

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE İŞ
SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Barlas OSKAY

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN

İSTANBUL, 2019

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE İŞ
SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ**

Yüksek Lisans Tezi

Barlas OSKAY

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN

İSTANBUL, 2019

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK..... YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tezin Adı: Anadoluk Halini Korunması ve İstisna Etkisi

Öğrencinin Adı Soyadı: Barlas ASKAY

Tez Savunma Tarihi: 7.8.2019

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Doç. Dr. Burak KÜNTAY
Enstitü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Ünvan/Ad	İmza
Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koca Taşkın	Sedef Koca
Üye	Doç. Dr. F. Burak Sarıtaş	F. Burak Sarıtaş
Üye	Dr. Öğr. Üyesi Şehinaz KILIÇ	Şehinaz KILIÇ

ÖZET

ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Oskay, Barlas

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Sedef Koç

2019, 116 sayfa

Hamilelik ve doğum sonrası dönem tüm kadınlar için özen gösterilmesi gereken dönemlerdir. Bu dönemde kadınların bir yandan hamilelik ve doğum nedeniyle yaşadığı fizyolojik sorunların giderilmesi ve diğer yandan da bebek ile arasında annelik bağının güçlü bir şekilde oluşması amaçlanır. Bunlara ek olarak, kadının, çalışma yaşamındaki yeri ve sorumlulukları da göz önünde bulundurulduğunda, hamilelik ve doğum sonrası dönemde kadın işçilerin, iş ilişkisinde özel olarak korunması gerekmektedir.

Kadın işçilerin, analık halinin özel olarak korunması gerekliliği, kuşkusuz ki çalışma yaşamını da etkilemektedir. Analık halinin korunması için gerekli olacak koruyucu önlemler ve düzenlemeler ile çalışma şartları her zaman uyum içinde olamamaktadır. Bir yandan çalışma yaşamında kadın istihdamının devamının ve kadınlara iş güvencesinin sağlanması gerekirken; diğer yandan kadın işçilere hem doğumdan sonra belirli bir süre çalışmama, hem de işe geri döndükten sonra da uygun ve yeterli çalışma ortamında ve belirli haklara sahip olmak suretiyle çalışma imkânının sağlanması gerekmektedir.

Belirtilen bu hususların uyumunun sağlanabilmesi için hem uluslararası belgeler hem de ulusal düzeyde yerel mevzuatlarda düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemizde de geçmişten bugüne kadar olan dönemde giderek modern hayatın gerekliliklerine uygun yasal düzenlemeler yapılıyor olması olumlu bir durum olarak görülecek olmakla birlikte; bu yasal düzenlemelerin uygulamada da hayata geçirilebilmesi konusundaki problemlerin de giderilmesi bir ihtiyaçtır.

Anahtar Kelimeler: Kadın işçi, Analık Hali, Çalışma Yaşamı, Kadın İstihdamı

ABSTRACT

PROTECTION OF MOTHERHOOD AND AFFECT ON LABOR CONTRACT

Oskay, Barlas

PRIVATE LAW MASTER'S DEGREE PROGRAM

Thesis Supervisor: Asst. Prof. Dr. Sedef Koç

2019, 116 pages

The pregnancy and postnatal period of women are the period which must be cared. In this period, it is aimed to eliminate the physiological problems of women due to pregnancy on the one hand, and to establish a strong band between baby and mother. Additionally, due to the position and responsibility of women on working life, the women workers must be protected specially at the end of pregnancy and postnatal period.

Undoubtedly, the necessity of the protection of motherhood of women workers' affects the working life. The necessary protective measures and regulations for protection of motherhood may always not be in compliance with working conditions. On the one hand, it should be provided to maintain the participation women to workforce and the protection thereof in the working life. On the other hand, it should also be provided them to have sufficient and suitable place in workplace and enjoy rights after maternity leave; along with being have the sufficient maternity leave period.

Regulations have been made both in national and international law with the aim of providing these protections. Although, the necessary legal regulations have been made toward the necessity of modern life in our country from past to present, it is also a requirement to solve the practical problems arising from the implementation of these regulations.

Key Words: Women Employer, Motherhood, Working Life, Women Employment

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM ANALIĞIN KORUNMASI HAKKINDA GENEL ÇERÇEVE

I. KADININ ÇALIŞMA YAŞAMINDAKİ YERİ.....	4
A. Dünya’da Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri	4
B. Türkiye’de Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri.....	6
1. Cumhuriyet Öncesi Dönemde	6
2. Cumhuriyet Döneminde	7
3. Günümüzde Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri.....	8
II. ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI	9
A. Birleşmiş Milletler Örgütü Belgelerinde	9
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.....	9
2. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi	10
3. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)	11
B. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde	13
1. 183 Sayılı Doğum Öncesi ve Sonrası Kadınların İstihdamı Hakkında Sözleşme	13
2. 158 Sayılı Hizmet İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme	15
3. 102 Sayılı Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi	16
C. Avrupa Konseyi Belgelerinde	17
1. Avrupa Sosyal Şartı	17
2. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı	18
D. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde	21
1. Hamile, Lohusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin 19 Ocak 1992 tarih ve 92/85/EEC Sayılı Konsey Direktifi	22
2. BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP ve ETUC Tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşma’yı yürürlüğe sokan ve 96/34/EC sayılı Direktifin İlgâ Edilmesine İlişkin 8 Mart 2010 Tarih ve 2010/18/EU Sayılı Konsey Direktifi	23
3. Ülkemiz Mevzuatının AB Mevzuatı İle Uyumluluğunun Değerlendirilmesi	24
III. TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI	26
A. Genel Olarak	26
B. Analık Halinin Korunmasına İlişkin Hükümler	27
1. Anayasa.....	27
2. İş Kanunu	28
3. Basın İş Kanunu.....	29
4. Türk Borçlar Kanunu	30

İKİNCİ BÖLÜM İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ANALIK HALİNİN KORUNMASI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI AŞAMASINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI	33
A. Ayrımcılık Yasağı	33
B. Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Yaptırımları	36
II. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ	40
A. Doğum Öncesi ve Sonrası Analık Hali Sebebiyle Kullanılabilecek İzin Hakları	41
1. Analık İzni	41
2. Yarım Çalışma İzni	46
a. Yarım çalışma iznine hak kazanmak için gerekli şartlar	48
b. Yarım çalışma izninin iş ilişkisine etkisi	50
3. Altı Aya Kadar Ücretsiz İzin Hakkı	55
4. Ücretli Periyodik Kontrol İzni ve Süt İzni	56
B. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı	59
1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Tanımı	59
2. Analık İzni Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı	60
3. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Bulunma Şartla	61
a. İşK. m.74'te ki izin sürelerinin bitimi	61
b. En az 1 ay önceden yazılı bildirim şartı	62
c. Diğer eşin çalışıyor olması şartı	63
4. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı ile İlgili Düzenlemeler	66
a. Kısmi süreli çalışma yapabilecek zaman aralığı	66
b. Talepte Bulunma Süresi	67
c. İşçinin kısmi süreli çalışma talebinin işverence karşılanması ve talebin geçerli nedenle fesih sebebi olamaması	68
d. Tam süreli çalışmaya geri dönme hakkı	72
e. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan diğer işçinin durumu	74
5. Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Bulunabilecek Kişiler	76
a. Ebeveynlerden birisi	76
b. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler	77
6. Kısmi Süreli Çalışmanın Yapılacağı Gün, Çalışma Saatleri ve Çalışılacak Zaman Aralığının Belirlenmesi	79
C. Risk Değerlendirmesi ve Sonuçları, Oda ve Yurt Açma Yükümlülüğü İle Diğer Çalışma Yasakları	82
1. Risk Değerlendirmesi ve Sonuçları	82
2. Emzirme Odası ve Yurt Açma Yükümlülüğü	84
3. Gece Çalışma ve Fazla Çalışma Yasağı	86
D. İş Sözleşmesi Sürecinde Analık Halinin Korunmasına Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Yaptırımları	87
1. Maddi ve Manevi Tazminat Talebi	87
2. İşi Görmekten Kaçınma Hakkı	88

3. Haklı Nedenle Fesih Hakkı.....	89
III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ AŞAMASINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI.....	89
A. Geçerli Nedenle Önelli Feshe Karşı Koruma	89
1. Hamilelik ve Doğum Nedeniyle Kadın İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinin Geçerli Nedenle Fesih Teşkil Etmemesi.....	90
2. İş Kanunu 74. Maddede Öngörülen Sürelerde İşe Gelmemenin Geçerli Fesih Nedeni Teşkil Etmemesi.....	94
B. Haklı Sebep Feshe Karşı Koruma.....	95
C. İş Sözleşmesinin Gebelik veya Doğum Nedeniyle Sona Erdirilmesinde Uygulanan Hukuki Yaptırımlar.....	97
1. Ayrımcılık Tazminatı	97
2. Kötü Niyet Tazminatı.....	99
3. Haksız Fesih Tazminatı.....	102
SONUÇ	105
KAYNAKÇA.....	110

KISALTMALAR

AB	:	Avrupa Birliği
ASŞ	:	Avrupa Sosyal Şartı
AY	:	Anayasa
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BM	:	Birleşmiş Milletler
C	:	Cilt
CEDAW	:	Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
DMK	:	Devlet Memurları Kanunu
E	:	Esas
f.	:	Fıkra
GEKÇŞDY	:	Gebe ve Emziren Kadınların Çalışma Şartlarına Dair Yönetmelik
GGASS	:	Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
ILO	:	Uluslararası Çalışma Örgütü
İŞK	:	İş Kanunu
İSGK	:	İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
K	:	Karar
KÇGPCŞDY	:	Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
m	:	Madde
No:	:	Numara
RG	:	Resmi Gazete
S	:	Sayı
s	:	Sayfa
SGK	:	Sosyal Güvenlik Kurumu
SSGSSK	:	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TİHEK	:	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
Yarg	:	Yargıtay
Yy	:	Yüzyıl

GİRİŞ

Günümüzde, çağın gerekliliği olarak, kadınların çalışma yaşamında etkin şekilde yer alması kaçınılmaz bir hale gelmiştir. Çalışma yaşamında kadın erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlanması ve cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması bu sonucun ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. Kadınların, çalışma yaşamında etkin bir şekilde yer alması gerekirken; yaşamlarında önemli bir süreç olan gebelik ve analık durumunun çalışma yaşamına etkisi de önemle değerlendirilmesi gereken bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda, bir yandan çalışma sürecinde gebelik ve doğum sonrasında ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların önüne geçilmesi amacıyla kadın çalışanların özel olarak korunması gerekirken; diğer yandan da gebelik süreci ve doğum sonrasındaki süreçte kadınların iş güvencesinin sağlanması gerekmektedir.

Bu ihtiyaç hemen hemen tüm dünya çapında kabul görmüş olup, birçok devletin onaylamış olduğu çeşitli uluslararası sözleşmeler ve belgelerle giderilmeye çalışılmıştır. İlk zamanlarda sadece kadın olma nedeniyle koruma amacı güden uluslararası sözleşme hükümleri, zamanla analık halinin korunmasını amaçlayan hükümler haline gelmiştir. Teknolojik gelişmeler ve çağın ilerlemesiyle sadece analık halinin korunması da yeterli görülmemiş ve çağdaş bir toplumun gerekliliği olarak kadınların çalışma yaşamında yer almasının korunması için farklı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle çalışmamın ilk kısmında kadının dünyada ve ülkemizde çalışma yaşamındaki yerine genel olarak değinildikten sonra, analık halinin iş ilişkisi ile bağlantısı yönünde düzenlemeler içeren uluslararası sözleşmeler ve belgeler incelenecektir. Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından oluşturulmuş düzenlemelere ilk kısımda değinilecektir. Uluslararası sözleşme ve belgelerde geçmişten bugüne kadar yapılan değişikliklere değinilecek ve bu değişikliklerin ülkemiz mevzuatı ile uyumu da karşılaştırılacaktır.

Ülkemiz İş Hukuku mevzuatı da kadınların analık halini koruyucu birçok düzenleme ihtiva etmektedir. Bu düzenlemelerin birçoğunun uluslararası sözleşme hükümleriyle uyumlu olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, 29.01.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6663 sayılı Kanun'la getirilen yeni düzenlemeler de AB müktesebatına uyum konusunda

önemli bir gelişme olarak görülebilecektir. Dolayısıyla, çalışmamızın ikinci kısmında ise Türk Hukuk sisteminde yer alan düzenlemeler detaylarıyla irdelenmeye çalışılacaktır.

Ülkemiz hukuk sisteminde yer alan düzenlemeler açısından; öncelikle çalışma yaşamında analık halinin korunmasına ilişkin düzenlemelerin hangi mevzuatta yer aldığı hususuna değinilecektir. Bu kapsamda; TC. Anayasası, Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu hükümlerine temel olarak değinilecektir. Çalışma yaşamında analık halinin korunmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı mevzuat temel olarak belirtildikten sonra; iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, iş sözleşmesi devam ederken ve iş sözleşmesinin sona ermesinde analık halinin korunması ve iş sözleşmesine etkisi ayrı kısımlar halinde değerlendirilecektir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında, konumuz bakımından önem arz eden ayrımcılık yasağı ve ayrımcılık yasağına aykırılığın hukuki ve ceza-i yaptırımlarına değinilecektir.

İş sözleşmesinin devamı sırasında, kadın çalışanların gebelik ve doğum sonrasında İş Kanunu m.74 kapsamında sahip oldukları izin hakları değerlendirilecektir. Özellikle, 6663 sayılı Kanun'la getirilen yarım çalışma izni kavramı ve bu kavramın m.74'te daha önceden yer almakta olan izin haklarıyla ilişkisi ve bundan doğan tartışmalara yer verilecektir. Yine, 6663 sayılı Kanun ile İş Hukuku mevzuatımıza yeni girmiş olan, ebeveynlerin çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı aya kadar sahip olabilecekleri kısmi süreli çalışma hakkı detaylarıyla incelenecektir. Getirilen bu yeni düzenlemenin olumlu yönleriyle beraber, işçi ile işveren arasında doğurabileceği sorunlara ve de yaratabileceği öngörülen olumsuzluklara da değinilecektir. Analık sebebiyle sahip olunabilecek haklardan sonra, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında analık halinin korunması bakımından alınabilecek önlemler ve bu kapsamdaki koruyucu hükümlere değinildikten sonra, iş sözleşmesinin devamında var olan yükümlülüklerle aykırılık durumunda kadın çalışanların sahip olabileceği haklar açıklanacaktır.

Çalışmamızda son olarak, iş sözleşmesinin sona ermesinde analık halinin korunması konusu kapsamında; kadın çalışanların özellikle gebelik ve doğum sonrasında geçerli nedenle feshe ve haklı sebeple feshe karşı korunmasına ilişkin düzenlemelere değinilecek

ve bu düzenlemelere aykırı şekilde gerçekleştirilen feshin sonuçları olan tazminat yaptırımları ve bu tazminat türlerinin aralarındaki ilişkiler incelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ANALIĞIN KORUNMASI HAKKINDA GENEL ÇERÇEVE

I. KADININ ÇALIŞMA YAŞAMINDAKİ YERİ

Kadın işgücü çok eski tarihlerden bugüne kadar toplumda sürekli olarak var olmuştur. İkel toplumlarda, erkek avcılıkla uğraşırken, kadınlar ise tarlalarda çalışmıştır. Bu görev dağılımıyla her iki cinsiyet arasında ilk dönemlerde bir eşitliğin olduğu söylenebilecektir. Daha sonraki dönemde, kadınlar, "işçi" statüsüyle çalışma yaşamına girdiği ilk zamanlarda çok zorlu çalışma şartlarıyla karşı karşıya kalmıştır. Özellikle kadınlar "ucuz işçi" olarak görülmüş ve çok fazla emek vermelerine karşın çok düşük ücretlerle çalıştırılmışlardır. Marksist feminist yaklaşımlar bu durumun yaratmış olduğu eşitsizliğe ve kadınların maddi olarak sömürülmesine dikkat çekmiştir¹.

Günümüzde kadınlar hemen hemen her alanda çalışma yaşamında yer almakta olup bugünlere gelinen süreçte, kısaca ülkemizde ve Dünyada kadının çalışma yaşamındaki tarihine değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

A. Dünyada Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri

Sanayi Devriminden önceki dönemde kadınlar daha çok dokumacılık gibi işleri meşgale edinmiş ve erkeklere nazaran ekonomiye katkıları daha az olmuştur. Kadınlar bu dönemde sadece çocuk doğuran ve bakan kişiler olarak görülmüşlerdir². Her ne kadar daha önce ilkel yaşantı döneminden süregelen şekilde kadınlar çalışma yaşamında yer alıyor olsalar da, ev işleri ve kendilerine atfedilen annelik misyonu altında zorlu şartlarla karşı karşıya kalmışlar ve aynı zamanda emeklerinin karşılığını da alamamışlardır. Dolayısıyla, kadınlar, çalışma yaşamında hep var olmakla birlikte, kadınların, "işçi" statüsünde çalışma yaşamında yer almaları Sanayi Devriminden sonra ortaya çıkmıştır.

¹ YEMİŞKEN, Elçin, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul, 2018, s.3.

² KALOĞLU, Nur, "Banka Çalışanlarının Cam Tavan Sendromuna İlişkin Tutumlarını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017, s.1.

18.yy'ın ikinci yarısında İngiltere'de doğan ve bütün Avrupa'ya yayılan Sanayi Devrimiyle birlikte makineler insan işgücünün yerini almıştır. Makineleşme nedeniyle kadın işgücü de kentlere göç etmeye başlamış ve aynı zamanda üretimin hızlı bir şekilde artması nedeniyle ucuz işgücüne ihtiyaç artmıştır. Diğer yandan tarihten bu yana devam eden savaşlarda erkek nüfusun azalmaya başlaması sonucunda³ kadınlar çalışma yaşamında "işçi" statüsüyle yer almaya başlamışlardır.

Bu dönemde çalışma ilişkilerinde liberal anlayışın etkin olması nedeniyle, çalışma koşulları işçi ile işveren arasında serbestçe belirlenmiştir. Kırsal yaşamdan kente göçün artmasıyla birlikte, emek arzının fazlalığı nedeniyle erkekler de düşük ücretlerle çalıştırılmış ve ek gelir sağlama düşüncesiyle kadınlar da fabrikalarda çalışma yaşantısına dahil olmuştur. Daha çok ekonomik nedenlerle, kadınların "işçi" statüsünde çalışma yaşamında yer almaya başlaması, kadınların çok ağır koşullarda -çok fazla çalışma sürelerine karşın, çok düşük ücretle- çalıştırılmalarına neden olmuş ve bu durum kadınların emeğinin sömürülmesi sonucunu doğurmuştur. Kadınların bu çalışma koşulları toplumda düzen ve birliğin bozulmasına ve ahlaki çatışmalara yol açmıştır⁴. Neticede gelen tepkiler sonucunda, 19.yy'ın ortalarından itibaren devletler çalışma yaşantısına müdahil olmuş ve çeşitli düzenleyici önlemler getirilmiştir.

Günümüz dünyasında kadınların hemen hemen her işi yapabilme imkânı bulunmaktadır. AB ülkeleri arasında kadın istihdamı % 74 oranla İsveç'te en yüksek iken, kadın istihdamının en düşük olduğu ülke % 42,5 oranla Yunanistan'dır⁵. AB ülkelerinde kadın istihdam oranı ortalaması ise % 60 civarındadır.

B. Türkiye'de Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri

1. Cumhuriyet Öncesi Dönemde

³ YEMİŞKEN, s.5.

⁴ FETTAH, Melek, "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Kadın İşçilerin Korunması", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, İstanbul, s.38.

⁵ YEMİŞKEN, s.6.

Osmanlı Cumhuriyeti döneminde kadınların çalışma yaşamını kırsal kesimdekiler ve de kentte yaşayanlar olarak ikiye ayırarak incelemek doğru olacaktır. Kırsal kesimde yaşayan kadınlar tarım işleriyle uğraşarak üretime katkıda bulunurlarken, kentte yaşayan kadınlar ise çalışma yaşamından ve üretimden uzak kalmışlardır⁶. Bu duruma, özellikle İstanbul'un fethi ile birlikte Bizans kültürüyle tanışılmış olması ve Bizans'ın harem ve erkek egemen yapısının sebep olduğu da savunulmaktadır⁷. Toplumsal ve kültürel ortam kentte yaşayan kadınların çalışma yaşamından uzak kalmasına neden olmuştur. Diğer yandan, kırsal kesimde yer alan kadınların mücadeleleriyle birlikte, 19.yy'ın ortalarına doğru "işçi" sınıfı oluşmuş ve kadınlar fabrikalarda çalışmaya başlamışlardır. Fabrikalarda çalışan kadınlar çalışma yaşamında yer almak için mücadele etmiş ve de çeşitli grevlerde de yer almışlardır⁸. Tanzimat döneminde ise ilk olarak pozitif hukuk kapsamında Mecelle çıkarılmış ise de, Mecelle'de kadınları koruyucu düzenlemelere yer verilmemiştir. Ancak bu dönemde, kölelik ve cariyeliğin yasaklanması, kadınlara eğitimden yararlanma olanağı tanınması, kız çocuklara ilköğretim zorunluluğu getirilmesi gibi önemli gelişmeler yaşanmıştır.

Meşrutiyet döneminde kadınlar birçok dergi ve gazetenin çıkarılmasına vesile olmuştur⁹. I. Dünya Savaşı ile birlikte erkeklerin cepheye gitmesiyle birlikte doğan işgücü açığı sonucu kadınlar postanelerde, hastanelerde, atölyelerde ve imalathanelerde çalışan olarak daha çok yer almaya başlamışlardır. Kadınların tüm bu çalışmalarını yabancı basının dahi dikkatini çekmekle birlikte yerel basın ve de yerel halk bu duruma karşı sessiz kalmışlardır.

Sonuç olarak, Tanzimat Dönemi ve sonrasında kadın haklarına ve kadının çalışma yaşamında yer almasına yönelik köklü değişiklikler yapılmış olsa da, kadınların asıl siyasi, sosyal ve ekonomik hakları Cumhuriyet Döneminde Atatürk ilke ve inkılapları ile hayata geçirilmiştir.

⁶ FETTAH, s.13.

⁷ KÜÇÜKKIRSOY, Dila, "Türk Toplumunda Kadın Algısı ve Kadın Haklarının Tarihsel Gelişimi", Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s.18.

⁸ YEMİŞKEN, s.8.

⁹ TOKCAN, Halil / KOLYİĞİT, Emre, "Türk Tarihinde Yer Alan Kadın Şahsiyetler Hakkında Öğrenci Bilgi Düzeyleri", *Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi*", C.1, S.1, İstanbul, 2017, s.33.

2. Cumhuriyet Döneminde

Cumhuriyet'in ilanıyla birlikte hukuk, sosyal yaşam ve ekonomi alanında devrim niteliğinde sayılabilecek değişikliklerle kadınlar çalışma yaşamında daha aktif rol almaya başlamışlardır. Özellikle, Kurtuluş Savaşı'nda kadınların da aktif yer alması ve sonrasında da işgücü açığının kapatılması amacıyla kadın çalışanlara ihtiyaç duyulması, kadınların da çalışma yaşamında aktif şekilde rol almaya başlamasına ve hatta 17 Şubat - 4 Mart 1923 tarihleri arasında toplanan Türkiye İktisat Kongresinde kadın temsilcilerin de katılmasına vesile olmuştur¹⁰. Bu dönemde Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk İzmir'de yaptığı bir konuşmada "*...Malumdur ki, her safha da olduğu gibi sosyal hayatta da iş bölümü vardır. Bu umumi iş bölümü sırasında kadınlar kendilerine ait vazifeleri yapacakları gibi, toplumun refahı, saadeti için gerekli gündelik çalışmaya dahi dâhil olacaklardır.*"¹¹ sözleriyle kadınların çalışma yaşamında yer almasının önemini vurgulamıştır. Bu anlayış doğrultusunda, 1924'te Tevhidi Tedrisat Kanunu ile eğitimde eşitlik ve laikliğin sağlanması, 1925 yılında Kıyafet Kanunu ile kadınların toplumdaki yerinin modernleştirilmesi ve 1926 yılında Türk Medeni Kanunu ile birlikte kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olması bakımından bir denge sağlanması amaçlanmıştır. Akabinde 1930 yılında yerel seçimlerde ve 1934 yılında genel seçimlerde kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanınmış¹² ve medeniyetler seviyesi bakımından Batılı ülkelerin dahi ilerisine geçilmiştir.

Bu dönemde, kadının çalışma yaşamında korunması bakımından da özel düzenlemeler getirilmiştir. Kadın çalışanları etkin anlamda koruyan ilk düzenleme 1930 tarihinde yürürlüğe giren Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'dur. 1936 tarihinde yürürlüğe giren 3008 sayılı İş Kanunu¹³ ise daha kapsamlı şekilde hem kadın çalışanları çalışma şartları bakımından koruyan hem de analık dönemi için özel koruyucu düzenlemelere yer vermiştir. Son olarak, 1937 yılında "Her Nevi Maden Ocaklarında ve Yer Altında

¹⁰ **KIRKPINAR**, Leyla, Türkiye'de Toplumsal Değişme ve Kadın, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2001, s.30.

¹¹ **FETTAH**, s.17.

¹² **GÖKALP**, İsmet Emre, "Türkiye'de Kadın Girişimciler ve Kadın Yöneticiler, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008, s.7-8.

¹³ RG., 15.6.1936, No: 3330.

Kadınların Çalıştırılmamasına ilişkin 45 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi" ülkemiz tarafından onaylanmış¹⁴ ve bu Sözleşme iç hukukumuzda yer almaya başlamıştır.

3. Günümüzde Kadının Çalışma Yaşamındaki Yeri

Günümüzde kadınlar, erkeklerle eşit koşullarda hemen hemen her işi yapabilecek olmasına karşın, çalışma yaşamında yer alan kadınların oranı erkeklere göre düşüktür. 2017 TÜİK verilerine göre, ülkemizde 15 yaş ve üstü çalışanların oranı % 46.3 olup; bu oranın % 65.1'ini erkekler, % 28'ini ise kadınlar oluşturmaktadır¹⁵. AB'de ise kadın çalışanların istihdam edilme oranı yaklaşık % 60 seviyelerindedir. Yine, kadın istihdamı bakımından ülkemiz, 144 OECD ülkesi arasında 130.sırada yani sonlarda yer almaktadır¹⁶. Bu kapsamda, ülkemiz kadın istihdam oranının Avrupa ülkeleri verilerinin çok altında kaldığı söylenebilecektir.

Kadınların çalışma yaşamında yer almasının birçok önemi olup, bu doğrultuda yukarıdaki verilerin ülkemiz bakımından iyileşmesine ihtiyaç olduğu bir gerçektir. Kadınların çalışma yaşamında yer almasına ekonomik önem açıdan bakılacak olursa, GSMH'nın artmasında ve de yoksulluğun azalmasında kadın istihdamı önemli bir yer tutmaktadır¹⁷. Ayrıca, sosyal açıdan da kadına şiddet vakalarının azalması, kadının evin dışına çıkması ve sosyal yaşamda yer alması ve kadının kendi ekonomik bağımsızlığını kazanması bakımından da kadın istihdamının önem arz ettiği savunulabilecektir. Kadın istihdamının önemi bakımından ülkemizde hükümetin 2014-2023 Ulusal İstihdam Stratejisinde kadınların işgücüne katılım oranını 2023 yılına kadar % 41'e yükselmesini hedeflemektedir. Ancak bu hedef, diğer yandan doğurganlığın artırılması hedefiyle eş zamanlı yürütülmesi bakımından çelişki doğurabilecek niteliktedir. Zira, çalışmamızda detaylarıyla değinileceği üzere, ülkemizde kadınların korunması yönünde yapılan

¹⁴ RG., 23.6.1937, No:3638.

¹⁵ YEMİŞKEN, s.6.

¹⁶ ULUSOY, Tülay, "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/2, s.744

¹⁷ GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı ? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 2017/3, s.1266.

düzenlemelerin kadın istihdamının artmasından ziyade azalmasına sebep olabilecek düzenlemeler olduğu savunulabilecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUK KAPSAMINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI

Uluslararası hukukta analık halinin korunmasına ilişkin olarak, çeşitli uluslararası örgütlerin düzenlemeleri mevcuttur. Söz konusu düzenlemelerin hemen hemen hepsi, tarih boyunca gelişen teknolojik gelişmeler, ihtiyaçların farklılaşması, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin daha etkin bir şekilde uygulanabilir olması gibi sebeplerle zamanla değişikliğe uğramıştır. Çağın ilerlemesiyle beraber doğan ihtiyaçlara çözüm bulma amacı güden bu değişiklikler ile analık halinin korunması kapsamında farklı yaklaşımlar izlenmiş olup, aşağıda çeşitli uluslararası belgelerdeki bu yaklaşımlara değinilecektir.

A. Birleşmiş Milletler Örgütü Belgelerinde

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Analık halinin korunmasına ilişkin çeşitli belgelerde açık ve net düzenlemeler yer almakta olup; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 23. maddesi de bu düzenlemeleri kapsar nitelikte hükümler içermektedir. Bu bakımdan kısaca bu hükümlere değinilmesi gerekmektedir. Söz konusu 23. madde uyarınca; *“herkesin, çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adaletli ve elverişli koşullarda çalışmaya, kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğu”* ilkesi öngörülmüştür. Zira, Bildirgenin giriş bölümünde de erkek ve kadının eşit haklara sahip olduğu vurgusu açık bir şekilde belirtilmiştir¹⁸.

Ayrıca, Bildirgenin 25. maddesinin 2. fıkrası ana ve çocukların korunması gerekliliğini özel olarak belirtmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre; ana ve çocuklar özel bakım ve yardım haklarına sahip olup; evlilik birliği içinde doğmuş olsun olmasın bütün çocukların aynı sosyal güvenceden yararlanması gerekmektedir. Maddede belirtilmiş olan *“anaların*

¹⁸ TAŞKENT, Savaş / KURT, Dilek, "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", *Çalışma ve Toplum*, 2014/1, S:40, s.32.

özel bakım ve yardım görme hakkı", çeşitli uluslararası belgelerde ve ulusal mevzuatta yer alan analık hali durumunda kadını koruyucu hükümlerin dayanağı olarak kabul edilebilir. Nitekim bu hakların yer aldığı Bildirgeye birçok devletin anayasasında yollamalar yapılmış¹⁹ ve aynı zamanda bu Bildirge pek çok bölgesel ve uluslararası insan hakları belgesine kaynaklık etmiştir. Bu bakımdan Bildirgenin önem arz ettiği ifade edilebilecektir²⁰.

Nitekim çalışmamızda belirtilecek olan çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan analık halinin korunması hakkındaki düzenlemelerin de söz konusu Bildirgenin gerek 23.maddesi gerekse de 25.maddenin 2.fikrası ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

2. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16.12.1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilip; imzaya, onaya ve katılmaya açılan Sözleşmeyi ülkemiz 15.8.2000 tarihinde imzalamış ve 4.6.2003 tarih ve 4867 sayılı Kanunla²¹ onaylamıştır. İnsanların, insanlık onurunu, vazgeçilmez haklarını tanımanın adalet, barış, özgürlüğün temeli olması hedefiyle ortaya çıkarılmış Sözleşmenin 10.maddesi ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunmasını düzenlemektedir.

Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının "*Annelere doğumdan önce ve sonra makul bir süre özel koruma sağlanır. Çalışan annelere bu dönem için ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanabilecekleri bir izin verilir.*" şeklindeki düzenlemesiyle annelerin doğumdan önce ve sonra özel bir şekilde korunmaları hüküm altına alınmıştır. Hükümden söz konusu korumanın ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlikten yararlanılabilecek şekilde izin verilmesi yoluyla sağlanabileceği anlaşılmaktadır.

3. Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)

¹⁹ **GEMALMAZ**, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.356.

²⁰ **FETTAH**, s.38.

²¹ RG., 18.6.2003, No:25142

CEDAW, kadınların temel hak ve özgürlüklerini koruyan ve cinsiyete dayalı ayrımları ortadan kaldırmayı amaçlayan bir belgedir²². Bu tanımla birlikte, Sözleşmenin kadınlara sosyal, siyasal ve kültürel alanda fırsat eşitliğini amaçlayan bir sözleşme olduğu söylenebilecektir.²³ Bu Sözleşme, BM Genel Kurulu'nda 1979 yılında kabul edilmiş ve 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Ülkemiz, söz konusu sözleşmeyi 1985 yılında onaylamış ve 1986 yılında yürürlüğe sokmuştur²⁴.

Söz konusu Sözleşme, genel anlamda kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve de fırsat eşitliğinin sağlanması amacını taşıyor olmakla birlikte, analık halinin korunmasına yönelik hükümler de içermektedir. Bu doğrultuda, bu Sözleşmenin bazı maddelerinin, ülkemizde özellikle kadın çalışanları ilgilendirmekte olan yasal düzenlemelerle uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

Sözleşmenin 5a maddesinde, kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla, kadın ve erkeklerin kendilerine biçilmiş rollerine dayanan önyargıların, geleneksel anlayış ve benzer uygulamaların ortadan kaldırılmasının önemine²⁵ ve bunun için devletlerin kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değişmesi için gerekli önlemleri alacaklarına değinilmektedir. Sözleşmenin 5b maddesi ise, "*anneliğin sosyal bir görev olarak görülmesi, çocuğun yetiştirilmesinde hem kadının hem erkeğin sorumluluğunun tanınmasına dayanan bir aile eğitimi sağlamak*" konusunda devletlerin uygun önlemleri alacağını belirtmektedir. Ülkemizdeki İş Hukuku mevzuatı kapsamında, özellikle son dönemlerde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik çalışmalar olduğu görülmekte ise de, örnek olarak ücretli doğum izninden sonra tanınmış yasal haklardan biri olan 6 aylık ücretsiz izin hakkının ve ücretsiz yarım çalışma izni hakkının sadece

²² **YÜKSEL ONARAN**, Melek, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000, s.42.

²³ **DEMİRHAN ADAKALE**, Fatma Elif / **EKONOMİ**, Münir, "Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu ile Getirilen Yenilikler", *İTÜ Dergisi*, C:4, S:5, İstanbul, 2005, s.57, Çevrimiçi, www.itudergi.itu.edu.tr, E.T: 5.8.2019.

²⁴ **SOYSAL**, Tamer, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", *Kamu-İş*, C:8, S:4, 2006, s.99.

²⁵ **KAYA**, Ayça, "Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması", Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, 2009, s.51.

kadın işçilere tanınmış olması, Sözleşmenin bahsedilen 5a ve 5b maddeleri ile uyumu bakımından çelişki yaratacak niteliktedir.

Sözleşmenin 11.maddesi ise, *evlilik ve analık sebebiyle kadınlara karşı olan ayrımcılığı önlemek ve etkin çalışma hakkını sağlamak*” amacıyla, Sözleşmeye taraf devletlerin gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmektedir. Sözleşmenin 11.maddesinin 2.fıkrasında dört bent halinde uygun önlemlerin neler olduğu belirtilmiştir. Hükme göre, hamilelik ve analık izni sebebiyle işten çıkarma ayrımının yasaklanması ve yapanların cezalandırılmasının öngörülmesi (11/2-a) ve ayrıca, hamilelik döneminde kadın işçinin hamileliğine zararlı olacak işlerde özel koruma sağlanmasının gerekliliği Sözleşme kapsamında analık halinin de korunmasının amaçlandığını göstermektedir.

Ülkemiz de Sözleşmeye taraf devletlerden biri olarak Sözleşmede yer alan hükümleri uygulamak ve de gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu bağlamda mevzuatımızda yer alan hükümlerle ülkemizin Sözleşmede yer alan yükümlülüklerini teorik anlamda yerine getirdiği söylenebilecektir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu m.5/3 hükmü *“İşveren biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça (..) iş sözleşmesinin sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz”* hükmünü havidir. Yine İş Kanunumuzun 99.maddesinin a bendinde ise, m.5’teki ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline idari para cezası yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Yine, İşK. m.74’te de analık halini koruyan birçok hükme yer verilmiştir.

