

Prof. Dr. Hakan KESER*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2022/I Sayı 47: 22-44
Makale Gönderim Tarihi: 21 Mart 2022
Makale Kabul Tarihi: 28 Mart 2022

Anayasa Mahkemesi Kararının Işığında İşverenin İşyerinde Emzirme Odası ve Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğünü Eşit İşlem Borcu Kapsamında Yerine Getirmesi Zorunluluğu

Öz

Kadınların çalışma hayatına katılımlarını sağlamak ve katılım oranlarını artırmak için çalışma hayatına katılmalarını engelleyen her türlü ekonomik, sosyal, kültürel etkenlerin ve çalışma hayatında cinsiyetleri nedeniyle karşılaştıkları sorunların ortadan kaldırılması ve özel olarak korunmaları gerekmektedir. Bu anlamda kreş/yurt ihtiyacının karşılanması büyük önem taşımaktadır. Ülkemizde yürürlükte olan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik belirli koşulları taşıyan işverenlere işyerlerinde emzirme odası ve

çocuk bakım yurdu/kreş açma yükümlülüğü getirmiştir. Uygulamada, zaman zaman aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere emzirme odası, çocuk bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında ise bu imkânın sağlanmadığına rastlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin yapılmış bir başvuru hakkında vermiş olduğu kararda, bu durumun işverenin eşit işlem borcunu ihlal etmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir. Çalışmamızda bu karar ve karar sonrası işverenin söz konusu yükümlülüğü ve sonuçları eşit işlem borcu kapsamında ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Kadın işçi, emzirme odası, çocuk bakım yurdu, eşit işlem borcu.

In the Light of the Constitutional Court Decision, the Employer's Obligation to Open a Nursing Room and Dormitory/Nursery at the Workplace within the Scope of Equal Process Debt

Abstract

In order to ensure women's participation in working life and increase their rates

of participation in working life, all kinds of economic, social and cultural factors that

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, hakan.keser@yahoo.com.tr, ORCID: 0000-0002-7961-7358.

prevent them from participating in working life and the problems they face in working life due to their gender should be eliminated and specially protected. In this sense, meeting the need for kindergarten/dormitory is of great importance. The Regulation on Working Conditions of Pregnant or Nursing Women, Nursing Rooms and Child Care Dormitories, which is in force in our country, obliges employers who meet certain conditions to open a breastfeeding room and a nursery/nursery in their workplaces. In prac-

tice, some female workers working in the same workplace are provided with a breast-feeding room, a child care hostel/nursery, while some are not provided with this opportunity. The Constitutional Court, in its decision on an application made on this issue, stated that this situation means that the employer violates the equal treatment obligation. In our study, this decision and after the decision, the employer's obligation and consequences are discussed within the scope of equal transaction debt.

Keywords:

Female worker, nursing room, child care dormitory, equal transaction debt.

Giriş

Türk iş mevzuatında, bugün için yürürlükte olan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, yeni doğum yapmış veya emziren bir işçinin hem çalışmasını huzur içinde sürdürmesi hem de yeni doğan çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişiminin sağlanması amacıyla, belirli koşulları taşıyan işverenlere işyerlerinde emzirme odası ve çocuk bakım yurdu/kreşi kurma yükümlülüğü getirmiştir.

Ancak uygulamada, söz konusu bu yükümlülükler uyulmamasının yaptırımının yeterince caydırıcı olmaması ve denetimlerin de yetersiz olması sebebi ile bu yükümlülükler işverenlerce uyulmamasına ya da birden fazla şubesi olan işyerlerinde bazı şubelerde bu imkânların sağlanmasına karşın, bazı şubelerde ise sağlanmamasına sıkça rastlanmaktadır.

Bu konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere emzirme odası, çocuk bakım yurdu/kreş imkânı sağlarken, bazılarını ise bu imkânın sağlanmaması suretiyle, Anayasa'nın 20 nci maddesinde dü-

zenlenen aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin önemli bir karar vermiştir.

Çalışmamızda, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ve bu karar sonrası işverenin işyerinde emzirme odası ve yurt/kreş açma yükümlülüğünü eşit işlem borcu kapsamında yerine getirmesi zorunluluğu ve buna aykırı davranışların olası sonuçları üzerinde durulmuştur.

I- İşverenin İşyerinde Emzirme Odası, Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğü ve Eşit İşlem Borcu Kavramları

A- İşverenin İşyerinde Emzirme Odası ve Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğü

İş mevzuatımızda kadınların çalışma hayatına katılımlarının artırılması amacıyla, iş hayatının aile hayatı üzerindeki olumsuzluklarının azaltılmasını sağlamaya yönelik birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerin ağır-

lıklı bölümü de gebe ve emziren anne işçilerin korunmalarına ilişkin düzenlemelerdir. Nitekim kadın istihdamını artırmaya yönelik sosyal politikaların olmazsa olmaz bileşeni kreş/yurt ihtiyacının karşılanmasıdır¹. Gerçekten de kadınların çalışma hayatına katılımlarını sağlamak ve katılım oranlarını arttırmak için, kadınların çalışma hayatına katılmalarını engelleyen her türlü ekonomik, sosyal, kültürel etkenlerin ve çalışma hayatında cinsiyetleri nedeniyle karşılaştıkları sorunların ortadan kaldırılması, özel olarak korunmaları gerekmektedir².

Ülkemizde gebe ve emziren anne işçilerin korunmalarına ilişkin kanuni düzenlemeler, 1930 tarihli Umum-i Hıfzıssıhha Kanunu³ ile başlamış ve günümüze dek Anayasa, 4857 sayılı İş Kanunu⁴, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu⁵ ve ilgili yönetmelikler kapsamında devam ettirilmiştir.

1982 Anayasası'nın 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğunu, 49 uncu maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğunu; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak için gerekli tedbirleri alacağını belirttikten sonra, 50 nci maddesinde de küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacaklarını ifade etmiştir⁶. Görüldüğü üzere bu düzenleme

çalışma yaşamını düzenleyen kanunlarda, kadınları korumak üzere kabul edilen resmi ve özel nitelikteki bütün düzenlemelerin temelini teşkil etmektedir⁷.

4857 sayılı İş Kanunu "Analık halinde çalışma ve süt izni" başlıklı 74 üncü maddesinin ilk fıkrasında kadın işçilerin tekil ve çoğul gebelikte doğumdan ne kadar önce ve sonra çalıştırılmamalarının esas olduğunu; sağlık durumları uygun ise doktorun onayı ile kadın işçinin kaç haftaya kadar işyerinde çalışabileceğini belirttikten sonra; ikinci fıkrasında, doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla işçiye doğum sayısına göre çalışma süresinin yarısına kadar verilecek ücretsiz izni; altıncı fıkrasında da, doğum yapmış olan kadın işçinin isteği durumunda kullanabileceği ücretsiz izin hakkını düzenlemiştir. Madde yedinci fıkrasında ise, kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceğini ve bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını da işçinin kendisinin belirleyeceğini ifade etmiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da, 10 uncu maddesinde, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapılırken gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların ve kadın çalışanların durumunun dikkate alınacağı esasını getirdikten sonra; 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde de gebe ve emziren kadınların çalışma şartları, emzirme odaları ve çocuk bakım yurtlarının kurulması veya dışarıdan hizmet alınmasına ilişkin usul ve esasların, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir.

Nitekim konuya ilişkin olarak çıkarılan Gebe

1 Savaş Kutsal, F. Burcu; İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 514.

2 Tulukçu, N. Binnur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, T. Haber-İş Sendikası Yayınları No: 21, Ankara 2000, s. 20.

3 RG. 06.05.1930 t., S: 1489.

4 RG. 10.06.2003 t., S: 25134.

5 RG. 30.06.2012 t., S: 28339.

6 Güven Ercan / Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2017, s. 303; KANDEMİR Murat, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, 2005, s. 424; Bacak, Bünyamin/YİĞİT, Yusuf; Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007. s.

3, (1-31); Savaş Kutsal, s. 514; Gökçeoğlu Balcı Şebnem, "Koruma mı Dışlama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, S. 54, 2017/3, s. 1271.

7 Bacak/Yiğit, s. 3.

veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁸, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın işyerlerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesine; çalışma/çalıştırma yasaklarına ve emzirme odalarının veya çocuk bakım yurtlarının nasıl kurulacağına/hangi şartları taşıyacaklarına yönelik düzenlemeler getirmiştir.

Söz konusu Yönetmeliğin "Oda ve yurt açma yükümlülüğü" başlıklı 13 üncü maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta yine Yönetmelikte belirtilen şartları⁹ taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur. Emzirme odası, çalışanların bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için ayrılan odayı, emziren çalışan ise, tabii olduğu mevzuat hükümleri uyarınca süt izni kullanmakta olan ve işvereni durum hakkında bilgilendiren çalışanı ifade etmektedir.

Yine aynı Yönetmeliğin 13 üncü maddesinin (2) numaralı bendi uyarınca da, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunlu olacaktır. Şayet yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa, işveren çalışanların ulaşımını taşıtla sağlamakla da yükümlü olacaktır. İşverenin söz konusu yükümlülüğünün sadece kadın çalışan sayısı esas alınarak düzenlenmiş olması haklı olarak eleştirilebilecektir¹⁰. Zira söz konusu düzenleme bu haliyle, kadın istihdamının artırılması, kadınların çalışmaları-

nın önündeki engellerin kaldırılması hedeflerini gerçekleştirememekte aksine, işverenlerin daha az sayıda kadın işçi çalıştırmalarına sebep olduğundan ayrımcılığın kaynağı haline gelmekte ve kadınların çalışmalarının önünde bir engel teşkil etmektedir¹¹.

Yönetmelikte sözü edilen Yurt/Çocuk bakım yurdu/Kreş, Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği¹² hükümlerine göre ilköğretime kayıt yaşını doldurmamış çocukların bakım ve eğitimlerinin yapıldığı yerleri ifade etmektedir.

