

**4857 SAYILI İŐ KANUNU'NUN VE İLGİLİ
MEVZUATIN KADIN İŞÇİLER İLE İLGİLİ
HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŐ**
NUMBER 4857 OF THE LABOR LAW AND RELATED LEGISLATION
RELATED TO WOMEN WORKERS WITH THE RELEVANT
PROVISIONS OF A GENERAL OVERVIEW

Ertuğrul YUVALI*

Özet: Bu çalışmanın konusu, kadın işçilerin cinsiyete dayalı olarak ayrımcılığa tabi tutulamaması ve çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda(hamilelik, analık vb.), tanınan haklar üzerinedir. Başka bir ifadeyle hukukun her alanında gözetilmesi gereken "eşitlik ilkesi"nin İş Hukukundaki görünümü olan "işverenin eşit davranma borcu" ilkesi çalışmamızda kadın işçilerin korunması ve ayrımcılık yapılmaması bakımından incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık, Eşit Davranma Borcu, Cinsiyet Ayrımı Yasağı, Kadın İşçi

Abstract: The subject of article is about basically not discriminating employees because of their sexes and due to the workers employed women in particular need of protection areas (pregnancy, maternity, etc.) a number of recognized rights. In other words, the principal of "responsibilities of equal treatment of employers" that is the view in labor law of "principal of equality" that must be observed in every field of law will be examined in a detailed way from this aspect.

Keywords: The Principle Of Equality, Discrimination, Employer's Duty Of Equal Treatment, The Prohibition Of Sex Discriminatio, Female Worker

* Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

GİRİŞ

Ülkemizde çalışma yaşamında kadınlarla ilgili kadın erkek eşitliğini sağlamaya çalışan bir çok düzenleme olmakla birlikte, bu husustaki en ayrıntılı düzenlemeler İş Kanunu ve ilgili mevzuat içerisinde yer almaktadır.¹ Nitekim bu hususta 4857 sayılı İş Kanunu, bir önceki 1475 sayılı İş Kanununa² nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler öngörmüştür.

Çalışma hayatında, kadınlarla ilgili olarak gerek İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku ile getirilen mevzuatta öngörülen hükümlere dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir bölümü, cinsiyet kökenine dayanan bir ayrımcılığı gidermeyi amaçlamaktadır. Kalan diğer hükümler ise, çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda (hamilelik, analık vb.) bazı haklar tanımaktadır.³ Ancak belirtilmelidir ki; kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ile sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hıfzıssıha Kanunu,⁴ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁵, Sendika-

¹ Süral, Nurhan; "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 124.

² 1475 sayılı İş Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Kaplan, Emine Tuncay; "Kadın işçinin İş ilişkisinden Doğan Hakları ve Korunması", T.C. Başbakanlık Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98 vd.

³ Nitekim Anayasamızın da "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası uyarınca uyarınca; "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz". Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre ise; "Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar" ifadeleri yer almaktadır.

⁴ Örneğin bkz.: Umumi Hıfzıssıha Kanunu Madde 177 - Gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun vekendisinin sihatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılmaz. Doğurduktan sonra 155 inci maddede tayin edilen muayyen müddet istirahatını mütaakıp işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.

⁵ Örneğin 20.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10 maddesinde " İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınır... Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu."

lar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda da^{6,7} benzeri düzenlemeler öngörülmüştür. Çalışmamızda ise ekseriyetle İş Kanunu'nun söz konusu hükümleri incelenecektir.

Bu başlık altında son olarak belirtelim ki; çalışmamızda işe almada ve ücrette kadın işçilere yönelik ayrımcılık hususu incelenmiş, fakat işveren feshinde kadın işçilere yönelik ayrımcılık konusu "fesih" olgusunun çok kapsamlı olması ve kanaatimizce tek başına ayrı bir çalışmada incelenmesi gereğinden kapsam dışı bırakılmıştır.

I) İŞE GİRME VE ÇALIŞMA ŞARTLARININ TESPİTİNDE CİNSİYET EŞİTLİĞİ

Çalışma hayatında kadın erkek eşitliği doğal olarak öncelikle işe alınma ve meslek seçimi konularında, akabinde ise çalışma şartlarında gündeme gelecektir.

Genel olarak bakıldığında 4857 sayılı İş Kanunu'nun cinsiyete dayalı ayrımcılığı her yönüyle bertaraf etmeye çalıştığı söylenebilir. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesini temel alan İş Kanunu cinsiyet ayrımı yasağını mutlak ayrımcılık yasağı olarak öngörmüş ve söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında ise; işveren, 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.

Bu noktada belirtelim ki; kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, iş mevzuatımızın bazı alanlarında işe almada ayrımcılık yasağının açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bunlardan belki de en kapsamlısı işe almada cinsiyet ayrımcılığını yasak-

⁶ 18.10.2012 tarihinde kabul edilen ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu; 5/5/1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununu ve 5/5/1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. (Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 07.11.2012 Sayı: 28460).

