

Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2007/41015

Karar No : 2008/17093

Tarihi : 23.06.2008

YARGITAY KARARI¹

Davacı işçi, davalıya ait işyerinde yönetici pozisyonunda çalışmakta iken, 28.2.2006 tarihinde doğum, süt izni, ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin kullandığını, 1.3.2007 tarihinde işe başladığını, daha önce çalıştığı pozisyonun dolu olması sebebiyle iş değişikliği teklifinde bulunulduğunu, ancak yöneticilik kadrosu haricindeki görevleri reddettiğini, işverenin yöneticilik dışındaki bir pozisyonda görevlendirdiğini, alt bir görev olması nedeni ile kabul etmediğini bildirmesi üzerine istifa etmesi için baskıya maruz kaldığını, bu baskılara dayanmayarak iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II. maddesi uyarınca fes-

hetmek zorunda kaldığını, ancak bu istifanın zorunlu bir istifa olduğunu belirterek işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı işveren, iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiğini belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iş sözleşmesinin davacı tarafından feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar davacı işçi tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı işçinin yönetici pozisyonunda çalışmakta iken doğum nedeni ile yasal izinlerini kullandığı sırada yerine yönetici atanan davacıya izin bitiminde 15.3.2007 tarihli yazı ile Terminal Yönetimi Biriminde Takım Üyeliği görevinde çalışmasının teklif edildiği ve İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca 6 işgünü içinde yazılı cevap verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Davacı sözü edilen görevlendirme yazısına

karşı 22.3.2007 tarihli dilekçe ile verilen görevi kabul etmediğini, yöneticilik görevinin tevdi edilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, bu kez 30.3.2007 tarihli yazı ile, kullanılan izinlerin uzun olması nedeni ile yapılan reorganizasyon çalışmaları kapsamında yerine yönetici atandığını, yönetici olarak çalışacağı boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 2.4.2007 tarihi itibarıyla nakledildiğini bildirmiştir. Davacı yönetici sıfatı taşıdığını ve önerilen (iş) kabul etmediğine ilişkin kaydı düşerek anılan yazıyı aldıktan sonra 2.4.2007 tarihli dilekçesi ile izin bitimi döneceğinin belli olmasına rağmen Mart 2006 tarihinde belirlenen enflasyon zammı ile 2007 yılında yapılan zamdan yararlandırılmadığını, önerilen görevi kabul etmediğini belirttiği halde atanmasının aralarında mevcut çalışma barışını bozduğunu belirterek, bu durumda yönetici unvanının korunarak, ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshedilmesini talep etmiştir. Davalı işveren, 2.4.2007 tarihli cevap yazısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği için iş sözleşmesini feshetmeyeceklerini, önerilen görevde çalışmak istenmiyorsa iş sözleşmesini İş Kanununun 24/II. maddesi uyarınca bildirimsiz ve fakat tazminatlı ya da aynı Kanunun 17. maddesi gereğince istifa yolu (ile) sona erdirebileceğini davacı işçiye ihtaren bildirmiştir. Davacıya aynı gün davalı şirket yetkilisi tarafından elektronik posta ile istifa dilekçesi örneği gönderilmiş, davacı bildirilen örneğe uygun olarak iş sözleşmesini feshettiğini açıklamıştır.

İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 5 Temmuz 2006 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC Sayılı Direktifi'nin 9. maddesinde kanunla veya anlaşmayla tanınan ve işveren tarafından ücreti ödenen doğum izni veya ailevi sebeplerden dolayı alınan izin dönemlerinde hakların iktisabını veya mu-

hafazasını askıya alma ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir. Aynı Direktifin 14/1-c. maddesinde işten çıkarmalar ve ücret dahil istihdam ve çalışma koşulları bakımından kamu veya özel sektörde cinsiyete dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı belirtilmiştir; "Analık (Doğum) İzninden Dönüş" başlıklı 15. maddesinde ise "doğum iznindeki bir kadının, doğum izninin bitiminden sonra işine veya eşdeğer bir pozisyona kendisi için daha dezavantajlı olmayan koşul ve şartlarda geri dönmeye ve çalışma koşullarında yokluğu sırasında yararlanmış olacağı her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı vardır" kuralına yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesine göre iş ilişkisinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. Aynı Kanun'un 3. fıkrasında ise "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz" kuralı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamalarının esas olduğu, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre ekleneceği, isteği halinde kadın işçiye belirtilen izinlerin bitiminden sonra ayrıca 6 aylık ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir.