Ülkemiz mevzuatının, belirtilmiş olan bu düzenlemeler doğrultusunda Sözleşmenin 11.maddesi ile teorik anlamda uyumlu olduğu söylenebilecek ise de, bu düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesinde ciddi anlamda sorunlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim söz konusu düzenlemelere karşın, ülkemizde işe alımlarda kadınlara karşı, özellikle de gebelik ve hamilelik sebebinin öne sürülmesiyle, ayrımcılığın çok yaygın olduğu da bilinen bir gerçektir. CEDAW'a verilen 4. ve 5. Gölge Rapor'da Türkiye pratiklerinde özellikle erkeklerin yoğun olarak çalıştığı sektörlerde ayrımcılığın

fazla olduğu ve bankacılık gibi kadınların yoğun olarak çalıştığı işlerde dahi işe alınırken çocuk sahibi olma istekleriyle ilgili sorgulandıkları görülmektedir²⁶.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgeleri

1919 yılında Versay Antlaşması ile kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kuruluş felsefesi sürekli barışın sosyal adalet ile sağlanabileceği yönündedir²⁷. ILO'nun devletler için önemi, Sözleşmeler ve Tavsiye Kararlarının işçi-işveren-hükümetten oluşan üçlü yapı tarafından kabul edilmesidir²⁸. Sözleşmeye taraf devletler, ILO sözleşmeleri ile iç hukuklarını uyumlaştırmak yükümlülüğünde olup, bu konuda denetlenmeyi de kabul etmektedirler²⁹.

Ülkemiz ise, ILO sözleşmeleri arasında analık halini ilgilendiren hükümler içeren sözleşmelerin birçoğunu henüz onaylamamış olup, onaylamış olduğu sözleşmelerin de bazı maddelerine çekince koymuş bulunmaktadır. Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, ülkemizde yeni yapılan yasal düzenlemelerle, ulusal mevzuatımızın onaylanmamış olan bazı ILO sözleşmeleriyle uyumlu hale gelmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sözleşmelere de aşağıda kısaca değinilecektir.

1. 183 Sayılı Doğum Öncesi ve Sonrası Kadınların İstihdamı Hakkında Sözleşme

ILO'nun 183 sayılı Doğum Öncesi ve Sonrası Kadınların İstihdamı Hakkında Sözleşmesi, öncelikle 3 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, daha sonra 17 maddeden oluşan ve katı hükümler içermesi³⁰ nedeniyle eleştirilen 103 sayılı Sözleşme ve son olarak da bu Sözleşmenin revize edilmesiyle 2000 yılında 183 sayılı Sözleşme olarak kabul edilmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi henüz onaylamamıştır.

Sözleşme genel itibariyle kadın çalışanların doğum öncesi ve sonrası sahip olmaları gereken hakları ve üye devletlerin bu konudaki yükümlülüklerini belirtmektedir.

²⁶ DEDEOĞLU, Saniye, "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", *Çalışma ve Toplum*, S:21, 2009/2 s.49, Çevrimiçi, www.calismatoplum.org, E.T: 15.10.2018.

²⁷ <http://www.ilo.org/public/english/about/history.htm>, E.T: 15.10.2018.

²⁸ SOYSAL, s.101.

²⁹ SÜRAL, Nurhan, "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, İstanbul, 2001, s. 1291.

³⁰ SOYSAL, s.102.

Sözleşmenin 4.maddesinde kadın çalışanlara 14 haftadan az olmamak üzere doğum izni verilmesi, 5.maddesinde tıbbi belgeyle kanıtlanmak üzere, hamilelik veya doğum sebebiyle ortaya çıkabilecek rahatsızlıklardan dolayı ücretli doğum izninden sonra da izin verilebileceği, 6.maddesinde doğum yapmış yahut gebe çalışanlara ekonomik, sosyal hakların sağlanması ve 4. ve 5.maddelerde belirtilen izin süresince de kadın çalışanlara sosyal güvenlik hizmetlerinin ve de gerekli ekonomik desteğin sağlanması, 8.maddesinde de kadın çalışanların hamilelik sebebiyle feshe karşı korunmaları ve kendilerine analık izinlerinin bitiminde aynı pozisyonda aynı çalışma şartlarıyla işine dönme garantisi verilmesi ve 10.maddesinde de kadın çalışanlara doğum sonrasında ulusal mevzuatlarla belirlenecek ve çalışma süresinden sayılacak şekilde emzirme izni verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmenin gebe veya doğum yapmış kadın çalışanlar için öngörmüş olduğu haklar ve de taraf devletlere yüklediği yükümlülükler göz önünde bulundurulduğunda, günümüzde ülkemiz İş Hukuku mevzuatının söz konusu Sözleşme ile uyumlu olduğu söylenebilecektir. Ülkemizin söz konusu Sözleşmeyi onaylamamış olmasının sebebi ise, kanaatimizce, geçmişte iç hukukumuzdaki düzenlemelerin Sözleşme maddeleri ile uyumlu olmamasına dayanmaktadır. 4857 sayılı kanundan önce mevzuatımızda emzirme izninin bulunmaması bu duruma örnek olarak gösterilebilecektir. Ancak, ülkemizde yapılan yasal değişiklikler ile ve özellikle de aşağıda detaylarıyla değinileceği üzere 6663 sayılı kanunla getirilen haklar kapsamında değerlendirme yapıldığında; söz konusu Sözleşmenin ülkemiz tarafından da imzalanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, Sözleşmenin hangi meslekte ne tür iş yapılıyor olursa olsun tüm kadınları kapsamaması ve de “*ekonomik güvenlik, iş güvencesi, anne ve bebek sağlığı ile toplumsal cinsiyet eşitliği*” konularında kadınlara pozitif ayrımcılık sunması nedeniyle de³¹ ülkemiz tarafından da onaylanması, mevzuatımızın uluslararası hukukla uyumu bakımından önem arz edecektir.

³¹ TÜZÜNKAN, Demet, “Kadın İşgücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırması, *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Nisan 2016, S:12, s.318, Çevrimiçi, www.dergiparkgov.tr, E.T: 20.11.2017.

2. 158 Sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme

2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilen 158 sayılı Sözleşme, ülkemizde 9 Haziran 1994 tarih ve 3999 sayılı Kanunla onaylanmış ve söz konusu kanun 18 Haziran 1994 tarih ve 21964 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir³².

Sözleşmeye göre, işveren, işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep göstermekle yükümlü olup, işçi de söz konusu feshe karşı itiraz etme imkanına sahiptir. Sözleşme, aynı zamanda geçersiz feshin sonuçlarını düzenlemekte, toplu işçi çıkarmalarda uyulması gerekli yöntemi belirtmekte ve feshe karşı bir koruma sistemi öngörmektedir³³.

Sözleşme, temelinde, 4.maddesinde de belirtildiği üzere, “*işçinin kapasitesine, işin yürütümüne veya işin gereklerine dayalı geçerli bir neden olmadıkça*” iş sözleşmesine son verilemeyeceğini düzenlemektedir. Sözleşmenin 5.maddesinde ise özellikle cinsiyet, aile sorumlulukları ve de hamilelik durumlarının iş sözleşmesinin sonlandırılması için geçerli bir neden oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Uygulamada, çoğu zaman karşılaşılan sorun ise, işverenin iş sözleşmesini sonlandırırken açıkça cinsiyet ya da hamilelik gibi sebeplere dayanmadığından, bu nedenle iş sözleşmesinin sonlandırıldığına ispatlanmasının güç olmasıdır. Dolayısıyla, 158 sayılı Sözleşme, geçerli bir neden bulunduğunun ispat yükünü işverene vermiştir. Sözleşmenin 9.maddesinde, iş ilişkisini sona erdirmenin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığını belirlemeye mahkeme, hakem kurulu veya hakem gibi mercilerin yetkili olduğu belirtilmiştir. Söz konusu mercilerin hangi ölçüde yetkili kılınacakları konusunda ise, Sözleşmenin 1.maddesine atıf yapılmış olup; mercilerin yetkilerinin, toplu iş sözleşmeleri ve mahkeme kararları veya ulusal uygulamaya uygun başka bir yöntem yahut ulusal mevzuatla belirleneceği belirtilmiştir. Şu anda yürürlükte bulunan İş Hukuku mevzuatımızın da söz konusu Sözleşmenin 4. ve 5.maddeleri ile uyum içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

³² http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377301/lang--tr/index.htm, E.T: 22.11.2017

³³ **ALP**, Mustafa, İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), Çevrimiçi, www.acikerisim.deu.edu.tr, E.T: 5.8.2019.

Nitekim İşK. 18.maddesinin 1.fikrasında işverenlerin, işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilmesi için “işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından yada işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan” geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu öngörülmüştür. Bu hüküm, Sözleşmenin 4.maddesiyle paralellik göstermektedir. Yine İşK. m.18/3-d bendinde hamileliğin de özellikle geçerli neden teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Bu fıkradaki düzenlemenin de, Sözleşmenin 5.maddesiyle uyum içinde olduğu ve kadın çalışanların hamilelik sebebiyle feshe karşı korunmasını sağladığı söylenebilecektir. Buna karşın, öğretilerde bir görüşe göre, ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelere rağmen, uygulamada hamilelik nedeniyle ayrımcılık sorunu tümüyle çözülememiştir³⁴.

3. 102 Sayılı Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı, 4 Haziran 1952 tarihinde Cenevre'de gerçekleştirmiş olduğu toplantıda sosyal güvenliğin asgari normları konusundaki muhtelif teklifleri kabul ederek; bu tekliflerin bir milletlerarası sözleşme altında yer bulması gerekliliğini tespit etmiş ve 28 Haziran 1952 tarihinde söz konusu Sözleşmeyi kabul etmiştir.

Sözleşmenin 49, 50, 51 ve 52.maddeleri gebe ve doğum yapmış kadın çalışanların korunmasına yönelik düzenlemeler içermektedir. 49.maddede gebelik ve doğumdan sonra yapılacak sağlık yardımları asgari standartlarda belirtilmiştir. 50.madde, gebelik ve doğum sonrasında iş göremezlik hallerinde periyodik olarak yardım yapılması gerektiğini düzenlemektedir. 52.madde ile yapılan bu periyodik yardımların 12 hafta ile sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir³⁵ ve devamında bu sınırlandırmaya da bir istisna getirilerek ulusal mevzuatlarda işe devamsızlığın daha uzun sürmesi halinde, yapılacak periyodik yardımların bu süreden daha kısa olamayacağı vurgulanmıştır. Ülkemiz sosyal güvelik sisteminde de 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 16.maddesinde kadın işçilere analık haline bağlı iş göremezlik süresince geçici iş göremezlik ödeneği ödeneceği yönündeki düzenleme ve yine 63.maddede sayılan gerekli

³⁴ DOĞAN, Elif Tuğba, "Hamile Kadınların Çalışma Yaşamında Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar, İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C:14, S:2, Nisan, 2012, s.94, Çevrimiçi, www.academia.edu, E.T: 24.11.2017.

³⁵ ÇALIŞKAN, Aslı, "İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım, 2018, s.29.

sağlık hizmetlerinin karşılanması yönündeki düzenleme çerçevesinde mevzuatımızın 102 sayılı Sözleşme ile paralel hükümler içerdiği söylenebilecektir.

C. Avrupa Konseyi Belgelerinde

1. Avrupa Sosyal Şartı

AİHS.'nin ekonomik ve sosyal haklarla tamamlanması amacını güden³⁶ ASŞ. sosyal ve ekonomik hakları tek metinde toplayan ilk uluslararası belge olma özelliğini taşıyor olmasından³⁷ ötürü önem arz etmektedir. 1961 yılında imzaya açılıp 1965 yılında yürürlüğe giren ASŞ. 19 maddeden oluşmakta olup, daha sonraki yıllarda ek protokollerle eklenmiş ve genişletilmiş hali ile 31 maddeden oluşan GGASŞ adını almıştır. GGASŞ, ülkemizde 6 Ekim 2004 tarihinde kabul edilmiş ve 27 Eylül 2006 tarih ve 5547 sayılı Kanunla onaylanmıştır.

Çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden kısım ise, ASŞ.'nin 8.maddesidir. ASŞ. 8.maddede, taraf devletlerce, *“kadınlara doğumdan önce veya sonra, ücretli izin veya yeterli sosyal güvenlik yardımı veya kamu kaynaklarından yararlandırma yoluyla, toplam en az 12 haftalık izin sağlamayı, kadın çalışanların doğum izni sırasında feshe karşı korunmalarını, kadın çalışanlara emzirme döneminde yeterli bir süre işe ara verme hakkı ve de endüstri işlerinde çalışan kadınların gece işlerinde çalışmalarının düzenlenmesi ile kadınların yer altı madenlerinde ve gerektiğinde sağlığa aykırı ve ağır niteliğiyle uygun düşmeyen tüm öteki işlerde çalışmalarının yasaklanmasının sağlanması”* öngörülmektedir.

Belirtilmelidir ki, Türkiye, ASŞ.'ni 16.6.1989 yılında 3581 sayılı Kanunla onaylamakla³⁸ birlikte, bahsi geçen 8.maddeye çekince koymuştur. Oysaki 1475 sayılı İş Kanunundan önceki 3008 sayılı Kanun'a göre birçok önemli yenilik ve değişiklikler içeren 1475 sayılı İş Kanununun, özellikle doğum ve gebelik nedeniyle öngörülen 12 haftalık izin süresi, sanayi işlerinde çalışan kadınların gece çalışmalarını ve de yer ve su altında ve diğer ağır

³⁶ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 16.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.98.

³⁷ FETTAH, s.45.

³⁸ RG., 4.07.1989, No:20215.

ve tehlikeli işlerde yasaklamayı öngörmüş olması, 1475 sayılı Kanun'un ASŞ.'nin 8.maddesi ile uyumlu düzenlemelerindedir.

Diğer yandan, ASŞ.'nin 8.maddesi ile o dönemde ülkemizde yürürlükte bulunan mevzuatımızın, gebe ve hamile kadınların çalışma şartlarını düzenleyen maddesinin birbiri ile tam anlamıyla uyumlu olduğu da söylenemeyecektir. Zira ASŞ. emzirme döneminde, kadın çalışanlara bu amaçla yeterli bir süre işe ara vermeyi öngörmekte iken, 1475 sayılı İş Kanununda ise bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine, ASŞ.'nin 8.maddesinde doğum izni sırasında feshe karşı koruma ve de emzirme döneminde belli bir süre işe ara verme yönünde düzenlemeler bulunmakta iken; 1475 sayılı Kanun'da bu düzenlemelerin yer almaması o dönemdeki mevzuatımızın ASŞ.'nin 8.maddesiyle uyumlu olmadığını göstermektedir. Ancak, Türkiye'nin ASŞ.'nin 8.maddesine çekince koymasının asıl nedeninin, geçmiş dönemlerde memur kadınların 12 hafta değil 9 hafta süreyle ücretli doğum izni hakkına sahip olmalarından kaynaklandığı savunulmaktadır³⁹. 4857 sayılı İş Kanunu ile 18. ve 25.maddelerinde feshe karşı koruma ve de 74.maddede emzirme izni düzenlemeleriyle İş Kanunumuzun ASŞ. ile uyumlaştırılmış olduğu söylenebilecektir.

2. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

ASŞ.'na, zaman içinde doğan ihtiyaçlara cevap verebilmek açısından, ek olarak çeşitli protokoller yapılmış ve de yeni haklar Şarta dahil olmuştur. 3.5.1996'da imzaya açılan GGASŞ. 1.7.1999 tarihinde yürürlüğe girmiş olup ülkemizde GGASŞ.'nı 6.10.2004 tarihinde imzalamış ve de 9.4.2007 tarih ve 26488 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Şartında ülkemiz tarafından çekince konulan 8.madde ülkemiz tarafından bu Şartla birlikte onaylanmıştır.

GGASŞ.'nin ASŞ.'na göre içermekte olduğu farklılıklar 8.maddede de kendisini göstermektedir. Nitekim ASŞ.'da 8.maddenin başlığı "*Çalışan Kadınların Korunma Hakkı*" iken GGASŞ.'da söz konusu başlık "*Çalışan Kadınların Analık Durumlarıyla Bağlantılı Olarak Korunması Hakkı*" olarak değişmiştir.

³⁹ DİNÇ, Meryem, "Çalışma Hayatında Kadın ile İlgili Hukuki Düzenlemeler", *Kamu-İş*, C:6, S:3 / 2002, Çevrimiçi, www.kamu-is.org.tr, E.T: 24.10.2017.

Bu değişiklik, geçmişten bu yana gelen "kadın" olma sebebi ile koruma yerine "analık" hali sebebiyle koruma bakımından sınırlandırılma getirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu değişiklik kadın erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından da önemlidir.

Bununla birlikte, GGASŞ.'nın 8.maddesinde ASŞ.'na göre içerik olarak da değişiklikler yapılmıştır. ASŞ.'da analık hali sebebiyle verilmesi gereken en az 12 haftalık izin süresi GGASŞ.'da 14 haftaya çıkarılmıştır. Bu bağlamda, aşağıda detaylarıyla inceleneceği üzere, 4857 sayılı İş Kanunumuzda öngörölmüş olan 16 haftalık izin süresi ile süre bakımından GGASŞ.'na uyum sağlandığı görölmektedir.

Diğer yandan, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, kadın çalışanların analık izninde buldukları süreler içerisinde işverenden ücret isteme hakları bulunmamaktadır. 5510 sayılı Genel Sağlık Sigortası ve Sosyal Sigortalar Kanunu'nun⁴⁰ 18.maddesinin c bendinde gerekli şartları sağlayan sigortalı kadının analık izni süresince geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanacağı belirtilmiştir. Söz konusu ödemenin miktarı ise, "yatarak tedavilerde günlük kazancın yarısı, ayakta tedavilerde ise günlük kazancın 2/3'si" kadardır. 5510 sayılı Kanundan önceki, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde, öğretide bir görüşe göre⁴¹, geçici iş göremezlik ödeneği miktarının, günlük kazancın sadece 2/3'si olması bakımından, mevzuatımızın ASŞ. 8.maddesine uyumlu olduğu söylenemeyecektir. 506 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun arasında geçici iş göremezliği miktarı açısından fark bulunmaması nedeniyle, söz konusu görüş doğrultusunda, güncel mevzuatımızın da GGASŞ. ile uyumlu olmadığı savunulabilecektir.

Mevzuatımızın GGASŞ.'nın 8.maddesi ile uyumlaştığını gösteren bir husus olarak ise, GGASŞ. m.8/3 hükmünde emzirme dönemindeki annelerin bu amaçla işe ara verme hakkına sahip olmaları hususunun, aşağıda detaylarıyla açıklanacağı üzere⁴², 4857 sayılı İş Kanununun 74.maddesi ile mevzuatımızda yer bulmasıdır.

⁴⁰ RG. 16.06.2006, No:26200

⁴¹ ONARAN YÜKSEL, s.61-62.

⁴² Bkz. s.55 vd.

Bir başka belirtilmesi gereken husus ise; GGASŞ.'nın 8.maddesinin İş Kanunu ile genel anlamda uyumlu olduğu söylenebilecek ise de, kanaatimizce ülkemiz mevzuatının bu konuda revizyona ihtiyaç duyduğudur. Özellikle ILO sözleşmeleri ve AB yönergelerinin "kadın olma" sebebiyle korumadan ziyade "analık hali" sebebiyle korumaya yönelmiş olması konusuna⁴³, GGASŞ.'nın 8.maddesi ile de uyum sağlanmıştır. Nitekim GGASŞ.'nın 8.maddesinin son fıkrası sadece "*hamile kadınlar, yeni doğum yapmış kadınlar ve emzirme döneminde bulunan kadınlar*" için yer ve su altında ve diğer tehlikeli işlerde çalışmayı yasaklamakta iken, İş Kanunumuzun 72.maddesi ise "*her yaştaki kadınlar*" için söz konusu işlerde çalışmayı yasaklamaktadır. Kuşkusuz ki, GGASŞ.'nın 8.maddesinin son fıkrasında öngörülmüş olan hüküm kadın ile erkek çalışan arasındaki ayrımcılığın ortadan kaldırılması bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, 4857 sayılı İş Kanunumuzda yer ve su altı ve maden işlerinde "*her yaştaki kadınların*" çalışmasını yasaklayan hükmün özellikle ILO sözleşmeleri, AB Hukuku düzenlemeleri ve de GGASŞ.'nin 8.maddesi karşısında, kadın ve erkek çalışanlar arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması yönünde engel teşkil ettiği söylenebilir⁴⁴. Bu sebeplerle, kanaatimizce ülkemiz mevzuatının da kadın ve erkek çalışanlar arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından özellikle yer ve su altı ve maden işlerinde tüm kadınlar için çalışmayı yasaklayıcı hükümler yerine bu çalışmalarını düzenleyen hükümlerin getirilmesi yahut yasaklayıcı hükümlerin "*tüm kadınlar*" için değil GGASŞ.'nin 8.maddesinde belirtildiği gibi sadece "*hamile kadınlar, yeni doğum yapmış kadınlar ve de emzirme döneminde bulunan kadınlar*" için öngörülmesi yerinde olacaktır. Aksi takdirde, mevzuatımızdaki analık hali için belirtilmiş olan çeşitli düzenlemelerin, gerçekten kadınların özel durumları olan "analık" veya "hamilelik" sebebiyle koruma amacını taşımadığı şüphesi haklı olarak hasıl olmaktadır.

Bu noktada yeri gelmişken GGASŞ.'nin 27.madde hükmüne ve ülkemiz mevzuatının bu hükümle uyumlu olup olmadığına da değinilmesi yararlı olacaktır. GGASŞ. md.27'de "*Her bir ebeveyne, süresi ve koşulları ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler ya da uygulama tarafından belirlenecek, doğum izni sonrasındaki bir dönemde, çocuğa bakmak için aile*

⁴³ **ERTÜRK ARSLAN**, Arzu, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:1, s.348, Çevrimiçi, www.dergipark.gov.tr, E.T: 4.2.2018.

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz: **BAKIRCI**, Kadriye, "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", *Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2012/1, S:10.

izni verilmesi olanağını sağlamak" şeklinde belirtilen hüküm doğrultusunda doğumdan ve analık izinlerinin sona ermesinden sonra taraf devletlere her bir ebeveyn için çocuğunun bakımı amacıyla izin verilmesi olanağı sağlanma yükümlülüğü getirilmiştir. Ülkemiz bakımından, 6663 sayılı Kanun'la İşK. md.74/2 hükmüne eklenen düzenleme uyarınca doğum sonrası analık izinlerinin sona ermesinden sonra kadın işçilere veya üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinmiş olan kadın ve erkek işçilere birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, üçüncü doğumda ise yüz seksen gün süreyle ücretsiz yarım çalışma izni hakkı getirilmiştir. Söz konusu düzenlemede dikkat çeken ilk husus, doğum durumunda erkek işçilerin yarım çalışma izni hakkından faydalanamayacağıdır. Yine, İşK. m.74 hükmü uyarınca altı aylık ücretsiz izin hakkından da sadece kadın çalışanlar yararlanabilmektedir. Dolayısıyla bu izin haklarından erkek işçilerin de yararlandırılmasının öngörülmemiş olması istihdamda fırsat eşitliği bakımından ülkemiz mevzuatının uluslararası normlarla paralel olmadığını göstermektedir.

D. Avrupa Birliği Düzenlemelerinde

AB müktesebatında, analık halinin korunmasına ilişkin doğrudan mevcut olan düzenlemeleri incelemeyen önce, kısaca AB Hukuku kapsamındaki hukuksal kaynakların ve de tarihsel gelişimin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

AB Hukuku kapsamında, kaynaklar, genel olarak birincil kaynaklar ve ikincil kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. 1957 yılında Roma Antlaşması ile başlayan süreç, 1986 tarihli Avrupa Tek Senedi, 1992 tarihli Maastricht Antlaşması, 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, 2001 tarihli Nice Antlaşması ve 1.12.2009 tarihinde yürürlüğe giren "Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma" adını alarak⁴⁵ devam etmiştir. Yine, Lizbon Antlaşması'nda yapılan bir atıfla Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da bağlayıcılık kazanmıştır⁴⁶. Bu Şart'ın 33.maddesi "*Aile, hukuki, ekonomik ve sosyal korumadan yararlanır. Aile ve iş hayatını bağdaştırmak amacıyla, herkes analıkla ilgili bir sebepten dolayı işten çıkarılmaya karşı korunma ve analık izni ile doğumdan veya evlat edinmeden sonra ebeveyn izni alma hakkına sahiptir.*" şeklindeki hükümle analık

⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2.Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, 2018, s.122.

⁴⁶ GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1267.

hali sebebiyle kadın işçileri ve aileyi koruma amacı gütmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu antlaşmalar AB Hukukunun birincil kaynaklarını teşkil etmekte olup, topluluğun anayasası olarak görülmektedir⁴⁷.

AB.'nin karar alma yetkisine sahip organları tarafından birincil kaynaklar olan temel metinlerdeki düzenlemelere uygun olarak yaratılan hukuki düzenlemeler ise, AB Hukukunun ikincil kaynaklarını oluşturmaktadır. Bu kaynaklar ise; tüzük, yönerge (direktif), karar, tavsiye ve görüş şeklindedir⁴⁸.

Kadın çalışanların analık hali ve hamilelik durumlarıyla ilgili ise AB Hukuku kapsamında temel iki Direktif bulunmaktadır. Bu direktiflerden birincisi, "*Hamile, Lohusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin 19 Ocak 1992 Tarih ve 92/85/EEC Sayılı Konsey Direktifi*" ikincisi ise, "*BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP ve ETUC Tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşmayı Yürürlüğe Sokan ve 96/34/EC sayılı Direktifin İlgâ Edilmesine İlişkin 8 Mart 2010 Tarih ve 2010/18/EU Sayılı Konsey Direktifi*"dir.

1. Hamile, Lohusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin 19 Ocak 1992 tarih ve 92/85/EEC Sayılı Konsey Direktifi

Direktifin 7.maddesinde, üye ülkelerin hamile, lohusa ve emzikli kadın çalışanların gece işlerinde çalıştırılmalarını yasaklayan önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu önlemler ise ya kadın çalışanların gündüz işine geçirilmesi ya da böyle bir değişiklik teknik olarak veya mantık olarak imkânsız ise, kadın işçinin işten ayrılması yahut analık izninin uzatılmasının sağlanması şeklindedir (7/2-a,b).

Direktifin 8.maddesi, hamile, lohusa ve emzikli kadın çalışanlara doğumdan önce ve sonra en az 14 hafta olmak üzere aralıksız analık izni sağlanmasını öngörmektedir.

⁴⁷ İREN, Ertan, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.3.

⁴⁸ ÖZDEMİR, Sahir, "Avrupa Topluluğunda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri", *DPT AB ile İlişkiler Genel Müdürlüğü*, Ankara Mayıs 2001, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/ozdemir/ikincilm.pdf>. 1-12, E.T: 5.8.2019.

9.madde ise, hamile kadın çalışanların doğum öncesinde ücretlerinde herhangi bir kesinti olmaksızın (çalışma saatlerinde olsa dahi) doğum kontrollerini yaptırabilmelerine olanak sağlanmasını düzenlemektedir. Direktifin 10.maddesinde ise, gebelik halinin başlangıcından itibaren analık izin süresinin bitimine kadar, hamile, loğusa ve emzikli kadınların işten çıkarılmalarını yasaklayan diğer bir deyişle bu çalışanların feshe karşı korunmasını öngören düzenlemeye yer verilmiştir.

Son olarak, Direktifin 11.maddesi ise, analık izni esnasında, hamile, loğusa ve emzikli çalışanlara iş sözleşmesi ile sağlanan haklar ve bunlardan ayrı olarak ödeme veya eş değer yardımlardan yararlandırma hakkını tanımıştır. Direktif'in 11/3 hükmüne göre *“Herhangi bir çalışanın sağlık nedeniyle çalışmaya ara vermesi durumunda, söz konusu yardımın miktarı, ulusal mevzuata göre elde edilen gelire eşit olmalıdır.”*

2. BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP ve ETUC Tarafından Karara Bağlanmış Ebeveyn İzni Hakkındaki Gözden Geçirilmiş Çerçeve Anlaşma'yı yürürlüğe sokan ve 96/34/EC sayılı Direktifin İlgâ Edilmesine İlişkin 8 Mart 2010 Tarih ve 2010/18/EU Sayılı Konsey Direktifi

Ebeveyn izni, iş ilişkisine tabi kadın ve erkek işçilere doğum veya evlat edinmeyle anne-baba olmaları halinde, çocuklarının bakımını sağlamaları için öngörülmüş izin hakkı olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Çalışma yaşamı ile aile hayatını bağdaştıracak bir düzenleme yapılabilmesi adına Avrupa Konseyi tarafından 3 Haziran 1996 tarihinde Ebeveyn İzni Çerçeve Sözleşmesine İlişkin 96/34/EEC Yönergesi çıkarılmıştır. Daha sonraki süreçte, özellikle Topluluk mevzuatında, anneliğin korunması, ebeveyn izni ile babalık izni, evlat edinme izni ve aile bireylerine bakım için izin gibi yeni izinlerin oluşturulması ihtimali doğrultusunda, yeniden çalışmalar yapılmış ve 96/34/EEC sayılı Direktif yeni bir Direktif ile değiştirilmiştir.

Söz konusu Direktifte, dikkat çeken ilk önemli düzenleme; anne ve babalara yeni doğan veya evlat edindikleri çocuklarına bakmak için en fazla 8 yaş olmak üzere üye devletler tarafından belirlenecek bir yaşa gelene kadar en az 4 aylık ebeveyn izni verilmesinin

⁴⁹ ERALTUĞ KÖKKİLİNÇ, Ayşegül, "Avrupa Birliği Hukukunda Ebeveyn İzni", *Legal İSGHD*, S:9, İstanbul, 2016, s.112.

öngörülmesidir. Belirtilmelidir ki, 96/34/EEC sayılı Direktifte öngörülmüş olan 3 aylık süre⁵⁰ bu Direktifte 4 aya çıkarılmıştır. Ayrıca, Direktifte, söz konusu iznin kullanılması bakımından, kadın ve erkekler arasındaki fırsat eşitliğinin teşvik edilmesi bakımından söz konusu iznin ebeveynler arasında devredilemez nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.

Çerçeve Antlaşma'nın 6.maddesi ise, çalışanların ebeveyn izni dönüşlerinde işe daha çabuk uyum sağlamaları için, izinden dönüşte çalışanların çalışma saatlerinde veya düzenlemelerinde değişiklik yapılabilmesini ve de ebeveyn izni sürecinde çalışanlarla işverenlerin iletişim içinde kalarak ebeveyn izni dönüşünde yeniden uyumu kolaylaştırmak için ulusal hukuk, toplu iş sözleşmesi veya uygulamalara uygun olarak gerekli düzenlemelerin yapılması konusunda üye devletlerin teşvik edilmesini öngörmektedir.

3. Ülkemiz Mevzuatının AB Mevzuatı ile Uyumluluğunun Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklanan bilgiler doğrultusunda; ülkemiz İş Hukuku mevzuatının, bazı farklılıklar ve de eksiklikler dışında genel anlamda AB normları ile uyumlu olduğu diğer bir deyişle iç hukukumuzun AB Direktiflerine uygun hale getirildiği söylenebilecek olmakla birlikte uygulamada sorunlar yaşandığını söylemek de yanlış olmayacaktır.

Öncelikle, geçmişten bu yana gelen dönemde 1475 sayılı İş Kanunumuzda doğum izni için öngörülen süre 12 hafta iken AB mevzuatına uyum yasaları çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanununda bu süre 16 haftaya çıkarılmıştır. Keza, 2011 yılında 657 sayılı DMK.'nın 104.maddesinde yapılan değişiklikle de 4857 sayılı İş Kanunu ile paralel düzenlemeler getirilmiştir. Yine, AB Direktiflerinde öngörülen kadın çalışanlara doğum sebebiyle işe devam edememe hallerinde sağlık yardımları ile birlikte, işe devam edememe durumu dolayısıyla gerekli ekonomik yardımların yapılması ülkemizdeki yasal mevzuatla öngörülmüştür. Kadın çalışanlara bu konuda yapılacak yardımın miktarının belirlenmesi bakımından da mevzuatımızın 92/85/ECC sayılı AB Direktifi ile uyumlu olduğu söylenebilecektir. Yukarıda bahsedildiği üzere, 92/85/EEC sayılı AB Direktifi kadın çalışanların sağlık veya hamilelik sebebiyle işe devam edemediği durumlarda, yapılacak

⁵⁰ **MOROĞLU**, Nazan, "Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği", *MESS - Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:1, S:4, Aralık, 2006, s.210.

yardımın miktarı, herhangi bir çalışanın sağlık sebebiyle işe devam edememesi durumunda ulusal mevzuata göre yapılacak yardıma eşit olmalıdır hükmü ile paralel olarak ülkemiz mevzuatının da SSGSSK. hükümleri uyarınca söz konusu hüküm ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Bunun yanı sıra, AB Direktifleri doğrultusunda gebelik döneminin başlangıcından analık izninin bitimine kadar olan süreçte, kadın çalışanların iş sözleşmelerinin herhangi bir haklı sebep belirtilmeksizin feshedilmesini yasaklayan düzenlemelere de 4857 sayılı İş Kanunumuzun 18.maddesinin 3.fıkrasının "d" bendinde "*Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerin*" özellikle geçerli nedenle fesih teşkil etmeyeceği yönündeki düzenlemeyle uyum sağlandığı söylenebilecektir. Ayrıca, AB Direktiflerinde uzun süredir yer almakta olan ebeveyn iznine yakın bir kavram olan yarım çalışma izni de aşağıda detaylarıyla değinileceği üzere⁵¹ 28/01/2016 tarih ve 6663 sayılı Kanunla İşK. 74.maddesine eklenmiştir. Ancak, kadın çalışanlar için öngörülen izinlerin kadın ve erkekler arasındaki fırsat ve muamele eşitliği bakımından erkek çalışanlar için öngörülmemiş olması mevzuatımızın AB Direktifleri ile uyumlu olmaması bakımından bir eleştiri kaynağıdır.

Diğer yandan ülkemiz, İş Hukuku alanındaki mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlaştırma yolunda önemli adımlar atmış olsa da uygulamada özellikle de kadınların istihdamı ve fırsat eşitliği konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Nitekim AB'nin ilerleme raporlarında da belirtildiği üzere, Türkiye kadınların istihdamı konusunda AB'nin gerisinde kalmaya devam etmektedir⁵². 6663 sayılı Kanun'la, İşK. m.74/2 hükmüne getirilen ücretsiz yarım çalışma izni hakkının ve daha önceden mevzuatımızda yer alan altı aylık ücretsiz izin hakkının sadece kadın işçiler için öngörülmüş olmasının da, AB.'nin ilerleme raporunda ülkemiz için yer alan tespitlerinin düzelmesine hizmet etmediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵¹ bkz. s.45 vd.

⁵² **GÖÇMENER**, Sinem, "Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Kadın Erkek Eşitliği", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.143.

III. TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE ANALIK HALİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

Hukukumuzda, 4857 sayılı İşK. yahut 657 sayılı DMK'nunda "analık" haline ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte 5510 sayılı Kanunun 15/II maddesinde "analık" haline ilişkin şu tanıma yer verilmiştir. *"Sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin 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 halleri analık hali kabul edilir."* Yer verilen tanımın da ortaya koyduğu üzere, yasa koyucu "analık hali" tanımını hamileliğin başladığı tarih ile doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık süre arası ile sınırlı tutmuştur. Bu tanım uyarınca "analık" hali, "gebelik", "doğum" ve "lohusalık" olmak üzere üç dönemi kapsamaktadır⁵³.

