

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KADININ KORUNMASINA YÖNELİK
ÇALIŞTIRILMASI YASAKLANAN İŞLER VE ÇALIŞMA
SÜRELERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
NİLÜFER AYHAN

TEZ DANIŐMANI
PROF. DR. EMİNE TUNCAY SENYEN KAPLAN

ANKARA – 2020

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KADININ KORUNMASINA YÖNELİK
ÇALIŞTIRILMASI YASAKLANAN İŞLER VE ÇALIŞMA
SÜRELERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

NİLÜFER AYHAN

TEZ DANIŐMANI

PROF. DR. EMİNE TUNCAY SENYEN KAPLAN

ANKARA - 2020

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı çerçevesinde Nilüfer AYHAN tarafından hazırlanan bu çalışma, aşağıdaki jüri tarafından Yüksek Lisans olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi: 03 / 01 / 2020

Tez Adı: “Kadının Korunmasına Yönelik Çalıştırılması Yasaklanan İşler ve Çalışma Sürelerine İlişkin Sınırlamalar”

Tez Jüri Üyeleri

İmza

Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN (Danışman)

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştah CENGİZ

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi



ONAY

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Tarih: ... / ... /

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 20 / 12 / 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı: Nilüfer AYHAN

Öğrencinin Numarası: 21720507

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN.

Tez Başlığı: “Kadının Korunmasına Yönelik Çalıştırılması Yasaklanan İşler ve Çalışma Sürelerine İlişkin Sınırlamalar”.

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 193 sayfalık kısmına ilişkin, 20 / 12 / 2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 17’dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:



ONAY

Tarih: 20 / 12 / 2019

Prof. Dr. Emine TUNCAY SENYEN KAPLAN



TEŞEKKÜR

Her şeyden önce gerek fikirleriyle, gerekse eserleriyle beni aydınlatan ve tezimin konusuna ilham kaynağı olan anlayışlı tez hocam Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN'a, kıymetli jüri üyelerimize, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarımıza, tez çalışmamda kütüphanelere erişme imkanı temin eden Hasan Kalyoncu Üniversitesi rektör yardımcımız Prof. Dr. Hasan TUNÇ'a, bu süreçte bana ihtiyacım olan tez iznini veren Hukuk Fakültesi dekanımız Prof. Dr. Ömer ÖZKAN'a, fakülte sıralarında bana hukuk nosyonu kazandıran ve sonrasında akademik üslupla alakalı paha biçilemez zenginlikler katan hocam Prof. Dr. Şahin AKINCI'ya, eserleriyle tezime katkıda bulunan ve kaynak desteğini esirgemeyen Prof. Dr. Enver BOZKURT'a, akademik hayattaki ilk yol göstericim olan ve tezimle bizzat ilgilenen değerli hocam Doç. Dr. Seçkin NAZLI'ya, tezimde gereken Almanca çevirileri benim için tereddütsüz yapan ve tezim için en az benim kadar çaba harcayan bir diğer kıymetli hocam, güzel insan Dr. Hasan KAYIRGAN'a, yine Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi değerli hocalarımıza, çalışma arkadaşından çok yol arkadaşı olan asistan arkadaşlarıma, bilhassa tezime olan katkısı nedeniyle Arş. Gör. Betül KORKMAZ'a ve diğer tüm personele, beni Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün açtığı uygar yolda yetiştiren, bilim ışığıyla aydınlatan ve vatan sevgisini derinden aşıl原因an babam Prof. Dr. Ahmet AYHAN'a minnetle, onun yokluğunda bu noktaya gelebilmem için elindeki tüm imkânları önüme seren özverili annem Şerife AYHAN'a, elinde büyüdüğüm ve şimdi meslektaş olduğum, akademik anlamda belki de üzerimde en çok emeği olan kişi ablam Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ ve eşi Öğr. Gör. Mustafa Kağan İZMİRLİ'ye, her türlü sorunuma çözüm olan ağabeyim Alper AYHAN'a ve eşi Latife ERCAN AYHAN'a, desteğini daima arkamda hissettiğim kuzenim ve üstadım Dr. G. Çağlar ÇOPUROĞLU'na, yine katkıları için kuzenim Hilmi Arda AYDEMİR'e ve bütün dostlarıma teşekkürü bir borç bilirim. Tez çalışmam başarıyla tamamlandıysa, bu ancak sizin sayenizdedir.

ÖZET

Kadınlar, çalışma yaşamının içinde hep var olmuşlardır. Bunun doğal bir sonucu olarak, bu çalışmaların düzenlenmesine yönelik bir kısım kuralların oluşturulması gereklidir. İş Hukuku mevzuatımıza baktığımız zaman, kanun koyucunun işçiyi koruma ilkesi kapsamında pek çok hükümler tesis ettiğini görmekteyiz. Özellikle biyolojik yapılarının farklılık arz etmesi nedeni ve kadının bazı durumlarda daha fazla korunması gerektiği düşüncesiyle kanun koyucu, sadece kadınlar için öngörülen hükümler yaratma yoluna gitmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı olumlu, yani kadına bazı haklar bahsetme şeklinde ortaya çıkarken, bir kısmı ise olumsuz olarak, yani kadının korunması amacıyla getirilen yasak ve sınırlamalar biçiminde kendini göstermektedir. Çalışmamızın özünü, esasen bu yasak ve sınırlamalar oluşturmaktadır. Ayrıca kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işler ile sürelerle müteallik düzenlemelerin eşitlik ilkesine uygunluğunu belirlemek amacıyla eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler üzerinde kısaca durulmuştur.

Bilindiği üzere, kadın işçinin korunması ve buna ilişkin düzenlemelerin incelenmesi, başlı başına bir tez konusu olacak denli geniş bir muhtevaya sahiptir. Bu nedenle çalışmamızın birinci kısmında, kadın işçilerin çalıştırılma yasaklarının temelini anlatmaya yetecek kadar kadın işçileri koruma boyutuna yer verilmiş ve böylece kadın işçi çalıştırılma yasaklarının temeli ile getirilme amaçları hususunda bir bakış açısı verilmeye çalışılmıştır. Yine, konumuzun dışına çıkmamak adına Bireysel İş Hukuku boyutu incelenmiş, Sosyal Güvenlik Hukuku boyutuna yeri geldikçe dipnotlarda ve özet mahiyetinde yer verilerek, söz buna ilişkin yapılan özel çalışmalara bırakılmıştır.

İkinci kısımda ise kadınların çalışma hayatında korunması düşüncesiyle hem işin niteliği gereği hem de zamansal bakımdan getirilen yasak ve sınırlamaların tarihsel gelişimi, uluslararası alanda getirilen düzenlemeler, iç hukukumuzda yer alan düzenlemeler, yasak ve sınırlamaların amacına hizmet edip etmediği konusu incelenerek doktrindeki görüşlere yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde, işveren tarafından bu yasak ve sınırlamalara uyulmamasının sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda gündeme gelecek olan yaptırımlarda hukuki, cezai ve idari olarak üçlü bir ayrıma gidilerek açıklama yapılmış, bununla birlikte işçinin yasak ve

sınırlamalara rağmen çalıştırılması halinde haklarının ne olacağı hususu hakkında bilgi verilmiş, yasak ve sınırlamalar, irade serbestisi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Kadın işçilerin korunması, kadın işçi alıştırma yasakları, gece çalışma yasağı ve sınırlamalar, yasak süreler, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması.

ABSTRACT

Women have always existed in working life. As a natural consequence of that, it is necessary to establish some rules for the regulation of these workings. When we look at our Turkish Labour Law legislation, we can see that the legislator establishes many provisions under the principle of protecting workers. The legislator went on to create provisions for women only because of their biological structure and the need for more protection in some cases. Some of these arrangements show up as affirmative structure that has given some rights to women workers, while others appear as adverse, so in the form of prohibitions and restrictions imposed for the protection of women workers. We express what the essence of our study is these prohibitions and limitations. In addition, national and international regulations on the principle of equality and prohibition of discrimination were briefly emphasized for to determine the compliance of the regulations on the some works and periods in which female workers are prohibited.

As it is known, “the protection of the female workers and the examination of the related regulations” have a huge content which can be the subject of a thesis in itself. That’s why in the first part of this study, we tried to explain the protection dimension of women workers for understanding to the basis of the prohibitions on the employment of women workers, thus, we will attempt to give a perspective on the basis of the prohibitions on the employment of women workers. Also, for staying in borders of our subject, just the Individual Labour Law dimension has been examined, but the Social Security Law and Collective Labour Law dimensions have been included in the footnotes as summary and the word has been left to the special studies made/will make about it.

In the second part, the historical development of the prohibitions and restrictions imposed both in terms of the nature of the work and in terms of the protection of women in working life, the regulations introduced in the international dimension, whether the regulations in our domestic law serve the purpose of the prohibitions and limitations are discussed and opinions in the doctrine.

The third section, we examined the consequences of non-compliance with these prohibitions and restrictions by the employer. In this scope, the legal, criminal and

administrative tripartite distinctions were made in the sanctions that will be brought to the agenda and information was given about the rights of the employee if she was employed despite the prohibitions and restrictions, and the prohibitions and limitations were evaluated within the framework of freedom of will.

Key words: Protection of female workers, prohibition of employing female workers in some fields, prohibitions and restrictions of night work, prohibited periods, restrictions on freedom of contract.

İÇİNDEKİLER TABLOSU

TEŞEKKÜR.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

& BİRİNCİ BÖLÜM &

KADIN İŞÇİLERİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK.....	4
II. KADIN İŞÇİ İSTİHDAMINA GENEL BİR BAKIŞ.....	5
III. KADIN İŞÇİNİN KORUNMASI DÜŞÜNCESİNİN TEMELİNDE YATAN SEBEPLER.....	10
IV. KADININ KORUNMASINA YÖNELİK OLARAK GETİRİLEN DÜZENLEMELER.....	10
A. ULUSLARARASI MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER.....	10
1. Genel Olarak.....	10
2. Düzenlemeler.....	11
a. Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik Olarak Getirilen Düzenlemeler.....	11
b. Cinsiyet Ayrımcılığını Önlemeye Yönelik Olarak Getirilen Düzenlemeler.....	14
c. Çalışma Şartlarının İyileştirilmesine Yönelik Olarak Getirilen Düzenlemeler.....	19
B. ULUSAL MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER.....	22
1. 1982 Anayasası'na Göre Kadın İşçilerin Korunması.....	22
a. Ayrımcılık Yasağı.....	22
a.a. Genel Olarak.....	22
b.b. Ayrımcılık Yasağının Sınırları.....	24
a.a.a. Yürütülecek İşin Niteliği.....	24

b.b.b. Belli Bir Cinsiyetin Çalışması Zorunluluğu.....	30
c.c.c. Farklı Davranmayı Haklı Kılan Nedenler.....	30
c.c. Ayrımcılığın Yaptırımı ve İspatı	31
b. Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü.....	32
c. Çalışma Hakkı ve Ödevi.....	33
2. Türk Borçlar Kanunu	
İle Getirilen Düzenlemeler.....	33
3. Bireysel İş Hukuku Bakımından Kadın İşçinin Korunması.....	34
a. 1475 sayılı İş Kanunu.....	34
b. 4857 sayılı İş Kanunu.....	36
c. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu.....	48
4. Diğer Düzenlemeler.....	49

& İKİNCİ BÖLÜM &

**KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARI VE
ÇALIŞMA SÜRELERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR**

I. KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARINA GENEL BİR BAKIŞ.....	54
A. KAVRAM.....	54
B. ÇALIŞTIRILMA YASAKLARININ GETİRİLİŞ AMACIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLER.....	55
II. İŞİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARI.....	60
A. GENEL OLARAK.....	60
B. DÜZENLEMELER.....	61
1. Uluslararası Mevzuat.....	61
a. Genel Olarak.....	61
b. AB Hukuku.....	61
a.a. 92/85 Sayılı “Hamile Çalışanlar” Direktifi.....	61
b.b. “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”.....	64
c. ILO Düzenlemeleri.....	65

a.a. “Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Sayılı Sözleşme”.....	66
b.b. 176 sayılı “Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi.....	67
d. Yabancı Hukuk Sistemlerinde.....	69
2. Ulusal Mevzuat.....	73
a. Cinsiyete Uymayan İşlerde Çalıştırılma Yasağı.....	74
b. Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerinde Çalıştırılması Yasağı.....	82
c. Toplu İş Sözleşmelerinden Doğan Yasak ve Sınırlamalar.....	94
III. ÇALIŞMA SÜRELERİ BAKIMINDAN GETİRİLEN SINIRLAMALAR.....	95
A. GENEL OLARAK.....	95
B. DÜZENLEMELER.....	98
1. Uluslararası Mevzuat.....	98
a. AB Hukuku’nda.....	98
a.a. “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”.....	98
b.b. 92/85 Sayılı “Hamile Çalışanlar” Direktifi.....	99
c.c. 76/207 Sayılı 76/207 Sayılı “Kadın ve Erkeklerle İstihdama Kabul, Mesleki Eğitim ve Yükselme ile Çalışma Şartlarında Eşit Muamele Yapılmasına İlişkin” Yönerge.....	101
b. ILO Düzenlemeleri.....	104
a.a. 4 Sayılı Gece Çalışma “Kadınlar” Sözleşmesi ile 41 Sayılı Sözleşme.....	106
b.b. “89 sayılı Sözleşme ile 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşme ve Buna İlişkin 1990 Tarihli Protokol”.....	108
c.c. “171 Sayılı Gece Çalışma Sözleşmesi”.....	111
d.d. “3 Sayılı Sözleşme”	113

e.e. “103 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi ve 103 sayılı Sözleşmenin Gözden Geçirilmesine İlişkin 183 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi”	114
c. Yabancı Hukuklarda.....	116
2. Ulusal Mevzuat.....	117
a. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasası.....	117
a.a. Gece Kavramı ve Gece Çalışması.....	117
b.b. Gece Çalıştırma Yasakları.....	120
c.c. İstisnalar.....	131
b.Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılmasına Getirilen Yasaklar.....	133
a.a.Hamilelik Durumunda.....	133
b.b Analık Durumunda.....	142
c. Çalışma Sürelerine Getirilen Sınırlamalar.....	149
a.a. Çalışma Süreleri.....	149
b.b. Fazla Çalışma Süreleri.....	151
a.a.a. Fazla Çalışma.....	151
b.b.b. Fazla Sürelerle Çalışma.....	152
c.c. Fazla Çalıştırma Yasası.....	153

& ÜÇÜNCÜ BÖLÜM &

KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRMA YASAK VE SINIRLAMALARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

I. YASAK VE SINIRLAMALARA AYKIRILIĞIN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ.....	154
A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ (GEÇERSİZLİĞİ).....	154
1. İş Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü.....	157
2. İş Sözleşmesinin Kısmi Hükümsüzlüğü.....	164
B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ.....	166
1. Genel Olarak.....	166
2. Fesih Türü.....	166

II. SÖZLEŞMEYE YAPILAN MÜDAHALENİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA İNCELENMESİ.....	169
A. İRADE SERBESTİSİ İLKESİ.....	169
1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü.....	169
2. Eşitlik İlkesi.....	173
3. Şekil Özgürlüğü İlkesi.....	176
B. SÖZLEŞMEYE YAPILAN MÜDAHALENİN AMAÇ VE MAHİYETİ.....	176
III. İŞVEREN BAKIMINDAN YAPTIRIMLAR.....	178
A. HUKUKİ YAPTIRIMLAR.....	178
B. CEZAI YAPTIRIMLAR.....	179
C. İDARİ YAPTIRIMLAR.....	181
IV. İŞÇİ BAKIMINDAN SONUÇLAR.....	182
A. İŞ GÖRMEKTEN KAÇINMA HAKKI.....	183
B. ÇALIŞMAKTAN ALIKONULMA.....	184
C. TAZMİNAT İSTEME HAKKI.....	186
SONUÇ.....	190
KAYNAKLAR.....	194

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği.
ABAD / AAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı.
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri.
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.
AİHS	: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”.
Art.	: Article (madde).
ASŞ	: “Avrupa Sosyal Şartı”.
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı.
ATİT	: “Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü”.
ATİY	: “Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği”.
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
Ay.	: Anayasa.
AYM	: Anayasa Mahkemesi.
BAG.	: Bundes Arbeitsgericht.
Bkz.	: Bakınız.
BM	: Birleşmiş Milletler.
C.	: Cilt.
CEDAW	: “Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”.
Dn.	: Dipnot.
DMK	: “Devlet Memurları Kanunu”.
E.	: Esas.
Edt.	: Editör.
EuGH	: Europaischer Gerichtshof (Avrupa Adalet Divanı).
e.t.	: Erişim tarihi.
f.	: Fıkra.

GEKÇŞY	: “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik”.
HD.	: Hukuk Dairesi.
http	: Hyper Text Transfer Protocol.
ILO	: International Labour Organization.
İHEB	: “İnsan Hakları Evrensel Beyanname”.
İSGK	: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu”.
İş K.	: “İş Kanunu”.
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
K.	: Karar.
KÇGPÇKHY	: “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik”.
KKHAÖS	: “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”.
m.	: Madde.
M.Ö.	: Milattan önce.
MuSchG	: Alman Analığı Koruma Kanunu.
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift.
NZA.	: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht.
No.	: Numaralı.
OECD	: İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı.
Örn.	: Örneğin.
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.
RG	: Resmi Gazete.
Rn.	: Rand Nummer.
s.	: Sayfa.
S.	: Sayı.
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü.

SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu.
SSGSSK	: “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu”.
T.	: Tarih.
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi.
TBB	: Türkiye Barolar Birliği.
TBK	: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu”.
TCK	: “Türk Ceza Kanunu”.
TİHEKK	: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu”.
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü.
www	: World wide web.
V.	: Volume.
vb.	: Ve benzeri.
vd.	: ve devamı.
Y.	: Yargıtay.
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

GİRİŞ

Çok eski dönemlerde, günümüz şartlarına göre kötü şartlarda çalıştırılan işçilerin bazı eylemler ve olaylarla bu duruma tepki vermesi sonucunda işçinin korunması hareketleri gündeme gelmiş ve halen gelmektedir. Sanayinin ve teknolojinin gittikçe gelişmesiyle işçilerin korunması ilkesi, bilhassa kadın işçilerin korunmasına yönelik birtakım eşitlik ve ayrımcılık karşıtı hareketler gündeme gelmiştir. Böylece kadının çalışma hayatına katılımı gün geçtikçe artarak kamusal alanda önemli bir aşama kaydetmiştir.

Tez çalışmamız için bu konuyu seçmiş olmamızın altında yatan temel neden, her ne kadar ilgili mevzuatımız teknolojik gelişmelere paralel bir biçimde günden güne değişse de, yine de toplumsal görüş ve alışkanlıkların gölgesinde birtakım yeniliklere kapalı olması ve bunun sonucunda da iç hukuk düzenlemelerimizin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) ve Avrupa ülkelerinin bakış açısının gerisinde kalmasıdır.

Çalıştırma yasaklarının temeli ve tarihi, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu ile doğrudan bağlantılıdır. Bir diğer ifadeyle, çalışanların işyerinde yaptıkları çalışma nedeniyle karşı karşıya buldukları tüm risklere karşı korunması anlamına gelen iş sağlığı ve güvenliği kavramının doğuşu ve gelişimi, çalıştırma yasaklarının ortaya çıkışında büyük bir önemi haizdir. Bu bağlamda çalıştırma yasakları, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

Bu yasak ve sınırlamaları “kamusal iş hukuku” düzenlemeleri olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır. Çünkü bunlar gibi düzenlemelerin esas olarak işçi ve işveren arasındaki ilişkileri değil, ilkin devletin çalışma hayatıyla alakalı kamu hukuku nitelikli düzenlemelerinden teşekkül ettiği ifade edilmektedir.

Mevzuatta, genel anlamda işçiyi koruyucu hükümlerin getirildiğini görmekteysek de, kadın işçinin çalışmalarına getirilen yasak ve sınırlamaların bilhassa daha özel biçimde düzenlendiğini görmekteyiz. Kadınların korunmasına matuf olarak getirilen yasak ve sınırlamalar, “işin niteliği” sebebiyle bazı işlerden yasaklanması şeklinde olabileceği gibi, “gece çalışmalarına” ve “fazla çalışmalara” getirilen yasak ve sınırlamalar şeklinde de tezahür eder.

İşin niteliği sebebiyle öngörülen yasaklar, Anayasa'mızın 50. maddesine dayanmakta olup, kadınların fiziksel olarak erkeklere göre nispeten daha güçsüz olduğu fikri ile toplum tarafından kadınlara dayatılan sosyal görevlerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ortaya

kadın işleri ve erkek işleri olarak ikili bir ayrım çıkmıştır. Yasakların ortaya çıkışının bir nedeni de budur.

Zamansal olarak sınırlamalar ise gece çalışmalarında ortaya çıkmaktadır. Gece çalışmalarının gündüz çalışmalarına nazaran çok daha yıpratıcı olması nedeniyle gece süresi ve gece çalışmalarının nasıl yapılacağı özel olarak kanunlar ve yönetmeliklerle düzenlenmiş ve özellikle kadınlarla genç işçilerin gece yaptıkları çalışmalara ilişkin birtakım yasaklar veya sınırlamalar getirilmiştir. Çünkü gece çalışması konusundaki bu nev'i düzenlemelerin tümü, işçinin yaş ve cinsiyet bakımından çalışma yaşamında korunmasını amaç edinmektedir.

İş Hukuku'nda kadınların gece çalışmalarına yönelik olarak yapılan ayrıntılı düzenlemelerin yapılma dayanağının da yine Anayasamızın çalışma şartları ile ilgili düzenlemeleri ile gece çalışmalarının dikkati dağıtıcı ve yorucu bir mahiyette olmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Günümüzde gece çalışmalarına ilişkin yasaklar, isabetli bir biçimde artık tüm kadınlara değil, spesifik olarak hamile ve emziren kadınların sağlıklarının korunmasına yönelmiştir. Ancak genel anlamda tüm kadın işçileri muhteviyatına alan sınırlamalar da bulunmaktadır.

İşçilerin, bilhassa kadın işçilerin korunması amacıyla düzenlenen çalıştırılma yasakları konusuna müteallik olarak ILO'nun aşağıda bahsedeceğimiz birçok düzenlemesi mevcuttur. Ülkemiz, bu yasaklar konusunda bilhassa akdettiği sözleşmeler kapsamında kadın ve çocuk işçilere yönelik olarak yasal düzenlemeler yapmıştır. Bunun yanında ülkemizin, taraf olmadığı sözleşme hükümlerinden bile etkilendiği görülmüştür.

ILO'nun kadın işçileri korumaya matuf olarak getirdiği düzenlemelerinden çıkartılan yaklaşıma göre, başlangıçta kadınların çalışma koşulları açısından maruz kaldığı bazı risklere karşı spesifik olarak korunmasıyla sınırlıyken, daha sonra yerini giderek kadınlar ve erkekler arasında eşitliğin sağlanmasına bırakmıştır. İşte bu nedenden ötürüdür ki, hukuki düzenlemelerde güncel ihtiyaçlar dikkate alınarak daima yenilikler yapılmalıdır.

Önemle altını çizmek gerekir ki, gebe kadın işçilerle alakalı olarak hem annenin hem bebeğin korunması hem de kamu sağlığının muhafaza edilmesi amacıyla risk teşkil eden işlerde yasaklama veya sınırlama yapılması, eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Aynı şekilde, yeni doğum yapmış ve emziren kadınlar için de

öngörülen koruyucu hükümler, eşitlik ilkesine aykırı sayılmamalıdır. Fakat bunlar haricinde, herhangi bir bilimsel veriye dayanmayan, toplumdaki yerleşik düşüncelerle kadınların gelecekteki muhtemel analık durumları nedeniyle bazı mesleklerden ve çalışma alanlarından uzak tutulması eşitlik ilkesine, devletin müdahalelerinde uyması gereken ölçülülük ilkesine ve irade serbestisi ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Çalıştırma yasaklarının emredici mahiyette ele alınmasının sonucu, bu yasalara aykırılık halinde sözleşmenin hükümsüz (butlana tabi) olmasıdır. İşçiyi koruyucu bir hukuk dalı olan İş Hukuku, mutlak butlan gibi ağır bir yaptırımın işçi aleyhine sonuçlar doğurması tehlikesi karşısında Borçlar Hukuku'ndaki bazı temel ilkelerden ayrılarak, butlana kadar geçen kısım için iş sözleşmesini geçerli saymaktadır. Doktrindeki genel kabul, isabetli olarak bu yönde olmakla birlikte, bu doğrultuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı da bulunmaktadır. Şayet iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren hükümsüz sayılırsa, işçinin kayıplarını telafi etmek için zorlama hükümlerin ortaya çıkması muhtemeldir.

Hukumumuzda çalıştırma yasakları, esas olarak işverene yönelik olarak kaleme alınmıştır. Buradan yapılacak çıkarım, işçiyi koruma amacıyla getirilen bu düzenlemelerin işçinin aleyhine sonuçlar doğurmaması gerektiğidir. Aksi takdirde amaca aykırı düşecektir. Kadın işçilerin çalıştırılmalarına aşırı derecede sınırlama getirilirse, koruma amacıyla getirilen düzenlemeler faydasız kalacak ve hatta getiriliş gayesine hilaf olarak işçiye zarar vermiş olacaktır. Zira halihazırda kadın işçiler için bu kadar geniş koruma getiren bir mevzuata rağmen kadın istihdamı, somut verilere ilişkin tabloda görüldüğü üzere halen Avrupa ülkelerinin gerisindedir. Çalışma özgürlüğü ne denli az sınırlanırsa, o ölçüde kadın istihdamı rakamları yukarı çekilecek ve ülkemizin Avrupa Birliği düzeyinde kötü olan karnesi de düzelmiş olacaktır.

Çalıştırma yasaklarının işverene yönelik olarak düzenlenmesinin bir diğer sonucu, yaptırımlar bakımından gündeme gelecektir. Çalıştırma yasaklarına aykırılık halinde ortaya üç türlü yaptırım ortaya çıkacaktır ki bunlar hukuki yaptırım, cezai yaptırım ve idari yaptırımlardır. Çalışmamızda bu hususları detaylı bir biçimde incelemiş bulunmaktayız.

& BİRİNCİ BÖLÜM &

KADIN İŞÇİLERİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Sanayinin gittikçe gelişmesiyle işçilerin korunması prensibi, bilhassa kadın işçilerin korunmasına matuf olarak birtakım eşitlik ve ayrımcılık karşıtı hareketler gündeme gelmiştir. Böylece kadının çalışma hayatı sınırlarını aşmış ve kadın da bu sistemde önemli bir aşama kaydetmiştir. Özellikle biyolojik yapının farklılık arz etmesi nedeniyle kanun koyucu, kadınlar yararına birtakım düzenlemeler tesis etmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı olumlu, yani kadına bazı haklar bahsetme şeklinde ortaya çıkarken, bir kısmı ise olumsuz olarak, yani kadının korunması amacıyla getirilen yasaklar biçiminde kendini göstermektedir.

Her şeyden önce, bu hareketlere öncülük eden “eşitlik” düşüncesine açıklık getirmek gerekir. Eşitlik kavramı; birden fazla şeyin aynı durumda olması, kanunlar bakımından gerek fiziken ve gerekse manevi yönden ne kadar farklı olursa olsun toplumsal ve siyasi açıdan farklılık gözetilmemesi durumlarıdır.¹

Eşitlik kavramı, insan haklarının temelini oluşturmaktadır. Herkese eşit muamele edilmesini ve saygı gösterilmesini gerektiren eşitlik kavramının otoriteye karşı güvence altına alınması, “özgürlük” kavramında olduğu gibi kanunlarla mümkün olabilir. İnsan hakları açısından birey, insan olmak bakımından başkalarıyla eşit değere sahiptir. Bu değer de bireyin kişisel özelliklerinden ayrı olarak vardır. Ancak unutulmaması gereken bir husus ise eşitliğin “herkesin kişiliğine saygı gösterilmesi” değil, herkesin “insan onuruna eşit saygı göstermesidir”. Bundan dolayıdır ki, bazı kişilerin özel birtakım yeteneklerinin bulunması onlara herkesten farklı muamele edilmesinin meşru gerekçesi olamaz. “İnsan onuru”, herkeste eşit derecede olduğundan, herkes eşit derecede saygıyı hak eder.²

Eşitlik kavramıyla objektif biçimde ve sosyal anlamda ayırım yapılarak şekli bir eşitleme yerine diferansiyel bir adalet amaç edinilmelidir. Diğer bir deyişle eşitlik ile benzer durumda bulunan herkese aynı şekilde davranılması anlaşılmalıdır (Herkese kendisinininki). Sosyal düzenlemelerin nasıl bir seyir izleyeceği ve adaleti tecelli ettirme noktasında görev, kanun koyucuya düşmektedir. Kanun koyucu, bunu keyfi olarak uygulamamalı ve sosyal

¹ www.tdk.gov.tr (e.t.: 23.03.2019).

² BOZKURT, Enver / KANAT, Selim / BEKTAŞ, Sezercan: “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku”, Legem Yayıncılık, Üçüncü Bası, 2018, Ankara, s. 10.

devlet ilkesi nazara alınarak objektif kriterler çerçevesinde belirleme yapılmalı, sosyal eşitlik ilkesine değer verilmelidir.³ Aksi takdirde eşitliğin eşitsizler arasında uygulanmasının bizzat kendisi eşitsizliğin başlıca nedeni olacaktır.

II. KADIN İŞÇİ İSTİHDAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Kadına kamusal yaşamda geçmişten günümüze kadar yer verilmemiş ve kendini ifade edebilmesine de izin verilmemiştir. Sadece ev işlerini idare etmekle sınırlı olarak yaşama hakkı tanınan kadınlar yerleşik değer yargılarının etkisi ile ekonomik alanda varlık gösterememiş ve siyasal alanda da yeterli katılımı sağlayamamıştır.⁴ Her dönemin kendine özgü dinamikleri kadınların sosyal, ekonomik ve siyasal düzeydeki yerine etki etmiştir.⁵

Toplumda kadınlara ev işleri ile ilgilenmeleri, aile üyelerinin bakımının üstlenilmesi görevi verildiğinden çalışma yaşamında geri planda bırakılmış ve tarihte kadınların çalışma hayatına atılmaları da gecikmiştir.⁶ Kadınların ekonomik bir mecburiyet dolayısıyla çalışmalarına müsaade edilmiş ve kadınlar esnek çalışma yöntemleri ile daha düşük ücretle çalışma yaparak çalışma hayatına girmeye başlamışlardır.⁷

Kapitalist sistemin yaygınlaşmasıyla birlikte, kadın istihdamı da etkilenmiş ve gelişmekte olan ülkelerde hızlı bir sosyal dönüşüm meydana gelmiştir. Kadınların çalışma hayatındaki yerleri ülkenin makro ekonomik kalkınma düzeyi ile ilgili olmuştur. Ayrıca kadın istihdamını bedeni gücün önem taşıyıp taşıyamaması, emek piyasalarının kadınlara yönelik talebi ile cinsiyete dayalı bakış açısı etkilemiştir. Bu bağlamda ihracata yönelik olarak çalışmalar kadın çalışanların artmasını da sağlamıştır.⁸

Kadınların günümüzdeki mevcut duruma gelmelerinin temelinde pek çok kadın hareketi, bildirge, direktif, sözleşme ve bunlar gibi sayısız düzenleme yatmaktadır. 1789 yılında Fransa'da ortaya çıkan devrimin “eşitlik, kardeşlik, özgürlük” ilkeleri, cinsiyet fark

³ GÖREN, Zafer: “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayınları, dördüncü bası, 2019, Ankara, s.156.

⁴ İSPİR, Zeynep: “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2016, “<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398545>”, e.t.: 15.04.2019, s. 174.

⁵ AKKAYA KİA, Rukiye: “Atina'daki Demokrasiden Orta Çağ'a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 7.

⁶ AYTAŞ, Cansu: “4857 Sayılı İş Kanunu ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Eşitlik Kavramı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 32, 2017/2, erişim adresi: <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1846/M00967.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 11.04.2019, s. 206; DURMAZ, s. 48 vd.; YORGUN, s. 170.

⁷ TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek: “Uluslararası düzenlemeler çerçevesinde Türk iş mevzuatında kadın işçinin korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.0, S. 40, 2014, erişim adresi: <https://trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TVRZME9UQTJOZz09>, erişim tarihi: 05.04.2019, s. 30.

⁸ DEDEOĞLU, Saniye: “Toplumsal cinsiyet rolleri açısından Türkiye’de aile ve kadın emeği”, Toplum ve Bilim Dergisi, S. 86, Güz 2000, s. 140; BRENNER, Johanna: “Sınıf Siyaseti ve Kadın”, Kalkedon Yayınları, birinci bası, 2012, İstanbul, s. 12-13.

etmeksizin birçok vatandaşı sokaklara dökmüş, onları eylem ve barikatlarda bir araya getirmişti. Tüm bu olayların nihayetinde, eşitliğin zengin veya yoksul, kadın veya erkek, tüm insanlar için geçerli olması amacıyla dünya çapında işçi hareketleri meydana gelecekti. Ancak kadınların sırf doğuştan gelen haklarını kullanabilmeleri için tutuklanmayı, sürgün edilmeyi ve hatta haksız yere öldürülmeyi göze almaları ve mücadele etmeleri gerekmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda son dönemlerde kadınlara çalışma yaşamında küçümsenemeyecek derecede yer verilmiştir. Bunun yanında Batı ülkelerinde kadınlara yönelik alınan sosyal politika tedbirleri mevcut iken, İmparatorluk'ta koruyucu tedbirlerin bulunmadığı görülmektedir. Zira Osmanlı İmparatorluğu'nda sosyal politika önlemleri de mevcut değildi. Bu durum, aynı şekilde Cumhuriyetin ilk yıllarında kadınlar bakımından devam etmiştir.⁹ Sanayi devrimi öncesinde kadınlar, üretim alanında aktif rol oynamakta ve toplum nazarında önemli bir konumda bulunmaktalardı. Ancak hayvancılık ve ekim işlerinin birleşmesi ile toplum içerisindeki değerleri, olumsuz olarak etkilenmiştir. Nihayet Sanayi devrimi ile kadınlar işçi olarak çalışma hayatına katılabilmişlerdir.¹⁰ Kadınları kamusal alana taşıyan reformlar ve Cumhuriyetin kurulması sırasında kadınların uzman mesleklere yönelik gösterileri, kadınların kurtuluş hareketinin bir parçası olarak kabul edildi.¹¹

Türk kadınları, "Tıbbiye Mektebi" çatısı altında alınan ebelik eğitimi ile çalışma yaşamında yer bulmuşlardır.¹² Bunun yanında artarak sosyal hayata atılan kadınlar, çalışma hayatına da ücretli işçi olarak ilk defa 1897 yılında girmiştir. Kadınların kamu görevlisi olarak çalışmaları ise ancak 1903 yılında mümkün hale gelmiştir. Kadın işçileri koruyucu önlemlerin Cumhuriyet döneminde konulmaya başlandığı görülmektedir. Koruyucu hükümler içerisinde 3008 Sayılı İş Kanunu¹³, kapsam bakımından geniş ve sistematik bir niteliğe sahiptir. İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle kadınların çalışma hayatına ilişkin olarak düzenlemeler getirilmesine rağmen, önlemlerin hayata geçirilmesi İkinci Dünya Savaşı döneminde yaşanan güçlükler nedeniyle zorlaşmış, 1940 tarihli Milli Korunma Kanunu madde 19 uyarınca da kadınları koruyucu düzenlemeler askıya alınmıştır.¹⁴

⁹ MAKAL, Ahmet: "Türkiye'de Erken Cumhuriyet Döneminde Kadın Emeği", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, 2010, s. 21.

¹⁰ DENİZ, Ahmet / KULOĞLU, Derya: "Ekonomi Tarihinde Avrupa ve Türkiye'de Kadın Çalışanların Ekonomideki Evrimsel Süreci", AVRASYA Uluslararası Araştırmalar Dergisi C. 7, S. 16, 2019, s. 345-346.

¹¹ KARDAM, Filiz / TOKSÖZ, Gülay: "Gender Based Discrimination At Work In Turkey: Across-Sectoral Overview", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2016, s. 159, dn. 3.

¹² SOYSAL, s. 5.

¹³ RG. Tarih: 15.06.1936, Sayı: 3330.

¹⁴ AYDIN, Mehmet Korkut, "Milli Korunma Kanununun Hayata Geçirilişi (1940) ve Tek Parti Dönemi Uygulamaları", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 29, S. 1, Ocak 2019, s. 417.

Kadınlara yönelik olarak 4772 sayılı “İş Kazalariyle Meslek Hastalıkları ve Analık Sigortaları Kanunu”¹⁵ uyarınca analık sigortası hükümleri öngörülmüştür. 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu¹⁶ ile emeklilik hükümlerinden faydalanabilmek için kadın erkek ayrımı öngörülmemiştir¹⁷. Kadın ve erkek işçiler arasındaki ücret farklılığını yasaklayan 6 Haziran 1951 tarihli 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi 15 yıl gibi geç bir tarihte ülkemiz tarafından 810 sayılı Kanun¹⁸ ile onaylanmıştır.¹⁹

Devletin resmi raporlarında kadınların olumsuz çalışma koşullarında bulunduğu ifade edilmesine karşılık gerekli iş denetimlerinin yapılmaması nedeniyle koşulların düzeltilmesi yönünde bir adım atılamamıştır. Bahsi geçen denetimlerin yapılamaması koruyucu hükümlerin faaliyete geçirilmesini de engellemiş, bununla beraber çıkartılması gerekli tüzük ve yönetmeliklerin gecikmesi de bu doğrultuda yeni tedbirlerin alınmasını imkânsız hale getirmiştir. Bu koşulların varlığına rağmen cumhuriyetin erken döneminde kadın işçi istihdamı da artmış ve çeşitlilik arz etmiştir, buna karşılık bu dönem kadınların olumsuz çalışma koşullarını haiz olduğu da bilinmektedir.²⁰

Cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve kadınlara erkekler ile aynı statüde haklar verilmesi konusunda İstanbul’da 39 ülkeden kadın temsilcilerin katılımıyla Yıldız Sarayı’nda yapılan Uluslararası Kadınlar Birliği Kongresi’nin cumhuriyet tarihimizde kadına verilen önemin görülmesinde değeri yadsınamaz.²¹ Gerçekten sözü geçen kongrede kadınların

¹⁵ RG. Tarih: 07.07.1945, Sayı: 6051.

¹⁶ RG.Tarih: 08.06.1949, Sayı: 7227; “5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu’na göre ihtiyarlık aylığından faydalanabilmek için 60 yaşını doldurmuş, 3008 sayılı Kanunun uygulandığı işyerlerinde en az işçi veya hizmetli olarak çalışmış, ilk işe girdiği tarihten yaşlılık aylığı talebinde bulunduğu zamana kadar en az her yıl ortalama 200 gün yaşlılık sigortası primi ödemiş ve aylıktan faydalanma talebine karşılık gelen son üç yıl içinde en az 200 gün prim ödemiş olmak gerekmektedir” (m. 5).

¹⁷ “Ülkemizde yaşlılık sigortasına ilişkin yasal düzenlemeler genel anlamda 1950 tarihinde yürürlüğe giren 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu ile başlamış, ihtiyaçların göz önüne alınması sonucu yasal düzenlemelerle yaşlılara birtakım koruyucu hükümler getirilmiştir. Günümüzde uygulanmakta olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile de bu süreç devam etmiştir. İfade edilen kanunlarla yaşlıların çalışma hayatından çekilmeleri sonucu ekonomik kayıplarını giderme amacı güdülmüştür.” (KAYIRGAN, Hasan.; “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 1-2).

¹⁸ RG. Tarih: 22.12.1966, Sayı: 12484.

¹⁹ TUNCAY, A. Can: “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, Fakülteler Matbaası, 1982, İstanbul, s. 18-19; <http://kadem.org.tr/kadinlara-yonelik-yasal-duzenlemeler/>; MAKAL, s. 36; İREN, Ertan: “Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu”, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2008,s. 139.

²⁰ MAKAL, s. 36.

²¹ “Ayrıca o dönemde ülkemizde kadınlara seçme-seçilme hakkının tanınması, Kongre’de kendilerine henüz seçme ve seçilme hakkı tanınmamış birçok batılı kadın delege tarafından övgü ile karşılanmıştı” (ULUCAN, Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, DEÜHFD., Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan I, C. 15, Özel sayı, 2014, İzmir, s. 370). Ayrıca bkz. DÜNDAR, Pınar Burcu: “Türk Kadınının Seçme ve Seçilme Hakkı”, “Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama”, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 129. Ayrıca bkz. SOYSAL, s. 5.

çalışmasına engel teşkil edecek unsurların önlenmesi ve cinsiyet ayrımcılığının önlenerek ücrette eşitliğin sağlanması²²; kadınlara erkeklere tanınan yükselme imkânlarının sağlanması istenmiştir. Ülkemizde ve uluslararası alanda kabul görmüş ve kongrede kabul edilmiş bu ilkeler hala tartışmalı olup hayata geçirilememiştir.²³

Bu doğrultuda “75/117 sayılı Kadın ve Erkekler için Ücret Eşitliği Yönergesi” de kabul edilmiş ve ücrette eşitlik ve cinsiyete dayalı²⁴ olarak ücret ödenmesini yasaklamaktadır.²⁵

Toplumsal cinsiyet politikaları açısından bakıldığında, Avrupa Birliği mevzuatının eşitliği sağlamaya ilişkin önlemlerini içeren kadın politikalarından, işte ve evde toplumsal olarak inşa edilmiş eşitsizliklerle mücadele edilmesini amaçlayan toplumsal cinsiyet politikalarına doğru kavramsal bir dönüşümü doğruladığı görülür. 1957 tarihli Roma Antlaşması’nda yer alan cinsiyet yönünden eşit ücret ilkesinden, Avrupa Topluluklarını kuran 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması’nda kadınların eşit fırsatlara sahip olmasını ve eşitsizliklerin giderilmesini öngören toplumsal cinsiyete ana akım yaklaşımına doğru bir gelişme seyri izler.²⁶ Avrupa Birliği’nin sosyal haklar teorisi, kurucu antlaşmalarda belirtilen ve Avrupa Adalet Divanı’nın yorumlarıyla dolaylı olarak dâhil edilen haklara dayanır.²⁷

Bu süreci müteakip, dünya genelinde yapılan araştırmalara göre 1967 ila 2000 yılları arasında çalışan kadınların oranının % 18 arttığı, erkek oranının ise % 5 düştüğü görülmüştür. Kadınların işgücüne ağırlıklı olarak katılımı, 1970’li yılların başında gerçekleşmiştir. Bu tarihten itibaren kadınların istihdamının gelişmesi ilgi odağı olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre 1975 yılında kadınlar tüm çalışan sayısına oranla üçte bir kısmı

²² PLAYER, A. Mac: “Employment Discrimination Law”, West Publishing Co., ikinci bası, 1988, St. Paul/Amerika, s. 120; PADHI, Pramod Kumar: “Labour And Industrial Laws”, PHI Publishing, 2008, New Delhi, s. 10-11; AYTAŞ, s. 202; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 18; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Eşit veya Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19, S. 3, Ankara, 1998, s. 57; s. 61; s. 70 vd.; BRENNER, s. 114.

²³ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 370-371.

²⁴ “Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Eşit Ücret İlkesinin Uygulanmasına Yönelik Üye Devlet Mevzuatının Uyumlaştırılmasına İlişkin 75/117/CEE sayılı Konsey Direktifi”. Ayrıca bkz. HASSELBALCH, Ole: “Labour Law in Denmark”, second revised edition, DJOF Publishing, 2010, Kobenhavn/Denmark, s. 147.

²⁵ AYDINÖZ, Gonca: “Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423874051.pdf>, s. 166; KAYA, Pir Ali, KAYA, Pir Ali: “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi”, Dora Yayınları, ikinci bası, Bursa, 2009, s. 65; İREN, s. 143. Ayrıca konu yargıya taşındığında talep edilecek olan emsal ücret araştırmalarına ilişkin dilekçe örnekleri için bkz. KAL DEMİRÇİ, Paluri Arzu: “Dilekçe Örnekleri-Yaşanmış Örneklerle Dayanaklı ve İçtihat Örnekli”, Legal Yayınevi, birinci bası, 2013, İstanbul, s. 534-535.

²⁶ KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül: “İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması”, Legal Yayıncılık, birinci bası, 2013, İstanbul, s. 44-45.

²⁷ KÖKKİLİNÇ, s. 45.

oluşturmaktadır. 80'li yıllarda ise insan hakları bağlamında uluslararası alanda kadının statüsü sorgulanmaya başlanmış ve diğer taraftan insan hakları hukukunda da kadın ile ilgili çalışmalar yadsınamaz bir şekilde artmıştır.²⁸ Bu bağlamda iç hukuktaki özel/kamusal ayrımı²⁹, kadının kamuda yer alamaması, kadınların statüsünün insan hakları incelendiğinde dikkate alınmaması da etki eden faktörlerdendir. 1975 yılındaki üçte birlik oran 1985 yılına gelindiğinde yarıya ulaşmıştır.³⁰ Bu dönemde bir diğer gelişme, Medeni Kanunu'muzda kadının ancak eşin izni ile çalışabileceğini hükme bağlayan 159. madde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesidir. İptale gerekçe olarak eşitlik ilkesine aykırı olması gösterilmiştir.³¹ Bu hüküm, her ne kadar konumuzu ilgilendirmiyor gibi gözükse de, ileride bahsedeceğimiz üzere iş hayatına ilişkin çoğu düzenlemeye esas teşkil etmiştir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda eşitlik ve ayrımcılığın genel yasal çerçevesi 1990'ların başlarından itibaren antlaşmalarda yapılan değişikliklerle oluşturulmuştur. Uluslararası hukuk ilkelerini Avrupa Birliği hukuk düzenine dahil etme stratejisi, Amsterdam Antlaşması ile getirilen yeniliklerin sonucudur. Özellikle sosyal haklarla ilgili olarak, bu strateji, uluslararası kaynakların Avrupa hukuk geleneklerine uyarlanması düşüncesini doğurmuştur.³²

Avrupa ülkelerine gelecek olursak; yine kadınlar, erkeklere göre daha az oranda ekonomik hayata katılmışlardır. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde 1987 yılında yapılan bir araştırmada toplam işgücünün % 39.3'ünü kadın işçiler oluşturmaktadır. 1995 yılında bu oran % 41'e yükselmiştir. Bu araştırmada, Avrupa Birliği ülkelerinde kadınların ekonomik hayata katılımının, eğitim seviyelerinin yükselmesi ile bağlantılı olarak arttığı saptanmıştır. Kadınların aile sorumlulukları, çocuklarının sayısı ve yaşlarının ekonomik hayata katılımı büyük ölçüde etkilediği tespit edilmiştir.³³

²⁸ “Bunun sebeplerinden birinin de, 1983 yılında Türkiye'nin Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesini (CEDAW) imzalaması ve sözleşmenin ertesi yıl yürürlüğe girmesinin olabileceğini söyleyebiliriz. Zira 5 Yıllık Kalkınma Planı'nda kadınlar konusu ilk kez ayrı bir başlık olarak yer almış ve bu konuda politikalar belirlenmiştir.”

²⁹ TÜZÜNTÜRK, Selim / GÜLEÇ Melda Medine: “Determining The Differences Of Driving Anger Expressions According To Gender: The Case Of Y Generation In Bursa”, “The Most Recent Studies In Science And Art”, Gece Yayınevi, birinci bası, V. 1, 2018, Ankara, s. 2.

³⁰ ALPKAYA, Gökçen: “Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler”, Ankara Üniversitesi SBE Dergisi, 1992, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/36583>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 11-12; DEDEOĞLU, Toplumsal cinsiyet rolleri, s. 139; ONARAN YÜKSEL, Melek: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2000, s. 7 ; <http://kadem.org.tr/kadinlara-yonelik-yasal-duzenlemeler/>

³¹ “İptal kararı, 2 Temmuz 1992 tarih ve 21272 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır” (T. 29.11.1990, S:1990/31).

³² KÖKKİLİNÇ, s. 45.

³³ ONARAN YÜKSEL, s. 9.

III. KADIN İŞÇİNİN KORUNMASI DÜŞÜNÇESİNİN TEMELİNDE YATAN SEBEPLER

Kadının aile ve toplum içerisindeki düzenleyici rolü kadın işçilerin çalışma hayatında korunma ihtiyacını vazgeçilmez kılmaktadır.³⁴ Diğer taraftan kadının çalışma hayatına katılımının artırılması, hem cinsiyet eşitliğine hizmet edecek hem de diğer AB ve OECD ülkelerine nazaran geride olan ülkemizde şartların olumlu yönde gelişmesine katkı sağlayacaktır.³⁵

Yasal düzenlemeler doğrultusunda kadınların iş hayatına katılımlarının sağlanması ve kendilerine koruma sağlanması önem arz etmektedir. Buna karşın salt düzenlemelerle bu durumun gerçekleştirilmesi de mümkün değildir. Gerçekten toplumda kadınların asıl işinin aile içinde hizmet etmek olduğu, salt çocuklara bakma ve evin iâşesini yerine getirme gibi işlerle uğraşması gerektiği inancı³⁶ ve bunun sonucu olarak eğitim konusunda da erkekler bakımından ayrımcılık yapılması hayatta kadınların erkeklere nazaran geride kalmalarına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle yasal düzenlemelerin yanında kadına yönelik bu düşünceyi değiştirecek projelerin yürütülmesi şarttır. AB’nde uygulanagelen “fırsat eşitliğini ana politikalara ve faaliyetlere dahil etme” politikası ülkemizde de hayata geçirilmelidir.³⁷

IV. KADININ KORUNMASINA YÖNELİK OLARAK GETİRİLEN DÜZENLEMELER

A. ULUSLARARASI MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

1. Genel Olarak

Uluslararası ilişkilerin konsepti, devletler arasındaki ilişkilerle bağlantılıdır.³⁸ Bu uluslararası hukuk sùjeleri ise, eylem ve işlemlerini birtakım organizasyonlar vasıtasıyla yürütmekte ve yine bu organlar aracılığıyla teknolojik gelişmelere paralel olarak çalışmalar

³⁴ SOYSAL, s. 7.

³⁵ GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem: “Koruma mı Dışlama mı?: Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.54, C.3, 2017, erişim adresi: <http://www.calismatoplum.org/sayi54/balci.pdf>, erişim tarihi: 04.04.2019, s. 1266.

³⁶ “Kadınların anne ve eş olarak kabulü üzerine kurulu refah devleti yapısı son yıllarda uygulamaya konan cinsiyet eşitliği politikalarından çok fazla etkilenmemiştir. Ve var olan refah devletinin temel taşıyıcısı olan aile kurumunun devamlılığı kadınların omuzlarına yüklenmiş durumdadır. İşte bu yükten dolayıdır ki, Türkiye’de kadınlar işgücü piyasasında bir varlık gösteremedikleri gibi var olan bu yapı onları çalışan olarak teşvik etmekten çok uzaktır.” (DEDEOĞLU, Saniye: “Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet ve Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/2, s. 53)

³⁷ PARLAK BÖRÜ, Şafak: “Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu”, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 60-62 ; BOLCAN, Aybike Elif: “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 24, 2010/1, “<http://calismatoplum.org/sayi24/bolcan.pdf>”, e.t.: 15.04.2019, s. 273.

³⁸ GÜVEN, Kudret: “General Principles of Turkish Law”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 167.

yapmaktadırlar. Hukukumuzda gerek çalışma hayatında kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına gerekse kadının korunmasına müteallik olarak yapılan çalışmaların temelini uluslararası düzenlemeler oluşturmaktadır. İşte, “eşitlik” merkezinden hareketle yapılan bu çalışmalar ve düzenlemeler ışığında uluslararası hukuk ve sayısız iç hukuk düzenlerine katkıları bulunan uluslararası organizasyonlardan birisi de Birleşmiş Milletler Örgütü’dür. Uluslararası Antlaşma ve Yönergeler dikkate alındığında örnek verecek olursak, İş Kanunu’muzda “eşit davranma ilkesi-iş yerinde cinsel tacizin iş akdinin feshinde haklı neden sayılması- doğum izni” kurallarıyla, AB’nin asli ve tali düzenlemelerine önemli oranda uyum sağlanmıştır. Ancak düzenlemeler uyarınca eşitliğin kadın işçiler bakımından mutlak olarak hayata geçirilemediği de bilinmektedir.³⁹

Uluslararası hukuk ve iç hukukumuzda, cinsel taciz bir “ayrımcılık” olarak kabul edilmektedir. 2000/43 ve 2000/78 sayılı direktiflerde olduğu gibi, 2006/54 sayılı Direktif de cinsel tacizi, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ve ayrıca cinsiyete dayalı ayrımcılığın bir türü olarak düzenlemiştir.⁴⁰ 2006/54/EC Sayılı (Yeniden Düzenleme) Yönergesi’nin 2/1 (a) uyarınca cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık, “*bir kişinin cinsiyetinden ötürü karşılaştırılabilir durumdaki bir başka kişinin gördüğü, görmekte olduğu veya görebileceği muameleden daha az lehte muamele görmesidir*”. Görüldüğü üzere AB mevzuatı, yalnızca geçmişte gerçekleşmiş veya devam etmekte olan ayrımcılık biçimlerini değil, gerçekleşme riski taşıyan ayrımcı davranışları da yasaklamaktadır.⁴¹

2. Düzenlemeler

a. Eşitliğin Sağlanmasına Yönelik Olarak Getirilen Düzenlemeler

Genel olarak baktığımızda, AB düzenlemeleri üye devletleri eşitliğin gerçekleştirilmesinin yanında gerekli olduğunda önlemlerin hayata geçirilmesi konusunda sorumlu tutmaktadır. Bunun yanında işverenlerin de eşitliği sağlama yönünde yükümlülükleri mevcuttur.⁴² Kaldı ki, 1982 tarihli Anayasa’mızın 90. maddesi ile uluslararası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü kabul edildiğinden, devletimiz eşitliğin sağlanıp sağlanmadığını denetleme yükümlülüğü altındadır.

BM bünyesinde yaşanan bu süre, taraf devletleri teşvik ettiği kadar, kadın hareketinin de dünya çapında örgütlenmesini sağlayarak, saptanan küresel devletler ile kadın hareketi

³⁹ MOROĞLU, Nazan: “Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 4, Aralık 2006, s. 12.

⁴⁰ MANAV ÖZDEMİR, Direktifler, s. 751.

⁴¹ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 41.

⁴² ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 379-380.

arasında oluşan bu yeni ilişki kadın-erkek eşitliğini sağlamada küresel ve yerel düzeyde önemli bir alandır.⁴³

“İnsan hakları” kavramı ve bu hakların kullanılması, kişi özgürlüğünün bir ifadesidir. Bu çerçevede bireye tanınan haklar ve bu konudaki eşitlik ile bireyin haklardan yararlanma özgürlüğü birbirini tamamlayarak insan haklarının temelini oluştururlar. Yani pek çok düşünürün göre, farklı anlatım tarzları ile ifade edilmiş olsa da, insan haklarının temelinde özgürlük ve eşitlik yatmaktadır.⁴⁴ Bunu sağlamaya yönelik olarak II. Dünya Savaşı’nın açığa çıkardığı “insan hakları” kavramının öne çıkmasıyla, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁴⁵,’nde çalışma hayatında eşitliği tesis etmeye ve aynı zamanda ayrımcılığı önlemeye yönelik olarak devrim niteliğinde bir düzenlemeye gidilmiştir.⁴⁶ Bahsi geçen Evrensel Beyannamenin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak ülkemizde ve uluslararası mecrada yasal düzenlemelerin hazırlanmasına katkı sağlamıştır.⁴⁷

Yine, Ekonomik Kültürel, Sosyal Haklar Sözleşmesi⁴⁸, Birleşmiş Milletler çekirdek insan hakları sözleşmelerinden kronolojik anlamda üçüncüsüdür. Buna göre ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak İHEB’de öngörülen hak ve özgürlükler, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmekte olup, “ikiz sözleşmeler” olarak nitelenen sözleşmelerden birisidir. Tıpkı ikizi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İHEB’ye bir haklar kataloğu kazandırmak bakımından hayata geçirilmiştir.⁴⁹ Sözleşme’nin ilk maddesine göre: “*Bütün halklar, kendi kaderlerini tayin etme hakkına sahiptirler. Bu hak gereğince halklar, kendi siyasal statülerini özgürce kararlaştırırlar ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sağlarlar*”. Yine, 3. maddesinde Sözleşme’nin kadın erkek eşitliğine vurgu yaptığı görülmektedir. Şöyle ki: “*Bu Sözleşme’ye taraf devletler, bu Sözleşme’de belirtilen bütün ekonomik, sosyal ve kültürel*

⁴³ HUSEYNOVA, Taira: “*Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadın İstihdamı ve Rusya’da Kadınların Çalışma Koşulları*”, DEÜ SBE Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD Doktora Tezi, İzmir, 2015, s. 44.

⁴⁴ BOZKURT / KANAT / BEKTAŞ, s. 8.

⁴⁵ Bu bildirme 10.12.1948 tarihinde “BM Genel Kurulu’nca” kabul edilmiştir. “06.04.1949 tarihinde” de ülkemiz tarafından onaylanmıştır. Bu Bildirme’ye göre: “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar... Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirme ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır... Herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır*”.

⁴⁶ “http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf”

⁴⁷ SENYEN KAPLAN, “*İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı*”, s. 227.

⁴⁸ “Bahsi geçen sözleşme 1966’da kabul edilerek 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz tarafından da 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanıp 4 Haziran 2003 tarihinde üç beyan ve bir çekinceyle onaylanmıştır.”

⁴⁹ BOZKURT /KANAT/BEKTAŞ, s. 74.

hakları kullanmada kadınlarla erkeklere eşit hak sağlamakla yükümlüdürler”. Bunu takiben 6. maddede de taraf devletlerin, herkese özgürce belirlediği veya rıza gösterdiği bir işte çalışma hakkını tanıdıklarını ve bunun korunması için gereken tedbirlerin alınacağı⁵⁰ hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 7. maddede, taraf devletler adil ve elverişli çalışma ortamını sağlamakla yükümlü tutulmuş olup bu doğrultuda korunması gereken haklar tek tek sayılmıştır.⁵¹ Buna göre, bütün işçilere emeklerine karşılık, asgari olarak belli başlı haklar, güvenceler ve imkânların verilmesi zorunludur.⁵²

Bir diğer düzenleme olan 2 Haziran 1982 tarihinde ILO⁵³ tarafından kabul edilen “Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesine İlişkin Sözleşme” de eşitlik ilkesi bağlamında en önem arz eden hükümleri, kadınlara cinsiyet ayrımcılığı yapılarak sözleşmelerinin feshedilmesini yasaklamıştır.⁵⁴

Aynı husustaki “119 sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Tavsiye Kararı”, işçinin cinsiyetinin fesih için geçerli neden teşkil etmeyeceğini, iş sözleşmesinin geçerli bir nedenle sona erdirilmek istendiği hallerde kullanılacak kriterlerin işletmenin ve işçinin çıkarlarını gözeten ve objektif nitelikte olması gerektiğini öngörmüştür.⁵⁵

Sosyal konulara ilişkin en geniş kapsamlı belgelerden ikisi, Avrupa Sosyal Şartı ve üzerinde değişiklik yapılmış hali olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartıdır (ASS)⁵⁶. Bir kez daha eşitliğe vurgu yapan bu Sözleşmeler’de çalışan kadınların feshe karşı korunmalarını

⁵⁰ Sözleşmeye taraf devlet herkese bu hakları tanımak zorundadır. Ancak aynı sözleşme uyarınca devletlere “kendi imkanları ölçüsünde” ve “zaman içerisinde” sözleşmede öngörülen hakları sağlama yükümlülüğü tanınmıştır. Yani sözleşme, buradan anlaşılacağı üzere devletlere, bireyler açısından doğrudan doğruya kullanılabilir olan hukuki yükümlülükler yüklememektedir. Bu durum, Sözleşme’nin “yön gösterici” karakterini ortaya koymaktadır (BOZKURT/KANAT/BEKTAŞ, s. 75-76).

⁵¹ “Ayrıca Avrupa Konseyi’nin sosyal güvenlik alanında kadın-erkek eşitliği konusundaki başlıca direktifleri 79/7/EEC sayılı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku alanında kadınlara ve erkeklere eşit muamele prensibinin kademeli olarak yürürlüğe sokulması hakkındaki direktif; 86/378/EEC sayılı mesleki sosyal güvenlik programlarında kadınlara ve erkeklere eşit muamele prensibinin yürürlüğe konulması hakkındaki direktif ve tarım da dahil kendi hesabına çalışan kadınlara ve erkeklere eşit muamele prensibinin uygulanması ve kendi hesabına çalışan kadınların hamilelik ve analık dönemlerinde korunması hakkındaki 86/613/EEC sayılı direktiflerdir.” (BOLCAN, s. 270-272).

⁵²Bkz: “https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyal_Kulturel_Haklar_Sozlesmesi.pdf”

⁵³ “Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation)” çalışma hayatına ilişkin eşitliğin sağlanması ve çalışma şartlarının iyileştirilmesine yönelik organizasyonlar ve çalışmalar yapan, oldukça önemli bir uluslararası örgüttür.

⁵⁴ YUVALI, Ertüğürl: “4857 sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, TBB Dergisi, C.106, S.1270, 2013, e.t.: 01.04.2019, “<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1270>”, s. 20 vd.

⁵⁵ YUVALI, makale, s. 20-21.

⁵⁶ HÜSEYNOVA, s. 48

düzenlemiş ve kadınların analık ve diğer hallerde özel korunma gereksinimi altında olduklarını vurgulamıştır.⁵⁷

b. Cinsiyet Ayrımcılığını Önlemeye Yönelik Olarak Getirilen Düzenlemeler

Cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik olarak getirilen uluslararası düzenlemelerden biri olan 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi'nde⁵⁸ "Tüm" insanların kayıtsız ve şartsız olarak birbirine eşit olduğunu vurgulamaktadır. Bu Bildirge'de⁵⁹ dikkat edilmesi gereken nokta, o tarihlerde köleliğin yasal olması ve bildiri yayınlandıktan ancak 89 yıl sonra yasaklanmış olmasıdır. Dolayısıyla bu zaman aralığı boyunca Bildirge'nin yasalarla çelişkili olduğunu ve tam anlamıyla uygulanmasının mümkün olmadığını söyleyebiliriz.

Bir diğer önem arz eden düzenleme ise "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" ("Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women"- CEDAW), insan haklarının korunmasına dair Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan çekirdek insan hakları enstrümanları kataloğunun kronolojik anlamda dördüncü sözleşmesidir. Ulusal hukuklarda olduğu gibi, uluslararası hukukta da kadınlar bakımından cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasaklanması kabul edilmiş bulunmaktadır. "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" (3 Eylül 1981)⁶⁰ ile ayrımcılığın tamamen yasaklanması amaçlanmıştır.⁶¹

CEDAW, esas itibariyle kuramsal açıdan olması gerekeni vurgulamanın yanında kadına yönelik ayrımcılığın yoğun bir şekilde uygulandığını da açıkça göstermektedir. Bu şekilde de yapılan bu ayrıma son verilmesini somut bir şekilde talep etmektedir. Diğer bir ifadeyle Sözleşme, eşitliğin soyut olarak anlatılmasını değil aksine somut biçimde ayrımcılığı temel konu olarak belirlemiştir. Bahsettiğimiz hususlarda gerekli kanuni düzenlemeler getirme yükümlülüğü altına sokulan devletler, şiddeti ayrımcılıkla ilişkilendirerek bunların

⁵⁷ Türkiye tarafından 6 Ekim 2004 tarihinde imzalanmıştır.

⁵⁸ 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi, "<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>", e.t.: 15.06.2019.

⁵⁹ Bildirge'de: "Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır" denilerek, ayrımcılığın her alanda önüne geçilmeye çalışılmıştır.

⁶⁰ Tam 189 Devletin taraf olduğu bu Sözleşme, ülkemizce Aralık 1985'te onaylanarak kabul edilmiştir.

⁶¹ BOZKURT/KANAT/BEKTAŞ, s. 77-78.

önüne geçme amacıyla konu teknik, kurumsal bir boyuta taşınmıştır.⁶² Sözleşme, sözü edilen bu ayrımcılığın toplumun gelişmesine zarar verecek mahiyette olduğunu vurgulamaktadır.⁶³

“Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”⁶⁴ de bir değişimin sonucu ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme, günümüzde kadınlar için insan hakları temel beyannamesi mahiyetindedir. Bahsi geçen sözleşmeye göre cinsiyet ayrımcılığı mutlak olarak yasaklanmış ve bu durumu önlemeye yönelik tedbir almakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca ihlal halinde başvurulması mümkün denetim mekanizmaları (Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Komite) oluşturulmuştur. Bunun yanında sözleşmenin hükümlerinin gerçek anlamda uygulanıp uygulanmadığının belirlenmesi amacıyla “Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda kabul edilerek 2000 yılında yürürlüğe giren sözleşmeye ek ihtiyari protokol” hazırlanmış ve komitenin bir denetleme işlevine sahip olması öngörülmüştür.⁶⁵

Sözleşme, kadın haklarına yönelik sıkıntıların tüm dünyaya duyurulmasında ve tartışma konusu edilmesine katkı sağlamıştır.⁶⁶ Esasen doğal hukuk anlayışına dayanan ve hiçbir surette zamanaşımına uğramayan insan hakları, sırf insan olması dolayısıyla bireylerde mevcut olduğundan devlet iktidarının veya yürürlükteki hukuk düzeninin bu hakları tanıyıp tanımamasının yahut saygı göstermemesinin herhangi bir önemi yoktur.⁶⁷ Ancak elbette ki bunun kullanımı için devletlerin mevzuatlarında ilgili yasal düzenlemeleri yapmaları zaruridir.

⁶²SEVAL, Hale Nur: “Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusunda Temel Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler”, “Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama”, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 109 vd.

⁶³ PARLAK BÖRÜ, s. 49-50.

⁶⁴ “Sözleşme, her şeyden önce “kadınlara karşı ayrımcılık” teriminin anlamını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre “kadınlara karşı ayrımcılık”, “siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.” (m.1) “Bu şekilde Sözleşme, ayrımcılığın ne olduğunu ortaya koymuş ve bu sözleşmenin amacının bu durumları ortadan kaldırmak olduğu belirtilmiştir. Yine bu Sözleşme’ye göre taraf devletler, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınayacak ve tüm uygun yollarla bu ayrımcılığın kaldırılması yolunda bir politika izlemeyi taahhüt ederler. Bu amaçla taraf devletler, eğer Anayasa’larında yer almıyorsa kadın ve erkek eşitliği ilkesine anayasalarında yer verilmesi üzere her türlü yasal, yargısal ve idari diğer tedbirleri almakla yükümlüdür” (m.2). Bundan başka taraf devletler, erkeğin kadından üstün olduğuna yönelik oluşan düşünceleri ve her türlü fiili durumu ortadan kaldırmak için mevcut davranış biçimlerini de değiştirmek durumundadır. (m. 5) (BOZKURT//KANAT/BEKTAŞ, s. 78-79).

⁶⁵ PARLAK BÖRÜ, s. 52-53.

⁶⁶ PARLAK BÖRÜ, s. 48

⁶⁷ TUNÇ, Hasan: “Türk Anayasa Hukuku”, Gazi Kitabevi, birinci bası, Ankara, 2018, s. 65.

CEDAW, toplum tarafından insanlara sunulan rollerden sıyrılmak, erkeğin egemenliğine dayalı inançların ve kadının medeni hali nedeniyle oluşan sıkıntıların giderilmesi amacıyla birtakım düzenlemeler yapmıştır.⁶⁸

Uluslararası düzenlemeler açısından ayrıca, 92/85 sayılı “İşyerinde Hamile, Emzikli ve Lohusa Olan Kadın İşçilerin Güvenliğinin İyileştirilmesi ve Sağlığının Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında” Direktif’in “fesih yasağı” başlıklı 10/1. maddesi ile üye ülkelerin kadınlara özgü biyolojik olgular olan analık veya hamilelik ile ilişkili olmayan ayrık durumlar dışında olmak şartıyla, Direktif’in ikinci maddesinde belirtilen işçilerin hamilelikten başlayarak ve analık izni süresince iş sözleşmelerinin feshini yasaklayan tedbirleri almaları gerektiği belirtilerek eşitlik ilkesinin uygulanması söz konusudur.⁶⁹

Çalışma yaşamında kadınların korunmasına ve gelişmesine yönelik olarak Lizbon Stratejisi cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi noktasında önemli bir konuma sahiptir. Gerçekten bahsi geçen Strateji’ye göre kadınların çalışma yaşamında en az %60 oranında bulunmaları amaçlar arasındadır. Bunun yanında cinsiyet farklılığına yönelik olarak yapılan ücret ödemelerine de vurgu yapılmıştır. Bu bağlamda herkesin eşit ücret alması ve cinsiyetçi basmakalıp düşüncelerin yok edilmesi gerekliliğini ortaya koymuştur.⁷⁰ Türkiye’de sanayileşmenin gerçek anlamda meydana gelememesi ve çalışma hayatına ilişkin yasal düzenlemelerin gecikmesi ile kadınları iş hayatında koruyucu düzenlemelerin yetersiz kalması, kadınların çalışma ile aile hayatını uyum içinde yaşamasını sağlayacak hukuki düzenlemelerin de gecikmesine neden olmuştur.⁷¹

Bir diğer düzenleme yine ILO’nun “100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret Sözleşmesi”⁷², parasal bakımdan da cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Söz konusu sözleşme, cinsiyete dayalı ücret ayırımının kaldırılmasını öngörmektedir. Bu açıdan çalışma hayatında cinsiyet eşitliğinin sağlanması açısından önemli bir konumdur. Bahsi geçen

⁶⁸ ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S. 1, 2004, erişim adresi: <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/1992/alp1.pdf?sequence=1>, erişim tarihi: 15.04.2019, AB Temel Sosyal Hakları, s. 36.

⁶⁹ HASSELBALCH, s. 147-148; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 114; KAYA, Pir Ali, s. 99.

⁷⁰ ARISOY, Alper / DEMİR, Nesrin: “Avrupa Birliği Sosyal Hukuku’nda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği”, Ege Akademik Bakış Dergisi, C. 7, S. 2, 2007/7, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/557119>, s. 722.

⁷¹ AYDIN, Ufuk / DEMİRKAYA, Seher: “Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları”, İş ve Hayat Dergisi, C. 3, S. 6, 2017, “<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/404416>”, e.t.: 15.04.2019, s. 73.

⁷² “6 Haziran 1951 tarihinde Uluslararası Çalışma Örgütü’nce kabul edilen bu sözleşme, ülkemiz tarafından 13 1966 tarihinde kabul edilmiş ve yine 1966 tarih ve 12484 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.”

Sözleşme’de “ücret” kavramı tanımlandıktan sonra “*eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında ücret eşitliği*” deyimini vurgulanmıştır.⁷³

Bahsi geçen bu Sözleşme’nin imzalandığı tarihlerde ülkemizde mevcut bulunan kanunların ne denli cinsiyet eşitsizliği ihtiva ettiği ve ülkenin o zamanki sosyal durumu göz önüne alındığında, yıllarca uygulanmayacağı o zamandan belli olan bu sözleşmenin hangi saikle ülkemizce imzalandığı ya da bu Sözleşme imzalandıktan sonra cinsiyet eşitsizliğine zemin hazırlayan düzenlemelerin neden göz göre göre getirildiği bilinmemektedir. Zira eşitsizliğin en kabul edilemez olduğu “hukuk” alanı da dahil olmak üzere, ülkemizin her alanında ücret dengesizliği ve eşitsizliği mevcuttur. 2019 yılında dahi halen işçilerin büyük bir çoğunluğu, hiçbir sosyal hayatı olmasına izin verilmeksizin geç saatlere kadar çalıştırılmakta, üstelik bu durum normalleştirilerek fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücretleri gündeme dahi gelmemekte, bu durum ise tüm çalışanları iş hayatından soğutarak istifaya zorlamaktadır.

Ülkemiz tarafından 811 Sayılı Kanun beraberinde 1967 yılında onaylanan, ILO’nun 42. Genel Konferansı’nda kabul edilen 111 Sayılı ve 4 Haziran 1958 tarihli “İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme” ile de,⁷⁴ cinsiyet ayrımcılığı ile alakalı oldukça önemli hükümlere imza atılmıştır. Sözleşme’nin ilk maddesinde ayrım deyimini detaylı olarak tanımlanmış olup⁷⁵, Philadelphia Bildirgesi’nde yer alan ırk, inanç ve cinsiyet ve sair hiçbir nedenin işe alınırken veya çalışma döneminde iş şartlarına aykırılığı meşrulaştırmayacağı teyit edilerek “Avrupa İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’ndeki” ayrımcılık yasağına vurgu yapılmakta⁷⁶, ancak cinsiyete dayalı özel koruyucu önlemlerin ya da işin niteliğinin belli bir cinsten işçi alımını zorunlu kılması gibi sebeplerin ayrımcılık yasağı teşkil etmeyeceğini ifade

⁷³ YUVALI, makale, s. 19-20; KAYA, Pir Ali, s. 90.

⁷⁴ Metnin orijinali için bkz. :

“https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312449:NO”; ayrıca detaylı bilgi için bkz. KAYA, Pir Ali, s. 41 vd.; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 20; İREN, s. 136.

⁷⁵ Madde 2’ye geldiğimizde ise üye devletlere birtakım görevler yüklendiği görülmektedir. Şöyle ki: “*Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt eder.*” Yine 3. maddede, sözü edilen düzenlemelerin kabulünü ve uygulanmasını teşvik etmek için her üye devletin buna aykırı yasal düzenlemeleri kaldırmayı, uygulamayı değiştirmeyi taahhüt ettiği ifade edilmiştir. (“[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/111%20NOLU%20AYRIMCILIK%20\(%20C4%20B0%20C5%20E%20VE%20MESLEK\)%20S%20C3%20ZLE%20C5%20EMES%20C4%20B0.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararasi_belgeler/111%20NOLU%20AYRIMCILIK%20(%20C4%20B0%20C5%20E%20VE%20MESLEK)%20S%20C3%20ZLE%20C5%20EMES%20C4%20B0.pdf)”).

⁷⁶ ÇOPUROĞLU, Çağlar: “Ücret ve Korunması”, Turhan Kitabevi, birinci bası, 2013, Ankara, s. 40.

ederek ayrımcılık yasağına da bir sınır getirilmesi uygun görülmüştür.⁷⁷ Ülkemiz, bu sözleşmenin gereklerini tam olarak yerine getirmemesinden dolayı 1983'te Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yaptırımıyla karşılaşmıştır.⁷⁸

Önemle ifade etmek gerekir ki, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" de ülkemiz ve dahi diğer birçok ülkenin kanunlarına baz aldığı ve ihlal etmemeye gayret gösterdiği sözleşmeler arasındadır.⁷⁹ AİHS hükümleri, yargısal yaratıcılık fırsatlarından bir kısmını temsil eder.⁸⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, günümüzde uygulanırlığını yitirmemiş olup, ayrımcılık yasağının⁸¹ ihlali durumunda ayrımcılığa uğradığını iddia eden herkesin dayanak aldığı bir temel hukuk metnidir.

Bu Sözleşme'ye göre hak ve özgürlüklerden herkes yararlanmalıdır ve herhangi bir siyasi fikir veya dini görüş dikkate alınarak ayrımcılık yapılmamalıdır.⁸² Zira ayrımcılık, genel olarak bir insanlık suçudur. İnsanı ötekileştirir. Onu değersizleştirir ve güvencesiz bırakır. Kişi, hayata küser ya da insanlara nefret duyar. Dolayısıyla toplumdan uzaklaşır, hukuk dışına itilir. Hukukun toplumla var olduğu tartışmasızdır. O halde toplum dışına itilmek kişiyi hukuktan uzaklaştırır. Kişinin incinen gururu, eksilen değerlerin tamiri yollarından biri de koşulları var ise nihai merci olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne⁸³ başvurmadır.⁸⁴

"Avrupa İnsan Hakları Komisyonu"ndan sonra "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" (AİHM) de, son yıllarda hakların kapsamını olumlu yönde giderek genişletmiştir. AİHS'ne Ek protokollerle bireysel başvuru imkânı tanınmıştır. Bu yolla hükümetlerin üzerinde etkisi bulunan Komisyon da ortadan kaldırılmıştır. Bu bağlamda AİHM kararları kesin ve bağlayıcı bir özelliği haiz olmuştur.⁸⁵

⁷⁷ "Benzer bir şekilde cinsiyet, yaşlılık gibi özel olarak korunması gereken kişiler için uygulanan özel tedbirlerin ayırım sayılmayacağına karar verilebileceği hususuna da 4. maddede yer verilmiştir." (https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377273/lang--tr/index.htm)

⁷⁸ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 40 vd.

⁷⁹ "Türkiye, Sözleşme'yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır."

⁸⁰ POPOVIĆ, Dragoljub: "The Emergence of the European Human Rights Law", Eleven Uluslararası Yayıncılık, 2011, Hollanda, s. 47.

⁸¹ AİHS m. 14 (Ayrımcılık Yasağı).

⁸² "http://madde14.org/index.php?title=Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi"

⁸³ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme" ile kurulan, Avrupa'daki insan haklarını korumasının yanı sıra 1950 yılında benimsenen mekanizmanın bir parçasını temsil eder (POPOVIĆ, D., s. 45).

⁸⁴ KILIÇOĞLU, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı", Legal İSGHD., C. 9, S. 36, İstanbul, 2012, s. 50.

⁸⁵ FENDOĞLU, Hasan Tahsin: "Anayasa Hukuku", Yetkin Yayınları, dördüncü baskı, 2018, Ankara, s. 139.

AİHM, Thlimmenos v. Yunanistan davasında aldığı kararda, ayrımcılık yasağı ilkesinin “sadece akla uygun ve objektif bir gerekçeden yoksun davranış farklılıklarının yasaklanmasını” değil, “aynı zamanda, akla uygun ve objektif bir gerekçe göstermeksizin durumu farklı olan insanlara farklı muamele uygulamayan devletlerin yasaya karşı gelmesinin engellenmesini de kapsayacağını” ifade etmiştir. Böylece AİHM bu davada, ayrımcılık yasağı ile eşitlik ilkesini⁸⁶ aynı anlamda kullanmıştır.⁸⁷

Doktrindeki baskın görüş ile Yasa'nın lafzına baktığımızda, Anayasa'mızın 90. maddesi milletlerarası sözleşmeleri iç hukuka nazaran üstün kabul etmektedir. Bu bağlamda bir kanun hükmü ile uluslararası sözleşme çelişirse bu halde uluslararası sözleşme hükmüne üstünlük tanınmaktadır.⁸⁸ Bu nedenle, ülkemizin birçok düzenlemesinin, özetlediğimiz hükümler ışığında ve bu düzenlemelere paralel biçimde oluşturulduğunu söylemek mümkündür.

İmzalandığı ülkeler yönünden alakalı bütün hukuk dallarında uygulanabilen ve genel hükümler içeren sözleşmeler olan milletlerarası anlaşmalara aykırı hükümler içeren kanun hükümlerinin yürürlükten kaldırılması değil, bu hükümlerin milletlerarası anlaşma hükümlerine uygun bir biçimde yorumlanması ya da uygulanması gerektiği belirtilmektedir.⁸⁹ Hukukumuzda milletlerarası anlaşmaların genel olarak kanunlarla beraber uygulanabilecek maddeler ihtiva eden çerçeve düzenlemeler olarak anılması, isabetli görülmektedir.⁹⁰ Örneğin; ILO Sözleşmeleri, iş mevzuatını doğrudan etkilememekle birlikte İş Hukuku'nun temel normlarını belirleme konusunda etkili olan düzenlemelerdir.⁹¹

c. Çalışma Şartlarının İyileştirilmesine Yönelik

Yukarıda bahsettiğimiz insan hakları ve buna paralel olarak gelişen kadınların korunmasına yönelik hareketler, yalnızca eşitliğin sağlanmasına ya da ayrımcılığın önlenmesine yönelik olmayıp, aynı zamanda kadın çalışanların iş güvenliğinin sağlanması ve

⁸⁶ İki kavram arasındaki farklar için bkz. NAZLI, Seçkin: “İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. 1, Özel Sayı, İstanbul, 2016, s. 574; ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 238.

⁸⁷ BAKIRCI, Kadriye: Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s. 18; ARISOY, Alper / DEMİR, Nesrin: “Avrupa Birliği Sosyal Hukuku'nda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği”, Ege Akademik Bakış Dergisi, C. 7, S. 2, 2007/7, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/557119>, s. 709.

⁸⁸ GÜVEN, Kudret: “Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi Yuvarlak Masa Toplantısı”, “<http://acikerisim.baskent.edu.tr/bitstream/handle/11727/1882/dcfe5f705a5f56b1c4a18d2592bab18a.pdf?sequence=2>”, 2010, Ankara, s. 4; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Bireysel İş Hukuku”, Gazi Kitabevi, yenilenmiş onuncu bası, 2019, Ankara, s. 22 (İş Hukuku).

⁸⁹ GÜVEN, Ortak velayet, s. 40.

⁹⁰ GÜVEN, Ortak velayet, s. 41.

⁹¹ GÜVEN, Ortak velayet, s. 41. Ayrıca bkz. SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 19 vd.

çalışma şartlarında iyileştirmeye gitme yolunda da önemli katkılar sağlamıştır. Bunlardan birisi, 2002/73 Sayılı Direktif’le değiştirilen 76/207/EEC sayılı direktif olup, 2/7. maddesi ile ulusal mevzuatımızda yer almayan bir düzenleme yapılmıştır.⁹² Şöyle ki, söz konusu madde ile “analık iznine çıkmış kadının izin süresinin sona ermesinden sonra eski işine dönme veya kendisi için eski işinden daha aşağı şartlarda olmayan eşdeğer bir işe başlama ve olmaması durumunda iş koşullarında oluşup da hak kazanacağı her türlü iyileştirmeden yararlanma hakkına sahip olduğu” ifade edilmiştir. “2006/54/EC sayılı İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair Direktif”in 15. maddesiyle de aynı yönde düzenleme yapılmıştır.⁹³

Son olarak yeni bir düzenlemeden bahsedecek olursak ILO, yaygın bir ihlal niteliğindeki işyeri şiddetine karşı “190 sayılı 2019 Şiddet ve Taciz Sözleşmesi’ni”⁹⁴ ve ilgili “Tavsiye Kararını” kabul etmiştir. 7 karşı ve 30 çekimser oya karşılık 439 oy ile kabul edilen Sözleşme, iki üye ülkenin onayını takiben 12 ay sonra yürürlükte olacaktır. Uluslararası Çalışma Ofisi, 108. (Yüzüncü Yıl) oturumunda bir araya gelerek Philadelphia Deklarasyonu’nun, tüm insanların ırk, inanç veya cinsiyetten bağımsız olarak, hem maddi refahlarını hem de manevi gelişimlerini sürdürme haklarına sahip olduklarını yinelemiştir. Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü’nün temel Sözleşmelerinin uygunluğunun tekrar doğrulanması ve “İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si”, “Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi”, “Ekonomik, Uluslararası Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi”, “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması, Tüm Göçmen Çalışanların ve Ailelerinin Üyelerinin Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme” ve cinsiyete dayalı şiddet ve taciz de dahil olmak üzere, herkesin şiddet ve tacizden arınmış bir iş dünyasına olan hakkını kabul etmek ve iş dünyasında şiddet ve tacizin bir insan hakları ihlali olarak kötüye kullanabileceğini ve şiddet ve tacizin eşit fırsatlara yönelik bir tehdit olduğunu, uygun işlerle bağdaşmaz olduğunu ve şiddet ve tacizi önlemek için insanın karşılıklı saygı ve saygınlığına dayanan bir iş kültürünün önemini vurgulamıştır. Üyelerin, bu tür davranış ve uygulamaların önlenmesini kolaylaştırmak için şiddete ve tacize karşı sıfır toleranslı bir ortamı teşvik etmek ve iş

⁹² İREN, s. 145.

⁹³ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz / KAYA, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, C. 8 , S.29, İstanbul, s. 6.