⁷ Nitekim söz konusu Kanunun 26 maddesinin 3. fıkrasında "Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir" ifadesine yer verilmiştir.

layan İ.K.'nun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüdür.⁸ Söz konusu hükme göre; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz". Dolayısıyla örneğin, çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan özelliklere sahip kadın adaylar bulunmasına rağmen işe alınan işçiler sadece erkekler arasından seçilmişse cinsiyete dayalı bir ayırım söz konusudur.⁹ Bunun gibi işveren, işin niteliğine ilişkin sebeplerle haklılaştıramadıkça sırf hamileliği nedeniyle bir işçi adayı ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaz.¹⁰

İşe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayırım yapması yasaktır. Ancak söz konusu 5. maddenin düzenlenmesinde yapılan bir eksiklik bu hükmü etkisizleştirmektedir. Nitekim söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında "ayırımcılık tazminatının" "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ayırımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. İlgili hükme göre; "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...". Dolayısıyla bu düzenlemenin lafzına bakıldığında ayırımcılık tazminatının "iş ilişkisinde ve sona ermesinde" uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır.¹¹

Görüldüğü üzere söz konusu hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayırımı yasağı yaptırımsız ve dolayısıyla kâğıt üzerinde kalmaktadır.¹² Bu itibarla söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için İ.K.'nun 5. maddesinin 6. fıkrasının işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

8 Yuvalı, Ertuğrul; İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 170.

9 Kaya, Pir Ali; "Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri", Mercek, Nisan 2005, s. 151-152.

10 Süzek, Sarper; "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Sayı:12, s. 27.

11 Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 198.

12 Yıldız, a.g.e., s. 198.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun "ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi ise sadece cinsiyet ayrımı değil, diğer tüm ayrımcılık hallerini açıkça suç olarak düzenlemiş, üstelik İş Kanunundan farklı olarak işe almada da dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, din vb. gibi nedenlerle ayırım yapmayı yaptırma bağlamıştır. Nitekim söz konusu hükme göre; "Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir".

Görüldüğü üzere T.C.K.'nin 122. maddesi itibariyle artık Türk Hukukunda işe almada ayırım yasağının bulunmadığını savunmak güçtür¹³. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi İş Kanunu itibariyle işe almada ayrımcılık yapılmasının her hangi bir yaptırımı yoktur. Buna karşılık Ceza Kanunumuz işe almada ayrımcılık yapmayı suç olarak kabul etmiş ve yaptırma bağlamıştır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; T.C.K.'nin 122. maddesi hükmü karşısında işveren işe almada cinsiyet, dil, ırk, renk, özürllülük vb. gibi sebeplere dayanarak ayrımcılık yapamaz.¹⁴ Ancak söz konusu mutlak ayırım yasakları dışında kalan "genel anlamda eşit davranma borcu"¹⁵ işe almada söz konusu olmaz. Yine daha önce de ifade ettiğimiz gibi İ.K.'nin 5. maddesinin 6. fıkrasında işe almada ayırım yasağına aykırılığa karşı bir yaptırım öngörülmemiş olması, kanaatimizce hükmü etkisizleştirmektedir ve bu bağlamda yeni bir düzenleme yapılması yerinde olur. Zira mutlak ayırım yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkisi dikkate alındığında, bu hususun İş Kanunu bakımından yaptırımsız kalması yerinde olmamıştır.¹⁶

¹³ Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Legal Yayınları, 2006.

s. 87.; Yenisey, Kübra Doğan; "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81. , s. 67.

¹⁴ Mollamahmutoglu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 664.

¹⁵ Ayrımcılık yasağı ile ilgili normlar, şahısları bir takım özellikleri(cinsiyet, renk, ırk vb.) ve tercihleri(siyasal düşünce, felsefi inanç, din vb) sebebiyle olumsuz davranışların muhatabı olmaya veya bazı menfaatlerden yoksun bırakılmaya karşı koruyan normlardır. Buna karşılık genel anlamda eşit davranma borcu, aynı veya benzer durumda bulunan kişilerin farklı işleme tabi tutulmamasını, haklı ve objektif nedenler dayanmadıkça kişiler arasında ayırım yapılmamasını ve kişilere ayrıcalık yapılmamasını öngören bir borç olarak tanımlanabilir

¹⁶ Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, s. 67.

Bu hususta özellikle değinmek istediğimiz bir diğer husus; kadın işçi adaylarına hamilelik hakkında sorular yöneltilmesi, konusudur. Nitekim kadın işçi adaylara iş başvurularının değerlendirilmesi sürecinde hamile olup olmadığı veya çocuk sahibi olmayı planlayıp planlamadığı hakkında sorular sorulabilmektedir. İşveren doğal olarak hamile olan veya kısa bir süre sonra çocuk yapmayı planlayan kadın adayla sözleşme ilişkisi kurmak istemez.¹⁷ Zira kadın aday hamile ise veya muhtemel bir hamilelik planlıyorsa iş performansı düşecek, verimi azalacak ve nihayet doğum ve analık izinleri esnasında işe gelmeyecektir.

Bu hususta her şeyden önce söylemek istediğimiz şudur ki; iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işveren, bilgi toplama hakkı çerçevesinde işçi adayına sözlü veya yazılı olarak sorular yöneltebilir.¹⁸ Bununla birlikte işyeri ve görülecek iş ile ilişkisi bulunan soruların aday tarafından yanıtlanması zorunlu iken, bunun dışına taşan sorular iş ilişkisinin haklılaştırılmayacağı bir biçimde özel hayatın gizliliği ilkesinin(A.Y. md.20) ihlali neticesini doğurur.¹⁹ Aynı zamanda doktrinde isabetli olarak; hamilelik olayının kadın cinsine özgü bir olgu olması itibarıyla bu konudaki bir sorunun cinsiyet ayrımcılığı yarattığı ve Anayasamızın 10. maddesinde yer alan cinsiyete dayalı ayırım yapma yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir.²⁰

AB Adalet Divanı da "Dekker" kararında²¹, hamilelik nedeniyle kadın işçinin işe alınmamasını ayrımcılık olarak nitelendirmiştir. Divanın bu kararının gerekçesinde öncelikle hamilelik nedeniyle iş göremeyen kadının hiçbir şekilde tıbbi veya başka bir nedenle iş göremeyen erkekle karşılaştırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiş, akabinde ise kadın işçi adayının iş görüşmesi esnasında sorulmadan hamile olduğunu belirtmek veya sorulduğunda bu durumu söylemek

¹⁷ Yüksel, Melek Onaran; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 156.