Doktrinde ise "analık" halinin tanımına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş uyarınca; mevzuatımızdaki analık hali ve analık halinin korunması ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, analık halinin daha uzun bir süreyi kapsamaması gerekmekte ve "analık" hali gebeliğin başladığı tarihten itibaren çocuğun büyütülmesi ve bakımında geçen süreleri de kapsayan dönemin sonuna kadar olmalıdır⁵⁴. Farklı bir görüş uyarınca ise, "analık hali", hamileliğin sona erdiği dönemden başlayarak, sadece lohusalık ve emzirme dönemiyle beraber çocuğun bakımı için gereken süre olarak tanımlanmaktadır⁵⁵.

Kanaatimizce, 6663 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerle birlikte, "analık" hali kapsamında koruma ve "analık" hali kapsamında sahip olunabilecek haklar, çocuğun

⁵³ TUNCAY, Aziz Can, EKMEKÇİ Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19.Bası, İstanbul, 2017, s.449; GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza / CANIKLIOĞLU, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 17.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.441.

⁵⁴ TUAC, Pelin, "Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:32, S:1, 2017, s.204; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, "Türk İş Hukukunda Analık", *İş ve Hayat Dergisi*, C:2, S:4, 2016, s.98.

⁵⁵ SENYEN-KAPLAN, Emine Tuncay, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, 2000, s.709-722.

ilkokul çağına girdiği ayı takip eden aybaşına kadar dahi devam edebilmekte olduğundan, "analık" halinin tanımına ilişkin ilk görüşün benimsenmesi daha isabetli olacaktır.

B. Analık Halinin Korunmasına İlişkin Hükümler

1. Anayasa

Mevzuatımızda, analık halinin korunması ve analık halinin iş sözleşmelerine etkisi hususunda yapılmış olan düzenlemelerin dayanağını çeşitli anayasal hükümler oluşturmaktadır. Bu hükümlerin başında 1982 tarihli Anayasamızın 10. maddesi gelmektedir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*". AY m.10'a 07.05.2004 tarihinde yapılan eklemeye güncellenmiş ikinci fıkra uyarınca ise "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" Doktrinde, söz konusu 10. maddenin birinci fıkrasının genel anlamda eşitlik ilkesini belirttiği; maddenin ikinci fıkrasıyla kadınlarla erkekler arasındaki eşitliğin somut bir şekilde vurgulandığı, sosyal hayatta ve çalışma yaşamında kadın erkek arasında eşitlik ilkesinin benimsendiği belirtilmektedir⁵⁶. Bununla beraber, söz konusu madde, sadece eşitliği ifade etmekle yetinmemekte; aynı zamanda devlete bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlama gibi önemli bir görev de atfetmektedir⁵⁷. Bu noktada, AY'nın 10. maddesi hükmünün kadınlara sağlanabilecek bazı ayrıcalıklar nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde bir tartışma doğabilecektir. Ancak, maddede belirtilen eşitlik kavramı, aynı durumda bulunan kişilerin kanun önünde eşit oldukları ve farklı muameleye tabi tutulamayacakları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, farklı durumda bulunan kişilerin aynı muameleye tabi tutulması eşitsizlik yaratacağından hükmün eşitlik ilkesine aykırı olmadığı söylenebilecektir⁵⁸. Zira 07.05.2010 tarihinde AY. m.10'a eklenen "*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz*" şeklindeki hükümlerle pozitif ayrımcılık düzenlemesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği hususu da AY'da öngörülmüştür.

⁵⁶ **YİĞİT**, Yusuf / **TOPKAYA**, Selda, "Türk İş Hukuku'nda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", *Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, C:6, S:14, s.52, Çevrimiçi, www.dergipark.gov.tr, E.T: 30.05.2018.

⁵⁷ **ERTÜRK ARSLAN**, s.353.

⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz: **GÖKÇEOĞLU BALCI**, s.1270.

Analık halinin korunması ve de iş sözleşmesine etkisi ile ilgili düzenlemelerin dayanağını teşkil eden bir başka hüküm ise AY.'nın 41.maddesidir⁵⁹. Maddenin özellikle ilk iki fıkrasının "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*" şeklindeki düzenlemesiyle ailede eşler arasında eşitliğin temel olduğu, ananın ve çocukların özel olarak korunması ve bu hususta devletin gerekli her türlü tedbiri alma yükümlülüğü anayasal güvence altına alınmıştır.

Konu ile ilgili bir başka anayasal düzenleme ise AY. m.50'de "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.(f.1) Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.(f.2)*" şeklinde belirtilen hükümdür. AY.'nin bu hükmü, kadın çalışanların işgücünün nispeten daha fazla ilgi gösterilmesi gereken kesimini oluşturmaları ve de analık durumları nedeniyle özel olarak korunmaları gerektiğini öngörmektedir⁶⁰. Ancak, bu hüküm doktrinde, kadınların bedeni ve ruhi yetersizliği olanlarla aynı düzenlemelere tabi tutularak korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulması bakımından ayrımcılık teşkil ettiği sebebiyle eleştirilmektedir⁶¹. Kanaatimizce de yapılan eleştiriler isabetlidir. Günümüzde teknoloji giderek gelişmekte ve çağın ilerlemesiyle birlikte fiziksel güce dayalı işgücü giderek azalmaktadır. Ayrıca, uluslararası normlarda yapılan düzenlemelerde de "kadın" olma sebebiyle korunmanın yerini "analık" hali sebebiyle korunma almıştır. Tüm bu nedenlerden ötürü, AY.'nin 50.maddesinin ikinci fıkrasının revize edilmesine ihtiyaç olduğu söylenebilecektir.

2. İş Kanunu

⁵⁹ YİĞİT/ TOPKAYA, s.52; GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1272.

⁶⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s.843.

⁶¹ GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1270; BAKIRCI, s.4.

Türk Hukuk sistemi içerisinde "analık" haline ve "analık" halinin korunmasına ilişkin en detaylı hükümler 4857 sayılı İş Kanununda yer almaktadır. Çalışmamız kapsamında hepsine detaylarıyla değinilecek olmakla birlikte⁶²; gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını düzenleyen m.5/3 hükmü, m.74'te belirtilen izin sürelerinin bitiminden itibaren kısmi süreli çalışma yapılabileceğini düzenleyen m.13/5 hükmü, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshe karşı korumayı düzenleyen m.18/3 hükmü ve kadın işçiyi haklı sebeple feshe karşı koruyan m.25/1 hükmü ve en nihayetinde "analık" durumunda izin çeşitleri ve sürelerini düzenleyen m.74 hükümleri 4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen ve "analık" halinin korunmasını sağlayan temel hükümler olarak sıralanabilecektir.

3. Basın İş Kanunu

Hukukumuzda, 4857 sayılı İş Kanunu başta olmak üzere diğer bazı özel kanunlarda da "analık" haline ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bunlardan bir tanesi de "Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun"dur⁶³. Kanunun 16.maddesinin yedinci fıkrası "*Kadın gazetecinin hamileliği halinde, hamileliğin 7 nci ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar izinli sayılır. Bu müddet zarfında müessese gazeteciye son aldığı ücretin yarısını öder. Doğum vuku bulmaz veya çocuk ölü dünyaya gelirse, bu halin vukuundan itibaren bir ay müddetle bu ücret ödenir. Gazetecinin sigortadan veya bağlı bulunduğu teşekküllerden alacağı yardım, bu ödemeye tesir etmez.*" hükmünü içermektedir.

Söz konusu hüküm incelendiğinde görüleceği üzere Basın İş Kanunu, "analık" haline ilişkin düzenlemeler konusunda 4857 sayılı İş Kanunundan bazı noktalarda farklılıklar göstermektedir. İlk olarak, 4857 sayılı İş Kanununda analık haline ilişkin izin süreleri "hafta" kriterinde belirlenmiş iken, Basın İş Kanununda ise bu süre "ay" kriteri ile belirlenmiştir. Gerçekten de 4857 sayılı İşK. m.74'te gebe kadınların, doğumdan önce ve sonra sekiz, çoğul doğum halinde doğumdan önce on hafta süre ile çalıştırılmamalarının esas olduğu belirtilmişken; Basın İş Kanununda ise bu süre, "*hamileliğin 7.ayından itibaren doğumun ikinci ayının sonuna kadar*" olarak belirlenmiştir.

⁶² bkz: s.35-50.

⁶³ TAŞKENT/ KURT, s.35; ARSLAN ERTÜRK, s.353;

Diğer bir fark ise, Basın İş Kanununda işverene ücret ödeme yükümlülüğünün öngörülmüş olmasıdır. Basın İş Kanunu 16.maddesi uyarınca “*hamileliğin 7.ayından doğumun ikinci ayının sonuna kadar*” olan izin süresince ücretin yarısının ödenmesi işverene bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Oysa, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca işverenin kural olarak, bu şekilde bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. İş Kanununa tabi çalışan kadın işçilerin 74.maddede belirtilen izin süresince iş sözleşmeleri askıda olup, bu süre içerisinde ücretleri işlemeyecektir⁶⁴. Diğer bir başka fark ise, Basın İş Kanunu'na tabi çalışan kadınlar Sosyal Güvenlik Kurumundan iş göremezlik ödeneği alıyor olsalar dahi işverenin m.16/7 kapsamındaki ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır⁶⁵. Diğer yandan, İşK. m.48/II kapsamında ise Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen ödeneğin aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edileceği belirtilmiştir.

Ayrıca, yine, Basın İş Kanunu hükmü uyarınca, doğum gerçekleşmez veya çocuk ölü doğarsa da, maddede belirtilen ücretin bir ay müddetle ödeneceği belirtilmiştir⁶⁶.

Diğer yandan, 29.01.2016 tarih ve 6663 sayılı Kanun'la İş Kanunu 74.maddesine eklenen son fıkra ile 4857 sayılı İş Kanunu 74.maddesinde belirtilmiş olan izinlerin iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanunu kapsamında olsun olmasın tüm işçilere uygulanacağı hükmü karşısında, Basın İş Kanunu kapsamında çalışan kadın gazetecilerin de, 4857 sayılı İş Kanunu 74.maddesi kapsamında öngörülmüş olan altı aylık ücretsiz izin hakkı ve yarım çalışma izni hakkından da faydalanabileceği söylenebilecektir.

4. Türk Borçlar Kanunu

⁶⁴ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s.225.

⁶⁵ KÖKKİLİNÇ, Ayşegül, İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.107.

⁶⁶ BAYTEKİN, İnci, "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Hakları", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s.144.

1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK.'nun 393. ile 447.maddeleri arasında "genel hizmet sözleşmesi" hükümlerine yer verilmiştir. TBK'nun "Genel Hizmet Sözleşmesi" başlıklı hükümlerinin 418.maddesinde bir ev düzeni içerisinde işvereni ile beraber yaşayan işçiler bakımından gebelik ve doğum durumunda bir düzenleme getirilmiştir.

Söz konusu madde "*İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür. İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır. İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür.*" hükmünü içermektedir. Söz konusu madde, işvereni ile beraber yaşayan, sosyal sigortalar yardımından yararlanamayan ve bir yıla kadar çalışmış işçinin kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, işçinin iki hafta süreyle bakım ve tedavisinin işveren tarafından sağlanmasını öngörmektedir⁶⁷. Maddenin son fıkrasında işveren için aynı yükümlülüğün işçinin doğum ve gebeliği halinde de söz konusu olacağı belirtilmektedir.

6098 sayılı TBK.'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde "ev hizmeti" İş Kanununun kapsamı dışında bırakıldığından bu konudaki boşluk Yargıtay kararları ile doldurulurken; yeni Borçlar Kanunu ile bu konudaki yasal boşluğun doldurulması ve özellikle gebelik ve doğum hallerinde de "ev hizmetlerinde" çalışan işçilere kısmen de olsa bir güvence getirilmesi isabetli gibi görünmektedir. Ancak, doktrinde , söz konusu düzenlemede sadece işverenin yükümlülüklerine yer verilmiş olması, işçi ve işverenin diğer borçlarına, sözleşmenin sona ermesine, taraflar arasında deneme süresi kararlaştırmalarına vb. konulara yer verilmemiş olması sebebiyle, TBK m.418'in yetersiz bulunduğu ve hükmün kapsamlı düzenlemelere ihtiyaç olduğu savunulmaktadır⁶⁸.

⁶⁷ TAŞKENT/ KURT, s.35; ULUSOY, s.744; ARSLAN ERTÜRK, s.353.

⁶⁸ ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.157.

Gebe ve doğum yapmış kadın çalışanlarla ilgili TBK'da yer alan bir başka düzenleme ise Kanun'un m.423/3 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca, *“gebelik ve doğum yapma sebebiyle iş görme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izninden indirim yapılamayacaktır.”*

Son olarak, Deniz İş Kanununda kadın işçilerin korunmasına yönelik hükümler bulunmamasının da önemli bir eksiklik olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Nitekim, Deniz İş Kanununun m.27/4 hükmünde "hemşire ve hasta bakıcıların" iş süresine ilişkin hükümlere tabi olmadıkları yönündeki düzenlemesi kadınların da gemilerde çalışabileceğine ilişkin bir göstergedir. Nitekim, kadınlar gemilerde işyeri hekimi, kaptan, yardımcı sağlık personeli, hastabakıcı vb. birçok görevlerde bulunabilmektedirler. Bununla birlikte, İşK. m.74'ün son fıkrasına eklenen hüküm doğrultusunda, İşK.m.74'te belirtilmiş olan izin haklarından Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilerin de faydalanabileceği söylenebilecek ise de, söz konusu fıkranın kapsamının sadece m.74'te belirtilen izin hakları ile sınırlı olması nedeniyle Deniz İş Kanunu kapsamındaki kadın işçiler için de hamilelik ve doğum sonrası dönemle ilgili olarak yeterli düzeyde korumanın sağlanamadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, Deniz İş Kanunu kapsamındaki kadın işçilerin doğum öncesi ve sonrası dönemde ayrımcılık ve feshe karşı korunmasına ilişkin bir düzenleme olmaması da mevzuatımız açısından önemli bir eksiklik olarak görülebilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ SÖZLEŞMELERİNDE ANALIK HALİNİN KORUNMASI

I. İŞ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI AŞAMASINDA ANALIK HALİNİN KORUNMASI

A. Ayrımcılık Yasağı

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında en geniş anlamda "analık" hali sebebiyle ayrımcılık yasağı, 4857 sayılı İş Kanunu öncesi dönemde doktrin görüşleri⁶⁹ ile ve yargı kararları ile şekillenmekte iken, 4857 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle bu konudaki yasal boşluk kısmen de olsa doldurulmuştur. İşK. m.5/3 hükmü, “İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik sebebiyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.” Hükmünü havidir.

Bu kapsamda önemle değerlendirilmesi gereken temel konulardan biri de, iş görüşmeleri esnasında bir kadın adaya hamile olup olmadığı yahut hamile kalmayı planlayıp planlamadığı gibi soruların sorulup sorulamayacağı konusudur. Konunun İşK. m.5 kapsamında detaylı değerlendirmesine geçmeden önce belirtmek gerekir ki; İşK. m.5'in "Eşit Davranma İlkesi" başlığını taşıması pek isabetli değildir. Öğretide bir görüş uyarınca, İşK m.5 sadece ayırım yasağı hallerini düzenlemekte; ancak genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlememektedir⁷⁰. Bu açıklamalarımız doğrultusunda, kadın adaya hamilelik ile ilgili soru sorulup sorulamayacağı hususu çalışmamızda "ayrımcılık yasağı" kapsamında değerlendirilmiştir.

Öncelikle belirtmelidir ki, işveren, iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işçi adayına çeşitli sorular sorma hakkına sahiptir. İşyeri ve yapılacak işle ilgili bulunan soruları da adayın cevaplaması zaruridir⁷¹. Diğer yandan, işyeri ve görülecek iş ile ilişkisi bulunmasına karşın; adaya yöneltilen bazı sorular adayın özel hayatının gizliliğini ihlal edebilecek ve ayrımcılık teşkil edecek nitelikte olabilecektir. Bu noktada, kadın adaya hamile olup olmadığı yahut hamilelik planı olup olmadığının sorulup sorulamayacağı da

⁶⁹ EYRENCİ, Öner, "İşe Girişte Personel Seçimi İle ilgili Hukuki Sorunlar", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı*, 1991, İstanbul, s.255.

⁷⁰ SÜZEK, Sarper, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:3, S:12, Aralık 2008, İstanbul, s.26, Çevrimiçi, www.mess.org.tr, E.T: 02.06.2018.

⁷¹ YUVALI, Ertuğrul, "4857 Sayılı İş Kanununun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış", *TBB Dergisi*, 2013, S.106, s.98 vd.

bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir konudur. Zira, işverenler de çalışma sürecinde hamileliğin performansı düşürebileceği ve işlerin aksamasına neden olabileceği düşüncesi ile hamile olan yahut hamilelik planı olan kadın adayların istihdamına olumlu yaklaşmayabilecektir⁷².

AY. m.20 ile güvence altına alınmış olan “özel hayatın gizliliği” ve yine AY. m.10 ve İşK. m.5/3 hükmü ile güvence altına alınan ayrımcılık yasağı çerçevesinde, görülecek iş ile ilişkisi bulunmayan hamileliğe ilişkin soru sorulması cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak nitelendirilebilecektir. Doktrinde konu ile ilgili ağırlık görüş uyarınca; AY.'nın 10. ve 20.maddelerine ve aynı zamanda 4857 sayılı İşK. m.5/3 hükmüne aykırı olması ve cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa neden olacağı gerekçesiyle, kural olarak hamile kadın adaya veya hamile kalmayı planlayan kadın adaya hamilelik ile ilgili soru sorulamayacaktır⁷³. Bu yönde bir soru kadın işçinin özel hayatına ölçsüz müdahale teşkil edeceğinden aday da bu yönde bir soruya cevap vermek yahut doğru cevap vermek zorunda değildir. Keza, iş ilişkisi devam ederken de işveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçinin kişilik haklarına saygı duyma yükümlülüğünün bir gereği olarak, kadın işçiden hamilelik testi yaptırmasını talep edemeyecektir⁷⁴. Ancak, üstlenilecek işin niteliği yahut işyerinin özelliğinin gerektirmesi gibi, kadın adayın hamileliğinin önem arz ettiği durumlarda kendisine hamileliliği ile ilgili soru sorulabilecektir. Gerçekten de özellikle; sahne sanatçılığı, spor öğretmenliği yahut radyasyona maruz kalınabilecek işlerde kadın adaya hamile olup olmadığı ile ilgili soru sorulabileceği doktrinde ağırlıklı olarak savunulmaktadır⁷⁵. Nitekim söz konusu görüşü savunan yazarlar, bu gibi istisnai durumlarda, kadın adayın da TMK. m.2 çerçevesinde sorulmasa dahi hamile olduğunu söylemesi gerektiğini ifade etmektedirler.

Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda kadın adaya hamilelik ile ilgili istisnai durumlar hariç olmak üzere soru sorulamayacağı yönündeki ağırlıklı doktrin görüşleri kanaatimizce de isabetlidir. Zira işin niteliğinin gerek kadın işçi adayının gerekse de bebeğin sağlığı bakımından risk teşkil ettiği durumlarda, hem annenin hem de bebeğin

⁷² YİĞİT/TOPKAYA, s.54.

⁷³ YUVALI, s.54, ARSLAN ERTÜRK, s.358, TAŞKENT/ KURT, s.37, YİĞİT/TOPKAYA, s.54, YEMİŞKEN, s.113, BAYTEKİN, s.27, ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.263.

⁷⁴ GÜRSEL, Ilke, "İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.317.

⁷⁵ SÜZEK, s.455, YUVALI, s.54, ARSLAN ERTÜRK, s.358, TAŞKENT/ KURT, s.37, YİĞİT/ TOPKAYA, s.54.

korunması amacıyla, kadın adayın hamile olup olmadığının bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle, işin niteliğinin, kadın adayın veya bebeğin sağlığı için risk teşkil ettiği durumlarda, kadın adaya hamileliği ile ilgili soru sorulması ayrımcılık olarak nitelendirilmemelidir.

Diğer yandan, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylarıyla değinileceği üzere, 2016 yılında 6663 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İşK.'na özellikle kadın çalışanlar bakımından yarım çalışma izni, kısmi süreli çalışma hakkı gibi yeni hakların getirilmiş olduğu da hamilelik ile ilgili soru sorulup sorulamayacağı hususunda önem arz edebilecektir. Bahsi geçen bu hakların kullanılması konusunda işverenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, işveren, kadın işçilerine talep ettikleri takdirde bu haklarını kullandırma yükümlülüğü altındadır. İşverenin kadın adaya hamileliği ile ilgili soru sormayacağı yasağıyla birlikte, kadın işçilere sağlanan yeni haklar da göz önünde bulundurulduğunda, işverenlerin işe alım esnasındaki seçimlerinde kadın adayları tercih etmeme ve dolayısıyla kadın istihdamının azalabileceği tehlikesi de göz ardı edilmemelidir.

Son olarak bahsedilmesi gereken bir konu, uygulamada zaman zaman karşılaşıldığı üzere, kadın çalışanla kurulan iş sözleşmelerine, kadın çalışanın belli bir süre içinde hamile kaldığı takdirde cezai şart ödeyeceği yönünde konulan hükümlerin geçerlilik arz edip etmediğidir. AY. m.48'de sözleşme özgürlüğünün güvence altına alınmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda; yapılan iş sözleşmesinin kadın çalışanın belli bir süre hamile kalmaması, aksi takdirde cezai şart ödeyeceği yönünde konulacak hükmün geçerlilik arz edeceği yönünde görüş oluşması mümkündür.

İş Hukukunda tarafların sözleşme özgürlüğü diğer sözleşmelerde olduğu gibi TBK m.27'deki sınırlamalara tabidir. TBK m.27/1'de belirtilen "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" hükmü uyarınca tüm sözleşmelerde olduğu gibi iş sözleşmelerinde de sözleşme serbestisi maddede belirtilen sınırlar çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır. Nitekim kişiler, kişisel hürriyetlerinin aşırı derecede

kısıtlanmasını öngören hususları sözleşmelerine konu olarak seçemeyeceklerdir⁷⁶. Belirtmek gerekir ki; kişilik haklarına aykırılık teşkil eden durum ahlaka aykırılık da teşkil edecektir. Dolayısıyla, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olacaktır⁷⁷. İş Hukuku kapsamında çalışanların kişisel haklarını kesin olarak saymak mümkün olmamakla birlikte; özellikle, çalışanların kişisel ve mesleki saygınlığı, özel yaşam alanı, ahlaki değerleri İş Kanunu çeşitli hükümlerinde bahsedilmiş olan kişilik hakkının korunması kapsamına girmektedir⁷⁸. Diğer yandan, 6098 sayılı TBK m.420 hükmünde yer alan, iş sözleşmelerine yalnızca işçi aleyhine konulan cezai şart hükümlerinin geçersiz olacağı düzenlemesi de bu konuda bir sonucu ulaşılabilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Yukarıdaki tüm açıklamalarımız kapsamında; kuşkusuz ki, bir kadının hamile kalması da onun en temel kişisel hak ve özgürlüklerindedir. Kanaatimizce, bu temel kişisel hak ve özgürlüklerin iş sözleşmesine konulacak bir cezai şart hükmüyle sınırlandırılması kişisel haklara ve hatta ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, TBK m.420 uyarınca iş sözleşmelerine yalnızca işçi aleyhine konulacak cezai şart hükmünün geçersiz olacağı düzenlemesi karşısında, iş sözleşmelerinde kadın çalışanın belli bir süre hamile kalmaması, aksi durumda cezai şart ödeyeceğini öngören hükümlerin geçersiz olması gerekmektedir.

B. Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Yaptırımları

4857 sayılı İşK. m.5 uyarınca, iş sözleşmesi kurulması aşamasında ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda, öncelikle, İşK. m.5/6 hükmünde belirtilmiş olan ayrımcılık tazminatının uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışma konusu olabilecektir. Nitekim, İşK. m.5/1 hükmünde ayrımcılık yasağı "*iş ilişkisinde*" ibaresiyle iş sözleşmesinin devamı ve sona ermesi ile sınırlı tutulmuş ve ayrıca da yine m.5/6 hükmünde öngörülen 4 aylık ücret tutarında tazminatın, "*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*" ayrımcılık yasağına aykırılık durumlarında ödeneceği belirtilmiştir.

⁷⁶ İNAN, Ali Naim / YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.227.

⁷⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.273.

⁷⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.329.

Belirtilen hükümler, ayrımcılık yasağına aykırılık durumlarında İşK. m.5/6'da öngörülen tazminatın sadece iş ilişkisinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde söz konusu olabileceği; diğer yandan işe alım esnasında ayrımcılığa aykırılık durumunda İşK. m.5/6'da öngörülmüş tazminat yaptırımının uygulanamayacağı yorumlarına sebep olmaktadır. Zira öğretide, İşK. m.5/3'te işe alım esnasında da ayrımcılık yapılamayacağına belirtilmiş olmasına karşın; İşK. m.5/6'da "*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*" ibaresi kullanılmış olması nedeniyle, iş sözleşmesi kurulması aşamasında ayrımcılık yapılması durumunda 4 aylık ücret tutarındaki tazminat ödenmesini öngören m.5/6 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı, dolayısıyla genel hükümler uyarınca (culpa in contrahendo) sorumluluğunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁹. Bu durum, doktrinde çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmekte⁸⁰, amaçlanan korumanın yeterli olacağına şüpheli olduğu belirtilmekte⁸¹ ve iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılığın da İşK. m.5/6 kapsamına alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Kanaatimizce, İşK. m.5/6 ve m.5/1 hükümlerinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağının kâğıt üstünde kalmasına neden olacaktır. Nitekim İşK. m.5/6 hükmünde "*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*" ayrımcılık durumunda 4 aylık ücret tutarında tazminat talep edilebileceği belirtilmişken, aynı zamanda bu tazminatın "*yukarıdaki fıkra hükümlerine*" aykırı davranıldığında da talep edilebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, bu noktada, İşK. m.5/6 hükmünün çelişkili bir hüküm olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, maddenin gerekçesine bakıldığında da, maddenin cinsiyet ayrımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirdiği ve buna aykırı davranmanın yaptırımının da yer aldığı belirtilmiştir⁸². Ayrıca, İşK. m.5/3 hükmünde de açıkça iş sözleşmesinin yapılmasında da

⁷⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.465; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.414; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta Yayım, 7.Baskı, İstanbul, 2016, s.158; GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1275 SÜZEK, s.28; TAŞKENT/ KURT, s.38.; KANDEMİR, Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi:49, s.421.

⁸⁰ BAKIRCI, s.12, YUVALI, s.96, SÜZEK, s.455: Yazara göre, gebelik nedeniyle işe alımda ayrımcılık yasağı istisnai hüküm olup, bu hükümlerin istisnai nitelikte olması işe alımda ayrımcılık yasağının bulunmadığını doğrular niteliktedir. Diğer yandan, İşK. m.5/6'da gebelik nedeniyle ayrımcılık yasağına aykırılık tazminatının öngörülmemiş olması İşK. m.5/3'teki yasağın etkisini azaltmaktadır.

⁸¹ DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, S:11, s.77.

⁸²https://tisk.org.tr/tr/eyayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, E.T: 30.06.2019

işverenin cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayrımcılık yapamayacağı belirtilmiştir. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, İşK. m.5/6 hükmünün sadece dar anlamda lafzi yorumla yetinilmeyerek, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da ayrımcılık yasağına aykırılık söz konusu olduğunda 4 aylık ücret tutarında tazminatın talep edilmesinin kabulü daha isabetli olacaktır.

İşK. m.5/6 hükmünde öngörülmüş olan ayrımcılık tazminatının, iş sözleşmesinin kurulmasında cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık durumunda da uygulama alanı bulması gerektiği yönündeki görüşe, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun⁸³ öngörmüş olduğu hükümlerle de ulaşılabilecektir. TİHEK'in amacı Kanunun 1.maddesinde " *insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesi*" olarak belirtilmiştir. Yine Kanun'un 3.maddesinde " *Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır.*" şeklindeki hükümle ayrımcılık yasağı ile ilgili temel ilkeler ve yükümlülükler belirlenmiştir⁸⁴. Kanunun amacı ve öngörmüş olduğu temel ilke ve yükümlülükler doğrultusunda; ayrımcılık yasağının kapsamının öngörüldüğü Kanun'un 6.maddesinin 1.fıkrasında, " *.....işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona erme süreçleri dahil olmak üzere*" şeklindeki ibare ile işe alım aşamasında da açıkça ayrımcılık yasağının uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Yine, Kanun'un m.6/3 hükmünde " *İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.*" şeklinde öngörülen hükümle, gebelik ve annelik durumlarının iş sözleşmesinin kurulmasına engel bir sebep olamayacağı, diğer bir deyişle bu durumun ayrımcılık teşkil edeceği de belirtilmiştir. Bu açıklamalarımız ışığında, TİHEK kapsamında da işe alım esnasında, ve özellikle de

⁸³ RG. 20.4.2016, No:29690.

⁸⁴ SÜZEK, s.470; ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s.404; TUNCAY SENYEN KAPLAN, s.216.

gebelik ve annelik sebebiyle istihdam başvurusunun reddedilemeyeceği ve bu durumun ayrımcılık teşkil edeceği hususu göz önünde bulundurulduğunda, İşK. m.5/6'da öngörülen ayrımcılık tazminatının işe alım aşamasında da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir.

Söz konusu tazminatın hesaplanmasında ise, işçinin asıl ücreti göz önünde bulundurulacak olup; İşK. m.5'in gerekçesinde yer aldığı üzere, ücret ekleri dâhil olmayacaktır⁸⁵. Ayrıca, ayrımcılık tazminatının miktarı yasa koyucu tarafından dört aya kadar olan ücret ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu düzenleme, doktrinde, gerçek ve etkin bir hukuki korumanın sağlanması ve işverenler üzerinde etkili bir caydırıcı etki yaratabilmesi bakımından, tazminat miktarının uğranılan zararlar ile ilgisinin kurulması gerektiği ve hükmün bu haliyle AB normlarıyla uyumlu olmaması bakımından eleştirilmektedir⁸⁶.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda idari anlamda da yaptırım getirilmiş olup; İşK. m.99 uyarınca, söz konusu yasağına aykırı davranan işverenlere idari para cezası uygulanacaktır. İşK. m.99'da *"Bu Kanunun 5inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumda ki her işçi için yüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir."*⁸⁷ şeklinde belirtilen hüküm uyarınca, hükmün işe alımlarda da ayrımcılık yasağını içerdiği kuşkusuzdur. Belirtilmelidir ki, söz konusu yaptırımın uygulamada sağlıklı bir şekilde uygulanmamakta olduğu ve idari para cezasının miktarının artırılması yahut işyeri kapatma gibi idari cezaların uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁸⁸.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda Türk Ceza Kanununda da bir yaptırım öngörülmüştür. TCK m.122 *"dil, ırk, milliyet, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep ve benzeri sebepler farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle.....c) bir kişinin işe alınmasını... engelleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* hükmü uyarınca, iş

⁸⁵ DOĞAN YENİSEY, s.77.

⁸⁶ DOĞAN YENİSEY, s.77; ARSLAN ERTÜRK, s.355; BAKIRCI, s.12; TAŞKENT, KURT, s.38.

⁸⁷ 2019 yılı itibariyle, işçilere eşit davranma ilkesine uyulmayan her işçi için 219 TL idari para cezası öngörülmüştür. www.kpmgvergi.com; E.T: 30.06.2019.

⁸⁸ BAKIRCI, s.11.

sözleşmesinin kurulması aşamasında ayrımcılık durumu suç olarak düzenlenmiştir⁸⁹. Bu suç kasten işlenebilir bir suç olup, suçun faili, din, dil, ırk, mezhep ve benzeri sebeplerle eylemi gerçekleştiren kişidir⁹⁰. Belirtilmelidir ki; madde de "hamilelik" yahut "gebelik" gibi durumların tahdidi olarak belirtilmemiş olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında bir eksiklik olarak görülebilecektir. Ayrıca, söz konusu maddeye, 2014 yılında yapılan değişiklikle "*nefret nedeniyle*" ibaresinin eklenmesi, "nefret" unsurunun ispatının çok zor olacak olması nedeniyle, söz konusu suçu adeta işlenemez hale getirmiştir.

II. İŞ SÖZLEŞMESİ DEVAM EDERKEN ANALIK HALİNİN KORUNMASI VE İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İş sözleşmesinin devamı esnasında, kadın çalışanların analık durumlarında, yasalarımızda bazı özel düzenlemeler ve koruyucu hükümler mevcuttur. Bu düzenlemeler, genel anlamda kadın çalışanların doğumdan önce ve doğumdan sonra korunması amacını taşımaktadır. Ayrıca, hamilelik aşamasında hem anne ve bebeğin sağlığının korunması, hem de doğumdan sonra anne ile bebek arasındaki bağın kurulması ve de kadının yeniden sağlığına tam anlamıyla kavuşması amacını taşıyan ve izin hakkı öngören düzenlemeler de mevcuttur. Aşağıda detaylarıyla tüm bu düzenlemelere yer verilecektir.

A. Doğum Öncesi ve Sonrası Analık Hali Sebebiyle Kullanılabilecek İzin Hakları

4857 sayılı İşK. 74.maddesinde analık hali ile ilgili olarak, doğumdan önce ve sonra kullanılmak üzere "analık hali izni", "yarım çalışma izni" , "ücretsiz izin", "süt izni" ve "periyodik kontrol için ücretli izin" olarak çeşitli izin düzenlemeleri bulunmaktadır.

1. Analık İzni

İşK. 74.maddesi, "*Kadın çalışanların doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere, toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul*

⁸⁹ ARSLAN ERTÜRK, s.355; BAYTEKİN, İnci, "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Hakları", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2018, s.25; GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1276.

⁹⁰ MANAV, Eda, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'de ki Uygulamalar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:15, Özel Sayı 2013, s.774.

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.” hükmünü havidir. Madde kapsamında kadın çalışanın erken doğum yapması hali de öngörülmüş olup, bu durumda, kullanılmayan çalıştırılmayacak sürelerin doğum sonrası sürelere eklenmek suretiyle kullanılacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, öngörülen izin sürelerinin çalışanın sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse arttırılabileceği belirtilmiştir.

Analık izni sürecinin, kadın işçilerin iş sözleşmeleri ve iş ilişkileri üzerinde çeşitli etkileri ve sonuçları bulunmaktadır. Bunların ilki, bu süreçte, çalışanın iş sözleşmesinin askıda kalmasıdır⁹¹. İş sözleşmesinin askıda kalması sonucunda, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş görme borcu ile ücret borcu askıya alınmış olur. Askı süresince iş sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam etse de, sözleşmeden doğan temel borçlar bu süre içinde ertelenir⁹². Bu hususla bağlantılı olarak da, İşK. m.25/I-a maddesi uyarınca, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı İş Kanunu m.74'te belirtilmiş olan sürelerin sona ermesinden itibaren başlar. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar kadın çalışan, "analık izni" süresince, iş sözleşmesinin askıda olması nedeniyle işverenden ücret alamayacak ise de; 5510 sayılı Kanun kapsamında, Kanununun 18.maddesinde belirtilen şartların varlığı halinde, sigortalı kadın çalışanın 5510 sayılı Kanununun m.17'ye göre hesaplanan günlük kazancının yarısı, ayakta tedavilerde ise üçte ikisi oranında belirlenecek tutarda geçici iş göremezlik ödeneğini alabilecektir. Ancak, çalışanın ücreti İşK. m.49/4 kapsamında maktu aylık olarak belirlenmiş ise, SGK tarafından çalışana ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık ücrete tamamlanması, aradaki farkın işveren tarafından ödenmesi gerekmektedir⁹³. Nitekim İşK m.48/2'de " Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir." şeklindeki hükmünde bu çıkarımı desteklediği söylenebilecektir. Burada, "aylık maktu

⁹¹ SENYEN KAPLAN, s.224; ARSLAN ERTÜRK s.359; YİĞİT/ TOPKAYA, s.49.