⁹⁴C190–“Violence and Harassment Convention, 2019” (No. 190), erişim adresi: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190, e.t.: 22.09.2019.

dünyasındaki tüm aktörlerin şiddeti ve tacizi önlemek, bunlardan kaçınmak zorunda olduklarını hatırlatma ve iş dünyasında şiddet ve tacizin bir kişinin psikolojik, fiziksel ve cinsel sağlığını, saygınlığını, aile ve sosyal çevresini etkilediğini ifade etmiştir. Şiddetin ve tacizin kamu ve özel hizmetlerin kalitesini de etkilediğini ve özellikle kadınların, işgücü piyasasına girmesini, iş piyasasında kalmasını ve ilerlemesini engelleyebileceğini kabul ederek; sözleşmenin kabul edilmesiyle ilk kez iş hayatında yaşanmakta olan şiddete karşı uluslararası standartlar oluşturulmuş oldu. Şiddet ve Taciz, kişide fiziksel psikolojik cinsel ya da ekonomik hasara yol açan, hasara yol açması olası veya böyle bir hasar amaçlayan davranış, uygulama ve tehdit olarak tanımlanmaktadır. İstihdam biçimine ve hangi alanda çalıştığına bakılmaksızın tüm çalışanlar, iş arayanlar, iş müracaatında bulunanlar ve aynı zamanda işverenin sorumluluklarını icra edenler de Sözleşmenin koruması altında bulunuyor.⁹⁵ Bu anlamda ülkemizin Sözleşme’yi imzalaması durumunda hukukumuzda yepyeni bir boyut getirilecektir. Zira mevcut durumda, her ne kadar tartışmalı olsa da işe alım esnasında kişinin yaşadığı ayrımcılık gibi olumsuzluklar korunmamakta, yasa lafzı dahilinde ancak iş ilişkisinde İş Hukuku bakımından koruma kabul görmektedir. Sözleşmeyle getirilen standartlar, üye ülkelere şiddetsiz bir ortam yaratma yükümlülüğü verirken, sadece işçinin ücret alarak çalıştığı iş mekânında meydana gelen şiddet ve taciz olaylarını değil; aynı zamanda ara dinlenmelerinde, yemek molalarında, tuvaletlerde ve banyolarda, işle ilgili seyahatlerde, eğitim faaliyetleri ve sosyal faaliyetler sırasında, işverenin sağladığı mekânda yapılan işe ilişkin iletişim faaliyetleri sırasında ve işe gidiş-gelişlerde karşılaşılan şiddet ve taciz olaylarını da istisnaya yer bırakmayacak biçimde kapsamaktadır. Şiddet ve tacizin sürdürülebilir işletmelerin tanıtımıyla uyumlu olmadığını ve iş organizasyonu, işyeri ilişkileri, işçi katılımı, işletme itibarı ve üretkenlik üzerindeki olumsuz etkileri olduğunu ve cinsiyete dayalı şiddet ve tacizin orantısız bir şekilde kadınları ve kızları etkilediğini kabul etmek ve cinsiyet klişeleri, birbiriyle kesişen ayrımcılık biçimleri ve eşit olmayan cinsiyet biçimleri gibi temel sebepleri ve risk faktörlerini ele alan kapsayıcı, bütünlük ve cinsiyete duyarlı bir yaklaşımın olduğunu kabul etmek, iş dünyasında şiddete ve tacize son vermek için esastır.^{96,97}

⁹⁵C190–“Violence and Harassment Convention, 2019” (No. 190), “https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190”, e.t.: 22.09.2019.

⁹⁶C190–“Violence and Harassment Convention, 2019” (No. 190), “https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190”, e.t.: 22.09.2019.

⁹⁷ Bu Sözleşme’nin II. Scope, Article 2 kısmı dahilinde yalnızca çalışanlar değil, ulusal yasa ve uygulamalara göre tanımlanmış çalışanların yanı sıra sözleşmedeki durumlarından bağımsız olarak çalışanlar, stajyerleri ve çıraklar dahil olmak üzere eğitim alan kişiler, istihdamı olan işçiler dahil olmak üzere, iş dünyasını ve iş dünyasındaki diğer kişileri korur. (C190 – “Violence and Harassment Convention, 2019”,

4. maddeye göre bu sözleşmeyi onaylayan her üye, herkesin şiddetten ve tacizden arınmış bir çalışma dünyası hakkına saygı duymalı, teşvik etmeli ve gerçekleştirmelidir (1. bent). 5. maddede, her türlü zorla veya zorunlu çalıştırma, çocuk işçiliği ile çalıştırma ve mesleki bakımdan ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve aynı zamanda iyi işlerin teşvik edilmesine vurgu yapılmıştır.

Her üye, kadın işçilerin yanı sıra savunmasız durumdaki bir veya daha fazla savunmasız grup veya gruba mensup işçiler ve diğer kişiler için de dahil olmak üzere, istihdamda ve meslekte eşitlik ve ayrımcılık yapılmamasını sağlayan yasaları, düzenlemeleri ve politikaları kabul eder.⁹⁸

B. ULUSAL MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

1. 1982 Anayasası'na Göre Kadın İşçilerin Korunması

a. Ayrımcılık Yasağı

a.a. Genel Olarak

1982 tarihli Anayasa'mızın 10. maddesi uyarınca "Kanun Önünde Eşitlik İlkesi"nin hukuki niteliği tartışmalıdır.⁹⁹ Sözü edilen ilke hukuk devleti bağlamında değerlendirilmesinin yanında "bir temel hak ya da devlet yönetimine egemen bağımsız bir temel ilke" olarak da düşünülebilir. "1982 Anayasası"nın bu ilkeyi "genel esaslar" içerisinde düzenlemesi, eşitliğin "temel bir devlet yönetimi" ilkesi olması gerektiği görüşünü desteklemektedir.¹⁰⁰

Anayasa'nın "hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa"¹⁰¹ "imtiyaz" tanınamayacağı" hükmü lafzıyla şekli eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır (m. 10).¹⁰² 2010'daki Anayasa

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190, e.t.: 22.09.2019).

⁹⁸ C190 – "Violence and Harassment Convention, 2019" (No. 190), III/6. madde.

⁹⁹ "Öğretide eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramların olumlu mu olumsuz mu olduğu tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını aynı ilkenin olumlu ve olumsuz açıklama biçimleridir, yani bir paranın iki yüzü gibidir. Yani bu görüşe göre, eşitlik ve ayrımcılık zıt anlamlara gelmekte olup, eşitlikle ilişkilendirilen konuların hepsini, eşitlikle ayrımcılık yasağı arasında fark yaratıcı konular olarak değil, hem gerçek ayrımcılık yasağının hem gerçek eşitliğin içinde var olan konular olarak kabul etmektedir. Bakırcı başta olmak üzere bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre ise, eşitlik ilkesinin hem olumlu hem de olumsuz iki içeriği vardır ve eşitliğin olumlu ve olumsuz içerikleri birbirinin aynı değildir. Olumlu anlamda eşitlik ilkesi, haklı bir neden olmadıkça herkese aynı muamelede bulunulmasını gerektirirken, olumsuz anlamda eşitlik ilkesi, yasaklanmış (cinsiyet vb.) bazı nedenlere dayanmadıkları sürece farklı muamelede bulunmaya izin verebilir. Dolayısıyla olumlu anlamda eşitlik ilkesinin söz konusu olduğu hallerde her türlü eşitsizlik için haklı bir neden var olmalıdır." (BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s. 23).

¹⁰⁰ ÖZBUDUN, Ergun: "Türk Anayasa Hukuku", Yetkin Yayınları, 18. Bası, 2018, Ankara, s. 154.

¹⁰¹ "1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın aksine, maddede sayılan özgül ayırım yasaklarına ve benzeri sebeplerle ifadesini ekleyerek Yüksek Mahkeme'nin takdir alanını genişletmiştir" (ÖZBUDUN, s. 154-155).

¹⁰² Anayasa Mahkemesi'nce 10. maddenin amacı şöyle ifade edilmiştir: "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak

değişikliği ile kadın ve erkeğin eşitliğine vurgu yapan 2004 yılındaki değişikliğe; “devletin eşitliğin yaşama geçmesinde yükümlü olduğu” hükmüne “bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı yorumlanamayacağı” hükmü eklenmiştir. Ancak söz konusu tedbirler önceki kuralın amacı doğrultusunda olduğundan cinsiyet eşitliği konusunda bir adım atmamış olması nedeniyle eleştirilmektedir.¹⁰³ Buradaki asıl eksiklik, getirilen düzenlemenin devlete, ilgili kişiler tarafından talep hakkı doğurmaması ve yönetimin takdirine bağlı olmayı sürdürmesidir.¹⁰⁴

Avrupa Birliği Adalet Divanı 2003 tarihli bir kararında¹⁰⁵ kısmi ve tam zamanlı çalışanlar arasında yaratılan sosyal güvenlik sistemi farklılığı nedeniyle açılan davadaki ayrımcılık iddiasına bakmıştır. Divan, cinsiyet temeline dayanan doğrudan bir ayrımcılığın olmadığına fakat kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların yüzde seksensekizinin kadın olması nedeniyle dolaylı ayrımcılığın varlığına karar vermiştir.¹⁰⁶

Bir Britanya firması olan Kingsgate, 1975 yılından önce kadın ve erkek işçilere, kısmi ve tam zamanlı çalışmaya dayalı ayırım yapmadan farklı saat ücreti ödemiştir. 1975 tarihli Britanya Cinsiyet Ayrımcılığı Kanunu yürürlüğe girmeden bir ay önce ise, kadın ve erkek ücretleri arasındaki farklılıklara son vermiş fakat kısmi ve tam zamanlı çalışmaya dayalı farklı saat ücreti öngörmüştür. Kingsgate’de çalışan işçilerin biri haricinde kısmi zamanlı çalışanların hepsi kadın olduğu için AAD, ulusal mahkemenin bunun kadınlar üzerinde orantısız etkisi olduğu sonucuna varması durumunda, bu politikanın AB Hukuku’na aykırı olacağına hükmetmiştir.¹⁰⁷

Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, çalışma hayatında cinsiyet ayrımcılığı yasağı ancak imkânların tanınması noktasında ayırım yapılmaması suretiyle gerçekleştirilebilir. Eşit haklar tanınırken kadın ve erkeği “eşit hale getirme” şeklinde de

yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz” (YUVALI, makale, s. 40).

¹⁰³ SAĞLAM, Fazıl: “Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayınevi, 2014, İstanbul, s. 13.

¹⁰⁴ SAĞLAM, s. 13.

¹⁰⁵ “Hilde Schönheit-Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker-Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003] ECR-12575”.

¹⁰⁶ KAYAALP, Dilek: “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Adalet Yayınevi, C.1, S. 1, 2019, s.75; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi, s. 240.

¹⁰⁷ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s. 45.

anlaşılmalıdır.¹⁰⁸ “Bir toplumun gelişmişlik düzeyi belirlenirken kadına verilen önem ve kadın-erkek eşitliğinin sağlanması kriterleri en başta incelendiğinden” hukuk kurallarının da bu ilkeler nazara alınarak belirlenmesi gerekmektedir.¹⁰⁹

b.b. Ayrımcılık Yasağının Sınırları

a.a.a. Yürütülecek İşin Niteliği (Zorunlu Mesleki Gereklilik)

Ayrımcılık yasağının sınırlarından zorunlu mesleki gerekliliğin neye göre belirleneceği mümkün olmayıp, bu konuda karar verme yetkisi, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na” bırakılmıştır. Kurum, her somut olaya göre bu mesleki gerekliliğin var olup olmadığını ayrı ayrı değerlendirecektir. Zorunlu mesleki gereklilik kavramını son derece muğlak ve belirsiz gören, ayrıca bunun kötüye kullanıma açık olduğunu savunanlar da mevcuttur.¹¹⁰ Örneğin; bir işyerinde tercüman olarak çalışacak kişinin dil bilmesi zorunlu mesleki gereklilikten kaynaklanmaktadır.¹¹¹ Bu bağlamda dil bilmeyen bir kimsenin işe alınmaması suretiyle gerçekleştirilen farklı muamele halinde ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir.¹¹²

Şüphesiz ki işveren herkesin farklı özelliklere sahip olabileceği de gözetilerek işe alırken “genel kültür, uyum yetenekleri” gibi hususları da değerlendirebilecektir. Ancak kadınlara özgü görülen “tekstil, temizlik, sekreterlik, hosteslik” gibi işlerin artık erkekler tarafından da yapılabildiği bir gerçektir. Bu bağlamda bu işler açısından da kadınların bir önceliği bulunmamaktadır.¹¹³

Doktrinde sıkça yer verilen bir konu ise, gebe adayın başvurduğu işin niteliğinin gebelikle bağdaşmıyor olmasıdır.¹¹⁴ Tartışmalı olan kısım, esas itibarıyla gebeliğinin işçi

¹⁰⁸ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi, s. 250-251.

¹⁰⁹ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukuku’nda Analık”, İş ve Hayat Dergisi, C. 2, S. 4, 2016, s. 99.

¹¹⁰ KAYAALP, s. 82.

¹¹¹ Benzer şekilde, bir avukatlık ofisindeki serbest çalışan avukat, işlerine yardımcı olması amacıyla yanına bir avukat daha almak istediğinde, başvuran avukatın avukatlık ruhsatnamesinin olması, bir zorunlu mesleki gerekliliktir. Yahut bir vakıf üniversitesinin akademik kadrosuna başvuran kişinin, kadro ilanında belirtilen şartları (örneğin, yüksek lisans veya doktora yapıyor olması) taşıyor olması da zorunlu mesleki gerekliliktir. Zira bu şartların yerine getirilmesi yani örneğin, yüksek lisansın yapılmış veya yapılmakta olması mesleğin ifasında zaruri mahiyettedir.

¹¹² KAYAALP, s. 82.

¹¹³ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 383.

¹¹⁴ “Alman Federal İş Mahkemesinin eski kararlarında, adayın üstleneceği işin niteliği dikkate alınmaksızın, ona hamileliği hakkında soru sorulabileceği kabul edilmiş iken, kadın ve erkek işçiler arasında ayrım yapılmasını yasaklayan bir hükmün Alman Medeni Kanunu’na eklenmesiyle (§ 611 a BGB) Yüksek Mahkeme görüş değiştirmiş ve bu tür soruların yasaya aykırı olacağına, dolayısıyla sorulamayacağına hükmetmiştir. Aynı doğrultuda olmak üzere, Avrupa Birliği’nin 2006/54/EC Sayılı Yönergesi de, hangi faaliyet alanında olursa olsun, işe alma koşulları da dahil olmak üzere, istihdama veya mesleğe erişim koşullarına ilişkin olarak cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını vurgulamış bulunmaktadır.” (TAŞKENT / KURT, s. 37).

tarafından biliniyor olmasıdır.¹¹⁵ Gebelikle bağdaşmayan bir işe gebe bir adayın başvurması halinde kendisine bu yönde soru sorulması mümkün görülmelidir.¹¹⁶ Hatta kadın aday da bu konuda bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.¹¹⁷ Gebelikle bağdaşmayan işler arasında mankenlik, dansçılık, spor öğretmenliği gibi meslekler gösterilebilir.¹¹⁸ Böyle bir durumda gerekli bilginin verilmediğini iddia etmek oldukça güç görülmelidir.¹¹⁹

Örneğin, radyasyona tabi işyerlerinde de gebe kadının çalıştırılması mümkün değildir. Hamile kıyafetlerinin reklamı veya hamile kadın rolü için işçi alımı söz konusu olduğunda, işverenin işin yürütümüne ilişkin bilgileri vermesi zorunludur; örneğin mankenliğin ülke içinde veya dışında sık yolculuk gerekip gerektirmeyeceği ya da sahne sanatçısıyla turnelere çıkılıp çıkılmayacağı hakkında bilgi verilmesi gereklidir. Böyle bir durumda, adayın gereken açıklamayı yapmaması, üstlenilen işte çalıştırılmasını yasaklayan bir kural bulunmadıkça, iş sözleşmesinin hükümsüzlüğünü ortaya çıkarmayacaktır. Bu halde yalnızca işverenin haklı nedenle fesih hakkı bulunmaktadır.¹²⁰ Ayrıca haklı nedenin dışında böyle bir durum halinde gebelik geçerli neden olarak da ileri sürülemeyecektir (m. 18).

Konuyla alakalı yine somut bir örnek verelim. B, işyerinde 2 yıl içerisinde tamamlaması gereken Avrupa Birliği'nin desteklediği bir Ar-ge projesinin yürütücülüğünü yapmaktadır. İşveren, projenin süresinin geri kalan 10 aylık kısmında proje yürütücüsü olarak çalıştırmak üzere iş ilanı vermiştir. Bu işe başvuran C'ye görüşme esnasında hamile olup olmadığı sorulmuş ve C'nin hamile olduğunu beyan etmesi üzerine işveren, projenin tamamlanmaması halinde aldığı desteği tamamen iade etmek zorunda olduğunu ve bu nedenle

¹¹⁵ DOĞAN YENİSEY, "İş Hukukunun Emredici Yapısı", s. 301.

¹¹⁶ ÜNAL, Canan: "İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler", "İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III", Edt.: Tankut CENTEL, Oniki Levha Yayınları, 2018, İstanbul, s. 282-283 ; OĞUZ, Özgür: "Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler", TBB Dergisi, C. 134, S. 1748, 2018, "http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1748", e. t.: 02.04.2019, s. 573 ; DOĞAN, Elif Tuğba: "Hamile Kadınların Çalışma Yaşamında Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar", İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, S. 2, C. 14, 2012, s. 88 ; URHANOĞLU CENGİZ, İftar: "Protection Of Women Workers In Pregnancy And Maternity Status In The Context Of Council Directive 92/85/EEC Of 19 October 1992", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, 2011, s. 64.

¹¹⁷ SÜMER, Haluk Hadi: "İş Hukuku Uygulamaları", Seçkin Yayınevi, yedinci bası, 2019, Ankara, s. 402; ÜNAL, s. 285.

¹¹⁸ ÜNAL, s. 284-285.

¹¹⁹İstihdam ilişkisi kurulurken ayrımcılığın yasaklanmasını ihlal eden işverene ayrımcılık tazminatı uygulanamaz; ancak, söz konusu eylemin "culpa in contrahendo" çerçevesinde değerlendirilmesiyle genel hükümlere göre tazminat talep edilebilir (URHANOĞLU CENGİZ, Pregnancy And Maternity, s. 64).

¹²⁰EKONOMİ, Gebelik ve Doğum, s. 18; KAYA/KÖSEOĞLU, s. 10; KANDEMİR, Murat / YARDIMCIOĞLU, Didem: "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Sayı 30-31, 2014, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/214048>, s. 19-20; MANAV ÖZDEMİR, Eda: "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2014, s. 748; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 245 vd. ; DOĞAN YENİSEY, "İş Hukukunun Emredici Yapısı", s. 301.

kendisini işe alamayacağını belirtmesi halinde¹²¹ işin niteliği gereği işçinin bu 2 yıllık süre içerisinde kesintisiz olarak çalışması işin niteliği gereği kapsamında olup, hamile olan işçinin ise aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere belli dönemlerde çalıştırılması yasaktır. Bu nedenle böyle bir durumda işverenin gebelik ile ilgili soru sorması, ayrımcılık oluşturmaz.¹²² Çalışanın uygunluğu, sözleşme gereğince işveren için tam performansın bir ön şartı olduğunda bile, belirsiz bir süre ile işe alınmış hamile bir kadının işten çıkartılması, iş sözleşmesinin temel koşulunu yerine getirememesine dayandırılarak meşru kılınmaz.¹²³ İşçinin bazı nitelikleri taşıması kavramı ise, işçinin işe girerken yahut işini sürdürürken öngörülmüş ve yapılacak işin gereği olan birtakım fiziksel ya da mesleki yeterlilikleri haiz olması ve bunu belgelemesini açıklamaktadır.¹²⁴

İşçinin gebelik sonucu çıkan rahatsızlık nedeniyle herhangi bir zamanda işe gelmemesi ya da iş sözleşmesi imzalandığında durumun farkında olduğu halde işvereni hamile olduğuna dair bilgilendirmediğinde belirli süreli iş sözleşmesini yenilemeyi reddetmesi ve hamileliği nedeniyle sözleşmenin önemli bir kısmında çalışamayacak durumda olması nedeniyle bir kadın çalışanı hamilelik süresince herhangi bir zamanda işten çıkarması da kabul edilemez.¹²⁵

Yukarıda bahsedilen durumlar dışında, “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin” 11. maddesine göre kadına hamilelikle ilgili soru sorulamayacaktır.¹²⁶ Ayrıca gerekmedikçe böyle bir soru sorulması hem ayrımcılık yasağına aykırı hem de özel hayatın gizliliğinin ihlalidir.¹²⁷

Hamilelik, işin niteliğine göre işçinin çalışmasını imkânsız veya beklenilmez hale getirdiğinden, çalışmakta olan kadın, durumu hemen işverenine bildirmelidir.¹²⁸ Hamilelik durumunun gizlenmesi, İş K. m. 25/II hükmüne göre değerlendirilebilir. İşe alımlarda veya işin devamında gebelik testi ise talep edilemez.¹²⁹ Çünkü çalışma şartlarını uygulamak

¹²¹ SÜMER, s. 387.

¹²² SÜMER, s. 403.

¹²³ EKİN, s. 200.

¹²⁴ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 136.

¹²⁵ EKİN, s. 200.

¹²⁶ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 301; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi*, s. 246; ÜNAL, s. 286.

¹²⁷ ÜNAL, 282-283.

¹²⁸ ATEŞ, Merve: “Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2011, İstanbul, s. 148.

¹²⁹ URHANOĞLU CENGİZ, *Pregnancy And Maternity*, s. 64; EKİN, Ali: “Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması”, Adalet Yayınevi, 2013, Ankara, s. 200; SENYEN KAPLAN, *İş*

amacıyla işverenin, çalışanın gebeliğini dikkate almama olasılığına karşı, çalışan işvereni hamile olduğuna dair bilgilendirmek zorunda değildir.¹³⁰ Ancak iş sözleşmesinin feshedilmesi yerine geçersizliğini savunan görüşler de mevcuttur. Bu kişilerin görüşlerine göre, gebeliğe ilişkin yöneltilecek sorular, İş K.m.5/3'te öngörülen nedenlerin gerçekleşmesi¹³¹ haricinde soru sorma hakkı içerisinde kabul edilemez. Adayların hepsinin kadın olması halinde bile bu şekilde bir soru geçersiz kabul edilmelidir. DOĞAN YENİSEY, kural olarak kadın işçinin gebelikle alakalı kendisine yöneltilen soruları cevaplama yükümlülüğü bulunmadığı görüşünde olmakla birlikte bunun sınırını da yine işçinin korunmasına matuf bir biçimde çizmiştir. Şöyle ki, yalnızca iş sözleşmesinin muhtevası olan işin görülmesi, gebelik döneminde yasak edilmişse, mesela düşük yapma riskine yol açan kimyasallarla çalıştırılmak üzere bir kimyagerin işe alınması veya görülecek işin mahiyetinin objektif olarak gebelik ile bağdaşmadığı kabul görüyorsa bu durumda kadın işçinin soruları doğru cevaplama yükümlülüğü gündeme gelir.¹³² Çünkü sağlığın korunması gayesiyle insanların bir çalışmadan men edilmesi veya belirli şartlarla çalışmasının uygun görülmesi ya da çalışma koşullarının değiştirilmesinin yasaklanması mümkündür.¹³³

Kadın adayın yukarıdaki şekilde bir soruyu cevapsız bırakması kural olarak İş K.m.25/II (a) hükmü doğrultusunda yanıtla olarak kabul edilemez.¹³⁴ İşçinin, işin niteliği gereği gebeliğini açıklama zorunluluğu bulunmakla beraber, öncelikle işçinin üstleneceği işin türü belirlenirken işveren, emek ihtiyacı duyduğu işin özellikleri ve buna göre işçinin sahip olması gereken nitelikleri hakkında adayı bilgilendirmesi, İş K. m. 8/3 ve iyiniyet kurallarının bir gereğidir. İşveren, sözü edilen bilgilendirmeyi yaptığı, söz gelimi kadın adayın üstleneceği işin gebe kadınlar için yasaklanmış olduğunu açıkladığı halde aday, işverene gebeliğini bildirmezse yahut işverenin sorusuna cevap vermezse, bu durumda emredici hükümlere aykırı olarak meydana getirilen ve tarafların borçlarını ifa ederek yürürlüğe koydukları iş sözleşmesi, emredici hükümleri aykırılığın doğal bir sonucu olarak geçersizdir.¹³⁵ Ancak

Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 246. Ayrıca bkz. 183 Sayılı ve 2000 tarihli Analığın Korunması Hakkında ILO Sözleşmesi m. 9.1.

¹³⁰ EKİN, s. 200.

¹³¹ “Madde 5/3’ün dışına taşan sorular iş ilişkisinin haklılaştırılmayacağı bir biçimde özel hayatın gizliliği ilkesinin (A.Y. m.20) ihlali neticesini doğurur. 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.” (YUVALI, s. 98).

¹³² DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 301-302.

¹³³ EVREN, Öcal Kemal: “Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S.15, 2007, erişim adresi: <http://www.calismatoplum.org/sayi15/Evren.pdf>, e.t.: 05.04.2019, s. 119.

¹³⁴ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 301.

¹³⁵ EKONOMİ, Gebelik ve Doğum, s. 17.

geçersizlik başlangıçtan itibaren değil, ileri sürüldüğü tarihten itibaren hüküm doğurur ve sözleşmeyi sona erdirir.¹³⁶

Benzer şekilde işveren, üzerine almış olduğu ve belirli bir sürede tamamlaması gereken bir işte, başvuran kadın adaylara hamileliğine 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 aşikârdır. 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.¹³⁷

EKİN'e göre, bir kadın işçi kendisi veya çocuğunun sağlığına hamilelik ya da süt verme dönemi süresince zarar verecek görevleri üstlenecek bir pozisyona başvurduğunda, gebelik nedeniyle işe almayı reddetmek kabul edilebilir.¹³⁸

Gece çalışması yapılan işyerlerinde, mevzuat hükümlerinin bu çalışmaya izin vermemesi nedeniyle iş görüşmesinde gebeliğe ilişkin sorulan sorunun ayrımcılık teşkil etmediği ifade edilmektedir.¹³⁹ Örneğin, gece kulübünde belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmak üzere barmen veya barmeyd alınmasına ilişkin olan ilanlara başvuran kadın adaylara hamile olup olmadıklarına ilişkin bulunan sorular hukuka aykırı değildir.¹⁴⁰ Aynı şekilde radyasyona tabi olarak röntgen işinde çalıştırılması gereken bir kadına da hamile olup olmadığının sorulması hukuka uygun kabul edilmelidir.

Bu bahsettiğimiz hususlar dışında kadın işçinin iş dışında kalan sorularda cevap verme zorunluluğu kural olarak bulunmamaktadır. Bilhassa kadın işçilere yakın zamanda evlenmeyi düşünüp düşünmedikleri yönündeki soruların caiz olmadığı ve herhangi bir gerekçesi bulunmadığı şeklindeki yanlış cevaplar da hukuki sorun teşkil etmez.¹⁴¹

İşin niteliği istisnası kapsamına giren durumlar ILO düzeyinde¹⁴² ve Türk Hukuku'nda mevzuatla düzenlemeye tabi tutulmuşken, ABD ve AB Hukuku'nda mahkeme kararlarıyla

¹³⁶ TAŞKENT / KURT, s. 37; ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, MÜHF Dergisi, C.23, S.1, 2017, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/331996>, erişim tarihi: 03.04.2019, s. 358; YUVALI, s. 99.

¹³⁷ YUVALI, s. 99-100.

¹³⁸ EKİN, s. 198.

¹³⁹ ÜNAL, s. 285.

¹⁴⁰ ÜNAL, s. 285.

¹⁴¹ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 246.

¹⁴² Ülkemizin taraf olduğu “111 Sayılı Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme”nin ilk maddesinde de ayrımcılık yasağının sınırlarından bahsedilmiş ve işin niteliğinden doğan ihtiyaçların sonucu olarak yapılan ayırımı ayrımcılık sayılmayacağına yer verilmiştir.

belirlenmektedir.¹⁴³ ABD Hukuku, uluslararası sözleşmeler, AB Hukuku ve Türk Hukuku'nda çakışan ortak tek istisna, tek bir cinsiyet grubuna mensup olanların çalıştırılmasının işin niteliği ve yürütüm koşullarıyla ilgili olduğunu¹⁴⁴ ve bu konuda ölçülü davrandığını ortaya koyması ile mümkündür.¹⁴⁵

ATAD, erkekler ve kadınlar için eşit muameleye ilişkin bir kararında, hamile bir kadın istihdam etmesinin olası olumsuz sonuçlarına dayandığı bir iş için uygun olmadığını düşündüğü bir kadın aday ile iş sözleşmesi yapmayı reddeden işverenin bu davranışını doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirmiştir.¹⁴⁶ Bu çerçevede hiçbir erkeğin iş için başvurmamış olması önem taşımamaktadır.¹⁴⁷

ATAD, bu kararında¹⁴⁸, kadın işçi adayına gebelikle alakalı sorular sorulmasına karşılık adayın bunlara cevap vermek zorunda olması ya da herhangi bir soru dahi sorulmadan cevaplaması gerektiği düşüncesinin 92/85 sayılı Direktif'in 10. maddesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.

b.b.b. Belli Bir Cinsiyetin Çalışması Zorunluluğu

Yürütülmekte olan işin niteliği durumunda olduğu gibi, aynı zamanda konusu gereği işçinin cinsiyeti vazgeçilmez bir koşul olarak ortaya çıkmakta ise veya işçinin korunmasına yönelik kanuni çalıştırma yasakları nedeniyle işveren ancak belli bir cinsten kişilerle iş sözleşmesi kurabilecek ise¹⁴⁹ yine cinsiyet nedeniyle ayrıma gidilebilecektir.¹⁵⁰ Cinsiyete

¹⁴³ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s.53.

¹⁴⁴ Avusturya'da, bir işveren veya İstihdamı Teşvik Kanunu'nun (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) 2. maddesi kapsamında faaliyet gösteren bir özel istihdam bürosu ya da işe aracılık konusunda yetkilendirilmiş olan kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar, gerek kamuya açık bir biçimde gerekse sadece işletme içerisinde, açık bir iş ilanını salt kadınlara veya salt erkeklere yönelik olarak bizzat veremezler ve üçüncü kişilerce veremezler. Ancak, ifa edilecek olan işin kendisi, bu işin sadece erkekler veya sadece kadınlar tarafından yerine getirilmesi konusunda vazgeçilmez ön koşulları beraberinde getirmekte ise bu durumda genel ilkenin dışına çıkılabilmektedir. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin bir içtihadı doğrultusunda, ağır işler olarak tanımlanan işlerin ifası için bir ilan verilecekse, bu iş için istihdam edilecek olan kişinin mutlak olarak erkek olması şartını getirmek mümkün değildir. Burada esas belirleyici olması gereken özellik, işe başvuracak olan kişilerde aranan fiziksel özelliklerin var olmasıdır ki bu özellik veya özellikler bir erkek işçi kadar, bir kadın işçi de bulunabilmektedir ya da bu işi tüm erkeklerin yerine getirmesi mümkün değilken, yerine getirebilecek kadın işçiler de bulunabilmektedir. Görüldüğü üzere, Türkiye'deki uygulamadan farklı olarak, Avusturya'da iş ilişkisinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı gibi, iş ilişkisi kurulma aşamasında da cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapılmaması için gerekli düzenlemelere yer verilmiştir. (HEKİMLER, Alpay: "Avusturya İş Hukukunda Eşitlik İlkesi İle İlgili Temel Düzenlemeler", Legal İSGHD, C. 13, S. 50, 2016, s. 6).

¹⁴⁵ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s.31.

¹⁴⁶ "ATAD, C-177/88, Elisabeth Johanna Pacifica Dekker V Stichting Vormingscentrum Voor Jong Volwassenen Plus 08 November 1990" kararı, (kararın tamamı için bkz: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/SUM/?qid=1574410960952&uri=CELEX:61988CJ0177_SUM).

¹⁴⁷ ATAD, C-177/88.

¹⁴⁸ ATAD, C-177/88.

¹⁴⁹ Örneğin, bir tiyatro oyununda erkek aktöre ait bir rolü kadının oynaması ya da bir kadın moda evinde kadın giyimini bir erkek mankenin sunması ne sosyal yaşamda ne de ticari yaşamda kabul edilebilir, bu makul bir durum değildir. (ONARAN YÜKSEL, s. 285-286).

¹⁵⁰ ONARAN YÜKSEL, s. 285.

veya benzeri özelliklere dayalı ayrımcılığın, hukuka aykırı olduğu karine olarak kabul edilmektedir.¹⁵¹

Alman Hukuku'nda "belirli bir cinsiyetin işin icrasında vazgeçilmez koşul" olması kavramı kullanılarak açıklanan bu halde, işverenin sadece belirli bir cinse mensup olanı tercih etmesi haklı gerekçe olarak kabul edilmiş ve cinsiyet ayrımcılığı yasağının istisnası olduğu belirtilmiştir. Örneğin, kadınlar veya erkekler için kanuni çalıştırma yasaklarının bulunduğu işlerde cinsiyet, "işin icrasında vazgeçilmez bir koşul" olarak karşımıza çıkar.¹⁵²

c.c.c. Farklı Davranmayı Haklı Kılan Nedenler

Elbette, yapılan her ayrımcılığın olumsuz sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkün değildir. Kişiyne ait objektif vasıflar ya da bireysel yetenekleri ve performansı gibi subjektif özelliklerine göre somut olayın özelliğine göre farklı işleme haklı kılabiliriz.¹⁵³ Zira kişinin eğitimi, elde ettiği deneyimler, liyakat, bulunduğu konum, sahip olduğu unvan her zaman aynı olmayabilir.¹⁵⁴ Örneğin, bir üniversitede hayatını akademik çalışmalara adayan bir profesör hocayla, işe yeni başlayan bir araştırma görevlisinin farklı statüye ve özlük haklarına sahip olması ayrımcılık değildir. Dolayısıyla bu doğrultuda yapılan ayrımcılığın esasen bir ayrımcılık olduğu söylenemez. Bilakis, böyle bir durumda aynı statüye ve haklara tabi tutulma durumu olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Örneğin; statü olarak daha yüksekte olan bir kişinin adalet duygusu kaybolarak çalışma hevesi kaçabilir, yine mevki olarak daha altta bulunan kişi ise çalışma hayatında yükselmesi için herhangi bir neden bulamayabilir ve bu nedenle çalışma arzusu azalabilir. Bu nedenle yeri geldiğinde farklı durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılmasının eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmediğini¹⁵⁵ ifade etmeliyiz. Zira eşitlik ilkesini İş Hukuku'nda, Anayasa'da ifade edildiği derece geniş biçimde uygulamak mümkün değildir.¹⁵⁶ Her ne kadar akla ve mantığa uygun nedenlerin varlığı halinde benzer vaziyette olanlara farklı davranmak eşitlik ilkesini zedelemeyecekse de bunun sınırını yine ayrımcılığı yasaklayan Anayasa'nın 10. maddesi çizecektir.¹⁵⁷

¹⁵¹ BAKIRCI, Kadriye: "Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler", Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 30; ONARAN YÜKSEL, s. 290.

¹⁵² ONARAN YÜKSEL, s. 286-287.

¹⁵³ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 240.

¹⁵⁴ SOYSAL, s. 28.

¹⁵⁵ Mutlak eşitlik, hukuk düzeniyle bağdaşmaz (TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 26).

¹⁵⁶ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: "Eşit veya Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S.3, Ankara, 1998, s. 56. Ayrıca bkz. SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 36.

¹⁵⁷ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 26.

c.c. Ayrımcılığın Yaptırımı ve İspatı

Gerek Anayasa Hukuku, gerekse İş hukuku ve Ceza hukuku düzenlemelerinde cinsiyet ayrımcılığını önlemeye yönelik hükümler vaz edilmiştir. İşe alım aşamasında İş Kanunu'nun 5. maddesinde cinsiyet ayrımcılığının yasaklanmış olmasına rağmen¹⁵⁸, madde hükmünde yer alan tazminatın bu aşamada uygulanmayacak olması ise doktrinde dikkat çekilen başka bir noktadır.¹⁵⁹ Ancak yukarıda bahsettiğimiz 2019 tarihli ve 190 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin kabul edilerek iç hukukumuza aktarılması durumunda, bu aksaklık giderilebilecektir.

İş Kanunu'muzun 5. maddesine göre ayrımcılığa maruz bırakılan işçi “dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın” yanında mahrum kaldığı hakları da isteyebilecektir.¹⁶⁰ Burada bir üst sınır koyularak tazminatın belirlenmesi doğru bulunmamıştır. YENİSEY'e göre ayrımcılık nedeniyle maruz kalınan zarar ile tazminat tutarı arasında bir ilişki bulunmalıdır. Bu sayede AB normları ile de bir uyum sağlanırdı. Ayrıca bu durumda yaptırım daha etkili ve caydırıcı olacaktır.¹⁶¹ Bu açıdan, “dört aya kadar” ibaresi kullanılmayıp “en az dört ay tutarında tazminat” ile hakime belirlenen bu asgari tutarın üzerinde hüküm kurulması konusunda yetki tanınması gerekmektedir.¹⁶²

BAKIRCI'nın görüşüne göre: İşverenin yaptığı ayrımcılık durumunda 4 aylık ücret tutarında tazminat yaptırım olarak belirlenirken, iş görüşmelerinde ayrımcılık yapma halinin yaptırımı bağlanmaması bir eksiklik olup¹⁶³, iş görüşmelerinde yapılan ayrımcılık hallerinde de bu yaptırımın uygulanması gerekmektedir.¹⁶⁴ Zira burada bir yasak olmasına rağmen yaptırımı yoktur. BAKIRCI, doktrindeki “böyle bir yaptırım öngörülmediği için işverenin bu noktada serbest bırakıldığı ve bu nedenle iş görüşmelerinde ayrımcılık yapılması durumunda bu yaptırımın uygulanmayacağı” görüşünü reddetmektedir. Bu görüş kabul edilecek olursa İş Kanunu'nun 3. fıkrasındaki işverenin iş görüşmelerinde/iş ilişkisinin kurulmasında ayrımcılık yapamayacağına ilişkin düzenlemenin hiçbir anlamının kalmayacağını savunmaktadır. BAKIRCI, bu görüşüne dayanak olarak TCK'nun 122. maddesinde işverenin işe almada veya almamada cinsiyet ayrımcılığı yapmasını hapis veya adli para cezası ile yaptırım öngörülmüş

¹⁵⁸ “Bu takdirde ancak genel hükümlere göre, “culpa in contrahendo” ilkesi gereğince tazminat istenebilir.” (SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 262).

¹⁵⁹ KAYA/KÖSEOĞLU, s. 15.

¹⁶⁰ Ayrıca bu tazminatın talep edilebilmesi için herhangi bir zararın varlığı da aranmaz (ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 243).

¹⁶¹ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 263.

¹⁶² TAŞKENT / KURT, s. 38; DOĞAN YENİSEY, Kübra: “Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi”, s. 77.

¹⁶³ “Medeni ceza” niteliğindeki ayrımcılık tazminatı, çalışma ilişkisi içinde ve sona ermesinde talep edilebilir. (SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 263).

¹⁶⁴ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1274; YUVALI, s. 97.

bulunmasını göstermekte, aksi görüşün zaten başta temel düzenleme olan Anayasa'mızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddeye, "BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi"ne, "111 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi"ne, "Avrupa Birliği'nin 76/207 sayılı Yönergesi"ne de aykırı olacağını vurgulamaktadır. Nitekim, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın da bu yönde, yani işe almada ayrımcılığı doğrudan cinsiyet ayrımcılığı kabul eden kararları vardır.¹⁶⁵

Maddede işverenin ayrımcılık yapma niyetine de yer verilmemiştir. Ayrımcılığın yapılmış olması tazminatın talep edilebilmesi için yeterlidir.¹⁶⁶ Bir başka deyişle işçinin cinsiyeti nedeniyle farklı işleme maruz kaldığı gösterilmelidir. Ancak işverenin ayrımcılık yapma niyetinin bulunduğu sonucuna varılırsa, hâkim bu durumu tazminat miktarına yansıtabilir.¹⁶⁷

Ayrımcılık yasağına aykırı olarak sözleşmeyi sona erdiren işveren, bu hakkı kötüye kullanmıştır. Aynı zamanda yapılan fesih geçersiz ya da haksız niteliktedir.¹⁶⁸ Ayrıca iş sözleşmesi devam ederken işverenin ayrımcılık yasağına aykırı hareket etmesi halinde işçi tarafından "İş K. m. 24/II" uyarınca "iş şartlarının uygulanmaması" gerekçesiyle sözleşmenin feshedilmesi mümkün olacaktır.

b. Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü

Anayasa'mızın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesine göre: "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*". Bu şekilde, çalışma hürriyetini hiçbir şeyin sınırlamayacağına vurgu yapılmıştır. Ayrıca bu hakkın ihlali halinde Türk Ceza Kanunu'nun cezai yaptırımları da hükme bağlanmıştır.¹⁶⁹

¹⁶⁵ BAKIRCI, Kadriye: "*İşçi Kadınların İnsan Hakları*", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 3-7 Ocak 2006, C.III, Ankara Barosu Yayını, 2006, s. 361-362; YUVALI, s. 97.

¹⁶⁶ "Öğretide, işverenin de menfaatinin korunması gereğine işaret edilmekte ve işverenin iş sözleşmesinin kurulması sırasında doğum nedeniyle sürecek çalışma yasağını takiben altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanıp kullanmayacağını kadın adaya sorabileceği ileri sürülmektedir. Bu izni kullanmayacağını bildirdiği halde, ücretsiz izin talebinde bulunan kadın işçinin iş sözleşmesi, İş K. m. 25/II (a) uyarınca haklı nedenle feshedilebilecektir" (YAMAKOĞLU, Efe / KARAÇÖP, Eda: "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", MÜHFD., C. 20, S. 1, 2014, s. 487).

¹⁶⁷ DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 7-8; BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 33 vd.

¹⁶⁸ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 261; "Zira mevzuatımızda başta temel kanunumuz olan Anayasa'da ilke olarak temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmamasının önüne geçilmiş (TUNÇ, s. 79 vd.) ve yine Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde varlık bulan dürüstlük kuralı uyarınca da hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeni korumayacaktır."

¹⁶⁹ SOYASLAN, Doğan: "*İş ve Çalışma Hürriyeti'nin İhlali*", İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul, 2011, s. 814 vd.

c. Çalışma Hakkı ve Ödevi

Yine 48. maddeyi müteakip 49. maddede, çalışmanın sadece bir hak olmayıp, aynı zamanda bir ödev olduğu ifade edilmiştir. Madde, bu noktada yalnızca vatandaşlara değil, devlete de bazı görevler yüklemiştir. Bu bağlamda “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 alır”. Görüldüğü üzere devletin hem çalışanı hem de işsizleri koruma ödevi bulunduğu gibi, çalışma şartlarının iyileştirilmesine de katkıda bulunma mecburiyeti mevcuttur.

2. Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Düzenlemeler

Bilindiği üzere, cinsel taciz de cinsel ayrımcılığın bir türü olarak görülmektedir. Buna ilişkin olarak, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu”nda da “işçinin kişiliğinin korunması”¹⁷⁰ için birtakım önlemler öngörülmüştür. Sözü geçen hüküm işçinin tacize karşı korunması ve iş sağlığı ve güvenliği hükümleri açısından önemlidir. Nitekim bu maddenin ihlali halinde sözleşmeye aykırılık hükümleri gündeme gelecektir.

TBK m. 418’e göre ise, “işveren hizmet ilişkisinde ev düzeni içinde çalışan işçinin hizmet edimi için yeterli gıda ve barınma ihtiyaçlarını karşılayacak olup, ayrıca işçinin, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getirememesi durumunda işverenin, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorunda olduğu” hükme bağlanmıştır. Bir yıldan fazla kıdem bulunması halinde en fazla dört hafta olmak üzere ikişer gün arttırılır. Söz konusu hükümler işçinin gebelik ve doğum yapması halinde de uygulanacaktır.

TBK’nun 423. hükmünde de İş Kanunu’na tabi olamayan kadın çalışanı koruyucu bir düzenlemeye yer verilerek, “işverenin, gebelik ve doğum yapması sebebiyle işgörmeye edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacağı” öngörülmüştür.

¹⁷⁰ “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” (TBK. m. 417).

3. Bireysel İş Hukuku Bakımından Kadın İşçinin Korunması

İş hayatında, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya çalışan politikaları incelerken, ülkemizde mevcut kadın ve erkek arasında kesin ayrımcılık yapan bazı yasa ve uygulamalara dikkat çekmek gerekmektedir. Bu düzenlemeler genellikle kadınlar yararına getirilmiş olup, aşağıda bu düzenlemelere ilişkin bilgiler verilerek olumlu ve olumsuz görüşler incelenecektir.

a. 1475 sayılı İş Kanunu

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte kalan tek maddesi olan düzenlemesine göre, *“kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş akdini sona erdirmesi”* durumunda kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmiştir (m. 14). Yani herhangi bir kadın işçi, evlenme nedeniyle 1 yıl içinde iş sözleşmesini feshedebilir. Bu takdirde de kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir. Bu düzenleme, doktrinde ve yargıda birbirine zıt görüşlere ve birçok tartışmaya zemin hazırlamış olup, konu eşitlik ilkesine¹⁷¹ aykırılık ile kadın işçinin korunması arasında gidip gelmekte ve halen herhangi bir yeknesaklık sağlanamamıştır.

Bilindiği üzere evli bir kadının çalışabilmesi artık eşinin iznine tabi değildir.¹⁷² Medeni Kanun'un 159. maddesinin, yani kadının ancak eşinin izniyle çalışabilmesi hükmünün, Anayasa Mahkemesi tarafından iptali,¹⁷³ madde 14'te yer alan bu hükmün yerindeliğini artık tartışılabilir kılmaktadır.¹⁷⁴ Yani evlenen kadın işçiye işten ayrılması halinde bu hakkın tanınmasının yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.¹⁷⁵ Ayrıca işverenler bu hak nedeniyle bekar bir işçi yerine evli bir kadını tercih edebilecektir. Bu durum da kadın istihdamını sınırlayıcı niteliktedir.¹⁷⁶ Açıklanan nedenlerle, iş sözleşmesinin evlilik nedeniyle sona erdirilmesi halinde kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hükmün yürürlükten kaldırılması gerektiği belirtilmelidir.

¹⁷¹ İREN, s. 131.

¹⁷² İSPİR, s. 186.

¹⁷³ 2018 yılında halen 14 ülkede kadının çalışması, kocanın iznine bağlıdır, ayrıca 4 ülke ise kadının herhangi bir işe girmelerine izin vermemektedir.(WOOD, World Economic Forum, s.1 vd).

¹⁷⁴ ONARAN YÜKSEL, s. 310-311.

¹⁷⁵ Bahsi geçen hükmü kadın işçinin fiziksel, ahlaki ve mali açıdan kadının korunması amacı kapsamında değerlendiren ve cinsiyet nedeniyle ayırım yapılmamasına ilişkin ilkeyle uyumlu olduğu hakkında görüş için bkz. SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *“Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin İş İlişkisinde Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, İş Süreleri ve İş Şartları”*, “Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar”, Ankara 2003, s. 5, ayrıca s. 5 dn. 1.

¹⁷⁶ CENTEL, Tankut: *“Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”*, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 6.

Bununla birlikte, “iş akdini feshetmeye sebep olan durumun kendisi, örneğin kadının başka bir yerde çalışmaya başlaması gibi bir nedenden değil de¹⁷⁷, kadını çalışma yaşamının dışına iten toplumsal değer yargılarından kaynağını alıyorsa, düzenlemenin sonuçları, adaletin gerekleri ve kadının uzun vadede korunması çerçevesinde tartışmaya açık hale geldiği” ileri sürülmektedir.¹⁷⁸

CENTEL’e göre, kadının ekonomik özgürlüğünü kazanması, çalışma yaşamı içinde yer almasına bağlıdır, kadını çalışma yaşamından kopmaya özendirilecek tüm düzenlemelerin kadının korunmasına hizmet ettiği söylenemediğini ve bu bağlamda korunanın kadın işçi değil, kadın işçinin kıdem tazminatı olduğunu vurgulamıştır. Çünkü, evlenen kadın işçiye kıdem tazminatı hakkının tanınması, kadını çalışma yaşamından koparmaya ve hayatının ev yaşamıyla sınırlı kalmasına hizmet eden teşviklerin bir parçası olarak yer almakta ve kadınları çalışmaktan vazgeçirerek anne/eş olmalarını ödüllendirici niteliktedir.¹⁷⁹

Bu konuyu başka bir açıdan ele alan görüşlerde de hiç şüphesiz haklılık payı mevcuttur. Anayasa’nın 10. maddesi ile “Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ışığında, şiddete maruz kalan ve can güvenliği olmadığı için boşanma davası açan ve bu nedenle başka şehre (örneğin, ailesinin evinin bulunduğu yere) taşınmak için işinden ayrılmak zorunda kalan kadın işçilerin istifa ettiği gerekçesiyle kıdem tazminatının ödenmemesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.¹⁸⁰ Oldukça hassas bir dönemden geçen toplumumuzda günümüzde artan şiddet vakaları devam ettiğinden, elbette bu ihtimal de göz önünde tutulmalı ve bu açıdan bakıldığında işten ayrılan kadın işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerekliliği ortadadır. Ancak her durumun birbirinden bağımsız somut olaylar olacağı da düşünülürse, belki de bu sorunla alakalı spesifik bir düzenlemeye gidilmesi¹⁸¹ düşünülebilir. Zira bahsi geçen olay, evlilik tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde de cereyan etmeyebilir.

¹⁷⁷ Bu konuda Yargıtay’ın fesih sebebiyle bağlılık ilkesine önem verdiğini görmekteyiz (bkz. Y22HD., 27.06.2019, E. 2017/23136, K.2019/14404).

¹⁷⁸ İSPİR, s. 190; GÖKÇEÖĞLU BALCI, s. 1272; ONARAN YÜKSEL, s. 312.

¹⁷⁹ CENTEL, s. 6-7.

¹⁸⁰ SAĞLAM, s. 14.

¹⁸¹ Alman Hukuku’nda Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda isabetli bir önerisinden hareket etmek mümkündür: “Feshe Karşı Koruma Kanunu’nun uygulama alanı dışındaki kişiler, sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak meslek seçme özgürlüğü, keyfilik yasağı gibi temel hakların sağladığı korumadan büsbütün yoksun bırakılamaz; bu tür Anayasal hakların İş Mahkemeleri tarafından objektif iyi niyet kuralı gibi özel hukukun ilke normlarına yansıtılarak uygulanması gerekir”, yani bu görüşü bahsettiğimiz duruma uyarlayacak olursak, şiddet nedeniyle evini terk etmek zorunda kalan bir kadın pek tabii işinden de ayrılmak zorunda kalabilir ve bu nedenle işverenin istifa nedeniyle kıdem tazminatına imkan yaratacak bir davranış yükümlülüğünün dürüstlük kuralı uyarınca işverene yüklenmesi gerekecektir (SAĞLAM, s. 14).

Türk Anayasa Mahkemesi, -karşı oy ihtiva etmekle birlikte- bu düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır.¹⁸² Bizim kanaatimiz, yukarıda açıklanan sebepler dahilinde, bu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, ya bu düzenlemenin yalnızca kadına matuf olarak yapılmaması ve her iki cins için öngörülmesi ya da toptan kaldırılması yönündedir.

b. 4857 sayılı İş Kanunu

4857 sayılı İş Kanunu'muzda, kadınlar yararına görülebilecek maddelerden bir tanesi, işverene eşit davranma borcu yükleyen 5. maddedir. İş Hukuku'nda eşit davranma ilkesi, "işverene eşit davranma borcu yükleyen, keyfi davranışları yasaklayan" bir niteliğe sahiptir.¹⁸³ Bu ilke, "bütün işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini değil, gerçekten eşit durumda olan işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını engellemeyi" amaçlar. Zira farklı durumdaki insanlara eşit davranmak, eşit davranma ilkesine aykırı olur. Eşit durumda olanlara farklı ve aleyhte davranış cinsiyet unsuruna dayanıyorsa cinsiyet ayrımcılığı söz konusu olur.¹⁸⁴ 1. ve 2. Dünya Savaşları'nın ardından esas olarak savaş sonrası sosyal sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik bir araç olarak kullanılan eşitlik ilkesi,

¹⁸²Hükmü, eşitlik ilkesine aykırı görmeyen AYM, 19.06.2008, E. 2006/156, K. 2008/125 kararının gerekçesi şu şekildedir: "Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilirdiğinden, kadın çalışanların durum ve konularındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışan ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasaya aykırılığından söz edilemez." Oy çokluğu ile alınan kararın karşı oy yazısında ise şu görüşlere yer verilmiştir: "Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır ve bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz". "Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayrımın gerekçesi olamaz". "Bu, kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayrımcılık değil, erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımaları olup, ayrıca evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadını erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır". "Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır". "Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur." Kanımızca, karşı oy yazısındaki görüşler isabetlidir. "Evlenen kadın işçiye işten ayrılması halinde tanınan kıdem tazminatı hakkı, kadının evlenme halinde, ailevi yükümlülükler nedeniyle işten ayrılmasını olağan karşılayan geleneksel bir bakış açısının ürünüdür". "Geçmişte bu düzenlemenin belirli bir mantığı vardı, zira o dönemde şimdi yürürlükte olmayan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesi, kadının çalışmasını kocanın iznine bağlıyordu ve bu düzenleme, 29/11/1990 tarihinde AYM tarafından iptal edilmiştir (E.1990/30, K.1990/31) ve o tarihten beri artık evli kadının çalışmak için kocasından izin alması gerekmemektedir". Dolayısıyla, evlenen kadın işçiye işten ayrılması nedeniyle kıdem tazminatı ödenmesi, hukuken temelsiz kalmıştır." (CENTEL, s. 6; GÖKÇEYOĞLU BALCI, s. 1272; İSPİR, s. 186).

¹⁸³ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 36 vd.

¹⁸⁴ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 226; DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 3; SOYSAL, s. 8 vd. ; DOĞAN, Sevil: "Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı", TAAD, S.9, 2012, erişim adresi: <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934890.pdf>, erişim tarihi: 17.04.2019, s. 177.

insanlar arasında din, dil, ırk, renk, görüş, inanç veya cinsiyet bakımından eşit olduğu ve insanların onur, özgürlük ve kişiliklerine saygı gösterilmesi gerektiği fikrinin yoğun olarak savunulmaya başlamasının bir ürünüdür ve çalışanlar arasında yapılan keyfi ayrımların önlenmesi de bu düşünceler sayesinde olmuştur.¹⁸⁵

Günümüzde İş Hukuku'nda "eşit davranma ilkesi" olarak kabul gören ve bir anlamda özel hukuk ilişkisi içerisinde işverenden eşit muamele anlayışı öngören işbu ilke, esasen kamu hukuku dalında doğmuş ve gelişmiştir, zira devletin yasama yetkisini kullanırken ve bunları uygularken bireyleri eşit olarak ele alması, Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku'nun devletin kamu hizmetleri sunarken objektif davranması ve eşit işlem yapması gerektiği esasına dayanmaktadır.¹⁸⁶ İş Hukuku'nda eşit işlem borcu şeklinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmadan, işverenin iş ilişkisinin kurulmasında, sevk ve idaresinde ve dahi sona ermesinde işçiler arasında gerek objektif gerekse subjektif niteliklerini dikkate alarak eşit davranmasını öngörmekte, ayrıca işverene işyerinde çalışan işçilerine akla ve mantığa uygun davranma, haklı bir sebep olmadıkça farklı davranmama yükümlülüğü yüklediğinden, işverenin davranış ve klasik sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.¹⁸⁷ Lakin bu tanımdan, işverenin işçiler ne durumda bulunsunlar, nasıl çalışırlarsa çalışsınlar bütün işçilere her bakımdan eşit davranmasını öngörmez, keyfi işlem görerek kötü durumda bırakılan işçileri, aynı koşullara sahip oldukları halde daha iyi işlem gören işçilerin haklarına sahip kılmayı amaçlar.¹⁸⁸ Hukuki bakımdan eşitliğin anlamı, kişiler arasında belirli farklılıkları göz önünde bulunduran, farklıya farklı işlem yapabilen nispi (göreceli) bir eşitliktir.¹⁸⁹

Eşit davranma borcu veya ilkesi olarak nitelendirilebilecek bu yükümlülüğün, "işverenin işçileri arasında hem cinsiyet, ırk, dil, din, dünya görüşü ve benzeri"¹⁹⁰ kişisel

¹⁸⁵ UŞAN, Fatih: "Working Conditions of Women Workers in The Turkish Labour Law", A Comparative Study Of Women Issues, 2018, https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=X797DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA25&dq=fatih+u%C5%9Fan&ots=dipDfYa0hi&sig=M8WPmDuS26Bbn-iXQURSONoc8A0&redir_esc=y#v=onepage&q=fatih%20u%C5%9Fan&f=false, s. 2; KAYA, Pir Ali, s. 49; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 121.

¹⁸⁶ KAYA, Pir Ali, s. 49.

¹⁸⁷ KAYA, Pir Ali, s. 50; İREN, s. 131.

¹⁸⁸ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 120-121. Ayrıca örnek kararlar için bkz. Y9HD., 17.01.2019, E. 2017/9036, K. 2019/1503; Y22HD., 14.01.2019, E. 2018/14877, K. 2019/779; Y9HD., T. 20.11.2018, E. 2015/23998, K. 2018/21039; Y22HD., T. 24.09.2018, E. 2015/35120, K. 2018/19675; Y22HD., T. 16.05.2019, E. 2017/21775, K. 2019/10953; Y9HD., T. 09.07.2019, E. 2016/32575, K. 2019/15142; Y9HD., T. 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/11167; Y22HD., T. 26.03.2019, E. 2016/8370, K. 2019/6561.

¹⁸⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 120.

¹⁹⁰ "İş Kanunu'nun 5. madde 2. fıkraya düzenlemesi, işverenin esaslı nedenler olmadıkça iş sözleşmesinin türüne dayalı olarak farklı işlemler yapamayacağı düzenlenmiş, bu fıkraya dışında işverenin esaslı nedenler olmaksızın

özelliklerine bağlı olarak işe alırken, çalışma koşullarını belirlerken ve işlerine son verirken mutlak olarak ayrımcılık yapmaması¹⁹¹ hem de aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit şekilde davranma yükümlülüğü getiren bir işveren borcu olduğu” ifade edilmektedir.¹⁹² Cinsiyet dolayısı ile farklı ücret ödenmesi de aynı niteliktedir.¹⁹³ Bu konuda sözleşme özgürlüğünün bir önceliği olamaz.¹⁹⁴

Eşit işlem yapma borcunun en önemli işlevi, işçiyi korumaktır. Bu özellik, eşit davranma ilkesinin koruyucu işlevi olarak adlandırılmaktadır. Doktrindeki bu işlev, eşit davranma ilkesinin düzen sağlama işlevi olarak değerlendirilmiştir. Eşit davranma ilkesinin bir diğer işlevi ise “yorumlayıcı ve boşluk doldurucu olması”, yani uygulamada iş hukuku kaynaklarından herhangi birinde yer alan bir kuralın yorumlanması ihtiyacı ortaya çıktığında bu yorumun eşitlik ilkesine uygun olarak yapılması da gerekmektedir.¹⁹⁵

İşverenin eşit işlem yükümlülüğü hiçbir zaman mutlak bir eşit davranma zorunluluğu biçiminde anlaşılmamış olup, aksi düşünce normla güdülen amacı orantısız biçimde aşarak, işverenin sözleşme serbestisine bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Öte yandan eğer bu tip yükümlülüklerle amaçlanan bazı maddi eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ise ki kanımızca iş hukukumuzda böyle bir amacının varlığı tartışılabilir nitelik taşımaktadır, genel bir eşit davranma yükümlülüğünün varlığı bu tip bir amacın elde edilmesini de güvence altına almamaktadır. Şekli eşitlik anlayışının bir anlamda mevcut tüm eşitsizlikleri haklılaştırabilen yönü, belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle işverenin işçilere hangi açılardan eşit

keyfi işlemler yapamayacağına dair başkaca bir hüküm tesis edilmemiştir. Bu hali ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. madde düzenlemesinin Anayasa'nın 10. maddesi ile düzenlenen ayrımcılık yasağı ile genel olarak eşit işlem yapma borcunu kapsar biçimde düzenlendiği tespiti yapmak güçtür. Maddenin somut hali, işverenin eşit davranma borcunun sınırlarının tespiti bakımından güçlükler arz etmektedir. Sadece madde içerisinde düzenlenenlere sınırlı anlam verilerek ayrımcılık yapma yasağının belirtilenlerden ibaret olduğunu kabul etmek dışında, düzenlemenin genel anlamda işverenlerin eşit davranma borcuna karşılık yaptırımların da hukuki temeli olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu özel olarak değerlendirilmelidir” (NAZLI, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 572-573).

¹⁹¹ PLAYER, s. 120-121.

¹⁹² ULUCAN, *Eşitlik İlkesi*, s. 373-374; SENYEN KAPLAN, *İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi*, s. 226; YUVALI, s. 1; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: *“İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması”*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, 2016, s. 319.

¹⁹³ “Elbette bu ilke, evrensel cinsiyet eşitliği politikaları ve AB direktifleri ile uyum içindedir fakat Türkiye’de yaşanan koşullara baktığımızda, bu ilkelerin eşitliği sağlamaktan uzak olduğunu görüyoruz. Zira öncelikle İş Kanunu’nun kapsamı sanıldığı gibi aksine çok dardır. Geçici ve yevmiyeli olarak ev hizmetlerinde ve ev-eksenli çalışanları -ki bunların çoğunluğu kadındır- kapsamamaktadır. Kanun maddesinde eşitlik ilkesi tanım olarak dardır ve her türlü ayrımcılığa karşı mücadele etmek bakımından önem taşıyan işe alım aşamasını ve meslek içi eğitimi ve işte yükseltme aşamalarını kapsamamaktadır” (DEDEOĞLU, *Eşitlik mi Ayrımcılık mı?*, s. 49).

¹⁹⁴ ULUCAN, *Eşitlik İlkesi*, s. 374; SÜRAL, *Kadın İstihdamı*, s. 285-286.

¹⁹⁵ YILDIZ, Gaye Burcu: *“İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu”*, Yetkin Yayınları, birinci bası, 2008, Ankara, s. 61.

davranmak zorunda olduğu yahut işçilerin hangi açılardan eşit durumda bulunmalarını hedeflediğimizi (eşit fırsatlar) belirlemek gerekmektedir.¹⁹⁶

Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için karşılaştırılabilir bir çevrenin bulunması gerekir.¹⁹⁷ Bu durum da ancak aynı işyerinde mümkün olabilir. Yani işverenin farklı işyerlerinde aynı türden iş görülse dahi bu işyerlerinde çalışan işçiler açısından eşit davranma borcunun bulunmadığı belirtilmelidir. Nitekim işyerlerinin buldukları yerlerin özellikleri (merkeze uzaklık, ulaşım durumu, yerel piyasa vb.) işverenleri, faaliyet alanı aynı olsa dahi iki ayrı işyerindeki işçilere eşit işlem yapmaması bakımından haklı kılabilir.¹⁹⁸

TUNCAY'a göre; işçinin gebelik, hastalık, sakatlık vb. durumlarında koruyan yasa hükümlerine aykırılık, cezai yaptırımlara tabi olma haricinde işverenin eşit davranma borcuna aykırılıktan çok, onun işçiyi gözetme borcuna aykırılık teşkil etmektedir.¹⁹⁹

Doktrinde ileri sürülen bazı görüşlere göre; aynı işyerinin işçisi olma, eşit davranma borcunun uygulanması açısından kural olmakla birlikte istisnaen aynı işletmeye dahil işyerlerinde işverenin ayrımcılık yasağına tabi olabileceği yönündedir. Ancak bu durum, özellikle aynı işletmeye dahil işyerleri birbirine mesafe olarak çok yakınsa veyahut işyerleri arasında işçi değiş tokuşu varsa mümkün görülmelidir.²⁰⁰

Ücrette eşitlik, işverenin²⁰¹, işçilerine çalışmalarının karşılığını öderken, keyfi olarak farklı ücret ödememesi, örneğin ücretlere zam yaparken ayrımcılık yapılmamasını²⁰² ifade eder.²⁰³ İşverenin yapacağı ayırımın haklı nedene dayanması, hukuken geçerli bir nedeninin bulunması gerekir. Anayasa'nın ücrette adaletin sağlanmasını öngören 55/II. maddesinde öngörülen ve Devletin, "*çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri*" için

¹⁹⁶ DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 3.

¹⁹⁷ Bu konuda bkz.: YILDIZ, s. 303.

¹⁹⁸ YUVALI, s. 48; DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 2; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku'nda Eşitlik İlkesi, s. 239.

¹⁹⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 136.

²⁰⁰ YUVALI, s. 49.

²⁰¹ Eşit davranma ilkesinin en belirgin muhatabı işveren olsa da tek muhatabı değildir. Örneğin, toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaların da bu yasağı aykırı toplu sözleşme normları kararlaştırabilmeleri mümkün değildir. (DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 2).

²⁰² SENYEN KAPLAN, Eşit Ücret İlkesi, s. 56.

²⁰³ Ancak Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında; davacı işçiyle aynı bölümde çalışan işçilere zam yapıldığı halde davacıya zam yapılmadığının sabit bulunduğundan bahisle, isabetli olarak bunun işverenin eşit davranma borcuna aykırı bir davranış olduğu beyan etmiş ve işverenin davacıya zam yapmamasında haklı görülebilecek bir nedenin varlığına ilişkin herhangi bir ispat vasıtasına dayanmadığını vurgulamasına rağmen kararın sonuç kısmında devamında, ücret zammı yapmanın tek başına ayrımcılık yasağına aykırı olmadığı, bu yüzden eşit davranma borcuna aykırılık bulunsa da m. 5 kapsamında tazminata hükmedilmemesi gerektiği kanaatine varmıştır (Y22HD., 03.07.2019, E. 2017/23268, K.2019/14998).

gerekli tedbirleri alması gerektiğine ilişkin hükümde ücret eşitliğinin sağlanması kast edilmektedir.²⁰⁴ Bunun için karşı cinsten işçilerin verimleri mukayese edilmelidir.²⁰⁵

Eşitlik ilkesinin tanımını yaparken, öğretide “benzer durumda olma” ya da “karşılaştırılabilir olma” formülasyonu yetersiz, bazen de sorunlu olduğu ve benzerliğin nispi olması gerekçesiyle eleştirilmektedir. İki ayrı cinsiyetten kişinin aynı olması olanaklı değildir. Dolayısıyla kadınlar açısından karşılaştırılabilir erkek bulmak sorunludur. Örneğin, kadınlar biyolojik olarak erkeklerden farklı olduğu için, bir kadın işçinin gebelik veya doğum nedeniyle eşit olmayan muamele iddiasında, ABD Hukuku’nda olduğu gibi gebe kadın işçi ile hastalığı nedeniyle geçici işgöremez hale gelmiş erkek işçi karşılaştırması gerçekçi değildir.²⁰⁶ Ücret açısından işyerinde karşılaştırılabilir bir erkek işçi yok ise düşük ücretten şikâyet edilemeyecek ve ücret eşitsizliğinden söz edilemeyecektir. İşgücündeki mesleki ayrışma nedeniyle örneğin kadın işçilerin egemen olduğu bir işte çalışan kadın işçi veya işyerindeki bir sekreter veya temizlikçi kadın, işyerinde eşdeğer iş yapan karşılaştırılabilir bir erkek işçi bulamayacaktır.²⁰⁷ Pek çok kadın, ev ve bakım yükümlülükleri nedeniyle erkeklerle eşit olarak rekabet edebilecek durumda değildir. Dolayısıyla kadınları bütün bu yükümlülüklerinden soyutlayıp, bu yükümlülükleri olmayan bir erkekle karşılaştırmak da gerçekçi değildir.²⁰⁸

Eşit işlem borcunun erkek işçilerin durumlarını da kötüleştirmemesi gerekir. Örneğin, “bir hastanede tüm personelin kadın olmasının benimsenmesi halinde ortada bir pozitif ayrımcılık değil, gerçek anlamda erkekler aleyhine bir ayrımcılık söz konusu olduğu; eşit sayıda kadın ve erkek çalıştırılması veya belirli bir kota öngörerek belirli sayıda kadın işçinin işe alınması ve bu karar doğrultusunda ayrımı kaldırma savı ile aynı ücret almalarının kabulünün de eşit işlem yapmakla bir alakası olmadığı, aksine sırf kadın olmaları nedeni ile

²⁰⁴ “1475 sayılı Kanun’un 26. maddesi ve 4857 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle paralellik arz eden Eşit iş, Amerikan Eşit Ücret Yasasında aynı ya da aynı sayılabilecek ölçüde benzer iş (same or substantially similar work) olarak tanımlanmış; İngiliz Eşit Ücret Yasası da eşit iş kavramını aynı ya da niteliği itibarıyla eşit iş olarak sınıflandırılan iş (equal work or work rated as equal) olarak tanımlamıştır” (SOYSAL, s. 27).

²⁰⁵ KAYA/KÖSEOĞLU, s. 11; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi, s. 250.

²⁰⁶ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 17; DEDEOĞLU, (Eşitlik mi Ayrımcılık mı?), s. 49.

²⁰⁷ “TİHEKK düzenlemesi, İş Kanunu düzenlemesine nazaran çok daha kapsamlıdır. Zira İş Kanunu düzenlemesi, cinsiyet veya gebelik bakımından öngörülen istisnai hal dışında işe alım bakımından işverenin eşit davranma borcunun olmadığı kabulünü gerektirmektedir. Nitekim Yargıtay kararları da eşit davranma borcunun kural olarak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borç olduğunu kabul etmektedir. TİHEKK ise; istihdam ve serbest meslek alanında ayrımcılık yasağına yer verdiği m. 6 düzenlemesinde “bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dahil olmak üzere işle ilgili süreçlerin hiçbirinde” ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. Kanun düzenlemesinden açıkça görüleceği üzere ayrımcılık yasağı yalnızca iş ilişkisinin devamı veya sona ermesi süreçleri bakımından kabul edilmemiş, işe alım süreci de kapsam dahilinde kabul edilmiştir.” (KAYAALP, s. 76)

²⁰⁸ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 17.

belli sayıyı tutturmak ve bu yoldan eşitliği sağlamak amacı ile aslında hak etmediği halde daha nitelikli veya işe daha uygun bir erkek işçinin yerine bir kadın işçinin alınması ve bundan öteye yine olası bir nitelik farkına bakmadan aynı ücretin ödenmesini öngörmekte eşitlik ilkesinin ters işlemesine yol açabileceği” ifade edilmiştir.²⁰⁹

Yine işçinin cinsel yaşamının, evlilik hayatının, eşi ile birlikte yaşayıp yaşamadığının, gönül ilişkilerinin²¹⁰ cinsel yönelimi suç sayan kanuna aykırı bir hüküm bulunmadığı sürece²¹¹ bunların da Anayasa m. 20 gereğince işvereni ilgilendirmediği kabul edilmelidir.²¹² İşverenin bu yönde de bir ayrımcılığa gitme hakkı bulunmamaktadır.²¹³

İş Kanunumuz, süreli fesihte işverene iş güvencesi kapsamındaki işçinin performansının düşük olmasını fesih için geçerli neden kabul etmiştir. Ancak 18. maddenin “d” bendinde, “*İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler*”in fesih için geçerli neden teşkil etmeyeceği düzenlenerek özel bir koruma öngörülmüştür.²¹⁴ Ancak iş güvencesi kapsamı dışındaki kadınlar, yani

²⁰⁹ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 377-378.

²¹⁰ Y9HD., 15.04.2019, E. 2018/10504, K. 2019/8673.

²¹¹ MANAV ÖZDEMİR, s. 756; YUVALI, Ertuğrul: “İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Turhan Kitabevi, birinci bası, 2012, Ankara, s. 128 vd.

²¹² “Bir örnek vermemiz gerekirse, Adalet Divanının (ATAD) önüne gelen Grant davasında, bir tren yolu şirketi, çalışan işçileri yanı sıra eşlerine veya birlikte yaşadıkları kişilere ve bakmakla yükümlü olduğu bireylere tren biletlerinde indirim hakkı tanımıştır. Şirkette çalışan kadın işçilerden Grant, iki yıldan uzun bir süredir bir başka kadınla anlamlı bir ilişkisi bulunduğunu belirterek birlikte yaşadığı kişi için de indirim talep etmiş, işveren ise evli olmayan çiftler için taşıma indiriminin ancak farklı cinslerdeki çiftler için tanındığını belirterek bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine Grant kendi selefi olan erkek işçinin bir kadınla iki yıldan uzun süren anlamlı bir ilişkisinin olduğunu beyanı üzerine indirimden faydalandırıldığını da belirterek cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmiştir. Yerel mahkeme cinsel tercihe dayalı ayrımcılığın cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunu ön inceleme yoluyla Avrupa Birliği Adalet Divanına yöneltmiştir. Konunun bizi ilgilendiren yönü Divan’ın burada ayrımcılık oluşturan bir davranış var mıdır sorusunu yanıtlarken başvurduğu yöntemdir. Divan işveren tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik uyarınca taşıma indiriminin evlilik halinde eşlere veya karşı cinse mensup biriyle belirli bir süreklilik taşıyan, anlamlı bir ilişkisi olan çiftlere uygulanacağını belirterek, yönetmelik hükmünün uygulanması açısından kadın işçiyle erkek işçi arasında bir fark bulunmadığını, erkek bir işçi kendi cinsine mensup bir kişiyle anlamlı bir ilişkisi olduğunu belirtseydi de taşıma ücretlerinden indirim talebinin reddedilecek olduğunu, dolayısıyla yönetmelikle belirlenen normun her iki cinsde de aynı şekilde uygulanması nedeniyle cinsiyete dayalı bir ayrımcılıktan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Bu olayda Divan homoseksüel bir kadın işçiyi homoseksüel bir erkekle karşılaştırmıştır. Heteroseksüel bir erkek işçiyle karşılaştırsaydı varacağı sonuç tamamen farklı olacaktı. Nitekim sonraki bir davada cinsiyet değiştiren bir öğretmenin okul yönetimine karşı açtığı davanın cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil edip etmediği sorusunu olumlu yanıtlarken, Divan karşılaştırma yaptığı grubu değiştirmiş ve cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren işçinin eski cinsiyetine mensup işçilerle karşılaştırıldığında olumsuz davranışa maruz kaldığı, bu durumun da cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. O halde ayrımcılık iddiasında bulunan işçinin kiminle karşılaştırılacağı belirlenmesi varılacak sonuç açısından temel bir önem taşımaktadır.” (DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık, s. 5).

²¹³ Y9HD., 11.02.2019, E. 2015/30385, K. 2019/3149 sayılı kararının gerekçesinde de bu konuya değinilmiştir.

²¹⁴ “Gebelik ile ilgili bir örnek verelim: Bir yıllık belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışmaya başlayan kadın işçi, işe başladıktan dokuz ay sonra gebe geliyor ve onbirinci ayda gebelikten kaynaklanan bir nedenle işe devamı geçici olarak imkansız hale geliyor. İşverenin kadın işçinin işe devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesini derhal feshedebilmesi için, devamsızlığın bildirim süresi (4 hafta) + 6 haftalık süreyi aşması gerekir. Oysa iş sözleşmesi belirtilen 10 haftalık süre geçmeden gebelikten kaynaklanan hastalığın başladığı 11. aydan bir ay

otuzun altında işçinin çalıştırıldığı işyerinde çalışan kadınların iş sözleşmesinin hiçbir neden olmaksızın sona erdirilmesi mümkündür. Fakat kadın işçinin cinsel taciz taleplerine karşılık vermemesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi ya da örneğin, kadın işçinin verim düşüklüğü cinsel tacize dayalı ise, feshin geçersiz fesih (kötüniyetli fesih) olarak kabul edilmesi gerekir. Kadın işçinin böyle bir olayı şikâyet etmiş olması veya dava açması nedeniyle iş sözleşmesinin feshi kötüniyetli fesihtir.²¹⁵ Kadın işçi, bu fesihten kaynaklanan hakları, yani kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı veya sendikal tazminatı talep edebilecektir.²¹⁶

Her ne kadar doktrinde tartışmalı olsa da kanımızca, iş güvencesi kapsamında olan işçiler için iş güvencesi tazminatı ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen ve ayrımcılık tazminatı olarak nitelendirilen tazminatın farklı işlemlere sahip olmaları nedeniyle ayrı ayrı istenebileceklerini de eklemek gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 21. maddesinde öngörülen tazminat, geçersiz fesih sonucunda işe başlatmama durumunda söz konusuysen, ayrımcılık tazminatı ise eşit davranma ilkesine aykırılık durumunda öngörülmektedir.²¹⁷ Bu noktada, bir diğer tartışmalı konu olarak, kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceğine değinilebilir. Kanımızca da, her iki tazminatın hukuki dayanağı farklı olduğundan iş sözleşmesinin feshinin hem kötüniyetli hem de ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmesi halinde her iki tazminat ayrı ayrı talep edilebilir.²¹⁸

Gebe işçinin işinden uzak kaldığı zamanlarda fesih yapılamayacağı gibi, gebelik döneminden önce yapılan fesih de, gebelik süresince kesilir ve işçi işe tekrar başladığında işlemeye devam eder.²¹⁹

Ayrımcı davranış illa ki cinsel amaçlı olmayabilir. Karşı tarafı küçük düşürmek, onu soyutlamak, işten çıkmaya zorlamak vb. nedenlerle olabilir.²²⁰ Cinsel sözcüğü, cinsiyet

sonra (bir yıllık sözleşme süresi tamamlanmış olmaktadır) bir yıllık sürenin geçmesiyle sona erecektir.” (EKONOMİ, Gebelik ve Doğum, s. 13-14).

²¹⁵ BAKIRCI, İşçi Kadınların İnsan Hakları, s. 365.

²¹⁶ BACAĞ, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf : “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 9, S.2, 2007, <http://www.kamu-is.org.tr>, s. 20.

²¹⁷ KAYA/KÖSEOĞLU, s. 13.

²¹⁸ KAYA/KÖSEOĞLU, s. 13.

²¹⁹ SENYEN KAPLAN, *İşverenin Fesih Hakkı Sınırları*, s. 92.

²²⁰ “Bu konuda Yargıtay’ın güncel bir kararı bulunmakta olup, bu kararda işyeri içindeki uygulamaların ve iş akışında davacının sorumluluğunda olan ve davacı tarafından bizzat yürütülen pek çok işin davacı atlanılmak suretiyle yürütüldüğü, davacının yetki ve bilgi paylaşımlarında tamamen arka planda bırakıldığı, yani açıkça gözden çıkarıldığının birtakım davranışlarla hissettirilmesi durumlarını m.5’te sayılan sebepler içerisinde dahil

kavramını da içine alan bir sözcük olmakla birlikte cinsiyet temelli davranış da cinsel tacizi oluşturur. Yani bir kadına, kadın olmasından ötürü aşağılayıcı sözler söylenmesi de cinsel tacizdir. Bu nedenle “cinsel amaç” sözcüğünün maddeden çıkarılması gerekmektedir.²²¹

İş sözleşmesinin derhal feshinde, İş Kanunu’nun 25. maddesi, işverene işçinin iş sözleşmesini ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle fesih olanağı tanımaktadır. Örneğin, işçi işverene karşı şiddet içeren, hakaret içeren bazı davranışlarda bulunursa, işveren işçinin iş sözleşmesini haklı nedenlerle sona erdirebilir. Ancak eğer bu tepkiler, yine kadın işçinin tacize uğramasının sonucuysa burada da yapılan fesih haksız olarak değerlendirilmelidir.²²²

“İş kazası, hastalık, analık, askerlik, grev ve lokavt”, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gibi haller işçinin geçici ve kusursuz olarak iş görme borcunu yerine getirmesini olanaksız kılar. İşçinin iş görme edimini geçici olarak yerine getirmesini engelleyen bu gibi durumlarda iş akdi sona ermeyip askıya alınır,²²³ engellerin ortadan kalkmasıyla da iş ilişkisi tekrar normal hükümlerini doğurmaya devam eder. İş güvencesinin sağlanması ve sürekli borç ilişkisi kuran tarafların iradesinin ilk engelde onu ortadan kaldırmayı değil, sürdürmeyi amaçladıkları olgusu, şüphe halinde sözleşmenin askıya alındığına hükmetmeyi gerekli kılar.²²⁴ İşte bu nedenle m. 74’teki süreler içerisinde işverenin herhangi bir fesih bildirimini yapması durumunda bu bildirim, m. 74’teki sürelerin bitmesinden itibaren ve buna ilaveten m. 17’de ifade edilen ihbar sürelerinin üzerinden 6 haftanın bitimine kadar herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.²²⁵

“Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik”te analık izni ise; “kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izin” şeklinde tanımlanmıştır (m.4/a). İş K. m 74. maddesine göre, analık izni süresi, “doğumdan önce sekiz (çoğul gebeliklerde on hafta) doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftadır”. “Doğumdan önceki sürede kadın işçinin sağlık durumunun uygun olması ve doktorun onayı ile doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışabilmesi ve kullanılmayan sürenin de doğumdan sonraki sekiz haftaya eklemesi mümkündür”. Hamile

etmediğinden dolayı davacının ayrımcılığa dayanan taleplerini reddetmiştir.” (Y.9.HD. 09.07.2019 E. 2016/32575, K. 2019/15142) .

²²¹ BAKIRCI, İşçi Kadınların İnsan Hakları, s. 362-363.

²²² BAKIRCI, İşçi Kadınların İnsan Hakları, s. 365-366.

²²³ SÜZEK’in tabiriyle: “İş akdinin askıda kalması sonucunu doğuran nedenler işçinin işe devamsızlığını meşru hale getirir, askı süresi içinde işveren sözleşmeyi bu nedenlere dayanarak feshedemez.”

²²⁴ SÜZEK, Sarper: “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, DEÜHFD., C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 115 ; 125.

²²⁵ SENYEN KAPLAN, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 2016, s. 330.

işçinin doğumdan önce ve sonra toplamda 16 haftalık süre çalıştırılmaması için işyerinde belirli bir süre çalışmış olması gerekli olmamakta, bir diğer deyişle kanun, bu hakkın kullanımını bir kıdem koşuluna bağlı tutmamıştır.²²⁶

6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”²²⁷ ile Kanuna 2011 yılında eklenen hükümlerle kadın işçinin erken doğum yapması halinde²²⁸ doğumdan önce kullanamadığı sürelerin doğum sonrasında kullanılabilmesinin de yolunun açıldığını ifade edelim.

Analık iznine ilişkin olarak, doğumdan önceki bu izinlerin kullanılması, işçiler için bir hak, işveren için ise bir yükümlülüktür. Ancak kanun koyucu, 6663 Sayılı Torba Kanun²²⁹ ile yaptığı bir değişiklikle²³⁰ bu hakkın sadece doğum yapmış kadına değil, aynı zamanda doğum sırasında veya sonrasında eşi ölmüş olan babaya da tanınacağını hüküm altına almıştır.²³¹ Torba Kanundan önce, doğum öncesi iznin bir bölümünün veya tamamının erken doğum nedeniyle kullanılamaması halinde, kullanılamayan kısım yanmakta, doğum sonrası izne eklenememekteydi.^{232 233}

Çocuğun ölü doğması ya da doğumdan çok kısa süre sonra ölmesi haline ilişkin olarak da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak analık izni, sadece çocuğun sağlığı açısından değil, ayrıca doğum yapmış kadının hem fiziksel hem de psikolojik olarak iyileşmesine de hizmet eden bir süre olduğundan dolayı²³⁴ yine burada da doğum sonrası kullanılacak olan izinlerden²³⁵ bir kısaltma yapılmaması gerektiğini söylemek mümkündür.²³⁶

²²⁶ SÜMER, s. 392.

²²⁷ R.G. Tarih: 25.02.2011, Sayı: 27857; KÖSEOĞLU, İş Hukukunda Analık, s. 105 vd.

²²⁸ “Doğumun tahmin edilenden geç olması halinde ise mevzuatımıza baktığımız zaman buna ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığını görmekteyiz. Aydınlatıcı ve yoruma yardımcı olması açısından 6 numaralı Kamu Personeli Genel Tebliği’ne baktığımız zaman burada, doğumun tahmin edilenden geç olması halinde doğum sonrası kullanılacak olan analık izninden herhangi bir süre kısıtlaması yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla biz bunu 74. madde kapsamında amaca uygun yorumladığımızda, uygulanabilir olduğunu söylemek mümkündür” (MANAV ÖZDEMİR, Eda / ERDOĞAN, Canan: “İş Hukukunda Analığın Korunması”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara, s. 1169).

²²⁹ RG. Tarih:10.02.2016, Sayı: 29620.

²³⁰ Kanun’un kadın çalışanlar lehine getirdiği koruyucu yenilikler ile ilgili detaylı bilgi için bkz. SÜRAL, Nurhan: “Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 21, 2011, s. 5 vd.

²³¹ MANAV ÖZDEMİR / ERDOĞAN, s. 1169.

²³² SÜRAL, Torba Kanun, s. 5 vd.

²³³ İsviçre’de hamile işçilerin işverenine bildirim yaparak her zaman işi bırakma hakları bulunuyordu (SENYEN KAPLAN, Emine: “İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı” Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, s. 711).

²³⁴ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “Türk İş Hukuku’nda Analık”, İş ve Hayat Dergisi, C. 2, S. 4, 2016, s. 98.

