hayatının ilk yılında ihtiyaç duyduğu emzirilme süresi, günlük bir buçuk saatin çok üzerindedir. Bu bir buçuk saatin verimli kullanılabilmesi için kadın işçinin çalışırken bebeğiyle çok yakın mesafede olması, bir buçuk saati bebeğine ulaşmak için yolda harcamaya mecbur olmaması gerekmektedir. Bu ise çoğu zaman mümkün değildir zira pek çok işyerinde kadın işçinin bebeğine bakılabilecek uygun kreş, bakımevi vb. bir yer olmadığından bebek evde bırakılmaktadır. Kadın işçinin evinin işyerine yakın olmaması halinde ise bu bir buçuk saatlik süre zaten yolda geçecektir. Çocuğun bir yaşını doldurması halinde bu izin kanunen sona erdiğinden kadın işçinin bu izni kullandığı toplam süre doğum sonrası işe dönmesinden itibaren birkaç ayı geçmemektedir. Halbuki bir bebeğin en az 2 yaşına kadar anne sütüne ihtiyacı olduğu tıbbi bir gerçektir. Bu nedenlerle kanaatimizce mevzuatımızda hem bebek ve anne sağlığı hem de kadın işçinin çalışırken daha rahat ve verimli olabilmesi için süt izninin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç vardır.³⁰⁵

Kadın işçinin İşK md 74/2’de yer alan yarım çalışma hakkını kullanması halinde bu hakkını kullandığı süreler içerisinde süt izni kullanması mümkün değildir. Yarım çalışma süresinin bitiminden itibaren ise çocuk 1 yaşına gelinceye kadar süt izni aynı şekilde devam edecektir. Bu hüküm tüm çalışma günlerinde yarım çalışan bir işçi için makul kabul edilmekle birlikte şayet işçi, yarım çalışma hakkını bazı günlerde tam çalışıp bazı günlerde çalışmamak şeklinde kullanıyor ise işçinin çalıştığı günlerde çocuğun emzirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hüküm doktrinde

³⁰⁵ Baytekin, s. 97; Arslan Ertürk, s. 362; Hüseyinli/ Yiğit, s. 319; Oğuz, s. 583; Taşkent/ Kurt, s. 42; Erener Yılmaz, s. 383; Köseoğlu/ Kaya, s. 59; Şahin Emir, s. 112; Oskay, s. 57; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 53; Taşdemir, s. 65.

bu sebeple eleştirilmektedir.³⁰⁶ Çocuğun üstün yararı ve işçi lehine yorum ilkesi açılardan düşünüldüğünde kanaatimizce bu eleştirilerde haklılık payı vardır.

İşçinin kısmi süreli çalışması halinde süt izni kullanıp kullanamayacağı ise doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre kısmi süreli çalışmada ücret ve paraya ilişkin menfaatler işçiye çalışma süresi ile orantılı olarak ödeneceğinden kısmi süreli işçinin süt izni süresini çalışma süresi ile orantılı şekilde kullanması gerekmektedir. Bu görüşe göre haftada kırk beş saat çalışan bir işçinin süt izni süresi günde bir buçuk saat ise kısmi süreli çalışarak haftada 30 saat çalışan bir işçinin süt izni süresi günlük bir saat olarak uygulanmalıdır.³⁰⁷

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise kısmi süreli çalışma halinde de yarım çalışmada geçerli olan esaslar uygulanmalıdır. Buna göre yarım çalışma halinde süt izni kullanımı yasal olarak mümkün olmadığından işçi, kısmi süreli çalışıyor ise tam gün çalıştığı günlerde süt izni kullanamamalıdır.³⁰⁸

Kanaatimizce gerek yarım çalışma gerekse kısmi süreli çalışma halinde süt izni işçinin çalışma şekline göre belirlenmelidir. İşçi tüm çalışma günlerinde yarım çalışıyor ise bu durumda süt izni kullandırılmasına gerek yoktur. Zira çocuğun emzirilmesi işçinin çalışmadığı saatlerde mümkün olmaktadır. Ancak işçi bu haklarını belli günler tam çalışma, diğer günler hiç çalışmama şeklinde kullanıyor ise bu durumda işçinin çalıştığı günler bakımından süt izninin çalışma süresiyle orantılı şekilde işçiye kullandırılması gerekmektedir.

İşçinin İşK md 74/6 uyarınca altı aylık ücretsiz izin süresince iş akdi askıda olduğundan süt iznini kullanamayacağı açıktır. Ancak ücretsiz iznin bitimiyle işe dönmesi halinde çocuk bir yaşına gelinceye kadar süt izni devam edecektir.

İşverenin işçinin süt iznini kullandırmaması halinde ne olacağı kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber kanaatimizce işçi, tek başına alacağı kararla işverene bu izni kullanacağını bildirmenin ardından izni kullanmaya başlayabilir. İşçinin bu izni kullanması işverene işçinin iş akdini haklı veya geçerli nedenle feshetme imkânı vermez. Zira süt izni kullanmak işçinin kanuni bir hakkıdır. Dolayısıyla sırf süt izninin kullanılması sebebiyle işveren devamsızlık veya görevini

³⁰⁶ Erener Yılmaz, s. 393; Şahin Emir, s. 116; Köseoğlu, s. 121.

³⁰⁷ Şahin Emir, s. 116; Erener Yılmaz, s. 393.

³⁰⁸ Şahin Emir, s. 116; Erener Yılmaz, s. 393.

yerine getirmemek gibi haklı veya geçerli nedenle iş akdini feshettiğini iddia ederse, işçi mahkeme yolu ile varsa işçilik alacaklarını talep edebilir veya iş akdini haklı nedenle kendisi feshederek de varsa işçilik haklarını talep edebilecektir.

İşK md 66’da süt izni süresi çalışmış gibi kabul edilen süreler arasında sayıldığından işçi süt izni hakkı olduğu halde bu izni kullanmaz ise normalden fazla bir çalışma yapmış olur. Bu nedenle kanaatimizce işçinin süt izni sürelerinde çalıştırılması halinde fazla çalışma yapmış olduğu kabul edilerek bu sürelerin ücreti %50 zamlı ödenmelidir. Daha evvel aksi yönde kararları bulunan Yargıtay’ın son güncel kararları da bu yöndedir.³⁰⁹ İşçinin süt izni ayrıca İşK 104’te düzenlenen idari para cezası ile de güvence altına alınmıştır. Zira İşK md 74’e aykırı davranan işveren İşK. md. 104 uyarınca idari para cezasına çarptırılır.³¹⁰

Çoğul gebelik halinde süt izninin arttırılıp arttırılmayacağı hususunda mevzuatımızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bu sürenin birden çok çocuk halinde arttırılmaması gerektiği ve yeterli olduğunu savunan yazarlar³¹¹ olmakla birlikte bizim de katıldığımız aksi görüşe göre çoğul gebelik halinde süt izninin çocuk sayısına katlanması gerekmektedir.³¹² Zira ikiz ve daha çok çocuğun varlığı halinde bir annenin yalnızca bir buçuk saat içinde tüm çocuklarının beslenmesini tamamlayabilmesi neredeyse imkânsızdır. Kaldı ki bir buçuk saat yukarıda açıkladığımız sebeplerle tek çocuk için bile yetersizdir. Elbette üçüz bebekleri olan bir kadın işçinin toplamda dört buçuk saat süt izninin olması işveren açısından üretim ve verimlilik bakımından kayıp olarak kabul edilebilir ve işverenin bu kadar uzun süre işçiye izin vermek istememesi makul karşılanabilir. Ancak kanaatimizce gerek kadın istihdamı ile kadın işçinin işyerinde huzur ve verimliliğinin arttırılması, gerekse hem anne hem de bebek sağlığı açısından yani sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak bu yönde yasal bir düzenleme yapılması ve işverenin inisiyatifine bırakılmadan çoğul gebeliklerde süt izninin arttırılması gerekmektedir. Örneğin çoğul gebelik halinde süt iznine ikinci ve sonraki her bir çocuk için yarım

³⁰⁹ Arslan Ertürk, s. 363; Taşkent/ Kurt, s. 42; Y. 9. HD 2020/4320 E. 2021/1447 K. 19.01.2021 T. Kaynak: Kazancı İBB, et: 09.07.2021; Şahin Emir, s. 121; Oskay, s. 58; Karabulut, s. 100; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 53; Süzek, s. 890.

³¹⁰ Baytekin, 98; Taşkent/ Kurt, s. 42; Erkan, s. 56; Manav Özdemir, s. 154; Erener Yılmaz, s. 393; Yemişken, s. 124; Şahin Emir, s. 107.

³¹¹ Çalışkan, s. 88; Baytekin, s. 100; Taşkent/ Kurt, s. 42.

³¹² Baytekin, 100; Erener Yılmaz, s. 389; Şahin Emir, s. 115; Oskay, s. 59.

saat eklenmek suretiyle ikiz doğumlarda toplam iki saatlik bir süt izni kullandırılması isabetli olabilir.

5510 sayılı kanun uyarınca emziren annenin süt izni süresince çalışmadığı sürelerde başına gelen ve sigortalıyı hemen veya sonrasında ruhen veya bedenen engelli hale getiren kazalar iş kazası olarak kabul edilmektedir. Bu hüküm uyarınca süt izni için işyerinden ayrılan ve yolda kaza geçiren işçi iş kazasına uğramış kabul edilerek buna bağlı yasal haklarını talep edebilecektir.

İşK md 74'e 2016 yılında eklenen 8. fıkra ile süt izni iş sözleşmesiyle çalışan ve bu kanun kapsamında olan veya olmayan tüm işçilere uygulanacaktır. Dolayısıyla bu izin işçi statüsündeki tüm kadınlara getirilmiş bir hak olup, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki kadın işçiler de bu haktan faydalanabilir.³¹³

5.6.Evlat Edinme İzni

İşK md 74/1'in sonuna 6663 sayılı kanunun 22. maddesiyle şöyle bir cümle eklenmiştir: “*Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır.*” Evlat edinmiş olan kişinin çocuğu ile ilgilenmesi gerektiği düşüncesinden hareketle getirilen bu hüküm, evlat edinmenin özendirilmesi ve çocuğun yeni ailesine adaptasyonunun desteklenmesi açısından son derece yerinde olmuştur. Eşler çocuğu birlikte evlat edindikleri takdirde yalnızca biri bu izinden faydalanabilecektir. Eşlerden yalnızca biri bir çocuğu evlat edinirse bu izinden faydalanma hakkı da yalnızca ona aittir.

5510 sayılı kanunda düzenlenen ve analık izni için anneye ödenen geçici iş göremezlik ödeneği, kanunun lafzına bakıldığında üç yaşından küçük çocukları evlat edinen kişiler için geçerli değildir. İşK ek md 2 ile evlat edinen işçiye üç gün ücretli izin verileceği öngörülmüş ancak üç yaşından küçük çocukları evlat edinen işçiler için İşK md 74'te yer alan analık izni halinde işçiye ücret güvencesi sağlanmamıştır. Bu nedenle geçici iş göremezlik ödeneğini düzenleyen 5510 sayılı kanunun 18. maddesinde gerekli değişiklik yapılarak analık sigortasından verilecek geçici iş göremezlik ödeneğinin evlat edinen kişiler için de geçerli olması sağlanmalıdır.

³¹³ Baytekin, 100; Erener Yılmaz, s. 388; Şahin Emir, s. 114.

Kanaatimizce bu düzenleme yapılınca kadar aileyi korumak ve devamını sağlamak düşüncesiyle işçi lehine yorum yapılarak evlat edinen kişilerin de şartları taşımaları halinde analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği almalarının sağlanması yerinde olacaktır.

Yukarıda detaylıca izah edilen doğum sonrası altı aya kadar ücretsiz izin hakkı, İŞK md 74/6'ya eklenen bir cümle ile üç yaşından küçük çocukları evlat edinen işçilere de tanınmıştır.³¹⁴ Böylece yalnızca doğum yapan kadın işçi değil, üç yaşından küçük bir çocuğu birlikte evlat edinen eşlerden biri veya tek başına evlat edinen işçi de bu izne sahiptir.

Evlat edinen kişilerin bir diğer hakkı da kısmi süreli çalışma hakkıdır. Normal şartlarda bu hakkın kullanılabilmesi için diğer eşin de çalışıyor olması şartı aranırken evlat edinen kişinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için eşinin çalışıyor olması gerekmez. Evlat edinmenin zaten sıkı şartlara tâbi olduğu düşünüldüğünde kısmi süreli çalışma hakkı için bu şartın aranmaması yerinde olmuştur.³¹⁵

5.7.Gebe ve Emziren İşçilerin Çalışma Şartları

5.7.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hakları

Kadın işçiler gebelik döneminde ve doğum sonrasında iş görme edimini kusuru olmaksızın yerine getiremezler. Bu nedenle gebelerin ve annelerin iş hayatında diğer kadın işçilere nazaran daha fazla korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. TBK md 418'e göre ev düzeni içinde çalışma durumunda *“işçi, işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür. İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır. İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür.”* Bu hükümle kanun, işçinin sürekli olarak işverenin evinde yaşaması ve ona hizmet vermesi hali bakımından özel bir

³¹⁴ Bkz. 2. Bölüm. 5.3. başlık, s. 129.

³¹⁵ Baytekin, s. 102-103; Yusuf/ Topkaya, s. 59.

düzenleme getirerek iş görme edimini kusuru olmaksızın yerine getiremediği gebelik ve doğum gibi durumlarda işçiyi korumaya çalışmaktadır.

Gebe ve emziren işçileri korumak amacıyla TBK’da yer alan bir başka hüküm ise kanunun 423/3. maddesi olup, bu hüküm uyarınca işveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle iş görme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır. 06.04.2004 tarihli ve 25425 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 8/c maddesi uyarınca gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilere fazla çalışma yaptırılması yasaklanmıştır.³¹⁶

5.7.2. İş Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerde Düzenlenen Hakları

İşK. md. 88’de “Gebe veya Çocuk Emziren Kadınlar İçin Yönetmelik” başlıklı bir madde yer almakta olup, bu hüküm İSGK md 37 ile 20.06.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak İşK’deki bu mülga hüküm uyarınca çıkarılmış olan ve 16.08.2013 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik halihazırda yürürlüktedir. İşK. md. 88’in kaldırılmasıyla söz konusu yönetmeliğin dayanağı İSGK olmuştur.

5.7.2.1. İşçinin işvereni bilgilendirme yükümlülüğü

Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik’in 6. maddesi uyarınca işçi, gebeliği hakkında işverenini bilgilendirir. Ayrıca yönetmeliğin 4/a maddesinde gebe çalışan, herhangi bir sağlık kuruluşundan alınan belge ile gebeliği hakkında işverenini bilgilendiren çalışan; 4/b maddesinde emziren çalışan, tabi olduğu mevzuat hükümleri uyarınca süt izni kullanmakta olan ve işverenini durum hakkında bilgilendiren çalışan; yeni doğum yapmış çalışan ise 4/ç maddesinde yeni doğum yapmış ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren çalışan olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamalara göre işçinin gebe olduğunu, emzirdiğini veya yeni doğum yapmış olduğunu işverene sağlık kuruluşundan alacağı bir raporla bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yönetmelik uyarınca emziren işçinin yükümlülüğü yalnızca

³¹⁶ Hüseyinli/ Yiğit, s. 316; Taşkent/ Kurt, s. 35; Yemişken, s. 98-99; Köseoğlu/ Kaya, s. 54; Şahin Emir, s. 221; Oskay, s. 31; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 26; Aksoy, s. 43.

“bildirim” olduğundan emzirme durumunda süt izni kullanabilmek için işçinin işverene talepte bulunması gerekmez. İşçi emzirdiğini bildirmek ile diğer şartların da varlığı halinde işverenin bu hususta kabulü aranmaksızın süt iznini kullanacaktır.³¹⁷

5.7.2.2. Gebe ve emziren işçiler için alınması gereken önlemler

Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik uyarınca işveren, gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirir. Bu değerlendirme sonucuna göre EK-I’de belirtilen genel ve özel önlemleri alır. Hamile işçinin ani darbelere, sarsıntıya ve uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinelerinde çalıştırılmasının yasaklanması bu özel önlemlerden bir tanesidir. Aynı şekilde gebe işçilerin vücutlarının alt kısmını, bilhassa karın bölgesini etkileyen düşük frekanslı, uzun süreli titreşime ve sürekli sarsıntıya maruz kalması da önlenmelidir. Gebe işçinin çalıştığı yerdeki gürültü seviyesinin 80 dB(A)’yı geçmemesi gerekmektedir. Bu seviyeyi aşan bir yerde gebe işçi, koruyucu ekipman ile dahi çalışamaz. Gürültü seviyesi düşürülemiyorsa işçinin çalışma yeri değiştirilir. Gebe işçi iyonize radyasyon kaynaklarının bulunduğu ve radyasyonla kirlenmiş alanlarda çalıştırılamaz. Bu gibi yerlere girmemesi için uyarı levhaları konur. İyonize olmayan radyasyon kaynaklarından etkilenmemesi için de gerekli önlemler alınır. Gebe işçiler kendisinin ve bebeğinin sağlığını olumsuz etkileyecek şekilde elle taşıma, yükleme ve araçsız taşıma işlerinde çalıştırılamaz.³¹⁸

Gebe işçilerin sigarasız ve dumansız bir ortamda gerekli aralıklarla oturarak veya rahatça uzanarak fiziksel ve zihinsel olarak dinlenebilecekleri bir ortam temin edilir. Ayrıca işçinin kişisel ihtiyaçları dikkate alınarak beslenme molası, temiz içme suyu temini ve benzeri diğer ihtiyaçları kendisiyle istişare edilerek sağlanır. Gebeliğin durumuna göre yorgunluğun ve diğer duruş sorunlarının azaltılması veya ortadan kaldırılabilmesi için dinlenme araları ihtiyaca göre daha sık veya daha uzun şekilde düzenlenmelidir. Çalışma yerleri platform, merdiven gibi yüksek ve düşme tehlikesi olan yerler olmamalıdır. Gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin

³¹⁷ Çalışkan, s. 19; Bacak/ Yiğit, s. 13; Oğuz, s. 579; Yusuf/ Topkaya, s. 56; Köseoğlu, s. 102; Erener Yılmaz, s. 386; Şahin Emir, s. 9; Mülâyim, s. 113.

³¹⁸ Baytekin, s. 115; Erkan, s. 61; Bacak/ Yiğit, s. 13; Oğuz, s. 580; Köseoğlu, s. 102; Şahin Emir, s. 128; Mülâyim, s. 114; Oskay, s. 83; Aksoy, s. 53.

yaşadığı iş stresi de bu yönetmelik ekinde düzenleme altına alınmış olup, işçinin çalışma şartları, çalışma saatleri, müşteriler ve üçüncü kişilerle ilişkiler, iş yükü, işini kaybetme korkusu gibi konularda stres faktörlerine karşı koruyucu önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca yeni doğum yapmış ve emziren işçinin yaptığı işin niteliği de göz önüne alınarak çalıştıkları yerlerin sıcaklıklarının ve basıncının da sağlığı tehdit edici nitelikte olmaması gerekmektedir.³¹⁹

İşveren, işyerindeki maruziyetin şeklini, düzeyini ve süresini EK-II ve EK-III'teki etkenler, süreçler, çalışma koşulları veya özel bir riske maruz kalma olasılığı bulunan işleri de sağlık ve güvenlik risklerinin, gebe veya emziren çalışanlar üzerindeki etkilerini belirlemek, alınacak önlemleri kararlaştırmak üzere değerlendirir. Bu değerlendirmede kişisel olarak çalışanı etkileyen psikososyal ve tıbbi faktörleri de dikkate alır. Gebe veya emziren çalışan, işyerinde yapılan değerlendirmenin sonuçları ile sağlık ve güvenlik amacıyla alınması gereken önlemler hakkında bilgilendirilir.³²⁰

Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca değerlendirme sonuçları, gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riskini veya çalışanın gebeliği veya emzirmesi üzerindeki bir etkiyi ortaya çıkardığında işveren, ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini, çalışanın bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir biçimde geçici olarak değiştirir. Çalışma koşullarının ve/veya çalışma saatlerinin uyarlanması mümkün değilse, işveren ilgili çalışanı başka bir işe aktarmak için gerekli önlemleri alır. Sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde gebe çalışan, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde çalışanın ücretinde bir kesinti yapılmaz. Başka bir işe aktarılması mümkün değilse, çalışanın sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, isteği halinde çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz.³²¹

³¹⁹ Baytekin, s. 118-119; Coşkun, s. 64; Erkan, s. 62; Yusuf/ Topkaya, s. 56; Şahin Emir, s. 133.