⁹² SÜZEK, İş Hukuku, s.503.

⁹³ EKONOMİ, Münir, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması" (Feshe Karşı Koruma), *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009/3, s.31.

ücret" kavramını "aylık ücret" kavramından ayırmak gerekir. "Aylık ücret", işçinin çalıştığı veya çalışmış sayıldığı gün ve saatlerin hesaplanması suretiyle ayda bir defa ödenen ücrettir⁹⁴. Bu ücret türünde, işçinin çalışmadığı süreler için ücret ödenmesi söz konusu olmamaktadır. "Aylık maktu ücret" ise, hastalık, izin veya diğer başkaca mazeretler sebebiyle işçinin işine devam edememesi durumlarından bağımsız olarak işçiye her ay ödenen ücret türüdür. Eğer, işçi ile işveren arasında "maktu aylık ücret" yönünde bir anlaşma var ise, işçinin devamsızlık halinde dahi kararlaştırılan ücretin ödenmesi gerekmektedir. Bu açıklamalarımız ışığında, doğum ve gebelik durumunda da, işvereni ile anlaşması "maktu aylık ücret" olan kadın işçinin SGK'dan aldığı tutar aylık ücretine işvereni tarafından tamamlanacaktır. "Aylık ücret" ile çalışan kadın işçinin ise çalışmadığı süreler için ücrete hak kazanması söz konusu olmayacaktır.

Analık izninin, iş sözleşmesine bir diğer etkisi, iş sözleşmesinin sona ereceği zaman, ihbar süresinin ve kıdem tazminatına esas sürenin hesabında analık izninde geçirilen sürelerin de dikkate alınacak olmasıdır. Bu durum, Yargıtay'ın 2007 tarihinde vermiş olduğu ve İşK. m.74'ün pratiği bakımından uygulamaya ışık tutan bir kararında da⁹⁵ net bir şekilde ifade edilmiştir.

Yargıtay, bu sonuca ulaşırken, gerek 4857 sayılı İşK. m.25/I-a maddesinde yer alan kural uyarınca, doğum ve gebeliğe dayanan devamsızlık süresinin işverenin derhal fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekirken, önelli fesihte dikkate alınmamasının çelişki oluşturacağı ve gerekse de "Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan Süreler" başlıklı İşK. m.55/b bendinde, kadın işçilerin m.74 gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları sürelerin yıllık ücretli izin hakkı hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlemesi gerekçelerine dayanmaktadır. Öğretide, bildirim sürelerinin belirlenmesinde esas alınan İşK. 17.maddesindeki "*işi altı aydan az sürmüş olan işçi için...iş ilişkisi*" şeklindeki ibare doğrultusunda iş sözleşmesi devam ettiği sürece, fiilen çalışıp çalışmamanın bir önemi olmadığından, doğrudan m.17 doğrultusunda da analık izninde geçirilen sürenin ihbar süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁶. Kanaatimizce ise; gebelik ve doğum nedeniyle koruyucu hükümler

⁹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.364.

⁹⁵ Yarg. 9. H.D. , 17.9.2007, E. 2007/29103, K. 2007/26743, www.kazanci.com, E.T: 01.07.2019.

⁹⁶ EKONOMİ, "Feshe Karşı Koruma", s.23.

doğrultusunda, yasal imkân olarak tanınan izin sürelerinin, bildirim süresinin ya da kıdem tazminatı hesabına esas sürenin belirlenmesinde dikkate alınmaması, İşK. m.5'e aykırılık teşkil edeceğinden, analık izni süresinde geçen sürelerin de, bildirim süresinin ve kıdem tazminatının hesaplanmasına esas teşkil edecek sürenin belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir.

Analık izninin, iş sözleşmesine diğer bir etkisi ise, iş sözleşmesi askıda kalan kadın işçinin, izin sürecinde veya işe başladığında çalışma şartlarının iyileştirilmesinden yararlanma hakkına sahip olmasıdır. Ancak, belirtilmelidir ki; Türk Hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durum, yukarıda bahsedilmiş olan 92/85/EEC sayılı AB Yönergesi⁹⁷ ile hukukumuzun uyumlu olmaması bakımından eleştirilmektedir⁹⁸. Ancak, Yargıtay, yukarıda belirtilen kararında, AB normunu dayanak alarak kadın çalışanın doğum izninde iken yapılan ücret artışlarından ve daha geniş kapsamda ücret artışlarından faydalandırılması gerektiğini, aksi yönde bir uygulamanın cinsiyet ve doğum yönünden bir ayırım teşkil edeceğini belirtmektedir. Nitekim İşK. m.5/5 hükmünde "*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulaması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*" şeklindeki hükmün de böyle bir uygulamayı zorunlu kıldığı ifade edilmektedir⁹⁹.

Analık halinin iş sözleşmesine etkisi kapsamında yine, kadın işçilerin, analık izni dönüşünde eski işine yahut eski işine eşdeğer başka bir işe başlaması gerektiğinin de belirtilmesi gerekir. Yukarıda belirtilen Yargıtay kararına konu olayda; analık izninden dönen kadın işçi, analık iznine ayrılmadan önce "yönetici" pozisyonunda çalışmakta iken, analık izninden döndükten sonra, işveren tarafından kullanılan izin süresinin uzun olmasından ötürü söz konusu kadın işçinin yerine yeni bir yönetici atanması sebebiyle yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar "takım üyeliği" görevine geçici olarak nakledilmiştir. Kadın işçi ise, bu görevlendirmeyi kabul etmediğini işverene bildirmiştir.

⁹⁷ bkz: s.22-23

⁹⁸ İŞTAR CENGİZ, URHANOĞLU, , "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", *Kamu-İş Dergisi*, C:10, S:4/2009, s.32.

⁹⁹ EKONOMİ, "*Feshe Karşı Koruma*", s.31.

Yargıtay, söz konusu uyuşmazlıkta, 2006/54/EC Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'ne ve 4857 sayılı İşK. 5.maddesine atıf yapmış ve *“kadın işçinin doğum iznini kullanmasından ötürü ortaya çıkan işgücü açığının, yeni bir işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmak yahut işyeri personelinden birisinin geçici olarak görevlendirilmek suretiyle doldurulabileceği gerekçesiyle, yasal doğum iznini kullanan kadın işçinin aleyhine olacak şekilde yapılan uygulamanın kadın işçileri koruyucu hükümlere ters düşeceğine”* kanaat getirmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarımızla birlikte, 4857 sayılı İşK. m.74/1 hükmüne, 29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı yasayla eklenen hükümle, doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü halinde, doğum sonrası kullanılmayan sürelerin babaya kullanılacağı ve aynı zamanda üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz haftalık analık izninin kullanılacağı düzenlemeleri getirilmiştir. Ancak, öğretide bir görüş uyarınca¹⁰⁰, söz konusu bu düzenlemeler diğer yasalardaki olası yansımaların düşünülmemiş olması bakımından eleştirilmektedir. Evlat edinen işçinin sadece beş gün ücretli izin hakkına sahip olması ve analık izninin beş günü dışında analık sigortasının maddi yardımından yararlandırılmasının öngörülmemiş olması nedeniyle bu işçilere gelir güvencesi tanınmamış olacak ve bu durum da evlat edinenin analık izninden yararlanma olanağını fiilen imkansız hale getirecektir.

Gerçekten de SSGSSK 4/I(a) ve (b) bentlerine tabi sigortalılar için analık halinin özellikleri; *“sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin, 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 veya engellilik halleri”* olarak tanımlanması, evlat edinen kişiler açısından gebelik durumu söz konusu olamayacağı için bu yorumun yapılmasına elverişlidir. Bununla birlikte farklı bir görüş ise¹⁰¹, 6663 sayılı Kanunla İşK. m.74'e eklenen hükmün, SSGSSK'nun 18/1-c hükmüyle birlikte yorumu sonucunda üç yaşını

¹⁰⁰ CENTEL, Tankut, "6663 Sayılı Yasayla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.35, İstanbul, 2016, s.9, Çevrimiçi, www.mess.org.tr. , E.T: 29.6.2018.

¹⁰¹ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s.453 vd.

doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın sigortalıya da çocuğun fiilen kadına veya ailesine teslim edildiği tarihten başlayarak sekiz haftalık bir süre için geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰².

Kanaatimizce, burada bir kanun boşluğu meydana gelmiştir. Nitekim 4857 sayılı İşK. m.74'e 6663 sayılı Kanunla eklenen hükmün ruhu evlat edinenleri korumak ve evlat edinmeye teşvikte bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin amacının da AB normlarına uyum sağlamak olduğu düşünüldüğünde, SSGSSK. uyarınca evlat edinenlere parasal yardım öngörülmemiş olmasının, ikinci görüş uyarınca, 6663 sayılı Kanunla İşK. m.74/1 hükmüne eklenen hüküm ve SSGSSK. m.18/I-c maddesi ile birlikte yorumuyla doldurulması daha isabetli olacaktır.

Son olarak, yukarıda SSGSSK. uyarınca analık hali, "*sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin...*" gebeliğinin başladığı tarihten doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan rahatsızlık ve engellilik halleri" olarak tanımlanmış olsa da, SSGSSK m.18 uyarınca, geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanılmasının ön koşulu 5510 sayılı Kanunun 4/I, (a) ve (b), 1, 2, 4 anlamında sigortalı olmaktır.

2. Yarım Çalışma İzni

4857 sayılı İşK. m.74'ün ikinci fıkrasına 6663 sayılı Kanun ile "*Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.*" hükmü getirilmiştir.

¹⁰² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.445.

Yarım çalışma izni ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, öğretide bir görüş uyarınca¹⁰³, söz konusu izin hakkının "kısmi süreli çalışma izni" olarak da nitelendirilmiş olduğunu ifade etmek gerekir. Söz konusu görüşe göre, yarım çalışma izni ile tam anlamıyla haftalık çalışma süresi olan 45 saatlik sürenin yarısı olan 22,5 saatlik süre kastedilmemektedir. Ancak, kanaatimizce, maddede İşK. 63.maddesine yapılan atıf ve de özellikle "kısmi süreli çalışma izni" gibi bir ifadenin İşK. m.13/5'te yer alan "kısmi süreli çalışma" kavramıyla karıştırılma olasılığı nedeniyle yarım çalışma izninin, "kısmi süreli çalışma izni" şeklinde nitelendirilmesi pek isabetli değildir.

Doğum ve lohusalık döneminin kadın çalışan üzerinde yaratmış olduğu etkiler, bebeğin doğumundan sonra anne-bebek ilişkisinin sağlıklı şekilde kurulması, bebeğin bakımı ve gelişimi için annenin onunla özel olarak ilgilenmesi gerekliliği¹⁰⁴ gibi sebeplerden ötürü, kanun koyucu sadece doğumdan önce ve sonraki sekizer haftalık -çoğul doğumda doğumdan önce on haftalık- analık izni ile yetinmemiş ve yeni bir hak olarak, çalışan kadın işçiye yahut üç yaşından küçük çocuğu evlat edinen kadın ve erkek işçilere yarım çalışma izni talep etme hakkını getirmiştir. Kanaatimizce, evlat edinme hali dışında, yarım çalışma izni hakkının erkek işçilere de sağlanmamış olması, istihdamda fırsat eşitliği bakımından bir eksiklik yaratmaktadır. Zira m.74/2 hükmünün lafzından dahi, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi sadece kadının bir görevi gibi bir anlam çıkmaktadır ki, bu husus kadın ve erkek eşitliğine de aykırı bir durumdur.

Yarım çalışma izni kavramının detaylarına geçmeden önce, kanaatimizce, kanun koyucunun söz konusu düzenlemeyi ifade ediş şeklinin sorunlu olduğunu belirtmekte fayda vardır. Kanun metnine göre, yarım çalışma izni verilecek süreler "doğum sayısı" kriterine göre belirlenmektedir. Oysaki söz konusu hak, doğum yapmamış olan, ancak evlat edinmiş kadın veya erkek işçilere de tanınmaktadır. Dolayısıyla, üç yaşından küçük bir çocuğu ilk defa evlat edinen kadın veya erkek işçinin doğum yapmamış olması durumunda hangi süre ile yarım çalışma iznini kullanabileceği sorusu akla gelebilecektir. Bu sorunun ortaya çıkması kanun koyucunun yukarıda bahsetmiş olduğumuz şekilde hükmü, eksik ifade etmesinden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, evlat edinen işçiler

¹⁰³ **EKONOMİ**, Münir, "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", *Legal İSGHD*, 2017, S:53, s.28. (Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma).

¹⁰⁴ **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT**, s.746.

bakımından, kanunda getirilen "birinci doğum", "ikinci doğum" gibi kriterlerin evlat edinilen bakımından, "evlat edinilen birinci çocuk", "evlat edinilen ikinci çocuk" olarak yorumlanması yasanın öngörmüş olduğu amaca en yakın yorum olacaktır.

Kanun koyucunun hükmü ifade ediş şeklindeki bir başka sorun ise İşK. m.74/2'de yer alan "...evlat edinen kadın veya erkek işçiler" şeklindeki ibaredir. Söz konusu ibare, birlikte evlat edinen eşlerin ücretsiz yarım çalışma izni hakkı olmayacağı yorumunun doğmasına sebep olabilecektir. Diğer yandan, İşK. m.74/1'de ise "üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene" şeklinde ibare kullanılmıştır. Belirtilmiş olan bu ibareler arasındaki anlatım farklılığının herhangi bir sebebe dayanmakta olduğundan bahsetmek güçtür¹⁰⁵. Dolayısıyla, m.74/1 ve m.74/2'de belirtilen ifadeyi, birlikte evlat edinen eşlerden herhangi birinin de yarım çalışma izni hakkından faydalanabileceği şeklinde kabul etmek gerekir. Öğretide bir görüşe göre¹⁰⁶ hükmün ifadesindeki anlam güçlüğü ise, getirilen yeni düzenlemenin ücretsiz izin olmayıp; işçinin gelirinin yarım çalışma ödeneğiyle takviye edildiği bir izin türü olmasıdır. İşK. 74.maddesinde daha önceden düzenlenmiş olan altı aylık ücretsiz izin hakkı ile yarım çalışma izni hakkının birbirine ek olarak mı yoksa birbirinin alternatifi olarak mı düzenlenmek istendiğinin yoruma açık olması nedeniyle her iki izin hakkının "ücretsiz izin" adı altında düzenlenmiş olması yerinde olmamıştır.

Yarım çalışma iznini düzenleyen 74.maddenin ikinci fıkrasında kanun koyucu çocuğun engelli doğması durumunda üç yüz altmış gün süre ile yarım çalışma izni verileceğini düzenlemiştir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, "Analık İzni Veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik" ("Yönetmelik") m.6 uyarınca izin süresinin üç yüz altmış gün uygulanabilmesi için çocuğun engelli doğmuş olduğunun doktor raporu ile belgelendirilmesi gerekmektedir. Maddenin birinci fıkrasında ise, çoğul doğumlarda yarım çalışma izni sürelerinin otuzar gün arttırılacağı öngörülmüştür. Bu durumda, çoğul engelli doğum halinde yarım çalışma ödeneği süresine otuzar gün daha eklenip eklenmeyeceği yönünde bir soru akla gelebilecektir. Öğretide¹⁰⁷, otuz günlük artırım hükmünün engelli çocukları kapsayacak şekilde düzenlenmediği ve kanun

¹⁰⁵ UĞUR / YİĞİT, s.87; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.32.

¹⁰⁶ CENTEL, s.12.

¹⁰⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.749.

koyucunun uzun bir süre boyunca işçiye izin verilmesini öngördüğü için bu durumda ayrıca bir artırım olasılığı düzenlemek istemediği isabetli şekilde ifade edilmektedir.

Tüm bu açıklamalarımızdan sonra, İşK. m.74 hükmünde de görüleceği üzere, kanun koyucu, yarım çalışma izni hakkının kullanılmasını belirli şartlara bağlamış olduğundan aşağıda bu şartlara değinilecektir.

a. Yarım çalışma iznine hak kazanmak için gerekli şartlar

aa) Yarım çalışma izninin kullanılabilmesi için öncelikle, doğum yapan kadın işçinin ya da üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışması gerekmektedir.

Yarım çalışma izni esnasında, bu haktan faydalanan işçilere öngörülen ödeneğin süresinin (4447 sayılı Kanun, ek m.5) İşK. m.63'te belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olması sebebiyle, bu haktan tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin faydalanabileceği söylenebilecektir¹⁰⁸. Zira doktrinde¹⁰⁹, kısmi süreli çalışan işçilerin, tam süreli çalışan işçilere göre çalışma saatlerinin önemli ölçüde az olması karşısında, bir de bu işçilerin kısmi süreli çalışma süresinin yarısı kadar bir zamanı çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacına ayırmasının, hükmün amacına uygun düşmeyeceği ifade edilmektedir.

ab) Yarım çalışma izni hakkından faydalanılabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, çocuğun hayatta olması ve bu iznin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla kullanılmasıdır¹¹⁰. Ücretsiz izin kullanıldığı süre içinde, çocuk vefat ederse ölüm ile birlikte izin de sona erecektir. Nitekim aynı şekilde, doğum yapan kadın işçinin veya üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın ya da erkek işçinin ölümü halinde de yarım çalışma izni hakkı son bulur. İşK. m.74/1 hükmünde, ananın ölümü halinde kullanılmayan izin sürelerinde babaya tanınan hak, ücretsiz izin halini de kapsayacak şekilde genişletilmemiştir.

¹⁰⁸ UĞUR / YİĞİT, s.86.

¹⁰⁹ EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.28.

¹¹⁰ ARSLAN ERTÜRK, s.360; YİĞİT/ TOPKAYA, s.60; UĞUR / YİĞİT, s.86; TUAÇ, s.210; BAYTEKİN, s.93

ac) Yukarıda belirtilen koşullara ek olarak, yarım çalışma izni hakkından faydalanılabilmesi için, İşK. m.74/1'de öngörülmüş olan analık izninin kullanılmış olması ve işçinin talepte bulunması gerekmektedir. İşK m.74/1'de öngörülmüş olan izin niteliği gereği, verilmesi zorunlu olan bir izindir. İşK. m.74/2'de yeni getirilen yarım çalışma izni hakkı, kanunda belirtilmiş olan, "işçilerin istekleri halinde" ifadesi ile ve aynı zamanda iznin niteliğinin "ücretsiz izin" niteliğini haiz olmasıyla paralel olarak, ilgili işçinin istekte bulunmasına bağlıdır. Öğretide bir görüş uyarınca¹¹¹, ücretsiz yarım çalışma izni talebi yazılı olarak işverene iletilmelidir. Ancak, kanaatimizce, söz konusu talebin işverene yazılı olarak iletilmesini bir geçerlilik şartı olarak değil, ispat şartı olarak görmek daha isabetli olacaktır.

ad) Nihayet, ücretsiz yarım çalışma izninden faydalanabilmek için, altı aylık ücretsiz izin hakkının tercih edilmemiş olması da gerekmektedir. Nitekim İşK. m.13'e dayanılarak çıkarılan Yönetmelik m.8'de, "6 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin" şeklinde belirtilen hükümdeki "veya" ibaresi uyarınca, analık izni bitiminden itibaren ya yarım çalışma izni hakkının ya da altı aylık ücretsiz izin hakkının kullanılabilmesi şeklinde bir seçimlik hakkın bulunmakta olduğunun kabulü gerekir¹¹².

Bu noktada ücretsiz yarım çalışma izni hakkı ile altı aylık ücretsiz izin hakkının birbirinin alternatif mi olduğu yoksa birbirini tamamlayıcı nitelikte mi olduğu yönünde farklı görüşler mevcuttur. Öğretide bir görüşe göre¹¹³, yarım çalışma iznini kullanan işçi, bakiye kalan süre için ise ücretsiz izin hakkını kullanabilecektir. Örneğin, ilk doğumda altmış günlük süre boyunca yarım çalışma iznini kullanan kadın işçi, kalan dört aylık sürede de ücretsiz izin hakkını kullanabilecektir. Diğer bir başka görüşe göre ise¹¹⁴, kadın işçinin analık izninin bitiminden sonra, yarım çalışma iznini kullanarak çalışmaya başlaması ve daha sonrasında ücretsiz izin için çalışmaya ara vermesi hayatın olağan akışına aykırı

¹¹¹ OCAK, Saim, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi* 2017, S.37, s.206.

¹¹² aynı yönde görüş için bkz: ÇALIŞKAN, s.84.

¹¹³ OCAK, s.193; KÖSEOĞLU, s.109

¹¹⁴ UĞUR / UĞUR, s.671.

olacağından öncelikle altı aylık ücretsiz izin kullanılması akabinde yarım çalışma izni kullanılması yönünde düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.

Kanaatimizce, yukarıda da belirtildiği üzere, İşK. m.13'e dayanılarak çıkarılan Yönetmelik m.8'de, "6 ıncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz iznin" şeklinde belirtilen hükümdeki "veya" ibaresi uyarınca iki izinden birinin seçilerek kullanılabilmesine işaret etmektedir. Ancak, bu sonucun yasal dayanağının da İşK. m.74'te yer alması gerektiğini ve bu yönde bir düzenleme yapılmamış olmasının da bir eksiklik olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, Kanun'da düzenlenmemiş bir hususun Yönetmelikte düzenlenmiş olması normlar hiyerarşisine de aykırılık teşkil edecektir.

b. Yarım çalışma izninin iş ilişkisine etkisi

Yarım çalışma iznine hak kazanan işçinin, izin süresinin belirlenmesi ve uygulanma şekli ilk olarak değinilmesi gereken bir husustur. İşK. m.74/2'de belirtilen "haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin" ibaresi, İşK. m.63'e göre belirlenecek haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Diğer yandan, öğretide bir görüşe göre¹¹⁵, hükümde belirtilen "yarısı kadar" ifadesi mutlak anlamda sayısal tam yarısı olarak değil, çalışılan işin düzenine göre esnekleştirilebilecek bir anlam taşımaktadır. Aksi bir görüşe göre ise, yarım çalışma izninin yarım çalışma ödeneği ile bağlantısı göz önünde bulundurulduğunda, yarım çalışma izni süresinin haftalık çalışma süresinin sayısal anlamda yarısı olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹¹⁶. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir.

Yarım çalışma izninin ne şekilde kullanılacağı bakımından ise, farklı görüşler bulunmakla birlikte; öğretide ağırlıklı görüş, söz konusu iznin maddede gün olarak öngörülen sürelerin yarısında çalışmamak, yarısında ise tam gün çalışmak suretiyle birleştirilerek kullanılamayacağı yönündedir¹¹⁷. Öğretide bir başka görüşe göre¹¹⁸, kanun koyucu izin hakkını haftanın yarısı kadar çalışma, diğer yarısını da izinli sayılma

¹¹⁵ EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.35; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.749.

¹¹⁶ KÖSEOĞLU, s.107.

¹¹⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.749, TUAÇ, s.211.

¹¹⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.749, ÇALIŞKAN, s.81.

biçiminde düzenlemiş olduğundan; örnek olarak yüz yirmi günlük sürenin ilk altmış günü izinli, kalan altmış günü ise çalışmak suretiyle geçirilemeyecek olmakla birlikte; haftanın belirli günlerinde çalışmamak belirli günlerinde ise tam çalışmak biçiminde düzenleme yapılabilecektir. Ancak, kanaatimizce de daha isabetli olan bir başka görüşe göre de¹¹⁹, haftanın belli günleri tam çalışılarak bu iznin kullanılamayacağı ve bu iznin her gün kullanılmasının hükmün düzenlenme amacına daha uygun düşeceğini belirtildiğini ifade etmek gerekir. Zira kanun koyucu bu iznin şartlarından biri olarak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacını öngörmüştür ki; yeni doğmuş bir çocuğun sadece haftanın belli günleri değil haftanın her günü ebeveynine ihtiyaç duyacağı da bir gerçektir. Nitekim İşK. m.74/2 hükmünün sonuna getirilen "*Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.*" şeklindeki düzenleme de son görüşü destekler niteliktedir. Süt izni niteliği itibarıyla her gün kullanılması gereken bir izin olduğundan, ücretsiz yarım çalışma iznini kullanan kadın işçinin süt izni hakkından faydalanamayacağı yönündeki düzenleme, yarım çalışma izninin günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışma ve yarısı kadar da izin kullanma olarak anlaşılması gerektiğini işaret etmektedir. Zira aksi yöndeki görüşlerin kabulü, kadının tam gün çalıştığı süre içerisinde süt iznine hak kazanıp kazanmayacağı yönünde bir tartışma da doğurabilecektir.

Yarım çalışma izni kapsamında işçi, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olan zaman diliminde çalışmasını gerçekleştireceğinden işçinin ücretsiz izin kullandığı dönemler için işverenin ücret ödeme borcu söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, işçi, sadece asıl ücreti bakımından değil, ücrete ilişkin olan ikramiye gibi ek ödemeleri de çalıştığı süreye oranla talep edebilecektir. Ancak, işçilere sosyal yardım niteliğinde uygulanan sosyal yardımlar tam karşılığı olacak şekilde sağlanmalıdır¹²⁰.

Yarım çalışma izni ile ilgili ortaya çıkabilecek bir sorun ise yarım çalışma izninin kullanıldığı sürelerin yıllık izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabına dâhil edilip edilmeyeceğidir. Öğretide¹²¹, söz konusu sürenin de yıllık ücretli iznin hesabına

¹¹⁹ KÖSEOĞLU, s.107.

¹²⁰ EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.37.

¹²¹ DEĞER ERMUMCU, Senem, "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı 2017, s.2015.

katılacağı savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, İşK. m.55'te yıllık iznin hesabında çalışılmış gibi sayılan süreler içerisinde İşK. m.74'te belirtilen izin sürelerinin de yer alması nedeniyle, yarım çalışma izninde geçen süreler yıllık iznin hesabına dâhil edilecektir. Nitekim söz konusu görüşe göre, altı aylık ücretsiz iznin yıllık iznin hesabına dâhil edilmeyeceği açık bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasına karşın, yarım çalışma izni bakımından bu yönde bir düzenleme getirilmemiştir.

Diğer yandan, kanaatimizce, yarım çalışma izni süresinin yıllık iznin hesabına dâhil edilmemesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, İşK. m.55 düzenlemesi İşK. m.74'e 6663 sayılı Yasayla eklenen hükümlerden önce yer almakta olan bir hükümdür. Nitekim İşK. m.55'te yer alan "*doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler*" şeklindeki ibareden kanun koyucunun doğumdan önce ve sonra kadın çalışanların çalışmayacakları sekiz haftalık süreyi kastetmek istediği anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle, m.55'teki "*doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler*" şeklindeki ibareyi işverenler tarafından verilmesi gerekli olan zorunlu izin olarak algılamak gerekli olup; yoksa talebe bağlı olan yarım çalışma izninin m.55 kapsamında olduğu şeklinde algılamamak gerekir. Bununla birlikte, yasa koyucunun altı aylık ücretsiz izin süresini yıllık izin hesabına dâhil etmezken, aynı ücretsiz izin niteliğine sahip yarım çalışma izninde geçen sürelerin yıllık izin hesabına dâhil etmesini amaçladığı sonucunu çıkarmak güçtür. En nihayetinde, İş Hukukunda, kural olarak, ücretsiz izinde geçen süreler yıllık izne hak kazanmaya esas sürenin hesabında dikkate alınmazken -ki İşK. m.74/6 hükmü ile dahi bu duruma istisna getirilmemiştir- ücretsiz yarım çalışma izninde ücretsiz olarak kullanılan izin süreleri de kanaatimizce yıllık izne hak kazanmaya esas sürenin hesabında dikkate alınmamalıdır. Tüm bu nedenlerden ötürü, kanaatimizce yarım çalışma izninde geçen izin süresinin yıllık izin hesabına dâhil edilmemesi gerekir.

Kadın işçinin, yarım çalışma iznini kullanma talebine işveren tarafından bir yanıt verilmemesi yahut olumsuz yanıt verilmesi durumunda, kadın işçinin kendi inisiyatifinde olarak söz konusu izni kullanmaya başlaması durumunda, işverenin bu nedenden ötürü devamsızlık yahut işyeri kurallarına aykırı davranma gibi nedenlere dayanarak yaptırım uygulayabilip uygulayamayacağı da bir tartışma konusu olabilecektir. Yarım çalışma izni hakkı işverenin onayına bağlı olmayan bir haktır. İşçi, talepte bulunduğu takdirde işveren,

işçinin söz konusu izin hakkını kullanmasına katlanmakla yükümlüdür¹²². Dolayısıyla, işveren, işçinin yarım çalışma izni hakkını kullanmasından ötürü oluşan devamsızlığında, herhangi bir yaptırım yoluna gidemeyecektir.

Yarım çalışma izninden faydalanan işçilerin ücret kaybına uğrayacağını öngören kanun koyucu, 6663 sayılı Kanun'un 20.maddesiyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa Ek Madde 5 olarak eklenen hükümlerle yarım çalışma ödeneği düzenlemesini getirmiştir. Düzenlemeye göre, 4857 sayılı İşK. m.74/2 uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenecektir. Verilecek bu ödeneğin süresi İşK. m.63'te belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olacaktır.

Kanun koyucu söz konusu ödenekten yararlanılabildiğini belirli şartlara bağlamıştır. İşçinin, yarım çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması¹²³, İşK. 63.maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılmış olması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hali izninin bittiği tarihten itibaren otuz gün içinde Kurum'a doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekmektedir¹²⁴. Nitekim mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre, doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılacaktır¹²⁵. Ödeneğin tutarı ise, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; İşK. m.74'te öngörülen ücretsiz yarım çalışma izni talebinin, yarım çalışma ödeneği ile bağlantısı ve kısmi süreli çalışma talebi açısından kıyas yoluyla bir ay önceden işverene iletilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶. Ancak, m.74/2 hükmünün lafzı ve amacı beraber değerlendirildiğinde de, ücretsiz yarım çalışma izni hakkının sınırlandırılmasının mümkün olabileceği anlamını çıkarmak da güç

¹²² Aynı yönde görüş için bkz. **BAYTEKİN**, s.93; **UĞUR / YİĞİT**, s.90

¹²³ **YUYUCU**, Ahmet Mahmut, "Türk İş Hukuku Çerçevesinde Kısmi Zamanlı Çalışmanın Uygulaması", *Emek ve Toplum Dergisi*, 2017, S.15, s.404; **ULUSOY**, s.761; **KÖSEOĞLU**, s.108; **BAYTEKİN**, s.92.

¹²⁴ **ULUSOY**, s.750; **UĞUR / YİĞİT**, s.89; **KÖSEOĞLU**, s.107; **TUAÇ**, s.227

¹²⁵ **KÖSEOĞLU**, s.106.

¹²⁶ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.748; **EKONOMİ**, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.32.

olacaktır. Nitekim yarım çalışma ödeneğini düzenleyen 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 5'te öngörülen otuz günlük süre hak düşürücü süre olmayıp, ödenek almaya hak kazanılan toplam sürenin azalmasına neden olabilecek bir başvuru süresidir¹²⁷. Bu bağlamda İş Kanunu m.74/2 ve aynı zamanda Yönetmelik m.6 uyarınca, yarım çalışma izni talebi, analık izninin bitiminden itibaren, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmeyecek şekilde herhangi bir zamanda işverene iletilebilmelidir.

Kanun koyucunun, İşK. 74.maddesine 6663 sayılı Kanun ile eklenen ikinci fıkraya getirmiş olduğu önemli bir düzenleme, yarım çalışma izni hakkını kullanan işçilerin aynı maddenin yedinci fıkrasında düzenlenen süt iznine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağıdır.

Ancak, belirtmek gerekir ki, süt izninin uygulanmaması sadece yarım çalışma izni sırasında olup, bu izin bittikten sonra çocuk bir yaşını tamamlayıncaya kadar süt izni kullanılabilir¹²⁸. Yeni doğan çocuğu emzirme ihtiyacının, çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi kapsamında değerlendirilmesine bir engel bulunmadığından kanaatimizce getirilen bu düzenleme isabetli bir düzenleme olmuştur.

Nihayet, İşK. m.74'te tanınan tüm izin hakları için geçerli olduğu üzere, maddenin son fıkrasına getirilen düzenleme uyarınca, yarım çalışma izni hakkı sadece İş Kanunu kapsamındaki işçiler için değil, hangi kanuna tabi olurlarsa olsunlar iş sözleşmesi ile çalışan tüm işçiler için de uygulama alanı bulmaktadır.

3. Altı Aya Kadar Ücretsiz İzin Hakkı

İşK. m.74/6 hükmü uyarınca, 6663 sayılı Kanundan önce de var olduğu üzere, “m.74/1 hükmünde öngörülen analık izni sürelerinin bitiminden itibaren kadın işçiye isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin” verileceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme muhafaza edilmekle beraber; 6663 sayılı Kanun'un 22.maddesiyle söz konusu fıkraya bir ekleme yapılmıştır. Yapılan eklemeye, bu iznin üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme halinde eşlerden birine veya evlat edinene de verileceği hüküm altına alınmıştır.

¹²⁷ KÖSEOĞLU, s.106.

¹²⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.749.

Söz konusu hükümde "ücretsiz izin verilir" ibaresi kullanılmış olduğuna göre, kadın işçinin talep etmesi halinde işverenin bu izni vermesi zorunludur. Burada işverene takdir yetkisi bırakılmamıştır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında¹²⁹, “doğum yapan kadın işçinin altı aylık ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçinin tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak ücretsiz doğum iznine ayrılabilceğine” hükmetmiştir. Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda ise, kadın işçiye, altı aylık ücretsiz izin verilmemesi iş sözleşmesinin feshinde haklı neden olarak kabul edilmiştir¹³⁰.

Fıkranın son cümlesinde yer alan "Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz." hükmü uyarınca, altı aylık ücretsiz izin süresi, yıllık izne hak kazanma süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır. Ayrıca, bu izin süresinin sadece, yıllık ücretli izne hak kazanma değil, kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında da dikkate alınmayacağını ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, söz konusu ücretsiz izin hakkının en fazla altı ay olarak belirlenmiş olması karşısında, kadın işçi dilerse altı aydan daha az bir süre izin hakkını kullanıp, çalışmasına geri dönebilir. Altı aylık izin süresinin kullanılmayan kısımlarının yıllık izne hak kazanma ve kıdem tazminatına esas sürenin hesaplanmasında dikkate alınacağı da şüphesizdir.

Yukarıda belirtilen hukuki sonuç dışında, kadın çalışanların altı aylık ücretsiz izin talebini kabul etmeyen işverenler için, İşK. m.104'te idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür. Hükme göre, 74.madde hükmüne aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekiline idari para cezası -bugün itibariyle 2.293 TL'dir- verilecektir.

4. Ücretli Periyodik Kontrol İzni ve Süt İzni

İşK. m.74/4 hükmünde kadın işçiye, iş sözleşmesinin devamı ve gebeliği esnasında, periyodik kontroller için ücretli izin verileceği düzenlenmiştir. Periyottan kastın ne olduğu konusunda Kanun veya Yönetmelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, söz konusu iznin uygulamada ayda bir kere olduğu kabul görmektedir. Yine de doktrinde, en

¹²⁹ Yarg. 9. HD. , 13.7.2009, E. 2008/36349, K. 2009/20734, www.sinerji.com, E.T: 5.7.2019.

¹³⁰ Yarg. 9. HD. , 26.9.2008, E. 2007/27521, K. 2008/25157, www.sinerji.com E.T: 5.7.2019.

sağlıklı belirlemenin doktor tarafından yapılması gerektiği savunulmaktadır¹³¹. Muayene sonrasında doktor tarafından çalışana "Hizmet Akdiyle Çalışanlar İçin Çalışabilir Kâğıdı" verilmektedir. Bu kâğıda, doktor tarafından periyodik muayene olduğunun belirtilmesi hem işverenin hem de işçinin suiistimalini önlemek ve uygulamanın doğru yapılması bakımından faydalı olacaktır.