Yönetmelik uyarınca, işverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebileceklerdir. Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısını dikkate alınacak, çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da bu sayıya dâhil edilecektir.

Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İş Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda doğrudan yer almamakla birlikte, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çıkarılmış olan Yönetmelik, kadın çalışan sayısının belli sınırları aşması durumunda işverene işyerinde emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü getirmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, işveren bu yükümlülüğünü kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacağı anlaşmalarla da yerine getirebilecektir. İşverene getirilen bu yükümlülüğün, Kanunla değil de Yönetmelikle getirilmiş olmasının bu yükümlülüğün emredi-

8 RG.16.08.2013 t., S: 28737.

9 Oda ve yurtlarda bulunacak nitelikler Yönetmelik Ek IV'de açıklanmıştır.

10 Savaş Kutsal, s. 519.

11 Doğan Yenisey Kübra, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Kamu-İş, C. 6, S. 4/2002, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf>), (Erişim Tarihi: 31.01.2022).
50 Uşen Şelale / (Güngör) Delen Meltem, "Eğitimli Kadınların Çalışma Hayatına İlişkin Tercihleri: İstanbul Örneği", Kamu-İş, C. 11, S. 4, 2011, s. 127-182, s. 158.; Savaş Kutsal, s. 524.

12 RG 26.07.2014 t., S: 29072.

ciliğine herhangi bir etkisinin olmayacağı açıktır. Zira İş Hukukunun resmi kaynaklarını; Anayasa, kanunlar, kanun hükmünde kararname, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzükler ve yönetmelikler oluşturduklarından, her bir kaynağın içeriği kendisinden önce gelen kaynak ya da kaynaklara aykırı olmadığı sürece geçerli ve aynı ölçüde bağlayıcı olacaktır¹³.

Ancak tüm bu düzenlemelere bakıldığında, içerik olarak tümü gebe, yeni doğum yapmış ve emziren anne işçileri koruma amacına hizmet etse de uygulanabilirlik açısından çok titiz bir şekilde kaleme alındıklarından söz edilemeyecektir. Bununla birlikte Yönetmelikte ayrıntılı düzenlemeler yer almasına ve koşulları taşımalarına rağmen, uygulamada işyerlerinde kreş açan işveren sayısının oldukça düşük olduğu görülmektedir. Zira bunun nedeni, söz konusu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımının; 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 26/1-n maddesi hükmünde sadece idari para cezası olarak düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 26/1-n maddesi uyarınca 2022 yılı için söz konusu ceza az tehlikeli işlerde 5.218 TL olup, yükümlülüğü yerine getirmeyen işverene, durumun tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak uygulanacaktır. Söz konusu bu tutar, Yönetmelikte belirtilen oda ve yurtlarda bulunması gerekli nitelikler dikkate alındığında ve bu yükümlülüğün 150'den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerine getirildiği düşünüldüğünde, bu büyüklükteki işyerleri açısından oldukça düşük/yetersiz bir yaptırım tutarı olarak değerlendirilebilecek ve ancak aykırılığın herhangi bir teftiş dolayısıyla tespit edilmesi halinde bu cezanın ödenmesi gündeme gelecektir¹⁴.

İşverene getirilmiş bulunan, emzirme odası ve

yurt açma yükümlülüğüne, idari para cezasının düşüklüğü ve denetimlerin azlığı sebebi ile işverenlerce uyulmaması durumunda, bu işyerlerinde çalışan kadın işçiler zor durumda kalmakta ve çocuklarını bırakacak yeri ya da kimsesi olmayan kadın işçiler, iş sözleşmelerini zorunlu olarak feshetmektedirler. Böyle bir durumda da kadın işçi aile hayatını tercih etmek zorunda kalmış olduğundan, işsiz kalmasının dışında sözleşmeyi kendi feshettiği için ihbar tazminatına da hak kazanamamaktadır.

İşyerinde yurt/kreş açma yükümlülüğü altında olan işverenin, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalan kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda ise, Yargıtay önceleri bu sebebin mevcut İş Kanunu'na göre işçiye haklı sebeple bildirimsiz fesih imkânı vermeyeceğini ifade etmiştir¹⁵. Ancak Yargıtay sonradan vermiş olduğu kararlarında, Yönetmelikteki düzenleme gereği işverenin kreş açma zorunluluğunun bulunduğu hallerde, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren karşısında, işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimsiz fesih hakkı ve dolayısı ile de kıdem tazminatı hakkı bulunduğunu kabul etmiştir¹⁶.

Yargıtay kanımızca da yerinde olarak bu kararlarda, Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmeliklerin çalışma yaşamına etkileri sonucu, her bir iş ilişkisinde çalışma koşullarını meydana getirdiklerini ifade ederek; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinde işçinin haklı sebeple bildirimsiz fesih halleri düzenlenirken (II) bendinin (f) alt bendinde son cümle olarak 'yahut çalışma şartları uygulanmazsa' şeklinde ifadeye yer verilerek, çalışma şartlarının uygulanmaması du-

13 Savaş Kutsal, s. 510.

14 Hüseyinli Namık / Hüseyinli Tahire, "Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler", Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 34, 2016, s. 129. Soykut Sarıca Yeşim Pınar / Çağrı Elif, "İş-Aile Yaşamında Dengeyi Bulma Çabaları: Ülke İncelemeleri", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 7, S. 2, 2018, s. 114.

15 Yarg. 9. HD. 05.10.2015 t. E.2014/14201, K.2015/27284, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

16 Yarg. 9. HD. 14.11.2016 t. E.2015/5175, K.2016/19971, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Yarg. 9. HD. 22.11.2017 t. E.2017/17148, K.2017/18828, Süzek, Sarper; İş Hukuku, 21.Baskı, İstanbul 2021, s. 890; Savaş Kutsal, F. Burcu; İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2019, s. 510.

rumunun, işçiye haklı sebeple bildirimsiz fesih hakkı vereceğini belirtmiştir. Bu anlamda, Yönetmelik uyarınca, yurt/kreş açmak yükümlülüğünde olan bir işverenin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi, çalışma şartlarının uygulanmaması olarak değerlendirilecektir.

B - Eşit İşlem Borcu Kavramı

Eşitlik genel olarak yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne fazla ne eksik olmamayı, aynı haklardan yararlanmayı ve aynı düzeyde olmayı ifade eden bir kavramdır.

Türk Hukukunda da herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı ve Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları esası, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10 uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu bu düzenleme, genel olarak devletin vatandaşlara karşı tarafsızlığını ve bu tarafsızlık çerçevesinde kamu organlarının görevlerini yerine getirirken vatandaşlara eşit davranmakla yükümlü olduklarını; yasama yürütme ve yargının, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesi kanun önünde eşit kabul edip buna göre davranmalarını güvence altına almayı hedefleyen bir düzenlemedir¹⁷. Eşitlik ilkesi devlete yükümlülükler getirdiği gibi, kişiler açısından da bir temel hak oluşturmaktadır¹⁸.

Buna karşın, eşitlik ilkesini kamu hukukunda olduğu kapsam ve genişlikte iş hukuku alanında uygulamak mümkün olmamaktadır. Nitekim işverenin eşit işlem borcu denildiğinde, ilk olarak

işverenin iş ilişkilerinde, yani bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan işçi ile işçi çalıştıran işveren arasında kurulan ilişkilerin her aşamasında, işçilere karşı mutlak bir eşit işlem borcu olduğu akla gelebilecek ve bunun sonucu olarak da iş sözleşmesinin yapılması, devamı ve sona ermesi aşamalarında hiçbir konuda hiçbir işçiye farklı bir işlem yapılamayacağı düşünülebilecektir. Oysa ilk bakışta, işverenin iş ilişkilerinde eşit işlem borcu kavramı mutlak bir eşitlikten söz ediyor gibi görünse de iş sözleşmesi yapan tarafların, karşılıklı olarak çıkarları ile maddi varlıklarını korumak ve geliştirmek amacıyla iş sözleşmesinin taraflarını seçmeye, içeriğini kendi yararına oluşturmaya ve yine gerekli gördüğünde de usulüne uygun biçimde sona erdirmeye hakkı olduğunun kabulü gerekecektir¹⁹.

Buna göre, iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcunun Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamı taşımadığı, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dâhilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olduğu kabul edilebilecektir. Doktrinde de ifade edildiği üzere burada önemli olan nokta, sözleşme özgürlüğü ilkesinin işçiler arasında eşitliği sağlama esası ile bağdaştırılabilmesidir. Nitekim işverenin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işçilerini seçmede, çalışma koşullarını belirlemede önemli çıkarı vardır. Bu anlamda işvereni eşit işlem borcundan bahisle, kadın erkek, eğitimli eğitimsiz ayrımı yapmaksızın başvuran herkesle iş sözleşmesi yapmakla yükümlü tutmak, eşitlik ilkesi gereği bazı işçilerini işten çıkarmasını engellemek çalışma hayatının gerçekleri ile bağdaşmayacaktır. Bu yüzden, işyerinde birliğe ve uyuma dayanan adil bir çalışma düzeninin kurulması ve eşit işlem yapma borcunun sözcük anlamıyla mutlak olarak anlaşılmaksızın, eşit işlerde çalışanlara eşit haklar sağlanması şeklinde konunun ele alınması ve bunun sınırları ile istisnalarının belirtilmesi yerinde olacaktır²⁰.

Türk İş Hukuku alanında eşitlik ilkesinin ve iş-

17 Ulucan, Devrim; Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 5, Nisan 2000, S: 3, s. 192.

18 Süzek, s. 469; Öden, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 132-133.

19 Ulucan, s. 192.

20 Ulucan, s. 194.

verenin eşit işlem borcunun pozitif dayanakları temel olarak Anayasamızın 10 uncu maddesi, İş Kanunu'nun 5 inci maddesi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 6 ncı maddesi ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25 inci maddeleridir. Eşit işlem borcuna ilişkin olarak sadece kadın ve erkek işçiler arasında cinsiyete dayalı bir ücret ayrımı yasağı getiren eski 1475 sayılı İş Kanunu'nun aksine, 4857 sayılı İK. "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5 inci maddesinde konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. Söz konusu maddenin İK.'da yer almasının sebebi, Kanun'un madde gerekçesinde²¹ de belirtildiği üzere, işverenin eşit işlem borcunun uluslararası belgelerde çok önemli bir konu olarak ele alınması ve çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak görülmesidir.