Davacı kadın işçinin doğum öncesi ve sonrası kullandığı yasal izinlerden dolayı ortaya çıkan işgücü açığının yeni bir işçiyi izin süresine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırmak yahut işyeri personellerinden birini geçici olarak görevlendirmek suretiyle doldurulması mümkündür. Doğumdan kaynaklanan yasal izinlerini kul-

lanmasını davacı kadın işçinin aleyhine çeviren söz konusu uygulama yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmemektedir.

Davalı işverenin söz konusu uygulaması çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshini düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine de aykırıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesinin ilk fıkrasında "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" kuralına yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemenin amacı belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin iş sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.

Davalı işveren, başlangıçta 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine dayanarak çalışma koşullarını değiştirmek istemiş ve davacıdan 6 işgünü içinde cevap vermesini istemiştir. Davacı belirtilen süre içinde çalışma koşullarındaki değişikliği kabul etmediğini yazılı olarak açıklamıştır. Bu durumda, işverenden beklenen İş Kanununun(un) sözü edilen hükmü uyarınca değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmektir. Ne var ki, davalı işveren iş sözleşmesini İş Kanunu'nun

17. maddesi uyarınca feshetmek için aynı Kanunun 18. maddesinde belirtilen geçerli bir neden bulunmadığını belirterek iş sözleşmesini feshetmeyeceğini açıkladığı halde yaptığı değişiklikten vazgeçmemiş, davacının isterse İş Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca iş sözleşmesini tazminatlı olarak feshedebileceğini bildirmiştir. Davalı işverenin iş sözleşmesini İş Kanununun 17. maddesi uyarınca feshetmek için geçerli bir neden bulunmadığını açıklaması çalışma koşullarında yaptığı değişikliğin geçerli nedene dayanmadığını ve fesih için başka bir geçerli nedenin de bulunmadığını göstermektedir. Davalı işveren değişiklik teklifinde belirttiği reorganizasyon çalışmasını da kanıtlamamıştır.

Çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklik, onu kabul etmeyen işçiyi bağlamaz. Davacı işçi, önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen davalının önceki işte çalıştırmayacağını açıklaması iş sözleşmesinin davalı işverence eylemlilerle feshedildiği anlamında yorumlanmalıdır. Davacının daha sonra verdiği istifa dilekçesi feshin davalı işverence yapıldığı gerçeğini değiştiremez.

Kaldı ki, davalı işverenin çalışma koşullarında değişiklikte ısrar ederek; elektronik posta ile istifa metnini gönderip, davacıdan iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24. maddesi gereğince feshetmesini istemesi, onu ihbar tazminatından ve en önemlisi de iş güvenliği hükümlerinden mahrum etmeye yönelik haksız bir davranıştır. Davalı işverenin iş ilişkisinin devam etmesini amaçlamadığı anlaşılmaktadır. Böyle bir baskı altında verilen istifa dilekçesinin serbest irade ürünü olduğu kabul edilemez. Davacı da istifa dilekçesini baskı altında verdiğini ileri sürmüştür. Dosya içeriği söz konusu iddiayı doğrular niteliktedir.

Mevcut maddi ve hukuki olgulara göre iş sözleşmesinin davalı işverence feshedildiği, feshin geçerli bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi hatalı olmuştur.

Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM

Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1-) Beyoğlu 2. İş Mahkemesinin 8.8.2007 gün ve 405-133 sayılı kararının bozularak ortadan kaldırılmasına,

2-) İşverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine,

3-) Davacının yasal sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının fesih nedeni ve kıdemi dikkate alınarak 6 aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4-) Davacının işe iade için işverene süresi

içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine, davacının işe başlatılması halinde varsa ödenen ihbar ve kıdem tazminatının bu alacaktan mahsubuna,

5-) Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6-) Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan tarifeye göre vekâlet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7-) Davacı tarafından yapılan yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8-) Peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, kesin olarak, oybirliğiyle karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

Yargıtay kararına konu ihtilaf esas ve özet olarak doğum iznine ayrılan ve ayrıca bazı kanuni izinlerini kullanan yönetici sınıfına mensup kadın işçinin bu izin dönemi sonunda eski işine dönememesi üzerine işverenin baskısıyla verdiği istifa dilekçesiyle ilgili olarak doğmuştur. O itibarla incelememizde de başlıca bu hususlarla doğrudan ilişkili konular üzerinde durulacaktır.

İş Kanunumuz hükümlerine göre, kanuni askı hallerinden birisi de doğum iznine ayrılan kadın işçinin durumudur². Aynı şekilde yıllık ücretli izin ile işveren tarafından verilen ücretsiz izin sürelerinde de iş sözleşmesi askı halindedir³.