³²⁰ Yuvalı, s. 108; Baytekin, s. 27; Bacak/ Yiğit, s. 16; Köseoğlu, s. 102.

³²¹ Yuvalı, s. 110; Erkan, s. 61; Arslan Ertürk, s. 360; Bacak/ Yiğit, s. 13; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 580; Gökçeoğlu Balcı, s. 1279; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Yusuf/ Topkaya, s. 56; Köseoğlu, s. 103; İşçi Baş, s. 65; Köseoğlu/ Kaya, s. 57; Şahin Emir, s. 143; Mülâyim, s. 114; Oskay, s. 84; Taşdemir, s. 61; Süzek, s. 887.

5.7.2.3. Gece çalıştırılma yasağı

Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 8. maddesi uyarınca kadın çalışanlar, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar. Yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu sürenin sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmaz.³²² Bu hüküm, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik hükümleriyle de uyumludur.

5.7.2.4. Fazla çalıştırılma yasağı ve muayene izni

Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik uyarınca gebe veya emziren çalışanlar günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Gebe çalışanlara gebelikleri süresince, periyodik kontrolleri için ücretli izin verilir. Bu hüküm uyarınca gebe kadının doğuma kadar muayene olma hakkı bulunmakta olup, talebi halinde işveren tarafından ücretli izin verilmesi zorunludur. Muayene sıklığını belirleyecek olan kişi ise doktordur. Bu muayenelerin amacı bebeğin ve annenin sağlığının korunması için gerekli önlemleri almaktır. Doğumun yaklaştığı dönemde sıklıkla muayene olunması tabii olup, bu durum kadın işçinin işyerindeki verimliliğini düşürse veya iş akışını bozsa bile kadın işçiden muayene olma hakkı alınamaz. Muayene için verilecek olan ücretli izin yalnızca doğum öncesini kapsamakta olup, doğum sonrası çocuğun veya annenin sağlığı için yapılacak olan muayeneler bu kapsamda değildir. Yönetmelik, analık ve emzirme hallerinde izin kullanılması hakkında ise işçinin tâbi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydı ile İşK' ya atıf yapmıştır.³²³

³²² Yuvalı, s. 109; Erkan, s. 61; Bacak/ Yiğit, s. 16; Oğuz, s. 582; Taşkent/ Kurt, s. 43; Köseoğlu, s. 101; Şahin Emir, s. 141; Oskay, s. 86; Karabulut, s. 101; Sürat, s. 287; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 293.

³²³ Yuvalı, s. 108; Baytekin, s. 82; Coşkun, s. 63; Çalışkan, s. 46; Arslan Ertürk, s. 360; Hüseyinli/ Yiğit, s. 307; Oğuz, s. 582; Taşkent/ Kurt, s. 41; Değer Ermumcu, s. 2002; Gökçeoğlu Balcı, s. 1278; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 65; Köseoğlu, s. 102; Yemişken, s. 125; İşçi Baş, s. 64; Köseoğlu/ Kaya, s. 56; Şahin Emir, s. 38-39; Oskay, s. 56; Karabulut, s. 101; Taşdemir, s. 61; Aksoy, s. 53; Süzek, s. 887.

5.7.2.5. İşverenin bakım evi ve emzirme odası açma yükümlülüğü

Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in 13. maddesinde işverenlerin çalışanlarının çocukları için oda, yurt, bakımevi ve emzirme odası açma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Buna göre işyerinde kadın çalışan sayısı 100 ile 150 arasında ise işverenin emzirme odası açma yükümlülüğü vardır.

Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür. Maddenin ikinci fıkrasındaki bu hüküm uyarınca 150'den fazla kadın çalışanı olan işyerlerinin yalnızca emzirme odası değil 0-6 yaş çocuklarının bakımına uygun olacak nitelikte bir yurt kurma mecburiyeti bulunmaktadır. Bu zorunluluğu yerine getirmeyen işverenlerin işyerinde çalışan işçilerin bu gerekçeyle iş akdini haklı nedenle feshetme imkânı bulunmaktadır.

İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler. Üçüncü fıkradaki bu hüküm ile işverene getirilen bu yükümlülükler dışarıdan hizmet almak suretiyle de yapılabilir hale getirilmiş ve işverenin bu konudaki yükümlülüğü böylece kolaylaştırılmaya çalışılmıştır. Ancak işverenin bu konuda anlaşma yaparak hizmet alabileceği yurtlar ancak kamu kurumları tarafından yetkilendirmiş yurtlar olabilir.³²⁴

Dördüncü fıkraya göre oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın

³²⁴ Baytekin, s. 106-107; Coşkun, s. 65; Erkan, s. 62; Bacak/ Yiğit, s. 17; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 128; Oğuz, s. 584; Taşkent/ Kurt, s. 43; Köseoğlu, s. 112; Eren, s. 391; Yemişken, s. 94; Bilgin, s. 313; Köseoğlu/ Kaya, s. 60; Şahin Emir, s. 135; Oskay, s. 84; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 55; Yıldırım Dalgıç, s. 387; Aksoy, s. 51.

Çalışanların toplam sayısı dikkate alınır. Buna göre bir işverenin birden çok işyerinin bulunması halinde tüm işyerlerindeki toplam kadın çalışan sayısı dikkate alınacaktır.

Beşinci fıkraya göre emzirme odası ve/veya yurt kurulması için gereken kadın çalışan sayısının hesabına erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilir. Bu hüküm uyarınca eşi vefat etmiş olan veya eşinden boşanarak çocuğunun velayetini almış olan yani çocuğuna kendi bakmak zorunda kalan erkek çalışanlar da kadın çalışan gibi kabul edilerek işi hesaplamasına dahil edilecektir. Bu hükümün amacı da erkek çalışanın çocuğuna bakım yükümlülüğünden onu kurtararak işyerinde daha verimli çalışabilmesini sağlamaktır.

Kadın işiilerin istihdamını arttırma ve ocuk bakma yükümlülüklerini hafifletme amacı ile getirilen bu düzenlemeler yerinde ise de işverenlerin bu yükümlülüklerinden kurtulabilmek için çalışan kadın işi sayısını 100n altında tutmaya çalışmaları nedeniyle bu hükümler doktrinde eleştirilmektedir.³²⁵ İşverenlerin emzirme odası/bakımevi açma yükümlülüklerinden kurtulmak için kadın işi sayısını arttırmaktan kaçınması nedeniyle bu hükümler, getirilme amacının tersine uygulamada kadın istihdamının artmasını maalesef engellemektedir. Bu nedenle bizim de katıldığımız bazı yazarlar bu hükümlerin toplam kadın işi sayısını değil, tüm işiileri kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesini tavsiye etmektedir. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme, ocuk bakma yükümlülüğünün sadece kadına ait bir görev olarak görülmesinin önüne geçerek kadın veya erkek fark etmeksizin ebeveyn sorumluluğu olarak kabullenilmesini de kolaylaştıracaktır. Bu değişikliğin yanı sıra 100'den fazla işi çalıştıran ve emzirme odası/bakımevi kuran işverenlere vergi muafiyeti gibi teşviklerle kadın istihdamı desteklenmeli, hem işveren üzerindeki mali yük hem de işiiler üzerindeki ocuk bakma yükümlülüğü hafifletilmelidir. Ayrıca Belediye Kanunu, Büyükşehir Belediye Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa konulacak düzenlemeler ile belediyeler ile sendikalara da kreş, emzirme odası kurma yükümlülükleri getirilmeli, böylece işverenler dışında iş hayatında aktif rol alan diğer kurum ve paydaşlara da bu sorumluluk yüklenmelidir.

³²⁵ Baytekin, s. 107; Bolcan, s. 30; Gökçeoğlu Balcı, s. 1282; Köseoğlu, s. 112; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 17; Erener Yılmaz, s. 391-392; şahin Emir, s. 136; Oskay, s. 85; Zeytinlioğlu amcı, s. 56; nsal, s. 333.

6. İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA BULUNAN KADIN İŞÇİLERİN HAKLARI

İş güvencesinin amacı işverenin fesih hakkının sınırlandırılarak fesih konusunda işçiye güvence sunulması ve iş ilişkisinin olabildiğince devamının sağlanmasıdır. Hukukumuzda iş güvencesi getirilmeden önce işverenler, süreli fesih hakkını kullanmakta serbest olup, iş sözleşmesini herhangi bir sebep göstermeden ihbar sürelerine uymak şartıyla istediği zaman feshedebiliyordu ve iş güvencesine sahip olan tek grup işyeri sendika temsilcileri idi.

İşverene sınırsız ve mutlak bir fesih hakkı tanınması Anayasanın 49. maddesi ile güvence altına alınan çalışma hakkı ve demokratik toplum gereklerinden olan şeffaf ve hesap verilebilirlik ilkelerine aykırı olduğu gibi işçinin elverişli bir ortamda çalışma, maddi ve manevi varlığını geliştirme, kendini savunma hakkını da ihlal etmektedir. Bu düşünceyle 4857 sayılı İş Kanunu md 18 ile iş güvencesi getirilmiş ve işverenin fesih hakkı sınırlandırılmıştır. 4857 sayılı İşK md 18'e göre “ Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz. Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66'ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.

Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74'üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”

Bu hüküm ile birlikte artık işveren, işçinin iş akdini sona erdirirken bu kanunda “geçerli sebep” olarak sayılabilecek bir gerekçe ileri sürmek zorundadır. Geçerli nedenler işçinin yeterliliği, davranışları veya işyerinin gereklerinden kaynaklanabilir. Basın İşK md 116 ile basın işçileri de iş güvencesi kapsamına alınmış olup, Deniz İşK kapsamında çalışan gemi adamlarının ve TBK’ya tâbi işçilerin ise iş güvencesi maalesef bulunmamaktadır.

İşK md 18/3 uyarınca ayrımcılık yasağı kapsamına giren ırk, dil, din, mezhep, cinsiyet gibi hususlar işveren tarafından geçerli fesih sebebi olarak da ileri sürülemeyecektir. Bu maddeye göre cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik ve doğum gibi nedenler ile İşK md 74 uyarınca kadın işçinin çalışmasının yasak olduğu dönemde işe gelmemesi durumu fesih için geçerli sebep oluşturmaz. Dolayısıyla işverenin geçerli nedenle fesih yaparken her ne kadar eşit davranma yükümlülüğü bulunmasa da cinsiyet ayrımcılığı yapma hakkı da bulunmamaktadır. Örneğin aynı şartlarda çalışan ve fesih için geçerli sebep kabul edilebilecek bir fiili işleyen işçilerden yalnızca kadın olanları veya yalnızca sendika üyesi olanları işten çıkarmak hukuka aykırı olup, burada iş sözleşmesinin feshi geçersiz kabul edilecektir.

İşK md 20’de iş güvencesinin gerekliliği olarak işçiye işe iade davası açma imkânı tanınmış olup, bu hüküm uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih ihbarında herhangi bir sebep gösterilmezse veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığını düşünüyor ise fesih tarihinden itibaren bir ay içinde feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade talebiyle arabulucuya başvurabilecektir. Örneğin hamile olması veya doğum yapması sebebiyle iş akdi sona erdirilen bir işçi, bu fesih sebebi geçerli bir sebep olmadığından fesih tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade

başvurusu yapabilecektir. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işveren üzerindedir. İşçi, feshin başka bir sebebe örneğin cinsiyet ayrımcılığına veya sendikal sebeplere dayandığını iddia etmesi halinde bu iddiasını ispat etmek zorunda kalır. Bu durumda iş güvencesine tâbi bir işçi, iş akdinin gerçek fesih sebebinin cinsiyet ayrımcılığı olduğunu iddia ediyor ise bunu ispatlamak zorundadır. İş güvencesine tâbi iş sözleşmeleri ile diğer iş sözleşmeleri arasında ispat yükü açısından böyle bir farklılık oluşturulması doktrinde eleştirilmektedir.³²⁶

İş güvencesine tâbi iş sözleşmelerinde işçinin sendikal sebeple ayrımcılık yapıldığı iddiası var ise bu durumda yine İşK md 5/7 ve STİSK md 25/7 uyarınca ispat yükü işçi lehine kolaylaştırılacak ve işverenin iddia ettiği geçerli fesih sebebi yerine asıl fesih sebebinin sendikal sebepler olduğunun işçi tarafından ciddi emarelerle ortaya konması halinde bunun aksini ispat yükümlülüğü işverene ait olacaktır. Yargıtay, iş güvencesine tâbi bir işçinin iş akdinin sendikal sebeplerle feshedilmesi halinde sendikal tazminat değil, işe iade talep edeceğini kabul etmektedir. İş güvencesine tâbi olmayan işçi ise iş akdi sendikal sebeplerle feshedilir ise sendikal tazminat talep edebilecektir. Yüksek mahkeme yakın tarihte verdiği bir kararında feshin geçersizliği tespit edildiği halde işçinin gerçek fesih sebebi olarak ileri sürdüğü sendikal sebepleri işçinin ispatlayamadığı gerekçesiyle sendikal tazminat talebinin reddine karar vermiştir.³²⁷ Aynı şekilde işçinin işverence eşit davranma borcuna aykırı davranılarak ayrımcılık tazminatı talep ettiği başka bir dosyada yine işçiye emsallerinden daha düşük ücret ödenmesinin; dil, ırk, cinsiyet,

³²⁶ Coşkun, s. 21; Baytekin, s. 123; Manav Özdemir, s. 159; Bakırcı, 275; Arslan Ertürk, s. 365; Bacak/ Yiğit, s. 20; Doğan Yenisey, s. 75; Hüseyinli/ Yiğit, s. 322; Taşkent/ Kurt, s. 45; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 29; Yusuf/ Topkaya, s. 61; Deveci, s. 39; Şener, s. 117; Çolakoğlu, s. 67-68; Yemişken, s. 144; İşçi Baş, s. 22; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 217; Köseoğlu/ Kaya, s. 70-71; Şahin Emir, s. 262; Oskay, s. 90; Özaçmak, s. 55; Aksoy, s. 52.

³²⁷ Doğan Yenisey, s. 76; Çolakoğlu, s. 78-79; Y. 9. HD. E. 2020/9027, K. 2021/1327, T. 18.1.2021 “...Uyuşmazlıkta, davacının iş sözleşmesi işi yavaşlatması, isteksiz çalışması, iş yerinde huzursuzluğa sebep olan davranışları ve performans düşüklüğü gerekçeleriyle 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. Maddesi uyarınca feshedilmiş olup bozma ilamında feshin geçersiz olduğu belirlenmiş durumdadır. Sendikal fesih konusunda ise, dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacı 07/01/2014 tarihinde sendikaya üye olmuştur. Davalı işyerinde sendikaya üye olduğu halde çalışmaya devam eden işçiler olduğu gibi, işten çıkarılanların hepsi de sendikal işçi değildir. Davacı tanıkları da genel olarak işyerine ilişkin beyanda bulunmuşlardır. Yine davalı işyeri yetkilileri hakkında açılan dava sonunda beraat kararı verilmiştir. Bu delil durumuna göre sendikal fesih iddiası ispatlanamamıştır. Açıklanan nedenlerle, Mahkemece, işe iade kararı verilmesi doğru ise de feshin sendikal nedenle yapıldığına yönelik karar verilmesi hatalı olup temyiz edilen kararın bozularak ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekir...” Kazancı İBB, et: 04.08.2021.

siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi bir nedene dayandığının iddia ve ispat edilememesi karşısında ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar vermiştir.³²⁸

İşçinin davranışlarından veya yeterliliğinden kaynaklanan bir sebeple iş akdinin feshi söz konusu olduğunda işveren, işçileri arasında eşit davranma yükümlülüğüne uymalı, aynı durumdaki işçilere eşit muamele göstermelidir. Örneğin eşit verimle çalıştıkları halde kıdemsiz işçi yerine kıdemli işçinin işten çıkarılması halinde işveren, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmış olur. Ancak işten çıkarılan işçi işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığını iddia eder ve işveren kıdemsiz işçinin daha verimli çalıştığını ispat ederse işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenemez.

İşK md 25'e göre işçinin sağlık sebepleri ile işe devamsızlığı durumunda belli şartların varlığı halinde işverenin iş akdini haklı nedenle derhal feshetme imkânı mevcuttur. İşK md 25/I, (b) bendi uyarınca hastalık, kaza, gebelik ve doğum gibi hallerde işçinin devamsızlığının ihbar süresinin üzerine altı hafta eklenmesinden daha uzun sürmesi halinde işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınmıştır. Gebelik veya doğum gibi sebeplerin işe devamsızlık oluşturması durumunda ise işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğabilmesi için bu sürelerle devamsızlığın kadın işçinin yasal olarak çalıştırılamayacağı sürelerin (doğum sebebiyle on altı hafta, çoğul gebeliklerde 18 hafta) eklenmesi şartı getirilmiştir. Yani işverenin yeni doğum yapmış bir işçisinin iş akdini devamsızlık nedeniyle haklı nedenle derhal feshedebilmesi için işçinin devamsızlığının on altı hafta+ihbar süresi+altı hafta kadar uzamış olması gerekmektedir. Aksi halde yapılan fesih kanuna aykırı olacaktır. Böylelikle doğum halinde kadın işçiye pozitif ayrımcılık tanınmıştır.³²⁹

³²⁸ Y. 9. HD, E. 2016/34268, K. 2020/17873, T. 9.12.2020, Kazancı İBB, et: 04.08.2021

³²⁹ Baytekin, s. 125; Coşkun, s. 22; Erkan, s. 57; Manav Özdemir, s. 159; Arslan Ertürk, s. 366; Bacak/ Yiğit, s. 21; Hüseyinli/ Hüseyinli, s. 128; Hüseyinli/ Yiğit, s. 323; Taşkent/ Kurt, s. 46; Adakale Demirhan/ Ekonomi, s. 64; Yusuf/ Topkaya, s. 63; İşçi Baş, s. 67; Köseoğlu/ Kaya, s. 73; Şahin Emir, s. 237; Oskay, s. 96; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 56; Kökkılınç, s. 91.

7. KADIN İŞÇİLERİN İŞYERİNDE CİNSEL TACİZE KARŞI HAKLARI

Cinsel taciz, cinselliğe dayanan veya cinsel anlam taşıyan, vücudun seksüel bölgesine yönelik yapılan ve istenmeyen davranışlardır.³³⁰ Hukukumuz taciz ve cinsel tacizi önlemeye çalışarak yalnızca kişiler arasında ayırım yapılmasını engellemeye değil, aynı zamanda kişilerin vücut bütünlüğü ile hak ve özgürlüklerinin korunmasını da sağlamaya çalışmaktadır. Cinsel taciz kişinin cinsiyeti sebebiyle rızası dışında maruz kaldığı her türlü fiil olduğundan doğrudan cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmektedir. İşyerinde cinsel taciz, kişinin iş hayatında verimliliğini düşüren, huzurunu kaçıran ve okşama, dokunma şeklinde fiziksel olarak veya sözlü, yazılı şekilde gerçekleşebilen istemediği her türlü davranış olarak tanımlanabilir.³³¹

Cinsel taciz, 6701 sayılı TİHEKK md 4'te ayrımcılık çeşitlerinden biri olarak belirtilmekte olup, kanunun 2. maddesinde göre taciz *“Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış”* şeklinde tanımlanmaktadır. Cinsel taciz kişinin vücut bütünlüğünü bozan, kişiye zarar veren, tacizcinin bilerek ve isteyerek yaptığı hukuka aykırı davranışlardır.³³²

Cinsel tacizin mağdurları genelde kadınlar olmaktadır ama mağdurun her zaman kadın olması zorunlu değildir. Erkekler de cinsel taciz mağduru olabileceği gibi çocuklar veya eşcinseller de olabilirler. Cinsel taciz ast-üst arasında meydana gelebileceği gibi aynı kademede çalışan kişiler arasında da gerçekleşebilir.³³³

Cinsel taciz çok çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Ancak genel olarak sözlü, sözsüz, fiziksel ve karşılığa dayalı olmak üzere dört şekilde sınıflandırılmaktadır. Cinsellik içeren şaka ve sözler, pornografik fotoğraf ve videolar izletmek, cinsel ilişki teklifi sözlü cinsel tacizin en sık görülen örnekleridir.