¹⁸ Sevimli, s. 145.; Ertürk, ERTÜRK, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları,2002, s. 64.

¹⁹ Manfred, Rehbinden; "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", İ.Ü.H.F.M., C.45-47, 1979-1981, s.752. (Çev: Öner Eyrenci)

²⁰ Yüksel, s. 156.

²¹ ATAD, C-177/88, ELISABETH JOHANNA PACIFICA DEKKER V STICHTING VORMINGSCENTRUM VOOR JONG VOLWASSENEN PLUS 1990 (kararın tamamı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988C0177:EN:HTML>)

zorunda olmadığı, zira işverenin kadın işçinin bu durumunu dikkate alma hakkı bulunmadığı öngörülmüştür.

Türk doktrinin ise 4857 sayılı İş Kanunundan önce de kadın işçiye hamileliği ile ilgili sorular sorulmasını ilke olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirdiğini görüyoruz²². 4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren ise artık iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin hamileliği ile ilgili soru sorulmasının İş Kanunu itibarıyla cinsiyet ayrımcılığı oluşturacağına şüphe yoktur²³. Zira söz konusu kanunun 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz".

Doktrinde isabetli bir biçimde üstlenilecek işin konusu, niteliği ve işyerinin özelliği gereği işverenin kadın işçi adayına hamile olup olmadığının sorulabileceği durumlar olabileceği de belirtilmiştir.²⁴ Nitekim hamile bir kadının çalışmasının yasak olduğu bir iş veya işyeri söz konusuysa veyahut üstlenilen edimin ifa edilebilmesi kadın işçinin hamile olmamasını gerektiriyorsa hamilelikle ilgili soru sorulabilir.²⁵ Buna mankenlik, sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği örnek olarak verilebilir.²⁶ Yine görülecek işte radyasyona maruz kalma ihtimali varsa hamilelikle ilgili sorulan soru cinsiyet ayrımcılığı teşkil etmez.²⁷

Doktrinde isabetli olarak işverenin, yapılacak işin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapmak istediğinde, kadın adaya hamileliği ile ilgili soru sorabileceği ve bunun ayrımcılık olmayacağı belirtilmiştir²⁸. Nitekim işveren üzerine almış olduğu ve belirli bir sürede tamamlaması gereken bir işte, başvuran kadın adaylara hamileliğine

²² Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s. 254-255; Yüksel, s. 158-159.

²³ Yıldız, s. 199.

²⁴ Savaş Taşkent, "İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri", İ.Ü.S.B.F., Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 180.; Eyrenci, Öner, s. 255.; Yüksel, s. 158-159. Yıldız, s. 199.

²⁵ Eyrenci, s. 255.; Yüksel, s. 158.; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, s. 34.

²⁶ Eyrenci, s. 255.; Tuncay, s. 34.

²⁷ Tuncay, Eşit Davranma, s. 34.

²⁸ Yıldız, s. 199.

ilişkin soru sorabilmelidir. Örneğin yedi ay sürecek bir iş için işe alınacak hamile bir işçinin bu sürenin büyük kısmında hamileliği nedeniyle verimsiz çalışacağı veya işe gelemeyeceği aşıkardır. Dolayısıyla belli bir süre içerisinde üzerine aldığı işi kesintisiz yürütmek isteyen işverenin kadın işçi adayına bu yönde bir soru sorması kanımızca da haklı görülebilecek bir sebebe dayanmaktadır.

II) ÜCRETE EŞİTLİK

Genel olarak denilebilir ki; günümüze değin kadınlar çalışma hayatında erkeklere nazaran ucuz işgücü olarak kabul edilmişlerdir. Kadınların gerek daha az iş bulabilmesi gerek daha düşük ücret alması; kadının yaradılışından kaynaklanan biyolojik nedenlere dayandığı gibi, esas itibariyle sosyal, geleneksel, ailevi, tarihi ve eğitim düzeyi gibi nedenlere dayanmaktadır²⁹. Bu bağlamda kadın erkek işçiler arasında ücret farklılıklarının giderilmesi kadın erkek eşitliği bakımından büyük bir öneme sahiptir.

Hukukun her alanında geçerli olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak , İş Kanunu'nda kadın-erkek işçi ücretleri eşitliği ayrıca düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu ülkemizin de onaylamış olduğu 100 sayılı "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme"ye uygun olarak yeniden düzenlenmiş³⁰ ve aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(İK. md. 5/IV). Ayrıca İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(İK. md. 5/V). Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda,³¹ ücretinde bir indirimle gidilemeyeceği öngörülmüştür(İK. md. 74/4).

²⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 177.; Kandemir, Murat; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, a. 421.

³⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nun döneminde de ücretlerde cinsiyet ayrımı yasağı mevcuttu. Nitekim İK'nun 26. maddesinin 4. fıkrasına göre; "Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz".

³¹ İK'nun ilgili hükmüne göre hamile işçinin işinin değiştirilerek daha hafif işlerde çalıştırılabilmesi için hekim raporu gerekmektedir.