O itibarla kararda belirtilen işçinin “doğum ... ücretli izin ve 6 ay ücretsiz izin” kullandığı ve işinden ayrı kaldığı dönemde iş sözleşmesinin askıda olduğunun kabulü gerekir. Bunun yanında kararda işçinin aynı zamanda “süt izni” de kullandığı ifade edilmektedir. Bu izinden kasıt İş Kanunu m. 74 son fıkra hükmünde söz konusu edilen “süt izni” ise, bunun askı haliyle ve dolayısıyla da işe dönme konusuyla herhan-

gi bir ilgisi yoktur. Çünkü bu izin m. 74 son fıkrada ifade edildiği gibi günde toplam birbuçuk saat olarak, çalışan kadın işçilere verilecektir. Kadın işçi bu iznin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağına kendisi karar verecektir. Ayrıca bu süre günlük çalışma süresinden sayılacaktır. O nedenle süt izni kullanıldığı yolundaki ifadenin sehven karar metnine girdiği görüşündeyiz⁴.

İş Kanunu m. 74'e göre “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır”. Çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki süreye iki hafta daha ilave edilecektir (İş K. m. 74/1).

Bu süre işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse arttırılabilir. Bu izin esnasında işçiye ücret ödenmez. İşçi, 5510 sayılı Kanun, m. 18 hükmü uyarınca geçici işgöremezlik ödeneği alır⁵. İş Kanunu m. 74/3'e göre ise hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir.

Hamile kadın işçiye doğum izni (Kanununun tam ifadesiyle, doğumdan önce ve doğumdan

Hiç şüphesiz cinsiyet ayrımcılığı uygulamada büyük ölçüde kadın işçiler aleyhine ortaya çıkmakla beraber, yine de teorik olarak erkekler aleyhinde de söz konusu olabilir.

sonra verilen izin) düzenlemesi İş Kanunlarımızda 4857 sayılı Kanun döneminden önce de vardı. Örneğin 3008 sayılı İş Kanunu'nun 25/1 maddesi, kadın işçilerin "doğumun vuku bulması muhtemel görülen tarihten üç hafta evvel ve doğumdan sonra üç hafta müddetle" çalışmalarının yasak olduğunu ve bu sürelerin lüzumu halinde altışar haftadan toplam oniki haftaya uzatılabileceğini belirtmekteydi.

Benzer hükümler 931 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında da yer aldı. 931 sayılı Kanun, m.70 hükmüne göre, işçinin doğumdan önce altı hafta, doğumdan sonra altı hafta olmak üzere toplam oniki hafta doğum izni vardı. 1475 sayılı İş Kanunu aynen 931 sayılı Kanun gibi altışar haftadan toplam oniki haftalık bir doğum izni kabul etmekteydi. Ayrıca bu Kanunla doğumdan sonraki altı haftalık süreden sonra işçiye isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin verileceği hükmü de getirilmişti (m.70). Nihayet yukarıda da değindiğimiz gibi, yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunumuzun 74. maddesinde konu son olarak düzenlenmiş oldu.

4857 sayılı İş Kanunumuzda 1475 sayılı Kanun hükmüne benzer şekilde, işçiye isteği halinde onaltı haftalık veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür (İş K. m. 74/5).

Askı halinin en belirgin özelliği, askı halinin devamı süresince işveren ve işçinin asli edimlerini yerine getirmemeleridir. Askı süresince işçi, iş görmez, daha doğrusu işi göremez. Buna mukabil işveren de kural olarak işçiye ücret ödemez⁶.

Ancak hemen vurgulayalım ki askı esnasında iş sözleşmesi sona ermemiştir, başka bir ifa-

deyle devam etmektedir, ancak tarafların borçları bu dönem için ertelenmiştir⁷.

Nitekim ihtilaf konusu olayda kadın işçi doğum iznine ayrılmış arada yıllık izin kullanmış daha sonra da altı aylık ücretsiz izin almıştır⁸. O nedenle işçinin izin dönüşü eski işine veya aynı nitelikte benzer bir işe döndürülmesi gerekirdi. Doğum iznine ayrılan işçinin hukuki konumu işyerine iş sözleşmesiyle bağlı bir işçi durumundadır. Yukarıda açıklandığı üzere izinli olunan dönem askı dönemi olduğu için iş sözleşmesi devam etmektedir, sona ermiş veya erdirilmiş değildir. O nedenle işçinin izin dönüşü işinde iş görmeye başlaması iş sözleşmesi uyarınca hem hakkı hem de borcudur.

İş Kanunu m. 3/5 hükmüne göre "işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz".