³³⁰ Manav Özdemir, s. 159; Kılıçoğlu, s. 13; Önder, s. 57; İşçi Baş, s. 40; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 126; Muzır, s. 23; Köseoğlu/ Kaya, s. 74; Aksoy, s. 83; Süzek, s. 415.

³³¹ Manav Özdemir, s. 160; Karabulut, s. 84.

³³² Coşkun, S. 33; Erkan, s. 27; Bolcan, s. 32; Süzek, s. 415; Savaş, s. 35; Manav Özdemir, s. 161; Kaplan, s. 256; Limoncuoğlu, Alp: “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, Özel Sayı 2013, (Basım Yılı: 2014), sayfa 549; Yemişken, s. 30-32; Kılıç, s. 236; Muzır, s. 22; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 59; Aksoy, s. 83; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 392; Bozkurt, s. 50.

³³³ Bolcan, s. 33.

Vücuda dokunma, zorla sarılıp öpme, cinsel saldırı veya tecavüz ise fiziksel cinsel taciz örnekleridir. Karşılığa dayalı cinsel tacizde ise fail, kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde mağdurun bundan faydalı çıkacağını, menfaatleri için kendisine bu konuda karşılık vermesi gerektiğini ifade eder. İşverenin veya yöneticinin mağdurla cinsel ilişkiye girmesi halinde ücretine zam yapacağı, terfi ettireceği yönündeki vaatleri buna örnek gösterilebilir. Mağdur, failin talebini kabul etmediği takdirde çeşitli olumsuzluklarla karşılaşacağı yönünde tehdit edilir. Böylelikle mağdur, faille cinsel ilişkiye girme konusunda kendini baskı altında hisseder. Örneğin failin teklifini kabul etmediği takdirde işten atılacağından ve işsiz kalmaktan korkar. Cinsel taciz, her ne şekilde olursa olsun mağdur açısından onur kırıcı, korkutucu, incitici ve aşağılayıcı davranışlardır.³³⁴

İşyerinde cinsel taciz, kadın işçilerin çalışmasının önündeki en büyük engellerden biridir. Çünkü kadın işçi işe ilk başladığında cinsel tacize uğradığından veya çalışırken cinsel tacize uğramaktan korktuğundan kısa bir süre içinde işi bırakmaktadır veya kadınların eşleri veya babaları işyerinde cinsel taciz olabileceği ihtimaline dayanarak onların çalışmasına engel olmaktadır. Bu nedenle de cinsel taciz, kadınların istihdama dâhil olmasının ve çalışma özgürlüğünün önünde büyük bir engel teşkil etmektedir.

Cinsel taciz hayatın her alanında ve her yerde yaşanabilecek bir olaydır ancak iş ilişkisinde güçler dengesinin işçi aleyhine olması, işçinin işverene ve amirlerine olan bağımlılığı sebebiyle işyerleri cinsel tacizin en yaygın olarak görüldüğü yerlerdendir. İşyerinde cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığını ve kişilik haklarını ihlal etmenin yanı sıra diğer cinsel tacizlerden farklı olarak kişinin ekonomik özgürlüğünü, işyerindeki verimliliğini ve huzur içinde çalışma hakkını da olumsuz etkilemektedir. Dolayısı ile cinsel taciz, AY md 10 ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

İşyerinde cinsel taciz gerçekleşmesinin işletme örgütlenmesinin belirleyici bir rolü bulunmaktadır. Geleneksel olarak kadın işleri olarak nitelendirilen işlerde çalışan kadın işçilerin karşılaştığı cinsel taciz genellikle failin cinsel isteklerini kabul

³³⁴ Kandemir, s. 42; Süzek, s. 415; Savaş, s. 36; Manav Özdemir, s. 160; Bacak/ Yiğit, s. 23; Kılıçoğlu, s. 13; Kaplan, s. 256; Yemişken, s. 30; İşçi Baş, s. 41; Kılıç, s. 237; Karabulut, s. 85; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 59; Aksoy; 83.

etmemeleri halinde işlerini kaybetme tehdidi şeklinde gerçekleşmektedir. Geleneksel olarak erkek işi olarak nitelendirilen işlerde çalışan kadın işçiler ise genellikle cinsel açıdan küçük düşürücü ortamlarda çalışmak zorunda bırakılmaktadır. Çünkü geleneksel olarak erkeklerin yoğun olarak çalıştığı işlerde erkekler, kendi tekellerinde tuttukları bu işleri yürütürken kadınları tehdit olarak görmekte ve onları daha yüksek mevkilere ulaşmadan saf dışı bırakmak için cinsel tacize başvurmaktadır. Kadınların yoğun olarak çalıştıkları işlerde ise kadın işçiler, yetki ve görev farklılıklarının istismarı nedeniyle cinsel tacize maruz kalmaktadır. Günümüzde teknolojinin gelişmesi, kültürlerin birbirleri ile çok çabuk etkileşime girmesi ve insanların yalnızlaşması ile cinsel taciz olaylarında artış gözlemlenmektedir. İş ilişkisinin temelini yıkmayı hedefleyen cinsel taciz üretimi engellemesi nedeniyle işyeri açısından olumsuz bir durumdur.³³⁵

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü bulunmakta olup, bu yükümlülük Anayasal bir yükümlülüktür ve işçinin işyerinde uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri alma ve ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınma, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve kişiliğini koruma gibi hususları da kapsamaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinde kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması gerektiği düzenlendiğinden kadınların iş hayatında cinsel tacize karşı korunması işverenlerin anayasal bir yükümlülüğü haline gelmiştir. İşverenin bu yükümlülüğüne uymaması akde aykırılık olarak değerlendirilebilir. Ayrıca işçi, cinsel taciz oluşturan davranışlar nedeniyle haksız fiil hükümlerinden de faydalanabilir. Dolayısıyla cinsel taciz işçi bakımından hem akde aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmekte olup, bu durum doktrinde “sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması” olarak ifade edilmektedir. Bu durumda mağdurun seçimlik hakkı bulunmaktadır. İsteddiği sorumluluk türünden faydalanabilir. Tacizin işyeri veya mesai saatleri dışında gerçekleşmiş olması da işvereni bu yükümlülükten kurtarmaz. Failin işyerinden herhangi bir kişi olması işverenin mağdur işçiyi koruma yükümlülüğünün varlığı için yeterlidir.³³⁶

³³⁵ Savaş, s. 39; Bakırcı, s. 271; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 23; Yemişken, s. 33; Karabulut, s. 86; Aksoy, s. 84.

³³⁶ Limoncuoğlu, s. 549; Manav Özdemir, s. 160; Bacak/ Yiğit, s. 23; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 129; Muzır, s. 24; Karabulut, s. 86; Aksoy, s. 64; Bozkurt, s. 51.

İşyerinde cinsel taciz iş hukukumuzda ilk kez 2003 yılında düzenlenmiş olup, 4857 s. İşK ile kadın işçiler, cinsel tacize karşı açık hükümlerle koruma altına alınmışlardır. İşK md 24/II, (b) maddesi uyarınca işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması halinde işçinin iş akdini haklı nedenle derhal feshetme hakkı bulunmakta olup, işçi bu durumda şartları varsa kıdem, ihbar, ücret, hafta tatili, fazla mesai gibi her türlü maddi hakkını da talep edebilecektir.

İşK md 24/II, (d) bendine göre işçi, işyerinde çalışan başka bir işçi veya üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen işveren tarafından gerekli önlemler alınmaz ise işçi yine iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme imkanına sahiptir. Gerekli önlemden anlaşılmaması gereken taciz eden işçinin iş akdine son verilmesi veya taciz mağduru işçinin tekrar aynı şeyi yaşamaması için çalıştığı yerin değiştirilmesi, alınabilecek diğer önlemlerin alınmasıdır. Bu durumda işçinin iş akdini haklı nedenle derhal feshetme hakkının doğabilmesi için cinsel tacizi öncelikle işverenine bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını talep etmesi gerekmektedir. İşçi bu durumu işverene bildirmez veya bildirdiği takdirde işveren tarafından gerekli önlemler alınarak bu duruma son verilir ise işçinin haklı fesih hakkı doğmaz.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre İşK md 24/II, (d) bendindeki işçinin işyerindeki başka bir işçi veya üçüncü bir kişi tarafından cinsel tacize uğraması durumunda işverenin cinsel tacizi bildiği veya bilebilecek durumda olması halinde işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebilmek için öncelikle işverene şikâyetle bulunmasına gerek yoktur.³³⁷ Şikâyet şartı işverenin işçinin maruz kaldığı cinsel tacizi bilmediği hallerde aranmalı ve bu hüküm bu doğrultuda yeniden düzenlenmelidir. İşçinin cinsel tacizi bildiği halde buna göz yuman işverene şikâyetle bulunmasının pratikte bir anlamı olmayacağından mağdur işçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanmasını zorlaştıran bu hükmün bu yönde yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşüne biz de katılıyoruz.

Her ne kadar 4857 sayılı İşK'da cinsel tacize yer verilmiş ise de bu haksız fiile ilişkin özel bir madde düzenlenmemiş, işyerinde cinsel tacizin ayrımcılık

³³⁷ Bolcan, s. 121; Limoncuoğlu, s. 549; Bilgili, s. 50; Savaş, s. 36; Manav Özdemir, s. 160; Bakırcı, s. 271; Arslan Ertürk, s. 364; Bacak/ Yiğit, s. 23; Kılıçoğlu, s. 13; Taşkent/ Kurt, s. 43; Kaplan, s. 257; Yemişken, s. 34; İşçi Baş, s. 78; Bilgin, s. 314; Köseoğlu/ Kaya, s. 74; Karabulut, s. 87-88; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 64; Aksoy, s. 88; Bozkurt, s. 52.

oluşturduğu açıkça ifade edilmemiş, işyerinde cinsel tacizin ve cinsel taciz şekillerinin (cinsel rüşvet, gözdağı tacizi, düşmanca ortam yaratan taciz gibi) tanımları yapılmamıştır. Bu nedenle cinsel taciz İŞK'daki düzenlenme şekli doktrinde yetersiz bulunmakta ve eleştirilmekte olup, kanaatimizce bu eleştiriler son derece haklıdır. İŞK'da cinsel taciz, yalnızca işçi ve işverenin iş akdini haklı nedenle feshedebileceği sebepler arasında sayılmıştır. Cinsel tacizin işten çıkma, çıkarma sebepleri arasında sayılması her ne kadar önemli bir gelişme ise de aslolan iş hayatında cinsel tacizi engellemektir. Bu sebeple cinsel tacize karşı yaptırımların yanı sıra işverene işyerinde cinsel taciz yaşanmaması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirmek daha etkin bir mücadele yöntemidir. Bu sebeple bizim de katıldığımız ve doktrinde görüşleri yer alan bazı yazarlara göre cinsel tacizle mücadele için iş akdinin haklı sebeple feshi, tazminat ve yoksun kalınan haklar gibi parasal yaptırımların yanı sıra işverenlere işe alınan her işçiye cinsel taciz konusunda bilgi ve eğitim verme gibi yükümlülükler de getirilmelidir.³³⁸

Doktrinde cinsel taciz mağduru olan işçinin İŞK md 5 uyarınca ayrımcılık tazminatı talep edebileceği yönünde görüşler mevcuttur.³³⁹ Çünkü cinsel taciz, kişinin cinsiyeti nedeniyle maruz kaldığı hukuka aykırı bir fiil olduğundan cinsiyet ayrımcılığı olarak değerlendirilmektedir. İşverenin işçinin maruz kaldığı cinsel taciz eyleminden haberdar olmasına rağmen gerekli önlemi almaması ve engel olmaması cinsiyet ayrımcılığıdır. Cinsel taciz, ayrımcılık teşkil etmesinin yanı sıra kişinin çalışma hak ve özgürlüğünü de ihlal ettiğinden Anayasa md 10'da düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre cinsel taciz, doğrudan ayrımcılık oluşturmaktadır.³⁴⁰ Bu görüşe göre işveren, işyerinde çalışan tüm kadın işçilere cinsel tacizde bulunuyorsa bu durum doğrudan ayrımcılık teşkil eder. Ancak işyerinde çalışan kadın işçilerden bir veya birkaçına cinsel tacizde bulunuyor, bu tacize karşı sessiz kalmaları halinde daha fazla ücret, daha rahat çalışma şartları veya terfi imkânı vadeliyorsa bu durum cinsel taciz mağduru işçiler açısından doğrudan cinsiyet ayrımcılığı, diğer kadın işçiler için ise daha olumsuz çalışma şartları oluşturduğundan işverenin eşit işlem borcuna aykırı davranması anlamına

³³⁸ Bakırcı, s. 272.

³³⁹ Manav Özdemir, s. 161; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 131.

³⁴⁰ Manav Özdemir, s. 162;

gelmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşler doğrultusunda cinsel taciz mağduru olan işçi, ayrımcılık tazminatı ve işçilik alacaklarının yanı sıra genel hükümlere göre maddi, manevi tazminat veya işverenin sözleşme sorumluluğuna veya haksız fiil sorumluluğuna dayanarak mahrum kaldığı diğer hakları da talep edebilir.

Cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu tartışmasız olmakla beraber doktrindeki bir başka görüşe göre cinsel taciz mağduru kişi, İşK uyarınca ayrımcılık tazminatı değil, TBK uyarınca maddi ve manevi tazminat talep etmelidir.³⁴¹ Zira ayrımcılık tazminatının üst sınırı dört aylık ücret olduğundan cinsel taciz gibi ağır bir haksız fiili cezalandırmak için yeterli değildir. Ancak maddi ve manevi tazminat talep edilmesi halinde hâkim, cinsel tacizin boyutlarına ve fiilin mağdurda bıraktığı etkinin ağırlığına göre tazminat tutarını hakkaniyete uygun şekilde serbestçe belirleyebilecektir. Ayrıca bu yazarlar cinsel tacizin diğer cinsiyet ayrımcılığı türlerinden daha ağır bir yaptırım olması gerektiğini, ayrımcılık tazminatının bu yaptırım için yetersiz olduğunu düşünmektedir.³⁴²

İşK yanı sıra TBK’da da işçiyi cinsel tacizden korumaya yönelik hükümler bulunmakta olup, TBK md 417 şu şekildedir: “ İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” Bu hüküm işverenin genel olarak işçiyi gözetme borcunu

³⁴¹ Çolakoğlu, s. 22; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 132.

³⁴² Manav Özdemir, s. 161-162; Kılıçoğlu, s. 13; Çolakoğlu, s. 22; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 24; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 130; Bilgin, s. 314.

düzenlemekte olup, bu hüküm ile işverenin, işçiyi cinsel tacizden korumak hususunda pozitif yükümlüğü bulunmaktadır. Maddenin ilk fıkrası doktrinde işverenin geniş anlamda koruma borcu, ikinci fıkrası ise dar anlamda koruma borcu (işçinin sağlığını ve bedensel bütünlüğünü koruma borcu) olarak ifade edilmekte olup, işçinin cinsel tacize karşı korunması işverenin dar anlamda koruma borcu kapsamındadır. Zira cinsel tacizden korumanın ilk amacı işçinin beden bütünlüğünü korumaktır.³⁴³

Doktrinde, TBK’da düzenlenmekte olan işverenin gözetme borcunun ve cinsel tacizin İşK. ve TİHEKK’de açıkça düzenlenmesi ve tanımlanması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁴⁴ Kanaatimizce iş hukukumuzun temel kanunlarından olan İşK’da ve TİHEKK’de bu yönde açıkça bir düzenleme yapılması işçinin işyerinde her türlü ayrımcılık, taciz ve şiddetten korunmasını sağlamak için yerinde bir adım olacaktır.

İşçinin işyerinde başka bir işçiye veya üçüncü bir kişiye cinsel tacizde bulunması halinde işverenin o işçinin iş akdini haklı nedenle feshetme imkânı bulunmakta olup, işverenin bu hakkı aynı zamanda taciz mağduru kişiye karşı da hukuki bir yükümlülüktür. İş sözleşmesi haklı nedenle feshedilen işçinin kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunması da mümkün değildir. Nitekim Yargıtay, verdiği son kararlarda işyerinde çalışan başka bir kadın işçiye ve bir otel müşterisine cinsel tacizde bulunduğu ispatlanmış olan işçinin işçilik alacakları talebini reddetmiştir.³⁴⁵

³⁴³ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 390; Manav Özdemir, s. 161.

³⁴⁴ Manav Özdemir, s. 161; Bakırcı, s. 272.

³⁴⁵ Kandemir, s. 167; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 384; Süzek, s.414; Taşkent/ Kurt, s. 35; Kaplan, s. 257; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 23; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 134; Karabulut, s. 90; Aksoy, s. 43; Y. 9. HD, E. 2017/14071, K. 2020/1819 nolu ve T. 10.2.2020 tarihli kararı: “Cinsel taciz eyleminin yapısı gereği ardında delil bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Mağdurun ya da mağdurenin tek başına olduğu yerlerde bu tür eylemlere maruz kaldığı ve tacize uğrayanın çok azının çeşitli nedenlerle bu tür olayları işverene yansıtabildiği dikkate alındığında ispat noktasında tacize uğrayan lehine değerlendirmeye gidilmelidir. Ceza davasında delil yetersizliği nedeni ile beraat kararı verilmesi dahi hukuk hakimini bağlamayacağından mevcut delil durumuna göre karar verilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, tacize uğradığını bildiren kadın işçi Y. nin iffetini ortaya koyarak davacıya bu çeşit ithamda bulunması için bir sebep bulunmadığı gibi, tanık F. nin de davalı ile bir husumeti olmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bu sebeplerle davalı tanıklarının birbirini teyit eden beyanları karşısında işverence yapılan feshin İş Kanunu’nun 25/II-c maddesine göre haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile bu taleplerin kabulü hatalıdır.” ; E. 2016/16234, K. 2020/4947 nolu ve T. 8.6.2020 tarihli kararı “Davacı işçinin çalıştığı otelde kalan yabancı misafirin davacı hakkında taciz iddiasında bulunup yazılı şikayet dilekçesi vermesi üzerine davacının iş akdine işverence son verildiği dosya kapsamı ile sabittir. Mahkemece işveren tarafından taciz olayının ispatlanamadığı gerekçe ile tazminat isteklerinin kabulüne karar verilmiştir. Cinsel taciz eyleminin

Ceza hukukumuz cinsel fiilleri “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz şeklinde sınıflandırarak farklı suç tiplerine ayırmıştır. TCK md 105 uyarınca bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Cinsel taciz suçunun bir hizmet ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi suçun nitelikli hali olup, bu durumda verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Ayrıca bu suç nedeniyle mağdurun işi bırakması, okulundan veya ailesinden ayrı kalması söz konusu ise verilecek olan ceza bir yıldan az olamaz. Bu suçun mağduru herkes olabilir. Bu nedenle mağdur, faille farklı cinsten olabileceği gibi aynı cinsten de olabilir. Mağdur veya failin evli veya bekar olmasının ise herhangi bir önemi yoktur.

Doktrinde TCK md 105’in ilk cümlesi cinsel içerikli bir eylemin cinsel amaç güdülmemesi halinde failin cezalandırılmayacak olması, mağdur değil fail düşünülerek kaleme alınmış olması sebebiyle eleştirilmektedir.³⁴⁶ Zira söz konusu madde hükmünde fiilin içeriğine değil failin saikine bakılmaktadır. Failin cinsel amaç gütmemesi halinde cinsel taciz eyleminden değil hakaret suçundan yargılanması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle doktrinde bu hükümden “cinsel amaçlı” ibaresinin çıkarılması gerektiği ileri sürülmekte olup, mağdurun cinsel tacizden ceza hukuku aracılığı ile daha aktif korunabilmesi açısından biz de bu görüşe katılıyoruz.

yapısı gereği ardında delil bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Mağdurun yada mağdurenin tek başına olduğu yerlerde bu tür eylemlere maruz kaldığı ve tacize uğrayanın çok azının çeşitli nedenlerle bu tür olayları işverene yansıtabildiği dikkate alındığında ispat noktasında tacize uğrayan lehine değerlendirmeye gidilmelidir. Ceza davasında delil yetersizliği nedeni ile beraat kararı verilmesi hukuk hakimini bağlamayacağından mevcut delil durumuna göre karar verilmelidir. Otel müşterisinin ağlayarak yanına geldiğini ve olayı anlattığını ifade eden davalı tanığının beyanı, müşterinin yazılı şikayet dilekçesi ve olaya ilişkin tutulan tutanak birlikte değerlendirildiğinde davacının otel müşterisi kadını taciz ettiği anlaşılmaktadır. 4857 SK Md. 25-II'de, ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller sıralanmış ve belirtilen durumlar ile benzerlerinin varlığı halinde, işverenin iş sözleşmesini haklı fesih imkânının olduğu açıklanmıştır. Yine değinilen bendin (e) alt bendinde, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının da işverene haklı fesih imkânı verdiği ifade edilmiştir. Davacının yaptığı davranış doğruluk ve bağlılıkla uymayan davranış kapsamında olup işverene haklı nedenle fesih imkânı vermektedir. Davacının iş akdinin yaptığı taciz eylemi nedeniyle feshedildiği ve işveren feshinin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle davacının talebinin kabulü hatalı bulunmuştur. ’’ Kazancı İBB, et: 09.08.2021.