Farklı niteliklere sahip işçiler arasında ücret bakımından farklı miktarlar belirlemek elbette mümkündür³². Zira eşit ücret kanunda da açıkça hükme bağlandığı gibi aynı veya eşit değerde işler bakımından söz konusudur³³. Bu itibarla öğrenim derecesi, yaş, kıdem gibi objektif ve kabiliyet, çalışkanlık, beceriklilik gibi sübjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı ücret uygulamalarına gitmek eşitlik ilkesine aykırılık değildir³⁴.

Bu hususla ilgili olarak Avrupa Birliği Hukukunda birçok düzenleme öngörüldüğünü belirtelim. Bu düzenlemelere kısaca bakıldığında konumuz bakımından öncelikle “75/ 117 Sayılı Kadın ve Erkek Çalışanlar Arasında Eşit Ücret İlkesinin Üye Devlet Hukuklarının Yakınlaştırılmasına İlişkin Direktif” incelenmelidir.

Avrupa Konseyinin 10.02.1975 tarihli 75/117 sayılı Direktifi, kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret prensibinin uygulanması ve gerçekleştirilmesi için mutlak bir biçimde yapılması gereken hususları düzenler. Söz konusu Direktif Roma Antlaşmasında düzenlenen kimi haklara daha ilerici bir içerik kazandırmaktadır³⁵. Direktif eşit değerde iş için eşit ücret ilkesini Avrupa Birliği Hukuku bakımından teminat altına almaktadır. Eşit değerde işin tespitinde ise objektif kriterler öngörmektedir. Direktifin içeriği incelendiğinde; ücret eşitliği ilkesi, eşit iş veya eş değerde olan iş için eşit ücret uygulaması, ücret kapsamına asli ücret veya diğer tüm ödemelerin dahil olduğu ve ücretlendirme şartlarında ve konularında cinsiyete dayanan her türlü ayrımcılığın önlenmesi anlamına gelmektedir.

Direktifin ilk maddesinin ikinci fıkrasında ise “Özellikle, ücret belirlemek için bir meslek sınıflandırması sisteminin kullanıldığı halde cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılığı ortadan kaldıracak şekilde, kadın ve erkekler için aynı kritere dayandırılmalıdır” hükmü öngörülmüştür. Yine Direktifin 2. maddesine göre, üye devletler eşit değerde iş için eşit ücret ilkesinin uygulanmaması sebebiyle haksızlığa

³² Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

³³ Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 142.; Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.

³⁴ Tuncay, Eşit Davranma, s. 175.; Centel, s. 142.

³⁵ Pir Ali Kaya, “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, Mercek, Nisan 2005, s. 149.

uğramış çalışanlar varsa, hukuki yollarla haklarını aramaları için gerekli önlemleri almak durumundadırlar.

Direktifin 3. maddesi, "Üye ülkeler, yasalardan, tüzük veya idari hükümlerden kaynaklanan eşit ücret ilkesine aykırı olan, kadın ve erkekler arasındaki bütün ayrımcılığı ortadan kaldırmalarını" hükme bağlamıştır. 4. maddede ise "Üye ülkeler, toplu sözleşmelerde, ücret tablolarında veya ferdi iş akitlerinde görülen eşit ücret ilkesine aykırı hükümleri geçersiz kılacak veya değiştirecek gerekli önlemleri alacakları" belirtilmiştir. Üye devletler ayrıca eşit ücret ilkesine uyulmadığı şikayetinde bulunan çalışanı, şikayette bulunması veya başka bir hukuki yola başvurmaya karşı, işten çıkarılmaya karşı koruyacaklardır (md. 5).

Ücret Eşitliği Direktifi, kadın ve erkekler için eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesini, iş değerlendirmesi yapılırken kadın ve erkekler için aynı ölçütlerin esas alınmasını, ücret deyiminin asıl ücretin yanında ücret eklerini de kapsadığını³⁶, netice itibariyle ücretlendirme koşul ve şartlarında cinsiyete dayalı her türlü ayrımın yasak olduğu vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği Hukukunda söz konusu Direktif'in yanında kadın-erkek çalışanların eşitliğinin sağlanması bakımından, "76/207 Sayılı İşe Alınma, Mesleki Eğitim, İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi"³⁷ ve "79/7 Sayılı Sosyal Gü-

³⁶ 75/117 Sayılı Direktif, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda ücreti en geniş şekilde ele almıştır. Kararlar için bkz.: Blainpain, Roger; European Labour Law, 10. Revised Edition, Holland 2003, s. 481-485.

³⁷ Söz konusu Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ertürk, s.74 vd.; Aydınöz, Gonca; "Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 166.; 76/207 sayılı Direktif 23.09.2002 tarih 2002/73 sayılı Direktifle kısmen değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğin amacı 76/207 sayılı Direktif'te bahsedilmemiş olan doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın tanımlarını yapmak ve böylece bu husustaki eksikliği gidermektir. Nitekim 2002/73 sayılı Direktifin 2. maddesinin ilk fıkrasına göre doğrudan ayrımcılık; "Bir kimsenin cinsiyete dayalı olarak benzer bir durumda gördüğü, görmekte olduğu yada görebileceği muameleden daha aşağı şartlarda bir muameleye tabi tutulmasıdır". Dolaylı ayrımcılık ise; "Bir hüküm, kriter ya da uygulama, meşru bir amaçla yasallaştırılmamışsa ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli değilse, görünüşte tarafsız olan bu hüküm, kriter yada uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilerle karşılaştırıldığında daha aşağı bir duruma getirmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. 2002\73\EC Sayılı Direktifle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Painter, Richard W. / Holmes, Ann E. M., Cases And

venlik Alanında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranma Direktifi" önem arz etmektedir.