Görüldüğü gibi bu hüküm, kural olarak kadın işçinin cinsiyet veya hamileliği nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklamış bulunmaktadır. Hiç şüphesiz cinsiyet ayrımcılığı uygulamada büyük ölçüde kadın işçiler aleyhine ortaya çıkmakla beraber, yine de teorik olarak erkekler aleyhinde de söz konusu olabilir. Ancak olayda doğum izni kullanan bir kadın işçinin aleyhine işlem yapılması nedeniyle konuya ilişkin hükmün kadın işçilerle ilgili yönü ön plana çıkarılıp vurgulanmıştır.

Yukarıya aldığımız bu hükümle anlatılmak istenen, temel olarak cinsiyet ve hamilelik ko-

Kanun, biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle gerektiğinde ayırım yapmama kuralına istisna getirilebileceğini, bir başka ifadeyle ayırım yapılabileceğini belirtmektedir.

“Esaslı nedenler” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması” eşitlik kuralının varlığı ve uygulanması için değil, tam tersine var olan eşitlik kuralına istisna getirilmesi, yani ayırım yapılabilmesi için gereklidir.

nusunda eşit işlem yapma ve ayırım yapmama ilkesinin bulunduğudır. Ancak kanun, biyolojik veya işin niteliğinden kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle gerektiğinde bu kurala yani ayırım yapmama kuralına istisna getirilebileceğini, bir başka ifadeyle ayırım yapılabileceğini belirtmektedir. Oysa Yargıtay daha önceki bir kararında⁹ (“eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş ancak “esaslı nedenler olmadıkça” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça” bu yükümlülüğünün bulunmadığı vurgulanmıştır) ifadesi kullanılmak suretiyle eşitlik ilkesinin varlığı için “esaslı nedenlerin” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin” bunu zorunlu kılmasının gerektiği ifade edilmiştir.

Görüşümüze göre İş Kanunu m.5 hükmünde prensip olarak eşitlik ve ayırım yapmama ilkesinin varlığı ifade edilmiş ancak 2. fıkrada belirtilen hususlardaki eşitlik ilkesine, “esaslı sebepler”in varlığı halinde istisna getirilebileceği belirtilmiştir. Yine aynı şekilde 3. fıkra hükmünde ele alınan konulardaki eşitlik ilkesine ise “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler” zorunlu kıldığında istisna getirilebilecek yani ayırım yapılabilir. Bir başka ifadeyle, “esaslı nedenler” ve “biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması” eşitlik kuralının varlığı ve uygulanması için değil, tam tersine var olan eşitlik kuralına istisna getirilmesi, yani ayırım yapılabilmesi için gereklidir.

Yukarıda değindiğimiz İş Kanunu m. 5 hükmünde ağırlıklı olarak ayırım yapmama ilkesi düzenlenmiştir. Genel anlamda eşitlik ilkesi ise

esas olarak Anayasa’nın 10. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddenin 1. fıkrası hükmüne göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. İkinci fıkrada ise, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmektedir. Bu durumda Türk hukukunda, eşit işlem ilkesi Anayasamızın söz konusu 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır¹⁰.

Diğer yünden, hamile işçilerin korunması sadece Türk mevzuatında yer alan bir husus değildir. Bizim dışımızda da ulusal ve uluslararası boyutta gelişmiş bir koruma mevcuttur¹¹.

Bu alanda birkaç örneğe kısaca değinelim:

- İngiliz hukukunda da konu düzenlenmiştir. Özellikle 92/85/EEC sayılı AB Yönergesinin kabul edilmesinden sonra İngiliz mevzuatında önemli değişiklikler yapılmıştır¹².

Daha sonra ise 2003’de yapılan değişiklikle ekstra izin süresi hariç temel doğum izni süresi 18 haftadan 26 haftaya çıkarılmıştır¹³.

İngiliz hukukunda hamilelik ve doğum hakları korumasının tamamen eşit işlem ilkesi içerisine giren bir konu olarak görülmemesi söz konusudur. Bu görüşe göre bu konudaki İngiliz mevzuatı ve 92/85/EEC sayılı AB Yönergesi içerisinde hamilelik ve doğum hakları korumasının erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmamasını sağlamak için konulmuş hükümler bulunmaktadır¹⁴. Bununla beraber, eşit işlem prensibi hamilelik ve doğum koruması haklarını yasaklamaz¹⁵.

92/85/EEC sayılı AB Yönergesi içerisinde hamilelik ve doğum hakları korumasının erkeklere karşı bir ayrımcılık oluşturmamasını sağlamak için konulmuş hükümler bulunmaktadır. Bununla beraber, eşit işlem prensibi hamilelik ve doğum koruması haklarını yasaklamaz.