³⁴⁶ Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 24; Bakırcı, s. 272.

TCK md 105'te cinsel taciz suçu düzenlenmekte ise de maddede hangi davranışların cinsel taciz teşkil edeceği açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Ancak TCK md 102'de düzenlenen cinsel saldırı ve TCK md 103'te düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçları birlikte değerlendirildiğinde cinsel taciz, cinsel saldırı veya cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız edici fiiller olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK md 102'de cinsel saldırı “kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranış” olarak tanımlanmış olduğundan cinsel taciz niteliğindeki fiillerin, fiziksel temas olmaksızın mağdura yöneltilen cinsel amaçlı her türlü hareket şeklinde tanımlanması mümkündür.³⁴⁷

İş akdinin cinsel taciz nedeniyle feshi hallerinde cinsel tacizin ispatı önemli bir sorun olmaktadır. Çünkü cinsel taciz genellikle yalnızca fail ve mağdur olan iki kişi tarafından bilinmektedir. Dolayısıyla mahkemeye cinsel tacizin ispatı için tanık veya başka deliller sunmak ve olayı inandırıcı şekilde ortaya koymak oldukça zordur. Zira cinsel taciz teşkil eden davranışlar çoğunlukla yalnızca iki taraf arasında yaşanmakta ve tanık bulunamamakta, olayı duyan tanıklar ise çoğunlukla mahkemede tanıklık etmek istememektedir. Bu nedenle Yargıtay, genellikle iddiayı ve tanıkları inceledikten sonra bu iddia ve tanık beyanlarının hayatın olağan akışına uygun olup olmamasına göre karar vermektedir. Nitekim davacının işçilik alacaklarını talep ettiği bir davada davalı işveren, davacının işyerinde çalışan başka bir kadın işçiye cinsel tacizde bulunması sebebiyle iş akdini haklı nedenle feshettiğini ileri sürmesi karşısında tacize uğrayan kadın işçi ve diğer tanıkların beyanlarına itibar ederek davacının taleplerinin reddine karar vermiştir.³⁴⁸

³⁴⁷ Baytekin, 129-133; Erkan, s. 75; Manav Özdemir, s. 161; Bakırcı, s. 272; Kılıçoğlu, s. 13; Bakırcı, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 24; Önder, s. 57; Çolakoğlu, s. 101; Yemişken, s. 135; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 275; Köseoğlu/ Kaya, s. 74; Karabulut, s. 90; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 27.

³⁴⁸ Manav Özdemir, s. 171; Taşkent/ Kurt, s. 45; Yemişken, s. 35; Muzır, s. 96; Y. 9. HD. E. 2017/14071 K. 2020/1819 T. 10.2.2020 “...Cinsel taciz eyleminin yapısı gereği ardında delil bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Mağdurun ya da mağdurenin tek başına olduğu yerlerde bu tür eylemlere maruz kaldığı ve tacize uğrayanın çok azının çeşitli nedenlerle bu tür olayları işverene yansıtabildiği dikkate alındığında ispat noktasında tacize uğrayan lehine değerlendirmeye gidilmelidir. Ceza davasında delil yetersizliği nedeni ile beraat kararı verilmesi dahi hukuk hakimini bağlamayacağından mevcut delil durumuna göre karar verilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, tacize uğradığını bildiren kadın işçi Y. nin iffetini ortaya koyarak davacıya bu çeşit ithamda bulunması için bir sebep bulunmadığı gibi, tanık F. nin de davalı ile bir husumeti olmadığı anlaşılmaktadır. Tüm bu sebeplerle davalı tanıklarının birbirini teyit eden beyanları karşısında

8. KADIN İŞÇİLERİN İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZE (MOBBİNG) KARŞI HAKLARI

8.1.Mobbingin Tanımı ve Tanımın Ortaya Çıkış Süreci

Psikolojik taciz (mobbing), literatürde çok farklı şekillerde tanımlanmış olup, bir işçinin işyerinde işveren, diğer işçiler veya üçüncü kişiler tarafından uygulanan, sistemli bir şekilde tekrarlanan, onu bezdirmeye yönelik yapılan psikolojik saldırı, bir kişiyi hedef seçerek üzerinde baskı kurarak kişiyi asimile etme, yok etme ya da işyerinden uzaklaştırma saiki ile topluca uygulanan sosyal şiddettir.³⁴⁹ Önceleri küreselleşmenin getirdiği rekabet ortamının bir sonucu olarak çalışanların birbirine uyguladığı psikolojik baskı olarak düşünülen mobbingin zaman içinde boyutları, şiddeti ve etkileri artmış hem işçi hem de işyeri açısından ciddi zararları olan bir işyeri terörü haline gelmiştir.³⁵⁰

“Mobbing” kavramı yerine manevi taciz, duygusal saldırı, psikolojik yıldırma, psikolojik terör gibi kavramlar da kullanılmaktadır.³⁵¹ Mobbing aynı zamanda psikolojik şiddete maruz kalma, tacize uğrama, rahatsız edilme, sıkıntıya sokulma anlamını taşımakta olup, genel olarak amaç ne olursa olsun işçiye sistematik olarak uygulanan, yıldırma ve işten uzaklaşma amacı taşıyan, kişinin kişiliğinde, mesleki durumunda ve sağlığında zarara sebep olan psiko-sosyal saldırı olarak tanımlanmaktadır. Mobbingin bir başka tanımı da “*kişiye işyerinde uygulanan ve tekrarlayan onur kırıcı, aşağılayıcı, küçük düşürücü, rencide edici ve düşmanca hukuka aykırı fiiller*” şeklindedir. Mobbing, bir işçi tarafından bir başka işçiye uygulanabileceği gibi birden çok işçi veya işveren tarafından da uygulanabilir.³⁵²

işverence yapılan feshin İş Kanunu'nun 25/II-c maddesine göre haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile bu taleplerin kabulü hatalıdır...’’ Kazancı İBB, et: 02.12.2021.

³⁴⁹ Karatepe/ Nalcı Arıbaş, s. 16; Kaplan, s. 258.

³⁵⁰ Coşkun, s. 35; Süzek, s. 416; Önder, s. 55; Yemişken, s. 37; Atman, Ümit: “İşyerinde Psikolojik Terör: Mobbing”, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Cilt 3, sayı 1, 2012, sayfa 160; İlhan, Ümit: “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri”, Ege Akademik Bakış Dergisi, Cilt 10, Sayı 4, 2010, sayfa 1175; Karatuna, Işıl: “İşyerinde Psikolojik Taciz ile Mücadele Yöntemleri”,

<http://acikerisim.kirklareli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.11857/415/%C4%B0%C5%9EYER%C4%B0NDE%20PS%C4%B0KOLOJ%C4%B0K%20TAC%C4%B0ZLE%20M%C3%9CCADELE%20Y%C3%96NTEMLER%C4%B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, sayfa 2, ET: 14.12.2021; Muzır, s. 28; Karabulut, s. 92; Aksoy, s. 91; Bozkurt, s. 52.

³⁵¹ Bilgili, s. 1; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 392; Savaş, s. 7; Çolakoglu, s. 23; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 135; Aksoy, s. 92.

³⁵² Savaş, s. 5; Bilgili, s. 2; Palabıyık, Buğra: “Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı”, Seçkin Yayınları, 2019, İstanbul, sayfa. 19.

“Mob” sözcüğü Latince “kararsız kalabalık” anlamına gelen “mobile vurgus” kelimelerinden türemiş olup, İngilizce’de “kanun dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalık veya çete” anlamına gelmektedir. “Mobbing” ise “mob” kökünün İngilizce fiil hali olup, şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme anlamında kullanılmaktadır.³⁵³

İş hayatında “mobbing” terimini 80’li yıllarda ilk kez kullanan kişi İsveçli çalışma psikoloğu Heinz Leymann’dır. Leymann, bu kavramı ilk defa “İşyerinde Güvenlik ve Sağlık” konulu bir raporda kullanmıştır. Dünyanın ilk iş travması kliniğini kuran Leymann’ın tanımına göre mobbing, kişi ya da kişilerce başka bir kişiye düşünce, inanç ayrılığı, kıskançlık veya cinsiyet ayrımcılığı gibi sebeplerle sistematik şekilde ahlak dışı ve düşmanca davranışlar sergilenmesi nedeniyle ortaya çıkan psikolojik terördür. Bazı yazarlar psikolojik tacizi kişinin kendine güveni ve öz saygısına karşı yapılan sürekli ve acımasız bir saldırı olarak tanımlamaktadır. Leymann, yalnızca mobbing kavramını tanımlamakla kalmamış, iş hayatında görülen hangi davranış biçimlerinin mobbing oluşturduğunu da belirterek davranışları tasnif etmiştir.³⁵⁴

Leymann’ın mobbing kavramını iş hayatına taşımasının ardından bu konudaki farkındalık tüm dünyada giderek artmış ve bu kavram üzerine yapılan araştırmalar 90’lı yıllarda hız kazanmaya başlamıştır. Ardından 1988’de ILO, “İşyerinde Şiddet” (Violence at Work) adlı bir rapor hazırlamış ve ilk defa bu raporda mobbing davranışlarına yer verilmiştir.

Tüm bu gelişmeler doğrultusunda mobbing kavramı zamanla pek çok ülkede yargı kararlarına konu olmuş, bazı ülkelerin mevzuatlarında ise özel olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde ise mobbing kavramı ilk kez 2006 yılında Ankara 8. İş Mahkemesinin 20.12.2006 tarih, 2006/19 E. Ve 2006/625 K. Sayılı kararında tartışılmıştır. Yargıtay tarafından onanan bu kararda mobbingin tanımı da yapılmıştır. Bu kararda mobbing, “*işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da*

³⁵³ Mercanlioğlu, Çiğdem: “Çalışma hayatında Psikolojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye’deki Hukuksal Gelişimi”, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010, sayfa 38; Atman, s. 159; İlhan, s. 1176; Karabulut, s. 91.

³⁵⁴ Baytekin, s. 135; Bilgili, s. 3; Palabıyık, s. 20; Kandemir, s. 43; Savaş, s. 6; İlhan, s. 1179; Yemişken, s. 37; Çivilidağ, Aydın: “Farklı Örgütsel Yapılarda İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Yaygınlığı, Önlenmesi ve Cinsiyet Değişkeni Üzerine Nitel Bir Analiz”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 46, Ekim, 2015, sayfa 118; Mercanlioğlu, s. 38; Karabulut, s. 91; Aksoy, s. 92.

astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir.” şeklinde açıklanmıştır.³⁵⁵

8.2.Mobbingin Unsurları ve Benzer Kavramlardan Farkı

Mobbing kavramının dünya genelinde bir anda popüler hala gelmesi, işyerinde yaşanan her çatışmanın mobbing olarak algılanması sorununa yol açmaktadır. Ancak kişinin işyerinde yaşadığı ve haksızlık, hukuk dışı olarak gördüğü her davranış mobbing değildir. Doktrinde ve emsal içtihatlarda psikolojik baskı niteliğindeki her davranış mobbing olarak nitelendirilmemektedir. Çünkü bir davranışın mobbing olarak değerlendirilebilmesi için birtakım unsurları taşıması gerekmektedir.

Mağdura uygulanan davranışların psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle taraflar arasında yani mobbing uygulayan (fail, mobber, saldırgan) ile mobbing fiiline maruz kalan (mağdur, kurban) arasında “iş yaşamı ile bağlantılı bir ilişkinin” olması gerekmektedir. İş yaşamı ile bağlantılı bu eylemler işyerinde meydana gelebileceği gibi işyeri dışında da gerçekleşebilir. Örneğin iş saatleri dışında mağdur evindeyken iş arkadaşları veya üstleri tarafından telefonla yapılan aramalar veya gönderilen e-mailler yıldırma amacını taşıyor ve mobbingin diğer unsurlarını da içeriyor ise mobbing olarak nitelendirilebilir.

Bir davranışın mobbing olarak nitelendirilebilmesi için gerekli ilk unsur davranışın “iş hayatı ile ilgili olması” şartı olduğundan kişinin aile bireyleri, akrabaları ile yaşadığı veya okullarda öğrenciler ile öğretmenler arasında yaşanan çatışmalar veya anlaşmazlıklar mobbing olarak nitelendirilemez.

Bir davranışa mobbing denebilmesi için gerekli olan bir diğer unsur, fail ile mağdurun aynı iş ilişkisinde çalışıyor olmasıdır. Yani tarafların aynı iş organizasyonu, aynı işletme veya aynı işyeri çalışanı olması şarttır. Taraflar aynı işletme çatısı altında fakat farklı işyerlerinde çalışıyor olsalar bile aralarında bu bağlantının olduğu kabul edilir. Bu unsur uyarınca çalışanların eşleri, arkadaşları veya müşteriler arasında yaşanan uyuşmazlıklar ile farklı işyerlerinde çalışan kişiler arasındaki anlaşmazlıklar mobbing olarak nitelendirilemez.³⁵⁶

³⁵⁵ Palabıyık, s. 20-22; Önder, s. 56; Yemişken, s. 38.

³⁵⁶ Savaş, s. 7.

Mobbingin üçüncü unsuru, davranışın kasıtlı olarak yapılması yani failde mobbing uygulama amacı olmasıdır. Mobbing oluşturan bu fiillerin amacı mağduru istifaya veya itaate zorlama, bezdirme, işyerinden uzaklaştırma, yıldırma, dışlama, mağdurun işyerinin değişmesini sağlama, iş ortamını mağdur açısından katlanılmaz hale getirme gibi durumlar olmalıdır. Buna benzer amaçlar taşımayan fiiller mobbing olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla işverenin sadece işyerinde düzeni sağlamak veya çalışanları disipline etmek için sergilediği davranışlar mobbing olarak kabul edilmez.³⁵⁷

Mobbingin dördüncü unsuru bu davranışların sistematik olarak tekrarlanmasıdır. Faildeki mobbing amacı ve kastı, mağdura karşı işlediği fiilleri sistematik olarak sürdürmesi sonucunu doğurur. Fiillerin sistematik olmasından kasıt, mobbing oluşturan davranışların birbirleriyle bağlantılı olması, birbirinin devamı şeklinde ve fail tarafından bir plan dahilinde gerçekleştirilmesidir.³⁵⁸

Mobbingi diğer davranış türlerinden ayıran beşinci ve en önemli unsuru sürekliliktir. Her şeyden önce mobbingde süreklilik esastır.³⁵⁹ Yapılan araştırmalar en kısa süren mobbingin 6 ay, en uzun süren mobbingin ise 15 ay sürdüğünü göstermektedir.³⁶⁰ Bir davranış ne kadar onur kırıcı, hukuk dışı, zarar verici hatta cezai sorumluluk gerektirecek nitelikte olursa olsun süreklilik arz etmediği sürece mobbing olarak nitelendirilemez. Bu nedenle çalışanlar arasında aniden başlayan çatışma, sürtüşme veya işverenin aniden gelişen bir sebeple çalışanın görev yerini değiştirmesi gibi durumlar işçiye başka hukuki haklar tanısa bile mobbing olarak kabul edilmeyecektir. İşveren tarafından iş akdi haklı nedenle feshedilecek olan işçiye istifa etmeye veya ikale sözleşmesi yapmasının teklif edilmesi yani işçiye bu iki seçenekten birine zorlamak da psikolojik baskı olarak kabul edilse bile mobbing olarak kabul edilmez. Zira süreklilik arz etmemektedir.³⁶¹ Anayasa Mahkemesi, güncel bir bireysel başvuru kararında mobbingden söz edebilmek için mağdurun yaşadığı vakıaların bütün olarak incelenmesi gerektiğini, sürekli olması ve

³⁵⁷ Savaş, s. 7.

³⁵⁸ Yemişken, s. 39; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 61.

³⁵⁹ Savaş, s. 7.

³⁶⁰ Atman, s. 160; Erkan, s. 26.

³⁶¹ Palabıyık, s. 24-32.

başvurucunun hayatını çekilmez hale getirecek yoğunlukta olması gerektiğini ifade etmiştir.³⁶²

Mobbing pek çok kavramla benzerlik göstermektedir. Bunlardan en sık karşılaşılanı “çatışma” ile mobbingin birbiriyle karıştırılmasıdır. Hemen her ilişkisinde çatışma veya kısa süreli tartışmalar yaşanması mümkündür. Çatışmalar kişiler arasındaki kişilik veya amaç farklılıkları; yöntem, bilgi ve değer anlayışlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Mobbingi çatışmadan ayrılan en önemli özelliği sıklığı, süresi ve olay sonunda mağdurda meydana gelen psikolojik sonuçlardır. Çatışmada taraflar, kendilerini her zaman baskı altında hissetmezler. Çatışma konusu olay taraflar arasında çözümlendiğinde çatışma tekrarlanmaz. Bu nedenle belli bir düzeyde çatışma bazen yararlı olabilir ancak mobbing her zaman ahlak dışı ve zarar vericidir.³⁶³

Mobbing “zorbalık” kavramı ile de sık sık karıştırılmakta olup, mobbing iş hayatında, zorbalık ise daha çok okullarda çocuklar ve gençler arasında yaşanan zarar verici davranışlar için kullanılmaktadır. Zorbalık daha çok fiziksel saldırı olarak görülürken, mobbingde fiziksel saldırı oldukça nadir görülür. Mobbingte daha çok psikolojik ve sofistike saldırılar görülmektedir.³⁶⁴

Mobbingin karıştırıldığı bir diğer kavram “şiddet” kavramıdır. Mobbing genellikle içerisinde şiddeti de barındırmakta olup, şiddetten en önemli farkı sürekliliğidir. Şiddet oluşturan eylem bir kere gerçekleşerek tamamlandığı halde, bir eylemin mobbing teşkil edebilmesi için sistematik ve sürekli olarak tekrarlanması gerekir. Şiddet oluşturan davranış aynı zamanda fiili taciz, cinsel taciz, eşyaya zarar verme veya tehdit gibi ağır suçlar da oluşturmaktadır. Ancak mobbing nadiren ağır suç teşkil eder.³⁶⁵

İşverence yapılan keyfi ayrımcılıklar kişinin saygınlığına zarar verdiğinden psikolojik taciz olarak düşünülebilir. Ancak bu kavramlar birbirinden farklıdır. Keyfi ayrımcılığın faili işveren iken, psikolojik tacizin faili hem işveren hem de işyerinde çalışan diğer işçiler olabilir. Mağdur açısından keyfi ayrımcılık ile psikolojik taciz

³⁶² AYM 2018/19000 nolu ve 12/01/2022 tarihli bireysel başvuru kararı, www.anayasa.gov.tr, et: 20.04.2022.

³⁶³ Palabıyık, s. 24-32.

³⁶⁴ Karatuna, s. 3; İlhan, s. 1177; Muzır, s. 29; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 393; Aksoy, s. 94; Bozkurt, s. 53.