III) 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN KADINLAR YARARINA ÖZEL OLARAK ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENLEMELER

1) Genel Olarak

Anayasamızın 50. maddesi itibarıyla, kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı gibi küçükler ve kadınlar gibi bedeni veya ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunacakları öngörülmüştür. Bu hüküm ile kadınların çalışma özgürlüğü sınırlandırılmış gibi görünüyorsa da bu sınırlamalar kadınların yararına ve çıkarına olup, hatta bir yerde kadınları kendilerine karşı dahi koruma amacı taşımaktadır³⁸. Bu itibarla kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik nitelikleri dolayısıyla bir takım işlerde çalışmalarının yasaklanması veya sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemesiz³⁹.

4857 sayılı İş Kanunu, bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının işyerinde çalışmalarına engel teşkil etmesi halinde bunların çalışmaktan alıkonulması gerektiğini öngörmüştür (İK. md. 79/Vİ). İşte İş Kanununca öngörülmüş olan ve kadın işçiler bakımından uygulanabilecek olan bu özel düzenlemelerden başlıcaları; gece işlerinde, yer ve su altı işlerinde, ağır ve tehlikeli işlerde ve hamilelik ve doğum halinde çalıştırma yasakları veya ücretsiz izin istemeye ilişkin kurallardır⁴⁰.

2) Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerde Çalıştırma Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 72. maddesi aynen 1475 sayılı İş Kanunu döneminde olduğu gibi, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların

Materials On Employment Law, Sixth Edition, Oxford University Pres 2006, s. 241 vd.

³⁸ Tunçomağ, Kenan, Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2008, s. 173.

³⁹ Tuncay, Eşit Davranma, s. 125.

⁴⁰ Kandemir, s. 424.

çalıştırılması yasaklamıştır. Bu hüküm dayanağını daha önce bahsettiğimiz, kimsenin yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağını öngören Anayasa'nın 50. maddesinden almaktadır.

İş Kanunu'nun 104. maddesi itibarıyla yer ve su altı çalıştırma yasağını ihlal eden işveren veya işveren vekiline para cezası uygulanacaktır. Bununla birlikte bu yasağa rağmen kadın işçi söz konusu işlerde çalıştırılmışsa çalıştığı süreyle ilgili olan haklardan yararlandırılmalıdır⁴¹.

3) Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

Gece çalışması⁴², mesleki ve fizyolojik risklere ortam sağlaması, işçi sağlığını bozma ihtimalinin daha fazla olması, aile başta olmak üzere işçinin sosyal çevresinden kopmasına neden olabilmesi, kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkileyebilmesi⁴³ gibi nedenlere dayanılarak bazı kısıtlamalar yapılmak suretiyle düzenlenmiştir⁴⁴. Nitekim sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmış; on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin ise gece postalarında çalıştırılmaları bir takım kurallara tabi tutulmuştur (İ.K. md. 73)⁴⁵. Görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunu 1475 sayılı İş Kanunundan farklı olarak kadınların gece çalıştırıl-

⁴¹ Kandemir, s. 425.

⁴² İş Kanunu'nun 69. maddesine göre ; "Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir".

⁴³ Mollamahmutoglu, s.1088.

⁴⁴ Blanpain, s. 541. Araştırmalar geceleri insan vücudunun çevresel etkenlere karşı gündüz vakitlerine göre çok daha fazla duyarlı olduğunu ve daha çabuk yorulduğunu göstermektedir. Bu nedenle uzun süreli gece çalışmaları işçilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabileceği gibi, işyeri güvenliği açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilir.; Selwyn, Norman; Law Of Employment, , England, 13. Edition, 2004.s. 217, gece çalışması özelliği nedeniyle gündüz çalışmasına göre özel tehlikeler içerir ve işçinin fiziksel ve zihinsel açıdan aşırı yorulmasına neden olabilir. Bu yüzden gece çalıştırılacak işçinin önceden doktor muayenesinden geçirilmesi gerekir. Şayet işçi gece çalışmaya uygun görülmezse, uygun bir gündüz işine transfer edilmelidir.; Aynı yönde; Susan Mayne/ Susan Malyon,; Employment Law In Europa, London 2001, s. 904.; Bowers, John,; Employment Law, Blackstone Press 2000, s.76.

⁴⁵ Söz konusu hüküm Türkiye'nin imzalamış olduğu 89 sayılı ILO sözleşmesinde yer alan sanayiye ait işlerde her yaşta kadının gece çalıştırılması yasağının iç hukumuza yansımış halidir.

malarını mutlak yasak bir hüküm olarak düzenlememiştir. 1475 sayılı İş Kanununda mutlak olan bu yasak kadın erkek eşitliği göz önüne alınarak kaldırılmıştır.

İş Kanunu'nun 73. maddesine göre, on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin çalıştırılmalarının usul ve esasları Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir⁴⁶. Bu itibarla " Kadın İşçilerin Gece postalarında Çalıştırılmalarına İlişkin Yönetmelik" öngörülmüş ve söz konusu yönetmelik 09.08.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁷.