Diğer yandan, İşK. m.74/4 hükmünün, 92/85/EEC sayılı Direktifle de uyumlu olduğu söylenebilecektir. Direktif'e göre hamile kadın işçiler iş saatlerinde doğum kontrolleri için ücretlerinde kesinti olmaksızın izin kullanabileceklerdir¹³². Belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı İşK. kapsamında bu yönde bir hüküm bulunmamaktaydı. 4857 sayılı İşK. m.74'te bu hükme yer verilmiş olması, mevzuatımızın Direktif ile bu açıdan uyumlu hale getirilmiş olduğunu göstermektedir.

İşK. m.74'te kadın işçiye tanınmış bir başka izin hakkı ise "emzirme izni" diğer adıyla "süt izni"dir. İşK. m.74/7 hükmüne göre, "*Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır*". Düzenlemeye göre, kadın işçiler, doğum izni sona erdikten sonra işlerine geri döndüklerinde, çalışma süreleri içinde günde toplam bir buçuk saat bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için süt izni hakkından faydalanabileceklerdir. Bir buçuk saatlik süreyi hangi saatler arasında kullanacağına ise kadın işçinin kendisi karar verecektir. Bu noktada, çalışmamız kapsamında yer almamakla birlikte, DMK m.104/D bendinde emzirme izni bakımından öngörölmüş farklı bir düzenlemeye değinmek yerinde olacaktır. DMK. m.104/D hükmü uyarınca, kadın memurlara doğumdan sonraki ilk altı ay günde 3 saat ikinci altı ay günde 1,5 saat süt izni verilmesi gerekmektedir. Bu yöndeki bir düzenlemenin, DMK'na tabi veya İşK.'na tabi çalışanlar arasında bir ayrımcılığa neden olduğu aşikardır.

Uygulamada, süt izni bakımından tartışma yaratan bir konu, kadın işçiler ile işverenlerin süt iznini toplu kullanma yönünde anlaşmak suretiyle, bu iznin toplu olarak kullanılıp

¹³¹ **ULUSOY**, Tülay, "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", "*Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/2, s.749.

¹³² **BOLCAN**, s.269.

kullanılmayacağıdır. Kadın işçiler ile işverenler arasında yapılan anlaşma uyarınca, kadın işçi haftanın dört günü tam süreli olarak çalışmakta ve haftanın bir günü ise süt izin hakkını toplu kullanarak izin yapmaktadır. Nitekim işyerlerinin konumu dolayısıyla kadın işçinin eve ve bebeğine ulaşımının zor olması ve kadın işçi için bu durumun bir zorluk teşkil ediyor olması bu uygulamaya gerekçe teşkil edebilmektedir. Ancak bu uygulamanın -her ne kadar süt izninin toplu kullanılmayacağına ilişkin bir hüküm de mevzuatımızda bulunmasa da- mevzuatımızda yer almaması sebebiyle yasal bir dayanağının olduğu söylenemeyecektir. Bu şekilde bir uygulamanın, süt izni hükmünün öngördüğü amaca uygun olmadığı da doktrinde savunulmaktadır¹³³. Zira bir yaşından küçük bir çocuğun emzirilme ihtiyacının düzenli olarak karşılanması gerekmektedir. Dolayısıyla da, süt izninin her gün düzenli olarak kullanılması gerekir. Nitekim, Yargıtay 9. HD. konu ile ilgili vermiş olduğu kararında¹³⁴, "*İşçi süt iznini toplamak suretiyle toplu kullanma talebinde bulunamaz. Süt izni yasadan kaynaklanan bir mazeret iznidir ve yasal haktır. Kural olarak da ücrete tabidir. Ancak ertelenmeme özelliği vardır ve sonradan kullanılmaz.*" şeklindeki tespitiyle süt izninin toplu kullanılmayacağına hükmetmiştir. Kanaatimizce de, İşK.'nin da söz konusu hükümlerle öngördüğü amacın bir yaşından küçük çocuğun korunması ve emzirme izninin amacının da kadın işçiden ziyade bebeğin haklarının korunması olduğundan, Yargıtay'ın, söz konusu izin hakkının toplu kullanılmayacağı yönündeki kararı isabetlidir. Bu açıklamalarımızla beraber, doktrinde de isabetli şekilde belirtildiği üzere¹³⁵, bir buçuk saatlik sürenin, özellikle büyük şehirlerdeki ulaşım zorluklarından yeterli olamayacağından ötürü, yeniden düzenlenmesi gerektiğini belirtmekte de fayda bulunmaktadır.

Kadın işçinin söz konusu izin hakkını hangi saatler arasında kullanacağına karar verme hakkını suiistimal etmemesi gerekir. Özellikle, günümüzde büyük şehirlerdeki ulaşım zorlukları da göz önünde bulundurulduğunda kadın işçinin, çalışma saatlerinin ortasında süt iznini kullanmak istemesi çeşitli zorluklar yaşanmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla, kadın işçinin, süt izni hakkını ya sabah kullanarak işyerine bir buçuk saat geç gelme yahut işyeri mesai saati bitiminden bir buçuk saat önce işyerinden ayrılma

¹³³ Aynı yönde görüş için bkz: **ARSLAN ERTÜRK**, s.362; **TAŞKENT/ KURT**, s.42; **ULUSOY**, s.749; **KÖSEÖĞLU**, s.111, **ÇALIŞKAN**, s.98, **ŞAHLANAN**, Fevzi, "Doğum Yapan Kadın İşçiye Süt İzni Verilmemesi", *Tekstil İşveren Dergisi*, S.433, Kasım-Aralık 2017, s.3

¹³⁴ Yarg. 9. HD, 27.04.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, www.sinerji.com, E.T: 5.7.2019.

¹³⁵ **ERTÜRK**, s.362.

şeklinde kullanması en hakkaniyetli çözüm olacaktır. Süt izninin kullanım zamanının belirlenmesinde doğabilecek sorunların önüne geçilmesi amacıyla öğretide, süt izni verilmesi yerine belirli sayıda kadın çalışan şartı aranmaksızın (150 kadın çalışan şartı), tüm işyerlerinde, kadın çalışanların 0-2 yaş arasındaki çocukları için özel kreş ve emzirme odaları kurulması ve kadın çalışanlara günün belli saatlerinde bu odalarda çocuğunu emzirebilme imkânı tanınabileceği de savunulmaktadır¹³⁶.

Süt izni konusu ile ilgili tartışmalı olan bir başka nokta ise, işverenin, kadın işçiye süt iznini kullandırmamasının yaptırımının ne olacağıdır. Özellikle, süt izni kullandırılmayan kadın işçi, söz konusu süreye ilişkin ücretini talep edebilecek midir? Yargıtay, 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında¹³⁷, “*süt izni verilmemesinin yaptırımının İş Kanunu 104.maddesinde belirtilmiş olduğu ve işçiye süt izni verilmemesi durumunda ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmemiş olmasından ötürü ilave ücret ödenmesi talebinin kabul edilmemesi*” gerektiğine hükmetmiştir. Kanaatimizce söz konusu kararın gerekçesi isabetli değildir. Zira, İşK. 74.maddesinde, süt izni için kullanılacak sürelerin günlük çalışma süresinden sayılmakta olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla, izin hakkına sahip olunan sürede çalışılması durumunda bu süreye ilişkin ücretin fazla sürelerle çalışma/fazla çalışma olarak ödenmesi İş Hukuku'nun en temel ilkesidir. Nitekim Yargıtay, 2016 tarihli vermiş olduğu kararında, “*süt izni verilmesi hususunun işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmayıp, süt izninin kullandırılmaması durumunda bu sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılarak söz konusu ücretin ödenmesinin Anayasa'nın m.50/2 hükmüne ve de 4857 sayılı Kanun'un ruhuna daha uygun olacağına*” hükmetmiştir¹³⁸.

Son olarak süt izni ile ilgili akla gelebilecek bir başka soru, çoğul doğum halinde süt izni süresinin artıp artmayacağıdır. Öğretide bir görüşe göre¹³⁹, bir buçuk saatlik süre içerisinde kadın işçinin çocuklarını emzirmesine herhangi bir engel olmadığından bu halde de süt izni toplam bir buçuk saatlik süreyi geçmemelidir. Nitekim İşK. m.74 hükmünde de “*çocuklarını*” ibaresi kullanılmış olmasının bu görüşü destekleyeceği söylenebilecek ise de, kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. İşK. bir yaşından küçük

¹³⁶ YEMİŞKEN, s.124.

¹³⁷ Yarg. 9. HD. , 01.05.2007, E. 2007/4893, K. 2007/13796, www.sinerji.com, E.T: 5.7.2019.

¹³⁸ Yarg. 22. HD. , 13.06.2016, E. 2015/12878, K. 2016/17527, www.sinerji.com, E.T: 5.7.2019.

¹³⁹ TAŞKENT, KURT, s.42.

çocuğun anne sütüne ihtiyacı sebebiyle bir buçuk saatlik izin öngörmüş bulunmaktadır. Kuşkusuz ki, bir tane çocuğun emzirilmesi için gereken izin süresi ile birden fazla çocuğun emzirilmesi için gereken izin süresinin aynı olması beklenemeyecektir. Dolayısıyla, bu noktada lafzi yorumdan ziyade, Kanun'un ruhuna uygun yorum yapılmak suretiyle, birden fazla çocuk olması durumunda verilmesi gerekli süt izni süresinin bir buçuk saatten fazla olması gerektiği, Kanun'un ruhuna daha uygun düşeceği kanaatindeyiz.

B. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı

1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Tanımı

İşK.'nın m.13/1 hükmüne göre, kısmi süreli iş sözleşmesi, “*işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda yapılmış olan sözleşme*” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁰. Hükme göre, bir çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak değerlendirilmesinde temel alınacak ölçüt haftalık çalışma süresinin, tam süreli çalışan işçiye oranla “*önemli ölçüde*” az olmasıdır¹⁴¹. “Önemli ölçüde” az olma kavramından anlaşılması gereken ise; maddenin gerekçesinde, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6.maddesi ve de Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere¹⁴², tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışmadır. Bu durumda genel olarak haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu düşünüldüğünde, diğer bir deyişle iş yerinde haftalık 45 saat tam süreli çalışma yapılıyor ise, o işyerinde 30 saate kadar yapılacak çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak nitelendirilebilecektir¹⁴³.

2. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı

¹⁴⁰ SENYEN KAPLAN, Bireysel İş Hukuku, s.74; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.190; SÜZEK, İş Hukuku, s.268.

¹⁴¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.82; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.191; SÜZEK, İş Hukuku, s.268.

¹⁴² Yarg. 22. HD. E. 2016/3925 , K. 2019/747, www.sinerji.com, Yarg 22. HD. E. 2015/16104, K. 2015/20001, www.sinerji.com, E.T: 6.7.2019

¹⁴³ YUYUCU, s.400; ULUSOY, s.754.

İş sözleşmesi devam ederken analık halinin korunması ile ilgili olarak İşK. m.74'te daha önceden var olan ve de 2016 yılında yürürlüğe giren 6663 sayılı Kanunla yeni getirilmiş izin haklarına yukarıda detaylarıyla değinilmiştir. 6663 sayılı Kanun ile İşK. m.13/5 hükmüne getirilen yeni bir başka düzenleme ile İşK. m.74'te belirtilen izinlerin bitiminden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı ayı takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden birisinin kısmi süreli çalışabileceği öngörülmüştür. Maddenin altıncı fıkrasında "*beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi süreli çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle*" belirleneceği belirtilmiştir.

Söz konusu Yönetmeliğin ne zaman yahut ne kadar süre içerisinde çıkarılacağına yasa da belirtilmemiş olması karşısında, uygulamada uzun bir süre boşluk yaşanmış ve nihayetinde "Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik" 08.11.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak¹⁴⁴ yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik, İşK. m.13/5 hükmü düzenlemelerini tekrarlamakla birlikte konunun detaylarını da belirleyen önemli düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte, Yönetmelik, İşK. m.13/5 hükmünde yer almayan bazı düzenlemeler de içermektedir. Bu nedenle, İşK.'nin 13.maddesine 6663 sayılı yasayla eklenen 5.fıkrada yasal düzenleme olarak yer almayan hususların Yönetmelik hükümleriyle düzenlenmiş olması, Yönetmelik hükümlerinin dayanağı olan yasa hükmüne aykırı olamayacağı veya yasal düzenlemede yer almayan bir hususu düzenleyemeyeceği gerekçesiyle birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Aşağıda tüm bu düzenlemelere ve tartışmalara detaylarıyla değinilecektir.

¹⁴⁴ RG. 08.11.2016, S.29882

3. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Bulunma Şartları

a. İşK. m.74'te ki izin sürelerinin bitimi

İşK. m.13/5 hükmünün ilk cümlesine göre *"Bu Kanununun 74.maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir"*. Söz konusu cümle uyarınca, kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmek için, İşK. m.74'te öngörülmüş olan izinlerin sona ermesi gerektiği belirtilmiştir.

İşK. m.13/5 hükmüne dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin 8.maddesi ise İşK. 74.maddesinde öngörülen izinlerin sıralamasını açıklamaktadır. Yönetmeliğin 8.maddesine göre *"İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ıncı maddede belirtilen ücretsiz iznin veya 7 inci maddede belirtilen ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir"*.

Yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda, kısmi süreli çalışma yapılabilmesi için gerekli önemli şartlardan biri, analık izninin tamamlanmış olmasıdır. Zira söz konusu hüküm emredici bir hüküm olup, doğumdan önce ve sonra 8 hafta süreyle -çoğul doğum halinde doğumdan önceki süreye iki haftalık süre eklenerek- bu iznin kullanılması esastır. Söz konusu iznin kullanılması kural olarak işçinin talebine bağlı olmayıp, işveren tarafından kullanılması gerekir. Dolayısıyla da, analık izni süresince bir çalışma söz konusu olamayacağından, kısmi süreli çalışmaya ancak -en erken olarak- analık izninin bitiminden itibaren başlanabilecektir¹⁴⁵.

Diğer yandan, yukarıda detaylarıyla değinildiği üzere, İşK. 74.maddede ve de Yönetmeliğin 6. ve 7.maddelerinde öngörülmüş olan "ücretsiz yarım çalışma izni" hakkı ve "altı aylık ücretsiz izin" hakkı, analık izninin bitiminden itibaren seçimlik olarak kullanılacak haklardır. Analık izninin bitiminden itibaren, söz konusu izin hakları kullanılmazlarsa sonradan bu izinlerin kullanılması söz konusu olmaz.

¹⁴⁵ ARSLAN/ERTÜRK, s.361; YİĞİT/ TOPKAYA, s.57; UĞUR / YİĞİT, s.82; KÖSEOĞLU, s.115; BAYTEKİN, s.113; EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.46; ERMUMCU, s.2003.

Hal böyle olunca, İşK. m.13/5 hükmünün ilk cümlesindeki "*Bu Kanunun 74.maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra*" şeklindeki ifadeyi, analık izninin bitiminden sonra başvurulabilecek "ücretsiz yarım çalışma izni" hakkını veya "altı aylık ücretsiz izin" hakkını da kullandıktan sonra başvurulabilecek anlamında değerlendirmemek gerekir. Pek tabii, ebeveynlerden herhangi birisi, analık izninin bitiminden sonra, altı aylık ücretsiz izin hakkı veya ücretsiz yarım çalışma izni hakkını talep etmeden kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecektir¹⁴⁶. Hatta kısmi süreli çalışma talebi, Yönetmeliğin m.8/2 hükmünde de belirtilmiş olduğu üzere, altı aylık ücretsiz izin hakkı kullanılırken bu izin süresi kesilerek de kullanılabilir.

Dolayısıyla, işçi, Yönetmeliğin 5. 6. ve 7.maddelerinde öngörülmüş olan izin sürelerinin bitiminden itibaren, ya hemen ya da çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı ayı takip eden aybaşına kadar kısmi süreli çalışma yapabilecektir.

b. En az 1 ay önceden yazılı bildirim şartı

İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.8/3 hükümleri uyarınca, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçi, bu yöndeki talebini, kısmi süreli çalışmaya başlamadan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirmelidir¹⁴⁷. Öğretide, işverenin kendisine yazılı bildirim yapıldıktan sonra, işyerinde gerekli organizasyonu yapabilmesi adına bir aylık süre verilmesinin isabetli olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁸. Hükümlerde belirtilmiş olan "bir aylık" sürenin, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, İşK. m.13/5 ve de Yönetmeliğin diğer hükümleriyle beraber değerlendirilmesi gerekecektir. Zira kısmi süreli çalışmaya, ancak İşK. m.74'te belirtilmiş olan izin sürelerinin sona ermesinden sonra geçilebilecektir.

Bu düzenlemeler uyarınca, eğer işçi İşK. m.74'te belirtilen izin sürelerinin bitiminden hemen sonra kısmi süreli çalışmaya başlamak isterse, izin sürelerinin bitiminden bir ay önce işverene yazılı olarak bildirimde bulunması gerekmektedir.

¹⁴⁶ Aynı yönde görüş için bkz: **KÖSEOĞLU**, s.116; **EKONOMİ**, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.46; **TUAÇ**, s.238.

¹⁴⁷ **ULUSOY**, s.755; **UĞUR / YİĞİT**, s.94; **KÖSEOĞLU**, s.115; **OCAK**, s.64; **BAYTEKİN**, s.109; **EKONOMİ**, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.51; **YUYUCU**, s.405; **ERMUMCU**, s.2004.

¹⁴⁸ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.205.

Ayrıca, hükümlerde belirtilmiş olan "yazılı" olarak bildirim yükümlülüğünü bir geçerlilik şartı olmaktan ziyade bir ispat şartı olarak görmek yerinde olacaktır. Nitekim gerek İşK. m.13/5 hükmü gerekse de Yönetmelik hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, önemli olan hususun işçinin kısmi süreli çalışma yönündeki iradesinin işverenin bilgisi dâhiline sunulmuş olmasının olduğu sonucunun çıkarılması mevzuatın lafzına daha uygun bir sonuç olacaktır.

c. Diğer eşin çalışıyor olması şartı

İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.10 hükümleri ile getirilen düzenlemeler uyarınca, ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi için, diğer eşin de çalışıyor olması gerekmektedir¹⁴⁹. Öğretide, maddede kullanılan "eş" deyiminin resmi nikâhli eşi ifade ettiği ve de işçinin resmi nikahlı olmadığı ve birlikte yaşadığı kişinin çalışıp çalışmamasının önem arz etmediği ifade edilmiştir¹⁵⁰.

Yönetmeliğin 10.maddesi, birçok tartışmanın ve sorunların doğmasına neden olabilecek şekilde düzenlenmiştir. Maddeye getirilecek ilk eleştiri; maddenin başlığı her ne kadar "*Kısmi Süreli Çalışma Talebinin Şartları*" olsa da, aslında, m.10 kısmi süreli çalışma talebinin şartlarından sadece birini ve bu durumun istisnalarını düzenlemektedir. Nitekim İşK. m.13/5 hükmünde de belirtilmiş olan kısmi süreli çalışma talebinin diğer şartları Yönetmeliğin 8. ve 9.maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Yönetmeliğin 10.maddesinin kısmi süreli çalışma talebinin şartlarından sadece birini düzenlemesi karşısında, sanki tüm şartların bu madde altında belirtilmiş olduğu gibi bir başlık kanaatimizce isabetli olmamıştır¹⁵¹.

Yönetmeliğin 10.maddesinin yaratabileceği diğer tartışmalar ise, m.10/I-a,b,c bentlerinde belirtilen istisnalar ile m.10/II hükmünün beraber değerlendirilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla öncelikle bu istisnalara değinmek gerekir. Yönetmelik m.10/I fıkrasında, kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmek için, diğer eşin de çalışıyor

¹⁴⁹ ULUSOY, s.756; ARSLAN ERTÜRK, s.361; YİĞİT/TOPKAYA, s.57; UĞUR/YİĞİT, s.92; KÖSEOĞLU, s.114; OCAK, s.58; TUAC, s.213; BAYTEKİN, s.110; EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.50; YUYUCU, s.405; ERMUMCU, s.2005; ÖZDEMİR, Cumhuriyet, "Kadın İşçiye Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Verilecek Kısmi Çalışma İzninin Şartları Belirlendi", *"Mali Çözüm Dergisi"*, Kasım-Aralık 2016, s.238.

¹⁵⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.203.

¹⁵¹ OSKAY, s.110.

olması gerektiği ana kuralına yer verildikten sonra, (a), (b), ve (c) bentleri şeklinde, diğer eşin çalışıyor olması şartının istisnalarına yer verilmiştir.

M.10/I'e göre:

- *Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,*

- *Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi halinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması*

- *Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi*

durumlarında, kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmek için, diğer eşin çalışıyor olma şartı aranmamaktadır. Yönetmelik m.10/II ile getirilen " *Birinci fıkra kapsamındaki kısmi süreli çalışma talebi şartları, sadece başvuru sırasında aranır. Bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam eder.*" şeklindeki düzenleme ile birinci fıkraya atıf yapılarak, birinci fıkrada belirtilmiş olan şartların sadece başvuru esnasında aranacağı belirtilmiştir.

Yönetmelik m.10/II düzenlemesi ile ilgili akla gelebilecek ilk tartışma, maddenin birinci fıkraya yapmış olduğu atıftır. Zira m.10/I kısmi süreli çalışma şartlarından eşin de çalışıyor olma şartı ana kuralını ve bu kuralın istisnalarını düzenlemektedir. İkinci fıkra ise, birinci fıkraya atıf yapmış olduğundan, hem " diğer eşin çalışıyor olma" şartının hem de bu şartın istisnalarının sadece başvuru esnasında aranıp aranmayacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Yönetmelik m.10/II düzenlemesi karşısında, öğretide¹⁵², hem kural hem de istisnalar bakımından birinci fıkrada belirtilmiş olan şartın sadece başvuru sırasında aranacağı belirtilmekle birlikte; söz konusu hükümlerin Yönetmelik yerine Kanunda ve de daha net bir şekilde düzenlenmesinin yerinde olacağı savunulmaktadır. Kanaatimizce m.10/II hükmünde belirtilmiş olan kısmi süreli çalışma şartlarının sadece başvuru sırasında aranacağına ilişkin düzenleme sadece "diğer eşin çalışıyor olması" koşuluna ilişkin ana kural ile ilgilidir. Bu doğrultuda, başvuru esnasında ebeveynlerden birisi

¹⁵² OCAK, s.59.

çalışırken, daha sonra çalışmıyor hale gelirse, kısmi süreli çalışma hakkı diğer ebeveyn açısından devam edecektir. Ancak, m.10/II, m.10/T'de belirtilen ana kural ile ilgili olduğundan, istisnalar açısından m.10/II, m.10/T'den bağımsız düşünülmelidir. Diğer bir deyişle, m.10/II hükmü, m.10/T'de belirtilen istisnaları kapsamamalıdır. Zira aksi şekilde düşünüldüğünde, velayeti kendisine verilen eşlerden biri daha sonra velayeti kaybetse dahi kısmi süreli çalışmaya devam edebilecektir. Yahut eşlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren hastalığının düzelmesi durumunda da, diğer eş kısmi süreli çalışmaya devam edebilecektir. Söz konusu m.10/II hükmünün düzenleniş şeklinden bu sonucun amaçlanmadığının çıkarılması hükmün ruhuna daha uygun olacaktır.

Yönetmelik m.10/I hükmünde diğer eşin de çalışıyor olması şartından bahsedildiğine göre, "çalışma" kavramından ne kastedilmek istendiğine de değinmek gerekir. Maddenin düzenleniş şeklinden "çalışma" kavramına ilişkin olarak ilk bakışta bağımlı çalışmadan söz edildiği gibi bir anlam ortaya çıkabilecektir¹⁵³. Nitekim çalışma kavramının sadece bağımlı olarak çalışmalarını mı içerdiği yoksa bağımsız çalışanların da bu kapsama gireceği İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.10 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre¹⁵⁴, kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilmesi için, diğer eşin İşK. kapsamında yahut diğer başkaca kanunlar kapsamında yahut bağımsız çalışıyor olmasında bir engel bulunmamaktadır. Ancak, yine öğretide¹⁵⁵, kanaatimce de isabetli şekilde, çalışmanın en azından ekonomik bir değerinin bulunması gerektiği; yoksa evinde ihtiyaçlarını karşılamak için sebze vs. yetiştiren kişinin çalışmasının bu kapsama dâhil edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Analık izinleri sonrası kısmi süreli çalışma talebinde bulunma şartlarıyla ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce, önemle belirtilmesi gerekir ki, İşK. m.13/5 kapsamında kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep eden işçi İşK. kapsamında çalışıyor olmalıdır. Zira İşK. m.13/5'te belirtilmiş olan kısmi süreli çalışma hakkı İşK. m.74'te olduğu üzere diğer kanunlar kapsamında çalışan işçilere tanınmamıştır.

Son olarak, kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilme şartlarının çok yüzeysel ve de toplumun tüm kesimindeki işçi ve işverenlerin düşünülmeden hazırlanmış olduğunu

¹⁵³ OCAK, s.62.

¹⁵⁴ OCAK, s.62; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.50.

¹⁵⁵ OCAK, s.62.

söylemek de yanlış olmayacaktır. Örnek olarak, Alman Hukuku'nda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmek için, işyerinde en az on beş işçinin bulunması ve işçinin de en az altı aylık kıdeminin bulunması gerekmektedir¹⁵⁶. Oysaki, İşK. m.13/5 hükmüne göre ise, kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmek için işyerinin büyüklüğü veya işçinin kıdemi önem taşımamaktadır. Kuşkusuz ki bu durum, küçük ölçekli işyerleri için sorunların yaşanmasına neden olabilecektir.

4. Analık İzinleri Sonrası Kısmi Süreli Çalışma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler

a. Kısmi süreli çalışma yapılabilecek zaman aralığı

İşK. m.13/5 hükmünde, kısmi süreli çalışma talebinin iletilebileceği zaman sınırı, çocuğun mecburi ilköğretim çağıının başladığı ayı takip eden ay olarak belirtilmiştir. Mecburi ilköğretim çağı, İlköğretim ve Eğitim Kanunu¹⁵⁷ 3.maddesinde ve Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Kurumları Yönetmeliği¹⁵⁸ 15.maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu hükümlere göre, mecburi ilköğretim çağı "*çocuğun 60 ayını yahut belli başlı bazı şartların mevcudiyeti altında 72 ayını tamamlaması*" ile başlar.

Bununla birlikte, İşK. m.13/5 hükmündeki "*çocuğun mecburi ilköğretim çağıının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.*" ibaresi de tartışmaya neden olabilecek bir ifadedir. Nitekim hüküm lafzıyla beraber değerlendirildiğinde, çocuğun mecburi ilköğretim çağıının başladığı ayı takip eden aybaşına kadar ebeveynlerden birisinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği anlaşılabilmektedir. Bu şekilde bir yorum yapıldığında ise ebeveynlerden birisinin ilerleyen dönemlerde sınırsız olarak kısmi süreli çalışabileceği değerlendirilmesi yapılması olasıdır. Oysaki hükmün amacının bu olmadığı söylenebilecektir. Tasarının¹⁵⁹ gerekçesinde de ifade edilmiş olduğu üzere, kısmi süreli çalışma çocuğun mecburi ilköğretim çağıının başladığı ayı takip eden aybaşına kadar yapılabilecektir¹⁶⁰. Dolayısıyla, İşK. m.13/5'teki "*mecburi ilköğretim çağıının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar (...) kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir*"

¹⁵⁶ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.204.

¹⁵⁷ RG. 12.01.1961, S:10705.

¹⁵⁸ RG. 26.07.2014, S: 29072.

¹⁵⁹ <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0517.pdf>. E.T: 6.7.2019.

¹⁶⁰ OCAK, s.63.

ifadesini, söz konusu zamana kadar kısmi süreli çalışma gerçekleştirilebileceği olarak anlamak gerekir.

b. Talepte Bulunma Süresi

İşK. m.13/5 hükmü ve m.74 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kısmi süreli çalışma talebinin, m.74'teki izin sürelerinin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı ayı takip eden aybaşına kadar hangi sürede iletilebileceği ise mevzuatta belirtilmemiştir. Bu durum, özellikle, kısmi süreli çalışmaya geçmek için, talebin en geç 1 ay içinde işverence karşılanma şartının aranması koşuluyla birlikte değerlendirildiğinde uygulamada sorunlar yaşanmasına neden olabilecektir. Zira, İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.8/1 hükümlerine göre, kısmi süreli çalışma talebinin çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı ayı takip eden aybaşına kadar yapılabileceği yönündeki hükmün, kısmi süreli çalışmanın bu tarihe kadar yapılabileceği şeklinde anlaşılması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Dolayısıyla, örnek olarak, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı ayı takip eden aybaşından bir ay önce kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçinin fiilen kısmi süreli çalışma hakkından faydalanması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, öğretime, bir aylık süre de göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun mecburi ilköğretim çağı başlamadan çok önce bu başvurunun yapılmış olması gerektiği isabetli bir şekilde savunulmaktadır¹⁶¹.

Bu nedenle, kısmi süreli çalışma hakkından faydalanabilmek için, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı zamandan çok önce bu talebin işverene bildirilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Kanaatimizce, İşK. m.13/5 hükmü ve m.74 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kısmi süreli çalışma talebinde bulunmak için m.74'te ki izin sürelerinin sona ermesinden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başlamasına kısa süre kala bu talepte bulunmasına mahal vermeyecek bir düzenleme yapılması gereklidir. Nitekim böyle bir sınır belirlenmesi; hem işverenlerin yönetim kapsamında daha net olmasını sağlayacak, hem de işçilerin madde ile getirilen hakkı suiistimal etmesini engelleyebilecektir. Aksi

¹⁶¹ OCAK, s.65.

takdirde, yukarıda detaylarıyla izah etmiş olduğum sebeplerden ötürü uygulamada sorunlar yaşanması kuvvetle muhtemel olacaktır.

c. İşçinin kısmi süreli çalışma talebinin işverence karşılanması ve talebin geçerli nedenle fesih sebebi olamaması

İşK. m.13/5 hükmüne getirilen düzenleme ile işçinin, kısmi süreli çalışma talebinin işveren tarafından karşılanmak zorunda olduğu ve geçerli nedenle fesih teşkil etmeyeceği belirtilmiştir¹⁶². Hükme göre, *"Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz."* Yine, Yönetmelik m.11/1 hükmüne göre de, *"Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır"*.

Düzenlemeler doğrultusunda ilk dikkat çeken husus, işçinin usulüne uygun kısmi süreli çalışma talebinde bulunması halinde, işverenin kabul ya da ret yönünde bir takdir hakkı bulunmadığıdır. Zira, Yönetmelik m.11/II'de yer alan *"İşveren; işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirir."* şeklindeki hüküm de yukarıdaki çıkarımı desteklemektedir.

Diğer yandan, Yönetmeliğin 12.maddesinde kısmi süreli çalışma yapılabilmesinin işverenin uygun bulması halinde söz konusu olabileceği işler belirtilmiştir. Buna göre, kural olarak, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunması halinde işverenin uygun görüp görmeme yönünde takdir hakkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, istisnai hallerde işverenin talebi uygun görmesi de kısmi süreli çalışma yapılabilmesi için gereklidir. Bundan ötürü, işçinin kısmi süreli çalışma talebine karşı, işverenin cevabını ve verilebilecek cevaplar doğrultusunda işçilerin sahip olabileceği haklarını da değerlendirmekte fayda bulunmaktadır.

¹⁶² ULUSOY, s.756; ARSLAN ERTÜRK, s.361; KÖSEOĞLU, s.117; BAYTEKİN, s.109; GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1286; EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.49; GELERİ, Mehmet Fatih, "İşveren, İşçinin Yarı Zamanlı ve Kısmi Süreli Çalışma İsteğini Reddedebilir mi ?", *Yaklaşım Dergisi*, 2017, s.228.

Ancak, söz konusu haklardan önce, yeri gelmişken, Yönetmelik m.12'de belirtilmiş olan, kısmi süreli çalışmanın işverenin uygun bulması halinde gerçekleştirilebileceği işlere değinmekte yarar bulunmaktadır. Yönetmelik m.12'ye göre:

- *Özel Sağlık Kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,*
- *Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,*
- *İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde*

kısmi süreli çalışma gerçekleştirilebilmesi işverenin uygun bulmasına bağlıdır.

Diğer yandan, Yönetmeliğin 13.maddesi ile m.12'de belirtilen işverenin uygun bulması halinde kısmi süreli çalışma yapılabilecek işlere de bir istisna getirilmiştir. M.13'e göre, toplu iş sözleşmelerinde, Yönetmelik m.12'ye bağlı olmadan, İşK. m.13/5 kapsamında kısmi süreli çalışma gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Mevzuatta belirlenmiş olan sosyal haklardan fazlasının işçi lehine olmak üzere toplu iş sözleşmeleriyle belirlenebilmesi mümkün olduğundan¹⁶³, kısmi süreli çalışabilme hakkının da toplu iş sözleşmeleri ile bu sınırlamanın dışında bırakılabileceği söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Yönetmeliğin m.11/II hükmü uyarınca işverenin, işçiye talebin karşılandığını yazılı olarak bildirmesi gerekmele birlikte, işverenin, talebe cevap vermemesi yahut olumsuz cevap vermesi de söz konusu olabilecektir. İşverenin, kısmi süreli çalışma talebine cevap vermemesi durumunda ne olacağı Yönetmeliğin m.11/III hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre "*İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi halinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır*". Söz konusu hüküm doğrultusunda; işçinin, kısmi süreli çalışma talebine işverenin cevap vermemesi durumunda, kısmi süreli çalışma talebi işçinin belirtmiş olduğu tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde

¹⁶³ ERMUMCU, s.2010.

yürürlüğe girecektir¹⁶⁴. Hemen belirtmek gerekir ki, hükümdeki "*işçinin belirtmiş olduğu tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş günü*" şeklindeki ifadeyi, hükümde açıkça belirtilmemesine karşın, işçinin talepte bulunduğu tarihten itibaren en geç 1 ay sonraki bir tarih olarak anlamak gerekir. Zira, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçebilmesi için bu yöndeki talebini kısmi süreli çalışmaya başlamadan en erken 1 ay önce işverene yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte; işverenin, işçinin kısmi süreli çalışma talebine olumsuz cevap vermesi ise mevzuatta düzenlenmemiştir. Böyle bir ihtimalde ise, öğretide, kanaatimizce de isabetli şekilde belirtilmiş olduğu üzere, işverenin olumsuz cevap vermesinin bir önemi olmayacaktır¹⁶⁵. Zira işçinin kısmi süreli çalışma talebine, olumsuz cevap verilmesi - Yönetmelik m.12'de belirtilen istisnalar hariç- mümkün değildir. İşçinin, usulüne uygun bir kısmi süreli çalışma talebinde bulunması durumunda, işveren bu talebi kabul etmez ise; işçi, talebinde belirtmiş olduğu tarihte kısmi süreli çalışmaya başlayabilecektir. Öğretide, haklı olarak ifade edildiği üzere, böyle bir anlaşmazlık durumunda iş düzeni sekteye uğrayabilecektir¹⁶⁶. Bu şekilde bir anlaşmazlık durumunda, doktrinde, işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânına sahip olabileceği belirtilmiştir¹⁶⁷. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkânına ek olarak, iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmek istemeyen işçiler bakımından da, mevzuatımızda koruyucu bir hüküm getirilmiş ve de bu talebin, yukarıda da bahsedildiği üzere, geçerli nedenle fesih teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. İşK. m.13/5'te ve de Yönetmelik m.11/IV hükmünde kısmi süreli çalışma talebinin geçerli nedenle fesih sebebi olamayacağı belirtilmiş olduğundan, bu sebeple iş sözleşmesi sona erdirilen iş güvencesi kapsamındaki işçi işe iade davası açabilecektir. Doktrinde, iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin ise kötü niyet tazminatı talep edebilecekleri ifade edilmektedir¹⁶⁸.