³⁶⁵ Palabıyık, s. 24-32; Süzek, s. 416.

arasında herhangi bir farklılık yoktur. Fakat farklı ırktan olan kişiler ile cinsiyet bakımından kadın işçiler ayrımcılığa daha fazla maruz kalmaktadır.³⁶⁶

Psikolojik taciz ile cinsel taciz de birbirinden farklı kavramlar olup, ikisi arasındaki en önemli fark davranışların tekrar etme sıklığı ve sürekliliği ile faildeki amaçtır. Psikolojik tacizden söz edebilmek için davranışların düzenli olarak tekrar ediyor olması gerekmektedir. Ancak cinsel taciz teşkil eden davranışın bir kere gerçekleşmesi dahi yeterlidir. Psikolojik tacizin amacı mağduru işten uzaklaştırmak ve manen zarar vermek, cinsel tacizin amacı ise mağdura cinsel olarak zarar vermek ve üzerinde üstünlük sağlamaktır. Cinsel tacizin mağdurları genelde kadınlar olmaktadır. Fakat psikolojik tacizde cinsiyet önemli değildir. Herkes mağdur olabilir.³⁶⁷

Cinsel taciz ile psikolojik taciz arasında bariz farklılıklar olmasına rağmen yıldırma, bezdirme (mobbing) hareketinin cinsel içerikli olması ve süreklilik taşıması halinde cinsel taciz ile mobbing örtüşür hale gelmektedir. Bu durumda mobbing oluşturan eylemlerin cinsel taciz olarak kabul edilmesi, cinsel tacizi mobbingin bir aracı olarak kabul etmek daha uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay, cinsel tacizin mağdur üzerinde oluşturduğu psikolojik bozulmayı izah ederken taciz olayının etki ve sonuçlarının süreklilik arz etmesi sebebiyle bir nevi mobbinge dönüştüğünü ifade etmiştir.³⁶⁸

8.3.Mobbingin Ortaya Çıkış Sebepleri ve Sınıflandırılması

Failin mobbing teşkil eden davranışları sergilemesinin altında yatan sebepler mağdur üzerinde üstünlük kurmak, kişiyi kendi hegemonyası altına almaya çalışmak ve onu yok etme arzusudur. Genelde psikolojik bozuklukları olan mobbing failleri, kişisel başarısızlıklarını ve yeteneksizliklerini başkalarına zarar vererek örtmeye çalışırlar. Ayrıca fail, bu yıpratıcı davranışlarını da inkâr eder.³⁶⁹

Ahlâk dışı bu davranışları gösterenlerin amacı mobbing uyguladıkları kişilere sistematik olarak baskı uygulayarak bu kişilerin performansını düşürmek, dayanıklılıklarını ortadan kaldırmak ve bezdirerek işten ayrılmalarını sağlamaktır. İşveren konumundaki fail, mağduru işten çıkardığı takdirde ona kıdem tazminatı ve

³⁶⁶ Baytekin, s. 136; Erkan, s. 26; Bilgili, s. 8.

³⁶⁷ Baytekin, s. 137; Bilgili, s. 12; Palabıyık, s. 36; Kandemir, s. 43; Savaş, s. 40.

³⁶⁸ Bilgili, s. 13; Y. 9. HD. 2008/37500 E, 2010/31544 K, 04.11.2010 T.

³⁶⁹ Coşkun, s. 37; Erkan, s. 25; Limoncuoğlu, s. 553; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 58.

diğer yasal haklarını ödemek zorunda kalacağı için onu bezdirerek istifa etmeye zorlar. İstifaya zorlamanın yanı sıra mağduru emekliliğe sevk etmek, ikale sözleşmesi yapmaya zorlamak, terfi almasını engellemek, yüksek sesle azarlamak, öneri ve taleplerini dikkate almamak, izin ve tatil taleplerinde her türlü zorluğu çıkarmak, yaptığı işi veya çalışma yerini değiştirmek, mağduru işyerinde yok saymak, herkesin önünde aşağılamak veya eleştirmek şeklinde mobbing uygulandığı da görülmektedir. Mağduru bir grup kuralını kabullenmeye zorlamak amacı taşıyan fail veya failer, düşmanlıktan hoşlanan, can sıkıntısı içinde zevk arayışında olan, kötü kişilik yapısı olan, mobbingi kendinde hak gören, şişirilmiş ben merkezci ve narsist kişilerdir. Mobbinge maruz kalan kişilerin yaşadığı bu psikolojik baskı iç dünyalarında hasar bırakarak fiziksel bütünlüklerine ve sağlıklarına da zarar vermektedir.³⁷⁰

Mağdurun bazı özellikleri de mobbingin ortaya çıkmasında etkili olabilmektedir. İş hayatında zekâ, dürüstlük, yaratıcılık, girişkenlik, özgüven, üretken ve işyerine bağlı kişiler bu olumlu özellikleriyle sıvrilerek popüler hale gelmekte, bu durum da diğer çalışanlarda böyle kişilere karşı kıskançlık duygusu oluşmasını tetiklemektedir. Mağdur çoğunlukla, failin otoritesine karşı tepki verdiği ve köleleşmeyi reddettiğinde mobbinge maruz kalmaktadır. Kendi yeteneksizlik ve ruhsal sorunları nedeniyle mobbing uygulamaya meyilli olan fail, mağdurun bu olumlu özelliklerine tahammül edemeyerek onu kendisi için bir tehdit olarak algılar ve iş hayatında ortadan kaldırmak ister.³⁷¹

Mağdurdaki olumlu özelliklerin yanı sıra olumsuz özellikler de bazen failin mobbing uygulamak konusunda işini kolaylaştırmaktadır. Utangaç, sessiz, özgüveni düşük, çekingen, itaatkâr ve kararsız kişiler failer açısından “kolay lokma” olarak görülebilmekte, mobbing için hedef seçilebilmektedir.³⁷²

İşyerinde psikolojik tacizin ortaya çıkması, işyerinden kaynaklanan sebeplerden de olabilmektedir. İşyerinin kültürü ve yapısının yanı sıra işyerinin işletme psikolojisi olarak mobbingi benimsemiş olması bu sebeplerden bir tanesidir. Aynı şekilde işyerinin ekonomik durumu da mobbingi tetikleyebilir. Zira ekonomik

³⁷⁰ Baytekin, s. 134; Bilgili, s. 3; Palabıyık, s. 43; Süzek, s. 416; Savaş, s. 8; Karatuna, s. 2; Atman, s. 164; İlhan, s. 1178; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 136; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 393.

³⁷¹ Palabıyık, s. 44-47.

³⁷² Palabıyık, s. 44-47.

durumu kötüye giden bir işletme, işletme giderlerini azaltmak için işçi çıkarma yoluna gidecek, işçiye kıdem tazminatı ve diğer alacaklarını ödememek ve onu istifaya zorlamak için de mobbing uygulayacaktır. Kötü çalışma şartları ve ilgisiz yönetim, işyerindeki iletişim problemleri, şikâyet mekanizmasının olmaması, hiyerarşik yapının sağlıklı olması gibi durumlar, zayıf liderlik yapısı, işyerindeki stresli ortam da çalışanlar arasında mobbingin ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Bunların yanı sıra psikolojik taciz çalışanların iş ve sosyal güvencelerinin az olması, iş yükünün fazlalığı, uzun çalışma saatleri, üstlerin astlarından beklentilerinin yüksek olması, çalışanların örgütsel veya sosyal desteklerinin olmaması, adil terfi ve ödüllendirme sisteminin yetersizliği, çalışanlar arasında rekabetin yüksek olması gibi nedenlerden de kaynaklanabilmektedir.³⁷³

Psikolojik tacizde genelde fiziksel tacize rastlanmamakta, daha çok psikolojik ve duygusal şiddete rastlanmaktadır. Özellikle erkeklerin çalıştığı bir işte kadınların çalışmaya başlaması halinde kadınlar, kendilerini kabul ettirinceye kadar küçümsenme, dikkate alınmama, hor görülme şeklinde davranışlarla karşılaşabilmektedir.

Yapılan araştırmalarda kadınların erkeklere göre, yaşlı işçilerin de genç işçilere göre daha fazla mobbinge maruz kaldığı tespit edilmiştir.³⁷⁴ Kadınlar, iş ortamında kendilerini kabul ettirinceye kadar yaptıkları işlerin dikkate alınmaması, küçümsenmesi, kaba şakalara maruz kalma, hor görülme gibi çeşitli davranışlara maruz kalmaktadır. Ayrıca hamile işçiler, iş kazasına uğrayanlar ve sıkıntılı süreçlerden geçen işyerlerinde eski ve daha yüksek ücretlerle çalışan işçilerin mobbing mağduru olma ihtimali daha yüksektir. Psikolojik şiddet mağdurlarının sayısı ise fiziksel şiddet ve taciz mağdurlarının sayısından çok daha fazladır.³⁷⁵

Mobbing, failin işyerindeki konumuna göre sınıflandırıldığında yukarıdan aşağıya doğru, aşağıdan yukarı doğru ve eşdeğerler arasında olmak üzere üçe ayrılabilir. Üstün asta uyguladığı mobbing yukarıdan aşağıya doğru (dikey) mobbing olarak tanımlanmakta olup, dikey mobbingte fail, mesleki statüsünden faydalanan olarak astları üzerinde psikolojik baskı oluşturmakta ve yönetim hakkını kötüye

³⁷³ Palabıyık, s. 44-47; Savaş, s. 10; Çivilidağ, s. 139; Karatuna, s. 2; Atman, s. 164; İlhan, s. 1176.

³⁷⁴ Yemişken, s. 42;

³⁷⁵ Baytekin, s. 135; Bilgili, s. 3; Savaş, s. 16-17; Önder, s. 55.

kullanmaktadır. Mağdura göre daha avantajlı konumda bulunan dikey mobbingin failleri işveren, işveren vekili, şef, müdür veya birim sorumlusu gibi kişilerdir.³⁷⁶

Astın üste uyguladığı mobbing aşağıdan yukarıya doğru (dikey mobbingin bir başka türü) mobbing olup, yukarıdan aşağıya doğru olan mobbinge göre çok daha nadir görülür. Çünkü işyerindeki konum bakımından mağdurdan daha dezavantajlı durumda bulunan fail, mağdura karşı tek başına güçsüz durumda olduğundan diğer faillerle birleşerek mobbing mağduru üstüne karşı onlarla iş birliği yapmak zorundadır. Dolayısıyla astın üste uyguladığı mobbing bazen bir bölümde çalışan tüm işçilerin birleşerek sürece dahil olması şeklinde gerçekleşebilir. Astın üste uyguladığı mobbingin sebepleri arasında yöneticiyi kabullenememe, eski yöneticiye olan bağlılık gibi durumlar gösterilebilir. Failler bir araya gelerek mağdur yöneticinin talimatlarına uymaz, işlerde bilerek yanlışlıklar yapar, işleri kasıtlı olarak geciktirir, amirlerine ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri iletmez, hiyerarşik yapıya uymadan yöneticiye yetersiz olduğunu hissettirmek amacıyla onu atlayarak bir üst kademeye ulaşır ve mağdur yöneticiyi etkisiz konuma getirirler. Amaçları amirlerinin otoritesini sarsmak, onu itibarsızlaştırmak, ona kendini yetersiz hissettirmektir. Mobbing eylemlerinin sonucunda işyeri, bu yöneticinin yöneticilik için elverişsiz olduğuna inanır ve mağdur genellikle işini veya pozisyonunu kaybeder.³⁷⁷

Astın üste uyguladığı mobbingin bir başka görülme şekli de yönetici olmak isteyen bir işçinin istediği pozisyona bir başkasının getirilmesi durumunda bunu hazmedememesi sebebiyle mobbing uygulamaya çalışmasıdır.³⁷⁸

Benzer görev ve imkanlara sahip aynı kademedeki kişiler arasında yaşanan mobbing ise eşitler arası mobbing (yatay) olarak tanımlanmaktadır. Bu mobbing türü işyerinde aynı statü veya benzer görevlerde bulunan kişiler arasında görülür. Bu mobbing türünde mağdurun diğer grup üyelerinden farklı cinsiyet, din, ırk gibi özelliklerde olması etkilidir. İşçinin özel kutlama ve sosyal etkinliklere kasıtlı olarak davet edilmeyerek dışlanması, dış görünüş ve giyim tarzıyla alay edilmesi gibi durumlar eşitler arası mobbinge örnek verilebilir. Mağdurun faille aynı statüde olmasına rağmen daha tecrübeli, daha eğitilmiş ve donanımlı olması gibi durumlar da

³⁷⁶ Erkan, s. 26; Bilgili, s. 3; Palabıyık, s. 40-42; Çivilidağ, s. 119; Atman, s. 162; İlhan, s. 1176; Savaş s. 12;

³⁷⁷ Bilgili, s. 3; Savaş s. 12; Atman, s. 163; İlhan, s. 1176; Palabıyık, s. 40-42.

³⁷⁸ Palabıyık, s. 40-42; Çivilidağ, s. 119; Atman, s. 163; Savaş s. 12; İlhan, s. 1176.

failin mağdura karşı kıskançlık besleyerek mobbing uygulamasında etkili olmaktadır.³⁷⁹

8.4.Mobbingin Mağdur ve Fail Üzerinde Bıraktığı Etkiler

Bir işçi bir başka işçi tarafından psikolojik tacize uğradığında genellikle hiyerarşi bu duruma müdahale etmemekte, müdahale ettiğinde ise kişinin rızasını almadan onu başka bir işe kaydırmaktadır. Psikolojik tacize uğramak mağdurda ekonomik ve sosyal zararlar doğurmaktadır. Zira kişi bozulan ruhsal ve fiziksel sağlığını düzeltebilmek için hastane, ilaç, doktor masrafı yapmaktadır. Ayrıca işten çıkması veya çıkarılması sebebiyle de ekonomik olarak zarara uğramaktadır. Maruz kaldığı eziyet, psikolojik şiddet nedeniyle duygusal olarak da yıpranmakta, zamanla mağdurun akıl ve beden bütünlüğü bozulmakta, eski haline dönmesi uzun bir zaman almaktadır. İşçinin psikolojik tacize uğramasının işyerine da zarar vereceği düşünülecek olsa bile işçinin istifa ederek işten ayrılması ve diğer işçilerin de benzer baskılara maruz kalarak işsiz kalmaktan korktukları için bu duruma ses çıkarmamaları açısından bakıldığında psikolojik taciz işverenler açısından verimli bir yatırım olarak görünmektedir.³⁸⁰

Mobbinge maruz kalan kişilerde görülen durumların başlıcaları nedensiz ağlama, uyku bozukluğu, alınganlık ve sinirlilik, konsantrasyon bozukluğu, iş ortamına antipati duyma, arkadaşlarına karşı olumsuz tavır alma, tansiyon yüksekliği, mide-bağırsak bozuklukları, alkol tüketiminin artması, iş yerine nedensiz yere gitmeme veya geç gitme, depresyon, dalgınlık, intihara eğilim gibi hayat kalitesini düşüren sorunlardır. Mobbing mağdurun psikolojik sağlığını bozunca fiziksel sağlığı da bu sorundan doğrudan etkilenmekte, mağdurda panikatak, tansiyon veya mide problemleri, aşırı kilo alma ya da aniden aşırı kilo verme, travma sonrası stres bozukluğu, anksiyete bozukluğu, tükenmişlik sendromu gibi durumlar görülebilmektedir.³⁸¹

Mobbing nedeniyle psikolojik ve fiziksel sağlığı bozulan mağdurun yaşadığı travma aile hayatını da etkilemekte, eşler arası çatışmalar hatta boşanmalara neden olabilmektedir. Mobbing mağdur üzerinde psikolojik ve fiziksel tahribatın yanı sıra

³⁷⁹ Erkan, s. 26; Bilgili, s. 3; Palabıyık, s. 40-42; Savaş s. 12; Çivilidağ, s. 119; Atman, s. 162; İlhan, s. 1176.

³⁸⁰ Palabıyık, s. 60-63; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 61.

³⁸¹ Palabıyık, s. 60-63; Yemişken, s. 39-40; Mercanlıoğlu, s. 40.

ekonomik kayıplara da yol açmaktadır. Mağdur işyerinde yaşadığı baskıya daha fazla dayanamayarak istifa edebilmekte ve uzun yıllar emek vererek elde ettiği işini kaybetmekte, kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarından mahrum kalmaktadır.³⁸²

Mobbingin fail üzerinde de etkileri bulunmaktadır. Fail, mağduru kendisi için bir tehdit olarak algıladığından sürekli güvensizlik, kaygı ve korku halinde ve saplantılı bir ruh hali içindedir. Genelde verdiği zararın farkında değildir ve olanların suçlusu olarak mağdurun “uyumsuzluğunu” gösterir. Çünkü mağduru kendisi bakımından bir tehdit olarak görür ve mobbing oluşturan kendi davranışlarını bu tehdide karşı aldığı bir önlem olarak görür. Pasif faillerle başa çıkmak aktif faillerle başa çıkmaktan çok daha zordur. Zira pasif failer uygun ortamlarda davranışlarını örtbas etmek için mağdura karşı anlayışlı ve samimi davranışlar sergilerler. Bu durumda mağdurun maruz kaldığı mobbingi çevresindekilere ispat etmesi daha da zorlaşmaktadır.³⁸³

Davranışlarının hukuka aykırı olması sebebiyle şayet fail bir başka işçi ise iş akdi haklı nedenle feshedilebilir. Bu durumda fail, mobbing teşkil eden davranışları sebebiyle kıdem tazminatından mahrum kalacaktır. Aynı şekilde mağdurun kendisine maddi ve manevi tazminat davası açması halinde bu davaların sonuçlarına da katlanmak zorunda kalır. Failin işveren olması halinde ise mağdur işçinin iş akdini haklı nedenle feshetme imkânı olduğundan fail, bunun hukuki sonuçlarına katlanmak zorunda kalır.³⁸⁴

8.5. Mobbingin Mevzuatımızdaki Görünümü

İşyerinde psikolojik taciz temel insan hak ve özgürlüklerini, işçinin kişilik değerlerini ve Anayasa ile güvence altına alınan çalışma özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bu nedenle her ne kadar Anayasa’ımızda mobbing ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmasa da mobbing teşkil eden davranışlar, öncelikle Anayasa’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesini, temel hak ve hürriyetleri düzenleyen 12 ve 17. maddelerini, özel hayata saygıyı düzenleyen 20. maddesini, düşünce özgürlüğünü düzenleyen 25. maddesini ve çalışma hürriyetini düzenleyen 48. maddesini ihlal etmektedir. Bu hükümler, devlete kişilerin mobbinge maruz kalmasını önleme yükümlülüğü yüklemektedir. Zira devlet, Anayasa’daki bu hükümler uyarınca

³⁸² Palabıyık, s. 60-63; Mercanlıoğlu, s. 40.

³⁸³ Palabıyık, s. 60-63; Mercanlıoğlu, s. 41.

³⁸⁴ Bilgili, s. 4; Palabıyık, s. 60-63; Kandemir, s. 46; Savaş, s. 22; Çivilidağ, s. 119; Karatuna, s. 3; Atman, s. 163; İlhan, s. 1178;

kişilerin refahını, mutluluğunu, huzurunu, maddi ve manevi gelişimini ve işyerindeki çalışma sağlığını korumak zorunda olduğundan işçiye mobbing yapılmasını önlemek için gerekli her türlü tedbiri de alma yükümlülüğü altındadır. Bu amaçla devlet, işyerlerinde mobbingi önlemeye yönelik politikalar geliştirmeli, işyerlerindeki düzenleme ve denetleme tedbirlerini denetlemeli, şikayetleri dikkate almalı, yargılama süreçlerini de hızlı ve etkin bir şekilde tamamlayarak mobbing uygulayanları hem hukuki hem de cezai açıdan cezalandırmalıdır. Anayasa, devlete yüklediği bu yükümlülük ile işçinin sadece emeğini sunan bir varlık olmadığı, aynı zamanda onun da manevi bir kimliği olduğu gerçeğini benimsemiş olmaktadır.³⁸⁵

İş hukuku çerçevesinde ise mobbing, işverenin işçiyi gözetme borcu ve iş sağlığı ve güvenliği kapsamında değerlendirilmektedir. İSGK'nın 5 ve 10. maddeleri başta olmak üzere iş sağlığı ve güvenliği hükümleri işverene, işçinin fiziksel sağlığının yanı sıra psikolojik sağlığını koruma yükümlülüğü de yüklemektedir. İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin kişisel niteliğinden kaynaklanan işverenin işçiyi gözetme borcu, kural olarak işçi ile işveren arasında hukuki bir ilişki (iş sözleşmesi) olmasını gerektirmektedir.

Psikolojik tacizin ayrımcılık yapmak amacıyla gerçekleştirilmesi halinde eğer pozitif bir düzenleme var ise psikolojik taciz hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Ancak İŞK'da bu yönde bir düzenleme mevcut olmadığından işverenin işçiyi gözetme borcu veya eşit işlem borcuna aykırı davranmasından doğan sorumluluğuna gidilecektir.

İşverenin işçiye psikolojik tacizde bulunması hem işçinin kişilik haklarını ihlal ettiğinden hem de işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık oluşturduğundan işverenin sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Psikolojik taciz teşkil eden davranışlar aynı zamanda haksız fiil de oluşturacağından işçi, işvereni haksız fiil hükümlerine dayanarak da sorumlu tutabilir.³⁸⁶ Her iki sorumluluğun yarışacağı bu durumda akdi sorumluluk hükümlerine dayanmak ispat yükü ve zamanaşımı süreleri bakımından işçi bakımından daha avantajlıdır.³⁸⁷

³⁸⁵ Palabıyık, s. 100; İlhan, s. 1176; Mercanlıoğlu, s. 42.