Söz konusu düzenlemeyle; Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ILO'nun Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 sayılı Sözleşmesi²² ile Birleşmiş Milletlerin Kadınlara Karşı Her Tür- lü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmelerinde yer alan esaslar ve Avrupa Birliği Çalışma Mevzuatına uyum sağlamamız açısından mevzuatımızda yer alması gereken belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayrımı haklı kılan nedenler olmadıkça işçilere eşit davranılması esasları, mevzuatımızda yerlerini almışlardır²³.

4857 sayılı İK.'nın 5 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve

benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacaktır. Görüldüğü üzere, burada son derece geniş bir ayrımcılık yasağından söz edilmektedir. Burada "iş ilişkisinde" denildiğine göre, işçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin her aşaması anlaşılmalı, ayırım yasağını sadece ücrette ayırım olarak sınırlandırmak mümkün olmamaktadır. Zaten madde içeriğinde cinsiyete dayalı ücret ayrımcılığı ayrıca yasaklanmıştır.

Diğer yandan düzenleme, genel anlamda ayrımcılığın dışında kadın işçilere ilişkin olarak, iş sözleşmesinin yapılması, şartların oluşturulması, uygulanması ve sona ermesine ilişkin olarak bir cinsiyet ayrımcılığını ve gebelik nedeniyle farklı muameleyi önlemeyi de amaçlamaktadır. Buna 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 yapamayacak ve aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamayacaktır. Bunun dışında, işçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını da haklı kılmayacaktır (m.5/3, 4, 5).

Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İK.'nın 5 inci maddesi dikkate alındığında, maddenin işverene yüklediği eşit işlem borcunun, sadece cinsiyet ayrımcılığın önlenmesine yönelik olmadığı, bu borcun aynı cinsiyetteki kişiler arasında belirtilen sebeplerden dolayı yapılabilecek bir ayrımcılığı da önlemeyi amaçladığı ifade edilebilecektir. Maddenin 1 inci fıkrası uyarınca, iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacaktır. Hükümde "benzeri sebepler" ifadesine yer verildiğinden ayırım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı olmayacak, benzeri nedenlerle de işveren bu yasağı ihlal edemeyecektir²⁴. Özellikle, yaş, medeni hal (evli-

21 <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2022).

22 13.12.1966 T., 810 sk., RG. 22.12.1966 t., No: 12484 (ILO Kabul tarihi: 6 Haziran 1951). Ayrıca bkz. İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılık Hakkında 111 sayılı Sözleşme. 13.12.1966 T., 811 sK., RG. 22.12.1966 t., No: 12484 (ILO Kabul tarihi: 4 Haziran 1958).

23 İş ilişkisinde işverenin eşit davranma borcuna ilişkin uluslararası düzenlemelere ilişkin olarak bakınız. Doğan Yenisey Kübra; İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006, s. 69-70; Gülmez, Mesut; İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum, S. 25, 2010/2, s. 217.

24 Çelik, Nuri/Canikoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/ Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstan-

lik ve aile), sağlık durumu, genetik özellikler, cinsel yönelim ve fiziki görünüm benzeri nedenler arasında sayılabilecek, işverence bu temellere dayanılarak da ayırım yapılamayacaktır²⁵.

Buna göre, işverenin yönetim hakkının ve sözleşme serbestisinin sınırını, işçinin insan olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri yani ayırım yasakları ile dar anlamda eşit işlem borcu yani eşitlik ilkesi oluşturacaktır²⁶. Dar anlamda eşit işlem borcu, aynı ve benzer durumda olan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması biçiminde tanımlanabilecektir. Örneğin, aynı kıdemde ve eşit verimle çalışan iki işçiden birine daha olumsuz çalışma koşullarının uygulanması bu niteliktedir²⁷. İş Kanunu'nun 5 inci maddesi, "eşit davranma ilkesi" başlığını taşımasına karşın, madde ağırlıklı olarak genel ayrımcılık ile cinsiyet veya gebelik halinde ayrımcılık yasaklarını²⁸ düzenlemiş, açık bir şekilde sadece 2 nci fıkrasında dar anlamda eşit işlem borcundan söz etmiş²⁹ ve 3 üncü fıkrasında da kadın işçiler arasında da gebelik konusunda ayrımcılık yapılamayacağını belirtmiştir. Yani bir başka anlatımla, işverenin dar anlamda eşit işlem borcunun, İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde farklı sözleşme türlerinde çalışan işçiler ile bir anlamda gebelik sebebine dayalı olarak kadın işçilere ilişkin olarak düzenlendiği ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, Anayasamızın 10 uncu maddesinin hem ayırım yapma yasağını hem de dar

anlamda eşit işlem borcunu düzenlemesi sebebi ile Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan 11 inci maddesi³⁰ uyarınca, Anayasal eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde de geçerli bir ilke niteliği taşıyacağından, işverenler ayırım yasaklarında olduğu gibi, dar anlamda eşit işlem borcuna da uymak zorunda olacaklardır³¹.

Dar anlamda eşit işlem borcunun doğumu için, bazı koşulların bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, bu borcun aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olması (işyerinde birlik), karşılaştırılacak durumların aynı zaman diliminde meydana gelmiş bulunması (zamanda birlik) ve bir karşılaştırma yapılmasına olanak tanıyan, birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulamanın söz konusu olmasıdır³².

Buna göre, dar anlamda eşit işlem borcunun ihlalinden söz edilebilmesi için karşılaştırma yapılacak en az iki işçiye ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, dar anlamda eşit işlem borcu, işverenin işyerindeki tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Söz konusu borç aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusu olacaktır. İşveren işçiler arasında, gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, gerekse çalışkanlığı, yeteneği, performansı gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilecektir³³. İşveren, ayırım gözetmede haklı bir amaç izlemişse yani, bu davranışını haklılaştırabilirse ve yapılan farklılık izlenen bu haklı amaçla orantılı

bul 2021, s. 455.

25 Süzek, s. 470; Savaş Kutsal, F. Burcu; Türkiye İnsan hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 259.
26 Süzek, s. 470; Güzel, Ali; İş Hukukunda "Yetki" ve "Özgürlük" Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C. 1, Ankara 2016, s. 95; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 456.
27 Süzek, s. 469.
28 Süzek, s. 470.
29 İş Kanununun 5. maddesinde dar anlamda eşit davranma borcuna yer verilmediği görüşü için bkz. Sur, Melda; İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, SİCİL, S. 37; 2017, s. 33-51. Doğan Yenisey, s. 68; AYKAÇ, Hande Bahar; Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlandırılması, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016, s. 52 vd.

30 AY. m. 11/1 "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."

31 Doğan Yenisey, s. 66; Süzek, s. 471; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 457; Gülmez, s. 239.

32 Süzek, s. 473; Çelik, Nuri; İşletmenin, İşyerinin ve İşin gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL, S. 4, Aralık 2006, s. 5-6, s. 5-12 Aykaç, s. 651 vd.; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Asarlı, Muhiddin/ Baysal, Ulaş; İş Hukuku 6. Basım, Ankara 2014, s. 730 vd.; Öden, s. 17-18.

33 Yarg. 9.HD, 20.5.1985 t., E.1985/2546, K.1985/5437, YHGK, 23.12.2009 t., E.2007/485, K.2009/598; Yarg. 9.HD, 30.06.2011 t., E.2011/17321, K.2011/19795, Yarg. 9HD, 15.1.2015 t., E.2015/7613, K.2015/741, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

ise, eşit işlem borcu ve ayırım yapma yasağı ihlal edilmiş olacaktır³⁴.

Görüldüğü üzere, iş ilişkisinin devamında işveren ayırım yapmama ve dar anlamda eşit işlem borcuna uygun davranmak zorunda olacaktır. İşveren iş ilişkisi devam ederken işçilere karşı İK 5/1'de yer alan ayırım yasaklarına aykırı davranamayacağı gibi, dar anlamda eşit işlem borcuna uygun olarak, tüm çalışma koşullarının uygulanmasında da eşitlik ilkesini ihlal edemeyecektir. İşyeri uygulamaları da işçi bazında değil işyeri bazında olduğundan, işyeri uygulaması haline gelmiş olan çalışma şartlarının uygulanması da dar anlamda eşit işlem borcu kapsamında olacaktır³⁵.

Diğer yandan, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu³⁶ da eşitlik ilkesi ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda düzenlemeler getirmiş, bu konuda ulusal bir denetim mekanizması oluşturmuştur. Kanun'un amacı; 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 Kurumu'nun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir.³⁷

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, ayrımcılık yasağı ve dar anlamda eşit iş-

lem borcunu düzenlenmiştir. Buna göre; herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir ve Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır (m.3/1, 2). Hükümde İK 5/1'den farklı olarak "ve benzeri sebepler" ifadesine yer verilmediğinden, Kanun'un uygulanması açısından ayırım yasağının burada sayılan hallerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁸. Diğer yandan Kanun hem kamu kurum ve kuruluşlarına hem de özel kesim işverenlerine ayrımcılığın önlenmesi konusunda gereken her türlü önlemi alma yükümlülüğü de getirmiştir (m.3/3, 4).

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, iş ilişkisinin kurulmasında, devamında ve sona ermesinde ortaya çıkabilecek ayrımcılığa ilişkin de özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacaktır. Söz konusu güvence; iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları kapsayacaktır (m.6/2).

Türk İş Hukuku alanında eşitlik ilkesinin ve işverenin eşit işlem borcunun sendikali işçi sen-

34 Süzek, s. 474; Serozan, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, 6. Basım, İstanbul 2015, s. 36-37; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 458.