Yukarıda sözünü ettiğimiz Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Yine ilgili yönetmeliğe göre, belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde alışılmış araçlarla gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler(md. 6). Yine aynı işyerinde çalışan kadın ve kocanın aynı gece postasında çalışma istekleri, işverence imkanları ölçüsünde karşılanmalıdır(md. 8/II).

Söz konusu yönetmeliğin önem arz eden bir diğer hükmüne göre ise, kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye doktorlarına muayene ettirilerek, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınmasının şart olduğudur(md. 7).

Yönetmelik daha sonra değineceğimiz bir diğer husus olan hamile ve emziren kadınların çalıştırılması hususu ile ilgili de bir takım düzenlemeler öngörmektedir.

⁴⁶ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, gece çalışmalarının tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁴⁷ RG, 09.08.2004, No: 25548.

4) Kadın İşçilerin Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırılması Yasası

Ağır ve tehlikeli işler, insan sağlığına zarar verebilecek nitelikte olduklarından, fiziksel yapı olarak erkeklere nazaran daha zayıf olan kadınların bu nitelikteki işlerde çalıştırılmaları kadın sağlığı bakımından sakıncalar doğurabilir⁴⁸. Dolayısıyla kadın işçilerin bir takım ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmaları yasaklanmışken, bir takım nispeten daha az tehlikeli işlerde çalıştırılmaları ise belirli koşullara bağlanmıştır⁴⁹.

Hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı İş Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir^{50,51}. Söz konusu yönetmelik 16 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁵².

Söz konusu yönetmelik hükümlerine göre ise, hangi işlerin ağır ve tehlikeli iş olarak addedileceği liste halinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri

⁴⁸ Kandemir, s. 427.

⁴⁹ AB'nin 76/207 sayılı Eşit İşlem Yönergesi de(Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 On The Implementation Of The Principle Of Equal Treatment For Men and Women As Regards Access To Employment, Vocational Training And Promotion and Working Conditions) üye devletlere işin niteliği veya çalışma koşulları itibariyle cinsiyetin belirli olduğu mesleki faaliyetler veya mesleki eğitim dallarını Direktifin kapsamı dışında bırakma yetkisi tanımıştır(md. 2/2). Aynı yönde Avrupa Birliği Adalet Divanı da üye devletlerin kamu güvenliğini sağlamak üzere bilhassa tehlike arz eden durumlarda ateşli silah taşıyan polis görevlilerinin veya Kraliyet deniz Kuvvetlerindeki görevlerin sadece erkekler tarafından yapılabilmesini uygun bulmuştur. (ATAD, C- 222/84, M. Jonston&Chief Constable Of The Royal Ulster Constabulary, 15.05.1986, kararın tam metni için bkz.: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 15.04.2010, 16.05).

⁵⁰ 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, ağır ve tehlikeli işlerin tespitinin tüzükle değil, yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir.

⁵¹ Esasen 30.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İş Kanunu'nun 85. maddesini mülga etmiştir. Fakat Kanunda öngörülen Yönetmelikler henüz düzenlenmediğinden 6331 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde, 4857 sayılı Kanuna göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur, hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" halen yürürlüktedir.

⁵² "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği" RG, 16.06.2004, No: 25494.

yönetmeliğin ekinde bulunan K çizelgesinde gösterilmiştir. Bu itibarla kadınlar yönetmelikte kendilerine yasaklanan ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar.

Söz konusu Yönetmeliğe göre, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak kadın işçinin, işe girişinde, işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduğunun fizik muayene ve gerektiğinde laboratuvar bulgularına dayanılarak hazırlanan hekim raporu ile belirlenmesi zorunludur(md. 5/I). Yine yönetmelik uyarınca, kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Ay halinin başlangıcı olarak ise kadının ihbarda bulunduğu tarih esas alınacaktır(md. 6/I-II).

Belirtelim ki; söz konusu Yönetmelikte belirtilen şartlara aykırı olarak, ağır ve tehlikeli işlerde kadın ve genç işçi çalıştırıldığıının veya çalışan işçinin sağlık durumu itibariyle böyle bir işte çalıştırılmamasının gerektiğinin tespiti halinde, bu işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalışmaktan alıkonulur ve böyle bir durumda işveren veya işveren vekiline İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca para cezası uygulanır.

5) Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılması

Hamile ve anne işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelerden ilki hamile işçiye doğum öncesi ve sonrası verilen izinlerdir⁵³. Nitekim İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir⁵⁴. Yine söz konusu süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelli-

⁵³ Kandemir, s. 429.; kadın işçilerin hamilelik ve analık haline ilişkin düzenleyici hükümlerin gelişmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekonomi, Münir; "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 14 vd.

⁵⁴ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine 6111 sayılı Kanun itibariyle " Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullandırılır"

ğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir.

Doğumun erken olması, çocuğun ölü doğması veya doğum sonrası ölümü, doğumdan sonraki sekiz haftalık izin süresinin kısaltılmasına neden olmaz. Yine İş Kanunu'nun 55. maddesi itibarıyla kadın işçilerin doğum öncesi veya sonrası izinli oldukları günler, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınır.

İş Kanunu'nun "Gebe ve Çocuk Emziren Kadınlar İçin Yönetmelik" başlığını taşıyan 88. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılan "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"⁵⁵ hükümlerince; hamile ve anne işçilerin işteki güvenliğinin sağlanması, bu husustaki önlemler, bu tip işçilerin hangi dönemlerde⁵⁶ ne gibi işlerde çalıştırılmanın yasak olduğu ve çalıştırıldıkları işlerde hangi koşullara uyulması gerektiği ayrıntılı olarak öngörülmüştür(md. 1).