²³⁵ “Bu hakkın baba tarafından kullanılabilmesi için annenin ya da doğum esnasında ya da doğum sonrasında ölmesi gerekmekte olup, yine bu hakkın kullanılabilmesi için hem annenin hem de babanın işçi olması gerekmektedir,

Evlat edinme iznine gelirse, çocuğun hangi anda 3 yaşını doldurmamış olması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, genel kabul gören görüşe göre çocuğun evlat edinme anında 3 yaşını doldurmamış olmasının yeterli olduğu savunulmaktadır.²³⁷

Kanun'da öngörülen süreler kadar çocuğun bakımı için ücretsiz izin verilir, kanundan anlaşıldığı kadarıyla bu hakkın kullanılabilmesi için çocuğun sağ olması gerekir. Zira bu hak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi için verilir. Örneğin, doğumdan sonra çocuğun başka birine evlatlık verilmesi veya başka gerekçelerle Bakanlık tarafından çocuk alınmışsa ya da eşler boşanmış ve çocukların velayeti bu hakkı kullanan kişide değil de ebeveynlerden diğersindeyse bu hakkın kullanılmasının söz konusu olmadığı kabul edilmektedir. Bu hak ancak talep edildiği takdirde kullanılacaktır.²³⁸ İş K. m. 74/1 hükmünden hareketle, doğum esnasında ya da doğum sonrasında annenin ölümü halinde doğum izinleri baba tarafından da kullanılabilir, ancak anneyle birlikte çocuğun da ölmesi halinde böyle bir izin söz konusu olamayacaktır.²³⁹

Bir diğer düzenleme örneği de “Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” m. 10 hükmüdür. Gerçekten bu hükme göre çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla analık ve süt izninde İş Kanunu m. 74 maddesinin uygulama alanı bulacağını belirtilmiş ve bu hususta İş Kanunu'na atıf yapılmıştır. Kanunu'muzun 74. maddesinde, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için doğumdan itibaren her gün 1,5 saatlik süt izni²⁴⁰ öngörülmüş olup, bu izin süresinin çalışma süresinden sayılacağı ve işçinin bu izni ne şekilde isterse öyle kullanacağı²⁴¹ hüküm altına alınmış olup, ayrıca bu hususta işverene birtakım yükümlülükler

zira annenin kullanmadığı analık izni kavramından bahsediyoruz. Ayrıca kanun koyucunun baba ibaresini kullanmasından, anneyle baba arasında mevcut bir evliliğin aranmayacağını da söyleyebiliriz.” (MANAV ÖZDEMİR/ERDOĞAN, s. 1169).

²³⁶ MANAV ÖZDEMİR/ERDOĞAN, s. 1169-1170.

²³⁷ MANAV ÖZDEMİR/ERDOĞAN, s. 1173.

²³⁸ MANAV ÖZDEMİR/ERDOĞAN, 1171.

²³⁹ SÜMER, s. 391.

²⁴⁰ “Kanunda bebeğin anne tarafından fiilen emzirilip emzirilmemesine göre bir ayırım yapılmamış, çocuk bir yaşına gelinceye kadar bu sürenin istisnasız verilmesi kabul edilmiştir” (AYDIN/DEMİRKAYA, s. 97 ; YUVALI, s. 110).

²⁴¹ Bu hususta doktrinde süt izninin toplu olarak kullanılarak kullanılmayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, ÇOPUROĞLU'nun görüşüne göre; kanunun amacı göz önünde tutulduğunda süt izninin çocuğun ihtiyaçlarının günlük olarak karşılanması olduğundan, izinlerin toptan kullanımının mevzuata uygun olduğu söylenemese de, zaman zaman izin kanunda düzenlendiği şekliyle olduğu gibi kullanılmasına işçinin zorlanması izin hakkını anlamsız kılabilir. Örneğin, servis kullanımının zorunlu olması yahut işyeri ile iznin kullanılacağı yer arasındaki mesafenin uzak olması durumlarında bu izinlerin kullanılmasının ne işçiye ne de bebeğe herhangi bir faydası olmayacak olup, zaten kanunun amacı gerçekleşmeyecektir. Bu durumun mevcudiyeti halinde, talebin işçiden gelmesi ve işverenin bunda bir sakınca görmemesi halinde iznin toplu

verilmiştir.²⁴² Hatta Yargıtay, yeni tarihli kararlarında eski kararlarından farklı şekilde süt izninde kadın işçinin çalıştırılmasını “fazla çalışma” olarak görmektedir.²⁴³

İşçinin, iznin kullanma biçimine ilişkin tercihlerini işverene dürüstlük kuralı çerçevesinde bildirmesi gerekli olup, bu izinlerinin işverence kullandırılmaması durumunda kendi kararı ile kullanabilir. İznin işverenin onayı ve/veya katılımı olmaksızın kullanılması, bir devamsızlık ve/veya işi ifa etmeme olarak yorumlanamaz, buna dayanan fesihler haksız, geçersiz olacaktır.²⁴⁴ Hükmün kaleme alınma amacı doğrultusunda, bebeğin herhangi bir nedenle emzirilememesi halinde bile 1.5 saatlik iznin kullandırılması gerekir.²⁴⁵ Kanaatimizce, her ne kadar madde metninde açıkça “süt izni” olarak ifade edilse de, bu iznin kullanımı, bebeğine süt veremeyen kadın işçilere de tanınmalıdır. Zira 74. hükmün amaçladığı husus yalnızca bebeğin gıda alması değil, annenin bebekle ilişki kurabilmesi, onunla ilgilenebilmesidir. Dolayısıyla örneğin bebek bir nedenden ötürü hastanede kalsa ve gıda takviyesi hemşireler ya da bakıcılar tarafından yerine getirilse bile kendisine süt izni kullandırılmalıdır.²⁴⁶

“6663 sayılı Torba Kanun” ile getirilen önemli yeniliklerden biri de, Kanun’un 21. maddesi ile İş Kanunu’nun 13. maddesine eklenen 5. fıkra ile çocuk bakımı konusunda

kullandırılabilir.” (ÇOPUROĞLU, Çağlar: “Süt İzni Üzerine Düşünceler”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2016, s. 101). Yargıtay, haklı olarak süt izninin toplu şekilde kullanılmasını/kullandırılmasını Kanun’un amacına aykırı olduğu gerekçesiyle kabul etmemektedir (Bkz. Y9 HD. T. 02.04.2018, E. 2017/5607, K. 2018/7152 sayılı karar ; Y9 HD. T. 27.04.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375). Doktrinde de, iznin niteliği gereği her gün kullanılması gerektiği ve bunun toplu olarak kullanılamayacağını savunan görüşler bulunmaktadır (ARSLAN ERTÜRK, s. 362; URHANOĞLU CENGİZ, Hamilelik ve Analık, s. 35; KÖSEOĞLU, s. 111, dn. 51; s. 433; GÜNEŞ, Volkan: “New Regulations Related To Unpaid Leave And Part-Time Work After Birth”, Global Business Research Congress (GBRC), C. 3, S. 1,2017, İstanbul, s. 392-401). Kanaatimizce her ne kadar süt izinlerinin toplu olarak kullanılması kanunun amacına aykırı olsa da, bunun önüne geçmek işçinin aleyhine bir durum yaratabilir. Bu noktada süt izninde çalışılan sürenin fazla çalışma olarak sayılması ve işçinin bu ücrete hak kazanması, aleyhte oluşan bu durumun telafisine bir nebze katkı sağlasa dahi, bunun da kanunun amacına uygun düşeceği söylenemeyecektir.

²⁴² “2013 tarihli ve 28737 sayılı Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik”in 13. maddesine göre: “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 bir emzirme odasının kurulması zorunludur. 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 bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür.”

²⁴³ Y9HD., 27.04.2017, 4543/7375 (SÜMER, s. 397).

²⁴⁴ ÇOPUROĞLU, Süt İzni, s. 99.

²⁴⁵ OĞUZ, Özgür, s. 583; KÖSEOĞLU, İş Hukukunda Analık, s. 111, dn. 51.

²⁴⁶ Nitekim CENGİZ’in ifadesiyle, hükmün amacı esasen bu zaman diliminde annenin çocuğuyla yakından ilgilenebilmesine imkan tanımak olduğu için, eğer anne herhangi bir nedenden ötürü bebeğini emziremezse, bu takdirde de süt izninin işveren tarafından kullandırılması gerekir. (CENGİZ, İhtar: “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4, 2009, s. 35).

ebeveynlere tanınan kısmi süreli çalışma imkânıdır.²⁴⁷ Bu düzenleme ile mevzuatımıza ilk kez “ebeveyn” kavramının girmiş olması isabetlidir. Anılan madde uyarınca; “İş Kanunu’nun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir”.²⁴⁸ “Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz”. Maddenin amacına da uygun olması ve süt izniyle birlikte kullanılmayacağı kuralından yola çıkarak kanaatimizce bu iznin haftanın belirli günlerinde çalışma, belirli günlerinde çalışmama değil, haftanın her günü günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışma, amaca daha uygun olacaktır.²⁴⁹ Bakım görevi açısından cinsiyet farklılığının bir önemi bulunmamaktadır. Çocuk bakımı hem ana hem de baba tarafından da gerçekleştirilebileceğinden²⁵⁰, bu nedenlerle bize göre getirilen bu düzenleme son derece isabetlidir.

İş Kanunu’muzda sınırlı olarak, işçilere tanınan ücretsiz yol izni ve analık izni dışında, ücretsiz izin uygulaması ancak tarafların anlaşmasıyla gündeme gelebilmektedir.²⁵¹ İş K. m. 74/I’deki²⁵² doğum iznine ilişkin süreler haricinde, İş Kanununun İş K. m. 74/V. maddesinde “ayrıca isteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin (çoğul gebeliklerde onsekiz hafta) bitiminden sonra, altı aya kadar ücretsiz izin verileceği” hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin amacı, kadın işçiye çocuğunun bakımını gerekli şekilde sağlaması ve sağlığın korunmasıdır. İşverenin altı aya kadar istenen ücretsiz izinde takdir hakkı yoktur.²⁵³ Kadın işçinin analık iznine çıkmak istemesi ve işverenin buna izin vermemesi halinde kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak ücretsiz “analık” iznine ayrılabilir.²⁵⁴

Kanunun 74. maddesinde belirtilen onaltı veya onsekiz haftalık sürenin bitiminin akabinde makul bir süre içinde ücretsiz izin talebinin işverene iletilmesi önem taşımaktadır.²⁵⁵

²⁴⁷ AYDIN / DEMİRKAYA, s. 77.

²⁴⁸ “Yarım çalışma döneminde süt izni hükümlerinin de uygulanmayacağı belirtilmelidir” (AYDIN/DEMİRKAYA, s. 97).

²⁴⁹ KÖSEÖĞLU, İş Hukukunda Analık, s. 107; MANAV ÖZDEMİR / ERDOĞAN, s. 1173.

²⁵⁰ GÖKÇEÖĞLU BALCI, s. 1283.

²⁵¹ Ayrıca kurumların iç yönetmeliklerinde de bağlayıcı olacak biçimde yer verilebilmektedir. Bkz. Y9HD., 24.01.2019, E. 2015/28879, K. 2019/2299.

²⁵² 74. madde kaleme alınırken 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktif dikkate alınmıştır (KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, s. 927).

²⁵³ Bkz. Y.9.HD, T. 26.09.2008, E. 27521, K. 25157 kararı; (www.kazanci.com, e.t.:21.11.2019).

²⁵⁴ YAMAĞOĞLU / KARAÇÖP, s. 480-486; SARAÇ, Coşkun: “Analık Halinde Çalıştırma Yasağı”, Prof. Dr. Sarper Sütçek’e Armağan, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 1891.

²⁵⁵ “Önemle belirtelim ki, doğum izninin sona ermesini takiben kadın işçinin çalışmaya başlaması ve aylar sonra ücretsiz analık iznine ayrılacağını işverene bildirmesi yasaya uygun olmamakla beraber, doğum izninin bitimini takiben, yıllık ücretli iznin kullanılması ve ardından altı aylık ücretsiz izin kullanılmak istenmesi, yasanın lafzına ve amacına (özüne) aykırı olur. Bu durum, yıllık ücretli iznin amacıyla da bağdaşmamaktadır. Zira yıllık ücretli izin işçiye, ücretinden bir eksilme olmadan dinlenebilmesi imkânı tanıyan bir haktır.” (YAMAĞOĞLU / KARAÇÖP, s. 487).

Ücretsiz analık izni vermeyen işveren veya işveren vekilinin tutumları İş Kanunu'nun 74. maddesine aykırılık oluşturduğundan, kadının işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip, kıdem tazminatına da hak kazanabilir. Bununla birlikte, altı aylık süreyi aşan ücretsiz izin talebi –aksi işçi lehine değiştirilebilmek kaydıyla- ancak işverenin bu talebi kabul etmesi durumunda geçerli olacaktır.²⁵⁶

Hukukumuzda fazla eski olmayan bir diğer kavram ise ebeveyn iznidir. Türkiye’de, asgari düzeydeki analık izni haricinde ve ücretsiz izin ya da kısmi zamanlı izin düzenlemeleri dışında herhangi bir ebeveyn izni öngörülmemektedir.²⁵⁷ 0-6 yaş arasında kişiliğin oluşması olgusu, erkek çocuğun babaya daha çok ihtiyaç duyması ve babayı rol model alması gibi unsurlar dikkate alınarak okul öncesi çocukların psiko-sosyal gelişimlerinde ailenin yadsınamaz katkısı, ebeveyn izni düzenlemesine neden ihtiyaç duyulduğunu da açıklamaktadır.²⁵⁸ Ebeveyn izninin olmaması, ülkemiz gibi geleneksel ve ataerkil yaşayışın yaygın olduğu toplumda kadınları istihdam alanından çekeceği kadar, aynı zamanda güvencesiz, esnek, düşük kariyer hedefli iş imkanlarına muhtaç edecek ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğini daha da perçinleyecektir^{259, 260}.

c. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

Kadın işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin daha etkili bir şekilde temin edilmesi bakımından önemsenmesi gerekli diğer bir husus “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu”nun kapsamıyla ilgilidir.

Kadın işçilere yönelik olarak, Kanun’un 10. maddesinde “Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü” bulunmaktadır. Buna göre “işveren, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu dikkate alarak bir risk değerlendirmesi yapmak durumundadır”. İSGK m. 26’da iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine

²⁵⁶YAMAKOĞLU / KARAÇÖP, s. 486-487. Kanun’daki sürelerin kural olarak nispi emredici süreler olduğu ve her zaman değiştirilebileceğine ilişkin olarak bkz. SÜZEK, Sarper: “İş Hukuku”, Beta Yayınları, onaltıncı bası, 2018, İstanbul, s. 33.

²⁵⁷ SUMBAS, Ahu: “Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 190.

²⁵⁸ EKİN, Ali / KAYIRGAN, Hasan: “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, DEÜHFD., C. 15, Özel S., 2014, s. 1062

²⁵⁹ SUMBAS, s. 190; AYTAŞ, s. 206.

²⁶⁰ “Bu nedenle ebeveyn izninin, belli oranda ücretli, kazanılan hakların korunduğu, devredilemez, mümkünse anne-babaya ayrı ayrı verilen hem bir hak hem de bir sorumluluk olarak algılanması gerekir” (SUMBAS, s. 190).

aykırı hareket eden işverene idari para cezası öngörülmüşse de uygulamada söz konusu hükümlere aykırılıklar yaygın olduğundan yaptırımların yeterli olmadığı kanaatindeyiz.²⁶¹

4. Diğer Düzenlemeler

5510 sayılı SSGSSK'na bakacak olursak, sosyal güvenlik yardımlarına girişte cinsiyetle ilgili herhangi bir ayrımcılık gözükmemektedir. Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatımız, genel anlamda uluslararası direktiflerle uyumlu olsa da direktiflere aykırı birkaç hüküm de içermektedir. Tüm sosyal güvenlik kanunları açısından yaşlılık aylığına hak kazanma bakımından kadınlar ve erkekler arasında kadınlar lehine olumlu bir ayrımcılık mevcuttur. Kadınlar, toplumsal anlayışın bir sonucu olarak evin ve çocukların bakımından öncelikle sorumlu olarak addedilirken bu durum, çalışan kadınlar için de aynı olup, daha da yıpratıcı bir sonuç yaratmaktadır. Bu olumsuz sonuç, Sosyal Güvenlik Hukuku'nda, kadınlara daha erken emekli olma olanağı tanınması ile kısmen giderilmeye çalışılmıştır. Kanun'a göre "kadınlar 58, erkekler 60 yaşını doldurduklarında hak kazanmaktadırlar". "Ancak ilk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlar için ise emeklilik yaşı kademeli olarak hem erkekler için hem de kadınlar için arttırılacak ve 2048 yılından itibaren her iki cinsiyet için 65 yaş olarak eşitlenecektir".²⁶²

Emeklilik haricinde Sosyal Güvenlik Hukuku'na da kısaca değinecek olursak; kadınların analık halinde hak kazanacağı analık sigortası, analık haline bağlı olarak ortaya çıkan gider artışları ve gelir kesilmesine karşı sosyal güvenlik sağlayan sigorta dalıdır. Analık sigortası "gebeliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik hallerine" karşı sosyal güvenlik sağlar. Analık sigortasından sağlanan sigorta yardımları sağlık yardımları ve geçici işgöremezlik ödeneği olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür. Analık sigortasından sağlanan temel yardım ise sağlık yardımları dışında geçici işgöremezlik ödeneği verilmesidir.²⁶³

Sosyal Güvenlik Yasası'nda, dul ve yetim aylığına hak kazanımında ve kullanımında erkekler ve kadınlar arasında ciddi farklar vardır.²⁶⁴ Erkekler, 18 yaşına değin ya da yüksek

²⁶¹ YEMİŞKEN, Elçin: "Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", Bahçeşehir Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2018, İstanbul, s. 95.

²⁶² CANIKLIOĞLU, Nurşen: "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Kadının Durumu", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, birinci bası, C. 3, 2006, s. 368; BOLCAN, s. 271.

²⁶³ ARICI, Kadir: "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması", TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 274-275.

²⁶⁴ ARICI, kız çocuklarının toplumda daha fazla korunmaya muhtaç çocuk kesimini ifade etmekte olduğunu, bunun sosyal ve psikolojik sebeplerini bir tarafa bırakacak olsak dahi kız çocuklarının sosyal güvenliği

eğitim durumunda 25 yaşına kadar yetim aylığı alabilirken, kadınların evlenene kadar ya da sigortalı bir işte çalışana kadar yetim aylığı almaya hakları vardır. Bu iki uygulama göstermektedir ki, toplumsal kabulün yanı sıra yasal düzenlemelerin de kadınların asli görevlerinin ev içinde anne ve eş olmak olarak gördüğü ve kadınların ancak bu alanda korunması²⁶⁵ ideolojisi üzerine kurulmuştur.²⁶⁶ Bu yasal düzenlemeler kadınları istihdam dışına itmekte ve onların istihdam dışında kalmalarını teşvik edici niteliktedir.²⁶⁷

Bir başka önemli düzenleme olan ve “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu” m. 30 uyarınca çıkarılan “Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik” ile kadın işçi çalıştıran işyerlerinde okul öncesi eğitim çağındaki çocuklar için eğitim kurumları ve kreşler açılmasını düzenleyen hükümler muhtevlidir. Esasen kadın işçileri koruma amacıyla getirilen fakat erkeklerin çocuk bakımı sorumluluklarını göz ardı eden²⁶⁸ bu yönetmeliğe göre, “100 ile 150 kadın işçisi olan işyerleri bakım odaları kurmak, 150’den fazla işçisi olanlar kreş açmak zorundadır”. Kadın çalışan sayısının yeterli olduğu işletmelerde bile bu hizmetlerin sağlanmadığı, işletmelerin herhangi bir teftiş halinde kendilerine verilecek cezayı ödemeyi tercih ettikleri vurgulanmaktadır.²⁶⁹ Kadın işçilerin hamilelik ve analık halinde, genel olarak kadın çalışanların korunmasından farklı ve özel olarak korunması gerekir.²⁷⁰ Yönetmeliğin eki olarak çıkartılan Ek 1’de, “Gebe, Yeni Doğum Yapmış veya Emziren Çalışanın Sağlık ve Güvenliği İçin Tehlikeli Sayılan Faktörlere Yönelik Alınacak Önlemler”, Ek 2 de ise, “Gebe, Yeni Doğum Yapmış veya Emziren Çalışanların Özellikle Çalıştırılmayacağı İşler ve İşyerleri İle Burada Bulunabilecek Önemli Risk Faktörlerini Belirten Tablo” düzenlenmiştir.

noktasında ülkemizde birtakım duyarlılıkların mevcut olduğunu ve bu duyarlılıkların da mevzuatımıza aktarıldığını ifade etmekte ve bu düzenlemelerin getirilmiş olmasının nedenini Türk toplumunun değerlerine dayandırmaktadır. ARICI, bahsettiği bu duyarlılıkların sistem eksikliği nedeniyle suistimal edildiği noktasını da eleştirmektedir.” (ARICI, Kadir: “*Türk Hukukunda Kız Çocuklarının Sosyal Güvenliği*”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara, s. 1118).

²⁶⁵ “Ülkemizde çelişkili bir sosyal politikanın hukuk sistemine yansımaları söz konusudur. Bir taraftan nüfus yaşlanmasına karşı tedbirler bağlamında doğurganlığın artırılması hedeflendiğinden kadın çalışanlara yönelik gebelik, doğum ve doğum sonrası dönemlerde çalışma yasağı/doğum izni ve ücretsiz izin sürelerinin giderek artırılması eğilimi gözlenmekte, öte yandan da kadın istihdamının artırılması hedeflenmektedir” (GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1281-1282).

²⁶⁶ Bu yönde görüş için bkz. ALTAN, Ömer Zühtü: “Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1980, Eskişehir, s. 144.

²⁶⁷ DEDEOĞLU, Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, s. 50.

²⁶⁸ DEDEOĞLU, Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, s. 51.

²⁶⁹ DEDEOĞLU, Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, s. 51 ; Ayrıca işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, haklı nedenle fesih nedenidir” (Y9HD., 14.11.2016, E. 2015/5175, K. 2016/19971).

²⁷⁰ KÖSEOĞLU, İş Hukukunda Analık, s. 103.

Ülke genelinde ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik çalışmalardan bir diğeri ise “2009 tarih ve 5840 Sayılı Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu”²⁷¹ olup, bunun amacının kadın haklarının korunması ve geliştirilmesi, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak ülkemizde ve uluslararası alandaki düzenlemeleri takip etmek, bunlarla ilgili meclise bilgi vermek olduğu belirtilmiştir.²⁷²

Kadının korunması adına yapılan bir diğere düzenleme ise “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”²⁷³’dur. Bu kanunun çalışmamızı ilgilendiren kısmı, “şiddet mağdurunun veya şiddet uygulayan kişinin iş mevzuatı kapsamında çalıştığı durumlarda, özel sektör işverenlerinin de verilen tedbir kararlarının uygulanması sürecine dahil edilmeleridir.”²⁷⁴ Bu noktada Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının²⁷⁵ iş hukuku açısından da uygulanabilir nitelikte olması, kadına karşı şiddetin önlenmesine katkı sağlayacaktır.²⁷⁶

“2016 Tarihli 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu”²⁷⁷ ise ayrımcılık yasağı²⁷⁸ ve eşitlik hususunda çok önemli düzenlemelere imza atmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu bağlamda insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacını güden kurumsallaşmanın ülkemizdeki yansıması “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu” ile olmuştur.²⁷⁹ Kurumun amaçları; yasal düzenlemede insan haklarının korunması ve geliştirilmesi eşitlik ilkesinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi ile işkence ve kötü muamele ile mücadele olarak kabul edilmiştir.²⁸⁰

Bunlar dışında, eşitliğin sağlanması temelinde hazırlanmış veya kadının korunmasına matuf olarak çıkartılmış bulunan; “2004 Tarihli 25540 Sayılı Asgari Ücret Yönetmeliği” (m. 5), “2012 Tarihli 28512 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği” (m. 8), “2013 Tarihli 28770 Sayılı Maden İşyerlerinde İş Sağlığı Ve Güvenliği Yönetmeliği”,

²⁷¹ RG. Tarih: 24.3.2009, Sayı: 27179.

²⁷² <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5840.pdf>.

²⁷³ RG. Tarih: 20.03.2012, Sayı: 28239.

²⁷⁴ Ayrıca bkz. 2012 Tarihli “6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği” (m. 14/16)

²⁷⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. SEVAL, s. 117 vd.

²⁷⁶ ÖZER, Hatice Duygu: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Verilen Tedbir Kararlarının İş Hukukuna Yansımaları”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara, s. 1177.

²⁷⁷ R. G. Tarih: 20/4/2016, Sayı : 29690

²⁷⁸ AYDINÖZ, s. 164.

²⁷⁹ KAYAALP, s. 67.

²⁸⁰ “Düzenlemeye göre; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu ve yaş ifadelerini ayrımcılık temelleri arasında kabul etmesi bakımından İş Kanunu’ndan farklılaşmaktadır” (KAYAALP, s. 67-73).

“2013 Tarihli 28710 Sayılı İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik” (m. 49 vd.), “2013 Tarihli 28721 Sayılı Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik” (m. 7/8), “2013 Tarihli 28743 Sayılı Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik” (m. 7/8)²⁸¹, “2013 Tarihli ve 28648 Sayılı Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” (m. 7) gibi yönetmeliklerin de bu amaca hizmet etmeye yönelik olarak düzenleme altına alınmıştır.

Ayrıca kadınlara yönelik mobbingi önleme, iş stresinin önüne geçme ve istihdamın iyileştirilmesine yönelik olarak genel anlamda kadın işçileri koruyucu birçok projeler de yürütülmekte ve bilinçlendirme amaçlı eğitimler verilmektedir.²⁸² Sosyal politikalar, sosyal sorunları ve sosyal yıkımı çözmeye çalışır. Kadınlara yönelik pozitif ayrımcılık yapılması da sosyal politikaların bir parçasını oluşturur.²⁸³ Türkiye’nin de içinde bulunduğu ülkelerin²⁸⁴ ve belediyelerin²⁸⁵ bu yönde bir teşvik içerisinde olduklarını görebilmekteyiz. Ülkemizde 2018 yılı TÜİK verileri uyarınca bu yıla ilişkin 15 yaşından büyük kadınların istihdam oranı, % 29.4’tür.²⁸⁶

Cinsiyet eşitliği yolunda lider olan İzlanda, Dünya Ekonomik Forumu’nun Küresel Cinsiyet Açığı Endeksi’nde yaklaşık on yıl içinde zirveye ulaşmıştır.²⁸⁷ Aşağıda yer vereceğimiz 2019 yılı verilerine ilişkin bulunan tablodan da anlaşılacağı üzere Dünya Bankası, ülkelerin iç hukuklarında yaptıkları yasal mevzuatlar ile iş uygulamalarını bir bütün olarak değerlendirerek, her ülkeye “Kadın, İş ve Hukuk Endeksi” tablosunda bir puan belirlemiştir. Buna göre, tablonun en başında Belçika, Danimarka, Fransa, Letonya, Lüksemburg ve İsveç ülkeleri 100 puan ile 1. olurlarken, ülkemiz bu sıralamada 79.38 puanla 84. sıradadır.

²⁸¹ “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 30’a dayanılarak çıkartılan 22.08.2013 Tarih, 28743 sayılı Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik m.7 ve 28.07.2013 Tarih, 28721 sayılı Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik m.7’de, işveren tarafından yapılacak olan risk değerlendirmelerinde, kadın işçilerin sağlık ve güvenliklerine olan etkilere özel önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir.”

²⁸² SARIEROĞLU, Jülide: “Kadın Çalışmaları El Kitabı-Çalışan Kadınlar: Hakları ve Yeni Yasal Düzenlemeler”, Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, ikinci bası, 2012, Ankara, s. 44 vd.

²⁸³ SARI, Özgür: “Social Policies And Local Governments In Turkey”, “The Most Recent Studies In Science And Art”, Gece Yayınevi, birinci bası, V. 1, 2018, Ankara, s. 32-34.

²⁸⁴ Bkz. <https://www.ip.gov.sk/equal-treatment-men-women-prohibition-discrimination/>, e.t.: 02.11.2019

²⁸⁵ <https://www.ekremimamoglu.com/projeler/kadin/> ; <https://fatmasahin.net/buyuksehirden-bir-ilk-daha/> ; <https://www.ankara.bel.tr/kadin-calismalari/projeler-m-z/kadin-dostu-kent-projesi> ; <https://www.haberankara.com/cankaya-belediyesi-nden-girisimci-kadinlar-projesi/69568/>.

²⁸⁶ www.tuik.gov.tr

²⁸⁷ WOOD, s. 1 vd.

TABLE 2

WOMEN, BUSINESS AND THE LAW INDEX SCORES

Economy	WBL 2019 Score	Economy	WBL 2019 Score	Economy	WBL 2019 Score
Belgium	100	Malawi	83.75	Uzbekistan	70.63
Denmark	100	United States	83.75	Congo, Dem. Rep.	70
France	100	Armenia	83.13	Antigua and Barbuda	69.38
Latvia	100	Mongolia	83.13	Bhutan	69.38
Luxembourg	100	Bolivia	82.50	Nigeria	68.75
Sweden	100	Singapore	82.50	Guinea	68.13
Austria	97.50	Switzerland	82.50	Jamaica	68.13
Canada	97.50	Brazil	81.88	St. Kitts and Nevis	68.13
Estonia	97.50	Montenegro	81.88	St. Vincent and the Grenadines	68.13
Finland	97.50	Tajikistan	81.88	Chad	66.25
Greece	97.50	Vietnam	81.88	Equatorial Guinea	66.25
Ireland	97.50	Philippines	81.25	Vanuatu	66.25
Portugal	97.50	Puerto Rico	81.25	Sri Lanka	65.63
Spain	97.50	Israel	80.63	Suriname	65.63
United Kingdom	97.50	Rwanda	80.63	Indonesia	64.38
Australia	96.88	Costa Rica	80	Eswatini	63.75
Iceland	96.88	Timor-Leste	80	Senegal	63.75
Serbia	96.88	Belize	79.38	Sierra Leone	63.13
Peru	95	Georgia	79.38	Dominica	62.50
Croatia	94.38	Japan	79.38	Papua New Guinea	62.50
Czech Republic	94.38	Panama	79.38	Micronesia, Fed. Sts.	61.25
Italy	94.38	Turkey	79.38	Botswana	60.63
Netherlands	94.38	Azerbaijan	78.75	Djibouti	59.38
Norway	94.38	Belarus	78.75	Comoros	58.75
Paraguay	94.38	Ukraine	78.75	Lebanon	58.75
Slovak Republic	94.38	Zambia	78.75	Marshall Islands	58.75
Bulgaria	93.75	Côte d'Ivoire	78.13	Palau	58.75
Hungary	93.75	Chile	77.50	Tonga	58.75
Lithuania	93.75	San Marino	77.50	Tunisia	58.75
Poland	93.75	Trinidad and Tobago	77.50	Gabon	58.13
Germany	91.88	Angola	76.88	Haiti	58.13
Kosovo	91.88	Burkina Faso	76.88	Algeria	57.50
Malta	91.88	Kyrgyz Republic	76.88	Cameroon	56.88
Mauritius	91.88	Mozambique	76.88	Solomon Islands	56.88
Albania	91.25	São Tomé and Príncipe	76.88	Libya	56.25
New Zealand	91.25	Argentina	76.25	Myanmar	56.25
Taiwan, China	91.25	China	76.25	Mali	54.38
Romania	90.63	Seychelles	76.25	Brunei Darussalam	53.13
Slovenia	90.63	Kazakhstan	75.63	Nepal	53.13
Ecuador	89.38	Cambodia	75	Niger	53.13
St. Lucia	89.38	Ghana	75	Egypt, Arab Rep.	50.63
Cyprus	88.75	Honduras	75	Malaysia	50
Dominican Republic	88.75	Liberia	75	Bangladesh	49.38
El Salvador	88.75	Thailand	75	West Bank and Gaza	46.88
Uruguay	88.75	Benin	74.38	Congo, Rep.	46.25
Bosnia and Herzegovina	88.13	Fiji	74.38	Pakistan	46.25
Lao PDR	88.13	Gambia, The	74.38	South Sudan	45.63
North Macedonia	88.13	Barbados	73.75	Oman	44.38
South Africa	88.13	Maldives	73.75	Iraq	41.88
Guyana	86.88	Samoa	73.75	Mauritania	41.88
Zimbabwe	86.88	Burundi	73.13	Afghanistan	38.13
Cabo Verde	86.25	Morocco	73.13	Bahrain	37.50
Hong Kong SAR, China	86.25	Russian Federation	73.13	Guinea-Bissau	36.25
Mexico	86.25	Uganda	73.13	Jordan	35
Namibia	86.25	Kiribati	72.50	Kuwait	35
Nicaragua	86.25	Lesotho	72.50	Syrian Arab Republic	34.38
Colombia	85	Eritrea	71.88	Qatar	32.50
Korea, Rep.	85	Ethiopia	71.88	Iran, Islamic Rep.	31.25
Moldova	84.38	Grenada	71.88	Sudan	29.38
Tanzania	84.38	Madagascar	71.88	United Arab Emirates	29.38
Togo	84.38	Central African Republic	71.25	Saudi Arabia	25.63
Bahamas, The	83.75	India	71.25		
Kenya	83.75	Guatemala	70.63		

Source: Women, Business and the Law database.

& İKİNCİ BÖLÜM &

KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARI VE ÇALIŞMA SÜRELERİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

I. KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARINA GENEL BİR BAKIŞ

A. KAVRAM

Yasak kavramı, dilimizde “Bir işin yapılmasına karşı olan yasal veya yasa dışı engel, memnuiyet; yapılmaması istenmiş olan, yok, memnu, haram” olarak tanımlanmıştır.²⁸⁸ Bu tanımdan yola çıkarak çalıştırılma yasaklarını, bazı kişilerin yasal veya daha farklı birtakım nedenlerle çalışmalarının engellenmesi veya sınırlandırılması için getirilen kurallar bütünü olarak ifade edebiliriz.

İş mevzuatımızda “çalıştırma yasakları” başlığı altında toplayabileceğimiz ve küçükler bakımından ehliyet ve kadın işçiler bakımından iş düzenine ilişkin kurallar olarak ele aldığımız düzenlemeler, işverenler bakımından iş sözleşmesi yapma yasaklarını oluşturmaktadırlar.²⁸⁹

Birtakım işlerin, mevzuat hükümleriyle bazı kişiler veya süreler açısından kesin olarak yasaklandığı görülmekte, bazı durumlarda ise bu yasakların mutlak olarak değil, şarta bağlı olarak gündeme geldiği bilinmektedir. İş mevzuatı hükümleri değerlendirildiğinde mutlak anlamda çalıştırılma yasaklarının çoklukla işçinin taşıdığı özelliklere de bağlandığı görülmektedir. Kadın işçinin gebe yahut çocuğunu emziriyor olması ya da işçinin çocuk veya genç işçi olması, bu çalışma gruplarının korunması açısından; yine çalışacak işçinin özürsüz, eski hükümlü yahut terör mağduru olması yahut yabancı olması bu işçi gruplarını çalıştırabilme açısından birtakım mutlak anlamda yasakları gerekli kılmaktadır.²⁹⁰

Mutlak çalıştırma yasakları, çalışma için herhangi bir ön şart aranmadan, sadece sahip olunan özelliklerden hareketle bir işçinin belli bir işyerinde istihdam edilmesini yasaklayan normlar olarak karşımıza çıkmakta, cinsiyet bakımından mutlak yasaklar kavramı, tabiatıyla işçinin kadın olup olmaması ile ilgilidir.²⁹¹ Bu minvalde mutlak yasakların işçilerin cinsiyet veya yaş durumu veya çalışma süresi ile ilgili olduğu yahut yasakların işçinin ya da işverenin

²⁸⁸ www.tdk.gov.tr (e.t.: 21.03.2019).

²⁸⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: “İş Hukuku Ders Kitabı”, Lykeion Yayınları, ikinci bası, birinci cilt, 2018, Ankara, s. 100.

²⁹⁰ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 131.

²⁹¹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 126.

özelliklerine bağlandığı veyahut iş sözleşmesinin askıda kalması veya belli biçimde sona erdirilmesiyle ilgilendirildiği durumlar söz konusu edilebilir.²⁹²

Şarta bağlı çalıştırma yasakları, mutlak anlamdaki çalıştırma yasaklarından farklı olarak, hükümleri itibariyle belli koşulların yerine getirilmesiyle işçinin o işyerinde çalışabilmesine olanak tanıyan düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır (Örn. sağlık raporu alma veya işçinin mesleki durumu gibi).²⁹³

Çalıştırma yasakları zorlayıcıdır ve işçinin sadece onayı ile bertaraf edilemez.²⁹⁴ Öyle ki, korumaya ilişkin hükümler işverenlere -işçi rıza göstermiş olsa dahi- onu kanuna aykırı çalıştırmama sorumluluğunu yüklemektedir.²⁹⁵ Esasen kişinin rızası, Ceza Hukuku'nda dahi bir hukuka uygunluk nedenidir. Rıza gösterme beyanı, fiilin hukuka aykırılığını bertaraf ederek sorumluluğun en başından doğmasına engel olmaktadır.²⁹⁶ Ancak Ceza Hukuku'nda bile bazı fiilleri hukuka uygun sayan rıza kavramı, İş Hukuku'nda yasaklar bakımından hiçbir surette dikkate alınmamaktadır.

İş sözleşmesi yapma yasakları, esas itibariyle sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacı güdebileceği gibi, aynı zamanda üçüncü kişileri korumayı da hedefleyebilir.²⁹⁷

B. ÇALIŞTIRILMA YASAKLARININ GETİRİLİŞ AMACIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLER

Sosyal bilimciler, erkek-kadın ayrımcılığının toplumsal cinsiyet rollerinin tarihsel kökenleri hakkındaki çalışmalarda işbölümü ile başladığını gözlemlemişlerdir.²⁹⁸ Kadına atfedilen sosyal görevler ve kadının ev içi sorumluluğunun iş yaşamına etkileri, kadının işgücü piyasasında işe alınmasından, çalışma şartlarına ve ücretlendirmeye kadar her alanda değerini belirlemektedir. Kadınlara küçük yaşlardan itibaren öğretilip benimsenen (ve benimsetilen) toplumsal cinsiyet, düşünce ve davranış kalıplarına göre edindiği beceri ve sürdürdüğü eğitim biçimi, istihdam alanında seçtiği meslek ve çalışma yaşamında da kendini

²⁹² EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 126.

²⁹³ “İşverenlerin işyeri hekimi ve işyeri hemşiresi veya sağlık memuru ve iş güvenliği uzmanı istihdamına gittiklerinde, ancak belli meslek mensuplarını yine sertifika sahibi olmaları halinde çalıştırabilecekleri ve kişilerin de ancak bu şartlarla bu işleri yapabilecekleri ve bu sıfatlarla çalışabilecekleri işyeri sayısını sınırlı olduğu görülmektedir. Bu hususun, Yönetmeliklerde açıkça ifade edilmese de, esasen şarta bağlanmış bir çalıştırma yasağına işaret ettiği kabul edilmelidir” (EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 136).

²⁹⁴ (BAG 24.6.1960 NJW 1960, 2163; zu vor Beginn der Schwangerschaft getroffenen Absprachen BAG 8.8.1990 NZA 1990, 974).

²⁹⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 125.

²⁹⁶ BAŞALP, Nilgün: “Sorumluluk Anlaşmaları”, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, İstanbul.

²⁹⁷ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 288.

²⁹⁸ TÜZÜNTÜRK / GÜLEÇ, s. 1-2.

gösterir ve böylece çalışma yaşamındaki bütün işler, erkeğe özgü ve kadına özgü olarak bölüşülür, dolayısıyla cinsiyetçi iş paylaşımları açığa çıkar.²⁹⁹

Kadınların çalışma yaşamında tali işgücü olarak görülmesi³⁰⁰, erkeklere göre birtakım farklı yapısal özellikler taşımaları onların korunması ihtiyacını da ortaya çıkarmış, böylece daha çok hizmet sektöründe, sağlık, eğitim, tekstil, gıda gibi “kadın işi” olarak addedilen alanlarda kadınların düşük ücretle, gece dönemlerinde, sanayiye ait ağır işlerde, yer altı işlerinde, doğum sırasında ve sonrasında çalıştırılmaları sınırlandırılmış ya da tamamen yasaklanmıştır.³⁰¹

İkinci Dünya Savaşı sonunda erkek işgücünün savaş nedeniyle azalması ve büyüyen savaş sanayii sebebiyle kadınlar, tekrar çalışma yaşamına dönme şansı bulmuşlardır.³⁰² Bu dönemde kadınlar, fabrikalarda çalışmaya başladıklarında erkeklerle aynı işleri yapmaya ehil olmadıklarını duymaktan oldukça bıkmışlardı.³⁰³ Kaldı ki, kadının asıl görevinin eve ve çocuklara bakmak olduğu, dolayısıyla kadın işgücünün ikincil derecede olduğu, erkeğin çalışması kadar verimli olmadığı, ekonomik olarak değersiz olduğu iddiaları; 1. ve 2. Dünya Savaşları’nda kadınların erkeklerden boşalan yerleri pekâlâ doldurabildikleri, o dönemde oynadıkları rol göz önüne alındığında inandırıcılığını yitirmektedir.³⁰⁴ Bugün, daha büyük bir eşitlik akımının mevcudiyetine rağmen bazı ülkeler, kadınları belli başlı işlerden yasaklamaktadırlar. Bu durum, özellikle imalat, tarım, nakliye, madencilik, inşaat, enerji ve su işlerinde yani endüstriyel işlerde yaygındır.³⁰⁵

Eski çağlarda, günümüze nazaran oldukça kötü şartlarda çalıştırılan işçilerin bazı eylemler ve olaylarla bu duruma tepki vermesiyle işçinin korunması hareketleri gündeme gelmiştir. Uluslararası iş teşkilatının 1, 2 ve 3 devirden oluştuğu kabul edilmekte olup, işçinin

²⁹⁹ ONARAN YÜKSEL, s. 13.

³⁰⁰ KURT, Resul: “*Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Hakları*”, Mali Çözüm Dergisi, S. 146, 2018, erişim adresi: http://archive.ismmmo.org.tr/YAYINLAR/MALI_COZUM/MALICOZUM146.pdf#page=60, erişim tarihi: 06.04.2019, s. 61.

³⁰¹ TAŞKENT / KURT, s. 30 ; İSPİR, s. 185 ; DEDEOĞLU, “Eşitlik mi Ayrımcılık mı?”, s. 45 ; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 179 ; ONARAN YÜKSEL, s. 13-14.

³⁰² DURMAZ, Şerife: “*İşgücü Piyasasında Kadınlar ve Karşılaştıkları Engeller*”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED), C. 2, S. 3, 2016, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/263795>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 39.

³⁰³ WOOD, Johnny: “*104 Countries Have Laws That Prevent Women From Working in Some Jobs*”, World Ekonomik Forum (erişim adresi: <https://www.weforum.org/agenda/2018/08/104-countries-have-laws-that-prevent-women-from-working-in-some-jobs/>), erişim tarihi: 31.10.2019), s.1 vd.

³⁰⁴ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 183.

³⁰⁵ WOOD, World Ekonomik Forum, s.1 vd.

korunması fikrinin hızla doğduğu ve yayıldığı 1818 ile 1890 üç çeyrek asırlık süre olan birinci devredir.³⁰⁶

Sanayi devrimi ile birlikte kadınlar evlerinden çıkarak fabrikalarda yerlerini almaya başladılar. Ancak bu gelişme ile çalışma şartlarında iyileşmeler yerine daha da kötü şartlar oluşmaya başladı.³⁰⁷ 1842’de İngiltere’de kabul edilen “Madenler Kanunu” ile kadınların madenlerde çalışmaları yasaklanana kadar kadınlar maden işleri de dahil çok ağır işlerde çalışmak zorunda kaldılar.³⁰⁸ 1844’te çalıştırılmaları günlük 12 saatle sınırlandırılan kadınlar, tekstil sektöründe daha çok vasıfsız işlerde çalışıyorlardı. Vasıflı işlerde ise erkekler çalışıyordu ve kadınların gebelik dönemleri ile emzirme dönemleri bu dönemlerde dikkate alınmıyordu.³⁰⁹

Ülkemizde 13.01.1940 tarihli İş Kanunu Tasarısının gerekçesinde, kadınlar ve çocukların çalışamayacakları işler ile ifa edilemeyecek sanayi işleri sayılmış, gece hizmetlerine, hamile ve lohusa kadınlara dair bazı yasaklara ilişkin proje yürütülmüştür.³¹⁰ 1940 tarihli Layiha Projesi’nde hamile ve lohusa kadınlara 10 haftalık istirahat müddeti öngörüldüğü, bunun 4 haftasının doğumdan evvel ve altı haftasının doğumdan sonra kullanılacağı öngörülerek buna ek olarak bahsi geçen sürelerde kadın işçinin işten çıkarılması yasaklanmak suretiyle iş güvencesi temin edilmiş, yine bu süre zarfında kadın işçiye yarım ücret ödeneceği düzenlenmesine yer verilerek o tarihte dahi kanunumuzun uluslararası sözleşmelere uyarlanması gayreti dikkat çekicidir.³¹¹ 1940 tarihli Tasarı Projesi’nin 24. maddesiyle kadın ve çocuklara ait birtakım ahkâm (yasaklar) öngörülmüştür. Bu faslın maddelerine göre: 1) 14 yaşını bitirmemiş kız ve erkek çocuklar, 2) 16 yaşını bitirmemiş erkek ve 18 yaşını bitirmemiş kızlar, 3) Her yaşta bulunan kadınlar ile 18 yaşını bitirmemiş erkeklerin bazı işlerde çalışamayacakları hükme bağlanmış, bu işlerin ise ağır ve tehlikeli işlerle sağlık ve ahlaka aykırı işler olduğuna yer verilmiştir. Burada düzenleme altına alınan birinci kısımdaki işlerin sağlığa aykırılığından dolayı tütün deposu, dökmeçilik gibi işler olduğu, kalan yasakların ise ikinci kısımda tehlikeli işlerin bulunduğu ve otel ya da birahane garsonluk gibi ahlaki tehlikelere maruz kalan işler teşkil ediyor olup, üçüncü kısım işlerin ise yalnız tehlikeli olanlar (madenler, tüneller, çimento fabrikaları vb.) oldukları

³⁰⁶ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 40.

³⁰⁷ SOYSAL, Tamer: “Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler”, Kamu-İş, C. 8, S. 4, Ankara 2006 (<http://www.kamuis.org.tr/pdf/843.pdf>[18.12.2007]), s. 3

³⁰⁸ SOYSAL, s. 3

³⁰⁹ SOYSAL, s. 3-4.

³¹⁰ AGAOĞLU, Samet / HÜDAİOĞLU, Selahattin: “Türkiye’de İş Hukuku-İş Hukuku Tarihi”, Merkez Basımevi, I. Cilt, 1938, s. 119.

³¹¹ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 122.

görülmüştür.³¹² Yine proje, 53. maddesinde sanata mugayir (aykırı) ve tehlikeli işlerde 18 yaşından küçük çocukların ve kadınların çalıştırılmasını yasaklayarak bu işlerin bir nizamnameyle düzenleme altına alınacağı öngörülmüştür.³¹³ Bununla beraber Proje,³¹⁴ 54. maddesiyle bu nevi işçilerin bazı şartlarla sanayide çalıştırılmayacağı, bu şartların her birinin ayrı bir nizamnameyle tespit edileceği, kadınların ve 16 yaşını doldurmamış çocukların gece hizmetlerinde çalıştırılmasının yasak olduğu beyan edilmiş olmakla, çok çabuk bozulmaya müsait maddeler üzerindeki işler ile fevkalade hallerin vücut bulması hallerinde bu yasaklar uygulanmamış, ayrıca kadınların ve 10 yaşına kadar çocukların gece istirahatinin de 24 saat içerisinde 11 saatten aşağı olamayacağı öngörülmüştü.³¹⁵

İş Hukuku, ortaya çıkışından itibaren iş sözleşmesinde esas figürün tam zamanlı çalışan vasıflı bir erkek sanayi işçisi olduğu varsayılarak gelişmiş olup, bu hukuk dalı bütün Avrupa’da erkek işçi modeli etrafında şekillenmiştir.³¹⁶ Örneğin, Deniz İş Kanunu’nda kadının adı geçmediği gibi, kadınla ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Kaldı ki bu Kanun’da deniz taşıma işlerinde çalışanlardan erkek olacağı düşünülerek “gemi adamı”³¹⁷ ifadesi kullanılmıştır.³¹⁸ Çünkü fiziksel olarak yorucu ve yıpratıcı addedilen her türlü inşaat, maden, makine, petro-kimya, metalurji gibi ağır sanayi işleriyle gemi adamlığı işleri erkek işçilere özgülendirilmiştir.³¹⁹

Günümüzde, kadınların ağır iş koşullarına karşı korunması düşüncesinin dahi yeni gereksinim ve teknolojiler sonucunda tartışılabilir olduğu; -itfaiye, polis, ordu teşkilatları gibi belli yerlere girişte aranan boy ve ağırlık kurallarının bu işin erkekler tarafından yapılacağı düşünülerek başta erkekler için tasarlanmış olduğundan hareketle dönüştürülmeleri gerektiği önerileri düşünüldüğünde- bu alan sabit değil, dinamik olup, durmadan yeni çözümlerin bulunması için tartışılması gerekir.³²⁰ Yukarıda ifade edilen algının ve kabullerin etkisiyle hâlâ belirli meslekler kadınlar için uygun bulunmakta olup, kadınların belirli meslekleri yapamayacakları ön yargısı mevcuttur. Toplumun kültürel değerler bütünü sonucunda ucuz iş

³¹² AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 122.

³¹³ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 143.

³¹⁴ Proje’nin 58. maddesinde geldiğimizde, bu hükmün ahlaki bir endişeyi ifade ettiğini görmekteyiz. Buna göre kadınların ve 16 yaşına kadar olan çocukların birlikte çalıştığı yerlerde istirahat müddetlerinin aynı zamanda verilmesi zaruridir. (AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 143.)

³¹⁵ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 143.

³¹⁶ ERDOĞAN, Çağla: İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Seçkin Yayınevi, güncellenmiş ikinci bası, 2019, Ankara, s. 433.

³¹⁷ Bu ibare yerine “gemi personeli” deyişi, yaygınlaştırılabilir.

³¹⁸ BAKIRCI, İşçi Kadınların İnsan Hakları, s. 360.

³¹⁹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 180.

³²⁰ İSPİR, s. 184-185; ONARAN YÜKSEL, s. 10-11.

gücü kaynağı olarak görülme, daha düşük ücret alıyor olmak³²¹, sosyal güvence ve diğer kazanımlar açısından sıkıntılar yaşıyor olmak, çalışan kadın işçilerin çok eski tarihlerden beri karşılaştığı problemlerden bazılarıdır.³²² Kadınlara özel politikaların eksikliği kadınların Türkiye’de var olan sosyal devlet anlayışında anne ve eş olarak kabul edildiğini göstermektedir.³²³ Aslında hükümetin nüfus artışı politikasını destekleyen bu tercihinin işverenler tarafından “kadınları istihdam etmemeye” yol açacağı göz ardı edilmemelidir.³²⁴

Kadın işçilerin biyolojik farklılıkları göz önünde bulundurularak daha fazla tehlikelere maruz kalacağı düşünüldüğünden, özel kurallara tabi tutulmuşlardır. Kadın işçilere ilişkin genel nitelikteki koruyucu önlemler, cinsiyetleri bakımından sadece kadın oldukları için öngörülen yasal düzenlemelerdir.³²⁵ Zira fizyolojik ve anatomik özellikleri nedeniyle birtakım farklılıklar arz etmeleri, ayrıca erkek çalışanlardan daha zayıf olarak nitelendirilmeleri³²⁶ ve bu nedenle de tehlikelere maruz kalma açısından daha büyük risk taşıdıkları saikiyle düzenlemeler yapılmıştır. Kadın işçiler, 18 yaşlarına kadar olan dönemde çocuk işçilere ilişkin hükümlerden ve bunun yanında biyolojik olarak özel durumlarının da dikkate alınması hasebiyle her yaşta (İş Kanunu m. 72) ayrıca korunmaktadırlar.³²⁷ İş sözleşmesinin yapılması aşamasında kadınların çalıştırılmasının yasaklandığı işlerde veya sözleşme yapılmış olmakla birlikte kadınların çalıştırılmasının yasaklandığı saatlerde ve yerlerde de kadınların korunması amacına hizmet edildiği kabul edilmektedir.³²⁸

Çalıştırma yasakları temelini, şüphesiz ki doğrudan işverenin işçiyi koruma borcundan almaktadır.³²⁹ Yani çalışanların işten ve iş ortamından ve çalışma dolayısıyla karşı karşıya kaldıkları risklere karşı korunması anlamına gelen iş sağlığı ve güvenliği kavramının doğuşunda ve gelişiminde çalıştırma yasaklarının önemli ölçüde etkisi olduğunu vurgulamak gerekir.³³⁰

³²¹ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 177.

³²² GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: “Bireysel İş Hukuku”, Nisan Kitabevi, Dördüncü Bası, 2013, Eskişehir, s. 373.

³²³ DEDEOĞLU, Eşitlik mi Ayrımcılık mı?, s. 51.

³²⁴ MOROĞLU, Nazan: “Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk Fakültesi Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı Özel Sayısı, C. XIII, S.1, 2018, s. 20.

³²⁵ GÜVEN / AYDIN, s. 372.

³²⁶ BACAK / YİĞİT, s. 1; YUVALI, s. 106; EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 119; BAYTEKİN, İnci: “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Kadın İşçilerin Hakları”, Bahçeşehir Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2018, İstanbul.

³²⁷ GÜVEN / AYDIN, s. 372-373.

³²⁸ BACAK / YİĞİT, s. 4.

³²⁹ İşverenin koruma borcu, işçinin sadakat borcuna karşılık gelmektedir (ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: “İş Hukuku Dersleri”, Beta Yayıncılık, otuzikinci bası, 2019, İstanbul, s. 351).

³³⁰ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 121.

Çalıştırılma yasakları, iş sağlığı ve güvenliği kavramının ayrılmaz bir parçasıdır. Bunun önemli bir yansıması, bu yasaklara uyulmaması halinde ortaya çıkan risklerin ve bu risklerin gerçekleşmesi halinde katlanılmak zorunda kalınacak maliyetlerin tespiti sorunu ortaya çıkacak ve ayrıca çalıştırılma yasaklarına uymama iş kazası ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasına neden olabilecektir.³³¹

Çalışma hayatında yer alan çocuklar, gençler ve kadınların korunmalarına ilişkin tedbirlerin anayasal dayanağa sahip oldukları önemle vurgulanmalıdır, Anayasal dayanağa sahip tedbirlerin alınma düşüncesi işin düzenlenmesiyle alakalı olduğu kadar işçinin de sağlığının gözetilmesi maksadına dayanmaktadır.³³² Kısacası amaç, genellikle bünyesel olarak “zayıf addedilen” cinsiyeti korumaktır.³³³

DOĞAN YENİSEY, çalıştırılma yasağı konulan işler ile fazla çalışma sürelerine ilişkin sınırlandırmaları “kamusal iş hukuku” düzenlemelerinden saymaktadır. Çünkü bunlar gibi düzenlemelerin esas olarak işçi ve işveren arasındaki ilişkilerinden değil, ilkin devletin çalışma hayatıyla alakalı kamu hukuku nitelikli düzenlemelerinden teşekkül ettiğini ifade etmektedir.³³⁴ Bir başka açıdan düşünüldüğünde çalıştırma yasaklarının iş ve işçiyi hedef almakla birlikte, işvereni de önemli ölçüde ilgilendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır, çünkü her ne kadar hayatın olağan akışında bir kişinin kendi sağlığını en önemli kıymeti olarak addedeceği, buna göre hareket edeceği akla gelmekte ise de mevcut iş piyasası koşulları veya geçim sıkıntısı yahut uzun süre işsizlik gibi ekonomik ve sosyal şartların belirleyiciliğinde işçinin buna pek dikkat edemeyeceği ve kapasitesi ile uyumsuz bir işi kabul edeceği ve yahut bozulan sağlığına rağmen bu işi sürdürmeye razı olacağı sık görülebilen bir gerçekliktir.³³⁵

II. İŞİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRILMA YASAKLARI

A. GENEL OLARAK

Çalıştırma yasakları, belli işlerin belli kişiler tarafından yerine getirilmesini yasaklamaktadır.³³⁶ Çalıştırma yasağı kavramının genel olarak “işçiyi veya kadın, çocuk ve genç işçiler gibi belli bir çalışma grubunu korumak amacıyla işverenlerin belli işler için belli

³³¹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 123.

³³² NAZLI, Seçkin: “Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri”, Seçkin Yayınevi, birinci bası, 2015, s. 178.

³³³ <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>, e.t.:01.11.2019.

³³⁴ DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, Beta Yayınevi, 2014, İstanbul, s. 96-97.

³³⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 120.

³³⁶ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 160.

özelliikte işçileri istihdam etmesi ya da yine belli özellikleri veya nitelikleri elde eden işçileri çalıştırabilmesi anlamında iş sözleşmesi kurma serbestisini sınırlayan emredici hukuk kuralları aracılığıyla yapılacak iş ile işçinin fiziki yeterliliği veya mesleği arasında bir uyumun aranması veya oluşturulmasını” ifade ettiği kabul edilebilir.³³⁷

B. DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Mevzuat

a. Genel Olarak

Kadın ve genç işçilerin çalıştırılma yasaklarının tarihi, bilindiği üzere çok eskiye dayanmaktadır. Her ne kadar tarih içerisinde pek çok değişikliğe konu olsa da, eski çağlardan beri varlığını sürdüren bu yasak ve sınırlamalar, gelişimini halen tamamlamamış bulunmakta ve gerek uluslararası alanda, gerekse ülkemizde halen üzerinde değişiklikler yapılmaya devam edilmektedir. Bu bölümde çalıştırılma yasaklarının tarihsel gelişimi ve uluslararası alanda yapılan düzenlemeler (ILO, AB Konseyi ve yabancı hukuklardaki düzenlemeler) incelenecektir.

b. AB Hukuku

a.a. 92/85 Sayılı “Hamile Çalışanlar” Direktifi

AB boyutunda kadın işçilerin gebelik ve analık dönemlerinde özel olarak korunmalarını sağlamak amacıyla Avrupa Birliği’nin “92/85/EEC sayılı Hamile Çalışanlar Direktifi” kabul edilmiştir. Direktif, yalnızca gebelik, lohusalık ve kadınların emzirme dönemlerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri getirmemekte, bu sebepler sonucunda kadınların işe ara vermeleri nedeniyle ücret başta olmak üzere iş güvencesi, kıdem ve sair tüm hakların kullanılmasında da ciddi güvenceler getirmiştir.³³⁸

AB Hukuku’nda, çalışan kadınların hakları, bilhassa annelik durumları gözetilecek şekilde korunmuştur. Kadın işçilerin anne olmaları durumunda karşılaştıkları sağlık, iş ve gelir kaybı vb. zorlukları azaltan veya ortadan kaldırmaya yönelik olarak getirilen düzenlemeler, kadınlara hamilelik ve lohusalık dönemlerinde yeterince istirahat imkanı vermek, sağlığını tehlikeye atmayacak şekilde hafif işlerde çalıştırmak, doğumunda sağlık yardımında bulunmak ve işe gidemediği günlerde maddi güvence temin etmek ve aynı şartlarla işine geri dönebilmesini sağlamak, gebeliği nedeniyle işten çıkarmayı yasaklamak

³³⁷ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 120.

³³⁸ KAYA, Pir Ali, s. 101; SARAÇ, s. 1885.

gibi koruma önlemlerini muhteviyatına alacak biçimde oldukça geniş kapsamlı düzenlenmiştir.³³⁹

Avrupa Birliği'nde kadın egemen işlerde çalışmak isteyen kadınların açtığı davalar AAD'ndan destek görürken, ABD'nde erkeklerin egemen olduğu işlerde çalışmak isteyen kadınlar mahkemelerden daha fazla destek görmektedirler; örneğin, ABD Mahkemeleri hapisanelerin kadın gardiyanların çalışabilecekleri biçimde organize edilmesi gerektiğine karar verirken, AAD hapisanelerin gardiyanlık işlerinden hatta hapisanede yatanlarla hiçbir iletişim gerektirmeyen idari görevlerden bile kadınların kategorik olarak dışlanmasına izin vermektedir.³⁴⁰ AAD, cinsiyet ayrımcılığı ile ilgili istisnaları geniş yorumlarken, ABD Mahkemeleri son derece dar biçimde yorumlamaktadır. Örneğin AAD, Johnston v. Royal Ulster Constabulary davasında Kuzey İrlanda'da tehlikeli durumlarda faaliyet gösteren polis gücündeki kadınlara ateşli silah kullanma eğitimi verilmemesi ve bunun sonucunda iş sözleşmelerinin uzatılmaması yönündeki kararda ileri sürülen geniş haklı neden savunmasını kabul etmiş ve kararı hukuka uygun bulmuştur.³⁴¹

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) göre; “işin niteliği istisnası, kategorik veya genel yasaklamaları haklı kılmaz. İstisnalar ancak belirli görev ve faaliyetlere ilişkin olabilir ve her olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir”. Oysa “Avrupa Konseyi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASŞ)”, işin niteliği istisnasını kabul etmekle birlikte, niteliği ya da yürütüm koşulları nedeniyle belli bir cinsiyetten olanlara özgülenebilecek bir meslekler listesi oluşturulmasını kabul etmemektedir (Ek m.20/4).

AB mevzuatı ve ABAD kararları incelendiğinde³⁴², AB'ndeki genel eğilimin, iş sağlığı ve güvenliği açısından korumanın yalnızca kadınların biyolojik koşullarıyla (gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınlarla) sınırlı olarak kabul edildiği görülmektedir. Çünkü, yalnızca bu durumdaki kadınlar için sağlık ve güvenlik riski erkeklerle aynı değildir. Kadınların sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekçeler, gebelik ve annelik dışındaki tüm durumlarda reddedilmektedir. ABAD, kadınların sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekçelerin,

³³⁹ KAYA, Pir Ali, s. 98-99.

³⁴⁰ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 54-55.

³⁴¹ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 54-55.

³⁴² Case C-222/849; Case C-285/9810 (naklen: BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları, s. 54-55).

kadınlarla erkekleri aynı biçimde etkileyen risklerin var olduğu durumlarda, kadınların belli işlerden dışlanması için kullanılmasına izin vermemektedir.³⁴³

28 Kasım 1992 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan 92/85 sayılı Direktif'te³⁴⁴; “hamilelik döneminde doktor kontrolleri için işveren tarafından izin kullandırılması, hamile kadın işçilerin işlerinin değiştirilmesi, ağır işlerde çalıştırılmamaları, doğum izninde çalıştırma ve fesih yasağı” gibi hallere ilişkin genel hükümler yer almaktadır.³⁴⁵

92/85 sayılı Direktif uyarınca gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerin çalışma saatleri, kendilerine matuf bulunan riskleri önleyecek şekilde yeniden düzenlenecek, ancak teknik veya objektif imkânsızlık vb. herhangi bir sebepten ötürü bu mümkün değilse işçilerin işi değiştirilecek, yine bu da mümkün değilse kadın işçiler, bir süre çalışmaktan muaf tutulacaklardır.³⁴⁶ 92/85 Direktif'e göre, hamilelik süresi, durumun tespit edilmesinden doğumun gerçekleşmesine kadar geçen süreyi kapsarken, doğum süresi emzirme ve emzirme dönemlerini ve çocuğun büyümesi ve bakımı için harcanan diğer süreleri kapsar.³⁴⁷

Direktif'in 2. Maddesi uyarınca “hamile çalışan, kendi durumunu ulusal kanun ve/veya uygulamalara göre işverenine haber veren çalışanı³⁴⁸; lohusa çalışan ise ulusal kanun ve/veya uygulamalara göre lohusa sayılan ve bu kanun ve/veya uygulamalara göre içinde bulunduğu durumundan işverenini haberdar eden çalışanı”; emzikli çalışansa, “ulusal kanun ve/veya uygulamalara göre emzikli kadın sayılan ve bu kanun ve/veya uygulamalara göre bulunduğu durumdan işverenini haberdar eden çalışanı” ifade etmektedir.³⁴⁹

92/85 sayılı Yönerge ışığında “yetkili makamların görüşü alınarak hangi kimyasal maddelerin hamile veya emzikli kadınların sağlığını tehlikeye sokacağı belirlenecek, kadınların bu maddelerin kullanıldığı yerlerde çalışmaları yasaklanacaktır”.

³⁴³ BAKIRCI, Kadriye: “Çalışma Hakkı Açısından Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?”, Toprak İşveren Dergisi, S. 101, 2014, s. 4.

³⁴⁴ Pregnant Workers Directive–PWD.

³⁴⁵ AYDIN/DEMİRKAYA, s. 79; SARAÇ, s. 1885.

³⁴⁶ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 113; KAYA, Pir Ali, s. 102.

³⁴⁷ URHANOĞLU CENGİZ, Pregnancy And Maternity, s. 62.

³⁴⁸ Elbette ki bu bilgilendirme, GEKÇŞEOÇBYD Yönetmelik m. 4 ışığında sağlık kurumundan alınacak bir belgeyle gerçekleşecektir (SARAÇ, s. 1889). Bu noktada doğumun evde olup olmamasının bir öneminin olmadığı kanaatindeyiz. Zira doğum herhangi bir resmi sağlık kurumunda gerçekleşirse dahi şüphesiz ki sonrasında da sağlık kurumları tarafından gerçekleştiği an tespit edilebilecektir. Ayrıca 92/85 sayılı Direktif'in 2. maddesinde de gebe kadın işçi tanımında, “işverenini durumundan haberdar eden” ibaresini görmekte olduğumuzdan bu, kadın işçiye verilen bir yükümlülüktür (URHANOĞLU CENGİZ, Pregnancy And Maternity, s. 62).

³⁴⁹ AYDIN/DEMİRKAYA, s. 79.

Bunun haricinde madde 5/3'e göre "hamile veya emzikli kadınlar için işyerinde uygun şartlar oluşturulacak ya da bu kişiler işyerinde daha uygun yerlere yerleştirilecek, uygun bir yer veya iş yoksa belirli bir süre izin verilecektir".³⁵⁰

Bununla birlikte "doğum sonrasında gerekecek tıbbi kontroller için de ücretli izin verilecektir. Yönerge hükümlerine aykırı uygulamalar söz konusu olduğunda, mağdur durumdaki kadın çalışanın ulusal düzeyde hakkını nasıl arayacağına ilişkin prosedürler üye devletlerce düzenlenecektir".

Yönerge'nin doğum izinleri için kıdem şartı aramasına ilişkin ise "iş akdi ile bağlantılı haklar" başlıklı 11. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; "hamile, lohusa, emzikli kadın işçilerin bu dönemlerinde iş sözleşmesinden doğan ücret ve diğer sosyal yardımların ödenmesi teminat altına alınmış, bu şartlara göre hiçbir zaman doğumdan önceki çalışmanın doğrudan 12 aydan fazla olması gerektiği şartının öngörülemediği" hükme bağlanmıştır.³⁵¹

Yönerge'nin 12. maddesinde, gerekli hukuki koruma önlemleri öngörülmüştür. "Üye devletlerin bu yönerge kurallarında hamile, lohusa ve emzikli kadın işçilere tanınmış olan hakların verilmemesi veya bu yükümlülüklerin işverence yerine getirilmemesi halinde onlara bu haklarıyla alakalı itiraz ve taleplerinin yerine getirilmesi için mahkeme veya resmi mercilere başvurma imkanı tanıyan, milli hukuk ya da adet kurallarını yürürlüğe koymaları gerektiği" hüküm altına alınmıştır.³⁵²

Gebe işçilerin, yeni doğum yapmış işçilerin yahut bebeğini emzirme durumundaki işçilerin işyerinde sağlık ve güvenlik koşullarının geliştirilmesine yönelik önlemler alınması amacıyla çıkartılan Direktif'in 6. maddesi çerçevesinde, "hamile işçilerin ve bebeğini emzirme durumundaki işçilerin sağlık ve güvenlikleri açısından tehlike teşkil eden durum ve koşullarda çalışmaya mecbur edilemeyeceği" hükme bağlanmıştır.³⁵³

b.b. "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı"

"Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", gerek AB Hukuku düzenlemeleri ve gerekse iç hukukumuzda mevcut olan düzenlemelere büyük ölçüde temel teşkil etmiştir. Avrupa Sosyal Şartı'nın "Çalışan Kadınların Korunma Hakkı" başlıklı 8.

³⁵⁰ MÜLAYİM, Baki Oğuz: "İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, s. 116.

³⁵¹ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 114.

³⁵² SOYSAL, s. 21; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 114.

³⁵³ SOYSAL, s. 21.

maddesiyle iş hayatındaki kadınlara yönelik pek çok haklara yer verilmiştir. Bu maddede taraf devletlerin; endüstride çalışmakta olan kadınların gece işlerindeki çalışmalarını düzenlemeyi, çalışan kadınların yer altı madenlerinde ve gereğinde tehlikeli, sağlığa aykırı veya ağır niteliği nedeniyle uygun düşmeyen tüm öteki işlerde çalışmalarını yasaklamayı taahhüt ettikleri hüküm altına alınmıştır.³⁵⁴ “Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda” ise bu yasaklar tüm kadınlara değil, yalnızca gebelik ve analık durumundaki kadınlara yönelik olarak düzenlenmiştir.

c. ILO Düzenlemeleri

İşçilerin, bilhassa kadın işçilerin korunması amacıyla düzenlenen çalıştırılma yasakları konusuna müteallik olarak ILO’nun aşağıda bahsedeceğimiz birçok düzenlemesi mevcuttur. Ülkemizin bu düzenlemeleri onaylamasa da, iç hukuk düzenlemelerini oluştururken bunlardan etkilendiği görülmüştür³⁵⁵.

ILO’nun kadın işçileri korumaya matuf olarak getirdiği düzenlemelerinden çıkarılan yaklaşımına göre, başlangıçta kadınların işyerinde çalışma koşulları bakımından maruz kaldığı bazı risklere karşı özel olarak korunmasıyla sınırlıyken, daha sonra yerini giderek kadınlar ve erkekler arasında hak ve fırsat eşitliğinin sağlanmasına bırakılmış olup, uluslararası alanda kadınların istihdamı hususundaki gelişmelerde öncelikle kadın işçilerin ağır çalışma koşullarına karşı korunması hedeflenmiş, ardından bu düzenlemeler kadın-erkek eşitliği hareketlerinin etkisinde kalarak kısmen değişmiş ve düzeltilmiştir.³⁵⁶

Kadın işçiler için genetik ve fiziksel bakımdan sakıncalar oluşturduğu düşünülen işlere getirilen yasak ve sınırlamaların tarihi bahsettiğimiz üzere çok eski olup, bunun ilk örneklerinden olan, kadınların çinko ve kurşun kullanılan birtakım sınai işlerde çalışmalarını yasaklayan 1919 tarihli Tavsiye kararı ve Boyama İşleri Hakkında 13 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi’nin 3. maddesinde, kurşun, sülfat ve üstübeç kullanımını içeren boyama işlerinde kadınların çalışması yasaklanmıştır.³⁵⁷ 19.11.1921’de kabul edilerek 31.8.1923’te yürürlüğe girmiş olan Boyama İşleri Hakkında 13 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi, ülkemiz tarafından kabul edilmemiştir.

³⁵⁴ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AvrupaSosyalSarti.pdf>

³⁵⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 124; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 22.

³⁵⁶ KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül: “İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması”, Legal Yayıncılık, birinci bası, 2013, s. 36.

³⁵⁷ ALTAN, s. 154.

ILO, 1960 tarihinde de iyon radyasyonlarına karşı kadın işçileri koruyucu tavsiye kararı almıştır. 28.6.1967’de kabul edilerek 10.3.1970’te yürürlüğe giren “Tek İşçinin Taşıyabileceği Yükün Azami Ağırlığı Hakkında 127 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi”nin³⁵⁸ 7. maddesinde ise “kadınların hafif olmayan ağır yüklerin bedenlen taşınması işine verilmesinin sınırlandırılacağı, kadınların yüklerin bedenlen taşınmasında kullanıldıklarında bu yüklerin azami ağırlığının erkek işçiler için kabul edilen ağırlıktan az olacağı” hükme bağlanmıştır.

Konumuz açısından en önemli sözleşmeler ise, aşağıda inceleyeceğimiz 45 sayılı Sözleşme ile 176 sayılı Sözleşme’dir.

a.a. “Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında 45 Sayılı Sözleşme”

04.06.1935 tarihinde kabul edilen “45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)³⁵⁹ Sözleşmesi³⁶⁰” ile kadınların yer altında, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılması yasaklanmıştır³⁶¹. Sözü geçen sözleşme ülkemiz tarafından 3229 sayılı Kanun³⁶² (09.06.1937 tarihli kanun³⁶³) ile kabul edilmiştir.

ILO’nun 04.06.1935 tarihinde kabul ettiği³⁶⁴ “45 sayılı Her Nevi Maden Ocaklarında Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme’nin” 1. maddesi uyarınca, “*maden ocağı*” kavramı, “yer altında mevcut herhangi bir madenin çıkartıldığı gerek kamu, gerekse özel sektöre ait olan yer” olarak tanımlanmıştır. 45 sayılı Sözleşme ile yaşı dikkate alınmaksızın kadınların, maden ocaklarında çalıştırılması yasaklanmış bulunmaktadır.³⁶⁵ Ancak 45 sayılı Sözleşme’nin 3. maddesinde, yer altı işlerinde kadınların çalıştırılmamasının

³⁵⁸ Türkiye tarafından 30.11.1972’de 1635 sayılı Kanunla kabul edilmiştir.

³⁵⁹ Uluslararası Çalışma Örgütü, bir diğer ifadeyle ILO (International Labour Organization) işçi ve işveren ilişkilerini yönetecek çağdaş kurallar üretmek ve bunların uygulanmasını izlemek yoluyla İş Hukuku’na önemli katkılarda bulunan, diğer uluslararası kuruluşlardan farklı olarak üçlü bir yapıya haiz bulunan sosyal barışa ulaşmak için işçi ve işverenlerin hükümetle işbirliği yapmalarını temin eden milletlerarası bir kuruldur (SÜZEK, İş Hukuku, s. 88).

³⁶⁰ https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377248/lang--tr/index.htm

³⁶¹ Madde 2: “Kadın cinsinden hiçbir şahıs yaşı ne olursa olsun maden ocaklarında yeraltı işlerinde çalıştırılmaz”.

³⁶² “Maden ocaklarında yeraltı işlerinde kadınların çalıştırılmaması hakkındaki milletlerarası mukaveleye iltihaka dair Kanun”, RG. Tarih: 23.06.1937, Sayı: 3229.

³⁶³ RG. Tarih: 23.06.1937, Sayı: 3638.

³⁶⁴ Yürürlük Tarihi: 30.05.1937’dir.

³⁶⁵ SOYSAL, s. 15.

istisnaları sayılmış³⁶⁶, bu madde “idari görevi bulunan ve bedenen çalışmayan kişilerin, sosyal ve sağlık hizmetlerinde çalışanların, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağındaki yer altı işlerinde staj görmelerine izin verilen kişilerin ve bedenen çalışma niteliğinde olmayan bir sanatın icrası için bir maden ocağının yer altı kısımlarına tesadüfen inmesine gerek görülen kişilerin ulusal düzenlemelerle ikinci maddede yer alan yasağın kapsamına girmeyecekleri” hükmünü ihtiva etmektedir. Yani bu istisnadan, kadınların maden ocaklarında bedenen çalışmayıp, idari görevler üstlenebileceğini, sıhhi çalışma ve sosyal hizmetlerde çalışabilecekleri çıkarımını yapabiliriz. Görüldüğü üzere mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağında yer altı işlerinde staj yapmalarına izin verilebilecek gerekli eğitimi almış kadınlar, bedenen çalışma mahiyetinde olmayıp bir sanatın icrası için bir maden ocağının yer altı kısımlarına inmesi gerekli görülenler, bu yasaktan istisna tutulmaktadır.³⁶⁷

Sözleşme’yi 2009 itibarıyla 70 ülke onaylamıştır.³⁶⁸ Ardından 19 Avrupa Birliği üyesi ülke, Sözleşme’yi onaylamalarına rağmen, daha sonra çekildiklerini bildirmişlerdir.³⁶⁹

İş Kanunu m. 72’nin uluslararası dayanağı olan 45 sayılı Sözleşme ve bu hükümlerle öngörülen devletin “*korumacı ve paternalist*” yaklaşımı, günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.³⁷⁰ Ayrıca ILO’nun da bu husustaki yaklaşımı değişmiştir. ILO Uzmanlar Komitesi, 2004 ve 2009 yıllarındaki denetimlerinde buldukları doğrudan taleplerde, ülkemizdeki kadınların yer altı ve maden işlerinde çalışmasını yasaklayan 45 sayılı ILO Sözleşmesi’nden çekilmesini ve bunun yerine 176 sayılı “Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi”ne taraf olmaları konusunda öneride bulunmuşlardır.³⁷¹

b.b. 176 sayılı “Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi

Oldukça eski olan ve günümüzde ayrımcı bulunan 45 Sayılı Sözleşme yerine ILO, 1995 tarihinde “Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında 176 sayılı

³⁶⁶ Bu istisnaların iç hukukumuzdaki düzenlemeye aykırı olmadığı hakkındaki görüş için bkz. SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 142.

³⁶⁷ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 141.

³⁶⁸ Bunlardan 4 tanesi AB üyesidir (Bulgaristan, Yunanistan, Kıbrıs ile Portekiz).

³⁶⁹ KAYA, Gözde: “Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı”, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, https://ab.gov.tr/files/pub/gozde_kaya_doktora_tezi.pdf, s. 48, dn. 176.

³⁷⁰ ERDOĞAN, s. 479.

³⁷¹ ERDOĞAN, s. 479

Sözleşme”yi³⁷² ve “181 sayılı Tavsiye Kararı’nı” kabul etmiştir.³⁷³ Bu Sözleşme, maden işçilerini kadın-erkek biçiminde ayırmak yerine, tüm maden işçilerine yönelik olarak genel bir iş sağlığı ve güvenliği tesis edecek şekilde düzenlemeler getirmiş, amacını kadınların korunmasından çok, iş sağlığı ve güvenliğine yöneltmiştir.

Daha sonradan ülkemiz, 176 sayılı “Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Sözleşmesi”ne 2015 yılında taraf olmakla birlikte, neden halen iç hukukumuzdaki yer altı ve su altındaki çalışmalara ilişkin yasağın yürürlükte kaldığı bilinmemektedir. Bu konuda iç hukuk ve uluslararası hukuk normları arasında bir çelişkinin mevcut olduğu açıktır. Zira bahsedilen iç hukuk hükmünün yürürlükte kaldığı her an, Anayasa’mızın 90. maddesine, yani uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılığın da devam ettiği kanaatindeyiz.

Bahsi geçen 90. hükmün kaleme alınış biçiminin “milletlerarası anlaşma hükümleri uygulanır” yerine “milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” ibaresini vurgulayarak, bu hükümlerin maddi açıdan kanundan farklı olması sebebiyle bir kanun hükmü gibi doğrudan doğruya mevcut hükümleri yürürlükten kaldırdığını değil, onların bu çerçevede yorumlanması ve varsa meydana gelen kanun boşluğunun bu düzenlemeler ile doldurulabileceğini öngörmüştür.³⁷⁴

Türkiye, ayrıca cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm işçilerin sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak amacı güden 1981 tarihli ve 155 sayılı “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında ILO Sözleşmesi”ni ve “İş Sağlığı Hizmetleri Hakkında 161 sayılı ILO Sözleşmesi”ni onaylamış olmakla birlikte, Türkiye açısından bu Sözleşmelerin, güncelliğini yitirmiş olan ve ayrımcı olan 45 sayılı ILO Sözleşmesi’nin yerine uygulanması gerekir.³⁷⁵ Zira “1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi” 59/1/b maddesi uyarınca, “aynı konudaki hem eski hem yeni sözleşmeye taraf olan devletler açısından, daha sonraki sözleşme hükümleri önceki sözleşmeyle çatışıyorsa, yeni sözleşme eski sözleşmenin yerini alacaktır”.³⁷⁶ Bir uluslararası sözleşmeyi onaylayan ülke, iç hukuk mevzuatında buna yönelik gerekli değişiklikleri yapma yükümlülüğünü de kabul etmektedir.³⁷⁷

³⁷² Sözleşme metni için bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_450478/lang--tr/index.htm, e.t. 15.12.2019

³⁷³ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?, s. 3; ERDOĞAN, s. 479.

³⁷⁴ GÜVEN, Kudret: “Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği Ortak Velayet”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 41.

³⁷⁵ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?, s. 3.

³⁷⁶ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?, s. 3.

³⁷⁷ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 21.

d. Yabancı Hukuk Sistemlerinde

Yabancı hukuk sistemlerine baktığımızda, oldukça ilginç uygulamalara rastlayabilmekteyiz.³⁷⁸ Örneğin, Amerikan Hukuku'nda beşinci aydan sonra hamile garsonların masalara servis yapmasını engelleyen bir restoran ile ilgili olarak mahkeme, her ne kadar davalı işveren tarafından bu uygulamanın gerekçesi olarak, hamilelik döneminde ağır tepsiler taşımının tehlikeli olduğunu belirtmişse de, cinsiyet ayrımcılığına hükmetmiştir.³⁷⁹

Gelişen teknolojiler, emek piyasasında ve bunun doğal bir sonucu olarak ülkelerin İş Hukuku yasalarında değişikliğe gitmelerini zaruri kılmaktadır³⁸⁰. Örnek vermek gerekirse, Kolombiya'da birçok erkek maden işçisi, başka yerlerde daha iyi bir iş bulmak için buldukları yer olan Marmato'dan³⁸¹ ayrıldığında, İş Yasası'na aykırılık teşkil etmesine rağmen, erkek işçilerin yerine kadın işçilerin geçmesi tolere edilmiş olup; benzer şekilde, Avrupa Birliği'ne dahil olan Doğu Avrupa ülkelerinde erkek kamyoncular, batılılar için ayrıldıklarında kadınların onların yerini almaları için baskı yapılmış ve 2011'de Filipinler'de çalışan kadınların geceleri çalıştırılma yasağının sona ermesi, Amerika ve Avrupa'da gün boyu çalışana ihtiyaç duyan çağrı merkezleri tarafından coşkuyla karşılanmıştır.³⁸²

Görüldüğü üzere, ekonomik açıdan ülkelerin zorlanması, kadın işçi çalışmalarına getirilen yasak uygulamaların kaldırılmasına yardımcı olmaktadır. Örneğin, günümüzde kadınlar doğu Avrupa ülkelerinde kamyon şoförleri olarak çalışmakta ve Avrupa Birliği'nin diğer bölgelerine göç ederek daha iyi şartlarda işler arayan erkek şoförlerin boşluğunu da doldurmuşlardır.³⁸³

³⁷⁸Örneğin, işçinin korunmasına matuf olarak başka ülkelerde çeşitli çalışma yasakları öngörüldüğünü belirtelim. sıcaklığın yoğun olduğu ülkelerde "sıcakta çalışma yasağı" gibi yasaklarla işin mahiyeti gereği bazı çalışmaların hem kadına hem de erkeğe yasaklandığı görülmektedir. Bkz. <https://korfezhaberi.com/2019/07/02/iscilere-15-eylule-kadar-sicakta-calisma-yasagi-getirildi/> ; <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/kktcde-asiri-sicaklar-nedeniyle-3-gun-calismak-yasak-29733310>, e.t.:23.11.2019. Filipinler'de de hükümet, işçilerinin Kuveyt'te çalışmalarını, orada iyi muamele görmedikleri gerekçesiyle yasaklayarak, işçileri koruyan mahiyette bir kural tesis etmiştir Bkz. <https://www.capakurgazetesi.com.tr/filipinli-iscilere-kuveytte-calisma-yasagi-38459>. Ayrıca İran'daki bekar kadınların çalıştırılmasına bir kamu şirketi tarafından getirilen yasak hakkında bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/bekar-kadnlara-calisma-yasagi-13330729>, e.t.: 12.12.2019.

³⁷⁹ YILDIZ, s. 270.

³⁸⁰ Bazı endüstrilerdeki değişimin katalizörü teknolojidir, çünkü ilerlemeler bazı işleri daha güvenli ve kas gücüne daha az bağımlı hale getirir (WOOD, s. 1 vd).

³⁸¹Kolombiya'nın, sınırları içerisinde pek çok altın madeni bulunan ve madencilikle adını duyuran bir kasabasıdır.

³⁸²<https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>, e.t.:01.11.2019

³⁸³ WOOD, s. 1 vd.