Kanaatimize göre, İşK. m.13/5-2 hükmündeki kısmi süreli çalışma talebinin geçerli nedenle fesih teşkil etmeyeceği yönündeki hüküm ihtiyaç duyulan bir düzenleme

¹⁶⁴ YUYUCU, s.405; KÖSEOĞLU, s.117; ULUSOY, s.756; YİĞİT/ TOPKAYA, s.90; EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.56; ERMUMCU, s.2007.

¹⁶⁵ ULUSOY, s.756; OCAK, s.73.

¹⁶⁶ ULUSOY, s.756.

¹⁶⁷ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.206.

¹⁶⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.202; SÜZEK, İş Hukuku, s.269; KÖSEOĞLU, s.117

değildir¹⁶⁹. Bunun birinci sebebi İşK. m.18'de doğum ve hamileliğin özellikle geçerli nedenle fesih sebebi teşkil etmeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır. İkinci sebep ise, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği hallerin İşK. m.18'de belirtilmiş olmasıdır¹⁷⁰. İşK. m.18'e göre, işveren, ancak işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere dayanmak suretiyle işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilecektir¹⁷¹. Ayrıca, sadece söz konusu sebeplerin var olması yeterli olmayıp; işveren tarafından "fesihte son çare olma" ilkesine de uyulması gerekecektir. Kısmi süreli çalışma talep hakkı ise, İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.8'de düzenlenerek mevzuatımızda yerini almıştır. Ayrıca, yine Yönetmelik m.11'de işveren tarafından işçinin talebinin karşılanmasının zaruri olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, işçinin yasal hakkını kullanmak istemesi, pek tabii olarak, İşK. m.18 kapsamında geçerli nedenle fesih sebebi teşkil etmeyecektir¹⁷². Bu nedenle, görüşümüze göre, İşK.m.13/5 hükmüne, kısmi süreli çalışma talebinin "geçerli nedenle fesih" teşkil etmeyeceği düzenlemesi getirilmemiş olsaydı da, İşK. diğer hükümleri uyarınca, işçi, iş güvencesi hükümlerinden faydalanabileceğinden, bir eksiklik söz konusu olmayacaktı¹⁷³.

Bu açıklamalarımızla birlikte, kanaatimizce, İşK. m.13/5 hükmünün işçiyi feshe karşı koruma bakımından yeterli düzeyde olduğunu söyleyebilmek güçtür. İşK. m.13/5 çerçevesinde kısmi süreli çalışma talebi işveren tarafından kabul edilmeyen işçi, yukarıda bahsedilmiş olduğu üzere iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkânı neticesinde en az bir yıllık çalışmasının bulunması şartıyla kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Buna ek olarak, öğretide, işçinin İşK. m.26/2 uyarınca uygun bir tazminat talep edebileceği de savunulmaktadır¹⁷⁴. Ancak, böyle bir durumda işçi, ihbar tazminatına hak kazanamayacak, işe iade davası açamayacak ve de işe iade davasının mali sonuçlarından yararlanamayacaktır. Bu durum, kuşkusuz ki, işçinin aleyhine olacaktır. Nitekim işçinin kısmi süreli çalışma talebi işveren tarafından kabul edilmeyerek, işçinin feshe zorlanması

¹⁶⁹ **OSKAY**, Barlas, "Analık İzni, Ücretsiz İzni ve Yarım Süreli Çalışmaya Eleştirel Bakış", *"Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"*, C:12, S:155-156, Temmuz-Ağustos 2017, s.106.

¹⁷⁰ **OSKAY**, s.106.

¹⁷¹ **SÜZEK**, İş Hukuku, s.566, **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.488, **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.192.

¹⁷² **OSKAY**, s.106.

¹⁷³ Aynı yönde görüş için bkz: **OCAK**, s.73.

¹⁷⁴ **ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT**, s.206.

da söz konusu olabilecektir. Bu noktada, kanaatimizce, eğer işçi tarafından usulüne uygun bir kısmi süreli çalışma talebi bulunmasına karşın, işveren tarafından işçinin kısmi süreli çalışması engelleniyor ise, bu durumun işveren tarafından yapılmış bir eylemli fesih olarak değerlendirilmesi ve işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması sonucuna ulaşmak hükmün ruhu uyarınca daha isabetli olacaktır.

Son olarak, ebeveynlerden birisinin kısmi süreli çalışma talebinin kabul edilmemesi durumunun İşK. kapsamında idari para cezası yaptırımını olmaması da öğretide¹⁷⁵, haklı olarak eleştirilmektedir. Nitekim özellikle büyük şirketler ve de güçlü kuruluşların geçersiz nedenle feshin mali sonuçlarını tolere edebildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda¹⁷⁶, mali sonuçlardan ziyade, işvereni bu şekilde davranmaktan alıkoyacak, idari para cezası uygulaması öngörülmesinin daha caydırıcı olabileceği kuşkusuzdur.

d. Tam süreli çalışmaya geri dönme hakkı

İşK. m.13/5 uyarınca kısmi süreli çalışma kapsamında, ebeveynlere getirilmiş olan bir diğer hak, aynı çocuk için bir daha kısmi süreli çalışma hakkından faydalanmamak üzere, tam süreli çalışmaya dönebilme imkânıdır¹⁷⁷. Bu durum İşK. m.13/5'te ve de Yönetmelik m.14/1'de "*Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere, tam zamanlı çalışmaya dönebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Kısmi süreliden tam süreli çalışmaya geçen ebeveyn, aynı çocuk için bir daha kısmi süreli çalışmaya geçemeyecek olmakla birlikte, başka bir çocuk olması veya evlat edinmesi durumunda yeniden tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

Diğer yandan söz konusu hüküm ile ilgili tartışılabilir bir başka nokta ise; "*kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, (...), tam zamanlı çalışmaya dönebilir.*" şeklindeki ifade

¹⁷⁵ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.206; Ekonomi'ye göre ise; konunun özel hukuk alanını ilgilendirmesi sebebiyle, İşK. m.13/5 hükmüne aykırılık sebebiyle idari para cezası getirilmemesi isabetlidir. EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.59.

¹⁷⁶ OSKAY, s.113.

¹⁷⁷ ARSLAN ERTÜRK, s.361; UĞUR/YİĞİT, s.95; KÖSEOĞLU, s.117; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.207; TUAÇ, s.214; BAYTEKİN, s.110; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.55; ERMUMCU, s.2011.

doğrultusunda, kısmi süreli çalışan işçinin, tam süreli çalışmaya geçmek istemesi durumunda işverenin bunu kabul etmek zorunda olup olmadığıdır. Nitekim hükmün sonunda "*dönebilir*" ibaresi yer aldığından, bu durum, işçinin talebinin kabulünün, işverenin takdirinde olduğu yorumunu doğurabilecektir. Doktrinde bu konudaki ağırlıklı görüş ise¹⁷⁸, işverenin herhangi bir takdir hakkı olmadığı ve tam süreli kısmi süreliye geçişte olduğu gibi, kısmi süreli tam süreli çalışmaya geçişte de takdir hakkının işçide olduğu yönündedir. Kanaatimizce de, doktrindeki ağırlıklı görüş isabetlidir. Zira kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin, bu hakkını kullanması onun konumunu zayıflatmamalı ve kanundan doğan bir hakkını kullanması aleyhine bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır. Diğer bir deyişle, işveren, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin bu haktan (aynı çocuk için) faydalanabileceği zamanın üst sınırını bildiğinden, işçinin de tekrar dilediği zaman tam süreli çalışmaya dönebileceğinin farkında olmalıdır.

Bunlarla birlikte, yeri gelmişken belirtilmesi gerekir ki, İşK. m.13/5'te işçinin, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşı geçmesine karşın, tam süreli çalışmaya dönmemesi karşısında, yaptırımın ne olacağı da öngörülmemiştir. Pek tabii, m.13/5'te belirtilen sürenin sona ermesinden sonra, işçi kısmi süreli çalışmaya devam etmeyi talep edebilir ve işveren de bu talebi kabul edebilir. Böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine dönmüş olacaktır. Ancak, işveren, işçinin, sürenin sona ermesi nedeniyle, tam süreli çalışmaya dönmesini talep eder ve işçi kabul etmez ise, bu durumda nasıl bir yol izleneceği mevzuatta belli değildir. Öğretide, bu konuda işçinin takdir hakkı bulunmadığı ve işverenin bu yöndeki talebini kabul etmek zorunda olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹. Diğer bir başka görüş uyarınca ise, İşK. m.13/5 hükmü uyarınca, sürenin sona ermesiyle beraber kısmi süreli çalışma kendiliğinden sona erecektir¹⁸⁰. Kanaatimizce birinci görüş daha isabetlidir. Nitekim işçinin kısmi süreli çalışmaya devam etmesi ve de işverenin de bu konuda sessiz kalması durumunda kısmi süreli çalışma kendiliğinden sona ermeyecek ve uygulanmaya devam edecektir. Bu noktada getirilmiş olan süre sınırlamasının yukarıda belirtilen birinci görüş doğrultusunda işverenin, işçinin

¹⁷⁸ OCAK, s.87; KÖSEOĞLU, s.117; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.46.

¹⁷⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.207-208.

¹⁸⁰ EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.54.

tam süreli çalışmaya geçmesini talep etmesi halinde, işçinin bu talebe uymak zorunda olduğu şeklinde yorumlanması gerekir.

Kısmi süreli çalışmanın üst sınırı, işçinin çocuğunun mecburi ilköğretim çağının başladığı ayı takip eden aybaşı olarak belirlenmiştir. Bu süreden sonra işçinin, işverenin talebi veya uyarısına karşın tam süreli çalışmaya dönmemesi durumunda, işverenin talimatlarına uymama durumu söz konusu olacaktır. İşveren böyle bir durumda İşK. m.25/II çerçevesinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirebilmelidir.

e. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan diğer işçinin durumu

İşK. m.13/5'te kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan diğer başka işçinin durumu ile çok tartışmalı bir düzenleme getirilmiştir. İşK. m.13/5 ve de Yönetmelik m.14/3 hükmünde "*Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam süreli çalışmaya başlaması halinde yerine alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer.*" ifadesine yer verilmiştir.

Söz konusu düzenleme birçok tartışmayı gündeme getirmiş ve de doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Hükümde yer alan "*kendiliğinden sona erer*" ibaresi, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı tartışmasını doğurmuştur. Zira bu hususa göre, söz konusu işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinde iş güvencesi hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı yahut kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı gibi konular önem kazanmaktadır.

Doktrinde bir görüş uyarınca, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan işçinin (ikame işçi) iş sözleşmesinin belirli süreli olmasından bahsedilemeyecektir¹⁸¹. Bu görüşe göre, ikame işçinin iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceği belli değildir. İşK. m.11 kapsamında, sözleşmenin belirli süreli olabilmesi için sürenin bilinebilir ve öngörülebilir olması gerektiği ifade edilmiş olduğundan bu sözleşmeler belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Ayrıca, bu görüş uyarınca, ikame işçinin iş sözleşmesinin azami süreli olduğundan bahsetmek de güçtür. Zira Kanunda, kısmi süreli çalışmanın ne zaman sona ereceği ve ne zaman tam zamanlı çalışmaya döneceği konusunda bir hüküm

¹⁸¹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.207.

de bulunmamaktadır. Farklı görüş uyarınca¹⁸²; bir sözleşmenin belirli süreli olarak nitelendirilebilmesi için belli bir vadenin varlığının yeterli olması ve kesin bir sürenin belirlenmesine gerek olmaması nedeniyle, ikame işçinin iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu görüşe göre, ayrıca, İşK. m.13/5 kapsamında kısmi süreli çalışmaya geçilmesi İşK. m.11 uyarınca esaslı ve objektif neden teşkil edecektir. Dolayısıyla, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan işçinin iş sözleşmesi de belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Öğretide başka bir görüşe göre ise, İşK. m.11 uyarınca geçici süreyle kısmi süreli çalışma durumuna bağlı olarak ikame işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir¹⁸³. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin bildirimde bulunmak koşuluyla, tam süreli çalışmaya dönmesi durumunda ikame işçinin iş sözleşmesi İşK. m.13/5'te belirtilen süreden önce bildirimli fesihle sona ereceğinden, ikame işçi ile yapılan sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olduğundan söz edilebilecektir.

Görüşümüze göre, söz konusu görüşlerden birincisi isabetlidir. Zira ikame işçi ile yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli bir sözleşme olduğundan bahsetmek güçtür. Belirli süreli iş sözleşmesinin unsurlarından birisi "işin belirli süreli olması", diğer bir deyişle, işin ne kadar süreceğinin bilinebilir ve öngörülebilir olmasıdır¹⁸⁴. Ancak, ikame işçinin iş sözleşmesinin süresinin ne zaman sona ereceği belli değildir. Zira kısmi süreli çalışmaya geçen işçi, bir ay önceden bildirimde bulunmak şartıyla tam süreli çalışmaya geçebilir ve o anda ikame işçinin iş sözleşmesi sona erebilir. Dolayısıyla, ikame işçinin iş sözleşmesinin süresinin ne zaman biteceği belli değildir. Diğer yandan, yine, ikame işçinin iş sözleşmesinin azami süreli olarak değerlendirilmesine de çekinceli yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim ikame işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği bir azami süre de belli değildir. Her ne kadar İşK. m.13/5 hükmüne göre "çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı ayı takip eden ay" kısmi süreli çalışma bakımından üst sınır süre olarak görülebilecek olsa da, bu değerlendirme de kanaatimce isabetli değildir. Zira kısmi süreli çalışan işçi aynı çocuk için bu haktan bir daha faydalanamayacaksa da, kısmi süreli çalışan kişinin ilk çocuk için kısmi süreli çalışma

¹⁸² KÖSEOĞLU, s.120, ÇALIŞKAN, s.131-132.

¹⁸³ KOÇ, Sedef, "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri", *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi*, No:6 İş Hukuku, 2016, İstanbul, s.206.

¹⁸⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s.248.

hakkını kullanırken, ikinci yahut üçüncü çocuğa sahip olması durumunda veya evlat edinme durumunda bu haktan faydalanmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, kısmi süreli çalışma devam edebileceğinden, kısmi süreli çalışan işçinin yerine alınan işçinin iş sözleşmesi de aynı şekilde devam edecektir. Dolayısıyla, azami bir süreden de bahsedilemeyecektir¹⁸⁵. En nihayetinde, uzun süre boyunca, bir işyerinde çalışan işçinin, kendisinden kaynaklanmayan bir nedenle kıdem tazminatına hak kazanmadan iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi de hakkaniyete aykırı olacaktır. Dolayısıyla, konunun, kısmi süreli çalışan işçinin yerine istihdam edilen işçinin haklarını koruyacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

5. Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Bulunabilecek Kişiler

a. Ebeveynlerden birisi

İşK. m.13/5 "*Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.*" hükmüne göre, ebeveynlerden herhangi birisi maddede belirtilen şartların var olması durumunda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecektir¹⁸⁶. Hükmün düzenlenmesinde, "ebeveyn" kavramından bahsetmesinden ötürü sadece çalışan anneler değil, çalışan babalar da söz konusu haktan yararlanabilecektir. Diğer bir deyişle haktan yararlanma hususunda kadın-erkek ayrımı söz konusu değildir. Diğer yandan, her ne kadar hükmün lafzı bakımından çalışma yaşamında kadın-erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması ve cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi bakımından isabetli olduğu söylenebilecek ise de; kanaatimizce durum pek öyle değildir. Zira hüküm dikkatlice incelendiğinde akla gelebilecek sorulardan bir tanesi, kısmi süreli çalışma hakkını babanın kullanmak istemesi durumunda, İşK. m.74 uyarınca kadın işçiye verilmesi zorunlu olan analık izni süresinin sona ermesinin beklenmesinin zorunlu olup olmayacağıdır. Nitekim erkek işçiler İşK.

¹⁸⁵ OCAK, s.83.

¹⁸⁶ ARSLAN ERTÜRK, s.361; YİĞİT/ TOPKAYA, s.57; UĞUR / YİĞİT, s.81; KÖSEOĞLU, s.113; OCAK, s.57; TUAÇ, s.212; GÖKÇEOĞLU BALCI, s.1286; EKONOMİ, "Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma", s.47; ÖZDEMİR, s.237.

m.74/1'de belirtilen analık izni hakkını ancak kadın işçinin doğum veya doğum sonrasında ölümü veya evlat edinme halinde kullanabilmektedir.

İşK. m.13/5 ile ilgili lafzi yorum yapıldığında erkek işçilerin de İşK. m.74/1'de öngörülen analık izni süresinin sona ermesini beklemesi gerektiği yönünde bir sonuca ulaşılması mümkündür. Ancak, söz konusu düzenlemenin amacı kadın-erkek ayrımı olmaksızın ebeveynlerin çocuklarıyla daha fazla ilgilenmeleri olduğundan ve de çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde kadın ve erkeğin ortak sorumlulukların bulunması bakımından, kanaatimizce erkek işçilerin kısmi süreli çalışma hakkını kullanmak istemesi durumunda İşK. m.74/1'de belirtilen analık izninin sona ermesini beklemesi gerekmemelidir. Ayrıca, uygulamada, kadın işçiler genellikle doğumdan önceki çalışılmaması gereken sürelerde çalışarak, çalıştıkları bu süreleri de doğum sonrasında izin olarak kullanmaktadırlar. Bu doğrultuda kadın işçilerin doğum sonrası analık izin süreleri 3-4 aylık bir süreye ulaşabilmektedir. Bu süreçte çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi ve çocukla ilgilenilmesi açısından babanın da rol alması gerekli olduğundan, babanın kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi için 3-4 aylık sürenin beklenmesinin hükmün amacına hizmet etmeyeceği görüşünderiz. Dolayısıyla, İşK. m.74 uyarınca verilmesi zorunlu olan analık izni hakkında belirli istisnalar dışında istifade edemeyecek babanın kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi için söz konusu izin süresinin sona ermesini beklemesinin bir anlamı olmayacaktır.

Buradan çıkarılabilecek sonuç ise, kanun koyucunun aslında söz konusu düzenlemeyi sadece kadın çalışanlar bakımından düşünerek getirmiş olduğudur. Tüm bu sebeplerden ötürü, kanaatimizce, söz konusu düzenleme kadın-erkek arasındaki fırsat eşitliğinin sağlanması bakımından yeterli değildir. Kadın ve de erkek işçiler için hükmün amacına uygun bir kısmi süreli çalışma talep hakkı sağlanmak isteniyor ise, söz konusu düzenlemenin kadın ve erkek işçiler için ayrı olacak şekilde daha detaylı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

b. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşile birlikte veya münferiden evlat edinenler

İşK. m.13/5 son cümlesi uyarınca üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de kısmi süreli çalışma hakkından faydalanabilecektir¹⁸⁷. Düzenleme, bu şekliyle TMK. hükümleri ile çelişki yaratabilecek nitelikte değerlendirilebilecektir. Zira düzenleme, eşlerden birinin, eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinme durumunda söz konusu haktan faydalanabileceği yorumuna neden olabilecektir. Oysaki TMK. m.306'ya göre, evlilik ilişkisi içerisinde eşler ancak birlikte evlat edinebilecektir; diğer bir deyişle evlilik ilişkisi içerisinde eşlerden birinin tek başına bir çocuğu evlat edinmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, fıkranın bu son cümlesini, ya eşlerin birlikte evlat edinmesi durumunda eşlerden herhangi birisini yahut evlilik birliği içinde olmaksızın üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinen kadın yahut erkek işçi olarak algılamak gerekecektir¹⁸⁸.

Evlat edinen kadın veya erkek işçilerin kısmi süreli çalışma düzenlemeleri ile ilgili düzenlemenin içeriğinde dikkat çekici başka bir husus daha mevcuttur. Şöyle ki, üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinenlerin de kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği yönündeki düzenleme, maddede belirtilmiş olan eşin çalışıyor olma şartından sonra belirtilmiştir. Hükmün söz konusu düzenleniş şekli, öğretilerinde¹⁸⁹ evlat edinen işçiler için eşin çalışıyor olma şartı aranmayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Zira, bu görüşe göre, evlat edinmede çocuğun bakımı yerine ona yakın olmanın önemli olması ve çağın eğilimine göre evlat edinmenin özendirilmesi bakımından koşulların hafifletilmesi isabetli olmuştur. Ancak, diğer bir görüş ise¹⁹⁰, evlat edinenlerin söz konusu haktan yararlanabilecekleri yönündeki düzenlemeye, eşin çalışıyor olması şartına ilişkin düzenlemeden sonra yer verilmiş olmasının evlat edinenler için söz konusu şartı ortadan kaldırmayacağı yönündedir.

Kanaatimizce, ikinci görüşün savunulması daha isabetli olacaktır. Nitekim hükmün genel düzenleniş amacına bakıldığında, çocuğun bakımı ve gelişimi esnasında ebeveynlerden birinin -kadın/erkek ayrımı olmaksızın- daha fazla sürecin içerisinde olmasının amaçlandığı söylenebilecektir. Keza, eşlerden birinin çalışmıyor olması durumunda,

¹⁸⁷ ARSLAN ERTÜRK, s.361; YİĞİT/TOPKAYA, s.57; UĞUR/YİĞİT, s.81; KÖSEOĞLU, s.113; OCAK, s.62; TUAÇ, s.213; BAYTEKİN, s.110; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.48.

¹⁸⁸ EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.49.

¹⁸⁹ CENTEL, s.15.

¹⁹⁰ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.203.

diğer eşin kısmi süreli çalışma hakkından faydalanamayacağı şeklindeki düzenleme de bu amacı destekler niteliktedir. Hal böyle olunca, biyolojik anne ve baba için aranan "diğer eşin çalışıyor olma" şartının evlat edinenler için aranmıyor olmasının somut bir dayanağı bulunmamaktadır.

6. Kısmi Süreli Çalışmanın Yapılacağı Gün, Çalışma Saatleri ve Çalışılacak Zaman Aralığının Belirlenmesi

Doğum veya evlat edinme sonrası kısmi süreli çalışmaya geçilebilecek olmakla birlikte, özellikle kısmi süreli çalışmanın haftanın hangi günlerinde gerçekleştirileceği, haftada kaç saat çalışılacağı ve hangi saatler arasında kısmi süreli çalışılabileceği gibi konular özellikle işverenin işyerindeki çalışma düzeni bakımından önem arz etmektedir.

İşverenin, kendi içindeki çalışma düzenini sağlaması bakımından önem arz eden bu hususun, Yönetmelik kapsamında detaylı düzenlenmiş olması beklenirken, aksi yönde çok ucu açık ifadelerle düzenlenmesi birçok sorunun doğmasına neden olabilecek niteliktedir.

Konu ile ilgili Yönetmelik m.9/I ve m.15/I'de düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmelik m.9/I'de "*İşçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer alır.*" denilmektedir. Hükme göre, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi belirtmesi gerektiği söylenebilecektir¹⁹¹. Ancak, hükmün devamının son derece muğlak ve m.15/I düzenlemesi ile çelişkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada yeri gelmişken, m.15/I düzenlemesini de belirtmekte yarar bulunmaktadır. Hükümde "*Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir.*" denilmektedir. Öğretide bir görüş uyarınca¹⁹², Yönetmeliğin 15.maddesindeki düzenleme uyarınca, işveren, işçinin kısmi

¹⁹¹ ULUSOY, s.755; UĞUR/YİĞİT, s.93; KÖSEOĞLU, s.117; OCAK, s.68; BAYTEKİN, s.112; EKONOMİ, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.52; YUYUCU, s.405.

¹⁹² ERMUMCU, s.2008.

sürelî çalışmak için talepte bulunduğu gün ve saatlerle bağlı değildir. Ancak, kanaatimize bu görüş çalışılacak gün ve saatlerin belirlenmesinde Yönetmeliğin 9.maddesini göz ardı etmiş olduğundan isabetsizdir.

Kanaatimize, m.9/I'de, kısmi sürelî çalışma sürecinde çalışma başlama ve bitiş saatlerinin haftanın tüm işgünlerinde çalışılacak olması halinde belirtilmesi gerekiyor olması karşısında, aynı husus haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması halinde de geçerli olmalıdır. Diğer bir deyişle, haftanın belirli günlerinde çalışmak isteyen işçi, m.9/I'de belirtildiği üzere tercih ettiği işgünleri ile beraber çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerini de belirtmelidir. Nitekim söz konusu düzenlemenin temelinde işverenin de kendi iç düzenini sağlayabilme amacı yatmakta olup, haftanın tüm işgünlerinde çalışılması yahut belirli günlerde çalışılması açısından bir fark bulunmasının anlamı yoktur.

Öğretide bir görüşe göre, Yönetmeliğin 9. ve 15.maddeleri değerlendirildiğinde, günlük ve haftalık çalışma saatini belirleme yetkisi çalışanda iken, çalışılacak zaman aralığının belirlenme yetkisi işverendedir¹⁹³. Ancak, yine bu görüşe göre, işçinin kısmi sürelî çalışma talebine işveren tarafından onay verilmemesi durumunda hem çalışma gün ve saatlerine hem de çalışılacak zaman aralığına işçinin kendisi karar verebilecektir. Öğretide bir başka görüşe göre ise, haftanın kaç günü ve kaç saat işe gelineceğini belirleme yetkisi işçidedir¹⁹⁴. Zira yasa koyucu işçiye önem vermekte ve onun çalışma yaşamı ile çocuğunun bakımını uyumlu hale getirmesini amaçlamaktadır. Ancak, diğer yandan bu görüşe göre, işçi de bu hakkı kullanırken dürüstlük kurallarına uygun davranmalı ve de çok kısa sürelî çalışma süreleri belirlememeli, işverenin durumunu da göz önünde bulundurmalıdır.

Kanaatimize, Yönetmelik m.9 ve de m.15 hükümleri gerek çalışma gün ve saatlerinin gerekse de çalışma zaman aralığının işçi tarafından belirlenmesi şeklinde algılanmamalıdır. Zira m.9'un başlığı "Kısmi Sürelî Çalışma Talebinin Unsurları" olmakla birlikte; m.9'da belirtilen hususları, işçinin işverene yazılı bildirimle sunacağı kısmi sürelî çalışma talebinde belirtilmesi gerekenler olarak algılamak daha doğru

¹⁹³ ULUSOY, s.758.

¹⁹⁴ CANIKLIOĞLU, Nurşen; Kısmi Sürelî İstihdama Geçiş, 13.

olacaktır. Bununla birlikte, kısmi süreli çalışmanın, işyerinde haftalık en fazla 30 saate kadar yapılacak çalışma olduğu ve aynı zamanda işverenin de işçinin kısmi süreli çalışma talebini kabul etmesinin zorunlu olduğu göz önünde bulundurulduğunda; işçiye haftalık çalışma süresini kendisi belirleyebilme imkanı tanınması durumu suiistimale açık bir durum olabilecektir. Keza, işçinin haftalık çok düşük sürelerle çalışma süresinin belirlenmesinde hiçbir yasal engel getirilmemiştir. Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkı son derece sınırlanmış olacaktır. Kuşkusuz ki, getirilen düzenlemelerin amacının bu olduğu söylenemeyecektir. Getirilmiş olan düzenlemeler, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin çocuğu ile daha fazla ilgilenmesini amaçlamaktadır. Yoksa söz konusu düzenlemeler işverenin yönetim hakkını ortadan kaldırmayı amaçlamamaktadır. Dolayısıyla, Yönetmelik m.15 hükmü uyarınca, kısmi süreli çalışılacak sürenin ve çalışılacak zaman aralığının işverenin yönetim hakkı çerçevesinde, ve fakat Yönetmelik m.9 hükmüne de uygun olarak, işveren tarafından belirlenmesi gerektiğinin kabulü daha hakkaniyetli olacaktır. Diğer yandan, işveren de, işçinin yasadan kaynaklanan hakkını kullanmasını engelleyecek şekilde bir çalışma zaman aralığı ve çalışma gün ve saatleri belirlememeli ve mümkün olduğu ölçüde işçinin talebini de göz önünde bulundurmalıdır.

Bu konu ile ilgili son olarak değinilmesi gereken bir başka husus Yönetmelik m.11/1 uyarınca, işçi tarafından usulüne uygun bir başvuruda bulunulmadığında ne olacağı hususudur. Örnek olarak, Yönetmelik m.9/T'e göre, işçinin, kısmi süreli çalışma talebinde, başlayacağı tarihi belirtmesi gerektiği belirtilmiştir. İşçi, kısmi süreli çalışma talebinde başlayacağı tarihi belirtmez ise bunun sonucu ne olacaktır? Öğretide, böyle bir durumda, işverenin, işçiye kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi bildirmesi gerektiği yönünde yazılı bir geri dönüş yapması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁵.

Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Her ne kadar, düzenlemenin lafzı bakımından, kısmi süreli çalışma talebinin geçerli olması açısından bir şart olarak görülebilecek olsa da, sadece tarih belirtilmemiş olması veya yazılı talebin unsurlar bakımından eksik olması nedeniyle talebin geçersiz sayılması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ayrıca, düzenlemeler kapsamında, dürüstlük kuralına uygun davranma ilkesi çerçevesinde de bu sonucun çıkarılması daha isabetli olacaktır.

¹⁹⁵ OCAK, s.71.

C. Risk Değerlendirmesi ve Sonuçları, Oda ve Yurt Açma Yükümlülüğü İle Diğer Çalışma Yasakları

İşverenlere, İşK. m.74 kapsamında izin kullandırma ve m.13 kapsamında kısmi süreli çalışma taleplerini karşılama yükümlülüğü dışında; başka hükümler kapsamında da gebe ve emziren kadın çalışanlara karşı iş ilişkisi içerisinde bazı yükümlülükler yüklenmiştir. 6331 sayılı sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹⁹⁶ ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelikler, genel anlamda gebe veya emziren kadın çalışanların doğum öncesi veya sonrasında korunmalarını ve rahat ve sağlıklı bir çalışma ortamı içerisinde yer almalarını amaçlamaktadır. Bahsi geçen koruyucu hükümler ILO Sözleşmeleri ve AB normları esas alınarak hazırlanmış olduğundan¹⁹⁷, mevzuatımızda İSGK kapsamında kadın işçileri, gebelik ve doğum sonrasında koruyan hükümlerin genel olarak uluslararası düzenlemeler ile de uyumlu olduğu söylenebilecektir. Ayrıca, mevzuatımızda yer alan bu koruyucu hükümlerin, kadın işçinin doğum öncesi ve sonrasında korunması, doğum sonrasında, hem kadının çalışma yaşamında yer alması hem de anne ile çocuk arasındaki bağın güçlenmesi amacına hizmet edeceği de ifade edilmelidir.

Diğer yandan, ülkemizdeki uygulama açısından sadece aşağıdaki koruyucu hükümlerin varlığının yukarıda sayılan amaçları sağlamada yeterli olduğu söylenemeyecektir. Uygulamada halen, kadın ve erkek çalışanlar arasında birçok eşitsizlik yaşanmaktadır. Kuşkusuz ki, söz konusu eşitsizlikler sadece koruyucu hükümlerin varlığıyla giderilemeyecektir. Bu noktada, öğretide¹⁹⁸, isabetli şekilde, koruyucu hükümler yanında hükümetin, sivil toplum kuruluşlarının, sendikaların kadına bakış açısını değiştirecek projeler yürütmesi gerektiği de vurgulanmaktadır.

1. Risk Değerlendirmesi ve Sonuçları

¹⁹⁶ RG: 20/6/2012, 28339.

¹⁹⁷ ERTÜRK, s.367.

¹⁹⁸ ERTÜRK, s.367.

6331 sayılı İSGK.'nun 1.maddesinde, Kanunun amacı "*iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, hak, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi*" olarak belirtilmiştir.

İSGK.'nun 30.maddesinde ise, gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması gibi konuların Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. İSGK.'nun 30.maddesine dayanılarak çıkarılan, "*Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*"¹⁹⁹ gebe veya emziren kadın çalışanların iş sağlığı ve güvenliklerinin korunması bakımından birçok düzenleme içermektedir.

GEKÇŞDY. m.6/2 hükmüne göre, "*işveren, gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendirmekle ve bu değerlendirme sonucuna göre EK-I'de belirtilen genel ve özel önlemleri almakla*" yükümlüdür. EK-I uyarınca alınacak önlemlerin başında özellikle, gebe veya emziren çalışanların ara dinlenmelerinin yeniden düzenlenmesi, mümkün olduğu ölçüde oturarak çalışmalarının sağlanması, enfeksiyon ve hastalıklara karşı gerekli hijyen şartlarının sağlanması sayılabilecektir.

GEKÇŞDY. m.6/3 hükmüne göre, "*işveren, işyerindeki maruziyetin şeklini, düzeyini ve süresini EK-II ve EK-III'teki etkenler, süreçler, çalışma koşulları veya özel bir riske maruz kalma olasılığı bulunan işleri de, sağlık ve güvenlik önlemlerinin, gebe veya emziren kadın çalışanlar üzerindeki etkilerini belirlemek ve alınacak önlemleri kararlaştırmak üzere*" değerlendirmekle yükümlüdür. Yapılacak olan bu değerlendirmede, kişisel olarak çalışanı etkileyen psiko sosyal ve tıbbi faktörler de dikkate alınacaktır. GEKÇŞDY m.6/4 hükmüne göre ise, "*işveren, işyerinde yapılan değerlendirmenin sonuçları ile sağlık ve güvenlik amacıyla alınması gereken önlemler hakkında gebe veya emziren çalışanı bilgilendirmekle yükümlüdür*".

¹⁹⁹ RG: 16.08.2013, 28737.

GEKÇŞDY. m.7'de ise işveren tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde, bu değerlendirmeyi izleyen eylemlerin içeriği belirtilmiştir. Hükme göre, değerlendirme sonucunda gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riski ortaya çıkmışsa yahut çalışanın gebeliği veya emzirmesi üzerinde bir etki söz konusu olmuş ise, işveren ilgili çalışanın çalışma koşullarını veya çalışma saatlerini geçici olarak değiştirmelidir. Çalışma koşullarının veya çalışma saatlerinin değiştirilmesi mümkün değilse işveren ilgili çalışana başka bir işe aktarmak için gerekli çalışmaları yapmalıdır. Gebe çalışan sağlık raporu ile gerekli olduğu durumda sağlığına uygun daha hafif bir işte çalıştırılır ve böyle bir durumda ücret kesintisi uygulanmaz. En nihayetinde, tüm bu önlemlerin alınması mümkün değil ise, çalışanın talebi doğrultusunda işveren tarafından çalışanın ücretsiz izinli sayılması sağlanır. Belirtmek gerekir ki, böyle bir nedenden ötürü, ücretsiz izinde geçen süre yıllık ücretli izin süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır.