Söz konusu Yönetmeliğin "Genel Değerlendirme" başlığını taşıyan 5. maddesinde; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin işçiler üzerindeki etkileri değerlendirilerek bunlar için alınacak önlemler belirtilmiştir. Yine ilgili Yönetmeliğin "Özel Riskler" başlıklı 6. maddesine göre; hamile ve yeni doğum yapmış işçilerin sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlerin ve sanayi süreçlerinin

cümlesi eklenmiştir.

⁵⁵ RG, 14.07.2004, No: 25522.; Esasen 30.06.2012 Tarihinde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İş Kanunu'nun 88. maddesini mülga etmiştir. Fakat Kanunda öngörülen Yönetmelikler henüz düzenlenmediğinden 6331 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde, 4857 sayılı Kanuna göre yürürlüğe konulan yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar uygulanmaya devam olunur, hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" halen yürürlüktedir.

⁵⁶ Söz konusu Yönetmelik, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın olmak üzere üçlü bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; gebe işçi; İşverenini, durumu hakkında herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile bildirenden gebe işçiyi, yeni doğum yapmış işçi; Yeni doğum yapmış ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi, emziren işçi ise, 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan ve işverenini durumu hakkında bilgilendiren işçiyi ifade eder.

işçiler üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesi neticesinde, bunlar için alınacak genel önlemlerle birlikte özel riskler ve alınacak özel önlemler öngörülmüş, Yönetmeliğin 7. Ve 8. maddelerinde ise söz konusu değerlendirme sonuçlarına göre işverence alınması gereken tedbirler ifade edilmiştir⁵⁷.

“Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁵⁸” hükümlerine göre de, kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar. Emziren kadın işçilerde bu süre, ana ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun hekim raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılabilecektir (md. 9/I).

Doğum yapan kadına sağlanan bir diğer hak ise isteğe bağlı olarak verilen izindir. Nitekim İş Kanunu’nun ilgili 74. maddesi; “İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz” biçimindedir. Söz konusu hükümde de ifade edildiği gibi yıllık ücretli izin süresinde dikkate alınmayan söz bu altı aylık süre içinde, ücret ödemesi yapılmayacağı için sigorta primi kesilmesi de söz konusu olmaz⁵⁹.

Çocuk emzirmekte olan işçilere kanunun verdiği bir diğer özel izin hakkı ise, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat verilmesi gereken süt iznidir (İK: md. 74/son). Kanunun ilgili hükmüne dikkat edildiğinde, verilecek olan iznin fiilen emzirme koşuluna bağlı tutulmadığı görülmektedir. Buradaki amaç bebeğin beslenmesidir. Nitekim “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım

⁵⁷ Söz konusu Yönetmelikle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Urhanoğlu, İstar Cengiz; “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş 2009, C.10, Sayı:4, s. 23 vd.

⁵⁸ 09 Ağustos 2004 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 25548

⁵⁹ Tunçomağ/Centel, s. 175.; Kanunları gereğince verilen ücretsiz doğum ve analık izni süreleri bakımından kadın işçinin doğum borçlanması yapması hakkı ile ilgili olarak bkz.: Arıcı, Kadir; “5510 sayılı Kanun’un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler” Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159 vd.

Yurtlarına Dair Yönetmelik^{60,61} bebeğin anne tarafından fiilen emzirilip emzirilmemesine göre bir ayırım yapmamıştır. Bu itibarla bebek fiilen emzirilmese de çocuk bir yaşına ulaşana kadar annenin süt izni olduğunun kabulü gerekir⁶².

Söz konusu Yönetmeliğe göre; emzikli kadının çocuğunu beslemesi ve bir yaşından küçük çocuğunu bırakabilmesi için, yaşları ve medeni durumları ne olursa olsun, 100 ila 150 kadın çalıştıran işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulmasını, 150'den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde ise 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun açılmasını ve yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde de, işverene taşıt sağlama zorunluluğu öngörülmüştür(md. 7/I-II).

4857 sayılı İş Kanunu'nun hamile kadın işçilerin çalışma koşullarıyla olarak getirdiği önemli hükümlerden biri de, hamile işçilerin daha hafif işlerde çalıştırılmana yönelik düzenlemeleridir. Nitekim İK.'nun 74. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; doktor raporuyla gerek olduğu sabit olmak koşuluyla, hamile işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır ve bu nedene dayanarak hamile işçinin ücretinde bir indirimde gidilemez.

Yukarıda bahsedilen İş Kanunu'ndaki düzenlemeye aynen yer veren "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"⁶³ ise aynı zamanda 8. maddesinin son fıkrasında, hamile işçinin daha hafif bir işe aktarılması teknik ve makul olarak mümkün değilse, işçinin güvenlik ve sağlığının korunması için gerekli süre içinde, işçinin isteği halinde ücretsiz izinli sayılması sağlanması gerektiği ve bu sürenin yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacağı öngörülmüştür.

⁶⁰ RG, 14.07.2004, No: 25522.

⁶¹ Söz konusu Yönetmelik, işyerlerindeki gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin işteki güvenlik ve sağlığının sağlanması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının (kres) nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemek amacıyla düzenlenmiştir(md. 1).

⁶² Kandemir, s. 433.

⁶³ RG, 14.07.2004, No: 25522.