³⁸⁶ Coşkun, 42; Bilgili, s. 1; Palabıyık, s. 133; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 397; Savaş, s. 91; Önder, s. 56; Kaplan, s. 258; İlhan, s. 1182; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 137; Süzek, s. 480.

³⁸⁷ Savaş, s. 95; İlhan, s. 1176; Muzır, s. 30; Bozkurt, s. 53;

Hukukumuzda psikolojik taciz ile ilgili ilk hüküm TBK md 417'dir. Bu madde önemli bir ilke imza atarak işçiye uygulanan psikolojik tacizi pozitif olarak düzenlemiş ve psikolojik tacizin işverenin işçiye koruma yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğini düzenlemiştir. Maddenin 3. fıkrası ile işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, işverenin sözleşmeden doğan sorumluluğu olarak nitelendirilmiş olup, böylece haksız fiil sorumluluğu mu yoksa akde aykırılıktan doğan sorumluluk mu şeklindeki belirsizlik ortadan kalkmıştır. TBK md 112'de sözleşmeden doğan sorumluluk kusur sorumluluğu olarak belirlenmiş olduğundan işverenin sözleşmeden doğan sorumluluğunda ispat yükü koruma gözetme borcu altında olduğundan işverene bırakılmıştır. Dolayısıyla TBK md 417 ve 112 uyarınca işveren, işçinin kendisine mobbing uygulandığı iddiası karşısında işveren kusurunun bulunmadığını ispat etmekle yükümlü olup, ispat edemediği takdirde akde aykırılık nedeniyle sorumlu olacaktır.³⁸⁸

Mobbing mağduru işçi, kişilik haklarının ihlali nedeniyle TMK ve TBK'da yer alan genel hükümler doğrultusunda maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği gibi taciz tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi veya saldırının hukuka aykırılığının tespiti taleplerinde de bulunabilir. İSGK md 4 uyarınca işveren, işçinin sağlık ve güvenliğini korumakla yükümlü olup, psikolojik tacize uğramak çoğu kez işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını da bozacağı için işçi, İSGK md 13/2 uyarınca iş görmekten kaçınma hakkına da sahiptir.³⁸⁹

Psikolojik taciz her ne kadar İşK md 5'te ayrımcılık sebepleri arasında sayılmamış ise de işverenin haklı bir neden olmadığı sürece işçilerine eşit muamelede bulunma yükümlülüğü olduğundan işçilerin bazılarına uygulayacağı psikolojik taciz, eşit davranma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilecektir. Zira psikolojik tacizde bir işçiye diğerlerinden ayırma, onu yalnızlaştırma söz konusudur. Psikolojik tacize maruz kalan işçi, kendisine arkadaşlarından farklı davranıldığını anlayarak bu farklılığın olumsuz sonuçlarını yaşamaktadır. Ancak bunun için psikolojik taciz failinin işveren olması gerekmekte olup, işçiler arasında

³⁸⁸ Zeytinlioğlu Çamcı, s. 60; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 137.

³⁸⁹ Baytekin, s. 138; Erkan, s. 73; Limoncuoğlu, s. 556; Bilgili, s. 23; Palabıyık, s. 97; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 396; Savaş, s. 98; Arslan Ertürk, s. 364; Kandemir/ Yardımcıoğlu, s. 26; Önder, s. 56; Atman, s. 170; İlhan, s. 1182; Çolakoğlu, s. 24; Yemişken, s. 38; Muzır, s. 30; Karabulut, s. 91; Aksoy, s. 93.

yaşanan psikolojik taciz durumlarında işverenin ayrımcılık yaptığından söz edilemez. Psikolojik taciz uygulamak suretiyle işverenin ayrımcılık yaptığından söz edebilmek için bir diğer şart, psikolojik tacizin altında yatan sebeplerin mutlak ayrımcılık yasakları olan işçinin dili, dini, ırkı, siyasi düşüncesi, felsefi görüşü, etnik kökeni gibi saiklere dayanmasıdır. İşverenin bu saiklerle psikolojik tacizde bulunması halinde işçinin İşK md 6 ve İşK md 7 uyarınca ayrımcılık tazminatı talep edebilmesi mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki psikolojik tacizi işveren bizzat uygulamamakla birlikte uygulanmasına sessiz kalması, göz yumması halinde yine psikolojik tacize dolaylı olarak katıldığını, mobbing izleyicisi konumunda olduğunu ve bu durumda da eşit işlem borcuna aykırı davrandığını kabul etmek gerekir.³⁹⁰

Psikolojik taciz, TBK md 435'e göre mağdura iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımaktadır. Bu maddeye göre hizmet sözleşmesini fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin beklenememesi hallerinde haklı nedenin var olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla TBK'da haklı nedenle fesih sebepleri net olarak sayılmamıştır. İşK'da ise psikolojik taciz, 24 ve 25. maddelerdeki haklı nedenle derhal fesih sebeplerinden olan "cinsel taciz, sataşma, şeref ve namusa dokunacak sözler" kapsamındadır. Yalnızca işveren değil, işveren vekillerinden gelen ve mobbing oluşturan davranışlara karşı da işçinin bu maddeler kapsamında haklı nedenle derhal fesih hakkı olduğu kabul edilmelidir. İşyerinde mobbingin işveren tarafından değil de diğer işçiler veya üçüncü bir kişi tarafından uygulanması halinde işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğabilmesi için İşK md 24/II, (d) uyarınca cinsel tacizde de olduğu gibi öncelikle bu durumu işverene bildirerek gerekli önlemlerin alınmasını istemesi gerekmektedir. Aksi halde işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir.³⁹¹

Haklı nedenle feshin söz konusu hallerde psikolojik taciz mağduru işçi, bu hakkını İşK md 26'da yer alan fiili öğrenmesi tarihinden itibaren 6 iş günü veya herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde kullanmalıdır. Aksi halde fesih haksız fesih olarak değerlendirilir ve bu süreler hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Aynı şekilde işçilerin birbirine mobbing uygulaması halinde

³⁹⁰ Limoncuoğlu, s. 558; Bilgili, s. 44; Palabıyık, s. 39; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 397; Savaş, s. 95; İlhan, s. 1182; Çolakoglu, s. 24; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 60.

³⁹¹ Bilgili, s. 49; Palabıyık, s. 144; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 397; Savaş, s. 113; Önder, s. 56; Kaplan, s. 258; İlhan, s. 1181; Mercanlioğlu, s. 43; Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, s. 138; Muzır, s. 30; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 59.

işveren, mobbing faili işçinin iş akdini aynı süreler içerisinde feshetmelidir. Haklı nedenle feshin 6 iş günü olan süre içerisinde yapılıp yapılmadığının tartışıldığı yargı kararlarında yüksek mahkeme, psikolojik tacizin süreklilik arz eden fiiller olduğunu da dikkate almıştır. Yüksek mahkeme, fiilin psikolojik taciz niteliğinde olması için bir kere yapılıp bitmiş olması yetmeyip etkilerinin uzun süreli olması gerektiğinden bu etkiler devam ettiği sürece yapılan feshin süresi içinde olacağına karar vermiştir.³⁹²

İşçinin mobbing nedeniyle fiziksel ve ruhsal sağlık sorunları yaşaması dolayısıyla da işe devam edememesi halinde işverence iş akdinin feshedilmesi, kötü niyetli fesihdir. Zira işçinin işe gelmemesinin müsebbibi işyerinde maruz kaldığı psikolojik şiddet olup, bu sebeple işçinin uğradığı işgücü kaybı işveren bakımından haklı fesih sebebi olarak kabul edilemez. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda işçinin sağlık sorunlarının işyerinde uygulanan mobbingden kaynaklandığının tespit edilmiş olması sebebiyle işverence yapılan feshi geçersiz kabul etmiş ve işçinin işe iadesine karar vermiştir.³⁹³

İşçinin bir başka işçiye mobbing uygulaması, fail işçinin işverene ve işine olan sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilerek işveren bakımından fail işçinin iş akdini haklı nedenle derhal feshetme hakkı doğurmaktadır. Zira işçinin sadakat yükümlülüğünün gereği olarak işyeri düzenini ve iş akışını bozacak nitelikteki davranışlardan kaçınması gerekmektedir. İşverenin mobbing uygulayan işçinin iş akdini feshetme hakkı, mağdur işçiye koruma ve gözetme yükümlülüğünün de bir sonucudur. Mobbing faili veya mağdurunun işveren vekili, alt işverenin işçisi veya

³⁹² Baytekin, s. 139; Erkan, s. 72; Limoncuoğlu, s. 558-559; Bilgili, s. 153; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 397; Savaş, s. 114.

³⁹³ Kaplan, s. 258; Y. 22 HD, 2014/2157 E, 2014/3434 K, 21.2.2014 tarihli kararı “... Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir. Mobbingin varlığı için şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı, davacı işçinin kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguları ileri sürmesinin yeterli olduğu, yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği gözetilmelidir. Davacının işyerinde mobbinge maruz kaldığı için hastalandığı, rahatsızlığı sebebiyle sevk edildiği hastanede Sağlık Kurulu Raporu ile anksiyete bozukluğu teşhisi konulduğu ve dinlenmesi gerektiği için rapor verildiği, davacının hastalanmakta ve rapor kullanmakta herhangi bir kusurunun bulunmadığı nazara alınarak, feshin geçersizliğine, işçinin işe iadesine karar verilmelidir...” Kazancı İBB, et: 31.12.2021.

ödünç işçi olması, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi bakımından sonucu değiştirmez.³⁹⁴

Ülkemizde iş hayatında en çok görülen ve yargı kararlarına en çok konu olan psikolojik taciz çeşidi işçinin çalışma şartlarının ağırlaştırılması ve aşırı yük altına sokularak yıldırmaya çalışılmasıdır. İşK md 22’de değişiklik feshi düzenlenmekte olup, yapılan değişikliğin hukuki olabilmesi için işverene işçi tarafından yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin de bu değişikliği açık şekilde kabul ettiğini bildirmesi gerekmektedir. İşçinin reddettiği veya sessiz kaldığı hallerde değişiklik kabul edilmemiş sayılacağından işveren, bu değişikliği yapmaktan vazgeçebilir.

İşverenin bir diğer seçeneği ise iş güvencesine tâbi olan işçi açısından değişikliğin geçerli bir nedenle yapıldığını işçiye yazılı şekilde bildirerek ihbar sürelerine uymak ve varsa şartları varsa kıdem tazminatını ödeyerek iş akdini geçerli nedenle feshetmektir. İş güvencesi olmayan işçi bakımından ise değişiklik sebebinin yazılı olarak bildirilmesi dışında yine aynı şartlar geçerlidir. İşveren, çalışma şartlarını işçi kabul etmediği halde değiştirirse bu değişiklik İşK md 22 uyarınca işçiyi bağlamayacağından işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir ve şartları varsa işçilik alacaklarını talep edebilir. Yargıtay, güncel bir içtihadında işyerindeki yönetici tarafından yapılan işçinin herhangi bir itirazda bulunmadan uygulamaya başladığı değişikliğe ilişkin olarak sonradan psikolojik taciz iddiasında bulunamayacağı gerekçesiyle işçinin manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir.³⁹⁵

³⁹⁴ Bilgili, s. 61; Palabıyık, s. 142; Savaş, s. 116.

³⁹⁵ Baytekin, s. 140; Coşkun, s. 82; Palabıyık, s. 163; Savaş, s. 20; YHGK E. 2016/9-1427, K. 2021/53, T. 9.2.2021 “Dava, işyerinde psikolojik taciz nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacının amiri konumundaki işveren yetkilisi davalının işin gereğini yerine getirmek ve davalı Bankadaki işleyişi sağlamak amacıyla yaptığı iş akışını güncelleme çalışması için uygun gördüğü davacıyı nezaketli bir dil kullanarak geçici olarak görevlendirmesinin psikolojik taciz niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir. Zira, alt görevde çalıştırıldığını iddia eden davacının 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesi gereğince iş koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı takdirde yapılan görevlendirmeyi kabul etmeme hakkı bulunmasına rağmen herhangi bir itirazda bulunmaksızın bahsi geçen işte çalışmasını sürdürdüğü de göz ardı edilmemelidir. Nitekim, davacı ile birlikte çalışan davalı tanıkları da davacıya sistemli ve kasıtlı, yıldırma ve dışlama amaçlı eylemlerde bulunulmadığını açıkça ifade etmişlerdir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki; davacı tanığının ara sıra meydana gelmiş birkaç davranıştan bahsederek genel ifadeler ile davacının psikolojik tacize maruz kaldığına ilişkin başkaca delillerle desteklenmeyen beyanı olayın ispatı açısından yeterli görülmemiştir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, davacının, davalı işveren ve davalı işveren yetkilisi tarafından psikolojik tacize maruz bırakıldığını somut delillerle ispat edemediği anlaşıldığından manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekmektedir.” Kazancı İBB, et 10.8.2021.

İşyerinde psikolojik tacizin ispatlanması bakımından önceki bölümlerde yer verdiğimiz³⁹⁶ ayrımcılık yasağının ihlalinin ispat yüküne ilişkin kurallar geçerli olup, işçinin psikolojik taciz olgusunun varlığını ispatlaması gerekmektedir. Yargıtay, güncel bir kararında bunun için yüzde yüzlük bir ispat gerekmediği, şüpheden uzak delilin hukuk yargılamalarında değil ceza yargılamaları için geçerli olduğu ve iş hukukunda mobbing gibi soyut bir olgunun varlığını ispat için çelişkili olmayan delillerle birlikte vicdani kanaatin yeterli olduğu gerekçesiyle işçinin haklı nedenle feshini ve kıdem tazminatı talebini kabul etmiştir.³⁹⁷

İşyerinde psikolojik taciz TCK'da düzenlenmemiştir. Ancak psikolojik taciz TCK md 117/1'de yer alan “...hukuka aykırı bir başka davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek” fiili kapsamında değerlendirilerek mağdurun şikâyeti üzerine fail, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılabilir.

Doktrinde mobbinge etkin mücadele için TCK'da açıkça bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğu, “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” uyarınca bunun elzem olduğu görüşü ile birlikte halihazırdaki durumda mobbing oluşturan fiillerin TCK'da düzenlenen bazı suç tipleriyle örtüştüğü görüşü de hakimdir. Örneğin somut olaya göre mobbing oluşturan fiiller görevi kötüye kullanma (TCK md 257), intihara yönlendirme (TCK md 84), kasten yaralama (TCK md 84-86), cinsel saldırı (TCK md 102), cinsel taciz (TCK md 105), kişilerin huzur ve sükununu bozma (TCK md

³⁹⁶ Bkz 1. Bölüm 10. Başlık, sayfa 95.

³⁹⁷ Çelik/ Caniklioglu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 398; Yemişken, s. 146; Muzır, s. 95; Y. 9. HD. E. 2016/36185, K. 2020/18583, T. 15.12.2020 “ Dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. İddia, olayların seyri, birbirini doğrulayan ve tamamlayan davacı ve davalı tanık anlatımları, davacının işverenine verdiği samimi ve inandırıcı beyanları havi dilekçeleri göz önüne alındığında, mobbing olgusunun ispat edildiğinin kabulü gerektiği; kaldı ki, hukuk yargılamasında ve özellikle de mobbinge dayanan iddialarda yüzde yüzlük bir ispatın aranmadığı, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğu, özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar bir ispatın yeterli olduğu, taraflarca ileri sürülen delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiği, mobbing gibi diğer dava türlerine göre ispatı nispeten daha zor olan bir konuda kesin ve mutlak bir ispatın aranmayacağı, iş ilişkisinin niteliğinden kaynaklı olarak ispat açısından dezavantajlı konumda olan işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağı kanaat ve sonucuna varılmıştır. Ayrıca, her ne kadar davacı tarafca temyiz safhasında sunulan sağlık raporlarından Devlet Hastanesinin psikiyatri bölümüne gittiği ve yaygın anksiyete bozukluğu teşhisinin konulduğu görülmüş ise de, iş yargılamasında taraflarca hazırlanma ilkesi geçerli olduğundan, dava dilekçesinde bu sağlık raporlarına açıkça dayanılıp tahkikat safhasında sunulmadığının anlaşılması karşısında, usul hükümlerine göre bu delillerin dikkate alınması mümkün olmamakla birlikte, bu yazılı deliller dışındaki dosya kapsamının mobbing iddiasının ispatı için yeterli olduğu anlaşılmıştır. Açıklanan tüm bu nedenlerle; yanlışlı değerlendirmeyle kıdem tazminatının reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Kazancı İBB, et: 10.08.2021.

123), cebir (TCK md 108) suçlarını oluşturabilir ve mobbing fiilleri bu maddeler uyarınca cezalandırılabilir. Yargıtay, bir kararında mağdura uygulanan psikolojik tacizin TCK md 96'da yer alan "eziyet" suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁹⁸

Psikolojik taciz her ne kadar Yargıtay içtihatları ile haklı nedenle fesih, maddi ve manevi tazminat gibi yaptırımlara bağlanmış ise de 4857 sayılı İş Kanunu'nda psikolojik tacize ilişkin bir hüküm bulunmaması psikolojik tacizin önlenmesinde büyük bir eksikliktir. Bu nedenle ivedilikle İşK md 5, md 24 ve md 25'te gerekli düzenlemeler yapılarak mobbing açık bir şekilde ayrımcılık ve haklı nedenle fesih sebebi olarak kanunda yer almalıdır. Zira işyerinde psikolojik şiddet aynı zamanda sosyal şiddet, örtülü angarya, fırsat eşitsizliği ve ekonomik şiddet anlamına da gelmektedir.³⁹⁹

9. KADIN İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI AÇISINDAN HAKLARI

Fesih, iş sözleşmesini sona erdirmeye yollarından biri olup, iş sözleşmesinin sona ermesi bazı hukuki sonuçları doğurmaktadır. Bu sonuçlardan bir tanesi de kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatı "*iş sözleşmesi belirli hallerde sona eren işçiye veya onun mirasçılarına duruma göre aynı veya farklı işverenler nezdindeki çalışma sürelerinin karşılığı olarak ödenen para*" olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰⁰

İş sözleşmesinin türü bakımından incelendiğinde kıdem tazminatı yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için geçerli olmaktadır. Belirli süreli iş

³⁹⁸ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 398; Y. 8. CD. E. 2018/203, K. 2018/2245, T. 1.3.2018 " Dava; eziyet suçuna ilişkindir. Türkiye Ziraat Odaları Birliği Genel Başkanı olan sanığın aynı zamanda 6964 Sayılı Kuruluş Kanunun'un 29/l. maddesi gereği Birlik ve odaların işlerinin yürütülmesini teminen kararlar almak ve yürürlüğe koymakla sorumlu yönetim kurulunun da başkanı olduğu, konumu itibarıyla personel üzerinde sahip olduğu idari güç ve yetki de dikkate alındığında; katılanı geçici görevlendirmeler ile farklı illere gönderdikten sonra, İdare Mahkemelerince benzer gerekçelerle verilen iptal kararları neticesinde Ankara iline dönen katılana, tecrübesine ve iş yerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev vermeyerek sırf sıkıntı vermek, onu rencide ve pasifize etmek kastıyla binanın bodrum katında kurum şoförlerinin kullandığı telefon ve bilgisayar gibi gereçlerin bulunmadığı odada mesai yaptırmaya zorlamak suretiyle belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, değersizleştirme, yıldırma ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan; psikolojik saldırıya konu eylemlerinin işleniş biçimleri ve sonuçlarına göre eziyet boyutuna vardığı bu sebeple yüklenen eylemlerin bir bütün halinde 5237 Sayılı TCK'nun 96/1. maddesinde düzenlenen "eziyet" suçunu oluşturduğu gözetilmelidir." Kazancı İBB, et: 10.08.2021; Bilgili, s. 14; Palabıyık, s. 103; Yemişken, s. 136; Zeytinlioğlu Çamcı, s. 63.

³⁹⁹ Baytekin, s. 141-142; Coşkun, s. 44.

