

## **Çalışma Hakkı Açısından Kadınlar Eşit Vatandaşlar Mıdır?**

**Türkiye’de kadınların istihdama katılım oranlarının bu denli düşük olmasının çeşitli nedenleri vardır. Ancak Türkiye, AB üyesi devletlerle karşılaştırıldığında AB üyesi devletlerden farklı olarak AY’sının ve çalışma mevzuatının da kadınların çalışması önünde engel oluşturmasıyla önemli farklılık göstermektedir.**

**Prof. Dr. Kadriye Bakırcı**

**Hacettepe Üniversitesi**

**Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi**

Anayasa’nın (AY) 49. maddesinin 1.fıkrası uyarınca “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir”. Ancak AY’nın bu düzenlemesine rağmen, TÜİK Hanehalkı İşgücü İstatistikleri Temmuz 2013 verilerine göre çalışabilir yaştaki kadınların yalnızca %31,6’sı ücretli olarak çalışabilmektedir<sup>1</sup>. Türkiye, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ülkeleri<sup>2</sup> ve Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkeler<sup>3</sup> arasında en düşük kadın istihdam eden ülkedir. AB üyesi ülke ortalamalarına göre AB’nde çalışabilir yaştaki kadınların % 65.9’u işgücüne katılmaktadır.

Türkiye’de kadınların istihdama katılım oranlarının bu denli düşük olmasının çeşitli nedenleri vardır. Ancak Türkiye, AB üyesi devletlerle karşılaştırıldığında AB üyesi devletlerden farklı olarak AY’sının ve çalışma mevzuatının da kadınların çalışması önünde engel oluşturmasıyla önemli farklılık göstermektedir. Bu makale sınırları içinde sözkonusu hukuksal engellerin tümünün<sup>4</sup> irdelenmesi olanaklı olmadığından, yalnızca kadınlara ilişkin çalıştırma yasakları üzerinde durulacaktır.

AY’nın 10. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir”; 48. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir”; 70. maddesi “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” (f.1); “Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez” (f.2) demesine rağmen, bizzat AY’nın kendisi 50. maddesiyle kadınları eşit vatandaşlar olarak kabul etmemektedir.

---

<sup>1</sup>[www.tuik.gov.tr](http://www.tuik.gov.tr)

<sup>2</sup>[http://www.oecd-ilibrary.org/employment/employment-rate-of-women\\_20752342-table5](http://www.oecd-ilibrary.org/employment/employment-rate-of-women_20752342-table5)

<sup>3</sup><http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

<sup>4</sup>Geniş bilgi için bkz. Bakırcı, Kadriye (2012), Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye, Seçkin Yayınevi, Ankara.

AY m.50 f.2 uyarınca, "Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar". Bu fıkra ile kadınlar, fiil ehliyeti olmayan küçükler ve ruhi yetersizliği olanlarla aynı düzenlemeye tabi kılınarak, eşit bireyler olarak değil, kısıtlı, çaresiz, zayıf ve korunmaya muhtaç varlıklar konumuna sokulmuştur<sup>5</sup>. Ayrıca korumanın kapsamına da bir sınırlama getirilmemiş ve bu konu kanunkoyucunun keyfiyetine bırakılmıştır.

Öte yandan İş Kanunu'nun ( İşK) "Eşit davranma ilkesi"ni düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz" (f.3). Bu düzenleme uyarınca, işveren, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde işin niteliğine ilişkin nedenler zorunlu kılıyorsa, ayrımcılık yapabilir. Dolayısıyla işveren (biyolojik ve) işin niteliği nedenleri dışındaki nedenlere dayalı ayrımcılık yapamaz.

İşK'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen "işin niteliğinin" gerektirdiği hallerde cinsiyete dayalı ayırım yapılabileceğine dair düzenleme, soyut bir düzenlemedir. Bu düzenleme, İşK m.72 ve yakın zamana kadar Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği (AğTİY) ile somutlaştırılmıştı. İşin niteliği istisnası, İşK ve yakın zamana kadar AğTİY ile çok geniş kapsamlı olarak düzenlendiği gibi, AğTİY ile biyolojik nedenlere dayalı olarak da, gebelik yanında, incelenen hiçbir hukuk sisteminde rastlanmayan "ay hali günlerine" dayalı ikinci bir istisna daha öngörülmüş bulunmaktaydı<sup>6</sup>.

