

İş Hukukumuzda Kadının Adı Var!

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR

Marmara Üniversitesi İİBF İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik
Hukuku Anabilimdalı Başkanı

Rahmetli Duygu Asena "Kadının Adı Yok" demişti ya... İş Hukukumuzda kadının adı var! İş Kanunumuz ve ilgili yönetmelikler kadınlara özgü ve çoğu "pozitif ayrımcılık" niteliğinde birçok hüküm barındırıyor.

Kadın ve çocuk emeği sömürüye daha fazla maruz kalan ve bir Sosyal Devlette korunması gereken bir emektir. 4857 sayılı yeni İş Kanununda cinsiyet ayrımcılığına karşı, eskisine göre daha fazla yaptırım ve doğum izninin uzatılması gibi olumlu sayılabilecek yeni hükümler yer almaktadır.

Bu yazımızda iş mevzuatımızdaki kadınlara yönelik bazı hükümlere değineceğiz.

İşverenin Kadına Eşit İşlem Yapma Borcu

"Eşit işe eşit ücret" temel ilkesi yeni İş Kanununda da korunmuştur. Eski İş Kanununda "Ücretin tanımı" başlıklı 26. maddede yer alan bu ilke şöyle tanımlanıyordu: "Bir işyerinde aynı nitelikte işlerde ve eşit verimle çalışan kadın ve erkek işçilere sadece cinsiyet ayrılığı sebebiyle farklı ücret verilemez. Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine buna aykırı hüküm konulamaz."

Yeni İş Kanununda ise konu ayrı bir madde olarak, 5. maddede düzenlenmiştir: "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz". Aynı maddede, "aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz" hükmünün yer almaya devam ettiğini görüyoruz.

Bu maddenin olumlu bir yanı da, kadının kendisine kadın olduğu için farklı ve olumsuz muamele yapılan durumlarda, ayrımcılığa uğradığını ortaya koyduğu takdirde, ispat yükümlülüğünün, yani böyle bir ayrımcılık uygulamadığını ispat etme yükümlülüğünün işverene geçmesidir. Ayrımcılığa uğrayan kadın işçiler bu madde kapsamında, eksik aldıkları haklarını ve hâkimin takdir edeceği dört aya kadar ücretleri tutarında bir tazminatı almaya hak kazanabilirler.

Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni

Eski İş Kanununda 70. maddede "analık halinde çalıştırma yasağı" başlığı altında düzenlenen hükümler, yeni yasada 74. maddede "analık halinde çalışma ve süt izni" olarak yer almış ve kadın işçilere eskisinden daha geniş bir koruma sağlanmıştır.

Yeni madde hamile kadınlara doğumdan önce 6 hafta ve doğumdan sonra 6 hafta olan çalıştırılmama hakkını, doğumdan önce 8 hafta ve doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere, toplam 16 haftaya çıkartmıştır. Yeni yasadaki bir değişiklik de, çoğul gebelik halinde doğumdan önceki 8 haftaya 2 hafta daha eklenmiş olmasıdır. Ancak doğum izninin uzatılması, işverenlerin kadınların yerine erkek işçi çalıştırmayı tercih etmeleri sonucunu doğurarak, olumsuz bir etki yapabilir.

Öte yandan, 74. maddedeki düzenlemeye göre, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Çalışılan süre doğum sonrası süreye eklense de, bu madde hamilelikte çalışmaya zorlamaya yol açabileceğinden sakıncalıdır.

Doğum öncesi ve sonrası kadının çalıştırılmayacağı süreler maalesef "ücretli izin" değildir. Bu sürelerde sigortalı kadına, şartları uygunsa SGK analık sigortası çerçevesinde "geçici iş göremezlik ödeneği" verecektir ki, bu da hiçbir zaman gerçek ücret kaybını telafi etmez.

Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır (md.66, md.74).

Gece Saatlerinde Çalıştırma

Yeni yasada 73. madde olarak geçen bu madde, eski yasadaki 69. maddeye karşılık gelmektedir. Eski İş Kanununda genç işçilerle birlikte kadınların da sanayide gece vardiyalarında çalıştırılmalarını yasaklayan bu hüküm, yeni kanunda kadınları yasak kapsamına almamıştır. Yeni maddede "onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir" denmektedir. Bu hüküm zaten eski İş Kanununda da vardı ve "işin özelliği icabı kadın işçi çalıştırılması gereken işler"le sınırlıydı.. Yeni Kanunda bu sınırlamanın kaldırılmış olması kadın işçilerin sanayide gece vardiyalarında çalıştırılabilmesinin yolunu açarak, sakıncalı sonuçlara davetiye çıkarmaktadır.

Kanımızca, kadınların yeraltında ve maden ocaklarında çalıştırılması yasağı gibi, gece vardiyalarında çalıştırılma yasağının da korunması doğru olurdu.

Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, kadın işçiler her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedibuçuk saatten fazla çalıştırılmaz (md. 5). Belediye sınırları dışındaki her türlü işyeri işverenleri ile belediye sınırları içinde olmakla beraber, posta değişim saatlerinde alışılmış araçlarla gidip gelme zorluğu bulunan işyeri işverenleri, gece postalarında çalıştıracakları kadın işçileri, sağlayacakları uygun araçlarla ikametgâhlarına en yakın merkezden işyerine götürüp getirmekle yükümlüdürler (md.6) Kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınması şarttır.