Erkeklerle özgülünen işler, genellikle kadınların sergilemeleri için fazla tehlikeli ya da yorucu olduğu düşünülen işlerdir. Örneğin, Rusya’da kadınların tren sürmeleri ya da gemilere pilotluk etmeleri mümkün değildir.³⁸⁴ Bir diğer kadınların icra edebilmeleri için fazla uygunsuz olduğu düşünülerek yasaklanan iş çeşidi Kazakistan’da bulunmaktadır.³⁸⁵ Kazakistan’da kadınların sığır, domuz veya diğer geviş getirebilen hayvanları kesmeleri, tahliye etmeleri veya deriden çıkarmaları, bunun gibi işlerle uğraşmaları yasaktır.³⁸⁶

Hindistan’da, kadınların güvende olmaları düşüncesiyle³⁸⁷ ve örgütlenmemiş sektörde yürürlükteki işyeri kurallarının bulunmamasından dolayı kadın işçinin işgücüne katılımının halen düşük olduğunu söyleyebiliriz.³⁸⁸ Hindistan’da, 1961 Doğum Yardımı Yasası ışığında doğumdan önce ve sonra toplam 12 hafta kadınların doğum iznine çıkması esası getirilmiştir.³⁸⁹

Bazı yasalar, eski çağlardan kalma iken, bazıları ise ilginç bir biçimde yeni ortaya çıkmıştır: Vietnam’da, 50 beygir gücünde olan ya da 50 beygir gücünden daha fazla güçteki traktörlere kadın işçilerin binmesinin yasaklanması 2013’te gerçekleşmiş olsa da bunun gibi spesifik örnekler haricinde genele baktığımızda, dünya genelinde yakın tarihlerde bir özgürleşme eğiliminin olduğunu söyleyebiliriz.³⁹⁰ Örneğin, son yıllarda Bulgaristan, Kiribati ve Polonya gibi ülkeler bu konudaki tüm kısıtlamaları kaldırdıkları gibi, benzer bir şekilde Kolombiya ve Kongo tamamını olmasa dahi bu yasakların bir kısmını lağvetmiş, yine ülkemiz gibi başka ülkeler de birçok işi daha güvenli ve daha az kaba kuvvete bağımlı kılan ya da

³⁸⁴ WOOD, s. 1 vd.

³⁸⁵ Bu yasağı Kazakistan toplumunun ahlaki değerlerinin bir sonucu olduğuna örnek gösteren yazı için bkz. <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only?fsrc=scn/tw/te/bl/ed/labourlawsin104countriesreservesomejobsformenonlyneverdone>, e.t.:01.11.2019.

³⁸⁶ WOOD, s. 1 vd. Ayrıca bkz. <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only?fsrc=scn/tw/te/bl/ed/labourlawsin104countriesreservesomejobsformenonlyneverdone>, e.t.:01.11.2019

³⁸⁷ Örneğin, 1948 Fabrikalar Kanunu ve 1952 Maden Kanunu ile tehlikeli işlerde çalışma yasağı ve gece çalışma yasağı gelmiştir (GURNANİ, Neerja: “*Standards for Women in Labour Law*”, 2015, s. 1, erişim adresi: <https://www.lawctopus.com/academike/standards-women-labour-law/>, e.t.: 22.11.2019, s. 1).

³⁸⁸ GURNANİ, s. 1.

³⁸⁹ 6’şar haftalık sürelerle toplam 12 hafta izin hakkı tanınmıştır (GURNANİ, s. 1); Metnin orijinali için bkz. “<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/678/maternitybenefitsact1961.pdf>”. Bu düzenlemeye 2017 yılında birtakım getirilmiştir (Maternity Benefit (Amendment) Act, 2017 (No. 6 of 2017) bkz. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=29926). (Hindistan’da kadınlara yönelik özel hükümlerle ilgili yasaların çoğu, ILO sözleşmeleri model alınarak yapılmıştır).

³⁹⁰ WOOD, s. 1 vd. Ayrıca bkz. “<https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>”, e.t.:01.11.2019.

mahkemelerin ayrımcı olarak yasaklandığını gören teknolojik gelişmeler ışığında yasalarında değişiklik yapma yoluna gitmiştir.³⁹¹

Rusya'ya gelecek olursak, İngiliz Times gazetesi, Rusya'da 1974'ten kalma yasalarla kadınların çalışmalarının yasak olduğu işlerin sayısının azaltılacağını ve ülkede Çalışma Bakanlığı'nın bu amaçla bir yasa tasarısı hazırladığının habercisi olmuştur. Times'taki habere göre düzenlemenin yasallaşması halinde kadınlar 2021'den itibaren araç tamir edebilecek, tekneyle balık avlayabilecek, buldozer ve traktör kullanabilecek, gemilerde kaptanlık, trenlerde makinistlik yapabileceklerdir.³⁹² Mevcut yasayla, Rusya'da kadınlar fiziksel açıdan zor ya da hamileliklerinde bebeklerine zarar verebilecek işlerde çalışmamaktadırlar.³⁹³

Rusya'da kadınların toplam 38 sektörde, 456 işi yapması yasaktır. Yetkililer tarafından kadınlara 100 kadar işin yasak olmaya devam edeceğini ve bu düzenlemeden sonra da kadınların "itfaiye hizmetleri, madencilik ve kimya sektörüyle ağır yük kaldırılması gereken işlerde" yine çalışamama devam edecekleri ifade edilmiştir.³⁹⁴

Birleşmiş Milletler, 2016'da çalıştırma yasakları listesini cinsiyet ayrımcılığı olarak nitelmiş ve Rusya'ya bu politikasını gözden geçirmesi çağrısı yapmıştı. Bir kadın hakları savunucusu: "*Kadınların çalışma yasağı konmasına karşıyım. Kadınlara nerede çalışıp çalışamayacaklarını söylemek cinsiyetçiliktir*" şeklinde konuşma yapmış ve hükümetin kadınların çocuk doğurma kapasitesiyle ilgili kaygılarını da "devletin doğurganlığa müdahale çabası" olarak nitelmiştir.³⁹⁵

Dünya Bankası'nın "Kadın, İş Dünyası ve Hukuk" projesinin³⁹⁶ program yöneticisi Sarah Iqbal: "Ne yazık ki yasalar, dünya üzerindeki çoğu erkek işçiler için düz bir çizgiyken, kadınlar için ise bir labirenttir ve bunun değişmesi gerekmektedir, zira kadınları belirli işlerden uzak tutmak veya bir iş sahibi olmalarını engellemek için hiçbir neden yoktur, yani

³⁹¹ WOOD, s. 1 vd. Ayrıca bkz. "<https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>", e.t.:01.11.2019.

³⁹² "<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48883275>"; <https://www.haberler.com/times-rusya-da-kadinlara-agir-islerde-calisma-12213908-haberi/>, (e.t.: 24.11.2019).

³⁹³ "<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48883275>"; <https://www.haberler.com/times-rusya-da-kadinlara-agir-islerde-calisma-12213908-haberi/>, (e.t.: 24.11.2019).

³⁹⁴ "<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48883275>"; <https://www.haberler.com/times-rusya-da-kadinlara-agir-islerde-calisma-12213908-haberi/>, (e.t.: 24.11.2019).

³⁹⁵ "<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48883275>"; <https://www.haberler.com/times-rusya-da-kadinlara-agir-islerde-calisma-12213908-haberi/>

³⁹⁶ <https://wbl.worldbank.org/#>

projenin³⁹⁷ verdiği mesaj aslında çok basit: “*Kadın yoksa, büyüme yoktur*” demecini vermiştir.³⁹⁸

2018 tarihi itibarıyla 104 ülkenin hukuk sisteminde, bazı işlerde kadın işçilerin çalışmasının yasak olduğu işlere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.³⁹⁹ Dünya Bankası, kadınların üstlendikleri bazı işlerin yasaklandığı İş Hukuku mevzuatlarına sahip 104 ekonominin bulunduğunu ve hangi zamanlarda, nerelerde kadınların bu işleri yapmalarına izin verildiğini açıkladı. Bu sınırlamaların istihdam konusunda tahmini 2.7 milyar kadının seçimini etkileyeceği tahmin ediliyor.⁴⁰⁰

Aşağıdaki haritada 2018 yılında hangi ülkelerdeki kadınların hangi işlerden yasaklandığına ilişkin dağılımlar gösterilmiştir. Buna göre kadınların; Belarus’ta zirai ilaçlarla çalışmaları, Moldova’da 14 koltuktan fazla oturma yeri olan otobüsleri sürmeleri, Rusya’da kadınların bazı araçları sürmeleri, Mısır’da gübre, böcek ilaçları ve hormonlar ile yapılması gereken işlerde çalışmaları, Azerbaycan’da kanalizasyon temizliği içeren işlerde çalışmaları, Kazakistan’da birtakım hayvan eti ya da derisi temizleme işlerinde çalışmaları, Çin’de soğuk su işlerinde ay hali günleri döneminde çalışmaları, Gine’de bazı muayyen çekişlerle çalışmaları, Bahreyn’de geceleri elektrik yüklemesi yapılması icap eden işlerde çalışmaları, Bangladeş’te su altı işlerinde çalışmaları, Malezya’da geceleri her türlü karayolu, demiryolu, hava yolu ve deniz yoluyla yolcu taşınması veya mal sevkiyatında çalışmaları, Arjantina’da alkol ayırıştırma veya damıtmaları, Angola’da gaz işlerinde çalışmaları, Nijerya’da geceleri gaz işlerinde çalışmaları, Madagaskar’da elektrik işlerinde çalışmaları yasaktır.

Yalnızca ülkemizde değil, konuyla alakalı uluslararası sözleşmelere uyulması sonucunda diğer ülke mevzuatlarında da yerini bulan yer ve su altında çalışma yasağının kadınlar aleyhine fırsat eşitliğini bozduğu gerekçesiyle eleştiriler sürülmüş ve hatta Avustralya, Kanada, Şili, Finlandiya, İrlanda, Lüksemburg, Hollanda, Yeni Zelanda, Peru,

³⁹⁷2009 yılından bu yana çalışmalarını sürdüren “Kadınlar, İş Dünyası ve Hukuk (WBL) Projesi”, kadınların ekonomik fırsatlarını kısıtlayan yasa ve yönetmeliklerle ilgili veriler toplayan Dünya Bankası Grubu’nun yarattığı 10 yıllık reform niteliğinde bir projedir. Geçtiğimiz 10 yıl içerisinde bu proje, 187 ekonomiyi ve kadınların ekonomik katılımına ilişkin 8 konuyu kapsamına almış ve ayrımcı yasaların reformunu teşvik etmiştir. 2019 yılında cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik küresel ilerlemelerde büyük bir sıçrama yaşandığı yapılan bu çalışmalarla tespit edilmiş olup, 2010-2019 yılları arasındaki cinsiyet eşitliği ilerleme grafiği için bkz. <https://wbl.worldbank.org/#>. Proje hakkında daha detaylı bilgi almak için bkz. “<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31327/WBL2019.pdf?sequence=4&isAllowed=y>” (e.t.: 01.11.2019).

³⁹⁸ WOOD, s. 1 vd.

³⁹⁹“<https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only?src=scn/tw/te/bl/ed/labourlawsin104countriesreservesomejobsformenonlyneverdone>”, e.t.:01.10.2019.

⁴⁰⁰ WOOD, World Ekonomik Forum, s.1 vd.

İsveç, Birleşik Krallık, Uruguay ve Zambiya çeşitli tarihlerde sözleşmeyi feshetmişlerdir.⁴⁰¹ Dolayısıyla bu yasağın kaldırılarak kadın işçilerin ihtiyaçlarına kulak veren çağdaş iş sağlığı ve güvenliği politikaları geliştirilmelidir.⁴⁰²



Economist.com

2. Ulusal Mevzuatta

Ulusal boyutta çalıştırılma yasakları, madde lafzında açıkça yer almasa da kaynağını 1982 Anayasa'mızın 50. maddesinden alır. Yine, 4857 sayılı İş Kanunu'muzun 72 ve devamı maddeleri, 1593 sayılı "Umumi Hıfzısıhha Kanunu"⁴⁰³, m. 155 ve 177. maddeleri ve bu kanunlara dayanılarak çıkartılan birçok yönetmelik çerçevesinde işverenlerin kadınlarla iş sözleşmesi yapmaları yasaklanmıştır. Bu durumlarda mevzuatın amacının kadınları çalışma hayatından uzaklaştırmak değil, korunması amaçlanan süje olmasından kaynaklanan bir yasaklamanın söz konusu olduğu belirtilmektedir.⁴⁰⁴

Bu noktada düzenlemelerin getirildiği ve bu süreçte değiştiği yıllardan beri doktrin ikiye bölünmüş durumdadır. Bir kısım yazarlar bu düzenlemelerin ülkemizin sosyo-ekonomik durumu baz alınarak, salt kadın işçileri koruyucu bir önlem mahiyetinde olduğunu ve bunların gerekli düzenlemeler olduğunu, bunda herhangi bir sakınca bulunmadığını savunurken ve bu

⁴⁰¹ Bkz. YILDIZ, s. 288, 210. dn.

⁴⁰² ERDOĞAN, s. 479.

⁴⁰³ R. G. Tarih: 06. 05. 1930, Sayı: 1489.

⁴⁰⁴ BACAK / YİĞİT, s. 8.

düzenlemeleri ne eşitlik ilkesine ne de irade serbestisine aykırı görmezken; bir kısım yazarlar ise her bireyin kendisine münhasır özellikler ihtiva ettiğini, tüm kadınların genellenerek güçsüz ve biyolojik olarak yetersiz olarak görülmesinin doğru olmadığını, ayrıca gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alındığı müddetçe kadınların da bu işlerde çalışabileceğini savunarak, bu muhtevada çıkartılan ulusal ve uluslararası düzenlemeleri eleştirmekte ve bunları eşitliğe aykırı olduğunu savunmaktadırlar.

a. Cinsiyete Uymayan İşlerde Çalıştırılma Yasağı

İşçiyi koruma amacına yönelik bir hukuk dalı olan İş Hukuku, kadını çalışma hayatında tehlikelerden korumayı amaçlayan normları da kapsamaktadır. Anayasanın 50. maddesinde, kadınların çalışma koşulları bakımından özel olarak korunacağı öngörülmüştür.⁴⁰⁵

1982 tarihli Anayasa'mızın 50. maddesi itibariyle, "kimse yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı gibi, küçükler ve kadınlar gibi bedeni veya ruhi yetersizliği olanların özel olarak korunacakları" öngörülmüştür.

SENYEN KAPLAN'a göre, kadınların çalışma özgürlüğünü kısıtlayan birtakım yasaklar, Anayasa'da belirtildiği üzere kadın işçileri koruma amacıyla geliştirilmiş ve bu husus, devletin sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesi ve çalışanların korunması için alması gereken önlemlerin bir sonucu olarak açıklanmıştır.⁴⁰⁶ Akit yapma yasaklarının maksadı, işçiyi söz konusu tehlikelerden korumak olup, bu yasakların hukuki gerekçesini ise işçiyi koruma hukuku ilkeleriyle mevzuatı oluşturmaktadır.⁴⁰⁷

Bu hüküm, fazlaca tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde BAKIRCI, kadınların bedeni veya ruhi açıdan yetersiz olan kişilerle bir tutulmasını doğru bulmamıştır. Anayasa'nın 10/2. maddesinin 1. cümlesi "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir*"; 48/1. maddesinin 1. cümlesinin "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*"; 70/1. maddesi "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" ; "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" ifadesine rağmen, Anayasa'nın bizzat kendisi 50. maddesiyle kadınları eşit vatandaşlar olarak kabul etmemektedir. Anayasa m.50/2 uyarınca, "*Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği*

⁴⁰⁵ SENYEN KAPLAN, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara, s. 1139.

⁴⁰⁶ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 159.

⁴⁰⁷ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 159.

olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”. Bu fıkra ile kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhî yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuş olmakla birlikte korumanın kapsamına da bir sınırlama getirilmemiş ve bu konu kanun koyucunun keyfiyetine bırakılmıştır.⁴⁰⁸ BAKIRCI'nın bu ayrıksı görüşüne katılmaktayız.

Aksi görüştekiler ise her ne kadar madde metni ile kadınların çalışma özgürlüğü sınırlandırılmış gibi görünüyorsa da bu sınırlamaların kadınların yararına ve çıkarına olduğunu, hatta bir yerde kadınları kendilerine karşı dahi koruma amacı taşımakta olduğu savunmuşlar, bu itibarla onlara göre kadın işçilerin fiziksel ve biyolojik nitelikleri⁴⁰⁹ dolayısıyla birtakım işlerde çalışmalarının yasaklanması veya sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemeyiz.⁴¹⁰ Buna dayanak olarak ise İş Kanunu'muzun “işverenin eşit davranma borcu” başlıklı cinsiyet ayrımcılığını düzenleyen 5. maddesini göstererek, aslında yasa koyucunun amacının, özel hükümler vasıtasıyla kadın işçilerin üstün tutulması yerine, onların erkek işçiler veya erkek işverenler karşısında mağdur olmalarını önlemek olduğu fikrini ileri sürmektedirler.⁴¹¹

1961 Anayasası'nda da 1982 Anayasası'nın 50. maddesine benzer bir düzenleme mevcut bulunmaktaydı. Bu maddenin (43. madde) gerekçesinde: “İş Hukuku alanındaki hükümlerin henüz yeter derecede ciddiye alınmadığı bir memlekette bu hükmün Anayasa'da yer alması lüzumu, kendisini daha kuvvetle göstermektedir” denilerek maddenin getiriliş amacına açıklık getirilmiştir. Görüldüğü üzere bu madde, o dönemde var olan somut bir ihtiyacın arız olması sonucunda getirilmiştir. Bu maddeden hareketle çocuklar, gençler ve kadınlarla ilgili koruyucu hükümlere çalışma hayatında ihtiyaç duyulması ve fakat Kanunların yetersiz kalması üst düzeyde koruma ihtiyacını yaratmış, Anayasa da bu konuya gerekli dikkati çekme ve özel olarak vurgulama fonksiyonuyla buna ilişkin hükümler tesis etmiştir.⁴¹²

Elbette ki İş Yasası'nda tanımını bulan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan iş ilişkisinin sürdürülmesinde umulan faydanın sağlanabilmesi, birinci planda işçinin fiziki kapasitesinin

⁴⁰⁸ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?, s. 1-2.

⁴⁰⁹ Kadınların biyolojik farklılıklarının sonucunda tıbbi açıdan hangi nedenlerle olumsuz koşullardan daha fazla etkilendiği hakkında detaylı açıklama için bkz. CİVAN, Orhan Ersun: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/4, s. 224-225.

⁴¹⁰ YUVALI, s. 103; YUVALI, Eşit Davranma Borcu, s. 120-121; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 187; TUNCAY, s. 125.

⁴¹¹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 188.

⁴¹² NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 177.

yapılacak iş ile uyumlu olmasına bağlıdır.⁴¹³ Ancak BAKIRCI'ya göre iş mevzuatındaki koruyucu hükümlere kaynaklık eden Anayasa'nın 50. maddesi muhafaza edilmeli, 2. fıkrasındaki "kadınlar" ibaresi kaldırılmalıdır.⁴¹⁴ Zira Anayasa'nın 50. maddesinin 2. fıkrası ile kadınların fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuş olması nedeniyle yasa, bu yönüyle ayrımcılık teşkil etmekte ve bizzat kendisi cinsiyet ayrımcılığı yapmaktadır.⁴¹⁵ Bu nedenle BAKIRCI, 2. fıkranın Anayasa'mızdan çıkarılması gerektiğini, bu maddeye eklenecek ayrı bir fıkra ile çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımın yasaklanması gerektiğini ve yalnızca işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kıldığı hallerde ayırım yapılabileceğinin düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴¹⁶

TİHEKK m. 7/1, b düzenlemesine baktığımızda: "*Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*" ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden biridir. Yani bu düzenlemeye göre sadece kadın veya sadece erkek olması hasebiyle farklı muameleye uğrayan işçi, ayrımcılık iddiasında bulunamayacaktır. Bu istisnai hal; cinsiyetin ya zorunlu bir mesleki gereklilik olarak görülmesi ya da çalışma yasakları bakımından kendisini gösterebilir. Çalıştırma yasakları, kadın ve erkek çalışanlar arasında, daha ziyade kadınları korumak adına getirilen farklı muameleyi ifade ettiğinden, m. 7/1/f kapsamında incelenmesi daha doğru olacaktır.⁴¹⁷ Yalnızca bir cinsiyetin istihdamının zorunlu bir mesleki gereklilik olması ise; günümüzde kadınların yapamayacakları işlerin artık çok sınırlı olması, söz konusu düzenlemenin cinsiyet ayrımcılığını meşrulaştırması, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğrayan kişilerin Kurum'a başvuru yolunun bu düzenleme ile kapatılmış olması gibi gerekçelerle eleştiriye açıktır.⁴¹⁸ Zira mevcut yasa hükümleri yürürlükte kaldığı sürece kadınların çalıştırılması yasak işler açısından ilanla veya yönetmeliklere konulan düzenlemeyle sırf kadınlara veya erkeklere öncelik tanıyan kotalar uygulanabilir.⁴¹⁹

⁴¹³ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 119.

⁴¹⁴ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1290.

⁴¹⁵ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?, s. 1-2.

⁴¹⁶ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1270; BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.61.

⁴¹⁷ KAYAALP, s. 84-85.

⁴¹⁸ "Burada, ayrımcılık yasağı ihlali bakımından getirilen istisnai düzenlemenin kullandığı ifadelerin çok genel ifadeler içermesi eleştiriye açık olmakla birlikte madde düzenlemesi bu durumu bir istisnai hal olarak düzenlediğinden ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, düzenlemenin sınırlı bir alana yönelik olarak getirildiğinin kabulü en doğru yöntem olacaktır" (KAYAALP, s. 83-85).

⁴¹⁹ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 383.

YUVALI'ya göre; her ne kadar bu hükümle kadınların sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmış gibi gözükse de, bu sınırlamalar kadınların yararına ve çıkarına olup, onları kendilerine karşı dahi korumayı hedeflemektedir.⁴²⁰ Bu gerekçeyle kadın işçilerin biyolojik ve fiziksel mahiyetleri nedeniyle birtakım işlerde çalışmalarının yasaklanması yahut sınırlandırılması eşitlik ilkesini zedelemez.⁴²¹

AYDINLI'ya göre, kadın işçilerin bu nev'i işlerde çalıştırılmasının idare tarafından engellenmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamakta ve işverenin hizmet akdinden doğan işçiyi koruma borcu kapsamında değerlendirilmelidir.⁴²² Sözleşme Hukukunda hakim olan 'sözleşme hürriyeti ilkesine' İş Hukuku'nda ehliyet dışında başka sınırlamalar da getirilmiştir. "Kadınlara ve çocuklara yönelik olarak düzenlenen kanun hükümleri hak veya fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama olarak görünse de buradaki gerçek amaç ehliyetin sınırlanması değil zayıf durumda olan çalışanların kamu düzeninin korunması amacıyla sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanmasıdır".⁴²³

"89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi esas alınarak hazırlanan mülga İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği", "*Risk Grupları*" başlığı altında 15. maddede bazı koruma grupları öngörmüştü. Şöyle ki: "*Kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürllüer ve diğer hassas risk grupları, özellikle bunları etkileyen tehlikelere karşı korunurlar*" ifadesi yer almıştır. YILDIZ, haklı gerekçelerle bu hükmü eleştirmektedir. Zira özürllüerin fiziksel ya da zihinsel faaliyetlerindeki birtakım kısıtlamalar, çocukların dikkatsizlik ve tecrübesizliği, yaşlıların ise yaşlılığa bağlı olarak dikkat azalması gibi nedenlerle iş kazası riskine daha açık oldukları söylenebilir. Ancak her yaş ve gruptaki kadınlar için böyle bir genelleme yapılmasını haklı gösteren herhangi bir bilimsel bulgu bulunmamaktadır. Nihayet, "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği"nin, "4857 sayılı Yasa'nın 78. maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilkelerin, öncelikle üst hukuk normu olan bir tüzükle düzenlenmeksizin doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi anılan Kanun hükmüne aykırı bulunduğundan" Danıştay Onuncu Dairesi'nin 16.05.2006 tarih ve 2004/1942 Esas Nolu kararı ile iptal edilmiştir.⁴²⁴

⁴²⁰ YUVALI, s. 120.

⁴²¹ YUVALI, Eşit Davranma Borcu, s. 120-121.

⁴²² AYDINLI, İbrahim: "*İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)'in Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi*", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1998, s. 5.

⁴²³ AYDINLI, s. 5-6.

⁴²⁴ "Ayrıca Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik EK-1'de mesleki maruziyet sınır değerleri tespit edilmiş olup, kadın ve erkek işçiler açısından farklı değerlerin belirlenmediği görülmektedir. Bu itibarla kimyasal maddelerle çalışan kadın işçilere özgü ayrı sınır değerlerin belirlenmesi düşünülebilir ve bu sayede meslek hastalıklarının tespiti daha kolay olabileceği gibi, meslek hastalıklarının önlenmesi açısından daha etkin adımlar atılabilecektir" (CİVAN, 224-225).

Konuyla ilgili hukuki düzenlemelerin tarihsel gelişimine baktığımızda kadınlara ağır ve tehlikeli işlerin yasaklandığı anlaşılmıştır. “Ağır ve Tehlikeli İşler” başlıklı mülga 85. madde, 20/6/2012 tarihinde 6331 sayılı Kanun’un 37. maddesi ile yürürlükten kaldırıldı.⁴²⁵ Bu maddede “16 yaşını doldurmamış genç işçiler ile çocukların çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı ifade edilmiş⁴²⁶, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işlerden sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri Sağlık Bakanlığı’nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca⁴²⁷ hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir” denilmekteydi. Ayrıca bu hükme dayanarak hazırlanan –ancak daha sonra yürürlükten kaldırılacak olan- “Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nin”⁴²⁸ Ek-1 çizelgesinde⁴²⁹ kadınların hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabilecekleri de gösterilmişti. ATİ Tüzüğü’ne ve Yönetmeliği’ne ek yapılan cetvelde kadınların çalıştırılabilecekleri işlerin karşısına (K) ibaresi konulmuştu. Örneğin; “toprağın pişirilmesi suretiyle imal olunan kiremit, tuğla⁴³⁰, ateş tuğlası, boru, pota, künk vb. inşaat ve mimari malzeme işlerinde çanak, çömlek, çini, fayans, porselen ve seramik imaline ait işlerde, plastik maddelerin şekillendirilmesi ve plastik eşya imali” işlerinde kadın işçi çalıştırılabilirken, kibrit imaline ait işlerde kadın işçiler sadece ambalajlama ve diğer yardımcı işlerde çalışabilmekteydi.^{431, 432} Burada da yer altında yapılan her türlü işler kadınlara yasaktı.

⁴²⁵ “Madde 85’in gerekçesinde: “Mevcut düzenlemede, işyerlerinde genel çalışma şartları ve alınacak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekli eğitim ve bilgilendirmeye dair hüküm bulunmasına rağmen, ağır ve tehlikeli işlerde çalışanların yapacakları işlerle ilgili mesleki eğitim şartı aranmamaktadır. İşyerlerinde son zamanlarda bazı iş kollarındaki işkazalarının artışıdaki temel sebeplerden birisi de mesleki eğitim almadan ağır ve tehlikeli işlerde işçi çalıştırılması olduğu görülmektedir. Buradan hareketle, bu işkollarında çalıştırılacak işçilere iş öncesi eğitim verildiği takdirde eğitilmiş ve kalifiye işçi çalıştırılması ve iş kazalarının önlenmesi hedeflenmektedir” açıklaması yapılmıştır” (<http://iskanunu.net/madde-85/> e.t.: 08.11.2019).

⁴²⁶ “Şunu ifade etmek gerekir ki, ATİ Tüzüğü m.2/3. hükmü uyarınca İlgili Bakanlıklarca yeterliliği kabul edilen kursları veya ihtisas ve meslek öğrenimi veren okulları bitirip o konudaki işi meslek edinmiş olan kadınlar da cetvelin 35. sırasından 62. sırasına kadar (62 dahil) belirtilen işlerde çalıştırılabileceklerdi.”

⁴²⁷ “Bakanlık’ın ismi 4 Ağustos 2018 tarihli ve 30499 sayılı Resmi Gazete’de “Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile değiştirilerek “Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı” olmuştur.” (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/08/20180804-1.pdf>, e.t.: 08.11.2019).

⁴²⁸ R. G. 16.06.2004 ve 25494 Sayılı.

⁴²⁹ Çizelgeye erişim için bkz. “http://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/mevzuat/agir_ve_tehlikeli_isler_yonetmeli_16_haz_2004.pdf, s. 3 vd. e.t.: 08.11.2019”.

⁴³⁰ “Ayrıca yakın tarihte Danıştay Onuncu Dairesinin 21/3/2019 tarihli ve Esas No: 2013/903 sayılı kararı ile ATİ Tebliği’nin ekinde yer alan 23.32.01 kodu ile tanımlanan ve çok tehlikeli olarak gösterilen “Fırınlanmış, ateşe dayanıklı olmayan kil ve topraktan baca künkleri ve başlıkları, şömine ve baca boruları, oluklar ve bağlantı parçaları ile tuğla, kiremit, karo vb. inşaat malzemeleri imalatı (seramikten oluklar, borular ve bağlantı parçaları dahil)” ibaresindeki “tuğla” ve “kiremit” ibarelerinin iptaline karar verilmiştir.”

⁴³¹ YILDIZ, s. 289; ALTAN, s. 150; SARACEL, Nüket: “Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları” Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1987, s. 99; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 143-144.

85. maddenin 2. fıkrasına dayanılarak çıkartılan 16.06.2004 tarihli ve 25494 Sayılı Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik⁴³³ ile yürürlükten kaldırılmıştır. İş Kanunu mülga maddesi 85 uyarınca çıkartılan ATİY Ek-1 cetvelinde 18 yaşını bitirmemiş gençlerle her yaştaki kadınlar, hem yer altı, hem de yer üstü olmak üzere her çeşit maden işlerinden yasaklanmışlardır. Kadınların, ağır ve tehlikeli işlerden hangilerinde gece postalarında çalıştırılmayacakları konusunda ise KSGPT'nün 2. maddesi ile açıklık getirilmiş ve kadınların ATİT'ne ek yapılan cetveldeki 11, 95, 96 ve 103 sıra numarasında kayıtlı işlerde gece postalarında çalıştırılmaları yasaklanmıştı.⁴³⁴

O dönemde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir kararında ağır ve tehlikeli işleri, ATİ Tüzüğü'nde belirtilenlerle sınırlandırmanın kanun koyucunun amacına uygun düşmeyeceği; Tüzük'te belirtilmemekle beraber Tüzük'te belirtilmese de ağır ve tehlikeli iş niteliğini haiz olan işlerin de bu işlerden sayılması gerektiği kanaatine yer vermiştir.⁴³⁵

Yeni düzenleme olan “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlikeli Sınıfları Tebliği”⁴³⁶ Eki İşyeri Tehlike Sınıfları Listesi çerçevesinde işyerleri; ağır ve tehlikeli ayrımı yerine az tehlikeli, tehlikeli, çok tehlikeli şeklinde sınıflandırılmıştır.

“İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nde” yer alan işyeri tehlike sınıfları listesi, “İş Sağlığı ve Güvenliği'ne İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”⁴³⁷ ile değiştirilmiştir. Ardından bu listenin nihai şekli, 26.12.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmeliğin ekinde yer alan Tehlike Sınıflarına İlişkin Tebliğ⁴³⁸ ile verilmiştir.⁴³⁹ Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nin yerine yürürlüğe konulan Tehlike Sınıfları Tebliği'nde de kadın işçilere yasaklanan işlere ilişkin herhangi bir ayrıma gidilmediği gibi, çağın bilim ve teknolojisinin gerisinde kalan çalıştırma yasakları getirmek yerine, isabetli olarak kadın çalışanları dikkate alan “Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü” ile sağlık raporu alınması zorunluluğu öngörülmüştür.⁴⁴⁰

⁴³² “Şunu ifade etmeliyiz ki, kadın işçiler bu bahsedilen alanlarda gündüz çalışabilecek, çoğunluğunda gece çalışamayacakları” (SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 148).

⁴³³ RG. Tarih: 08.02.2013, Sayı: 28553.

⁴³⁴ “Bunlar, ATİT'nde yer alan ancak yanarda (K) harfi bulunmayan işler olup, örnek kabilinden demiri ısıtıp döverecek şekillendirilen ya da presleme suretiyle icra edilen çeşitli eşya imali gibi işlerdi.” (SARACEL, s. 98).

⁴³⁵ Y9HD., 24.04.1973 E. 1708, K. 3542 (naklen: SARACEL, s. 97).

⁴³⁶ RG. Tarih: 26.12.2012, Sayı: 28509.

⁴³⁷ R.G.T. 29.03.2013 ve 28602 Sayılı.

⁴³⁸ RG. 27.02.2017 yürürlük tarihli 29992 (Mükerrer)

⁴³⁹ “<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170227M1.pdf>”.

⁴⁴⁰ ERDOĞAN, s. 476.

Tehlike Sınıfları Tebliği'nde yer alan tehlikeli işlerde "6331 Sayılı Kanun" ve ilgili mevzuatlarda düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulduğu takdirde ve buradaki koşullar oluşmuşsa, ağır ve tehlikeli işlerde ve çok tehlikeli işler sınıfında yer alan işlerde çalışabileceklerine ilişkin sağlık raporunun alınması şartıyla sadece kadın işçilerin değil, bütün işçilerin çalışması mümkündür ki bu düzenlemenin eşitlik ilkesiyle ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi'nin 11/b maddesiyle bağdaştığını da ifade etmeliyiz.⁴⁴¹ 26/12/2012 tarihli ve 28509 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'nin ekinde yer alan Ek-1'de 2017 yılında birtakım değişiklikler yapılmıştır.⁴⁴²

İş Kanunu'nun kadın işçileri koruyucu hükümlerine ilişkin olarak bilhassa çalıştırılma yasakları hususunda kadın-erkek ayrımının önemli ölçüde kaldırıldığı görülmektedir.⁴⁴³ 6331 sayılı Kanun'da da ağır ve tehlikeli işlere ilişkin yasaklar yumuşatılarak, daha çok iş sağlığı ve güvenliği yönüne ağırlık verilmiştir. "6331 sayılı İSG Kanun'un" 15/2. hükmü "*Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz*" ve 17/3'teki "*Mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde, yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenler çalıştırılmaz*" hükmü dahilinde bu maddenin şartlarını taşımayanlar, bahsi geçen işlerde çalıştırılmaz.

Özellikle ağır ve tehlikeli işler konusunda getirilen yasaklarda kadınların erkeklere kıyasla genellikle daha kuvvetsiz olduğu, vücut yapıları bakımından da daha narin oldukları algısının hakim olması düşüncesi etkilidir. Bu durum ise kadın işçilerin, fiziksel güç gerektirmeyen işlerde istihdam edilmeleri eğilimini artırmaktadır. Örneğin inşaat sektöründe işçilerin sadece %9'unun kadın olduğu tahmin edilmekte ve bu durum iş sağlığı ve güvenliği bağlamında kadın işçilerin, titreşim, ses gibi bazı sektörlere özgü mesleki risklerle karşılaşmaları ihtimalini azaltmaktadır.⁴⁴⁴

Buna karşılık her ne kadar kadın işçilerin daha hafif işlerde çalıştırıldığı düşünülse dahi, hafif işler olarak nitelendirilen işler sürekli tekrarlanan hareketler, devamlı sürdürülen duruş bozuklukları gibi yoğun fiziksel aktiviteleri içerebilmektedir. Hemşirelerin hastaları taşıma, temizlikçiler ve tarım işçilerinin sürekli rahatsız edici vücut pozisyonlarında

⁴⁴¹ SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1145.

⁴⁴² İş Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, RG. Tarih: 27 Şubat 2017, Sayı: 29992 Mükerrer.

⁴⁴³ SÜMER, s. 389.

⁴⁴⁴ CİVAN, s. 212-213.

çalışmaları, seri üretim hattında çalışan işçiler tekrar eden kol ve el hareketlerini gerçekleştirme, satış temsilcilerinde uzun süre yürüme ve ayakta durma gibi zorluklarla karşılaşabilmektedir.⁴⁴⁵ Kadın işçilerin en çok istihdam edildiği sektörlerde gösterdikleri fiziksel efor, kas ve iskelet sistemi hastalıkları gibi sağlık sorunlarının ortaya çıkmasına neden olabilmektedir.⁴⁴⁶ Elbette ki bu problemler herhangi bir erkek işçide de pekala görülebilecektir.

ABD’de üreme çağındaki kadınların bazı işlerde çalışmalarını engelleyen hükümlerle, kadınların doğmamış çocuklarını koruma düşüncesiyle getirilen yasaklar bulunmaktadır. Bu yasaklara rağmen yasa, ne mahkemelere ne de işverene kadın işçi adına, üreme sağlığı konusunda karar verme yetkisi tanımaktadır.⁴⁴⁷ Kuşkusuz kadının kendi doğurganlığını denetleyebilmesi, onun işgücü piyasası içinde çalışma yaşamını programlayabilmesine yardımcı olmakta, ne var ki bu denetimin boyutu derinleşmekte, kadınla birlikte, devlet ve işveren de denetimde söz sahibi olmaktadır.⁴⁴⁸

Bu düzenlemelerin kadının kendisini geliştirme olanağını sağlayıcı, kadının erkekle eşit olduğunu bir kez daha vurgulayıcı yönü olduğunu savunan görüşler bulunduğu gibi, onlar bu maddenin varlığını kadının sosyal açıdan da güç kazanmasının sağlanmasına⁴⁴⁹ veya kadınların biyolojik olarak erkeklere göre daha güçsüz⁴⁵⁰ olmalarına bağlamaktadırlar. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira her şeyden önce “kadının cinsiyetine uymama” kavramını tam olarak hangi makamın belirlediği, bu kararı alan makamdaki kişi veya kişilerin esasen erkeklerden mi yoksa kadınlardan mı teşekkül ettiği⁴⁵¹ ve neye göre bazı işlerin tüm kadınlar genellenerek cinsiyetine uygun olup olmadığına karar verdikleri soruları gündeme gelecektir. Kaldı ki, o dönem şartlarında bu yasakların gerekli olduğu ve belli ölçüde kadın işçilerin korunmasına hizmet ettiği mevcut bir gerçeklik olsa dahi, üzerinden bu kadar zaman geçtikten sonra henüz güncellenmemiş olan bir maddenin halen aynı faydayı aynı ölçüde sağlaması beklenemez. Her ne kadar devletin, sınırları içerisindeki vatandaşlarını koruma yükümlülüğü bulursa da, bu korumaya ilişkin önlemleri teknolojik gelişmelere paralel olarak

⁴⁴⁵ CİVAN, s. 212-213.

⁴⁴⁶ CİVAN, s. 213.

⁴⁴⁷ DOĞAN, Elif Tuğba, s. 88; YILDIZ, s. 269.

⁴⁴⁸ DOĞAN, Elif Tuğba, s. 89.

⁴⁴⁹ YEMİŞKEN, s. 87.

⁴⁵⁰ OĞUZ, Özgür, s. 567; FETTAH, Melek: “İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006, İstanbul, s. 59; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 118.

⁴⁵¹ Nitekim, bu düzenlemelerin temelini atıldığı dönemde kadınların kamusal alanda fazla yer almadığı herkes tarafından bilinmektedir. Bu durumda ortaya çıkan sonuç, erkeklerin kadınlar üzerinde tasarrufu söz konusudur.

günümüze uyarlamalı, ölçülülük ilkesini ihlal etmemelidir. Özetle, cinsiyetine bakılmaksızın, reşit ve mümeyyiz olan herhangi bir kişinin kendisi için uygun olan işi seçme serbestisi yalnızca kendisine ait olduğu gibi, hangi işin kendisi için uygun olduğuna da kendisi karar verir. Ancak gebelik veya analık hali gibi kadınların hassas bulunduğu dönemlerde elbette neslin geleceği ve kadın işçinin sağlığı devlet tarafından koruyucu ve yasaklayıcı hükümlerle desteklenmelidir. Fakat bunun dışında kadın işçinin cinsiyetine uygun işlerden hangisinin uygun, hangisinin ise uygun olmadığı yönündeki kararı, ölçülü olmadığı takdirde kadın işçinin yerine devlet dahil herhangi bir kişinin veya müessesenin vermesinin ise çağdaş hukuk anlayışıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Belirtelim ki Anayasa'mızın 50. maddesi gibi mühim bir maddenin tamamen kaldırılması da birtakım sakıncalara yol açabilecektir. Bu durumda özel kanunlar devreye girecek, ancak kadınların korunması için bulunması gereken Anayasal zemin ortadan kalkacaktır. Bu durum da istenilen bir sonuç olmayacağı için Anayasa'mızın 50. maddesinin kaleme alınış biçimi değiştirilmeli ve kadınlar, küçükler ve kısıtlılarla aynı düzenlemeye tabi tutulmamalıdır.

b. Kadın İşçilerin Yer ve Su Altı İşlerinde Çalıştırılması Yasası

Önceleri kadın ve çocuk işçileri hedef alan, ancak sonrasında tüm işçileri kapsama alan iş sağlığı ve güvenliği kavramının doğuş dinamikleri içinde çalışan kişi ile yapılan iş arasında bir ahenk yaratarak kişinin sağlığını korumak endişesi en büyük payı teşkil etmiş, bu ahengin ise birinci adımda işçilerin çalışmaya başlayabilme yaşlarının tespiti, bedeni yeterlilikleri az olan işçilerin yer ve su altında çalışmalarının yasaklanması gibi çalıştırma yasaklarının hukuki düzenlemelere bağlanmasıyla oluşturulabileceği anlaşılmıştır.⁴⁵²

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ilk hukuki düzenlemeleri Mezopotamya, Mısır, Eski Yunan ve Roma medeniyetlerine değin uzanan maden işçiliğinin tehlikeli olarak addedilmesi, tarihte nitelikli maden işçilerinin çalıştırılmasıyla üretimin artması ve daha derinlerden maden çıkartılmaya başlanması ile gerçekleşmiştir.⁴⁵³ I. Dünya Savaşı öncesinde maden kömürü, savaş sanayiinde önemli bir yere sahip olduğundan bilhassa İngiltere ve Almanya'da madencilik faaliyetleri hız kazanmış, o dönemde gece çalışmaları olağan hale gelerek maden işçileri çok olumsuz koşullarda çalıştırıldığı için sanayi devriminden en çok etkilenen kesim, maden işçileri olmuştur.⁴⁵⁴ “Madenler, devletin hüküm ve tasarrufunda olan kamu malı

⁴⁵² EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 122.

⁴⁵³ BAYCIK, Gaye: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri”, Yetkin Yayınları, birinci bası, 2006, Ankara, s. 37.

⁴⁵⁴ BAYCIK, s. 39.

niteliğinde kabul edilen yer kabuğunda ve su kaynaklarında doğal olarak bulunan, ekonomik ve ticari değeri muhtevi petrol, doğalgaz, jeotermal ve su kaynakları dışındaki tabii servet ve kaynaklar olup, ülkemizde Anayasa, Maden Kanunu ile Yönetmeliklerle düzenlenen ve aranması, işletilmesi, çıkartılan cevherin kısmen işlenmesi ve diğer endüstriyel aşamalarını kapsayan hukuk dalı olan Maden Hukuku kurallarına tabi bulunan yer altı zenginlikleridir”.⁴⁵⁵ Fakat mahiyetleri ve amaçları itibarıyla farklı olan İş Hukuku ile Eşya Hukuku’nun tanımları da birbirinden farklılık arz etmekte, İş Hukuku’ndaki maden kavramı; yer altı ve yer üstü maden çıkarma işleriyle yardımcı işlerin yapıldığı bütün çalışma yerlerini kapsayan, yer altından herhangi bir maddeyi istihdam ettiği şahıslar tarafından çıkarılan özel ve kamu işletmesi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁵⁶

M.Ö. 256 yılında Roma İmparatorluğu İberya (İspanya) Yarımadasında devlete ait arazileri en yüksek bedeli veren kişiler için kiralamış, daha sonraları Roma’da düşen madencilik üretimini artırmak için bir dizi teşvik politikaları uygulanmış, madenlerde köleler ücretsiz olarak çalıştırılarak madencilere vergi muafiyeti tanınmıştır.⁴⁵⁷

İngiltere’de 1842 tarihli Kraliyet İnceleme Raporu’ndaki verilere göre kadın ve genç işçilerin kömür yüklü vagonetleri tehlikeli geçitlerden geçirmekle görevlendirildiği anlaşılmakta, solunum sistemine çok büyük zararları bulunan maden tozlarına ve maden kazalarına karşı önlem alınmamaktaydı.⁴⁵⁸

Bilhassa gelişmekte olan ülkelerin kırsal kesimlerinde yer alan küçük ölçekli madenlerin yani kadın ve çocuk işçilerin yoğun olarak çalıştırıldığı, makineleşmemiş, kayıt dışı ocakların sayısının giderek artmasının temelinde bunların varlığının bilinmesine rağmen hukuken tanınmamaları⁴⁵⁹, tanınmadıkları için de haklarında işlem yapılamaması vardır.⁴⁶⁰

Ülkemizde, bu hususta 1865 yılında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin Dilaverpaşa Nizamnamesi yayımlanmış⁴⁶¹, kömür madenlerinde çok sık görülen iş kazalarına

⁴⁵⁵ ÇİTİL, Bünyamin: “Rödövens sözleşmesinin Maden Hukukundaki Yeri ve Mali Yükümlülükler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 39, 2019, s. 215-216.

⁴⁵⁶ BAYCIK, s. 26-27.

⁴⁵⁷ TOPALOĞLU, Mustafa: “Maden Hukuku”, Karahan Yayınevi, birinci bası, 2011, Adana, s. 1.

⁴⁵⁸ BAYCIK, s. 40.

⁴⁵⁹ “Türkiye’de, bilhassa düşük kalorili madenlerin çıkartıldığı ocaklarda kazancın az olmasına bağlı olarak bunları işletenler iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almaktan imtina etmekte ve çeşitli usulsüzlükler aracılığıyla vergilerini de ödememektedirler” (BAYCIK, s. 31).

⁴⁶⁰ BAYCIK, s. 31.

⁴⁶¹ “Ancak onun da öncesinde mesleki temsil esasına göre toplanan İzmir İktisat Kongresi’nde işçi grubu 34 talepte bulunmuştur. Bu talepler içinde en önemlileri ise şunlardır: Amele yerine işçi denilmesi, Madencilik sektöründe günlük çalışmanın 6 saat, sanayi sektöründe ise 8 saat olarak sınırlandırılması, Kadın işçilerin

ilişkin olarak ise bir hüküm getirilmemiş olup, Dilaver Paşa Nizamnamesi iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili ilk yasal belge olması açısından önemlidir. Nizamname’de erkek olarak belirtilmesine rağmen kadınların da madenlerde çalıştırıldığı belgelerde yer almaktadır.⁴⁶² 1278 (1862) ’de Fransız Maden Kanunu’ndan alınarak yürürlüğe konulan “Maadin Nizamnamesi” ise, bütün madenlerde çalışanların güvenliği ile ilgili çeşitli hükümleri düzenleyen bir mevzuat olup, kömür madeni iş kolunda, o devirde yürürlükte bulunan zorunlu çalışmayı ortadan kaldırmış ve işin insani yönüne de değer verilmesi vurgulanmak istenmiştir.⁴⁶³

1475 sayılı Kanun’un yine “İşin Düzenlenmesi” başlığı altında düzenlenen 68. maddesinin tekrarından ibaret olan 72. hükümde kadının fiziki yapısına aykırı olan bu tür işlerde kadınların çalıştırılmayacaklarına ilişkin yasak, genel olarak benimsenen bir ilkedir.⁴⁶⁴ Bu düzenleme, İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler açısından da geçerlidir. Çünkü “Umumi Hıfzısıhha Kanunu (UmHıfK)” m.179/2 c.2 uyarınca, “Kadınlarla 12’den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhate mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir”.

Ülkemizin güncel durumda, 4857 sayılı İş Kanunu’nuzun “*Yer ve su altında çalıştırma yasağı*” başlıklı 72. maddesi “*Maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır*” hükmüyle kadınlara yer altı çalışmasını tamamen yasaklamıştır.

72. madde hükmünden hareketle “kadın işçilerin sadece yer ve su altındaki maden ocaklarında çalışmalarının yasak olduğu”, söz konusu işyerlerinin yer üstünde yapılan yardımcı işlerinde kadın işçilerin çalışmalarının yasak olmadığı sonucu kolaylıkla anlaşılmaktadır.⁴⁶⁵

madencilik sektöründe çalıştırılmaması” (DEMİR, Müslim: “*Umumi Hıfzısıhha Kanunu Üzerine Bir İnceleme*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2019, s. 2019; MAKAL, s. 209 vd).

⁴⁶²YÜKSEL, Büşra: “*Çalışma İlişkilerine Yönelik İlk Düzenleme: Dilaver Paşa Nizamnamesi ve Çalışma Hayatına Etkileri*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 3, S. 6, 2017, s. 164 ; Ayrıca bkz. <https://www.isgtecrubeleri.com/arsiv/dilaver-pasa-nizamnamesi/> ; “<http://www.teoriosgb.com/is-sagligi-ve-guvenliginin-turkiye-deki-tarihsel-gelisimi/>” (e.t.:20.11.2019).

⁴⁶³ TOPALOĞLU, s. 3; “<http://www.teoriosgb.com/is-sagligi-ve-guvenliginin-turkiye-deki-tarihsel-gelisimi/>” (e.t.:20.11.2019).

⁴⁶⁴ SOYSAL, s. 29.

⁴⁶⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 127; BAYCIK, s. 30.

Ayrıca yer altında çalışan tüm işçilerin maden işçisi olduğu düşünülmemeli, zira uygulamada yer altında denetim ve idareye ilişkin görevler üstlenen veya gerekli oldukça yer altında mesleğini icra ederek tekrar yer üstüne çıkan işçiler de mevcuttur.⁴⁶⁶ “Yer altı ve Yer üstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği”nde⁴⁶⁷ de “kadın ve erkek soyunma odaları ile duş ve lavabolarının farklı olmasından ve gebe ve emzikli kadınların uzanarak dinlenebilecekleri uygun koşullar oluşturulmasından” bahsedilmiş ise de çelişkili bu hükmü, kadınların yaş sınırlaması olmaksızın yer altında çalışmaları İş Kanunu’nun 72. maddesi ile yasaklandığından sadece yer üstü maden işletmeleri için kabul etmek gerekir.⁴⁶⁸

Kadınlar için yer ve su altında çalışma yasağının temelinde de üreme sağlığının korunması düşüncesi yatmaktadır.⁴⁶⁹ Ancak yer altı veya su altında çalışmanın hamilelik durumu hariç olmak üzere genel olarak kadınlar için yasaklanmasının eşitlik ilkesine aykırılık yarattığını, anılan işlerin hem erkek hem de kadın cinsi için eşit oranda risk yarattığı düşüncesinde de yadsınamayacak bir gerçeklik payı bulunmaktadır.⁴⁷⁰ Kadınların yer ve su altında çalıştırılmasını yasaklayan bu hükmün yerinde olduğunu savunan görüşler mevcuttur.⁴⁷¹

İş Kanunu’muzun 72. maddesi, temel olarak, Türkiye tarafından 9.6.1937 gün 3229 sayılı Kanun’la onaylanan “1935 tarihli Kadınların Her Türlü Maden Ocaklarının Yer altı İşlerinde Çalışması Hakkında 45 Sayılı ILO Sözleşmesi”ne dayanmaktadır ve bu nedenle onunla uyumludur.⁴⁷² Türkiye’nin onayladığı ilk ILO sözleşmesi olma özelliğini taşıyan,⁴⁷³

⁴⁶⁶ BAYCIK, s. 33.

⁴⁶⁷ Resmi Gazete 21.02.2004, 25380.

⁴⁶⁸ SOYSAL, s. 29-30.

⁴⁶⁹ “Yer ve su altında çalışma yasağıyla alakalı incelenmesi gereken bir diğer husus, gazetecilerin durumudur. Basın-İş Kanunu’nda da yine sözleşme serbestisi geçerli olmakla beraber gazeteciye korumak için birtakım sınırlandırılmalara gidilmiş, ancak İş Kanunu’ndan farklı olarak Basın-İş Kanunu’ndaki iş sözleşmesi serbestisi, daha çok sözleşmenin şekli ve içeriği itibarıyla sınırlandırılmıştır.” (GÖKÇEK KARACA, Nuray: “Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları”, Legal Yayınevi, 2010, İstanbul, s. 108-109). Her ne kadar gazetecilerin görevlerini yer ve su altında icra etmeleri durumuna ilişkin bir çalışmaya rastlanmamakta ise de, halkın doğru ve tarafsız haber alabilmesi için üstlendikleri görevi her türlü olumsuz şartlar altında yerine getiren gazeteci kadınların yer ve su altında çalışmak durumunda kalabilecekleri gibi, böyle bir durumun ortaya çıkması halinde “bu görevlerin süreklilik arz etmemesi” nedeniyle Kanun’daki yasaklara aykırılık teşkil etmeyeceği hususunda görüşler mevcuttur (KOLOĞLU, Hikmet: “İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Medya Sektöründe Çalışan Kadının Durumu”, “Türk Kadınının Seçme ve Seçilme Hakkı”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 100-101). Ancak bir işin süreklilik arz etmemesi, Kanun’da bulunan yasakların meşrulaştırılması için bir gerekçe olmamalıdır. İşin mahiyetinin her türlü şart altında görülmesini gerektirdiği açık olan basın işçileri için konuyla alakalı özel bir düzenleme getirilmelidir.

⁴⁷⁰ YILDIZ, s. 288-289.

⁴⁷¹ FETTAH, s. 62.

⁴⁷² SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 9; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 182-183; SOYSAL, s. 29; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 141.

⁴⁷³ OĞUZ, Özgür, s. 576; SOYSAL, s. 15.

“1935 tarihli ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmamasına İlişkin Sözleşme”nin 1. maddesinde maden ocağı teriminin tanımı yapılarak, “*gerek kamuda gerekse özel nitelik taşıyan, yer altında mevcut bulunan maddelerin çıkartılmasını amaçlayan her türlü teşebbüsün maden ocağı sayılacağı*” ifade edilmiştir.

Doktrinde NAZLI'nın görüşüne göre Anayasa 50. madde dayanak alınarak getirilen ve kadınların sözleşme özgürlüğünü belli ölçüde sınırlandıran bu sınırlamalar, özü itibarıyla kadınların yararına ve kişiyi kendi kendisine karşı koruyan bir fonksiyona sahiptir ve bu nedenle de mevzuatta bulunması gerekli olan bu yasaklar, eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir.⁴⁷⁴ NAZLI'ya göre kadın çalışanların korunmasına matuf olarak getirilen bu yasak ve sınırlamaların var olmaması durumunda işverene yüklenen iş güvenliğinin sağlanması yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesi büyük ölçüde zorlaşacaktır.⁴⁷⁵

Benzer görüşe göre, kadın işçileri koruyucu nitelikteki hükümlerin, kadın işçilere yapılacak bir ayrımcılık veya kadın işçilerin çalışma özgürlüğünün kısıtlanması olarak düşünülmemelidir. Çünkü bu düzenlemeler kadın işçilerin yararına olup, fiziksel veya biyolojik yapıları itibarıyla bazı işlerde çalıştırılmamaları, eşitlik ilkesini zedelemeyecektir.⁴⁷⁶ Bu düzenleme, yer altı ve su altı işlerinin hem kadın hem de erkek işçiler bakımından aynı riski taşıdığı gerekçesiyle, kadın-erkek eşitliğine aykırıymış gibi gözükse de kadın işçinin, erkek işçiye kıyasla fiziki olarak daha zayıf olması gerekçesiyle yerinde olduğu savunulmakta, nitekim kadının fiziki yapısına uygun olmayan bu tür işlerde çalıştırılmayacağı, genel bir ilke olarak da kabul görmektedir.⁴⁷⁷

ONARAN YÜKSEL'e göre; kadınların bedensel yapısı, kadın ve ana olarak işlevsel sorumlulukları gereği bazı ağır ve tehlikeli işlerde veya gece çalıştırma yasaklarına ilişkin koruyucu hükümler, kadınların bazı işlerde çalışmalarını yasakladığından, bir anlamda çalışma özgürlüğünü sınırlar.⁴⁷⁸ Ancak kadınların bazı işlerde, iş güvenliklerinin sağlanamayacağı, kadınların bazı tehlikelere maruz kalacağı, ağır işlerin sorumlulukları nedeniyle aile yükümlülüklerini aksatacağı ileri sürülerek veya bu tür sebeplere dayanılarak kadın veya erkek işçi çalıştırmamanın objektif haklı temellere dayandığı ileri sürülemez.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 182-183. Benzer görüş için bkz. EKİN, s. 204.

⁴⁷⁵ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 183

⁴⁷⁶ OĞUZ, Özgür, s. 575.

⁴⁷⁷ OĞUZ, Özgür, s. 576.

⁴⁷⁸ ONARAN YÜKSEL, s. 15.

⁴⁷⁹ ONARAN YÜKSEL, s. 294.

Kadın işçinin fizyolojik, psikolojik ve biyolojik yapı farklılığı düşünülerek getirilmiş, tıbbi açıdan zorunluluğu kanıtlanmış, kadınların ve neslin sağlığını koruyan ve iş güvenliğini sağlayan yasal düzenlemeler, kadınların çalışma yaşamında fırsat eşitliğini engelleyen ve onları mağdur eden⁴⁸⁰ düzenlemeler olarak görülemez ve bu nedenle iş mevzuatında getirilen çalıştırma yasaklarının kaldırılması, yerinde bir uygulama olmaz.⁴⁸¹

Yine aynı yazara göre, kadının biyolojik ve fizyolojik yapı farklılığına dayandığı takdirde bu konuda getirilen çalışma yasaklarının haklı gerekçelere dayandığının kabulü gerekmekte, ancak getirilen yasaklamaların teknolojinin gelişmesi ve tıp biliminin ilerlemesi ile kadının fiziksel gücüne takviyede bulunacak yardımcı teknik araçların geliştirilmesi veya bazı zararlı maddelerin kullanımının bilim ve tekniğin yardımı ile yan etkilerinin ortadan kaldırılması gibi gelişmelerin gerçekleşmesi halinde çalıştırılma yasakları kapsamında işlerin sürekli gözden geçirilmesi, gerektiğinde değişiklikler yapılması son derece isabetli olacaktır.⁴⁸² Doktrinde NAZLI ise, ONARAN YÜKSEL'in bu görüşüne ek olarak, “*gözden geçirme ve güncellemeler yapılması yasakların sürekli olmasını engelleyerek, sonuç olarak kadının çalışma özgürlüğünü sınırlayan ve eşit haklara sahip olmasını engelleyen durumların ortadan kaldırılmasını sağlayacaktır*” ifadesine yer vermiştir.⁴⁸³ NAZLI'nın isabetli görüşüne katılmaktayız.

ONARAN YÜKSEL, ayrıca görüşüne; bugün için yardımcı teknik araçlarla bazı ağır işlerin yürütülmesi için gerekli gücün desteklendiği, bazı zararlı maddelerin kullanımını gerektiren işler sırasında en gelişmiş güvenlik önlemlerinin alınarak, bu maddelerin olumsuz etkilerinin en aza indirgenmesi mümkün olduğundan çalıştırılma yasağının yerindeliğini tartışmaya açık hale getirdiğini, zira teknolojik gelişmelerin hızlı seyri, bugün için belirli bir cinsin sağlığını ve güvenliğini tehdit eden işlerin ve bu konuda getirilen çalıştırılma yasakları ile sınırlamaları şeklindeki koruyucu düzenlemelerin de yerindeliğinin ve haklılığının çürütülebileceğini eklemiştir.⁴⁸⁴ Gerçekten de, sanayinin modernleştiği, teknolojinin ve tıbbın bu denli ilerlediği ve ilerleyeceği göz önünde bulundurulduğunda kadının fiziksel gücüne takviyede bulunacak yardımcı teknik araçların bulunduğu veya bazı zararlı maddelerin bilim

⁴⁸⁰ “Yazara göre, kadınların bazı işlerde çalışmalarını engelleyen çalıştırma yasaklarının kaldırılması durumunda kadının yeni iş imkanları elde edeceğinin ve gerçek anlamda fırsat eşitliğinin sağlanacağını savunulması; kadın işçilerin sağlığını bozacak, gün geçtikçe kamu sağlığını tehlikeye düşürecek bir uygulama olacağı için uygun görülmez. Bu nedenle kadın işçileri koruyucu hükümlerin çoğunun önce kadın işçinin sağlığını ve kamu sağlığını ve kamu düzenini koruyucu hükümler olarak değerlendirmek gerekir” (ONARAN YÜKSEL, s. 174).

⁴⁸¹ ONARAN YÜKSEL, s. 174.

⁴⁸² ONARAN YÜKSEL, s. 174.

⁴⁸³ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 184.

⁴⁸⁴ ONARAN YÜKSEL, s. 174-175.

ve tekniğin yardımıyla güvenli bir biçimde kullanılmasının sağlanabileceği düşünüldüğünde çalıştırma yasakları kapsamındaki işler sürekli olarak gözden geçirilmeli; gerektiğinde değişiklikler yapılmalı ve bu alanda kadınların çalışmasının yasak olmasının kadının çalışma imkanını sınırladığı ve değişimlerin kadınlara yeni istihdam olanaklarını sağlayacağı kadar eşit haklara sahip olma ilkesini gerçekleştiren bir görünüm taşıyacağı dikkate alındığında bu tür kodifikasyon değişikliklerinin gerekliliği de açıktır.⁴⁸⁵

Kas gücüne dayalı işgücü ihtiyacının azalması, kadınlar lehine yapılan ulusal ve uluslararası düzenlemeler, kadınların eğitim seviyelerinin yükselmesi, mesleki eğitim almaları, fordist üretim tarzının yayılması, yeni istihdam modelleri, otomasyonun çalışma hayatında daha çok yer alması gibi gelişmeler bu süreci beslemektedir.⁴⁸⁶ 19. yüzyılda teknolojik devrimin yarattığı güncel şartlarda kadının istihdamdaki payı, hizmet sektöründe veya bilgisayar teknolojisinin kullanıldığı ortamlarda kadının fiziken daha güçsüz olmasının bir önemi kalmamakta, sanayideki daha tehlikeli olan veya fiziksel kuvvet gerektiren işlerde dahi yeni teknolojilerin kullanımı, birçok işi kadınlar tarafından da yapılabilir hale getirmektedir.⁴⁸⁷

TUNCAY'a göre kadın işçinin fiziksel ve biyolojik özellikleri gereği ağır işlerde çalıştırılmaması, analık ve gebelik halinde ücretli izne ayrılma zorunluluğu eşitlik ilkesini zedelemeyebilir, zira bu zorunluluğun kadının yaradılışından dolayı bünyelerinin zayıf olduğuna, sağlığının ve analık halinin korunması düşüncesine ve ihtiyacına dayanacağını ifade etmektedir.⁴⁸⁸

EKİN, gebe veya emziren kadınların değil de, genel olarak bütün kadınların yer altı ve su altı işlerinde çalışmalarının yasaklanmasının kadın erkek eşitliğine aykırı bir düzenleme olduğu izlenimini oluşturmakta olduğunu savunan görüşlere⁴⁸⁹ karşı çıkmaktadır. Bunun gerekçesi olarak da kadın işçinin fiziki olarak daha zayıf olmasını ve Anayasa'nın 50. maddesinde yer alan kimsenin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan işlerde

⁴⁸⁵ ONARAN YÜKSEL, s. 175.

⁴⁸⁶ YORGUN, Sayım: "Sömürü, Koruma ve Pozitif Ayrımcılıktan Çalışma Hayatının Egemen Gücü Olmaya Doğru Kadınlar: 21. Yüzyıl ve Pembeleşen Çalışma Hayatı", Sosyo-Ekonomi Dergisi, S. 11, 2010/1, erişim tarihi: [http://www.sosyoekonomijournal.org/Sosyoekonomi11\(11\).pdf#page=168](http://www.sosyoekonomijournal.org/Sosyoekonomi11(11).pdf#page=168), erişim tarihi: 15.04.2019, s. 169.

⁴⁸⁷ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1271.

⁴⁸⁸ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 125.

⁴⁸⁹ YILDIZ, s. 289.

çalıştırılmayacağı hükmünün mevcut olmasını göstererek, kadınların yer altı ve su altı işlerinde çalıştırılmasının yasaklanmasını yerinde bir düzenleme olarak görmektedir.⁴⁹⁰

BAKIRCI'nın isabetli ifadesiyle, “AB üyesi devletlerin büyük çoğunluğu, ABAD'nın yeni kararlarından sonra, ILO'nun 45 sayılı Sözleşmesi'nden çekilmiş ve dolayısıyla ona göre ILO'nun yeni tarihli Sözleşmelerine, GGASS'na, AB düzenlemelerine ve ABAD içtihatlarına aykırı olan, işverene çalıştırma yasağı getirerek, kadınlara ehliyetsiz muamelesi yapan, dolayısıyla ayrımcı olan İş Kanunu m.72 yürürlükten kaldırılmalıdır”. “Ayrıca Türkiye, 45 sayılı ILO Sözleşmesi'nden çekilmelidir.”⁴⁹¹ Birleşmiş Milletler (BM), ILO Sözleşmeleri ve AB Hukuku uyarınca, istisnaların kapsamı veya kendisi, bilim ve teknolojideki gelişmelere, toplumsal gelişmelere veya koşullardaki değişikliklere göre zamanla değişebildiğinden, periyodik olarak gözden geçirilmeleri ve güncelleştirilmeleri gerekmektedir”. “Türkiye, zamanı geçmiş düzenlemeleri yenileyerek söz konusu yükümlülüğünü de ihlal etmektedir.”⁴⁹² “Söz konusu düzenlemeler, AY ile güvence altına alınmış olan eşit muamele görme hakkını (m.10), çalışma hak ve özgürlüğünü (m.48, 49), kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını (m.17) ve AY'nın 13. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerini ihlal etmektedir.”⁴⁹³ Ancak elbette ki yapılacak işin içerdiği tehlike, somut tıbbi verilerle sadece kadınları tehdit ediyorsa bu durumda insan yaşamının kutsallığı ve yaşam hakkı çerçevesinde yasaklama ya da sınırlama yapılması mümkün ve hatta gereklidir.⁴⁹⁴ BAKIRCI, Anayasa'nın 50. maddesinin kadınlara kendi seçimlerini yapamayacak kadar ehliyetsiz oldukları biçimindeki yaklaşımın, iş mevzuatında da tam yansımaları bulmuş olduğunu savunmaktadır.⁴⁹⁵

YILDIZ'a göre; kadınların yer altı ve su altında çalıştırılmamalarına ilişkin sınırlamalar, sadece doğurganlık niteliğinin korunması ile ilgilidir. Hukuki açıdan hangi işlerde kadınların kesin olarak çalışamayacağı hamile, yeni doğum yapmış ve emziren kadınların bazı işlerde belli sürelerle çalışmalarının yasaklanması, öncelikle tıbbi açıdan o işin özel olarak kadınları etkilediğinin ortaya konulmasını gerektirmekte olup, somut tıbbi ve bilimsel bir veriye dayalı olmaksızın kadınlara genel bir çalışma yasağı getirilmesi, cinsiyetler

⁴⁹⁰ EKİN, Ali: “Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması”, Adalet Yayınevi, 2013, s. 204.

⁴⁹¹ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 5.

⁴⁹² BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 5.

⁴⁹³ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 5.

⁴⁹⁴ YILDIZ, s. 290.

⁴⁹⁵ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.62.

arası fırsat eşitliğini zedeleyen bir durum olarak kabul edilmelidir.⁴⁹⁶ YILDIZ'ın oldukça isabetli bulduğumuz ifadesine göre; doğurganlık niteliğinin korunması, sadece kadının kendisine bırakılması gereken bir durumdur. Her kadının mutlaka anne olacağı ya da olması gerektiği gibi bir düşünce, kadın cinsine ait olarak yerleşmiş basmakalıp düşüncedir. Doğurganlık niteliğinin “kadının kendi iradesine rağmen korunması”, mümkün olmamalıdır ve kaldı ki söz konusu işlerin neden sadece kadınların üreme sağlığını etkilediği de ortaya konmuş değildir, zira yer altında çalışan bir işçi, cinsiyeti önem taşımaksızın aynı riskler altındadır.⁴⁹⁷

GÖKÇEOĞLU BALCI'ya göre “çağdaş toplumlarda, iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile çalışma ortamındaki riskler büyük ölçüde bertaraf edilebilmektedir”. “Kadın-erkek ayrımı olmaksızın bütün işçiler için iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin eksiksiz alınmasının mümkün ve gerekli olduğu bir ortamda, -istisnai haller ve analık hali hariç tutulmak kaydıyla- kadınların korunması gerektiğine dair genel-geçer bir hükmün anayasada yer alması, ayrımcılıktır”.⁴⁹⁸

SÜRAL'a göre, “26.5.1987 tarihli Avrupa Topluluğu üyesi devletlerde kadınlar için koruyucu mevzuat Konsey Sonuç Bildirisi, koruyucu mevzuatın kadınlar için fırsat eşitliğinin geliştirilmesine zarar verdiği hallerde mutlaka düzeltilmesini öngörmektedir. Ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi de kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemlerin alınmasını öngörmektedir (m. 2f). Bu nedenle, ülkemizde kadınlara yasak olan işlerin devrevi olarak değerlendirilerek yasakların kaldırılıp kaldırılmamasının ele alınması gerekmektedir”.⁴⁹⁹

TUNCAY'a göre kadının yaradılış gereği bünyesinin zayıf olması sebebiyle çalışırken fazla efor sarf etmeyeceği, dolayısıyla onun işgücünün ekonomik yönden daha değersiz olduğu iddiaları inandırıcı değildir çünkü iş kavramı, sadece fiziki güç sarfıyla çalışmayı ifade etmez.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ YILDIZ, s. 290.

⁴⁹⁷ YILDIZ, s. 290.

⁴⁹⁸ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1271.

⁴⁹⁹ SÜRAL, Kadın İstihdamı, s. 287.

⁵⁰⁰ TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 184. Ancak yukarıda (bkz. s. 51) belirttiğimiz gerekçelerle bu yasakları eşitlik ilkesine aykırı bulmamaktadır.

ALTAN'a göre, kaynağını Anayasa'mızın eski 43. maddesinden (şimdiki 50. madde) alan, kadının fiziksel yapısına uygun düşmeyen bu gibi işlerde kadınların çalıştırılmalarının yasaklanması kuşkusuz yerinde bir hükümdür.⁵⁰¹

EVREN'e göre, "bu durum Devletin, sosyal devlet olma ilkesi gereği iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu; bu anlamda mevzuat hazırlamak, örgütlenmeyi sağlamak, uygulamayı denetlemek ve gerektiğinde yaptırımlar uygulamak şeklinde tezahür eden Anayasal görevlerinin yerine getirilmesine hizmet eder".⁵⁰²

Kadın ile erkek arasındaki biyolojik farklılık, giderek toplumun bu iki cinse yüklediği rollerde, görevlerde ve her iki cinsten beklentilerde farklılığa dönüşmüş ve cinslerarası eşitsizliğin meşru gerekçesi yapılmıştır.⁵⁰³

Bu noktada erkek ve kadınların eşit haklara sahip olması ilkesi ile herkesin kişiliğine bağlı temel haklarının korunması konusundaki anayasal haklar çatışmaktadır. Çatışan bu anayasal hükümler arasında denge kurmak gerekir. Ancak bu noktada toplumsal ahlaki ve etik değer yargılarının da zaman akışı içerisinde değişeceği de göz ardı edilmemelidir. Bugün birçok kadın, eskiden sadece erkek işi olarak görülen birçok işe yönelmektedir. Toplumun değer yargıları da buna müsaade edebilmektedir.⁵⁰⁴

Doktrinde, getirilen tüm koruyucu hükümlere rağmen uygulamadaki eşitsizliğin sürdüğü vurgulanmaktadır. Bu ise kural koymanın tek başına yeterli olmadığına işaret etmektedir. Bu doğrultuda mevzuat önemli olduğu kadar, hükümetin ve sivil toplum kuruluşlarının kadına bakış açısını değiştirecek projeler yürütmesi, toplumda adalete ve kadına verilen değer ve bakış açısının çok mühim olduğu tartışmasıdır.⁵⁰⁵ Avrupa Birliği'nde uygulanan "fırsat eşitliğini ana politikalara ve faaliyetlere dahil etme" politikası Türkiye'de de uygulanmalıdır.⁵⁰⁶

SENYEN KAPLAN'ın katıldığımız görüşüne göre; hukukumuzda kadının çalıştırılması yasak işler ve sürelerle ilişkin düzenlemeler -İsviçre Federal İş Kanunu ile uyumlu olmakla beraber- yeterli bulunmamakta, çalışma yaşamındaki değişiklikler doğrultusunda alınması gerekli yeni düzenlemeler getirilmelidir, ayrıca kadının korunmasına

⁵⁰¹ ALTAN, s. 145.

⁵⁰² EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 124.

⁵⁰³ MOROĞLU, s. 2.

⁵⁰⁴ ONARAN YÜKSEL, s. 292.

⁵⁰⁵ ARSLAN ERTÜRK, s. 367; BOLCAN, s. 273; PARLAK BÖRÜ, s. 60-62.

⁵⁰⁶ BOLCAN, s. 273.

ilişkin düzenlemelerin kadının istihdamını engelleyecek nitelikte olmamasına dikkat edilmesi gerekir.⁵⁰⁷

Çalıştırma yasalarının iş ile ilgili güvenlik önlemlerinin yanında işin gereklerine uygun kapasitede işçinin de istihdam edilmesinin iş kazalarını önleme ve meslek hastalıklarının ortaya çıkmasını engelleme anlamında büyük değerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.⁵⁰⁸ Ancak 2014 yılında 301 madencinin acı bir şekilde hayatını kaybettiği Soma maden kazasında 72. maddenin topluma hiçbir faydası olmamıştır. Toplum vicdanını yaralayan bu elim hadisenin vuk'u bulması yeni teknolojilerin üretilmesi konusunda oldukça etkili olmuşsa da, yeni iş sağlığı ve güvenliği yöntemleri uygulanmaya başlanmışsa da geç kalan bu anlayış doğrultusunda beden gücünden ziyade, makinelerin etkin kullanıldığı bir sistem uygulanmaya başlanmıştır.⁵⁰⁹ Görüldüğü üzere, teknolojik olarak yeterli iş güvenliği önlemleri alınmadığı takdirde kadın veya erkek hiçbir işçinin korunması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu tipik kaza, kadın işçilerin olduğu kadar erkek işçilerin de aynı önemle korunması gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır.

Kadınlara yönelik ayrımcılığın bütün toplumlarda var olduğu gerçeğinden hareket eden KKHAÖS, bu tür uygulamaların bütünüyle ortadan kaldırılması gereğinin koşulsuz olarak kabul edilmesini öngörür.⁵¹⁰ “Sözleşmeye taraf olan devletler, kadınların insan haklarının var olmasını, yaşama geçirilmesini geciktiren ya da engelleyen toplumsal, ekonomik, politik veya kültürel her türlü olumsuz koşul veya etkinin yok edilmesi gerektiğini kabul etmekte ve bu çerçevede, farklı kültürel anlayış ve uygulamaların kadınların evrensel insan haklarının gerçekleştirilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına engel oluşturur şekilde bahane edilmesi kabul edilemez”. “Zira kadınların insan haklarının ihlali niteliği taşıyan hiçbir inanç, düzenleme ya da uygulama kültürel görecelilik adı altında savunulamaz”.⁵¹¹

KKHAÖS m. 11 hükmünde "anneliği korumaya" ilişkin düzenlemeler bağlamında, örneğin, ağırlıklı olarak erkeklerin istihdam edildikleri gece işlerinde kadınların çalışmasına

⁵⁰⁷ SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1166.

⁵⁰⁸ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 119.

⁵⁰⁹ KARA AHMETOĞLU, Atanur: “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Bağlamında Soma Madenlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 76, 2019, “<https://doi.org/10.26650/jspc.2019.76.0005>”, e.t.:21.11.2019, s. 124.

⁵¹⁰ PARLAK BÖRÜ, s. 50.

⁵¹¹ PARLAK BÖRÜ, s. 50.

izin verilmemesi⁵¹² yahut tehlikeli sayılan bazı işlerde benzeri kayıtlamaların kadınlara getirilmesi öngörülmektedir. Keza belli bir ağırlıktan fazla yük kaldırılmasını bazı sanayi işlerinde kadınlara yasaklayan koruyucu hükümler de vardır. Ancak aynı ağırlığı kaldırmanın söz konusu olduğu bazı başka işlerde, örneğin hastanede çalışan kadınlar bakımından böyle bir yasak getiren düzenlemeler yoktur. Dolayısıyla, dayandığı fikir itibarıyla anneliği korumayı hedefleyen bu tür düzenlemelerin, bir yönüyle kadınlara karşı ayrımcılık teşkil edebileceği; zira bunların, kadınların iş seçme özgürlüğünü engellediği ve onları geleneksel olarak kadın işleri addedilen daha düşük ücretli işleri seçmeye mecbur bıraktığı ileri sürülmüştür.⁵¹³ Sanayileşmiş ülkelerde kadınlar yüksek rekabetçi sanayilerde istihdam edilmezken, bulunmaları gerekli addedilen birçok işlerde sağlıkları bakımından zarar görme riski altında bulunmaya devam ettikleri ya da buna aldırılmadığı ve kadının doğurganlığını esas alan bu türden koruma anlayışının son tahlilde kadına yönelik cinsiyetçi klişelerin tezahürü olduğu belirtilmektedir.⁵¹⁴

ABAD da, bu gerekçelerle aldığı bir kararında kadınların silah kullanmayı içeren askeri görevlere alınmayacağı, silahlı kuvvetlerin sadece sağlık ve müzik hizmetlerine katılabileceğine ilişkin düzenlemeyi kadının dışlandığı mesleklerin kapsamlı olması sebebiyle cinsiyet ayrımcılığına aykırı bulmuştur.⁵¹⁵

Ülkemizde, öncelikle belirtilen doğrultuda sosyolojik ve kültürel dönüşüme ve bu yasalara temel teşkil eden, her ataerkil toplumda görüldüğü üzere başta çocuk bakımı olmak üzere, hasta, engelli, yaşlı bakımının, kadının doğal görevi olmadığını içselleştirecek bir bakış açısı değişikliğine ihtiyaç vardır.⁵¹⁶ Toplumsal bilincimizde bu yönde bir dönüşüm ve bunun yasalara yansımaları gerçekleşmediği takdirde, kadını “korumak” adına “dışlamak”⁵¹⁷

⁵¹² “Ayrıca örnek verecek olursak iş gereği sıklıkla geceleri iş seyahatleri yapılması gerekeceği, yoğun iş temposu sebebiyle çok sık fazla mesai yapıldığı, geceleri de işte kalmabileceği ve eve dönüşün güvenli olmayacağı gibi nedenlere dayanılarak aile sorumlulukları olan kadın işçilerin veya kadınların tercih edilmemesinin işin gereklerine uygun olduğunun ileri sürülmesi için de haklı neden olarak görülmemelidir. Nitekim kadınları aile sorumluluklarının tek veya baş yüklenicisi olarak gören, kadının geceleri sokakta bulunmasının güvenli olmayacağına ve kadınların korkacağına ilişkin anlayışlar; geleneksel değer yargılarına veya kadın cinsinin karakteristikleri hakkında önyargılara dayanır. Bu tür sebepler, toplum bilincinin seviyesini ve önce Devletin, sonra da işyerindeki işveren başta olmak üzere iş güvenliğini tesis etme yükümlülüğünü haiz kişi veya organların asayışı sağlamadaki yetersizliğini gösterir. Bu tür eksikliklerin mağdur edici sonuçları da kadınların omuzlarına yüklenmemelidir.” (ONARAN YÜKSEL, s. 294).

⁵¹³ GEMALMAZ, Mehmet Semih: “Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi”, İÜHFİM, C. LXIX, S.1-2, 2011, s. 221.

⁵¹⁴ GEMALMAZ, s. 221.

⁵¹⁵ “ABAD Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland kararı, C-285/98 (naklen: ÜNAL, s. 286, dn.94).

⁵¹⁶ AYDIN/DEMİRKAYA, s. 76.

⁵¹⁷ “Şu hususun gözden kaçırılmaması gerekir ki, genelde kadın işçilerin, özelde ise gebe ve anne işçilerin korunmasında sınırın doğru tespit edilmesi gerekir. Aksi halde koruma amacıyla getirilen düzenlemeler, genelde

kaçınılmaz olacaktır.⁵¹⁸ Özetle, bu hususta mevzuat kadar, toplumda adalete ve kadına verilen değerin; açıkçası “zihniyet”in de önemli olduğuna işaret edilmelidir.⁵¹⁹

Kadın işçilerin ağır ve tehlikeli işlerde çalışmalarını yasaklayan düzenlemelerin, fiziksel yapıları nedeniyle “zayıf” olan kadın işçilerin korunması gerektiğinden hareketle oluştuğunu ifade eden bazı görüşlerin halen devam ediyor oluşu karşısında dillere pelesenk olan bu “kadınların fiziksel zayıflığı” ifadesinin de ortadan kalkması lazımdır. Zira bu şaşmaz bir kural değildir. Dünyaya türlü zorluklarla başka bir insan getiren kadını fiziksel zayıflıkla itham etmek, kadının fiziksel yaratılışına hakarettir. Fiziksel zayıflık, tamamen kişiden kişiye göre değişen bir durumdur. Şayet erkeklerle mukayese edildiğinde “onlara nazaran” daha zayıf fiziksel özelliklerin bulunduğu kast ediliyorsa da o vakit durum bu şekilde ifade edilmeli ve mevzuatta da bunun yansımalarının görülmesi gereklidir. Aynı şekilde artık kadınların gebelik ve analık hali gibi durumları haricinde korunmaya muhtaç, beden ve ruhen yetersiz bireyler olarak tasvir edilmesi doğru değildir. Dolayısıyla, öncelikle bu olumsuz algı ortadan kalkarsa, hiç şüphesiz çalışma hayatında kadın işçiye olan bakış açısının da değişeceği kanaatindeyiz.

c. Toplu İş Sözleşmelerinden Doğan Yasak ve Sınırlamalar

Taraflar, toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesi yapma yasakları da getirebilirler. Örnek verecek olursak; askerliğini yapmamış olanların işe alınmayacağı, belirli bir sayının üstünde veya kadın işçi gibi belirli niteliklere sahip işçilerin çalıştırılmayacağı, kadın ve gençlerin belirli bazı işlere alınmamaları öngörülebilir. Ancak bu hükümler emredici nitelikteki hükümlere aykırılık oluşturmamalıdır. Ayrıca fırsat eşitliği ilkesine ve cinsiyet ayrımcılığı yasağına da uygun olmalıdır.⁵²⁰ Toplu iş sözleşmelerindeki yasalara ilişkin hükümlere aykırı olarak yapılan iş sözleşmeleri geçerli değildir.⁵²¹

kadın, özelden anne işçilerin çalışma yaşamına girmesi veya devamında en önemli engeller haline gelebilir.” (KÖSEOĞLU, s. 121).

⁵¹⁸ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1292 ; ÖZTÜRK, Necla: “Türk Hukuku’nda Kadına İlişkin Başlıca Düzenlemeler: Geçmişten Günümüze Genel Bakış”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 22.

⁵¹⁹ TAŞKENT / KURT, s. 44; TUNCAY, Eşit Davranma İlkesi, s. 184.

⁵²⁰ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 144.

⁵²¹ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 144.

III. ÇALIŞMA SÜRELERİ BAKIMINDAN GETİRİLEN SINIRLAMALAR

A. GENEL OLARAK

Çalışma sürelerine ilişkin tarihsel gelişim içerisinde dönemin kaynaklarından anladığımız üzere, 1884 tarihinde Robe (Rebais) Kongresi toplanmış, bu Kongre’de özetle: 14 yaşından küçük çocukların çalıştırılmaları tamamen men edilmiş, kadın işçi çalışmalarının günde 8 saate indirilmesine karar verilmiş ve istisnalar saklı kalmak kaydıyla, umumiyet itibariyle gece icra edilmesi mümkün olmayan işler yasaklanmış ve asgari ücret tespit edilmiştir.⁵²²

Paris Kongresi’nde muntazaman toplanmasına karar verilen bazı Kongreler bulunmakta, bu Kongreler’de iş ve işçilerin himayesinin kolaylaştırılması için birtakım umumi esaslar kabul edilmiştir. Bunlardan konumuzu ilgilendiren 1906 senesinde 14 büyük devletin iştirak ettiği Bern’de yapılan anlaşmadır. Toplantıda imzalanan anlaşmanın diğer bütün devletlere açık bulundurulması esası kabul edilmiş olup, bu anlaşmada özet olarak, zorunlu hallerde istisnalar hariç olmak üzere, sanayide kadınların gece çalışmalarının tamamen yasaklanmasına karar verilmiştir.⁵²³

Bu anlaşmayı ise Eylül 1913’te yine Bern’de yapılan ve yine 14 büyük devletin katıldığı toplantıda kaleme alınan anlaşma izlemiştir. Buna göre sanayide bilaistisna küçük yaştaki çocukların gece çalışmalarının yasak edilmesi ve genç yaştaki çocuklar ile kadınların gündelik çalışma saatlerinin azami on saat olarak tespiti kararlaştırılmış ve kabul edilmiştir.⁵²⁴ Bir diğer büyük konferans olan 1917 Konferansı’nda doğum yapmış kadın işçilerin doğum yapmalarından evveli ve sonrasında muzir⁵²⁵ mevad⁵²⁶ işlerinde çalıştırılmaları yasaklanması, aynı çalışma süresi içerisinde erkeklerle müsavi (eşit) ücret almalarının temini⁵²⁷ ile kadınların günde azami sekiz ve haftada 48 saatten fazla çalıştırılmamalarına ilişkin hususları ihtiva etmektedir.⁵²⁸

Mevzuatta, genel anlamda işçiyi koruyucu hükümlerin getirildiğini görmekteyse de, kadın işçinin çalışmalarına getirilen yasak ve sınırlamaların bilhassa daha özel biçimde

⁵²² AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 43.