Daha önceki çalışmalarımda, AğTİY'ndeki düzenlemeleri, kadın istihdamını daraltıcı olduğu gerekçesiyle eleştirmiştim. 7 Mart 2010 tarihinde "Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile çok sayıda iş, ağır ve tehlikeli iş olmaktan çıkarılmış<sup>7</sup>, 2013 yılında Yönetmelik tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Ancak İşK'nda kadınların istihdam alanlarını daraltan ve ayrımcılık oluşturan çalıştırma yasakları varlığını sürdürmektedir. İşK m.72 uyarınca, "maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel

---

<sup>5</sup>Bkz. Bakırcı, Kadriye (2007a), "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 8, Aralık; (2007b), İş Dünyasında Kadın, İstanbul: Türkonfed Yayını (Budak, G./Ozkaya M./Yılmaz, H./ Karadeniz, O. İle birlikte); (2008a), "Anayasa Önerisi'nde Kadınların Sosyal Hakları", Eğitim-Sen Eğitim ve Bilim İşkolunda Çalışan Kadınların Sosyal Hakları ve İş Güvencesi Sempozyumu, Eğitim-Sen Yayınları, Ankara; (2008b), "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve İş Kanunu'nda Yapılması Gereken Değişiklikler", Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar, Koç Üniversitesi, İstanbul, 29-30 Kasım; (2009), 1961 ve 1982 Anayasalarında ve 2007 Tarihli Anayasa Önerisinde Sosyal Haklar, Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan (Yay. Haz. F.Hakan Baykal, İbrahim Ö. Kaboğlu, Nihal Saban), Ankara: Yetkin Yayın Basım Dağıtım. [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_857.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_857.htm); (2011), "Gender Equality in Employment in Turkey with Comparisons to EU and International Law", Journal of Workplace Rights, Vol.15, Issue 1; (2012).

<sup>6</sup>Bkz.Bakırcı (2007a); (2007b); (2008a); (2008b); (2009); (2011); (2012).

<sup>7</sup>Geniş bilgi için bkz. Bakırcı (2012).

inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır”.

Bu düzenleme ile “kadınlar”ın yer ve su altında yapılan işlerde çalıştırılmasına genel bir yasak getirilmiştir.

Bu düzenleme, İşK kapsamı dışındaki işçiler açısından da geçerlidir. Çünkü Umumi Hıfzısıhha Kanunu (UmHıfK) m.179/2 c.2 uyarınca, “Kadınlarla 12 den 16 yaşına kadar çocukların istihdamı memnu olan sıhhatte mugayir ve muhataralı işlerin neden ibaret olduğu iş kanununda tasrih edilecektir”.

Bu madde temel olarak, Türkiye tarafından 9.6.1937 gün 3229 sayılı Kanun’la onaylanan 1935 tarihli Kadınların Her Türlü Maden Ocaklarının Yeraltı İşlerinde Çalışması Hakkında 45 Sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmesi’ne dayanmaktadır.

Oldukça eski olan ve günümüzde ayrımcı bulunan bu Sözleşme yerine, UÇÖ, 1995 tarihinde Madenlerde Sağlık ve Güvenlik Koşulları Hakkında 176 sayılı Sözleşme’yi ve 181 sayılı Tavsiye Kararı’nı kabul etmiştir. Cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm işçilerin madenlerde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak ve madenlerde yapılan çalışma için sağlık ve güvenlik önlemlerini oluşturmak ve uygulamak amacıyla uygun olarak çıkarılan bu Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

Türkiye, bu Sözleşme’yi onaylamamış olmasına rağmen, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm işçilerin sağlıklı ve güvenli çalışma ortamını sağlamak amacı güden 1981 tarihli 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında UÇÖ Sözleşmesi’ni ve İş Sağlığı Hizmetleri Hakkında 161 sayılı UÇÖ Sözleşmesi’ni onaylamıştır. Dolayısıyla Türkiye açısından bu Sözleşmeler, güncelliğini yitirmiş olan ve ayrımcı olan 45 sayılı UÇÖ Sözleşmesi’nin yerine uygulanmak gerekir. 1969 tarihli Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi m.59 (1) (b) uyarınca, aynı konudaki hem eski hem yeni Sözleşmeye taraf olan devletler açısından, daha sonraki sözleşme hükümleri önceki sözleşmeyle çatışıyorsa, yeni Sözleşme eski Sözleşmenin yerini alır.