2. Emzirme Odası ve Yurt Açma Yükümlülüğü

Mevzuatımızda, kadın çalışanların sadece gebelik esnasında korunması değil; doğum sonrasında da çocuklarıyla annelik bağının kuvvetlendirilmesi amacını taşıyan düzenlemeler getirilmiştir. GEKÇŞDY. m.13/1'e göre, *“yaşları ve medeni hallerine bakılmaksızın, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından işyerine en çok 250 metre uzaklıkta bir emzirme odası kurulması zorunludur”*²⁰⁰. Emzirme odaları söz konusu Yönetmeliğin ekinde EK-IV olarak belirtilmiş şartları taşımak zorundadır. Yine, m.13/2'de, *“yaşları ve medeni hallerine bakılmaksızın, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde 0 ile 6 yaş arasındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emzirilebilmesi için işyerinden ayrı ama işyerine yakın bir yurt kurulması”* zorunluluğu getirilmiştir. Kurulan bu yurtların taşınması gereken standartlar yine Yönetmeliğin ekinde belirtilmiş olan EK-IV'de detaylı şekilde belirtilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü bakımından önemli kriterlerden biri de işyerinde çalışan kadın sayısıdır. Buna göre, emzirme odası ve yurt açma zorunluluğu için gerekli kadın çalışan sayısının hesabının nasıl yapılacağı da m.7/4 ve de m.7/5'te belirtilmiştir. Madde 7/4'e göre, emzirme odası

²⁰⁰ TAŞKENT/ KURT, s.43

ve yurt açma zorunluluğu için gerekli kadın çalışan sayısının belirlenmesinde işverenin belediye sınırları içerisindeki tüm işyerlerinde çalışan kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır. Madde 7/5'e göre ise, oda ve yurt açma zorunluluğu için gerekli olan kadın çalışan sayısının hesabında erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilecektir. Kanaatimizce, bu durum istihdamda fırsat eşitliğine engel teşkil eden ve ayrıca cinsiyet ayrımcılığına neden olan bir durumdur. Zira bu düzenlemeler, işverenleri kadın çalışan istihdamından caydırabilecektir. Dolayısıyla, oda ve yurt açma yükümlülüğü bakımından, sadece çocuğun annesi ölmüş veya velayeti kendisine verilmiş olan erkek işçilerin değil, tümünün göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Öğretide getirilen bu hükümler düzenleniş şekli bakımından ve de amaç ve sonuçları bakımından eleştirilmektedir²⁰¹. Söz konusu görüşe göre, bu düzenlemeler çocuk bakımından sadece kadın çalışanları sorumlu görmekte olup, bu nedenden ötürü işverenleri işe alımlarda kadın çalışanları tercih etmekten uzaklaştırmaktadır. Ayrıca, yine söz konusu görüşe göre, ülkemizde işletmelerin çoğunluğunun düzenlemelerde belirtilen sayıdan az işçi çalıştırmaları ve kadın çalışanların çoğunluğunun bu işyerlerinde çalışmaları nedeniyle söz konusu hükümlerin etkili olmadığı ileri sürülmektedir.

Son olarak, uygulamada, yükümlülük bakımından yeterli kadın çalışan sayısı olan işletmelerin dahi söz konusu hizmetleri sağlamadığı görülmektedir. Yapılan teftişlerde ise, işverenler kendilerine verilen idari para cezasını ödemeyi tercih etmektedir. Ayrıca, Yönetmelik m.13/3 hükmü ile işverenlere, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla yerine getirebilecekleri düzenlemesi karşısında işverenlerin kendi bünyelerinde oda ve yurt açmak yerine bu imkânı kullanacaklarını da söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum, özellikle, oda ve yurtların işyerinden ayrı olması nedeniyle kadın çalışanlar için sabah çocuğunu bırakması, akşam alması veya gün içinde gidip çocuğunu görmesi gibi durumlar çerçevesinde birçok zorluk yaratabilecektir. Bu nedenlerle, kanaatimizce, oda ve yurt açma yükümlülüğünün, kadın-erkek ayrımını ortadan kaldıracak şekilde yeniden

²⁰¹ DEDEOĞLU, s.51.

düzenlenmesi ve aynı zamanda yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenlere daha caydırıcı yaptırımların öngörülmesi gerekmektedir.

3. Gece Çalışma ve Fazla Çalışma Yasası

Mevzuatımızda gebe ve yeni doğum yapmış kadın çalışanları koruyucu diğer önemli düzenlemeler ise gece çalışma yasası ve de fazla çalışma yasası yönündeki düzenlemelerdir. GEKÇŞDY. m.8/1 ve de "Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik" m.9/1 hükmü uyarınca kadın çalışanlar gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamayacaktır. GEKÇŞDY. m.8/2 ve de KÇGPÇHY. m.9/2 uyarınca yeni doğum yapmış kadın çalışanların doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır²⁰². Bir yıllık sürenin sonunda söz konusu sürenin uzayıp uzamayacağı ile ilgili olarak GEKÇŞDY. ile KÇGPÇHY. hükümleri arasında fark bulunmaktadır. Şöyle ki:

KÇGPÇHY. m.9/2 uyarınca, bir yıllık sürenin sonunda, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekliliğin işyeri hekiminden alınan sağlık raporuyla belgelenmesi halinde söz konusu süre altı ay daha uzatılacaktır. GEKÇŞDY. m.8/2 uyarınca ise, bir yıllık sürenin sonunda yeni doğum yapmış kadın çalışanın sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Kanaatimizce, iki düzenleme arasındaki farklılık yaratılmasının, bilinçli olarak yapılmış olduğundan bahsetmek güçtür. Zira, söz konusu düzenlemelerin amacının anne ve çocuğun sağlığının gözetilmesi olduğundan; bir yıllık süreye eklenecek süreyi, 6 ay ile sınırlamaktan ziyade anne ve çocuğun sağlık ve güvenliğinin tam olarak sağlandığı süre olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır. Nitekim KÇGPÇHY. m.9/3'te de GEKÇŞDY. hükümlerinin saklı tutulduğunun belirtilmesi karşısında, GEKÇŞDY. m.8/2 hükmünün öncelikle uygulama alanı bulması gerekmektedir.

²⁰² TAŞKENT/ KURT, s.43; ULUSOY, s.765.

Mevzuatımızda, gebe ve yeni doğum yapmış kadın çalışanları çalışma süreleri bakımından da koruyan hüküm olan GEKÇŞDY. m.9 uyarınca söz konusu çalışanların günde 7,5 saatten fazla çalışmaları yasaklanmıştır²⁰³. Ayrıca, söz konusu yasağa aykırı davranan işverenlere İşK. m.104 uyarınca idari para cezası(2.293 TL) uygulanacaktır²⁰⁴.

Kanaatimizce, tartışılması gereken bir başka husus ise, 7,5 saatten fazla gerçekleştirilen çalışmalarda fazla çalışma ücretinin, "fazla sürelerle çalışma" adı altında mı yoksa "fazla çalışma" adı altında mı ödeneceğidir. Nitekim İşK. m.63'te belirtilmiş olan haftalık çalışma süresi olan 45 saat, belirlenebilecek en fazla süredir. Dolayısıyla, örnek olarak haftanın beş günü çalışılan bir işyerinde gebe veya yeni doğum yapmış kadın işçi en fazla 37,5 saat çalışabilecektir. Söz konusu sürenin aşılması durumunda 45 saate kadar olan 7,5 saatlik sürenin "fazla sürelerle çalışma" adı altında ödenmesi gerektiği savunulabilecektir. Ancak, kanaatimizce, söz konusu süre emredici olarak mevzuatımızda belirlenmiş olduğundan ve bu düzenlemenin nispi bir düzenleme olduğundan söz edilemeyeceğinden 37,5 saati aşan her çalışmanın "fazla çalışma" adı altında ödenmesi gereklidir.

D. İş Sözleşmesi Sürecinde Analık Halinin Korunmasına Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Yaptırımları

Kadın işçilerin, hem çalışma yaşamında yer almaya devam etmesi, hem de doğum öncesinde kadın işçinin sağlığının korunması, doğum sonrasında da sağlığın korunmasına ek olarak anne ile çocuk arasındaki annelik bağlarının kuvvetlenmesi açısından mevzuatımızdaki analık halinin korunmasına ilişkin düzenlemelere işverenler tarafından uyulması bir yükümlülüktür. Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki; kadın işçilerin, analık hali nedeniyle korunması amacını güden özel koruyucu düzenlemeler cinsiyet ayrımcılığı olarak görülmemektedir²⁰⁵. Aksine, söz konusu koruyucu düzenlemelerin yer almaması ve/veya işverenler tarafından söz konusu düzenlemelere uygun hareket edilmemesinin ayrımcılık sonucunu doğurabileceği söylenebilecektir. İşverenler tarafından, yukarıda detaylarıyla izah edilen analık halinin korunmasına yönelik

²⁰³ KÖSEOĞLU, s.102; KÖKKİLİNÇ, s.110; ULUSOY, s.765; TAŞKENT/ KURT, s.43.

²⁰⁴ BAYTEKİN, s.83.

²⁰⁵ ERTÜRK, s.347; TAŞKENT/ KURT, s.30.

düzenlemelere uyulmaması durumunda işverenler bazı hukuki yaptırımlarla karşılaşabilecektir.

1. Maddi ve Manevi Tazminat Talebi

İlk olarak, iş ilişkisinin devamı sürecinde işverenin ayrımcılığa aykırı bir davranışta bulunması durumunda kadın işçi, işverenden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir. Kadın işçinin, söz konusu bu talebi Borçlar Hukukunun genel ilke ve esaslarına göre şekillenecektir. Dolayısıyla, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kadın işçinin uğramış olduğu zararı da ispatlaması gereklidir²⁰⁶. Öğretide, bu taleplerin yasal dayanağının haksız fiile değil, sözleşmeye aykırılığa dayandığı savunulmaktadır²⁰⁷. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Nitekim, "ayrımcılık" hususu, ancak işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin mevcut olması durumunda söz konusu olabilecektir. İşK. m.5'te öngörülen işverenin yükümlülüğü, işçi ile aralarındaki mevcut iş sözleşmesinden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, işverenin "ayrımcılık yasağına aykırı davranmama" yükümlülüğünün ihlali neticesinde ileri sürülebilecek maddi ve manevi tazminat talebi sözleşmeye aykırılık temeline dayanacaktır.

2. İşi Görmekten Kaçınma Hakkı

Analık halinin korunmasına ilişkin yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi durumunda, kadın işçinin sahip olabileceği bir başka hak, iş görmekten kaçınma hakkıdır²⁰⁸. İşçinin, söz konusu hakkı İşK.'nin da düzenlenmemiştir. Bu nedenle, öğretide, kadın işçinin söz konusu hakkının TBK m.106 vd.'da yer alan alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde doğabileceği ifade edilmektedir²⁰⁹. Alacaklı temerrüdünün söz konusu olabilmesi için; borçlanılmış edimin gereği gibi önerilmesine rağmen, alacaklı tarafından bu edimin haklı bir sebep olmaksızın kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık

²⁰⁶ YEMİŞKEN, s.142; BİLİR, Ece, "Türk İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı", Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

²⁰⁷ YEMİŞKEN, s.141; BİLİR, s.151.

²⁰⁸ YILDIZ, Gaye Burcu, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu", Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.323.

²⁰⁹ YEMİŞKEN, s.139.

fiillerini yapmaktan kaçınması gerekir²¹⁰. Bu doğrultuda, işçinin iş görme edimini ifa edebilmesi için, işverenin de işçinin iş görme edimini sağlayacak uygun ortamı sağlaması gerekir. İşverenin, ayrımcılık teşkil edecek uygulamalardan kaçınma ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne aykırı davranışı da, işçiden iş görme edimini sunmasını beklenemez hale getirecek ve işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi neticesini doğuracaktır. Dolayısıyla da, işçi iş görme edimini yerine getirme borcundan kaçınma hakkına sahip olacaktır.

3. Haklı Nedenle Fesih Hakkı

İşçilerin, iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilecekleri haller İşK. m.24'te düzenlenmiştir. İşK. m.24/II-f hükmü "*Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa*" düzenlemesini havidir. Bu hükmün son kısmındaki "*yahut çalışma şartları uygulanmazsa*" ibaresi doğrultusunda; kadın işçinin, işveren tarafından analık halinin korunmasına ilişkin yükümlülükler aykırı davranması ve çalışma şartlarını uygulayamadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme hakkının olduğunun kabul edilmesi gerekir. Örnek olarak, Yargıtay, kreş açma yükümlülüğüne uyulmamasını uygun çalışma koşullarının sağlanmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sebebi olarak görmektedir²¹¹.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNDE ANALIK DURUMUNUN KORUNMASI

Kadın işçilerin, gebelik döneminde gerek çeşitli nedenlerle ortaya çıkan performans düşüklüğü gerekse de gebelik nedeniyle yapılan devamsızlıklardan ötürü, işverenler, kadın çalışanlarından yeterli verimi alamadığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshi yoluna gidebilmektedirler. Bunun önüne geçebilmek için kanuni düzenlemelerle ve yargı içtihatlarıyla getirilen hukuksal korumalarla kadın işçilerin iş sözleşmelerinin gebelik

²¹⁰ İNAN/YÜCEL, s.597.

²¹¹ Yarg. 9. HD. E. 2015/14935, K. 2018/8317; Yarg. 9. HD. E. 2015/5175, K. 2016/16971, www.sinerji.com, E.T: 7.7.2019.

nedeniyle feshedilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu koruyucu düzenlemelerle kadın işçilerin iş sözleşmelerinin bildirimli şekilde geçerli nedenle feshedilmesi önlenmek istendiği gibi, yine haklı nedenle feshin de önüne geçilmek istenmiştir.

A. Geçerli Nedenle Feshe Karşı Koruma

İşK. m.18 uyarınca, *“bir işçinin iş sözleşmesini feshetmek isteyen işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır”*. İşK. m.18 ile, 4857 sayılı kanundan önce mevcut olmayan iş güvencesi kavramı hukukumuzda girmiş olup; yine m.18'de özellikle geçerli nedenle fesih teşkil etmeyecek hususlar da belirtilmiştir. İşK. m.18/d bendinde belirtildiği üzere hamilelik ve doğum gibi nedenler iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir neden olarak görülmemiştir. Yine aynı maddenin "e" bendinde belirtildiği üzere, *“m.74'te öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek”* kanun koyucu tarafından geçerli nedenle fesih sebebi olarak sayılmamıştır. Diğer yandan, gebelik ve hamilelik durumlarında kadın işçilerin feshe karşı korunması sadece kanunda sayılan ve yukarıda belirtilen durumlarla sınırlı tutulmamıştır. Her somut olayın kendi içerisinde barındırdığı özel durumlar doğrultusunda, yargı içtihatlarıyla kadın işçilerin gebelik durumunda feshe karşı korunması hukuk sistemimiz içerisinde yer almıştır. Aşağıda, kanunda belirtilen ve aynı zamanda özel durumlar kapsamında yargı içtihatlarıyla ortaya çıkan feshe karşı koruma hususlarına değinilecektir.

1. Hamilelik ve Doğum Nedeniyle Kadın İşçilerin İş Sözleşmelerinin Feshinin Geçerli Nedenle Fesih Teşkil Etmemesi

İşK. m.18/3-d hükmü uyarınca, işveren, *“ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenleri”* gerekçe göstererek işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedemeyecektir. Hükümde görüleceği üzere, kadın işçilerin de hamile olması veya doğum yapması gibi durumların iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden teşkil etmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu hükmün sonucu uyarınca, işverenler, kadın işçilerinin iş sözleşmesini sadece

hamilelik veya doğum yapması nedenlerine dayanarak feshedemeyeceklerdir²¹². Aksi takdirde işveren tarafından yapılan fesih geçersiz bir fesih olacak olup; işçi bunun sonucunda, eğer şartlar bulunmakta ise, öncelikle arabulucuya başvuracak ve anlaşma sağlanamaması durumunda da işe iade davası açma yoluna gidebilecektir.

Ancak, uygulamada çoğunlukla karşılaşıldığı ve yargı kararlarına konu olduğu üzere, işverenler görünürde bir sebep göstererek gerçekteki iradeleri olan hamilelik veya doğum nedeniyle fesih sebebini gizlemeye çalışmaktadırlar. Kuşkusuz ki böyle bir durumun kabul edilmesi de mümkün değildir. Böyle bir durumda asıl fesih sebebi olan hamilelik ve doğum nedeniyle feshin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yargı kararlarıyla belirlenmektedir. Şüphesiz ki, bu tarz durumlarda çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinileceği üzere, ispat hususu da önem arz etmektedir. Nitekim işveren tarafından gerçekleştirilen bir feshin gerçekten hamilelik veya doğum nedenine dayanmakta olup olmadığı her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir durumdur. Ayrıca, Yargıtay'ın, gerek farklı Dairelerinin farklı kararlar verebilmesi; gerekse de aynı Daire olmakla birlikte farklı tarihlerde verilen farklı kararlar konu ile ilgili bir uygulama birliği olmadığını ortaya koymakta olup; aşağıda farklı olaylarla ilgili Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar incelenecektir. Bu kararların incelenmesi neticesinde de tarafımızca genel bir çerçeve ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Yargıtay kararına²¹³ konu olan bir olayda, bilgi işlem sorumlusu olarak görev yapan bir kadın işçi, 25.09.2014 tarihinde 5 haftalık gebe olduğunu amirine bildirmiş ve hemen 01.10.2014 tarihinde de gebelik belgesini amirine iletmıştır. Akabinde, gebelik belgesinin işverene iletiildiği tarihle 01.10.2014 tarihinde kadın işçiden performans düşüklüğü gerekçesi ile savunma talep edilmiş ve 31.10.2014 tarihinde de kadın işçinin iş sözleşmesi performans düşüklüğü nedeniyle feshedilmiştir. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturan Yargıtay, hamilelik ve gebelik durumunun, kadın işçiden savunma alınmadan önce işverene bildirilmiş olması sebebiyle gerçekte feshin performans nedeniyle değil,

²¹² UĞUR/YİĞİT, s.80; YİĞİT/ TOPKAYA, s.62; BAYTEKİN, s.123; SENYEN KAPLAN, s.259; TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, "İş Hukukunun Esasları", Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9.Bası, Beta Yayıncılık, 2018, İstanbul; SÜZEK, İş Hukuku, s.598; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.524.

²¹³ Yarg. 9. H.D. , 17.11.2016, E. 2015/36382, K. 2016/20288, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

hamilelik ve doğum nedeniyle gerçekleştirilmiş olduğuna kanaat getirmiş ve bu sebeple feshin geçersiz olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda²¹⁴, davacı kadın işçi hamilelik ve doğum nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle ayrımcılık tazminatı talep etmiş, işveren ise kadın işçinin performansının düşük olduğu gerekçesiyle feshedildiğini iddia etmiştir. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturan Yargıtay, işveren tarafından eşitlik ilkesine aykırı bir davranışın gerçekleştirildiğinin ispat külfetinin işçi üzerinde olduğunu belirtmiştir. Somut olayda ise, kadın işçinin iş sözleşmesinin hamilelik ve doğum nedeniyle feshedildiğinin ispatlanamadığı gerekçesiyle, kadın işçinin ayrımcılık tazminatı talebinin reddine karar vermiştir.

Yine Yargıtay kararına²¹⁵ konu olan bir başka olayda ise, kadın işçi, performansının bahane edilerek hamilelik ve doğum nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İşveren ise, kadın işçinin performansında yetersizlik tespit edildiği, mesai saatlerine geç kaldığı ve kendisine verilen görevleri yerine getirmediği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini iddia etmiştir. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturan Yargıtay, kadın işçi hakkında performansın yetersiz olduğuna dair tutanaklar ve belgeler bulunduğu ve bu belgelerin de kasten oluşturulduğu ispatlanamadığından feshin hamilelik ve doğum sebebine dayanmış olduğunun ispatlanamadığı gerekçesiyle kadın işçinin maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar vermiştir.

Diğer yandan, 25.10.2017 tarih ve de 30221 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.8/1-a hükmü uyarınca, 4857 sayılı İşK. m.20 kapsamında açılacak davalarda verilen kararlar temyiz edilemeyecektir. Buradan çıkan sonuç ise, hukuk sistemimize yeni girmiş olan Bölge Adliye Mahkemeleri (İstinaf Mahkemeleri), m.20 kapsamındaki davalarda nihai karar mercii olmuştur. 25.10.2017 tarihinden itibaren istinaf mahkemeleri tarafından verilen kararlar kesin hüküm

²¹⁴ Yarg. 9. H.D. , 15.01.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

²¹⁵ Yarg. 22.H.D., 20.11.2014, E. 2014/28315, K. 2014/32809, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

niteliğinde olduğundan konumuz ile ilgili İstinaf Mahkemeleri tarafından verilen kararları da kısaca incelemekte yarar bulunmaktadır.

Ankara BAM kararına²¹⁶ konu olan bir olayda, muhasebe yardımcısı olarak çalışan bir kadın işçinin 3,5 aylık hamile olduğunun öğrenilmesi neticesinde performans düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilmiştir. Kadın işçinin, iş sözleşmesinin gerçekte hamilelik nedeniyle feshedildiği talebine karşı Ankara BAM. 5. HD. her ne kadar feshin geçerliliği ispatlanamıyor ise de; feshin hamilelik sebebiyle gerçekleştirildiği de ispatlanamamıştır gerekçesiyle kadın işçinin ayrımcılık tazminatına ilişkin talebini kabul etmemiştir.

Diğer yandan, Adana BAM kararına²¹⁷ konu olan başka bir olayda ise; insan kaynakları ve idari işler şefi olarak çalışan bir kadın işçi, işe başladıktan 3 ay sonra hamile olduğunu öğrenmiş ve bu durumu da hemen işverenine bildirmiştir. İşveren ise almış olduğu yönetim kurulu kararı ile kadın işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. Hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği iddiasıyla ayrımcılık tazminatı talebinde, Adana BAM.8.H.D. işverence diğer sebeplerin açıklanmadığı ve de fesih tarihi itibarıyla kadın işçinin hamile olması nedeniyle feshin hamilelik nedenine dayandığının ağır bastığını ve de bu nedenle ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

Yukarıda incelendiği üzere, gerek Yargıtay kararlarında gerekse de İstinaf Mahkemelerince verilen kararlarda konu ile ilgili bir uygulama birliği bulunmamaktadır. Bunun nedeninin ise ispat külfetinin hangi taraf üzerinde olduğunun belirlenmesinden kaynaklandığı söylenebilecektir. İşK. m.5/7 hükmü uyarınca, İşK. m.20 hükmü saklı kalmak üzere işverenin m.5'teki hükümlere aykırı davrandığını ispat yükü işçide olmakla birlikte; işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, böyle bir durumun olmadığını ispat yükü işverene geçmektedir. Dolayısıyla mahkemelerce somut uyuşmazlıkta ispat yükünün işçi de mi yoksa işverende mi olduğu hususunun değerlendirilmesi neticesinde farklı kararlar çıkabilmektedir. Öğretide de²¹⁸, ispat külfeti ile ilgili olarak maddi bir olay niteliği taşımayan işveren iradesinin

²¹⁶ Ankara BAM. 5. H.D. , E. 2017/2975, K. 2018/1509, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

²¹⁷ Adana BAM. 8. H.D. , E. 2018/484, K. 2018/567, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

²¹⁸ **ÖZER**, Hatice Duygu, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, S.21, s.134; **DOĞAN**, Gülmelahat, "Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları)", Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s.374.

ispatlanmaya çalışılacağından dolayı, fiili karinelerle ispat konusundaki zorlukların yumuşatılması gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce, ispat külfetinin işçi lehine yorumlanması kadın işçileri koruyucu düzenlemelerin amacına daha fazla hizmet edecektir. Nitekim işçinin işveren karşısında daha güçsüz konumda olduğu da göz önünde bulundurulduğunda ispat hususu da işverene göre daha zordur. Diğer yandan yargı kararlarında da dikkat çektiği üzere, ispat yükünün katı şekilde işçi üzerinde olduğu değerlendirildiğinde işverenler, görünürde performans nedeniyle ve fakat gerçekte hamilelik sebebiyle kadın işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilecektir. Böyle bir durum ise İşK. m.5'in koruyucu işlevine hizmet etmeyecektir. Özellikle performans nedeniyle yapılan fesihlerde işçiden savunma ve uyarı alınması, gerektiği takdirde işçiye eğitimlerin aldırılması veya başka bir pozisyona görevlendirme imkânının değerlendirilmesi gibi birçok unsur araştırılmaktadır. Tüm bu durumlar uzun bir süreç gerektirdiğinden; hamileliğin işverene bildiriminden kısa bir süre sonra yapılan performans nedenine dayalı fesihlerin hamilelik sebebine dayandığının kabulü daha isabetli olacaktır. Yine, işçiden hiçbir savunma alınmamış ve uyarı verilmemişken kadın işçinin hamile olduğunu işverene bildirmesi sonucunda yapılacak performans nedeniyle fesih de kanaatimizce kural olarak hamilelik nedenine dayanan fesih olarak değerlendirilmelidir.

2. İş Kanunu 74. Maddede Öngörülen Sürelerde İşe Gelmemenin Geçerli Nedenle Fesih Teşkil Etmemesi

4857 sayılı İşK. m.18/-e bendi uyarınca, İşK. m.74'te öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek geçerli fesih nedeni olarak görülmemiştir²¹⁹. Diğer bir deyişle, kadın işçilerin analık izni veya ücretli periyodik kontrol izni, süt izni gibi dönemlerinde yapacağı devamsızlıklar geçerli fesih nedeni teşkil etmeyecektir.

Nitekim kadın işçilerin İşK. m.74'te belirtilen çalıştırılmalarının yasak olduğu dönemdeki devamsızlıklarının geçerli fesih nedeni teşkil etmeyeceği ve hatta bu nedenden ötürü

²¹⁹ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.524; SÜZEK, s.598; UĞUR/YİĞİT, s.80; YİĞİT/TOPKAYA, s.62; BAYTEKİN, s.123; SENYEN KAPLAN, s.259; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.188.

yapılan fesihlerin ayrımcılık nedeniyle fesih olduğu da yargı kararlarına konu olmuştur. Yargıtay 9.H.D. vermiş olduğu bir kararında²²⁰, dördüz bebek bekleyen ve düşük tehlikesi geçiren bir kadın işçinin raporunun işverene ulaştırılmadığı gerekçesiyle, devamsızlık sebebiyle gerçekleştirilen feshine ilişkin; kadın işçinin devamsızlığına konu dönemde hastanede gebeliği sebebiyle tedavi gördüğü ve bu nedenden ötürü devamsızlık yaptığını kanaat getirmiş ve işverence yapılan feshin eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil ettiğini kabul ederek ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir.

Yine, Yargıtay 9.H.D tarafından verilmiş olan bir başka kararda²²¹, anaokulu öğretmeni olarak görev yapan kadın işçinin rahatsızlığı sebebiyle hastaneye kaldırılarak hamilelik nedeniyle rapor verilmesi olayında; işverenin devamsızlıkların raporlu günlerin tamamını karşılamaması nedeniyle devamsızlığa dayanarak gerçekleştirmiş olduğu feshin haklı nedene dayanmadığına kanaat getirmiştir.

Ayrıca, yeri gelmişken belirtmek gerekir ki; doğum izni döneminde, kadın işçilerin iş sözleşmeleri geçerli nedenle feshine konu olamayacaktır. Diğer bir deyişle, kadın işçinin doğum izninde olduğu dönemde işveren tarafından ortaya konulan fesih iradesinde bildirim süreleri doğum izni süresinin bitiminden itibaren başlayacaktır. İşveren, bildirim süresine ilişkin ücreti ("ihbar tazminatını") peşin ödeyerek iş sözleşmesini sona erdirmeye iradesini göstermek istese de bu irade m.74'te öngörölmüş izin sürelerinin bitiminden itibaren uygulama alanı bulacaktır²²². Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan kadın işçiler için aynı şeyden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim doğum izninde geçen sürelerin belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından bir etkisi olmayacak olup, doğum izni esnasında belirli sürenin tamamlanması durumunda iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır²²³.

B. Haklı Sebep Feshe Karşı Koruma

²²⁰ Yarg. 9. H.D. , 05.10.2017, E. 2015/13409, K. 2017/15065, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

²²¹ Yarg. 9. H.D. , 04.05.2015, E. 2014/10522, K. 2015/16117, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 9.7.2019.

²²² **EKONOMİ**, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.25.

²²³ **EKONOMİ**, Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma, s.25.

İşK. m.25 hükmünde işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle ve derhal feshedebileceği durumlar belirtilmiştir. Bunlardan bir tanesi de İşK. m.25/I-a hükmünde belirtildiği üzere, işverenin işçinin iş sözleşmesini sağlık nedenlerine dayanarak belli şartların varlığı halinde derhal feshedebileceği yönündeki düzenlemedir. İşK. m.25/I hükmüne göre; işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre m.17'deki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar²²⁴. Bu noktada doğum yapmış kadın işçiler bakımından özel bir koruyucu düzenleme öngörülmüş olup, doğum ve gebelik hallerinde söz konusu sürelerin 74.maddede belirtilen sürenin bitiminde başlayacağı belirtilmiştir.

Bu düzenleme uyarınca, kadın işçinin gebelik veya doğum nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için, İşK. m.74'te belirtilen sürenin sona ermesinin beklenmesi, akabinde m.17'ye göre belirlenecek bildirim süresine altı hafta eklenerek bulunacak süre boyunca devamsızlık yapmış olması gerekecektir. Kadın işçinin gebeliği nedeniyle belirtilen sürelerde iş sözleşmesi askıda olacaktır. Bu sürede işveren kadın işçinin iş sözleşmesini gebelik veya doğum nedenine dayalı olarak feshedemeyecek ve kadın işçi de işverenden ücret talep edemeyecektir²²⁵.

Diğer yandan burada akla gelebilecek bir soru ise, gebelik veya doğum iznine ayrılmış olan kadın işçinin, izne ayrılmadan önce iş sözleşmesinin, İşK. m.25/II uyarınca haklı nedenle feshini gerektiren bir davranışının tespit edilmesi durumunda; kadın işçinin izinde olduğu dönemde iş sözleşmesinin İşK. m.25/II uyarınca feshedilip edilemeyeceğidir. Bu konuda mevzuatımızda bir düzenleme olmamakla birlikte, 92/85/EC sayılı Yönerge'nin 10.maddesi baz alınarak bu soruya cevap bulunabilecektir. Söz konusu Yönerge m.10'a göre, hamilelik döneminin başından analık izninin sonuna kadar olan dönemde kadın işçiler *istisnai haller hariç olmak üzere* işten çıkartılamaz. Yine aynı madde uyarınca kadın işçinin hamileliğinden kaynaklanmayan fesih sebepleri kadın işçiye yazılı olarak bildirilmelidir²²⁶. Yönergenin bu maddesinden çıkarılması gereken sonuç ise, kanaatimizce, kadın işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu dönemde sadece hamilelik

²²⁴ ERTÜRK, s.366; SÜZEK, İş Hukuku, s.681; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.586.

²²⁵ SÜZEK, s.681; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.587; BACAK/YİĞİT, s.21; SENYEN KAPLAN, s.282; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.227.

²²⁶ URHANOĞLU, s.40.

veya doğum nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan başkaca bir nedenden, örneğin İşK. m.25/II hükmünde yer alan bir sebepten dolayı, bu sebep açıkça yazılı olarak kadın işçiye bildirilmek şartıyla, iş sözleşmesi kadın işçinin izinde olduğu dönemde de haklı nedenle feshedilebilmelidir.

C. İş Sözleşmesinin Gebelik Veya Doğum Nedeniyle Sona Erdirilmesinde Uygulanan Hukuki Yaptırımlar

4857 sayılı İşK. kapsamında, iş sözleşmesi, hamilelik veya doğum nedeniyle feshedilen kadın işçi, şartların varlığına göre; ayrımcılık tazminatı, haksız fesih tazminatı ve kötü niyet tazminatlarına hak kazanabilecektir. Aşağıda bu tazminatların özelliklerine ve de birbirleriyle arasındaki ilişkilere değinilecektir.

1. Ayrımcılık Tazminatı

İşK. m.5/6'da belirtilen "*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir.*" şeklindeki hüküm uyarınca, iş sözleşmesi sadece hamilelik veya doğum nedeniyle feshedilen kadın işçi, İşK. m.5/6 hükmü uyarınca ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir. Ayrımcılık tazminatının hesabında esas alınacak olan ücret "esas ücret" olacaktır. Ücretin eki olarak nitelendirilen prim, ikramiye, yakacak yardımı ve diğer sosyal yardımlar söz konusu ücrete dâhil değildir²²⁷. Ayrımcılık tazminatının tutarı kanunda "4 aya kadar ücret" olarak belirtildiğinden ayrımcılık tazminatının miktarını, işveren tarafından yapılan ayrımcılığın ağırlığına, işçinin işyerindeki işi ve konumu ve kıdemi göz önünde bulundurularak hâkim tarafından belirlenecektir²²⁸. Ayrıca, öğretide, ayrımcılık tazminatı talep edilebilmesi için işçinin zarara uğramasına gerek bulunmadığı ve ayrıca ayrımcılık tazminatına ilişkin hükmün nispi emredici nitelikte olmasından ötürü, toplu iş sözleşmeleri ile arttırılmasına bir engel olmadığı savunulmaktadır²²⁹. Ayrımcılık tazminatı talep edilebilmesi için iş

²²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s.465.

²²⁸ SÜZEK, İş Hukuku, s.466.

²²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s.466; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.415.

sözleşmesinin sona ermesine de gerek bulunmamaktadır. İş sözleşmesi devam ederken de ayrımcılığa uğrayan kadın işçi eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle ayrımcılık tazminatı talep edebilecektir.

Konu ile ilgili tartışmalı bir husus ise; iş güvencesi kapsamında olan bir kadın işçinin, ayrımcılığa dayalı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işverence işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken olan iş güvencesi tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatını beraber isteyip isteyemeyeceğidir. Doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca²³⁰, bir olay içerisinde iki tazminat türüne de aynı anda hükmedilebilecektir. Nitekim söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, iş güvencesi tazminatı İşK. m.17 ve 18 uyarınca görülen davalar neticesinde işçinin işe başlatılmaması neticesinde ödenmesi öngörülen tazminat türüdür. Ayrımcılık tazminatı ise, işverenin İşK. m.5'te belirtilmiş olan ayrımcılık yasaklarına aykırı davranışı neticesinde ödenmesi öngörülmüş olan bir tazminat türüdür. Diğer bir deyişle, her iki tazminat farklı iki eylemin yaptırımı olarak öngörülmüş olmasından ötürü, bir olayda hem iş güvencesi tazminatına hem de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Süzek'e göre ayrıca²³¹, İşK. m.5/6'da ayrımcılık tazminatı ile birlikte, sadece sendikal tazminatın istenemeyeceği yönünde istisnai bir düzenleme getirildiğinden, hükmün karşıt anlamından ayrımcılık tazminatı ile birlikte iş güvencesi tazminatına da hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca ise²³², işverenin aynı davranışına birden fazla yaptırım bağlanamayacağı gerekçesiyle iş güvencesi tazminatının ayrımcılık tazminatı ile beraber istenemeyeceği savunulmaktadır.

Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşü ise; vermiş olduğu birçok kararında istikrarlı şekilde devam etmekte olduğu üzere²³³, iş güvencesi tazminatı ve ayrımcılık tazminatına aynı

²³⁰ MANAV, s.772; BAYTEKİN, s.65; DOĞAN YENİSEY, s.78; SÜZEK; İş Hukuku, s.468.

²³¹ SÜZEK, İş Hukuku, s.468.

²³² ÇOLAKOĞLU, Ebru, "Türk İş Hukukunda Eşit Davranma Borcu", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.93; TUNCAY, Aziz Can, "Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir, Karar İncelemesi, Sicil İHD, Haziran 2008, S.10, s.107 vd.

²³³ Yarg. 9. H.D. , 14.04.2016, E. 2015/29051, K. 2016/9441; Yarg. 9. H.D. , 06.06.2007, E. 2007/30630, K. 2007/18174; Yarg. 9. H.D. , 17.09.2015, E. 2015/18355, K. 2015/26031; www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 10.7.2019.

anda hükmedilmesi gereken bir olayda, iş güvencesi tazminatına hükmedilmesi gerekecek (miktarı arttırılmak suretiyle) ve ayrımcılık tazminatına hükmedilemeyecektir.