35 Bu yönde bkz. Yarg. 22.HD, 26.5.2016 t., E.2016/13411, K.2016/15196 ve kararın incelenmesi, BAYCIK, Gaye; İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, s. 321-323.

36 RG. 20.04.2016, S: 29690.

37 Bkz. Savaş Kutsal, Burcu; Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 259 vd.

38 Süzek, s. 495; Ugan Çatalkaya, Deniz; İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019 s. 173, Ugan Çatalkaya, Deniz; İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin dar anlamda eşit davranma borcu ve Ayrımcılık Yasası, Çalışma ve Toplum, S. 69, 2021/2, s. 860 vd.

dikasız işçi ayrımını önlemeye yönelik pozitif dayanağı da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'dur³⁹. Kanun'un "Sendika öz-gürlüğünün güvencesi" başlıklı 25 inci maddesi uyarınca, işçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacak ve işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamayacaktır. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri ise saklıdır.

Bununla birlikte yine madde uyarınca, işçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmayacak veya farklı işleme tabi tutulamayacaktır.

II- İşverenin İşyerinde Emzirme Odası/Yurt/Kreş Açma Yükümlülüğünün Eşit İşlem Borcu Kapsamında İşyerinde Çalışan Tüm Kadın İşçilere Yönelik Olması

A- Genel Olarak

Yukarıda da açıklandığı üzere, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren çalışanın işyerlerindeki sağlık ve güvenliğinin sağlanması ve geliştirilmesine; çalışma/çalıştırma yasaklarına ve emzirme odalarının veya ço-

cuk bakım yurtlarının hangi koşullarda nasıl kurulacağına/hangi şartları taşıyacaklarına yönelik düzenlemeler getirmiştir.

Düzenlemenin amacı, yeni doğum yapmış veya emziren bir işçinin hem çalışmasını huzur içinde sürdürmesi hem de yeni doğan çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişiminin sağlanmasıdır. Nitekim böylelikle anne, bir taraftan sorunsuz bir şekilde çalışma hayatına devam edecek, diğer taraftan da çocuğun düzenli bir şekilde beslenmesi ve sağlıklı olarak gelişimi sağlanmış olacaktır.

Ancak, uygulamada zaman zaman aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere emzirme odası, çocuk bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken bazılarının ise, bu imkânın sağlanmadığına rastlanmakta ve bu imkânın sağlanmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak eşit işlem borcunun ihlal edilmesi söz konusu olmaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 10 ucu ve 11 inci, 4857 sayılı İK'nun 5 inci ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 6 ncı maddeleri dikkate alındığında, maddelerin işverene yüklediği eşit işlem borcunun, sadece cinsiyet ve benzeri ayrımcılıkların önlenmesine yönelik olmadığı, aynı cinsiyetteki kişiler arasında da herhangi, bir sebepten dolayı yapılabilecek bir ayrımcılığı da önlemeyi amaçladığı görülmektedir.

B- İşyerinde Çalışan Bazı İşçilere Emzirme Odası, Çocuk Bakım Yurdu/Kreş İmkânı Sağlanırken Bazılarına Sağlanmamasının Eşit İşlem Borcunu İhlal Etmesi

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, yukarıda da ifade edildiği üzere, "oda ve yurt açma yükümlülüğü" başlıklı 13 üncü maddesinin (1) numaralı bendi ile, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve

39 RG. 07.11.2012 t., S: 28460.

işyerine en çok 250 metre uzaklıkta yine Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunluluğunu, (2) numaralı bendinde ise, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışmanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunluluğunu getirmiştir.

Görüldüğü üzere, Yönetmelik kesin bir ifade ile işyerinde çalışan kadın işçilerin sayısına bağlı olarak işverenlere böyle bir yükümlülük getirmiş ve herhangi bir istisna belirtmeyerek, bu imkânın işyerinde çalışan yeni doğum yapmış ve 6 yaşından küçük çocuğu olan tüm kadın işçileri kapsamasını amaçlamıştır.

Ancak uygulamada, söz konusu yükümlülükler uyulmamasının yaptırımının sadece idari para cezası olması sebebiyle, özellikle birden fazla şubesi olan işyerlerinde karşılaşıldığı üzere, bazı şubelerde bu imkânların olması ve işçilerin bunlardan faydalanması, bazılarında ise olmaması ve dolayısı ile işçilerin bu imkânlardan faydalanamaması durumlarına rastlanmaktadır. Bu tür bir işyerinde çalışan ve Yönetmelikte belirtilen imkânlardan faydalanamayan kadın işçiler de eşit işlem borcunun ihlal edildiği iddiasını haklı olarak ileri sürmekte ve kendi imkânları ile sağladıkları kreşlere ödedikleri ücretleri işverenden talep etmektedirler.

Nitekim uygulamada Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin yapılmış bir başvuru hakkında vermiş olduğu kararda⁴⁰ konuyu ayrıntılı bir şekilde değerlendirerek, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere emzirme odası, çocuk bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında ise bu imkânın sağlanmamasının, işverenin eşit işlem borcunun ihlal edilmesi anlamına gelip gelebileceği hususunu açıklığa kavuşturmuştur.

40 AYM. Burcu Reis Başvurusu, Başvuru No: 2016/5824, Karar Tarihi: 28.12.2021, R.G. 27.01.2022, S: 31732.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olayda, özetle başvurucu öncelikle iş mahkemesinde işyerinde çalışan çocuklu bazı kadınlara kreş imkânı sağlanırken, kendisine bu imkânın tanınmadığını iddia ederek, kendisinin çocuğunun kreşi için ödediğini ileri sürdüğü ücretin yasal faiziyle birlikte ödenmesi ve eşit işlem borcuna aykırı davranılması sebebiyle de ayrımcılık tazminatı ödenmesi talepleri ile dava açmıştır. İş Mahkemesi davayı ayrımcılık tazminatı yönünden kabul ederek başvurucuya ayrımcılık tazminatı ödenmesine, yoksun kaldığı haklar ile kreşe ödenen bedelin tazmini isteminin ise reddine karar vermiştir.

Kararın gerekçesinde, işverenin eşit davranma borcunun, işverenin işyerinde çalışan ve aynı durumda bulunan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapmasını yasakladığı belirtilmiştir. Kararda; işverenin kreş uygulaması konusunda işçiler arasında farklı muamele gerçekleştirdiğinin tanık beyanlarıyla ispatlandığı, işverenin ise bunun aksini ortaya koyamadığı ifade edilmiştir. Yoksun kalan haklara yönelik olarak ise kararda; işverenin sağladığı imkânın işçilerin çocuklarının anlaşmalı kreşlere gönderilmesinden ibaret olduğu, bunun dışında herhangi bir ödemenin yapıldığının başvurucu tarafından ispatlanamadığı ifade edilmiştir. Kararda son olarak, 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin altıncı fıkrasına göre başvurucunun ancak ayrımcılık tazminatı ile yoksun kaldığı hakları isteyebileceği, çocuğunun kreşi için yaptığı masrafları talep edemeyeceği, bu sebeple kreşe ödediği tutara ilişkin talebinin kanuni dayanağının bulunmadığı açıklanmıştır⁴¹.

Kararın temyizi üzerine, Yargıtay vermiş olduğu kararda, Anayasa'nın 10 uncu maddesine, bazı uluslararası sözleşme ve belgelerin eşitlik ilkesiyle ilgili hükümlerine ve 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine yer verdikten sonra, yasal düzenlemenin; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebep-

41 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 12.

lere dayalı ayrımcılık yapılmasını yasakladığını vurgulayarak, somut olayda başvuruçunun 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin gerçekleştiğini ispatlamadığını, bu nedenle başvuru lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve İş Mahkemesinin kararını bozmuştur. İş Mahkemesi de bozma kararına uyararak, yoksun kalınan haklar ve kreş bedeli yönünden önceki karardaki gerekçeyle, ayrımcılık tazminatı yönünden işe bozma kararındaki gerekçeyle davayı reddetmiştir⁴².

Bu durum üzerine Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruya ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, öncelikle yukarıda değindiğimiz 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" kenar başlıklı 5 inci maddesi ile olay tarihinde yürürlükte olan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'in ilgili maddelerini açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi kararda daha sonra, Uluslararası Hukuk başlığı altında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8 inci maddesi ile Sözleşme'nin 14 üncü maddesini yazdıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 inci maddesinin, "ebeveynlik iznini güvence altına almadığı gibi devlete, ebeveynlere çocuk bakımıyla bağlantılı mali imkânlar tanınması konusunda herhangi bir pozitif yükümlülük de yüklenmediğini" kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak buna karşılık, kararda AİHM'nin, "birlikte çocuklarına bakmaları için anne-babalara izin verilmesini ifade eden ebeveynlik izninin" ve "çocuk bakımıyla ilgili ödemelerin" aile yaşamını geliştirdiğini ve aile yaşamının organize şeklini zorunlu olarak etkilediğini ifade ederek, ebeveynlik izninin ve ebeveynlik ödemelerinin Sözleşme'nin 8 inci maddesi kapsamına girdiğini kabul ettiği hususunun altı çözülmüştür⁴³.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda ayrıca, AİHM'ne göre; farklı muamelenin, nesnel ve makul bir gerekçeye sahip olmaması hâlinde ayrımcılık olarak nitelendirildiğini, diğer bir deyişle, meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamelenin, ayrımcılık oluşturduğunu⁴⁴ ifade etmiştir.

Buna göre, AİHM, farklı muamelenin "objektif ve makul bir nedene dayanmaması", yani "meşru bir amacı" izlememesi ya da "tercih edilen araç ile ulaşılmaya hedeflenen amaç arasında makul bir orantılilik ilişkisinin bulunmaması" hâlinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14 üncü maddesi bağlamında ayrımcı nitelikte olacağını kabul etmektedir. Bir başka anlatımla, ayrımcılığın söz konusu olmaması için, ileri sürülen argümanların farklı muamelede bulunulmasını haklı göstermesi ve bu durumun nesnel bir temele dayandığının ortaya konulması gerekmektedir⁴⁵.