Görüşümüze göre de hamilelik ve doğum hakları kadın-erkek eşitliği ilkesinin içinde mutlaka yer alan bir konu değildir. Bir başka ifadeyle, kadın-erkek eşitliğine yönelik hükümler her zaman hamile ve doğum haklarının korumasını sağlamaz. Örneğin hamile bir işçinin hamile olmayan diğer bir kadın işçiye karşı dezavantajlı bir işleme tabi tutulmasında, kadın-erkek eşitliği konusundaki hükümler hamile kadın işçiye koruma sağlamayacaktır. Onun için her halükârda hamilelik ve doğum hakları korumasının sağlanabilmesi için kadın-erkek eşitliğinin ötesinde özel hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır.

- ILO, kurulduğu andan itibaren analığın korunmasına önem vermiş ve kabul ettiği değişik sözleşmelerle konuyu ve düzenlemelerini gözden geçirerek daima güncellemiştir. Bu alanda son olarak 183 sayılı Sözleşme 2000 yılında kabul edilmiş ve 7.12.2002'den itibaren yürürlüğe girmiştir.

Bu sözleşmenin 4/1. maddesi hükmüne göre doğum izni, 14 haftadan az olamaz. Ulusal düzeyde aksi kararlaştırılmadıkça bu iznin en az altı haftalık süresi ise doğum sonrası zorunlu izin olmalıdır.

Kadın çalışanın hamilelik süresince ve doğum iznini kullandığı esnada veya işe döndükten sonra ulusal mevzuatın belirlediği süre içerisinde hamilelik, doğum veya emzirme nedeniyle iş sözleşmesinin feshi hukuka aykırılık oluşturacaktır.

- Avrupa Topluluğu¹⁶, eşitlik alanındaki ilk gelişmelerden biri olarak Kurucu Antlaşma¹⁷ hükümlerine uygun şekilde kısaca “kadın-erkek arasında eşit muamele” konusunda 9.2.1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Yönergeyi çıkararak yürürlüğe koymuştur¹⁸.

Bu Yönergenin m. 2/3 hükmünde, kadının korunmasında özellikle hamilelik ve analık bakımından haklara saygılı olunacağı ifade edilmektedir. Yani, bu Yönerge her ne kadar eşitlik Yönergesi olsa da hamile ve ana olan kadın çalışanın korunmasına yönelik onların lehine bu eşitliği bozucu haklar varsa bunlar geçerliliklerini sürdüreceklidir.

Nitekim, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu hükme paralel çeşitli kararlar vermiştir. Örneğin,

Brown-Rentokil Ltd. davasında¹⁹ daha önce verdiği kararlarında yer alan doğum izni esnasında yapılan iş sözleşmesi fesihleri de dahil olmak üzere hamilelikle ilgili bir hastalık nedeniyle gerçekleştirilen fesihlerin doğrudan ayrımcılık teşkil edeceği yolundaki prensibini bir kez daha teyit etmiştir²⁰. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) bu son kararı ile uyum içinde bulunan daha önce verdiği Haberman-Beltermann kararında²¹ ise bir evde gece bakıcısı olarak çalışan bir hamile kadın işçinin sadece, hamilelik esnasında gece çalışmasını yasaklayan hüküm nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini Yönerge hükümlerine aykırı bir davranış olarak görmüştür. Böylece Mahkeme belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin feshinin hamilelikte çalışmayı geçici olarak önleyen emredici bir hüküm nedeniyle haklı gösterilemeyeceği sonucuna ulaşmış oldu. Bu kararın önemli bir vechesi de Yönergenin 2(3) maddesinde düzenlenen hamilelik hükmünün burada uygulanmış olmasıdır. Bu karardan çıkan sonuç Eşit Muamele Yönergesi m. 2(3) hükmü, eşit işlem prensibinin inkârı değil, fakat kadın çalışanın erkek çalışanla mukayese edildiğinde onun çalışma hayatında kalması yönünden muhtemel bir ayrımcılığa konu olabilecek dezavantajlı durumuna işaret edilen bir hükümdür²².

- Avrupa Topluluğu, 19.10.1992 tarihinde Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlere İlişkin 92/85/EEC sayılı Yönergeyi kabul etmiştir²³.

Yönergenin 8. maddesine göre, koruma kapsamına giren çalışanlara doğum öncesi ve sonrası kesintisiz en az ondört haftalık doğum izni kullanılacaktır. Bu iznin en az iki haftalık kısmı zorunlu doğum izni olacaktır.