Öte yandan İşK’nun 72. maddesi, 45 sayılı UÇÖ Sözleşmesi’nin amaç ve kapsamına bile aykırıdır. Çünkü, 45 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, kadınların yalnızca maden ocaklarının yer altı işlerinde çalıştırılmasını yasaklamasına rağmen, İşK m.72 “kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında” yapılan işlerde de çalıştırma yasağı öngörmekte ve çalıştırma yasaklarını Sözleşme’nin amacı ve kapsamı dışında genişletmektedir.

Ayrıca 45 sayılı Sözleşme’nin 3. maddesinde, bedensel işler yapmayan yönetici kadınların, sağlık ve sosyal hizmetleri yapan kadınların, mesleki bilgilerini tamamlamak amacıyla bir maden ocağının yer altı işlerinde staj görmelerine izin verilen kadınların, bedensel nitelikte olmayan işler için zaman zaman maden ocaklarının yer altı kısımlarına inmek zorunda kalan kadınların, ulusal mevzuatla yasak kapsamının dışında bırakılabileceği öngörülmüş olmasına rağmen, İşK’nda bu istisnalara yer verilmiş değildir. Oysa staj yapanlar hariç, yerüstü faaliyetleri ağırlıklı olan bu gruplara, yeraltı faaliyetlerinin tamamen yasaklanmasının haklı bir gerekçesi yoktur<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Bkz.Bakırcı (2007a); (2007b); (2008b); (2009a), “Kadınların Eşitliği Önündeki Hukuksal Bir Engel: Kadınlara İlişkin Çalıştırma Yasakları”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Mültidisipliner Kadın Kongresi, İzmir, 12-16 Eylül; (2009b), “Kadınların Ağır ve Tehlikeli İşlerde

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na (ABAD) göre, işin niteliği istisnası, kategorik veya genel yasaklamaları haklı kılmaz. ABAD, genel yasaklamaları kabul etmemektedir. İstisnalar ancak belirli görev ve faaliyetlere ilişkin olabilir ve her olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir.

Avrupa Konseyi Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS), işin niteliği istisnasını kabul etmekle birlikte, niteliği ya da yürütüm koşulları nedeniyle belli bir cinsiyetten olanlara özgülenebilecek bir meslekler listesi oluşturulmasını kabul etmemektedir (Ek m.20/4).

AB mevzuatı ve ABAD kararları incelendiğinde, AB'ndeki genel eğilimin, iş sağlığı ve güvenliği açısından korumanın yalnızca kadınların biyolojik koşullarıyla (gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadınlarla) sınırlı olarak (Case C-222/84<sup>9</sup>; Case C-285/98<sup>10</sup>) kabul edildiği görülmektedir. Çünkü, yalnızca bu durumda kadınlar için sağlık ve güvenlik riski erkeklerle aynı değildir.

Kadınların sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekçeler, gebelik ve annelik dışındaki tüm durumlarda reddedilmektedir. ABAD, kadınların sağlığı ve güvenliği ile ilgili gerekçelerin, kadınlarla erkekleri aynı biçimde etkileyen risklerin var olduğu durumlarda, kadınların belli işlerden dışlanması için kullanılmasına izin vermemektedir.