⁴⁰⁰ Erkan, s. 69; Umutlu, Selin: "Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 34, Sayı 3, 2020, sayfa 878.

sözleşmelerinde belirlenen süre dolduğunda yahut belirli olan iş sona erdiğinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu değildir. Aynı şekilde tarafların karşılıklı irade ile iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde de (ikale sözleşmesi) işçinin kural olarak kıdem tazminatı alma hakkı bulunmamaktadır. Kıdem tazminatına hak kazanmanın bir diğer şartı da işçinin aynı işverene ait aynı veya farklı işyerlerinde sürekli veya aralıklı olarak en az 1 yıl süreyle çalışmış olmasıdır. En az bir yılını tamamlamamış olan işçinin kıdem tazminatı alma hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca işçinin İşK md 24'te yer alan haklı sebeplerden biri bulunmadan bildirimli (ihbarlı) fesih ile iş sözleşmesini feshetmesi halinde de kıdem tazminatı alma hakkı yoktur.⁴⁰¹

İşveren, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık dışındaki her türlü fesih durumunda yani işveren tarafından iş akdini haklı nedenle derhal feshedilmesini gerektirecek bir sebep bulunmadıkça işçiye, tamamladığı her bir yıllık çalışma süresi için bir aylık brüt ücretini kıdem tazminatı olarak ödemek zorundadır.⁴⁰² Kıdem tazminatı ile ilgili 1475 sayılı İşK'nın 14. maddesi halâ yürürlükte olup, bu hüküm uyarınca kadın işçilerin evlendikleri tarihten itibaren bir yıl içinde iş sözleşmelerini feshetmeleri halinde kıdem tazminatı alma hakları bulunmaktadır. Böylelikle kadın işçiler, evlenmeleri halinde iş akdini feshederlerse feshin kötü sonuçlarından korunmuş olacaklardır. Aslında 4857 sayılı İşK uyarınca işçi bakımından haklı nedenle fesih sebebi söz konusu olmadıkça işçinin kıdem tazminatı alma hakkı yoktur. Ancak 1475 sayılı İşK md 14 ile bu kurala istisnalar getirilmiştir.

Kadın işçilere özgü olarak getirilen bu hukuki imkânın sebebi, kadının evlenmesiyle birlikte değişen toplumsal hayattaki yeri, eş sıfatıyla üstlendiği yeni yükümlülüklerdir. Bekarken iş hayatına başlamış bir kadın, evlendikten ve çocuk sahibi olduktan sonra evine ve çocuğuna daha uzun süre vakit ayırabilmek için iş hayatından uzaklaşmak isteyebilmektedir. Toplumun değer yargıları ve kadına yüklediği görevler sebebiyle kadın işçiler bazen evlendikten sonra işe devam etmeyi imkânsız görebilmektedir. Bu nedenle kadın işçilerin evlenmeleri halinde kıdem tazminatına hak kazanarak iş akdini sonlandırmaları, toplumun kadına yüklediği

⁴⁰¹ Erkan, s. 70; Arslan Ertürk, s. 366; Taşkent/ Kurt, s. 46.

⁴⁰² Coşkun, s. 23; Taşkent/ Kurt, s. 46.

Doktrinde de ailevi yükümlülüklerin kadın ve erkek açısından eşit olmadığı gerekçesiyle evlenmeyle kadına tanınan bu hakkın AY md 10'a aykırı olmadığı görüşü söz konusudur. Bir başka görüşe göre ise bu düzenleme eşitlik ilkesinden ziyade pozitif ayrımcılığa ilişkin olup, kadınlar lehine pozitif ayrımcılık olarak kabul edilmelidir.⁴⁰⁷ Bu görüş, toplumumuzda özellikle ev içi ailevi yükümlülüklerin daha ziyade kadınlar üzerinde olduğu yönündeki değer yargılarının bir sonucu olarak makul kabul edilebilir. Ancak doktrinde yer alan karşıt görüşe⁴⁰⁸ göre ise İŞK'da yer alan bu hükmün kadınları iş hayatından uzaklaştırdığı, erkeklere nazaran ikinci plana attığı ve kadınların anne ve eş olmalarını, iş hayatından ev hayatına dönmeyi teşvik edici nitelikte olduğu da bir gerçektir. Bu düzenleme nedeniyle işverenler de evlenip iş akdini feshedecek ve kıdem tazminatı talep edecek korkusu ile bekar kadın işçileri işe almaktan çekinebilmektedir.

Pozitif ayrımcılık uygulamalarının amacı kadınları iş hayatından uzaklaştırmak değil, iş hayatında daha fazla tutunmalarını sağlamak olduğundan bu düzenlemeyi eleştiren yazarlara göre bu hüküm pozitif ayrımcılık ile bağdaşmamaktadır.⁴⁰⁹ Bizim kanaatimize göre de kadınlara kıdem tazminatı alarak iş akdini feshetme imkânı veren bu hüküm, kadınların iş hayatına katılımını artırmanın aksine iş hayatındaki kadınları işten ayrılmaya teşvik edici nitelikte olduğundan pozitif ayrımcılık teşkil etmemektedir.

Evlilik nedeniyle işten ayrılan ve kıdem tazminatını alan işçinin sonradan tekrar işe başlaması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmemektedir. Zira bu hak kadınlara verilen kanuni bir hak olup, çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa ile de güvence altına alınmıştır. Kadının sonradan tekrar çalışma zarureti doğmuş veya yeni işi ona evliliğine daha çok zaman ayırma imkânı getirmiş olabilir. Bu nedenle evlenmesi nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshetmiş bir kadının çalışma hayatına bir daha hiç dönmeyeceğini kabul etmek hakkaniyetli değildir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.⁴¹⁰

çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez...Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 41. ve 50.maddelerine aykırı değildir." Resmi Gazete, 26.11.2008, 27066.

⁴⁰⁷ Baytekin, s. 143.

⁴⁰⁸ Manav Özdemir, s. 145; Umutlu, s. 879.

⁴⁰⁹ Gökçeoğlu Balcı, s. 1272.

⁴¹⁰ Y. 22 HD. 2015/23042 E. 2015/27860 K. 08.10.2015 T; Karabulut, s. 97.

İş akdinin feshine gerekçe olan evliliğin kadının ilk evliliği olması da gerekmemektedir. Çünkü kanunda kadın işçinin evlilik nedeniyle iş akdini haklı nedenle kaç defa feshedebileceği yani daha önce evlenip iş akdini feshetmiş bir kadının boşanıp sonra yeniden evlenmesi halinde yine bu hakkının olup olmadığı kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla evlenerek işten ayrılan kadının sonradan boşanması da bu hakkı ortadan kaldırmaz.⁴¹¹

Muvazaalı olarak evlenen kadının bu muvazaalı evliliği ileri sürerek iş akdini feshedip feshedemeyeceği de kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda çalışma şartlarından memnun olmayan ancak iş akdini haklı nedenle feshetmek için bir sebebi de olmayan kadın işçi, sırf kıdem tazminatı alabilmek için muvazaalı bir evlilik yaparak bu hüküm uyarınca iş akdini feshedebilecektir.⁴¹² Yargıtay bir kararında boşandıktan çok kısa bir süre aynı kişiyle yeniden evlenen kadının evlilik sebebiyle iş akdini feshedip kıdem tazminatı talep ettiği bir olayda kadın işçinin iyi niyetli olmadığı ve kanuna karşı hile yaptığı kararını vermiştir.⁴¹³

Aynı işyerinde çalışan işçilerin evlenmesi halinde de kadın olan işçi bakımından yine iş akdini evlilik sebebiyle haklı nedenle feshetme imkânı bulunmaktadır. Evlenen kişilerin aynı işyerinde çalışıyor olması, kadınlara verilen bu kanuni fesih imkânı bakımından özel bir durum oluşturmamaktadır.

Kadın işçinin evlenmesi halinde iş akdini haklı nedenle feshetmek istediğini işverene ne şekilde bildirmesi gerektiği hususunda da kanunda açıklık bulunmamaktadır. Kanun, işverene fesih bildirimini yazılı yapma zorunluluğu yüklemişken işçi bakımından böyle bir zorunluluk olmadığından işçinin işverene evlendiği için işten ayrılmak istediğini sözlü olarak bildirmesi dahi geçerli bir fesih şekli olarak kabul edilmelidir. Ancak burada önemli olan işçinin işverene fesih bildiriminde bulunduğunu ispatlayabilmesidir. Bu bakımından işçinin fesih bildirimini yazılı veya resmi şekilde yapması hak kaybına uğramamak için son

⁴¹¹ Erkan, s. 71;

⁴¹² Baytekin, s. 143; Manav Özdemir, s. 145; Arslan Ertürk, s. 366; Umutlu, s. 879-883; Taşkent/ Kurt, s. 47; İşçi Baş, s. 61; Köseoğlu/ Kaya, s. 62;

⁴¹³ Taşkent/ Kurt, s. 46; İşçi Baş, s. 62; Köseoğlu/ Kaya, s. 62; Karabulut, s. 96; Y. 9. HD. 15.01.1990, 1089/7628 E., 1990/118 K “...Olayda davalı boşandıktan 25 gün sonra aynı adamla tekrar evlenerek iş aktini feshetmiştir. Gerçi bir kimsenin boşandığı karı ve kocasıyla tekrar evlenmesi mümkündür. Ancak, olayın cereyan tarzına göre, davalının davranışını bu çerçevede de mütalaa etmek mümkün değildir. Kanunun verdiği hakkı kullanılırken, iyiniyetli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla davacı idarenin borçlu olmadığı şeyi hataen verdiğinin ve bunu ispat ettiğinin kabulü gerekir...”

derece önem arz etmektedir. Hatta ispat açısından bu da yeterli olmayıp, feshin evlilik sebebiyle olduğunun ispatı açısından yazılı veya resmi şekilde yapılan bildirimde feshin evlilik sebebiyle yapıldığının açıkça yazılması, ekine de evlilik cüzdanı veya vukuatlı nüfus kayıt örneğinin koyulması herhangi bir uyuşmazlık halinde işçinin elini fazlasıyla kolaylaştıracaktır.⁴¹⁴

Doktrinde bazı yazarlar, kanunu lafzi yorumlayarak evlendikten sonra 1 yıl içinde boşanan kadının sona eren bu evliliğini gerekçe göstererek iş akdini haklı nedenle feshedebileceklerini, evlilikten itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre dolmamış ise boşanmanın bu hakkı ortadan kaldırmayacağını ileri sürmektedir.⁴¹⁵ Ancak kanaatimizce bu düşünce hükmün amacına aykırıdır. Zira hükmün amacı, kadının evlenmekle artan ailevi yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için işten ayrılmasına imkân vermek olup, boşanmış olan kadının evlilik sebebiyle böyle bir ailevi yük içerisinde olduğu kabul edilemez.

Kanunumuzda haklı nedenle derhal fesih halleri dışında tüm fesihlerde ihbar süresine uyulması gerektiği belirtilmektedir. Kadın işçiye evlilik nedeniyle kıdem tazminatı alma hakkı veren fesih biçimi de kanunda belirlenen haklı nedenle derhal fesih sebeplerinden biri değildir. Bu nedenle kadın işçinin evlilik nedeniyle iş akdini feshetmesi halinde işverene karşı ihbar süresine uyması gerektiği, aksi takdirde ise işverene ihbar tazminatı ödemesi gerektiği kabul edilmelidir. Ancak hem doktrinde hem de içtihatlarda kadın işçilerin evlilik nedeniyle iş akdini feshederken ihbar süresine uyması gerektiği ifade edilmemektedir. Hatta Yargıtay, bir kararında işçinin ihbar süresine uyma zorunluluğunun olmadığını, feshin işverene bildirildiği tarihte sonuç doğuracağını açıkça ifade etmiştir. Bu nedenle bu hallerde işverenin kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğü, kadın işçinin fesih iradesini işverene bildirdiği tarihte başlamaktadır.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Umutlu, s. 884-885.

⁴¹⁵ Umutlu, s. 886.

⁴¹⁶ Erkan, s. 72; Umutlu, s. 885; İşçi Baş, s. 58; Karabulut, s. 97; Y. 9 HD, E: 2014/17600, K: 2015/30741, T: 2.11.2015; Y. 7. HD 2015/43996 E, 2016/11482 K, 26.05.2016, “...Kadın işçinin yasanın tanıdığı fesih hakkını kullanması halinde, kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Feshin işverence kabul edilmesi gerekmez. Aynı zamanda işçinin işverene ihbar öneli tanınması zorunluluğu da bulunmamaktadır...” www.karararama.yargitay.gov.tr, et: 15.12.2021.

SONUÇ

Sanayi Devrimi ile birlikte tüm dünyada hız kazanan endüstrileşme, kadınları iş hayatında daha yoğun olarak yer almaya sevk etmiş, yaşanan savaşlarla erkeklerin yerini doldurmak zorunda kalan kadınların iş hayatındaki önemi daha da artmıştır. Hem anne hem de babanın çalıştığı ailelerde çocuk bakımı ve evin diğer sorumluluklarının ne şekilde yerine getirileceği sorunu gündeme gelmiş, insanlar iş hayatı ve aile hayatı arasında denge kurmaya çalışırken devletler de aile hayatını ve toplumsal düzeni korumak amacıyla getirdiği yasal düzenlemelerle bu dengenin kurulmasını kolaylaştırmaya çalışmıştır.

Eşitlik ilkesi hem evrensel hem de Anayasal bir ilke olup, hiç kimseye dil, din, ırk, cinsiyet, felsefi düşünce gibi insanı insan yapan biyolojik ve manevi sebeplerle ayrımcılık yapılmamasını, eşit şartlarda bulunan kişilerin eşit muamele görmesi gerektiğini ifade etmektedir. İş hukukumuzda ise eşitlik ilkesi, işverenin haklı ve makul bir sebep olmadığı sürece işçilerine karşı eşit muamelede bulunmakla yükümlü olmasıdır. Eşitlik ilkesi iş hukukumuzda “işverenin eşit davranma borcu” olarak ifade edilmekte olup, işçiyi koruma ve gözetme, ücret ödeme gibi yükümlülüklerinin yanında en önemli yasal sorumluluklarından biridir.

Farklılıkların eşitsizlik haline gelmesi hayatın her alanında olduğu gibi cinsiyette de karşımıza çıkmaktadır. Cinsiyet ayrımcılığı eşitlik ilkesini zedeleyen en temel sosyal sorunlardan biri olup, kişinin sırf cinsiyetinden dolayı diğer insanlara nazaran dezavantajlı konuma sokulması anlamına gelmektedir. Cinsiyet ayrımcılığı en çok kadınların maruz kaldığı bir ayrımcılık türüdür. Kadınlar sırf kadın olmaları sebebiyle iş hayatında ikinci plana itilmekte, işveren tarafından tercih edilmemekte, erkek işçilerle aynı nitelik ve eğitimde olmasına rağmen daha düşük ücretle çalıştırılmakta, işinde ilerlemesi ve kariyer yapması erkeklere nazaran daha da zorlaştırılmakta ve bunun gibi daha pek çok olumsuzlukla karşılaşmaktadır. Kadının sırf cinsiyeti nedeniyle maruz kaldığı dezavantajlı durumlar toplumda herkesçe kanıksanmış olup, cinsiyet ayrımcılığına maruz kalan kadınlar dahi bazen bu durumu normal kabul etmektedir. Cinsel taciz, mobbing, cam tavan gibi ayrımcı ve onur kırıcı muamelelere maruz kalan kadın işçiler, tüm bu olumsuzluklara rağmen iş hayatında her zaman var olmaya, üretmeye ve gelir elde etmeye çalışmaktadır.

İş hayatındaki cinsiyet ayrımcılığının en büyük sebebi, iş hayatının asıl olarak erkeklere özgü olduğu, erkek cinsinin kadın cinsine göre üstün tutulması, kadınların iş hayatında yer almaması gerektiğine dair kalıplaşmış geleneksel düşüncedir. Kadınlara temel toplumsal vazife olarak ev kadınlığı ve annelik yüklenmiş olduğundan iş hayatında kadın işçilerin yer alması anormal karşılanmaktadır. Ekonomik özgürlük, kariyer yapma, kendini geliştirme gibi düşüncelerle iş hayatına giren kadınlar toplumun onlara yüklediği geleneksel sorumluluklarla birlikte iş hayatının sorumluluklarını bir arada yürütmekte zorlanmakta, cinsiyet ayrımcılığı kadınların iş hayatındaki verimliliğini azalttığı gibi toplumun temel taşı olan aileye ve gelecek nesiller olan çocukların gelişimine de zarar vermektedir. Dünya nüfusunun yarısı kadınlardan oluşmasına rağmen iş hayatında kadınların daha az yer almasının temelinde bu geleneksel kalıpların hâlâ yıkılamamış olması yer almaktadır. Bunun için öncelikle kadınların iş hayatındaki varlığına dair önyargılarla mücadele edilerek çalışmanın hem kadın hem de erkek tüm vatandaşlar için bir hak olduğunun toplumdaki tüm bireylere benimsetilmesi gerekmektedir. Zira Anayasamızın 49. maddesi devlete bu yönde pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Bu hüküm uyarınca devlet, çalışanları ve işsizleri koruyarak çalışmayı desteklemek için gereken tedbirleri almak zorundadır. Kadınların iş hayatındaki yerinin güçlendirilmesi, çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve çalışan kadınlara verilen hakların artırılması aile hayatının korunması için de elzem olup, Anayasamızın 41. maddesinde düzenlenen ailenin korunmasına ilişkin hükmün de bir gereğidir. Zira çalışan kadınların iş hukukundaki hakları ne kadar fazla olursa kadın işçilerin iş hayatı ile annelik ve aile hayatı arasında denge kurması o denli kolaylaşacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda kadın işçilere verilen hakların cinsiyet ayrımcılığı ve eşitlik ilkesi bağlamında incelendiği bu çalışmada ulaşılan sonuçlar şunlardır:

Kadın işçilerin yer altı ve su altı işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır. Kanalizasyon, madencilik, kablo döşeme gibi kadın fizyolojisine uygun olmayan ve kadın işçileri tehlikeye atabileceği düşüncesiyle getirilmiş olan bu yasak, gelişen teknolojiyle bu tür işlerin artık daha da kolaylaşması, kadın işçilerin bu tür işlerde çalışma hakkını elinden aldığı düşüncesiyle doktrinde eleştirilmekte olup, kanaatimizce bu eleştiriler haklıdır. Zira kanunun kadın işçileri bu tür işlerden peşinen men etmesi her ne kadar kadınları korumak yapılmış olsa bile uluslararası düzenlemelere uymamakta ve kadınların bu alanlarda çalışma hakkını

kısıtlamaktadır. Bu nedenle toptan yasakçı bir anlayış yerine sıkı denetim ve gerekli düzenlemelerle kadın işçilerin bu işlerde çalışması mümkün hale getirilmelidir.

Kadın işçilerin gece çalışması, ağır ve tehlikeli işlerde çalışması yönetmeliklerle düzenlenmiş olup, diğer işlere nazaran daha zor olan bu durumlar kadın işçiler bakımından kolaylaştırılmaya çalışılmıştır.

İş Kanunumuz kadın işçilere doğum öncesi sekiz hafta, doğum sonrası sekiz hafta olmak üzere toplamda on altı haftalık ücretli izin tanımaktadır. Çoğul gebelik halinde ise söz konusu izin on sekiz hafta olmaktadır. Kanunda “analık izni” olarak ifade edilen bu dönemde çalışması yasak olan kadın işçi, bu döneme ilişkin ücretinin belli bir kısmını analık sigortası kapsamında iş göremezlik ödeneği olarak SGK’dan almaktadır. Kadın işçi bakımından hem bir yasak hem de hak ihtiva eden bu iznin amacı bebeğin dünyadaki ilk günlerinde annesinden ayrı kalmasını engelleyerek sağlıklı bir şekilde beslenmesini ve dünyaya uyum sağlamasını kolaylaştırmaktır.

Kadın işçilere analık izninin bitimiyle verilmiş olan bir başka hak, altı aylık ücretsiz izindir. Kanunda azami süre altı ay olarak belirlenmiş olup, kadın işçinin ücretsiz izni daha kısa süre kullanması da mümkündür. İşçinin ücretsiz izin kullanmak istediğini işverene bildirmesi halinde işverenin bu talebi reddetme hakkı yoktur. Dolayısıyla kadın işçinin ücretsiz izin kullanması işverenin değil, işçinin inisiyatifindedir. Ücretsiz iznin işçi tarafından daha işlevsel şekilde kullanılabilmesi ve kadın işçinin doğumdan sonra iş hayatına daha kısa sürede dönebilmesi için yasal değişikliklerle ücretsiz iznin baba tarafından da kullanılabilmesine imkân sağlanabilir.