Diğer yandan, AİHM'nin, taraf devletlerin başka koşullarda benzer durumlar teşkil eden farklılıkların, farklı bir muameleyi gerektirip gerektirmediğinin ve ne ölçüde gerektirdiğinin değerlendirilmesinde takdir yetkileri bulunduğunu kabul ettiği, yine kararda belirtilmiştir⁴⁶.

Aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında ise bu imkânın sağlanmaması sebebi ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılan söz konusu başvuruda, başvuru sahibi bu durumun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı ihlal ettiğini, işverenin bazı işçilere kreş imkânı sağlarken kendisine bu imkânın tanınmadığını ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14 üncü maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir.

No: 30078/06, Karar Tarihi: 22.03.2012, s. 130; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 21.

44 AİHMK. Fabris/Fransa Başvurusu, Başvuru No: 16574/10, Karar Tarihi: 07.02.2013, s. 56, AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 23.

45 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 25.

46 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 23.

42 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 13-14.

43 AİHMK. Konstantin Markin/Rusya Başvurusu, Başvuru

Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibinin tüm şikâyetlerinin, aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmesini uygun bulmuş ve yapmış olduğu değerlendirmede öncelikli;

Eşitlik ilkesinin hem başlı başına bir hak hem de diğer hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına hâkim temel bir ilke olarak kabul edildiğini;

Anayasa'nın 10 uncu maddesinin, eşitlik ilkesinden faydalanacak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiş olduğunu;

Anayasa'nın 11 inci maddesinde yer alan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." hükmü uyarınca Anayasa'nın "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğunu;

Anayasa'nın 10 ncu maddesinin son fıkrasında yer alan "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ile idari makamların eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlü olduklarını⁴⁷;

Anayasa'nın 10 uncu maddesine ilişkin olarak Danışma Meclisi gerekçesinde, devletin organları ve idari makamların bütün işlemlerinde insanlar arasında ayırım yapmadan devlet faaliyetini yürütmek zorunda olduğunun belirtildiğini; ifade etmiştir.

Kararda daha sonra, Anayasa'nın 10 uncu maddesinin ayrımcılık yasağı biçiminde düzenlenmemiş olsa bile, eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerek-

tiği⁴⁸, eşitlik ilkesinin somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerdiği⁴⁹; ayrımcılık yasağının, Anayasa'da güvenceye bağlanan hak ve özgürlüklerden yararlanılması bağlamında bir etkiye sahip olduğundan, maddi haklardan bağımsız olarak bir varlığa sahip olmayıp, diğer hakların tamamlayıcısı mahiyetinde olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Buna göre, ayrımcılık yasağının tatbik edilmesi diğer hükümlerin ihlal edilmesini zorunlu kılmasa da ihtilaf konusu mesele Anayasa'daki diğer haklardan biri veya birkaçının kapsamına girmedikçe ayrımcılık yasağının uygulanması mümkün olmayacaktır⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 inci maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının, Anayasamızdaki karşılığı 20 nci maddede düzenlenen aile hayatına saygı hakkıdır. Anayasamızın 41 inci maddesinin ikinci fıkrası devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ödevi yüklemekle birlikte, bu tedbirlerin neler olduğunu açıkça düzenlememiş, bu konuyu kanun koyucunun takdirine bırakmıştır⁵².

Dolayısıyla Anayasa'nın 20 nci ve 41 inci maddelerinin, çalışan ebeveyne kreş yardımı sağlanmasını garanti ettiği söylenemeyecektir. Bununla birlikte kreş yardımının aile düzeninin sağlanmasıyla, yani ailenin huzur ve refahının korunmasıyla ilgili bir tedbir olduğu açıktır. Bu nedenle kanun koyucunun bu yönde düzenlemeler yapması hâlinde bunların aile hayatına saygı hakkının kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir⁵³.

Anayasa Mahkemesi kararına göre, işçi ola-

47 AYM. Nurcan Yolcu Başvurusu, Başvuru No: 2013/9880, Karar Tarihi: 11.11.2015, s. 35; Gülbu Özgüler Başvurusu, Başvuru No: 2013/7979, Karar Tarihi: 11.11.2015, s. 42; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 33.

48 AYM. 23.09.1996 t., E. 1996/15, K. 1996/34, AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 34.

49 AYM. Nurcan Yolcu, s. 30; Gülbu Özgüler, s. 37; Tuğba Arslan, Başvuru No: 2014/256, Karar Tarihi: 25.06.2014, s. 108; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 34.

50 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 35.

51 AYM. Nuriye Arpa Başvurusu, Başvuru No: 2018/18505, Karar Tarihi: 16.06.2021, s. 43; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 35.

52 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 37.

53 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 37.

rak çalışan başvurusunun diğer bazı kadın çalışanlardan farklı olarak kreş imkânından yararlandırılmaması durumunun, aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden incelemesi için, öncelikle aile hayatına saygı hakkının kapsamına giren bir menfaate müdahalede bulunulduğunun tespiti gerekmektedir.

Yürürlükte bulunan gebe veya çocuk emziren kadınlara ilişkin yönetmelikte yer alan yurt/çocuk bakım yurdu/kreş açma yükümlülüğünü içeren hükümler gözetildiğinde, koşulları taşıyan işverenlerin kreş kurma yükümlülüğü altında oldukları görüldüğünden, bu yükümlülük altında olan işverenin kadın işçileri yönünden yurt/çocuk bakım yurdu/kreş imkânına sahip olmak, kanuni bir hak olarak düzenlenmektedir. Bunlardan yararlanmanın da ailenin huzur ve refahını etkilediği açık olduğundan Yönetmelik'te düzenlenen kreş imkânının Anayasa'nın 20 inci maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁴.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nce, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, kendisine bu imkân sağlanmadığını ileri süren işçinin, Anayasa'nın 20 nci maddesi kapsamındaki aile hayatına saygı hakkının norm alanına giren bir menfaatinin bulunduğu ve bu duruma ilişkin olarak Anayasa'nın 10 uncu maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı kapsamında inceleme yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının sadece kamu otoritelerine hitap eden bir güvence olmayıp, özel kişileri de bağlayan temel anayasal bir ilke olduğunu ve Devletin, ayrımcılık yasağının özel kişiler tarafından ihlal edilmesini önleme pozitif yükümlülüğü de bulunduğunu ifade ederek, ayrımcılık yasağının ihlalinden söz edilebilmesi için aynı veya göreceli olarak ben-

zer durumda olan kişilere yönelik olarak farklı muamelenin varlığının şart olduğunu belirtmiştir. Ancak, benzer durumun varlığının gösterilmesi şartı, kıyaslanan grupların tıpatıp aynı olmasını gerektirmeyecektir⁵⁵. Bununla birlikte, her farklı muamele otomatik olarak ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurmayacak, sadece Anayasa'nın 10 uncu maddesinde sayılan belirlenebilir özellikler temelinde yapılan farklı muamele ve durumlar bu anlamda farklı muamele teşkil edebilecektir⁵⁶.

Kararda, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." düzenlemesinde geçen "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" şeklindeki ayrımcılık temellerine -söz konusu unsurların birçok uluslararası düzenlemede de karşılık bulan önemli ayrımcılık temelleri olması nedeniyle- açıkça yer verildiği; madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadelerinin ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koyduğu, madde metninde yer alan temellerin örnek niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁵⁷. Bu anlamda, 'benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı açıkça belirtilmiştir⁵⁸.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanırken, nesnel ve haklı bir neden olmaksızın aynı veya benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelede bulunulmasını yasaklamaktadır. Nesnel ve makul bir şekilde haklılaştırılmayan diğer bir ifadeyle

55 AYM. Nuriye Arpa, s. 55; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 47.

56 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 48.

57 AYM Hüseyin KESİCİ Başvurusu, Başvuru No: 2013/3440, Karar Tarihi: 20.04.2016, s. 56; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 48.

58 AYM. 04.11.1986 t, E.1986/11, K.1986/26; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 48.

54 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 37.

meşru bir amaca dayanmayan ya da seçilen araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmayan farklı muameleler, Anayasa'nın 10 uncu maddesinin amaçları bağlamında, ayrımcı karakterli olarak kabul edilirler⁵⁹.

Dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, diğer bir ifadeyle, farklı muameleyle tabi tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklenmediği hâllerde eşitlik ilkesi ihlal edilmeyecektir. Benzer durumlarda farklı muamelenin haklı bir temelini bulunup bulunmadığının veya farklılığının ne dereceye kadar müstahak olacağına değerlendirilmesinde kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin kapsamı somut olayın özelliklerine ve hususiyetle farklı bir şekilde yararlandırılan hakkın niteliğine göre değişebilecektir⁶⁰.

Diğer yandan, ayrımcılık yasağı kapsamında farklı muamelenin bulunduğunu ispatlama mükellefiyeti iddia edende olacaktır. Ancak iddia edenin farklı muamelenin bulunduğunu göstermesi hâlinde, bu farklı muamelenin nesnel ve haklı bir temelini bulunduğunu ve seçilen araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin mevcut olduğunu ispatlama yükümlülüğü kural olarak kamu otoritelerine ait olacaktır⁶¹. Ancak farklı muamelenin nesnel ve haklı bir sebebinin bulunmadığı konusunun olgusal olarak başvuru tarafından temellendirilmediği ya da objektif olarak ispatın imkânsız ya da beklenmesinin makul olmayacağı durumlar istisna tutulmalıdır⁶².

Tüm bu bilgiler ışığında, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken bazılarında bu imkânın sağlanmadığı ileri sürüldüğünde, Anayasa Mahkemesi kararı

na göre, ilk tespit edilmesi gereken husus, aynı işyerinde çalışan ve kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığı olacaktır. Bu da aynı özelliğe sahip, kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin aynı işyerinde bulunması durumunda mümkün olacaktır. İkinci husus ise, benzer ve kıyaslanabilir durumdaki kadın çalışanlara farklı bir muamelenin yapılmış olup olmadığına belirlenmesidir. Burada farklı muamelenin varlığı tespit edilirken olayın tüm koşullarının bir bütün olarak dikkate alınması gerekmektedir⁶³.