Hamileliğin başlangıcından itibaren doğum izninin sona ermesine kadar -istisnai haller hariç- kadın çalışanın işten çıkarılmasını yasaklayan gerekli önlemler alınacaktır. Kadın çalışanın bu sürede işten çıkarılması halinde ise çıkarılma nedenleri açık bir şekilde yazılı olarak bildirilecektir (m. 10/2).

Doğum izni esnasında -ücretin devamı ve parasal yardımlara hak kazanma hariç- kadın

çalışanın iş sözleşmesi ile ilgili diğer hakları saklıdır (m. 11/2 a).

Bilindiği gibi, kadın-erkek arasında eşitlik, hem Kurucu Antlaşmanın 2. ve 3. madde hükümleri hem de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına yansıyan hükümler uyarınca Avrupa Topluluğu için bir temel ilkedir. Bu nedendir ki kadın-erkek arasında eşitlikle ilgili Kurucu Antlaşma hükümleri, topluluğun bütün faaliyetlerinde geliştirilecek olumlu yüküm oluşturan bir görev ve hedeftir.

Yönergenin değişik hükümlerinde çeşitli yönlerden eşit işlem ilkesi vurgulanmış ve ayırıcılık yasaklanmıştır.

- Bu konudaki en önemli belgelerden birisi de kararda söz konusu edilen Avrupa Topluluğu'nun 5.7.2006 tarih ve 2006/54/EC sayılı Yönergesi'dir. Bu Yönerge, başta 9.2.1976 tarih ve 76/207/EEC sayılı Eşit Muamele Yönergesi olmak üzere bu alanda Topluluk bünyesinde daha önce çıkarılmış değişik Yönerge hükümleriyle Avrupa Toplulukları

Karardan anlaşıldığı kadarıyla doğum ve diğer kanuni izinlerini kullanan yönetici pozisyonundaki işçinin işine döndüğü 2.3.2007 tarihinden itibaren işverence işinin değiştirilmesi girişiminde bulunulmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre, işverenin öncelikle durumu işçiye yazılı olarak bildirmesi ve önerinin de işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmesi halinde değişiklik ancak mümkün olacaktır. Önerinin işçi tarafından bu sürede yazılı olarak kabul edildiğinin bildirilmemesi halinde değişiklik yapılamayacaktır. Bu durumda değişiklik önerisi işçiye bağlamayacaktır.

Aynı madde hükmüne göre, değişiklik önerisi kabul edilmeyen işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir.

Kadın-erkek arasında eşitlik, hem Kurucu Antlaşmanın 2. ve 3. madde hükümleri hem de Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarına yansıyan hükümler uyarınca Avrupa Topluluğu için bir temel ilkedir.

Adalet Divanı'nın konuya ilişkin olarak verdiği kararlar üzerine meydana gelen gelişmeleri yansıtan hükümleri bir araya getirme arzusuyla oluşturulmuştur.

Bu Yönerge'nin 14. maddesi hükmünde istihdam kabul, mesleki eğitim ve yükselme ve çalışma koşulları konularında eşit işlem ilkesi belirtilmekte ve ayırıcılık yapılamayacağı ifade edilmektedir.

Yönerge'nin Analık İzninden Dönüş başlıklı 15. maddesinde ise, doğum izninden dönüşünde kadın işçinin eski işine veya eşit değerdeki bir işe dönmeye hakkının bulunduğu ifade edilmektedir. Ayrıca işçiye, işinden ayrı kaldığı dönemde çalışsaydı sahip olabileceği haklardan daha az hakların verilemeyeceği belirtilmektedir.

Yargıtay kararında, son olarak bahsedilen 2006/54/EC sayılı Yönerge hükümlerinden de yararlandığı gözlemlenmektedir²⁴.

İhtilaf konusu olayda ise, işçiye yapılan değişiklik önerisi işçi tarafından açıkça ve yazılı olarak reddedilmiştir.

Bu durumda işverene düşen İş Kanunu m. 22'de aranan koşullar varsa, buna uygun olarak sözleşmeyi feshetmekti. Oysa işveren, uzun izin dönemi nedeniyle, davacı işçinin izinli olduğu dönemde onun çalıştığı yönetici pozisyonu için başka bir elemanın işe alındığını, bu nedenle kendisine yönetici pozisyonunda görev verilemeyeceğini beyan ederek, yönetici olarak boş bir kadro oluşuncaya kadar takım üyeliği görevine geçici olarak 2.4.2007 tarihi itibarıyla nakledildiğini bildirmiştir.

Davacı, 2.4.2007 günlü dilekçesinde izin bitiminde işine döneceğinin bilindiği yerde yapılan işlemin aralarındaki çalışma barışını bozduğunu belirtmiş ve yönetici unvanının korunarak ihbar ve kıdem tazminatlarının

ödenerek iş sözleşmesinin feshini talep etmiştir.