Kanaatimizce ise, işe başlatmama tazminatı ile ayrımcılık tazminatı aynı davada talep edilebilmelidir. Nitekim iş güvencesi tazminatı, İşK. m.21'de belirtildiği üzere, işverenin, işçiyi işe başlatmamasının bir yaptırımıdır. Ayrımcılık tazminatı ise, İşK. m.5 uyarınca maddede belirtilen unsurlar doğrultusunda ayrımcılık yasağına aykırılığın bir yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, iki tazminatın koruyucu işlevleri birbirinden tamamen farklıdır. Ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının korumakta olduğu kavramlar birbirinden farklı olduğundan, bu iki tazminat türünün iki farklı yaptırım olarak uygulanmasında da bir engel bulunmamaktadır. Zira Yargıtay'ın yukarıda bahsedilmiş olan kararlarında da, aslında, işe başlatmama tazminatının arttırılması suretiyle ayrımcılığın ayrı olarak yaptırımı bağlanmış olduğu sonucu çıkarılabilecektir. Diğer yandan, kanaatimizce, Yargıtay'ın, ayrımcılık tazminatına, iş güvencesi tazminatı miktarının arttırılmak suretiyle hükmedilmesi gerektiği yönündeki kararlarına da çekinceli yaklaşmak gerekir. Zira işe başlatmama tazminatı ancak, işverenin, işçiyi usulüne uygun işe iade başvurusuna karşın işe başlatmaması durumunda ödenecek bir tazminattır. Başka bir deyişle, işverenin işçiyi işe başlattığı durumlarda işe başlatmama tazminatı ödenmeyecektir. Yargıtay'ın görüşünün kabul edilmesi durumunda, ayrımcılık nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen bir kişiyi, işveren işe başlattığı takdirde işe başlatma tazminatı ile ve dolayısıyla ayrımcılık tazminatıyla da sorumlu olmayacaktır. Böyle bir durumda, işverenin, ayrımcılık yaratan davranışı yaptırımsız kalmış olacaktır. Bu nedenlerden ötürü, kanaatimizce, ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatı aynı davada talep edilebilmelidir.

2. Kötü Niyet Tazminatı

İş Hukuku kapsamında kötü niyet tazminatı yasal dayanağını 4857 sayılı İşK. m.17/6 hükmünden almaktadır. Söz konusu hükme göre *"18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulama alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir"*. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, İşK. m.18 kapsamında iş güvencesi kapsamına giren işçiler, kötü

niyetle fesih tazminat hakkı kapsamı dışında bırakılmıştır. İşK. m.17 gerekçesine göre işçinin işvereni şikâyet etmesi, işveren aleyhine tanıklık yapması veya dava açması durumunda işveren tarafından yapılan fesihler kötü niyete örnek olarak gösterilmiştir²³⁴. Kötü niyetle fesih halleri sadece bu sayılanlarla sınırlı olmayıp, fesih hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı diğer durumlarda da kötü niyetle fesihten bahsedilebilecektir.

Kötü niyet tazminatı niteliği itibariyle götürü bir tazminat niteliğindedir²³⁵. Buna göre, ihbar tazminatı hesaplamasında olduğu gibi, kötü niyet tazminatının hesabında da temel ücret değil, işçinin ücretine ek olarak para veya para ile ölçülebilir olan sağlanmış menfaatler de dikkate alınır. Ancak, toplu iş sözleşmeleriyle işçi lehine de olsa bildirim sürelerinin arttırılması suretiyle kötü niyet tazminatının miktarının arttırılması mümkün değildir²³⁶. Nihayet, kötü niyet tazminatı bakımından zamanaşımı süresi 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.15'le yapılan düzenleme çerçevesinde on yıldan beş yıla düşürülmüştür.

Hamile veya doğum yapmış kadın işçiler bakımından kötü niyet tazminat talebi ise, iş güvencesi kapsamına girmeyen kadın işçilerin hamilelik veya doğum nedenine dayalı olarak iş sözleşmelerinin feshinde söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda, söz konusu kadın çalışanlar feshin hamilelik veya doğum nedenine dayandığı gerekçesiyle çalışma süresine göre belirlenecek bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat talep edebilecektir.

Yargıtay'ın ise hamilelik veya doğum nedenine dayanan fesihlerde farklı kararları bulunmaktadır. Yargıtay eski tarihli vermiş olduğu bir kararında²³⁷ hamilelik nedeniyle verimsizlik sebebine dayanılarak gerçekleştirilen bir fesihte işverenin kötü niyetli olduğunun söylenemeyeceğini ve kötü niyet kavramının genişletilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın daha güncel bir başka kararında ise²³⁸, hamilelik nedeniyle raporlu olan kadın işçinin devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği olayda feshin haksız olduğuna kanaat getirilmesine karşın, kötü niyetin ispatlanamadığı

²³⁴ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.464.

²³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s.543.

²³⁶ Yarg. 9. H.D. , 25.12.2003, E. 2003/21909, K. 2003/22733; www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 11.7.2019.

²³⁷ Yarg. 9. H.D. , 15.09.1987, E. 1987/7104, K. 1987/7858, ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.464.

²³⁸ Yarg. 9. H.D. , 04.05.2015, E. 2014/10522, K. 2015/16117, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 11.7.2019.

gerekçesiyle kötü niyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir. Diğer yandan, Yargıtay aksi görüşte olduğu bir kararında²³⁹, işverenin, evli bir kadın işçiyi, sırf hamile kalması ve rapor alması üzerine işten çıkarmasını kötü niyetle fesih olarak değerlendirmiştir.

Kanaatimizce, yukarıda, kadın işçilerin geçerli nedenle feshe karşı korunması kısmında belirtmiş olduğumuz açıklamalar burada da geçerli olmalıdır. Nitekim iş güvencesi kapsamında olmayan bir kadın işçinin hamilelik süreci başladıktan sonra rapor alması nedeniyle hemen fesih yoluna gidilmesi veya daha önce bu şikayetler kendisine iletilmeden performans dayalı fesih yoluna gidilmesi, işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin kötü niyetle feshedilmiş olduğuna dair bir karine oluşturmaktadır. Aksi takdirde, uygulamada iş güvencesi olmayan işyerlerinde kötü niyetin ispatı çok zor olduğundan iş güvencesi kapsamında olmayan kadın işçiler son derece korunmasız kalacaklardır.

Kötü niyet tazminatının, ayrımcılık tazminatı ile beraber istenip istenemeyeceği de, iş güvencesi tazminatı ile ayrımcılık tazminatının beraber istenip istenemeyeceği gibi bir tartışma konusudur.

Öğretideki bir görüş uyarınca²⁴⁰, ayrımcılık kötü niyetin özel bir hali olduğundan ve de aynı davranış nedeniyle farklı iki yaptırım uygulanamayacağı sebebiyle kötü niyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının beraber istenemeyeceği savunulmaktadır.

Diğer yandan, bir başka görüş uyarınca ise²⁴¹ kötü niyet tazminatı ve ayrımcılık tazminatı beraber talep edilebilecektir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, İşK. m.5 ayrımcılık yasağını yaptırıma bağlamışken, İşK. m.17 ise kötü niyetli feshi yaptırıma bağlamıştır. Dolayısıyla, ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatının koruyucu işlevleri farklıdır ve aynı olay sebebiyle hem ayrımcılık tazminatına hem de kötü niyet tazminatına hükmedilmesine bir engel bulunmamaktadır.

²³⁹ Yarg. 9. H.D., 28.05.1997, E. 1997/6254, K. 1997/10175, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 11.07.2019.

²⁴⁰ DOĞAN YENİSEY, s.80; BAYTEKİN, s.66; ERTÜRK, Şükran/GÜRSEL, İlke, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 1.Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2011, s.450.

²⁴¹ YILDIZ, s.361; SÜZEK, İş Hukuku, s.467; ODAMAN, Serkan, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler", Legal İSGHD, Haziran, 2010, S.25 s.80; URHANOĞLU, s.44.

Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Nitekim ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatı birbirlerinden tamamen farklı kavramlar olduğundan, eğer işveren tarafından yapılan bir fesihte hem ayrımcılık hem de kötü niyet söz konusu ise ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatına beraber hükmedilebilmelidir.

Nitekim aksi görüşün kabulü, iş güvencesi kapsamında olmayan kadın işçiler bakımından çok sınırlı haklar mevcut olacağından, yeterli koruma sağlamayacaktır. Zira iş güvencesi kapsamında olan bir kadın işçinin iş sözleşmesi ayrımcılığa dayalı olarak feshedildiğinde, kadın işçi iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre ücreti ve ayrımcılık tazminatıyla birlikte yaklaşık 10-12 aylık ücreti tutarında tazminat alabileceken; iş güvencesi kapsamında olmayan kadın işçiler, eğer kötü niyet tazminatı ile birlikte ayrımcılık tazminatının beraber istenemeyeceği görüşü savunulur ise sadece 3-4 aylık ücreti tutarlarında tazminata hak kazanabileceklerdir. İş güvencesi kapsamında olan ile olmayan kadın işçiler arasında ayrımcılık ve kötü niyetle fesih tazminatı bakımından bu kadar yüksek düzeyde bir farklılığın bulunmasının kanaatimizce bir anlamı bulunmamaktadır.

3. Haksız Fesih Tazminatı

İş sözleşmelerinin haklı bir nedene dayanmadan feshedildiği durumlarda öngörülen bir başka tazminat türü ise TBK. m.438/3 hükmünde yer bulmuş olan "haksız fesih tazminatıdır."

İşveren, bir işçinin iş sözleşmesini haklı bir neden olmadan derhal feshederse, işçi, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde fesih bildirim süresine göre belirlenecek ücreti; belirli süreli iş sözleşmelerinde ise sözleşmenin sonuna kadar çalışsaydı kazanacağı ücreti tazminat olarak talep edebilecektir (TBK m.438/1). Belirli süreli iş sözleşmelerinde işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden ötürü, tasarruf ettiği bir miktar, başka işten elde ettiği bir gelir veya bilerek elde edinmekten kaçındığı gelirleri tazminat miktarından indirilir (TBK m.438/2).

Maddenin 3.fikrasında yer alan düzenleme ise duraksamaya neden olabilecek bir düzenlemedir. Söz konusu fıkra göre "*Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz*".

Burada akla gelebilecek ilk soru hükümde yer alan "ayrıca" ifadesinden ötürü, birinci fıkrada ifade edilmiş olan tazminattan başka hâkim tarafından takdir edilecek ayrı bir tazminatın da söz konusu olup olmayacağıdır. Kanaatimizce, söz konusu hükümde açıkça "ayrıca" ifadesi kullanılmış olduğundan, birinci fıkrada belirtilmiş olan tazminattan ayrı olarak hâkim tarafından takdir edilecek bir tazminata da hükmedilebilecektir. Bu ödemenin, öğretide²⁴², bir "medeni ceza" olduğu diğer bir deyişle tazminat niteliğinden ziyade işvereni haksız fesih nedeniyle cezalandırma amacı taşıdığı ifade edilmektedir.

Uygulamada "haksız fesih tazminatı" olarak adlandırılmakta olan bu tazminatın da ayrımcılık tazminatı ile beraber istenip istenemeyeceği konusu da tartışmalıdır. Doktrinde bu konudaki görüş²⁴³; TBK. m.438/3 hükmünde hakimin tazminatı "*bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak*" belirleyeceği düzenlemesi karşısında, ayrımcılığında bu "*durum ve koşullardan*" biri olması nedeniyle TBK m.438/3'de belirtilmiş olan tazminatın ayrımcılık tazminatıyla beraber istenemeyeceği yönündedir.

Kanaatimizce de ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatı beraber talep edilemeyecektir. Zira maddede belirtilen "*bütün durum ve koşullar*" kapsamına ayrımcılık da girebilecektir. Yukarıda kötü niyet tazminatı ve iş güvencesi tazminatı ile beraber ayrımcılık tazminatının da talep edilebileceği yönündeki görüşümüz, İşK. m.5'te belirtilen yasağa aykırılık halinin ayrıca yaptırıma bağlanması gerektiği görüşüne dayanmaktadır. Oysaki kanaatimizce burada, ayrımcılığın m.438/3'te belirtilen "*bütün durum ve koşullardan*" biri olarak görülmesine bir engel bulunmamaktadır. Nitekim, öğretide de belirtildiği üzere²⁴⁴, hâkim m.438/3 kapsamındaki ödeme miktarını takdir ederken, bu ödemenin ceza ve manevi ceza niteliğinde olduğunu göz önünde bulunduracak ve sözleşmenin haksız fesih nedenini dikkate alacaktır. Madde 438/3'te düzenlenen ödemenin bu niteliğinin de ayrımcılık tazminatının cezai niteliğiyle uyumluluk göstermesinden ötürü, ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatı görüşümüze göre beraber talep edilemeyecektir.

²⁴² CANIKLIOĞLU, Nurşen, *Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Haksız Fesih Tazminatı*, Türk Borçlar Kanunu İş Kanunu İlişkisi, 10.yılında iskanunusunumdosyası.ppt., www.tisk.org.tr, E.T: 11.07.2019.

²⁴³ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, "Türk Borçlar Kanununun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi"; Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara, 2012, s.592.

²⁴⁴ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, *Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler*, www.kamu-is.org.tr, E.T: 11.7.2019.



SONUÇ

Kadın işgücü ile erkek işgücü arasında ayrımcılık yapılamayacağı günümüzde yadsınamaz bir gerçek haline gelmiştir. Buna karşın, günümüzde dahi, tüm dünyada kadınların çalışma hayatındaki yerinin erkek çalışanlara göre yeteri düzeyde yaygın olduğundan bahsetmek güçtür. Bu durumun en önemli sebeplerinden biri ise toplumsal önyargılardır. Bu önyargıların başında ise kadınlara, annelik görevi ve de ailesel sorumluluklar ve özellikle de çocuk bakımı görevlerinin atfedilmesi gelmektedir. Kadınlar bu önyargı nedeniyle çoğu zaman çalışma hayatından uzak kalabilmektedir. Bu durum istihdamda fırsat eşitsizliğine ve de cinsiyet ayrımcılığına neden olmaktadır. Bu sorunların önüne geçmek ve analık halinin çalışma yaşamıyla uyumlaştırılmasını sağlamak amacıyla, gerek uluslararası belgelerde gerekse de ulusal mevzuatımızda zamanın getirdiği ihtiyaçlar doğrultusunda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Bu çalışmamızda da, özellikle 2016 yılında yürürlüğe giren 6663 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerle birlikte, mevzuat hükümlerimiz detaylı şekilde irdelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle, mevzuatımızın uluslararası sözleşme ve belgelerle uyumunun değerlendirilmesi amacıyla uluslararası sözleşme ve belgeler ve bunların ülkemiz mevzuatı ile uyumu incelenmiş; devamında ise ülkemizdeki mevzuatlar çerçevesinde analık halinin ne kadar korunduğu, mevcut hükümlerin yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı, istihdamda fırsat eşitliğini sağlama amacına hizmet edip etmediği ve de cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususlarına değinilmiştir. Çalışmamızdan çıkan sonuçlar aşağıdaki şekilde sıralanabilecektir:

BM, ILO, Avrupa Konseyi ve AB üyesi devletler tarafından kabul edilen birçok uluslararası sözleşme ve direktifte, kadın çalışanların analık hali önemli yer teşkil etmiş ve geçmişten bugüne kadar değişen ihtiyaçlar doğrultusunda söz konusu düzenlemelerde birçok değişiklik yapılmıştır. Bahsedilen tüm bu kurumlar nezdinde bulunan uluslararası mevzuattaki düzenlemelerde, ilk zamanlarda "çalışma yaşamında kadın olma nedeniyle koruma" anlayışının yerini "çalışma yaşamında analık durumuyla bağlantılı koruma"

anlayışı almıştır. Bu kapsamda gebelik döneminde kadın çalışanın hamileliğine uygun işlerde çalıştırılması, periyodik olarak ücretli muayene izni verilmesi, doğum öncesi ve sonrası ücretli ya da gerekli ekonomik ve sosyal güvenlik haklarının sağlandığı izin süresi verilmesi, kadın çalışanların hamilelik durumunun feshe gerekçe olamaması ve doğum izni sürelerinin bitmesinden sonra işe dönüş garantisi, hem kadın hem erkek çalışanlara çocuklarının bakımı için belli bir süre ebeveyn izni verilmesi gibi düzenlemeler uluslararası mevzuatta yer almıştır. Uluslararası mevzuatta yer alan tüm bu haklar doğrultusunda, kadın ve erkek arasında fırsat eşitliğinin sağlandığı ve de cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırıldığı en azından teorik olarak söylenebilecektir. Diğer yandan, ülkemiz mevzuatı bakımından ise, özellikle 6663 sayılı Kanun ile önemli sayılabilecek birçok düzenleme getirilmiş olmasına karşın, halen "*her yaşta kadınların*" belirli işlerde çalışmasını yasaklayan düzenlemelerin mevcudiyeti ve özellikle AB Direktiflerinde öngörülen şekilde ebeveyn izni kavramının mevzuatımızda yer almamasının bir eksiklik olduğu ve bu konular açısından mevzuatımızın uluslararası mevzuatla paralellik göstermediği söylenebilecektir. Ayrıca, DMK. ve TBK.'na tabi çalışanlar açısından İşK.'na tabi çalışanlardan farklı düzenlemeler öngörülmüş olması da mevzuatımızın teorik olarak uluslararası belgelerle uyumu bakımından bir eleştiri kaynağı olabilecektir. Yine, özellikle, çalışma yaşamında cinsiyet ayrımcılığı bakımından, mevzuatımızda koruyucu hükümlerin yer alması, mevzuatımızın uluslararası belgelerle uyumlu olduğu yorumunu doğrurabilecek ise de, ülkemizde uygulamada halen ayrımcılık teşkil eden davranışların devam ediyor olması, aslında fiiliyatta ülkemizin uluslararası normlarla pek uyumlu olmadığını göstermektedir.

Ülkemiz mevzuatı bakımından ise, başta TC. Anayasası olmak üzere, Basın İş Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununda kadın çalışanların gebelik halinin korunması ve gebelik halinin iş sözleşmesine etkisinin düzenlenmesi bakımından detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Bunların içerisinde, özellikle, 6663 sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümlerle beraber, İşK. kapsamında kadın çalışanların analık haline bağlı sahip olabilecekleri haklar genişletilmiştir. Bu haklar arasında en önemli sayılabilecek hususların başında ayrımcılık yasağının geldiği söylenebilecektir. Ayrımcılık yasağı kapsamında, özellikle, kadın çalışanlara, işin niteliği ve gerekliliklerinden ötürü zorunluluk olmadığı sürece, hamileliği ile ilgili soru sorulamaması önemle dikkat edilmesi gereken bir husustur. Ayrıca, kadın çalışanların, iş sözleşmelerine belli bir süre

hamile kalmayacağı aksi takdirde ceza-i şart ödeyeceği yönünde konulan hükümlerin de geçersiz olacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrımcılık yasağına aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımların da kanaatimce dar lafzi yorumla değerlendirilmeyerek, İşK.m.5 hükmünün gerekçesi de göz önünde bulundurulmak suretiyle, işe alım esnasında ayrımcılık söz konusu olduğunda maddede belirtilen tazminatın uygulama alanı bulması gerektiğinin kabulü daha isabetli olacaktır. Tüm bu koruyucu düzenlemelere karşın, uygulamada halen, özellikle de işe alımlar esnasında ayrımcılık yaratan uygulamalar sıklıkla yaşanmakta olup; bu durumun sadece belli ve sınırlı bir miktarda tazminat ile değil idari anlamda ciddi yaptırımlar uygulanmak suretiyle izlenmesi ve bu suretle önüne geçilmesi gerekmektedir.

Ayrımcılık yasağından sonra, analık halinin korunmasına ilişkin bir başka detaylı düzenleme İşK. m.74 hükmüdür. Bu hükme, 6663 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerle birlikte, en azından teorik olarak, cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması yönünde önemli adımlar atıldığı söylenebilecektir. Nitekim 74.maddede öngörülmüş olan "analık izni" sadece kadın çalışanlara değil, üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen eşlerden birine ve doğum sırasında ve sonrasında annenin ölümü halinde babaya kullanılabilecektir. Yine, 74.maddenin son fıkrasına eklenen hükümlerle, maddede belirtilen izin haklarının sadece İşK. kapsamında çalışan işçiler için değil diğer kanunlara tabi çalışan işçiler için de uygulanabileceği yönündeki hükümlerle birlikte, maddede belirtilen izin haklarından daha geniş bir işçi topluluğunun yararlanacak olması da isabetli bir düzenleme olmuştur. Diğer yandan, yine mevzuatımıza yeni bir kavram olarak girmiş olan "yarım çalışma izni hakkı"nın sadece kadın işçilere tanınmış olması fakat erkek işçilere tanınmamış olması nedeniyle yeni getirilen bu düzenlemenin cinsiyet ayrımcılığı sonucunu doğurabilecek bir düzenleme olduğu da göz ardı edilmemelidir. Zira bu husus, kanun koyucunun da aslında çocuğun bakımı görevinin asıl sorumluluğunun kadında olduğu ve kadının tek görevinin bu olduğu yönünde bir irade taşıdığı yorumunun yapılmasına müsaittir.

İş Hukuku mevzuatımıza yeni giren diğer bir başka kavram ise, İşK. m.74'te belirtilen izin sürelerinin sona ermesinden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı ayı takip eden aybaşına kadar kısmi süreli çalışma imkânıdır. İlk olarak, bu düzenlemenin sadece kadın çalışanlar için değil, hem kadın hem erkek çalışanlar için getirilmiş

olmasının isabetli olduğu söylenebilecektir. Ancak, çalışmamızda detayları belirtilmiş olduğu üzere, İşK. m.13/5 hükmünün anlam karışıklığına neden olabilecek şekilde ifade edilmesi ve İşK. m.13/5 hükmüne dayanak olarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri ile kanun hükmü arasında tereddüt yaratabilecek noktaların olması, bu hakkın kullanımının nasıl gerçekleşeceği konusunda sorunların doğmasına müsaittir. Özellikle, kısmi süreli çalışmanın gerçekleşeceği günlerin ve de hangi saatler arasında gerçekleşeceğinin nasıl belirleneceği hususunun net olmaması uygulamada işçi ile işveren arasında uyuşmazlıkların yaşanmasına sebep olmaktadır. Yine, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçi yerine işe alınan tam süreli çalışan işçinin durumu ile ilgili getirilmiş düzenleme de, tam süreli çalışan işçinin haklarını korumaktan uzak olup, bu konunun yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Kanunda, her ne kadar kısmi süreli çalışmaya geçme talebinin geçerli nedenle fesih sebebi teşkil etmeyeceği düzenlemesi, işverenler açısından iş sözleşmesinin sonlandırılmayacağı yönünde caydırıcı bir etki yapıyor gibi görünse de durum pek öyle değildir. Uygulamada, özellikle büyük şirketler ve güçlü kuruluşlar bakımından geçersiz nedenle feshin sonuçlarının tolere edilebildiği hususu göz önüne alındığında, bu şirket ve kuruluşların kadın işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde pek temkinli davranacaklarını beklemek fazla iyimserlik olacaktır. Dolayısıyla, burada asıl düşünülmesi gereken husus izinler ve kısmi süreli çalışma konusundaki düzenlemelerin iş sözleşmesinin feshi açısından geçerli sebep teşkil edip etmeyeceği değil, bundan sonraki süreçte, özellikle de yeni getirilen düzenlemeler kapsamında, işverenlerin kadın işçi istihdamı konusuna nasıl bir tutumla yaklaşacaklarıdır.

Çalışmamızın son kısmını ise, gebelik ve analık halinin iş sözleşmesinin sona ermesinde korunması oluşturmaktadır. Kadın çalışanlar bakımından, hamilelik ve doğum durumuna karşı, önelli feshine ve de haklı sebeple feshine karşı koruyucu hükümler mevzuatımızda yer almıştır. Burada ise, işverenlerin, kadın çalışanların iş sözleşmesinin feshini gerçekte hamilelik ve doğum sebebine dayandırmasına karşı, görünürde başka bir sebep bildirmek suretiyle bu gerçek iradelerini gizlemeleri noktasında sorunlar doğabilmektedir. Bu noktada kadın çalışanların, iş sözleşmelerinin hamilelik ve doğum nedeniyle feshedilmiş olduğunu ispatı meselesi söz konusu olmaktadır. Çalışmamızda, çeşitli yargı kararlarına yer verildiği üzere, yargı kararlarında da ispat külfetinin katı bir şekilde değerlendirilmesinden ötürü, kesin bir uygulama birliği bulunmamaktadır. Bu durum ise, kadın çalışanların, iş sözleşmesinin feshedilmesine karşı, yargı yoluna

başvurmaktan çekinmesi sonucunu doğurabilecektir. Dolayısıyla, özellikle belirli karinelerin kabul edilmesi suretiyle, kadın çalışanların iş sözleşmelerinin feshinin hamilelik ve doğum nedenine dayandığı hususundaki ispat külfetinin yumuşatılması gerektiği söylenebilecektir.

Sonuç olarak, analık izinleri, kısmi süreli çalışma hakkı düzenlemeleriyle birlikte mevzuatımızda yer alan diğer koruyucu önlemlerin, teoride, kadın işçiler bakımından pozitif düzenlemeler olduğu düşünülebilir ise de; uzun vadede söz konusu düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde, kadın çalışanların çalışma yaşamından uzaklaşması sonucunun doğması da kuvvetle muhtemeldir. Nitekim toplumumuzda, özellikle aile yaşantısında, ne yazık ki kadınlara belli roller biçilmiş olması bu sonucun gerçekleşmesini de tetikleyebilecektir. Dolayısıyla, hamilelik ve doğum sonrasında, kadın çalışanlara tanınan haklar kadınlarla sınırlı tutulmamalı ve her iki ebeveyne de tanınmalı ve ayrıca işyerlerinde emzirme odaları veya çocuklar için kreşler kurulması gibi uygulamaların etkin bir şekilde uygulanması sağlanarak, hem anne-çocuk ilişkisinin sağlıklı kurulması hem de kadınların çalışma yaşamından uzaklaşmaması sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa,** "İşçinin Feshe Karşı Korunması", [Çevrimiçi], www.acikerisim.deu.edu.tr, [E.T: 23.11.2017].
- Bakırcı, Kadriye,** "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik Ve Mevzuatta Ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", *Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2012/1, S:10, [Çevrimiçi], www.dergipark.gov.tr, [E.T: 30.05.2018].
- Baytekin, İnci,** İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Hakları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Centel, Tankut,** "6663 Sayılı Yasayla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler - Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.35, İstanbul, 2016, [Çevrimiçi], www.mess.org.tr, [E.T: 29.6.2018].
- Çalışkan, Aslı,** İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezleri Dizisi*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat,** *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 31.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Çolakoğlu, Ebru,** Türk İş Hukukunda Eşit Davranma Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.
- Dedeoğlu, Saniye,** "Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye'de Sosyal Devlet Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı", *Çalışma ve Toplum*, S:21, 2009/2, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org, [E.T: 15.10.2018].
- Demirhan Adakale, Fatma Elif / Ekonomi, Münir,** "Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu ile Getirilen Yenilikler", *İTÜ Dergisi*, C:4, S:5, İstanbul, 2005, [Çevrimiçi], www.itudergi.itu.edu.tr, [E.T: 11.12.2017].
- Dinç, Meryem,** "Çalışma Hayatında Kadın ile İlgili Hukuki Düzenlemeler", *Kamu-İş*, C:6, S:3, Ankara, 2002, [Çevrimiçi], www.kamu-is.org.tr, [E.T: 24.10.2017].

- Doğan Yenisey, Kübra**, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, S:11, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org, [E.T: 12.3.2018].
- Doğan, Elif Tuğba**, "Hamile Kadınların Çalışma Yaşamında Maruz Kaldığı Ayrımcı Uygulamalar, *İş Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, C:14, S:2, Nisan 2012, [Çevrimiçi], www.academia.edu, [E.T: 24.11.2017].
- Doğan, Gülmelahat**, "Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları), *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, [Çevrimiçi], <http://www.ankarabarusu.org.tr>, [E.T: 14.1.2019].
- Ekonomi, Münir**, "Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2009/3, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org. [E.T: 12.5.2018]. (Feshe Karşı Koruma).
- Ekonomi, Münir**, "Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları", *Legal İş HSGHD*, S:53, İstanbul, 2017, [Çevrimiçi], <https://legal.com.tr>, [E.T: 12.5.2018]. (Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma).
- Eraltuğ Kökkılınç, Ayşegül**, "Avrupa Birliği Hukukunda Ebeveyn İzni", *Legal İş HSGHD*, S:9, İstanbul, 2016, [Çevrimiçi], www.legal.com.tr, [E.T: 27.12.2017].
- Erdoğan, Gülnur**, "Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı", *TBB Dergisi*, S.77, Ankara, 2008, [Çevrimiçi], www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr, [E.T: 6.12.2017].
- Ermumcu, Senem Değer**, "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C:19, Özel Sayı, İzmir, 2017.
- Ertürk Arslan, Arzu**, "Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23, S:1, İstanbul, 2016 [Çevrimiçi], www.dergipark.gov.tr, [E.T: 4.2.2018].
- Ertürk, Şükran/Gürsel, İlke**, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, Beta Basım, İstanbul, 2011.
- Eyrenci, Öner**, "İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15.Yıl Armağanı*, İstanbul, 1991.

- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 7.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.**
- Fettah, Melek, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Kadın İşçilerin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.**
- Geleri, Mehmet Fatih, "İşveren, İşçinin Yarı Zamanlı ve Kısmi Süreli Çalışma İsteğini Reddedebilir mi ?", *Yaklaşım Dergisi*, İstanbul, 2017.**
- Göçmener, Sinem, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Kadın Erkek Eşitliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.**
- Gökalp, İsmet Emre, Türkiye'de Kadın Girişimciler ve Kadın Yöneticiler, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2008.**
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/3, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org, [E.T: 3.2.2018].**
- Gürsel, İlke, "İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.**
- İnan, Ali Naim / Yücel, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.**
- İren, Ertan, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.**
- İştar Urhanoglu, Cengiz, "Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi", *Kamu-İş Dergisi*, C:10, S:4/2009, [Çevrimiçi], www.kamu-is.org.tr, [E.T: 11.12.2018].**
- Kaloğlu, Nur, Banka Çalışanlarının Cam Tavan Sendromuna İlişkin Tutumlarını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017.**

- Kandemir, Murat**, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler İle İlgili Düzenlemeleri, A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, Hukuk Kitapları Serisi:49, İstanbul, 2017.
- Kaya, Ayça**, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2009.
- Kırkpınar, Leyla**, Türkiye'de Toplumsal Değişme ve Kadın, T.C. Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2001.
- Koç, Sedef**, "İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri", *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi, No:6 İş Hukuku, İstanbul, 2016.
- Kökkılınç, Ayşegül**, *İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Köseoğlu, Ali Cengiz**, "Türk İş Hukukunda Analık", *İş ve Hayat Dergisi*, C:2, S:4, [Çevrimiçi], www.sekeris.org.tr, [E.T: 28.1.2018].
- Küçükırsoy, Dila**, Türk Toplumunda Kadın Algısı ve Kadın Haklarının Tarihsel Gelişimi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- Manav, Eda**, "AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'de ki Uygulamalar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:15, Özel Sayı, İzmir, 2013, [Çevrimiçi], acikerisim.deu.edu.tr, [E.T: 4.2.2018].
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş**, *İş Hukuku Ders Kitabı*, 2.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2018.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi**, "Türk Borçlar Kanununun Kabulünden Sonra İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi"; *Erzurumluoğlu Armağanı*, Ankara, 2012.
- Moroğlu, Nazan**, "Avrupa Birliği Antlaşmalarında ve Yönergelerinde Kadın Erkek Eşitliği", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:1, S:4, İstanbul, 2006, [Çevrimiçi], www.mess.org.tr, [E.T: 27.12.2017].
- Ocak, Saim**, "Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.37, İstanbul, 2018 [Çevrimiçi], www.mess.org.tr, [E.T: 16.7.2018].

- Odaman, Serkan**, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu Üzerine Görüşler", *Legal İHSGHD*, Haziran, 2010, S.25.
- Oskay, Barlas**, "Analık İzni, Ücretsiz İzin ve Yarım Süreli Çalışmaya Eleştirel Bakış", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, S:155-156, Temmuz-Ağustos 2017.
- Özdemir, Sahir**, Avrupa Topluluğunda İkincil Mevzuat ve Karar Alma Usulleri, *DPT AB ile İlişkiler Genel Müdürlüğü*, Ankara, Mayıs 2001, [Çevrimiçi], <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/hukuk/ozdemir/ikincilm.pdf>, (İkincil Mevzuat), [E.T: 09.01.2018].
- Özdemir, Cumhur Sinan**, "Kadın İşçiye Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Verilecek Kısmi Çalışma İzninin Şartları Belirlendi", *Mali Çözüm Dergisi*, Kasım-Aralık 2016.
- Özer, Hatice Duygu**, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S.21.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay**, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı", *Prof.Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir, 2000.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay**, *Bireysel İş Hukuku*, Yenilenmiş 8.Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, 2017.
- Soysal, Tamer**, "Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler", *Kamu-İş*, C:8, S:4, İstanbul, 2006.
- Süral, Nurhan**, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Çalışan Kadınlara İlişkin Düzenlemeleri ve Türkiye", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2001.
- Süzek, Sarper**, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 16.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Süzek, Sarper**, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Yıl:3, S:12, Aralık 2008, İstanbul, [Çevrimiçi], www.mess.org.tr, [E.T: 02.06.2018].
- Taşkent, Savaş / Kurt, Dilek**, "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2014/1, S:40, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org, [E.T: 30.3.2018].

- Taşkın, Lale**, Uluslararası Sözleşmeler Işığında Kadının Durumu, *Cumhuriyet Üniversitesi Yükseköğretim Dergisi*, C:2, S:8, 2004, [Çevrimiçi], eskidergi.cumhuriyet.edu.tr, [ET: 03.02.2018].
- Tokcan, Halil / Kolyiğit, Emre**, "Türk Tarihinde Yer Alan Kadın Şahsiyetler Hakkında Öğrenci Bilgi Düzeyleri", *Uluslararası Sosyal Bilgilerde Yeni Yaklaşımlar Dergisi*, C.1, S.1, 2017, s.33.
- Tuaç, Pelin**, "Analık Halinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:32, S:1, İzmir, 2017, [Çevrimiçi], iibfdergi.deu.edu.tr, [E.T: 5.5.2018].
- Tuncay, Aziz Can / Ekmekçi, Ömer**, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Tuncay, Aziz Can**, "Birden Fazla Tazminatın Kapsamına Giren Bir Eylemde Hangi Tazminata Hükmedilecektir", Karar İncelemesi, *Sicil İHD*, Haziran 2008, S.10.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut**, *İş Hukukunun Esasları*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Tüzünkan, Demet**, Kadın İşgücüne Yönelik ILO Sözleşmeleri ve Uygulanırlığı: Mevzuatlar Açısından Türkiye-İtalya Karşılaştırması, *Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, S:12, Kastamonu, 2016, [Çevrimiçi], www.dergiparkgov.tr, [E.T: 20.11.2017].
- Ulusoy, Tülay**, "Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/2, [Çevrimiçi], www.calismatoplum.org, [E.T: 29.6.2018].
- Yemişken, Elçin**, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Yiğit, Yusuf / Topkaya, Selda**, "Türk İş Hukuku'nda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", *Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, C:6, S:14, [Çevrimiçi], www.dergipark.gov.tr, [E.T: 30.05.2018].
- Yuvah, Ertuğrul**, "4857 Sayılı İş Kanununun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler ile İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış", *TBB Dergisi*, s:106, Ankara, 2013. [Çevrimiçi], www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr, [E.T: 02.06.2018].

Yuyucu, Ahmet Mahmut, "Türk İş Hukuku Çerçevesinde Kısmi Zamanlı Çalışmanın Uygulaması", *Emek ve Toplum Dergisi*, 2017, S.15.

Yüksel, Onaran Melek, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000.