⁵²³ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 44-45.

⁵²⁴ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 45.

⁵²⁵ Sakıncalı, kötü, sağlığı bozan, zararı dokunan, zararlı.

⁵²⁶ Elle tutulup gözle görülebilen maddeler, cisimler anlamındadır (<http://www.lugatim.com/s/mevad>, e.t.:23.11.2019).

⁵²⁷ Bu husus aynı zamanda 18 Eylül 1918 tarihinde toplanan Konferans’ta da aynı şekilde vurgulanmıştır. (AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 49).

⁵²⁸ AGAOĞLU / HÜDAİOĞLU, s. 47.

düzenlendiğini görmekteyiz. Kadınların korunmasına matuf olarak çalışma süreleri bakımından getirilen yasak ve sınırlamalar, “gece çalışmalarına” ve “fazla çalışmalara” getirilen yasak ve sınırlamalar şeklinde tezahür etmektedir. Bunları sindirebilmemiz için öncelikle çalışma sürelerini açıklamak, işçiyi koruyan hükümlerin genel kapsamda nelerden teşekkül ettiğini gösterme zaruretimiz mevcuttur.

Çalışma süresi, işçinin işverenin emri altında bulunmak zorunda olduğu süredir. “İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği”nde çalışma süresinin, “*işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Ancak bu tanımın eksik olduğunu ve işçinin iş görme borcunu ifa ederken süresiz olarak işverenin emrine amade bulundurmasını modern İş Hukuku ilkelerine aykırı bulan bir görüşe göre ise çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirmekte olduğu süredir.⁵²⁹ Kural olarak, işçinin hangi süre zarfında öngörülen iş görme edimini ifa edeceğinin belirlenmesi, yönetim hakkı gereği işverene aittir.⁵³⁰ Görüldüğü üzere, çalışma süresi işçinin fiilen çalıştığı süre değil⁵³¹, işverenin emir ve talimatı altında yani işveren otoritesinin bulunduğu anlarda ve işçinin iş görmeye hazır durumda olduğu sürelerdir.

İş Hukuku’nda esnekleşmeye gidilme ihtiyacı ve sebeplerinin uzun yıllardır bilimsel tartışmalara yol açtığı bilinen bir gerçeklik olup⁵³², bu tartışmalar sonucunda esnekliğin gerekli olup olmadığı konusunda birlik sağlanamamışsa da koşulların dayatması ile esnekleşme yöntemleri ortaya çıkarak, çalışma hayatı bakımından reform niteliğindeki yeni çalışma şartları ile türleri gündeme gelmiş olmasına rağmen bu durum, esnekleşmeyle işçiyi koruma ilkesi arasındaki dengenin sağlanmasına matuf olan yeni bir tartışmayı gündeme taşımıştır.⁵³³ İşçinin güvenliğinin ve sağlığının korunması, kişisel gelişiminin sağlanması ve sosyal yaşamını düzenleyebilmesi için çalışma sürelerinin sınırlanması bir zorunluluktur.⁵³⁴

⁵²⁹ AKYİĞİT, Ercan: “Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 345.

⁵³⁰ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 365.

⁵³¹ CANIKLIOĞLU, Nurşen: “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S. 66, 2005, , s. 2.

⁵³² ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 695.

⁵³³ ULUCAN, Devrim: “Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınevi, 2005, İstanbul, s. 203.

⁵³⁴ CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s. 1. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 995.

Esneklik konusu, AB içinde de üye ülkeler arasında ortak normların oluşması bakımından tartışma odağı haline gelmiş, bu yönde 23.11.1993 tarih ve 104 no'lu "İş Sürelerinin Belirlenmesi ve Esnek Çalışma" ile ilgili bir Direktif de çıkarılmıştır.⁵³⁵

Yeni getirilen düzenlemeler, günlük çalışma sürelerinde ciddi bir esneklik getirmekle beraber⁵³⁶, örneğin günde 11 saat çalışılması halinde denkleştirme kuralı çerçevesinde haftada ortalama 45 saati aşmama koşuluyla 2 ay içinde 15.5 gün boş, çalışılmayan iş günü temin etmektedir ki bu yöntemle işçinin aylık ücretinden hiçbir kayba uğramaksızın uygulanacaktır.⁵³⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu'muzda en fazla değişikliğe uğrayan bölümlerden biri olan çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerde, hem çalışma sürelerine ilişkin esneklik getirilmiş hem de yoğunlaştırılmış iş haftası, denkleştirme süresi, telafi çalışması, kısa çalışma ve fazla sürelerle çalışma gibi yeni müesseseler düzenleme altına alınmıştır.⁵³⁸ Çalışma süreleri bakımından İş Hukuku'nun hedefi, uzun süren günlük ve haftalık sürelerin kısaltılması ile çalışma sürelerine azami bir sınırın çizilmiş olmasıdır.⁵³⁹

Önceleri, geleneksel olarak çalışmalar gündüz süresiyle sınırlanmışken, sanayileşmeye bağlı olarak birtakım sosyo-politik ve sosyo-ekonomik değişimler, gece döneminde de çalışılma zorunluluğunu gündeme getirmiştir.⁵⁴⁰ Örneğin; maden işyerlerinde 24 saat çalışılması, işin niteliği gereğidir.⁵⁴¹ Örneğin gazino, bar, pavyon, bunlar gibi eğlence mekanları ile birtakım oyun salonları gündüz kapalı olan ve sadece gece faaliyet gösteren işyerleridir.⁵⁴²

Üretimin artırılması, bu artışla birim maliyetin düşürülmesi, örneğin cam endüstrisinde olduğu gibi üretim araçlarının teknik olarak kesintisiz çalıştırılması zorunluluğu, sağlık ve güvenlik gibi sektörlerin kesintisiz sağlanması zarureti, mevcut kapasiteden maksimum yararlanma isteği, çalışma süresinin geçmişten bugüne azalması vb. nedenler gece çalışmasını gerektirebilir.⁵⁴³ Ayrıca bazı üretim araçlarının kesintisiz çalışması zorunluluğu bulunmakta olduğundan veya cam, kağıt ya da kimya endüstrisi gibi üretimin belirli bir kızdırma

⁵³⁵ ULUCAN, Esneklik İhtiyacı, s. 209.

⁵³⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 698.

⁵³⁷ ULUCAN, Esneklik İhtiyacı, s. 214.

⁵³⁸ SUBAŞI, İbrahim: "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayınevi, 2005, İstanbul, s. 301; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 696.

⁵³⁹ SUBAŞI, s. 303.

⁵⁴⁰ ÖZYURT, Vuslat: "Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 5, S. 19, 2008, s. 922.

⁵⁴¹ Detaylı ve teknik bilgiler için bkz. BAYCIK, s. 75.

⁵⁴² SARACEL, s. 8, dn. 13.

⁵⁴³ ÖZYURT, s. 922; SARACEL, s. 11.

derecesini gerektirdiği bazı işyerlerinde hem gece hem de gündüz çalışma yapılmak zorundadır.⁵⁴⁴ Gece çalışması mesleki ve fizyolojik nitelikte risklere ortam hazırlamakta, işçi sağlığını bozmakta ve aile başta olmak üzere sosyal çevreden kopmaya yol açmakta ve aynı zamanda kişiliğin oluşumu ve gelişimini olumsuz etkilemektedir.⁵⁴⁵ Bu nedenle özel düzenlemelere muhtaçtır ve birçok düzenlemeye de konu olmuştur.

B. DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Mevzuat

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin, konu başlığıyla alakalı önemli bir hükmü, 24. maddedir. Bu maddeye göre “Herkes, dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin uygun ölçülerde sınırlandırılmasına ve belli dönemlerde ücretli tatillere hakkı vardır”.⁵⁴⁶

a. AB Hukuku'nda

a.a. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

1961 yılında kabul edilen “Avrupa Sosyal Şartı”nın “çalışan kadınların korunması” hükmü uyarınca kadınlara doğum nedeniyle ücret hakkından da yararlandırmak suretiyle izin veya yine sosyal sigortalardan faydalandırmak suretiyle “en az on iki hafta izin” sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir (m. 8/1). Aynı zamanda işverenin bir kadın işçiyi doğum izni sırasında veya bu sürede sona erecek biçimde işten çıkarma bildiriminde bulunamayacağı, emzirme süresince kadınlara işi belirli süre bırakma imkanı sağlanacağı hükmü getirilmiştir.⁵⁴⁷ “Adil Bir Ücret Hakkı” başlıklı 4. maddede sözleşmeye taraf devletlerin, çalışan kişilerin hem kendilerine hem asgari yaşam seviyesini temin edecek şekilde ücret hakkını sağlamayı temin edecekleri hüküm altına alınsa da, ülkemiz o dönemki ekonomik durumu itibarıyla bu fıkranın gereklerini yerine getiremeyeceği gerekçesiyle bu maddeye çekince koymuştur.⁵⁴⁸

“Avrupa Sosyal Şartı'nın” (Avrupa Toplumsal Antlaşması) “Çalışan Kadınların Korunma Hakkı” başlığını taşıyan 8. maddesinin 4 (a) ve (b) bentlerinde “çalışan kadınların korunma hakkının etkin bir biçimde gerçekleşmesini sağlamak için sözleşmeyi onaylayan

⁵⁴⁴ SARACEL, s. 16-17.

⁵⁴⁵ BACAK, Bünyamin / KAZANCI, Ecehan: “Türk Çalışma Hayatında Vardiyalı Gece Çalışan İşçilerin Karşılaştığı Fizyolojik, Psikolojik ve Sosyolojik Etkilerin Değerlendirilmesi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 6, 2014/2, s. 137.

⁵⁴⁶ ASTARLI, Muhittin: “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, Turhan Kitabevi, 2008, Ankara, s. 102.

⁵⁴⁷ “1988 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'ün 1. maddesinin 2. fıkrasında, gebelik, doğum ve doğum sonrası dönemlerde kadının korunmasına yönelik hükümlerin ayrımcılık sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir.”

⁵⁴⁸ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 32-33, dn. 126.

devletlerin endüstride çalışan kadınların korunma hakkının etkin biçimde gerçekleşmesini sağlamak için sözleşmeyi onaylayan devletlerin endüstride çalışan kadınların gece işlerinde çalışmalarını düzenlemeyi ve kadın çalışanların yer altı madenlerinde ve gerekirse tehlikeli, sağlığa aykırı veya ağır niteliği nedeniyle uygun olmayan tüm öteki işlerde çalışmalarını yasaklamayı taahhüt edecekleri hüküm altına alınmıştır”.⁵⁴⁹

“1961 Avrupa Sosyal Şartı’nın” bazı hükümlerinde değişiklik yapan, ancak ve Bakanlar Komitesi tarafından 2 Nisan 1996’da kabul edilip, 3 Mayıs 1996’dan itibaren imzaya açılan “Gözden Geçirilen Avrupa Sosyal Şartı’nda”; Avrupa Sosyal Şartı’nın 8. maddesinin 4. fıkrası hükmü, genel manada kadınların sınıai işlerde gece çalışmasının düzenlenmesi öngörölmüş bulunmasına rağmen GGASS’nda kadınların yalnızca analık durumunda korunmasından söz edilmiştir.⁵⁵⁰ Madde 8/4 (a) nın koruduğu kadınlar, Gözden Geçirilmiş ASS’nin 2/7. maddesinin kapsamına alınmış ve eşitlik ilkesine uygun olarak erkeklerle birlikte aynı düzeyde korunmuş olup, ayrıca bu yeni kural da herhangi bir düzenleme yapılmasını öngörmemiştir.^{551, 552}

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 8. maddesinin 4. fıkrasında, “tarafaların hamile, yeni doğum yapan veya çocuklarını emziren kadınların gece çalışmalarını düzenleyecekleri” ifade edilmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 8. maddesinin 5. fıkrasında, “taraf devletlerin gebe, yeni doğum yapan veya çocuklarını emziren kadınların madenlerde yer altı işlerinde ve tehlikeli, sağlığa zararlı ya da zor nitelikteki bir işte çalıştırılmalarını yasaklamak için uygun tedbirleri alacağı” belirtilmiştir.

b.b.92/85 Sayılı “Hamile Çalışanlar” Direktifi

Bazı yasalar, kadınları çocuklarla aynı kategoriye sokarken (örneğin madencilik, inşaat ve imalat gibi fiziksel olarak zor görölen işlerle ilgilidir), diğerleri ise daha geniş güvenlik endişeleriyle alakalıdır. Gece çalışmaları, genellikle bedensel olarak zayıf görölen, bilhassa gebe ve emziren kadın işçiler yönünden engellenmiş ya da sınırlandırılmıştır.

“92/85/EEC sayılı Hamile Çalışanlar Direktifi’nde” (Analık izni başlıklı madde 8) “analık izni süresi en az ondört hafta olarak belirlenmiş ve bu sürenin en az iki haftasının doğumdan önce kullanılması” zorunlu tutulmuştur. Ayrıca bahsi geçen izinlerin kullanılması

⁵⁴⁹ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 111.

⁵⁵⁰ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 111.

⁵⁵¹ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 111.

⁵⁵² Ülkemizin tüm fıkraları ile onay kapsamı dışında tuttuğu ASS’nin 8. maddesinin Çalışan Kadınların Korunma Hakkı” şeklindeki başlığı bu hükümlerle değiştirilmiştir (SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 111).

feshe geçerli neden teşkil etmeyecektir. Görüldüğü üzere, 8. maddede bahsedilen iznin kesintisiz verilmesi ve fiilen kullandırılması zorunlu olup, ayrıca bunun doğum öncesi ve sonrası olmak üzere 2'ye ayrılması söz konusudur.⁵⁵³ Bu süre; İspanya ve Fransa'da onaltı hafta, Danimarka'da onsekiz hafta ve Birleşik Krallık'ta yirmialtı haftadır; Birleşik Krallık'ta en az yirmialtı hafta mevcut işverenin yanında çalışan kadın işçilere yirmialtı hafta daha analık izni verilerek, toplam analık izni süresi elli iki haftaya çıkarılmaktadır; Hollanda'da ise analık izni süresi onaltı haftadır ve tüm süre için ücret ödenmektedir.⁵⁵⁴

Gece çalışması ile ilgili olarak Avrupa Birliği'nin 92/85 sayılı Direktifi'nin 7. maddesi, hamile ve yeni doğum yapmış kadınların sağlıklarının korunması amacıyla gece çalışması yapamayacaklarını, bu kişilerin gündüz postasına geçirilmeleri gerektiğini ve böyle bir posta değişiminin teknik ve/veya objektif açıdan mümkün olmaması durumlarında işi bırakma ya da analık izninin uzatılması olanağının sağlanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Burada direktifin genel olarak kadınların gece çalışmasını yasaklamadığı, sadece hamile, yeni doğum yapmış ya da emziren kadınlar için bu yönde bir kısıtlama getirdiği belirtilmelidir.⁵⁵⁵

92/85/EEC Yönergesi'nin 7. maddesi uyarınca “üye ülkeler gebe, lohusa ve emzikli çalışanların sağlık ve güvenliklerini korumak için yetkili milli makamlarca kararlaştırılan⁵⁵⁶ gebe ve çocuk bakımı sürelerinde, gece işlerinde çalıştırılmalarını yasaklayan önlemleri almakla yükümlü olmalarının yanı sıra, çalışanın gündüz işine geçirilmesi ya da teknik olarak veya mantık olarak bunun gerçekleşmesi imkansızsa, haklı bir gerekçeye de dayandırılmıyorsa, söz konusu çalışanın işten ayrılması veya analık izninin uzatılması sağlanacaktır.”⁵⁵⁷

⁵⁵³ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 113.

⁵⁵⁴ AYDIN/DEMİRKAYA, s. 79-80.

⁵⁵⁵ YILDIZ, s. 283-284.

⁵⁵⁶ “İş Kanunu m. 69'un gerekçesine baktığımızda, maddede yalnızca gece süresinin tanımlanmadığı, gece çalışmalarının nasıl yapılacağı da düzenlendiği için madde başlığı Gece Süresi ve Gece Çalışmaları olarak değiştirilmiş; ancak madde içeriği bakımından 1475 sayılı Kanun'un 65. hükmü kural olarak muhafaza edilmiş, ayrıca 93/104 sayılı AB Direktifi'ne uyum sağlanması amacıyla eklenen 4. fıkra uyarınca gece çalıştırılacak olanların sağlıklarının korunmalarına yönelik işe başlamadan önce ve çalışırken periyodik sağlık kontrollerinden geçirilmesi ve gece çalışması nedeniyle sağlıklarının bozulduğunu ispatlayan işçiler, mümkünse gündüz postasında durumuna uygun iş verilmesi yükümlülükleri getirilmiş ve son fıkrayla postası değiştirilecek olan işçilerin kesintisiz minimum 11 saat çalıştırılacağı (buyurucu olarak düzenlendiğine dikkat edilmelidir) kabul edilmiştir.” (KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: “Prof. Dr. Turhan Esener'in Önsözleriyle İş Kanunu Serhi”, Üçüncü Bası, Legal Yayınevi, 2013, İstanbul, s. 914-915).

⁵⁵⁷ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 117.

92/85 Sayılı Yönerge uyarınca hamile olan çalışanlara, hamilelikleri süresince, lohusa veya emzikli kadınlara belirli süre boyunca gece çalışması yaptırılamayacaktır.⁵⁵⁸ Avrupa Birliği'nde çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin olarak esas itibarıyla “Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 93/104/EEC Sayılı Yönerge'yle”⁵⁵⁹ beraber iki Yönerge daha mevcut olmakla, 2000/34/EEC Sayılı Yönerge'yle 2003/88/EEC Sayılı Yönerge (bu iki Yönerge'yi yürürlükten kaldıran Yönerge) de bu konuya matuf AB Yönergeleridir.⁵⁶⁰ Yine Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın çalışma sürelerine ilişkin kararları da çalışma süreleri hukuku bakımından milletlerarası bir kaynak mahiyetindedir.⁵⁶¹

c.c. 76/207 Sayılı “Kadın ve Erkekler İstihdama Kabul, Mesleki Eğitim ve Yükselme ile Çalışma Şartlarında Eşit Muamele Yapılmasına İlişkin” Yönerge

76/207/EEC sayılı “Kadın ve Erkekler İstihdama Kabul, Mesleki Eğitim ve Yükselme ile Çalışma Şartlarında Eşit Muamele Yapılmasına İlişkin” Yönerge, AB İş Hukuku'nda kadınlar için öngörülen gece çalışmasının kaldırılması yolunda çok önemli bir adımdır.⁵⁶²

AAD'nin önüne bu konuda gelen bir dava önemlidir. Alfred Stoeckel isimli bir adam, 1988 senesinde yabancı şirketlerle rekabete dayanamayı ekonomik darboğaza düşen ve yeniden organize olması gereken bir Fransız şirketinin yöneticisi konumundaydı. Şirketin yeniden yapılanma planı, gece çalışmasını da içeren bir postalar sistemi öngörmüştü. Doğal olarak bu durum, kadınların da gece döneminde çalışmasını gerektiriyordu. İşyerinde yapılan oylama sonucunda gece çalışmasını içeren yeni çalışma sistemi, işçiler tarafından kabul edilmiştir. Ancak 89 Sayılı ILO Sözleşmesi, Fransa tarafından onaylandığı için sanayi işlerinde kadın işçilerin gece istihdamı yasaktı ve bu yasak, o dönemde dahi belli bir kesim

⁵⁵⁸ “Yönerge'yle işverenlere hamile, yeni doğum yapmış ve emzikli kadın çalışanların işyerinde karşılaşma ihtimali bulunan her türlü riski belirleyerek, gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmektedir, Zihinsel ve fiziksel yorgunluğu da ‘risk’ olarak tanımlayan AB mevzuatına göre kadının durumunu tehlikeye sokabilecek tüm risklerin öngörülerek engellenmesi gerekmektedir” (MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 116). Ayrıca bkz. KAYA, Pir Ali, s. 103.

⁵⁵⁹ 93/104 Sayılı Yönerge'nin hukuki dayanağı, esasen AB Sözleşmesi'nin 118a yani güncel haliyle 138. maddesidir, zira maddenin ilk fıkrasına göre üye ülkeler, iş ortamının iyileştirilmesini desteklemek, işçi sağlığı ve güvenliğini korumak için çaba harcarlar, bu hususta devletlere asgari şartları belirleme yetkisi verilmiştir. (ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 106).

⁵⁶⁰ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 113.

⁵⁶¹ “Mahkeme kararları, diğer ülkeler bakımından bağlayıcı olmayıp yalnızca dava taraflarını ilgilendirse de, davaya taraf olan ülkeyi, mevzuatını mahkeme kararı doğrultusunda birlik hukukuyla uyumlaştırma durumunda bırakması; mahkemeye başvuru hakkının üye devletler ve birlik organları yanında özel hukuk tüzel kişilerine ve gerçek kişilere de tanınması ve bu kişilerce açılacak davalarda verilen kararların diğer birlik üyesi devlet vatandaşları bakımından da emsal teşkil edecek olması vb. nedenler mahkeme kararlarının etkisini artırmaktadır” (ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 108).

⁵⁶² MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 114.

tarafından eleştiriliyordu. Alfred Stoeckel, Fransa İş Kanunu olan Code du Travail Article L 213 maddesinin uygulanması yoluyla 76/207/EEC sayılı Yönerge'ye aykırı davranıldığını, Fransa İş Kanunu'ndaki düzenlemenin buna aykırı olduğunu iddia etmiştir. AAD ise 1991 senesinde Fransa'nın Yönerge uyarınca ayrımcılık karşıtı tedbirleri almadığına ve yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Fransa hükümeti, karşı savunmasında Fransa İş Kanunu'nun yürürlükte bulunma gerekçesini kadınların gece oluşacak olan kazalara karşı korunma amacının bulunduğunu, kadının aile içindeki yükümlülüklerinin bu düzenleme açısından haklı bir gerekçe teşkil ettiğini ifade etmiştir. Ancak AAD kararında erkeklerin de aynı tehlikelere maruz kaldıklarını, bu tehlikelerin uygun önlemlerle önüne geçilebileceğini, kadının işyeri dışında ailevi yükümlülüklerinin düzenleme konusu olamayacağını belirtmiştir.⁵⁶³

ATAD, üye Devletlere, yasalar gereğince yasaklama zorunluluğu getiren 76/207/EEC sayılı Direktif'in 5. maddesi, bu zorunluluk istisnalara tabi olsa bile, erkekler tarafından yapılan gece çalışmanın yasak olmadığı durumlarda, kadınların gece çalışmasının yasak olduğu ilkesine yer vermiştir.⁵⁶⁴

AAD'nin başka bir kararında, Belçika'da yaşayan fakat Lüksemburg'daki bir otelde çalışan Madeleine Minne tarafından Belçika'da başka bir şehre taşınması ve burada gece çalışmasına izin verilmemesi üzerine Belçika hükümetine dava açılmış, verilen nihai kararda AAD, istisna rejimleri arasındaki farkların yapısı itibarıyla kadının biyolojik özelliklerini veya anneyle çocuğu arasındaki ilişkinin koruması gibi bir amaç taşıdığını ifade etmektedir. Bu durumun 76/207/EEC sayılı Yönerge'nin 2/3. fıkrasında öngörülen kapsamda istisna getirebileceğine yönelik hükmü meşrulaştırmayacağı belirtilmiş ve Yönerge'nin 5. maddesi uyarınca Minne davası kabul edilmiştir.⁵⁶⁵

ABAD, "Commission v. Republic of Austria (Case C-203/03)" davasında, "yüksek basınçlı atmosferde, su altı ve maden ocaklarının yer altı işlerinde kadınların çalıştırılmasını yasaklayan Avusturya mevzuatını, ölçülülük ilkesine ve 76/207 sayılı Eşit Muamele Yönergesi'ne aykırı bulmuştur".⁵⁶⁶ "Biyoloji, arkeoloji, turizm ve polislik mesleğiyle ilgili faaliyetler gibi geniş bir alanı kapsayan su altı işleri için Avusturya Hükümeti, kadınların ortalamada erkeklerden daha düşük akciğer kapasitesine ve daha az kan hücrelerine sahip

⁵⁶³ Karar, naklen alınmıştır: MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 114-115.

⁵⁶⁴ "Judgment of the Court of 25 July 1991, Criminal proceedings against Alfred Stoeckel". (Case C-345/89 "<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0345>").

⁵⁶⁵ Karar, naklen alınmıştır: MÜLAYİM "Kadın İşçilerin Gece Çalışması", s. 115-116.

⁵⁶⁶ Naklen: BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 4.

olması nedeniyle bu işler için uygun olmadığı gerekçesine dayanan Mahkeme, bu tür iddiaların çok genelleştirilmiş olduğu ve klişe varsayımlara dayandığı kanaatine varmış ve buna karşılık, kadınların ortalamada erkeklerden daha düşük akciğer kapasitesine ve daha az kan hücrelerine sahip olsa bile işverenin istatistiksel bir ortalamayı değil, bir kişiyi istihdam edeceği unutulmaması gerektiği” doktrinde ifade edilmiştir.⁵⁶⁷ “Dolayısıyla ABAD, bu tür genel yasakların bireysel değerlendirmeyi dışladığı gerekçesine dayanmış ve Mahkeme, Avusturya’nın, Eşit Muamele Yönergesi’nden önce 45 No’lu UÇÖ Sözleşmesi’ni onaylamış olması ve taraf olduğu bu Sözleşme karşısındaki yükümlülükleri nedeniyle haklı olduğu sonucuna varmışsa da ABAD, Avusturya’nın Eşit Muamele Yönergesi ile uyum sağlaması için bu Sözleşme’den çekilmesi gerektiğini belirtmiştir”.⁵⁶⁸

Avrupa Adalet Divanı da kadınlara çalışma yasağının bazı istisnai durumlarda kabul edilebileceğini ancak bu istisnaların ölçülülük ilkesi çerçevesinde dar yorumlanması gerektiği görüşündedir. Divan, kadınların maden ocaklarında çalıştırılması yasağı konusunda AB’ nin 76/207 sayılı Direktifi döneminde verdiği bir kararında⁵⁶⁹, “maden ocaklarında maruz kalınan sağlık risklerinin kadın ve erkekler açısından bir farklılık göstermediğini, kadın ve erkeğin aynı oranda etki altında kaldığı risklere karşı kadınların erkeklerden daha fazla korunması gerektiği gibi bir gerekçeyle, kadınların bu alanlarda istihdam dışında tutulamayacağını” ifade etmiştir. Kadın-erkek arasındaki güç ve büyüklük gibi fiziksel farklılıklara da değinilen kararda, “ortalama fiziksel standartları karşılayamayan erkek çalışanların belirli istihdam alanlarında işe alınmasına karşın, kadınların erkeklere nazaran ortalamadan daha küçük veya güçsüz olmasından dolayı işe alınmamasının Direktif’e aykırılık oluşturduğu” belirtilmiştir.⁵⁷⁰

76/207 sayılı Direktif’in 5. maddesi uyarınca, çalışma koşullarına ilişkin eşit muamele ilkesinin uygulanması, kadın ve erkeklere cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmaksızın aynı şartların teklif edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu amaçla üye devletler, eşit muamele ilkesine aykırı hükümlerin kaldırılması (2 (a) fıkrası) ve bu ilkeye aykırı hükümlerin, ilk başta onları esinlendiren koruma kaygısı artık iyi kurulmamıştır (paragraf 2 (c)). Ancak 76/207 Direktif, özellikle hamilelik ve doğumla ilgili olarak kadınların korunmasına ilişkin

⁵⁶⁷ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 4.

⁵⁶⁸ BAKIRCI, Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır, s. 4

⁵⁶⁹“Case C-203/03, Judgment of the Court of 1 February 2005”, (Comission v. Austria), “<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-203/03>”.

⁵⁷⁰ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1277.

hükümlere halel getirmeyecek, yani gebelik ve doğum hallerinde öngörülen korumalar, eşitlik ilkesine aykırı sayılmamaya devam edecektir.⁵⁷¹

Fransız Code du Travail'in L 213-1 maddesi uyarınca, kadınlar, özellikle de herhangi bir tür bitki, fabrika veya atölyede, herhangi bir gece çalışmasında çalıştırılmazlar. Bununla birlikte, aynı maddeye göre, örneğin yönetim görevlileri veya yönetici teknik direktörleri ve bilhassa ciddi koşullar nedeniyle (istisna olarak ulusal çıkarların gerektirdiği durumlarda ve Code du Travail'de öngörülen şartlar altında askıya alınabileceği durumlar haricinde) art arda vardiyalarda çalışan kadın işçiler için gece çalışmasının işverenleri tarafından yasaklanması için hüküm getirilmelidir.⁵⁷² 9 Şubat 1976 tarihli Direktif'in amacı, üye devletlerde, diğerleriyle birlikte istihdam ve çalışma koşullarına erişim konusunda kadın ve erkeklere eşit muamele ilkesini uygulamaktır. Bu amaçla, Direktif, ilk başta kendilerine ilham veren korumaya ilişkin kaygının artık amaca hizmet etmediği, bu ilkeye aykırı olan ulusal hükümlerin kaldırılmasını veya gözden geçirilmesini gerektirir.⁵⁷³ Kadın işçileri koruma amaçları söz konusu olduğunda, yalnızca yukarıda belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak, kadınlar ve erkekler arasında olduğu gibi bir tedavi farklılığına gerekçeli bir ihtiyacın olması durumunda geçerlidir. Bununla birlikte, gece çalışmasının dezavantajları ne olursa olsun, hamilelik veya doğum durumu dışında, kadınların gece çalışırken maruz kaldıkları risklerin, genel olarak erkeklerin maruz kaldıklarından farklı olmadığı görülmektedir.⁵⁷⁴ Bu nedenle, kadınlar tarafından yapılan genel çalışma yasağının esasen ilham aldığı koruma sağlama kaygısı, artık kadınlara özgü olmayan risklere ya da 76/207 sayılı Direktif'in amacıyla bağlantısı olmayan endişelere dönüşmesi nedeniyle artık bu yasağın sürdürülmediği görülmektedir.⁵⁷⁵

b. ILO Düzenlemeleri

Yalnızca ülkemizde değil, dünyanın farklı yerlerinde de toplumun genel kabul gördüğü düşünülen bazı güvenlik kaygıları, kadınların çalışmasına ne zaman izin verileceği konusunda bazı sınırlamalar getirmektedir. ILO tarafından yapılan araştırmalar, dünya genelindeki genel eğilimin, ülkelerdeki kadın işçilerin fırsat ve muamele eşitliğini temin

⁵⁷¹ Case C-345/89.

⁵⁷² Case C-345/89.

⁵⁷³ Case C-345/89.

⁵⁷⁴ Case C-345/89, 15. gerekçe.

⁵⁷⁵ Case C-345/89, 18. gerekçe.

edecek şekilde gece çalışmalarında korunmalarını sağlamak olduğunu göstermektedir.⁵⁷⁶ ILO'nun konuyla ilgili yaptığı çalışmalarda görevli olan komite, gece çalışmasına ilişkin toplumsal cinsiyete özgü sınırlamalar oluşturma sorununun, şüphesiz ayrımcılık ve erkeklerle kadınlar arasında ayrımcılık yapmama ilkeleriyle, şu anki bağlamda birbirine bağlı olduğunu belirtmiştir.⁵⁷⁷

1948 tarihine gelindiğinde Uluslararası Çalışma Örgütü, kadınları bu tarihte bile madenlerden ve endüstriyel gece işlerinden uzak tutmaya çalışmıştır. Bu amacını, getirdiği düzenlemelerden çıkarmak mümkündür. Keza İspanya, 1995 yılına kadar madencilik, elektrik ve bazı inşaat işlerinde kadın işçilere yönelik kısıtlamaları kaldırmadı. Bazı kadın işçi çalıştırma yasakları, eski kadın işçi kolonilerinde yer almakta olup, 1960 tarihli İspanya Medeni Kanunu, Napolyon Kanunu veya Commonwealth (İngiliz İmparatorluğu) yasalarının kalıntılarıdır.⁵⁷⁸

Kadınların gece çalıştırılmasına ilişkin uluslararası düzenlemelere tarihsel olarak baktığımızda, kadın-erkek eşitliği alanında “kadın işçilerin korunması” amacı ile “eşit davranma” ilkesi arasında hangisine öncelik verileceği büyük bir önemi haiz olup,⁵⁷⁹ doktrindeki tartışmaların odak noktasını bu husus oluşturmaktadır.

Gece çalışmalarına getirilen uluslararası sözleşmeleri 4 no'lu, 41 no'lu, 89 no'lu ve 1990 no'lu Protokol ile Genel Ankete konu olan 89 sayılı Sözleşme ile 171 Sayılı Sözleşme olarak sınıflandırmak mümkündür.⁵⁸⁰ Bununla birlikte, 66'dan fazla ihbarda bulunuldu ve Devletler bu Sözleşmeleri kınamak istediklerini açıkladı.⁵⁸¹ Bu ise şunu göstermektedir, bir yandan burada incelenen düzenlemeler yeterli sayıda onaylanırken (o dönem için 165 ülke) diğerleri bu sözleşmeyi reddediyorsa, bu düzenlemelerden bazıları, büyük olasılıkla yıllar boyunca evrensel niteliklerini yitirmiştir.⁵⁸² 20. yüzyılın erken dönemlerinde her ne kadar o dönem için sosyal bir ilerleme mahiyetinde görülen gece çalıştırma yasağı, zamanla tartışmalı hale gelmiştir, zira gece çalıştırılmayan kadınlar, gece çalışması karşılığında alınan ek ödeme ve sağlanan diğer sosyal haklardan yararlanamıyor ve böylece dolaylı bir ayrımcılığa maruz

⁵⁷⁶ ILO FINAL REPORTS, “Report of the Committee of Experts, Report III (1B)-2001-Final remarks-En.doc”, “The prohibition of women’s night work in industry: Current thinking and practice” , erişim adresi: “<https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-fr.pdf>”, e.t.: 02.11.2019, s. 137.

⁵⁷⁷ ILO FINAL REPORTS, s. 138.

⁵⁷⁸ “<https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>”, e.t.:01.11.2019 ; WOOD, s. 1. vd.

⁵⁷⁹ KÖKKİLİNÇ, s. 37.

⁵⁸⁰ ILO FINAL REPORTS, s. 137.

⁵⁸¹ ILO FINAL REPORTS, s. 137.

⁵⁸² ILO FINAL REPORTS, s. 137.

kalıyorlardı.⁵⁸³ İşçi kuruluşları, 89 Sayılı Sözleşme ile devam eden bu yasağın gerekli ve önemli olduğunu, bu nedenle yasağın devam etmesini savunurken; işveren kuruluşları ise bu yasağın ayrımcılık olduğunu, ekonomik ve sosyal gelişmelere engel olduğunu savunmaktaydılar ve pek çok devlet temsilcisi de benzer biçimde kadın ve erkekler arasında farklı bir uygulama için gebelik dışında hiçbir neden olmadığını, kadın-erkek arasındaki eşitlik ilkesi ışığında bu yasağın kaldırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁵⁸⁴ Kadın işçilere yönelik gece çalışması yasağının kaldırılmasının istenmesindeki temel yaklaşım noktası kadın-erkek eşitliği olup, bu yaklaşım ilk kez 1975 yılında 76/207/EEC sayılı “Kadın-Erkek Arasında İşe Girişte ve Yükselmeye Eşitliğe Dair Yönerge’nin” hazırlanması aşamasında dile getirilmiştir. ILO Yönetim Kurulu, oluşan bu yeni anlayış karşısında 4 Sayılı Sözleşme ile 41 Sayılı Sözleşme’yi yürürlükten kaldırmak durumunda kalmış olup, birçok ülke yasal olarak bu yasağı kaldırmakla yükümlü olsa da (çoğunluğu AB üyesi olan 21 ülke, bu Sözleşme’den onaylarını çekmiştir) 89 Sayılı Sözleşme’nin 46 ülke tarafından onaylandığı dikkate alındığında durumun halen belirsizlik ihtiva ettiğini ifade etmek gerekir.⁵⁸⁵ Günümüzdeki genel yaklaşımın kadınlara matuf gece yasaklarının düzenleme altına alınmaması olmakla birlikte halen birçok ülkede bu yasak uygulanmaktadır.⁵⁸⁶

a.a. 4 Sayılı Gece Çalışma “Kadınlar” Sözleşmesi ile 41 Sayılı Sözleşme

ILO, kurulduktan sonra ilk konferansını 28.11.1919 yılında Washington’da yapmış ve içerisinde 4 No’lu Sözleşme’nin de yer aldığı 6 tane sözleşmeyi kabul etmiştir⁵⁸⁷. Bu Sözleşme ile kadın işçilere, sanayi işlerine müteallik olarak hiçbir yaş ayrımı yapmaksızın genel bir çalışma yasağı getirilmiş, tüm kadınların gece döneminde bu işlerde çalışması yasaklanmıştır.⁵⁸⁸

Kadın işçilerin sanayi işlerinde gece çalışmalarının yasaklanması, analığın korunması konusuyla beraber ilk defa 1906 senesinde düzenlenen Bern Konferansı’nda gündeme gelmiş, yine 1919 senesinde yapılan Uluslararası Çalışma Konferansı’nda kabul edilen “4 Sayılı Kadınların Sanayide Gece Çalışmasına İlişkin Sözleşme” ile saat 02.00 ila 05.00 arasındaki

⁵⁸³ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 110.

⁵⁸⁴ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 110.

⁵⁸⁵ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

⁵⁸⁶ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

⁵⁸⁷ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 108.

⁵⁸⁸ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 108.

sürelerde kesintisiz olarak 11 saatlik gece çalışmalarında kadınların sanayi işlerinde yer alması yasak edilmiştir.⁵⁸⁹

4 No'lu Sözleşme, Komite (ILO) açısından yalnızca tarihi bir öneme sahiptir, zira çalışma programları, sanai üretim ve işgücünün bileşimi ile ilgili günümüz gerçeklerine uygun olmayan katı bir düzenlemedir.⁵⁹⁰ Bu nedenle Komite, daha kullanışlı amaçlar için Sözleşme No. 4'ün artık çalışma örgütünün amaçlarına ulaşmada yararlı bir katkı sağlamadığı ve ILO üye devletlerinin sonunda uygun önlemler almaya hazır olmaları gerektiği kanısında olup, bu düzenlemenin “rafa kaldırılması” ve iptal edilmesi gereken Sözleşmeler arasında yerini alması gerektiği sonucuna varmıştır.⁵⁹¹ Kısacası mevcut eğilim, hiç şüphesiz ki hem erkek hem de kadınlar için gece çalışmasını düzenlemeye daha fazla dikkat edilmesi, kadınların fırsatlarını iyileştirme amacıyla kadınların gece çalıştırılması konusundaki yasakların gevşetilmesi veya yok edilmesi ve sektördeki kadınlara yönelik gece çalışmalarının tamamıyla yasaklanmasından uzaklaşma ve sözleşmenin taraflarına ulusal düzeyde izin verilen istisnaların kapsamını belirleme sorumluluğu vermektir.⁵⁹² Komite, bu eğilimin belli bir sosyal veya ekonomik gelişme aşamasına ulaşmış olan bölgeler veya ülkelerle sınırlı olmadığını, ancak çoğu zaman kadınların işgücü piyasasındaki konumuyla ilgili sosyal tutumların ve basmakalıp bakış açısının bulunduğu ülkeleri kapsadığını belirtmekten memnuniyet duymaktadır.⁵⁹³ Bu yöndeki eğilimin devam edeceği konusundaki kesin umudunu ifade ederken Komite, bir revizyon sürecinin, gece çalışanlarının herhangi bir düzenleyici güvenceden mahrum kalmasıyla yasal bir boşluk yaratmaması gerektiğini vurgulamıştır, zira gece çalışmasının genellikle tüm çalışanlar için zararlı etkileri olduğu düşünülmektedir ve muhakkak bir yasal sınır gerektirmektedir.⁵⁹⁴

4 Sayılı Sözleşme'nin 2/1. maddesi uyarınca, gece dönemi akşam saat 22.00 ila sabah 05.00 arasındaki süreyi içeren 10 saatlik çalışma süresidir, ayrıca 3. maddesine göre herhangi bir yaş sınırı öngörülmeden tüm kadınların kamu ve özel sektörde sanayiye ait işlerde gece istihdam edilmesi yasak edilmiştir.⁵⁹⁵ Ancak söz konusu yasağa ilişkin sınırlama da aynı aile bireyleri içinde yapılan herhangi bir özel veya kamuya ilişkin iş ya da işletmeler olarak kabul

⁵⁸⁹ KÖKKİLİNÇ, s. 37; ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 99.

⁵⁹⁰ ILO FINAL REPORTS, s. 139-140.

⁵⁹¹ ILO FINAL REPORTS, s. 140.

⁵⁹² ILO FINAL REPORTS, s. 141.

⁵⁹³ ILO FINAL REPORTS, s. 141.

⁵⁹⁴ ILO FINAL REPORTS, s. 141.

⁵⁹⁵ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 108.

edilmiştir.⁵⁹⁶ Sözleşme’de öngörülen yasak, 4. madde ışığında mücbir sebeple hammadde ya da malzemelerin bozulması durumunda uygulanmayabilecektir.

4 Sayılı Sözleşme’deki gece çalıştırma yasağını bertaraf etmeyen ancak bu konuyu büyük ölçüde esnekleştiren 41 Sayılı Sözleşme’ye geldiğimizde, burada da gece tanımının 4 Sayılı Sözleşmeyle benzerlik arz ettiğini, yine aynı aile bireyleri içinde yapılan herhangi bir özel veya kamuya ilişkin işler ya da işletmeler hariç her yaştaki tüm kadınların sanayiye ait gece çalıştırma yasağına tabi olduğu yinelenmiştir.⁵⁹⁷ “4 Sayılı Sözleşme’nin Gözden Geçirilmesine Dair 1934 tarihli 41 Sayılı Sözleşme” ve “1949 tarihli 89 Sayılı Sözleşme” ile gece süresinin net olarak belirlenmesi, belirli bazı kategorilerdeki kadın işçilerin sözleşmenin kapsamı dışında tutulması için üye devletlere yetki verilmesini öngören düzenlemeler yapılarak, önceki katı düzenlemeler bir nebze olsun ilk defa esnekleştirilmiştir.⁵⁹⁸

41 Sayılı Sözleşme’nin 2/1. maddesine göre kesintisiz biçimde devam eden akşam 22.00 ile sabah 05.00 arasındaki süreyi ihtiva eden en az 11 saatlik süreye “gece dönemi” denir.⁵⁹⁹ Sözleşme’nin 2/2. maddesinde istisnai durumların gerektirmesi halinde belirli endüstri sektörlerinde, hükümet tarafından yetkili işçi ve işveren kuruluşlarının da görüşü alınarak, gece döneminin akşam 22.00 ile 05.00 dilimindeki süre yerine akşam 23.00 ile sabah 06.00 olarak uygulanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.⁶⁰⁰ Ayrıca ülkemizin onaylamadığı 41 Sayılı Sözleşme’de yönetici pozisyonunda olan kadın işçilerin de gece çalışması yasağından muaf olduğu hüküm altına alınmıştır.⁶⁰¹ Dolayısıyla yönetici olan bir kadın işçi, o dönemde hangi yaştan olursa olsun sanayi işlerinde gece döneminde çalışabilecekti.

b.b. 89 sayılı Sözleşme ile 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşme ve Buna İlişkin 1990 Tarihli Protokol

4 Sayılı Sözleşmenin revize edilişi; “1934 tarih ve 41 Sayılı Kadınların Gece Çalışmasına İlişkin Sözleşme”, “1948 tarih ve 89 Sayılı Kadınların Gece Çalışmasına İlişkin Sözleşme” ile olmuştur. Söz konusu sözleşmelerin hiçbiri bu yasağı kaldırmasa da 4 Sayılı

⁵⁹⁶ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 108.

⁵⁹⁷ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109 ; ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 100.

⁵⁹⁸ KÖKKİLİNÇ, s. 37-38 ; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s. 1 ; MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

⁵⁹⁹ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

⁶⁰⁰ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

⁶⁰¹ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

Sözleşme'ye nazaran epey bir esneklik getirilmiştir.⁶⁰² Ülkemizin onaylamadığı “1948 tarihli ve 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşme”yi 2009 yılına kadar 46 ülke onaylamıştır.⁶⁰³,⁶⁰⁴

89 sayılı Sözleşme'nin 1/2. maddesi ile kadınların sanayiye ilgilendiren işlerde gece çalışması yasaklanmış ve sanayinin tarımdan, ticaretten ve diğer sanayiyle ilgili olmayan işlerden nasıl ayrılacağını belirleme yetkisi ulusal makamlara bırakılmıştır.

89 sayılı Sözleşme'nin de 2. maddesinde gece dönemi tanımlanmış olup, bu saatler kesintisiz çalışılan 22.00 ila 07.00 arasındaki 11 saat, gece dönemidir; bu sürenin mevsimlere bağlı olarak yılda 60 gün 10 saate indirilmesi ve çalışma süresinin ülkede geçerli olan iklim koşulları göz önüne alınarak işçilerin dinlendirilmesi amacıyla azaltılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁰⁵ Ancak yetkili hükümetin gece dönemini ilan etmeden önce işçi ve işveren kuruluşlarıyla görüşerek gece dönemini farklı alanlar, endüstriyel gerekler, teşebbüsler ve sanayi dalları için daha farklı şekilde ilan edebileceği ifade edilmektedir.⁶⁰⁶ Bu noktada sözleşmede zorlayıcı nedenlere dayalı birtakım esnek uygulamalara yer verildiğini görmek mümkündür. Şöyle ki, 89 sayılı Sözleşme'nin 5/4. maddesinde kadınlara ilişkin öngörülen gece çalışma yasağının, milli menfaatler ve acil durumlar halinde işveren ve işçi kuruluşlarının görüşü alınarak hükümet tarafından askıya alınabileceği düzenlemesine yer verilmiştir.⁶⁰⁷

89 Sayılı sözleşmenin kapsamındaki çalıştırma yasakları, 41 sayılı Sözleşme'ye göre daha dardır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, 41 Sayılı Sözleşme'deki gece çalışma yasağının istisnası yönetici konumundaki kadın işçiler iken, 89 sayılı Sözleşme'de yönetici ya da teknik düzeyde çalıştırılan kadın işçiler ile sağlık ve sosyal işlerde sıradan işlerde çalışmayan kadın işçilere de bu yasağın uygulanmayacağı düzenlenmiştir.⁶⁰⁸

89 Sayılı Sözleşme, Avrupa Birliği'ne üye olan ülkeler tarafından AAD çalışma şartları bakımından erkekler ve kadınlar arasında eşitsizlik yaratılmayacağına ve bu eşitsizliklerin ortadan kaldırılması gerektiği şeklindeki kararı dayanak olarak ve ayrıca

⁶⁰² MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 108.

⁶⁰³ ILO tarafından 09.07.1948 tarihinde kabul edilmiş olup 27.02.1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁰⁴ KAYA, Gözde, s. 48, dn. 177.

⁶⁰⁵ KÖKKİLİNÇ, s. 38 ; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

⁶⁰⁶ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109-110.

⁶⁰⁷ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 110.

⁶⁰⁸ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 110.

76/207/EEC sayılı Yönerge gerekçe gösterilerek onaydan çekilmiştir.⁶⁰⁹ Türkiye, 89 Sayılı Sözleşme’yi de onaylamamıştır.

Yine ILO’nun “1948 tarihli ve 89 sayılı Yeniden Gözden Geçirilmiş Gece Çalışması (Kadın) Hakkında Sözleşmesi” ile Sözleşme’yi onaylayan üye devletler için sanayiye ilgilendiren işlerde kadınların gece çalışması yasaklanmıştır.

Yürürlükten kaldırılan “89 Sayılı Gözden Geçirilmiş Gece Çalışma ‘Kadınlar’ Sözleşmesi”, aile içi çalışılan işyerleri dışında her yaştaki kadınların kamu veya özel sektördeki işyerleri ile iş kollarında gece çalıştırılması yasaklanmıştır.⁶¹⁰

“89 Sayılı Gözden Geçirilmiş Gece Çalışma ‘Kadınlar’ Sözleşmesi’nin” sağlık sektöründe ve sosyal yardım hizmetler alanında çalıştırılan kadınlara uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu Sözleşme’de sağlık ve sosyal yardım hizmetleri alanında çalıştırılan kadınlara bu yasakların uygulanmayacağı vurgulanmak istenilmiştir.

Bir diğer düzenleme ise “89 Sayılı Gözden Geçirilmiş Gece Çalışma ‘Kadınlar’ Sözleşmesi’ne İlişkin Protokol”dür. 1990 Protokolü tarafından revize edilen 89 sayılı Sözleşme, madde bakımından kadınlara yönelik gece çalışmasının yasaklanmasına ilişkin istisnaları büyük ölçüde genişletse de korumaya odaklanmış, ileride göreceğimiz 171 sayılı Sözleşme ise cinsiyetten bağımsız olarak düzenlense de bazı durumlar için kadınlara özel koruma sağlamıştır.⁶¹¹ “1948 tarihli 89 Sayılı Gözden Geçirilmiş Gece Çalışma ‘Kadınlar’ Sözleşmesi’ne İlişkin Protokol”, 6 Haziran 1990 yılında Cenevre’de yapılan 77. Uluslararası Çalışma Konferansı tarafından kabul edilmiş ve bütün işçilerin gece çalışmalarına ilişkin belli başlı standartlar getirilmiş, ayrıca gece çalışmasında kadın işçiler için oldukça kapsamlı istisnalar getirilmesinin yolu açılmıştır.⁶¹²

Protokol’ün 1. maddesi gereğince, 4 Sayılı Sözleşme’nin onaylandığı üye ülkelerde en fazla üyeye sahip işçi ve işveren sendikalarına danıştıktan sonra çıkarılacak yasa ve yönetmelikler ile Sözleşme’nin 2. maddesine uygun olacak şekilde gece döneminin süresinde değişikliğe gidilmesini, 3. maddesinde yer verilen gece çalıştırılma yasaklarının istisnalarının belirlenmesini ve yetkili makamların bu konuda karar verebilmelerini öngören düzenlemeler yapılabilecek, söz konusu değişiklik ve istisnalar, işçi ve işverenleri temsil eden sendikalar

⁶⁰⁹ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 122 ; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 110.

⁶¹⁰ MÜLAYİM Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 109.

⁶¹¹ ILO FINAL REPORTS, s. 142 ; SOYSAL, s. 16.

⁶¹² KÖKKİLİNÇ, s. 38.

tarafından bağitlanan bir sözleşmeyle belirlenen belirli bir iş kolu veya meslekte yetkili makamın kararıyla belirlenecektir.⁶¹³

c.c. 171 Sayılı Gece Çalışma Sözleşmesi

Gece çalışma yasağının kaldırılması düşünceleriyle hazırlanan 171 Sayılı Sözleşme, 26.06.1990 tarihinde kabul edilerek 04.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş, ülkemiz tarafından onaylanmamıştır. Diğer düzenlemelere nazaran farklılık arz eden yönü, kadın-erkek ayrımına gidilmeksizin bütün işçilerin Sözleşme'nin kişiler yönünden kapsamına alınması ve yalnızca sanayide değil, aynı zamanda tarım, hayvancılık, balıkçılık, deniz taşımacılığı, gemi yolculuğu dışındaki iş kollarında uygulanması, adı geçen alanlarda ise uygulanmamasıdır.⁶¹⁴

Burada da Sözleşme'nin 1. maddesinde “gece çalışması”, “üye devletlerde yetkili makamlar tarafından en fazla temsile yetkili işçi ve işveren sendikalarına danışıldıktan sonra belirlenmesi ya da toplu iş sözleşmeleriyle tayin edilmesi öngörülen, gece yarısından sabah saat 05.00'e dek süren bir zaman aralığını içeren kesintisiz yedi saatlik bir dönemde yapılan çalışma” şeklinde tanımlanmıştır. “Gece işçileri” terimi ise, “üye devletlerde yetkili makamlar tarafından en fazla temsile yetkili işçi ve işveren sendikalarına danışıldıktan sonra belirlenmesi ya da toplu iş sözleşmeleriyle tayin edilmesi öngörülen belirli bir zaman sınırını aşmamak üzere gece döneminde görülen bir işte çalıştırılan işçileri” ifade eder.

171 sayılı Sözleşme'de “üye ülkelerin, gece çalışanların sağlıklarını korumasından ailevi ve sosyal sorumluluklarını yerine getirmelerinden, terfi ve yükselmeleri, işyeri güvenliği ve analığın korunmasına elverişli önlemler almalarından” bahsedilmiştir.⁶¹⁵

171 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinde gece işinin doğası gereği gerekli özel önlemlerin, asgari olarak bu sözleşmenin 4. ve 10. maddelerinde belirtildiği üzere gece işçilerinin sağlığını korumak, aile ve sosyal sorumluluklarını karşılamak ve uygun bir biçimde telafi edecek mahiyette olacağı öngörülmekte, ayrıca gece işi yapan tüm işçiler için güvenlik ve analık korumasına yönelik tedbirlerin alınması gerekliliği de vurgulanmıştır.⁶¹⁶ 171 Sayılı Sözleşme, gebe ve emziren kadınların gece çalışmalarına bir alternatif oluşturulması, hamile ve emziren kadınların gece çalışmalarına bir alternatif oluşturulması, hamile ve emziren

⁶¹³ KÖKKİLİNÇ, s. 38-39.

⁶¹⁴ KÖKKİLİNÇ, s. 40.

⁶¹⁵ SOYSAL, s. 16.

⁶¹⁶ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

kadınlara gece çalışmalarının düzenlenmesinin yanısıra gündüz çalışmalarına geçme imkanı tanıyan bir düzenlemedir.⁶¹⁷

Sözleşme'nin 7. maddesi, bizim için oldukça büyük bir önemi haiz bulunmaktadır. Buna göre: *“Kadın işçilere, hamilelik süresince, en az sekiz haftası çocuğun doğumundan önce olmak kaydıyla doğum öncesi ve sonrasında en az 16 haftalık bir zaman zarfında, bu süreye ana ve çocuğun sağlığı için gerekli olduğunu belgeleyen bir doktor raporuna dayalı olarak eklenen sürelerde ve doğumdan sonra yukarıda belirtilen dönemin bitiminden sonra, yetkili makamlarca en fazla temsile yetkili işçi ve işveren sendikalarına danışılmak suretiyle belirlenecek belirli bir sürede, gece çalışmasına alternatif bir iş verilmesi için gerekli önlemlerin alınması öngörülmüştür (m.7/1). Söz konusu önlemler, gece çalışmasından gündüz çalışmasına geçirme, sosyal güvenlik yardımları sağlama ya da analık izninin arttırılması şeklinde olabilir (m.7/2). 7. maddenin 1. fıkrasında belirtilen zaman zarfında, kadın işçi hamilelik ve doğumla ilgili olmayan haklı bir sebebin bulunması durumu dışında, işten çıkartılamayacak ya da iş sözleşmesinin feshi ihbar edilmeyecektir (m.7/3/a). 2.fıkra da belirtilen önlemlerin alınması halinde kadının geliri, kendisinin ve çocuğunun uygun yaşam standardını karşılaması için yeterli düzeyde olmalı; kadın işçi gece çalışmasında kazandığı statü, kıdem ve yükselme ile ilgili hakları kaybetmemelidir (m.7/3/b,c).⁶¹⁸ Bu madde hükümleri analık iznine bağlı hakların ve korumanın azaltılmasını öngören bir etkiye sahip değildir (m.7/4).”*

Kadın işçi bakış açısından bir hak olarak düzenlenmiş olan onaltı haftalık doğum izni, işveren için bir yasak anlamına gelir.⁶¹⁹ Bunun nedeni, yakın zamanda işe doğum yapmış bir hamile işçiyi ya da işçiyi zorlamak, ilgili yasaklama ile çelişki teşkil etmektedir. Ayrıca, bu süreler sözleşmeler ile arttırılabilir.⁶²⁰

171 Sayılı Sözleşme'de gece çalışması konusunu herhangi bir kadın-erkek ayrımı olmaksızın düzenleyen ILO, gebelik ve analık hali dışında kadınlara ilişkin gece çalışması yasağını nihayet kaldırmış bulunmaktadır.⁶²¹ Sözleşmeyle erkekler için olduğu kadar, kadınlar için de gece çalışmasını yasaklamayarak, bunun yerine gece çalışmasının yapıldığı tüm

⁶¹⁷ SOYSAL, s. 16; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

⁶¹⁸ Sözleşme metni için bkz. C 171 Night Work Convention, 1990.

⁶¹⁹ URHANOĞLU CENGİZ, Pregnancy And Maternity, s. 66.

⁶²⁰ URHANOĞLU CENGİZ, Pregnancy And Maternity, s. 66.

⁶²¹ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

işlerde gece çalışmasına yönelik koşulların geliştirilmesi amacıyla düzenlemeler getirilmiştir.⁶²²

Görüldüğü üzere gece çalışması, “1990 tarihli ve 171 sayılı Gece Çalışması Hakkında Sözleşme” ile kadın erkek ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiştir. 171 sayılı Sözleşme ile ilgili aynı doğrultuda “1990 tarihli ve 178 sayılı Tavsiye Kararı” kabul edilmiştir.⁶²³ Komite, 171 sayılı Sözleşme'nin onaylanmasını teşvik etmekle birlikte, 171 sayılı Sözleşmeyi onaylamaya henüz hazır olmayan ve 89 sayılı Sözleşme'nin hükümlerine bağlı olan üyelere mevzuatlarını Protokol'ün hükümlerine uygun olarak modernize etmenin avantajlarını gerçekleştirmeye yardımcı olması için Uluslararası Çalışma Ofisi tarafından daha fazla çaba sarf edilmesini gerekli görmektedir.⁶²⁴ 2001 raporunda Çalışma Örgütü; pek çok devletin 4, 41 veya 89 sayılı Sözleşmeler'i mevzuatlarından kaldıracığını ya da devletlerin bu düzenlemeleri kınamaya karar verdiklerini akılda tutarak, aynı zamanda 171 sayılı Sözleşme'nin henüz yeterince onaylanmadığını vurgulamış ve bu nedenle Komite, aynı zamanda yeni gelişmelerin sonunda kadınlar için tüm koruyucu önlemlerin kaldırılması ve tüm gece çalışanlarına uygun koruma sağlayan bir mevzuatla değiştirilmemesi nedeniyle gece çalışmasının hiç düzenlenmemesi riskinin ortaya çıkmasından endişe etmiştir.⁶²⁵ 171 sayılı Sözleşme ile 93/104/EC sayılı Avrupa Direktifi gibi birtakım uluslararası düzenlemeler, başta sağlık ve güvenlik olmak üzere sosyal yardım ve analığın korunmasıyla ilgili olarak bütün gece çalışanlarının çok yönlü olarak korunmasına duyulan ihtiyacı göstermektedir.⁶²⁶ ILO'nun kaydettiği gelişmelere göre ülkelerin genel olarak eğilimi; 4, 41 ve 89 sayılı Sözleşmeler'de belirtilen yaklaşımdan net bir şekilde uzaklaşma yönünde olup, artık ülkeler bunun gibi önlemlere önem vermemekte ve hatta bir kısmı da yukarıda bahsettiğimiz gibi bu önlemleri kınamaktadırlar.⁶²⁷

d.d. 3 Sayılı Sözleşme

“Kadınların Doğumdan Önce ve Doğumdan Sonra Çalıştırılmasına İlişkin 3 Sayılı Sözleşme”⁶²⁸, ILO'nun 29.11.1919 tarihinde Washington'da toplanan 1. Birleşiminde kabul

⁶²² MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 111.

⁶²³ KAYA, Gözde, s. 48-49; FETTAH, s. 60.

⁶²⁴ ILO FINAL REPORTS, s. 143.

⁶²⁵ ILO FINAL REPORTS, s. 143.

⁶²⁶ ILO FINAL REPORTS, s. 139; SOYSAL, s. 16.

⁶²⁷ ILO FINAL REPORTS, s. 139

⁶²⁸“C3 Maternity Protection Convention, ILOLEX, Database of International Labour Standards, www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm. 06.02.2012”.

edilmiş ve 13.06.1921 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁶²⁹ Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.⁶³⁰ 3 Sayılı Sözleşme geçici statüde bulunan ILO belgeleri arasındadır.

3 Sayılı Sözleşme, “kamuda ve özel sektörde sınai ve ticari işyerlerinde çalışan kadının, doğumdan itibaren altı hafta süreyle çalıştırılmasının yasaklanmasını” (m.3.a); “doğumun altı hafta içinde gerçekleşebileceğini öngören bir sağlık raporunun olması durumunda izin hakkına sahip olmasını” (m.3.b) ve “çocuğunu emzirmesi halinde çalışma saatleri içinde günde iki kez yarımşar saat süt izni verilmesini” (m.3.c) öngörmektedir. “Sözleşme'nin 3.maddesinin (a) ve (b) fıkralarında öngörülen izin süresince veya hamilelikten ya da doğumdan kaynaklandığı bir sağlık raporu ile belgelenen ve işi için elverişsiz hale getiren bir hastalığa tutulmuş olması sonucunda daha uzun bir süre işinden ayrı kalması halinde, işe devamsızlığı yetkili makamlarca belirlenecek azami bir süreyi aşmadıkça, izinli olduğu süre içinde işverence iş sözleşmesinin feshinin ihbar edilmesi ya da ihbar öneli izin süresi içinde dolacak şekilde bir feshi ihbarda bulunulması hukuka aykırı sayılır”.

e.e. 103 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi ve 103 sayılı Sözleşme'nin Gözden Geçirilmesine İlişkin 183 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi

“Kadınların Doğumdan Önce ve Doğumdan Sonra Çalıştırılması Hakkında 3 Sayılı Sözleşme'nin Gözden Geçirilmesine ilişkin 103 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi”, (1952) “kamu ve özel sektörde sınai işyerleri ve sanayiden sayılmayan iş ve hizmetlerle tarım işlerinde çalışan kadınları” kapsamına almaktadır (m.1).

Sözleşme uyarınca, “tahmini doğum tarihini belirten bir sağlık raporu bulunan çalışan kadınların, doğumdan sonra zorunlu olarak izinli olacakları süre de dâhil olmak üzere en az on iki hafta analık izni hakkına sahip olmalarını öngörmektedir” (m.3.2). “Doğumdan sonraki zorunlu iznin süresi altı haftadan az olmayacak şekilde ulusal yasa ve yönetmeliklerle belirlenecektir”.

ILO'nun 28.06.1952 tarihinde Cenevre'de toplanan 35. Birleşiminde kabul edilen ve 07.09.1955 tarihinde yürürlüğe giren “103 Sayılı Gözden Geçirilmiş Analığın Korunması Sözleşmesi”, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.⁶³¹

⁶²⁹ Bkz. “www.ilo.org/ilolex/english/subjectE.html”.

⁶³⁰ <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>.

⁶³¹ C103 Maternity Protection Convention (Revised), 1952, ILOLEX, Database of International Labour Standards, erişim adresi: www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm, Bkz.

“103 sayılı Sözleşmenin Gözden Geçirilmesine ilişkin 183 Sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi”⁶³², “atipik bağımlı çalışma biçimlerinde çalışanları da içerecek şekilde tüm çalışan kadınları” kapsamına almıştır (m.1.1). Uluslararası Çalışma Konferansı’nın 15.06.2000 tarihinde Cenevre’de toplanan 88. Birleşiminde kabul edilen Sözleşme 07.02.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.⁶³³ Sözleşmeyi onaylayan üye ülkeler, “işçi ve işverenleri temsil eden örgütlere danıştıktan sonra, kendilerine sözleşmenin uygulanması halinde bazı özel sorunlara yol açabilecek belirli işçi kategorilerini kısmen ya da tamamen Sözleşme’nin kapsamı dışında tutabileceklerdir” (m.1.2).

183 sayılı Sözleşme’nin 4. maddesi uyarınca, “tahmini doğum tarihini gösteren ve mevzuata uygun olarak verilmiş bulunan bir sağlık raporunun bulunması halinde çalışan kadınlar, 14 haftadan az olamayacak bir sürede analık izni hakkına” sahip olacaklardır. “Analık izni, annenin ve çocuğunun sağlıklarının korunması göz önünde tutularak, aksi ulusal düzeyde hükümetler, işçi ve işveren kuruluşlarınca kararlaştırılmadıkça, doğumdan sonra altı haftalık zorunlu izni içerecektir. Analık izninin doğumdan önceki bölümü, doğum sonrası zorunlu izin süresinden bir eksilme olmaksızın, tahmini ve fiili doğum tarihleri arasında geçecek süre kadar uzatılabilecektir” (m.4). “Analık izninden önce ya da sonra, hamileliğe ya da doğuma bağlı herhangi bir hastalık, risk ya da komplikasyonun olması ve bunun bir sağlık raporu ile belgelenmesi durumunda izin verilecektir” (m.5).⁶³⁴

Günümüzde fiziksel olarak güçsüz olmalarının iddia edilmesi sebebiyle kadınlara özel koruma uygulamaları gereksiz görülmektedir. Pek çok ülkede bu tarz koruma önlemleri kaldırılmıştır. Ancak kadınların analık halinde korunmasına ilişkin koruyucu yasa düzenlemeleri ise hemen herkes tarafından kabul görmektedir.⁶³⁵ Ülkemizde anayasal kökene sahip olan bu maddenin getirilmesindeki birincil amaç kadınların korunmasıdır ve bu koruma kamu düzeninden kaynaklanır.⁶³⁶ Bilhassa ILO düzenlemelerinin gelişimi önemlidir; örneğin gece çalışmalarını kadınlara yasaklayan sözleşmeler kadın ve erkekleri eşit olarak koruyan gece çalışma düzenlemelerine, analık izinleri ise ebeveyn izinlerine dönüştürülmüştür.⁶³⁷

<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>. (103 Sayılı Sözleşme yürürlükten kaldırılmıştır)

⁶³² C183 Maternity Protection Convention, 2000, ILOLEX, Database of International Labour Standards, www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm. 06.02.2012. Sözleşme güncellenen ILO Belgeleri arasındadır.

⁶³³ “<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>”.

⁶³⁴ “www.ilo.org/ilolex/english/subjectE.htm”.

⁶³⁵ ARSLAN ERTÜRK, s. 345.

⁶³⁶ CENGİZ, Hamilelik ve Analık Durumları, s. 31.

⁶³⁷ ARSLAN ERTÜRK, s. 348.

c. Yabancı Hukuklarda

Alman Hukuku'nda analığı korumanın temelini Analığı Koruma Kanunu'nun (MuSchG) hükümleri oluşturmaktadır.⁶³⁸ Alman Hukuku'nda işveren hamile ya da emziren kadınları 20.00 ile 06.00 arasında çalıştıramaz. Kanun'un 28. Bölümdeki şartların tamamlanması halinde 22.00'a kadar çalıştırabilir.⁶³⁹ Birinci bölüm özellikle gece çalışmasında ağır ve sıkıntılı çalışmalar için genel çalışma yasağını düzenlemiştir.⁶⁴⁰ Yasakların sadece emredici niteliği düşünülmemelidir. Ayrıca bahsedilen zaman dilimlerinde çalışma güvencesidir ki bu zaman dilimleri, işçinin iş görme borcunun yerine getirilmesini yasaklayan durumlardır.⁶⁴¹ Hamile ve emziren kadınlar için uygun görülen çalışma süreleri düzenlemeleri aşırı fiziksel taleplere; yorgunluk belirtilerine ve fiziksel zorluklara karşı koruma sağlamaktadır.⁶⁴² Ayrıca hüküm, sadece kadınları değil burada çocukları da koruma altına almıştır⁶⁴³. Almanya'da gece çalışma yasağı, daha çok ahlak kurallarına ilişkin düşüncelerle 1892 yılında kadın işçilere yönelik olarak yürürlüğe konulan düzenlemeye göre kadınların saat 20:00 ila 06:00 arasında, vardiyalı işlerde ise saat 23:00 ila 05:00 arasında çalıştırılması yasaktı.⁶⁴⁴

Zaman zaman yasakların askıya alındığı görülse de, yaklaşık bir asır yürürlükte kalan yasa 1992 senesinde Federal Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın eşit haklar hükmü ve Avrupa Adalet Divanı'nın kararlarına atıf yapılarak ve ayrımcılık yapıldığı kanaatine varılarak kaldırıldı. Ayrıca gece çalışmasının cinsiyet ayrımı yapılmaksızın bütün insanlar için zararlı sonuçları olduğuna değinilerek devletin gece çalışmasına ilişkin geniş kapsamlı düzenlemeler yapması tavsiye edildi.⁶⁴⁵ Alman Hukuku'nda bulunan denetleme makamı,

⁶³⁸ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 120; GRAUE, Bettina, Arbeitsrecht, Hrsg.: Peter Wedde, Bund Verlag, 3. Auflage, 2013, Rn. 1.

⁶³⁹ § 5 Verbot der Nachtarbeit.

⁶⁴⁰ Beschäftigungsverbot (Abs. 1). (çalışma yasağı)

⁶⁴¹ BAG., 24.6.1960 NJW 1960, 2163.

⁶⁴² BeckOK ArbR/Dahm, 53. Ed. 1.9.2019, MuSchG § 5 Rn. 1.

⁶⁴³ DAHM, Rn. 1; bir hamile veya emziren insan saat 20-06 arasında ilk olarak çalıştırılmaz; örneğin vardiya çalışması neden sonra sonlandırılmaz; hastanede de bakımda da aynı şekilde 8 den sonra çalıştırılmaz. Burada geceleri gerçekleştirilecek faaliyet anne ve çocuğun somut sağlık durumu dikkate alınmaz. (DAHM., Rn. 2).

⁶⁴⁴ <https://www.dw.com/tr/kad%C4%B1n-i%C5%9F%C3%A7ilere-gece-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-yasa%C4%9F%C4%B1-25-y%C4%B1-%C3%B6nce-kald%C4%B1r%C4%B1ld%C4%B1/a-37299894>, (e.t.: 24.11.2019).

⁶⁴⁵ <https://www.dw.com/tr/kad%C4%B1n-i%C5%9F%C3%A7ilere-gece-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-yasa%C4%9F%C4%B1-25-y%C4%B1-%C3%B6nce-kald%C4%B1r%C4%B1ld%C4%B1/a-37299894>, (e.t.: 24.11.2019).

istisnai durumlarda bir işin çalıştırılması yasaklanan işler kapsamına girip girmediği hakkında karar vermekle görevliydi.⁶⁴⁶

Anne koruma hukuku anlamında gece çalışması 20.00 ile 06.00 arasındaki her çalışma olarak adlandırılır ve bu çalışma esnasında hamile/emziren kadınlara ilke olarak çalışmasına izin verilemez; ayrıca kısmi çalışmada ya da çok vardiyalı işletmelerde de izin yoktur.⁶⁴⁷ Gece süresi çalışma süreleri kanunu uyarınca ilke olarak 23.00-06.00 arasında iken Analık Koruma Kanunu gece çalışma süresini 20.00-06.00 arasında belirleyerek çalışma süreleri kanununda yer alan korumayı genişlettiği de belirtilmelidir.⁶⁴⁸ Hamile/emziren kadın eğer § 5'teki yasak nedeniyle önceki işyerinde ya da kararlaştırılan zaman veya sürede çalıştırılmasına izin olmadığına; bu kapsamda ortalama kazancını aşmamak üzere § 18'e göre analık yardımı hakkına sahiptir.⁶⁴⁹

Yine başka bir diğer örnek, Mumbai'deki kadın olan dükkan sahipleri, erkek meslektaşları kadar geç saatlerde çalışamazlar ve Malezya kadınlarının gece mal ve yolcu taşımalarına izin verilmez.⁶⁵⁰

2. Ulusal Mevzuat

a. Kadın İşçileri Gece Çalıştırma Yasağı

a.a. Gece Kavramı ve Gece Çalışması

Görünen güneşin görünen ufku altında bulunması nedeniyle karanlık olan süreye gece demektiriz.⁶⁵¹ Gece, genellikle saat 22.00'den itibaren gün ağarınca kadar geçen süre olarak lügatımızda yer alır.⁶⁵² AB İş Hukuku'nda gece süresi tanımlanmış ve gece işçisi kavramına da “gece işçisi, günlük normal çalışmasının en az 3 saatini veya yıllık çalışma süresinin belirli bir kısmını gece döneminde geçiren kişi” şeklinde yer verilmiştir.⁶⁵³

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'muzun⁶⁵⁴ 51. maddesinde gece kavramı, “güneşin batmasından bir saat sonra ile güneşin doğmasından bir saat önceye kadarki devre” olarak

⁶⁴⁶ “Örneğin, hamile kadınların benzin istasyonlarında, benzinin havaya karışması belirli değerlerin üstündeysen çalıştırılması yasaklanabilir; benzer şekilde AIDS ya da hepatit B gibi bulaşıcı hastalık tehlikesi olan yerlerde çalışma yasağı konabilir” (SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 121).

⁶⁴⁷ Alman Çalışma Süreleri kanununda gece çalışması 23:00-05:00 arasındaki süreyi ifade etmektedir.

⁶⁴⁸ Ayrıca gece çalışması çalışma süreleri kanununda yasaklanmış değildir; aksine 2 saatten fazlasını kapsayan bir gece çalışmasında özel koşullar geçerlidir (DAHM, Rn. 3).

⁶⁴⁹ SCHLACHTER, Monika: “Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht“, Edt.: Rudi MÜLLER –GLÖGE/Ulrich PREIS/Ingrid SCHMIDT, 19. Aufl., 2019, MuSchG § 2, Rn. 2.

⁶⁵⁰ WOOD, s. 1 vd.

⁶⁵¹ MÜLAYİM, s. 105.

⁶⁵² www.tdk.gov.tr

⁶⁵³ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7.

⁶⁵⁴ R.G. Tarih: 19.06.1932, S. 2128.

tanımlanırken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’muzda⁶⁵⁵ gece kavramı m. 6’da “güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi” olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu’nun 69. maddesinin 1. fıkrasında “çalışma hayatında “gece”⁶⁵⁶ “en geç saat 20’de başlayarak en erken sabah 06.00’a kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönem” olarak tanımlanmıştır. Söz konusu maddede geçen “en erken”, “en geç” ve “en fazla” deyimleri gece döneminin başlangıç ve bitiş zamanlarının değiştirilip, devam süresinin de onbir saate çıkarılabileceğini ifade etmektedir. 1475 sayılı Kanun döneminde de gece çalışması, 65/1’e göre, “en geç saat 20.00’de başlayarak en erken sabah 6.00’ya kadar geçen ve her halde en fazla 11 saat süren gün dönemi” şeklinde tanımlanıyordu.⁶⁵⁷

İş Kanunu’muzda belirlenen gece sürelerine ilişkin hüküm, kamu düzenine ilişkin olduğu için kural olarak işçi aleyhine kısıtlanamayacağı gibi, bazı işlerin niteliği ve gereği ya da ülkenin bazı bölgelerindeki iklim ve adetlere göre hazırlanacak düzenlemeler uyarınca geriye alınabilecektir.⁶⁵⁸ Özetle gece çalışmasını, İş Kanunu açısından “günün gece döneminde gerçekleştirilen çalışma” olarak tanımlayabiliriz.⁶⁵⁹

Gündüz işi sayılan işlere ek olarak yapılan fazla çalışmalar, gece döneminde de yaptırılabilir. Bu durumda yapılan çalışmanın yarısından çoğu gece dönemine rastlarsa bile yapılan çalışma, gece çalışması olmaz çünkü çalışma süresinin yarısından çoğunun gece zamanında gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken normal çalışma süresi dikkate alınır.⁶⁶⁰ Örneğin, 15.00 ila 23.00 saatleri arasında çalışan işçilerin çalışması ise gündüz çalışması olduğundan, bu işçiye gece döneminde fazla çalışma yaptırılabilir, zira işçinin 15.00 ila 23.00 arasında yaptığı çalışmaların yarısından fazlası gündüz döneminde gerçekleştiği için gündüz çalışması mahiyetindedir.⁶⁶¹

Gece çalışmasının özellikle insan vücudunun gece dinlenmeye alışık olması nedeniyle yorucu olduğu ve hem erkek hem de kadın çalışanların sağlığı üzerinde olumsuz etkileri

⁶⁵⁵ R.G. Tarih: 12.10.2004, S. 25611.

⁶⁵⁶ Ülkemiz İş Hukuku’nda gece kavramı, ilk kez 3008 sayılı Kanun’umuzda tanımlanmıştır.

⁶⁵⁷ SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 15.

⁶⁵⁸ SARACEL, s. 64.

⁶⁵⁹ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 136, dn. 7; BACAK /KAZANCI, s. 136.

⁶⁶⁰ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 127; MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7, s. 136.

⁶⁶¹ MÜLAYİM, Baki Oğuz: “İş Hukukunda Gece Döneminde Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2017, s. 103 ; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 127.

olduğu genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁶² Gece çalışmasına ilişkin düzenlemeler, özellikle postalar halinde yapılan ve bir bölümünün gece dönemine rastladığı çalışmalarda önem taşımakta ve böylece işyerlerinin 24 saat faaliyette bulunabilmesine imkan sağlanmaktadır.⁶⁶³ İşyerlerinin 24 saat çalışan yerler olmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bir işyerinde gündüz çalışmasıyla sınırlı kalmayarak gece çalışmaya devam edilmesi, mutlaka postalar halinde çalışmayla mümkün olacaktır.⁶⁶⁴ Ancak işçilerin gece çalışmasının sosyal ve aile yaşamına verdiği zararlı etkileriyle ilgili de geniş bir fikir birliği vardır, bu durum ise dönen vardiyalı çalışma sonucunda temel olarak vücut saatine karşı çalışmaktan ve uyuma/uyanıklık döngüsünün bozulmasından ve çoğu durumda yalnızca azalan uyanıklık, kronik yorgunluk ve aşırı uykululuktan değil, aynı zamanda mide ve kardiyovasküler hastalıklardan da kaynaklanmaktadır.⁶⁶⁵

Uykusuzluk ve olağan dışı çalışma saatleri sonucu ortaya çıkan sağlık şikayetleri sonucunda gelişen anlayış, yorgunluk ve stres önleyici davranış tekniklerini ve iş sağlığı önlemlerini içeren yeni vardiya sistemlerinin tasarımını kolaylaştırmıştır.⁶⁶⁶

Vardiyalı çalışma yöntemlerinde işçilerin merkezi sinir sistemlerinin alışık olduğu ritmin dışına çıkararak⁶⁶⁷ hormonal denge bozulmakta ve stres oluşumuna sebebiyet verildiğinden fizyolojik ve psikolojik ağırlığı en fazla olan çalışma türünün gece çalışması olduğu tartışmasızdır.⁶⁶⁸ İnsan beynindeki bir bölgeyle kontrol edilen biyolojik saat, vücudun ritmini aydınlık ve karanlık döngüye göre düzenlemektedir.⁶⁶⁹ Gece çalışmasında ise kişi, organizmanın kendini onardığı ve gündüz etkinliği için kendini hazırladığı gece saatlerinde çalışmak durumunda kaldığında gündüz saatlerinde günlük etkinliklerini gerçekleştirmeye hazır olmasına rağmen uyumaya çalışmakta ve ortaya çıkan bu iki olumsuz durum biyolojik işlevler arasındaki işlevleri bozarak insan vücudunun bütünsel dengesine zarar vermektedir.⁶⁷⁰

⁶⁶² ÖZYURT, s. 921; ALTAN, s. 146; SARACEL, s. 3; ILO FINAL REPORTS, s. 138-139.

⁶⁶³ GÜVEN /AYDIN, s. 327.

⁶⁶⁴ ÖZYURT, s. 921; HAFIZOĞLU, Ece Sıla: “Çalışma Süreleri”, İKÜHFD, S.1, C. 15, 2016, s. 143; SARACEL, s. 6-7.

⁶⁶⁵ ILO FINAL REPORTS, s. 139.

⁶⁶⁶ ILO FINAL REPORTS, s. 139.

⁶⁶⁷ “Biyolojik ritmin var olması insan vücuduna doğal bir zamansal yapı sağlamaktadır. Söz konusu ritim sayesinde insan, gündüz saatlerinde fiziksel ve düşünsel aktivitelerini kolaylıkla giderebilmekte, gece ise dinlenme gereksinimini karşılamaktadır” (BACAK, Bünyamin / KAZANCI, Ecehan: “Türk Çalışma Hayatında Vardiyalı Gece Çalışan İşçilerin Karşılaştığı Fizyolojik, Psikolojik ve Sosyolojik Etkilerin Değerlendirilmesi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 3, Y. 3, S. 6, 2014/2, s. 139).

⁶⁶⁸ BACAK /KAZANCI, s. 135; SARACEL, s. 30.

⁶⁶⁹ SARACEL, s. 30; BACAK /KAZANCI, s. 139.

⁶⁷⁰ BACAK /KAZANCI, s. 139-142.

Tüm bu olumsuz etkilerin sonucunda, insanlık tarihinin en büyük sanayi kazalarının da⁶⁷¹ gece çalışmasında yaşanması bir tesadüf değildir.⁶⁷² İşte bu nedenle gece çalışmaları işçiler üzerinde en çok hasar bırakmaya eğilimli çalışma olmasının sonucunda hukuk düzeni tarafından hususi düzenlemelerle koruma getirilmiştir.

Konuyla alakalı olarak “Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in”⁶⁷³ 7. maddesine baktığımızda, çalışma süresinin yarısından çoğunun gece dönemine rastlaması halinde yapılan çalışmanın, gece çalışması sayılacağına hüküm altına alındığını görmekteyiz.

b.b. Gece Çalıştırma Yasakları

Gece çalışmalarının gündüz yapılan çalışmalara göre oldukça yorucu olması nedeniyle gece süresi ve gece çalışmalarının nasıl yapılacağı Kanun ile düzenlenmiş⁶⁷⁴ ve özellikle kadınlar ile çocukların gece çalışmalarına ilişkin birtakım sınırlamalar⁶⁷⁵ getirilmiştir.⁶⁷⁶ Gece

⁶⁷¹ Bkz. Çernobil, Bhopal, Tree Mile Island olayları.

⁶⁷² Örnek kabilinden “Çernobil Faciası, 1986 yılında Kiev’deki Çernobil Nükleer Santralinde saat 05.00 civarında bir dizi insan hatası sonucu meydana gelen tarihin en büyük teknolojik kazası olarak kabul edilmektedir. Hindistan’ın Union Carbide Bhopal Fabrikası’nda ise 1984 yılında saat 05.00’de meydana gelen kazada sabahın erken saatlerinin uyuşukluğu içinde olan usta başı olayın korkunçluğunu algılayamamış ve gerekli önlemleri almada gecikmiştir. ABD’nin Pensilvanya eyaletinde 1979 yılında Tree Mile Island Nükleer Santralinde saat 04.00 meydana gelen kaza ise iletişim kopukluğunun sebep olduğu incelemeler sonucunda ortaya çıkmıştır” (s. 140-141).

⁶⁷³ Resmî Gazete Tarihi: 07.04.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25426.

⁶⁷⁴ “Ancak Basın İş Kanunu’nda “gece” ile “gündüz” çalışmaları için farklı çalışma süreleri öngörülmemiş ve hatta Kanun’nda gece çalışmasının ne olduğu dahi açıklanmamıştır, bu nedenle doktrinde gece çalışmasıyla ilgili olan bu boşluğun İş Kanunu m. 69’un kıyasen uygulanacağı ileri sürülmüştür (EYRENCİ, Öner: “*Basın İş Hukuku’nda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışmalar*”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal Yayınevi, 2006, İstanbul, s. 75 ; ÖZYURT, s. 949). Her ne kadar Basın İş Kanunu’nda hangi çalışmaların gece çalışması sayılacağı belirlenmemişse de, Basın İş Kanunu’na tabi olan işyerleri için yapılan birçok eski toplu iş sözleşmelerinde “saat 8.00 ile 20.00 arasındaki” çalışmaların normal günlük çalışma olarak belirlendiği ve “işin niteliği gereği günlük çalışması saat 8.00’den önce başlayan veya saat 20.00’den sonra biten sendika üyesinin ücretlerinin % 30 zamlı olarak ödeneceği” hüküm altına almıştı ancak sonradan yapılan toplu iş sözleşmelerinde “sendika üyesinin çalışma saatleri 7 saattir” hükmü karşısında gece çalışmalarının 20.00 ile 8.00 saatleri arasında uygulama alanı bulunduğu ifade edilebilir” (EYRENCİ, s. 76). “Avusturya Hukuku’nda, 1900’lü yıllarda gazetecilik ve televizyon yayını işlerinin kadın işçilerin gece çalışma yasağı kapsamında olmadıkları, bu yasağın istisnası olduğu görülmüştür (SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 127). Medya sektörü gibi genelde çalışması gereken saatlerin gece saatlerine tekabül ettiği sektörlerde her ne kadar kadın çalışanlar bu işin ne denli zor, yorucu ve maddi olarak herhangi bir karşılığının olmadığını ifade etseler de bu sektörde çalışma yasağının uygulanmayacağı kanaatinde olan yazarlar mevcuttur” (KOLOĞLU, Hikmet: İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Medya Sektöründe Çalışan Kadının Durumu”, “Türk Kadınının Seçme ve Seçilme Hakkı”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 100.)