İş Kanunu’nun kadın işçilere doğum sonrası dönem için verdiği bir diğer izin, yarım çalışma hakkı olup, analık izninin bitiminden itibaren belli bir süre yarım çalışmanın mümkün olmasıdır. Belli şartları taşıyan kadın işçiler yarım çalıştıkları bu sürelerin çalışmadıkları kısımların ücretlerini işsizlik ödeneğinden alarak ekonomik olarak herhangi bir hak kaybına uğramadan işine yarı zamanlı devam etmek suretiyle çocuğu ile daha uzun vakit geçirme imkanına sahiptir. Yarım çalışma hakkının düzenlenmesindeki sorun, bu hakkın kadın işçiye analık izninin bitimiyle verilmesi nedeniyle analık izninin bitiminden itibaren işine yarı zamanlı olarak dönen bir işçinin bu hakkı sona erdikten sonra ücretsiz izin kullanıp kullanamayacağına dair açık bir hükmün bulunmamasıdır. Yani hem kadın işçilerin doğum sonrası hem ücretsiz izni hem de yarım çalışma hakkı analık izninin bitimiyle başlamakta olup, bu

iki iznin birbirinin alternatifi mi olduğu yoksa ikisinin birden kullanılıp kullanılamayacağı mevzuatımızda belirsizdir. Doktrinde kadın işçinin iki ayrı haktan birini tercih etmesi gerektiğı yönünde görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce yarım çalışma hakkı analık izni yerine ücretsiz izinden sonra kullanılabilir bir hak olarak mevzuatımızda yeniden düzenlenmelidir.

Doğum sonrasında kadın işçilerin sahip olduğu bir diğer hak, doğum sonrası ilk bir yıl ile sınırlı olmak ve günde bir buçuk saat olarak verilen süt iznidir. Annenin bebeğini beslemesi için verilmiş olan bu hak kanaatimizce son derece yetersiz olup, en az iki veya iki buçuk saat olacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Kadın işçilerin çocuğı ilkokula başlayıncaya kadar kısmi zamanlı çalışma hakkı da bulunmaktadır. Bu hak yalnızca kadın işçiye değil, ebeveynlere verilmiş olup şartları yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmelik uyarınca bu hakkın kullanılabilmesi için ebeveynlerden birinin çalışıyor olması gerekmekte olup, belli durumlarda ebeveynlerden birinin çalışması şartı aranmamaktadır. Bazı çalışma türlerinde ise kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmek işverenin onayına tâbi kılınmıştır. Bu hakkını kullanan işçinin tam zamanlı iş sözleşmesi kısmi süreli olarak değişmekte, böylece işçi geri kalan zamanda çocuğı ile daha uzun süre vakit geçirme imkânı bulmakta, işveren ise işçiye yalnızca çalıştığı süreler için ücret ödemektedir.

İş hukukumuzda kadın işçilerin gebelik döneminde en fazla yedi buçuk saat çalıştırılması, gebelik takibi için periyodik ücretli izin verilmesi, fazla çalışma yaptırılmaması, çalışma şartlarının gebelik sürecine zarar vermeyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gibi daha pek çok hakkı bulunmakta olup, kadın işçilere gebelik dönemi ve doğum sonrası dönem için verilmiş olan bu haklar kanaatimizce bir kadın işçinin annelik ile iş hayatını dengede tutabilmesi için sahip olması gereken asgari düzeydedir. Bu dengenin daha sağlıklı kurulabilmesi, kadın işçilerin hem işyerindeki verimliliğinin artırılması hem de sağlıklı nesiller yetiştirebilmesi için bu hakların gelişen teknolojinin de dikkate alınarak daha da artırılması gerekmektedir. Bugün teknolojinin de gelişmesiyle birlikte pek çok sektörde uzaktan çalışma veya evden çalışma mümkün hale gelmiştir. Özellikle büyük şehirlerde mevcut olan trafik sorunu nedeniyle işyerlerine ulaşımın zorluğu ve bu durumun çalışanların işyerindeki verimliliğini azalttığı gerçeğı de göz önüne alındığında işverenlerin özellikle kadın işçilerini ve anne olan işçilerini uzaktan çalıştırma konusunda teşvik edilmesi, hem

işverenlerin hem de kadın işçilerin kısmi süreli çalışmaya özendirilmesi ve yapılacak yasal değişikliklerle kadın işçilere verilen hakların daha da arttırılması kadınların iş hayatındaki yerini sağlamlaştıracak adımlar olacaktır.

Cinsiyet ayrımcılığı ile mücadelenin ilk adımlarından biri çalışma hayatında cinsiyetten kaynaklanan farklılıkların gözetilmesi ve verilen işlerde dikkate alınmasıdır. Cinsiyetler arası farklılıklar ne kadar benimsenir ve kadının aile içindeki rolü ne kadar önemsenir ise kadının iş hayatı ile aile hayatı arasında denge kurması o kadar kolaylaştırılmış ve sağlamlaştırılmış olacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce cinsiyet ayrımcılığı ile mücadelenin ilk adımı, “kadın” ve “erkek” cinsiyetlerinin yaradılıştan gelen farklılıklarını yok saymak değil, kabul etmektir. Kadınların iş hayatında erkeklerle birebir aynı şartlarla yer almasını beklemek veya erkek işçilere uygulanan her muameleyi kadın işçilere de birebir aynı şekilde uygulamak, eşitliği sağlamak değil iş hayatında “cinsiyetsizlik” anlamına gelmektedir. Bu durum insan fitratına ters olduğu gibi aile yapısına ve çocukların psikolojik gelişimine de zarar vermektedir. İş hayatında cinsiyet ayrımcılığı ile mücadele edebilmek için pozitif ayrımcılık teşkil eden uygulamalar arttırılmalı, kadın çalışanlar da erkeklerle aynı derecede potansiyel yönetici olarak görülmeli, kariyerinde ilerlemeleri için kadınlara da erkeklerle eşit fırsatlar tanınmalı ve bu konuda danışmanlık verilmelidir. Zira kadınlar iş hayatında ne kadar aktif ve güçlü olabilirlerse hem kendilerine ve ailelerine hem de ülke ekonomisine o kadar çok katkı sunabileceklerdir. Böylelikle ekonomik olarak daha kalkınmış, daha demokratik, daha eşitlikçi bir topluma ve insan haklarına saygılı bir çalışma düzenine ulaşmak mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

- ADAKALE DEMİRHAN, Fatma Elif/ EKONOMİ, Münir, Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni Getirilen Yenilikler, İstanbul Teknik Üniversitesi Dergisi Seri D: Mühendislik, Cilt 4, Sayı 5, 2005, sayfa 55-67.
- AKSOY, Nihal: “Kadın Çalışmasında İşverenlerin Hak İhlalleri”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- ALPARSLAN, Ali Murat/ ÇETİNKAYA BOZKURT, Özlem/ ÖZGÖZ, Ayşe, İşletmelerde Cinsiyet Ayrımcılığı ve Kadın Çalışanların Sorunları, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl 2, Cilt 2, Sayı 3, 2015, sayfa 66-81.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2017, sayfa 345-369.
- ATMAN, Ümit, İşyerinde Psikolojik Terör: Mobbing, Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, Cilt 3, sayı 1, 2012, sayfa 157-164.
- AYDIN, Harun, Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e Türkiye’de Kadın, Current Research in Social Sciences, Cilt 1, Sayı 3, 2015, sayfa 84-96.
- BACAK 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.
- BAKIRCI, Kadriye, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve İş Mevzuatında Yapılması Gereken Değişiklikler, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010, sayfa 263-277.

- BAKIRCI, Kadriye, İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Kadın Araştırmaları Dergisi, sayı 10, Yıl 2012/1, sayfa 1-37.
- BAYTEKİN, İnci, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Hakları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, s. 1, 2018, İstanbul.
- BİLGİLİ, Abbas, İş Hukukunda Mobbing, Karahan Kitabevi, 2015.
- BİLGİN, Birgül, Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 25, Sayı 99, 2012, sayfa 311-315.
- BOLCAN, Aybike Elif, Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadının Yeri ve Kadın İşsizliği, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- BOZKURT, Metin, İşverenin Eşit Davranma Borcu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Caniklioğlu, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Editörler: Av. Prof. Dr. Necdet Basa, Av. Sema Uçakhan Güleç, 2016.
- COŞKUNER, Hakan, Kiralık Cübbe Çalışan Kadının Hukuk Elkitabı, Togan Yayıncılık, 2011.
- ÇAKIR, Serpil, Osmanlı Kadın Hareketi: XX. Yüzyılın Başında Kadınların Hak Mücadelesi, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar, Derleyenler: Hülya Duru doğan, Fatoş Gökşen, Bertil Emrah Oder, Deniz Yüksek, Koç Üniversitesi Yayınları, 2010.
- ÇALIŞKAN, Aslı, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2017.

- ÇARIKÇI, İlker H./ ÇELİKKOL, Özlem, İş-Aile Çatışmasının Örgütsel Bağlılık ve İşten Ayrılma Niyetine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 9, 2009/1, sayfa 153-170.
- ÇELİK Nuri/ CANIKLIOĞLU Nurşen/ CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayıncılık, 2021.
- ÇİVİLİDAĞ, Aydın, Farklı Örgütsel Yapılarda İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Yaygınlığı, Önlenmesi ve Cinsiyet Değişkeni Üzerine Nitel Bir Analiz, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 46, Ekim, 2015, sayfa 118-147.
- ÇOLAKOĞLU, Ebru, Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- DEĞER ERMUMCU, Senem, Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı- Ödeneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, Cilt 19, Özel sayı, 2017, sayfa 1997-2027.
- DEVECİ, Zeynep Sümeyra, İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 2, 2020, sayfa 15-63.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, yıl 2006, sayı 4, sayfa 63-82.
- DULUM, Sibel: “ Osmanlı Devleti'nde Kadının Statütüsü, Eğitimi ve Çalışma Hayatı (1839-1918)”, Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- DURMAZ, Şerife, İşgücü Piyasasında Kadınlar ve Karşılaştıkları Engeller, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 2, Sayı 3, Sayfa 37, 2016, sayfa 37-60.

- EREN, Mehmet Vahit, Cinsiyet Eşit(siz)liğinde Genç Kadın İşsizliği ile Kalkınma Arasındaki İlişki: Avrupa Birliği Ülkeleri Üzerine Ekonometrik Bir Analiz”, Yaşar Üniversitesi E-Dergi, Cilt 15, Sayı 59, 2020, sayfa 598-614.
- ERENER, Ebru, Türk İş Hukukunda Süt İzni, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, sayfa 382-399.
- ERKAN, Duygu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Kadın İşçilerin Hakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Yönetim ve Çalışma Psikolojisi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, S. 3, 2016.
- GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, Koruma mı, Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017, Sayı 3, sayfa 1263-1298.
- GÜL, Hasan/ OKTAY, Ercan, Türkiye ve Dünya’da Kadınların Çalışma Hayatında Yaşadıkları Cam tavan Algıları Üzerine Kavramsal Bir Çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Cilt 9, Sayı 18, 2009, sayfa 421-436.
- HÜSEYİNLİ, Namık/ HÜSEYİNLİ, Tahire, Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler, Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, Sayı 34, sayfa 108-137.
- HÜSEYİNLİ, Namık/ YİĞİT, Yusuf, İş Hukukunda Kadın Çalışanların Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler (Azerbaycan ve Türk İş Hukuku Karşılaştırmalı Olarak), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2017, Cilt 25, Sayı 2, sayfa 279-328.
- İLHAN, Ümit, İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri, Ege Akademik Bakış Dergisi, Cilt 10, Sayı 4, 2010, sayfa 1175-1186.
- İŞÇİ BAŞ, Gül, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Tâbi Olan Kadın İşçilere Tanınan Hakların İhlalinden Doğan Uyuşmazlıkların İlgili Mevzuat ve Yüksek Mahkeme

Kararları Kapsamında İncelenmesi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2018.

- KALEM BERK, Seda, Toplumsal Cinsiyet ve Profesyonelleşme: Hukuk Mesleğinde Kadın Örneği, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 2013, Cilt 16, sayı 1, sayı 74-103.
- KARAAHMETOĞLU, Atanur, İş Hukuku Açısından Kadınların Gece Postalarında (Vardiyasında) Çalışması, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), Cilt 7, Sayı 6, 2020, sayfa 381-399.
- KARATEPE, Selma/ NALCI ARIBAŞ, Nazlı, İş hayatında Kadın Yöneticilere İlişkin Cinsiyet Ayrımcılığı: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Yasama Dergisi, Sayı 31, 2015, sayfa 7-23.
- KANDEMİR, Murat/ YARDIMCIOĞLU, Didem, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, sayfa 1-44.
- KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, Legal Yayıncılık A.Ş., 2017.
- KAPLAN, E. Tuncay Senyen, İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 30, Sayı 133-2 (Özel sayı), 2017, sayfa 225-268.
- KARABIYIK, İlyas, Türkiye’de Çalışma Hayatında Kadın İstihdamı, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt XXXII, Sayı I, 2012, sayfa 231-260.
- KARABULUT, Eda, Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanlara Yönelik Ayrımcılık Kaynaklı Uyuşmazlıklar, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ekonomi Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- KARAGÖZ, Veli, İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2015, sayfa 57-76.

- KARATUNA, Işıl, İşyerinde Psikolojik Taciz ile Mücadele Yöntemleri, <http://acikerisim.kirklareli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.11857/415/%C4%B0%C5%9EYER%C4%B0NDE%20PS%C4%B0KOLOJ%C4%B0K%20TAC%C4%B0ZLE%20M%C3%9CCADELE%20Y%C3%96NTEMLER%C4%B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, sayfa 2, erişim tarihi: 14.12.2021, sayfa 1-8.
- KESKİN, Sevtap, Türkiye’de Kadın Girişimcilerin Durumu, Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi, 2014, Cilt 9, Sayı 1, sayfa 71-94.
- KILIÇ, Ebru, İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 6, 2011, sayfa 211-240.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukukunda Ayrımcılık, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3627/kilicogluayrimcilik.pdf>, erişim tarihi: 21.12.2021, sayfa 1-20.
- KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, Legal Yayınevi, 2013, İstanbul.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KAYA, Ayça, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Legal Hukuk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 29, 2011, sayfa 43-76.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, 2016, sayfa 97-124.
- KÜMBÜL GÜLER, Burcu/ KİREN GÜRLER, Özlem, Türkiye’de Kadın İşgücünün Ücret Düzeyini Belirleyen Faktörler ve Ücrette Ayrımcılık, Karatahta İş Yazıları Dergisi, Sayı 4, 2016, sayfa 50-66.
- LİMONCUOĞLU, Alp, İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 15, özel sayı 2013 (Basım Yılı: 2014), sayfa 547-571.

- MANAV ÖZDEMİR, Eda, İş Hukukunda Kadın İşçilerin Cinsiyet Ayrımcılığına Karşı Korunması, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Yayınları, 2017, İstanbul.
- MERCANLIOĞLU, Çiğdem, Çalışma hayatında Psikolojik Tacizin (Mobbing) Nedenleri, Sonuçları ve Türkiye’deki Hukuksal Gelişimi, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2010, sayfa 37-46.
- MIZRAHI, Rozi/ ARACI, Hakan, Kadın Yöneticiler ve Cam Tavan Sendromu Üzerine Bir Araştırma, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2010, sayfa 149-156.
- MUZIR, Esra, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2020, İstanbul.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz, İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2017, sayfa 103-132.
- NEGİZ, Nilüfer/ YEMEN, Aysun, Kamu Örgütlerinde Kadın Yöneticiler: Yönetici ve Çalışanlar Açısından Yönetimde Kadın Sorunsalı, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 2011, Sayı 24, sayfa 195-214.
- ODUNCU, Fulya, Çalışma Hayatında Kadınlara Yönelik Bir Cinsiyet Ayrımcılığı: Tokenism, Route Educational and Social Science Journal, Volume 6(3), 2019, sayfa 568-581.
- OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Korumaya Yönelik Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, Sayı 134, sayfa 567-586.
- OSKAY, Barlas, Analık Halinin Korunması ve İş Sözleşmesine Etkisi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans tezi, 2019.

- OYURYÜZ, Zeynep/ GÜREL, Aydın, Girişimci Kadınlar ve İş-Yaşam Dengesinin Sağlanmasında Engel ve Fırsatların Analizi, Türkiye Tarımsal Araştırmalar Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2015, sayfa 47-54.
- ÖNDER, Nurcan Türkiye’de Kadın İşgücünün Görünümü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Dünyası Dergisi, 2013, Cilt 1, Sayı 1, sayfa 35-61.
- ÖZAÇMAK, Zülal, Eşitlik İlkesi ve İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- ÖZBUCAK ALBAR, Banu, Kadınlara Yönelik Ayrımcılık, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 8, 2019, sayfa 274-286.
- ÖZYER, Kubilay/ AZİZOĞLU, Öznur, İş Hayatında Kadınların Önündeki Cam Tavan Engelleri ile Algılanan Örgütsel Adalet Arasındaki İlişki, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl 2014, Cilt 10, Sayı 1, sayfa 95-106.
- ÖZYILMAZ, Ahmet Merih, Türkiye’de Kadın Girişimciliği ve Girişimci Kadınların Karşılaştıkları Sorunlar Üzerine Bir Araştırma, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- PALABIYIK, Buğra, Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı, Seçkin Yayınları, 2019, İstanbul.
- SARIKAYA, Ece, Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın, KTO Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2020, sayfa 145-172.
- SAVAŞ, Fatma Burcu, İşyerinde Manevi Taciz, Beta Yayınları, 2007, İstanbul.
- SAYAR ÖZKAN, Gökçen/ ÖZKAN, Bülent, Kadın Çalışanlara Yönelik Ücret Ayrımcılığı ve Kadın Ücretlerinin Belirleyicilerine Yönelik Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum Dergisi, sayı 1, 2010, sayfa 91-104.
- ŞENER, Battal, İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011.

- SÜRAL, Nurhan; Türkiye’de Kadın İstihdamı Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, sayfa 279-309.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayınları, Yenilenmiş 21. Bası, 2021.
- ŞAHİN EMİR, Asiye, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, 2019.
- TAŞDEMİR, Yasemin, Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, 2018.
- TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçilerin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014, Sayı 1, sayfa 29-50.
- TOKCAN Halil/ KOLYİĞİT, Emre: “ Türk Tarihinde Yer Alan Kadın Şahsiyetler Hakkında Öğrenci Bilgi Düzeyleri” Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi, cilt 1, sayı 1, 2017.
- UMUTLU, Selin, Kadın İşçilerin Evlilik Nedeniyle İş Sözleşmesini Fesih Hakkı ve Sonuçları, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 34, Sayı 3, 2020, sayfa 877-894.
- ÜNSAL, Engin, Türkiye’de Kadın İstihdamı ve Sorunları, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2008.
- YEMİŞKEN, Elçin, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Tezli Yüksek Lisans, 2018, İstanbul.
- YILDIRIM DALYAN, Sera: “Türkiye’de İş-Aile Yaşamına Yönelik Düzenlemelerin Uluslararası Normlar ve Refah Rejimleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2020, sayfa 371-392.

- YILMAZ, Abdullah/ BOZKURT, Yavuz/ İZCİ, Ferit, Kamu Örgütlerinde Çalışan Kadın İş görenlerin Çalışma Yaşamlarında Karşılaştıkları Sorunlar Üzerine Bir Çalışma, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 9, Sayı 2, 2008, sayfa 89-114.
- Yılmaz, Merve/ Zoğal, Yeliz, Kadının İş Gücüne Katılımının Tarihsel Gelişimi ve Kadın İstihdamını Etkileyen Faktörler: Türkiye ve Avrupa Örneği, Econ World, IRES, Torino 2015.
- YILMAZ, Tülay/ ŞAHİN, Nevin H, İş-Aile Çatışması ve Kadın Yaşamı Üzerine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Florence Nightingale Hemşirelik Dergisi, Cilt 16, Sayı 63, 2008, sayfa 188-194.
- YİĞİT, Yusuf/ TOPKAYA, Selda, Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt 6, Yıl 6, Sayı 14, 2017/1, sayfa 47-67.
- YUVALI, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı 106, 2013, sayfa 93-114.
- YUVALI, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2011, Ankara.
- ZEYTİNOĞLU, Emin, İş Sözleşmesinin Kuruluş Aşamasında Cinsiyet Ayrımcılığı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 2018, Sayı 36, Güz 2019/2, sayfa 29-44.
- ZEYTİNLİOĞLU ÇAMCI, Seda, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Gebe ve Yeni Doğum Yapmış Kadın İşçilerin Korunması, T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.