Farklı muamelenin varlığının ilk bakışta anlaşılabilir hâllerde, bu tür bir iddiada bulunan kişinin bir ispat çabasına girişmesi beklenmeyecek, buna karşın, ayrımcı saiklerle bir kimseye kötü muamelede bulunulması gibi, farklı muamelenin ancak uygulayıcının saikiyle/niyetiyle ortaya çıktığı durumlarda bunun ispatlanması yükümlülüğü iddia eden kişide olacaktır. Zira bu gibi hâllerde ilgili işlem veya eylemi farklı muamele hüviyetine büründüren olgu, muamelede bulunanın niyeti olacaktır⁶⁴.

Yine Kararda yerinde olarak ifade edildiği üzere, kişilerin şartları taşımadıkları gerekçeyle birtakım hak ve imkânlardan yararlandırılmaması da ilke olarak ayrımcılık yasağından kaynaklanan güvencelerin harekete geçmesine yol açmayacaktır. Bunun gibi bir hak veya imkândan, ilgili mevzuat gereğince ancak kısıtlı sayıda kişinin yararlanması ve yetkili makamın bu kişileri belirlerken takdir yetkisi kullanması farklı muamele olarak telakki edilmeyecektir.

İşverenin başvuruçuya kreş imkânı sağlama masının farklı muamele teşkil ettiği hususu, ilk bakışta anlaşılabilir niteliktedir. Yani bir başka ifade ile, bir kadın işçinin kreş imkânından yararlandırılmaması işverenin saikinden bağımsız olarak farklı muamele teşkil etmektedir. Dolayısıyla işverenin, durumları benzer olan çocuk

59 AYM. Nuriye Arpa, s. 58.

60 AYM. Nuriye Arpa, s. 59; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 51.

61 AYM. Nuriye Arpa, s. 60; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 52.

62 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 52.

63 AYM. Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2015/6728, Karar Tarihi: 01.02.2018, s. 88; AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 56.

64 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 57.

lu kadın çalışanları arasında, kreş imkânından yararlandırma bakımından farklılık yarattığının ortaya konulduğu kabul edilmelidir⁶⁵.

Bu anlamda, işverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında kreş imkânından yararlandırma bakımından ayrımcılık yaptığının kabul edilebilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesine belirtilen dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı olarak farklı muamelede bulunduğu işçi tarafından ispatlanması gerekmektedir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde de olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde de ayrımcılık temelleri tüketici bir biçimde sayılmamış "ve benzeri" ifadesi kullanılmak suretiyle, Kanun'da açıkça sayılanlara benzeyen durumların da ayrımcılık temeli teşkil edebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, işverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında kreş imkânından yararlandırma bakımından, hangi sebep temelinde ayrımcılık yaptığı kadın işçiyi kreş imkânından yararlandırdığının, kreş imkânından yararlandırdığı kadın işçileri hangi kriterlere göre seçtiğinin anlaşılması durumunda, yani ilk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden, işverenin esas aldığı temeli açıklamamış olması halinde, bu durum farklı muamelenin bir sebebe dayanmadığı anlamına gelmeyecektir. Zira, sebebi bulunmayan bir farklı muamelenin varlığından söz edilmesi mantıken mümkün olmayacak, her farklı muamele zorunlu olarak bir sebebe dayanacaktır⁶⁶.

Kararda, ayrımcılık sebebinin varlığı ile haklılığının birbirine karıştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Burada önemli olan ileri sürülen sebebin objektif ve makul olup olmadığıdır. Mahkeme farklı muamelenin sebebinin açıklanmadığı durumlarda, farklı muamelenin bulunmadığının söylenmesinin, Anayasa'nın 10 uncu maddesiyle güvence altına alınan ayrımcılık

yasağının içinin boşaltılmasına neden olacağını belirtmektedir. Nitekim keyfî yaklaşımlar dahi farklı muamelenin sebebinin teşkil edebilecektir.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının amacı benzer durumda bulunanlara objektif ve makul bir sebebi olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının önlenmesidir. Ayrımcılık yasağının sağladığı asıl koruma, bireylerin objektif ve makul bir sebebe dayanmayan farklı muamelelere maruz kalmamasıdır. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi, yerinde olarak ayrımcılık yasağı açısından önemli olanın, farklı muamelenin sebebinin gösterilip gösterilmemesi değil, bu davranışın objektif ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığı olduğunu belirterek, objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamelenin ayrımcılık yasağının ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesi'ne göre, ilk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden, farklı muamelelere maruz kalan kişiden, farklı muamelenin sebebinin ortaya koymasını beklemek anlamlı olmayacak, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini, farklı muamelenin varlığını ispatlaması yeterli olacaktır. Aksi halde, farklı muamelenin dayandığı sebebi gösterme külfetinin kişiye yüklenmesi, kişinin kimi durumlarda farklı muamelede bulunanın sadece kendisinin bildiği ve onun zihninde saklı olan sebebi bulup ortaya koyması yükümlülüğü altına sokulması anlamına gelebilecektir. Bu durumda da farklı muamelede bulunanın tamamen keyfî davrandığı ve farklı muamelenin sebebinin, maruzu tarafından bilinmesinin mümkün olmadığı veya ispatlanamayacağı durumlarda, ayrımcı uygulamayı yapan kişiye hukukun denetiminden kaçırılmış bir alan oluşturma fırsatı verilmiş olacaktır⁶⁷.

Karara konu olay göz önünde tutulduğunda, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarının bu imkânın sağlanmaması halinde, Anayasa Mahkemesi kadın işçiler arasında kreş imkânından

65 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 59.

66 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 63.

67 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 65.

yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğunun açık olup, farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra; bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfetinin işverene ait olacağını ve işverenin farklı muamelesinin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda da ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağladığı sabit olduğuna göre, İş Mahkemesinin işverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı imkânın ekonomik değerini ortaya koyma külfetini işçiye yüklemesi ve başvurusunun yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebini bu temelde reddetmesi Anayasa'nın 10 uncu maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle uygun bir yaklaşım olmamıştır. Bu anlamda, işverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı kreş imkânının mali değerini ortaya koymasını, ayrımcılığa maruz kalan işçiden beklemek, işçiye aşırı külfet yüklenmesi anlamına geleceği gibi işverene kendi kusurundan lehine haklar çıkarma fırsatı sunacağından, İş Mahkemesinin ispat külfetine ilişkin yaklaşımı, işveren tarafından yapılan ayrımcı muamelenin telafi edilmesini önlemiştir⁶⁸.

Buna göre kanımızca da, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında bu imkânın sağlanmaması halinde, kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğu açık olduğundan, işverenin farklı muamelesinin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecek ve ayrımcılık tazminatı yanında, işveren işçinin yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebi ve idari para cezası yaptırımları ile karşılaşacaktır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımını olarak ayrımcılık tazminatı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin altıncı fıkrasının

da düzenlenmiştir. Buna göre, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda işçi dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminatı ve yoksun bırakıldığı hakları talep edebilecektir⁶⁹. Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçidedir. Ancak 5 inci maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde ayrımcılık yapılmadığını işveren ispatla⁷⁰ yükümlü olacaktır. Aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında bu imkânın sağlanmaması durumunda olduğu gibi, ayrımcılığın açık şekilde görüldüğü durumlarda ise, işveren yaptırımlarla karşılaşmamak için bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlamak yükümlülüğünde olacaktır⁷¹.

69 Düzenleme metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme maddeleri de geçersiz olacaktır. Yarg. 9. HD. 16.12.2015 t. E..2014/25111, K..2015/35644, Yarg. 9. HD. 18.02.2010 t. E..2008/20714, K. 2010/3912, Yarg. 9. HD. 30.06.2011 t. E. 2009/17321, K. 2011/19795, Legal bank Elektronik Hukuk Bankası.

70 Ayrımcılık yasağına aykırılığın ispatına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, 478; Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul: "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Legal IHSKHD, 2012, C. 9, S. 34, 107; OKUR, Zeki: "İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı", İÜHFİM (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), C. I, 2016, Özel Sayı, 591; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 466.

71 Buna karşılık, ayrımcılık yasağı ile dar anlamda eşit davranma borcunun birbirinden ayrı olmaları ve İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin ayrımcılık yasağına düzenlemesi sebebiyle ayrımcılık yasağına aykırılığın yaptırımını olan bu tazminatın, genel anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde uygulanamayacağı yönündeki görüş için bakınız. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 466; Süzek, s. 493, Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, s. 430; Özkaraca, Ercüment/Ünal Adınır, Canan; Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi), SİCİL İş Hukuku Dergisi, Y. 2021, S: 46, s. 127-136; Yargıtay da bu yönde kararlar vermiştir. "... işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımını öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce vb.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır..." Yarg. 9. HD., 26.01.2021 t., E. 2020/4817, K. 2021/2405; Yarg. 9. HD., 30.3.2017 t. E. 2017/8204 K.2017/5375, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aksi görüş, YILDIZ, Gaye, Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 329; bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9.

68 AYM. Burcu Reis Başvurusu, s. 68.

Söz konusu tazminatın tutarı maktu olmayıp her olayın kendine özgü özellikleri göz önüne alınarak hâkim tarafından tayin edilecektir. Ancak işçi tarafından talep edilebilecek tazminatın tutarı en fazla dört aya kadar ücreti tutarında olabilecektir. Dört aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatının istenebilmesi için işçinin herhangi bir zarara uğramasına gerek bulunmamaktadır. Söz konusu ücret ise, çıplak ücret anlamında olup ikramiye, prim ve sosyal yardım gibi yan ödemeler dışındaki ücreti ifade etmektedir⁷².