⁶⁷⁵ “Diğer eski İş Kanunu’muzun 50/1. fıkrasında yer verilen her yaştan kız ve kadın işçilerin sanayiye ait işlerde gece çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Ancak ülkemizde bunun gibi cezri tedbirlerin birdenbire tatbik edilmesinden doğabilecek birçok iktisadi ve içtimai mahzurları göz önünde bulunduran kanun vaz eden, bu tedbirin yürürlüğe girmesinden itibaren 4 sene geri bırakılması salâhiyetini de zamanın yetkili merciine (İktisat Vekaleti) bırakmıştır” (TOLGA, s. 202).

⁶⁷⁶ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 373; SARACEL, s. 3.

çalışma süreleri, daha kısa kararlaştırılabilmeleri mümkün olduğundan nispi emredici mahiyettedir.⁶⁷⁷

ILO, gece çalışmalarına ilişkin yayınladığı bir raporunda cinsiyetin gece çalışmasına karşı toleransı etkileyen bir faktör olduğuna inanılmadığını kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak ise kadın ve erkeklerin günlük ritimlerinin, iş saatlerinin sürekli değişiyor olmasına yani vardiya sistemine ve gece çalışmasıyla bağlantılı olarak uyku düzenlerinin sürekli değişmesine aynı şekilde tepki gösteriyor gibi gözüktüğünü ifade etmiştir.⁶⁷⁸

Ancak bunlar dışında aile sorumluluklarının kadınların üzerine ek olarak yüklenebileceğini ve kadın vardiya çalışması üzerinde özel bir etkiye sahip olabileceğini, bahsedilen nedenin de bu noktada dikkate alınması gerekebileceğini de eklemiştir.⁶⁷⁹ Hiç şüphesiz, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün burada ifade etmek istediği husus ev içi sorumlulukların çalışsın veya çalışmasın kadınlara ait olduğu değil, somut olayda aile sorumluluğunun kadına ait olması durumunun gece çalışmasında dikkate alınmasının gerektiğidir.⁶⁸⁰

İngiltere'de Endüstri Devrimi sırasında ortaya çıkan gece çalışmaları üzerindeki kısıtlamalar, esasen yalnızca kadınların sömürüye karşı daha zayıf ve daha savunmasız oldukları görüşüne değil, aynı zamanda onların geçerli seçimler yapma yeterliliğine de sahip olmadığı fikrine dayanıyorlardı.⁶⁸¹

Sanayileşme döneminde İş Hukuku'na müteallik ilk kanun, endüstrileşmede ileri bir ülke olmasının sonucunda İngiltere'de yürürlüğe konulan 1802 tarihli Çırakların Bedeni ve Manevi Sağlıkları Hakkında Kanun olup, ilk haliyle çocukların günlük çalışma sürelerini 12 saat olarak sınırlayarak gece çalışmaları yasaklanmış, ayrıca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemler getirildikten sonra bu hükümler kadınları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁶⁸²

Ülkemizin ilk iş kanunu olan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 50. maddesi de sanayiye ait işlerde kadınların gece çalıştırılmalarını yasaklıyordu (ancak sonra 79 sayılı Kanun ile

⁶⁷⁷ MÜLAYİM, Baki Oğuz: “Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC. Sayılı Yönergesi Kapsamında Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışma Süresine Dair Düzenlemenin Değerlendirilmesi”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, s. 135.

⁶⁷⁸ ILO FINAL REPORTS, s. 139.

⁶⁷⁹ ILO FINAL REPORTS, s. 139.

⁶⁸⁰ ILO FINAL REPORTS, s. 139.

⁶⁸¹ <https://www.economist.com/finance-and-economics/2018/05/26/labour-laws-in-104-countries-reserve-some-jobs-for-men-only>, e.t.:01.11.2019.

⁶⁸² BAYCIK, s. 40.

yürürlükten kalkacak olan Milli Korunma Kanunu m. 19 ile gelen bir hüküm dahilinde kadınların ve 12 yaşından büyük kız çocuklarının sanayi işlerinde çalıştırılmaları hakkındaki 3008 sayılı Kanun'daki mevcut sınırlayıcı hükümlerin hükümetçe görülecek lüzum ve zorunluluk üzerine uygulanmayabileceği düzenlendiğinden dönemin Bakanlar Kurulu, 07.05.1960 tarih ve 4/12856 sayılı Kararıyla mensucat sanayine ait işlerde 16 ile 18 yaş arasındaki kız işçilerle 18 yaşını doldurmuş kadınların gece döneminde çalıştırılabilecekleri hükmünü getirmişti.⁶⁸³

Ülkemizde, daha önce yürürlükte olan 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu da “sanayiye ait işlerde her yaştaki kadınların gece çalışmasını” kural olarak yasaklamış bulunmaktaydı. 1475 sayılı kanunun 69. maddesi ile “her yaştaki kadının sanayiye ait işlerde gece çalıştırılması yasaklanmış ve işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları belirli kayıtlarla” mümkün kılınmıştı.⁶⁸⁴ 1475 sayılı Kanun dönemindeki gece çalışmalarında, kadına yönelik olan sınırlamaların temelinde yatan saiklerin ise kadının aile içinde görevleri, geceleri ailesinden uzak kalarak çalışmasının oluşturabileceği fiziksel ve toplumsal sakıncalar göz önünde bulundurularak her yaştaki kadın işçilerin sanayiye ait gece çalışmalarından men edilmesinin isabetli olduğu savunulmuştur.⁶⁸⁵ Kadın işçilerin gece çalıştırılma yasakları da eski Anayasa'mızın 43. (şimdiki 50. madde) hükmüne dayandırılmaktadır.⁶⁸⁶

1475 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilk bendinde sayılan “sanayiden sayılacak işler” kapsamına giren bir işte her yaştaki kadının gece çalıştırılması yasak iken, sanayiden sayılmayan bir işte kadın işçinin gece çalıştırılmasının serbest bırakıldığı görülmekte, ancak maddenin 2. fıkrasına gelindiğinde sanayiye ait işlerde de kadın işçinin belli koşullarda çalıştırılabileceğinin mümkün olduğu da anlaşılmakta olduğundan, bu istisnai hükümlerle gece çalıştırılma yasağı, mutlak bir gece yasağı olmaktan çıkmış bulunmaktadır.⁶⁸⁷

1475 sayılı Kanun döneminde işin mahiyeti gereği kadın işçi çalıştırılması gereken sanayiye ait işlerde kadınların çalıştırılmalarına hangi şartlarda izin verileceği “27.07.1973 tarihli Kadın İşçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük'te” gösterilmişti. Bahsi geçen Tüzük'ün 2. maddesi uyarınca “18 yaşını doldurmuş kadın işçiler beceriklilik, çabukluk ve dikkat isteyen, sürekli olan ve fazla enerji ve kuvvet

⁶⁸³ SARACEL, s. 95-96.

⁶⁸⁴ SOYSAL, s. 30.

⁶⁸⁵ ALTAN, s. 148-149.

⁶⁸⁶ ALTAN, s. 146.

⁶⁸⁷ ALTAN, s. 149.

harcanmasını gerektirmeyen işlerde, gece postalarında çalıştırılabilirler” hükmüyle kadınların gece çalıştırılabilecekleri işlerin sınırı çizilmişti ve ayrıca o dönemde de gece çalıştırılacak kadın işçilerden doktor raporu talep ediliyor, ayrıca işverenin de yetkili makamdan (Bölge Çalışma Müdürlüğü)⁶⁸⁸ izin alması gerekiyordu.⁶⁸⁹ Bahsi geçen hükümdeki işlere örnek olarak, telefon santrallerinde, laboratuvarlarda ve hastane gibi yerlerde görülen teknik işler verilebilir.⁶⁹⁰

Görüldüğü üzere 1475 sayılı Kanun dönemindeki kanun koyucu, gece döneminde çalışmanın güçlüğünü dikkate alarak sanayi işlerinde kadın işçilerin gece çalıştırılmasını ilke olarak yasaklamıştı ve işin mahiyetine göre kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde 18 yaşını dolduran kadın işçilerin gece postasında çalıştırılmalarına tüzükte⁶⁹¹ belirtilen koşullarla izin verilebileceği hükme bağlanmıştı.⁶⁹²

Gece çalışmalarına ilişkin olarak, 1475 sayılı İş Kanunu’nun sanayiye ait işlerde her yaştaki kadınların gece çalıştırılmasını yasaklayan hükmün yeni mevzuatımızda kadın-erkek eşitliği ve günümüzdeki gelişmeler dikkate alınmak suretiyle kaldırılmış olup, bu yasağın kaldırılması, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ve ILO sözleşmeleriyle uyumludur.⁶⁹³ 4857 sayılı İş Kanunu m.73’ün gerekçesine bakacak olursak; 1475 sayılı Kanun’un 69. maddesinde her yaştaki kadınlar için getirilen yasağın kadın-erkek eşitliği hukuk ilkesi ve bu konuda günümüzde yaşanan gelişmelerin dikkate alınarak bu nedenle bahsi geçen yasağın kadınlar yönünden kaldırıldığı ancak çocuk ve genç işçiler için devam ettiği belirtilmiştir.⁶⁹⁴

Mülga “Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü’ne”⁶⁹⁵ bağlı cetvelin 11, 95, 96 ve 103 sıra numaralı⁶⁹⁶ kayıtlı işlerinde kadın işçilerin gece çalıştırılmaları mutlak olarak yasaktı ve gece çalıştırılan kadın işçilerin 7.5 saatten fazla çalıştırılmaları da kesin olarak yasaklanmıştı.⁶⁹⁷

⁶⁸⁸ “Gece postalarında kadın işçi çalıştırmak isteyen işverenlerin yazılı olarak işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne bildirmeleri gerekmektedir. BÇM, başvuru tarihinden itibaren en fazla 15 gün içerisinde talebin Tüzük’te belirtilen koşullara uygun olup olmadığını inceler ve uygun bulması halinde gerekli izni verir, ancak bu izin, Tüzük’teki koşullardan herhangi birinin kaybı halinde her zaman geri alınabilirdi” (ALTAN, s. 150-151; SARACEL, s. 103; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 150; SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 17-18).

⁶⁸⁹ ALTAN, s. 149-150; aynı yazar, s. 151. Ayrıca bkz. SARACEL, s. 103.

⁶⁹⁰ SARACEL, s. 95.

⁶⁹¹ “Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılması Koşulları Hakkında Tüzük” (27.07.1973 ve 7/6909 sayılı kararname ile yürürlüğe giren)

⁶⁹² SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 16.

⁶⁹³ KÖSEOĞLU, İş Hukukunda Analık, s. 101, dn. 10; SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 19; MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 104.

⁶⁹⁴ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, s. 925.

⁶⁹⁵ 29.03.1973 tarih ve 7/6174 sayılı Kararname ile yürürlüğe girmiştir.

Günümüz düzenlemesinde ise, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’in” 5. maddesi uyarınca kadın işçiler, her ne şekilde olursa olsun geceleri 7.5 saatten fazla çalıştırılmazlar.

Çalışmamızın kapsamı açısından gece çalışmaları hususundaki hükümlerin maksadı, işçinin cinsiyet yönünden iş hayatında korunmasıdır.⁶⁹⁸ İş Hukuku’nda kadınların gece çalışmalarına yönelik olarak yapılan ayrıntılı düzenlemelerin yapılma gerekçesinin Anayasa’nın 50. maddesi ve gece işlerinin gündüze oranla daha yorucu ve dikkati dağıtıcı bir etkiye sahip olması olduğunu söyleyebiliriz.⁶⁹⁹ Gece çalışması yasağı, özellikle hamile/emziren kadınların sağlıklarının korunmasına hizmet etmektedir.⁷⁰⁰ Sadece kadınları gece çalışmasından muaf tutmasına rağmen bu nedenle izin verilmektedir (uygundur).⁷⁰¹

4857 sayılı İş Kanunu’nun “gece çalıştırma yasağı” başlıklı m. 73/2 uyarınca “onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığı’nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir”. İşte bu hükme dayanılarak 2004 yılında Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik⁷⁰² çıkartılmış olup, yeni düzenlemeye kadar yürürlükte kalmıştır. Ardından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 30. maddesinde de işin özelliğine göre gece çalışmalarına ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkartılacak bir yönetmelik ile düzenleneceği ifade edilmiş ve bu şekilde 2013 yılında “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik”⁷⁰³ yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Yönetmelik’te yakın sayılacak bir tarihte bir değişikliğe gidilerek, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”⁷⁰⁴ yürürlüğe girmiştir.

Onsekiz yaşını dolduran her kadın işçinin gece postalarında çalıştırılma usul ve esasları, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında

⁶⁹⁶ “ATİT’nde 103 sıra numarasında kayıtlı olan çöpçülük işlerinin yanında (K) harfi olmadığından, kadınlar bu işte zaten gündüz de çalıştırılmıyorlardı” (SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 16).

⁶⁹⁷ SOYSAL, s. 30; SARACEL, s. 94.

⁶⁹⁸ SOYSAL, s. 30.

⁶⁹⁹ EKİN, s. 204; OĞUZ, Özgür, s. 577.

⁷⁰⁰ EuGH 25.7.1991 BeckRS 2004, 76599; 5.5.1994 NZA 1994, 609.

⁷⁰¹ EuGH 25.7.1991 BeckRS 2004, 76599; 5.5.1994 NZA 1994, 609.

⁷⁰² RG. Tarih: 09.08.2004, Sayı: 25548.

⁷⁰³ RG. Tarih: 24.07.2013, Sayı: 28717. Bu Yönetmelik, önceki düzenlemeyi yani “Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’i” ilga etmiştir.

⁷⁰⁴ RG. Tarih: 19.08.2017, Sayı: 30159.

Yönetmelik'e⁷⁰⁵ tabidir. Yürürlükte bulunan mevzuat açısından kadın işçilerin gece postalarında çalışmalarının yasaklandığı dönemler hamilelik veya emzirme dönemleridir.

KÇGPÇKH Yönetmelik m. 5⁷⁰⁶, “Kadın çalışanlar gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Ancak turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir” hükmünü amirdir. Önceki düzenlemelerde kadın çalışanın gece çalışmalarının tamamen yasaklandığı gerçeği karşısında, sosyal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda bu yasağın kaldırılarak 7.5 saatle sınırlandırıldığı, bir süre sonra bu sınırlamanın dahi bazı sektörlere fazla geldiği çıkarımı yapılmakta ve 7.5 saatlik sınırlamaya dahi istisna getirildiği ve yasağın gevşetildiği görülmektedir. Bu durum, kanun koyucunun güncel ihtiyaçları takip ederek teknolojik gelişmeleri dikkate aldığını, bu gelişmeler karşısında yasakların giderek önemini yitirdiğini göstermektedir.

Gece çalışmasına yönelik yasaklamalara ilişkin yönetmelikler çıkartılmış olmasına rağmen bugüne kadar zamlı ücret (toplu iş sözleşmeleri hariç) ödeneceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.⁷⁰⁷

Konuyla alakalı bir diğer düzenleme olan “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik”, 16.08.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan aynı adlı yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁰⁸ Burada da emziren işçiye doğumu izleyen 6 ay boyunca gece çalıştırılmasının yasak olduğunu, ayrıca kadın işçilerin gebe olduklarının hekim raporuyla sabit bulunmasından itibaren doğuma kadar geçen sürede de gece çalışmaya zorlanamayacakları hükmü yer almaktaydı.

Yeni düzenlemede “Gece çalışması” başlıklı 8. maddeye göre “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.”⁷⁰⁹ Yönetmelik’in 2. fıkrası

⁷⁰⁵ RG. Tarih: 24.07.2013, Sayı: 28717.

⁷⁰⁶ Değişiklik: RG. Tarih:19.08.2017, Sayı:30159.

⁷⁰⁷ HAFIZOĞLU, s. 147.

⁷⁰⁸ 4857 Sayılı İş Kanunu m. 88

⁷⁰⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.18728&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Gebe%20veya%20Emziren%20Kad%C4%B1nlar%C4%B1n>

ile “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” m. 9/2 maddesi (“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”) denildiğinden bu iki hüküm bir arada değerlendirildiğinde işyeri hekimi raporunun 6 aylık uzatma için yeterli olduğu ve daha uzun süre için sağlık raporu alınması gerektirdiği sonucuna varılabilecektir.⁷¹⁰

GEKÇŞ. Yön. m. 9/2 uyarınca “yeni doğum yapmış işçinin doğumu izleyen 8 haftalık süre sonunda, emziren işçinin ise, 6 aylık süreden sonra gece çalışması yapmasının güvenlik ve sağlık açısından sakıncalı olduğunun hekim raporu ile belirlendiği⁷¹¹ dönem boyunca gece çalıştırılması yasaktır”. “Kadın işçiler, gebe olduklarının hekim raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar” (GEKÇŞ. Yön. m. 9/3). Her iki yönetmelikte de yapılan düzenlemeler birbirini tamamlar nitelikte olduklarından, bu düzenlemeler birbiriyle uyumludur.

MÜLAYİM, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’in”, “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik’in” birbiriyle uyumsuz düzenlemeler olduğunu ifade etmektedir.⁷¹² Şöyle ki; KÇGPÇKHYY’in 9. maddesi kadın çalışanların gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar gece postalarında çalıştırılması yasak edilmişken, “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik’in” 8. maddesinde kadın çalışanların gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacağı ifade edilmiş ve bu nedenle madde metninin KÇGPÇKHYY 9. maddenin yeniden kaleme alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu, tek çelişki değildir. KÇGPÇKHYY’in 9. maddesinin 2. fıkrasında da görevli işyeri hekiminden alınan rapor ile doğumdan sonraki bir yıllık gece çalışma yasağının 6 ay daha uzatılması öngörülmüşken, GEKÇŞEOÇBYD Yönetmeliği’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında kadın çalışanların doğumdan sonraki 1 yıllık gece çalışma yasağının sağlık raporuyla belirlenmesi durumunda süre öngörülmezsizin gece

⁷¹⁰ ERDOĞAN, s. 468.

⁷¹¹ “Türk toplumunun sağlığı ve iş güvenliği için gebe ve emziren kadınların çalıştırılması yasak olan işlerin spesifik olarak gruplandırılması ve bunların hangileri olabileceğine ilişkin haklı ve isabetli görüş için” bkz. SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 23.

⁷¹² MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 123.

çalıştırılmayacağı düzenleme altına alınmış olup⁷¹³, yine ilk düzenlemede işyeri hekiminden rapor alınması yeterliyken, 2. düzenlemede sağlık raporunun gerekli olduğu görülmektedir.⁷¹⁴

KÇGPÇKHK Yönetmeliği m. 6'ya göre işverenin gece postalarında çalıştıracağı kadın işçiler için araç tahsis etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre: “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 işverenleri⁷¹⁵, gece postalarında çalıştıracakları kadın çalışanları, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden, işyerine götürüp getirmekle yükümlüdür.” Yönetmeliğin 6. maddesi, kadın işçilerin gece vasıta bulmakta karşılaşılabilecekleri olumsuzlukları önlemeyi amaçlamaktadır.⁷¹⁶ Yönetmeliğin bu hükmü, erkek işçiler bakımından böyle bir imkân sağlanmadığı, bu hususun kadın-erkek eşitliğine aykırılık teşkil edeceği ve işveren tarafından özellikle erkek işçilerin gece postalarında çalıştırma bakımından tercih edileceği şeklindeki gerekçelerle haklı olarak eleştirilmektedir.⁷¹⁷ Esasen söze konu düzenlemenin ülkemizin sosyo-kültürel vaziyetiyle uyumlu olduğu söylenebilirse de, toplu taşımayla ulaşımın güç olarak sağlanması aynı zamanda erkek işçiler için de geçerli olduğundan bu hakkın bütün işçileri kapsayıcı biçimde genişletilmesi daha uygun olacaktır.⁷¹⁸ Kadın işçilerin gece çalışma süresinde 24.07.2013-28717 tarih ve sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren KÇGPÇKHK Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak çalıştırılması yerinde olacak, aksi takdirde idari para cezası ile Yargıtay’ın yerleşik kararlarıyla da desteklendiği üzere 7,5 saati aşan her çalışma için fazla çalışma ücreti ödenmesiyle karşı karşıya kalınacaktır.⁷¹⁹

⁷¹³ “Bu sürenin sınırını KÇGPÇKHY’in 9/2. maddesinde öngörülen 6 aylık süre olarak anlamamak gerekir” (MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 123).

⁷¹⁴ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 123.

⁷¹⁵ “Söz konusu hüküm, İş K. m. 66’daki iş süresinden sayılan haller kavramına dahil olan “işin mahiyeti” itibarıyla ortaya çıkan araç tahsis etme gereği uyarınca işçilerin topluca getirilip götürülmeleri durumundaki getirilip götürülmeyle alakalı değildir, m. 66’da kanun koyucu işverene bir yükümlülük yüklemeyken, diğerinde gece çalışacak olan kadınların götürülüp getirilmelerinde tamamen onların korunması amacı esas alınmıştır” (SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 18).

⁷¹⁶ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz / KAYA, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, C. 8 , S.29, İstanbul, s. 4.

⁷¹⁷ OĞUZ, Özgür, s. 578.

⁷¹⁸ ERDOĞAN, s. 478; EKİN, s. 205-206.1475 sayılı Kanun döneminde de bu hüküm, dönemin mevzuatında (KSİGÇ Tüzüğü m. 4) yerini alıyordu. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 18.

⁷¹⁹ GÜNER, Erol: “Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmasında Dikkat Edilecek Hususlar”, Mali Çözüm dergisi, S. 135, 2016, erişim adresi: http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/135malicozum/024_Erol_G%C3%9CNER_.pdf, erişim tarihi: 04.04.2019, s. 293.

Yönetmelik'in 8. hükmü uyarınca işveren tarafından kadın çalışanların eşlerinin de gece postasında çalıştırılıyor olması göz önünde bulundurulacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken, maddede “düzenlenir” ifadesinden çıkartılan mana, kadın işçinin eşiyle aynı gece postasında çalışmak istememesi halinde bunun işverence yerine getirilmesinin zorunlu olması⁷²⁰, ancak aynı gece postasında çalışmayı istemesi durumunda işyerinin ve işin elverdiği ölçüde bu isteğin yerine getirilebilmesidir. Yine önemli bir nokta, kadın işçinin eşiyle aynı gece postasında çalışmak istememesi halinde eşinin aynı işyerinde çalışma zorunluluğunun aranmamasıdır. Bütün bunlar, ailevi sorumlulukların eşler arasındaki paylaşımını destekleyerek kadınların çalışma hayatına devam etmesini sağlamaya yardımcı olacak hükümlerdir.⁷²¹ Burada talep hakkı, kocaya değil, kadın işçiye verilmiştir.⁷²² Çalışma koşulları açısından karı ve kocanın⁷²³ aynı postada çalışması mümkün değilse işveren bu talebi yerine getirmek zorunda değildir.⁷²⁴

Yönetmelik hükmü uyarınca “kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılabilmeleri için işe başlamadan önce, gece postalarında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına ilişkin sağlık raporu işyerinde görevli işyeri hekiminden alınır ve ayrıca işveren, işin devamı süresince, çalışanın özel durumunu, işyerinde maruz kalınan sağlık ve güvenlik risklerini de dikkate alarak işyeri hekimince belirlenen düzenli aralıklarla çalışanların sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlar”.^{725 726}

⁷²⁰ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 126.

⁷²¹ YILDIZ, s. 287.

⁷²² MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 126.

⁷²³ Şüphesiz ki, bu noktada karı ve koca ile kast edilen, Türk Medeni Kanun'un aradığı resmi şartları taşıyan evlilik birliği içerisinde yer alan karı ve kocadır. Dolayısıyla işçilerin imam nikahlı olmaları, bu hüküm bakımından da hiçbir değer taşımaz.

⁷²⁴ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 126.

⁷²⁵ KÇGPÇKHY m. 7.

⁷²⁶ Gebe ve Emziren Kadın Yönetmeliği'nin Ek. 1 kısmında: “gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan faktörlere yönelik alınacak önlemler” öngörülmüştür. Alınacak genel önlemler, “fiziksel ve zihinsel yorgunluğa, duruş problemlerine, yüksekte çalışmalara, çalışma saatleri ve çalışma hızına, gebe ve yeni doğum yapmış çalışanın yalnız çalıştırılmamasına, iş stresine, dinlenmesine” ilişkindir. Ayrıca alınacak önlemler, çalışanların yaptıkları iş ile ilgili hareketleri, duruşları, zihinsel ve bedensel yorgunluğu da kapsar niteliktedir (EK I Genel önlemler a, b, c, e, d, e, f, g). Ayrıca alınması gereken özel önlemler olarak, gebe veya yeni doğum yapmış ve emziren çalışanların çalıştırılmaları yasak yerler ve işlerde belirtilmiştir. Bu yasak, iş ve makine ve işyerlerine ilişkin olarak belirlenmiş olup, bu özel önlemlerin belirlenmesinde fiziki etkiler ve çalışma koşulları dikkate alınmıştır. Getirilen düzenlemeye göre, “gebe çalışanın, ani darbelere, sarsıntıya, uzun süreli titreşime maruz kalacağı işlerde ve iş makinalarında, limitleri aşan gürültülü ortamda, kişisel koruyucu donanım kullanarak dahi çalıştırılmaları” yasaktır. Kişisel koruyuculara ilişkin olarak ayrıca, gebe veya emziren çalışanların iyonize radyasyon kaynaklarının bulunduğu ve radyasyonla kirlenmiş olan yerlerde ve işlerde çalışması da yasaklanmıştır. EK 1'de madde 6 da getirilen düzenlemeye göre, kişisel koruyucu ve donanımlar gebe ve emzireni koruyacak şekilde vücuduna uygun olmalı, hareketlerini engellememelidir. Aksi takdirde çalışan bu işlerde çalıştırılmaz (Ek I özel önlemler, Fiziksel etkenler, 1, 2, 3, 4, 5). Gebe, yeni doğum yapmış ve emzirenin “Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkındaki

Gece çalışmalarında 69. madde, kadınlar için 7.5 saatten fazla gece çalışmaları yapılamayacağı hükmünü amir bulunduğundan, buna rağmen 7.5 saati aşan çalışmalar, fazla mesai hükümlerine tabi olacak ve hesaplama da fazla mesai ücreti üzerinden yapılacaktır.⁷²⁷

Yargıtay'ın bir kararında⁷²⁸, acil serviste hemşire olarak 08.00-20.00 ila 20.00-08.00 saatleri arasında iki vardiya şeklinde dönüşümlü olarak çalışan kadın işçi yasak olmasına rağmen gece çalıştırılmıştır. Yargıtay, işçi bu çalışma şeklini bilerek işe girmiş olsa dahi yasa ve yönetmeliğin çalışma koşullarını belirleyen ilgili hükümleri uyarınca iş sözleşmesiyle işyeri uygulamalarının bağlayıcılığından söz edilemeyeceği kararına varmıştır.

Bu düzenlemeler, genel itibarıyla 92/85 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne uyum sağlamaktadır.⁷²⁹ 92/85 sayılı Direktif'in 7. hükmü, gece çalıştırılmasına ilişkindir. Buna göre “üye devletler, direktif kapsamındaki işçilerin hamilelikleri boyunca ve emzikli ve lohusa kadının belirli bir süre için gece çalışmaya zorlanamayacakları” yükümlülüğü hükme bağlanmıştır.⁷³⁰

Mutlak bir gece çalıştırma yasağı, AB müktesebatıyla bağdaşmamaktadır. AB Komisyonu, hamile, loğusa veya emzikli çalışanlar için peşinen mutlak bir gece çalışması yasağının getirilmesine karşıdır, önemli olan bu durumdaki bir çalışanın gece çalışması yapmaya zorlanamamasıdır.⁷³¹

Yönetmelik'te” (RG. Tarih: 15.6.2013, Sayı: 28678) tanımlanan grup 2, grup 3 ve grup 4 biyolojik etkenlerin risk teşkil ettiği yerlerde ve işlerde çalıştırılmaları yasaktır. Ancak bağışıklığı varsa durum değerlendirmesi yapılarak çalışmasına izin verilebilir. Kanserojen, mutajen, çok toksik, toksik, zararlı, alerjik üreme ve emzirenler çocuğa zararlı olabilen kimyasalların üretildiği işlerde, kullanıldığı işlerde gebe, yeni doğum yapmış emziren çalışanların çalıştırılması esas olarak yasaktır. Bu yasağa istisna getirilerek, çalışanın çalıştırılmasında zorunluluk varsa ve teknik olarak bu maddeler daha az zararlı olanlarla değiştirilemiyorsa, “gebe çalışan, mutajen ve üreme için toksik maddelerle, emziren ve yeni doğum yapmış çalışan, emzirilen çocuğa zararlı olabilen kimyasalların dışındaki maddelerle, ancak her türlü önlem alınarak ve sağlık durumları ile maruziyet düzeyleri sürekli kontrol altında tutularak çalıştırılabileceği öngörülmüştür. Kanun koyucunun belirtilen işlerde “esas olarak” tabirini kullanarak, bu derece tehlikeli işlerde bir tam yasaklama getirmemesi düşündürücüdür, zira çalışanın çalışması zorunlu ise her türlü önlem alınarak, sağlık durumları kontrol altında tutularak çalıştırılması gebe ve emziren kadını riske atabilir (SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1155). Doktrinde “bu tür işlerde risk değerlendirmesi yapılarak iş değişikliğinin sağlanmasının yerinde olacağı, nitekim EK 1'de listede gebe veya emziren çalışanların kendilerinin ve bebeklerinin sağlığını olumsuz etkileyecek şekilde yüklenme ve araçsız taşıma işlerinde çalışmalarının yasak olduğu, bu tür işlerde risk değerlendirmesi yapılarak, gerekirse iş değişikliği sağlanacağı öngörülmüş olmakla birlikte burada da yüklenecek eşyanın ağırlığına açıklık getirilmesinin (örneğin kaç kg olması) yerinde olacağı” ifade edilmiştir. (SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1155).

⁷²⁷ DURSUN, Şentürk: “İş Hukuku Davalarına İlişkin Bilirkişi Raporları-Örnek Dilekçeler ve Mevzuat Ekiyle”, Seçkin Yayınevi, ikinci bası, 2019, Ankara, s. 424.

⁷²⁸ Y9HD., 27.06.2006, E. 2006/11382, K. 2006/18958 (ÖZYURT, s. 932).

⁷²⁹ YILDIZ, s. 287.

⁷³⁰ SOYSAL, s. 21.

⁷³¹ SÜRAL, *Kadın İstihdamı*, s. 289; SÜRAL, *Torba Kanun*, s. 9-10.

Sonradan Çatı Direktif kapsamına alınarak yürürlükten kaldırılan, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan “23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile değişik İşe Başvuruda, Mesleki Eğitim ve İşte Yükselmeye ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkek İçin Eşit Muamele İlkesinin Yürürlüğe Konulmasına Dair Direktif (76/207/EEC)” çerçevesinde verilmiş olan Adalet Divanı kararları uyarınca, gece çalışmasının kadınlara yasaklanması dolaylı ayrımcılığı oluşturur.⁷³²

2003/88/EC sayılı Yönerge, 93/104/EC sayılı Yönerge’yi revize etmiş ve onun yerini almıştır.⁷³³ Çalışma organizasyonunun sağlanması için gerekli asgari sağlık ve güvenlik tedbirlerini düzenleyen bu Yönerge’de gece çalışmaları ayrıntılı bir biçimde ele alınarak gece işçilerinin sağlıklarının korunması için gerekli bir dizi önleme yer verilmiş, aynı zamanda postalar halinde çalışma, fazla çalışma vb. hususlar düzenlenmiştir.⁷³⁴

KKHAÖS⁷³⁵ m. 4 uyarınca “kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için taraf devletlerce alınacak geçici ve özel önlemler, Sözleşme’de belirtilen türden bir ayırım olarak düşünülmeyecek ve anneliğin korunması amacıyla Sözleşme’de belirtilenler dahil, taraf devletlerce alınacak özel önlemler, ayrımcı olarak nitelendirilmeyecektir”.⁷³⁶ “Ulusal yasalar, hamilelik döneminde ya da doğum sonrasında emzirirken, kadın çalışanların bu tür işlerde istihdam edilmesini yasaklamalıdır; tıpkı gece çalışması ya da kendi veya çocuklarının sağlığı için tehlikeli olan işler gibi”.⁷³⁷

ONARAN YÜKSEL, tıbbi gerekçeler dışındaki geleneksel rol dağılımına istinaden getirilen gece çalışma yasaklarıyla alakalı düzenlemeleri eleştirmekle ve salt bu nedenle bir yasak konulması fikrini reddetmekle birlikte, bu nedenle yapılacak sınırlamaları çalışma özgürlüğünün kısıtlanması ve eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirerek, toplumun geleneksel kadın tiplmesi ve görevlerine ilişkin genel zihniyetini pekiştirir nitelikte olduğu vurgusunu yapmakta ancak tıbbi araştırmalara dayanan gerekçeleri haklı bulmaktadır. Şöyle ki; gece çalışmasının gece çalışanların vücut sağlığına hem psikolojik hem de fizyolojik olarak zarar verdiğinin tıbben ispatlanmış olduğunu ve tıbbi araştırmaların kadınların gece çalışmasından erkeklere nazaran daha olumsuz etki yaptığını gösterdiğini vurgulamıştır.⁷³⁸ Bu

⁷³² SÜRAL, Torba Kanun, s. 9.

⁷³³ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 144.

⁷³⁴ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 144-145.

⁷³⁵ Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi.

⁷³⁶ Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi.

⁷³⁷ EKİN, s. 198.

⁷³⁸ Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi, konuyla alakalı sadece kadın işçilere yönelik gece çalışma yasağı getirilmesinin ayrımcı nitelikte olduğunu ve Anayasa’nın kadın-erkek eşitliği hükmüne aykırılık teşkil ettiği

nedenle kadın sağlığı açısından tehlikeli olan gece çalışması, bazı fazla enerji ve kuvvet harcanması gereken ağır ve tehlikeli işlerin görülmesi halinde kadının sağlığı ve güvenliği bakımından daha da ciddi tehlikelerin doğmasına sebep olabileceğinden, kanun koyucunun çalışma hayatına ilişkin bu nev'i sınırlamalara gitmesinin haklı gerekçelere dayandığını kabul etmektedir.⁷³⁹

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre gece döneminde fazla çalışma yapılmasına imkan verilmeyen sürelerle çalışıldığının işçinin işe girerken bilmesi durumunda bile bu durumun işçiyi bağlamayacağı ve buna dayanarak haklı nedenle fesih yoluna gidebileceği ifade edilmiştir.⁷⁴⁰

c.c. İstisnalar

23.04.2015 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan "6645 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişlik Yapılmasına Dair Kanun'un"⁷⁴¹ 37. maddesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu'muzun 69/3. maddesine "Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir"⁷⁴² hükmüyle istisna getirilmiştir.⁷⁴³

Görüldüğü üzere kadın çalışanların gece postalarında yazılı onayının alınması şartıyla, kural olarak 7.5 saatten fazla çalıştırılmaları yasaktır. Ancak "turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde alt işveren tarafından yürütülen işlerde -kadın çalışanın yazılı onayının alınması kaydıyla- kadın çalışana 7.5 saatin üzerinde gece çalışmasının yaptırılabilceği" hüküm altına alınmıştır.⁷⁴⁴ Böylece, kafalarda

kanaatine varmıştır.Buna gerekçe olarak ise: "İşçi sağlığı konusunda yapılan araştırmalarda gece çalışmasının her iki cinsin de sağlığını tehlikeye düşürdüğünü; iştahsızlık, sindirim sistemi bozukluğu, uykusuzluk, sinirlilik,verim düşüklüğü gibi semptomlar geliştirdiğinin ve farklı cinslere aynı lde zarar verdiğinin saptandığını" göstermiştir. Buna karşın, kadının gece çalışması halinde ev ve işteki ifte yükünün kendisine bedensel olarak ek bir yükü getireceği, zira gece daha fazla efor sarf ederek çalışan kadının eve döndüğünde kendisini bekleyen sorumluluklar neticesinde yeteri kadar dinlenemeyerek bedensel olarak daha da yükü altına gireceği şeklindeki gerekçelerin gece alıştırma yasağını meşrulaştırmayacağı hususuna kararında yer vermiştir (ONARAN YÜKSEL, s. 303).

⁷³⁹ ONARAN YÜKSEL, s. 302 - 305.

⁷⁴⁰ GÜVEN /AYDIN, s. 331.

⁷⁴¹ R.G. Tarih: 23.04.2015, Sayı : 29335

⁷⁴² İlgili maddenin gerekçesinde yer alan "sektörün ihtiyaçları doğrultusunda" ifadesi de bu hangi saikle bu değişikliğin getirildiğini açıklamaktadır. "Bu değişikliğin Meclis komisyonlarında görüşüldüğü sırada turizm, özel güvenlik ve sağlık sektörlerinde 7,5 saati aşan gece çalışmaları yapıldığı vurgulanmış, çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müfettişlerince çok sayıda işyerine bu nedenle idari para cezası kesildiği" ifade edilmişti.

⁷⁴³ www.mevzuat.gov.tr

⁷⁴⁴ https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170819-2.htm.

soru işaretine mahal bırakmadan, alt işverenlik ilişkisi içerisindeki kadın çalışan için de bu hükmün uygulanacağı özellikle ifade edilmiştir.

Madde metninde bahsi geçen işçinin yazılı onayı, bir ispat şartı değil, bir geçerlilik şartı olmakla birlikte bu onay, işçiden ne şekilde alınmış olursa olsun (örn. 2 yıl, 3 yıl, hatta 5 yıl için) bu yazılı onayın 1 yıl için geçerli olacağı ifade edilmelidir.⁷⁴⁵ Yazılı onayla çalışma süresinin uzatılması öngörüldüğü için işçilerin 7.5 saatin üzerinde çalışması durumunda onay verilen süre aşılmadığı müddetçe fazla çalışma ücretine hak kazanılamaz.⁷⁴⁶ Yazılı onay vermeyen işçilerin bahsettiğimiz sektörlerde gece döneminde 7.5 saatin üzerinde çalıştırılması durumunda ise fazla çalışma ücretine hak kazanacağı ortadadır.⁷⁴⁷ Doktrinde, işçinin yazılı onayının açıkça gece 7.5 saatten fazla çalışma yapmaya ilişkin olduğunun belirtilmesi gerektiği, aksi takdirde genel olarak fazla çalışma yapmaya ilişkin onayların bu kapsamda sayılmaması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁴⁸ Bu onayın verilmemesi, feshe haklı/geçerli neden teşkil etmez.⁷⁴⁹

Her ne kadar maddeye tek cümle eklenmiş olsa da bu yeni hüküm, özellikle turizm hizmetleriyle alakalı işlerin sınırlarının belirsizliği sebebiyle birtakım uygulama sorunlarına yol açabilecek mahiyettedir.⁷⁵⁰ Madde kapsamına sayma yoluyla tespit edilen işlerle bağlantılı işlerin de alınması gerektiği ifade edilmesi beraberinde genel bir kuralın bir istisnası olduğu için dar yorumlanması da gerekmektedir.⁷⁵¹

Gece 7.5 saat çalışma yasağının istisnasını oluşturan turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerden ne anlaşılması gerektiği hususuna “Postalar Halinde Yürütülen İşlere İlişkin Yönetmelik”in 7. maddesi açıklık getirmiş, burada kural olarak “işler” sayılmamış, bunun yerine “işyerleri” kavramı esas alınarak söz konusu hükmün bu işyerlerinde çalışan tüm işçiler ile bu işyerlerindeki alt işverenlerin çalıştırdığı işçilerin kapsamı belirtilmiştir.⁷⁵²

Getirilen bu düzenlemeyle işveren, çalışmamızın “yaptırımlar” kısmında inceleyeceğimiz İş Kanunu m. 104 uyarınca öngörülen idari para cezasını ödemekten

⁷⁴⁵ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 142.

⁷⁴⁶ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 142.

⁷⁴⁷ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 142. Kaldı ki bu durumda idari para cezası da gündeme gelecektir (ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 710).

⁷⁴⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 710.

⁷⁴⁹ Y9HD., 19.09.2000, E. 2000/12795, K. 2000/11947; Y9HD., 10.03.1994, E. 1993/16161, K. 1994/3918.

⁷⁵⁰ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 137 ; HAFIZOĞLU, s. 144.

⁷⁵¹ HAFIZOĞLU, s. 144-145.

⁷⁵² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 709.

kurtulacaktır. İşçinin yazılı onayının fazla çalışma ücretinden feragat anlamına gelemeyeceği, bu ödemenin yine yapılacağı belirtilmektedir.⁷⁵³

Bir işin “turizm, özel güvenlik, sağlık hizmeti yürüten işlerden” olması, tek başına bu istisna kapsamına girdiği anlamına gelmemekle birlikte aksi yönde düzenleme bulunmadıkça iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüm mevzuat geçerli olacaktır.⁷⁵⁴

Gece çalışmalarında turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması haricinde, 7.5 saatten fazla çalışma yaptırılmayacağı kuralına “79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun” ile istisna getirilmiş olsa da kadın işçilere 79 sayılı Kanun hükümleri uyarınca dahi gece çalışmalarında hiçbir şekilde fazla çalışma yaptırılmaz.⁷⁵⁵ İş Kanunu’nun 43. maddesinde⁷⁵⁶ düzenlenen olağanüstü hallerde fazla çalışma ve zorunlu nedenlerle fazla çalışma şartların gerçekleşmesi halinde dahi KÇGPÇKH Yönetmelik m. 5 uyarınca kadınlara gece döneminde fazla çalışma yaptırılmaz.⁷⁵⁷ KÇGPÇKH Yönetmelik’in 5. maddesindeki “her ne şekilde olursa olsun” ibaresi, kadınların durumunu tamamen farklılaştırarak ve yoruma kapatarak –maddede öngörülen istisnalar hariç- başka istisnaların önüne geçmiştir.⁷⁵⁸

b. Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarında Çalıştırılmasına Getirilen Yasaklar

a.a. Hamilelik Durumunda

İş süreleri bakımından işçi ne kadar korunma mecburiyeti içerisindeyse, kadın işçi olduğu için o kadar daha çok korunma zorunluluğu bulunduğunu savunan yazarlar mevcuttur.⁷⁵⁹ Eşitlik ilkesi, yalnızca cinsiyet nedeniyle yapılan bariz ayrımları değil, aynı zamanda cinsel kökenli yapılan ayrımlar için de geçerli olup, bunun istisnası kadının analık

⁷⁵³ HAFIZOĞLU, s. 145.

⁷⁵⁴ MÜLAYİM, 2003/88/EC Sayılı Yönerge, s. 135, dn. 7., s. 141.

⁷⁵⁵ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 107; Ayrıca bkz. MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 128.

⁷⁵⁶ “Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanı günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir. Bu suretle fazla çalıştırılan işçiler için verilecek ücret hakkında 41. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır”.

⁷⁵⁷ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 108.

⁷⁵⁸ HAFIZOĞLU, s. 149.

⁷⁵⁹ ALTAN, s. 144.

halidir.⁷⁶⁰ Anelik ve doğum, fizyolojik olduğu kadar aynı zamanda sosyo-ekonomik bir risktir.⁷⁶¹ Gerek uluslararası düzenlemelerde, gerekse diğer ülkelerin İş Hukuku mevzuatlarında genel olarak kadın işçilerin özel olarak gebelik ve analık durumlarında hem kendisinin hem de doğacak neslinin hayat ve sağlığını tehdit edecek ve tehlikeye sokacak ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının yasaklandığı kuralı getirilmiş, hatta bu işler sayılmış, daha sonra bu kuralın istisnalarını oluşturarak işlerin, hangi şartlar altında hangi işler olduğu hususları düzenlenmiştir.⁷⁶² ILO'nun kabul ettiği ilk sözleşmelerden birinin “Analığın Korunması Hakkında Sözleşme” olması, konunun önemini yeteri kadar ortaya koymaktadır.⁷⁶³

Çalışma hayatında kadın işçilerin hamilelik ve analık döneminde içinde buldukları şartlar dikkate alındığında, diğer kadın işçilere nazaran daha zor ve özel olarak korunmayı gerektiren bir durumda oldukları görülecektir. Kadın işçiler, hamilelik ve analık durumunda iş görme edimini kusurları olmadan yerine getiremezler.⁷⁶⁴ Böylece iş sözleşmeleri askıda kalır. Uluslararası ve ulusal mevzuatlarda bu husus göz önünde bulundurularak, kadın çalışanların hamilelik ve analık dönemlerinde korunmalarına yönelik özel koruyucu düzenlemeler getirilmiştir.⁷⁶⁵ Hamilelik dönemi kadın işçinin hamilelik durumunun tespitinden itibaren çocuğun doğum anına kadar geçen süredir. Analık dönemi de çocuğun doğumundan başlayarak kadının loğusalık ve emzirme dönemleriyle birlikte çocuğun büyütülmesi⁷⁶⁶ ve bakımı için geçen sürelerdir.⁷⁶⁷

⁷⁶⁰ ALTAN, s. 143.

⁷⁶¹ ARICI, Annelerin Korunması, s. 271-272.

⁷⁶² SENYEN KAPLAN, Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, s. 11.

⁷⁶³ GÜVEN /AYDIN, s. 375.

⁷⁶⁴ UŞAN, *Working Conditions of Women Workers*, s. 31 ;KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “*Türk İş Hukuku'nda Analık*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 2, S. 4, 2016, s.103 vd. ; SENYEN KAPLAN, Ücret ve İzin Hakkı, s. 709.

⁷⁶⁵ Bu konudaki ilginç bir düzenleme ise Basın İş Kanunu'nun 16. maddesine göre Basın İş Kanununa tabi bulunan kadın gazetecilerin hamileliği durumunda gebeliğin 7. ayından itibaren doğumun 2. ayına kadar izinli sayılabilmesi ve bu süre içerisinde işverenin kadın gazeteciye ücretinin yarısını ödemesi ve gazetecinin sigortadan ya da bağlı bulunduğu kurumdan alacağı yardımların bu ödemeye herhangi bir etkisinin olmamasıdır. Ayrıca doğumun ardından veya doğum esnasında çocuğun ölmesi halinde bu tarihten itibaren 1 ay müddetle de bu ücret ödenecektir. (ULUCAN, Devrim: “*Basın İş Kanunu'nda Ücret ve Hükümleri*”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal Yayınevi, 2006, İstanbul s. 40; SENYEN KAPLAN, Fesih Hakkının Sınırlandırılması, 2016, s. 330).

⁷⁶⁶ Çocuğun büyütülmesi konusunda, örneğin 150'den çok kadın işçinin bulunduğu işyerlerinde, kreş açılması zorunluluğu gibi hükümleri eleştiren görüşler vardır. Zira bakım yükümlülüğü yalnızca kadınlara değil, erkeklerle de aittir. Bu nedenle düzenlemede erkek işçi sayısı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu haliyle eşitlik ilkesine uygun değildir (BİLGİN, Birgül: “*Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler*”, TBB Dergisi, C. 25, S. 99, 2012, s. 313).

⁷⁶⁷ AYDIN, Ufuk / DEMİRKAYA, Seher: “*Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 3, S. 6, 2017, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/404416> , erişim tarihi: 15.04.2019, s. 78-79 ; KÖSEOĞLU, s. 103.

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili ilk ve en önemli düzenlemelerden Borçlar Kanunu (1926) işverenlerin iş kazaları ve meslek hastalıklarındaki hukuki sorumlulukları düzenlerken, “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu” iş güvenliği mevzuatının çekirdeğini oluşturan düzenlemeleri getirmiştir. 24.04.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, ülkemizde çalışma hayatında kadınları koruyucu nitelikte hükümler getiren ilk kanun olması bakımından önemlidir.⁷⁶⁸ Kanun ile hamile kadınların korunmasına yönelik doktor raporu ile doğumdan önce ve doğumdan sonra üçer hafta süresince fabrika, imalathane, genel ve özel kurumlarda çalıştırılmasının yasaklanması öngörülmüştür. Ancak bu süre oldukça azdır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün sözleşme ve öneri belgelerinde öngörülen bu süre altışar haftadır.⁷⁶⁹

Gebelik ve analık, AB Hukuku’nda farklı muamele edilmesi gereken durumlar olarak kabul edilmiştir.⁷⁷⁰ Kadın işçinin hamilelik ve analık sebebiyle korunmasına ilişkin hükümlerin iki temel amacı vardır. Öncelikle hamile kalan veya doğum yapan kadın işçi, fiziksel veya biyolojik bakımdan bazı değişimlere maruz kalır ve bu değişimler, onun sağlığını etkiler, verimli bir şekilde eski performansında çalışmasını engeller, bu dönemde çalışan kadın ister istemez zorlanacağı gibi, hamileliğin son dönemlerinde çalışılması bebek için de sakıncalar doğurabilir.⁷⁷¹ Kadının bu dönemlerinde belli bir süre çalışması yasak olduğundan, ayrıca hamileliği süresince verimi düşebileceğinden⁷⁷² işverenler, fesih yoluna gitmek gibi kadın işçiyi mağdur edecek birtakım davranışlarda bulunabilirler. Hamilelik ve analık durumlarında kadın işçinin korunması, bu yönüyle de, kadın işçinin iş güvencesini temin etme fonksiyonunu haizdir.⁷⁷³

92/85 sayılı Direktif’in 10/2. maddesi ile de belirtilen süre içinde işçi işinden atılmış ise işverenin işten atılma gerekçelerini delil olarak yazılı sunmak zorunda olduğu hükme

⁷⁶⁸ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 35.

⁷⁶⁹ DEMİR, Müslim: “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu Üzerine Bir İnceleme”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2019, s. 2024-2025.

⁷⁷⁰ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 17.

⁷⁷¹ ONARAN YÜKSEL, s. 299.

⁷⁷² AAD’nin erken dönem kararlarında, cinsiyete veya kadınların karşılaştığı özel engellere duyarlılık saptamak olanaklı değildir. Bu iki davada da AAD, işverenin niyeti işçileri kısmi zamanlı çalışmaktan vazgeçirmek ise, kısmi ve tam zamanlı çalışanlara farklı muamele hakkı kılınabileceğini dile getirmiştir. Ayrıca AAD, Bilka kararında AB Hukuku’nun “aile yükümlülükleri olan kişilerin yaşadıkları zorlukları dikkate almayı” gerektirmediğine karar vermiştir. Ancak AAD, ABD Hukuku’ndan aldığı farklılık körü (nötrü) tutumunu, izleyen davalarda değiştirmiş ve zamanla cinsiyete duyarlı bir yaklaşım geliştirmiştir. AAD’nin cinsiyete duyarlılığı yalnızca davalarının sonucunun değil, AAD’nin anlayışının değişmesine de yol açmıştır. AAD, 1980 ortalarında Bilka kararında işverenleri “aile yükümlülükleri olan kişilerin yaşadıkları zorlukları dikkate almaya” zorlamazken, 1990 sonlarında “Topluluk politikasının (cinsiyet ayrımcılığı yasağı alanında) çalışma koşullarının aile yükümlülüklerine uyarlanmasını teşvik ve mümkünse değiştirmek olduğunu” dile getirmiştir. (BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.46).

⁷⁷³ ONARAN YÜKSEL, s. 299.

bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu tür işçilere iş güvencesi verilmesi bakımından Direktif ve ulusal mevzuatımız arasında bir uyum sağlanmış olduğu söylenebilmektedir.⁷⁷⁴ Avrupa Sosyal Şartı, 1996 yılında gözden geçirilerek yeniden şekillendirilmiş, 8. maddesinin yeni başlığı “Çalışan Kadının Analık Halinde Korunması” biçimine getirilmiş, işbu maddede kadın-erkek eşitliği dikkate alınarak kadınların yalnızca analık durumlarında korunması gerektiği gibi⁷⁷⁵ isabetli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca Sosyal Şart’ın Gözden Geçirilmesi ile birlikte doğum öncesi ve sonrası için tanınan 12 haftalık izin süresi 14 haftaya çıkartılmış olup, işverenin feshe ilişkin yapacağı yasak, kadının gebeliğini ve işverene bildirdiği tarihle analık izninin sonunu kapsayacak biçimde yeniden düzenlenerek feshe karşı koruma süresi biraz daha uzatılmıştır.⁷⁷⁶ Üye ülke işverenlerine hamile veya emzikli kadın işçilerin sağlıklarının korunması için çalışma saatleri ve koşulları hakkında önlemler alma yükümlülüğü öngören 92/85 sayılı Direktif’in 4. maddesine göre işveren; hamile, yeni doğum yapmış ya da emziren kadın işçileri bunların işyerinde maruz oldukları riskler ile buna ilişkin önlemler hususunda bilgilendirecektir.⁷⁷⁷

İç hukukumuzda, önceki Kanunlarda da çalıştırma yasakları mevcuttu.⁷⁷⁸ 1950’li yıllarda yapılan çalışmalardan, o dönemki analığa bağlı kadın işçi çalıştırılma yasaklarının yine doktor raporuyla doğuma 3 haftalık müddet kala ve doğumdan sonra 3 haftalık bir müddet olmak üzere toplamda 6 hafta şeklinde cereyan ettiğini anlamaktayız. Ayrıca sıhhi lüzum bulunursa gerek doğumdan önce ve gerek doğumdan sonra 12 haftaya altışar haftadan oniki haftaya kadar yani iki misline uzatılabilirdi.⁷⁷⁹ Bahsi geçen müddetler zarfında kadın işçinin çalışmasına imkan bulunmaması, işverenin akdi feshedebilmesi için muhik sebep teşkil etmezdi. Ancak o dönem için her ne kadar Kanun’da analığa bağlanan bu durumların muhik sebep teşkil etmeyeceği hususunda bir sarahat mevcut değilse de, mecburi olan bu izin müddetlerinde işverenin yarım ücret ödemeye mecbur tutulmuş olması, onun akdi feshedemeyeceğini gösterdikten başka, bu müddetler zarfında feshi ihbar mühletlerinin işlememesi de, sözü geçen müddetler esnasında işçinin çalışma imkanından mahrum

⁷⁷⁴ KAYA/KÖSEOĞLU, s. 13-14.

⁷⁷⁵ KAYA, Pir Ali, s. 100.

⁷⁷⁶ KAYA, Pir Ali, s. 100. Ayrıca 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85 sayılı Direktif’te düzenlenen çalıştırma yasaklarında da benzer bir düzenleme söz konusudur (KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, s. 926).

⁷⁷⁷ KAYA, Pir Ali, s. 102.

⁷⁷⁸ “Türk Hukuku’nda 1475 sayılı İş Kanunu dönemi ile ilişkili olarak öğretilde kadınların hamilelik ve emzirme dönemlerinde özellikle hangi işlerde çalışmasının yasak olduğunun açıkça belirlenmesi gerekliliğine işaret edilmiştir. Bunun yanı sıra bu dönemde yürürlükte olan “Gebe ve Emzikli Kadınlara İlişkin Tüzük” kadın işçinin hamilelik süresince gideceği periyodik kontroller için ücretin ödeneceğine dair açık bir hüküm içermediğinden öğretilde çeşitli hükümlerden yola çıkılarak bu sürelerle ilişkin olarak da ücret ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştı.” (YILDIZ, s. 272).

⁷⁷⁹ OĞUZMAN, Fesih, s. 95.

kalmasının bir muhik sebep sayılmamasını tazammun ettiği ifade edilmekteydi.⁷⁸⁰ Fakat bu müddetlerin geçmesinden sonra kadın işçi yine çalışamayacak durumda ise artık işveren iş akdini derhal feshedebilir.⁷⁸¹ Görülüyor ki, burada iş akdinin ifası muayyen bir müddet için talik olunmuş, işçiye muayyen bir ücret temin edilmiş ve akdin sükut etmeyeceği kabul edilmiştir.⁷⁸² 3 Numaralı Analığın Korunması Hakkında ILO Sözleşmesi'ne paralellik arz eden 1475 sayılı Kanun zamanında doğumdan önce 6 hafta ve doğumdan sonra 6 hafta olmak üzere kadınların çalıştırılmaları yasaklanmaktaydı ve hatta Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda bahsettiğimiz süreler 3+3=6 idi.⁷⁸³

İş Kanunu'muzun 74. maddesine göre: “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmaları 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 sürelere eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullandırılır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullandırılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır.”⁷⁸⁴

74. maddedeki “yasaktır” yerine “çalıştırılmaları esastır” ifadesi, belirtilen dönemler için yasağın kural niteliğinde olduğunu gösterir.⁷⁸⁵ Son üç haftaya kadar⁷⁸⁶ hekim raporuyla çalışabilmesinden, kadın işçinin bu konuda bir seçimlik hakka sahip olduğunu anlamaktayız.⁷⁸⁷ Bu ifadeyle sağlanan esnekleşme, kadın işçiler için, uygulamada

⁷⁸⁰ SAYMEN, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası,1954, İstanbul, s. 544 ; OĞUZMAN, Doktora Tezi, s. 96.

⁷⁸¹ SAYMEN, s. 544 ; OĞUZMAN, Fesih, s. 96.

⁷⁸² SAYMEN, s. 544-545.

⁷⁸³ SARAÇ, s. 1887-1888.

⁷⁸⁴ “Kural olarak gebelik halinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz hafta süreyle çalıştırılmaları esastır (4857 K. m. 74 ve Yönetmelik m. 11). 1475 sayılı İş Kanunu'nda konuyu düzenleyen 70. madde ise kadın işçilerin doğumdan önce altı hafta süreyle çalıştırılmalarını yasaklıyordu. Yeni kanunda getirilen ‘esastır’ şeklindeki düzenleme ile iş hukuku normlarında yaşanan esnekleşme yönünde ancak uygulamada kadının korunması aleyhine bir durum oluşturulmuş olduğuna ilişkin görüş hakkında” bkz. SOYSAL, s. 34.

⁷⁸⁵ SARAÇ, s. 1888.

⁷⁸⁶ “Çalışma yasaklarına konu olan İş Kanunu'muzun 55. maddesinin (b) bendi uyarınca doğumdan önceki ve sonraki bu süreler, yıllık izin süresinin hesabı bakımından çalışılmış gibi sayılan haller içerisinde dahildir. Yani bu süreler, yıllık izin süresi açısından aynı çalışılmış gibi kabul edilecektir.”

⁷⁸⁷ SARAÇ, s. 1888.

olumsuzluklara yol açabilir.⁷⁸⁸ Ayrıca kadın işçinin çalıştırma yasağı esnasında başka bir işverenin yanında çalışmaya başlaması durumunda da kurulan bu yeni sözleşme, TBK uyarınca kesin hükümsüzlüğe tabi olur.⁷⁸⁹

Hukumumuza göre doğum izninin kullanılabilmesi için herhangi bir kıdem şartı aranmaz.^{790,791} Belirtilen sürelerde kadının herhangi bir şekilde çalıştırılması yasak olduğundan, haliyle gece çalıştırılması gibi bir durum da söz konusu olamayacaktır.^{792,793} Ayrıca dikkat edilmelidir ki, çoğul gebelik halinde çalıştırılmayacak süreler 8 hafta değil, Kanun uyarınca 2 hafta ilave edileceği için 10 haftadır.⁷⁹⁴

OĞUZMAN, gebe ve lohusa bir kadının bu muayyen müddetler zarfında çalıştırılmasının yasak olmasını “sadece kadın işçinin sıhhatinin istihdaf edilmesi kadar, aynı zamanda çocuğun sıhhatini korumayı yani neslin sağlığını muhafaza etmekte” olduğunu ifade etmektedir.⁷⁹⁵ OĞUZMAN, ayrıca kadın işçinin evli olup olmamasının bir önemi olmadığını vurgulamakta, esas gayenin evli kadını korumak değil, gebe kadını korumak olduğunu ifade etmiştir.⁷⁹⁶

DOĞAN YENİSEY, sözleşmenin butlanına yol açan işlerde gebelik nedeniyle çalıştırılma yasağında, yasaklanan olgunun esasen kadın işçiyle iş sözleşmesi yapmak değil, kadın işçinin bazı işlerde çalıştırılması olduğunu savunmakta ve diğer istihdam yasaklarından farklı olarak gebelik döneminin geçici bir süre devam etmesi sebebiyle bu durumdaki yasağın da geçici olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁹⁷

⁷⁸⁸ KÖSEOĞLU, s. 105, dn. 30

⁷⁸⁹ SARAÇ, s. 1892.

⁷⁹⁰ MÜLAYİM “Kadın İşçilerin Gece Çalışması”, s. 120-121.

⁷⁹¹ “Hukumumuzun aksine, Amerika Birleşik Devletleri’nde, Ailevi ve Tıbbi Nedenlerle Belli Süre İş Bırakma İzni Kanunu kapsamında analık izninden yararlanabilmek için kadın işçinin analık izninin başlayacağı tarihten önce en az 12 aydır o işverenin yanında kıdeminin bulunması, bu 12 ay içinde en az 1250 saat çalışmış olması ve ayrıca işyerindeki işçi sayısının en az 50 olması gibi olağan dışı şartlara yer verildiği görülmektedir” (SARAÇ, s. 1886).

⁷⁹² “2009 yılında analık sebebiyle verilen izinler dünya üzerinde Gürcistan, Tunus, Suudi Arabistan, Suriye, Irak, Yemen, Malezya, Kenya gibi birçok ülke 12 haftadan az iken; ABD, Alaska, Pakistan, Afganistan, Mısır, Endonezya, Avustralya, Güney Kore, İzlanda, Arjantin, Libya gibi ülkeler 12 ile 13 hafta arası izin vermekte; aralarında ülkemizin de yer aldığı İran, Türkmenistan, Romanya, Almanya, Polonya, Fransa, Portekiz, İspanya, Fas, İsviçre, Japonya gibi ülkeler 14 ila 17 hafta arasında izin vermekte; Rusya, Kazakistan, Özbekistan, Finlandiya, Danimarka, Ukrayna, İngiltere, İtalya, İrlanda ve Güney Afrika vb. ülkeler 18 ila 26 hafta izin verirken, 26 haftayı aşan izinler veren ülkeler ise Norveç, Slovakya, Bosna Hersek, İsveç, Çek Cumhuriyeti ülkeleridir” (SARAÇ, s. 1887).

⁷⁹³ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 121.

⁷⁹⁴ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, s. 927.

⁷⁹⁵ OĞUZMAN, M. Kemal: “Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, İsmail Akgün Matbaası, 1955, İstanbul, s. 95.

⁷⁹⁶ OĞUZMAN, Fesih, s. 95.

⁷⁹⁷ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 301.

Hekim onayı ve kadın işçinin isteğinin bulunması, doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışma için yeterli olup işverenin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır.⁷⁹⁸ Kanun'daki bu sürelerin altına hiçbir suretle inilemeyecek olup, işçinin sağlık durumuna (bebeğin değil) ve işin mahiyetine göre artırılabilir.⁷⁹⁹ Bu sürelerin, Kanun'da düzenlenen söz konusu sürelerin hizmet sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle doktor raporuna gerek kalmadan artırılması da mümkündür.⁸⁰⁰

Kadın işçi doğum izni sonrası dilerse altı aya kadar ücretsiz izin kullanabilecek, dilerse madde 74/2'de yer alan haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izni talep edebilecektir, Kanımızca kadın işçinin bu haklardan her ikisini de kullanması, madde metninin kaleme alınışı da değerlendirildiğinde mümkün değildir.⁸⁰¹

“Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır ve bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz”.⁸⁰² İşveren, bu gibi durumlarda bu işçilerine karşı özel koşullar oluşturmak ve onları daha hafif işlerde çalıştırmak ve sırf bu nedenle de iş sözleşmelerini feshedememek gibi zorunluluklarla karşı karşıya kalır.⁸⁰³ 1475 sayılı Kanun döneminde gebe işçinin daha hafif işlerde çalıştırılma talebi halinde ücretinin aynen mi yoksa indirimli mi alacağı konusunda bir boşluk olduğu ve bu boşluğun gerek toplu iş sözleşmeleriyle ve gerekse objektif iyiniyet kurallarıyla doldurulmaya çalışıldığını⁸⁰⁴ görmekteyiz. 4857 sayılı Kanun, 74. maddesiyle bu tartışmaya bir nokta koyarak kadın işçinin sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması durumunda işçinin ücretinde bir indirim yapılmayacağını hükme bağlamıştır.

İşverenin hamile işçinin sağlığını korumak amacıyla çalışma koşullarını yeniden düzenlemesi, dinlenmesi için gerekli koşulları sağlaması, gerekli hallerde çalıştığı işin değiştirilerek sağlık durumuna daha uygun işlerde çalıştırması gözetme borcu içinde değerlendirilmiştir.⁸⁰⁵ Dürüstlük kuralıyla yakından ilişkili kabul edilen gözetme borcunun doktrindeki tanımına bakacak olursak, işverenin iş akdine bağlı olarak çalıştırdığı işçilerini korumak, onların çıkarları doğrultusunda yaptıkları iş nedeniyle uğrayabilecekleri zararlara

⁷⁹⁸ OĞUZ, Özgür, s. 580

⁷⁹⁹ SARAÇ, s. 1888.

⁸⁰⁰ SENYEN KAPLAN, Ücret ve İzin Hakkı, s. 712 ; SARAÇ, s. 1888.

⁸⁰¹ AYDIN/DEMİRKAYA, s. 90-91.

⁸⁰² İş Kanunu 74/5 hükmü.

⁸⁰³ BACAK / YİĞİT, s. 19.

⁸⁰⁴ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Türk İş Hukuku ile Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinde Doğan Hakları ve Korunması”, Yayınlanmış Profesörlük Takdim Eseri, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 1999, s. 95.

⁸⁰⁵ YILDIZ, s. 272.

karşı gerekli önlemleri almak, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zararlı davranışlardan kaçınma gibi yükümlülüklerden oluşmaktadır.⁸⁰⁶ Kural olarak işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin işe girmesiyle başlar, iş ilişkisinin sona ermesiyle de biter.⁸⁰⁷ İşverenin koruma ve gözetme borcuna tamamen veya kısmen aykırılığı halinde işçisi, işverenden uğradığı zararının boyutuna göre maddi veya manevi tazminat taleplerinde bulunabilecektir.⁸⁰⁸ Ayrıca bu borcun yerine getirilmemesi, işverenin kendisine düşen ifa hazırlıklarını yapmamış olması sebebiyle onun alacaklının temerrüde düşmesine yol açabilir ve bu da işçiye çalışmayı reddetme hakkı verir; misal, işveren bir kadın işçiye kendi gücüne uygun iş vermemişse onun işi reddetme imkânı mevcuttur.⁸⁰⁹

GÖKÇEOĞLU BALCI'ya göre: “Doğum öncesi ve sonrası çalışma yasakları ve doğum izinleri, kadın istihdamını arttırma hedeflerine uyumlu olacak şekilde yeniden gözden geçirilmeli ve çalışma yasakları ile doğum izninin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin gerekli kıldığı asgari bir süre için zorunlu tutulması, geri kalan sürede ise çalışıp çalışmama hususunun kadınların tercihine bırakılmasını sağlayacak yasal değişiklikler tartışılabileceği gibi, kadınların çalışmamayı talep etmesi halinde ise, işverenin bu talebi kabul etmesi zorunlu olmalı, ayrıca bu durumun geçerli bir fesih nedeni olamayacağı İş Kanunu madde 18 kapsamında belirtilmelidir”.⁸¹⁰ Burada önemli olan husus, çalışmak istemeyen kadın işçinin çalışmaya zorlanmaması, buna karşılık çalışmak isteyen ve sağlık sorunu olmayan kadın işçinin de çalışma özgürlüğünün yasaklarla elinden alınmamasıdır.⁸¹¹

Kadın işçi, yasak olan işlerde veya sürelerde zorla çalıştırılıyorsa iş akdini haklı nedenle feshedebilir.⁸¹² Doğumdan önce ve sonra çalıştırılma yasakları, yargı kararlarında işçinin haklı nedenle feshinin “haklılığının” değerlendirilmesi bakımından da göz önüne alınmaktadır.⁸¹³ Yargıtay, bir kararında⁸¹⁴: “Doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya vekiline para cezası verileceği hükmü de mevcuttur”. “Bütün bu açıklamalar karşısında davacının iş

⁸⁰⁶ ULUSAN, İlhan: “Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, İstanbul, s. 1.

⁸⁰⁷ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)”, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1992, s. 37.

⁸⁰⁸ SENYEN KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 37 vd.

⁸⁰⁹ SENYEN KAPLAN, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, s. 38.

⁸¹⁰ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1291.

⁸¹¹ GÖKÇEOĞLU BALCI, s. 1291.

⁸¹² AYDINLI, s. 5.

⁸¹³ Bkz. Y22HD., 10.11.2014, E. 2014/28783, K. 2014/30841; Y22HD., 04.12.2014, E. 2013/24097, K. 2014/34555; Y9HD., 13.07.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734; Y9HD., 17.09.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743 (www.kazanci.com, e.t.:21.11.2019).

⁸¹⁴ Y9HD., 26.09.2008, E. 27521, K. 25157 sayılı kararı; (www.kazanci.com, e.t.:21.11.2019).

sözleşmesini 74'üncü madde hükümlerini işverenin uygulamaması üzerine haklı nedenlerle feshettiği anlaşılmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir” şeklinde hüküm tesis etmiş, yasaklara aykırı çalıştırılan veya ücretsiz izin talebini reddeden işverenin işçisinin istifasını haklı nedene dayandırmıştır.

Yargıtay, başka bir kararında⁸¹⁵, işçinin işe başladığı gün doğum yapması halinde işverenin doğum öncesi izinleri kullandırma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığına vurgu yapmış, bu noktada işverenin sadece doğum sonrası izinleri kullandırmakla mükellef olduğuna karar vermiştir.

Gerek 4857 sayılı İş Kanunu'muz, gerekse bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler, eski düzenlemelere oranla daha açık ve kadın işçilere hamilelik ve analık durumlarında daha koruyucu bir niteliği haizdirler.⁸¹⁶ Belirtmeliyiz ki, İş Kanunu'muzun 74. maddesi, 92/85/EEC sayılı Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.⁸¹⁷

İş Hukuku'nda kadın işçileri dikkate alan ilk düzenlemeler genellikle kadınların gebelik ve analık hallerinde belli işlerde çalışmalarını yasaklayan düzenlemeler olurken⁸¹⁸; günümüzde ise gebelik ve analık halleri dışında toplumsal cinsiyet körü olan, hatta kimi zaman ayrımcı düzenlemelerin yerini maddi eşitliği sağlamaya yönelik düzenlemelerin almaya başladığı ifade edilmektedir.⁸¹⁹

Gebelik döneminde kadın çalışanın korunmasına müteallik bulunan yasaklar, işe gebe olarak alınan bir kadın işçinin iş akdinin geçersiz sayılmasını değil, kadın işçinin yalnızca geçici bir süre ve belli işlerde çalıştırılmasını yasaklamayı amaçlamaktadır ve işte tam olarak bu nedenden dolayı yasaklamalara aykırı olarak çalıştırılan kadın işçinin sözleşmesi, geçersiz kılınmamalıdır.⁸²⁰ Ayrıca sözleşmenin her iki tarafının da bilgisi dahilinde olmadığı bir gebelik döneminde yasaklara aykırı olarak çalıştırılan bir işe alınması durumunda iş sözleşmesinin geçerli olarak kabul edilmesi icap eder.⁸²¹

⁸¹⁵ Y9HD., 08.06.2010, E. 2009/44796, K. 2010/16909 (KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Kanunu Şerhi, s. 928).

⁸¹⁶ YILDIZ, s. 272.

⁸¹⁷ MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 120.

⁸¹⁸ “İlginçtir ki, Devlet Memurları Kanunu'nun mazeret izni başlıklı 104. maddesiyle aynı haklar aynı sürelerle kadın memurlara da tanınmış olmakla beraber DMK'da “analık izni” ifadesine yer verilerek bu süreleri çalışma yasağı olarak değil, (ücretli) izin süresi olarak düzenlemesidir.

⁸¹⁹ ERDOĞAN, s. 433.

⁸²⁰ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 301.

⁸²¹ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 301.

b.b. Analık Durumunda

Analık durumunda geceleri çalıştırma yasağının amacı, kadın işçilerin doğumdan itibaren belli süreyle geceleri çocuğunun yanında kalmasını ve böylece bakımlı ve sağlıklı bir kuşağın yetişmesini sağlamaktır.⁸²²

2006/54 Sayılı Direktif'in "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde, "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" şeklinde bir kurala yer verilerek, doğum iznini kullanan kadın işçi yönünden işverenin eşit davranma borcuna vurgu yapıldığını görmekteyiz.

92/85 sayılı Direktif, 6. maddesiyle hamile ve emziren kadınların sağlık ya da güvenliklerini tehdit eden işi/görevi yapmama haklarını güvence altına almıştır.⁸²³

92/85 sayılı Yönerge hamile, yeni doğum yapmış ve emzikli kadınların birçok açıdan risk teşkil ettiklerinden hareketle bu grubun maruz kaldığı risklerin azaltılmasını hedeflemekle birlikte bu doğrultuda, bahsedilen gruba giren kadınların bazı ağır ve tehlikeli işlerde çalışmalarının yasaklanması, yeterli bir süre analık izni verilmesi ve hamilelik ve analık durumlarında işten çıkarılmaya karşı korunması konuları bu Yönerge tarafından düzenlenmiştir.^{824, 825}

1475 sayılı İş Kanunu döneminde 5. madde uyarınca bu kanun hükümlerinin uygulanamayacağı işler ve işyerlerinde bazı çalışanlar hakkında Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 155 ve 177. maddeleri uygulanıyordu.⁸²⁶ "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu" m. 12/1. maddesinde "kız ve kadınların gazino, bar, kafesantan ve bunlara benzer içki kullanılan yerlerle banyo, hamam ve plajlarda çalışabilmeleri o yerin en büyük mülki amirinin iznine bağlı" tutulmuştu. Yine PVSK m. 12/11. maddesine göre 21 yaşından küçük kadın ve erkeklerin hiçbir surette bu yerlerde çalıştırılmayacağı da belirtilmişti.

⁸²² SARACEL, s. 101.

⁸²³ KAYA, Pir Ali, s. 103.

⁸²⁴ ARISOY/DEMİR, s. 720.

⁸²⁵ AB Hukuku'ndaki 2003/88 sayılı Çalışma Süreleri Yönergesi, günlük çalışmaların azami sınırlarını doğrudan belirlememiş olmakla birlikte Yönerge, günlük asgari dinlenme süresini 24 saatlik bir dönemde asgari 11 saat olarak belirlemiştir ki bu hükmün dolaylı anlatımından da Yönerge'ye uygun günlük çalışma süresinin azami miktarının 24-11=13 saat olarak tespit edilmesi söz konusudur (ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 129).

⁸²⁶ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 36.

4857 sayılı Kanun'da herhangi bir tanımı bulunmayan analık hali, "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun"⁸²⁷ 5754 sayılı Kanun'la değişik 15/2. maddesinde ve "2010 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği"nde "Gebelik halinin gerçekleşmesiyle birlikte doğuma kadar olan dönemi" ve "doğum olayını" ve "doğum sonrası dönemi" içine alan bir biçimde düzenlenmiştir.⁸²⁸

Analık döneminde kadının korunması, aynı zamanda ailenin korunmasına da hizmet eden bir olgudur.⁸²⁹ Kadınların ekonomik büyümeye katkısının artırılması ve kadınların çalışma yaşamındaki istihdamını artırmak için iş ve aile hayatında bir uyumun sağlanması gerekmekte ve bu bağlamda da ülkemizde önemli düzenlemeler yapılmaktadır.⁸³⁰ Esasen kadının üremedeki rolü, kamunun yani herkesin çıkarına hizmet veren bir olgudur. Hamilelik ve doğum, sosyal bir fonksiyon olarak görülmelidir.⁸³¹ Bunun yanı sıra kadın işçileri koruyucu bu tedbirlerin aynı zamanda aile hayatından büsbütün uzaklaşmamaları için getirildiği görüşünün bulunduğunu söyleyebiliriz.⁸³²

"Hamilelik Durumlarında Çalıştırılma" kısmı altında ele aldığımız üzere "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" in 9. maddesine baktığımızda "gebe veya emziren çalışan, günde 7.5 saatten fazla çalıştırılmaz". Bu süreye, İş Kanunu m. 66 uyarınca öngörülen 1.5 saatlik "süt izni" süreleri de dahildir. Yani buradan çıkan sonuç, aslında emziren kadınların günde 6 saatten fazla çalıştırılmayacağıdır.⁸³³

Kadın işçi, çalıştırma yasağı süresinin sonunda tekrar çalışmaya başladığı andan itibaren "emzikli işçi" adını almaktadır.⁸³⁴ Unutulmamalıdır ki, kadın işçiye verilecek olan günlük 1.5 saatlik süt izni de çalıştırma yasağının bir parçasıdır.⁸³⁵

Düzenlemede her ne kadar "analık izni" olarak kaleme alınmışsa da işverenin, kadın işçiyi analık süresinde çalıştırıp çalıştırmama yönünde herhangi bir takdir yetkisi yoktur.⁸³⁶ Kanun'da doğumdan sonraki çalıştırma yasağı dönemi bakımından işçiye istisnaen dahi olsa belli bir süre çalışmayı devam ettirme imkanı tanınmadığı gibi, kadın işçinin de bu dönemde

⁸²⁷ RG. Tarih: 16.06.2006, Sayı: 26200.

⁸²⁸ SARAÇ, s. 1881.

⁸²⁹ UŞAN, s. 26.

⁸³⁰ MANAV ÖZDEMİR / ERDOĞAN, 1176.

⁸³¹ ONARAN YÜKSEL, s. 299.

⁸³² TOLGA, s. 201.

⁸³³ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 181-182.

⁸³⁴ SARAÇ, s. 1886.

⁸³⁵ SARAÇ, s. 1890.

⁸³⁶ SARAÇ, s. 1888.

çalışmayı istemesinin yanı sıra tıbben hiçbir engel bulunmasa dahi doğumdan sonra yasak sürelerde çalışma yapılamaz.⁸³⁷

Umumi Hıfzısıhha Kanunu 155. maddede, “kendisi ve çocuğunun sağlığına bir hanel gelmeyeceği doktor tarafından onaylanmadıkça kadınların doğumdan önce üç hafta ve doğumdan sonra üç hafta fabrika, imalathane, umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması” yasak edilmiş, 177. maddede ise gebe işçilerin doğumlarından evvel 3 ay zarfında çocuğunun ve kendisinin sağlığına zarar veren ağır işlerde çalıştırılmayacağı, doğumdan sonra 155. maddede belirtilen sürenin bitiminde işe başlayan emzikli kadınlara ilk 6 ay zarfında mesai saatleri içinde 2 defa yarımşar saat olmak üzere emzirme arası verileceği hüküm altına alınmıştır.⁸³⁸ Çalıştırma yasakları esnasında işverenin sözleşmeyi feshi geçersiz fesihtir (6 aya kadar ücretsiz izin de dahil olmak üzere).⁸³⁹

Doğumun erken olması veya çocuğun ölü doğması/doğumdan sonra ölmesi gibi durumlar, çalıştırma yasaklarını süre bakımından etkileme dışında (ve yardımların süresi dışında) herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.⁸⁴⁰

Hemen belirtelim, çalışma yaşamında, kadının salt kadın olması nedeniyle korunma gereksinimi yoktur. Ancak, hamilelik, doğum ve lohusalık döneminde, biyolojik nedenlerle, hem anne hem bebeğin sağlığı için birtakım özel koruyucu önlemlerin alınması gerekebilir. Bu önlemler aynı zamanda, iş sağlığı ve güvenliğinin de bir parçasıdır. Bu nedenle hamile ve kadın işçileri koruyucu düzenlemelerin yerindeliği ve zorunluluğu tartışmasızdır.⁸⁴¹

YILDIZ’ın isabetli ifadesiyle, çalışma hayatında kadınların korunması gereken tek durum hamilelik ve doğum dönemleridir. Sadece bu durumlara dayalı olarak kadınların bazı işlerde çalışamayacakları ya da eskisi kadar uzun saatlerle çalışamayacakları düşünülmelidir.⁸⁴²

Bu düzenlemeler, biyolojik farklılığı nedeniyle kadının iş ilişkisi içinde mağdur edilmesini önler. Bu bağlamda eşit haklara sahip olma ilkesinin amacı çalışma yaşamında kadınların erkeklerle eşit imkana ve konuma sahip olmalarını sağlamak olduğuna göre, yalnız kadın cinsine özgü biyolojik ve genetik nitelikler sebebiyle kadının mağdur duruma düşmesi,

⁸³⁷ SARAÇ, s. 1888.

⁸³⁸ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 36.

⁸³⁹ SARAÇ, s. 1892.

⁸⁴⁰ SARAÇ, s. 1892.

⁸⁴¹ GÖKÇEÖĞLU BALCI, s. 1279; ONARAN YÜKSEL, s. 299.

⁸⁴² YILDIZ, s. 273.

kendisinin ve bebeğinin sağlığını tehlikeye attığı gibi, gelecek neslin sağlığını da tehlikeye atacağından⁸⁴³, işçinin hamilelik ile bağdaşmaz işlerde çalışması kabul edilemez. İşte bu noktada kadın cinsiyetine özgü biyolojik farklılık, hukuki korumayı haklı kılar.⁸⁴⁴

Hamile kadınlarla ilgili olarak hem annenin hem de ceninin korunması amacıyla risk yaratan işlerde yasaklama ya da sınırlama yapılması, eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Aynı şekilde, yeni doğum yapmış ve emziren kadınlar için de öngörülen koruyucu hükümler, eşitlik ilkesine aykırı sayılmamalıdır.⁸⁴⁵ Ancak bunların ötesinde, bilimsel veriye dayanmayan genel düşüncelerle kadınların gelecekteki muhtemel analık durumları nedeniyle bazı mesleklerden ve çalışma alanlarından uzak tutulması, fırsat eşitliğine aykırı sayılmalıdır.⁸⁴⁶

Hamilelik ve doğum durumlarına dayalı olarak koruma sağlanırken, bu korumanın kadınların istihdamını olumsuz yönde etkileyecek, kadınların anılan nedenlere dayalı olarak çalışma hayatından çekilmesini kolaylaştıracak bir dereceye de gelinmemelidir. Bir diğer ifadeyle bu durumlarda da getirilen yasakların bir sınırı olmalıdır. Sonuç olarak, hamilelik ya da doğum durumunda sağlanan koruma, tıbbi gereklere dayalı ve sadece anılan zamanlardaki sağlık durumunun gerektirdiği kadar olmalı, bunun ötesine geçmemelidir. Buna ek olarak, hamilelik ya da doğum durumlarına dayalı olarak koruma getiren yasal düzenlemelerin uygulanması sonucunda kadınlar, olumsuz duruma düşürülmemeli, yani salt bu nedene dayanılmasından ötürü ayrımcılığa maruz kalmamalıdır.⁸⁴⁷

BAKIRCI'nın görüşüne göre, Sözleşme'nin analığı korumak amacıyla alınan önlemleri ile gebe ve doğum yapmış kadınlara yönelik muameleyi özel önlemler ve ayrımcılık yasağının istisnası olarak düzenlemesi hatalıdır, zira kadınların gebeliğe bağlı olarak gördüğü koruyucu hükümler eşitlik ilkesinin "farklı olanlara farklı muamele" unsurunun sonucu olup, eşit muamelenin ta kendisi olduğundan özel muamele veya eşitlik ilkesinin istisnası değildir.⁸⁴⁸

Tartışılması gereken önemli bir konu ise, kadının gebelik ve analık haline tabi olacağı öğrenilmesi, ancak bu durumda daha fazla işine devam edemeyecek olmasıdır. Örneğin, kadın işçi sadece gece iş yapan bir lokantada çalışmaktadır. Bir süre sonra gebe

⁸⁴³ SARAÇ, s. 1885.

⁸⁴⁴ ONARAN YÜKSEL, s. 299; YILDIZ, s. 269.

⁸⁴⁵ YILDIZ, s. 290.

⁸⁴⁶ YILDIZ, s. 290.

⁸⁴⁷ YILDIZ, s. 273.

⁸⁴⁸ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s. 57.

kalan işçinin iş akdi, çalıştırma yasağı nedeniyle feshedilebilecek veya zorlayıcı neden sayılabilecek midir? O halde önceki bölümlerde detaylıca açıkladığımız üzere gebelik nedeniyle işçinin iş akdini feshetmek, cinsiyet eşitliğine aykırı kabul edildiğinden⁸⁴⁹ bu nedene dayalı fesih yasaktır (m. 18/d) ve duruma göre işe iade davası gündeme gelecektir. Şayet işveren çalıştırılma yasağına aykırı davranırsa bunun da hukuki ve cezai sonuçları olacak, işveren yine zor durumda kalacaktır.

Bilindiği üzere çalıştırılma yasakları, emredici mahiyettedir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, çalıştırılma yasaklarına aykırı davranışın sonucunda, kural olarak emredici hükümlere aykırılık nedeniyle iş sözleşmesi hükümsüz olacaktır. Ancak bahsettiğimiz bu spesifik durumda iş sözleşmesi geçerli olarak kurulmuştur. Kadın işçinin gebelik ve analık nedeniyle gece çalıştırılma yasağına sonradan tabi hale gelmesi durumunda ve başka bir işe geçirilmesi de mümkün değilse, geçerli olarak kurulan iş sözleşmesi kendiliğinden hükümsüz hale gelmemelidir. Zira sözleşme baştan geçerli olarak kurulduğu için TBK m. 27'deki hükümsüzlük kavramının şartlarını taşımaz. Mevcut durumda, mevzuatımızda bu boşluğu dolduran herhangi bir hüküm bulunmadığından, böyle bir durumda muhtemelen fesih yoluna gidilecektir.