İşverense, İş Kanunu m. 18'deki koşulların oluşmaması nedeniyle iş sözleşmesinin taraflarınca feshedilmeyeceğini, ancak, isterse işçinin kendisinin İş Kanunu m. 24/II uyarınca bildirimsiz ancak tazminatlı ya da aynı Kanununun 17. maddesi uyarınca istifa yoluyla iş sözleşmesini sona erdirebileceğini bildirmiş ve aynı gün işçiye elektronik posta yoluyla istifa dilekçesi örneği göndermiştir. Bunun üzerine işçi bu örneğe uygun olarak istifa ettiğini açıklamıştır.

Yukarıda gösterilen gelişmelerden de açıkça anlaşılacağı gibi işveren, işçiyi izin dönüşünde izinden önceki görevinde çalıştırmak istememiş, önce görevini değiştirmeye çalışmış, bunda başarılı olamayınca daha sonra işçinin işten kendi isteğiyle ayrılmasını sağlamak için onun üzerinde çok büyük bir baskı kurmuş ve nihayet işçinin istifasını sağlamıştır.

Yargıtay, işçi hakkında yapılan bu işlemin, hem uluslararası hem de ulusal mevzuatın kadın işçilerle ilgili koruyucu hükümlerine uygun düşmediğini bildirmiştir. Bunun anlamı burada bir ayrımcılık yapıldığının kabulüdür²⁵.

Her şeyden önce şunu belirtelim ki, işçinin kanuni izinlerini kullanarak işinden uzunca bir süre ayrı kalması üzerine bu pozisyonun doldurulması, izin dönüşünde işçinin işinin değiştirilmesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Çünkü işveren, işçinin de dilekçesinde kısmen ifade ettiği ve kararda da açıkça belirtildiği gibi, bu göreve belirli süreli iş sözleşmesi ile eleman alabilirdi. İş Kanunu m.11'de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için öngörülen durumlardan birisi de "belirli bir olgunun ortaya çıkması"dır. Nitekim yönetici pozisyonundaki kadın işçinin doğum ve diğer kanuni izinlerini alarak işten ayrılması Kanunda öngörülen bu durumun tipik bir örneğini oluşturur. O nedenle işverenin böyle yapmayarak, bu pozisyon için belirsiz süreli iş sözleşmesi ile eleman alması MK. m.2 anlamında açıkça dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır.

Diğer yönden, doğum iznine ayrılan ve bazı kanuni izinlerini kullanan işçinin iş sözleşmesi askıda olduğu için izin dönüşünde eski işinde (veya eşdeğer bir işte) çalışması sözleşmesinin

de gereğidir. Nitekim Yargıtay da yaptığı tespit-te kadın işçinin eski işinde çalışması gerektiği sonucuna varmıştır²⁶.

Yargıtay, kararında isabetli olarak işçi üzerindeki baskı nedeniyle istifa ettiğini bildirmesinin serbest irade ürünü olmadığını belirtmiştir.

Bilindiği gibi genel olarak fesih, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁷. İş sözleşmesi açısından bakıldığında fesih sonucunda iş sözleşmesi sona erdirilmektedir. İstifa ise bu beyanın işçi tarafından yapılan türüdür. Bütün irade beyanlarında olduğu gibi istifada da irade beyanının bozulmamış ve gerçek olması gerekir ki yöneldiği sonuç ortaya çıkabil-sin. Yargıtay isabetli olarak baskı altında verilen istifanın serbest irade ürünü olmadığını ifade etmektedir ki bu istifanın geçerli olmayacağı anlamına gelecektir.

Olayda davacı kadın işçi, istifa etmiş görünmesine rağmen işe iade talep etmektedir. Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere kadın işçinin istifası geçerli olmayacaksa da, bu durum işe iade kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Çünkü İş Kanunumuzun 18-21. maddeleri arasında düzenlenen iş güvencesi ve işe iade davasının dinlenebilmesi için her şeyden önce -diğer koşullar yanında- belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi gereklidir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi işçinin görünürdeki istifasının geçersiz olması, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshini gerekli kılmaz. Bir başka ifadeyle işçinin istifasının geçersiz olması ve sözleşmenin işçinin istifasıyla sona erdirilmemiş olması ile işverence feshedilmiş olması ve sona erdirilmiş olması birbirinden ayrı kavramlardır.

İşte Yargıtay bu noktada ayrı bir yorum yaparak, değişiklik önerisini kabul etmeyen işçiye karşı önerilen görevde çalışması yolunda ısrarla baskı yapılmasını iş sözleşmesinin eylemli olarak işverence feshedildiği anlamına geleceğini isabetle belirtmektedir.