Belirtilmelidir ki; 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümleri itibariyle hangi hallerin sözleşmenin feshi bakımından geçerli sebep olmayacağı belirlenmiştir. Bunların arasında yer alan "cinsiyet, medeni durum, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum" gibi nedenler kadın işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmayacağı gibi Kanununun 74. maddesinde bulunan doğum öncesi ve doğum sonrası kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde, kadın işçinin işe gelmemesi fesih bakımından geçerli bir sebep oluşturmayacaktır (Md. 18/III-e).

İşveren, kadın işçinin hamilelik döneminden önce bildirimli fesih beyanında bulunmuş ve söz konusu ihbar süresi dolmadan hamilelik durumu ortaya çıkmışsa, ihbar süresi İş Kanunu'nun ilgili maddesine belirlenecek süre boyunca durur ve bu süre sona erince tekrar işlemeğe başlar⁶⁴.

Son olarak söylemeliyiz ki; feshe karşı koruma sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından geçerli bir durumdur. Zira belirli süreli iş sözleşmelerinde hamilelik ve analık durumları söz konusu olsa dahi sözleşme tespit edilen sürede sona erecektir. Başka bir ifadeyle askıda kalan süre sözleşmede belirlenen süreye eklenmeyecektir⁶⁵.

SONUÇ

Kural olarak işe almada işverenin eşit davranma borcu bulunmasa da, İ.K.'nin 5. maddesinin 3. fıkrası hükmü itibariyle; işe almada işverenin cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapması yasaktır. Bununla birlikte söz konusu hükmün yaptırım bölümünü düzenleyen 6. fıkrasında "ayrımcılık tazminatının" "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ayrımcılık yapıldığı zaman kararlaştırılabilecek bir tazminat olduğu öngörülmüştür. Dolayısıyla kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması durumunda işe almada cinsiyet ayrımı yasağı yaptırımsız kalmış olmaktadır. Kanaatimiz söz konusu yasağın bir anlam kazanabilmesi için ayrımcılık tazminatı ile ilgili hükmün, işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yönündedir.

⁶⁴ Kaplan, Emine Tuncay, "Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1236.

⁶⁵ Kaplan, Fesih, s. 1236.

Hukukun her alanında geçerli olarak kabul edilen eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak, İş Kanunu'nda kadın-erkek işçi ücretleri eşitliği ayrıca düzenlenmiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanununda aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(İK. md. 5/IV). Ayrıca İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanmasının, daha düşük bir ücretin uygulamasını haklı kılmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(İK. md. 5/V). Bunun yanında hamilelik halinde hamile işçinin sağlığını bozmayacak daha hafif işlerde çalışması durumunda, ücretinde bir indirimle gidilemeyeceği öngörülmüştür(İK. md. 74/4).

Çalışma hayatında, kadınlarla ilgili olarak gerek İş Kanunu gerek Sosyal Güvenlik Hukuku ile getirilen mevzuatta öngörülen hükümlere dikkat edildiğinde, bu hükümlerin bir kısmının çalışan işçinin kadın olması nedeniyle, özel olarak korunması gereken alanlarda(hamilelik, analık vb.) bazı haklar tanıdığı görülmektedir. Bununla birlikte kadınlara yönelik koruyucu haklar İş Kanunuyla sınırlı değildir. Nitekim Umumi Hıfzıssıha Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunlarında da benzeri düzenlemeler öngörülmüştür.

KAYNAKLAR

- Arıcı, Kadir; "5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortatılar (4A) da Doğum Borçlanması Yapabilirler" Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2010, Sayı:19, s. 159-167.
- Aydınöz, Gonca; "Avrupa Birliği ve ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı", Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22.
- Blainpain, Roger; European Labour Law, 10. Revised Edition, Holland 2003.
- Bowers, John;; Employment Law, Blackstone Press 2000.

- Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- Ekonomi, Münir; “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum 2009/3, Sayı:22, s. 11-33.
- Ertürk, Şükran; İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yayınları,2002.
- Kandemir, Murat; “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri”, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 415-444.
- Kaplan, Emine Tuncay, “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 1236, s. 1224-1238. (Fesih).
- Kaplan, Emine Tuncay; “ Kadın işçinin İş ilişkisinden Doğan Hakları ve Korunması”, T.C. Başbakanlık Kadının Sorunları ve Statüsü Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 98-123.
- Kaya, Pir Ali; “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, Mercek, Nisan 2005, s. 144-152.
- Rehbinder, Manfred; “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, İ.Ü.H.F.M., C.45-47, 1979-1981. (Çev: Öner Eyrenci)
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Eyrenci, Öner; “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991.
- Painter, Richard W. / Holmes, Ann E. M., Cases And Materials On Employment Law, Sixth Edition, Oxford University Pres 2006.
- Selwyn, Norman; Law Of Employment, , England, 13. Edition, 2004
- Sevimli, Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Legal Yayınları, 2006.
- Susan Mayne/ Susan Malyon,; Employment Law İn Europa, London 2001, s. 904.
- Süral, Nurhan; “ Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 124-168.
- Süzek, Sarper; “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, Sayı:12, s. 24-39.
- Taşkent, Savaş; “İş Sözleşmesinin İptal Nedenleri”, İ.Ü.S.B.F., Ümit Doğanay Anısına Armağan, İstanbul 1982.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Bası, 2008.
- Urhanoglu, İstar Cengiz; “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş 2009, C.10, Sayı:4, s. 21-53.

- Yenisey, Kübra Doğan; "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), Cinsel Taciz, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı Semineri, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81
- Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Yuvalı, Ertuğrul; İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Yüksel, Melek Onaran; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.