Elbette bu durumda, İş Kanunu m. 24/1-a hükmü⁸⁵⁰ uyarınca işçinin tüm hakları saklı kalmak kaydıyla iş sözleşmesini haklı nedenle (derhal) feshetmesi mümkündür. Ancak pek tabiidir ki, işçi sözleşmeyi feshetmek istemeyebilir ki ayrıca bunu yapmaya da zorlanamaz. Üstelik Kanun'da bir "çalışma yasağı" değil, "çalıştırma yasağı" öngörülmüştür. Bunun anlamı, bu işin sorumluluğunun işçiye değil, işverene yüklenmiş olmasıdır.

Kamu düzenini tesis etme maksadıyla getirilen emredici mevzuat hükümlerine aykırılık durumunun gündeme gelmesiyle, sözleşmenin derhal sona erdirilmesi gerekmektedir. Çünkü Kanun, işçinin bu dönemlerde çalışmasını hayatı bakımından bir tehlike olarak görmüş ve bu nedenle onu garantiye almıştır. İş Hukukunda, Borçlar Hukuku'ndan ayrı olarak sadece bir kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması, onun her türlü hukuki işlemi yapabileceği anlamına gelmez.⁸⁵¹ Dolayısıyla belli sürelerin geçmesinin

⁸⁴⁹Tüm gebe işçilere uygulanan, işverenin fesih hakkına zamansal bakımdan getirilen bir sınırlama örneği olarak, gebelik döneminde hamile işçinin ara ara işinden geçici olarak ayrılması, fesih için bir neden teşkil etmeyecektir (SENYEN KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, s. 92).

⁸⁵⁰"Sağlık sebepleri" üst başlığı dahilindeki bahsi geçen hüküm, işçiye "iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa" işçiye derhal fesih imkanı tanımaktadır.

⁸⁵¹ AYDINLI, s. 5.

beklenmesi hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle bahsi geçen olayda, bildirimli fesih gündeme gelmeyecektir.

Belirtelim ki bu neden, haklı nedenle fesih için de hafif kalmaktadır. Bir diğer ifadeyle, haklı nedenle fesih yoluna gitmek için aranan ağır koşullar ve madde hükmünde muayyen olarak belirtilen nedenler bulunmamaktadır.

Peki bu durum, haklı nedenle fesih hallerinden birisi olan “zorlayıcı neden” kavramına dahil edilebilir mi? Zira 25/III. maddede “işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması” zorlayıcı neden olarak yeterli görülmektedir. Yani hamilelik, kadın işçiyi çalışmaktan alıkoyacaktır. Hamile bir kadın işçinin hukuken çalışmasının engellendiği işlerde sübjektif imkânsızlıktan söz edilir.⁸⁵² O zaman ilk bakışta, bu durumun zorlayıcı nedenle feshe yol açabileceğini söyleyebiliriz. Sözleşmenin haklı nedenle feshi için haklı bir sebep olarak düzenlenen ve işin ifasını imkansızlaştıran zorlayıcı neden, iş hukukunda işçi ve işveren bakımından ayrı ayrı düzenlenmiş olup, imkansızlığın işçi tarafında meydana gelmesi durumunda işverene m. 25 uyarınca haklı nedenle fesih imkanı tanınmaktadır, zira kimse kendi kusurundan yararlanamaz ilkesi uyarınca kusur varsa zorlayıcı nedenden bahsetmek mümkün değildir.⁸⁵³ Kusursuz imkânsızlık hali, fesih hakkı tanımaktadır ancak imkânsızlığın muhakkak zorlayıcı neden vasfını da taşıması gerekmektedir.⁸⁵⁴ İşin görülmesine engel teşkil eden olay, hukuki olabileceği gibi (hukuki imkansızlık) sosyal ya da doğa olayları şeklinde de (maddi imkansızlık) meydana gelebilir.⁸⁵⁵ İş Kanunu m. 25/3 uyarınca işçinin sözleşmesinin fesih hakkı işverene tanınmış bulunmaktadır. İşçinin kendisinden kaynaklı hukuki engellerin oluşması halinde iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenlerle feshi mümkündür.⁸⁵⁶

Ancak doktrinde yapılan tanıma göre zorlayıcı sebep; öngörülemeyen ve dıştan gelen, kaçınılmaz ve gerçekleştiğinde de iş ilişkisinin sağlıklı gidişatını sıkıntıya sokan, işçiyi çalışmaktan alıkoyan her türlü olgudur.⁸⁵⁷ Hayatın olağan akışında gece çalışması yapılan bir yerde işe alınan bir kadın işçinin hamile kalması objektif olarak öngörülebilir. Dolayısıyla

⁸⁵² KAYIRGAN, Hasan: “Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler”, Onikilevha Yayınları, birinci bası, 2019, İstanbul, s. 45.

⁸⁵³ KAYIRGAN, s. 85; s. 87.

⁸⁵⁴ KAYIRGAN, s. 85.

⁸⁵⁵ SENYEN KAPLAN, Emine: “İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, İstanbul 2011, s. 587 ; KAYIRGAN, s. 90.

⁸⁵⁶ KAYIRGAN, s. 108.

⁸⁵⁷ SENYEN KAPLAN, İş Görme Ediminin İfası, s. 587; SENYEN KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, s. 162 ; KAYIRGAN, s. 51.

zorlayıcı nedenlerle iş akdinin feshinde öngörülebilirlik unsuru mevcut olduğundan zorlayıcı neden kapsamına sokamayız.

Hamilelik kalıcı bir durum olmadığından, hamilelik nedeniyle kadınların kalıcı bir işte çalışmasının reddedilmesi ayrımcılık olacaktır.⁸⁵⁸ Avrupa Adalet Mahkemesi'nin bir kararına göre, böyle bir durumda doğru yaklaşım, hamilelik boyunca, işverenin geçici olarak çalışma koşullarını ya da saatlerini düzenlemesi ya da, eğer mümkünse, çalışanı bir başka işe alması, ya da, son çare olarak, çalışanın ayrılmasını kabul etmesi şeklinde olacaktır.⁸⁵⁹

Bu konuda Avrupa Birliği'nin 92/85 sayılı Direktifi'nin 7. maddesi, hukukumuzda ışık tutabilecektir. Yukarıda detaylı olarak incelediğimiz bu düzenleme uyarınca hamile ve lohusa kadınların sağlıklarının korunması amacıyla gece çalışması yapamayacaklarını, bu kişilerin gündüz postasına geçirilmeleri gerektiğini ve böyle bir posta değişiminin teknik ve/veya objektif açıdan mümkün olmaması durumlarında işi bırakma ya da analık izninin uzatılması olanağının sağlanması gerektiğini hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce burada bahsedilen fesih, haklı nedenle fesih olmalıdır.

İsviçre İş Hukuku'nda hamilelik durumunun kadın işçinin sözleşmeyle üstlendiği işi yapmasını imkânsız kılıyorsa onun ücret hakkının Art. 324a maddesindeki esaslara göre belirleneceği, yani işverenin hamile kadını önceki işine eşdeğer bir başka işte çalıştırmayı önerir, bu iş de kadın ve anne karnındaki bebeğin sağlıklarına zarar vermeyecek mahiyetteyse ve kadın işçi ücret hakkını kaybetmek istemiyorsa bu işi kabul etmekle yükümlüdür.⁸⁶⁰ Gebe ve emzikli kadın işçinin bu durumları nedeniyle iş değişikliği yapılması talebinin kabulü, işveren ile bu hususta anlaşmalarına bağlıdır.⁸⁶¹

Amerika'da Mahkemeleri'nin önüne gelen birtakım davalarda⁸⁶² hamileliğin ilk 5 ayında olan uçuş görevlilerinin uçmalarının bu süre boyunca yasaklanmaları haklı bir davranış olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle çalışma yasaklarının meşrulaştırılmasına ilişkin Amerika içtihat yasalarının, “güvenlik istisnasının”, cinsiyet veya hamileliğin aslında çalışanın işi gerçekleştirme yeteneğine müdahale ettiği durumlar ile sınırlı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.⁸⁶³

⁸⁵⁸ EKİN, s. 198.

⁸⁵⁹ EKİN, s. 198.

⁸⁶⁰ SENYEN KAPLAN, Ücret ve İzin Hakkı, s. 712.

⁸⁶¹ SENYEN KAPLAN, Ücret ve İzin Hakkı, s. 712.

⁸⁶² ESTREICHER / HARPER, s. 346-347.

⁸⁶³ ESTREICHER / HARPER, s. 347.

c. Çalışma Sürelerine Getirilen Sınırlamalar

a.a. Çalışma Süreleri

Kanunlarda ve iş sözleşmelerinde kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin, haftanın iş günlerine bölünmesiyle bulunan süreye “günlük çalışma süresi” denilmektedir.⁸⁶⁴ Görüldüğü gibi günlük çalışma süreleri, durağan süreler olmamakla birlikte haftalık iş süresinin uzunluğuna ve haftada çalışılan gün miktarına göre değişken olan sürelerdir.⁸⁶⁵

Çalışma süreleri, işçinin ücret alacağı bakımından bir ölçü olup, bu itibarla çalışma sürelerinin belirlenmesi hangi sürelerin çalışma süresi sayıldığını ve hangi sürelerin sayılmadığını saptamak, daha sonraki çalışma sürelerinin aşılmasının saptanması ve buna bağlı olarak işçinin hak kazanacağı ücreti belirleyebilmek için ön koşuldur.⁸⁶⁶ İş Kanunu’nda çalışma süresine ilişkin herhangi bir tanım mevcut değilse de İş Kanunu’muzun 63. maddesine dayanılarak hazırlanan “İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin”⁸⁶⁷ 3. maddesinde “*Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68 inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz*” denilerek en azından bu kavrama bir kapsam getirmiştir.⁸⁶⁸ Hukukumuzda fiilen çalışılan haller, tabiatıyla çalışma sürelerine dahil olduğu gibi, mevzuatımız birtakım çalışma süreleri de öngörmüştür. Farazi çalışma süreleri, yasal olabileceği gibi (İş Kanunu’muzun 66. maddesinde bu farazi süreleri görmek mümkündür), sözleşmesel de olabilir.⁸⁶⁹ İş Kanunu’muz 66. maddesine göre: “*Madenlerde, taş ocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler (m. 66/a); işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler (m. 66/b); İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler (m. 66/c); işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini*

⁸⁶⁴ ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 126.

⁸⁶⁵ ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 126.

⁸⁶⁶ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 59.

⁸⁶⁷ RG. Tarih: 06.04.2004, Sayı: 25425.

⁸⁶⁸ CANIKLIOĞLU, bu hükmü çalışma süresini açıklamaya yeterli olmadığı gerekçesiyle eleştirmektedir (CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s. 1).

⁸⁶⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 158-159; CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s. 2; ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 60.

yapmaksızın geçirdiği süreler (m. 66/d); Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler (m. 66/e); Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler (m. 66/f)”⁸⁷⁰, ⁸⁷¹ işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılmaktadır.⁸⁷²

Özetle, sınırlı sayı esasına göre tayin edilen iş süresinden sayılan haller, ilke olarak işçinin işverenin emrine amade olduğu, iş yapmaya hazır halde bulunmasına rağmen işveren tarafından çalıştırılmadığı zaman dilimlerini kapsamaktadır.⁸⁷³

Kadın işçiye hamilelik süresince periyodik kontroller için ücretli izin verilmesi gerekmektedir. CANIKLIOĞLU’na göre bu süre, çalışma süresinden sayılmayacaktır. Çünkü Kanunda açıkça bu sürenin çalışma süresinden sayılacağı belirtilmemesi, kadın işçinin bu sırada ücretli izinli sayılacağı esasına yer verilmesi, anılan düzenlemeyle, işçinin sadece ücret bakımından korunmasının amaçlandığını ortaya koymakla birlikte bu esnada ortaya çıkabilecek kazanın “iş kazası” kapsamına sokulması da mümkün olacaktır.⁸⁷⁴ İşçi ve işverenlerin anlaşarak yasal azami süre olan 45 saatten daha fazla çalışmayı kararlaştırmaları mümkün değildir. Şayet kararlaştırılması durumunda bu anlaşma hükümsüz olsa da, hükümsüzlük iş sözleşmesine ilişkin değil, çalışma süresine ilişkin olacak ve kanuni üst limit üzerinden iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır.⁸⁷⁵ ⁸⁷⁶

⁸⁷⁰ Kural olarak haftalık çalışma süresi, iş günlerine eşit olarak bölünerek uygulanır ancak taraflar, bunun aksini kararlaştırabilecektir (TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 157-158 ; ASTARLI, Çalışma Süreleri, s. 132).

⁸⁷¹ “Denkleştirme hükmü olan “Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. (Ek cümle: 6/5/2016- 6715/3 md.) Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir” (İş K. m. 63/2) Avrupa Birliği’nin 93/104 sayılı İş Sürelerine İlişkin 1993 tarihli Yönergesi’ne (Yön. m. 5/1) uyumlu olarak kaleme alınmıştır” (GÜVEN /AYDIN, s. 305 ; ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 62).

⁸⁷² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4857.pdf>.

⁸⁷³ CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi, s. 3.

⁸⁷⁴ CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi , s. 4.

⁸⁷⁵ CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi , s. 5.

⁸⁷⁶ “İşveren, yoğun çalışma haftasının ardından geri kalan süreyi denkleştirebilmek için, işçileri ya haftalık normal çalışma süresinden daha az çalıştırmak ya da denkleştirme süresinde işçilerin çalıştırılabileceği azami süreyi, örneğin sekiz haftalık bir denkleştirme döneminde 360 saatlik çalışmayı tamamladıktan sonra geri kalan süreyi işçilere boş zaman olarak vermek zorundadır. Haftada altı gün çalışılan bir işyerinde, haftalık 66 saatlik azami çalışma süresi ile, 360 saatlik çalışmanın yaklaşık 5 hafta 3 günde tamamlanması, geri kalan 2,5 haftanın da işçilere boş zaman olarak verilmesi gerekir” (CANIKLIOĞLU, Çalışma Süresi , s. 8).

İşçilerin hepsi veya bir bölümü, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşuluyla yasal günlük iş süresinin üzerinde çalıştırılabilir. İş Kanunu m. 42/1'deki sınır, açık olmadığı için eleştirilmektedir.⁸⁷⁷ Madde 41 uyarınca işçiye yaptırılacak olan fazla çalışmalar, 1 senede toplam 270 saati aşamayacaktır. Fazla çalışmanın süresini ispatla yükümlü olan kişi işçidir.⁸⁷⁸ Kanun'un 41. maddesi ışığında "haftalık 45 saati aşan çalışmalar, fazla çalışmalardır". Madde metni, "fazla çalışmanın ülkenin genel yararları, yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılabileceğini" amirdir. Kanun'daki "gibi" ifadesi, benzer nedenlerle de bu yolun açık olduğunu göstermektedir.⁸⁷⁹ 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi uyarınca "yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir". "Normal fazla çalışma, ülkenin genel yararları veya işin niteliği ya da üretimin artırılması vb. nedenlerle yapılan çalışmalardır".⁸⁸⁰

b.b. Fazla Çalışma Süreleri

a.a.a. Fazla Çalışma

Kavram olarak fazla çalışma, kanunda belirtilen nedenlerle, yasadaki günlük ve haftalık çalışma süresinin dışında; yani normal çalışma süresinin üzerinde (TBK m. 398/c.1) yapılan çalışmaları ifade eder (İş Kanunu m. 41/1⁸⁸¹, c.2).⁸⁸²

1475 sayılı İş Kanunu'nun bilhassa çalışma sürelerindeki katı yaklaşımı, iş hayatı içerisinde mevzuat hükümlerine aykırı uygulamaların ortaya çıkmasına yol açmıştır.⁸⁸³ Esnekleştirme kavramını "kuralsızlaştırma" ile eşdeğer olarak algılamak, doğru bir tutum değildir, bilakis esneklik ile akit serbestisine daha geniş bir alan bıraktığından esasen çok sayıda kurallar bütünü ile de sağlanabilir.⁸⁸⁴ Kural olarak fazla çalışma için işçinin onayı alınmadan fazla çalışma yaptırılamaz.⁸⁸⁵

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre işçinin işveren yanında çalışması süresince her gün sürekli fazla çalışma yapması, hayatın olağan akışına aykırı kabul edilmektedir, bu

⁸⁷⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 166.

⁸⁷⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 165.

⁸⁷⁹ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 61.

⁸⁸⁰ EVREN, Öcal Kemal: "İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması", Seçkin Yayınevi, birinci bası, 2007, Ankara, s. 74.

⁸⁸¹ Madde hükmü, fazla çalışmayı ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması vb. nedenler olarak ele almıştır.

⁸⁸² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 160.

⁸⁸³ SUBAŞI, s. 303; CANİKLİOĞLU, Çalışma Süresi, s. 1; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 695-696.

⁸⁸⁴ SUBAŞI, s. 312.

⁸⁸⁵ İşçilerin onayı önceden alınmış olabileceği gibi, fazla çalışmanın uygulanması sırasında da alınabilir (TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 163).

nedenle Yargıtay'a göre işçinin hastalık, izin gibi sebeplerle işe devam edemediği günler olduğunun dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁸⁶ Yargıtay, aynı yorumu hafta tatili, ulusal bayram ve ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmalar⁸⁸⁷ bakımından da benimsemekte ve işçinin her bayram ya da hafta tatilinde çalışmış olmasını “hayatın olağan akışına aykırı” olarak yorumlamıştır.⁸⁸⁸ Yargıtay'ın bu içtihadından dönmesi gerektiğini savunan ÇOPUROĞLU'nun görüşüne göre: Yargıtay'ın yorumunun hakkaniyet ile kavramsal bakımdan herhangi bir ilgisi bulunmadığından, çalışma sürelerinin aşılması durumunda işçinin hak kazandığını ispat edebildiği ölçüde bu ücrete tam olarak hükmedilmediği gerekir. Zira bu indirim ona göre adeta bir “varsayım indirimi”dir.⁸⁸⁹ Yargıtay, işçinin onun için olağan hale gelmiş olan fazla çalışmalarına zaman zaman çeşitli nedenlerle ara verdiğini varsaymakta⁸⁹⁰, buna gerekçe olarak ise işçinin sürekli olarak fazla çalışma yaptığının “hayatın olağan akışına aykırı” oluşunu göstermektedir.⁸⁹¹

b.b.b. Fazla Sürelerle Çalışma

Haftalık çalışma süresi, sözleşmeyle 45 saatin altında belirlenmiş olabilir, bu durumda sözleşme süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar, “fazla sürelerle çalışma” olarak isimlendirilir.⁸⁹² Fazla sürelerle çalışmada ücretin ne şekilde hesaplanarak ödeneceği 41. maddede yer almaktadır. İki uygulama arasında fazla çalışma oldukça yaygın olarak görülürken, fazla sürelerle çalışma ise daha istisnaidir.⁸⁹³

⁸⁸⁶ ÇOPUROĞLU, “Ücret ve Korunması”, Turhan Kitabevi, birinci bası, 2013, Ankara, s. 76; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 165.

⁸⁸⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu'nda günlük fazla saatlerle çalışmalar ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılacak olan çalışmalar ayrı ayrı ve birbirinden farklı hükümlerle düzenlenmişken, Basın İş Kanunu'na Göre ise “ister gece iste gündüz devresinde olsun 8 saati aşan ya da UBGT ve hafta tatilinde yapılan her türlü çalışmalar fazla çalışmadır”. Ancak Basın İş Kanunu, İş Kanunu'ndan farklı olarak UBGT günlerinde yapılan çalışmaları da fazla çalışma olarak kabul etmiş olup, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmalar için normal çalışmalar için öngörülen zamlı ücretten daha yüksek ücret, sözleşmelerle kararlaştırılabilir (EYRENCİ, s. 77-78). Ayrıca bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 161.

⁸⁸⁸ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 76.

⁸⁸⁹ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 77.

⁸⁹⁰ Belirtmek gerekir ki, işsizlik oranının bu denli yüksek olduğu bu ülkede hayat, bilhassa işçiler için her zaman olağan akmamaktadır. Normali aşan çalışmalar, zaten “normale aykırı durum” mahiyetini haiz olduğundan ispat yükü işçidedir. Hukukun izin verdiği ispat vasıtalarını kullanarak durumunu kanıtlayan işçinin ücretinden, bir varsayım gerekçe gösterilerek indirim yapılmasının dayanağı yoktur (ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 77).

⁸⁹¹ ÇOPUROĞLU, Ücret ve Korunması, s. 77.

⁸⁹² TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 168.

⁸⁹³ GÜVEN /AYDIN, s. 317.

c.c. Fazla Çalıştırma Yasağı

“Fazla Çalışma Süreleri, Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği”nin⁸⁹⁴ 8/I-c maddesi uyarınca ve İş Kanunu’nun 88. maddesinde öngörülen Yönetmelik’te belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalışma yaptırılamayacaktır. Arz ve talep dengesinin dengeli olmadığı çalışma hayatında da bireysel sözleşmelerin yetersiz kalması nedeniyle İş Hukuku’nun koruyucu işlevi devreye sokularak bu kapsamda önlemler alınması ve sözleşme özgürlüğünü işçiler yararına ölçülü bir biçimde sınırlamak zarureti hasıl olmaktadır.⁸⁹⁵ Gece çalışmaları açısından günlük 7.5 saati geçen çalışmaların fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma olarak açık bir şekilde kabul edilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir.⁸⁹⁶ Önceki mevzuatımızda, gece çalışan kadınlara fazla çalışma yaptırılamazken, günümüzde doktrinde fazla sürelerle çalışma hakkında yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı için gece çalışan kadınlara fazla sürelerle çalışma yaptırılabilmesine ilişkin görüşler mevcuttur.⁸⁹⁷ Benzer bir biçimde kural olarak gebe veya emziren kadın işçilerin günde 7.5 saatten fazla çalıştırılmaları KÇGPÇKH Yönetmelik’in 9. maddesi uyarınca yasaklanmışken, fazla sürelerle çalışmayla alakalı herhangi bir düzenleme yapılmadığı için fazla sürelerle çalışma yapabilecekleri ifade edilmektedir.⁸⁹⁸

“İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin” 8. maddesine göre gebe, yeni doğum yapmış işçilere fazla çalışma yaptırılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Kadın işçi, gece çalışmasında 7.5 saatten daha az, örneğin 6 saat çalışıyorsa çalışmasının 7.5 saate kadar artırılabilmesi açık olduğundan bu işçilere gece çalışması yaptırılabilir.⁸⁹⁹

⁸⁹⁴ R.G. Tarihi: 06.04.2004, Sayı: 25425.

⁸⁹⁵ ULUCAN, Esneklik İhtiyacı, s. 207-208.

⁸⁹⁶ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 110.

⁸⁹⁷ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 106.

⁸⁹⁸ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 107.

⁸⁹⁹ MÜLAYİM, Gece Döneminde Fazla Çalışma, s. 107, dn. 46.

& ÜÇÜNCÜ BÖLÜM &

KADIN İŞÇİ ÇALIŞTIRMA YASAK VE SINIRLAMALARINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

I. YASAK VE SINIRLAMALARA AYKIRILIĞIN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İş Hukuku'nda, işverenlere uygulanan özel hukuk yaptırımları, genel anlamda hukuka aykırı işlemlerin geçersizlik yaptırımına tabi tutulması, işçilere verilen zararlar sebebiyle tazminat ödenmesi ya da eski halin iadesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.⁹⁰⁰

Hem özel hukuk hem de kamu hukukuna dayanan işçiyi gözetme borcunun ihlali durumu, aynı şekilde hem özel hukuk hem de kamu hukuku kökenli yaptırımların uygulanmasına yol açar.⁹⁰¹

A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ (GEÇERSİZLİĞİ)

Bazı hukuk kuralları ekonomik, sosyal veya fiziki durumları yüzünden zayıf olanları koruma amacı güderler ve bu nedenle çoğu zaman kamu düzeni ve genel ahlakla da ilgilidirler. Bu hükümler, gai anlamda genelde nispi emredici niteliktedirler. Yani sadece korunan kişi aleyhine anlaşmaya konu yapılamazlar; işçileri ve tüketicileri koruyan hükümler böyledir.⁹⁰²

Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için bu işlem hukuk düzenine uygun olmalı ve hukuk düzenince onaylanmalıdır, aksi takdirde hukuk düzeni tarafından onaylanmayan bir hukuki işlem, kurucu unsurları tam olsa dahi hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.⁹⁰³ Kurucu unsurları mevcut olduğu için bir sözleşme kurulmuş olmakla birlikte, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde sözleşme, kesin hükümsüz sayılır.⁹⁰⁴ Kesin hükümsüzlük deyimi, TBK m. 27'de sözleşmenin “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun

⁹⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 128-129.

⁹⁰¹ BAYCIK, s. 158.

⁹⁰² OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, C. 1, Vedat Kitapçılık, gözden geçirilmiş onaltıncı bası, 2018, İstanbul, s. 83.

⁹⁰³ AKINCI, Şahin: “Borçlar Hukuku Bilgisi”, Sayram Yayınları, onuncu bası, 2017, Konya s. 118.

⁹⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 329.

imkansız olduğu durumlar” için kullanılmıştır.⁹⁰⁵ Bir özel hukuk sözleşmesi olarak iş sözleşmesi de, hiç şüphesiz butlanı düzenleyen genel kural TBK m. 27’ye tabidir.⁹⁰⁶ Ancak yalnızca hüküm ve sonuçları doğurma bakımından Türk Borçlar Kanunu’ndan ayrılma zarureti hâsıl olmuştur. Buyurucu yani emredici hukuk kuralları, kişiler tarafından aksinin kararlaştırılmayan kurallardır. Bir hükmün emredici niteliği, aksine anlaşma yapılamayacağı (örneğin, TBK m. 148) veya aksine yapılan anlaşmanın geçerli olmayacağı (örneğin, TBK m. 160/f. 1) kanunda açıkça ifade edilmiş olabilir. Keza, bir hükmün emredici olmadığı, aksine anlaşma yapılabileceği de bazen hükümde açıklanmış olabilir (örneğin, TBK m. 89/f. 1)⁹⁰⁷

Geçersizlik halinde hukuki işlemin kurucu unsurları tam olmasına rağmen, hukuk düzeninin bazı zamanlarda hukuki işlemlerin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için aradığı geçerlilik unsurlarının bulunmaması sonucunda geçersizlik (hükümsüzlük) müeyyidesi gündeme gelmektedir.⁹⁰⁸ Butlan, kamu yararından hareketle hukuk düzeni tarafından öngörölmüş bir yaptırım vasıtası olup, dava açmaya veya beyanda bulunmaya gerek kalmaksızın işlemi kendiliğinden geçersiz kılmaktadır.⁹⁰⁹

Her şeyden önce, hükümsüzlük deyiminin anlamını tespit etmek gerekir. Hükümsüzlük, geniş anlamda kullanılırsa, sözleşmelerdeki eksiklik ve sakatlıkları ve sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsar. Buna karşılık hükümsüzlük dar anlamda kullanılabilir ve sözleşmenin geçerli olmadığı halleri ifade eder.⁹¹⁰

İş mevzuatımıza baktığımız takdirde, emredici düzenlemelerin önemli bir bölümünün sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunmasına matuf olarak getirildiği görölmekteyse de, bu koruyucudan yararlanıp yararlanmama konusunun her zaman işçinin iradesine bırakıldığını söylemek mümkün değildir.⁹¹¹ İş sözleşmesi, daha kuruluşunda geçerlilik koşullarından birini taşımyorsa genel hükümlere göre yaptırımı butlan; yani geçersizliktir.⁹¹² Konumuz bağlamında ise çalıştırma yasaklarının kamu düzenini ilgilendiren birer yasa hükmüyle

⁹⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, C. 1, Filiz Kitabevi, yedinci tıpkı bası, 2017, İstanbul, s. 310; SÜZEK, İş Hukuku, s. 329-330.

⁹⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104.

⁹⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 82.

⁹⁰⁸ AKINCI, s. 117-118.

⁹⁰⁹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 141.

⁹¹⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, gözden geçirilmiş onaltıncı bası, 2018, İstanbul, s. 174; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 582 vd.

⁹¹¹ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 374.

⁹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104; DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 276 vd.

getirilmiş olması nedeniyle sözleşmenin butlanı söz konusu olacağından, irade fesadı (hata, hile, ikrah) ve gabin ile çalıştırma yasakları arasında bir ilişki kurmak oldukça güçtür.⁹¹³

İş sözleşmesi, sözleşmeler hukukunun genel esaslarına tabi olan diğer sözleşmeler gibi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları vasıtasıyla kurulur.⁹¹⁴ Bu irade beyanlarının ve bir hukuki işlemin hukuk düzenine uygun addedilebilmesi için kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka mugayir olmaması, şahsiyet haklarını ihlal etmemesi, kamu düzenine aykırı olmaması, öngörülen şekle uygun olması, konusunun imkansız olmaması gereklidir.⁹¹⁵ İş sözleşmesinin hukuka aykırılığı, öncelikle “*çalışma yasaklarına aykırılık*”, sonra da “*buyurucu yani emredici iş mevzuatı hükümlerine aykırılık*” şeklinde görülmektedir.⁹¹⁶

Görüldüğü üzere iş sözleşmesi de diğer akitlerde olduğu gibi kanunun emredici hükümlerine uyulmaması, kamu düzenine, ahlaka ve adaba aykırı olması, şekil şartlarına uygun olarak yapılmaması, taraflardan birinin veya her iki tarafın ehliyetinin olmaması ve objektif imkânsızlık hallerinde geçersizdir. Genel hükümlere yani Borçlar Hukuku’na göre böyle bir durumda akdin tamamı hükümsüzdür.⁹¹⁷ Ancak İş Hukuku alanında yürürlükte olan bir iş sözleşmesinin geçersizliğinin geçmişi de kapsamının kanunun zayıf durumda olan işçiyi koruma amacına aykırı olacağı kabul edilmiştir.⁹¹⁸

Emredici hükümlere aykırılığın bir sonucu olan sözleşmenin hükümsüzlüğü (geçersizliği), doktrinde tam ve kısmi hükümsüzlük olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tam butlan halinde hukuki işlem tamamen batıl olurken, kısmi butlanda yalnızca sözleşmenin ilgili kısmı batıldır.⁹¹⁹ Doktrindeki bazı görüşler çalıştırma yasaklarına aykırılık durumunda sözleşmenin hükümsüzlüğünü kısmen ve tamamen şeklinde ikiye ayırdığı gibi⁹²⁰, iş sözleşmesinin butlanını incelerken sözleşmenin ifa edilip edilmemesine göre bir ayrıma giden yazarlar da mevcut bulunmaktadır.

⁹¹³ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 143.

⁹¹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 87.

⁹¹⁵ AKINCI, s. 118-119; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 281.

⁹¹⁶ DEMİRCİOĞLU, A. Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali: “İş Hukuku”, Beta Yayınları, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş yirminci bası, 2019, s. 88.

⁹¹⁷ “Türk Borçlar Kanunu m. 27’ye göre: “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*”.

⁹¹⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s. 331; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 154.

⁹¹⁹ AKINCI, s. 120.

⁹²⁰ SARACEL, s. 114.

1. İş Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü (Tam butlan)

Butlanın ileriye yönelik uygulanmasının anlamı iş sözleşmesinin butlana kadar geçerli olduğu anlamına gelmez, butlanın tesiri bakımından böyle bir sonuç doğurur. İş sözleşmesi, sonradan verilecek olan icazet ile de geçerli hale getirilemez.⁹²¹ İş sözleşmesinin butlanı, kural olarak sözleşmenin geleceğe etkili olarak geçersizliği⁹²² sonucunu açığa çıkarsa dahi, sosyal kamu düzeni kurallarına aykırılığın, normun korumasından yararlanan aleyhine bir sonuç doğuramaması gerekliliğinin bir sonucu olarak bazı durumlarda sözleşmeyi geçersizlik yaptırımına tabi tutmak yerine, yaptırımı veya iş sözleşmesini yeniden nitelemek de bir sonuç mahiyetinde düşünülebilecektir.⁹²³ Bunu bir çeşit tahvil olarak düşünebiliriz.

Kesin hükümsüzlük, yani butlan görüşü, halen gerek İsviçre gerekse Türk uygulamalarında hakim olan görüşe göre, birtakım şartlara uyulmadan yapılan işlem, tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi kesin hükümsüzdür (batıldır). Şu halde, böyle bir işlem yapıldığı andan itibaren hiçbir hüküm doğurmaz. Bir sürenin geçmesi veya icazet verilmesi gibi sebeplerle düzelemeyen bu hükümsüzlük, hakim tarafından re'sen göz önünde tutulabileceği gibi, ilgili üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir.⁹²⁴

Kadın işçi çalıştırma yasaklarına aykırılıkta, sosyal bir kamu düzeni olan işçi lehine yorum ilkesi uyarınca Türk Borçlar Kanunu m. 27 anlamındaki hükümsüzlük kavramını tam anlamıyla uygulayamıyor olmamızın bir sonucu olarak, geçerli bir iş ilişkisi varmış gibi davranma gereği ortaya çıkmıştır. Yani esasen geçerli bir sözleşmenin hükümlerini geçersiz bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına bağlamaktayız. Ancak bunun yerine Alman Hukuku'ndaki fiili sözleşme teorisi iç hukuk mevzuatımıza yansıtılabilirdi. Fiili sözleşme teorisinde, ehliyet eksikliği veya kanuna aykırılık vb. gibi hükümsüzlük sebeplerinin mevcudiyeti halinde edim yerine getirildiği takdirde bir fiili sözleşme ilişkisinin ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bu görüşe göre örneğin, şekil eksikliği nedeniyle geçersiz hale gelen sözleşmelerde kişinin işverenin çalışma alanına sosyal olarak temas etmesi sonucunda fiili

⁹²¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104 ; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 154 vd..

⁹²² SÜZEK, İş Hukuku, s. 129; Ayrıca Kübra DOĞAN YENİSEY, “geçersizlik” ile “hükümsüzlük” kavramlarının aynı anlamda kullanılmasını eleştirmekte ve bununla birlikte Borçlar Hukuku'nda bulunan alt ayrımların ihmal edildiği sonucuna varmıştır (DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 104-105)

⁹²³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104; EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 143; BAŞBUĞ, Aydın: “İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2007, İstanbul, s. 52 vd.

⁹²⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 310; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 281.

sözleşme ilişkisinin ortaya çıktığını kabul eder.⁹²⁵ Sosyal temas kavramı, Alman Hukuku'nda arada sözleşme ilişkisi bulunmadığı hallerde ortaya çıkan ifa yükümlülüğünü açıklamakta kullanılmaktadır.⁹²⁶ Sosyal temastan kaynaklanan fiili sözleşme ilişkileri görüşü, somut olayın özelliği gereğince ifa görevinin herhangi bir sözleşmenin kurulamamasına ve bu nedenle ilgili kişilerin zarara sebebiyet veren davranışlarının mevcut olmayan sözleşmenin geriye etkili olmaması nedeniyle klasik sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamına sokulamaması durumlarında ortaya çıkar.⁹²⁷ Dikkat edilmesi gereken nokta irade beyanı olmaksızın meydana gelebileceği gibi⁹²⁸, irade beyanı mevcut olup da sözleşme ilişkisinin kurulması açısından ve sözleşme içeriği açısından belirleyici bir anlam ifade etmediği hallerde de meydana gelebilmesidir.⁹²⁹ Haupt'a göre bunun gibi durumlarda yapılması gereken, bu olayların kendilerine has yapıları kabul edilerek sözleşme hukukuna göre bir yargıya varmak, herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmadan sözleşme ilişkisinin varlığını kabul etmektir.⁹³⁰ Tipik bir şekilde ilgili kişiler arasında meydana gelen özel sosyal ilişki, yani "sosyal temas", bu kişileri birbirleri için sadece "üçüncü kişi" olma niteliğinden sıyrarak bunlar arasında bir bağlantı kurmakta ve sosyal temas durumundaki bu kişiler arasında meydana gelen zararın tazmini konusunda haksız fiil sorumluluğuna kıyasla, sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarının uygulanması daha adil, daha uygun olarak ortaya çıkmaktadır.⁹³¹

Ancak iş sözleşmesinin butlanında, sözleşmenin en baştan itibaren hükümsüzlüğüne karar verilmesi, iş sözleşmesinin ifa edilmiş veya ifa edilmekte olması halinde işçi bakımından tatminkâr olmayan çözümleri beraberinde getireceği hususu, şüpheye yer vermeyecek bir gerçekliktir.⁹³² Şayet iş sözleşmesini başlangıçtan itibaren hükümsüz saymamız durumunda iş sözleşmesinin ifa edilmiş veya ifa edilmekte olması ve bunun işçiye birtakım getirilerinin olması nedeniyle işçi bakımından tatminkar olmayan çözümlerin bulunması yoluna gidilecektir.⁹³³ Bunun anlamı ise maddelerin esnetilmeye çalışılması sonucunda, işçi lehine karar verilebilmesi için birtakım zorlama düzenlemeler getirilmesidir ki böyle bir durumda yargı kararları arasında da herhangi bir yeknesaklık sağlanamayacağı

⁹²⁵ EREN, s. 310.

⁹²⁶ ERBAŞ, C. Gökhan: "Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı", ERÜHFD, C. 7. S. 3-4, 2012, s. 123.

⁹²⁷ ERBAŞ, s. 124.

⁹²⁸ AYRANCI, Hasan: "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S.3, 2003, s. 232.

⁹²⁹ ERBAŞ, s. 124.

⁹³⁰ ERBAŞ, s. 125.

⁹³¹ ERBAŞ, s. 125.

⁹³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104.

⁹³³ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104.

ortadadır. Dolayısıyla kanaatimizce de hukukun temel ilkelerine, akla ve mantığa en uygun kabul yöntemi, bir orta yol bulunarak sözleşmenin butlanını adeta “fesih” kavramına benzeterek, geçmişe ilişkin haklara güvence getirilmesidir.

Kural olarak, taraflar geçersiz bir sözleşmeyi ifa etmek durumunda değillerdir. Hatta işçileri koruma amacı güden yasalara aykırı davranışlar uyarınca sözleşmenin yerine getirilmesi, cezai sorumluluğa da yol açabilir. Buna rağmen sözleşme kurulduysa ve işçi işverenin emir ve talimatı altında çalıştıysa işçi, geçersiz iş sözleşmesine dayalı olarak değil de tam tersine işverenin işletmesine, hakimiyet alanına katılması sebebiyle bir iş ilişkisi doğmakta, bu ilişki sözleşme temeline dayanmadığından aradaki bağıllık da kolaylıkla çözülebilecektir.⁹³⁴

İşçiyi koruyucu bir hukuk dalı olması nedeniyle İş Hukuku, mutlak butlan gibi ağır bir yaptırımın işçi aleyhine sonuçlar doğurması tehlikesi karşısında bu ilkedен ayrılarak, butlana kadar geçen kısım için iş sözleşmesini geçerli saymak en doğru yol olacaktır.⁹³⁵ İşte tam olarak bu kapsamda, işçinin gerek yaşı ve gerekse cinsiyeti nedeniyle yani kadın olmasının bir sonucu olarak herhangi bir işte öngörülen yasağa rağmen çalışan kişi, yasağa rağmen çalıştırıldığında yine de o işyerinin işçisi sayılarak tüm işçilik haklarından yararlanır.⁹³⁶ Batıl iş ilişkisiyle işçinin durumu, geçerli bir iş sözleşmesi durumundaki işçiyle aynı olup, hem kazandığı ücreti isteyebilecek hem de işverenin koruma ve gözetme yükümlülüğünden kaynaklanan bir iş kazasına uğradıysa haksız fiil yoluna değil, sözleşmeye aykırılık nedeniyle talepte bulunacaktır.⁹³⁷

Doktrindeki genel kabul, işçi ile işverenin çalışma yasağına aykırı biçimde iş sözleşmesi tesis etmelerini “hukuka aykırılık” unsurunun gerçekleşmesi nedeniyle geçersizlik yaptırımına bağlanmasına yönelik olup, kamu düzeni ile genel adap ve kişilik haklarını ilgilendirmeleri nedeniyle buyurucu nitelikte görülen iş mevzuatına müteallik hükümleri de işçi-işveren taraflarının iş sözleşmesi özgürlüğünü sınırlayan hükümler olarak görülmektedirler.⁹³⁸ Dolayısıyla emredici mahiyetteki çalıştırılma yasaklarına aykırılığın yaptırımı, sözleşmenin butlana tabi olması, yani batıl olmasıdır.⁹³⁹ En ağır geçersizlik türlerinden biri olan butlan, hukuki işlemin geçerlilik unsurlarındaki eksiklikler sebebiyle ölü

⁹³⁴ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 93.

⁹³⁵ GÜVEN /AYDIN, s. 122-123.

⁹³⁶ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 93.

⁹³⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 93.

⁹³⁸ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 88-89; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 160.

⁹³⁹ SARACEL, s. 114; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 281.

doğmasıdır.⁹⁴⁰ Butlan müeyyidesine tabi olan yani “batıl” hukuki işlemler, hiçbir zaman geçerli hale gelemezler.⁹⁴¹

Çalıştırma yasaklarına rağmen kadın işçi çalıştırılması halinde bu aykırılığın yaptırımını olarak iş sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin hüküm ve sonuçlarının etkisinin ancak geleceğe yönelik olarak ortaya çıkacağı kabul edilmektedir.⁹⁴² Kanun’da cevaz verilemeyecek biçimde kadın işçi çalıştırılması durumunda bu yasağa rağmen kadının yine de işçi sıfatını haiz olacağı konusu şüphe götürmemektedir.⁹⁴³ Ayrıca kadın işçi, yasak işi görürken uğrayacağı zararların tazminini de işverenden talep edebilir.⁹⁴⁴

Sözleşmenin geçerliliğini, ifa edilmeye başlanılıp başlanılmamasına göre ayıran görüşlere göre, batıl iş sözleşmesinin henüz ifasına başlanmamış, yani işçi henüz o işyerinde çalışmaya başlamamışsa telafisi olanaksız veya taraflardan herhangi birisi açısından beklenmeyen bir durum bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu’nun “*kesin hükümsüzlük*” maddeleri uygulama alanı bularak sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getirecek iken; ifa edilen yahut edilmekte olan iş sözleşmesini ise iş hukukuna özgü butlan yaptırımına tabi tutarak taraflardan birinin ileri sürmesine kadarki süreçte geçerli, bu zamana kadar doğurduğu hüküm ve koşullar mahfuz olmak kaydıyla bundan sonrasında ise geçersiz olarak addetmektedir.⁹⁴⁵

Sözleşme henüz hiç ifa edilmediyse yani işçi işverenin emrinde çalışmaya başlamamışsa bu durumda sözleşmenin tamamını hükümsüz saymakta bir sakınca yoktur, zira ortada telafisi imkansız bir durum yoktur.⁹⁴⁶

Bu konuda TBK, bahsettiğimiz görüşleri doğrulayacak hükmü haizdir. TBK m. 394’e göre de: “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”.

⁹⁴⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 281; AKINCI, s. 119.

⁹⁴¹ AKINCI, s. 119.

⁹⁴² SÜZEK, İş Hukuku, s. 129; SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1163; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 154. Ayrıca bkz. aynı yazar, Kadın İşçinin Hakları, s. 160-161; URHANOĞLU CENGİZ, İştar: “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB Dergisi, S. 98, 2012, s. 220-221; DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 301; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186; EKONOMİ, Münir: “Ferdî İş Hukuku”, Cilt 1, Teknik Üniversite Matbaası, 1976, İstanbul, s. 80; GÖKÇEK KARACA, s. 115-116; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 161; DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 93; ALTAN, s. 145; GÜVEN /AYDIN, s. 122-123; KOLOĞLU, s. 100; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 283.

⁹⁴³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 190; ALTAN, s. 146; SARACEL, s. 116.

⁹⁴⁴ SARACEL, s. 116.

⁹⁴⁵ ALTAN, s. 145; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 92-93; s. 190; FETTAH, s. 68; SARACEL, s. 114-115.

ÖZYURT, s. 937; AYDINLI, s. 6.

⁹⁴⁶ SARACEL, s. 115; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 162.

Bu şekilde yasa koyucunun iş sözleşmesinde butlanın geçmişe etkili değil, geleceğe yönelik olarak taraflardan birinin ileri sürdüğü andan itibaren geleceğe yönelik etkili olması yönünde genelde itibar edilen görüşe⁹⁴⁷ uygun olarak yerinde bir düzenleme yapıldığı ifade edilmekteyse de⁹⁴⁸, bu hükmü eleştiren başka bir görüşe göre söz konusu hüküm, geçerli bir sözleşme hükmünde olmayı geçersizliğin sonradan anlaşılması koşuluna bağladığından, kendi kendisinin uygulama alanını daraltmıştır, ancak hayatta kalmak için çalışması zorunluluk arz eden ve geçimini sağlayabilmek için çoğu zaman geçersizliği bile bile ve bunun herhangi bir yaptırımının olmayacağını düşünerek iş sözleşmesi yapan işçiler dikkate alınır, TBK m. 394/3. maddenin uyarılama yapılarak başta 4857 sayılı İş Kanunu'muz olmak üzere iş mevzuatına tabi bulunan tüm ilişkilerde söz konusu koşul aranmaksızın uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁴⁹ Görüldüğü üzere kamusal nitelikli koruyucu iş hukukunun iş sözleşmesine etkisi, yalnızca sorumluluğun kapsamı açısından etkili olmayıp, bu hükümlere aykırı sözleşme hükümleri de geçersizlikle sakatlanmıştır.⁹⁵⁰

SÜZEK'e göre, 394. maddenin lafzına bakılırsa iş akdinin geçersizliğinin sonradan anlaşılması gerekmekte ve bu nedenle uygulamanın kapsamı çok daraltılmış olacaktır. Örneğin, çalışılan işte kadın veya genç işçilerin istihdamının yasak olması halinde şayet kadın ve genç işçiler bu durumu önceden biliyorlarsa bunlara adı geçen maddenin uygulanması mümkün olmayacak, sözleşme baştan itibaren hiç yapılmamış sayılacak, işçi de bu döneme ilişkin işçilik haklarından mahrum kalacaktır.⁹⁵¹ Bu nedenle ona göre, bu durumda bir uyarılama yapılmalıdır.⁹⁵²

Belirtelim ki, iş sözleşmesinde butlanın geleceğe yönelik hüküm doğuracağı savı, çocuk ile kadınların çalıştırılması yasaklarına aykırılık ya da şekil şartlarına aykırılık gibi kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal etmeyen hallerle sınırlıdır.⁹⁵³ Bu hallerde iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren hükümsüz sayılması yasaklarla güdülen amaca aykırı düşer; sözleşme batıl olmakla birlikte ona dayanarak çalışmış olan kişi, daha da korumasız bırakılarak adeta sömürülmesine göz yumulmuş olur.⁹⁵⁴ Fakat konusu fuhuş, kalpazanlık gibi hukuk düzeninin

⁹⁴⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 330.

⁹⁴⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 105.

⁹⁴⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 92.

⁹⁵⁰ DOĞAN YENİSEY, s. 49

⁹⁵¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 330.

⁹⁵² SÜZEK, İş Hukuku, s. 332.

⁹⁵³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 105; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 86.

⁹⁵⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 282; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 104

temel felsefesini oluşturan ahlak ve kamu düzenine mugayir olma durumu ve ayrıca suç teşkil eden sözleşmelerde geçersizlik, baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurur.⁹⁵⁵

Yargıtay'ın 1958 yılında konuyla ilgili verdiği içtihadı birleştirme kararı⁹⁵⁶, oldukça yol gösterici olmuştur. Yargıtay, kararında herhangi bir işte çalışması yasak olan kişinin yasağa rağmen çalıştırılması halinde işçi sayılacağını ve sosyal sigorta yasalarının tanıdığı haklardan yararlanacağını belirterek, bu kural şu gerekçelerle bağlayıcı hale gelmiştir: “*İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlarını korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velev ki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına ve iş akdinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaidesinin akdin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lazım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş akdinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukuki neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesi'nin içtihadı kanunun ruhuna uygun ve doğrudur”.*

Görüldüğü üzere işçi, çalıştırıldığı işte çalışmaması gerektiğini bilse de, bilmese de ve hatta bu yasağın mevcut olduğunu işverenden gizlese de sözleşmeyle hak kazandığı bütün hakları, aynı geçerli bir iş sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracak, yani işçinin işçilik hakları saklı kalacaktır.

Kanaatimizce, çalıştırma yasaklarına aykırılık hallerinde sözleşmenin ileriye etkili biçimde hükümsüz olmasının kabulü, son derece isabetlidir. Zira bu düşüncenin aksini kabul edersek örneğin, kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilen hakları (brüt ücreti, buna ilişkin yatırılan primler, fazla mesai alacağı ve sair sosyal haklar) yanacak olup, işçinin çalışmasının hiçbir karşılığı olmayacak ve Anayasa'mızca düzenlenen angarya yasağına aykırılık gündeme gelecektir. Bahsettiğimiz durumda, SGK'ya ödenen primlerin iadesi için başvurulduğunda, bir devlet kuruluşu olan SGK'nın tüm işverenlere karşı bu nev'i bir ödeme

⁹⁵⁵ GÜVEN /AYDIN, s. 123; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 86; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 105; SÜZEK, İş Hukuku, s. 333, AYDINLI, s. 7.

⁹⁵⁶ YİBK., 18.6.1958 E. 1957/20, K. 1958/9.

yükümlülüğü altına girmesi ülkemiz açısından hasar yaratacağı gibi; işverenin ödediği meblağı işçiden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tahsili gündeme gelebilir ve böylece telafisi imkansız sonuçlar ortaya çıkabilir.

Y10 HD.'nin T. 20.5.1997, E.1997/3965, K.1997/3791 kararında Yargıtay, işe giriş bildirgesinin verilmiş, primlerin ödenmiş olması durumunda işyerinde yapılan işin Ağır ve Tehlikeli İşler Tüzüğü'ne göre kadınlar tarafından yapılamayacağından bahisle, sigortalı olarak çalışmışlığın iptalinin doğru olmayacağı kanaatine varmıştır.⁹⁵⁷ Kaldı ki böyle bir durumda kanaatimizce işverenin bunu ileri sürmesi TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olacağından, hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeninin korumayacağı aşıkardır. Bahsi geçen kararda Yargıtay, işyeri kayıtlarının getirilerek tutanağı düzenleyen müfettiş, işyerinde çalışan diğer işçiler, işveren ya da temsilcisi tanık sıfatıyla dinlenerek işyerinde kadın işçinin yapabileceği hafif işlerin ve büronun bulunup bulunmadığı, kadın işçiye gereksinim olup olmadığının belirlenerek varılan sonuca göre karar verilmesi gerektiği nedeniyle kararı bozmuştur. Ayrıca Yargıtay, kadın işçinin fiilen hangi işte çalıştırıldığının önemli olduğunu belirterek ağır ve tehlikeli işlerle ilgili düzenlemelerin amacına uygun olarak karar vermiştir.

DOĞAN YENİSEY'e göre; hukukumuzda ve İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku'ndan farklı olarak buyurucu hükümler ile yasaklayıcı normlar arasında herhangi bir fark görülme de, yasaklayıcı bir hükmün varlığı halinde de buna aykırılığın her zaman sözleşmenin geçersizliği (hükümsüzlüğü) sonucunu gerektirdiğini söyleyemeyiz.⁹⁵⁸ Kanunun emredici normlarına aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğuna ilişkin olan TBK'nın 27/2. mutlak hükmüne rağmen esasen hukuki işlemin bütünüyle geçersiz kılındığı katı bir yaptırım mekanizması bulunmamakta, zira özel hukukun temelinde irade serbestisinin yattığı gerçeği hiçbir zaman unutulmamalıdır.⁹⁵⁹

NAZLI'ya göre, yasaklara aykırı çalışmalarda sadece çalışılmış olan sürelerle sınırlı kalmak üzere⁹⁶⁰ sözleşme tüm hukuki sonuçlarıyla birlikte geçerlidir. Ancak iş akdi taraflarının her zaman çalışmama, çalıştırmama hakkını kullanabileceklerinin kabulü gerekir.⁹⁶¹ Yasaklara aykırı olarak çalışma durumunda iş sözleşmesinin devamını sağlamak,

⁹⁵⁷ Naklen: AYDINLI, s. 1.

⁹⁵⁸ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 277.

⁹⁵⁹ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 277-278.

⁹⁶⁰ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

⁹⁶¹ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

çalışmaya son verilmesi gereğini kabul etmemek, kanunun ilgili düzenlemesini işlevsiz hale getireceği gibi, aynı zamanda bu durumun maddenin kabul esaslarından biri olan işçinin sağlığını koruma düşüncesine de aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmektedir.⁹⁶²

Yasaya aykırı çalıştırılan kadın işçilerin sözleşmeleri, hükümsüzlük tarihine kadar sanki geçerli bir iş sözleşmesiymiş gibi hüküm ve sonuç doğurduğundan dolayı⁹⁶³ bu sürede işçi, hak kazandığı ücret, fazla çalışma ücretleri, yıllık izin ücretleri, ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretleri, hafta tatili ücretleri gibi bütün işçilik alacaklarını talep edebilecek olmasına rağmen kamu düzeniyle yakın ilişkisi nedeniyle iş sözleşmesi geçersiz olduğu için bu durumda kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı ileri sürülmektedir.⁹⁶⁴

Çalıştırma yasakları, analığa geçiş zamanındaki mevcut hizmet sözleşmesinin yanısıra sonradan kurulan hizmet sözleşmeleri üzerinde de etkisini gösterecek ve aynı hukuksal sonuçlara tabi bulunacak olup; örneğin önceden çalışmayan bir kadının analık haline geçtikten sonra ilk defa hizmet akdine tabi olması veya analık izniyle işyerinden ayrıldıktan sonra başka işyerinde çalışması durumunda kanunun emredici hükümlerine aykırılık taşıyan bu sözleşme, TBK m. 27 uyarınca geçersiz olacaktır.⁹⁶⁵

Tabii olarak, çalışmama ya da çalıştırmama hakkının kullanılabilme süresi, işçinin koruyucu yasal düzenleme kapsamında olduğu süreyle sınırlıdır. Kanun'un çalıştırma yasağına ilişkin düzenlemede esas aldığı süreyle birlikte işçi veya işveren, artık bu koruyucu kanun hükümlerini gerekçe göstererek çalışmama veya çalıştırmama hakkını kullandıklarını ileri süremezler.⁹⁶⁶ Örneğin gebe veya emziren bir işçinin yasağa rağmen 1 yıl boyunca gece işlerinde çalıştırıldığını varsayarsak yasaklı olan bu süreler geçtikten sonra herhangi bir fesih talebinde bulunamayacakları kabul edilmelidir.

2. İş Sözleşmesinin Kısmi Hükümsüzlüğü (Kısmi Butlan)

Hukukumuzda, kısmi butlanın söz konusu olabilmesi için sözleşmenin bir kısmının batıl olması ve tarafların farazi iradelerinin bu kısım olmasaydı yine de sözleşmeyi yapacakları yolunda olması gerekir.⁹⁶⁷ Bu konuda bir karine koyan TBK m. 27/II hükmü,

⁹⁶² NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

⁹⁶³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 333.

⁹⁶⁴ ÖZYURT, s. 937.

⁹⁶⁵ SARAÇ, s. 1890.

⁹⁶⁶ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

⁹⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 334; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 281 ; AKINCI, s. 120.

tarafların kısmi butlanı istedikleri yönünde yorum yapılmasını, aksini iddia eden tarafın bunu ispatla mükellef olduğunu muhtevindir.⁹⁶⁸

Diğer görüşlere nazaran daha farklı bir bakış açısı sunan doktrindeki bazı görüşlere göre iş sözleşmesinin tamamı değil, sadece bazı bölümleri kadın işçileri koruyucu hükümlere aykırı ise o zaman sadece o kısmın geçersizliği ileri sürülebilecek, sözleşmenin geçersiz sayılan kısmına ilişkin boşluk ise somut olaya göre hiyerarşik sırayla kanun hükmü, toplu iş sözleşmesi ve bu da yoksa genel hükümler ya da mümkünse gelenekler ile doldurulacaktır.⁹⁶⁹ Örneğin, bir kadın işçi iş sözleşmesiyle her gece 10 saat çalışma yapacağını taahhüt etmiş, ancak henüz bu taahhüdünü yerine getirmemişse yalnızca bu akitteki gece çalıştırma şartı hükümsüz sayılacak, fakat taraf iradelerinden veya somut olaydan bu iş sözleşmesinin kadın işçinin gece çalışması ekseninde kurulduğu anlamı çıkıyorsa bu takdirde sözleşme baştan itibaren hükümsüz olacaktır.⁹⁷⁰ Yani sözleşmenin tamamı değil, sadece bir kısmı koruyucu hükümlere aykırılık teşkil ediyorsa, bu takdirde hükümsüzlük yalnızca İş mevzuatına aykırı kısımlar için mevcut sayılacaktır.⁹⁷¹ Böylece iş akdinin tamamını hükümsüz kılmanın önüne geçilerek hem işçinin korunmasına hem de iş ilişkisinin sağlanmasına hizmet edilmektedir.⁹⁷²

Bir kadın işçiyle yapılan iş sözleşmesi genel olarak hukuka uygun, fakat yalnızca bir hüküm çalıştırılma yasaklarına aykırıysa (örneğin, yasak sürelerin gündeme geldiği dönemde de gece çalıştırılması yapılacağına ilişkin kabul ve taahhüt) bu durumda tüm sözleşmenin değil, mevzuata aykırı olan bu maddenin geçersiz olması gerekmektedir.⁹⁷³

Kısacası hizmet akdindeki hükümlerin tamamı değil sadece biri veya bir kısmı mevzuata aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda sadece aykırılık taşıyan hükümlerin batıl sayılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹⁷⁴ Bu noktada, hukukun temel ilkelerinden hareketle şayet batıl sayılan madde hiç olmasaydı o sözleşmenin yapılmayacağı ifade ediliyor ya da somut olayın gereğinden bu durum anlaşılabiliriyorsa bu durumda sözleşmenin tamamı hükümsüz sayılabilecektir.⁹⁷⁵

⁹⁶⁸ AKINCI, s. 120.

⁹⁶⁹ SARACEL, s. 115; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 190; ÖZYURT, s. 937; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 161.

⁹⁷⁰ SARACEL, s. 115-117.

⁹⁷¹ ÖZYURT, 937.

⁹⁷² SÜZEK, İş Hukuku, s. 334.

⁹⁷³ ALTAN, s. 154; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 161.

⁹⁷⁴ SARACEL, s. 115.

⁹⁷⁵ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 161; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 281.

Böyle bir durumda iş sözleşmesinin tamamı değil, işçinin bu şekilde çalışmasına ilişkin hükmü (nispi butlan) geçersiz sayılacak, iş sözleşmesi taraflar arasında devam ettiğinden işverenin işçiyi gözetme borcu devam edecektir.⁹⁷⁶ İşveren, gözetme borcunun bir gereği olarak bu işçilere durumlarına uygun bir iş vermekle yükümlü olacağı veya aynı işverene ait işçilerin durumlarına uygun işlerin yapıldığı başka işyerlerinde de bu işçilerin çalıştırılabilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁹⁷⁷

B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

1. Genel Olarak

Çalıştırma yasaklarına aykırılığın yaptırımı, kural olarak yukarıda açıkladığımız gerekçelerle geçersizlik (hükümsüzlük) yaptırımıdır. Ancak etkisini geleceğe yönelik olarak gösterecektir. Dolayısıyla bu yönden bakınca esasen sözleşmenin feshi, kadın işçinin çalıştırılması yasak işlerde çalıştırılması nedeniyle feshedilemez. Çünkü sözleşme zaten ileriye sürüldüğü tarihten itibaren geçersiz sayılacaktır. Geçersiz bir sözleşmenin feshi hukuk düzeninde mümkün olmadığından, “fesih” konusu ancak aykırılığın başlangıçta değil, sonradan tabi olma halinde söz konusu olacaktır.⁹⁷⁸ Bu minvalde taraflar, sözleşmenin kuruluşundan az veya çok sonraki bir tarihte çalıştırılma yasaklarından haberdar oldularsa veya bu nedenler ortaya sözleşme kuruluşundan sonra çıktıysa bu durumda fesih türünün hangisi olacağı üzerinde durulmalıdır.

2. Fesih Türü

Sözleşmeyi yapan taraflardan birinin tek taraflı ve muhataba yöneltilmesi gerekli irade beyanıyla⁹⁷⁹ belirli bir sürenin geçmesinin ardından veya derhal sona erdirilmesi olarak tanımlanan fesih, iş sözleşmesini sona erdiren önemli bir haldir.⁹⁸⁰ Öncelikle Borçlar Kanunu’nun 340. maddesinde bulunan ve sonra İş Kanunlarında yerini alan iş sözleşmesini

⁹⁷⁶ BAYCIK, s. 156.

⁹⁷⁷ BAYCIK, s. 156.

⁹⁷⁸ Doktrinde, üzerinde düşünülmesi gereken bir konu, örneğin cinsiyet değişikliği halinde kadın işçi çalıştırma yasaklarına tabi olunup olunmayacağı konusudur. Cinsiyet değiştirme duygusu yani transseksüellik, ergenliğe ulaşmış bir kimsenin, belirlenen cinsiyetiyle ilgili olarak ısrarlı rahatsızlığı ve uygunsuzluğu konusundaki duygudur (GÜVEN, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, GÜHF Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, Ankara, s. 46). GÜVEN’e göre cinsiyet değiştirme, kişinin ahvali şahsiyesiyle ilgili, bir bütün halinde hüküm ve sonuç doğurur ve etkisi ileriye dönüktür (GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 67). İleriye etkili olmasının ortaya çıkardığı durum, cinsiyet değişikliği sonucunda çalıştırma yasaklarına tabi olan işçinin iş sözleşmesinin butlana tabi olmaması, bu durumda işverenin sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi gerekliliğinin vuk’u bulmasıdır.

⁹⁷⁹ KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: “İş Güvencesi Hukuku”, Legal Yayınevi, 2007, İstanbul, s. 17 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 455.

⁹⁸⁰ SAVAŞ, F. Burcu: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi”, Beta Yayınevi, 2012, İstanbul, s. 24.

fesih türleri, olağan fesih ve haklı nedenle fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁹⁸¹ Kural olarak, süreli bir iş ilişkisi, tarafların önceden belirledikleri süreden önce sadece yine tarafların anlaşması ile süresi belirsiz olan sürekli bir iş ilişkisi ise kanunen veya sözleşmeyle kabul edilmiş fesih sürelerine uyulmak suretiyle sona erdirilebilse de, öyle nedenler çıkabilir ki tarafların iş akdini yürütmeleri imkansız veya taraflardan biri için çekilmez hale gelmiş olabilir.⁹⁸²

Olağan fesih ve haklı nedenle fesih hakları sözleşmenin iki tarafına da tanınan ve hukuki nitelikleri itibarıyla bozucu yenilik doğuran haklar arasındadır.⁹⁸³ Karşı tarafın hukuk alanını etkileyen ve yenilik doğuran mahiyeti itibarıyla fesih bildirim, açık ve muayyen bir biçimde yapılmalıdır.⁹⁸⁴ Bir kez kullanılmakla tükenen ve şarta bağlı olarak kullanılmayan hak mahiyetindeki fesih türlerinden her ikisi de karşı tarafa yöneltilmesi gerekli ve karşı tarafın kabulüne gerek duyulmaksızın ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını ileriye yönelik olarak doğurmakta, iş sözleşmesini derhal ya da ihbar süresinin sonunda sona erdirmektedir.⁹⁸⁵

Haklı nedenle (derhal) fesih, taraflardan birisi için dürüstlük kuralı gereği objektif mahiyette sözleşme ilişkisine devamın beklenemeyeceği durumların vuk'u bulması halinde sözleşmenin sona erdirilmesi imkânı sağlayan, olağan nedenle fesihdeki sebepler gibi kanunda öngörülen nedenler sonucunda ancak olağan fesihtekilerden çok daha ağır nedenlere bağlandığı fesih türüdür.⁹⁸⁶ Haklı nedenlerin başında, tarafların birbirine karşı güven temelinin çökmesi gelir.⁹⁸⁷

Olağan (süreli, bildirimli) fesih, kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde gündeme gelen, haklı nedenlerin mevcut olmadığı ancak sözleşmenin devamının da mümkün olmadığı hallerde taraflara belli süreler geçtikten sonra iş ilişkisini sona erdirmeye imkanı tanıyan fesih türüdür.⁹⁸⁸ İşçinin iş görmesi için zorunlu bulunan yasal izin ve ehliyetlere sahip olmaması, geçerli nedenle fesih nedenidir. Bu izin ya da ehliyet olmadan işçi çalıştırılması,

⁹⁸¹ SAVAŞ, s. 25.

⁹⁸² SENYEN KAPLAN, *İşverenin Fesih Hakkı Sınırları*, s. 125 vd.

⁹⁸³ BAYSAL, Ulaş: "İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi", Adalet Yayınevi, 2011, Ankara, s. 6; SAVAŞ, s. 25; KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, *İş Güvencesi Hukuku*, s. 19; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 456.

⁹⁸⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 456.

⁹⁸⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 456; SAVAŞ, s. 26.

⁹⁸⁶ SAVAŞ, s. 30; BAYSAL, *Geçerli Sebep*, s. 6; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 594.

⁹⁸⁷ BAYSAL, *Geçerli Sebep*, s. 7.

⁹⁸⁸ BAYSAL, *Geçerli Sebep*, s. 8-9; SAVAŞ, s. 31; KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, *İş Güvencesi Hukuku*, s. 18; SENYEN KAPLAN, *İşverenin Fesih Hakkı Sınırları*, s. 125; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 463.

kanuna aykırılık teşkil edecektir.⁹⁸⁹ Fesih ile sürekli borç ilişkisi, ex nunc olarak sona erer.⁹⁹⁰ Sözleşmenin olağan feshi, süreye bağlı bir fesih olmakla beraber, feshin hüküm ifade edeceği süre kadar taraflara zaman yönünden feshe karşı koruma sağlar.⁹⁹¹ İş Kanunu m.18/III uyarınca “74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek” geçerli feshe yol açmayacaktır. Ayrıca çalıştırma yasakları kamu düzeninden ve emredici mahiyette tesis edildiğinden, bu yasağa aykırılığın devam ettiği her an, kamu düzenine aykırılık da devam etmekte olacaktır.

İş Kanunu’muzun 24/II hükmü, “çalışma şartları uygulanmazsa” ifadesini kullanarak kanunlarımız başta olmak üzere, tüzük, yönetmelik, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri gibi geniş bir kapsamı içine aldığından, buralarda düzenlenen koruyucu iş hukuku normlarına aykırı davranışlar, işçi açısından haklı nedenle fesih sebebidir.⁹⁹² Şayet işçi, fesih hakkının sınırlanması nedeniyle kendisinin haiz olduğu haklar hususunda bilgi sahibi değilse, işveren onu bu konuda bilgilendirmek zorundadır.⁹⁹³ İşveren tarafından sözleşmenin yapılması aşamasında gerekli bilgi verilmeyerek kusurlu (culpa in contrahendo) davranılması sonucu, kadın işçiye bir tazminat ödenmesi söz konusu olabilecektir.⁹⁹⁴

Kanunlarda kendisini koruma amacıyla getirilen çalıştırma yasaklarına aykırılık durumunda işçi, eğer bu yasaklar iş sözleşmesi kurulduktan sonra ortaya çıktıysa haklı nedenle fesih yoluna gidebilecek, aksi takdirde –yani yasaklar iş sözleşmesinin kurulduğu anda zaten mevcutsa- bu takdirde hükümsüzlüğü ileri sürecektir.

Emredici hükümlere uymayan işverene karşı işçinin bir diğer hakkı ise işçinin haklı nedenle fesih hakkıdır.⁹⁹⁵ Bu hakkın Alman Hukuku’nda da yer aldığını görmekteyiz.⁹⁹⁶

Türk Borçlar Kanunu’muzun 27. maddesindeki emredici hükümlere aykırılık taşıyan sözleşmelerin hükümsüz olduğu hallerde, emredici hükmün kamu hukuku normu yahut özel hukuk normu olması arasında hiçbir fark yoktur, hükmün etkisi aynıdır.⁹⁹⁷

⁹⁸⁹ BAYSAL, s. 114.

⁹⁹⁰ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, s. 18; SENYEN KAPLAN, İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, s. 164.

⁹⁹¹ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, İş Güvencesi Hukuku, s. 18.

⁹⁹² DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 50.

⁹⁹³ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları”, Doktora Tezi, 1987, Ankara, s. 87.

⁹⁹⁴ EKONOMİ, Gebelik ve Doğum, s. 18; FETTAH, s. 68

⁹⁹⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 596 vd.; SARACEL, s. 118.

⁹⁹⁶ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 123.

⁹⁹⁷ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 50.

Yasaklar sonucunda işçinin iş akdine derhal son verilmesi gibi geri dönüşü olmayan bir yola girilmektense, kanaatimizce feshin son çare olması ilkesi kapsamında öncelikle işçinin yapacağı iş değiştirilmelidir. Her ne kadar işçinin bu işi dürüstlük kuralları kapsamında kabul etmesi gerekiyor olsa da, sözleşmenin muhtevası ve belki de çalışma şartları da değişeceğinden, en başında taahhüt etmediği bir edimi ifa etmesi için de zorlanamamalıdır.

II. SÖZLEŞMEYE YAPILAN MÜDAHALENİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

A. İRADE SERBESTİSİ (ÖZERKLİĞİ İLKESİ)

Borçlar Hukuku'nda, fertlerin irade serbestisi prensibi hakimdir (TBK m. 26). Taraflar, özgür iradeleriyle yaptıkları sözleşmelerle sınırlı da olsa kendilerini hem bağlayan, yani borç altına sokan hem de hak sahibi yapan ve böylece bizzat uymak zorunda oldukları hukuk kuralları koyarlar. İrade özerkliğine işlerlik sağlayan en önemli hukuki araç, hukuki işlem ve özellikle sözleşmedir.⁹⁹⁸ EREN, irade özerkliğini sözleşme özgürlüğü ilkesi, eşitlik ilkesi ve şekil özgürlüğü ilkesi olmak üzere üç alt ilkeye ayırmaktadır.⁹⁹⁹ Biz de bu ayrım üzerinden ilerleyeceğiz.

1. Sözleşme Yapma Özgürlüğü

Anayasa m. 48/I ile de garanti altına alınmış olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, aslında bireyin davranış özgürlüğünün, hak ve fiil ehliyetinin, dolayısıyla kişiliğinin zorunlu bir sonucu ve uzantısıdır. Sözleşme özgürlüğü ile hukuk düzeni kişilere, sözleşmeye konu olabilecek ilişkilerini bizzat düzenlemek, ona diledikleri şekli vermek imkanını tanımaktadır. Bu suretle sözleşme özgürlüğü, fertlere sınırlı bir şekilde de olsa kişisel ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemek, aralarında geçerli olacak bir hukuk düzeni yaratmak yetkisini vermektedir. Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde ifade edildiği gibi, "*Hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmeler, onu yapanların kanunu sayılırlar.*"¹⁰⁰⁰

Kaynağını, bir yandan "tabii hukuk doktrininde", diğer yandan da en parlak devrini 19. yüzyılda yaşayan ve çağımızda tekrar baş tacı edilen "ekonomik liberalizmde" bulan sözleşme özgürlüğü, kendi içinde dört alt gruba ayrılır. Bunlar: Herhangi bir sözleşmeyi yapip yapmama özgürlüğü (inikat serbestisi), istenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma,

⁹⁹⁸ EREN, Fikret: "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, yirmüçüncü bası, 2018, Ankara, s. 16.

⁹⁹⁹ EREN, s. 16. Ayrıca bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 270.

¹⁰⁰⁰ OĞUZMAN, s. 23 ; EREN, s. 16-17.

sözleşmenin karşı tarafını seçme ve nihayet kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüdür.¹⁰⁰¹ Bu ilke uyarınca bireyler (tarafklar) her şeyden önce herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmamakta, yapmak istedikleri bir sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları içinde diledikleri tip ve içerikte yapma hususunda özgürdürler. Sözleşme özgürlüğünün bu sonuncu türüne “düzenleme veya tip özgürlüğü” de denilir.¹⁰⁰²

Diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sözleşmesi için de “sözleşme özgürlüğü” ilkesi geçerlidir.¹⁰⁰³ O halde bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesini yapıp yapmama hususunda taraflar serbest oldukları gibi; şeklini, muhtevasını da serbestçe belirleyebilirler.¹⁰⁰⁴ Fakat elbette ki TBK m. 27’de getirilen sınırlamalar, iş sözleşmesi için de aynen geçerli olup, iş sözleşmesinin muhtevası kanunun emredici nitelikteki hükümlerine, ahlaka, adaba, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olamaz.¹⁰⁰⁵ Bu bağlamda esas kaynağını Anayasa m. 48/1 ile TBK m. 26’dan alan “iş sözleşmesi özgürlüğü”, genel nitelikli sözleşme özgürlüğünün iş hukukundaki görünümüdür.¹⁰⁰⁶ Kural bu olmakla birlikte, sosyal ve ekonomik gerekler bu özgürlüğün kanuni müdahale ile önemli sınırlamalara tabi tutulmasına yol açmıştır.¹⁰⁰⁷ Örneğin, küçükler, kadınlar ya da yabancılarla ilgili olarak belirtilen çalışma yasakları, tarafların iş sözleşmesi özgürlüğünü sınırlayan yasaklardır.¹⁰⁰⁸ Normun korumaya çalıştığı menfaat, normun mahiyeti ile norm karşısında tarafların hareket serbestisi olmak üzere üç taraflı değişkenin söz konusu olduğu iş sözleşmesindeki emredici normların¹⁰⁰⁹ zorlayıcı gücü daha baskın olup, o alanda tarafların sözleşme yapma serbestisini ortadan kaldırmaktadır.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 505 ; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 44.

¹⁰⁰² EREN, s. 17 ; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 44 ; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 505-506.

¹⁰⁰³ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, İstanbul, s. 82.

¹⁰⁰⁴ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 136.

¹⁰⁰⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 33 ; SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 137.

¹⁰⁰⁶ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 82 vd.

¹⁰⁰⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 33; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 99; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 86.

¹⁰⁰⁸ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 88.

¹⁰⁰⁹ Normun emredici veya yedek niteliği, genel normun korumayı hedeflediği menfaatin niteliğine göre belirlenmektedir (DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 95).

¹⁰¹⁰ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 95.

Akit serbestisinin esasını bireylere aralarındaki hukuki ilişkiyi diledikleri biçimde düzenleme yetkisi veren “iradenin muhtariyeti” doktrinini kabul eden hukuk sistemlerinde taraflara aralarındaki ilişkiyi yapacakları hukuki işlemlerle düzenleme yetkisi verilmiştir.¹⁰¹¹

İş Hukuku’nda sözleşme özgürlüğü, öncelikle herhangi bir iş sözleşmesi yapma özgürlüğünde varlık kazanmaktadır. Sözleşme özgürlüğü doğrultusunda kişiler, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, diledikleriyle iş sözleşmesi yapabileceklerdir.¹⁰¹² İşçinin daha önce bir işyerinde çalışmış bulunması, kural olarak kendisine işe alınma hakkı vermeyeceği gibi, işvereni de söz konusu kişiyi işe alma zorunluluğuna tabi tutmayacaktır.¹⁰¹³

İkinci bir serbesti olan İş Hukuku’nda “iş sözleşmesinin muhteviyatını belirleme” hususunu spesifik olarak toplu iş sözleşmelerinde, genel iş koşullarında ve işyeri uygulamalarında görebilmekteyiz.¹⁰¹⁴

Sözleşme özgürlüğünün esas olarak iki amaca matuf olduğunu söyleyebiliriz: Sözleşmenin taraflarının da içerisinde yer aldığı toplumun genel yararının korunması ve özel olarak sözleşme taraflarının çıkarlarının korunmasıdır.¹⁰¹⁵ Türk Borçlar Hukuku’na ve İş Hukuku’na hakim olan temel ilke, irade özerkliği ilkesidir.¹⁰¹⁶ Sözleşme serbestisinin doğal bir uzantısı olduğu irade özerkliği, liberal hukuk felsefesinin, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün ideolojik esasını oluşturur.¹⁰¹⁷ İrade özerkliği, hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanımış olduğu genel yetkidir. Bu ilkeye göre fert, hür (özerk) bir varlık olup, hukuki açıdan kendi kaderini bizzat tayin etmek yetkisine sahiptir. Gerçekten, irade özerkliği sayesinde fertler, kendi aralarında kendi hukuklarını ve hukuki ilişkilerini kurup yaratırlar.¹⁰¹⁸ Sözleşme özgürlüğü ilkesi, taraflara yapmış oldukları bir sözleşmeyi dilerlerse değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisini de vermektedir.¹⁰¹⁹

Emredici hukuk kuralları, herkes tarafından mutlaka uyulması gereken ve tarafların iradesiyle bertaraf edilemeyen kurallar olduklarından, bu nev’i hükümler, akit serbestisini

¹⁰¹¹ ESENER, Turhan: “İş Hukuku”, AÜHF Yayınları, yeniden gözden geçirilmiş ikinci bası, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara, s. 33.

¹⁰¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 23; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 86.

¹⁰¹³ DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 83.

¹⁰¹⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 275; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 86.

¹⁰¹⁵ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 96

¹⁰¹⁶ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 115 vd.

¹⁰¹⁷ SAVAŞ, s. 5 vd.

¹⁰¹⁸ EREN, s. 16; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, C. 1, Filiz Kitabevi, yedinci tıpkı bası, 2017, İstanbul, s. 503 vd.

¹⁰¹⁹ EREN, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 507.

(sözleşme hürriyetini) sınırlamaktadırlar.¹⁰²⁰ İş münasebetlerini düzenleyen mevzuatımızda birçok emredici kuralın yer alma nedeni, işverenler karşısında güçsüz konumda bulunan işçileri, sınırsız sözleşme serbestisinin yaratacağı olumsuz çalışma koşullarına karşı koruma endişesi, kamu düzeninin tesis edilmesi ve sürekli kılınmasıdır.¹⁰²¹ Borçlar Hukuku'ndaki kamu düzeni ve emredici hüküm kavramları, klasikleşmiş manasıyla aynen iş hukukuna aktarılamazlar.¹⁰²² İş Hukuku'ndaki emredici hükümler, işçi aleyhine değiştirilemezken işçilerin lehine olduğu takdirde –istisnası mutlak emredici hükümlerdir- aksi kararlaştırılabilecektir.¹⁰²³

Hukuk düzenine düşen görev, sırf şekli anlamda kalan bir sözleşme serbestisi kavramı ile yetinmemek ve Anayasa'mızın 2. maddesinde ifadesini bulan “sosyal hukuk devleti” kavramından hareket ederek sözleşme adaletinin yok edilmesini önleyecek bir “maddi anlamda sözleşme serbestisi” ilkesini geliştirmek, bir başka deyişle sözleşme adaletini sağlamak üzere sosyo ekonomik açıdan yani yapısal olarak güçsüz durumda olan sözleşenleri güçlü olanlara karşı korumaktır.¹⁰²⁴

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayalı olarak işçi tarafından açılacak ayrımcılığın tespiti ve yoksun bırakıldığı haklar ile birlikte ayrımcılık tazminatına yönelik olarak taleplerine ilişkin görülecek davanın, eda davasının özelliklerini taşıdığından dolayı eda davası olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır.¹⁰²⁵

Borçlar Hukuku'nun klasikleşmiş olan sözleşme özgürlüğüne dayanan yapısı, sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma bağlamında yetersiz kalmaktadır.¹⁰²⁶ İş Hukuku'nun koruyucu özelliği nedeniyle Borçlar Hukuku'nda getirilen sınırlamalar dışında iş mevzuatında özel bazı sınırlamalar da getirilmiştir. Özellikle genç ve küçük işçileri ya da biyolojik farklılığından dolayı kadın işçileri koruma maksadıyla iş sözleşmesi yapma yasakları getirilmiş, koşulların gerçekleşmesi halinde de işverene bazı işçilerle akit yapma zorunluluğu getirilerek, akit yapma serbestisinin sözleşmenin tarafını seçebilme hürriyeti bakımından sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar, kanunla getirilmiş olmakla birlikte, akit

¹⁰²⁰ SÜZEK, Sarper: “İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 359. Ayrıca bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 33.

¹⁰²¹ SÜZEK, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, s. 359; ESENER, s. 34-35.

¹⁰²² ESENER, s. 35; SÜZEK, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, s. 359.

¹⁰²³ SÜZEK, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, s. 359. “Bunun anlamı, İş Kanunu'na ilişkin hükümlerin kural olarak nispi emredici mahiyette hükümler olmasıdır ki Yargıtay da kararlarında (bkz. Y9HD., 10.04.1970, 101/3487) kamu düzeninin işveren bakımından sınırlandırıldığına yer vermiştir” (SÜZEK, İş Hukuku, s. 33-34).

¹⁰²⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 505-506.

¹⁰²⁵ NAZLI, *Eşit Davranma İlkesi*, s. 579.

¹⁰²⁶ ERDOĞAN, s. 433.

yapma serbestisi yukarıda incelediğimiz üzere toplu iş sözleşmeleri ile de sınırlandırılabilir.¹⁰²⁷

2. Eşitlik İlkesi

Borçlar Hukuku'nda hakim olan diğer bir ilke de taraflar arasındaki eşitlik ilkesidir. Borç ilişkisinin tarafları arasında Kanun, ilke olarak bir ayırım yapmamıştır. Ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın alacaklı ve borçlu, kanun önünde birbirine eşit sayılmış, bu nedenle de eşit korumaya tabi tutulmuştur. Eşitlik ilkesi, aslında irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin doğal bir sonucudur. Gerçekten, ekonomik hayatta borç ilişkisine girişen, bir sözleşme yapan herkes, bu ilişki ve sözleşmeyi kendi özgür iradesiyle kurmuş veya yapmış sayılır. Hiç kimse, iradesi dışında zorla özel borç ilişkisine taraf olamaz.¹⁰²⁸ Eşit davranma ilkesi, eşitlik ilkesinin iş hukukundaki görünümüdür.¹⁰²⁹

Sanayi devriminin ardından makineleşme sonucunda işçilere adeta sefalet ücreti ödenmekte, işçiye verilen değer azaldığından dolayı iş ilişkilerinde sözleşme özgürlüğü hiçbir sınırlamaya tabi tutulmamış, ekonomik bakımdan güçsüz olan işçiler devlet müdahalesi ile hukuken korunmadıklarından dolayı kötü koşullarda çalışarak iş kazası ve meslek hastalıklarına terk edilmişlerdir.¹⁰³⁰

Yargıtay, isabetli bir şekilde eşit davranma ilkesine yönelik olarak sınırları belirlerken işverenin yönetim hakkına yaptığı atıfla farklı davranma serbestisinden bahsetmektedir. Yargı içtihatları ile somutlaşan işverenin farklı davranma serbestisi, işçilerin farklı konumlarda olması halinde ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, bazı kararlarında¹⁰³¹ işverenin haklı nedenlerin varlığında işçilerini ayırarak farklı davranmasını bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Yargıtay'ın bu tutumunun gerekçesi olarak işyerinde çalışan tüm işçileri kötüde birleşme riskinden korumak istediği sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁰³² Çalışma hakkının tamamlayıcısı mahiyetinde olan çalışma özgürlüğünün sosyal hakların temel özelliği olan sosyal eşitsizliklerin en aza indirilmesine hizmet eden yönünün sınırlı olduğu belirtilmektedir.¹⁰³³ Çalışma özgürlüğü, çalışanı bireysel olarak özgürleştirici bir fonksiyona sahiptir, pozitif

¹⁰²⁷ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 144.

¹⁰²⁸ EREN, s. 17 ; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 42.

¹⁰²⁹ NAZLI, Eşit Davranma İlkesi, s. 571 ; ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 371-372 ; SOYSAL, s. 8 ; DOĞAN, Sevil, s. 179 ; Terminolojik olarak İş Hukuku'nda eşitlik ilkesi; eşit muamele, eşit davranma, veya eşit işlem borcu biçiminde kullanılmaktadır. (KAYA, Pir Ali, s. 50).

¹⁰³⁰ BAYCIK, s. 39.

¹⁰³¹ Yargıtay 9. HD., 07.10.2013, E. 2011/33127, K. 2013/25090.

¹⁰³² NAZLI, Eşit Davranma İlkesi, s. 577.

¹⁰³³ NAZLI, Ankara, s. 41.

hukuk metinleri kapsamında çalışana iş temin edilemediği takdirde çalışma özgürlüğü şüphesiz ki değerini kaybedecektir.¹⁰³⁴ Zaman içerisinde yaşanan gelişmeler, bilhassa Dünya savaşlarının meydana getirdiği etkiler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları bakımından yeniden sorgulanması gibi bir gereklilik yaratmış, bu gerekliliğin sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ve hukuk devletinin temini ile bağlantılı olduğunu söylemek gerekir. Zira devletlerin yönetim biçiminde değişen anlayış devletlerin önceden tepki vermedikleri birçok alana müdahale etmeleri sonucunu doğurmuştur.¹⁰³⁵

Sözleşme adaletinin sağlanması fikrinin bir gereği olarak, bireyin kendisine tanınan özgürlükleri kullanmadığı alanlarda sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesine olanak tanınmakta ve hatta müdahale etme kaçınılmaz hale gelmiştir.¹⁰³⁶ Bireyler açısından Anayasa ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesi, aynı zamanda Anayasa 17. maddesi ile de varlık kazanmaktadır. Buna göre sözleşme özgürlüğü ilkesi, aynı zamanda tüm bireyler için tanınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının aracı olarak nitelendirilmektedir.