ABAD, Commission v. Republic of Austria (Case C-203/03)<sup>11</sup> davasında, yüksek basınçlı atmosferde, sualtı ve maden ocaklarının yer altı işlerinde kadınların çalıştırılmasını yasaklayan Avusturya mevzuatını, ölçülülük ilkesine ve 76/207 sayılı Eşit Muamele Yönergesi'ne aykırı bulmuştur. Biyoloji, arkeoloji, turizm ve polislikle ilgili faaliyetler gibi geniş bir alanı kapsayan sualtı işleri için, Avusturya Hükümeti, kadınların ortalamada erkeklerden daha düşük akciğer kapasitesine ve daha az kan hücrelerine sahip olması nedeniyle bu işler için uygun olmadığı gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme, bu tür iddiaların çok genelleştirilmiş olduğu ve klişe varsayımlara dayandığı kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, kadınlar ortalamada erkeklerden daha düşük akciğer kapasitesine ve daha az kan hücrelerine sahip olsa bile işverenin istatistiksel bir ortalamayı değil, bir kişiyi istihdam edeceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla ABAD, bu tür genel yasakların bireysel değerlendirmeyi dışladığı gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme, maden ocaklarının yer altı işlerinde kadınların çalıştırılmasına ilişkin genel yasağı da, 76/207 sayılı Eşit Muamele Yönergesi m.2(2)'ye aykırı bulmakla birlikte, Avusturya'nın, Eşit Muamele Yönergesi'nden önce 45 No'lu UÇÖ Sözleşmesi'ni onaylamış olması ve taraf olduğu bu Sözleşme karşısındaki yükümlülükleri nedeniyle haklı olduğu sonucuna varmıştır. Ancak ABAD, Avusturya'nın Eşit Muamele Yönergesi ile uyumu sağlaması için bu Sözleşme'den çekilmesi gerektiğini belirtmiştir.

---

Çalıştırılmasına İlişkin Yasaklar ve Kadın İstihdamı", TMMOB Kadın Mühendis Mimar ve Şehir Plancıları Kurultayı (21-22 Kasım 2009), TMMOB Kadın Kurultayı Sonuç Bildirgesi ve Kararlar, İstanbul: TMMOB; (2010), Employers see red over extra female monthly leave, Today's Zaman, <http://www.todayszaman.com/tz-web/news-198788-106-employers-see-red-over-extra-female-monthly-leave.html>; (2011); (2012).

<sup>9</sup>Case C-222/84 Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR I-01651.

<sup>10</sup>Case C-285/98 Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland (2000) ECR I-00069; Report from the Commission to the Council, COM(80)832 final.

<sup>11</sup>Case C-203/03 Commission of the European Communities v. Republic of Austria (2005) ECR I-0000.

AB üyesi devletlerin büyük çoğunluğu, ABAD'nın yukarıdaki kararından sonra, UÇÖ'nün 1935 tarihli 45 No'lu Yer Altı Çalışması (Kadınlar) Sözleşmesi'nden çekilmiştir.

Dolayısıyla UÇÖ'nün yeni tarihli Sözleşmelerine, GGASS'na, AB düzenlemelerine ve ABAD içtihatlarına aykırı olan, işverene çalıştırma yasağı getirerek, kadınlara ehliyetsiz muamelesi yapan, dolayısıyla ayrımcı olan İşK m.72 yürürlükten kaldırılmalıdır. Türkiye, 45 sayılı UÇÖ Sözleşmesi'nden çekilmelidir.

Söz konusu düzenlemeler, AY ile güvence altına alınmış olan eşit muamele görme hakkını (m.10), çalışma hak ve özgürlüğünü (m.48, 49), kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını (m.17) ve AY'nın 13. maddesinde yer alan hakkın özüne dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerini ihlal etmektedir.

Birleşmiş Milletler (BM), UÇÖ Sözleşmeleri ve AB Hukuku<sup>12</sup> uyarınca, istisnaların kapsamı veya kendisi, bilim ve teknolojideki gelişmelere, toplumsal gelişmelere veya koşullardaki değişikliklere göre zamanla değişebildiğinden, periyodik olarak gözden geçirilmeleri ve güncelleştirilmeleri gerekmektedir. Türkiye, zamanı geçmiş düzenlemeleri yenilemeyerek söz konusu yükümlülüğünü de ihlal etmektedir.

---

<sup>12</sup>Bkz. Case 248/83 Commission v. Germany (Sex Discrimination Laws) (1985) ECR 1459.