Ayrımcılık tazminatı dışında, işveren işçisine eşit işlem borcuna aykırı davranarak, kanunen kullanılmaması zorunda olduğu haklarını da kullanmadığı ise, bu tazminatla beraber işçi yoksun bırakıldığı bu hakları da işverenden talep edebilecektir. Bu anlamda, işçi ayrımcılık yasağına aykırı ya da ayrımcılık oluşturmayan genel anlamda eşit davranma borcuna aykırı bir tutumla karşılaştığında yoksun kaldığı hakları isteyebilecektir. Burada amaç, para ile ölçülebilecek haklar bakımından eşit davranma borcuna aykırı davranılmamış olsa idi işçinin içinde bulunacağı duruma getirilmesi olacaktır⁷³.

Yoksun kalınan haklar kavramından, işçinin ücret ve diğer ücret eklerinin anlaşılmasının yanında, kanımızca çalışmamızın konusu kapsamında düşünüldüğünde, bakım yurdu/kreş açma konusunda yasal zorunluluk bulunmasına rağmen, bu yerine getirilmeyip, bazı işçilere yurt/kreş parası ödenmesi durumunda, bu imkânın sağlanmadığı ve bu harcamaları işçinin kendi cebinden yaptığı hallerde, yapılmış olan bu harcamalar da yoksun kalınan hak olarak, diğer işçilere ödenen tutar kadar, para ile ölçülebilecek hak kapsamında değerlendirilerek talep edilebilecektir.

Diğer yandan, böyle bir durumda İş Kanu-

nu'nun 99 uncu maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca da "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5 inci maddede öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her bir işçi için idari para cezası uygulanacaktır. Bunun dışında, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun "İdari yaptırımlar" başlıklı 25 inci maddesi de; ayrımcılığı yasağının ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine idari para cezası getirmekle birlikte, doktrinde⁷⁴ de ifade edildiği üzere, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'ndaki düzenlemeler Eşitlik Kurumu'na yapılan başvurularda uygulanabilecek düzenlemeler oldukları için, İş Kanunu m. 5'e ilişkin yargılamalarda uygulanamayacaktır. İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu uyarınca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin kapsamındaki ayrımcılık iddialarına ilişkin başvurular 4857 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatta belirtilen şikâyet usulleri izlendikten sonra herhangi bir yaptırım kararı alınmadığı takdirde yapılabilecektir. Buna göre, söz konusu idari para cezası sadece kanun kapsamında kuruma yapılan başvurular⁷⁵ sonucu kurumca verilebilecektir.

Değerlendirme ve Sonuç

Görüldüğü üzere, yaptırımının çok ağır olmaması ve konuya ilişkin denetimlerin de nispeten az olması sebebi ile iş mevzuatında çok fazla bilinmeyen ve bazen de bilinmesine rağmen uyulmayan, belirli koşulları sağlayan işverenlerin, işyerlerinde emzirme odası ve yurt/kreş açma yükümlülükleri bulunmaktadır. Düzenlemenin amacı, yeni doğum yapmış veya emziren bir işçinin hem çalışmasını huzur içerisinde sürdürmesi hem de yeni doğan çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişiminin sağlanmasıdır.

Buna göre, konuya ilişkin Yönetmelik uya-

HD. 05.10.2020 t., E. 2017/16279, K. 2020/10415, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

72 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 471; Süzek, s. 486.

73 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 471; YILDIZ, s. 321.

74 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 468.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 497 vd.

rınca, yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta ilgili Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması ve yine yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın Yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yine yönetmelik uyarınca, işverenler, ortaklaşa oda ve yurt/kreş kurabilecekleri gibi, oda ve yurt/kreş açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebileceklerdir.

İşverene getirilen bu yükümlülüğün Kanunla değil de Yönetmelikle getirilmiş olmasının bu yükümlülüğün emrediciliğine herhangi bir etkisinin olmayacağı açıktır. Zira iş hukukunun resmi kaynaklarını; Anayasa, kanunlar, kanun hükmünde kararname, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzükler ve yönetmelikler oluşturduklarından, her bir kaynağın içeriğinin kendisinden önce gelen kaynak ya da kaynaklara aykırı olmadığı sürece geçerli ve aynı ölçüde bağlayıcı olacağı ifade edilebilecektir. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren karşısında, kadın işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirimiz fesih hakkı ve dolayısı ile de kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır.

Uygulamada bu yükümlülüğe hiç uyulmamasının yanında, zaman zaman özellikle birden fazla şubesi olan işyerlerinde karşılaşıldığı üzere, bazı şubelerde bu imkânların olması ve işçilerin bunlardan faydalanması, bazılarında ise bu imkânların olmaması ve dolayısı ile işçilerin bu imkânlardan faydalanamaması durumlarına rastlanmaktadır. Bu tür bir işyerinde çalışan ve Yönetmelikte belirtilen imkânlardan faydalanamayan kadın işçiler de eşit işlem borcunun

ihlal edildiği iddiasını haklı olarak ileri sürerek, ayrımcılık tazminatı ve kendi imkânları ile sağladıkları kreşlere ödedikleri ücretleri işverenden talep etmektedirler.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bu konuya ilişkin yapılmış bir başvuru hakkında vermiş olduğu kararda, konuyu ayrıntılı bir şekilde değerlendiren, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere emzirme odası, çocuk bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken, bazılarında ise bu imkânın sağlanmaması suretiyle, Anayasa'nın 20 nci maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10 uncu maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin önemli bir karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararda; aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken bazılarında bu imkânın sağlanmaması halinde, kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından farklılık oluşturulduğunun açık olduğunu, farklı muamelelerin varlığının ortaya konulmasından sonra, bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfetinin işverene ait olacağını ve işverenin farklı muamelesinin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda da, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabileceğini ifade etmiştir.

Mahkeme ayrıca, işverenin bir kısım kadın işçisine kreş imkânı sağladığı sabit olduğuna göre, işverenin bazı kadın çalışanlarına sağladığı imkânın ekonomik değerini ortaya koyma külfetinin işçiye yüklenmesinin ve yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebinin bu temelde reddedilmesinin de Anayasa'nın 10 uncu maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle uygun bir yaklaşım olmadığını ifade etmiştir.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan bu önemli karar yerinde bir karar olup, işyerlerinde bundan böyle karşılaşılabilecek benzer ayrımcılık durumlarına emsal teşkil edebilecek bir karar olacaktır.

Bilindiği üzere, iş hukuku alanında işverenin eşit işlem borcu Anayasal anlamda mutlak bir eşitlik anlamını taşımamakta, ancak kanuni düzenlemelerde yer alan esaslar dâhilinde, işverenin sözleşme yapma özgürlüğünü zedelemeyen bir borç olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda işvereni eşit işlem borcundan bahisle, kadın erkek, eğitimli eğitimsiz ayrımı yapmaksızın başvuran herkesle iş sözleşmesi yapmakla yükümlü tutmak, eşitlik ilkesi gereği bazı işçilerini işten çıkarmasını engellemek, tüm çalışma şartlarının kesinlikle aynı olması gerektiğini söylemek, çalışma hayatının gerçekleri ile bağdaşmayacaktır. Bu yüzden, işyerinde birliğe ve uyuma dayanan adil bir çalışma düzeninin kurulması ve eşit işlem yapma borcunun sözcük anlamıyla mutlak olarak anlaşılmasızın, eşit işlerde çalışanlara eşit haklar sağlanması şeklinde konunun ele alınması ve bunun sınırları ile istisnalarının belirtilmesi yerinde olacaktır.

Türk iş hukuku alanında eşitlik ilkesinin ve işverenin eşit davranma borcunun pozitif dayanakları temel olarak, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler yanında Anayasamızın 10 uncu maddesi, İş Kanunu'nun 5 inci maddesi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 6 ncı maddesi ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25 inci maddeleridir.

4857 sayılı İK'nun 5 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacaktır. Görüldüğü üzere burada son derece geniş bir ayrımcılık yasağından söz edilmektedir. Burada iş ilişkisinde denildiğine göre, işçi ile işveren arasında kurulan iş sözleşmesinin her aşaması anlaşılmalıdır. Yine madde uyarınca, 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 yapamayacak ve aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret ka-

rarlaştırılmayacaktır. Düzenleme dikkate alındığında, maddenin işverene yüklediği eşit işlem borcunun, sadece cinsiyet ayrımcılığın önlenmesine yönelik olmadığı, bu borcun aynı cinsiyetteki kişiler arasında da herhangi bir sebepten dolayı yapılabilecek bir ayrımcılığı da önlemeyi amaçladığı ifade edilebilecektir.

Maddenin 1 inci fıkrasında yer alan "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep, benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." hükmünde "benzeri sebepler" ifadesine yer verildiğinden, ayırım yasağı sadece sayılan hallerle sınırlı olmayacak, benzeri nedenlerle de işveren bu yasağı ihlal edemeyecektir. Özellikle, yaş, medeni hal (evlilik ve aile), sağlık durumu, genetik özellikler, cinsel yönelim, fiziki görünüm benzeri nedenler arasında sayılabilecek ve işverence bu temellere dayanılarak da ayırım yapılamayacaktır.

Aynı ve benzer durumda olan kişilerin farklı işleme tabi tutulmaması ve kişilere ayrıcalık tanınmaması biçiminde tanımlanan dar anlamda eşit işlem borcuna, İş Kanunu'nun 5 inci maddesinde yer verilmediği görüşü doktrinde ifade edilmekle birlikte, kanımızca zaten Kanun'un amacı ve Anayasa'nın 10 uncu maddesi dikkate alındığında bunun varlığı kabul edilebilecektir. Nitekim İş Kanunu'nun 5 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki düzenlemenin ve 3 üncü fıkrada yer alan "... bir işçiye, ... gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." ifadesinin; farklı sözleşme türleri ile çalışan işçiler ile "gebe olan kadınlar veya doğum yapmış kadınlar" arasında veya "gebe olan kadınlar veya doğum yapmış kadınlar ile diğer kadınlar" arasında da işverenin dar anlamda eşit işlem borcunu düzenlediği ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, Anayasamızın 10 uncu maddesinin hem ayırım yapma yasağını hem de dar anlamda eşit işlem borcunu düzenlemesi sebebi ile Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan 11 inci maddesi uyarınca, Anayasal eşitlik ilkesi tüm hukuk düzeninde ve bu arada iş ilişkilerinde geçerli bir ilke niteliği taşıyaca-

ğından, işverenlerin ayırım yasaklarında olduğu gibi dar anlamda eşit işlem borcuna da uymak zorunda oldukları ifade edilebilecektir.