Bu işçilerin muayeneleri her altı ayda bir tekrarlanır (md.7) Kadın işçiler, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçiler ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar (md.9).

Kadın İşçilerin Özel Günleri

Kadınlar, ay hali günlerinde ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmazlar. Bu günlerin sayısı 5 gün olarak hesap edilir. Daha fazlası için hekim raporuna göre hareket edilir. Ay halinin başlangıcı işçinin ihbar tarihidir (Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği md.6)

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik md 10 hükmüne göre, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçi günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Kanımızca, işverenin bu eksik çalışma için ücret kesmesi veya telafi çalışması yaptırması da mümkün değildir. Emzirme izni de ayrıca kullanılacaktır. Gebe işçilere gebelikleri süresince, periyodik kontrolleri için **ücretli izin** verilir (md.12) .

Ne var ki bu hükümler işvereni kadın çalıştırmaktan vazgeçirme riskini de taşımaktadır.

Cinsel Taciz Halinde Haklı Sebep Derhal Fesih

İş Kanunu'nun 24. maddesiyle ilk defa bir işverenin bir işçiye ve de bir işçinin diğer bir işçiye cinsel tacizde bulunması, tacize uğrayan işçiye, kıdem tazminatı hakkını yitirmeden sözleşmeyi derhal fesih hakkı vermektedir.

Yıllık İzine Hak Kazanma ve Kıdem Tazminatı

Kadın işçilerin 74. madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler yıllık izne hak kazanmak için doldurulması gereken bir yılın hesabında çalışılmış gibi sayılan hallerdendir (md.55). Ancak doğum sonrası 8 haftadan sonra kadının alacağı altı aya kadar izin süresi, çalışılmış gibi sayılmadığından, izin süresi kadar yıllık izine hak kazanma tarihini ötelere.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine 29.07.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanunla yapılan bir ekle "*kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde iş sözleşmesini kendi arzusu ile sona erdirmesi*" halinde kıdem tazminatı ödenmesi imkânı getirilmiştir. Bu nedenle, işyerinde, en az bir yıllık kıdemi olan kadın işçi, iş ilişkisi devam ederken evlenir ve evlenme tarihini izleyen bir yıl içinde herhangi bir tarihte iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatına hak kazanır. Bu haktan yararlanabilmek için kadın işçinin evliliğinin ilk evlilik olması zorunlu değildir. Ayrıca söz konusu hüküm uyarınca kıdem tazminatına hak kazanmışsa daha sonra eşinden boşanması kıdem tazminatı hakkını olumsuz etkilemez. Öte yandan, evlenme nedeniyle işten ayrılarak kıdem tazminatı alan kadın işçinin daha sonra tekrar işe girmesi halinde bir hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez. İşveren söz konusu durumdaki kadın işçiye kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olduğu gibi tazminatı ödemiş ise, iadesini de talep edemez.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu sonuca varmıştır, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, "...Kadın işçiye tanınan bu hak aile birliğini koruma amacıyla getirilmiş olup çalışma hayatını evlilikle birlikte gereği gibi yürütemeyeceği düşüncesinde olan kadına yasa ile tanınmış bir olanaktır. Bir işyerinde çalışmakta iken evlenen bir kadın yasanın tanıdığı olanaktan yararlanarak kıdem tazminatını almak suretiyle ayrılmışsa daha sonraki dönemlerde çalışma hakkını kaybettiğinden söz edilemez. Diğer taraftan önceki işinden ayrılan kadın ayrılmasını hemen takiben çalışma hayatı ile evliliği öncekine göre daha kolaylıkla yürütebileceği yeni bir iş bularak çalışmasını da sürdürebilir". YHGK'nın, 27.04.1988 tarih ve E. 9/225, K.369 sayılı Kararı; Tühis, Ağustos1988,19/21.)

Eylem Planı

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan **"AB Müktesebatının Kademeli Olarak Uyumlaştırılması, Yürürlüğe Konulması ve Uygulanmasına İlişkin Eylem Planı"** nda, AB'ye uyum sürecinde İş Kanunu'nda kadınlarla ilgili hükümler bakımından yapılması planlanan değişikliklere yer verilmiştir.

Eylem planında, İş Kanunu'nda "işverenin - biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça - bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağına" ve taciz ile cinsel tacize karşı koruyucu açık hükümler bulunmasına, ayrıca Ceza Kanunu'nda "ayrımcılık ve cinsel tacize" ilişkin hükümler getirilmesine rağmen, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, taciz ve cinsel tacize ilişkin tanımlar, İş Kanununda yer almadığından bu konuda çalışma yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Öte yandan, iş sağlığı ve güvenliği alanında cinsiyet eşitliğinin gözetilmesi konusunda, 2010-2013 yılları arasında özellikle kadınların yoğun çalıştığı sektörlerde (dokuma sanayi, giyecek ve hazır dokuma eşya sanayi, gıda maddeleri sanayi, sağlık ve hizmet sektörü gibi) yönelik olarak iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilinçlendirme kampanyaları düzenlenecektir.

8 Mart Dünya Kadınlar Günü öncesinde, adeta bir jest yaparcasına 7 Mart 2010 günlü Resmi Gazetede yayımlanan yönetmelik değişikliği ile, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde kadınlara yasaklanan birçok iş yasak kapsamından çıkartılmıştır. Bunu ilk adım sayarsak daha yapılacak çok iş vardır.