Anayasal anlamda eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki uygulaması olan eşit davranma borcu, işverene aynı durumdaki işçilerin kendisinden “talepte” bulunabilme hakkını vermekte, bu nedenle de bu hakkın ihlali durumunda hak sahiplerine doğrudan ya da yargı eliyle bu haklarını işverenden isteme hakkını meşrulaştırmaktadır ve hatta buna ilişkin olarak TCK m. 122 uyarınca cezai yaptırım dahi öngörülmüştür.¹⁰³⁷

Yasa koyucu, sosyal devlet gereği ve Anayasa'nın da¹⁰³⁸ verdiği yükümlülük nedeni ile iş hukuku alanında koruyucu düzenlemeler getirmiş¹⁰³⁹, bununla beraber özel somut düzenlemeler getirilerek işverenin sözleşme serbestisi ve yönetim yetkisi sınırlanmıştır.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁴ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 42.

¹⁰³⁵ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 43.

¹⁰³⁶ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 43.

¹⁰³⁷ KAYA, Pir Ali, s. 52.

¹⁰³⁸“Türk Anayasa Mahkemesi, kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken, genellikle “haklı neden” kriterine dayanmaktadır. Mesela kanun önünde eşitlik ilkesi, “tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu...içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.” (E. 1981/13, K. 1983/8, K.T.: 28.4.1983,AMKD, Sayı 20, s. 52). Aynı yönde olarak başka bir kararda da şöyle denilmiştir: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (E. 1985/11, K. 1986/29, K.T.11.12.1986, AMKD, Sayı 22, s. 460). Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu yararı ve haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olması gerekir. “Getirilen düzenleme, herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir”. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçüler olarak, “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine ve

Aslında hiyerarşik ilişkiler var olduğu sürece özel hukuktaki her hukuki ilişkide eşitlik ve özgürlük arasındaki karşıtlık varlığını koruyacaktır. İş hukuku açısından her iki ilkenin de aynı değerde ve etkinlikte ilkeler olması yanı sıra, her ikisinin birbiriyle bağdaşır nitelikte ilkeler olduğunun kabulü kanımızca soruna doğru yaklaşımın temellerini barındırmaktadır. Bu yaklaşım, işverenin sözleşme serbestisini ortadan kaldıran bir yaklaşım olarak değerlendirilemez, çünkü İş Kanunu m. 5'te belirtilen nedenler sözleşmenin türü nedeniyle ayrımcılık yasağı dışında, kişinin insan olmasından kaynaklanan değiştiremeyeceği; cinsiyeti, rengi, ırkı veya değiştirmesi beklenemeyecek; siyasi görüş, felsefi inanç, din gibi nedenlerden oluşmaktadır. Hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi hükmünün bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulanma zorunluluğu ve Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü, anayasal iki norm arasındaki çatışma halinde optimal normatif etki sağlayacak bir çözümün gerekliliğini göstermektedir. Bu tip bir denge arayışında amaçla araç arasında ölçülülük ilkesinin gerekleri, somutlaştırmak gerekirse elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yol gösterici olacaktır.¹⁰⁴¹

Bu aşamada karşımıza çıkan bir sorun eşit davranma ilkesi ile sözleşme serbestisi ilkesi arasındaki karşıtlık yahut çatışmadır. İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcu Türk hukukunda uzun yıllardan beri var olsa da bu ilkenin uygulaması son derece sınırlı olmuştur. 1475 sayılı yasa döneminde sosyal yardımların verilmesinde ve yönetim hakkına ilişkin konularda işverenin bu borcunun mutlak olarak uygulanacağı belirtilmişken, işe alma, ücretler ve işten çıkarmalar gibi işverenin sözleşme özgürlüğü ve seçim serbestisinin öne çıktığı alanlarda ağırlıklı olarak işverenin sözleşme serbestisinin eşit işlem yapma borcuna baskın olduğu kabul edilmiş, bu alanlarda işverenin sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınmıştır. 4857 sayılı yasadan sonra da özellikle işe alma ve işten çıkarmalarda açık ayrımcılık nedenlerine dayanılmayacağı kabul edilse de sözleşme serbestisinin önceliğinin esas olduğu izlenimi edinilmektedir, bu tip bir yapı eşitlik ilkesinin sözleşme serbestisinin bir istisnası olduğu yolundaki bir değerlendirmeyi akla getirmektedir.¹⁰⁴²

gereklerine uygunluk”, “dengeli ve makul görülebilecek ölçüler”, “adaletli ve eşit ölçüler” gibi değişik ifadeler de kullanmıştır. Şüphesiz, haklı neden kavramının genel bir tanımını vermek mümkün değildir; kanundaki sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı ancak o kanunun somut içeriği göz önüne alınarak belirlenebilir.”

¹⁰³⁹ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 372-373.

¹⁰⁴⁰ ULUCAN, Eşitlik İlkesi, s. 373.

¹⁰⁴¹ DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, s. 3.

¹⁰⁴² DOĞAN YENİSEY, Metodoloji ve Orantılılık İlkesi, s. 2-3.

İşverenin Anayasamızın 10. maddesinde belirtilenler ve bunların benzeri sebeplerden dolayı işçiler arasında ayırım yapması mümkün olmamalıdır. Ancak, böyle bir ayırımın yapılmasını kanunun emrettiği durumlarda, örneğin kadın çalıştırma yasağı olan bir işe sadece erkek işçi görevlendirilmesi sırasında, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı ileri sürülemez.¹⁰⁴³

3. Şekil Özgürlüğü İlkesi

Sözleşme serbestisinin 3. alt dalı olan şekil özgürlüğü ilkesinde, kural olarak kişiler, kanunda herhangi bir özel şekil şartı öngörülmedikçe- istedikleri tip ve şekilde sözleşme yapabilmelerini öngörmektedir. İş Kanunu m. 8/1 uyarınca herhangi bir sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir. İş Kanunu'nun, işçiyi koruma saikiyle öngördüğü pek çok yazılılık şartına rastlamaktayız.¹⁰⁴⁴

B. SÖZLEŞMEYE YAPILAN MÜDAHALENİN AMAÇ VE MAHİYETİ

İrade özerkliği ilkesi, kişileri, kendi özel hukuk ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devletin baskısından korumayı amaçlar. Bununla birlikte irade özerkliği, sınırsız değildir. Bu ilke, bireylere hukuk düzeninin sınırları içinde tanınmıştır. Nitekim, TBK m. 27 uyarınca kanun koyucu, irade özerkliği ilkesine bazı sınırlar getirmiştir. Ancak buna rağmen irade özerkliği asıl, sınırlama ise istisnadır.¹⁰⁴⁵ Sınırlama istisna olduğu için bunun geniş tutulmaması gerekir. Aksi halde, devlet müdahaleleri artmış ve bunun sonunda liberal bireyci toplum düzeninin temel sütunu olan özel hukuk, dolayısıyla da borçlar hukukunun anlam ve fonksiyonu önemli ölçüde azalmış olur. Kuralı sınırlamanın ölçüsü, birey yararıyla toplum yararı arasındaki uyumlu dengedir.¹⁰⁴⁶

Yasa koyucunun buyurucu kurallarla sözleşme ilişkisine müdahalesinin nedenleri, genel anlamda kamu düzeninin korunması, genel ahlak ve adabın korunması ile iş ve tüketici hukuku gibi veya kira sözleşmelerinde olduğu gibi zayıfların korunması olarak ifade edilmekte, sözleşme içeriğinin denetlenmesi maksadını taşımaktadır.¹⁰⁴⁷ Bir alanın taraflarının sözleşme özgürlüğüne kapanmasının gerisinde genel ve üstün kamusal menfaatlerinin

¹⁰⁴³ BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, İstanbul, 2010, s. 2-3. Konuyla alakalı bkz. Y9HD., 22.01.2019, E. 2019/186, K. 2019/1842.

¹⁰⁴⁴ Bkz. ÇELİK/CANIKLIÖĞLU/CANBOLAT, s. 278 vd.

¹⁰⁴⁵ EREN, s. 16.

¹⁰⁴⁶ EREN, s. 16.

¹⁰⁴⁷ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 45 ; DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 101.

bulunması zorunluluğu, sözleşme özgürlüğüne dayanan bir hukuk sisteminde esastır.¹⁰⁴⁸ Türk Borçlar Kanunu her hukuka aykırılığı değil, “emredici hukuk kurallarına aykırılığı” geçersizlik nedeni olarak saymıştır.¹⁰⁴⁹

İş Hukuku öğretisinde her kamu düzenine ilişkin kurala aykırılığın bir emredici kurala aykırılık anlamına geleceği, fakat her emredici kuralın bir kamu düzenine ilişkin norm olmadığı düşüncesi mevcuttur.¹⁰⁵⁰ İşçinin korunması saikiyle getirilen düzenlemeler, örneğin iş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri de kamu düzenine ilişkin emredici normlar arasında yerini almaktadır.¹⁰⁵¹

Temel hak niteliğindeki sözleşme yapma özgürlüğü kural olarak ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.¹⁰⁵² Akit yapma yasakları, çalıştırma yasaklarından ayırt edilmelidir, zira akit yapma, sözleşme yapılmasını; çalıştırma yasağı ise iş ilişkisine konu olan işte çalıştırılmayı yasaklamaktadır.¹⁰⁵³ Bu yasaklar, kaynağını kanunun emredici hükümlerinden, toplu iş sözleşmesi veya işletme içi kurallardan almaktadır.¹⁰⁵⁴

Çalıştırma yasaklarının işveren yönlü düzenlenmesinin doğal sonucu olarak söz konusu hukuk normlarının işverenin sözleşme içeriğini düzenleme serbestisini veya içeriğini değiştirme serbestisini sınırlayacağı ve aksine hareketi cezalandıracağı muhakkaktır ve böylelikle işverenin belli bir sonucun ortaya çıkması veya belli bir sonucun ortaya çıkmasını engelleyici türden tedbirler alınması yönlerinden zorlandığı söylenebilir, bu zorlamanın ise çoğunlukla kamu düzeni ile ilişkilendirilebilen emredici hukuk kuralları marifetiyle yapıldığı, aksine hareketin ise hukuki, idari ve cezai yaptırımlara bağlandığı görülmektedir.¹⁰⁵⁵

İşçinin korunması amacı güdülen getirilen düzenlemelerin de dolaylı olarak genel toplum menfaatiyle bağlantılı olduğunun ortada olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁵⁶ Demokratik hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlandırılabilir.¹⁰⁵⁷ Anayasa'nın 48 ve 49. maddelerinde

¹⁰⁴⁸ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 101.

¹⁰⁴⁹ “Dolayısıyla bir hukuk kuralı emredici değil, yorumlayıcı veya tamamlayıcı mahiyetteyse buna aykırı yapılan sözleşmeler geçersiz olmayacaktır” (NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 45-46).

¹⁰⁵⁰ DOĞAN YENİSEY, İş Hukukunun Emredici Yapısı, s. 104.

¹⁰⁵¹ BAYCIK, s. 152; DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 104.

¹⁰⁵² SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 158.

¹⁰⁵³ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 159.

¹⁰⁵⁴ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 159-160.

¹⁰⁵⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 120.

¹⁰⁵⁶ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 104.

¹⁰⁵⁷ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 105. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılma şartlarıyla alakalı detaylı bilgiler için bkz. TUNÇ, s. 73 vd.

çalışma hak ve özgürlüklerinin hangi şekilde sınırlandırılacağına ilişkin hiçbir sınırlamaya yer verilmemesi, buna ilişkin düzenlemeye yer verilmeyen hakların tamamının mutlak olduğu ve bu hakların hiçbir sınırlamaya tabi tutulmayacağı anlamına gelmeyecektir.¹⁰⁵⁸ İşte bu nedenle temel haklar arasında yerini alan çalışma hakkına makul ölçüde¹⁰⁵⁹ ve üstün menfaat nedeniyle sınırlamalar getirebilmek mümkündür.

III. İŞVEREN BAKIMINDAN YAPTIRIMLAR

Umulan faydaları sağlayabilmesi için çalıştırma yasaklarına dair hükümlerin kişilerce çalışanların aleyhine olacak şekilde değiştirilmesinin önüne geçilmesi ve yasakların mutlak manada uygulanması için bunlara dair hukuk normlarının emredici bir şekilde ele alınması gerekir ve ele alınış tarzından söz konusu kuralların emredici hukuk kuralları olduğu derhal anlaşılmaktadır.¹⁰⁶⁰ Bunun doğal sonucu olarak kurallar aynı zamanda kamu düzenini de ilgilendirmekte, bir başka deyişle kamu hukuku karakteri taşımakta ve uyulmama hali sonuçlarını kuralların bu özelliğine göre, idari ve cezai yaptırımlar şeklinde doğurmaktadır.¹⁰⁶¹

A. HUKUKİ YAPTIRIMLAR

İş sözleşmesinin hukuka aykırılığı, önce “*çalışma yasaklarına aykırılık*”, sonra da “*buyurucu yani emredici iş mevzuatı hükümlerine aykırılık*” şeklinde görülmektedir.¹⁰⁶² İş Hukuku’nda kamu düzeninin sınırlayıcı tesiri, kural olarak sadece işveren için söz konusu olur.¹⁰⁶³ Düzenlemelerde öne çıkan husus, kanun maddeleriyle kanun koyucunun çalışmayı değil, “çalıştırmayı” yasaklamış olmasıdır ki bunun doğal sonucu olarak düzenlemelere aykırılık halinde işçi değil, işveren ya da işveren vekili cezalandırılmaktadır.¹⁰⁶⁴ Bu yüzden yasa koyucunun işçiden ziyade işvereni hedef alarak düzenlemeleri oluşturduğu ve çalışmanın değil çalıştırmanın; başka iş görmenin değil gördürmenin yasaklandığı görülmektedir, buna göre çalıştırma ve başka iş gördürme yasaklarının işveren yönlü olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir.¹⁰⁶⁵ Küçüklerin ya da kadınların yasağın muhatabı değil, yasakla korunması amaçlanan kişiler oldukları, muhatabın işverenler olduğu ilgili hükümlerdeki “*çalıştırılması yasaktır*” gibi ifadelerden ve yasaklara aykırılık halinde yaptırımların yalnızca işveren ve

¹⁰⁵⁸ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 105.

¹⁰⁵⁹ Bu noktada Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi esas alınacaktır.

¹⁰⁶⁰ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 124.

¹⁰⁶¹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 125.

¹⁰⁶² DEMİRCİOĞLU/CENTEL/KAPLAN, s. 88.

¹⁰⁶³ SÜZEK, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, s. 360.

¹⁰⁶⁴ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

¹⁰⁶⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 120.

işveren vekilleri için öngörülmüş olmasından açıkça anlaşılmaktadır.¹⁰⁶⁶ İşvereni muhatap olarak getirilen sınırlamalar, bir yaptırım altında işverene bazı hallerde iş sözleşmesi yapmayı yasaklarken, bazı hallerde ise bilakis iş sözleşmesi yapma konusunda bir mecburiyet de öngörmüştür.¹⁰⁶⁷

Sözleşmenin başlıca hukuki yaptırımı, yasalara aykırı yapılan iş sözleşmesinin hükümsüz olmasıdır. “Yasakların iş sözleşmesine etkisi” bölümünde¹⁰⁶⁸ fazlaca detaylı bir biçimde konuya yer verildiğinden, burada aynı hususlara değinilmeyecektir.

Bu halde bir kişinin kadın, çocuk, genç veya yabancı olması nedeniyle kendisine yasak edilen bir işte çalışması, ilgili belge ve rapor gibi gerekli evrak temin edilmeden işe başlatılması gibi hususlar bir yandan yasalar tarafından açıkça yasaklanmış bir çalışma ilişkisinin sözleşme ile kurularak yasalara aykırı davranılması sonucunu yaratmakta, bir yandan da işçinin ehliyetsizliğini gündeme getirmektedir.¹⁰⁶⁹ Ancak farklı görüşlere göre, kadınlara yönelik çalıştırılma yasaklarının bu kişiler için ehliyet kuralı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, bu yasaklar yalnızca bu kişileri koruma yönelik düzenlemelerdir.¹⁰⁷⁰ Bu yasalara aykırılık ve ehliyetsizlik olguları ise doğal olarak iş sözleşmesinin butlanı sonucunu doğurmaktadır ve böylelikle iş sözleşmesi ile iş görme borcu yüklenmiş olan işçinin bu borcu yerine getirme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.¹⁰⁷¹ Ancak iş sözleşmesinde diğer sözleşmelerin aksine akdin butlanı kavramını mutlak şekilde ele almak ve uygulamak, doğmuş haklara zarar vermektedir. Zira butlan hükmünde de olsa bu şekil bir iş sözleşmesiyle işçi bir süre çalışmış; ücret ve sair haklara hak kazanmıştır.¹⁰⁷² Ayrıca, işveren veya işveren vekilince bu yasağa aykırı davranılması durumunda, yasağa aykırı çalıştırılan kadın işçilerin kanundan kaynaklanan diğer hakları da korunmalıdır.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL s. 100.

¹⁰⁶⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 99.

¹⁰⁶⁸ Bkz. s. 161 vd.

¹⁰⁶⁹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 142

¹⁰⁷⁰ ÖZYURT, s. 937.

¹⁰⁷¹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 142

¹⁰⁷² EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 142-143.

¹⁰⁷³ YUVALI, s. 121 ; OĞUZ, Özgür, s. 576 ; EKİN, s. 204.

B. CEZAI YAPTIRIMLAR (SOSYAL CEZA)

Çalışma yaşamını düzenleyen kurallara aykırı hareket etme halinde uygulanacak ceza yaptırımlarını inceleyen hukuk dalı olan sosyal ceza hukuku, caydırıcı özellikleriyle iş hukukunun etkinliğinin, fiilen uygulanmasının sağlanmasında önemli bir araçtır.¹⁰⁷⁴

İş mevzuatımızda yer alan ceza yaptırımlarının, idari para cezalarına dönüştürülmesinin bir sonucu olarak İş Hukuku'nda, sosyal ceza hukukunun uygulama alanı daralmış olmakla birlikte,¹⁰⁷⁵ örneğin, iş kazası sonucunda ölüm veya yaralamanın meydana gelmesi halinde işveren ya da vekilleri TCK m. 85-89 hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmekte, yine bunun gibi çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117), işe almada ayrımcılık yapma (m. 122) gibi durumlarda da cezai sorumlulukları doğmaktadır.¹⁰⁷⁶ İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık sonucunda ölüm meydana gelirse işveren/işveren vekilleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85. ve 89. maddeleri uyarınca sorumlu tutulabilecektir.¹⁰⁷⁷ Zira Kanun'un 22. maddesi uyarınca taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun kanuni tanımlarında ifade edilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlandığından taksirle işçinin ölümüne sebebiyet veren işveren/işveren vekili, TCK'nın m. 85 hükmü uyarınca hapis cezasıyla cezalandırılacak, şayet ölüm değil de yaralanmanın mevcut olduğu durumlarda da TCK'nın 89/I hükmü uyarınca taksirle yaralama suçu sonucunda hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılması söz konusu olacaktır.¹⁰⁷⁸

Kabahatler Yasası'nın değiştirilen 3'üncü maddesinin bağlayıcılığında, cezai yaptırımların büyük bir kısmının genel olarak iş yasaları veya bir yönüyle çalıştırma yasağı içeren Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi değişik yasaların öngördüğü idari para cezalarından oluştuğu görülmektedir. Buna göre çalıştırma veya başka iş gördürme yasağına aykırı davranış halinde, durumun tespiti ile işverene yine yasalarda gösterilen kurum veya kuruluşlarca, miktarı her yıl yeniden değerlendirilerek arttırılan idari para cezaları uygulanmaktadır.^{1079, 1080}

¹⁰⁷⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 133.

¹⁰⁷⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 133.

¹⁰⁷⁶ BAYCIK, s. 157 ; SÜZEK, İş Hukuku, s. 133.

¹⁰⁷⁷ BAYCIK, s. 157.

¹⁰⁷⁸ BAYCIK, s. 157.

¹⁰⁷⁹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 148.

¹⁰⁸⁰ "Bu konuda sınırlı sayıda rastlanan hürriyeti bağlayıcı olan cezalar ise kaynağını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan almaktadır. Konumuz anlamında ilgisi kurulabilecek cezalara Türk Ceza Kanunu içinde 85 ve 89'uncu maddelerde tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına yol açmayla

C. İDARİ YAPTIRIMLAR

İdari yaptırımlar, yasaların yetki verdiği durumlarda idarenin, araya herhangi bir yargı kararı girmeksizin doğrudan bir işlemle ve idare hukukuna mahsus usullerle kararlaştırdığı ve uyguladığı yaptırımlardır.¹⁰⁸¹

Günümüzde idari yaptırımlar, 4857 sayılı İş Kanunu'muzun “*İşin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık*” başlıklı m. 104'te düzenlenmiştir: “Bu Kanun'un 63. maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran veya 68. maddesindeki ara dinlenmelerini bu maddeye göre uygulamayan veya işçileri 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen, 71. maddesi hükmüne ve bu maddenin son fıkrasında anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden, 72. maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73. maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden 74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen”¹⁰⁸², 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. (2) 64 üncü (...) (3) maddede öngörülen hükümlere aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası idari para cezası verilir”¹⁰⁸³,¹⁰⁸⁴ hükmüyle, çalıştırma yasaklarına aykırılık durumunda idari bakımdan işverenin ne şekilde sorumlu tutulacağı düzenleme altına alınmıştır.

ilgili olarak, 117'nci maddede; insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşullarına tabi kılmayla ilgili olarak ve 176'ncı maddede insan hayatı ve beden bütünlüğü açısından gerekli tedbirleri almadan inşaat ve yıkım faaliyeti yürütme ile ilgili olarak tanımlanmış suçlar bulunmaktadır.”

¹⁰⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 131.

¹⁰⁸² Ücretsiz izin verilmesi, kadın işçinin talebine bağlıdır ve işverenin bu konuda takdir hakkı yoktur (OĞUZ, Özgür, s. 581; SÜMER, s. 392).

¹⁰⁸³ www.mevzuat.gov.tr ; OĞUZ, Özgür, s. 576.

¹⁰⁸⁴ 1475 sayılı Kanun zamanında da yasaklanan işlerde ve çalışma sürelerine aykırı olarak kadın işçi çalıştırılması sonucu işverenin davranışı, m. 68'e aykırılık teşkil etmekteydi ve bu durum ise işveren ya da vekili hakkında İş Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca öngörülen “1500 liradan az olmamak üzere” bir para cezasının uygulanmasını gerektiriyordu (ALTAN, s. 146).

Yabancı ülkelerle mukayese edildiğinde bu hükümlerin caydırıcı olmadığı görülmektedir, bu nedenle yasaklar muhafaza edilecekse en azından cezai yaptırımın artırılması yoluna gidilmesi faydalı olacaktır.¹⁰⁸⁵

2019 yılı için, 4857 Sayılı İş Kanunu'na göre uygulanacak idari para cezaları her bir duruma göre ayrı ayrı tabloda belirlenmiştir. Çalışma sürelerine ve buna dair yönetmelik hükümlerine uymamak, işçileri geceleri 7.5 saatten fazla çalıştırmak, gece ve gündüz postalarını değiştirmemek, doğum öncesi ve sonrası sürelerde kadın işçiyi çalıştırmak veya ücretsiz izin vermemek, yer ve su altında çalıştırma yasağına uymamanın parasal yaptırımı 2.293 TL olup; işçilere eşit davranma ilkesine aykırı davranmak ise bu durumdaki her bir işçi için 219 TL'dir.¹⁰⁸⁶ Bu cezayı uygulama yetkisi, m. 108 gereğince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Bölge Müdürü'ne aittir.

Bununla beraber işverenin; 6331 sayılı İSG Kanunu'nun 4/1-a hükmünde öngörülen “mesleki risklerin önlenmesi ve her türlü önlemin alınması” yükümlülüğünden, m. 10/ç hükmünde gebe ve emziren işçiler için öngörülen “risk değerlendirmesi yapma” yükümlülüğünden, m. 12'de yer verilen “ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde işçilerden çalışmalarını devam ettirmeyi talep etmekten”, m. 15'teki sağlık gözetimi ihlalinden doğabilecek sorumlulukları da saklıdır. Bu Kanun'un maddede sayılan hükümlerine aykırı davranışlar sonucunda da işverene 26. madde gereğince idari para cezalarının uygulanacağı hükmü mevcuttur.

Mesleki Yeterlilik Kurumu da Mesleki Yeterlilik Belgesi Zorunluluğu Getirilen Mesleklere İlişkin Tebliğ'in 3. maddesine ilişkin denetimleri iş müfettişlerince yapılacağı öngörülmüştür. Bu Tebliğ hükümlerine aykırı davranan işveren vekillerine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürü tarafından her bir çalışan için beşyüz Türk Lirası para cezası verilir.

IV. İŞÇİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

Kanun hükmünün “çalışma” değil, “çalıştırma” yasağından bahsetmesinin doğal sonucu, işveren aleyhine hukuki ve cezai yaptırımların hükme bağlanmış olmasıdır.¹⁰⁸⁷, ¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁵ BAYCIK, s. 153; ÖZYURT, s. 928.

¹⁰⁸⁶ <https://www.muhasabeweb.com/2019-Yili-4857-Sayili-is-Kanununa-Gore-Uygulanacak-idari-Para-Cezalari-6011083> ; <https://www.kamuiscileri.net/2019-yili-idari-para-cezalari-10906.html>

¹⁰⁸⁷ ALTAN, s. 146.

¹⁰⁸⁸ “Bunun gibi normlar, öncelikle ve bilhassa işçinin kendi hayatını koruması saikiyle getirildiğinden, böyle normlara aykırılık durumunda işverende olduğu gibi işçilerin aleyhine de yaptırım öngörülmesi, daha da karmaşık sonuçlara yol açacaktır” (DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 50). “Çünkü böyle

Bu yaptırımlar, yasaklar işveren yönlü düzenlendiği için işverenleri hedef almakta ve gerçek ve tüzel kişi işverenlerin mal varlığı üzerinde veya sınırlı hallerde gerçek kişi olabilecek sorumluların hürriyetlerini kısıtlayıcı yönde etki etmektedir.¹⁰⁸⁹ Görüldüğü üzere işçi bakımından bir yaptırım öngörülmemekteyse de onun açısından bazı “sonuçların” gündeme gelmesi söz konusudur.

İş sözleşmesinin batıl hale gelmesi durumunda akdi yapan işçinin çeşitli hakları doğar, bunlar: İfayı isteme hakkı, işi yapmaktan kaçınma hakkı, çalışmaktan alıkonulma ve tazminat isteme hakkı.¹⁰⁹⁰ Bunlardan ifayı isteme hakkı, işçi tarafından işverenin yerine getirmediği kanun hükümlerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla eda davası açarak elde edilir.¹⁰⁹¹ Diğerlerini ise aşağıda detaylı olarak inceleyeceğiz.

A. İŞ GÖRMekten KAÇINMA HAKKI

Dayanağını 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’muzdan, kaynağını ise işverenin işçiyi gözetme borcundan alan çalışmaktan kaçınma hakkı¹⁰⁹², 13. maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde işçiye ücret ve diğer tüm özlük hakları bakımından hiçbir zarara uğratmaksızın çalışmaktan imtina etme hakkı tanımıştır.¹⁰⁹³

İşçinin işi yapmaktan kaçınma hakkı, yasal hükümlere uymayan işverene karşı işçinin işi yapmaktan imtina edebilmesine ilişkindir, zira işi yapma borcu ancak uygun çalışma ortamının sağlanması halinde yerine getirilebileceğinden işverence böyle bir ortam sağlanmaması halinde işçi de bu borcunu görmekten kaçınabilir ve işveren bu sebebe dayalı olarak haklı nedenle fesih yoluna gidemez.¹⁰⁹⁴

Bununla birlikte, çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.

bir durumda zaten esas amacı işçiyi korumak olan koruyucu hükümlerin ulaşmak istediği hedeften sapılmış olunacaktır.”

¹⁰⁸⁹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 145.

¹⁰⁹⁰ SARACEL, s. 117.

¹⁰⁹¹ SARACEL, s. 117-118.

¹⁰⁹² Alman Hukuku’nda işveren, çalıştırılması yasak işlerden olmasına rağmen hamile ve emzikli kadın işçiden çalışmasını talep ederse, kadın işçinin “ödemezlik def’i” hakkını kullanarak çalışmayı reddetmesi imkanının olduğu ve kadın işçinin işvereni “alacaklımın temerrüdü” durumuna düşüreceği ileri sürülmüştür SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 122).

¹⁰⁹³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 393 ; NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 157 vd.

¹⁰⁹⁴ SARACEL, s. 118.

“İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir, toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır”. 4857 sayılı Kanun’un 25. maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz.¹⁰⁹⁵

İşçinin çalışmaktan imtina ettiği döneme ilişkin ücret ve sair alacaklarının korunması, işvereni işyerindeki çalışmamaya iten nedenleri ortadan bir an önce kaldırması için itici bir güçtür.¹⁰⁹⁶ “Kurulun olmadığı durumlarda ise işveren veya vekiline başvurulması gerekli ve yeterli olup; bu konuda haklı görülme şartı aranmamıştır”. “Bu halde ispat külfeti genel olarak işçiye düşecek; iş sahibinin temerrüdü uyarınca ücret ve sair hakların talebi veya iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı yolundaki iddiaların işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili fiili durumla örtüşmesi beklenecektir”.¹⁰⁹⁷

İşçinin, koruyucu iş hukuku hükümlerine aykırı davranılması, bu nevi emir ve talimatlar alması halinde iş görme edimini ifadan kaçınabilir, ayrıca işveren bu hükümlere aykırılık sonucunda oluşan zararı tazmin etmekle mükelleftir.¹⁰⁹⁸ İşçi, kanuna aykırı koşullarda iş görme edimini ifadan kaçınabilir, ancak kaçınmayarak iş görme edimini yerine getirdiği takdirde ücrete hak kazanır.¹⁰⁹⁹

B. ÇALIŞMAKTAN ALIKONULMA

İş mevzuatımızda öngörülmüş bulunan emredici kurallar, kamu hukuku yaptırımları (cezai ve idari yaptırımlarla) ile desteklenmiştir.¹¹⁰⁰ Çünkü devlet, salt İş Hukuku’nun emredici hükümlerini yerine getirmekle yetinmemekte, bu kuralların uygulanmasını iş denetimi örgütü yoluyla izlemekte, kuralları ihlal edenleri idari para cezası, işin durdurulması vb. araçlarla kamu hukuku yaptırımına tabi tutmaktadır.¹¹⁰¹

Mülga Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nin 13. maddesinde emziren işçiler için öngörülen çalışmaktan alıkonulma, kadın işçinin ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmasının

¹⁰⁹⁵ www.mevzuat.gov.tr

¹⁰⁹⁶ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 158.

¹⁰⁹⁷ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 147.

¹⁰⁹⁸ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 49.

¹⁰⁹⁹ DOĞAN YENİSEY, “İş Hukukunun Emredici Yapısı”, s. 49.

¹¹⁰⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 131.

¹¹⁰¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 131 vd.

sakıncalı olduğunun tespiti halinde işçiyi çalışmaktan alıkoyan bir durumdu.¹¹⁰² Gerçekten de, kadınların çalıştırılabilecekleri belirtilmiş olan işlerde çalıştırılabilmeleri için “doğumdan sonraki sekiz haftanın bitiminde ve işe başlamalarından önce, işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Sigortalar Kurumu, Sağlık Ocağı, Hükümet veya belediye hekimlerine muayene ettirilerek çalışmalarına engel durumları olmadığının raporla belirlenmesi gerektiği” belirtilmiş, muayene sonunda ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasının sakıncalı olduğu hekim raporuyla belirlenen işçi, doğumdan sonra ilk altı ay içinde bu işlerde çalıştırılmazdı.

Yine, mülga Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nde “*kadın işçilerin özel günleri*” başlığını taşıyan 6. maddesi ise kadınların ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacaklarını, bu günlerin sayısının 5 gün olarak hesap edileceğini ancak daha fazlası için doktor raporuna göre hareket edileceğini belirtmektedir.¹¹⁰³ Yönetmelik’te belirtilen şartlara aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde kadın işçinin çalıştırıldığı veya çalışan kadın işçinin sağlık durumu itibarıyla böyle bir işte çalıştırılmaması gerektiğinin tespiti halinde bu işçiler çalışmaktan alıkonuluyordu.

4857 sayılı İş Yasası’nın mülga 79’uncu maddenin altıncı fıkrası hükmüyle bir işyerinde çalışan işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumları böyle bir işyerinde çalışmalarına engel teşkil ediyorsa, müfettişler tarafından bu hal tespit edildiği takdirde bu kişilerin çalışmaktan alıkonulması gerekmektedir.¹¹⁰⁴ Bu hükümden anlaşılacağı üzere, maddenin asıl düzenleme konusu olan işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasına yönelik neden, süreç ve sonuçların dışında işin türü ve yürütülme şekli açısından işin durdurulması veya işyerinin kapatılması gerekmemekle birlikte, sadece işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının dikkate alınarak bu kişilerin çalışmalarına engel olunması mümkündür.¹¹⁰⁵

BAKIRCI’nın görüşüne göre, Türk Hukuku’nda biyolojik nedenler ve işin niteliği kapsamında kabul edilen istisnalar hem “temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunma”

¹¹⁰² “Mülga ATİ Tüzüğü m. 2-3-4-6. maddeler uyarınca belirtilen yasal koşullara aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırıldığı ya da sağlık durumu çalıştığı işe uygun olmayan kadın işçinin çalıştırıldığı tespit halinde bu işçiler, çalışmaktan alıkonulur ve işverene m. 104 uyarınca 500 liradan az olmamak üzere para cezası kesilir, tekrarı halinde bu ceza iki katına çıkartılırdı.”

¹¹⁰³ “Şu anda hukukumuzda ay haline dayalı olarak herhangi bir çalıştırma yasağı öngörülmemekle birlikte, güncel gelişmeler ışığında birtakım müesseselerin bu yönde kolaylıklar sağlamaya çalıştığı görülmektedir.” Bkz. İzmir Barosu’nun uygulaması: <https://www.izmirbarosu.org.tr/HaberDetay/1697/baromuz-kadin-calisanlarina-menstruasyon-regl-izni-verme-karari-aldi>.

¹¹⁰⁴ “Kanunda Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nde kadın işçi çalıştırılmayacağı belirtilen işlerde, kadın işçi çalıştıran işveren hakkında uygulanacak herhangi bir cezai yaptırıma yer verilmemişti.”

¹¹⁰⁵ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 146.

yasağına, hem “demokratik toplum düzeninin gereklerine” hem de “ölçülülük ilkesine” aykırıdır.¹¹⁰⁶ Zira Türk Hukuku’nda işin niteliğine ilişkin olarak çok geniş kapsamlı istisnalar öngörüldüğü gibi, biyolojik nedenlere dayalı olarak da eskiden yalnızca gebeliğe ilişkin değil, örneğin, hiçbir hukuk sisteminde yer almayan “ay hali günlerine” dayalı istisna da mülga Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği’nde yer almaktaydı. BAKIRCI, bu şekilde kadınların Anayasa ile güvence altına alınmış olan çalışma hak ve özgürlüğü (m.48/49) ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının (m. 17) ortadan kaldırıldığını, cinsiyet ayrımcılığı yasağı genel ilkesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine aykırı bir biçimde sınırlandırılmış bulunduğunu ifade etmiş ve eski düzenlemeye göre kadınların ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacakları ve bu sürenin hekim raporuyla uzatılabileceği yönündeki düzenlemeyi, kadın istihdamını daraltıcı olduğundan ve işverenin her ay 5 gün çalıştıramayacağı bir işçiyi işe almak istemeyeceği gerekçesiyle eleştirmiştir.¹¹⁰⁷

Belirtelim ki, 79. madde yürürlükten kaldırılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yürürlükten kaldırılan İş Kanunu’nun 79. maddesinde yer alan, yapılan teftiş ve denetim sırasında işyerinde çalışan işçileri yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarının böyle bir işyerinde çalışmalarına engel teşkil ettiğinin tespit edilmesi durumunda bu işçilerin çalışmaktan alıkonulacağına yönelik düzenleme, her ne kadar İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 25. maddesine alınmasa da, İş Teftiş Tüzüğü’nün 4., 6., 22., ve 29. maddelerine dayanılarak hazırlanan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği’ne¹¹⁰⁸ (m. 11/g) göre müfettişler, işyerlerinde işçilerin yaş, cinsiyet ve sağlık durumlarına ilişkin mevzuata aykırılıklar tespit edilmesi halinde ilgili mülki amire gönderilecek bir yazı ile bu işçilerin çalışmaktan alıkonulmasını talep etmekle görevli ve yetkilidir.¹¹⁰⁹ İdari yaptırımın hukukumuzda ne denli pasif kaldığı göz önünde bulundurulursa, çalıştırma yasakları durumunda böyle bir yaptırımın halen yürürlükte olması, işverenler için daha güçlü ve caydırıcı bir etkide bulunabilecektir.

C. TAZMİNAT İSTEME HAKKI

Yukarıda bahsettiğimiz üzere kadın işçi geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi çalıştığı süreye ilişkin haklarını, ücret, izin ve ikramiyesini isteyebilir.¹¹¹⁰ Anayasal dayanağa sahip

¹¹⁰⁶ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.62-63.

¹¹⁰⁷ BAKIRCI, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, s.62-63.

¹¹⁰⁸ R.G. Tarih: 31.10.2012, Sayı:28453.

¹¹⁰⁹ SENYEN KAPLAN, İş Hukuku, s. 512.

¹¹¹⁰ FETTAH, s. 68.

kadınları koruyucu tedbirlerin varlığına rağmen konulmuş yasaklara aykırı olarak sözleşme yapılması halinde yasağa aykırılık durumu işçilik haklarını etkilemeyecektir.¹¹¹¹

Kadın işçi, her şeyden önce tıpkı geçerli bir iş akdi varmış gibi çalıştığı süreye ilişkin bütün işçilik ve sigortalılık haklarını talep edebilir.¹¹¹² O halde kadın işçi çalıştığı süreye ilişkin bilhassa ücret, izin, ikramiye isteyebileceği gibi, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunun yerine getirilmesini de talep edebilir.¹¹¹³ İşverenin koruma ve gözetme borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda kadın işçi, kazaya maruz kaldıysa zararın mahiyetine göre maddi veya manevi tazminat ister.¹¹¹⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kadın işçi adeta işverenin aralarında geçerli bir iş sözleşmesi varmış gibi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil de sözleşme esasına dayanarak bundan doğan haklarını tazminat davası kanalıyla talep edebileceğidir.¹¹¹⁵

Çalıştırılma yasaklarına ilişkin hükümlere uyulmaması nedeniyle işçilerin iş kazası ve meslek hastalığına uğrayarak yaralanmaları, hastalanmaları ve vefat etmeleri halinde iş kazasına uğrayan/meslek hastalığına tutulan işçiler veya onların yakınları işverenden tazminat isteyebilir.¹¹¹⁶

İşçinin hak kazandığı parasal haklar haricinde bir kişinin yasaların yasakladığı bir işte çalıştırılması veya gerekli şartlar sağlanmadan çalıştırılması ya da özel durumunun dikkate alınmaması yahut yasaklandığı halde kendisine yaptığı işin dışında iş verilmesi veya fazladan bir iş verilmesi nedeniyle iş kazası geçirmesi veya meslek hastalığına tutulması halinde bu kişinin geçici yahut sürekli olarak iş görememesi halinde bu kişiye karşı, ölmesi halinde ailesine karşı, her halde kusurlu olan işverenin kendisine rücu eden sigorta kuruluşlarına karşı tazminat niteliğinde ödemelerle sorumlu tutulacağı açıktır.¹¹¹⁷

Bu tür sorumluluğa işverenin hukuki sorumluluğu da denilmekte ve genellikle işçinin maddi ve manevi tazminat talebi, işçinin ölümü halinde tazminat talebi ve destekten yoksun kalma tazminatı talebi şeklinde işveren sorumlu tutulabilmektedir.¹¹¹⁸

¹¹¹¹ NAZLI, Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri, s. 186.

¹¹¹² SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 165 ; SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1161.

¹¹¹³ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 165.

¹¹¹⁴ SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 165.

¹¹¹⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 331; SENYEN KAPLAN, Kadın Hakları, s. 165 ; SENYEN KAPLAN, Tebliğ, s. 1161.

¹¹¹⁶ SARACEL, s. 118.

¹¹¹⁷ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 145.

¹¹¹⁸ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 145-146.

Gerçekten de çalışma yasağına aykırı davranışla işçinin iş kazası geçirmesi ve meslek hastalığına yakalanması, bu nedenlerle ölümü, yaralanması, uzvunu kaybetmesi gibi haller farklı şekillerde işvereni işçiye, ailesine veya kamu kurum ve kuruluşlarına karşı hukuken sorumlu kılmaktadır.¹¹¹⁹

Bu konuda işverenin kusurlu olup olmamasının veya kusurlu ise derecesinin, sadece kendisinin ödediği primlerden başka işverenin ayrıca zarardan sorumlu tutulabilmesinin mümkün olup olmadığı, maddi tazminatın miktar tespitinde hangi kıstasların değerlendirileceği ve Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşılanan yardım ve ödeneklerin tazminat taleplerini ne şekilde ve miktarda etkileyeceği tartışılmıştır¹¹²⁰

Çalıştırma yasaklarının yasa hükmüne dayanması, teknik bir irdelemeyi çok gerekli kılmaması, çoğu hususun toplumun geneline de anlaşılabilir olması gibi özellikleri nedeniyle ortaya çıkan iş kazası veya meslek hastalığında işverenin kusurlu olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira kusur hukuk düzeni tarafından onaylanmayan hareket olup, hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli idareyi göstermeyen kişi kusurlu kabul edilmiştir¹¹²¹

Diğer taraftan konumuz anlamında kusurun derecesi ise ihmal ve tedbirsizliğe yani yeterli güvenlik önlemlerinin alınmaması sonucuna dayanmaktadır.¹¹²² Yine çalışma yasaklarının işçiyi koruma borcunun bir parçası olmasından hareketle yukarıda belirtilen tazminat türlerinin kaynağını bu borcun yerine getirilmemesinden alacağı açıktır ve böylelikle bir çalışma yasağına aykırı bir şekilde kişiyi istihdam eden yahut izin verilmediği halde işçinin işini değiştiren işveren ortaya çıkabilecek iş kazası veya meslek hastalığı sonucunu istememekle birlikte bu sonucun ortaya çıkmasını engelleyecek şartları sağlamadığı için ihmal ve tedbirsizlik derecesinde kusurlu olacaktır.¹¹²³

¹¹¹⁹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 145.

¹¹²⁰ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 146.

¹¹²¹ EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 146.

¹¹²² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 395.

¹¹²³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 395; EVREN, Çalıştırma Yasakları, s. 146.

SONUÇ

Kadınların, gerek biyolojik olarak karşı cinsten farklı olması nedeniyle ve gerekse ülkelerin toplumsal bakış açısı paralelinde getirilen düzenlemeler ışığında bazı işleri yapmaları yasaklanmış veya bazı sürelerde çalışmalarına cevaz verilmemiştir. İş mevzuatımızın temelini oluşturan İş Kanunu, tüzük ve yönetmelikler çerçevesinde işverenlerin bazı işlerde veya zamanlarda küçükler ve kadınlarla iş sözleşmesi yapmayı yasaklamıştır. Bu noktada düzenlemelerin getirildiği ve bu süreçte değiştiği yıllardan beri doktrin ikiye bölünmüş durumdadır. Bir kısım yazarlar bu düzenlemelerin ülkemizin sosyo-ekonomik durumu baz alınarak, kadın işçileri koruyucu bir önlem mahiyetinde olduğunu ve bu korumanın gerekli olduğunu, devletin bu koruma uğruna tarafların irade serbestisine müdahalesini ölçülülük ilkesine aykırı görmezken; bir kısım yazarlar ise her bireyin kendisine münhasır özellikler ihtiva ettiğini, tüm kadınların genellenerek güçsüz ve biyolojik olarak yetersiz olarak görülmesinin doğru olmadığını, ayrıca gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alındığı müddetçe kadınların da bu işlerde çalışabileceğini savunarak bu muhtevada çıkartılan ulusal ve uluslararası düzenlemeleri eleştirmekte, eşitliğe ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu savunmaktadırlar. Çalışmamızda bu görüşlere detaylı bir biçimde yer verilmiş, konuya yön veren 1958 tarihli Yargıtay İctihadı Birleştirme kararı incelenmiştir.

Doktrinde bizim de katıldığımız bazı görüşlere göre çalışma hayatında kadınların korunması gereken en önemli durum gebelik ve doğum dönemleridir. Yalnızca bu durumlara dayalı olarak kadınların bazı işlerde çalışamayacakları ya da eskisi kadar uzun saatlerle çalışamayacakları düşünülmelidir. Bu düzenlemeler, biyolojik farklılıkları nedeniyle kadının ve ailesinin çalışma hayatında mağdur edilmesini önler. Bu bağlamda eşit haklara sahip olma ilkesinin amacı çalışma yaşamında kadınların erkeklerle eşit imkana ve konuma sahip olmalarını sağlamak olduğuna göre, yalnızca kadın cinsine özgü biyolojik nitelikler sebebiyle kadının mağdur duruma düşmesi, kendisinin ve bebeğinin sağlığını tehlikeye attığı gibi gelecek neslin sağlığını da tehlikeye atacağından, işçinin hamilelik ile bağdaşmaz işlerde çalışması kabul edilemez. İşte bu noktada kadın cinsiyetine özgü biyolojik farklılık, hukuki korumayı haklı kılacaktır.

Hamilelik ve doğum durumlarına dayalı olarak koruma sağlanırken, bu korumanın kadınların istihdamını olumsuz yönde etkileyecek, kadınların anılan nedenlere dayalı olarak çalışma hayatından çekilmesini kolaylaştıracak bir dereceye de gelinmemelidir. Sonuç olarak, hamilelik ya da doğum durumunda sağlanan koruma, tıbbi gereklere dayalı ve sadece anılan

dönemlerdeki sağlık durumunun gerektirdiği kadar olmalı, bunun ötesine geçmemelidir. Buna ek olarak, hamilelik ya da doğum durumlarına dayalı olarak koruma getiren yasal düzenlemelerin uygulanması sonucunda kadınlar, daha olumsuz bir duruma düşürülmemelidir.

Ülkemizdeki tarihsel gelişime baktığımızda, kadınların çok eski dönemlerden beri bazı işlerde çalışmaları yasaktır. Kanuni düzenlemelere göre bu yasaklar, işin niteliği bakımından getirilen yasaklar ile çalışma süresi bakımından getirilen yasak ve sınırlamalar olarak ikiye ayrılır. İşin niteliği bakımından getirilen yasaklar, kadınlar için fazla ağır ve tehlikeli olarak görülen ya da doğacak neslin sağlığının korunmasına hizmet edecek biçimde ortaya çıkar. Mevcut iç hukuk düzenlemelerinde niteliği itibariyle çalıştırma yasaklarının hukuki dayanağı, “bireylerin cinsiyetine uymayan işlerde çalıştırılmayacağı” kuralını amir bulunan Anayasa’mızın 50. maddesidir. Bu hüküm dayanak alınarak getirilen pek çok düzenlemeden yalnızca birisi olan 4857 sayılı İş Kanunu’muzun 72. maddesi, her yaştaki kadınlara yer ve su altında çalışmayı mutlak şekilde yasaklamaktadır. Aynı Kanun’un 73. maddesi, “18 yaşını dolduran kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığı’nın görüşü alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nca (eski Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) hazırlanacak bir yönetmelikte gösterileceğini” hükme bağlamıştır. Bu madde zemin alınarak “2004 tarihli Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” çıkartılmış olup, yeni düzenlemeye kadar yürürlükte kalmıştır. Ardından “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun” 30. maddesinde de işin özelliğine göre gece çalışmalarına ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkartılacak bir yönetmelik ile düzenleneceği ifade edilmiş ve bu şekilde 2013 yılında “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir. 18 yaşını dolduran her kadın işçinin gece postalarında çalıştırılma usul ve esasları, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’e tabidir. Bahsi geçen Yönetmelik’te yakın sayılacak bir tarihte bir değişikliğe gidilerek, “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” yürürlüğe girmiştir. Günümüzde, yürürlükte bulunan mevzuat açısından kadın işçilerin gece postalarında çalışmalarının yasaklandığı dönemler hamilelik veya emzirme dönemleridir. Gebe işçilerin doğuma kadar gece çalışmaya zorlanması mümkün olmadığı gibi, lohusalar da doğumdan itibaren 1 yıl süreyle gece çalıştırılmazlar. Ayrıca Kanun’un 74. maddesindeki sürelerde de kadın işçinin feragati veya işverenin

talimatıyla bu sürelerde çalışılması imkan dahilinde değildir.¹¹²⁴ 74. maddede öngörülen süreler, “kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğu süreler” ile işçinin kullanması gereken günlük 1.5 saatlik süt izni süreleridir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir.

“Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik’in” 5. maddesi uyarınca kadın çalışanların 7.5 saatten fazla gece postalarında çalıştırılması yasaktır. Ancak bu maddeye sonradan istisna getirilerek “turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla 7.5 saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesine” cevaz verilmiştir. Değişikliğin bizlere gösterdiği sonuç, katı çalıştırma yasaklarının günümüz ihtiyaçlarına yavaş yavaş cevap vermeyi bıraktığı ve kanun koyucunun da bunu dikkate aldığıdır.

Gebe ve emziren işçilere Kanun’un dayanak alınarak çıkartıldığı yönetmeliklerden birisi de “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik”tir. Bu yönetmeliğin 9. maddesinde de KÇGPÇKH Yönetmelik’tekine paralel düzenlemeler getirildiği için bu düzenlemelerin birbiriyle uyumlu olduğunu ifade etmemiz gerekir.

Kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağına ilişkin “Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği”, isabetli olarak ilga edilmiştir. Bunun yerine nispeten dar kapsamlı olan Ağır ve Tehlikeli İşler Tebliği getirilmiştir.

Bu hükümlere uyulmamasının birtakım sonuçlara yol açacağı tabiidir. Kanun koyucu, esasen çalıştırmama zorunluluğunu işverene yüklediğinden ve yasağı bildiği halde çalışan işçiye herhangi bir kusur izafe etmediğinden, aykırılığın yaptırımları da işveren yönünde vuk’u bulmaktadır. Öngörülen yaptırımları hukuki yaptırımlar, cezai yaptırımlar ve idari yaptırımlar olmak üzere üçe ayırmaktayız. Aykırılığın meydana getirdiği en basit hukuki yaptırım, sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı kurulması sonucunda hükümsüz olmasıdır. Hemen ifade edelim ki, böyle bir durumda işçinin hakları muhafaza edilecektir.

¹¹²⁴ Çalışan kadınların doğum öncesi veya sonrası sürelerde çalışmaları yasak olduğundan, gece çalışmasında da bulunamayacağı açıktır (MÜLAYİM, Kadın İşçilerin Gece Çalışması, s. 117).

Cezai yaptırımlar ise işçinin kasten/taksirle yaralanması veya ölmesi durumunda gündeme gelecek olup, idari yaptırımların uygulanması ise İş Kanunu m. 104 vasıtasıyla olacaktır.

İşveren için öngörülen yaptırımların karşısında işçinin hakları yer almaktadır. Kanunların ya da buna bağlı çıkartılan Yönetmelikler'in emrettiği hükümlere aykırı olarak çalıştırılan işçinin hayati tehlikesi gündeme geldiği takdirde çalışmaktan kaçınma hakkı ve maruz kaldığı maddi-manevi tazminatları talep etme hakkı vardır.

Belirtmemiz gerekir ki, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve AB ülkelerinin güncel yaklaşımı, bu yasakların kaldırılması yönündedir. Kaldı ki, birçok ILO Sözleşmesi bu nedenle lağvedilmiş, birçok ülke de zamanında onayladığı sözleşmelerden çekilmiştir. Bunun sebebi, teknolojik gelişmelerin günden güne aynı kalmaması sonucunda çalışma hayatının da buna paralel biçimde değişerek gelişmesi, temel hak ve özgürlüklerin genişleyerek sınırlamaların azalması, eski düzenlemelerin güncel ihtiyaçlara daha fazla cevap verememesidir. Biz de, yukarıda derlediğimiz bilgiler, düzenlemeler ve görüşler ışığında daha kullanışlı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri getirildiği takdirde çalıştırma yasaklarının büyük bir çoğunluğunun kaldırılabilceği, tüm kadınlar için genelleme yapılarak sözleşme serbestisinin aşırı derecede sınırlandırılmasının doğru olmadığı ancak gebelik ve analık halinde kadınların korunması gerekliliğinin tartışmasız olduğu, bu yasakların teknolojik gelişmeler dikkate alınarak ihtiyaçlara göre güncellenmesi gerektiği sonucuna varmış bulunmaktayız.

KAYNAKLAR

AGAOĞLU, Samet / HÜDAİOĞLU, Selahattin: “Türkiye’de İş Hukuku-İş Hukuku Tarihi”, Merkez Basımevi, I. Cilt, 1938.

AKINCI, Şahin: “Borçlar Hukuku Bilgisi”, Sayram Yayınları, onuncu bası, 2017, Konya.

AKKAYA KİA, Rukiye: “Atina’daki Demokrasiden Orta Çağ’a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 7-20.

ALP, Mustafa: “Avrupa Birliği Temel Sosyal Hakları ve Türk İş Hukuku”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6, S. 1, 2004, erişim adresi: <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/1992/alp1.pdf?sequence=1>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 1-41.

ALPKAYA, Gökçen: “Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler”, Ankara Üniversitesi SBE Dergisi, 1992, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/36583>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 11-44.

ALTAN, Ömer Zühtü: “Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu ile Korunması”, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1980, Eskişehir.

ARICI, Kadir: “Türk Hukukunda Kız Çocuklarının Sosyal Güvenliği”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara.

ARICI, Kadir: “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması”, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 269-284. (Annelerin Korunması)

ARISOY, Alper / DEMİR, Nesrin: “Avrupa Birliği Sosyal Hukuku’nda Ayrımcılıkla Mücadele Kapsamında Kadın Erkek Eşitliği”, Ege Akademik Bakış Dergisi, C. 7, S. 2, 2007/7, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/557119>, s. 707-725.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: “Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, MÜHF Dergisi, C.23, S.1, 2017, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/331996>, erişim tarihi: 03.04.2019, s. 345-369.

ASTARLI, Muhittin: “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, Turhan Kitabevi, 2008, Ankara. (Çalışma Süreleri)

ATEŞ, Merve: “Türk Hukukunda Hastalık ve Analığın Hizmet Akdine Etkileri”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2011, İstanbul.

AYDIN, Mehmet Korkut, “*Milli Korunma Kanununun Hayata Geçirilişi (1940) ve Tek Parti Dönemi Uygulamaları*”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 29, S. 1, 2019.

AYDIN, Ufuk / DEMİRKAYA, Seher: “*Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 3, S. 6, 2017, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/404416> , erişim tarihi: 15.04.2019, s. 72-104.

AYDINLI, İbrahim: “*İş Hukukunda Butlan (Geçersizlik)'in Uygulanmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 1998, s. 1-11.

AYDINÖZ, Gonca: “*Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423874051.pdf>, s. 163-192.

AYRANCI, Hasan: “*Sözleşme Kurma Zorunluluğu*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S.3, 2003, s. 229-252.

AYTAŞ, Cansu: “*4857 Sayılı İş Kanunu ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Eşitlik Kavramı*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 32, 2017/2, erişim adresi: <http://acikerisim.ticaret.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11467/1846/M00967.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 11.04.2019, s. 199-231.

BACAK, Bünyamin / KAZANCI, Ecehan: “*Türk Çalışma Hayatında Vardiyalı Gece Çalışan İşçilerin Karşılaştığı Fizyolojik, Psikolojik ve Sosyolojik Etkilerin Değerlendirilmesi*”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 6, 2014/2, s. 132-149.

BACAK, Bünyamin / YİĞİT, Yusuf : “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 9, S.2, 2007, erişim adresi: <http://www.kamu-is.org.tr>, e.t.:02.11.2019, s. 1-31.

BAKIRCI, Kadriye: “*Çalışma Hakkı Açısından Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?*”, Toprak İşveren Dergisi, S. 101, 2014, s. 1-5. (Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?)

BAKIRCI, Kadriye: “*İşçi Kadınların İnsan Hakları*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 3-7 Ocak 2006, C.III, Ankara Barosu Yayını, 2006. (İşçi Kadınların İnsan Hakları)

BAKIRCI, Kadriye: “Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı İlkesinin İstisnaları ve Objektif Haklı Nedenler”, Seçkin Yayınları, 2012, Ankara. (Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı)

BAŞALP, Nilgün: “Sorumsuzluk Anlaşmaları”, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2009, İstanbul.

BAŞBUĞ, Aydın: “İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2007, İstanbul.

BAYCIK, Gaye: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Maden İşçileri”, Yetkin Yayınları, birinci bası, 2006, Ankara.

BAYSAL, Ulaş: “İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi”, Adalet Yayınevi, 2011, Ankara. (Geçerli Sebep)

BAYSAL, Ulaş: “İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 25, 2010, İstanbul, s. 59-99. (Eşit Davranma)

BAYTEKİN, İnci: “*İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Kadın İşçilerin Hakları*”, Bahçeşehir Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2018, İstanbul, erişim adresi: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, erişim tarihi, 02.04.2019.

BİLGİN, Birgül: “*Çalışma Yaşamında Kadın ve Yasal Düzenlemeler*”, TBB Dergisi, C. 25, S. 99, 2012, s. 311-315.

BOLCAN, Aybike Elif: “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 24, 2010/1, erişim adresi: <http://calismatoplum.org/sayi24/bolcan.pdf>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 253-276.

BOZKURT, Enver / KANAT, Selim / BEKTAŞ, Sezercan: “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku”, Legem Yayıncılık, genişletilmiş, gözden geçirilmiş, güncellenmiş üçüncü bası, 2018, Ankara.

BÖRÜ PARLAK, Şafak: “Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu”, İstanbul Barosu Dergisi (Kadın ve Hukuk), Özel Sayı, 2017, İstanbul, s. 43-64.

BRENNER, Johanna: “Sınıf Siyaseti ve Kadın”, Kalkedon Yayınları, birinci bası, 2012, İstanbul.

CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Kadının Durumu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, C. 3, 2006. (Kurultay)

CANİKLİOĞLU, Nurşen: “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S. 66, 2005, s. 1-15. (Çalışma Süresi)

CENGİZ, İftar: “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, Kamu-İş Dergisi, C. 10, S. 4, 2009, s. 21-53. (Hamilelik ve Analık)

CENTEL, Tankut: “Kıdem Tazminatında Pozitif Ayrımcılık”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 15, 2009, s. 5-10.

CİVAN, Orhan Ersun: “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/4, s. 205-290.

ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: “İş Hukuku Dersleri”, Beta Yayıncılık, yenilenmiş otuzikinci bası, 2019, İstanbul.

ÇİTİL, Bünyamin: “Rödövens sözleşmesinin Maden Hukukundaki Yeri ve Mali Yükümlülükler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 11, S. 39, 2019, s. 215-243.

ÇOPUROĞLU, Çağlar: “Süt İzni Üzerine Düşünceler”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2016, s. 97-106. (Süt İzni)

ÇOPUROĞLU, Çağlar: “Ücret ve Korunması”, Turhan Kitabevi, birinci bası, 2013, Ankara. (Ücret ve Korunması)

DEDEOĞLU, Saniye: “Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet ve Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/2, s. 41-54. (Eşitlik mi Ayrımcılık mı?)

DEDEOĞLU, Saniye: “*Toplumsal cinsiyet rolleri açısından Türkiye’de aile ve kadın emeği*”, Toplum ve Bilim Dergisi, S. 86, Güz 2000, s. 139-171. (Aile ve kadın emeği)

DEMİR, Müslim: “*Umumi Hıfzısıhha Kanunu Üzerine Bir İnceleme*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 3, 2019, s. 2015-2030.

DEMİRCİOĞLU, A. Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali: “*İş Hukuku*”, Beta Yayınları, gözden geçirilmiş ve yenilenmiş yirminci bası, 2019, İstanbul.

DENİZ, Ahmet / KULOĞLU, Derya: “*Ekonomi Tarihinde Avrupa ve Türkiye’de Kadın Çalışanların Ekonomideki Evrimsel Süreci*”, AVRASYA Uluslararası Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 16, 2019, s. 345-374.

DOĞAN, Elif Tuğba: “*Hamile Kadınların Çalışma Yaşamında Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar*”, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, S. 2, C. 14, 2012, s. 79-98.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “*İş Hukukunun Emredici Yapısı*”, Beta Yayınevi, 2014, İstanbul. (İş Hukukunun Emredici Yapısı)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “*Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005, s. 973-1003. (Metodoloji ve Orantılılık İlkesi)

DOĞAN, Sevil: “*Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı*”, TAAD, S.9, 2012, erişim adresi: <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934890.pdf>, erişim tarihi: 17.04.2019, s. 177-207.

DURMAZ, Şerife: “*İşgücü Piyasasında Kadınlar ve Karşılaştıkları Engeller*”, Ahi Evran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (AEÜSBED), C. 2, S. 3, 2016, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/263795>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 37-60.

DURSUN, Şentürk: “*İş Hukuku Davalarına İlişkin Bilirkişi Raporları-Örnek Dilekçeler ve Mevzuat Ekiyle*”, Seçkin Yayınevi, ikinci bası, 2019, Ankara.

DÜNDAR, Pınar Burcu: “*Türk Kadınının Seçme ve Seçilme Hakkı*”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 129-150.

EKİN, Ali: “Adil ve Makul Koşullarda Çalışma Hakkı Kapsamında İşçi Onurunun Korunması”, Adalet Yayınevi, 2013, Ankara.

EKİN, Ali / KAYIRGAN, Hasan: “Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2014, s. 1045-1066.

EKONOMİ, Münir: Ferdi İş Hukuku, C. 1, Teknik Üniversite Matbaası, 1976, İstanbul. (İş Hukuku)

EKONOMİ, Münir: “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 22, 2009/3, erişim adresi: <http://calismatoplum.org/sayi22/ekonomi.pdf>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 11-34. (Gebelik ve Doğum)

ERBAŞ, C. Gökhan: “Alman Hukukunda Sosyal Temas Kavramı”, ERÜHFD, C. 7. S. 3-4, 2012, s. 121-133.

ERDOĞAN, Çağla: “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Seçkin Yayınevi, güncellenmiş ikinci bası, 2019, Ankara, s. 433-506.

EREN, Fikret: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, yirmiüçüncü bası, 2018, Ankara.

ESENER, Turhan: “İş Hukuku”, AÜHF Yayınları, yeniden gözden geçirilmiş ikinci bası, Sevinç Matbaası, 1975, Ankara.

ESTREICHER, Samuel / HARPER, Michael C.: “Cases And Materials On Employment Discrimination And Employment Law”, West Group Co., 2000, St. Paul/USA.

EVREN, Öcal Kemal: “Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C.4, S.15, 2007, erişim adresi: <http://www.calismatoplum.org/sayi15/Evren.pdf>, e.t. : 05.04.2019, s. 117-150. (Çalıştırma Yasakları)

EVREN, Öcal Kemal: “İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması”, Seçkin Yayınevi, birinci bası, 2007, Ankara. (Ücret ve Uygulaması)

EYRENCİ, Öner: “*Basın İş Hukuku’nda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışmalar*”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal Yayınevi, 2006, İstanbul. (Basın-İş Hukuku’nda Çalışma Süreleri)

EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: “Bireysel İş Hukuku”, Beta Yayınevi, dokuzuncu bası, 2019, İstanbul.

FETTAH, Melek: “*İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2006, İstanbul.

GAMAGE, Danula K. / SEVILLA, Almudena: “*Gender Equality and Positive Action: Evidence from UK Universities*”, IZA – Institute of Labor Economics Yayınları, 2019, erişim adresi: <https://econpapers.repec.org/paper/izaizadps/dp12211.htm>, erişim tarihi: 04.04.2019

GEMALMAZ, Mehmet Semih: “*Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*”, İÜHF, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 141-240.

GÖKÇEK KARACA, Nuray: “Gazetecinin Basın İş Kanunu’ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları”, Legal Yayınevi, 2010, İstanbul.

GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem: “*Koruma mı Dışlama mı?: Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.54, C. 3, 2017, erişim adresi: <http://www.calismatoplum.org/sayi54/balci.pdf>, erişim tarihi: 04.04.2019, s. 1263-1298.

GÖREN, Zafer: “Anayasa Hukuku”, Yetkin Yayınları, T.C Anayasası ve TBMM İç Tüzüğü Eki İle 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Geliştirilmiş üçüncü baskı, 2018, Ankara.

GRAUE, Bettina: Arbeitsrecht, Hrsg.: Peter Wedde, Bund Verlag, 3. Auflage, 2013.

GÜVEN, Kudret: “*Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları*”, GÜHF Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, Ankara, s. 45-80. (Cinsiyet değişikliği)

GÜVEN, Kudret: “General Principles of Turkish Law”, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara. (Turkish Law)

GÜVEN, Kudret: “*Türk Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi Halinde ve Evlilik Dışı İlişkide Velayet Hakkının Geldiği: Ortak Velayet*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 11-64. (Ortak velayet)

GURNANİ, Neerja: “*Standards for Women in Labour Law*”, 2015, erişim adresi: <https://www.lawctopus.com/academike/standards-women-labour-law/>, e.t.: 22.11.2019.

GÜNER, Erol: “*Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmasında Dikkat Edilecek Hususlar*”, Mali Çözüm dergisi, S. 135, 2016, erişim adresi: http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/135malicozum/024_Erol_G%C3%9CNER_.pdf, e.t.: 04.04.2019, s. 289-293.

GÜNEŞ, Volkan: “*New Regulations Related To Unpaid Leave And Part-Time Work After Birth*”, Global Business Research Congress (GBRC), C. 3, S. 1, 2017, İstanbul, s. 392-401.

GÜVEN, Ercan / AYDIN, Ufuk: “*Bireysel İş Hukuku*”, Nisan Kitabevi, gözden geçirilmiş dördüncü bası, 2013, Eskişehir.

HAFIZOĞLU, Ece Sıla: “*Çalışma Süreleri*”, İKÜHFD, S.1, C. 15, 2016, s. 123-164.

HASSELBALCH, Ole: “*Labour Law in Denmark*”, second revised edition, DJOF Publishing, 2010, Kobenhavn/Denmark.

HEKİMLER, Alpay: “*Avusturya İş Hukukunda Eşitlik İlkesi İle İlgili Temel Düzenlemeler*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 13, S. 50, 2016, s. 581-608.

HUSEYNOVA, Taira: “*Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadın İstihdamı ve Rusya’da Kadınların Çalışma Koşulları*”, DEÜ SBE Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD Doktora Tezi, 2015, İzmir, s. 268-293.

ILO FINAL REPORTS, Report of the Committee of Experts, Report III (1B)-2001-Final remarks-En.doc, “The prohibition of women’s night work in industry: Current thinking and practice” Erişim adresi: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-fr.pdf>, e.t.: 02.11.2019.

İREN, Ertan: “*Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu*”, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2008, Ankara.

İSPİR, Zeynep: “*Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2016, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398545>, erişim tarihi: 15.04.2019, s. 165-197.

KAL DEMİRÇİ, Paluri Arzu: “*Dilekçe Örnekleri-Yaşanmış Örneklerle Dayanaklı ve İçtihat Örneği*”, Legal Yayınevi, birinci bası, 2013, İstanbul.

KANDEMİR, Murat / YARDIMCIOĞLU, Didem: “*İş Hukukunda Eşitlik İlkesi*”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Sayı 30-31, 2014, erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/214048>, s. 1-44.

KARAAHMETOĞLU, Atanur: “*6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Bağlamında Soma Madenlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi*”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S. 76, 2019, erişim adresi: <https://doi.org/10.26650/jspc.2019.76.0005>, e.t.:21.11.2019, s. 89–128.

KARADENİZ, Özcan: “*Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri*”, Sevinç Matbaası,1976, Ankara.

KARDAM, Filiz / TOKSÖZ, Gülay: “*Gender Based Discrimination At Work In Turkey: Across-Sectoral Overview*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2016, s. 151-172.

KAYA Ayça, “*Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, Trabzon, s. 43-80.

KAYA, Gözde: “*Avrupa Birliği İş Hukuku’nda Cinsiyet Ayrımcılığı*”, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, https://ab.gov.tr/files/pub/gozde_kaya_doktora_tezi.pdf.

KAYA, Pir Ali: “*Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi*”, Dora Yayınları, ikinci bası, 2009, Bursa.

KAYAALP, Dilek: “*Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme*”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Adalet Yayınevi, C.1, S. 1, 2019.

KAYIRGAN, Hasan: “Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler”, Onikilevha Yayınları, birinci bası, 2019, İstanbul.

KAYIRGAN, Hasan: “*Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası*”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, Kayseri.

KILIÇOĞLU, Mustafa: “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Egemen Olan İlkeler ve Ayrımcılık Yasağı*”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 9, S. 36, İstanbul, 2012, s. 37-58.

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: “İş Güvencesi Hukuku”, Legal Yayınevi, 2007, İstanbul. (İş Güvencesi Hukuku)

KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal: “Prof. Dr. Turhan Esener’in Önsözüyle İş Kanunu Şerhi”, güncellenmiş ve genişletilmiş üçüncü bası, Legal Yayınevi, 2013, İstanbul. (İş Kanunu Şerhi)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, C. 1, Filiz Kitabevi, yedinci tıpkı bası, 2017, İstanbul.

KOLOĞLU, Hikmet: İş Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Medya Sektöründe Çalışan Kadının Durumu”, “Türk Kadınının Seçme ve Seçilme Hakkı”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 89-104.

KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül: “*İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması*”, Legal Yayıncılık, birinci bası, 2013, İstanbul.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz / KAYA, Ayça: “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011, C. 8 , S. 29, İstanbul.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: “*Türk İş Hukuku’nda Analık*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 2, S. 4, 2016, s. 97-124.

KURT, Resul: “*Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Hakları*”, Mali Çözüm Dergisi, S. 146, C. bilinmiyor, 2018, erişim adresi: http://archive.ismmmo.org.tr/YAYINLAR/MALI_COZUM/MALICOZUM146.pdf#page=60, erişim tarihi: 06.04.2019, s. 59-90.

MAKAL, Ahmet: “*Türkiye’de Erken Cumhuriyet Döneminde Kadın Emegi*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2, 2010, s. 13-40.

MANAV ÖZDEMİR, Eda: “*2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2014, s. 731-779. (Direktifler)

MANAV ÖZDEMİR, Eda / ERDOĞAN, Canan: “*İş Hukukunda Analığın Korunması*”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: “*İş Hukuku Ders Kitabı*”, Lykeion Yayınları, güncellenmiş üçüncü bası, birinci cilt, 2019, Ankara.

MOROĞLU, Nazan: “*Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 4, s. 209-217. (Kadın Erkek Eşitliği)

MOROĞLU, Nazan: “*Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadının İnsan Hakları*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk F. Kuruluşunun 20. Yılı Armağanı Özel Sayısı, C. 13, S.1, 2017, s. 285-317. (Uluslararası ve Ulusal Hukukta Kadın)

MÜLAYİM, Baki Oğuz: “*Avrupa Birliği’nin 2003/88/EC Sayılı Yönergesi Kapsamında Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışma Süresine Dair Düzenlemenin Değerlendirilmesi*”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, 133-150. (2003/88/EC. Sayılı Yönerge)

MÜLAYİM, Baki Oğuz: “*İş Hukukunda Gece Döneminde Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma*”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2017, s. 97-112. (Gece Döneminde Fazla Çalışma)

MÜLAYİM, Baki Oğuz: “*İş Hukukunda Kadın İşçilerin Gece Çalışması*”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2017, s. 103-132. (Kadın İşçilerin Gece Çalışması)

NAZLI, Seçkin: “*Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemelerinin İş Hukukuna Etkileri*”, Seçkin Yayınevi, birinci bası, 2015, Ankara. (Anayasanın Çalışma Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Düzenlemeleri)

NAZLI, Seçkin: “*İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. 1, Özel Sayı, 2016, İstanbul, s. 571-586. (Eşit Davranma İlkesi)

OĞUZ, Özgür: “*Türk İş Hukuku’nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler*”, TBB Dergisi, C. 134, S. 1748, 2018, erişim adresi: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1748>, erişim tarihi: 02.04.2019, s. 567-586.

OĞUZMAN, M. Kemal: “*Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, İsmail Akgün Matbaası, 1955, İstanbul. (Fesih)

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, gözden geçirilmiş onaltıncı bası, 2018, İstanbul.

ONARAN YÜKSEL, Melek: “*Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*”, Beta Yayınevi, birinci bası, 2000, İstanbul.

ÖZBUDUN, Ergun: “*Türk Anayasa Hukuku*”, Yetkin Yayınları, 2017 Anayasa değişikliklerine göre gözden geçirilmiş 18. basım, 2018, Ankara.

ÖZTÜRK, Necla: “*Türk Hukuku’nda Kadına İlişkin Başlıca Düzenlemeler: Geçmişten Günümüze Genel Bakış*”, *Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama*, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 1-40.

ÖZER, Hatice Duygu: “*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Verilen Tedbir Kararlarının İş Hukukuna Yansımaları*”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara.

ÖZYURT, Vuslat: “*Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma*”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 19, 2008, s. 919-955.

PADHI, Pramod Kumar: “*Labour And Industrial Laws*”, PHI Publishing, 2008, New Delhi.

PARLAK BÖRÜ, Şafak: “*Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu*”, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 43-64.

PLAYER, A. Mac: “Employment Discrimination Law”, West Publishing Co., ikinci bası, 1988, St. Paul/Amerika.

SAĞLAM, Fazıl: “*Anayasa Hukuku Perspektifi ile İş Hukukunun Bazı Sorunlarına Bakış*”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayınevi, 2014, İstanbul.

SARACEL, Nüket: “Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları” Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1987, Eskişehir.

SARAÇ, Coşkun: “*Analık Halinde Çalıştırma Yasağı*”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Basım, İstanbul 2011, s. 1881-1894.

SARI, Özgür: “Social Policies And Local Governments In Turkey”, The Most Recent Studies In Science And Art, Gece Yayınevi, birinci bası, V. 1, 2018, Ankara, s. 32-34.

SARIEROĞLU, Jülide: “Kadın Çalışmaları El Kitabı-Çalışan Kadınlar: Hakları ve Yeni Yasal Düzenlemeler”, Hak-İş Konfederasyonu Yayınları, ikinci bası, 2012, Ankara.

SAVAŞ, F. Burcu: “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi”, Beta Yayınevi, 2012, İstanbul.

SAYMEN, Ferit H.: Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, 1954, İstanbul.

SCHLACHTER, Monika: “Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht“, Edt.: Rudi MÜLLER – GLÖGE/Ulrich PREIS/Ingrid SCHMIDT, 19. Aufl., 2019, MuSchG § 2.

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “Bireysel İş Hukuku”, Gazi Kitabevi, yenilenmiş onuncu bası, 2019, Ankara. (İş Hukuku)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*Eşit veya Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücret İlkesi*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 19, S.3, Ankara, 1998. (Eşit Ücret İlkesi)

SENYEN KAPLAN, Emine: “*İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı*” Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, 2000, İzmir. (Ücret ve İzin Hakkı).

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı, 2017, s. 225-270. (İş Hukuku’nda Eşitlik İlkesi)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Sınırlandırılması*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, 2016. (Fesih Hakkının Sınırlandırılması)

SENYEN KAPLAN, Emine: “*İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları*”, Prof.Dr. Sarper Süzek’e Armağan I, İstanbul 2011, s. 567-595. (İş Görme Ediminin İfası)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından)*”, Kadioğlu Matbaası, 1992, Ankara. (İşverenin Hukuki Sorumluluğu)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları*”, Doktora Tezi, 1987, Ankara. (İşverenin Fesih Hakkı)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*Kadın İşçilerin Çalışması Yasak İşler ile Çalışma Süresine İlişkin Yasak ve Sınırlamalar*”, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, TBB Yayınları, C. 2, 2019, Ankara. (Tebliğ)

SENYEN KAPLAN, Emine: “*Türk İş Hukuku ile Uluslararası Sözleşmeler ve Mukayeseli İş Hukuku Açısından Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması*”, Yayınlanmış Profesörlük Takdim Eseri, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 1999. (Kadın Hakları)

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin İş İlişkisinde Çalışmasının Yasak Olduğu İşler, İş Süreleri ve İş Şartları*”, Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Seçme Yazılar”, Ankara 2003. (Kadın İşçinin Çalışmasının Yasak Olduğu İşler)

SEVAL, Hale Nur: “*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusunda Temel Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler*”, Türk Hukuku’nda Kadın-Temel Kanunlar, Uluslararası Sözleşmeler ve Uygulama, Edt: ÖZTÜRK, Necla / YARAR, Güven / ARSLAN, Şule, Adalet Yayınevi, birinci bası, 2017, Ankara, s. 105-128.

SOYASLAN, Doğan: “*İş ve Çalışma Hürriyeti’nin İhlali*”, İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İÜHF Yayınları, 2011, İstanbul, s. 814 vd.

SOYSAL, Tamer: “*Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler*”, Kamu-İş, C. 8, S. 4, 2006, Ankara, s. 1-48.

SUBAŞI, İbrahim: “*İş Hukukunda Çalışma Süreleri*”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınevi, 2005, İstanbul, s. 301-312.

SUMBAS, Ahu: “*Toplumsal Cinsiyet Eşitlik Politikası Olarak Ebeveyn İzni*”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2018, s. 167-194.

SÜRAL, Nurhan: “*Torba Kanununun Çalışan Kadınlara Dair Hükümleri*”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 21, 2011, s. 5-14.

SÜRAL, Nurhan: “*Türkiye’de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve*”, DEÜHFD Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, 2014, İzmir, erişim adresi: <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/2128/11-nurhansural.pdf?sequence=1>, erişim adresi: 05.04.2019, s. 279-309.

SÜMER, Haluk Hadi: “*İş Hukuku Uygulamaları*”, Seçkin Yayınevi, yedinci bası, 2019, Ankara.

SÜZEK, Sarper: “*İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133. (Ücretsiz İzinler)

SÜZEK, Sarper: “*İş Hukuku*”, Beta Yayınları, yenilenmiş onaltıncı bası, 2018, İstanbul. (İş Hukuku)

SÜZEK, Sarper: “*İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*”, Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 359 vd. (Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması)

TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek: “*Uluslararası düzenlemeler çerçevesinde Türk iş mevzuatında kadın işçinin korunması*”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C.0, S. 40, 2014, erişim adresi: <https://trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TVRZME9UQTJOZz09>, erişim tarihi: 05.04.2019, s. 29-50.

TOLGA, Muammer Vassaf: “*İş Hukuku*”, Türkiye Ticaret Postası Matbaası, üçüncü bası, 1958, İstanbul.

TOPALOĞLU, Mustafa: “*Maden Hukuku*”, Karahan Yayınevi, birinci bası, 2011, Adana.

TUNCAY, Aziz Can: “İş Hukuku’nda Eşit Davranma İlkesi”, Fakülteler Matbaası,1982, İstanbul.

TUNÇ, Hasan: “Türk Anayasa Hukuku”, Gazi Kitabevi, birinci bası, 2018, Ankara.

TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: “İş Hukukunun Esasları”, Beta Yayınları, dokuzuncu bası, 2018, İstanbul.

TÜZÜNTÜRK, Selim / GÜLEÇ Melda Medine: “Determining The Differences Of Driving Anger Expressions According To Gender: The Case Of Y Generation In Bursa”, The Most Recent Studies In Science And Art, Gece Yayınevi, birinci bası, V. 1, 2018, Ankara.

ULUCAN, Devrim: “*Basın İş Kanunu’nda Ücret ve Hükümleri*”, Basın İş Hukuku Genel Esasları ve Uygulama Sorunları, Legal Yayınevi, 2006, İstanbul. (Basın-İş Kanunu)

ULUCAN, Devrim: “*Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi*”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayınevi, 2005, İstanbul. (Esneklik İhtiyacı)

ULUCAN, Devrim, “*Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan I, C. 15, Özel sayı, 2014, İzmir, s.369-383. (Eşitlik İlkesi)

ULUSAN, İlhan: “Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, İstanbul.

URHANOĞLU CENGİZ, İftar: “*Protection Of Women Workers In Pregnancy And Maternity Status In The Context Of Council Directive 92/85/EEC Of 19 October 1992*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, 2011, s. 59-80. (Pregnancy And Maternity)

URHANOĞLU CENGİZ, İftar: “*4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler*”, TBB Dergisi, S. 98, 2012, s. 203-230. (Çocuk ve Gençlerin Ehliyeti)

UŞAN, Fatih: “*Working Conditions of Women Workers in The Turkish Labour Law*”, A Comparative Study Of Women Issues, 2018, <https://books.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=X797DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA25&dq>

=fatih+u%C5%9Fan&ots=dipDfYa0hi&sig=M8WPmDuS26Bbn-
iXQURSONoc8A0&redir_esc=y#v=onepage&q=fatih%20u%C5%9Fan&f=false, s. 25-37.

ÜNAL, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Edt.: Tankut CENTEL, Oniki Levha Yayınları, 2018, İstanbul.

VANNAK, Dom / GIHONG, Yi: “*Perceptions of the Public on Women's Education and Employment: Evidence from the World Values Survey*”, C.5, S.4, 2018, erişim adresi: <https://doi.org/10.15206/ajpor.2018.5.4.302>, erişim tarihi: 04.04.2019, s. 302-318.

YAMAKOĞLU, Efe / KARAÇÖP, Eda: “*İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, 2014, s. 479-506.

YEMİŞKEN, Elçin: “*Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması*”, Bahçeşehir Üniversitesi SBE Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, 2018, İstanbul.

YILDIZ, Gaye Burcu: “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu”, Yetkin Yayınları, birinci bası, 2008, Ankara.

YUVALI, Ertuğrul: “İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Turhan Kitabevi, birinci bası, 2012, Ankara. (Eşit Davranma Borcu)

YUVALI, Ertuğrul: “*4857 sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış*”, TBB Dergisi, C.106, S.1270, 2013, erişim tarihi: 01.04.2019, erişim adresi: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1270>, s. 93-114. (makale)

YÜKSEL, Büşra: “*Çalışma İlişkilerine Yönelik İlk Düzenleme: Dilaver Paşa Nizamnamesi ve Çalışma Hayatına Etkileri*”, İş ve Hayat Dergisi, C. 3, S. 6, 2017, s. 155-178.

YÜKSELBABA, Ülker: “*Feminist Perspektiften Hukuk*”, İÜHFM C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 123-138.

WOOD, Johnny: “104 Countries Have Laws That Prevent Women From Working in Some Jobs”, World Ekonomik Forum (erişim adresi: <https://www.weforum.org/agenda/2018/08/104-countries-have-laws-that-prevent-women-from-working-in-some-jobs/>, e.t.:27.11.2019)

Yararlanılan İnternet Siteleri

http://europa.eu/employment_social/gender_equality/framework/strategy_en.html.
<https://korfezhaberi.com/2019/07/02/iscilere-15-eylule-kadar-sicakta-calisma-yasagi-getirildi/>
<https://wbl.worldbank.org/#>
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. www.ab.gov.tr
http://www.deltur.cec.eu.int/_webpub/documents/FactSheets/ABVEKadin.pdf.
http://www.ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/key_documents/turkey_en.pdf.
<http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2002/june/Willisjudepress.htm>.
<https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>
<https://www.ip.gov.sk/equal-treatment-men-women-prohibition-discrimination/>
<https://www.isgtecrubeleri.com/arsiv/dilaver-pasa-nizamnamesi/>
<http://www.teoriosgb.com/is-sagligi-ve-guvenliginin-turkiye-deki-tarihsel-gelisimi/>
<https://www.muhasebeweb.com>
<http://www.hurriyet.com.tr/dunya/kktcde-asiri-sicaklar-nedeniyle-3-gun-calismak-yasak-29733310>
<https://www.ekremimamoglu.com/projeler/kadin/>
<https://www.ankara.bel.tr/kadin-calismalari/projeler-m-z/kadin-dostu-kent-projesi> ;
<https://www.haberankara.com/cankaya-belediyesi-nden-girisimci-kadinlar-projesi/69568/>
<https://www.dw.com/tr/kad%C4%B1n-i%C5%9F%C3%A7ilere-gece-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fma-yasa%C4%9F%C4%B1-25-y%C4%B1l-%C3%B6nce-kald%C4%B1r%C4%B1ld%C4%B1/a-37299894>
<https://www.haberler.com/times-rusya-da-kadinlara-agir-islerde-calisma-12213908-haberi/>
<http://www.lugatim.com/s/mevad>
www.economist.com
www.ilo.org
www.iskanunu.com
www.isvesosyalguvenlik.com

www.jurix.com

www.kazanci.com

www.mevzuat.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.trdizin.gov.tr

www.tuik.gov.tr