Durum böyle olunca, bunun doğal sonucu olarak işe iadeye hükmedilecektir. Çünkü feshin geçerli bir nedene dayandığının ispatı işverene düşmektedir (İş K. m. 20/2). Oysa işveren bunu sağlayamamıştır. Nitekim Yargıtay

da daha önce yaptığı tespit ve vardığı sonuçlara uygun olarak işe iade yönünde karar vermiş ve aksi yöndeki İş Mahkemesi kararını bozarak ortadan kaldırmıştır.

SONUÇ

Yukarıda ele aldığımız olayda Yargıtay, hukukumuzda mevcut eşit işlem yapma ve ayırimcılık yapmama ilkesine aykırı olarak doğum izni dönüşü hakları kısıtlanmak istenilen kadın işçinin işe iadesi yolunda isabetli bir karar vermiş bulunmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Karar metni için bkz. Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2009, 249-252.
- 2 Sarper Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 447; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, 567.
- 3 Mollamahmutoğlu, 568.
- 4 Bkz. ve krş. Münir Ekonomi, Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum, S. 22 (2009/3), 25-26.
- 5 Süzek, 635.
- 6 Süzek, 440; Mollamahmutoğlu, 572; Nizamettin Aktay-Kadir Arıcı-Tuncay Kaplan/Senyen, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2009, 174.
- 7 Süzek, 440.
- 8 İş Kanunu m.74/5 hükmünde istemesi halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin "tamamlanmasından" veya onsekiz haftalık süreden "sonra" altı aya kadar ücretsiz izin verileceği ifade edilmişken olayda onsekiz haftalık izinin bitiminde yıllık izin (kastedilen herhalde yıllık ücretli izin) kullanıldıktan sonra altı aylık ücretsiz izin kullanıldığı ifade edilmektedir ki bu sıralama kanuna uygun değildir (Ekonomi, 26). Bununla beraber bu konu, olayda sonucu etkileyecek bir husus değildir.
- 9 Y 9 HD. 22.4.2008 E. 2008/13930 K. 2008/9895 Legal İHSGHD (2008), S. 19, 1165-1168.
- 10 Kübra Doğan Yenisey, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırimcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11 (2006/4), 64. Ayrıca eşitlik ve eşit işlem yapma ilkesi konusunda bkz. A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, 1 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, 164 vd.; Devrim Ulucan, Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, 191 vd.; Ö. Eyrenci-S. Taşkent-D. Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, 143 vd.; Süzek, 396 vd.; Mollamahmutoğlu, 535 vd.; Aktay/Arıcı/Kaplan/Senyen, 165 vd.; A. Nurhan Süral, Legal Framework for Gender Equality at Work in Turkey, Middle Eastern Studies, V. 43, No. 5 (september 2007), 811-824; Melek Onaran Yüksel, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, 1 vd.
- 11 Bkz. Şükran Ertürk, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara 2008, 61-63, 113-116; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, 269-271.
- 12 Norman Selwyn, Law of Employment, London 2000, 150.
- 13 Simon Deakin-Gillian S. Morris, Labour Law, Oxford 2005, 701.
- 14 Deakin-Morris, 696.
- 15 Deakin-Morris, 697.
- 16 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile "Avrupa Topluluğu" ibaresi "Avrupa Birliği" olarak değiştirilmiştir.
- 17 1 Aralık 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşma "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma" haline gelmiştir.
- 18 OJ L 39, 14.2.1976.
- 19 CaseC-394/96 (1998) IRLR 445.
- 20 Deakin-Morris, 697.
- 21 CaseC-421/92
- 22 Deakin-Morris, 697.
- 23 OJ L 348, 28.11.1992. Yönergenin içeriği hakkında detaylı bilgi için bkz. Ertürk, 113-116.
- 24 Topluluk Hukuku ilkelerine göre sadece tüzükler üye ülkelerde doğrudan uygulanırlar ve doğrudan etkiye sahiptirler. Bununla beraber, ATAD, çeşitli kararlarında bazı ikincil kaynakların bu arada Yönergelerin de bazı şartlarla bu nitelikte olduklarına karar vermiştir. Bkz. Josephine Steiner-Lorna Woods, Textbook, on EC Law, Eight Edition, Oxford 2003, 89-90; Enver Bozkurt-Mehmet Özcan-Arif Köktaş, Avrupa Birliği Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, 166-170.
- 25 Bkz. Ekonomi, 27.
- 26 Ekonomi, 28.
- 27 Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 551; Çelik, 173; Süzek, 454; Mollamahmutoğlu, 657.