Buna göre, dar anlamda eşit işlem borcunun doğumu için bazı koşulların bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar, bu borcun aynı işyerinde çalışan işçilere karşı olması, karşılaştırılacak durumların aynı zaman diliminde meydana gelmiş bulunması ve bir karşılaştırma yapılmasına olanak tanıyan, birden fazla işçiyi ilgilendiren kolektif bir uygulamanın söz konusu olmasıdır. Dar anlamda eşit işlem borcu, işverenin işyerindeki tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmemektedir. Söz konusu yükümlülük aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele, ayrımcılık oluşturacaktır. Buna göre, farklı muamelenin "objektif ve makul bir nedene dayanmaması", yani "meşru bir amaç" izlememesi ya da "tercih edilen araç ile ulaşılmaması hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmaması" hâlinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14 üncü maddesi kapsamında ayrımcılık ortaya çıkacaktır. Ayrımcılığın söz konusu olamaması için, ileri sürülen argümanların farklı muamelede bulunulmasını haklı göstermesi ve bu durumun nesnel bir temele dayandığının ortaya konulması gerekmektedir.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te yer alan yurt ve kreş açma yükümlülüğünü içeren hükümler gözetildiğinde koşulları taşıyan işverenlerin kreş kurma yükümlülüğü altında oldukları görüldüğünden, bu yükümlülük altında olan işverenin kadın işçileri yönünden, kreş imkânına sahip olmak kanuni bir hak olarak düzenlenmektedir. Kreşten yararlanmanın da ailenin huzur ve refahını etkilediği açık olduğundan, Yönetmelik'te

düzenlenen kreş imkânının Anayasa'nın 20 inci maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, diğer bir ifadeyle farklı muamele tabi tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklenmediği hâllerde eşitlik ilkesi ihlal edilmeyecektir. Bununla birlikte, ayrımcılık yasağı kapsamında farklı muamelenin bulunduğunu ispatlama mükellefiyeti iddia edende olacaktır. Ancak iddia edenin, farklı muamelenin bulunduğunu göstermesi hâlinde, bu farklı muamelenin nesnel ve haklı bir temelinin bulunduğunu ve seçilen araç ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin mevcut olduğunu ispatlama yükümlülüğü kural olarak kamu otoritelerine ait olacaktır.

Buna göre, aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken bazılarının bu imkânın sağlanmadığı ileri sürüldüğünde, ilk tespit edilmesi gereken husus, aynı işyerinde çalışan ve kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin kıyaslanabilir ve benzer durumda olup olmadığı olacaktır. Bu da aynı özelliğe sahip, kreş çağında çocuğu bulunan kadın işçilerin aynı işyerinde bulunması durumunda mümkün olacaktır. İkinci husus ise, benzer ve kıyaslanabilir durumdaki kadın çalışanlara farklı bir muamelenin yapılmış olup olmadığı belirlenmesidir. Burada farklı muamelenin varlığı tespit edilirken, olayın tüm koşullarının bir bütün olarak dikkate alınması gerekmektedir.

İşverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında kreş imkânından yararlandırma bakımından ayrımcılık yaptığının kabul edilebilmesi için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5 inci maddesine belirtilen dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı olarak farklı muamelede bulunduğunun işçi tarafından ispatlanması gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 10 uncu mad-

desinde de olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde de ayrımcılık temelleri tüketici bir biçimde sayılmamış "ve benzeri" ifadesi kullanılmak suretiyle Kanun'da açıkça sayılanlara benzeyen durumların da ayrımcılık temeli teşkil edebileceği kabul edilmiştir.

Kararda da yerinde olarak ifade edildiği üzere, işverenin, durumları benzer olan çocuklu kadın çalışanları arasında, kreş imkânından yararlandırma bakımından hangi sebep temelinde ayrımcılık yaptığı; kadın işçiyi kreş imkânından yararlandırmadığı ya da kreş imkânından yararlandırdığı kadın işçileri hangi kriterlere göre seçtiğinin anlaşılmadığı durumlarda; yani, ilk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden, işverenin esas aldığı temeli açıklamamış olması halinde, bu durum farklı muamelenin bir sebebe dayanmadığı anlamına gelmeyecektir. Zira sebebi bulunmayan bir farklı muamelenin varlığından söz edilmesi mantıken mümkün olmayacak, her farklı muamele zorunlu olarak bir sebebe dayanacaktır. Ayrımcılık yasağı açısından önemli olan, farklı muamelenin sebebinin gösterilip gösterilmemesi değil, bu davranışın objektif ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığı olacaktır.

Buna göre, objektif ve makul bir nedene dayanmayan her türlü farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelecektir. İlk bakışta anlaşılabilen farklı muameleler yönünden, farklı muameleyle maruz kalan kişiden, farklı muamelenin sebebini ortaya koymasını beklemeye gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple aynı işyerinde çalışan bazı kadın işçilere bakım yurdu/kreş imkânı sağlanırken bazılarında bu imkânın sağlanmaması halinde, kadın işçiler arasında kreş imkânından yararlanma bakımından aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık oluşturulduğu açık olup, farklı muamelenin varlığının ortaya konulmasından sonra, bunun nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama külfeti işverene ait olacaktır. İşverenin farklı muamelesinin nesnel ve makul bir sebebe dayandığını ispatlama yükümlülüğünü yerine ge-

tirmemesi durumunda da ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecek ve işveren işçinin yoksun kaldığı haklara ilişkin tazminat talebi yanında ayrımcılık tazminatı ve idari para cezası yaptırımları ile karşılaşacaktır.

KAYNAKÇA

- Albayrak, Hakan/Yuvalı, Ertuğrul; "İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Legal İHSGHD, 2012, C. 9, S. 34, 107.
- Aykaç, Hande Bahar; Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlandırılması, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016, s. 47-133.
- Bacak, Bünyamin/Yiğit, Yusuf; Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007. s. 3 (1-31).
- Baycık, Gaye; İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2018, s. 5-355.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Bası, İstanbul 2021.
- Çelik, Nuri; İşletmenin, İşyerinin ve İşin gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshinde Eşit Davranma Borcu, SİCİL, S. 4, Aralık 2006, s. 5-12.
- Doğan Yenisey, Kübra; "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku'nun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Kamu-İş, C. 6, S. 4/2002, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/643.pdf>), (Erişim Tarihi: 31.01.2022).
- Doğan Yenisey, Kübra; İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S. 11, 2006, s. 63-81.
- Gökçeoğlu Balcı, Şebnem; "Koruma mı Dış-

- lama mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, S. 54, 2017/3, s. 1253-1298.
- Gülmez, Mesut; İnsan haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, *Çalışma ve Toplum*, S. 2 5, 2010/2, s. 217-265.
 - Güven, Ercan / Aydın, Ufuk; Bireysel İş Hukuku, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, Nisan Kitabevi Yayınları, Eskişehir, 2017.
 - Güzel, Ali; İş Hukukunda “Yetki” ve “Özgürlük” Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. 1, Ankara 2016, s. 93-126.
 - Hüseyinli Namık/Hüseyinli Tahire; “Çocuk Bakımının Kadın İşgücü Üzerinde Etkileri ve Hukuki Düzenlemeler”, *Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 34, 2016, s. 108-137.
 - Kandemir, Murat; “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Kadın İşçiler ile İlgili Düzenlemeleri”, Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan, 2005, s. 415-444.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/ ASTARLI, Muhiddin/ BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku 6. Basım, Ankara 2014.
 - Okur, Zeki; “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, *İÜHFİM (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan)*, C. I, 2016, Özel Sayı, 591.
 - Öden, Merih; Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, s. 132-133.
 - Özkaraca, Ercüment/Ünal Adınır, Canan; Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi), *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Y.21, S: 46, s. 127-136.
 - Savaş Kutsal, F. Burcu; İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2019.
 - Savaş Kutsal, F. Burcu; Türkiye İnsan hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017, s. 257-287.
 - Serozan, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, 6. Basım, İstanbul 2015.
 - Soykut Sarıca Yeşim Pınar/Çağlı Elif; “İş-Aile Yaşamında Dengeyi Bulma Çabaları: Ülke İncelemeleri”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, C. 7, S. 2, 2018, s. 95-118.
 - Sur, Melda; İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, *SİCİL*, S. 37; 2017, s. 33-51.
 - Süzek, Sarper; İş Hukuku, 21.Baskı, İstanbul 2021.
 - Tulukçu, N. Binnur; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Gebe ve Anne İşçilerin Korunması, T. Haber-İş Sendikası Yayınları No:21, Ankara 2000.
 - Ugan Çatalkaya, Deniz; İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı, *Çalışma ve Toplum*, S. 69, 2021/2, s. 859-898.
 - Ugan Çatalkaya, Deniz; İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, İstanbul 2019.
 - Ulucan, Devrim; Yeniden Yapılanma Surecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 5, Nisan 2000, S: 3, s. 192.
 - Uşen Şelale/Güngör Delen Meltem; “Eğitilmiş Kadınların Çalışma Hayatına İlişkin Tercihleri: İstanbul Örneği”, *Kamu-İş*, C. 11, S. 4, 2011, s. 127-182.
 - Ünal, Canan; İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018.
 - Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.
 - Legal bank Elektronik Hukuk Bankası.